

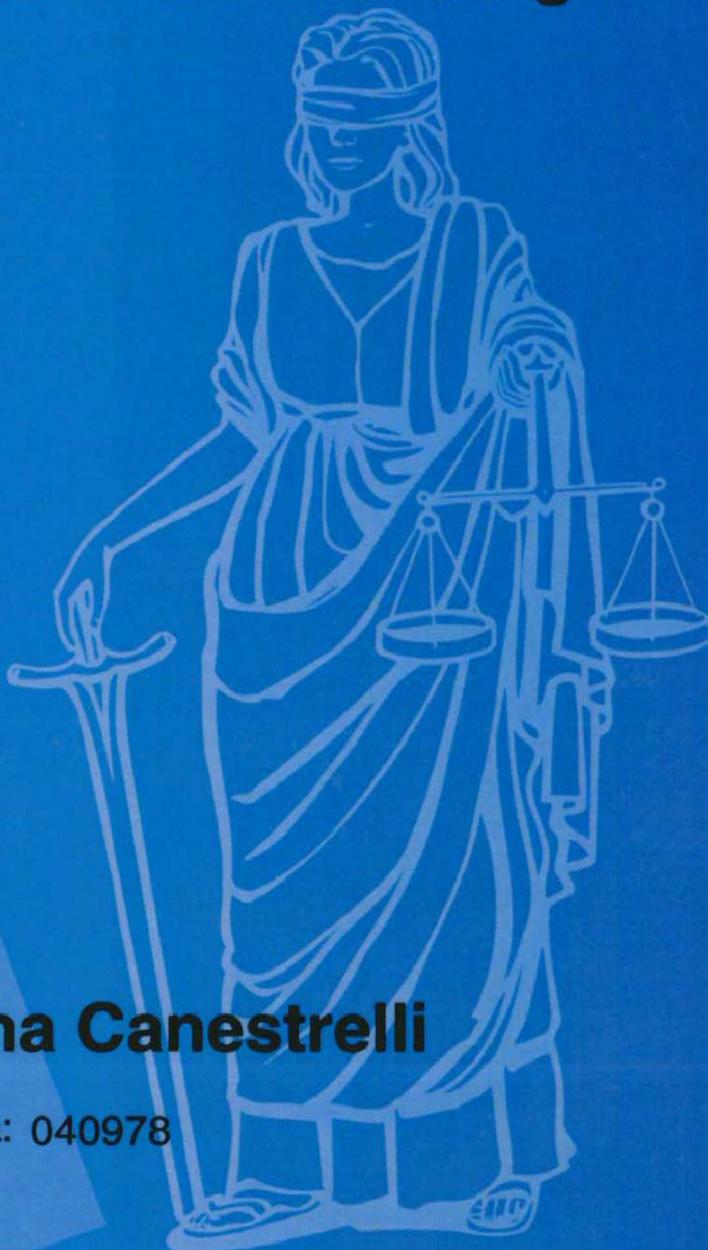


Università degli Studi di Milano - Bicocca

Scuola di Dottorato in Scienze Giuridiche

Curriculum in Diritto Processuale Civile

Istruzione probatoria e libero convincimento del giudice



Serena Canestrelli

Matricola: 040978

XXIII Ciclo - a.a. 2009/2010

Piazza Ateneo Nuovo, 1 - 20126 Milano

INDICE SOMMARIO

- Introduzione e piano dell'opera p. I

CAPITOLO PRIMO

LA ORIGINI DEL PRINCIPIO DEL LIBERO CONVINCIMENTO DEL GIUDICE

- 1.1 Premessa. Posizione del problema e individuazione dei principi e delle linee direttive che lo regolano..... p. 1
- 1.2 Il progressivo superamento del sistema delle prove legali e l'emersione della regola dell' "intimo" convincimento del giudice..... p. 19
- 1.3 Lo sviluppo della teoria della prova nei paesi di lingua tedesca p. 27
- 1.4 La legislazione francese del periodo rivoluzionario e napoleonico p. 28
- 1.5 Le riforme processuali penali nei paesi di lingua tedesca p. 34
- 1.6 I codici italiani preunitari e unitari p. 37
- 1.7 L'interpretazione del principio del libero convincimento del giudice nella successiva dottrina processualistica..... p. 40

CAPITOLO SECONDO

CONFINI E LIMITI DEL GIUDIZIO DI FATTO: LE PROVE LEGALI

- 2.1 La teoria tradizionale in tema di prove legali p. 47

2.2 Le nuove interpretazioni del sistema delle prove legali	p. 53
2.3 La compresenza di prove legali e di prove liberamente valutabili e la loro influenza sul principio del libero convincimento del giudice	p. 58
2.4 Le principali figure di prova legale: la confessione	p. 63
2.5 <i>Segue</i> : l'atto pubblico	p. 70
2.6 <i>Segue</i> : il giuramento	p. 75
2.7 Considerazioni conclusive circa le differenti concezioni del sistema delle prove legali e il loro rapporto con il principio del libero convincimento del giudice.....	p. 81

CAPITOLO TERZO

LA DISCREZIONALITA' COME MOMENTO ESSENZIALE NELLA VALUTAZIONE DELLE PROVE

3.1 Il concetto di verità all'interno del processo	p. 85
3.2 Un confronto fra l'operare del giudice e quello dello storico	p. 103
3.3 Teoria del giudizio: giudizio di fatto e giudizio di diritto	p. 114
3.4 Libero convincimento e metodi di decisione sul fatto	p. 123
3.5 I metodi decisori nell'esperienza svedese e tedesca	p. 133
3.6 Le massime d'esperienza: dati acquisiti e nodi problematici	p. 138
3.7 Scienza privata del giudice e prove c.d. scientifiche	p. 151

CAPITOLO QUARTO

ATIPICITA' DELLA PROVA E LIBERO CONVINCIMENTO

4.1 Il concetto di prova c.d. atipica	p. 183
4.2 L'ammissibilità delle prove atipiche nel nostro ordinamento giuridico	p. 197
4.3 Analisi delle più ricorrenti fattispecie di prove atipiche	p. 220
4.4 L'efficacia	p. 240
4.5 Limiti e garanzie	p. 246
4.6 Le prove illecite	p. 249

CAPITOLO QUINTO

ISTRUZIONE PROBATORIA CIVILE E LIBERO CONVINCIMENTO

5.1 La fase di ammissione dei mezzi istruttori	p. 253
5.2 Il potere officioso in materia probatoria	p. 267
5.3 Alcune ipotesi esemplificative: l'esibizione delle prove	p. 274
5.4 <i>Segue</i> : l'ispezione giudiziale	p. 281
5.5 La fase di assunzione dei mezzi istruttori	p. 283
5.6 La fase decisoria	p. 287

INDICE BIBLIOGRAFICO

Introduzione e piano dell'opera. La presente dissertazione intende analizzare l'esplicarsi del principio del libero convincimento del giudice nei suoi vari ambiti di applicazione. Si tratta di un'analisi complessa, se si considera che la premessa di ogni indagine su detto principio muove necessariamente dalla considerazione per la quale dello stesso si conosce con esattezza la sola portata definitoria negativa (in contrasto con il sistema delle prove legali), ma non con altrettanta sicurezza la sua valenza positiva.

Per affrontare l'indagine si ritiene preliminarmente necessario procedere a una ricostruzione delle origini del principio poiché, come è noto, soltanto attraverso un'indagine storica è possibile comprendere la *ratio* di un istituto e leggere le peculiarità e i nodi problematici che gravitano intorno ad esso. Ed invero, principi, regole o disposizioni possono meglio analizzarsi e comprendere solo se si muove prima lo sguardo alle ragioni che ne hanno determinato la costruzione e introduzione. A ciò si aggiunga che l'esame storico di ogni principio è altresì indispensabile per comprenderne i relativi limiti, che ovviamente variano a seconda del contesto in cui il principio stesso è inserito.

Come vedremo, il modello basato sull'intima convinzione del giudice venne originariamente introdotto al fine di superare il rigido sistema delle prove legali, ossia per eliminare una predeterminazione legislativa troppo rigida del valore delle prove, così che la decisione in fatto potesse avvenire sulla base della ragione e del "comune buon senso".

Da tali preliminari considerazioni si ricava anche l'originario significato del principio del libero convincimento che, come vedremo, era ben preciso, in

quanto posto in netta antitesi con il sistema delle prove legali.

Così operando, diviene poi necessario esaminare i metodi utilizzati per introdurre tale principio nei vari ordinamenti, poiché è solo da siffatta analisi che si possono pienamente comprendere le ragioni che hanno indotto in più occasioni un'interpretazione erronea della regola. Vedremo infatti come, già dalla sua introduzione, iniziarono a delinearsi i problemi relativi alla corretta interpretazione del principio, tanto da favorire la formulazione di svariate interpretazioni, anche in contrasto fra loro.

Dall'esame dell'evoluzione storica del principio del libero convincimento del giudice constateremo quindi la capacità dello stesso di rappresentare sia un cardine del sistema accusatorio, sia massima in grado di giustificare un potere illimitato del giudicante nei sistemi inquisitori.

Dopo aver compiuto tale ricostruzione diverrà allora necessario procedere con l'esame del concetto di prova legale e delle fattispecie normativamente previste, atteso che una vera ed univoca interpretazione del principio del libero convincimento si ha con riferimento alla sua sola portata definitoria negativa. Al riguardo, l'analisi avrà di mira, in particolare, la possibilità di individuare delle interpretazioni della disciplina delle prove legali che consentano di scorgere degli spazi di operatività del principio del libero convincimento del giudice.

Così procedendo si potrà quindi iniziare l'esame del giudizio di fatto, che rappresenta la sede istituzionalmente deputata all'operatività del principio del prudente apprezzamento. Un'analisi siffatta, peraltro, non potrà che muovere dall'esame del rapporto tra il concetto di verità dei fatti e le funzioni del processo civile; aspetti, questi,

cui il principio del libero convincimento è fortemente legato.

Solo una volta che si saranno compiute tali osservazioni ci si potrà addentrare nell'esame delle modalità attraverso le quali il giudice svolge e conduce il giudizio di fatto ed esplica quindi tutte le possibili attività per giungere al suo convincimento. Così procedendo, diverranno oggetto di analisi taluni concetti fondamentali (come quello di massima d'esperienza o di legge scientifica) che, come vedremo, rappresentano un fattore fondamentale nell'inferenza probabilistica che il giudice compie in seno al giudizio di fatto. Come vedremo, infatti, la moderna dottrina ritiene razionale il convincimento del giudice soltanto laddove questi faccia uso di criteri che rendono logica e controllabile la sua decisione.

Mediante tale analisi avremo peraltro la possibilità di evidenziare tutti i rischi possibilmente connessi all'utilizzo di tali nozioni con l'ulteriore necessità di individuare anche in tale operazione i criteri attraverso i quali l'attività compiuta dal giudice possa definirsi razionale e non arbitraria.

L'analisi a questo punto potrà spostarsi sull'esame di un'ulteriore tematica fortemente connessa con il principio del libero convincimento del giudice, rappresentata dalle c.d. prove atipiche; analisi che trova il suo punto di partenza in sentenze che proprio in virtù del principio del libero convincimento del giudice ritengono dette prove ammissibili nel nostro ordinamento.

L'ultimo obiettivo di analisi sarà rappresentato dall'esame dell'effettiva esplicazione del principio del libero convincimento all'interno dell'istruzione probatoria e in particolar modo nella fase di ammissione dei mezzi istruttori.

Per concludere, rimarrà da esaminare la fase di giudizio, ove il principio del libero convincimento costituisce il valore fondamentale e dove sarà possibile applicare i risultati raggiunti nel corso della trattazione.

CAPITOLO PRIMO

LE ORIGINI DEL PRINCIPIO DEL LIBERO CONVINCIMENTO DEL GIUDICE

SOMMARIO: 1.1 Premessa. Posizione del problema e individuazione dei principi e delle linee direttive che lo regolano. 1.2 Il progressivo superamento del sistema delle prove legali e l'emersione della regola dell'“intimo” convincimento del giudice. 1.3 Lo sviluppo della teoria della prova nei paesi di lingua tedesca. 1.4 La legislazione francese del periodo rivoluzionario e napoleonico. 1.5 Le riforme processuali penali nei paesi di lingua tedesca. 1.6 I codici italiani preunitari e unitari. 1.7 L'interpretazione del principio del libero convincimento del giudice nella successiva dottrina processualistica.

1.1 Premessa. Posizione del problema e individuazione dei principi e delle linee direttive che lo regolano. Il principio del libero convincimento del giudice storicamente si forma in aperta e voluta antitesi con il sistema delle prove legali. Se infatti quest'ultimo era volto - almeno in origine - ad escludere l'arbitrio del giudice e a raggiungere, per quanto possibile, una razionalità dell'accertamento processuale del fatto¹, nel tempo si è

¹ M. Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974, p. 6; G. Radbruch, *Introduzione alla scienza del diritto*, (1929), trad. it., riedizione curata da K. Zweigert, Torino, 1961, p. 281.

iniziato a mettere in discussione tali postulati, considerando l'attività conoscitiva del giudice come un fenomeno di pura coscienza, ossia un fenomeno caratterizzato da un intrinseco ed ineliminabile grado di soggettività.

Si potrebbe quindi essere portati a pensare che ad oggi il sistema – rivalutando il ruolo personale del giudice – rischi di trascurare il perseguimento dei sopra indicati obiettivi (evitare l'arbitrio nonché mirare all'accertamento processuale del fatto razionale). Ed invero, nei sistemi basati sull'intima convinzione, che pure hanno il pregio di riconoscere l'insopprimibile gradiente di libertà insito in ogni decisione, vi è il rischio di pensare alla fase processuale di valutazione delle prove come a un fenomeno imperscrutabile, non assoggettabile ad analisi, verifiche e controlli².

Per questi motivi le tecniche dell'argomentazione probatoria costituirono oggetto di approfonditi studi sia nell'antichità che nel medioevo e proprio la teorica delle prove legali rappresentò il terreno ideale per uno studio analitico del fenomeno, come del pari lo fu l'anglosassone *law of evidence*. Sennonché con il tempo tali tradizioni si sono fortemente indebolite e di tale evoluzione si avvertono ancora gli effetti³. Ciò, in particolare, è

² Sul punto si veda ancora Nobili, *op. cit.*, p. 8 ove l'Autore mette in evidenza come lo stesso termine "libero convincimento" sia equivoco, ponendo l'accento su un fenomeno psicologico complesso. Per tali ragioni altri autori, fra i quali Lessona, *Trattato delle prove in materia civile*, terza ed., vol. I, Firenze, 1914, p. 497, preferiscono il termine "persuasione razionale". In questo senso si veda anche P. Rossi, voce *Convincimento*, in *Nuovo dig. it.*, vol. IV, Torino, 1938, p. 213.

³ In questo senso Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., p. 9. Non deve comunque essere sottovalutato il

ascrivibile al modo in cui la scuola francese interpretò prevalentemente l'*intime conviction*⁴, considerato che il nuovo metodo offrì spesso la giustificazione concettuale per chiudere il discorso circa le tecniche dell'argomentazione probatoria piuttosto che rianimarlo su nuove basi.

Così ragionando, per lungo tempo non vi sono stati tentativi volti ad approfondire la logica interna del giudizio, il che ha portato a convertire la libertà del giudice in un atto imperscrutabile dal punto di vista logico e razionale nonché arbitrario dal punto di vista ideologico e politico.

Che il metodo basato sul libero convincimento del giudice non sia incompatibile con un'adeguata regolamentazione legale della prova è del resto confermato dal sistema probatorio di *common law*, ove non si suole operare una contrapposizione fra prova legale e intimo convincimento⁵ – per come intesa nei paesi di *civil law* – e

tentativo delle scuole ottocentesche volto ad avviare un'indagine sulla logica del giudice svincolata dagli schemi delle previsioni normative. Al riguardo si vedano L. Romano, *L'arte di ben congetturare nei giudizi penali*, Napoli, 1826; G. D. Romagnosi, *Cenni sui sistemi della convinzione intima e delle prove legali e sul calcolo degli indizi*, in *Opere*, a cura di A. De Giorgi, vol. IV, parte seconda, Milano, 1842, p. 966; N. Nicolini, *Della procedura penale nel Regno delle Due Sicilie*, ed. 1843, vol. I, Livorno, p. 311; Id., *Questioni di diritto trattate nelle conclusioni, ne' discorsi ed in altri scritti legali*, Livorno, 1844, p. 69.

⁴ Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., p. 9.

⁵ Si consideri peraltro che il sistema della *law of evidence* è stato da alcuni qualificato come un sistema di prove legali seppur mitigate, senza accostarsi all'opinione tradizionale che considera la *law of evidence* come imperniata sul libero convincimento. Per un esame della teoria tradizionale si vedano R. Pannain, *La certezza della prova*, in *Riv. pen.*, 1959, I, p. 291; O. Quaglia, *Saggio di una*

dove la prova è da sempre considerata, secondo la sua concezione originaria, alla stregua di *argumentum*⁶. In tale sistema infatti, dopo un lungo percorso, si è riusciti ad assimilare il concetto classico di prova, dove la tradizione topico – retorica e la dialettica, intesa come *ars disputandi*, costituirono le matrici per un equilibrato sistema probatorio⁷.

Senonché, negli ordinamenti di *civil law* al fine di superare il sistema delle prove legali vennero introdotte le giurie popolari di tipo anglosassone e l'intimo

teoria sulle presunzioni penali, Loano, 1910, p. 31; M. Roberti, *Il libero convincimento nei giudizi penali*, in *Riv. pen.*, 1926, p. 322; A. Giuliani, *Problemi metodologici nello studio del diritto processuale comparato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, p. 653 ss. Per un esame della teoria del sistema di prove legali mitigate si vedano E. Bonnier, *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*, quinta ed., Parigi, 1888, p. 109; Cappelletti, *Le grandi tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato*, (1968), ora in *Processo e ideologie*, Bologna, 1969, p. 236; Denti, *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, (1967), ora in *Processo civile e giustizia sociale*, Milano, 1971, p. 100; Taruffo, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970, p. 101.

⁶ Sul punto si vedano Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., p. 11; A. Giuliani, *The influence of rhetoric on the law of evidence and pleading*, in *The Juridical Review*, 1962, p. 217; T. Nani, *De indiciis*, (1781), trad. it., in *Principi di giurisprudenza criminale, e degl'indizi ad uso dei medesimi per conoscere i delitti*, Napoli, 1856, p. 97 ss.; M. Pagano, *Teoria delle prove*, pubblicato anche con il titolo *La logica dei probabili, per servire di teoria alle prove nei giudizi criminali*, 1806, in *Opere*, Capolago, 1837, § XVII; N. Nicolini, *Della procedura penale*, cit., spec. vol. I, p. 337 ss.

⁷ Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., p. 12; Giuliani, *The influence of rhetoric*, cit., p. 220; Id., *Problemi metodologici*, cit., p. 653 ss.

convincimento filtrò quindi insieme a una riforma dell'ordinamento processuale apertamente volta a riprodurre alcuni dei tratti tipici di quello inglese. Ciò peraltro – come è intuibile – non fu sufficiente da solo a far assimilare la concezione argomentativa della prova su cui ruotava tutta la *law of evidence*⁸. E così la logica dell'esclusione e della rilevanza – tipica del sistema anglosassone – non venne conosciuta dai nostri sistemi probatori con la necessaria chiarezza ed ampiezza, e la stessa concezione dialettica del processo venne introdotta solo nei tratti che riguardano la struttura del processo (contraddittorio, assetto accusatorio, ecc.) e, come vedremo meglio in seguito, solo per un breve periodo e non anche con riferimento alla logica interna del giudizio e alla concezione della prova.

In questo modo si ottenne in pratica una deformazione del metodo anglosassone, il che ha causato un'impostazione del problema dell'intimo convincimento del giudice del tutto particolare per i paesi continentali e ciò sin dalla metà del XVIII secolo. Ed invero, in tali paesi anche quando ci si sforzò di individuare un'interpretazione in chiave razionale dell'intimo convincimento si ottennero comunque risultati apprezzabili sotto alcuni profili ma sicuramente differenti rispetto a quelli della *law of evidence*, ricollegabili piuttosto a quel tipo di razionalismo

⁸ Sul punto si veda Giuliani, *The Influence of Rethoric*, cit., p. 216; Id., *Problemi metodologici nello studio del diritto processuale comparato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, p. 653 ss., secondo il quale non esiste un vincolo di implicazione necessaria tra il sistema delle giurie e la *law of evidence* in quanto anche se la giuria favorisce evidentemente una concezione dialettica della prova è anche vero che non la genera di necessità, tanto che può darsi la seconda senza la prima.

aprioristico che aveva caratterizzato l'evoluzione delle prove nei secoli precedenti⁹.

Fatta questa premessa si può sin d'ora rilevare come, nonostante ciò, sia la dottrina che la giurisprudenza contemporanea sono solite utilizzare il concetto di "libero convincimento" quasi alla stregua di dogma, trascurando i profili problematici connessi all'argomento. Questo modo di procedere pare sottendere l'idea che tutte le questioni che ruotano intorno al principio siano in realtà superate da tempo e che, di conseguenza, sia ormai possibile fare riferimento a un significato cristallizzato della regola.

In realtà ciò non corrisponde al vero; merita piuttosto di essere evidenziato come all'importanza che viene giustamente attribuita a questo principio non consegua altrettanta chiarezza con riferimento al suo esatto significato, i suoi limiti e la sua effettiva portata. Di qui addirittura l'affermazione secondo la quale ormai non sappiamo più che cosa significhi esattamente tale

⁹ A riguardo si veda Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974, p. 13 ss. il quale a tal fine riporta efficacemente l'esempio della teoria scientifica dell'accertamento giudiziale coltivata dalla scuola penale positiva nella quale si può individuare il coronamento del razionalismo ottocentesco nel campo delle prove giudiziali. Ed invero, allora teoria scientifica della prova significò isolamento del giudicante dal dialogo che si svolge fra le parti e assimilazione della sua attività conoscitiva ai modi e alle tecniche dello scienziato della natura e, di conseguenza, rifiuto di ogni concezione dialettica delle prove e del processo, sia sotto il profilo logico sia sotto il profilo strettamente giuridico. Tutto questo a conferma, quindi, che si era pervenuti a risultati divergenti rispetto alla *law of evidence* e che hanno influenzato i successivi sviluppi della teoria della prova.

invocazione di libertà, tramutatasi in un insistente *slogan*, frequentemente ripetuto ma non adeguatamente meditato¹⁰.

Ed invero, quando l'intimo convincimento era al centro dei programmi di riforma degli illuministi francesi e italiani, lo stesso era finalizzato a un chiaro obiettivo: abolire il ferreo sistema delle prove legali, inteso come tipizzazione astratta del valore dell'esperienza. In altri termini, mediante la nuova formula si aspirava a far sì che la decisione sul fatto non fosse ancorata a paradigmi normativi vincolanti per il giudice, ma avvenisse alla stregua della ragione e del "comune buon senso", patrimonio di ogni uomo, e così in particolare del giudice (ma non soltanto di esso, essendo proprio ad esempio anche del giurato).

In questa prospettiva, quindi, l'aggettivo "intimo" (o "libero") serviva a connotare la regola di un significato ben delineato, mentre oggi, nell'alveo della formula rimasta pressoché inalterata, sono di fatto in grado di confluire diversi ed eteronomi significati. Se poi si considera che attualmente l'utilizzo di questa formula non è più volto a contrastare il ferreo sistema delle prove legali diviene necessario verificare quali siano i contenuti che

¹⁰ Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., p. 15; Monteleone, *Alle origini del principio del libero convincimento del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 130 ss., rileva efficacemente come "lo studioso del processo e delle prove ... dovrebbe oggi essere molto prudente nella valutazione del c.d. libero convincimento e rendersi conto che non oro tutto quel che luce. In particolare risulta molto avventato ritenere *sic et simpliciter* quel principio come un progresso della civiltà giuridica rispetto ad un passato tenebroso ed oscurantista, essendo vero storicamente il contrario: esso ha permesso l'abuso del processo a fini criminosi, che prima avrebbe trovato un ostacolo insormontabile proprio nel sistema della prova legale e vincolante".

vanno a connotare tale termine, capace di assumere una molteplicità di ruoli. In altri termini, l'obiettivo attuale deve essere quello di verificare da che cosa si deve intendere libero il giudice, a quali precetti o regole dobbiamo invece ritenerlo vincolato, quale possa essere il sistema di contrappesi necessario per bilanciare questa sfera di azione, nonché a quale concezione del rapporto fra il giudice e la legge conduce questo principio.

Data la vastità e relatività dei dati di riferimento diviene quindi utile una indagine del principio seguendo la prospettiva storica, senza peraltro avere di mira la ricerca di un significato univoco e costante di tale formula, atteso che indiscussa può semmai definirsi unicamente la sua originaria portata definitoria negativa, in contrapposizione al sistema delle prove legali.

Per compiere siffatta analisi è quindi fondamentale verificare il rapporto che legò il libero convincimento agli altri canoni fondamentali nel sistema accusatorio introdotto a partire dalla fine del XVIII secolo, non senza considerare che le risposte furono necessariamente divergenti a seconda del sistema in cui il principio andava ad inserirsi. Ed invero, la libera valutazione delle prove venne ad introdursi dapprima nel sistema creato dalla legislazione francese del 1789-1791, ossia in un sistema caratterizzato dal metodo accusatorio, dalle giurie popolari e dall'attuazione dei canoni dell'oralità e immediatezza. Non molti anni dopo, invece, lo stesso principio venne inserito in un sistema basato su giudici funzionari e in un periodo in cui (nel corso dell'ottocento) rifiorirono in parte gli ideali del processo inquisitorio, influenzati dalla teorica della difesa sociale.

Risulta quindi di immediata evidenza che il significato del principio del libero convincimento ha assunto diversi connotati e sfumature, andando a configurarsi in maniera

distinta a seconda del sistema in cui è andato a incardinarsi. Un principio, quindi, capace di rappresentare sia il contrassegno del sistema accusatorio sia una massima in grado di giustificare il potere quasi illimitato del giudice al fine di garantire il raggiungimento della verità.

Si può già quindi rilevare come tale principio può essere inteso sostanzialmente in due modi differenti, lontani e quasi incompatibili fra loro. Da un lato, infatti, si può pensare che il raggiungimento della verità sia un valore talmente essenziale ed astrattamente incompressibile da meritare di essere perseguito con ogni strumento idoneo al raggiungimento dello scopo. Da qui l'idea di attribuire al giudicante una libertà pressoché illimitata; idea che trova nel metodo probatorio uno strumento rimesso alla piena disponibilità del giudice e non già un limite al suo potere. Dall'altro, si può invece pensare che il processo miri alla ricerca della verità purché ciò avvenga entro limiti consapevoli e mediante il rispetto di determinate regole. In altri termini, secondo questa diversa concezione, sussistono altrettanti valori insopprimibili meritevoli di tutela, come la dignità e la civiltà dello strumento utilizzato, che vengono a costituire un fisiologico contraltare della libertà del giudicante¹¹.

Seguendo tale ultima impostazione bisogna peraltro avere a mente in ogni caso che il metodo legale probatorio non costituisce in sé certo un valore indiscutibile, ma lo diviene solo in funzione del suo contenuto concreto¹².

¹¹ In questo senso Peters, *Strafprozess (ein Lehrbuch)*, Karlsruhe, 1952, p. 68 ove appunto si indica che non è necessario ottenere la verità a tutti i costi ma che questa va raggiunta secondo un'ineccepibile forma morale.

¹² Sul punto è molto efficace un esempio riportato da Nobili, *op. loc. cit.*, p. 32 nel quale vengono messi a confronto due ordinamenti, uno dove viene imposto il ricorso alla tortura in certi

Così operando, emerge allora la necessità di considerare un altro fondamentale concetto rappresentato dalla c.d. verità materiale che talvolta ha influenzato la corretta comprensione del principio del libero convincimento. Il concetto di verità, infatti, in ogni settore è necessariamente condizionato dai metodi attraverso i quali la ricerca viene svolta, sicché anche l'attività conoscitiva del giudice finisce col risentire dei comandi ad esso rivolti. Di conseguenza, che vi sia divergenza fra il fatto storico da provare e l'accertamento giudiziale costituisce un fenomeno non certo patologico che talvolta può anche essere voluto. Non si erra quindi se si ritiene che il giudice non debba mirare alla ricerca di una verità assoluta, atteso che questo non è il reale fine al quale mira il processo¹³. Quest'ultimo, infatti, tende unicamente a un accertamento

casi, o comunque di altri strumenti in cui la libertà individuale viene gravemente compressa in vista della "difesa sociale" e della ricerca della "verità materiale", l'altro che, al contrario, vieta invece tali strumenti. Il rispetto del metodo non avrà quindi lo stesso significato nei due casi in quanto la legalità non è indifferente al contenuto del comando e non costituisce un valore morale di per sé.

¹³ Sul tema di vedano P.O. Ekelöf, *La libera valutazione delle prove*, in *Studi Segni*, vol. I, Milano, 1967, p. 98; K. Engisch, *Introduzione al pensiero giuridico*, trad. it., Milano, 1970, p. 72; H. Henkel, *Strafverfahrensrecht*, seconda ed., Stoccarda, 1968, p. 350 ss.; E. Altavilla, *Psicologia giudiziaria*, (1925), terza ed., Torino, 1948, p. 3 ss.; G. Bettiol, *Sulle presunzioni nel diritto e nella procedura penale*, in *Studi economico-giuridici della facoltà di giurisprudenza dell'Università di Cagliari*, Milano, 1938, p. 42 ss.; Capograssi, *Giudizio processo scienza verità*, in *Opere*, vol. V, Milano, 1959, p. 66 ss.; G. De Luca, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Milano, 1963, p. 11 ss.; M. Pescatore, *La logica del diritto. Frammenti di diritto e di giurisprudenza*, vol. I, Torino, 1863, p. 66 ss.

differente e soggetto a regole più stringenti (in quanto vincolato ai precetti della legge), spesso qualificato in termini di c.d. verità formale¹⁴. Non si dimentichi poi che fra la verità storica e l'accertamento giudiziale si viene talvolta ad inserire (come di fatto avviene in taluni ordinamenti fra cui il nostro) anche il potere dispositivo delle parti, che ha condotto alla storica distinzione fra processo penale – dove l'incidenza delle parti sul materiale probatorio è minima – cui farebbe maggiormente riferimento un concetto di verità storica o materiale e

¹⁴ F. Canelutti, *La prova civile*, (1915), seconda ed., Roma, 1947, p. 31 ss. ove si legge che “il risultato della ricerca giuridicamente limitata o disciplinata non è più la *verità materiale*, o, come si direbbe con un efficace truismo, la *verità vera*, ma una *verità convenzionale*, che si battezza per verità *formale*, in quanto ad essa conduce una indagine regolata nelle forme, o per verità *giuridica*, in quanto essa è ricercata mediante leggi giuridiche, non solo mediante leggi logiche, e solo per effetto di queste leggi giuridiche si sostituisce alla verità materiale”. L'Autore peraltro prosegue rilevando come in realtà ciò non sia altro che una metafora sottolineando che: “la verità non possa essere che una, onde la verità formale o giuridica o coincide con la verità materiale, e non è che verità, o ne diverge, e non è che una non verità, così che, fuor di metafora, il processo di ricerca assoggettato a norme giuridiche, che ne costringono o deformano la purezza logica, non può essere sinceramente considerato come un mezzo per la conoscenza della verità dei fatti, bensì per una *fissazione o determinazione dei fatti medesimi*, che può coincidere o non coincidere con la verità di questi e ne rimane affatto indipendente”; Id., *Prove civili e prove penali*, in *Riv. dir. proc.*, 1925, p. 2 ss.; Id., *Verità, dubbio, certezza*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, p. 4 ss; M. Pisani, *La tutela penale delle prove formate nel processo*, Milano, 1959, p. 22 ss.; Furno, *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova, 1940, p. 147 ss.; N. Picardi, *Riflessioni critiche in tema di oralità e scrittura*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, p. 1 ss.

processo civile, al quale viene invece ricondotto il concetto di verità c.d. formale¹⁵.

Partendo proprio da tale base di ragionamento talvolta, soprattutto nella dottrina tedesca¹⁶, si è giunti a una

¹⁵ Per una compiuta distinzione fra le due nozioni si vedano Furno, *Contributo alla teoria della prova legale*, cit., p. 18 ss.; Vocino, *Sulla c.d. «attuazione della legge» nel processo di cognizione*, in *Studi in onore di E. Redenti*, II, Milano, 1951, p. 598 ss. Si vedano inoltre Cordero, *Il giudizio d'onore*, Milano, 1959, p. 14 ss.; C. Massa, *Il principio dispositivo nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, p. 351 ss.

Per una critica alla correlazione processo penale-verità materiale e processo civile-verità formale si veda P. Calamandrei, *Linee fondamentali del processo civile inquisitorio*, (1927); Id., *Il processo inquisitorio e il processo civile*, (1939), entrambi in *Opere giuridiche*, vol. I, Napoli, 1965, p. 145 ss., 415 ss.; M. Cappelletti, *Iniziativa probatorie del giudice e basi pregiudiziali della struttura del processo*, (1967), ora in *Processo e Ideologie*, cit., p. 112 ss.; Furno, *Contributo alla teoria della prova legale*, cit., p. 38; A. Proto Pisani, *Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro*, in *Foro it.*, 1973, V, c. 2325.

Per un'analisi più recente del tema si vedano Cavallone, *I poteri di iniziativa istruttoria del giudice civile. Premessa storico-critica*, in *Studi parmensi*, XXVII, Milano, 1980, p. 23 ss.; Liebman, *Fondamento del principio dispositivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, p. 551 ss.; Fazzalari, *L'imparzialità del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, p. 193 ss.; Montesano, *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, p. 189 ss.; Id., *Considerazioni su storia moderna e proposte di riforme per la giustizia civile in Italia*, in *Riv. dir. proc.*, 1981, p. 606 ss.; G. Monteleone, *Limiti alla prova d'ufficio nel processo civile (cenni di diritto comparato e sul diritto comparato)*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 863 ss. Sul concetto di verità all'interno del processo si veda inoltre R. Danovi, *Dovere di verità e dovere di lealtà nella deontologia forense*, in *Saggi sulla deontologia e professione forense*, Milano, 1987, p. 95 ss.

discussa interpretazione della teoria del libero convincimento. Seguendo infatti tale impostazione talvolta si è incorso nell'errore di configurare il processo penale come un processo volto al raggiungimento di due obiettivi primari rappresentati dalla pretesa punitiva e dalla ricerca della verità materiale, consentendo così al giudice penale di arrogarsi poteri sostanzialmente illimitati in ordine all'accertamento del fatto. Così ragionando, tuttavia, si finisce col degradare la persona umana ad oggetto e ciò in nome di un fine astratto (la ricerca della verità materiale), riportando in auge il mito della verità assoluta e quindi di uno sconfinato potere dal libero convincimento del giudice.

In realtà ciò che non convince in tale teoria è identificare il principio della verità materiale con quello del libero convincimento, poiché da tale identificazione discende inevitabilmente la libertà del giudice in tutto il settore dell'istruzione e non soltanto nella fase della valutazione critica del materiale probatorio. Ma non solo. Adottando una siffatta identificazione si finisce con l'escludere il principio del libero convincimento del giudice dal sistema civile mentre è noto che – attenendosi alle tecniche di valutazione delle prove – tale principio costituisce invece un criterio fondamentale anche in tale

¹⁶ Birkmeyer, *Deutsches Strafprozessrecht*, Berlino, 1898, p. 68 ss.; E. H. Rosenfeld, *Der Reichsstrafprozessrecht*, quarta ed., Berlino, 1912, p. 21 ss.; H. Bennecke-E. Beling, *Lehrbuch des deutschen Reichsstrafprozessrechts*, Breslavia, 1900, p. 221 ss.; K. Binding, *Grundriss des deutschen Strafprozessrechts*, quinta ed., Lipsia, 1904, p. 112 ss.; J. Glaser, *Handbuch des Strafprozess*, Lipsia, 1883, vol. I, p. 16 ss.; Kries, *Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechts*, Friburgo, 1892, p. 251 ss.; Henkel, *Strafverfahrensrecht*, cit., p. 104 ss.; Peters, *Strafprozess*, cit., p. 67 ss.

sistema, e ciò nonostante esso sia informato al principio dispositivo e sussista come requisito imprescindibile la domanda di parte.

Prima di procedere oltre è bene peraltro considerare che l'abbandono del sistema delle prove legali aveva comportato anche la nascita di taluni orientamenti volti a interpretare e risolvere la *quaestio facti* alla stregua di un'operazione in cui assume predominante rilievo la ragione individuale del giudice; in altri termini la "logica giuridica" veniva ad essere identificata con la "logica comune"¹⁷. Si iniziò così ad operare due tipi di equiparazione, ossia l'equiparazione del giudice al ricercatore della natura¹⁸ e l'equiparazione del giudice allo storico¹⁹. Così facendo, tuttavia, risulta evidente come

¹⁷ Così Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., p. 44.

¹⁸ Ferri, *Sociologia criminale*, Torino, 1900, p. 777 ss.; Altavilla, *Psicologia giudiziaria*, cit., 707 ss.; Florian, *Delle prove penali*, a cura di Fredas, Milano, 1961, p. 9 ss. Per una visione critica si veda Denti, *L'evoluzione del diritto delle prove*, cit., p. 84 ss.; Id., *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, p. 414 ss.; Cardozo, *The Paradox of Legal Science*, (1928), trad. it., in *Il giudice e il diritto*, Firenze, 1961, p. 161; Cappelletti, *Le grandi tendenze evolutive*, cit., p. 245 ss.

¹⁹ Pagano, *Teoria delle prove*, cit., § VIII.; P. Calcaterra, *Riflessioni sul criterio morale*, Messina, 1819, p. 8 ss.; P. Ellero, *Della critica criminale*, Venezia, 1860, p. 15 ss.; G. Calogero, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Padova, 1937, rist., Padova, 1964, p. 111 ss.; P. Calamandrei, *Il giudice e lo storico*, (1939), ora in *Opere giuridiche*, vol. I, cit., p. 393 ss.; Id., *La verità e verosimiglianza nel processo civile*, in *Studi sul processo civile*, vol. VI, Padova, 1937, p. 111 ss.; B. Croce, *La storia come pensiero e come azione*, Bari, 1938, p. 106, 278 ss.; Id., *Riduzione della filosofia del diritto a filosofia dell'economia*, Napoli, 1926, p. 17 ss. Per un esame attuale del tema si vedano Taruffo, *Il giudice e lo storico: considerazioni metodologiche*, in *Riv. dir. proc.*, 1967,

diventi possibile svalutare oltremodo l'aspetto normativo della teoria delle prove giudiziali, in quanto se si pensa che libero convincimento del giudice significhi libertà del giudice nello scegliere le tecniche dell'accertamento giudiziale si incorre in un evidente errore, poiché si tralascia il dato fondamentale per il quale nell'ambito della prova (e più in generale del processo globalmente considerato) vi è l'interferenza necessaria e fondamentale del riferimento normativo.

La distinzione sopra esaminata del modo di intendere il principio del libero convincimento del giudice sotto il profilo ideologico nel corso del settecento è stata in realtà affiancata da un'ulteriore distinzione, basata invece sul profilo logico. Ed invero, dopo l'introduzione del sistema di valutazione delle prove che ha comportato un'interiorizzazione e personalizzazione della decisione sul fatto, è divenuto necessario domandarsi se ciò costituisca un affare di mera coscienza del singolo giudice o se, invece, si trattasse comunque di un'operazione di carattere razionale. Sul punto il *Code d'instruction criminelle* napoleonico del 1808 all'art. 342²⁰

p. 445 ss.; G. Ubertis, *La ricostruzione giudiziale del fatto tra diritto e storia*, in *Cass. Pen.*, 2006, p. 1214 ss.; Pizzi, *Oggettività e relativismo nella ricostruzione del fatto: riflessioni logico-filosofiche*, in *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di G. Ubertis, Milano, 1992, p. 207 ss.

²⁰ Il cui testo così recitava: “*Les questions étant posées et remises aux jurés, ils se rendront dans leur chambre pour y délibérer.*

Leur chef sera le premier juré sorti par le sort, ou celui qui sera désigné par eux et du consentement de ce dernier.

Avant de commencer la délibération, le chef des jurés leur fera lecture de l'instruction suivante, qui sera, en outre, affichée en gros caractères dans le lieu le plus apparent de leur chambre :

« La loi ne demande pas compte aux jurés des moyens par lesquels ils se sont convaincus : elle ne leur prescrit point de règles

nell'introdurre il nuovo principio si riferiva contemporaneamente alla "coscienza" e alla "ragione" dei giurati.

Nacquero così altre due concezioni del principio, una in chiave irrazionale un'altra di tipo, appunto, razionale. La prima teoria sostanzialmente si basava sulla non necessaria motivazione del verdetto della giuria e finiva per considerare il giudizio dei giudici laici come un'attività mentale non fondata su regole normative di giudizio ma unicamente sul c.d. "senso comune"²¹. La seconda

desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve : elle leur prescrit de s'interroger eux-mêmes dans le silence et le recueillement, et de chercher dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont faite sur leur raison les preuves rapportées contre l'accusé, et les moyens de sa défense.

La loi ne leur dit point : Vous tiendrez pour vrai tout fait attesté par tel ou tel nombre de témoins ; elle ne leur dit pas non plus : Vous ne regarderez pas connue suffisamment établie, toute preuve qui ne sera pas formée de tel procès-verbal, de telles pièces, de tant de témoins ou de tant d'indices ; elle ne leur fait que cette seule question, qui renferme toute la mesure de leur devoir : Avez-vous une intime conviction ?

Ce qu'il est bien essentiel de ne pas perdre de vue, c'est que toute la délibération du jury porte sur l'acte d'accusation ; c'est aux faits qui le constituent et qui en dépendent, qu'ils doivent uniquement s'attacher ; et ils manquent à leur premier devoir, lorsque, pensant aux dispositions des lois pénales, ils considèrent les suites que pourra avoir, par rapport à l'accusé, la déclaration qu'ils ont à faire. Leur mission n'a pas pour objet la poursuite ni la punition des délits ; ils ne sont appelés que pour décider si l'accusé est ou non coupable du crime qu'on lui impute».

²¹ Carmignani, *Parere sopra un progetto di riforma del Regolamento di Procedura penale vigente nello Stato Pontificio all'epoca dell'aprile 1838*, in *Scritti inediti*, vol. VI, Lucca, 1852, p. 117 ss., come citato da Nobili, *Il principio del libero*

interpretazione, invece, propria della cultura ottocentesca, fondava il ragionamento sull'assunto secondo il quale l'abolizione delle prove legali non escludeva che la decisione consistesse comunque prevalentemente in un atto razionale, che poteva e doveva quindi risultare vincolato a un complesso di regole poste a suo fondamento, anche se non tutte di carattere strettamente normativo²².

Tale contrapposizione ideologica si complicò ulteriormente allorché iniziò a farsi avvertire l'influenza di alcune correnti del pensiero giuridico contemporaneo. La teoria c.d. razionale è infatti poi confluita nel "formalismo" giuspositivistico ottocentesco²³ che si basava su dogmi basilari, ossia che il diritto è una sfera autosufficiente indipendente dalla morale, ridotto al sistema chiuso delle norme giuridiche poste dallo stato (normativismo statualistico), ove ogni decisione concreta la si può trarre da un sistema generale e astratto mediante operazioni puramente logiche (logicismo globale). Da queste premesse il libero convincimento è stato inserito nel sistema solo come elemento spurio, poiché tale teoria non volle sopprimere il dato ormai acquisito dalla storia e recepì detto principio nel sistema imbrigliandolo nella

convincimento del giudice, cit., p. 52; Altavilla, *Psicologia giudiziaria*, cit., p. 265; Ellero, *Della critica criminale*, cit., p. 259 ss.; Ferri, *Sociologia criminale*, cit., p. 790 ss.

²² Romagnosi, *Cenni sui sistemi della convinzione intima e delle prove legali e sul calcolo degli indizii*, cit., p. 964 ss.; Id., *Genesi del diritto penale*, in *Opere*, cit., vol. IV, prima parte, p. 341 ss.

²³ Sul tema per tutti si vedano K. Larenz, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, (1960), trad. it., Milano, 1966, p. 19 ss.; E. M. Schur, *Sociologia del diritto*, (1968), trad. it., Bologna, 1970, p. 29 ss.; Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, cap. 3, 4, 5.

teoria sillogistica della sentenza nella quale si pensava di poter esaurire l'attività conoscitiva ed interpretativa del giudice.

Al contrario, sotto la matrice irrazionalistica il principio del libero convincimento del giudice venne ad identificarsi con quell'*esprit nouveau* di rivolta contro il formalismo che ha caratterizzato diverse scuole di pensiero fra la fine dell'ottocento e l'inizio del novecento. In questa direzione il rapporto fra diritto processuale e diritto sostanziale non venne più a configurarsi come di strumentalità del primo verso il secondo e il processo divenne quindi un momento centrale dell'esperienza giuridica. Il diritto assunse così la configurazione di un portato non soltanto normativo, ma altresì giudiziale²⁴.

A tali premesse sono peraltro conseguite anche interpretazioni del libero convincimento del giudice di matrice sicuramente più aperta, volte a intendere la libertà probatoria come espressione di un potere indiscutibile e non assoggettabile a nessun tipo di disciplina, che hanno condotto a ritenere impossibile l'utilizzazione, nella valutazione del fatto, di regole preconizzate generali e astratte²⁵.

In realtà, proprio dalle critiche che si possono muovere a questa teoria, emerge come la valutazione delle prove non si può ritenere priva di regole e ciò anche se queste

²⁴ Di questo avviso furono, ad esempio, Savigny, Bûlow e Holmes secondo i quali si dovrebbe pensare alla figura di un giudice "creativo" che sostituisca l'idea di un ordinamento legale autosufficiente che il giudice è chiamato ad attuare.

²⁵ Seguendo tale orientamento si può quindi addirittura arrivare a ritenere che il giudice in realtà non deve ragionare e che la soluzione della *quaestio facti* possa essere assimilata ad un gioco d'azzardo. Cfr. F. Carnelutti, *Massime di esperienza e fatti notori* (nota a Cass., 1° aprile 1958), in *Riv. dir. proc.*, 1959, p. 639.

non vengono più fornite dal legislatore. In altri termini, l'assenza di predeterminazioni normative non esclude in alcun modo l'utilizzo degli ausili forniti dalla logica e dalla scienza e non comporta certo il rifiuto di un'attenta indagine sul momento intellettuale e razionale che costituisce necessariamente un elemento centrale del giudizio fattuale.

1.2 Il progressivo superamento del sistema delle prove legali e l'emersione della regola dell'"intimo" convincimento del giudice. Nella prima metà del XVIII secolo la crisi dell'*ancien régime* coinvolse sia le scienze sociali che il settore delle scienze giuridiche. Tale fenomeno, contraddistinto da un esame critico dei problemi politici e economici esistenti, si basò essenzialmente su una nuova filosofia caratterizzata dalla fiducia nella ragione umana e dalla volontà di favorire la dignità e la libertà dell'individuo. Tale filosofia nacque in un periodo di crescita economica, di progresso tecnico e produttivo e coincise con l'ascesa della classe borghese, il che comportò innanzitutto una critica verso l'organizzazione sociale ereditata dall'epoca feudale.

Com'è noto, tale cambiamento venne raggiunto in Europa continentale, e in particolare in Francia, per il tramite di una vera e propria rivoluzione cui fece seguito l'affermazione della classe borghese nonché il consolidamento di nuovi fondamentali principi. Da qui la nascita anche di una nuova concezione della giustizia in chiave garantistica insieme ad una nuova visione del rapporto che lega il singolo individuo alle autorità.

Tali innovazioni ebbero ovviamente influenza anche sul processo, ove si iniziò a pensare e interpretare il libero convincimento del giudice nella valutazione delle prove attraverso l'introduzione di metodi e forme che andarono a

rappresentare il limite contro il possibile arbitrio del giudice.

La piena affermazione del principio del libero convincimento fu peraltro resa possibile anche dalle scoperte in campo scientifico e filosofico che a partire dal secolo XVII comportarono l'affermazione del metodo induttivo-sperimentale.

Come abbiamo già avuto modo di rilevare, il primo metodo che venne utilizzato per introdurre il principio della libera valutazione fu l'inserimento nel sistema processuale delle giurie popolari, sulla scorta del modello inglese. Ciò avvenne mediante una riforma del sistema nel quale si introdussero principi fondamentali quali quello dell'oralità, dell'immediatezza e del libero convincimento, considerati fra loro come inevitabilmente connessi²⁶.

Abbiamo tuttavia già avuto modo di rilevare come la sola adozione delle giurie popolari non è stata idonea a far confluire nei sistemi continentali le tecniche probatorie della *common law*, il che comportò una serie di fraintendimenti nell'interpretazione del principio del libero convincimento del giudice sino ad arrivare addirittura ad una concezione irrazionale dello stesso.

²⁶ Si consideri che la proposta di adottare il *Grundsatz der freien Überzeugung* venne avanzata nei paesi di lingua tedesca già molto tempo prima rispetto alla formulazione franco-italiana ma ciò senza successo. Ma non solo. Ed invero, già dalla fine del secolo XVIII venne elaborata la teoria delle c.d. "prove legali negative" secondo la quale le prescrizioni normative sulla sufficienza e il valore delle prove erano richieste unicamente per la condanna e non già anche per l'assoluzione. Tale soluzione intermedia venne adottata appunto nei paesi tedeschi per circa un cinquantennio e venne superata solo dall'adozione delle giurie popolari. Sul tema si veda Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., p. 95.

Si consideri che a partire dal XVIII secolo era comunque già molto chiara la distinzione sussistente fra il principio del libero convincimento e il *iudicium secundum conscientiam*, rappresentativo di un giudizio personalizzato e interiorizzato. Infatti, se è pur vero che in entrambi i casi assume rilevanza la convinzione del singolo, è altresì vero che il libero convincimento è un principio che spiega i suoi effetti esclusivamente nella fase relativa alla valutazione del materiale probatorio, mentre il giudizio secondo coscienza ha una portata più vasta e tale da contrapporsi all'impostazione stessa del *iudicium secundum alligata et probata*²⁷. Nel momento in cui si compie una scelta fra prove legali e libero convincimento si compie quindi contemporaneamente una scelta in merito all'ammissibilità del *iudicium secundum conscientiam* poiché il libero convincimento, attenendo al modo di valutazione delle prove, postula unicamente il problema di quale rilevanza debba avere tale convincimento nella valutazione appunto delle prove legalmente acquisite²⁸.

²⁷ Al riguardo si può infatti rilevare come pur trattandosi in entrambi i casi di sistemi che risolvono il problema del giudizio sul fatto dando preminente rilievo alla convinzione del singolo, quello dell'intimo convincimento fa riferimento solo alla valutazione delle prove raccolte nel processo, secondo il rito giudiziario, mentre il giudizio secondo coscienza si pone come antitetico al *iudicium secundum alligata et probata*. Così Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., p. 97. Su tale contrapposizione si vedano G. Salvioli, *Dei limiti della certezza morale nella prova criminale secondo il diritto romano canonico e la dottrina antica*, in *Diritto e giurisprudenza*, (Napoli), 1916; Cappelletti, *Iniziativa probatorie del giudice*, cit., p. 143; P. Del Giudice, *Storia della procedura*, in *Storia del diritto italiano (diretta da Pertile)*, vol. VI, parte II, Torino, 1902, p. 162 ss.

²⁸ Il principio del libero convincimento del giudice, al contrario del *iudicium secundum conscientiam*, presuppone il divieto di

In questo modo si vennero a configurare due distinte soluzioni, una basata sul vecchio processo inquisitorio e sulle prove legali e una rappresentata dal nuovo modello processuale originato dalla rivoluzione francese, fondato sull'intimo convincimento.

Il nuovo sistema di valutazione delle prove basato sul libero convincimento del giudice venne codificato con decreto dell'Assemblea costituente francese del 16-29 settembre 1791, anche se ciò avvenne in funzione di una contrapposizione rigida fra due metodi processuali antitetici. Ed invero, all'inizio del XVIII secolo il sistema inquisitorio era ormai applicato da più di quattro secoli ed era fondato su un'esigenza autoritaria che comportava un accentramento in capo al giudice, dipendente o comunque strettamente legato al potere esecutivo. Tale processo si basava su alcuni canoni fondamentali quali la segretezza, l'assenza di difesa dell'accusato, il sistema di prove legali nonché la procedura scritta. Non senza dimenticare che i giudici mantenevano la possibilità di ricorrere alla tortura considerata ancora come l'unico mezzo in grado di raggiungere una prova "completa"²⁹.

utilizzare la c.d. scienza privata del giudice; l'unica eccezione è costituita dalle massime d'esperienza e dai fatti notori, ma essa è determinata dalla particolare natura di tali conoscenze e pertanto la regola non ne esce smentita. In questo senso Romagnosi, *Cenni sui sistemi della convinzione intima e delle prove legali e sul calcolo degli indizi*, cit., p. 966. Cfr. Id., *L'Indice al Progetto di Codice di procedura penale per il Regno d'Italia*, (1807), in *Opere*, cit., vol. IV, parte prima, p. 733.

²⁹ Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., p. 104 ss. Cfr. altresì Cappelletti, *Il processo civile italiano nel quadro della contrapposizione "civil law" – "common law"*, (1963), ora in *Processo e ideologie*, cit., p. 310; Del Giudice, *Storia della procedura*, parte seconda, cit., p. 144 ss.; Esmein,

In particolare l'impianto delle prove legali prevedeva una predeterminazione minuziosa dei caratteri e del valore di ogni prova tramite una loro classificazione in un sistema di prevalenze e gerarchie, con la costruzione di una sorta di "tariffario legale" delle prove che consentiva un calcolo aritmetico (prove piene, semi-prove, quarti di prova, ecc.) in grado di escludere qualunque convincimento individuale del giudicante³⁰.

In questo sistema l'organico dei magistrati era composto da funzionari permanenti, esperti del diritto, e l'obiettivo era non solo quello di rispettare il principio di legalità, ma soprattutto di razionalizzare le tecniche del conoscere giudiziale così da risolvere le incertezze dell'accertamento nonché assicurare l'uniformità delle valutazioni³¹.

Merita peraltro di essere sottolineato che ogni caso anche in tale sistema sussistevano diverse aperture verso la nuova epoca dell'intimo convincimento. E così in diverse ipotesi normativamente espresse, o comunque in alcune ipotesi di lacuna normativa, trovava rilevanza l'*arbitrium iudicis*³². Veri e propri precedenti del principio del libero convincimento possono infatti ravvisarsi nei sistemi delle

Historie de la procédure criminelle en France, Parigi, 1882, p. 281 ss.

³⁰ Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., p. 105 ss.; Esmein, *Historie de la procédure*, cit., p. 262 ss.

³¹ Secondo Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, parte generale, (1863), vol. III, sesta ed., Prato, 1886, p. 41, questo sistema costituì un rispettabile tentativo di sradicare l'arbitrio del giudizio di fatto.

³² Sul tema si veda M. Meccarelli, *Arbitrium: un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano, 1998.

prove privilegiate o delle pene straordinarie³³. Nel primo caso la valutazione della prova era sottratta alla classificazione e gerarchia delle prove legali così che il privilegio poteva consistere o nelle modalità di accertamento o nella valutazione conclusiva. Nel secondo caso, invece, in mancanza di una prova piena si potevano applicare pene straordinarie attraverso l'arbitrio del giudice.

Senonché i riformatori illuministi diedero avvio al processo di rottura nei confronti del vecchio sistema, facendo leva in particolare sul fine cui mira la procedura penale. Ed invero, basandosi sulle nuove teorie dei diritti naturali dell'individuo nonché sulla nuova concezione del rapporto fra Stato e cittadino, iniziò ad avanzare l'idea secondo la quale soggetti del processo sono anche coloro che potrebbero risultare innocenti, sicché interesse della società civile deve essere quello per cui un soggetto innocente non deve essere condannato. Così operando, si ritenne che il fine del metodo probatorio non deve necessariamente essere rappresentato dalla scoperta di un colpevole³⁴.

³³ Secondo alcuni una prima codificazione del principio del libero convincimento del giudice si può rinvenire nella Riforma penale per il Granducato di Toscana del 1786 e nelle Leggi e Costituzioni di Vittorio Amedeo II di Savoia del 1723-1729. In tal senso v. Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., p. 117 ss.

³⁴ Secondo Voltaire, *Commentaire sur le livre des délits et des peines*, (1766), in *Œuvres complètes*, ed. de l'Imprimerie de la Société Littéraire – Typographique, 1785-1789, vol. XIX, p. 264, il sistema inquisitorio non sembra “diretto ad altro che alla perdita degli accusati ... mentre la legge dovrebbe essere così favorevole all'innocente, come terribile con il colpevole. La legge sembra obbligare il magistrato a comportarsi, verso l'accusato, piuttosto come un nemico che come un giudice”.

Ma non solo. Ed invero, da tali teorie derivarono altresì inevitabilmente diverse critiche verso il sistema delle prove legali³⁵ non senza mancare di rilevare, giustamente, come anche il sistema del libero convincimento necessiti di impedire che questa libertà non degeneri in arbitrio³⁶.

Nella concezione illuminista appare quindi evidente la presenza di un forte contrasto fra la volontà di proclamare la legalità a tutti i costi – tanto che vi era il divieto di interpretare la legge se non attraverso un’operazione logico-meccanica ed impersonale di attuazione – da un lato e la proclamazione dell’intimo convincimento visto come

³⁵ Anche a tal fine si veda sempre Voltaire, *Commentaire*, cit.; Id., *Response à l’écrit d’un avocat intitulé Preuves démonstratives en fait de justice*, in *Œuvres complètes*, cit., vol. XXX, p. 464 ss.; Id., *Prix de la justice et de l’humanité*, in *Œuvres complètes*, cit., vol. XXIX, p. 335, ove si legge “si ammettono ... delle semi-prove che al fondo non sono che dei dubbi; infatti sappiamo che non ci sono affatto delle semi verità ... si ammettono dei quarti di prova e degli ottavi di prova. Si può considerare, per esempio, una voce corrente come un quarto, un’altra più debole come un ottavo, in modo che otto voci, le quali non sono altro che l’eco di un rumore mal fondato, possono diventare una prova completa ... Le leggi di Roma esigevano delle prove *luce meridiana clariores*. ... Quanti errori sono sorti dal seno delle stesse leggi. Si sarebbe tentati, allora, di auspicare che ogni predeterminazione legale fosse abolita e che non vi fosse altro, al suo posto, che la coscienza e il buon senso dei magistrati. Ma chi risponderà che questa coscienza e questo buon senso non si smarriscano?”.

³⁶ Questo tema fu molto caro agli illuministi e in particolare a Montesquieu il quale sottolineava come “è un’esperienza eterna che ogni uomo, cui è attribuito il potere, è portato ad abusarne; egli avanza finché non trova dei limiti. Perché non si possa abusare del potere, bisogna che, per la disposizione delle cose, il potere arresti il potere” in *Esprit des loix*, (1748), ed. a cura di S. Cotta, Torino, 1952, 1, XI, 4.

un'intuizione di verità, espressa nelle forme del verdetto immotivato, dall'altro.

I dubbi sollevati circa il rischio di uno sconfinamento del potere giudiziale in arbitrio vennero accantonati di fronte alla volontà di inserire nel sistema le giurie popolari. Nel nuovo impianto che ha succeduto l'*ancien régime* al giudice assoluto nell'applicazione delle pene, ma esautorato per quanto riguarda la critica probatoria, troviamo sostituito un giudice vincolato alla lettera della legge per quanto riguarda la tipologia dei reati e delle pene ma sostanzialmente libero nel convincimento sul fatto.

Al fine di comprendere a pieno tale contraddizione è bene peraltro avere a mente che i fattori che influenzarono la concezione illuminista circa il giudice e le prove furono anche altri, fra i quali, soprattutto, la dottrina filosofica del senso comune, che riponeva un'assoluta fiducia nella ragione individuale del semplice cittadino. Ed invero, il senso comune veniva considerato in grado di scongiurare l'arbitrarietà dell'accertamento giudiziale meglio di qualsiasi predeterminazione legale.

Parimenti determinante fu inoltre la contrapposizione fra questione di diritto e questione di fatto. Basandosi infatti sull'ideale della separazione dei poteri, questa teoria considerava l'attribuzione di entrambe le questioni al medesimo soggetto – il giudice – una fonte di arbitrio³⁷.

Infine, un ultimo elemento che influenzò la concezione illuminista fu rappresentato dalla fiducia riposta in un

³⁷ Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., p. 132 ss.; Mittermaier, *Il processo orale accusatorio e per giurati secondo le varie legislazioni*, (1845), trad. it., Reggio, 1851, p. 194 ss., 476; Id., *Teoria della prova nel processo penale*, Milano, 1858, p. 95 ss.

ordinamento giudiziario in cui la giustizia veniva amministrata da incorrotti magistrati.

1.3 Lo sviluppo della teoria delle prove nei paesi di lingua tedesca. L'analisi dello sviluppo della teoria delle prove nei paesi di lingua tedesca merita, prima di procedere oltre, di essere esaminato separatamente poiché l'adozione della *freie Beweiswürdigung* è avvenuta all'incirca un cinquantennio dopo rispetto all'introduzione in Italia e in Francia³⁸.

Ed invero, in Germania, dove era stata elaborata una compiuta teoria del conoscere giudiziale sulla base della Costituzione criminale del 1532, si assistette a una rielaborazione della teoria della prova legale coerente con le idee illuministiche che vedevano il giudice come una *Urteilsmaschine*. La rottura con il sistema delle prove legali avrebbe comportato una rottura con il *Subsumtionsdogma* e con il principio di legalità illuminista³⁹.

La teoria delle prove legali “negative”, in virtù della quale il convincimento del giudice assume rilevanza solo a favore dell'accusato e non già anche per la condanna, per la quale è sempre necessaria la sussistenza dei requisiti fissati dalla legge, pur essendo una teoria proiettata verso il futuro rispondeva pur sempre al principio di legalità, in quanto non era possibile condannare se non erano accertati gli elementi predeterminati dal legislatore.

Le idee illuministiche francesi ed italiane non furono in grado di influenzare la dottrina tedesca, che iniziò a

³⁸ Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., p. 135.

³⁹ Küper, *Die Richteridee der Strafprozessordnung und ihre geschichtlichen Grundlagen*, Berlino, 1967, p. 132 ss.

maturare una teoria circa la libera valutazione delle prove solo con il tramonto dell'idea illuministica circa la funzione del giudice, con la critica all'ideale della codificazione e con la riscoperta di una potenziale antitesi tra *Gesetz* e *Recht*.

Solo con l'adozione delle giurie popolari e la riforma del processo si ebbe anche nei paesi di lingua tedesca l'adozione del libero convincimento e la sua consacrazione avvenne unicamente con il convegno di Lubeca del 1847 e con le leggi della giuria del 1848.

1.4 La legislazione francese del periodo rivoluzionario e napoleonico. Dall'esame della procedura penale francese è possibile individuare ai nostri fini due leggi fondamentali rappresentate dal *Décret sur la reformation de quelques points de la jurisprudence criminelle* del 8-9 ottobre – 3 novembre 1789 e il *Décret concernant la police de sûreté, la justice criminelle et l'établissement des jurés* del 16-29 settembre 1791. Attraverso tali atti normativi venne introdotto un sistema innovativo caratterizzato dall'adozione delle giurie popolari, mediante le quali l'istruttoria venne radicalmente modificata⁴⁰.

In questo nuovo sistema si vede l'introduzione del principio del libero convincimento del giudice. Ed invero, anche se con il decreto del 1789 non si assiste all'abolizione del sistema delle prove legali, queste ultime

⁴⁰ A tal fine si consideri che l'ambito dell'informazione preliminare venne ridotto in termini estremamente esigui e che la pubblicità e la difesa dell'imputato erano assicurate, sin dall'inizio, mediante l'intervento dei c.d. aggiunti ossia dei semplici cittadini eletti che partecipavano all'espletamento delle prime attività al fine di garantire il rispetto delle forme processuali e della pubblicità fino al momento in cui quest'ultima e la vera e propria difesa non fossero subentrate nella loro pienezza.

vennero ricondotte perlopiù al frutto dell'opera dei giureconsulti e non già di apposite norme sicché non vi era la necessità di operare una loro abrogazione espressa.

Il Decreto sulla procedura penale del 1791⁴¹ risolse invece il problema delle prove e del convincimento del giudice; ed invero, venne proclamato espressamente il principio del libero convincimento nella formula del giuramento demandato al giudice: “*vous jurez ... de vous décider d'après les charges et les moyens de défense et suivant votre conscience et votre intime conviction, avec l'impartialité et la fermeté qui conviennent à un homme libre*”⁴².

Il superamento delle prove legali non fu peraltro esente da critiche e taluni proposero anche soluzioni di compromesso tra prove scritte e giurie popolari oppure

⁴¹ Il sistema creato con questo decreto si basava fondamentalmente sugli elementi dell'accusa privata, della netta cesura tra informativa anteriore al dibattimento e dibattimento, istruzione di stampo dichiaratamente accusatorio, procedura rigorosamente orale e avanti al giurì del dibattimento e intimo convincimento basato sull'oralità e sull'immediatezza.

⁴² Parimenti esplicita era altresì la formula che veniva letta ai giurati: “*la loi ne demande pas compte des moyens par lesquels (les jurés) se sont formé une conviction; elle ne leur prescrit point des règles auxquelles ils doivent attacher particulièrement la plénitude et la suffisance d'une preuve; elle leur demande de s'interroger eux-mêmes dans le silence et le recueillement et de chercher, dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont fait sur leur raison les preuves apportées contre l'accusé et les moyens de la défense. La loi ne dit point : vous tiendrez pur vrai tout fait attesté par tel nombre de témoins, ou vous ne regarderez pas comme suffisamment établie toute preuve qui ne sera pas formée de tant de témoins ou de tant d'indices ; elle ne leur fait que cette seule question, qui renferme toute la mesure de leur devoir : avez-vous une intime conviction ?*”.

sistemi misti tra prove legali e *prove morali*, secondo i quali il giudice non avrebbe potuto condannare senza l'esistenza di una serie di prove legalmente predeterminate mentre sarebbe potuto pervenire ad un giudizio di assoluzione qualora il suo convincimento si fosse rivelato contrastante con esse⁴³. Questo modello non ebbe successo né in Francia né in Italia, mentre lo ebbe, come abbiamo visto sopra, nei paesi di lingua tedesca.

Così come delineato, in questo sistema il libero convincimento venne ad acquisire un significato ben preciso. Da un lato assunse il significato di rifiuto verso l'opposto sistema delle prove legali, dall'altro, invece, fu sentito come il naturale portato di un nuovo processo "democratico" e "moderno" accusatorio basato sulle giurie popolari.

Tale nuovo impianto non fu comunque in grado di escludere l'insorgere di ulteriori interrogativi. In particolare, ci si domandò se a questo punto la decisione dovesse essere intesa come totalmente intuitiva e irrazionale e se tale principio era da ritenersi talmente ampio da ricomprendere anche la scienza privata del giudice e i fatti non conosciuti all'interno delle forme prescritte. Parimenti, ci si domandava se un tale sistema potesse convivere con una procedura scritta o se tale principio poteva essere trapiantato in un sistema di giudici funzionari e se in questa seconda ipotesi il convincimento avrebbe dovuto essere motivato o immotivato.

Questi nuovi sviluppi si verificarono in Francia e in Italia proprio dopo il 1791. Ed invero, superato il periodo

⁴³ In questo senso si veda ad esempio la legge napoletana del 12 fiorile anno VII (1799) pubblicata in appendice a F.M. Pagano, *La logica dei probabili, per servire di teoria alle prove nei giudizi criminali*, ed. a cura di Ripetti, Salerno, 1924.

democratico-popolare della rivoluzione la borghesia iniziò a reclamare la piena tutela dei propri interessi e di ciò trasse conseguenze anche la legislazione processuale.

Nella legge del 1795 il sistema del libero convincimento fu mantenuto, anche se acquistò un significato e un valore diversi, e ciò poiché si insistette nel trapiantare nel sistema delle giurie una procedura di istruzione probatoria scritta e segreta che altro non costituivano che il sintomo di un ritorno in senso autoritario del processo. Ma non solo. Vi fu un potenziamento delle funzioni della polizia giudiziaria mentre il sistema dell'accusa privata si ridusse entro limiti più ristretti e l'istruzione scritta venne ad acquistare maggior peso e nel dibattimento si iniziava a dare sempre più spazio alla produzione di queste scritture.

Con le leggi del 7 e 18 piovoso anno IX (27 gennaio – 7 febbraio 1801) tale involuzione si acutizzò in quanto venne reintrodotta una centralità della prova scritta⁴⁴. Ma soprattutto anche le giurie popolari subirono una riforma, in senso antidemocratico, attraverso l'introduzione di nuovi metodi di formazione delle stesse; non senza rilevare come vennero create altresì giurisdizioni eccezionali, prive di partecipazione popolare.

In questo contesto, il codice napoleonico del 1808 ha assunto quindi la funzione di punto di arrivo più che di punto di partenza, come solitamente si evidenzia, poiché

⁴⁴ Tutti i documenti processuali era accentrati presso un organo dell'accusa non più elettivo e la procedura davanti al direttore del giurì e alla giuria d'accusa divenne scritta. Le deposizioni dei testimoni inoltre venivano ritrasmesse in questa sede sulla base delle precedenti deposizioni verbalizzate senza un successivo riesame.

altro non fece che potenziare questo tentativo di mediazione fra metodi processuali opposti⁴⁵.

Il Code Napoléon ebbe fra i suoi caratteri fondamentali l'istituzione della segretezza e della scrittura nell'assunzione dei primi atti di prova, la configurazione di un potere estremamente ampio del magistrato istruttore (con la conseguente abolizione del giurì d'accusa), la previsione dell'impossibilità per l'accusato di vincolare l'istruttore ad esperire prove a sua discolpa. Vi era inoltre la previsione di un sistema di carcerazione preventiva estremamente severo oltre che l'affidamento di un importante peso delle fasi preliminari sul dibattimento.

Tutto ciò contribuì alla creazione di un sistema misto⁴⁶ non privo di nodi problematici da risolvere. Il primo fu quello di individuare la soluzione conciliativa, alla luce del principio del libero convincimento, fra la fase preliminare di carattere inquisitorio e la fase dibattimentale a carattere accusatorio. Al riguardo, una soluzione mediana poteva consistere nel considerare operante il libero convincimento unicamente per quanto atteneva le sole conoscenze ottenute in seno al dibattimento. Tuttavia tale soluzione avrebbe comportato la considerazione della fase istruttoria quale semplice attività informativa. Del pari inefficace si prospettò la soluzione opposta, in quanto si sarebbe finito con il considerare il dibattimento un semplice riesame della procedura scritta.

Siffatto dibattito insorse anche in seno alla magistratura e al Consiglio di Stato, ove prevalse l'opinione di non

⁴⁵ In questo senso Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., p. 172.

⁴⁶ “Volutamente” misto, poiché l'Imperatore era comunque ben cosciente delle possibili conseguenze che avrebbe comportato la totale abolizione delle conquiste rivoluzionarie.

mettere comunque in dubbio le “prove morali” trasportando il libero convincimento nell’opera dei magistrati funzionari, come prima era rivolto ai giurati⁴⁷.

Il dibattito in seno al Consiglio di Stato si fece sempre più acceso fra coloro che ritenevano possibile la convivenza fra il principio del libero convincimento del giudice e il sistema di giudici funzionari e coloro che invece, al contrario, non lo ritenevano possibile. Tale dibattito coinvolse anche lo stesso Napoleone che si rivolse al Consiglio di Stato, e quest’ultimo esortò una presa di posizione sul punto atteso che i giudici funzionari, non essendo obbligati a rendere il loro giudizio sulla base delle sole prove legali, ben avrebbero potuto essere considerati alla stregua di giurati, muniti, a differenza di questi, del privilegio di essere più esperti e meglio scelti⁴⁸.

Successivamente a una lunga interruzione tale dibattito si rianimò e nel febbraio del 1808 lo stesso Napoleone adottò una posizione diversa e più decisa, affermando “di preferire l’antica legislazione, piuttosto che un sistema in cui gli stessi magistrati avessero pronunciato come giurati. L’abitudine li avrebbe induriti, nondimeno l’accusato non avrebbe più avute le stesse garanzie di un tempo”⁴⁹. Venne così abolito il giurì di accusa ma venne mantenuto il

⁴⁷ Nel parere della Corte di Colmar in Esmein, *Historie de la procédure criminelle en France*, cit., p. 492 viene evidenziato l’auspicio a che “i giudici decidessero pubblicamente come i giurati, senza essere costretti a nessun’altra prova che il loro intimo convincimento”. Tale idea in Francia non venne accolta immediatamente mentre venne introdotta come regola generale nel Codice per il Regno di Italia del 1807.

⁴⁸ Si veda sempre Esmein, *Historie de la procédure criminelle en France*, cit., p. 511.

⁴⁹ Si veda sempre Esmein, *Historie de la procédure criminelle en France*, cit., p. 523.

sistema della giuria. Il codice conservava invece le “prove morali”.

1.5 Le riforme processuali penali nei paesi di lingua tedesca. Nei paesi di lingua tedesca, e in particolare in Austria, Germania e Svizzera, all’inizio del 1800 era ancora operante un sistema basato su una procedura essenzialmente inquisitoria, fondata sulla dottrina delle prove di diritto comune. Come abbiamo visto in precedenza, le teorie volte al superamento del sistema delle prove legali non ebbero seguito in tali paesi, poiché i principi illuministi non vennero conosciuti con la medesima tensione di come avvenne in Francia e il superamento del sistema processuale delineato nella Costituzione criminale carolina avvenne attraverso riforme più moderate, potendosi fare riferimento al sistema misto ormai adottato *medio tempore* in Francia⁵⁰.

Potendo quindi operare un confronto con le altre esperienze europee, nei paesi di lingua tedesca ci si domandò preliminarmente se i principi dell’oralità, immediatezza e pubblicità potevano considerarsi compatibili con un sistema basato su giudici funzionari. Ma soprattutto ci si pose l’interrogativo circa la possibilità e le eventuali modalità con cui il principio del libero convincimento avrebbe potuto operare senza l’adozione di un ordinamento basato sulle giurie popolari.

Anche in tali paesi insorse un lungo dibattito ove si ritenne che i principi della pubblicità e dell’oralità ben potevano coesistere con un sistema di magistrature permanenti, purché fossero rispettati due criteri essenziali:

⁵⁰ Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., p. 180 ss.; Mittermaier, *Teoria della prova*, cit., p. 16 ss.; Peters, *Strafprozess*, cit., p. 57 ss.

l'inquisizione preliminare poteva essere destinata a fornire i materiali per la decisione solo se l'accusa fosse fondata e la sentenza finale doveva essere emanata unicamente ad esito del dibattimento.

In questo modo anche i paesi tedeschi videro la creazione di un sistema misto.

Con riferimento invece al profilo relativo all'esistenza del principio del libero convincimento, in assenza di un sistema di giurie popolari, assunse rilevanza l'opinione secondo la quale anche ove fossero state adottate le giurie popolari non di necessità si sarebbe dovuta bandire qualsiasi regola probatoria volta a indirizzare la decisione verso un traguardo di ragionevolezza; e se ciò poteva valere per le giurie popolari, a maggior ragione una dimensione razionale delle teorie delle prove avrebbe dovuto sussistere in presenza di giudici funzionari.

In altri termini, prevalse l'idea secondo la quale l'arbitrio dei giudici avrebbe potuto essere scongiurato introducendo un sistema di limiti rappresentati dal divieto di utilizzazione di prove raccolte al di fuori del dibattimento, dall'obbligo di motivazione, nonché dall'individuazione di un idoneo apparato di controllo del giudizio, *sub specie* di mezzi di impugnazione della sentenza.

In questo modo venne adottato un sistema misto, nel quale obiettivo del legislatore doveva essere quello di confinare il possibile arbitrio del giudice entro limiti angusti, vietandogli la possibilità di emettere condanne in assenza delle condizioni richieste e concedendogli la facoltà di assolvere nelle ipotesi in cui non sussista una convinzione della colpevolezza. Il sistema delle prove legali negative⁵¹ comparve nei codici austriaci del 1803 e

⁵¹ Vedi *supra* paragrafo 1.2, nota 26.

del 1853, nel regolamento di Baden del 1845 e in quello di Berna del 1842.

Solo successivamente furono prospettate teorie volte invece a dimostrare come l'abrogazione delle prove legali non avrebbe coinciso necessariamente con un'interpretazione irrazionale del conoscere giudiziale. Da qui si assistette alla nascita della dottrina successiva che partendo da tali premesse specificò che dall'abolizione delle prove legali la razionalità dell'accertamento sarebbe dipeso dall'applicazione di semplici principi scientifici non vincolanti fra i quali *Denkgesetze* (leggi del pensiero), *Erfahrung* (esperienza) und *Menschenkenntniss* (conoscenza umana)⁵².

Date queste premesse il principio del libero convincimento venne introdotto anche in sede legislativa e precisamente in Prussia nel 1846⁵³.

Si deve peraltro rilevare come anche nei paesi tedeschi la generale affermazione del principio del libero convincimento del giudice coincise con l'introduzione del sistema delle giurie popolari, considerate il miglior sistema per una riforma in senso accusatorio del processo. E così il nuovo sistema venne introdotto in Baviera nel novembre

⁵² In questo senso si vedano A. Möhl, *Über das Urtheilen rechtsgelehrter Richter ohne gesetzliche Beweistheorie*, in *Zeitschrift für deutsches Strafverfahren*, 1842, p. 283 ss.; J.W. Planck, *Systematische Darstellung des deutschen Strafverfahrens auf Grundlage der neueren Strafprozessordnungen seit 1848*, Göttingen, 1857, p. 383 ss.; H. Ortloff, *Beweisregeln und Entscheidungsgründe im Strafprozesse*, in *Goltdammers Archiv für Strafrecht*, 1860, p. 473 ss.

⁵³ Mittermaier, *Il processo*, cit., p. 545 ss., 475; Küper, *Die Richteridee der Strafprozessordnung*, cit., p. 218.

del 1848 e nei mesi successivi negli altri paesi tedeschi fino al 1850 con l'introduzione in Austria⁵⁴.

1.6 I codici italiani preunitari e unitari. Successivamente all'incoronazione di Napoleone a Re d'Italia, avvenuta il 26 maggio 1805, anche nella penisola entrò in vigore la legislazione francese, e per mezzo di essa venne introdotto il principio del libero convincimento del giudice. La particolarità di tale innovazione legislativa, rispetto a quanto sinora rilevato, consiste peraltro nel fatto che essa non coincise con l'istituzione di un sistema di giurie popolari. Il libero convincimento dei giudici divenne infatti il principio cardine per fondare il giudizio sul fatto, con il solo limite (stabilito dall'art. 299) della necessaria motivazione in diritto delle sentenze e dell'impossibilità per i giudici di addurre i motivi dei loro giudizi sul fatto imputato (art. 300).

Attraverso siffatte previsioni fu dunque introdotto il principio dell'intima convinzione proprio nella sua accezione più pericolosa, considerato che tale sistema non esigeva in alcun modo una motivazione in senso tecnico (ossia una argomentazione razionale) da parte dei magistrati.

Allorquando vennero introdotte le giurie popolari, in un primo momento in via eccezionale nel 1848 e successivamente in via generalizzata nel 1859, il libero convincimento poteva dirsi ormai un principio consolidato nel sistema⁵⁵.

⁵⁴ Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., p. 198; Glaser, *Beiträge zur Lehre vom Beweis im Strafprozeß*, Lipsia, 1883, p. 23 ss.

⁵⁵ Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., p. 205 ss.

Tale precisazione merita di essere sottolineata poiché è proprio da tale particolare evoluzione del sistema italiano che deriva una delle cause dell'inesatta interpretazione del principio del libero convincimento. Da quanto detto è infatti facile intuire come ben presto tale principio venne interpretato alla stregua di generica assenza di vincoli per il magistrato in ordine alla sua attività di accertamento del fatto.

Nel periodo della restaurazione il principio dell'intima convinzione costituiva quindi la regola, mentre il sistema delle prove legali era ormai relegato ad eccezione. Ciò nonostante erano ancora accesi gli interrogativi circa il rapporto fra libero convincimento e motivazione della sentenza, nonché in merito alla relazione fra intimo convincimento e sistemi di procedura "mista". Senonché la legislazione di tale periodo risentì fortemente dei disegni di reazione politica dei governi nel momento in cui rientravano nei loro antichi domini e quindi della volontà di rafforzare l'elemento dispotico ed accentratore del codice napoleonico e far rivivere così elementi del vecchio processo inquisitorio. Come del pari assunsero primaria importanza le conquiste ormai raggiunte dalla legislazione francese.

All'interno dei codici preunitari è possibile in ogni caso rilevare da un lato come il principio del libero convincimento del giudice venne comunque recepito anche in quei sistemi aventi caratteri e forme spiccatamente inquisitorie nonché, dall'altro, che in nessuno stato venne introdotto in quel periodo il sistema delle giurie popolari. E così nel Codice del Regno delle Due Sicilie del 1819 venne sancito che *"i giudici risolveranno tutte le questioni di fatto secondo il loro criterio morale"* e ciò unitamente all'obbligo della motivazione sul fatto; nel Granducato di Toscana la legge di Leopoldo II del 1838 affermò che *"i*

giudici, quanto al fatto, pronunzieranno secondo la loro morale convinzione” senza peraltro alcun riferimento all’obbligo di motivazione della sentenza; negli Stati pontifici il Regolamento di procedura criminale del 1831 di Gregorio XVI sancì espressamente che il giudizio dovesse avvenire secondo “*l’interno convincimento della coscienza*”⁵⁶ unitamente all’obbligo della motivazione; nel codice per gli stati di Parma, Piacenza e Guastalla del 1820 il principio del libero convincimento del giudice non venne esplicitato espressamente, ma questo non determinò in ogni caso un ritorno al sistema inquisitorio e delle prove legali.

Quest’ultimo ebbe luogo invece negli stati estensi e nel Lombardo Veneto in quanto nei primi la legislazione di Francesco IV richiamò in vigore il c.d. codice estense del 1771, restaurando completamente il vecchio processo inquisitorio, mentre nel Lombardo Veneto vi fu l’introduzione del codice austriaco del 1803 contenente un sistema di prove legali.

In Piemonte, invece, con la codificazione albertina del 1848 venne riformata la procedura inquisitoria con l’introduzione in alcuni casi del sistema delle giurie popolari. Tale sistema venne poi generalizzato nel 1859.

⁵⁶ Alle questioni se il delitto sussiste e se l’accusato è colpevole “il Giudice è tenuto a rispondere secondo l’intima convinzione della propria coscienza, e secondo l’impressione ricevuta dalla sua ragione presso le prove o gli indizij, ed indipendentemente dal numero materiale dei medesimi, che sono venuti a svilupparsi tanto nel processo scritto, quanto nella discussione verbale, dalla riunione dei quali deve essenzialmente dipendere la pienezza o sufficienza della certezza morale che rimuove dal di lui animo ogni ragionevole esitazione” (art. 442) in S. Vinciguerra, *I regolamenti penali di Papa Gregorio XVI per lo Stato Pontificio*, Padova, 2000, p. 47.

La legislazione unitaria ripeté invece il sistema delineato dal codice napoletano del 1819 che, come abbiamo visto, introdusse il principio del libero convincimento motivato dei magistrati funzionari.

Senonché dopo il 1865 si assistette a una serie di tentativi di recupero dei principi autoritari e alla fine di questo periodo di riforme, anche se ormai costituiva un dato consolidato l'impossibilità di fare ritorno al sistema delle prove legali, rimanevano comunque tutta una serie di interrogativi ai quali fornire risposta. Ed invero, ci si interrogava circa il significato gnoseologico del principio del libero convincimento, quale dovesse essere il rapporto fra tale principio e gli altri principi del processo e delle prove o quali fossero le garanzie necessarie al fine di controbilanciare questo potere giudiziale. Infine ci si domandava ancora da che cosa doveva ritenersi libero il giudice.

Da quanto sinora esaminato emerge quindi come parlare di libero convincimento del giudice significa in realtà porre un problema e non già risolverlo e ciò poiché, come abbiamo visto, si tratta di una formula polivalente, condizionata dalla struttura dei vari ordinamenti in cui viene adottato, dalle scelte politiche in essi sottese nonché dalle ideologie dello stesso interprete chiamato a dare un significato a questa petizione di libertà⁵⁷.

1.7 L'interpretazione del principio del libero convincimento del giudice nella successiva dottrina processualistica. Successivamente al periodo storico appena esaminato nacque un nuovo modo di concepire il rapporto intercorrente fra individuo e autorità nel processo

⁵⁷ In questo senso Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., p. 217.

e ciò ebbe inevitabilmente impatto sulla teoria delle prove. In particolare, si assistette all'introduzione di una teoria di impronta autoritaria in nome della "difesa sociale"⁵⁸.

Va da sé come tale mutamento comportò inevitabilmente anche una nuova interpretazione del principio del libero convincimento del giudice, che fu in grado di influenzare la giurisprudenza e la dottrina successiva.

Ed invero, sul finire dell'800 rifiorì la teoria secondo la quale nel processo è preminente il peso della componente inquisitoria del sistema misto tale da rafforzare i poteri del giudice. E così, da un punto di vista lessicale, il termine "libero" venne a esprimere oggetti assai mutati; in tal modo non solo si pretendeva la libertà da regole di prove legali ma tale criterio divenne in particolare espressione di un giudice potente e quindi il termine divenne sinonimo di una libertà di acquisizione probatoria autonoma dai diritti delle parti.

Un ruolo centrale merita peraltro di essere conferito alla scuola positiva che reagì ai postulati della scuola classica. Ed invero, prima presso la scuola positiva e successivamente presso la dottrina giuridica dell'epoca fascista, i diritti del cittadino nel settore dell'ordinamento processuale tendevano a comprimersi tutte le volte in cui venivano in contrasto con l'esercizio del magistero punitivo⁵⁹. La funzione giudiziaria veniva infatti considerata come in grado di superarsi, tanto che parte

⁵⁸ Per una ricostruzione si veda Ferri, *Principi di diritto criminale*, Torino, 1928, p. 36 ss.; E. Florian, *Trattato di diritto penale. Dei reati e delle pene in generale*, vol. I, parte I, seconda ed., Milano, (1910), p. 19 ss.

⁵⁹ Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., p. 239; Sermonti, *Principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, Milano, 1943, p. 4 ss.

della dottrina si sarebbe spinta addirittura a considerare il processo come parte della funzione amministrativa e così i poteri del giudice come mero esercizio di potestà e di coercizione. Fu così che nacque la teoria unitaria del processo, in base alla quale il principio portante tornava ad essere quello della difesa sociale.

Non bisogna inoltre mancare di rilevare che tale funzione repressiva si estese altresì all'impiego di strumenti di accertamento per così dire "agili" e che il metodo probatorio nel suo complesso venne inteso come mezzo volto alla scoperta della c.d. verità materiale⁶⁰. Conseguenza di tali concezioni fu l'interpretazione del principio del libero convincimento come incondizionata libertà del giudicante nella formazione del giudizio di fatto, il che significò utilizzazione di tale principio non solo nella fase di valutazione delle prove bensì anche in quella della loro acquisizione.

In questo stesso periodo nacque la "lotta contro il formalismo", un movimento volto a mettere in discussione le opinioni tradizionali in tema di funzione garantistica del metodo probatorio e sull'invalidità degli atti processuali. Ciò finì inevitabilmente con il condizionare l'interpretazione del libero convincimento, atteso che la procedura diveniva uno strumento al servizio di un potere discrezionale che tendeva ad ampliare sempre più i propri confini.

In virtù di tali nuove teorie, quindi, l'interesse pubblico doveva essere attuato nel processo mediante quella funzione repressiva e di difesa sociale che costituisce il fine generico del rito giudiziario. Rito generico che è destinato a esplicitarsi in un fine specifico che consiste

⁶⁰ Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., p. 248.

nella ricerca della verità che nel processo penale avrà carattere assoluto (c.d. verità materiale)⁶¹.

Ma non solo. Partendo da tale rapporto fra stato e individuo si arriva a delineare un sistema di c.d. prova libera⁶².

Vengono quindi a prospettarsi due interpretazioni del principio del libero convincimento fra loro incompatibili. Da un lato tale principio si presta ad essere inteso come il trionfo di un atteggiamento irrazionale ed intuitivo, dall'altro può essere interpretato come espressione di una nuova istanza di razionalità. Tale seconda interpretazione, peraltro, comporta la necessità di individuare i possibili strumenti in grado di realizzare tale istanza di razionalità. Vennero così prospettate due soluzioni. Una prima soluzione, che era rappresentata dalle prove legali, fu tuttavia esclusa in quanto ormai inadeguata dal punto di vista storico. La seconda soluzione mirava invece a individuare l'istanza di razionalità all'interno dello stesso sistema del libero convincimento⁶³.

⁶¹ Carnevale, *L'investigazione obiettiva nel processo criminale*, (1928), in *Diritto criminale*, vol. III, Roma, 1932, p. 414; Id., *Natura specifica del problema del processo criminale*, in *Diritto criminale*, cit., vol. III, p. 332; Id., *Carattere della verità nel processo penale*, in *Diritto criminale*, vol. III, cit., p. 391 ss. Si veda inoltre Sermonti, *Principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, cit., p. 317 ss.

⁶² Secondo Carnevale, *Carattere della verità nel processo penale*, cit., p. 403 ogni mezzo deve tendere a che "più ampio, più libero sia ... il volo della ricerca giudiziaria". In questo senso si veda anche Florian, *Delle prove penali*, cit., p. 77.

⁶³ Sul punto Carnevale, *L'arbitrio del giudice per l'applicazione della pena*, (1897), in *Diritto criminale*, vol. II, cit., p. 378 ss. specifica che "il concetto di disciplinare razionalmente la valutazione delle prove era ed è essenzialmente buono e che, se nel nostro tempo non si è creduto più necessario né utile farlo con

La nostra analisi merita quindi di partire da questa immagine del principio del libero convincimento del giudice considerato che questa è sostanzialmente l'interpretazione che abbiamo ereditato e dalla quale quindi ogni indagine deve prendere le mosse.

E' necessario comunque avere a mente che oggi nella maggior parte degli ordinamenti tendono a prediligere l'utilizzo di sistemi misti nei quali il principio del libero convincimento del giudice esplica i suoi effetti nel momento in cui la legge non predetermina il valore da attribuire ad una specifica prova. Del resto, come meglio vedremo in seguito, anche il nostro ordinamento può considerarsi un sistema misto, ove il principio del libero convincimento del giudice viene a configurare la regola generale mentre le prove legali l'eccezione.

Pur con le dovute precisazioni che verranno trattate in seguito, non bisogna infatti dimenticare che nel nostro ordinamento esistono ancora numerose ipotesi di prova legale. Si pensi alle norme relative all'efficacia probatoria dell'atto pubblico (art. 2700 c.c.), delle scritture contabili (art. 2709 c.c.), delle riproduzioni meccaniche (art. 2712 c.c.) e taglie o tacche di contrassegno (art. 2713 c.c.) o delle copie degli atti pubblici e delle scritture private depositate (art. 2714 ss. c.c.). Ma soprattutto si pensi alle norme in tema di confessione (art. 2733 c.c.) e giuramento (art. 2738 c.c. e 239 c.p.c.).

Senonché, alla luce di quanto detto nelle pagine precedenti, viene da domandarsi quale sia la ragione alla

regole legali, non perciò si è voluto emancipare il giudice da ogni disciplina; invece l'adozione del sistema del libero convincimento significa, in sostanza, che lo si è ritenuto capace di sostituire le istruzioni legislative con norme logiche, attinte dalla scienza, corrette nella pratica e seguite caso per caso.

quale ascrivere l'attuale esistenza di previsioni di prove legali. In realtà ciò può ricondursi essenzialmente da un lato alla tendenza a conferire un elevato grado di certezza a taluni documenti per le modalità in cui sono redatti o sottoscritti⁶⁴. Dall'altro lato vi è la tendenza a voler far prevalere in determinati contesti e a specifiche condizioni il principio dispositivo delle parti, anche in ordine all'efficacia della prova, rispetto al potere del giudice⁶⁵.

Così delineato, tuttavia, il sistema delle prove legali non merita più di essere ricollegato ad una generica sfiducia nel giudice, quanto piuttosto alla tendenza a estendere il potere dispositivo delle parti sul processo sino a ricompredervi la facoltà di incidere direttamente sul "tipo" di verità che il giudice dovrà accertare⁶⁶.

⁶⁴ E così nel caso dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata le modalità stragiudiziali di formazione del documento presupposte dal legislatore sono in grado di giustificare la sottrazione al giudice del potere di valutazione discrezionale di rispondenza al vero.

⁶⁵ Si pensi alla confessione e al giuramento decisorio o al riconoscimento della scrittura privata.

⁶⁶ Taruffo, voce *Libero convincimento del giudice. I) Diritto Processuale Civile*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVIII, Roma, 1990, p. 1 ss.

CAPITOLO SECONDO

CONFINI E LIMITI DEL GIUDIZIO DI FATTO: LE PROVE LEGALI

SOMMARIO: 2.1 La teoria tradizionale in tema di prove legali. 2.2 Le nuove interpretazioni del sistema delle prove legali. 2.3 La compresenza di prove legali e di prove liberamente valutabili e la loro influenza sul principio del libero convincimento del giudice. 2.4 Le principali figure di prova legale: la confessione. 2.5 *Segue*: l'atto pubblico. 2.6 *Segue*: il giuramento. 2.7 Considerazioni conclusive circa le differenti concezioni del sistema delle prove legali e il loro rapporto con il principio del libero convincimento del giudice.

2.1 La teoria tradizionale in tema di prove legali. Nel capitolo precedente abbiamo evidenziato come il sistema basato sulle prove legali venne superato con l'avvento della cultura illuministica e ciò a favore di (e attraverso) una progressiva affermazione del principio del libero convincimento del giudice. Del pari abbiamo avuto modo di rilevare come il sistema delle prove legali costituisca oggi un fenomeno limitato all'interno della normativa processuale, comunque inidoneo a infirmare un principio generale di segno opposto.

La concezione classica delle prove legali, in base alla quale al giudice non è consentito discostarsi da tali regole, è essenzialmente legata all'era delle codificazioni, improntata a canoni fondamentali quali il principio di

legalità e il conseguente principio della soggezione del giudice alla legge.

Da qui l'idea tradizionale in virtù della quale in presenza di una prova legale il giudice è tenuto a prendere atto del suo risultato e decidere in conformità ad esso. Del resto ancora oggi se ricerchiamo il significato di prova legale troviamo definizioni in questo senso⁶⁷.

⁶⁷ E così nei manuali classici di diritto processuale civile leggiamo: “per prova legale si intende quella prova la cui efficacia probatoria è prestabilita dalla legge; il risultato dell’esperienza probatorio vincola quindi lo stesso giudice, che non può formarsi un convincimento diverso da quello che deriva dalla meccanica applicazione della regola di giudizio già formulata dal legislatore” (in questo senso C. Consolo, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze dopo la legge n. 69 del 2009*, in *Spiegazioni di diritto processuale civile*, tomo terzo, Padova, 2009, p. 200); “si definiscono *prove legali* quelle la cui efficacia è determinata a priori dalla legge” (in questo senso G.F. Ricci, *Principi di diritto processuale generale*, quarta ed., Torino, 2010, p. 369); “le prove legali ... vincolano il giudice, che non può disattenderle o liberamente apprezzarle in combinazione con le altre risultanze sullo stesso fatto” (in questo senso Picardi, *Manuale del processo civile*, seconda ed., Milano, 2010, p. 311); “si chiamano prove legali quelle che, costituendo eccezione alla regola della libera apprezzabilità da parte del giudice, vincolano il giudice stesso al loro risultato probatorio, nel senso che esso giudice non ha margine per esprimere un convincimento diverso da quello che consegue a quel risultato” (in questo senso Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile. II. Il processo di cognizione, ed. minor*, ottava ed. a cura di Carratta, Torino, 2010, p. 122-123); “di prova *legale*, comunque, si parla in relazione alle ipotesi in cui il giudice è senz’altro vincolato a considerare per vero il *risultato* della prova stessa (ossia i fatti che ne sono stati oggetto), senza alcun margine per l’esercizio del suo prudente apprezzamento” (in questo senso Balena, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. II, *Il processo ordinario*, Bari, 2010, p. 85).

Nel sistema del positivismo legalistico, quindi, il giudice è tenuto a conferire in ogni caso prevalenza alla prova legale anche in presenza di una pluralità di prove libere divergenti da quest'ultima.

Questa elaborazione teorica ha necessariamente condizionato il pensiero giuridico italiano dello scorso secolo⁶⁸. La dottrina, influenzata dall'efficacia di *piena prova* attribuita dalla legge ad alcune figure probatorie (artt. 2700 – 2702 – 2733, secondo comma, c.c.), ha finito per qualificare *prove legali assolute* tutte le principali figure di prova legale (atto pubblico, confessione e

Anche la giurisprudenza è solita compiere siffatte affermazioni e così, ad esempio, leggiamo che “al di fuori dei casi di prove legali non esiste, nel vigente ordinamento, una gerarchia delle prove, per cui i risultati di talune di esse debbano necessariamente prevalere nei confronti di altri dati probatori, essendo rimessa la valutazione delle prove al prudente apprezzamento del giudice” (Cass., 18 aprile 2007, n. 9245); oppure si legge che spetta al giudice “individuare le fonti del proprio convincimento ... salvo i casi tassativamente previsti dalla legge in cui un valore legale è assegnato alla prova” (Cass., 14 ottobre 2010, n. 21215), o, ancora, che “il nostro ordinamento, in materia di prove, è ispirato al principio della libera valutazione delle stesse e del libero convincimento del giudice, principio in base al quale bisogna da un lato, al di fuori delle ipotesi di prova legale, escludere la sussistenza di una sorta di gerarchia nell'ambito del materiale probatorio acquisito nel processo” (Corte appello Napoli, 28 ottobre 2009, in *Guida al Diritto*, 2010, 6, p. 68).

⁶⁸ Fra le opere di carattere generale si vedano per tutte Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, (1923), terza ed., rist., Napoli, 1980, p. 810 ss.; Carnelutti, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, p. 135 ss.; Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, II, terza ed., Milano, 1973-1976, p. 83 ss.; Grasso, *Dei poteri del giudice*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da Enrico Allorio, I, 2, Torino, 1973, p. 1314 ss.; Furno, *Contributo alla teoria della prova legale*, cit., p. 23 ss.

giuramento) e tale qualificazione ha di conseguenza comportato il conferimento al risultato di tali figure probatorie di un carattere incontrovertibile, destinato a prevalere in ogni caso sul risultato di qualsiasi prova libera divergente⁶⁹ e tale da vincolare il giudice a dare per accertato il *factum probandum* in modo ad esso conforme⁷⁰.

In questa prospettiva il primo comma dell'articolo 116 c.p.c. viene quindi ad assumere un carattere strettamente programmatico volto a sancire un temperamento a un sistema sia di prova libera che di prova legale⁷¹. Tale disposizione, in virtù della quale *il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga altrimenti*, intende porre l'accento sul dato

⁶⁹ Talvolta in dottrina la prova munita di un risultato divergente rispetto a quello della prova legale è stata definita *prova contraria*. In tal senso si veda, ad esempio, Carnelutti, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936-1939, p. 750; Spinelli, *Fondamento ed estensione delle prove civili*, in *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, IV, Napoli, 1972, p. 548. In realtà è stato evidenziato come il termine *prova contraria* in senso tecnico debba essere più propriamente riferito alla prova che mira a dimostrare l'inesistenza del fatto da provare, ossia che mira a confermare l'ipotesi negativa. Di conseguenza per riferirsi alla prova il cui risultato è contrastante con quello della prova legale pare più opportuno utilizzare il termine di *prova divergente*. In quest'ultimo senso si veda Lombardo, *La prova giudiziale. Contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*, Milano, 1999, p. 537, nota 8. Per un approfondimento del tema della prova contraria si veda per tutti F. Danovi, *La prova contraria*, Milano, 2004.

⁷⁰ Taruffo, voce *Liberio convincimento del giudice*, cit., p. 1; Comoglio, *Le prove civili*, Torino, 1998, p. 63.

⁷¹ Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, I, Napoli, 1943, I, p. 320 ss.

per il quale il giudice, nella valutazione delle prove, utilizza il suo libero convincimento come criterio guida e al contempo come unico limite, salvo le ipotesi di prova legale, ove è vincolato al risultato probatorio senza avere la possibilità di esprimere un convincimento divergente⁷².

Per quanto attiene la loro efficacia probatoria, la dottrina è solita distinguere le prove legali fra *assolute*, che sarebbero incontrovertibili, e prove legali *relative o a efficacia provvisoria*, che sarebbero invece suscettibili di essere contrastate da altre prove divergenti⁷³.

Detta distinzione, peraltro, come vedremo *infra*, è stata superata da altra parte della dottrina che ha invece rilevato l'impraticabilità di tale operazione a motivo dell'impossibilità di discorrere nel nostro ordinamento di una assoluta incontrovertibilità della prova legale.

La dottrina ha inoltre giustamente rilevato come alla base delle figure di prova legale vi è necessariamente un sillogismo probatorio formulato dal legislatore. In altri termini, in tali figure probatorie è il legislatore stesso che seleziona, in via preventiva e astratta, la massima d'esperienza da porre a premessa e ciò al fine di prevenire possibili errori del giudicante nonché di favorire la certezza dei rapporti giuridici, scoraggiando così, se possibile, la litigiosità⁷⁴.

⁷² Grasselli, *L'istruzione probatoria nel processo civile riformato*, seconda ed., Padova, 2000, p. 45 ss.

⁷³ Carnelutti, *Sistema di diritto processuale civile*, I, cit., p. 750 ss.; Furno, *Contributo alla teoria della prova legale*, cit., p. 151 ss.

⁷⁴ Al riguardo Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, cit., p. 811, sottolineava come “nella prova legale il momento probatorio si presenta alla mente del legislatore anziché a quella del giudice: il legislatore, partendo da considerazioni di normalità generale, fissa in astratto il modo di raccogliere determinati elementi di decisione, sottraendo questa operazione logica a quelle

Fra le distinzioni operate dalla dottrina vi è poi quella fra *prova legalmente efficace* e *prova legalmente inefficace*, a seconda che il legislatore imponga al giudice di decidere in conformità al risultato di taluni mezzi di prova ovvero vieti allo stesso di fondare il suo convincimento su taluni elementi di prova, acquisiti nel processo e ritenuti, dal medesimo legislatore, “carenti di efficacia persuasiva”⁷⁵.

Al riguardo è stato peraltro rilevato come in realtà sarebbe più opportuno parlare di *prova legalmente attendibile* e di *prova legalmente inattendibile*⁷⁶, e ciò poiché l’efficacia o l’inefficacia legale di una prova è comunque conseguenza della sua attendibilità o inattendibilità imposta dalla legge.

Altra parte della dottrina⁷⁷ compie, invece, una distinzione fra *prova legale positiva* e *prova legale negativa*, anche se siffatta distinzione è apparsa ai più inopportuna, atteso che in realtà la prova viene qualificata come positiva o negativa a seconda che il suo risultato confermi l’esistenza o l’inesistenza del fatto da provare⁷⁸.

che il giudice compie per formare la sua convinzione”. In questo senso si veda anche Furno, *Contributo alla teoria della prova legale*, cit., p. 23 ss.

⁷⁵ Così Ubertis, *La ricerca della verità giudiziale*, in *La conoscenza del fatto nel processo penale* a cura di G. Ubertis, Milano, 1992, p. 28; Id., *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, 1979, p. 121; Furno, *Contributo alla teoria della prova legale*, cit., p. 147, nota 2.

⁷⁶ In questo senso v. Lombardo, *La prova giudiziale. Contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*, cit., p. 538, nota 10.

⁷⁷ Si vedano per tutti Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale civile*, (1923-1926), III, rist., Padova, 1986, p. 253; Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 445.

⁷⁸ In questo senso Lombardo, *La prova giudiziale*, cit., p. 538, nota 10.

Alla luce di queste doverose premesse si rileva che la tradizionale ricostruzione della disciplina delle prove legali rischia di apparire *prima facie* in contrasto con il generale principio del diritto alla prova contraria. Ed invero, il sistema delle prove legali, così come sinora delineato, tende non solo a limitare l'operatività del principio del libero convincimento del giudice, bensì anche a restringere l'ambito di operatività della dialettica processuale delle parti⁷⁹. Al riguardo è stato peraltro rilevato come siffatta conclusione possa in realtà ridimensionarsi poiché, come vedremo nei successivi paragrafi⁸⁰, nel nostro ordinamento è comunque possibile individuare specifici spazi all'interno dei quali riscontrare idonei strumenti reattivi nei confronti delle risultanze probatorie delle prove legali, a tutto vantaggio quindi sia dell'operatività del principio del libero convincimento del giudice, sia del rispetto del fondamentale diritto alla prova contraria.

2.2 Le nuove interpretazioni del sistema delle prove legali. La tradizionale concezione delle prove legali così come sinora delineata, come anticipato, non è andata esente da critiche o comunque è stata oggetto di nuove interpretazioni. Ed invero, una parte della dottrina⁸¹ ha rilevato che nei casi di prova legale il legislatore altro non

⁷⁹ In questo senso F. Danovi, *La prova contraria*, cit., p. 121 ss.

⁸⁰ Vedi *infra* paragrafi 2.4, 2.5, 2.6.

⁸¹ Denti, *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, p. 42 ss. anche in Id., *Processo civile e giustizia sociale*, Milano, 1971; Cappelletti, *Le grandi tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato*, cit., p. 222 ss.; Lombardo, *Riflessioni sull'attualità della prova legale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1992, p. 611 ss. Si consideri peraltro che la critica viene mossa alle prove legali costituite e non già a quelle precostituite.

farebbe che operare una semplificazione della fattispecie. In virtù di essa, nell'insieme di tutti gli elementi che caratterizzano la figura probatoria che il legislatore intende valutare preventivamente ne sarebbero presi in considerazione soltanto alcuni, generalmente ricorrenti, tralasciandone altri, presenti soltanto occasionalmente.

Secondo tale dottrina, quindi, in virtù di tale semplificazione non è possibile ritenere che la prova legale serva per valutare l'esito di un esperimento probatorio concreto e particolare, ma al più per valutare l'esito di un mezzo di prova astratto e tipico di una classe di prove. La prova legale, quindi, piuttosto che portare il giudice a un avvicinamento alla realtà, sulla base di criteri propri del comune sentire, rischia di allontanarlo da essa a motivo della astratta valutazione legislativa compiuta⁸².

Ma non solo. Qualora si ritenga che alla prova legale debba essere conferito un risultato incontrovertibile, il rischio diventerebbe addirittura quello di consentire alla prova legale di rappresentare uno strumento di simulazione o frode processuale⁸³.

Così ragionando si è quindi giunti alla conclusione che la prova legale è in grado di fornire solo una "verità media" e, quindi, una "giustizia media" ma, come già sottolineava Carnelutti⁸⁴, "la giustizia media non è la vera giustizia, come la vita media non è la vita vera; la giustizia vera non può essere che quella del caso singolo come la vita vera è quella del singolo uomo"⁸⁵.

⁸² In questo senso Lombardo, *La prova giudiziale*, cit., p. 541.

⁸³ Si veda ancora Lombardo, *ult. op. cit.*, p. 542.

⁸⁴ Carnelutti, *Diritto e processo*, cit., p. 259.

⁸⁵ Al riguardo Cappelletti, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, I, Milano, 1962, p. 286, ha rilevato come attraverso il meccanismo della prova legale nell'accertamento dei fatti "potrà pure aversi una composizione della controversia e potrà essere in

In questa prospettiva emerge allora il problema, che esamineremo nel capitolo successivo, del rapporto tra la verità giudiziale e la funzione del processo civile. Ed invero, se si ritiene che il processo civile abbia unicamente l'obiettivo di risolvere un conflitto sorto fra le parti, lo stesso sarà in grado di raggiungere il suo scopo quando porrà fine al conflitto sulla base dei canoni legali, quali che essi siano⁸⁶. Se, al contrario, si conferisce al processo civile lo scopo di restaurare l'ordine giuridico violato, dobbiamo ritenere che lo stesso raggiunga il suo scopo soltanto se verrà data una oggettiva e giusta applicazione delle norme di diritto alla fattispecie concreta⁸⁷. Così operando, peraltro, si può ritenere sussistente una corretta applicazione della norma giuridica solo nel momento in cui si sia verificata in concreto la fattispecie astratta prevista dalla norma. La sentenza, quindi, sarà in grado di restaurare l'ordine giuridico violato se e in quanto sia stata obiettivamente accertata la verità dei fatti rilevanti per la decisione.

Trascurando per il momento i profili relativi al tema della verità nel processo, che saranno oggetto di analisi nel capitolo successivo, è possibile rilevare come per parte della dottrina⁸⁸ la prova legale non meriti di essere

qualche modo assicurata la pace tra i consociati: non però una giusta composizione e una giusta pace; né una sentenza siffatta può pretendere di essere effettivamente atto di reintegrazione dell'ordine giuridico”.

⁸⁶ Carnelutti, *Sistema di diritto processuale civile*, I, cit., p. 40 ss., p. 247 ss., p. 342 ss.

⁸⁷ Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1928, p. 65 ss.

⁸⁸ Per tutti si veda Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 374; Id., *Note per una riforma del diritto delle prove*, in *Riv. dir. proc.*, 1986, p. 252.

considerata uno strumento di conoscenza razionale dei fatti, poiché la stessa non consentirebbe al giudice di tenere conto di tutti gli elementi che caratterizzano la fattispecie concreta e quindi di utilizzare criteri razionali di valutazione.

Fatte queste premesse, diviene a questo punto necessario compiere un'analisi delle figure più importanti di prove legali presenti nel nostro ordinamento, cercando di analizzarle secondo entrambe le prospettive citate, al fine di far emergere, se possibile, quale sia in concreto l'impatto che tali regole sono in grado di esercitare sul principio del libero convincimento del giudice.

Prima di procedere in tal senso, peraltro, è bene analizzare come la teoria che muove la critica all'impostazione tradizionale in tema di prove legali giunge a dare una diversa configurazione a detto sistema.

A tal fine è necessario prendere le mosse dal primo comma dell'art. 116 c.p.c. rilevando come lo stesso si riferisca esclusivamente alla fase del giudizio di attendibilità della prova. La demarcazione fra l'operatività del libero convincimento del giudice e l'operatività della prova legale attiene, quindi, esclusivamente alla fase dell'attendibilità della prova.

Ed invero, se si analizzano più attentamente le principali figure di prova legale emerge come il sillogismo compiuto dal legislatore riguarda l'attendibilità della fonte di prova. E così, la massima d'esperienza posta alla base del sillogismo operato nella norma che disciplina la confessione è quella in base alla quale nessuno dovrebbe essere disposto a dichiarare, contrariamente al vero, l'esistenza di un fatto contrario ai propri interessi. Ancora, si pensi all'atto pubblico ove la massima d'esperienza rinvenibile è quella per cui le attestazioni del pubblico

ufficiale in ordine a ciò che è avvenuto in sua presenza devono ritenersi degne di fede.

Il sillogismo operato dal legislatore può tuttavia riguardare anche l'attendibilità del mezzo di prova, come per esempio avviene nel giuramento ove è sottesa la massima d'esperienza per la quale nessuno dovrebbe essere disposto ad affrontare le conseguenze derivanti da un giuramento falso.

Così ragionando, il vincolo discendente dalle prove legali attiene in realtà alla valutazione dell'attendibilità estrinseca della prova. Ed invero, il sillogismo operato dal legislatore non è in grado di comprendere anche l'attendibilità intrinseca della prova, poiché il procedimento di formazione dell'elemento di prova varia comunque da fattispecie a fattispecie.

Questo non significa peraltro che nella prova legale l'attendibilità intrinseca della prova sia rimessa alla libera valutazione del giudice. Attraverso la prova legale, infatti, il legislatore mira a predeterminare normativamente l'esito finale del giudizio di attendibilità della prova nella sua interezza, imponendo al giudice di trascurare ogni altra circostanza utile a valutare l'attendibilità della prova sia estrinseca che intrinseca.

Quindi, secondo questa teoria, attraverso le prove legali il legislatore impone al giudice di considerare l'elemento di prova come senz'altro attendibile. La prova legale, tuttavia, sempre secondo tale teoria, non sarebbe in grado di sottrarre al giudice l'altra fase del giudizio di fatto rappresentata dall'inferenza probatoria al fine di confermare l'ipotesi. In altri termini, atteso che le prove legali inciderebbero esclusivamente sulla fase relativa all'ammissione dei mezzi istruttori, e non già alla fase di valutazione del materiale probatorio, ciò significa che detto ultimo giudizio rimarrebbe affidato ai principi, che

esamineremo meglio nel capitolo successivo, che regolano il giudizio di fatto in generale. Da qui, quindi, sempre secondo detta teoria, come abbiamo accennato, l'impossibilità di parlare nel nostro ordinamento di carattere incontrovertibile delle prove legali.

Tale conclusione non deve, peraltro, ritenersi in contrasto con la nozione di *piena prova* utilizzata dal legislatore in alcune norme e ciò poiché la statuizione in virtù della quale la prova legale fa *piena prova* trae origine dal fatto che nella formulazione delle varie fattispecie il legislatore tiene conto della più semplice eventualità in cui è acquisita una prova unica. In altri termini, il termine *piena prova* starebbe ad indicare che una prova legale da sola è in grado di confermare l'ipotesi sull'esistenza o inesistenza del fatto da provare.

Del resto, se si muove lo sguardo alle disposizioni normative, si può rilevare come, ad eccezione dell'art. 2738, primo comma, c.c., non esistono in realtà norme o strumenti che impediscono di sconfessare il risultato di una prova legale. E sempre secondo la costruzione sin qui seguita, ciò rappresenterebbe altresì l'unica considerazione in grado di porsi in armonia con il dettato costituzionale. Ed invero, norme volte a riconoscere un carattere incontrovertibile alla prova legale, in contrasto con i principi in tema di diritto alla prova e alla prova contraria, dovrebbero ritenersi incostituzionali. Ma non solo. Una simile impostazione finirebbe per essere in contrasto con la stessa definizione di prova quale strumento di conoscenza razionale dei fatti che, come vedremo nel prossimo capitolo, rappresenta la corretta interpretazione da assumere.

2.3 La compresenza di prove legali e di prove liberamente valutabili e la loro influenza sul principio del

libero convincimento del giudice. La dottrina sinora esaminata non ferma peraltro il suo ambito di critica verso la teoria tradizionale in tema di prove legali quanto al profilo circa il carattere incontrovertibile di queste ultime ma si spinge oltre, contrastando altresì la classica conclusione cui la stessa perviene, ossia che in presenza di una prova legale la prova libera non potrebbe neppure essere ammessa perché comunque processualmente irrilevante, sia quando sia volta a contrastare l'ipotesi confermata dalla prova legale sia nell'ipotesi in cui converga con essa.

Ed invero, secondo la dottrina qui in esame il giudice, pur in presenza di una prova legale, dovrebbe ritenersi comunque tenuto a formulare il giudizio di rilevanza concreta della nuova prova libera di cui si chiede l'ammissione. E così, se viene chiesta l'ammissione di una prova libera convergente con la prova legale il giudice potrebbe respingere la relativa richiesta ritenendo superflua un'ulteriore conferma dell'ipotesi già regolata.

Tuttavia potrebbe darsi il caso in cui vi siano ulteriori prove in contrasto con la prova legale; in questo caso allora assumere la prova libera potrebbe risultare necessario al fine di confutare ulteriormente l'ipotesi confermata dalla prova legale.

E' evidente che il discorso diventa nettamente differente nel caso in cui la prova libera, di cui si chiede l'ammissione, sia volta a contrastare l'ipotesi confermata dalla prova legale. In linea teorica è vero che la nuova prova non è mai superflua ma è vero altresì che è necessario tenere conto della situazione probatoria concreta. Il giudice dinanzi a due prove legali che confermano la medesima ipotesi potrebbe infatti ritenere superflua la prova libera tendente a dimostrare l'ipotesi contraria.

La situazione così delineata muta peraltro allorquando si è in presenza di più prove legali in collisione tra di loro o quando detta collisione riguardi prove legali e prove libere. Seguendo la prospettazione della teoria tradizionale in tema di prove legali, in virtù del carattere incontrovertibile conferito a queste ultime, il problema dovrebbe essere risolto in base a criteri spiccatamente meccanici⁸⁹. In presenza di una collisione fra prove legali la teoria tradizionale ritiene infatti applicabili o il principio della elisione reciproca oppure il principio della prevalenza, a seconda che le varie prove legali abbiano forza probatoria di eguale grado (e così, ad esempio, due confessioni contrastanti) ovvero vi sia una prova legale che mostri un fondato titolo di priorità⁹⁰.

Qualora, invece, il contrasto insorga fra una prova legale e una prova libera, sempre secondo la teoria tradizionale, dovrebbe prevalere in ogni caso la prova legale.

Se tuttavia riprendiamo le conclusioni poc'anzi esposte per le quali l'efficacia giuridica della prova legale si dovrebbe esaurire esclusivamente nell'ambito del giudizio

⁸⁹ Lombardo, *La prova giudiziale*, cit., p. 559.

⁹⁰ Il principio della prevalenza viene fondato sulla successione temporale delle prove. Secondo alcuni, fra cui Allorio, *Il giuramento della parte*, Milano, 1937, p. 219 ss., dovrebbe prevalere la prova successiva. Secondo altri, invece, fra i quali vi è De Stefano, *Collisione di prove civili*, Milano, 1951, p. 166 ss., dovrebbe prevalere la prova precedente che renderebbe inammissibile un nuovo mezzo di accertamento. Secondo altri ancora, fra cui Spinelli, *Fondamento ed estensione delle prove civili*, cit., p. 549, in presenza di prove legali divergenti spetta comunque al giudice stabilire quale sia l'ipotesi fattuale meglio provata, sulla base della libera valutazione di tutto il materiale probatorio.

di ammissibilità, si giunge a differenti conclusioni. Ed invero, così ragionando, la presenza di una prova legale nel materiale probatorio non sarebbe in grado di esimere il giudice dal formulare il giudizio complessivo di conferma dell'ipotesi tenendo conto di tutte le prove acquisite. Ciò significa, quindi, che in presenza di prove legali che supportano una determinata ipotesi è vero che la stessa dovrà ritenersi sufficientemente provata ma è vero anche che il giudice dovrà tenere conto di tutto il materiale probatorio in quanto tale ipotesi potrebbe non essere prevalente rispetto a quella contrapposta. In altri termini, nel campo della valutazione del materiale probatorio la presenza di prove legali non è in grado di comprimere il dominio del principio del libero convincimento del giudice⁹¹.

Non si può peraltro non rilevare come nel nostro ordinamento esistono alcune norme che con riferimento a talune figure di prova legale impongono al giudice di non ammettere, se non ancora ammesse, o di non utilizzare, se già acquisite, prove che risultano divergenti rispetto alla prova legale. Secondo la teoria che stiamo esaminando l'esistenza di siffatte ipotesi normative merita di essere considerata una deroga al generale principio della controvertibilità della prova legale, ma soprattutto deve

⁹¹ In questo senso Lombardo, *La prova giudiziale*, cit., p. 562 il quale riporta un efficace esempio: “quando l'ipotesi «affermativa» è confermata soltanto da una prova legale (ad esempio una confessione), mentre l'ipotesi «negativa» è confermata da numerose e attendibili prove libere (ad esempio i risultati di perizie sul DNA o su impronte digitali, confortate da numerose testimonianze), il giudice può senz'altro riconoscere prevalente il grado complessivo di conferma conseguito da quest'ultima ipotesi e ritenere, perciò, l'inesistenza del *factum probandum*”.

considerarsi una vera e propria eccezione a siffatto principio.

Così ragionando viene allora compiuta una distinzione fra *prove legali ad efficacia comune* e *prove legali ad efficacia atipica o speciale*⁹². Nella prima categoria vengono fatte rientrare quelle figure probatorie alle quali la legge conferisce un grado sufficiente di attendibilità, riservando al giudice il giudizio di conferma dell'ipotesi secondo i criteri comuni. Nella seconda categoria sono invece ricomprese le figure probatorie rispetto alle quali la legge non si limita a sancire la loro attendibilità ma limita anche il giudizio di conferma dell'ipotesi.

La teoria qui in esame ha rilevato peraltro come l'esistenza di tale ultimo gruppo di prove legali non è in grado di consentire alle stesse di possedere un'efficacia assoluta in quanto, in realtà, le disposizioni che disciplinano queste figure probatorie si limiterebbero solo a circoscrivere il controllo probatorio successivo. Limitazione che consisterebbe nel prevedere confini al controllo probatorio endoprocedimentale, ovvero nell'individuare presupposti in base ai quali è possibile contrastare la prova legale nel medesimo procedimento, oppure ancora nel consentire solo un controllo probatorio extraprocedimentale, prevedendo che l'assunzione di prove divergenti rispetto alla prova legale debba avvenire in seno a procedimenti distinti.

Detta interpretazione delle prove legali a efficacia atipica o speciale viene del resto considerata anche l'unica compatibile con il dettato costituzionale in tema di diritto di difesa. Il diritto costituzionalmente garantito alla prova contraria dovrebbe quindi portare a ritenere gli specifici

⁹² Si veda sempre Lombardo, *ult. op. cit.*, p. 564 ss.

divieti posti dalla legge come delle eccezioni alla regola, espressione di altrettanti principi costituzionali⁹³.

2.4 Le principali figure di prova legale: la confessione.
A questo punto è possibile procedere con l'esame della disciplina delle principali figure di prova legale, al fine di individuare quale sia in concreto l'impatto che tali regole sono in grado di esercitare sull'operatività del principio del libero convincimento del giudice.

Iniziando con l'esame delle norme relative alla confessione, nelle sue tipologie di giudiziale e stragiudiziale, possiamo rilevare come gli articoli 2733 e 2735 c.c. sanciscono che la stessa "fa piena prova contro colui che l'ha fatta, purché non verta su fatti relativi a diritti non disponibili" e purché provenga "da persona capace di disporre del diritto, a cui i fatti confessati si riferiscono" (art. 2731 c.c.)⁹⁴ – c.d. disponibilità oggettiva e disponibilità soggettiva.

⁹³ Al riguardo si veda Corte Cost., 3 giugno 1966, n. 53, in *Giust. civ.*, 1966, III, 182, ove viene specificato come il diritto di difesa riceve delimitazione anche "dalle norme dettate a salvaguardia di altri diritti o di altri interessi giudicati degni di protezione in base a criteri di reciproco coordinamento".

⁹⁴ In tema di efficacia della confessione priva dei requisiti soggettivi e oggettivi vi sono varie opinioni. E così, ad esempio, Luiso, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 2009, p. 139, ritiene che la stessa "non ha efficacia probatoria di alcun genere, perché la mancanza di disponibilità mina alla base la possibilità di attribuire una qualunque efficacia probatoria alla dichiarazione". Circa l'impossibilità di conferire efficacia probatoria alla confessione resa da chi sia incapace di disporre del diritto cui si riferiscono i fatti confessati si veda anche Andrioli, voce *Confessione (diritto processuale civile)*, in *Noviss. Dig. It.*, IV, Torino, 1959, p. 17 ss.; Furno, voce *Confessione: b) Diritto processuale civile*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 897.

Alla confessione è sempre stato conferito da parte della dottrina tradizionale⁹⁵ un valore assoluto, il cui risultato è

Secondo altra parte della dottrina, invece, le dichiarazioni della parte possono essere considerate ammissioni e utilizzate dal giudice come presunzioni e indizi liberamente valutabili. In questo senso si veda De Marini, voce *Ammissione: a) Diritto processuale civile*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 248 ss.; Comoglio, voce *Confessione: II) diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, VIII, Roma, 1988, p. 2. In giurisprudenza si veda Cass., 25 gennaio 1995, n. 869; Cass., 23 marzo 1977, n. 1135.

Altri ancora hanno, invece, configurato la confessione come una dichiarazione di volontà, un negozio giuridico processuale. In questo senso si veda Messina, *Contributo alla dottrina della confessione*, in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1948, p. 1 ss.; Carnelutti, *La prova civile*, cit., p. 38 ss. La dottrina prevalente è invece solita considerare la confessione una dichiarazione di scienza e quindi un mezzo di prova. Così si veda Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, cit., p. 817; Andrioli, voce *Confessione*, cit., p. 13 ss.

⁹⁵ Per tutti si veda Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, cit., p. 139 ss. Quanto alla teoria secondo la quale la confessione supera tutte le prove che siano con essa contrastanti si veda Cass., 7 ottobre 1994, n. 8229; Cass., 9 giugno 1992, n. 7097; Cass., 7 maggio 1979, n. 2592.

E' necessario altresì sottolineare che quando alla c.d. confessione impura (ossia il riconoscimento di fatti allegati dalla controparte accompagnato peraltro dall'affermazione di altre circostanze fattuali tendenti a infimare l'efficacia dei fatti confessati o comunque a modificarne o restringerne gli effetti giuridici) segue la contestazione della parte non confitente delle circostanze aggiunte alla confessione, la confessione prova legale degrada *ex lege* a prova liberamente valutabile dal giudice. Sicché se si considera che la confessione c.d. impura rappresenta il tipo di confessione più frequente nella prassi risulta quanto mai acuta l'osservazione di Cappelletti, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., p. 254 ss. secondo il quale in questo modo si viene a "svuotare di gran parte del suo valore pratico la norma, secondo la quale la

da ritenersi incontrovertibile, con conseguente esclusione della possibilità di ammettere e ritenere efficaci ulteriori prove contrastanti rispetto ad essa.

Come è noto la sede processualmente deputata a provocare la confessione delle parti è l'interrogatorio formale che può portare ad esiti fra loro molto diversi. Ed invero, fra le probabili conclusioni dello stesso vi può essere innanzitutto, e appunto, la confessione. Tuttavia, sappiamo che l'interrogatorio formale può concludersi o con la negazione dei fatti sfavorevoli sulla verità dei quali l'avversario è stato provocato, o con la diserzione dell'intimato o con il rifiuto di questi di rispondere.

Nella prima di queste ipotesi l'interrogatorio raggiunge il suo scopo. Nel secondo caso, invece, le dichiarazioni vengono ad assumere una contestazione della verità dei fatti affermati e dedotti nei capitoli di prova, anche se si ritiene che comunque il giudice possa valutare il contegno dell'intimato⁹⁶.

Qualora, invece, l'intimato non compaia oppure rifiuti di rispondere la disciplina positiva prevede una presunzione di ammissione dei fatti dedotti, la c.d. *ficta confessio*. Ed invero, a norma dell'art. 232 c.p.c. il giudicante, valutato ogni altro elemento di prova, può ritenere come ammessi i fatti dedotti nell'interrogatorio. Sul punto sia la dottrina che la giurisprudenza hanno assunto nel tempo diverse posizioni. Un primo orientamento consolidato della giurisprudenza assegnava infatti al contegno omissivo della parte un valore

confessione giudiziale «forma *piena prova* contro colui che l'ha fatta»”.

⁹⁶ Sul tema si veda M. G. Caserta, *Il silenzio nel processo: interrogatorio formale e libero, prova testimoniale*, in *Giur. merito*, 2008, p. 37-38.

meramente indiziario, non in grado quindi di fondare la decisione⁹⁷.

Secondo l'orientamento più recente, invece, il silenzio sui fatti dedotti nell'interrogatorio merita di essere qualificato come prova liberamente valutabile dal giudice⁹⁸.

⁹⁷ Cass., 16 marzo 1987, n. 2690; Cass., 17 maggio 1985, n. 3053; Cass., 10 dicembre 1982, n. 6979; Cass., 8 marzo 1981, n. 1260; Cass., 8 maggio 1978, n. 2239; Cass., 19 gennaio 1977, n. 269; Cass., 11 maggio 1971, n. 1434; Cass., 14 dicembre 1968, n. 3982.

⁹⁸ Si vedano Cass., 19 ottobre 2006, n. 22407 ove è stabilito che "In tema di interrogatorio formale, l'inciso contenuto nell'art. 232 c.p.c. - secondo il quale il giudice può ritenere ammessi i fatti dedotti nell'interrogatorio se la parte non si presenta o si rifiuta di rispondere senza giustificato motivo, «valutato ogni altro elemento di prova» - va interpretato nel senso che la mancata risposta non equivale ad una confessione, ma può assurgere a prova dei fatti dedotti secondo il prudente apprezzamento del giudice (art. 116 c.p.c.), il quale può trarre elementi di convincimento in tal senso non solo dalla concomitante presenza di elementi di prova indiziaria dei fatti medesimi, ma anche dalla mancata proposizione di prove in contrario". Si veda inoltre Cass., 22 maggio 2005, n. 15389 ove peraltro viene precisato che gli altri elementi di prova non devono risultare *ex se* idonei a fornire la prova del fatto contestato atteso che in questo caso sarebbe superfluo indagare in merito alla valutazione della mancata risposta all'interrogatorio, ma devono unicamente fornire elementi di giudizio integrativi, in grado di determinare il convincimento del giudice sui fatti dedotti nell'interrogatorio medesimo. In questo senso si vedano inoltre Cass., 14 febbraio 2007, n. 3258; Cass., 20 aprile 2006, n. 9254; Cass., 12 dicembre 2005, n. 27320.

Anche la dottrina maggioritaria tende ad assegnare alla mancata risposta all'interrogatorio formale il valore di prova liberamente valutabile dal giudice. A tal fine si vedano Carnelutti, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, II, Roma, 1956, p. 61; Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, II, Napoli, 1960, p. 176; Id., voce *Confessione*, cit., p. 14 ss. Secondo alcuni a detto

Altro argomento è invece costituito dal valore da attribuire alle dichiarazioni rese dalla parte in sede di interrogatorio libero allorché le stesse abbiano ad oggetto fatti sfavorevoli. Secondo parte della dottrina tali dichiarazioni non possono in nessun caso valere come confessioni in virtù del divieto espresso dall'art. 229 c.p.c.⁹⁹. Al più tali dichiarazioni vengono infatti ritenute come ammissioni liberamente valutabili dal giudice¹⁰⁰.

Secondo altra parte della dottrina e secondo parte della giurisprudenza, minoritaria, invece, la confessione giudiziale spontanea può configurarsi anche in sede di interrogatorio libero purché risulti dal verbale, sia stata resa autonomamente dalla parte e il verbale stesso rechi la sottoscrizione della parte, necessaria ai fini della prova dell'*animus confitendi*¹⁰¹.

comportamento andrebbe conferito il valore di argomento di prova: Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1994, p. 474 ss.; Montesano-Arieta, *Diritto processuale civile*, II, Torino, 1994, p. 108 ss.; Costa, *Manuale di diritto processuale civile*, Torino, 1980, p. 322 ss.; Liebman, *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, Milano, 1992, p. 394; Taruffo, voce *Interrogatorio*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IV, Torino, 1993, p. 63, Vaccarella, voce *Interrogatorio delle parti*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 382; Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, II, 1, Milano, 1960, p. 226; De Marini, voce *Ammissione*, cit., p. 252.

⁹⁹ In questo senso si vedano Andrioli, voce *Confessione*, cit., p. 16; Vaccarella, voce *Interrogatorio delle parti*, cit., p. 384.

¹⁰⁰ Così De Marini, voce *Ammissione*, cit., p. 251.

¹⁰¹ In questo senso si veda Redenti, *Diritto processuale civile*, II, seconda ed., rist., Milano, 1957, p. 220; Satta, *Diritto processuale civile*, ottava ed., Padova, 1973, p. 172. In giurisprudenza si veda Trib. Cagliari, 27 luglio 2004, in *Giur. merito*, 2006, p. 932; Cass., 10 aprile 1990, n. 3035 ove si legge che “una confessione giudiziale spontanea è configurabile anche in sede di interrogatorio non formale, qualora risulti dal verbale che la dichiarazione della

Altra parte della giurisprudenza è invece solita affermare che “le dichiarazioni rese in sede di interrogatorio libero e non formale, che è istituito finalizzato alla dichiarazione delle allegazioni delle parti e dotato di funzione probatoria di carattere meramente sussidiario, non possono avere valore di confessione giudiziale ai sensi dell’art. 229 c.p.c., ma possono solo fornire al giudice elementi sussidiari di convincimento utilizzabili ai fini del riscontro e della valutazione delle prove già acquisite”¹⁰².

Quanto invece all’ipotesi della mancata comparizione della parte all’interrogatorio libero l’opinione maggioritaria propende per riconoscere a tale comportamento il carattere di mero argomento di prova, in coerenza con il dettato normativo¹⁰³.

Tornando alla disciplina della confessione e alla tradizionale configurazione della stessa, abbiamo già avuto modo di rilevare come parte della dottrina ha sottolineato come in realtà, a tutela del diritto alla prova contraria, è possibile individuare all’interno del nostro ordinamento delle possibilità di contrastare la prova legale.

parte non sia stata provocata da una domanda del giudice ma resa autonomamente ed il verbale rechi la sottoscrizione personale della stessa parte, necessaria ai fini della prova della consapevolezza e volontà della dichiarazione, ossia, in sostanza, del requisito della spontaneità”.

¹⁰² Così Cass., 27 febbraio 1990, n. 1519; Cass., 24 ottobre 1995, n. 11048; Cass., 26 aprile 1988, n. 3167.

¹⁰³ Cass., 15 maggio 2003, n. 7596. Si consideri peraltro una recente pronuncia, Cass., 20 febbraio 2006, n. 360, ove alla mancata comparizione in sede di interrogatorio libero è stato conferito il valore di elemento liberamente apprezzabile ai fini della decisione.

Con riferimento alla confessione ci si è quindi domandati se sia ammissibile ad opera della stessa parte che l'ha resa fornire la prova contraria circa l'esistenza o la validità della confessione stessa. Al riguardo è stato rilevato che se la confessione è stata resa giudizialmente la prova contraria deve ritenersi inammissibile¹⁰⁴. Nel caso in cui, invece, la confessione sia stata resa stragiudizialmente si ritiene che la prova contraria sia ammissibile con ogni possibile mezzo in quanto si considera essenziale garantire la possibilità di provare che la dichiarazione *contra se* non è vera. Tuttavia, se si considera che l'attribuzione del valore di prova legale alle dichiarazioni rese al di fuori del giudizio è compito successivo del giudice, non può considerarsi integrata la fattispecie prima di tale operato.

La teoria discorde rispetto alla teoria tradizionale, vista in precedenza, non ritiene possibile giungere a siffatte conclusioni. Ed invero, secondo questa teoria non è possibile individuare nel nostro ordinamento una norma che imponga una limitazione all'ammissione o utilizzazione di prove divergenti rispetto al risultato della confessione e che di conseguenza prescriva al giudice di decidere necessariamente in conformità al risultato della stessa.

Si ritiene invero che attraverso la disposizione di cui all'art. 2732, secondo la quale "la confessione non può essere revocata se non si prova che è stata determinata da errore di fatto o da violenza", il legislatore abbia unicamente voluto responsabilizzare la parte che decide di rendere la confessione, evitando che la stessa abbia la possibilità di ritrattare successivamente la sua dichiarazione in virtù di una diversa valutazione dei suoi

¹⁰⁴ In questo senso F. Danovi, *La prova contraria*, cit., p. 124 ss.

interessi, andando così a rendere instabile l'insieme del materiale probatorio¹⁰⁵.

La confessione viene quindi ad essere qualificata come prova legale *ad efficacia speciale* nel senso che vi sono limiti per la parte confitente di avvalersi di prove divergenti. Ma non solo. L'ammissione e la valutazione delle prove divergenti avvengono comunque in seno al medesimo procedimento nel quale la confessione è stata assunta.

In questo modo si può ritenere che i mezzi di prova in grado di contrastare la confessione possono essere di qualsiasi tipo. Così ragionando, in presenza di un risultato probatorio effettivamente divergente rispetto alla confessione il giudice, secondo i principi generali e salvo il caso in cui la prova divergente consista in un atto pubblico o in un giuramento, dovrebbe operare facendo ricorso al suo prudente apprezzamento.

2.5 Segue: *l'atto pubblico*. A norma dell'art. 2700 c.c. l'atto pubblico fa *piena prova*, fino a querela di falso, della 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 compiuti¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Così Lombardo, *La prova giudiziale*, cit., p. 570.

¹⁰⁶ Si consideri, per completezza, che con decreto legislativo n. 110 del 2 luglio 2010 il Consiglio dei Ministri ha approvato le disposizioni in materia di atto pubblico informatico redatto dal notaio, ai sensi dell'art. 65 della legge delega del 18 giugno 2009 n. 69. La *ratio* dell'intervento normativo è rinvenibile nella volontà di adeguare la normativa vigente, rappresentata da numerosi atti normativi, al fine di consentire l'adozione di procedure informatiche e telematiche per la redazione dell'atto pubblico, l'autenticazione della scrittura privata, la tenuta dei repertori dei

registri e la conservazione dei documenti notarili. In particolare, le nuove norme sono state emanate al fine di soddisfare la necessità di attuare le disposizioni del Codice dell'amministrazione digitale in materia di documento informatico redatto da notaio.

L'art. 1, soprattutto, ha novellato la legge 16 febbraio 1913 n. 89 (legge notarile) ponendo a carico del notaio l'obbligo di munirsi, per l'esercizio delle sue funzioni, della firma digitale, quale unico strumento operativo da utilizzare, sia per la formazione che per la trasmissione e la conservazione del documento informatico. Considerato inoltre che all'atto pubblico vi partecipano anche i privati, al notaio compete altresì, in virtù del generale potere di controllo sulla validità delle firme, il controllo del certificato di firma utilizzato dalle parti.

Si consideri inoltre che l'art. 57-*bis* prevede che allorquando ad un documento redatto su supporto cartaceo debba essere allegato un documento informatico, il notaio ne può allegare copia informatica, certificandola conforme ai sensi dell'art. 22 della legge 82/2005.

Ai fini che qui più interessano, merita di essere evidenziato che il nuovo art. 47-*bis* della legge notarile contiene una norma generale secondo la quale l'atto pubblico di cui all'art. 2700 c.c. redatto su supporto informatico è quello formato secondo le procedure previste dalle disposizioni di cui al decreto di cui sopra. Ma non solo. Infatti il secondo comma per l'autenticazione di cui all'art. 2703 c.c. effettuata utilizzando le modalità informatiche, richiama le regole di cui all'art. 25 del codice dell'amministrazione digitale. In questo modo viene quindi conferita piena equiparazione sul piano degli effetti giuridici all'atto pubblico e alla scrittura privata autenticata con strumenti informatici rispetto ai tradizionali documenti cartacei. Per un esame del tema si vedano: Nastri-Valia, *Concessa ai notai la possibilità di stipulare gli atti pubblici anche in formato elettronico*, in *Guida al diritto*, 2010, 35, p. 30 ss.; La Marca, *L'atto pubblico notarile in forma digitale. Attualità e prospettive normative nell'ordinamento giuridico italiano* (relazione al Seminario "Diritto pubblico e diritto privato nella rete delle nuove tecnologie", Pisa, 26 giugno 2009), in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2009, p. 793 ss.

La *ratio* sottesa a questa disciplina viene tradizionalmente fatta risalire alla previa valutazione da parte del legislatore dell'importanza che siffatte tipologie di documenti rivestono nel commercio giuridico.

Al riguardo si riscontra un'interpretazione dominante sia in dottrina che in giurisprudenza¹⁰⁷ volta a riconoscere all'atto pubblico, relativamente a tali elementi, un'efficacia assoluta e incontrovertibile, che impone al giudice di decidere in base alle risultanze del documento e ciò pur non essendoci nel nostro ordinamento una disposizione che vieti espressamente di considerare le prove divergenti rispetto all'atto pubblico.

¹⁰⁷ La fede privilegiata viene riconosciuta, unanimemente, all'estrinseco del documento (imputabilità dell'atto all'agente che, nel sottoscriverlo, se ne rende autore e data di formazione) e all'intrinseco limitatamente al contenuto descrittivo dell'attestazione, ossia al compimento dei fatti, operativi o dichiarativi, che il pubblico ufficiale attesta essersi realizzati alla sua presenza, per iniziativa propria oppure delle parti comparenti. In questo senso per tutti si veda Comoglio, *Le prove civili*, cit., p. 181 ss.

In giurisprudenza si legge che: “l'atto pubblico – ai sensi dell'art. 2700 c.c. – prova fino a querela di falso la provenienza di esso, gli atti compiuti dal pubblico ufficiale e i fatti che costui attesti essere avvenuti alla sua presenza, ma non la veridicità ed esattezza delle dichiarazioni rese dalle parti. Queste ultime, pertanto, possono essere contrastate e accertate con tutti i mezzi prova consentiti dalla legge, senza che, all'uopo, occorra o possa proporsi querela di falso” (Cass., 2 ottobre 2008, n. 24530); “il verbale della polizia municipale, come tutti i verbali provenienti da pubblici ufficiali, ha efficacia di piena prova, fino a querela di falso, ai sensi dell'art. 2700 c.c. relativamente alla provenienza dell'atto pubblico dal pubblico ufficiale che lo ha formato, alle dichiarazioni che le parti e gli altri fatti che il pubblico ufficiale attesti avvenuti in sua presenza o da lui compiuti” (Cass., 8 gennaio 2010, n. 250).

Ed invero, si ritiene che le parti non possano, all'interno del giudizio civile nel quale l'atto pubblico è stato prodotto, dedurre e utilizzare prove che tendano a dimostrare fatti incompatibili con le risultanze fidefacienti¹⁰⁸. Dette prove, invero, sono consentite in seno a separati procedimenti nei quali viene dedotta la falsità del documento: quello civile conseguente alla proposizione della querela di falso *ex art. 221 ss. c.p.c.*¹⁰⁹ ovvero quello penale ove si procede per i delitti di falsità materiale e ideologica in atti pubblici *ex artt. 476 e 479 c.p.*

Solo in separati procedimenti, quindi, è possibile contrastare con le risultanze di tali documenti in quanto gli stessi, per come sono strutturati, sono in grado di garantire che l'eventuale accertamento della falsità venga condotto nel modo più obiettivo possibile. In tali procedimenti, infatti, la prova della falsità del documento non incontra limiti e può essere fornita con ogni mezzo di prova (anche

¹⁰⁸ Lombardo, *La prova giudiziale*, cit., p. 572.

¹⁰⁹ Sul punto si veda Cass., 24 ottobre 1984, n. 5411 ove si afferma che "l'onere della parte di proporre querela di falso, ove intenda contestare la piena efficacia probatoria, circa quanto avvenuto o compiuto alla presenza o con l'intervento del pubblico ufficiale rogante, di un atto pubblico o di una copia autentica dello stesso, prodotta dall'avversario, non resta escluso per il fatto che detta parte produca a sua volta un'altra copia autentica del medesimo atto, che contraddica o smentisca le risultanze del primo, costituendo quella querela lo strumento imprescindibile per neutralizzare il valore probatorio del documento prodotto per primo in giudizio". In tema si vedano inoltre per tutte Cass., 22 aprile 2009, n. 9622 ove egualmente si precisa che "l'attestazione con la quale il cancelliere ... dà atto del deposito della sentenza, costituisce atto pubblico la cui efficacia probatoria, *ex art. 2700 c.c.*, può essere posta nel nulla solo con la proposizione della querela di falso".

con presunzioni); senza dimenticare che negli stessi è altresì prescritta la presenza del pubblico ministero.

L'atto pubblico, quindi, può essere considerato una prova legale *ad efficacia speciale* in quanto è vietato al giudice del procedimento in cui il documento è prodotto considerare prove divergenti rispetto ad esso ed è prescritto alle parti, ove lo ritengano, ricorrere a un controllo extraprocedimentale.

Ciò premesso, si deve quindi ritenere che l'atto pubblico, fino a quando non viene dichiarato falso, prevale su qualsiasi altra prova, sia libera che legale. Qualora, invece, ne venga dichiarata la falsità nella apposita sede a ciò deputata, lo stesso perde qualsiasi efficacia probatoria nel processo nel quale è stato acquisito.

Sennonché, la teoria critica verso la dottrina tradizionale ha rilevato come ben potrebbe darsi che in un giudizio in cui è stato prodotto un atto pubblico venga acquisita anche una prova legale divergente rispetto ad esso, che abbia efficacia atipica tale da imporre anch'essa un controllo extraprocedimentale.

Una prima ipotesi potrebbe, ad esempio, rinvenirsi allorquando siano stati acquisiti più documenti-prove legali, divergenti fra loro e nessuna delle parti promuova il giudizio di disconoscimento o di falso. In questo caso il giudice si trova di fronte a due documenti, per esempio due atti pubblici formati nello stesso tempo ma in luoghi diversi e quindi incompatibili fra loro, ciascuno avente piena efficacia probatoria per quanto riconosciuto normativamente. In questo caso viene ritenuta operante la regola dell'elisione reciproca dell'efficacia speciale delle prove legali, sicché il giudizio di conferma dell'ipotesi viene rimesso al libero convincimento del giudice che dovrà stabilire, se del caso tenendo conto dell'ulteriore materiale probatorio disponibile o in subordine della

regola dell'onere della prova, quale delle due differenti ipotesi possa considerarsi prevalente¹¹⁰.

Altra situazione che ben potrebbe verificarsi è inoltre quella in cui accanto all'atto pubblico venga a porsi in maniera divergente un giuramento, anch'esso, come vedremo, prova legale ad efficacia speciale e a controllo extraprocedimentale.

In tal caso trova tuttavia applicazione l'articolo 2739 c.c. secondo il quale "il giuramento non può essere deferito o riferito per negare un fatto che da un atto pubblico risulti essere avvenuto alla presenza del pubblico ufficiale che ha formato l'atto stesso" sicché in presenza di un atto pubblico il giudice non può ammettere il giuramento che verta sul medesimo *factum probandum*. Nel caso in cui, invece, il giuramento sia già stato prestato il giudice può tenere conto di un atto pubblico successivamente prodotto, ma soltanto nei limiti in cui è ammessa la ritrattazione dell'asseverazione giurata¹¹¹.

2.6 Segue: *il giuramento*. Gli effetti della prestazione o della mancata prestazione del giuramento (nelle forme di decisorio, suppletorio ed estimatorio) sono, *ex artt.* 2736 c.c. e 239 c.p.c., innanzitutto di ordine positivo, poiché la conseguenza automatica è la decisione totale o parziale della causa, con la vittoria o la soccombenza della parte cui è stato deferito il giuramento, a seconda che lo presti o manchi di prestarlo.

¹¹⁰ In questo senso Lombardo, *La prova giudiziale*, cit., p. 574; De Stefano, *Collisione di prove civili*, cit., p. 78 secondo il quale il giudice dovrebbe astenersi dal riconoscere efficacia legale di prova sia all'uno che all'altro documento.

¹¹¹ Sul punto si veda sempre Lombardo, *ult. op. cit.*, cit., p. 575.

Tuttavia è possibile rinvenire anche un effetto di ordine negativo nell'art. 2738, primo comma, c.c. che consiste nel divieto imposto all'altra parte di provare il contrario di quanto giurato e di chiedere la revocazione della sentenza qualora il giuramento sia stato dichiarato falso.

Partendo da tali premesse la dottrina tradizionale e la giurisprudenza hanno qualificato il giuramento come una prova legale *assoluta e incontrovertibile*¹¹², affermando altresì l'irrilevanza, nel giudizio civile originario, della falsità del giuramento accertata in sede penale¹¹³. Si consideri che alcuni autori, partendo da tali considerazioni,

¹¹² La giurisprudenza è infatti solita affermare che la prova raggiunta con la prestazione del giuramento debba ritenersi sovrana e che non debbono considerarsi ammissibili altre indagini volte a risolvere la controversia in modo diverso dal risultato del giuramento. Tale concetto è espresso in maniera evidente in Cass., 9 maggio 1983, n. 3193 ove si afferma che “con il deferimento del giuramento decisorio ... il deferente affida alla lealtà della controparte l'accertamento di quanto forma oggetto della formula all'uopo articolata; e la prova in tal modo raggiunta deve ritenersi sovrana, con l'effetto che non sono ammissibili altre indagini dirette a risolvere la materia controversa in modo diverso da quello risultante dalla prestazione del giuramento”. In questa linea si vedano alcune recenti pronunce come Cass., 8 giugno 2007, n. 13425; Cass., 17 gennaio 2005, n. 737; Cass., 9 aprile 1993, n. 4330.

¹¹³ Sul punto si vedano per tutti Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, cit., p. 821; Comoglio, *Le prove civili*, cit., p. 359. L'affermazione per la quale la cognizione del reato di falso giuramento non è in grado di spiegare alcuna influenza sulla decisione della controversia civile è altresì costante in giurisprudenza: Cass., 15 settembre 1978, n. 4151; Cass., 25 giugno 1977, n. 2727; Cass., 11 luglio 1957, n. 2773; Cass., 23 maggio 1990, n. 4652.

sono arrivati a ricondurre il giuramento fra gli strumenti di decisione *tout court* della lite¹¹⁴.

Da un'analisi più attenta delle norme relative al giuramento è stato peraltro rilevato come in realtà si possano individuare solo delle particolarità che caratterizzano l'ammissibilità, la rilevanza e l'efficacia del giuramento stesso che non sono in grado di giustificare l'incontrastata incontrovertibilità vista sopra.

Al riguardo, la maggiore peculiarità individuata, consisterebbe nel giudizio di rilevanza astratta del giuramento decisorio. Ed invero, secondo il numero 1) dell'art. 2736 c.c. può definirsi decisorio quel giuramento che una parte deferisce all'altra per farne dipendere la decisione totale o parziale della causa. Ciò significa che oggetto dello stesso possono essere unicamente i fatti c.d. principali, unici, se provati, dai quali può dipendere la decisione totale o parziale della lite. Di conseguenza è possibile rilevare come il giudizio di rilevanza astratta sia in questo caso più rigido di quanto vale per quanto attiene le altre prove, che generalmente sono rilevanti anche se vertono su fatti c.d. secondari.

Ma non solo. Per quanto attiene invece la rilevanza c.d. concreta del giuramento decisorio la dottrina tradizionale è solita ritenere che lo stesso possa essere deferito in qualunque momento, imponendo al giudice di ammetterlo anche quando l'esistenza o inesistenza dei fatti è già stata ampiamente provata attraverso l'ulteriore materiale probatorio già acquisito¹¹⁵.

¹¹⁴ In questo senso Spinelli, *Fondamento ed estensione delle prove civili*, cit., p. 553.

¹¹⁵ Andrioli, *Diritto processuale civile*, I, cit., p. 716; Comoglio, voce *Giuramento*. II) *Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, 1989, p. 5. In giurisprudenza si vedano Cass., 14 aprile

La dottrina che tende al superamento della teoria tradizionale in tema di prove legali in realtà non condivide tali assunti poiché tale interpretazione viene ritenuta non compatibile con la necessità di addivenire a un accertamento razionale dei fatti, posto che imporrebbe al giudice di non tenere conto dei risultati probatori già acquisiti, annullando così il processo di avvicinamento alla realtà compiuto. Ma soprattutto il rilievo maggiore consiste nell'assenza del dettato normativo di alcuna norma in tal senso.

Per questi motivi viene prediletta un'interpretazione volta a considerare il giuramento decisorio un mezzo di prova *complementare* o più propriamente *sussidiario* rispetto alle altre prove¹¹⁶, al quale fare ricorso solo dopo che siano state acquisite tutte le prove possibili e aver constatato, sulla base di esse, che nessuna delle due ipotesi fattuali sia stata in grado di raggiungere un grado di conferma sufficiente e prevalente rispetto all'altra¹¹⁷.

Il carattere meramente complementare e sussidiario¹¹⁸ è inoltre pacifico per quanto attiene il giuramento suppletorio¹¹⁹. Quanto ai poteri discrezionali si ritiene

1995, n. 4275; Cass., 13 dicembre 1994 n. 10653; Cass., 28 novembre 1995, n. 12297; Cass., 21 dicembre 1993, n. 12619.

¹¹⁶ Nicoletti, *Il giuramento della parte nell'attualità del processo civile*, Rimini, 1982, p. 223 ss.

¹¹⁷ Così Lombardo, *La prova giudiziale*, cit., p. 578 ss.; Allorio, *Il giuramento della parte*, cit., p. 220; Nicoletti, *Il giuramento della parte nell'attualità del processo civile*, cit., p. 221 ss.

¹¹⁸ Sul punto è efficace quanto statuito da Cass., 15 gennaio 2003, n. 525 secondo la quale “la decisività delle circostanze oggetto del giuramento suppletorio va apprezzata in relazione al carattere complementare e sussidiario del mezzo di prova di cui si tratta e quindi in relazione al materiale probatorio già acquisito”.

¹¹⁹ In tema di carattere alternativo del giuramento suppletorio in rapporto alla regola sull'onere della prova nel caso di *semiplena*

infatti che il giudice, in presenza di una *semiplena probatio*, debba utilizzare la regola sull'onere della prova qualora le due ipotesi fattuali abbiano conseguito un grado di conferma equivalente, mentre sarebbe tenuto a deferire il giuramento suppletorio qualora ritenga che un'ipotesi fattuale abbia conseguito un grado di conferma, anche se insufficiente, prevalente rispetto all'ipotesi contrapposta. In ogni caso, ovviamente, il giudice è tenuto a motivare la sua scelta.

Con riferimento invece al tema dell'efficacia del giuramento è necessario operare una distinzione fra la c.d. incontrovertibilità cui si riferisce il divieto imposto alla parte non giurante di provare il contrario di cui all'art.

probatio, e il carattere discrezionale della decisione del giudice di deferirlo d'ufficio si veda Micheli, *L'onere della prova*, (1942), seconda ed., rist., Padova, 1966, p. 140; Andrioli, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, p. 719.

In giurisprudenza si vedano Cass., 2 aprile 2009, n. 8021 ove è espressamente sancito che “il giudice di merito che ritenga la causa giunta ad un stato di *semiplena probatio* ha la facoltà ma non dell'obbligo di deferire il giuramento suppletorio ai sensi del disposto dell'art. 2736 n. 2 c.c., così che dovrà ritenersi sindacabile soltanto la decisione positiva del giudice di ricorrere a tale mezzo istruttorio (e solo limitatamente al profilo dell'adeguatezza e della correttezza logica della relativa motivazione in ordine alle circostanze della effettiva esistenza di una *semiplena probatio* e del maggior contenuto probatorio che si presume offerto dalla parte prescelta a prestare il giuramento), ma non anche quella negativa di non farne uso in applicazione della regola generale di cui all'art. 2697 c.c., senza che, in quest'ultimo caso, possa invocarsi l'omessa motivazione di tale, discrezionale decisione”; Cass., 8 settembre 2006, n. 19270; Cass., 10 marzo 2006, n. 5240; Cass., 11 febbraio 2004, n. 2659; Cass., 8 gennaio 2003, n. 101; Cass., 22 febbraio 1996, n. 1407; Cass., 27 marzo 1996, n. 2749; Cass., 24 febbraio 1995, n. 2102; Cass., 20 giugno 1994, n. 5295; Cass., 4 novembre 1993, n. 10941.

2738 c.c., dalla c.d. irretrattabilità, che attiene, invece, a colui che ha prestato l'asseverazione giurata.

In tema di incontrovertibilità del giuramento la dottrina e la giurisprudenza sono pervenute al risultato per il quale l'unico rimedio spettante alla parte danneggiata consiste nel risarcimento del danno¹²⁰ attesa l'impossibilità di provare il contrario o di chiedere la revocazione della sentenza nel caso in cui il giuramento sia stato dichiarato falso in sede penale.

La teoria critica verso la dottrina tradizionale in realtà non condivide detta interpretazione a motivo dell'assenza di una espressa disposizione normativa in tal senso, sicché viene ritenuto preferibile, nonché maggiormente in sintonia con il principio di salvaguardia della coerenza dell'ordinamento giuridico, ritenere che il giudicato penale che dichiara la falsità del giuramento possa far venir meno l'efficacia di tale prova nel processo civile¹²¹.

Quanto invece alla c.d. irretrattabilità del giuramento, non si può negare al giurante la facoltà di ritrattare il

¹²⁰ Sul punto è intervenuta la Corte Costituzionale che con la sentenza n. 105 del 4 aprile 1996 ha sancito l'illegittimità costituzionale, per violazione dei principi di uguaglianza, ragionevolezza e di tutela giurisdizionale, dell'art. 2738, secondo comma c.c., nella parte in cui non prevede che il giudice civile possa conoscere del reato di falso giuramento al solo fine del risarcimento, anche nel caso in cui la sentenza irrevocabile di assoluzione pronunciata nel giudizio penale non abbia efficacia di giudicato nei confronti del danneggiato. In dottrina si vedano Allorio, *Il giuramento della parte*, cit., p. 306 ss.; Comoglio, *Le prove civili*, cit., p. 359 ss.

¹²¹ In questo senso Lombardo, *La prova giudiziale*, cit., p. 582 ss.; Allorio, *Falso giuramento decisorio e giudicato penale di condanna*, (1940), in Allorio, *Problemi di diritto*, I, Milano, 1957, p. 409 ss.; Nicoletti, *Il giuramento della parte nell'attualità del processo civile*, cit., p. 233 ss.

giuramento prestato (non già di revocarlo¹²²), ossia di offrire la confessione spontanea di aver giurato il falso.

Alla luce di tali considerazioni il giuramento può quindi essere definito una prova legale *ad efficacia speciale*, la cui specialità tuttavia si manifesta solo con riferimento ai limiti di prova imposti alla parte non giurante, alla quale è consentito solo di ricorrere al controllo extraprocedimentale in sede penale.

2.7 Considerazioni conclusive circa le differenti concezioni del sistema delle prove legali e il loro rapporto con il principio del libero convincimento del giudice. Sulla base delle considerazioni sopra svolte è interessante annotare come a seconda dell'approccio adottato in relazione alla disciplina delle prove legali si è in grado di giungere a dilatare ovvero restringere l'ambito di operatività del principio del libero convincimento del giudice.

Abbiamo visto infatti che l'adozione dell'impostazione tradizionale in tema di prove legali porta a considerare queste ultime come vere e proprie eccezioni al principio del libero convincimento del giudice, in grado di escluderne l'operatività ogni qualvolta sussistenti. In altri termini, mediante la concezione classica delle prove legali si finisce per considerare queste ultime alla stregua di vero

¹²² Il giuramento non viene considerato revocabile in quanto da un lato la revoca è un istituto che attiene alle dichiarazioni di volontà e non già alle dichiarazioni di scienza, e dall'altro perché il principio di acquisizione processuale vieta che al giudice sia sottratta la valutazione e utilizzazione di una prova assunta. In questo senso Allorio, *Il giuramento della parte*, cit., p. 235; Satta, *La ritrattazione del giuramento (e ancora la questione del metodo)*, in *Foro it.*, 1948, IV, c. 90; Id., *La ritrattazione del giuramento*, in *Foro it.*, 1949, IV, c. 12 ss.

e proprio sistema autonomo rispetto al principio del libero convincimento del giudice. E detta tesi, come abbiamo avuto modo di riscontrare, è quella tuttora assolutamente dominante.

Dall'esame della seconda teoria prospettata è emerso, invece, come al sistema delle prove legali sia comunque possibile fornire una lettura più distesa, in grado di far risultare sempre e comunque il principio del libero convincimento del giudice quale motore propulsore nella fase della valutazione del materiale istruttorio.

Quest'ultima teoria risulta, oltretutto, anche maggiormente in linea con il dettato costituzionale. Da un lato, infatti, come abbiamo visto, la stessa mira prevalentemente alla difesa del diritto alla prova contraria e, dall'altro, tende al raggiungimento, per quanto possibile, di un accertamento dei fatti quanto più razionale e logico (e non già preconstituito normativamente) che sicuramente è quello che risulta più sintonico con il concetto di giusto processo come costituzionalmente delineato.

In particolare, abbiamo potuto annotare come la teoria volta a contrastare la tesi tradizionale in tema di prove legali è in grado di far riemergere l'operatività del principio del libero convincimento del giudice in diverse fasi dell'attività istruttoria nelle quali si vengono a inserire anche le prove legali; fasi ove invece, in base alla teoria tradizionale, detto principio si è ritenuto inoperante.

E così, in tema di confessione, abbiamo visto come detta teoria non ritenga sussistente alcuna norma nel nostro ordinamento che imponga una limitazione all'ammissione o utilizzazione di prove divergenti rispetto al risultato della confessione e che, conseguentemente, detti al giudice di decidere in conformità al risultato della stessa. La confessione viene quindi a configurarsi come prova legale ad efficacia speciale poiché presenta limiti unicamente per

la parte confitente di avvalersi di prove divergenti, ma l'ammissione e la valutazione delle prove divergenti dovrebbero comunque avvenire in seno al medesimo procedimento nel quale la confessione è stata assunta. Sicché, così ragionando, secondo questa teoria, in presenza di un risultato probatorio effettivamente contrario rispetto alla confessione il giudice, secondo i principi generali e salvo il caso in cui la prova divergente consista in un atto pubblico o in un giuramento, dovrebbe operare secondo il suo libero convincimento.

Ma non solo. Aderendo all'impostazione proposta, anche in tema di atto pubblico il principio del libero convincimento del giudice torna pienamente operativo allorché all'interno del medesimo giudizio siano stati acquisiti più documenti-prove legali divergenti fra loro e nessuna delle parti promuova il giudizio di disconoscimento o di falso. In questi casi, infatti, si ritiene operante la regola dell'elisione reciproca e di conseguenza il giudizio di conferma dell'ipotesi torna ad essere affidato al libero apprezzamento giudiziale.

Infine, abbiamo rilevato come la dottrina che mira a superare la tesi tradizionale in tema di prove legali sia giunta a qualificare il giuramento come un mezzo di prova complementare o più propriamente sussidiario rispetto alle altre prove, al quale il giudice dovrebbe fare ricorso solo dopo che siano state acquisite tutte le prove possibili e aver constatato, sulla base di esse, che nessuna delle due ipotesi fattuali sia stata in grado di raggiungere un grado di conferma sufficiente. Anche in questa ipotesi, pertanto, torna a essere operativo, seppure nella fase di ammissione, il principio di discrezionalità giudiziale.

CAPITOLO TERZO

LA DISCREZIONALITA' COME MOMENTO ESSENZIALE NELLA VALUTAZIONE DELLE PROVE

SOMMARIO: 3.1 Il concetto di verità all'interno del processo. 3.2 Un confronto fra l'operare del giudice e quello dello storico. 3.3 Teoria del giudizio: giudizio di fatto e giudizio di diritto. 3.4 Libero convincimento e metodi di decisione sul fatto. 3.5 I metodi decisori nell'esperienza svedese e tedesca. 3.6 Le massime d'esperienza: dati acquisiti e nodi problematici. 3.7 Scienza privata del giudice e prove c.d. scientifiche.

3.1 Il concetto di verità all'interno del processo. Il tema relativo alla prova dei fatti giuridici ha costituito e rappresenta tuttora uno degli argomenti più complessi e discussi del diritto processuale, e ciò sotto diversi profili. Per questo motivo la presente trattazione non può che avere di mira l'approfondimento soltanto di alcune delle questioni che gravitano attorno allo stesso e precisamente di quei problemi che mostrano un'incidenza sull'operatività del principio del libero convincimento del giudice.

La complessità del tema della prova deriva in primo luogo dalla circostanza per la quale lo stesso non si esaurisce nell'ambito strettamente giuridico, ma tende a

filtrare in ulteriori campi, quali quello delle scienze umane, della logica, dell'epistemologia e della psicologia¹²³.

Tale preliminare considerazione risulta estremamente indicativa atteso che, come abbiamo già verificato¹²⁴, soltanto qualora il sistema si fosse esaurito nella previsione di rigide prove legali il tema della prova avrebbe potuto definirsi semplicemente strettamente giuridico.

Un'altra difficoltà dipende poi dal necessario esame del concetto di verità all'interno del processo. Considerato che si è soliti pensare alla prova come a uno strumento in grado di stabilire se e quali fatti rilevanti per la decisione si possano considerare realmente verificati, diventa fondamentale esaminare il concetto stesso di verità¹²⁵.

¹²³ Sul punto si veda l'efficace affermazione di Fornaciari in *La ricostruzione del fatto nel processo*, Milano, 2005, p. 2, secondo il quale "da sempre, può dirsi, il tema delle prove esorbita infatti dai confini della ricerca strettamente giuridica, per collocarsi sul piano della conoscenza *tout court*". In precedenza si veda già nello stesso senso Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, p. 2.

¹²⁴ Vedi *supra* capitolo I, spec. paragrafo 1.1.

¹²⁵ Al riguardo si veda ancora Fornaciari, *op. cit.*, p. 41 ss. ove è possibile leggere una premessa evidentemente chiarificatrice per l'impostazione del problema del rapporto fra verità e processo: "Quantomeno nell'immaginario collettivo, il processo si presenta infatti come il luogo dove, come si suol dire, i nodi vengono al pettine; dove la verità – quella vera, ovviamente – è destinata a trionfare e tutte le mistificazioni, le astuzie, gli inganni, le slealtà, o anche semplicemente i malintesi e le ambiguità, vengono sconfitti, superati, rimossi. Esso appare cioè come l'ultima trincea dell'ordinamento giuridico; il mezzo per garantire la tenuta di tutto il castello, in sé meramente teorico, delle regole sostanziali di comportamento, destinate a governare le relazioni dei soggetti; ciò che, insomma, traduce in concreto tali regole, e che, nel e per far ciò, non può, per intrinseca necessità, non rispecchiare la reale consistenza di tali relazioni: a che il diritto sostanziale se poi, quando questo fallisce, il processo, anziché riaffermarlo nel suo

Senonché, come abbiamo in parte già avuto modo di evidenziare¹²⁶, tale concetto all'interno del processo risulta estremamente problematico e ciò sostanzialmente per due distinti ordini di ragioni. In primo luogo, un primo tema di analisi concerne l'esame del rapporto che può sussistere fra quella particolare (e speciale) verità che si è soliti ricondurre al processo e l'idea - a monte - dell'esistenza di una sorta di verità assoluta, che dovrebbe esistere anche al di fuori e prima del processo. A tal fine si deve rilevare preliminarmente come estremamente arduo è già di per sé dare una definizione di verità *tout court*¹²⁷.

Sul punto, come abbiamo già accennato, è ricorrente la distinzione fra la c.d. verità formale (o giudiziale o, ancora, processuale) cui dovrebbe ricondursi quella stabilita nel processo attraverso le prove, e la verità c.d. materiale (o storica o, ancora, empirica) che apparterebbe, invece, al mondo dei fenomeni reali e che verrebbe quindi raggiunta attraverso strumenti conoscitivi diversi dalle prove giudiziarie¹²⁸. Tale distinzione talvolta viene invece contraddistinta con i termini di verità relativa, che sarebbe

effettivo modo di essere – e dunque, in primo luogo, applicandolo alla realtà vera e non ad una ricostruzione meramente formale dei fatti – sancisce un assetto arbitrario, capriccioso, o comunque sganciato da tale modo di essere?”.

¹²⁶ Vedi *supra* paragrafo 1.1

¹²⁷ Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 2.

¹²⁸ Per una compiuta distinzione fra le nozioni di verità formale e verità sostanziale si vedano le già citate opere di Furno, *Contributo alla teoria della prova legale*, cit., p. 18 ss.; Vocino, *Sulla c.d. «attuazione della legge» nel processo di cognizione*, in *Studi in onore di E. Redenti*, Milano, 1951, II, p. 598 ss.; Cordero, *Il giudizio d'onore*, Milano, 1959, p. 14 ss.; Massa, *Il principio dispositivo nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, p. 351 ss.

tipica del processo, e verità assoluta, che esisterebbe, invece, al di fuori del processo.

Senonché tale apodittica distinzione è stata messa in discussione da parte della dottrina che si è soffermata più attentamente all'esame di tale tematica¹²⁹. In particolare, è stato sostenuto come non meriti di essere condiviso il mantenimento dell'idea di una verità giudiziaria che debba ritenersi completamente diversa per la sola circostanza di essere accertata all'interno di un processo per il tramite di prove. L'esistenza di regole giuridiche e di limiti di varia natura viene infatti ritenuto al massimo in grado di escludere la possibilità di conseguire verità assolute, ma ciò si ritiene comunque insufficiente al fine di differenziare totalmente la verità che si stabilisce nel processo da quella che esisterebbe invece al di fuori di esso¹³⁰.

Così ragionando, anche la c.d. verità materiale entrerebbe nel processo, con la conseguenza tuttavia che così operando la stessa finisce con il perdere la sua classica definizione basata sulla contrapposizione con la c.d. verità formale tipica del processo.

Da tali preliminari osservazioni si può allora ricavare un'importante considerazione, ossia che porre il problema della verità dei fatti nel processo significa in realtà sollevare una questione che non può essere esaminata senza prendere in considerazione la dimensione extraprocessuale ed extragiuridica del problema.

¹²⁹ Per tutti si vedano Taruffo, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, 2009, spec. p. 82 ss.; Vocino, *Sulla c.d. «attuazione della legge» nel processo di cognizione*, cit., p. 598 ss.; Furno, *Contributo alla teoria della prova legale*, cit., p. 22 ss.

¹³⁰ In tal senso si veda Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 4 ss.

In secondo luogo, il rapporto tra prova e verità dei fatti si connota di evidente problematicità se si pone l'attenzione al tema della collocazione da attribuire a questo secondo elemento nella teoria generale del processo.

Parte della dottrina, in realtà, risolve detta difficoltà in maniera semplicistica, sostenendo che il processo non abbia fra i suoi scopi la ricerca della verità dei fatti, mirando lo stesso piuttosto alla risoluzione di una controversia e non già a produrre decisioni veritiere¹³¹.

Se ci si allinea a tale interpretazione tuttavia si corre l'evidente rischio di cadere in una contraddizione tra la teoria della prova e la teoria del processo in generale¹³². Ed

¹³¹ Per tutti si veda Damaška, *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*, trad. it., Bologna, 1991, p. 212 ss. Tale affermazione in realtà è riscontrabile anche al di fuori di queste teorie, si veda ad esempio Furno, *op. cit.*, p. 28 ss., allorché si tenta di evitare in radice il problema del rapporto fra verità e processo. In particolare ciò è rinvenibile in quelle teorie in cui si ritiene che la ricerca della verità non debba ritenersi inclusa fra gli scopi del processo civile. Sul punto si veda Carnelutti, *La prova civile*, cit., p. 26 ss; Verde, *Prova legale e formalismo*, in *Foro it.*, 1990, V, c. 466, ove si sostiene che scopo del processo civile è il conseguimento della fissazione formale del fatto e non già di stabilirne la verità.

¹³² Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 6 ove rileva come autorevole esempio di tale contraddizione è rinvenibile in Chiovenda, *Principii*, cit., p. 78 ss., 732 ss., in quanto per un verso afferma che l'accertamento dei fatti non può dipendere dalla volontà delle parti perché quest'ultima è una sola e che funzione della prova è quella di formare la convinzione del giudice circa l'esistenza o inesistenza dei fatti, ma per altro verso ritiene che la verità materiale dei fatti non conta atteso che l'unica verità è quella che il giudice enuncia nella sentenza. Altra contraddizione rilevata è poi quella rinvenibile in Calamandrei atteso che talvolta afferma che il processo deve stabilire la verità dei fatti (*Processo e*

invero, nella teoria della prova si è soliti affermare che la funzione della stessa consisterebbe nello stabilire la verità dei fatti, ma ciò contrasta con la tradizionale affermazione insita nella teoria generale del processo. Infatti, se si afferma che scopo di quest'ultimo non è il raggiungimento della verità non si comprende perché quest'ultimo debba prevedere degli strumenti, le prove, che hanno invece di mira tale ricerca. Ciò significa che se si vuole porre a base del percorso argomentativo tale ultima accezione del processo (ossia che lo stesso non mira alla ricerca della verità) diviene necessario individuare una nuova definizione della funzione delle prove, per non rischiare appunto che le stesse siano deputate a raggiungere un fine estraneo al processo.

Che il processo non miri alla ricerca della verità è del resto confermato da diverse teorie che giungono a tale conclusione basandosi su differenti giustificazioni¹³³. E così, secondo una prima teoria, l'accertamento veritiero dei fatti non potrebbe essere operato nel processo poiché, in linea di principio, non sarebbe possibile stabilire, in generale, la verità di alcun dato o fatto empirico. In realtà questa corrente di pensiero è composta da molte opzioni filosofiche; ed invero, ne fanno parte gli irrazionalisti, secondo i quali la decisione sui fatti è basata

giustizia, (1950) ora in *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, p. 573) mentre altre volte esclude che il giudice accerti la verità dei fatti (*Il processo come gioco*, ora in *Opere giuridiche*, cit., p. 556), e altre volte ancora impiega un concetto ambiguo ed incerto di verità (*La verità e verosimiglianza nel processo civile*, cit., p. 615 ss.).

¹³³ Merita menzione altresì la teoria facente parte del c.d. scetticismo avvocatesco che ritiene che nel processo non sia possibile conseguire un accertamento veritiero dei fatti, senza peraltro fornire giustificazioni razionali alla base del ragionamento. In questo senso Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 7.

sull'intuizione, su reazioni individuali o su valutazioni soggettive¹³⁴. In tale dottrina merita di essere menzionata anche la posizione del c.d. "perfezionista deluso", ossia di colui che, avendo appurato l'impossibilità di raggiungere la verità assoluta passa all'opposto estremo e sostiene l'impossibilità di raggiungere qualunque conoscenza razionale¹³⁵.

Siffatte conclusioni, peraltro, oltre che essere proprie delle teorie irrazionalistiche, possono individuarsi anche nell'ambito dell'idealismo ove si ritiene che la conoscenza è necessariamente una costruzione mentale priva di connessione necessaria con i fenomeni del mondo reale, sicché non sarebbe possibile configurare alcuna conoscenza veritiera di nessun fatto¹³⁶.

Infine, un atteggiamento molto diffuso tende invece a negare la possibilità di un accertamento veritiero dei fatti sulla base di premesse di natura psicologica o sociologica. In base alla prima vengono messi in evidenza i dati che mostrano la fallibilità, l'imprecisione, la complessità e la

¹³⁴ Sul tema si vedano l'*Introduzione* di Giorello in *Critica e crescita della conoscenza*, a cura di I. Lakatos e A. Musgrave, trad. it., seconda ed., Milano, 1986, p. 7 ss.; Putnam, *Ragione, verità e storia*, ed. it. a cura di S. Veca, Milano, 1989, p. 3 ss.; Id., *Verità e etica*, trad. it., Milano, 1982, p. 30 ss.

¹³⁵ Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 10; Hart, *Il concetto di diritto*, introduzione e traduzione di Mario Cattaneo, Torino 1991, p. 163 ss.; Twining, *Some Scepticism about Some Scepticisms*, in Id. *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, Oxford, 1990, p. 97 nonché Popper, *Congetture e confutazioni. Lo sviluppo della conoscenza scientifica*, I, Bologna, 1972, p. 391.

¹³⁶ Al riguardo si vedano Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 10 ss.; Villa, *La coerenza normativa e i presupposti epistemologici della giustificazione*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1988, p. 585 ss.; Dummett, *La filosofia e lo specchio della natura*, trad. it., Milano, 1986, p. 99 ss.

variabilità delle attività cognitive; in virtù della seconda, invece, vengono messe in rilievo le analisi che attengono ai procedimenti di “costruzione della realtà” e ai relativi condizionamenti sociali al fine di dimostrare come in realtà non vi sia nessuna forma “oggettiva” di conoscenza della realtà¹³⁷.

La negazione della possibilità di conseguire un accertamento veritiero dei fatti può muovere tuttavia anche da ragioni non già filosofiche bensì ideologiche. Le ragioni per cui nel processo non si potrebbe conseguire la verità dei fatti atterrebbero in realtà alla concezione stessa della funzione del processo civile. Secondo questa prospettiva la verità dei fatti non potrebbe essere conseguita in quanto non dovrebbe essere perseguita; l'idea di un processo orientato alla ricerca della verità entrerebbe infatti in conflitto con l'ideologia stessa del processo civile¹³⁸. Quest'ultima ideologia vede infatti il processo civile come uno strumento per risolvere conflitti ed in particolare quelli che assumono la forma di controversie giuridiche tra le parti e risolvere conflitti significa trovare l'assetto di interessi maggiormente soddisfacente per le parti, ed eventualmente anche per l'ambiente sociale in cui il conflitto è sorto, sicché la ricerca della verità non è necessaria e può addirittura essere controproducente.

¹³⁷ Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 14 ss.; Twining, *Some Scepticism about Some Scepticisms*, cit., p. 112 ss.

¹³⁸ Al riguardo si veda Damaška, *I volti della giustizia e del potere*, cit., p. 158 ss.; Taruffo, *Diritto processuale civile, dei paesi anglosassoni*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. VI, Torino, 1989, p. 340 ss.; Id., *Note per una riforma del diritto delle prove*, cit., p. 239 ss. Si veda inoltre Carnelutti, *Sistema di diritto processuale civile*, cit., I, p. 40 ss.; Id., *Diritto e processo*, cit., p. 54 ss.

Questo contrasto viene generalmente distinto in due diversi modi attraverso i quali può essere formulato¹³⁹. Il primo consiste nel porre in evidenza la distinzione tra gli scopi del processo civile. In altri termini, si ritiene che se la finalità del processo è quella di risolvere conflitti, quello che deve essere perseguito è il raggiungimento di una decisione che soddisfi le parti per evitare che il conflitto permanga; conseguentemente la ricerca della verità sui fatti di causa diverrebbe uno scopo inutile¹⁴⁰. Il processo non avrebbe né finalità conoscitive né scientifiche e non verrebbe instaurato perché qualcuno vuole conoscere i fatti ma perché si vuole risolvere un conflitto. E' vero peraltro che in realtà un buon metodo per dirimere i conflitti potrebbe essere considerato quello di fondare la decisione su un accertamento veritiero dei fatti. Ciò tuttavia si scontra con la teoria efficientistica atteso che la ricerca della verità può avere dei costi, anche rilevanti, in termini di tempo, spese ed attività delle parti e del giudice. Inoltre, un processo che mirasse alla ricerca della verità avrebbe bisogno di una struttura costruita in vista di questo scopo¹⁴¹.

Una diversa impostazione potrebbe invece consistere nel porre in evidenza il fatto che nel processo il valore fondamentale sarebbe rappresentato dalla libertà, dall'autonomia e dall'iniziativa individuale delle parti¹⁴². Le parti, essendo interessate a una soluzione accettabile della controversia, non dovrebbero essere interessate

¹³⁹ Così Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 17 ss.

¹⁴⁰ Damaška, *Presentation of Evidence and Factfinding Precision*, in 123 *U.Pa.L.R.*, 1975, p. 1104 ss.; Taruffo, *Il processo civile «adversary» nell'esperienza americana*, Padova, 1979, p. 46 ss.

¹⁴¹ Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit. p. 18; Damaška, *I volti della giustizia e del potere*, cit., p. 213 ss.

¹⁴² Damaška, *I volti della giustizia e del potere*, cit., p. 184 ss.

all'accertamento della verità dei fatti e il giudice non potrebbe e non dovrebbe dedicarsi autonomamente al conseguimento di una decisione veritiera poiché dovrebbe essere vincolato ad adoperare solo i mezzi di prova forniti dalle parti, limitandosi altresì a scegliere unicamente tra le versioni dei fatti proposte dalle parti senza poterne individuare una terza.

Infine, l'esclusione della ricerca della verità dei fatti all'interno del processo si può basare su ragioni di natura pratica¹⁴³. E così, si potrebbe rilevare come il giudice non disporrebbe né degli strumenti conoscitivi né del tempo e della libertà di indagine di cui dispongono lo scienziato e lo storico. Non senza rilevare come il processo deve svolgersi entro un tempo limitato e che in esso esistono comunque delle limitazioni legislative all'utilizzo dei mezzi giudiziali di conoscenza e ai procedimenti con cui essi possono essere formati e utilizzati, nonché le ipotesi di prova legale che imporrebbero al giudice una "verità formale" spesso non corrispondente alla realtà dei fatti.

Il problema della verità dei fatti nel processo peraltro è stato considerato da alcuni un problema del tutto irrilevante. Di tale concezione esistono sostanzialmente due variazioni. Secondo una prima variante¹⁴⁴, basata su un'interpretazione in chiave retorica del processo (che vede come elemento più importante le narrazioni - *stories* - dei fatti di causa che gli avvocati presentano al giudice, e che mirano a persuaderlo) a nulla rileva che la narrazione

¹⁴³ Per tutti si vedano Chiovenda, *Principii*, cit., p. 77, 809 ss.; Calamadrei, *Il giudice e lo storico*, ora in Id., *Opere giuridiche*, cit., I, p. 398 ss.; Carnelutti, *La prova civile*, cit., p. 48 ss.; Verde, *Prova legale e formalismo*, cit., c. 466 ss.

¹⁴⁴ Sul tema, anche per un esaustivo richiamo bibliografico si veda Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 27 ss.; Twining, *Lawyers' Stories*, in Id., *Rethinking Evidence*, cit., p. 223 ss.

sia veritiera o meno, avendo la stessa di mira unicamente di persuadere qualcuno di qualcosa.

La seconda variante si basa invece sull'applicazione di metodi e modelli semiotici ai problemi giuridici¹⁴⁵. Secondo questa concezione il processo è un luogo in cui avvengono dialoghi e vengono elaborate e proposte narrazioni e quindi lo stesso deve essere studiato dal punto di vista delle strutture linguistiche e semiotiche di questi discorsi, e ciò ha evidentemente risvolti sulla concezione della verità dei fatti. Ad esempio l'analisi semiotica assume di solito una concezione non referenziale o autoreferenziale del linguaggio tale per cui il linguaggio non si riferisce ad alcuna realtà ma solo ad entità linguistiche: non vi è corrispondenza o collegamento tra espressioni linguistiche e dati empirici extralinguistici; ogni espressione linguistica può riferirsi soltanto ad altre espressioni linguistiche perché può essere tradotta solo in altre espressioni linguistiche. L'idea fondamentale appunto è che di tutto ciò che accade nel processo avvenga una fusione entro un livello unitario di discorso, e che a questo possano essere applicati solo gli strumenti dell'analisi semiotica¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 30 ss., anche per un compiuto richiamo bibliografico.

¹⁴⁶ Per un approfondimento del discorso si veda Taruffo, *op. cit.*, p. 32 ove è dato inoltre leggere che “la narrazione di un fatto che avviene nel processo, ad esempio ad opera di un testimone, non è sostanzialmente diversa dalla narrazione di un fatto contenuta in un romanzo; l'unica differenza, peraltro non particolarmente importante, è che la prima pretende di essere vera mentre la seconda non pretende di esserlo. Peraltro la pretesa di verità non è che una parte del discorso, un elemento del messaggio inviato dal narratore. In questo modo la verità della narrazione di un fatto viene ricondotta rigorosamente all'interno della dimensione

Altra parte della dottrina è invece dell'opinione che il processo in genere, e il processo civile in particolare, potrebbe (e probabilmente dovrebbe) orientarsi verso una decisione in qualche modo veritiera dei fatti. Anche all'interno di questa dottrina è tuttavia possibile individuare diverse correnti di pensiero. Una prima tesi è infatti ravvisabile in coloro che, in vari modi, fondano la possibilità di un accertamento della verità su basi teoriche. Uno di questi modi consiste semplicemente nel dare per scontata la possibilità che nel processo si accerti la verità dei fatti; generalmente siffatto atteggiamento è proprio del c.d. realismo ingenuo, ossia di coloro che presuppongono l'esistenza della realtà empirica e della capacità dell'intelletto umano di avere conoscenze veritiere intorno a tale realtà¹⁴⁷. E' poi possibile individuare i fautori della teoria della verità materiale, che i paesi c.d. socialisti derivarono dal materialismo dialettico ed in particolare dalla dottrina epistemologica di Lenin¹⁴⁸.

linguistica della narrazione e cessa di essere considerata come un problema che investe il rapporto tra la narrazione e la realtà narrata”.

¹⁴⁷ Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 35 ss. Al riguardo si veda Cavalla, *A proposito della ricerca della verità nel processo*, in *Verifiche*, XIII, 1984, p. 469 ss.

¹⁴⁸ Al riguardo meritano un cenno le caratteristiche principali del processo sovietico così da poter comprendere come il concetto di verità fosse inteso nello stesso. In linea generale quella che venne attuata nei paesi socialisti fu una pubblicizzazione del diritto civile, ove la funzione del processo non era più quella della tutela di un interesse privato bensì quella della tutela di un interesse nel quale si manifestano, e tendenzialmente prevalgono, gli aspetti che trascendono il soggetto privato per investire lo Stato e la società. Una funzione del processo civile di questo tipo ovviamente si ripercuote anche e soprattutto sulla posizione giuridica delle parti e del giudice nel processo e quindi sui principi che lo definiscono. In

primo luogo, infatti, una forte alterazione è subita dal principio dispositivo; non si arriva fino al punto di abolire direttamente il principio della domanda di parte e del vincolo del giudice ai *petita partium*, né si abolisce il potere delle parti di disporre dei propri diritti disponibili ma si aumentano i casi di diritti indisponibili come delle azioni pubbliche. Inoltre, al giudice viene attribuito non solo il potere di ricercare la “verità materiale” dei fatti allegati in giudizio dalle parti, con ogni mezzo di prova e senza istanza di parte, ma gli viene attribuito anche il potere di compiere quella ricerca a prescindere dalle allegazioni delle parti. Pertanto, il giudice nel processo sovietico-comunista, pur essendo vincolato a non sconfinare dal *petitum* non è vincolato alla *causa pretendi*. Ovviamente questi principi esercitano una forte influenza su alcuni istituti fondamentali in tema di giudizio di fatto. La *Parteivernehmung* non consiste più, pertanto, solo in un mezzo di prova dei fatti allegati e anche il *persönliches Erscheinen* delle parti non servirà più alla sola chiarificazione dei fatti allegati dalle parti; questi istituti si prestano, invece, ad essere strumenti mediante i quali il giudice potrà ricercare la verità e quindi ricercare anche fatti diversi da quelli che le parti vogliono far valere in giudizio. Inoltre è bene prendere in considerazione la dottrina d’ispirazione comunista che si è formata attorno alla c.d. “*Verhandlungsmaxime*”. La stessa venne infatti considerata la più diretta espressione di un processo “borghese” e pertanto venne combattuta. Infatti, l’uguaglianza delle parti e l’imparzialità del giudice venivano considerati come la forma sotto la quale si nasconderebbero fattori politici ed economici. È stato in realtà sottolineato come questa critica non debba essere condivisa perché non tiene conto della giusta distinzione che vi è fra diritto e processo. Sappiamo, infatti, che disponibilità del diritto dedotto in giudizio non comporta necessariamente la disponibilità delle prove e soprattutto della direzione del processo. Quello che viola il principio dispositivo non è il prevedere un potere officioso del giudice che gli permetta di indagare sulla verità dei fatti allegati dalle parti ma è il potere del giudice stesso di porre a fondamento della sua decisione fatti diversi da quelli spontaneamente allegati dalle parti. Un altro aspetto fondamentale nel processo sovietico è quello che riguarda l’obbligo o dovere di verità delle parti. Infatti il

Un'altra corrente di pensiero sostiene, invece, che oltre che teoricamente possibile, la ricerca della verità dei fatti nel processo sarebbe altresì ideologicamente opportuna ed

giudice non solo può interrogare le parti su qualsiasi fatto anche non allegato da esse ma, soprattutto in tema di interrogatorio, le parti hanno l'obbligo di dedurre in giudizio senza lacune ed omissioni tutti i fatti che possano essere influenti per la decisione. Si vuole, in altri termini, che la decisione si fondi non su un materiale di fatto artificiosamente limitato ma sulla effettiva "realtà obbiettiva". Di conseguenza, poiché ogni fatto è giuridico l'obbligo citato non significa altro che impossibilità per le parti di scegliere liberamente quali rapporti dedurre in giudizio. In conclusione si può notare come, sulla base degli indicati principi, la ricerca della verità materiale non significa solo che il giudice ha il potere e il dovere di formarsi liberamente, con ogni mezzo processuale, il suo convincimento rispetto al materiale di fatto allegato dalle parti, ma significa che il giudice può e deve porre alla base della sentenza l'obbiettiva realtà quali che siano le allegazioni delle parti. Le conseguenze di quanto detto fin qui trovano la più compiuta manifestazione nell'istituto dell'interrogatorio che nei sistemi socialisti ha assunto una funzione e una natura assai diversa da quella che assume nei paesi occidentali. Lo stesso, infatti, è inteso non soltanto ad operare sull'ambito delle allegazioni ma anche a far luogo a prove dei fatti allegati. Non essendo, peraltro, possibile una compiuta elaborazione del tema in questa sede per la stessa si rinvia a Cappelletti, *Processo e ideologie*, cit., p. 35 ss.

Per un esame del tema si veda inoltre Vincenti, *Il codice di rito civile della Federazione Russa tra aperture dispositive e residui di inquisitori età*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 737 ss. ove viene compiuta un'analisi del codice di procedura civile della Federazione Russa entrato in vigore il 1° febbraio 2003 e dove si rileva come attualmente permane un dovere di collaborazione delle parti all'accertamento della verità oggettiva. E così l'art. 56 è rubricato "Dovere di prova" e il suo secondo comma conferisce il potere-dovere dell'organo giurisdizionale di determinare quali circostanze fattuali siano rilevanti per la causa e di sottoporle ad esame, anche in assenza di specifiche allegazioni di parte.

anzi, per molti aspetti, addirittura necessaria. L'ideologia che qui viene in evidenza è quella per la quale il processo dovrebbe mirare alla produzione di decisioni giuste¹⁴⁹. Ovviamente ciò che preme in particolare a questa teoria sono i temi relativi alla procedura, all'interpretazione ed applicazione della legge, ma ciò non toglie che anche il tema della verità dei fatti sia rilevante in quanto indipendentemente dal criterio giuridico che si impiega per definire e valutare la giustizia della decisione si può ritenere che essa non sia mai giusta se si fonda su un accertamento erroneo o inattendibile dei fatti. Perciò la veridicità e l'attendibilità del giudizio sui fatti viene considerata una condizione necessaria, anche se non da sola sufficiente, perché si possa definire giusta la decisione giudiziale. Così ragionando, sussisterebbe un possibile margine di ingiustizia della sentenza che sarebbe rappresentato teoricamente dall'eventuale scarto tra il modo in cui in concreto i fatti vengono accertati e la loro verità empirica¹⁵⁰.

Una versione per alcuni versi più forte di questa ideologia si riscontra nelle teorie (prevalentemente continentali) dell'applicazione della legge e della decisione giudiziaria; essa emerge ogni volta che si adotta lo schema per cui la norma giuridica ha natura condizionale in quanto prevede che una certa conseguenza giuridica si verifichi quando viene ad esistenza il fatto previsto dalla norma¹⁵¹.

¹⁴⁹ Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit. p. 42 ss.; Chiovenda, *Principii*, cit., p. 65 ss.; Id., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1933, I, p. 32 ss.

¹⁵⁰ Cfr Taruffo, *op. cit.*, p. 43 nonché Calamandrei, *La genesi logica della sentenza civile*, ora in *Opere giuridiche*, cit., p. 25.

¹⁵¹ Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 42 ss.; Barberis, *Il diritto come discorso e come comportamento*, Torino, 1990, p. 245 ss.

È allora evidente che nessuna norma può essere correttamente applicata se non quando il fatto è stabilito, ossia quando il fatto risulta da un accertamento in qualche modo veritiero.

Simili conclusioni si riscontrano anche in teorie che si occupano più direttamente della decisione giudiziaria, tenendo fermo il principio per cui la decisione in fatto è comunque una decisione che tende a stabilire la verità dei fatti. In sede di teoria della decisione è invero assai discusso il problema circa quali fatti debbano essere accertati e di come si individuano le condizioni idonee ad integrare le astratte circostanze di fatto previste dalla norma. È chiaro però che, una volta individuate queste circostanze, su di esse debba formularsi una decisione veritiera come condizione necessaria perché la norma possa correttamente applicarsi al caso concreto¹⁵².

¹⁵² Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 47 ss. All'interno di questa teoria è inoltre possibile annoverare la concezione di Jerzy Wroblewski (*Il sillogismo giuridico e la razionalità della decisione giudiziale*, trad. it., in *L'analisi del ragionamento giuridico*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Torino, 1987, p. 284 ss.; *Justification Through Principles and Justification Through Consequences*, in *Reason in Law*, vol. I, Milano, 1987, p. 140 ss.) che ha individuato una "ideologia legale – razionale" della decisione. Al centro di questa ideologia vi è una concezione razionale ed analitica della "verità giudiziale" come carattere essenziale di una decisione controllabile, articolata e giustificata. Quindi la verità dei fatti consisterebbe nell'esito di un procedimento conoscitivo complesso che, svolto secondo direttive giuridiche e razionali, metterebbe capo a un giudizio razionalmente giustificato.

Infine bisogna considerare le teorie che reputano la verità dei fatti come garanzia o come base per l'attuazione delle garanzie attinenti al processo e alla legalità¹⁵³.

Una volta che si ritiene che la verità dei fatti nel processo è teoricamente possibile ed anche ideologicamente necessaria, bisogna vedere se praticamente ciò sia possibile. Abbiamo visto in precedenza come parte della dottrina ritenga che ciò non sia possibile in quanto la funzione del processo e la relativa disciplina giuridica pongono dei limiti a questo scopo. In particolare un primo ordine di considerazioni riguarda l'influenza che sull'accertamento della verità dei fatti deriva dalla presenza di norme che regolano il processo. Bisogna infatti considerare la presenza di norme quali quelle che si occupano dell'accertamento dei fatti mediante previsioni di limiti all'ammissione delle prove, oppure che prevedono particolari procedimenti per la loro formazione e acquisizione o ancora quelle che addirittura predeterminano l'efficacia delle prove stesse. Generalmente si pensa che la presenza di queste norme porti alla formazione di un tipo di conoscenza all'interno del processo diversa da quella che si avrebbe al di fuori di esso, ovvero che vi sia una "verità giudiziale" che non abbia nulla in comune con la verità di cui si discute al di fuori del processo. Bisogna in realtà considerare innanzitutto che regole legali che disciplinano le prove e l'accertamento dei fatti nel processo non solo non esauriscono questi oggetti ma sono al contrario essenzialmente residuali; si tratta cioè di regole che investono solo alcuni aspetti e la cui importanza tende a diminuire stante la crescente affermazione di principi quali

¹⁵³ Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, p. 9 ss., 44.

quello della libertà della prova e del libero convincimento del giudice¹⁵⁴. Inoltre non tutte le regole in tema di prove sono norme che vincolano il giudice ad una “verità legale”, anzi molte tendono a favorire la determinazione della verità storica dei fatti, prevenendo errori o regolando procedure specifiche di controllo sulla veridicità della prova¹⁵⁵. Inoltre nelle aree non coperte da norme non si può dire che operino criteri legali di verità e quindi in queste aree non si può escludere che operino i criteri di verità non diversi da quelli che valgono nei procedimenti conoscitivi che si collocano al di fuori del processo.

Quindi essendo ovvia la considerazione per cui nel processo non si tratta di stabilire verità assolute ed immutabili, potendosi trattare unicamente di verità relative, bisogna considerare che relative sono anche le verità che si formano al di fuori del processo¹⁵⁶. Ci sono tuttavia almeno due modi per considerare relativa la verità che si forma nel processo. In un primo senso la verità nel processo è relativa in quanto esistono limiti agli strumenti conoscitivi che si possono usare per accertarla¹⁵⁷. In altri termini, ammesso che esista una verità assoluta accertabile con mezzi conoscitivi illimitati, la verità del processo è relativa in quanto gli strumenti conoscitivi sono limitati. Ma quanto detto non vale solo per la verità che si accerta nel processo in quanto lo stesso discorso vale per qualunque situazione conoscitiva che si verifica al di fuori del processo. Qualunque verità è in questo senso relativa.

¹⁵⁴ Così Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 51. Si veda inoltre Cavalla, *La prospettiva processuale del diritto. Saggio sul pensiero di Enrico Opocher*, Padova, 1991, p. 66.

¹⁵⁵ Cfr Taruffo, *op. cit.*, p. 52.

¹⁵⁶ Così Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 53.

¹⁵⁷ Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit. p. 53; Chiarloni, *Processo civile e verità*, in *Questione giustizia*, 1987, p. 504 ss.

Il secondo modo in cui si può parlare di verità relativa attiene alla relatività rispetto al contesto¹⁵⁸. Se si intende per contesto non solo i mezzi conoscitivi disponibili ma anche l'insieme delle presupposizioni, dei concetti, delle nozioni, delle regole, ossia delle strutture di riferimento in funzione delle quali si costruiscono versioni dei fatti e il linguaggio, o meglio il "vocabolario" culturale che si adopera per formulare i problemi e per determinarne le soluzioni, il senso della verità processuale è relativo in quanto è determinato in funzione della struttura di riferimento costituita dal processo e dalle norme che lo regolano e si colloca dunque entro il "vocabolario" del processo. I cosiddetti limiti alla ricerca della verità operano dunque sicuramente nel senso di definire il contesto specifico del processo ma tutto ciò non esclude che anche nell'ambito di un contesto particolare fortemente relativizzato si possano conseguire verità apprezzabili.

3.2 *Un confronto fra l'operare del giudice e quello dello storico.* Prima di procedere oltre è opportuno soffermarsi, seppur brevemente, sull'esame di un luogo comune, cui generalmente si fa cenno, rappresentato dal paragone fra l'attività del giudice e quella dello scienziato e dello storico.

Il primo confronto viene generalmente compiuto al fine di smentire l'assunto secondo il quale tra processo e ricerca scientifica sussisterebbero diverse analogie¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit. p. 54; Ubertis, *La ricerca della verità giudiziale*, cit., p. 1 ss.

¹⁵⁹ Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, rist., Napoli, 1965, p. 77, 809; Calamandrei, *Il giudice e lo storico*, cit., p. 397 ss.; Taruffo, *Note per una riforma del diritto delle prove*, cit., p. 239 ss.; Denti, *Scientificità della prova e libera valutazione del*

Siffatta conclusione negativa muove generalmente dalla considerazione per la quale il processo impone necessariamente dei limiti pratici e giuridici all'accertamento dei fatti, mentre l'attività dello scienziato sarebbe, al contrario, libera e illimitata. Del pari viene posto in rilievo il fatto che la ricerca scientifica si basa sulla ripetitività degli esperimenti mentre la ricerca del giudice riguarda fatti passati non ripetibili. E partendo da queste premesse si tende a escludere che le metodologie scientifiche possano fornire modelli per l'analisi delle prove o che il ragionamento del giudice sui fatti possa essere ricostruito secondo i modelli del ragionamento scientifico.

Pur essendo astrattamente condivisibili gli assunti per cui si ritiene che non vi sia una totale coincidenza tra giudice e scienziato, processo e laboratorio, prova ed esperimento, è comunque possibile rilevare come i punti di connessione tra l'attività del giudice e quella dello scienziato siano molteplici¹⁶⁰. Per questo motivo talune considerazioni circa le metodologie e i modelli di ragionamento scientifico possono essere ritenute utili anche nell'analisi del problema della prova giuridica.

Al fine di compiere una siffatta conclusione è necessario peraltro partire da uno specifico modo di intendere il giudice e lo scienziato, atteso che la relativa comparazione dipende appunto dall'immagine che si ha di

giudice, cit., p. 414 ss.; Cavallone, *Critica della teoria delle prove atipiche*, ora in Id., *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991, p. 395; Alchourròn-Bulygin, *Limiti della logica e del ragionamento legale*, in *Sistemi esperti del diritto*, a cura di A.A. Martino, Padova, 1989, p. 161 ss.

¹⁶⁰ Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 305.

questi due soggetti¹⁶¹. In altri termini, è necessario avere a mente la figura del giudice come di colui che, sulla base di un'ideologia legale – razionale della decisione, può e deve compiere un accertamento veritiero dei fatti sulla base di un uso razionale delle prove, e considerare lo scienziato non come colui che fa solo esperimenti con macchine o che fa solo ragionamenti sulla base dei metodi sperimentali, si può notare che esistono notevoli analogie tra le attività di questi due soggetti. Rinviano peraltro l'analisi di questo tema, ed in particolare il problema della scientificità della prova, a una parte successiva della presente trattazione¹⁶² è bene soffermarsi ora sull'altro paragone che generalmente viene effettuato, ossia il paragone tra il giudice e lo storico.

La diffusa analogia tra l'attività del giudice e quella dello storico trova generalmente la sua premessa nella circostanza per la quale sia il giudice che lo storico sono chiamati a ricostruire un fatto singolo del passato non ripetibile e non direttamente percepito dagli stessi¹⁶³. Sicché la loro attività si deve basare sull'uso di prove che consentano la conoscenza indiretta di quel fatto.

Risulta peraltro di immediata evidenza come detta analogia non possa considerarsi totale attese le indiscusse

¹⁶¹ Sul punto si veda Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 305 ss.

¹⁶² Vedi *infra*, capitolo III, paragrafo 3.7.

¹⁶³ In questo senso si veda Ubertis, *La ricostruzione giudiziale del fatto tra diritto e storia*, cit., p. 1214 ss., secondo il quale “(...) non appare discutibile né discussa la considerazione che spesso lo storico si trovi, come accade al giudice, a dover ricostruire, sulla base delle informazioni disponibili, un fatto ormai accaduto: individuale e irripetibile, esso non può riemergere dal passato attraverso l'esperimento”.

notevoli differenze che sussistono tra l'attività dell'uno e dell'altro¹⁶⁴.

Si deve, invero, considerare che la ricerca dello storico è libera ed illimitata mentre quella del giudice è comunque vincolata (al riguardo si pensi al principio dispositivo, in base al quale sono le parti del processo a individuare i fatti da provare e a stabilire quali prove debbono essere impiegate) non senza dimenticare importanti vincoli cui soggiace il giudice e non già lo storico, come ad esempio il divieto di non pronunciare (il c.d. *non liquet*). Le differenze fra questi due soggetti, così ragionando, si fanno sempre più marcate ma ciò non toglie come le stesse meritino di essere considerate non tanto rilevanti da essere in grado di far perdere all'attività del giudice "quel carattere di indagine storica, che essa tuttavia conserva come quella che ha per suo fine la conoscenza concreta di fatti realmente avvenuti"¹⁶⁵.

Il paragone fra l'attività del giudice e quella dello storico è stata del resto oggetto di svariati studi, anche se pare indiscutibile che sia Calamandrei¹⁶⁶ lo studioso cui fare riferimento per appurare la sua più compiuta giustificazione, il quale, dopo aver individuato le sopra indicate differenze, ha riaffermato che l'indagine del

¹⁶⁴ Si veda ancora Ubertis, *La ricostruzione giudiziale del fatto tra diritto e storia*, cit., p. 1214 ss. ove vengono evidenziate dette differenze partendo dall'importante rilievo per cui comunque lo storico deve "comprendere" mentre il giudice deve "giudicare".

¹⁶⁵ Così testualmente Calamandrei, *Il giudice e lo storico*, cit., p. 401; analogamente Calogero, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, cit., p. 132 ss. Per un'analisi dell'analogia tra il giudice e lo storico si veda anche Taruffo, *ult. op. cit.*, p. 311; Pizzi, *Oggettività e relativismo nella ricostruzione del fatto: riflessioni logico-filosofiche*, cit., p. 207 ss.

¹⁶⁶ Calamandrei, *ult. op. cit.*

giudice è da considerarsi sempre di tipo storico per il fatto fondamentale che anche lo storico formula un giudizio, analogamente al giudice, facendo uso di criteri di probabilità e verosimiglianza.

Ma non solo. A conferma di tale analogia viene infatti riportato un altro elemento rappresentato dalla circostanza per la quale sia il giudice che lo storico hanno di fronte a sé il fatto come qualcosa da ricostruire, non come una realtà esistente, sicché la gnoseologia del processo di cognizione risulterebbe essere identica a quella del processo mentale seguito dallo storico. Ciò significa che la presenza di limiti procedurali imposti al giudice, a cui lo storico è estraneo, non vengono ritenuti sufficienti per differenziare in modo sostanziale le indagini che essi conducono intorno ad argomenti identici¹⁶⁷.

Detta analogia muove quindi da un fondamento intuitivo, difficilmente discutibile; ciò non toglie peraltro che sia necessario porre in evidenza come parte della dottrina¹⁶⁸ abbia ritenuto detta analogia una soluzione comunque non soddisfacente per la risoluzione del problema del procedimento di ricostruzione del fatto. In

¹⁶⁷ Sul punto si veda sempre Calamandrei, *ult. op. cit.*

¹⁶⁸ Taruffo, *op. cit.*, p. 311 ss. ove rileva come “da un lato, in tal modo si perde di vista il fatto che il problema centrale della storiografia è quello della spiegazione e comprensione del fatto più che quello del suo puro e semplice accertamento; dall’altro lato, non si considera che spesso lo storico non è affatto interessato a ricostruire fatti particolari e individuali, e si occupa piuttosto della determinazione di costanti, leggi, grandi tendenze e trasformazioni economiche e politiche di interesse società, ovvero di situazioni complesse afferenti a soggetti collettivi (come gruppi o classi sociali) invece che di situazioni semplici relative a soggetti individuali”; Id., *Il giudice e lo storico: considerazioni metodologiche*, cit., p. 445 ss.

altri termini, parte della dottrina ritiene che tale analogia non meriti di essere utilizzata come schema concettuale capace di chiarire le modalità dell'accertamento giudiziale dei fatti sulla base delle prove e ciò considerato che detta analogia non definisce nulla di significativo su ciò che fa il giudice in quanto non dice nulla di significativo su ciò che fa lo storico¹⁶⁹.

Non senza mancare di rilevare come la presupposizione secondo la quale l'attività dello storico si esaurirebbe esclusivamente nella ricostruzione di fatti passati ed irripetibili è da considerarsi riduttiva, posto che così operando non si considera che generalmente l'attività dello storico consiste nel dare una spiegazione e comprensione del fatto e non già in un mero accertamento dello stesso.

E' stato quindi giustamente rilevato come per voler trarre delle risposte in termini di procedimento di ricostruzione del fatto, sulla base della predetta analogia, è necessario in primo luogo individuare il modello logico del giudizio di tipo storico partendo dal concetto di spiegazione del fatto¹⁷⁰.

Spiegare un fatto significa prima di tutto porre un'ipotesi sul modo in cui il fatto si è verificato e, in secondo luogo, chiarire quali sono le ragioni per cui si è ritenuto di adottare quell'ipotesi piuttosto che un'altra, fondando la scelta su dati di fatto accertati. In questo modo il fatto è spiegato in quanto viene posto in relazione con gli altri fatti.

¹⁶⁹ Così Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 313.

¹⁷⁰ Taruffo, *Il giudice e lo storico*, cit., p. 446 ss.

Secondo gli empiristi¹⁷¹ un evento si può ritenere spiegato quando si fa riferimento ad un altro evento di un tipo che in passato si è sempre osservato accompagnare il tipo di evento che deve essere spiegato; quest'ultimo quindi viene ricondotto sotto una legge o generalizzazione di cui diventa un caso particolare. Spiegare un evento consisterebbe allora nel formulare una legge o un insieme di leggi di carattere universale; nell'affermare l'esistenza di un insieme di condizioni iniziali a,b,c,...in modo che dalle premesse consegua una terza ipotesi che descrive l'evento in questione¹⁷².

Siffatta spiegazione appare lineare, tuttavia non è mancato chi ha rilevato come in realtà la stessa non vada esente da ambiguità¹⁷³. E' stato infatti rilevato come la stessa definizione di spiegazione è da ritenersi relativa al contesto particolare in cui essa è utilizzata in quanto la spiegazione può essere descritta in termini causali soltanto nei casi, nei limiti e nei modi in cui il concetto di causa viene accettato come valido.

Questa concezione è stata compiutamente elaborata da Hempel¹⁷⁴, secondo il quale la spiegazione del verificarsi di un determinato evento, in certe condizioni spazio-temporali, consisterebbe nell'individuare le cause o i

¹⁷¹ Taruffo, *Il giudice e lo storico: considerazioni metodologiche*, cit., p. 447 ss.; Rossi P., *Teoria della storia e della metodologia storiografica nel pensiero inglese contemporaneo*, in *Rivista Storica Italiana*, 1954, p. 68 ss. ai quali si rinvia per un compiuto richiamo bibliografico.

¹⁷² Taruffo, *Il giudice e lo storico*, cit., p. 447.

¹⁷³ Taruffo, *Il giudice e lo storico*, cit., p. 447 ss.; Gardnier, *The Nature of Historical Explanation*, Oxford, 1952, p. 5 ss.

¹⁷⁴ Hempel, *The Function of General Laws in History*, in *Readings in Philosophical Analysis*, H. Feigl and W. Sellars eds., New York, 1949, p. 459 ss. come citato da Taruffo, *ult. op. cit.*, p. 448 ss.

fattori determinanti dell'evento stesso. Affermare poi che un certo insieme di fatti di vari tipi ha causato l'evento da spiegare significherebbe dire che, in relazione a certe leggi generali, un insieme di fatti di quel tipo è regolarmente accompagnato da un evento di un determinato tipo.

La spiegazione quindi consisterebbe da un lato di un insieme di proposizioni affermanti il verificarsi di certi fatti in certe condizioni spazio-temporali, in un insieme di ipotesi universali, così che le proposizioni di entrambi i gruppi risultino essere ragionevolmente confermate dall'evidenza empirica e, dall'altro, dalla proposizione che afferma che il verificarsi di un determinato evento possa essere dedotta dai due gruppi di enunciati.

Questa teoria è stata in realtà criticata da parte degli idealisti¹⁷⁵ i quali, basandosi sul presupposto che l'oggetto della storia è sostanzialmente diverso dall'oggetto delle scienze, hanno sostenuto l'invalidità dell'estensione al processo di indagine storica di un modello di spiegazione simile a quello che si considera proprio delle scienze. La diversità di oggetto si baserebbe sul fatto che lo storico si trova di fronte a eventi unici ed irripetibili e se essi vengono considerati come esempi particolari di leggi generali la storia non assolve più il suo compito che è quello di studiare i fatti particolari individualmente presi. Quindi il metodo dello storico non sarebbe quello di spiegare per mezzo della generalizzazione ma per mezzo di una completa precisazione dei dettagli del fatto in esame risultante dalla determinazione delle sue caratteristiche individuali.

Anche tali rilievi sono stati in realtà oggetto di critiche; in particolare è stato obiettato che anche se gli eventi

¹⁷⁵ Per tutti si veda Oakeshott, *Experience and Its Modes*, Cambridge, 1953, p. 154 ss.

storici sono unici e irripetibili ciò non è comunque rilevante, atteso che anche i fatti di cui si occupa lo scienziato lo possono essere e a questi vengono comunque applicate leggi generali¹⁷⁶.

All'interno della corrente idealista è in realtà possibile individuare un altro tentativo di risolvere il problema, rappresentato dal considerare come oggetto della conoscenza storica solo le azioni umane, determinate liberamente mediante scelte e decisioni¹⁷⁷. Quindi i fatti storici non vengono considerati come meri eventi ma come entità aventi un "contenuto di pensiero" e, pertanto, la spiegazione dovrebbe consistere nell'individuazione del pensiero dell'agente, di cui l'azione rappresenta l'espressione. Anche siffatta teoria è stata oggetto di critiche¹⁷⁸; in particolare è stato rilevato che non tutti gli eventi della storia sono eventi prodotti da scelte e decisioni.

In realtà è stato messo in evidenza come l'elemento meno convincente del modello di Hempel sarebbe rappresentato dalla presenza di leggi generali tra le premesse necessarie del ragionamento esplicativo¹⁷⁹. Parte della dottrina ha infatti concordato nell'affermare che le leggi a cui fa ricorso lo storico nell'elaborare la spiegazione non hanno carattere di assoluta universalità o generalità ma sono semplici generalizzazioni di validità semantica ristretta a limitate e particolari dimensioni spazio-temporali e che danno luogo solo ad un procedimento di tipo deduttivo, non essendo formulate in

¹⁷⁶ Così Taruffo, *ult. op. cit.*, p. 450.

¹⁷⁷ Per tutti si veda R. G. Collingwood, *The Idea of History*, Oxford, 1946.

¹⁷⁸ In questo senso Taruffo, *ult. op. cit.*, p. 452 ss.

¹⁷⁹ In questo senso Taruffo, *ult. op. cit.*, p. 453 ss.

termini di autentica generalità. Escludere però la possibilità di ricorrere a leggi di carattere universale significherebbe anche escludere che il procedimento in questione abbia natura deduttiva. In altri termini, ritenere che lo storico può avere a disposizione soltanto delle uniformità non generalizzate, formulate a livello di senso comune, significherebbe affermare che si tratta di premesse di un ragionamento di tipo induttivo che portano a un giudizio di fatto avente tutte le caratteristiche di un giudizio di probabilità.

Alla luce di queste considerazioni è stata proposta¹⁸⁰ una modifica del modello sopra descritto in questi termini: da un lato vi sono asserzioni relative al fatto che in un certo numero di casi un determinato evento si è verificato in un certo modo, collegato ad un altro evento, dall'altro lato, vi sono asserzioni relative al verificarsi, nel caso concreto, di un evento simile a quello collegato e, in conclusione, si può affermare che vi sono sufficienti ragioni per ritenere che probabilmente anche nel caso in esame la presenza dell'evento collegato è indice o segno del verificarsi di quello esaminato.

La conclusione quindi dovrebbe apparire non come una rappresentazione certa di ciò che costituisce il fatto da spiegare ma come un'ipotesi formulata intorno ad esso, sulla base di una certa quantità di dati utilizzabili, a cui questi medesimi dati, che compaiono in entrambi gli eventi, permettono di attribuire un certo grado di conferma logica.

La spiegazione allora non dovrebbe essere intesa come la descrizione del modo in cui l'evento da spiegare è casualmente prodotto da altri eventi, ma significherebbe invece esporre le ragioni per cui chi compie l'indagine

¹⁸⁰ Cfr Taruffo, *ult. op. cit.*, p. 454.

ritiene giustificato accogliere come vera, relativamente ai dati disponibili, una certa ipotesi.

Così ragionando, a questo punto, diviene necessario domandarsi se il procedimento delineato per lo storico possa essere considerato come un'immagine del modo in cui il giudice forma il proprio convincimento, tenendo peraltro in considerazione il fatto che i concetti che verranno utilizzati e le asserzioni che verranno formulate saranno oggetto di specifica analisi nel prosieguo della trattazione¹⁸¹, in quanto per il momento le conclusioni che verranno formulate hanno il solo scopo di verificare se la predetta analogia tra il giudice e lo storico sia condivisibile o meno.

Al riguardo, la dottrina tradizionale afferma che gli elementi di fatto, siano essi indizi o risultati di esperimenti probatori, vengono valutati dal giudice mediante il ricorso alle c.d. massime d'esperienza, concepite come regole o leggi generali che il giudice formula in base alla propria esperienza o recepisce dal patrimonio di conoscenze del senso comune¹⁸². Ed in virtù del sillogismo giudiziale si elabora un modello deduttivo del giudizio di fatto. Le massime d'esperienza fungono quindi da premesse generali e i dati concreti da premesse particolari, sicché il giudizio sul fatto viene ad essere il risultato della sussunzione delle seconde sotto le prime.

A questo punto risulta evidente che un'analogia tra il giudice e lo storico, con riferimento all'attività di

¹⁸¹ Vedi *infra* paragrafo 3.3, 3.4.

¹⁸² Così Taruffo, *Il giudice e lo storico*, cit., p. 459; Stein, *Das Private Wissen des Richters. Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse*, Leipzig, 1893.

ricostruzione del fatto, sussiste, perlomeno per linee generali¹⁸³.

Tuttavia, come meglio vedremo in seguito¹⁸⁴, è bene sottolineare che le critiche che si sono formulate con riferimento alle leggi generali che usa lo storico meritano di essere compiute anche per le massime d'esperienza, in quanto anche il giudice solo di rado utilizza leggi che possono definirsi veramente generali.

3.3 Teoria del giudizio: giudizio di fatto e giudizio di diritto. Il termine giudizio è polisenso e si presta a più significati¹⁸⁵. In primo luogo con esso ci si può riferire, analogamente a quanto accade nel linguaggio comune, alla particolare qualificazione di un soggetto mediante un predicato o attributo; così ragionando, possiamo distinguere giudizi di fatto, giudizi di diritto, giudizi di valore, giudizi di probabilità, ecc., a seconda della natura del predicato. Il termine giudizio equivale tuttavia anche a processo; ovvero, se si intende il processo come quel particolare (e qualificato) procedimento o metodo legale per la formulazione di un giudizio, anche il processo stesso viene chiamato giudizio¹⁸⁶. Infine, in una terza accezione, il termine giudizio può ancora indicare il risultato finale cui il processo mette capo, andando così a coincidere con il termine decisione. Questa è in realtà una versione

¹⁸³ Cfr Taruffo, *ult. op. cit.*, p. 465.

¹⁸⁴ Vedi *infra* paragrafo 3.6.

¹⁸⁵ Così Taruffo, voce *Giudizio (teoria generale)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XV, Roma, 1989, p. 1.

¹⁸⁶ Così operando, in funzione della natura del procedimento, si possono quindi distinguere il giudizio civile, il giudizio penale, il giudizio amministrativo, il giudizio sommario, il giudizio a cognizione piena, ecc.

particolare della prima accezione del termine¹⁸⁷, ove le particolarità discendono dal fatto che la decisione è la soluzione di una controversia e quindi presuppone una scelta tra più ipotesi diverse o contrastanti intorno ad una situazione giuridica; la stessa inoltre è il risultato di un processo in senso tecnico-giuridico, ed infine essa è normalmente opera di un giudice, ossia di un organo cui l'ordinamento conferisce istituzionalmente la funzione di giudicare risolvendo controversie secondo la metodologia legale costituita dal processo¹⁸⁸.

Procedendo oltre è necessario considerare un'ulteriore distinzione, atteso che della decisione si può parlare sia come attività che come risultato. La decisione-attività è infatti il procedimento logico, psicologico, conoscitivo e valutativo mediante il quale il giudice sceglie e determina la decisione-risultato; quest'ultima rappresenta l'enunciazione finale della scelta del giudice intorno alla questione controversa.

Il campo delle teorie generali del giudizio è molto ampio ed è dominato dalla tendenza a derivare la concezione del giudizio da concezioni generali della conoscenza, della logica o del diritto, ovvero da teorie generali del ragionamento giuridico, con adattamenti più o meno congrui alle peculiarità del giudizio inteso come decisione di una controversia specifica¹⁸⁹. Da ciò consegue che le variazioni nell'ambito delle teorie generali del giudizio tendono generalmente a riflettere le diverse opzioni filosofiche e metodologiche sottostanti.

¹⁸⁷ Così sempre Taruffo, voce *Giudizio*, cit., p. 1.

¹⁸⁸ Ed invero, il significato giuridico proprio di giudizio è “decisione resa da un giudice a seguito di un processo”. Si veda ancora Taruffo, voce *Giudizio*, cit., p. 1.

¹⁸⁹ Così ancora Taruffo, *op. cit.*, p. 1.

Non sono invece numerosi i tentativi di elaborare teorie generali del giudizio non deducendole da teorie generali della conoscenza o del diritto, ma muovendo dall'interno della peculiare problematica del giudizio come decisione di una controversia.

Un importante esempio di tendenza a derivare la teoria del giudizio da una teoria generale della conoscenza è la teoria del "sillogismo giudiziale"¹⁹⁰. Essa si richiama ad una versione ridotta e semplificata della dottrina aristotelica del sillogismo come forma logica ideale del giudizio in generale, per derivarne una rappresentazione sillogistica del procedimento decisorio. In questa rappresentazione, la norma giuridica e i fatti accertati vengono posti rispettivamente come la premessa maggiore e la premessa minore di un sillogismo, nel quale la decisione rappresenta una conclusione deduttivamente valida e logicamente necessaria. Anche le premesse maggiore e minore a loro volta si configurano come conclusioni di ulteriori sillogismi, sicché lo schema generale del giudizio viene ad essere una concatenazione complessa di operazioni deduttive in forma sillogistica.

Questa operazione concettuale muoveva fondamentalmente dall'esigenza di razionalizzare l'attività decisoria secondo schemi logici che apparissero idonei a garantire l'oggettiva validità della decisione. Tuttavia essa finì col tradursi in una cristallizzazione di un modello formale quasi completamente privo di efficacia descrittiva

¹⁹⁰ Calogero, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, cit.; Calamandrei, *La genesi logica della sentenza civile*, cit., p. 11 ss.; Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, p. 149 ss.

della realtà del giudizio, e quindi inattendibile come “teoria del giudizio”¹⁹¹.

La teoria sillogistica venne criticata in particolare nell'ambito della *Methodenstreit*¹⁹² che ha coinvolto la cultura giuridica dei primi decenni del '900, nella quale si vede l'emersione di dottrine del giudizio radicalmente antiformalistiche come la *Interessenjurisprudenz*, la scuola “del diritto libero” e la c.d. *Wertungsjurisprudenz*, oltre a diverse versioni di una concezione irrazionalistica della conoscenza e del giudizio¹⁹³.

Pertanto, nel periodo che giunge fino alla seconda guerra mondiale, è possibile riscontrare una rottura definitiva del generale accordo che si era consolidato intorno alla teoria sillogistica nelle sue varie versioni. Si assistette invero da un lato all'evoluzione della logica e delle metodologie scientifiche, che fecero apparire come completamente inadeguato il vecchio modello del sillogismo, e, dall'altro, al diffondersi di teorie irrazionali, intuizionistiche e psicologiche della conoscenza che misero in crisi la “logica del giudizio” come possibilità di costruire teorie razionali della decisione.

Fu così che al vecchio “sofisma logistico”, che riduceva il giudizio a sillogismi, venne a contrapporsi un “sofisma antilogistico” in base al quale l'unico modo di teorizzare il giudizio avrebbe dovuto consistere nell'affermarne la natura intuitiva, soggettiva e irrazionale.

Al riguardo si consideri peraltro che anche tali teorie vennero considerate inattendibili poiché affermare che il

¹⁹¹ Cfr. Taruffo, voce *Giudizio*, cit., p. 2.

¹⁹² Sul punto si veda Taruffo, voce *Giudizio*, cit., p. 2.

¹⁹³ Per un esame del panorama storico delle teorie del giudizio nella dottrina europea si vedano Larenz K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3 Aufl., Berlino-Heidelberg-New York, 1975, p. 11 ss.

giudizio è un atto di intuizione, una mera reazione psicologica, un atto di fantasia creativa o una valutazione libera individuale, significa fare del giudizio un *quid* ineffabile destinato a sfuggire ad ogni tentativo di analisi razionale¹⁹⁴.

In questo contesto caratterizzato da tali due estremi nel secondo dopoguerra vennero a collocarsi nuove teorie del giudizio che mentre non pretendevano di avere la valenza onnicomprensiva delle dottrine globalmente logicistiche o antilogicistiche, tenevano conto dei problemi che lo scontro tra queste dottrine aveva posto in evidenza. In particolare, per tali nuove teorie il punto di riferimento è rappresentato dall'analisi del ragionamento giuridico, ossia del ragionamento su norme, come campo di applicazione e verifica della metodologia giuridica. Su questo piano si vengono a collocare diversi filoni teorici: l'analisi logica e semantica del linguaggio normativo e giuridico; l'analisi dei giudizi di valore nell'interpretazione di norme; l'analisi delle argomentazioni topiche e retoriche¹⁹⁵.

A questo punto, prima di procedere oltre, diviene necessario esaminare l'importante distinzione, all'interno dell'attività decisoria, fra “giudizio di diritto” e “giudizio di fatto”, anche perché il prosieguo della trattazione avrà

¹⁹⁴ Cfr. Taruffo, *ult. op. cit.*, p. 2.

¹⁹⁵ Taruffo, voce *Giudizio*, cit., p. 2. Sul tema della teoria generale del ragionamento giuridico si vedano per tutti Kalinowski, *Introduzione alla logica giuridica*, trad. it., Milano, 1971; Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, 1974; Perelman, *La logica giuridica. Nuova retorica*, trad. it., Milano, 1979; Toulmin, *The Uses of Argument*, Cambridge, 1958; Stone, *Legal System and Lawyers' Reasoning*, Stanford, 1964; Jensen O.C., *The Nature of Legal Argument*, Oxford, 1957.

come tema di indagine solo il secondo di questi due tipi di giudizio¹⁹⁶.

Al riguardo si può rilevare che il giudizio di fatto presuppone un'attività di carattere conoscitivo, fondata su prove o elementi di prova, volto ad accertare la verità o falsità dei fatti della causa, dando così luogo a enunciati descrittivi dotati di un valore di verità intorno all'esistenza o inesistenza di tali fatti. Il giudizio di diritto, invece, presuppone un'attività ermeneutica, fondata su criteri interpretativi, mirante ad individuare il significato proprio di una norma e le conseguenze giuridiche che ne discendono nel caso concreto, che dà luogo a enunciati prescrittivi dotati di validità intorno alla qualificazione giuridica della fattispecie controversa e agli effetti giuridici della decisione.

Appare quindi evidente come questi due tipi di giudizio implicino l'utilizzo di metodologie diverse volte a garantire la razionalità e si fondino su dati e criteri diversi e sono quindi in grado di produrre enunciati distinti.

Dare atto dell'esistenza di tale distinzione non significa tuttavia affermare che essa sia sempre facilmente individuabile in quanto tali due tipi di giudizio sono in grado di connettersi e intersecarsi in vari modi, soprattutto nella decisione finale, sicché non è sempre agevole e intuitiva la distinzione tra l'uno e l'altro¹⁹⁷.

¹⁹⁶ Sulla distinzione fra giudizio di fatto e giudizio di diritto si veda Nasi, *Fatto: giudizio di fatto (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 967 ss.; Taruffo, *Note in tema di giudizio di fatto*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, p. 33; AA.VV., *Le fait et le droit. Etudes de logique juridique*, Bruxelles, 1961.

¹⁹⁷ Con riferimento a questo tema si veda Ubertis, *La ricostruzione giudiziale del fatto tra diritto e storia*, cit., p. 1211 ss. Secondo l'autore, infatti, "la distinzione tra fatto e diritto, *quaestio facti* e *quaestio iuris*, giudizio di fatto e giudizio di diritto va dunque

Come detto in precedenza, il giudizio di fatto è quell'aspetto dell'attività decisoria che mira a stabilire la verità o falsità dei fatti controversi. La natura del risultato cui mette capo, ossia la formulazione di enunciati descrittivi sull'esistenza o inesistenza di tali fatti, determina quindi il metodo razionale che il giudice deve seguire in tale attività.

Così ragionando, si tratta di stabilire innanzitutto quale, fra due o più versioni possibili della stessa fattispecie concreta, debba essere considerata “vera” ai fini della decisione ovvero stabilire quale descrizione dei fatti controversi risulti dimostrata sulla base delle prove acquisite in giudizio. Generalmente le alternative di scelta non sono semplici, ossia le versioni dei fatti ipoteticamente possibili possono essere più di due, e comunque assai raramente la scelta è tra una versione provata con assoluta certezza e un'altra completamente priva di supporto probatorio. E' noto infatti come il giudice normalmente si trovi a dover stabilire quale ipotesi sui fatti è più attendibile di un'altra, attraverso una valutazione discrezionale sull'efficacia conoscitiva di prove il cui valore non è rigorosamente predeterminato.

Ma non solo. Tale scelta spesso si fonda su elementi di convincimento indiretti, quali indizi, presunzioni (semplici o parziali) o argomenti di prova, dai quali solo un'operazione inferenziale a volte logicamente assai

ritenuta come avente carattere metodologico e inerente alle componenti di una coppia inscindibile, costituita da due costruzioni intellettuali in cui pensiero e azione sono intimamente fusi e che «progressivamente e reciprocamente determinatisi», vengono disgiuntamente considerate solo per rispondere alle diverse esigenze che, in differenti momenti, possono emergere in campo processuale”.

complessa consente di trarre conclusioni intorno alla verità o falsità del *factum probandum*.

Non senza omettere di considerare infine che anche la valutazione della prova è di regola un'attività articolata in cui operano inferenze, valutazioni, massime d'esperienza, ecc., che la rendono difficilmente riconducibile ad uno schema logico semplice e cogente.

Tutto ciò esclude, come già sottolineato in precedenza¹⁹⁸, che il giudizio di fatto possa ridursi ad una sorta di intuizione di una pretesa verità assoluta dei fatti, trattandosi, al contrario, della scelta dell'ipotesi più probabile¹⁹⁹. In altri termini, così ragionando, il giudizio di fatto può essere ricondotto allo schema dell'inferenza probabile. Ne discende che la razionalità del giudizio di fatto consiste da un lato nell'esatta percezione della natura e dei limiti della verità giudiziale, che è sempre "relativa" alle prove su cui si fonda e alle inferenze da cui deriva, e dall'altro lato nell'impiego logicamente valido che il giudice deve fare di tali inferenze, onde costruire una base oggettiva per la scelta finale che compie intorno alla verità o falsità del fatto controverso.

Con il termine giudizio di diritto si indicano invece le attività diverse e complesse che, finalizzate all'applicazione della norma al caso concreto in sede di decisione, si distinguono per il tipo di valutazione e di operazioni che il giudice compie in vista di tale fine. In realtà, è giudizio di diritto qualunque applicazione di

¹⁹⁸ Vedi *supra* paragrafo 3.1.

¹⁹⁹ Sul tema si vedano Taruffo, *Studi sulla rilevanza della prova*, cit.; Id., *Certezza e probabilità nelle presunzioni*, in *Foro it.*, 1974, V, c. 83 ss.; Patti, *Liberio convincimento e valutazione delle prove*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, p. 481 ss.

norme il giudice faccia nel corso del processo o in sede di decisione finale.

L'analisi dei profili generali del giudizio di diritto può essere distinta in due aspetti: il primo riguarda la scelta e l'interpretazione della norma destinata ad essere applicata al caso concreto²⁰⁰; il secondo riguarda invece l'applicazione della norma e la determinazione delle conseguenze giuridiche che essa produce sulla fattispecie²⁰¹. Al riguardo è bene sottolineare che è noto come problema fondamentale dell'interpretazione quello dei criteri secondo i quali viene compiuta la scelta entro il ventaglio di significati che ogni enunciato può avere (criteri logici e linguistici, criteri sistematici, criteri esterni, ecc.). Come del pari è assai problematico il procedimento di categorizzazione dei fatti in vista della loro sussunzione nella fattispecie astratta²⁰².

Pertanto di fronte all'estrema complessità e varietà delle operazioni logiche, conoscitive e valutative che compongono l'attività del giudizio, appaiono inattendibili tutte le teorie che mirano a descrivere tale attività in modo semplicistico.

Da quanto esaminato emerge allora come il problema fondamentale sia sostanzialmente rappresentato dalla

²⁰⁰ Per tutti si vedano Paresce, *Intepretazione, I, Filosofia del diritto e teoria generale*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 152 ss.; Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, p. 39 ss.

²⁰¹ Per tutti si vedano Tarello, *Il realismo giuridico americano*, Milano, 1962, p. 389 ss.; Lazzaro, *Storia e teoria della costruzione giuridica*, Torino, 1965; Id., voce *Sussunzione*, in *Noviss. Dit. It.*, XVIII, Torino, 1971, p. 975 ss.; Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*, cit., p. 224 ss.

²⁰² Per una compiuta analisi del tema vedi Taruffo, voce *Giudizio – teoria generale*, cit., p. 5 ss.

discrezionalità del giudice nelle scelte che rientrano nel giudizio e nella determinazione dei criteri secondo i quali esse vengono compiute, sicché il giudizio dipende da come il giudice decide di giudicare, e dal modo in cui attua le scelte di metodo che fissano le linee e i criteri di tale attività.

3.4 Libero convincimento e metodi di decisione sul fatto. Arrivati a questo punto diviene allora fondamentale analizzare il procedimento seguito dal giudice per la valutazione dei risultati probatori e per la formazione del suo convincimento. Prima di procedere in questo senso è bene peraltro sottolineare la difficoltà di definire con precisione passaggi ed esiti di tale procedimento e ciò in quanto il sistema probatorio si presenta come “il precipitato di secolari esperienze ed il prodotto di fattori non tutti decifrabili”²⁰³ e “il ragionamento del giudice in grandissima parte non è regolato da norme e non è determinato da criteri o da fattori di carattere giuridico”²⁰⁴.

Come abbiamo già più volte avuto occasione di rilevare, nell'ambito della valutazione delle prove il tema centrale è

²⁰³ In questo senso Verde, *La prova nel processo civile. Profili di teoria generale*, in *Quaderni del C.S.M.*, n. 108, Roma, 1999, (anche in *Riv. dir. proc.*, 1998, p. 14 ss.). Analoghe considerazioni si trovano anche in Andrioli, voce *Prova in Genere (diritto civile)*, in *Nuovo Dig. it.*, X, Torino 1940, p. 813 ss.; Id., voce *Prova (diritto processuale civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIV, Torino, 1967, p. 260 ss.; Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., p. 102 ss. e 465 ss.; Lombardo, *La prova giudiziale. Contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*, cit.

²⁰⁴ Così Taruffo, *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2001, p. 665 ss.; Id., voce *Libero convincimento del giudice: I) Diritto processuale civile*, cit., p. 1 ss.

costituito dal principio del libero convincimento del giudice, che abbiamo visto essere dotato di un significato negativo ben preciso in connessione con il sistema delle prove legali e al contempo non esattamente definito nel suo significato in positivo. Evidenti tracce delle difficoltà che il problema solleva emergono del resto anche nel linguaggio dei legislatori, che hanno affermato il principio in esame, e della dottrina che se ne occupa. E così la *intime conviction* francese, la *freie Beweiswürdigung* tedesca, la *sana critica* spagnola, la *free evaluation* angloamericana, sono, al pari del “libero convincimento” o del “prudente apprezzamento”, espressioni che hanno in comune una fondamentale indeterminatezza di significato. Le stesse infatti riconoscono che nel determinare il valore e l'efficacia delle prove il giudice è “libero” da norme di legge che predeterminano il valore e l'efficacia delle prove stesse, senza tuttavia indicare le modalità attraverso le quali ciò debba avvenire nonché i criteri sui quali debba fondarsi tale valutazione.

Per tali ragioni non deve costituire fonte di sorpresa quanto si legge in alcuni commenti al codice di rito che *sub* art. 116, base del suddetto principio, affermano: “...riconosciuto che la libera valutazione non significa arbitrio soggettivo del giudice, quando si tratta di definire in che cosa essa consista vengono usate formule genericamente allusive alla logica, al buon senso o all'esperienza, che nulla aggiungono in realtà alla formula legislativa del prudente apprezzamento”²⁰⁵; “per quanto non sia stato determinato con precisione il significato di prudente apprezzamento, è certo che non si identifica con l'arbitrio del giudice, che è tenuto a valutare l'attendibilità

²⁰⁵ Silvestri, *Commentario breve al codice di procedura civile*, a cura di Carpi-Colesanti-Taruffo, Padova, 1984, p. 183.

di ogni circostanza posta alla sua attenzione, ma non necessariamente ad utilizzarla e che può poi anche considerare tutti gli elementi con efficacia probatoria emersi nel corso del giudizio”²⁰⁶.

Alla dottrina più recente²⁰⁷ deve invece riconoscersi il merito di avere criticato la giurisprudenza²⁰⁸ che spesso

²⁰⁶ Del Giudice F., *Codice di procedura civile spiegato articolo per articolo*, Napoli, 2004. Significativa è anche l’interpretazione giurisprudenziale. Per tutte si veda Cass., 10 novembre 2003, n. 16831 secondo la quale “l’articolo 116, comma 1, del c.p.c. consacra il principio generale del libero convincimento del giudice, per cui lo stesso deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento salvo che la legge disponga altrimenti. Tale disposizione sancisce la fine del sistema fondato sulla predeterminazione legale della efficacia della prova, conservando solo specifiche ipotesi di fattispecie di prova legale e la formula del prudente apprezzamento, allude alla ragionevole discrezionalità del giudice nella valutazione della prova, che va compiuta tramite l’impiego di massime di esperienza”.

²⁰⁷ In questo senso si veda Cavallone, *Critica della teoria delle prove atipiche*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, p. 725 ss.; Taruffo, *Problemi e linee evolutive nel sistema delle prove civili in Italia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1977, p. 1558 ss.

²⁰⁸ Sul punto si veda, ad esempio, Cass., 18 aprile 2007, n. 9245 ove si legge che “in tema di valutazione delle prove, nel nostro ordinamento, fondato sul principio del libero convincimento del giudice, non esiste una gerarchia di efficacia delle prove, per cui i risultati di talune di esse debbano necessariamente prevalere nei confronti di altri dati probatori, essendo rimessa la valutazione delle prove al prudente apprezzamento del giudice. Da ciò consegue che il convincimento del giudice sulla verità di un fatto può basarsi anche su una presunzione, eventualmente in contrasto con altre prove acquisite, se da lui ritenuta di tale precisione e gravità da rendere inattendibili gli altri elementi di giudizio ad esso contrari, alla sola condizione che fornisca del convincimento così attinto una giustificazione adeguata e logicamente non contraddittoria”.

trascura di riflettere sul fondamento e la funzione del principio in questione rischiando di trasformare lo stesso in arbitrio, o almeno di eludere l'obbligo della motivazione in fatto, sottraendo la valutazione delle prove a ogni forma di razionalizzazione e di controllo.

Il primo problema che si pone a proposito del libero convincimento è quello relativo alle garanzie contro l'arbitrio soggettivo del giudice, in linea con l'esigenza che la decisione si fondi, sia pure nei limiti inevitabili del processo, su un accertamento veritiero dei fatti controversi. Il pericolo dell'arbitrio è presente infatti tutte le volte in cui non si dà del libero convincimento una definizione positiva, fondata su canoni di correttezza razionale nella valutazione delle prove. Quindi il giudice deve essere libero di valutare discrezionalmente le prove, ma non può essere libero di non osservare le regole di una metodologia razionale nell'accertamento dei fatti controversi. Diviene allora fondamentale individuare queste regole, al di fuori e al di là della disciplina delle prove civili. Si tratta di un'operazione di eterointegrazione, in quanto volta a impiegare come metodologie utili ai fini della decisione regole logiche ed epistemologiche e non strettamente giuridiche. L'eterointegrazione deve quindi avvenire attraverso il ricorso ai principi della teoria generale della conoscenza elaborati sul piano filosofico. Tuttavia, come già visto in precedenza²⁰⁹, ciò genera diverse soluzioni nelle quali si riflettono le variazioni storiche e la pluralità di approcci culturali che caratterizzano per l'appunto il problema generale della conoscenza. Così, ad esempio, l'epoca del razionalismo illuministico produsse la teoria

Sul punto si veda inoltre Ramponi, *La teoria generale delle presunzioni nel diritto civile italiano*, Torino, 1890, p. 309 ss.

²⁰⁹ Vedi *supra* paragrafo 3.3.

sillogistica del giudizio di fatto, mentre le versioni spiritualistiche, irrazionalistiche ed intuizionistiche del problema della conoscenza producono versioni appunto irrazionalistiche del libero convincimento.

Al di là di queste soluzioni, si può tuttavia ad oggi individuare una tendenza prevalente caratterizzata dal netto rifiuto di ogni versione irrazionalistica del problema del convincimento del giudice in base alla diffusa percezione del fatto che solo la razionalità del metodo con cui tale convincimento si forma può evitare i rischi di arbitrio. Questa tendenza prevalente è caratterizzata altresì dal voler derivare le regole del metodo di valutazione della prova non da teorie filosofiche generali sul tema della conoscenza, ma dai modelli delle scienze empiriche e dai canoni della logica e delle scienze.

Pertanto, lo schema fondamentale cui può essere ricondotta la valutazione del giudice sulla prova è quello di un sistema di inferenze probabilistiche, che collegano proposizioni relative a fatti “noti” a proposizioni relative a fatti “ignoti” da provare, tramite il riferimento a criteri o regole che attribuiscono un certo valore di probabilità all'inferenza, e quindi alla sua conclusione relativa alla verità o falsità del *factum probandum*.

Ad esempio, di fronte al problema se ritenere vera o falsa la dichiarazione di un teste intorno ad un determinato fatto posto ad oggetto della prova, il giudice può e deve fare capo ad una serie di fattori che consentono di inferire conclusioni intorno all'attendibilità del teste, e quindi alla probabilità che le sue dichiarazioni siano veritiere. Ognuno di questi elementi può incidere sulla valutazione della prova, in quanto può costituire la base di un'inferenza più o meno complessa intorno all'attendibilità di ciò che il teste ha dichiarato.

Valutazione discrezionale ma razionale della prova significa allora che il giudice può tener conto caso per caso dei fattori che incidono sull'attendibilità delle dichiarazioni rese dal teste, ma deve valutare questi fattori in modo razionale, ossia traendone inferenze logicamente controllate, che da essi derivino valori di probabilità intorno alla proposizione finale che enuncia come vero o falso il *factum probandum*²¹⁰.

In questo modo si intende la razionalità facendo riferimento alla sua struttura logica. Sotto questo profilo si può definire razionale una decisione che abbia una struttura logica riconoscibile, la cui validità sia controllabile, dai destinatari della decisione, dal giudice dell'impugnazione e in generale da tutti i consociati, secondo criteri logici di riferimento.

Quindi a fondamento di questa ricostruzione vi è la convinzione che all'interno del processo si possano logicamente distinguere gli aspetti che attengono al giudizio sui fatti da quelli che interessano, invece, il giudizio di diritto; che, con riguardo agli aspetti che attengono al giudizio sui fatti, sia necessario organizzare il procedimento probatorio del giudice secondo un'impostazione di tipo razionale, e che solo in questo modo sia possibile ottenere il controllo delle scelte operate dallo stesso giudice nella formazione del suo convincimento sulla veridicità o meno degli enunciati fattuali della causa.

E' stato infatti rilevato che soltanto il riferimento ad un modello probatorio di tipo razionale consente di raggiungere la c.d. "congruenza narrativa", ossia una sorta di "test di verità o probabilità in questioni di fatto e di

²¹⁰ Cfr Taruffo, voce *Liberò convincimento del giudice*, cit., p. 3 ss.

prova nelle quali non sia disponibile una prova diretta mediante osservazione immediata”²¹¹.

Fra coloro che aderiscono alla concezione per cui il giudice nella valutazione della prova deve seguire un *iter* logico ben preciso vi sono alcuni che sostengono, sulla scia della teoria quantitativa della probabilità, che anche alla prova giudiziaria siano applicabili i meccanismi propri del calcolo delle probabilità, rilevando come in questo modo sia possibile dimostrare deduttivamente quale sia il grado di probabilità che consenta di ritenere veritiere determinate proposizioni. Tale teoria è propria dei c.d. bayesiani, con riferimento al famoso teorema di Bayes che rappresenta la più importante regola di probabilità di verifica delle ipotesi sulla base di prove²¹².

Peraltro, questa teoria si espone al rilievo che, di fronte ad una prova o ad un *factum probans*, non esistono nella realtà (e tanto meno in quella processuale) dati che consentano di calcolare oggettivamente quale sia il rapporto fra detto fatto ed il *factum probandum*²¹³. Quindi, ad esempio, sapere che il 60% o il 90% delle testimonianze rese in giudizi aventi ad oggetto incidenti

²¹¹ Cfr. MacCormick, *La congruenza nella giustificazione giuridica*, in *Il diritto come istituzione*, a cura di La Torre, Milano, 1990, p. 355 ss. e in *L'analisi del ragionamento giuridico*, a cura di Comanducci e Guastini, I, Torino, 1987, p. 243 ss.

²¹² E quindi, ad esempio, in tanto si può credere a quanto riferito dal testimone Tizio dell'incidente tra Caio e Sempronio in quanto è altamente probabile, sulla base degli accertamenti effettuati, che egli fosse sul luogo dell'incidente nel momento in cui si è verificato. Per un'analisi del tema si veda Tillers-Green, *L'inferenza probabilistica nel diritto delle prove – Usi e limiti del bayanesimo*, Milano, 2003.

²¹³ Cfr. Carratta, *Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto nel processo e sistema probatorio)*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 92 ss.

stradali sono false (ammesso che questo si possa sapere), non offre alcun elemento per valutare, sulla base dei dati oggettivi, se la testimonianza resa da Tizio in un determinato processo per incidente stradale sia vera o falsa. Né si può pensare, come pure è stato avanzato da alcuni sostenitori di questa teoria, di quantificare i diversi gradi di probabilità che sono alla base della relazione probatoria fra *factum probandum* e *factum probans* e così stabilire che si possa parlare di “probabilità scarsa” quando sia superiore al 25%, di “probabilità rilevante” se superiore al 50%, di “probabilità alta” se superiore al 75% e infine di “quasi certezza” se superiore al 99,8%. Ed infatti, anche volendo trascurare la difficoltà di riuscire a quantificare in termini puntuali il grado di probabilità che in concreto esiste fra un determinato *factum probandum* e un determinato *factum probans*, non si riesce comunque a comprendere su quali basi si fondi la convinzione che un grado di probabilità superiore al 25%, ma inferiore al 50% porti a ritenere scarsa la probabilità²¹⁴.

Alla luce delle critiche a cui si presta la suindicata teoria, altra parte della dottrina prospetta invece un fondamento razionale per la valutazione delle prove ove i tratti caratteristici sono innanzitutto la circostanza che il giudice nel compiere la sua scelta se ritenere attendibile e veritiero un enunciato sul fatto o su un complesso di fatti si fondi su criteri squisitamente razionali²¹⁵. Ma non solo. Lo stesso giudice deve utilizzare questi criteri nella formulazione del suo giudizio di fatto; ed infine questi criteri utilizzati dal giudice si devono ritrovare nella motivazione della decisione presa.

²¹⁴ Cfr. Carratta, *ult. op. cit.*, p. 93.

²¹⁵ Al riguardo si veda per tutti Taruffo, *Funzione della prova: la funzione dimostrativa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1997, p. 573 ss.

Pertanto ritornando all'esempio fatto in precedenza, la testimonianza resa in un processo avente ad oggetto un incidente stradale, nella quale il teste riferisce di essere stato presente sul luogo dell'incidente e di avere assistito all'accaduto, la stessa potrà dirsi rispondente alla funzione dimostrativa della prova soltanto se il giudice ritenga attendibile o meno quella testimonianza argomentando la sua opzione in un senso o nell'altro sulla base di criteri razionali. Questi criteri razionali potranno essere ad esempio il fatto che il teste abbia o meno rapporti di parentela o di altra natura con i protagonisti dell'incidente, oppure la vicinanza del teste al luogo dell'incidente, piuttosto che le capacità visive del teste, ecc.

Pertanto, per dare fondamento razionale al ragionamento probatorio del giudice senza ricorrere ai criteri della probabilità quantitativa ovviamente non si può fare a meno di ricorrere alle massime d'esperienza o "nozioni di comune esperienza", ovvero a quell'insieme di nozioni, informazioni, regole, massime, valutazioni, che rappresentano il patrimonio di cultura media che di solito si designa come "senso comune"²¹⁶.

Volendo semplificare in minimi termini il discorso, il ragionamento probatorio del giudice può dirsi razionalmente fondato se la relazione fra *factum probandum* e *factum probans* viene ricostruita secondo nozioni di comune esperienza, che, in quanto tali, sono comprensibili dall'esterno e rendono possibile un controllo sulla decisione del giudicante.

È opportuno, peraltro, sottolineare come anche questa impostazione non vada esente da rischi poiché anche così

²¹⁶ Così Taruffo, *Funzione della prova: la funzione dimostrativa*, cit., p. 558. Si veda inoltre Carratta, *Funzione dimostrativa della prova*, cit., p. 94 ss.

ragionando sussiste sempre la possibilità che il giudice selezioni le massime d'esperienza non attraverso criteri razionali ma basandosi o su personali giudizi di valore o su valutazioni errate (comunque trovate fra le nozioni di senso comune) o scelte meramente arbitrarie, in quanto tali non controllabili dall'esterno. Per tali ragioni è necessario individuare delle condizioni minime perché la scelta fatta dal giudice anche con riferimento alle massime d'esperienza risulti attendibile, non arbitraria e razionalmente controllabile²¹⁷.

Allo stato, considerando quanto detto sopra, e in particolar modo prendendo atto delle molteplici teorie prospettate, si può rilevare come la libertà del convincimento riguarda soltanto la sussistenza del convincimento stesso. In altri termini, qualunque sia il grado di verosimiglianza o di probabilità raggiunto, si considera il giudice libero di ritenersi “convinto” della verità dei fatti o meno. Resta inteso che per non incorrere nel sindacato di cassazione *ex art. 360 c.p.c.* il giudice dovrà motivare la decisione di considerare il fatto non provato nonostante l'allegazione di determinate prove ma, proprio perché nessuna prova è in grado di garantire la certezza del *factum probandum* sarà agevole fare riferimento alla persistenza del dubbio rendendo così insindacabile il giudizio.

Quanto detto fin ora permette quindi di rilevare come nel nostro ordinamento convivano due situazioni opposte. La prima di queste rappresentata dal sistema delle prove legali, ove tendenzialmente si esclude la rilevanza di una valutazione del giudice e quindi del suo convincimento sulla verità dei fatti; la seconda, invece, che coincide con

²¹⁷ Vedi *infra* paragrafo 3.6.

le prove c.d. libere, ove trova operatività il principio del libero convincimento del giudice.

Con riferimento a quest'ultimo sistema sono quindi evidenti i numerosi inconvenienti che esso può generare; si pensi ai casi in cui il giudice, con una certa "generosità", ritiene provato un fatto nonostante la sussistenza di dubbi, anche se meritano sicuramente importanza i rilievi di coloro²¹⁸ che ritengono ancor più grave il caso opposto, ossia l'ipotesi in cui il giudice, sia pure in perfetta buona fede, sussistendo il dubbio non si senta di proclamarsi convinto. In questo caso il giudice evita di commettere un "errore", visto che non è obbligato a compiere il salto logico che consente di superare il dubbio. E se ciò certamente ha costituito un importante traguardo in antitesi alla finzione delle prove legali, è vero peraltro che tutto ciò non è privo di inconvenienti in quanto nel nostro ordinamento qualora il giudice riconosce la veridicità e la rilevanza di alcuni mezzi di prova ma tuttavia non si ritiene "convinto" applicherà la regola sull'onere della prova. In questo modo però il giudice distrugge il processo di avvicinamento alla verità che in qualche modo era stato compiuto ed applica una regola che, del pari del sistema delle prove legali, "rappresenta il limite più sicuro contro l'arbitrio del giudice e nello stesso tempo un freno contro lo spirito di litigiosità delle parti"²¹⁹.

3.5 I metodi decisori nell'esperienza svedese e tedesca.
I rilievi sinora compiuti sono utili al fine di comprendere

²¹⁸ Vedi ad esempio Patti, *Libero convincimento e valutazione delle prove*, cit., p. 494 ss.

²¹⁹ Cfr. Giuliani, *Il concetto di prova – Contributo alla logica giuridica*, Milano, 1971, p. 107; Id., *Il concetto classico di prova: la prova come argumentum*, in *Jus*, 1960, p. 425 ss.

perché in altre esperienze giuridiche, soprattutto negli ordinamenti scandinavi, la portata della regola sull'onere della prova venga molto limitata e soprattutto perché si tenda a limitare la dimensione soggettiva del giudizio del giudice. Ed invero, in tali ordinamenti, si richiede alla parte di dimostrare unicamente un certo “grado” di verosimiglianza o di probabilità, e si stabilisce altresì che il giudice lo debba considerare sufficiente per ritenere il fatto provato²²⁰. Il giudice quindi deve solo accertare, sulla base delle prove fornite dalle parti, se la fattispecie presenta un idoneo grado di verosimiglianza, senza dover sforzarsi di compiere il salto logico che lo dovrebbe condurre ad una assoluta “certezza interiore”.

È bene, peraltro, sottolineare che il valore delle singole prove non è predeterminato; quindi al giudice, pur dovendo considerare le massime d'esperienza e soprattutto il parere dei periti, spetta comunque di determinare in ultima analisi il valore probante dei fatti e stabilire se si è già raggiunto il “grado” di prova richiesto dalla legge. A questo proposito dottrina e giurisprudenza fanno anche ricorso alla statistica e alla matematica che possono appunto essere d'aiuto per stabilire il grado di probabilità.

La recente dottrina svedese vede la decisione del giudice circa la verità di un fatto come un puro giudizio di verosimiglianza e rifiuta, pertanto, di intendere il convincimento del giudice come una “certezza personale”. Il giudice, quindi, dovrà verificare se il grado di verosimiglianza previsto dalla legge sia stato raggiunto a seguito dell'esperimento dell'attività probatoria, e qualora

²²⁰ Cfr. Ekelöf, *Beweiswürdigung, Beweislast und Beweis des ersten Anscheins*, in *ZZP*, 75, 1962, p. 289 ss.; Id., *Free Evaluation of Evidence*, in *8 Scandinavian Studies in Law*, 1964, p. 47 ss.; Id., *Beweiswert*, in *Festschrift für F. Baur*, Tübingen, 1981, p. 343 ss.

la legge non offra la predeterminazione del grado di verosimiglianza da raggiungere sarà lo stesso giudice a doverlo determinare.

Possono quindi delinearsi due fasi dell'attività del giudice: la prima di esse consiste nello stabilire quale sia il grado di prova sufficiente per decidere (c.d. profilo dell'onere della prova) e qualora la stessa non venga raggiunta si applicherà la regola sull'onere della prova; la seconda fase, invece, consiste nell'attribuire un determinato grado alle prove fornite dalle parti.

In questo modo viene meno l'aspetto soggettivo del convincimento, anche se un certo margine di soggettività rimane, per alcuni tipi di prova, per ciò che concerne l'accertamento del grado di probabilità raggiunto. Tuttavia, ad oggi la scienza aiuta a stabilire i gradi di probabilità e quindi il margine di soggettività scompare quasi completamente.

Infine, bisogna considerare che la dottrina svedese è consapevole della difficoltà di tradurre in quote percentuali il grado di verosimiglianza. E il discorso non cambia se si usano parametri come “quasi certo, verosimile, probabile, ecc.” che a noi sembrano più congeniali. Comunque quella che si determina è una questione di diritto, poiché accertare il grado di verosimiglianza richiesto dalla legge pone una questione di diritto. Le norme svedesi nella maggior parte dei casi sono formulate in modo che prevedono non solo su chi grava l'onere della prova ma anche il grado di essa, e nello stabilire i vari gradi ovviamente il legislatore tiene in considerazione le difficoltà che si possono incontrare.

Le dottrine svedesi²²¹ sono giunte ad un punto estremo, ossia affermano che nei casi in cui la legge non prevede espressamente il grado di verosimiglianza da raggiungere e non ci siano ragioni specifiche perché il giudice lo ricostruisca, sarebbe comunque opportuno evitare l'utilizzo della regola sull'onere della prova; il giudice, quindi dovrebbe limitarsi ad accertare una anche leggera prevalenza di verosimiglianza delle prove, di modo che anche un solo grado di verosimiglianza in più del 50% renderebbe più vicino alla verità il *factum probandum*.

Al riguardo si può rilevare come questo principio (denominato *Överviktsprincip* o principio della prevalenza) possa essere configurato, al pari della regola sull'onere della prova, una norma di chiusura del sistema. Tuttavia, volendo compiere un paragone tra la regola sull'onere della prova e l'*Överviktsprincip* è possibile far convergere la preferenza verso la prima atteso che la stessa tiene comunque in considerazione il fatto che generalmente chi instaura un giudizio ha maggiori possibilità di predisporre il materiale probatorio, soprattutto con anticipo rispetto alla controparte.

Infine, merita di essere considerata la notevole influenza che la citata teoria ha esplicitato presso la dottrina tedesca²²². Una parte di quest'ultima, infatti, ritiene che il principio del convincimento motivato possa convivere con parametri diversi da quelli tradizionali, con "ragionevoli" richieste di certezza²²³. In altri termini, secondo questa

²²¹ Bolding, *Aspects of the Burden of Proof*, in *4 Scandinavian Studies in Law*, 1960, p. 17 ss.

²²² Per tutti si veda Esser, *Vorwort*, in *Freiheit und Bindung des Zivilrichters in der Sachaufklärung*, Francoforte-Berlino, 1965, p. 13 ss.

²²³ Cfr Patti, *Libero convincimento e valutazione delle prove*, cit., p. 507.

dottrina è opportuno distinguere il convincimento “pieno”, che tuttavia contiene elementi emotivi e irrazionali, da un convincimento di diverso grado, inteso come giudizio di verosimiglianza. Pertanto, il principio del libero convincimento potrebbe essere inteso nel senso che il giudice si deve chiedere se la verosimiglianza è in grado di far ritenere il fatto come provato. Quindi, il giudice è libero all'interno del segmento tra ciò che è sufficiente per poter ritenere provato il fatto e ciò che è sufficiente per dover ritenere provato il fatto.

Infine bisogna considerare l'esistenza nel diritto tedesco di un istituto particolare, denominato *Anscheinsbeweis*, che muove dal presupposto per cui in alcuni settori le fattispecie hanno un carattere tipico, ossia la spiegazione dello svolgimento dei fatti avviene in base alla comune esperienza e quindi le circostanze del singolo caso concreto non sono rilevanti ai fini del giudizio di fatto. Così ragionando, la parte non deve quindi fornire una prova “piena”, ma si può limitare a dimostrare la ricorrenza di una fattispecie tipica. Questo istituto ovviamente comprime l'operatività del principio del libero convincimento del giudice, anche se al riguardo si potrebbe sostenere che lo stesso non ne esca limitato poiché il giudice comunque può valutare gli argomenti contrari addotti dalla controparte.

Un'altra parte della dottrina²²⁴, invece, sostiene che in virtù di questo principio il giudice *deve* seguire le massime d'esperienza, mentre normalmente ha facoltà di tenerne conto. E' stato peraltro rilevato come tale opinione meriti di essere precisata poiché non soltanto il giudice deve tenere conto delle massime d'esperienza bensì esclusivamente sulla base di esse deve pervenire al

²²⁴ Rosenberg-Schwab, *Zivilprozessrecht*, München, 1977, p. 615.

convincimento²²⁵. Infine, è stato rilevato²²⁶ come non sia condivisibile l'opinione di chi equipara il principio in questione alla regola sull'onere della prova perché quest'ultima trova applicazione quando il giudice non perviene ad un convincimento mentre l'*Anscheinsbeweis* determina il formarsi del convincimento. La tesi più convincente sembra allora quella che ritiene che il citato principio si basa su una regola di diritto sostanziale che fa riferimento ai diversi settori di rischio.

3.6 *Le massime d'esperienza: dati acquisiti e nodi problematici.* Come in precedenza rilevato²²⁷, per attribuire fondamento razionale al ragionamento probatorio del giudice senza basarsi sui criteri della probabilità quantitativa, non si può fare a meno di ricorrere alle massime d'esperienza o “nozioni di comune esperienza”, ovvero a quell'insieme di nozioni, informazioni, regole, massime, valutazioni, che rappresentano il patrimonio di cultura media che generalmente viene designato come “senso comune”. Del pari è stato evidenziato come anche siffatta impostazione non vada esente da rischi, poiché astrattamente il giudice potrebbe selezionare le massime d'esperienza non attraverso criteri razionali bensì basandosi su personali giudizi di valore o su valutazioni errate o addirittura mediante scelte arbitrarie, in quanto tali non controllabili dall'esterno. Per tali ragioni diviene necessario individuare delle condizioni minime perché la scelta formulata dal

²²⁵ Così Patti, *Liberò convincimento e valutazione delle prove*, cit., p. 512.

²²⁶ Si veda sempre Patti, *op. cit.*, p. 512.

²²⁷ Vedi *supra* paragrafo 3.4.

giudice rispetto alle massime d'esperienza risulti attendibile, non arbitraria e razionalmente controllabile.

Per compiere questa analisi bisogna tuttavia ancora una volta sottolineare come il ragionamento del giudice non sia in gran parte disciplinato da norme, né regolato da criteri o fattori di carattere giuridico. Al riguardo è stato efficacemente evidenziato che “il senso comune è dappertutto nel ragionamento del giudice: non ne rappresenta soltanto lo sfondo, come la lamina dorata delle tavole medievali, ma costituisce anche una parte importante della materia di cui il giudice si serve, e gli fornisce un repertorio di forme argomentative e di schemi interpretativi che egli adopera nel suo ragionamento”²²⁸.

La nozione di “senso comune”, tuttavia, pur essendo molto corrente appare indeterminata ed imprecisa, ed è difficile quindi individuare una sua definizione soddisfacente²²⁹. Per tale motivo è bene riferirsi a tale

²²⁸ Così Taruffo, *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, cit., p. 668.

²²⁹ Il concetto di massima d'esperienza è stato formulato per la prima volta da Friedrich Stein nel 1893 in *Das private Wissen des Richters. Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse*, Leipzig, 1893, p. 16 ss., e viene definito come regola generale che si deriva dall'esperienza degli accadimenti di un certo genere. In Italia il concetto è stato esaminato dapprima da Carnelutti in *La prova civile. Parte generale. Il concetto giuridico* (1915), rist., Milano, 1992. Di tale concetto non vi è invece cenno in Francia e ne rimane estraneo a tutti gli ordinamenti di *common law*. Nella dottrina inglese vengono infatti utilizzate espressioni come *Stock of Knowledge* o *Background Know ledges*. In questo senso si veda Taruffo, *Considerazioni sulle massime d'esperienza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, p. 551 ss. Per un esame di tale concetto si vedano inoltre per tutti Piras, *Le massime d'esperienza e la motivazione insufficiente*, in *Jus*, 1955, p. 79 ss.; Nobili, *Nuove problematiche sulle c.d. «massime d'esperienza»*, in *Riv. it. dir. e*

concetto in un senso molto ampio, tale da includere innanzitutto le condizioni di base che nella cultura di un'epoca definiscono ciò che si può dire e pensare e come lo si può pensare, che inoltre comprenda un insieme di nozioni più specifiche e contingenti che si ritengono prodotte dall'esperienza comune e che generalmente vengono espresse sotto forma di “massime” o “regole” e che infine includa i c.d. “fatti notori”, ossia quei dati della conoscenza che costituiscono buona parte del patrimonio culturale che si suppone proprio dell’“uomo medio”.

Nell'ambito dell'accertamento dei fatti il giudice in diverse occasioni fa ricorso al “senso comune”. Ciò avviene innanzitutto quando il giudice deve valutare la credibilità di un mezzo di prova, oppure il ricorso al “senso comune” lo troviamo nella fase di valutazione dell'attendibilità della prova. Infine il ricorso al “senso comune” è presente tutte le volte in cui l'accertamento del fatto si fonda su prove per induzione ovvero quando il giudice formula inferenze da un fatto ad un altro fatto per derivare dal primo fatto (*factum probans*) conclusioni induttive intorno alla verità o falsità dell'enunciazione del secondo (*factum probandum*).

È, inoltre, utile sottolineare che l'utilizzo delle nozioni di “senso comune” è presente anche nell'ambito dell'interpretazione ed applicazione delle norme che costituiscono il fondamento giuridico della decisione, nonché all'interno del ragionamento giustificativo che il giudice formula per motivare la propria decisione. Al riguardo è stato rilevato che “non sarebbe paradossale

proc. pen., 1969, p. 123 ss.; Verde, voce *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Milano, 1988, p. 584 ss. Nella dottrina più recente si veda Taruffo, *Considerazioni sulle massime d'esperienza*, cit., p. 551 ss.

sostenere che la motivazione della sentenza svolge la sua funzione giustificativa non solo in quanto abbia una struttura logica che consenta un controllo di «validità» sulla decisione del giudice, ma anche in quanto il ricorso a dati ed argomenti metagiuridici consenta di collocare la decisione nel contesto del senso comune”²³⁰.

In proposito si sogliono distinguere tre funzioni principali delle massime d’esperienza²³¹: euristica, epistemica e giustificativa. La funzione euristica si ha in quanto le massime d’esperienza rappresentano uno strumento di cui ci si può servire per formulare ipotesi intorno ai fatti della causa. La funzione epistemica, invece, è rinvenibile nell’ambito della narrazione dei fatti costruita dal giudice ove le massime d’esperienza rappresentano degli strumenti di cui il giudice si avvale per derivare da fatti noti la conoscenza indiretta dei fatti di cui deve stabilire la verità. Infine, la funzione giustificativa si esplica all’interno della motivazione della decisione.

Ciò premesso, la dottrina ha avvertito la necessità di individuare quelle condizioni minime che possano far ritenere la scelta compiuta dal giudice circa le massime d’esperienza attendibile, non arbitraria e razionalmente controllabile. Al riguardo, in primo luogo, si è rilevato che si deve trattare di “nozioni comunemente accettate dall’ambiente sociale e culturale nel quale la decisione viene formulata”; in secondo luogo è necessario non attribuire alle massime d’esperienza un valore conoscitivo superiore a quello del fondamento che la massima ha sulla base delle generalizzazioni che esse esprimono. Si deve

²³⁰ Cfr. Taruffo, *ult. op. cit.*, p. 675.

²³¹ Taruffo, *Considerazioni sulle massime d’esperienza*, cit., p. 560 ss.

poi trattare di nozioni non falsificate o contraddette da nozioni scientifiche o da altre nozioni di senso comune²³².

Al riguardo si può peraltro rilevare come, se è vero che questa tesi senz'altro fornisce indicazioni e criteri che, se utilizzati dal giudice come base per il suo ragionamento, offrono degli elementi di razionalità alla verifica/falsificazione dell'affermazione fattuale della parte, è vero altresì che è assai difficile in concreto appurare che le nozioni di senso comune alle quali il giudice fa ricorso nel caso specifico partecipino necessariamente di tutte quelle caratteristiche sopra indicate. Ma non solo. Ed invero, ci si deve domandare come si possa in concreto appurare che la nozione di senso comune utilizzata dal giudice sia congruente con i fatti concreti di causa, accettata dalla comunità sociale e culturale e non contraddica nozioni scientifiche né si ponga in contrasto con altre nozioni di senso comune.

Ma soprattutto la questione più rilevante è quella che si pone nel momento in cui nel caso specifico il giudice si trovi di fronte alla possibilità di fare ricorso a due o più nozioni, tutte congruenti con i fatti da esaminare, ma la cui applicazione conduce a risultati contrastanti. In questo caso ci si deve infatti domandare su quali basi il giudice

²³² Cfr. Taruffo, *Funzione della prova: la funzione dimostrativa*, cit., p. 553 ss.; Id., *Considerazioni sulle massime d'esperienza*, cit., p. 566 ss. Al riguardo l'Autore precisa inoltre che "poiché il fondamento conoscitivo delle massime d'esperienza risiede nelle generalizzazioni che le massime esprimono, è chiaro che non debbono essere impiegate massime che si riferiscono a generalizzazioni spurie perché false o prive di qualunque fondamento controllabile. Tanto meno devono essere impiegate massime che appaiono prive di qualunque base conoscitiva, o che risultano evidentemente fondate su pregiudizi o luoghi comuni non verificati".

deve effettuare la sua scelta fra l'una e l'altra nozione e quindi fra i vari tipi di soluzione²³³.

Ciò significa che pur se si individuano ed elaborano dei criteri razionali utili al fine di selezionare le massime d'esperienza, resta in ogni caso presente un ambito ineliminabile di discrezionalità del quale non è possibile non tenere conto; anche se resta comunque il fatto che l'applicazione di tali regole consente almeno di ridurre in maniera significativa gli errori che molto spesso sono il risultato dell'uso acritico delle massime d'esperienza²³⁴.

Per queste ragioni, dato che la selezione delle nozioni di senso comune che siano congruenti con il caso concreto operata dal giudice non può ovviamente essere sottoposta a sua volta a verifica, e ciò per non dare vita un circolo

²³³ Al riguardo risulta molto efficace un esempio di Carratta in *Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto nel processo e sistema probatorio)*, cit., p. 97: “si pensi all'ipotesi in cui due diversi testimoni del medesimo incidente stradale riferiscano cose diverse sulla dinamica dell'incidente: il primo, che si trovava a 50 metri dal luogo dell'incidente, nell'immediatezza dell'accaduto racconta che Tizio, svoltando a destra, non l'ha preventivamente segnalato; il secondo, che si trovava a 20 metri, allontanatosi immediatamente dal luogo dell'incidente, dopo qualche tempo riferisce che Tizio aveva preventivamente segnalato la svolta a destra. Ora, le contraddizioni emergenti dal racconto dell'uno e dell'altro possono essere risolte dal giudice in maniera diversa a seconda che la massima d'esperienza che, dal suo punto di vista, ritiene preferibile applicare nel caso di specie: e così, se ritiene di applicare la massima di esperienza secondo cui nell'immediatezza dell'accaduto il ricordo è più vivo e quindi più rispondente alla realtà, preferirà il racconto del primo testimone; se invece ritiene di preferire la massima d'esperienza per cui chi è più vicino all'accaduto ha possibilità di vedere meglio, dovrà preferire il racconto del secondo testimone”.

²³⁴ Così Taruffo, *Considerazioni sulle massime d'esperienza*, cit., p. 569.

vizioso, e visto che la stessa non può nemmeno essere assunta aprioristicamente all'interno del processo - perché non appaia frutto del potere puramente discrezionale del giudice - è opportuno da una parte che vi sia il preventivo confronto e un'analisi critica ad opera delle parti e che vi sia inoltre una giustificazione logica da parte del giudice che l'ha adoperata.

Da questo si ricava allora la rilevanza della motivazione della decisione che si viene a configurare come la giustificazione su basi logiche e razionali delle scelte operate e l'importanza del contraddittorio, il quale finisce per assolvere anche al fondamentale ruolo di metodo di conoscenza dei fatti.

Per quanto riguarda la motivazione della decisione, la stessa non dovrà quindi essere più considerata come il solo resoconto fedele del procedimento probatorio, con la conseguenza che il giudice, per evitare di incorrere nel vizio di cui all'art. 360 n. 5 c.p.c., dovrà tener conto di tutti i passaggi inferenziali compiuti e di tutti gli elementi decisivi emersi all'esito di questi passaggi, dovendo quindi enunciare con completezza le ragioni della preferenza accordata ad un elemento piuttosto che ad un altro²³⁵. Il

²³⁵ In questo senso Cass., 19 marzo 2009, n. 6697, per la quale sia consentito il rinvio al mio commento, *Note sul libero convincimento del giudice e utilizzo delle prove testimoniali*, in *Dir. fam. e pers.*, 2009, p. 1663 ss., ove si legge che “Il vizio di motivazione deducibile con il ricorso per cassazione *ex art.* 360 n. 5 c.p.c. non può consistere nella difformità dell'apprezzamento dei fatti e delle prove compiuto dal giudice del merito rispetto a quello preteso dalla parte: in quanto sono riservati esclusivamente a quest'ultimo l'individuazione delle fonti del proprio convincimento, la valutazione delle prove, il controllo della loro ammissibilità e concludenza, la scelta, fra le risultanze istruttorie, di quelle ritenute idonee ad acclarare i fatti oggetto della

giudice dovrà quindi evitare motivazioni “per implicito”²³⁶ che consistono in una valutazione delle sole ragioni che

controversia, potendo egli privilegiare, in via logica, alcuni mezzi di prova e disattenderne altri, in ragione del loro diverso spessore probatorio, con l'unico limite della adeguata e congrua motivazione del criterio adottato”. Si veda inoltre Cass., 13 marzo 2008, n. 6832 ove è statuito che “la doglianza con la quale si denunci che il giudice abbia fatto un cattivo uso del suo prudente apprezzamento - di cui all'art. 116 c.p.c. - nella valutazione della prova, anche negativo, non tenendone conto, si risolve in una doglianza non sulla violazione della norma “*de qua*”, ma sulla motivazione della sentenza”. Si veda inoltre Cass., 28 giugno 2006, n. 14972 secondo la quale “la valutazione delle prove, e con essa il controllo sulla loro attendibilità e concludenza, e la scelta, tra le varie risultanze istruttorie, di quelle ritenute idonee ad acclarare i fatti oggetto della controversia, sono rimesse al giudice del merito e sono sindacabili in cassazione solo sotto il profilo della adeguata e congrua motivazione che sostiene la scelta nell'attribuire valore probatorio ad un elemento emergente dall'istruttoria piuttosto che ad un altro”. In questo senso si vedano inoltre Cass., 20 febbraio 2006, n. 3601; Cass., 13 luglio 2004, n. 12912; Cass., 2 aprile 2004, n. 6519; Cass., 7 aprile 2003, n. 5434; Cass., 26 maggio 1999, n. 5133; Cass. 18 ottobre 1991 n. 11041; Cass., 14 ottobre 1988, n. 5585; Cass. 12 dicembre 1986, n. 7436.

In dottrina si veda Carratta, *ult. op. cit.*, p. 99; Calamandrei, *Massime di esperienza in Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1927, II, p. 126 ss.; Piras, *Le massime d'esperienza e la motivazione insufficiente*”, cit., p. 92.

²³⁶ Così invece Cass., 20 novembre 2009, n. 24542 secondo la quale “Nella redazione della motivazione della sentenza, il giudice non è tenuto ad occuparsi espressamente e singolarmente di ogni allegazione, prospettazione ed argomentazione delle parti, essendo necessario e sufficiente ... che esponga, in maniera concisa, gli elementi in fatto ed in diritto posti a fondamento della sua decisione, dovendo ritenersi per implicito disattesi tutti gli argomenti, le tesi e i rilievi che, seppure non espressamente esaminati, siano incompatibili con la soluzione adottata e con il

giustificano la sua scelta e in una “non valutazione” delle ragioni che avrebbero giustificato una scelta diversa²³⁷.

percorso argomentativo seguito”. In questo senso si veda anche Cass., 7 agosto 2003, n. 11933, n. 151 ove si legge che “l’esame dei documenti esibiti e delle deposizioni dei testimoni, nonché la valutazione dei documenti e delle risultanze della prova testimoniale, il giudizio sull’attendibilità dei testi e sulla credibilità di alcuni invece che di altri, come la scelta, tra le varie risultanze probatorie, di quelle ritenute più idonee a sorreggere la motivazione, involgono apprezzamenti di fatto riservati al giudice del merito, il quale, nel porre a fondamento della propria decisione una fonte di prova con esclusione di altre, non incontra altro limite che quello di indicare le ragioni del proprio convincimento, senza essere tenuto a discutere ogni singolo elemento o a confutare tutte le deduzioni difensive, dovendo ritenersi implicitamente disattesi tutti i rilievi e circostanze che, sebbene non menzionati specificatamente, sono logicamente incompatibili con la decisione adottata”. Si vedano inoltre Cass., 10 marzo 2009, n. 5762; Cass., 27 luglio 2006, n. 17145; Cass., 9 marzo 2006, n. 5113; Cass., 23 novembre 2005, n. 24589; Cass., 10 maggio 2002, n. 6765; Cass., 23 aprile 2001, n. 5964; Cass., 10 maggio 2000, n. 6023; Cass., sez. un., 14 dicembre 1999, n. 898; Cass., 30 ottobre 1998, n. 10896; Cass., 6 settembre 1995, n. 9384; Cass., 20 giugno 1995, n. 6956; Cass., 28 novembre 1994, n. 10121; Cass., 7 marzo 1992, n. 2767; Cass., 26 aprile 1990, n. 3476.

²³⁷ Si possono infatti individuare due funzioni della motivazione. La prima di queste trova fondamento nell’art. 132 n. 4 c.p.c., che pone la “concisa esposizione delle ragioni di fatto e diritto della decisione” fra i requisiti necessari di forma–contenuto della sentenza civile, ed è quella di fungere da tramite per un controllo razionale della sentenza nelle fasi di impugnazione. La motivazione serve infatti alle parti per verificare il fondamento fattuale e giuridico della decisione, ed è inoltre necessaria al giudice dell’impugnazione, che può razionalmente decidere se è in grado di conoscere le ragioni di fatto e di diritto che sorreggono la sentenza impugnata. La seconda funzione della motivazione è invece ricavabile in base all’art. 111, primo comma, della Costituzione. La

Peraltro, le problematiche relative al tema in esame non si esauriscono in quanto appena analizzato, dal momento che, come abbiamo accennato, ciò che viene inteso per “senso comune” è in realtà rappresentato da un insieme incerto ed indeterminato di cognizioni e di criteri di giudizio. Come del pari si deve necessariamente tenere conto del fatto, assai noto, per il quale molto spesso

motivazione assolve infatti anche l'importante compito di garantire a tutti i cittadini la possibilità di un effettivo controllo sull'esercizio del potere giurisdizionale. Quest'ultima funzione influisce necessariamente sul contenuto e sulla struttura che la motivazione deve avere. Non è infatti sufficiente che essa enunci i fatti rilevanti, le norme e i principi applicati e le questioni risolte; esso richiede invece che le scelte del giudice siano giustificate nel senso proprio del termine. Ciò significa che non è sufficiente che il giudice dica che cosa ha deciso e intorno a che cosa ma occorre che egli spieghi per quali ragioni, di fronte a diverse alternative possibili intorno alla soluzione delle questioni di fatto e di diritto, ha scelto di volta in volta quelle che hanno determinato la decisione. Giustificare le premesse di fatto non significa infatti solo esporre i fatti rilevanti della causa ma implica altresì che il giudice dia conto delle ragioni per le quali ha accertato come veri o come falsi tali fatti. Visto che il giudizio di fatto consiste nella scelta tra più ipotesi possibili la motivazione deve giustificare questa scelta. Sulla base di tali considerazioni si può quindi ritenere incompleta (o insufficiente) la motivazione se uno o più punti della decisione, o una o più scelte conoscitive o interpretative da cui questa dipende, risultano prive di specifica giustificazione. L'incompletezza non riguarda quindi solo i c.d. “punti decisivi” di cui all'art. 360, n. 5, c.p.c., in quanto si verifica anche quando, per esempio, non viene giustificato l'accertamento di un fatto secondario rilevante. Alcuni criteri forniti dalla giurisprudenza della Cassazione possono facilmente essere criticati. Per un esame del tema si veda per tutti Taruffo, voce *Motivazione*. III) *Motivazione della sentenza*. *Diritto Processuale civile*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XX, Roma, 1990, p. 1 ss.

esistono convincimenti diffusi che prima o poi vengono smentiti perché ritenuti falsi o moralmente inaccettabili.

Ma non solo. Generalmente allorquando si fa ricorso al concetto di “esperienza”, si fa riferimento a quell'insieme di nozioni sperimentate da più persone che costituirebbero una sorta di patrimonio consolidato di conoscenze, ma ciò non aggiunge nulla di più al concetto vago di “senso comune”. Il riferimento al contesto in cui il giudice opera pone infatti necessariamente l'interrogativo se lo stesso nel decidere debba attenersi esclusivamente ai valori, conoscenze e criteri di giudizio della “comunità” in cui opera o se invece può, per esempio, e soprattutto quando sono in gioco valori fondamentali, rifarsi anche a criteri diversi riconosciuti per esempio sul piano internazionale e non nel contesto in cui opera. Con riferimento a quest'ultimo punto è bene prendere atto del fenomeno, ormai sempre più presente nelle società moderne, del multiculturalismo in virtù del quale ormai viviamo in società sempre più disomogenee e disarticolate ove quindi il rinvio al “senso comune” rischia di apparire “vuoto”. Ad esempio negli Stati Uniti, che è una società tipicamente multiculturale, da decenni emergono orientamenti teorici denominati *postmodern jurisprudence* che valorizzando le caratteristiche di alcuni gruppi (donne, minoranze razziali o sessuali) suggeriscono che la decisione giudiziaria dovrebbe tener conto soprattutto di queste peculiarità²³⁸.

²³⁸ Cfr. Taruffo, *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, cit., p. 679; inoltre per una versione femminista dell'analisi del ragionamento del giudice si veda Berns, *To speak as a Judge. Difference, Voice and Power*, Aldershot-Brookfield USA-Singapore-Sydney, 1999, p. 40 ss. nel quale si sostiene che una donna giudice ragiona e decide in modo diverso da un uomo giudice in un conteso dove la decisione giudiziaria

Anche se in linea teorica la citata teoria potrebbe essere in parte accettata, la stessa può rischiare di far aumentare dette disuguaglianze e potrebbe altresì, come alcuni esempi dimostrano, provocare decisioni che violano alcuni dei cardini fondamentali dell'ordinamento giuridico. Si pensi al riguardo al fenomeno della c.d. *cultural defense* che si fonda sull'idea per la quale un crimine non dovrebbe essere punito se colui che lo ha commesso appartiene ad una cultura che non considera il fatto come meritevole di punizione²³⁹.

Ciò premesso, diviene allora lecito domandarsi se, non esistendo una sorta di “patrimonio comune” a cui il giudice può fare riferimento, lo stesso debba fare rinvio alla sua soggettiva sensibilità. Tutti i rilievi che si sono esposti hanno dato luogo a due principali tentativi di soluzione. Secondo un primo tentativo bisognerebbe razionalizzare e concettualizzare il “senso comune” proprio attraverso il concetto di “massima d'esperienza”, mentre il secondo tentativo ritiene opportuno fare ricorso alla scienza come contesto di riferimento del ragionamento giudiziario.

La prima di queste due soluzioni, che peraltro non sono tra loro completamente alternative, parte dall'opera di Stein²⁴⁰ che nel 1893 ha dato una definizione di massima d'esperienza per cui sarebbe tale qualsiasi regola generale costruita induttivamente sulla base dell'esperienza relativa a determinati stati di cose. Essendo una regola generale, la

viene configurata come un atto di violenza istituzionale invece che come un atto di giustizia.

²³⁹ Sul punto si veda Taruffo, *ult. op. cit.*, p. 680. Per un'analisi del tema si veda Note, *Cultural Defense in Criminal Law*, in 99 *Harv. L. Rev.*, 1986, p. 1293 ss.

²⁴⁰ Stein, *Das Private Wissen des Richters. Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse*, cit., p. 16 ss.

stessa servirebbe al giudice come premessa maggiore dei sillogismi in cui si articola il suo ragionamento. Peraltro, si può notare come il concetto di massima d'esperienza sia intrinsecamente discutibile in quanto esso viene configurato sulla base di premesse filosofiche che risalgono al positivismo e sulla concezione tradizionale dell'induzione come strumento per costruire leggi generali partendo da una serie di dati empirici particolari. Sono concezioni che oggi appaiono inattendibili e che inoltre partono dal presupposto che esista una società culturalmente omogenea (si presuppone in altri termini un repertorio chiaro ed omogeneo di regole generali induttivamente costruite sulla base dell'esperienza).

Prendere atto di quanto sopra, ovvero che non è possibile razionalizzare gli aspetti non giuridici del ragionamento del giudice attraverso il concetto di massima d'esperienza, lascia comunque aperto il problema di trovare una giustificazione del ricorso che il giudice fa a nozioni che fanno parte dell'esperienza comune.

Si possono allora fornire alcune indicazioni di metodo, che consistono innanzitutto nella verifica empirica dell'attendibilità delle nozioni dell'esperienza comune sulla base delle conoscenze scientifiche, ma anche, quando tali controlli non siano possibili, nella verifica della condivisione intersoggettiva di tali nozioni. È proprio quest'ultima considerazione che svolge maggiore efficacia per evitare che l'utilizzo di massime d'esperienza da parte del giudice non nasconda in realtà un arbitrio soggettivo.

Allo stato si può quindi trarre una preliminare considerazione da quanto sinora esaminato: ogni volta che il giudice nel suo ragionamento utilizza criteri o nozioni di carattere metagiuridico ciò pone rilevanti problemi circa le esigenze di attendibilità, razionalità, controllabilità e giustificazione. Se si considera che questi problemi in

passato già non ottenevano una compiuta definizione, è necessario porre ancor più evidenza a tale questione oggi, atteso che viviamo in società complesse e diversificate, sicché le difficoltà aumentano proprio perché ci sembra ancora più difficile paragonare il giudice all' "uomo medio" rappresentante della cultura e della società in cui vive. Al riguardo sono ancora molto efficaci le parole di autorevole dottrina²⁴¹: "così come il giudice non è più (ammesso che lo sia mai stato davvero) la bocca inanimata della legge teorizzata da Montesquieu, né un passivo applicatore di norme semplici e certe per la via di formali deduzioni, egli non è più (ammesso che lo sia mai stato davvero) un passivo utilizzatore di nozioni metagiuridiche fornite *ready made* dall'esperienza collettiva, o un elementare fruitore di regole e criteri disposti in modo chiaro, completo e coerente, nel "deposito" costituito dal senso comune. In una parola: egli non ha più a disposizione un'immagine semplice e ordinata del mondo alla quale far capo come "sfondo" per i suoi ragionamenti".

3.7 Scienza privata del giudice e prove c.d. scientifiche.
Il termine "scienza privata" del giudice viene generalmente utilizzato in un duplice senso. Con riferimento all'art. 115, primo comma, c.p.c., che impone al giudice di decidere sulla base delle prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero, e all'art. 97 disp. att. c.p.c., che fa divieto al giudice di ricevere private informazioni, verbali o scritte, sui fatti di causa, si utilizza il termine scienza privata per riferirsi a quell'insieme di conoscenze fattuali extraprocessuali di cui è vietato al giudice servirsi. In questo senso viene quindi definito un ambito di fonti di

²⁴¹ Così Taruffo, *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, cit., p. 694.

conoscenza che la legge vieta al giudice di utilizzare nel processo. E così il divieto di utilizzazione della scienza privata del giudice costituisce una garanzia per il contraddittorio²⁴².

Attraverso il concetto di scienza privata del giudice, peraltro, ci si riferisce anche a quell'insieme di conoscenze extraprocessuali il cui uso è consentito al giudice nel processo. Ci si riferisce, invero, a quelle conoscenze empiriche che il giudice è legittimato ad utilizzare anche se non acquisite attraverso il formalismo dello strumento processuale. In questa accezione si fa riferimento segnatamente ai fatti notori²⁴³ e alle massime

²⁴² In questo senso si veda Cass., 6 settembre 2002, n. 12980 secondo la quale “il principio consacrato nell’art. 115 c.p.c., secondo cui il giudice ha l’obbligo di decidere *iuxta alligata et probata*, importa, tra l’altro, che la decisione sia tratta unicamente dalle allegazioni delle parti, cioè dalle circostanze di fatto dedotte a fondamento della domanda o dell’eccezione, e dalle prove offerte dalle parti medesime. Detta norma è intesa ad assicurare il rispetto dei principi fondamentali della difesa e del contraddittorio, impedendo che una parte possa subire una decisione basata su fatti ad essa sconosciuti ed in relazione ai quali non si sia potuta difendere”.

²⁴³ La giurisprudenza tende a definire il “notorio” come quell’insieme di cognizioni comuni e generali in possesso della collettività nel tempo e nel luogo della decisione, senza necessità di ricorso a particolari informazioni o giudizi tecnici. Sul punto si veda Cass., 31 maggio 2010, n. 13234 ove si legge che “Il fatto notorio, derogando al principio dispositivo delle prove e al principio del contraddittorio, va inteso in senso rigoroso, e cioè come fatto acquisito alle conoscenze della collettività con tale grado di certezza da apparire incontestabile. Ne consegue che tra le nozioni di comune esperienza non possono farsi rientrare le acquisizioni specifiche di natura tecnica e quegli elementi valutativi che richiedono il preventivo accertamento di particolari dati estimativi”. In questo senso si vedano inoltre Cass., 29 aprile

2010, n. 10285; Cass., 27 gennaio 2010, n. 1696; Cass., 13 maggio 2009, n. 11141; Cass., 18 dicembre 2008, n. 29728; Cass., 28 febbraio 2008, n. 5232; Cass., 19 novembre 2007, n. 23978; 26 gennaio 2006, n. 1701; Cass., 7 marzo 2005, n. 4862; Cass., 21 maggio 2004, n. 9705; Cass., 27 febbraio 2004, n. 3980; Cass., 4 ottobre 2004, n. 19384; Cass., 14 luglio 2004, n. 13073; Cass., 12 novembre 2003, n. 17041; Cass., 20 aprile 2004, n. 7500; Cass., 7 gennaio 2003, n. 26; Cass., 1 febbraio 2003, n. 1516; Cass., 27 marzo 2003, n. 4556; Cass., 15 aprile 2002, n. 5417; Cass., 25 febbraio 2002, n. 2698; Cass., 8 agosto 2002, n. 11946; Cass., 21 dicembre 2001, n. 16165; Cass., 27 giugno 2000, n. 8744; Cass., 5 maggio 2000, n. 5680; Cass., 9 luglio 1999, n. 7181; Cass., 26 agosto 1998, n. 8469; Cass., 30 giugno 1997, n. 5831; Cass., 28 marzo 1997, n. 2808; Cass., , 11 marzo 1995, n. 2859; Cass., 11 gennaio 1995, n. 267.

Sul punto è interessante quanto statuito dal Tribunale di Milano nella sentenza n. 3417 del 19 marzo 2007 in Giustizia a Milano, 2007, 3, p. 23 ove si legge che “Per aversi fatto notorio occorre, in primo luogo, che si tratti di un fatto che si imponga all’osservazione ed alla percezione della collettività, di modo che questa possa compiere per suo conto la valutazione critica necessaria per riscontrarlo, sicché al giudice non resti che constatarne gli effetti e valutarlo soltanto ai fini delle conseguenze che ne derivano; in secondo luogo, occorre che si tratti di un fatto di comune conoscenza, anche se limitatamente al luogo ove esso è invocato, o perché appartiene alla cultura media della collettività, ivi stanziata, o perché le sue ripercussioni sono tanto ampie ed immediate che la collettività ne faccia esperienza comune anche in vista della sua incidenza sull’interesse pubblico che spinge ciascuno dei componenti della collettività stessa a conoscerlo. Anche il fatto tecnico, sia pure a livelli semplicizzati, può divenire notorio, allorquando la collettività sia periodicamente sensibilizzata sul punto dalla stampa e dagli altri mezzi di comunicazione di massa o da altre forme pubblicitarie (principio applicato dalla Suprema Corte in relazione alla valutazione del giudice di merito circa le diverse epoche di notorietà della causazione di infezione da HBV, HIV ed HCV per effetto di emotrasfusioni od assunzione di emoderivati”.

d'esperienza²⁴⁴, che costituiscono il campo in cui tradizionalmente si dice sia chiamata ad operare nel processo la scienza privata del giudice.

In realtà, considerare i fatti notori e le massime d'esperienza come facenti parte di un dominio "privato" del giudice non è del tutto corretto, in quanto quando si parla di essi non ci si riferisce a conoscenze che, come la scienza privata, appartengono solo al giudice e la cui utilizzazione risulta perciò vietata. Essi costituiscono, invece, tenendo in dovuta considerazione le precisazioni fatte nel precedente paragrafo, conoscenze che sono comuni a tutti i soggetti del processo in quanto sono propri

Con riferimento, invece, al tema dei poteri del giudice circa l'utilizzo del "notorio" si veda Cass., 20 maggio 2009, n. 11729 secondo la quale "il ricorso alle nozioni di comune esperienza attiene all'esercizio di un potere discrezionale riservato al giudice di merito, il cui giudizio circa la sussistenza di un fatto notorio può essere censurato in sede di legittimità solo se sia stata posta a base della decisione una inesatta nozione del notorio, da intendere come fatto conosciuto da un uomo di media cultura, in un dato tempo e luogo". In questo senso si vedano inoltre Cass., 12 marzo 2009, n. 6023; Cass., 9 settembre 2008, n. 22880; Cass., 4 giugno 2007, n. 13056; Cass., 18 maggio 2007, n. 11643; Cass., 18 aprile 2007, n. 9244; Cass., 21 febbraio 2007, n. 4051; Cass., 25 novembre 2004, n. 22271; Cass., 18 marzo 2004, n. 5493; Cass., 19 agosto 2003, n. 12112; Cass., 24 aprile 2002, n. 5978; Cass., 25 giugno 2002, n. 9263; Cass., 19 aprile 2001, n. 5826; Cass., 19 aprile 2001, n. 5809; Cass., 2 febbraio 2000, n. 1126; Cass., 6 agosto 1999, n. 8481; Cass., 19 novembre 1998, n. 11701; Cass., 10 agosto 1998, n. 7822; Cass., 10 gennaio 1996, n. 169.

Per un recente esame del tema in dottrina si veda Cavallone, *Il divieto di utilizzazione della scienza privata del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 861 ss.; Dittrich, *Appunti per uno studio del fatto notorio giudiziale*, in *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, Milano, 2005, p. 819 ss.

²⁴⁴ Vedi *supra* paragrafo 3.5.

della collettività sociale cui essi appartengono. Ciò che è vietato usare nel processo invero sono le conoscenze del solo giudice. Per queste ragioni si può allora parlare di “scienza privata” e di “scienza ufficiale” del giudice²⁴⁵.

E' noto peraltro come esistano altresì regole d'esperienza che vanno oltre la cultura dell'”uomo medio” rappresentate dalle c.d. leggi scientifiche. Tali regole, tuttavia, per ciò che attiene la teoria dell'inferenza della prova giuridica, non possono essere distinte dalle massime d'esperienza, né sotto il profilo del loro fondamento né sotto il profilo del ruolo che svolgono in seno all'inferenza probatoria. Ed invero, quanto al primo profilo, anche il fondamento delle leggi scientifiche è essenzialmente convenzionale, atteso che si basano sul consenso degli scienziati, così come le massime d'esperienza si fondano sul consenso dell'”uomo medio”. Quanto al secondo profilo, anche le leggi scientifiche, in seno all'inferenza probatoria, vengono ad assumere, come le massime d'esperienza, il ruolo di premesse maggiori di ragionamenti di tipo sillogistico.

Ciò significa che per considerare “prudente” l'apprezzamento del giudice, a norma dell'art. 116 c.p.c., è necessario che il giudice faccia uso, allo stesso modo delle massime d'esperienza, di tali regole scientifiche. Tuttavia, compiere una completa assimilazione fra le leggi scientifiche e le comuni regole d'esperienza non appare del tutto corretto, atteso che le prime pongono problemi peculiari e diversi rispetto a quelli che si profilano quando il giudice fa uso delle semplici massime d'esperienza.

²⁴⁵ In questo senso Lombardo, *Prova scientifica e osservanza del contraddittorio nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 1087.

Proprio per tale aspetto, si è soliti considerare un autonomo tipo di prova, la c.d. prova “scientifica”, per distinguerla appunto dalla prova “comune”. Si parla di prova scientifica tutte le volte in cui il giudice, ai fini dell’accertamento dei *facta probanda*, fa ricorso a conoscenze di natura tecnico-scientifica, ovvero a conoscenze che trascendono le comuni regole d’esperienza e vanno oltre il patrimonio culturale dell’”uomo medio”²⁴⁶.

Si consideri, peraltro, che il giudice può utilizzare le leggi scientifiche per diversi usi. E così, le leggi scientifiche vengono utilizzate dal giudice per acquisire elementi di prova non ancora acquisiti, oppure per valutare elementi di prova già acquisiti, o, ancora, per entrambi i fini. In ogni caso, è indifferente quale sia la ragione per la quale il giudice utilizza le leggi scientifiche; in tutti i casi, infatti, si è comunque in presenza di una prova diversa da quella “comune”.

Dare una giusta definizione del campo dell’esperienza empirica su cui opera la prova scientifica non è tuttavia agevole, atteso che lo stesso da un lato tende ad ampliarsi a motivo della continua evoluzione delle conoscenze e delle metodologie scientifiche²⁴⁷ ma, dall’altro, anche a

²⁴⁶ Cfr. Lombardo, *Prova scientifica e osservanza del contraddittorio*, cit., p. 1090; Denti, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, cit., p. 415 ss.; Taruffo, voce *Libero convincimento del giudice*, cit., p. 4. Sul tema si vedano inoltre Comoglio, *L'utilizzazione del sapere extragiuridico nella prospettiva comparatistica*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1150 ss.; Lombardo, *La scienza e il giudice nella ricostruzione del fatto*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 35 ss.

²⁴⁷ Sul punto si veda Taruffo, *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, cit., p. 687 ss.

restringersi a motivo dell'espandersi del patrimonio culturale dell'"uomo medio"²⁴⁸.

Diviene quindi fondamentale che il giudice operi un attento controllo sul contenuto e sui limiti del patrimonio culturale dell'"uomo medio", in quanto ogni volta che vi sia motivo di dubitare della reale consistenza e fondatezza di una regola d'esperienza dovrà espungersi tale regola dal novero delle nozioni di senso comune delle quali può fare liberamente uso nel processo. Del pari è importante che il giudice sia in grado di tracciare con certezza i confini tra sapere comune e sapere scientifico poiché ogni qual volta abbia necessità di attingere a conoscenze che trascendono la cultura dell'"uomo medio" si prospetta il problema della c.d. "prova scientifica", ossia il problema di stabilire come le leggi scientifiche debbano essere individuate e poi utilizzate nel processo²⁴⁹.

Al fine di consentire al giudice l'utilizzo delle conoscenze della scienza e della tecnica storicamente si è fatto ricorso a tre diversi strumenti: la nomina di esperti; l'integrazione dei collegi giudicanti con esperti designati in funzione della particolare natura della controversia e la presentazione, ad opera delle parti, di esperti forniti di specifiche conoscenze tecniche (c.d. perizia stragiudiziale o parere *pro veritate*).

Per quanto attiene il nostro processo civile è possibile notare come la preferenza del legislatore sia stata accordata sostanzialmente al metodo della nomina di

²⁴⁸ Sul punto si veda Denti, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, cit., p. 415; Taruffo, *Funzione della prova: la funzione dimostrativa*, cit., p. 558; Pastore, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, Milano, 1966, p. 156 ss.

²⁴⁹ Lombardo, *Prova scientifica e osservanza del contraddittorio*, cit., p. 1092 ss.

esperti da parte del giudice; metodo in grado di garantire il principio del contraddittorio nella formazione della prova scientifica²⁵⁰. Ed invero, mediante la nomina di un esperto da parte del giudice, il principio del contraddittorio consente il rispetto del principio del contraddittorio atteso che tutti i momenti in cui ci si serve delle leggi scientifiche nel processo si svolgono appunto nell'ambito del contraddittorio processuale, con il controllo e il contributo delle parti. Ed è proprio grazie al contraddittorio che è possibile, attraverso il contributo del giudice e delle parti, nonché del consulente d'ufficio e dei consulenti di parte, verificare il consenso della comunità scientifica sia sul contenuto delle leggi scientifiche che sulla loro utilizzazione.

La medesima conclusione è invece meno automatica per quanto attiene lo strumento dell'integrazione del collegio giudicante con esperti atteso che tale integrazione non è comunque in grado di escludere il dovere del collegio di disporre la consulenza tecnica allorquando ne ricorrano i presupposti. Ed invero, se così fosse, nella formazione della prova scientifica non verrebbe rispettato il contraddittorio perché il giudice individuerebbe e applicherebbe la regola tecnico-scientifica nel segreto della propria coscienza, senza un controllo o un contributo ad opera delle parti. Ed invero, la *ratio* sottesa a questo istituto è proprio quella di voler consentire al giudice, grazie alla sua cultura specialistica, di poter prendere

²⁵⁰ Lombardo, *Prova scientifica e osservanza del contraddittorio*, cit., p. 1094; Vellani, voce *Consulenza tecnica nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., III*, Torino, 1988, p. 525; Giudiceandrea, voce *Consulente tecnico: a) Diritto processuale civile*, in *Enc. dir., IX*, Milano, 1961, p. 531; Comoglio-Ferri-Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, Bologna, seconda ed., 1998, p. 679.

meglio parte al contraddittorio processuale sulla prova scientifica e di poter così valutare meglio le sue risultanze.

Del pari lo strumento della c.d. perizia stragiudiziale si pone in contrasto con l'esigenza di garantire il contraddittorio processuale, in quanto con essa la selezione, l'acquisizione e l'applicazione delle leggi scientifiche avviene in modo unilaterale. Medesima conclusione vi è altresì nell'ipotesi in cui la perizia stragiudiziale entra nel processo non in forma documentale ma tramite la forma testimoniale, in quanto il contraddittorio, in quest'ultimo caso sarebbe rispettato solo nella fase di acquisizione della perizia già formata e non nelle precedenti attività. Proprio per tali ragioni, prevalentemente, si tende a riconoscere alla perizia stragiudiziale il valore di mera deduzione difensiva della parte, di difesa tecnica, e non già il valore di fonte di prova, sia pure di tipo indiziario²⁵¹.

²⁵¹ In questo senso Lombardo, *ult. op. cit.*, p. 1097; Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, cit., p. 127; Taruffo, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1973, p. 421 ss. Sono invece dell'opinione che il giudice possa trarre dalla perizia stragiudiziale elementi indiziari, Giudiceandrea, voce *Consulente tecnico: a) Diritto processuale civile*, cit., p. 536; Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*, II, nona ed., Torino, 1993, p. 160, nota 8.

In giurisprudenza si veda Cass., 11 febbraio 2002, n. 1902 secondo la quale “la perizia stragiudiziale, ancorché asseverata con giuramento dal suo autore, raccolto dal cancelliere, costituisce pur sempre una mera allegazione difensiva, onde il giudice del merito non è tenuto a motivare il proprio dissenso in ordine alle osservazioni in essa contenute quando ponga a base del proprio convincimento considerazioni incompatibili con le stesse”. In questo senso si vedano inoltre Trib. Parma, 11 marzo 2004, in *Giur. it.*, 2004, p. 2321; Cass., 3 marzo 1992, n. 2574.

La nomina di un esperto da parte del giudice rappresenta quindi il solo strumento in grado di garantire pienamente il principio del contraddittorio, ma perché ciò avvenga è necessario che lo stesso venga garantito in tutti i momenti in cui si articola l'attività del consulente, a partire dalla sua nomina fino ad arrivare alla valutazione dei suoi risultati.

Ciò premesso, abbiamo visto che la prova scientifica sussiste ogniqualvolta il giudice, per formulare il giudizio sull'esistenza o sull'inesistenza del *factum probandum*, fa uso delle leggi della scienza o della tecnica, sia al fine di acquisire elementi di prova non ancora acquisiti, sia al fine di valutare elementi di prova già acquisiti. Partendo da tali considerazioni la dottrina²⁵² è solita distinguere due forme di integrazione dell'attività del giudice da parte dell'esperto. La prima forma di integrazione è rappresentata dal c.d. accertamento tecnico, che ricorre

In senso contrario si vedano invece alcune decisioni di merito ove si legge che “la perizia stragiudiziale, quale prova atipica, pur non avendo piena efficacia probatoria ha comunque un residuale valore probatorio, sia pure meramente indiziario” (così Trib. Piacenza, 21 settembre 2009, n. 598 in *Arch. locazioni*, 2010, 2, p. 190), “il giudice, in applicazione del principio del libero convincimento, può porre a fondamento della propria decisione una perizia stragiudiziale, sebbene contestata dalla controparte” (così Giudice di Pace di Torino, sez. IV, 20 marzo 2006, in *Giur. merito*, 2006, 12, p. 2667). In questo senso si veda inoltre Trib. Milano, 15 marzo 1997, in *D.L. Rivista critica dir. lav.*, 1997, p. 787.

²⁵² Per tutti si vedano Carnelutti, *La prova civile*, cit., p. 69 ss.; Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, 1, Napoli, 1934, p. 431; Redenti, *Profili pratici del diritto processuale civile*, Milano, 1939, p. 478; Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, II, Milano, 1974, p. 93; Vellani, voce *Consulenza tecnica*, cit., p. 526; Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 460 ss.

nelle ipotesi in cui all'esperto (c.d. perito percipiente) viene richiesto di intervenire perché esso, grazie al ricorso alle leggi della scienza o della tecnica, svolga un'attività di percezione dei fatti, principali o secondari, ossia provveda ad acquisire nuovi elementi di prova. La seconda forma di integrazione è invece rappresentata dalla c.d. valutazione tecnica, che ricorre allorché all'esperto (c.d. perito giudicante o deducente) viene richiesta una valutazione degli elementi di prova già acquisiti.

Ciò significa che nel primo caso siamo di fronte all'ipotesi in cui il giudice, senza l'ausilio di un esperto, non sarebbe in grado di percepire il fatto, o almeno non riuscirebbe a percepirlo con assoluta precisione e nel dettaglio. Si pensi, ad esempio, ai casi in cui la percezione non può avvenire senza l'utilizzazione di determinati strumenti tecnico-scientifici, come per le analisi genetiche in materia di accertamento della paternità naturale o per le analisi chimiche in materia di inquinamento ambientale. Del resto, proprio la disciplina positiva (sia pure in ambito di istruzione preventiva, art. 696 c.p.c.) ritiene del tutto pacifica la possibilità di affidare a un esperto il compito di indagini solo di tipo conoscitivo che hanno lo scopo di verificare lo stato dei luoghi o le qualità o condizioni delle cose.

Nel secondo tipo di integrazione, invece, l'esperto viene a configurarsi non come strumento di percezione ma come strumento di deduzione, sia nel caso in cui si limita a indicare al giudice la regola tecnico-scientifica più adeguata al caso concreto, sia nel caso in cui egli stesso la applichi direttamente alla fattispecie, portando a termine la deduzione²⁵³.

²⁵³ In questo senso Lombardo, *ult. op. cit.*, p. 1098. Altri invece ritengono che il contributo che il perito può fornire al giudice nella

Tale ultimo tipo di ausilio in realtà può servire al giudice per diversi fini. E così, può per esempio essere utile fare ricorso alla legge scientifica per valutare l'attendibilità di un elemento di prova già acquisito, come nel caso in cui si tratti di valutare la genuinità di un documento che fornisce l'elemento di prova. Oppure, questo tipo di ausilio può servire per inferire il *factum probandum* da un elemento probatorio di carattere indiziario, ossia che verte su un fatto secondario, come nelle ipotesi in cui tramite l'esame delle tracce viene ricostruita la dinamica dell'evento lesivo che costituisce il *factum probandum*.

Premesso, quindi, che funzione della consulenza tecnica è quella di integrare l'ambito conoscitivo del giudice, colmando una lacuna del suo bagaglio culturale, è allora agevole comprendere la ragione per la quale il giudice è libero nella scelta della persona a cui affidare l'incarico di integrare il proprio bagaglio culturale, sia pure con il limite di compiere tale scelta normalmente tra gli esperti iscritti in appositi albi (art. 61, 2° comma c.p.c.). Inoltre, la stessa funzione della consulenza tecnica ci permette da un lato di comprendere la ragione per la quale la stessa sia fungibile e ripetibile, a differenza ad esempio della testimonianza, ove solo il testimone è a conoscenza dei fatti rilevanti per la decisione, e dall'altro giustifica la presenza del tecnico durante la discussione in Camera di consiglio e la sua possibilità di esprimere pareri (art. 197 c.p.c.).

deduzione può consistere anche nell'applicazione della regola d'esperienza indicata dal giudice. In questo senso si veda Carnelutti, *La prova civile – Parte generale. Il concetto giuridico della prova*, cit., p. 75 ss. Ma questa ipotesi sembra verosimile, se non altro perché l'esperto non potrà evitare di pronunciarsi sulla fondatezza della regola indicatagli dal giudice.

Proprio in ragione dei possibili contenuti che può assumere la partecipazione dell'esperto all'istruzione probatoria nasce solitamente il dibattito circa la natura giuridica della sua attività. In particolare, il dibattito involge il quesito se l'attività dell'esperto debba essere configurata come mero ausilio all'attività del giudice o possa, invece, configurarsi come vero e proprio mezzo di prova²⁵⁴. Detta questione è di estrema rilevanza atteso che la collocazione della consulenza tecnica tra le figure di prova implicherebbe l'osservanza di determinati principi e regole ai quali altrimenti non sarebbe sottoposta.

La collocazione codicistica dell'istituto porta *prima facie* a qualificare il consulente tecnico come un collaboratore del giudice e ciò a differenza di quanto avveniva nel codice del 1865 ove si parlava da un lato di "perito" e dall'altro di "perizia", che veniva considerata un vero e proprio mezzo di prova (art. 252 ss.).

Fermarsi tuttavia a tale prima e più immediata conclusione non appare del tutto corretto. Ed invero, in primo luogo, si può notare come il problema della natura giuridica della consulenza tecnica sia stato influenzato dall'uso tradizionale della nozione classica di "mezzo di

²⁵⁴ Si consideri che la dottrina dominante propende per tale soluzione. In questo senso si vedano per tutti: Giudiceandrea, voce *Consulente tecnico (dir. proc. civ.)*, cit., p. 531 ss.; Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, II, rist., Milano, 1966, p. 102 ss.; Barone, voce *Consulente tecnico (diritto processuale civile)*, *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, p. 1 ss.; Liebman, *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, settima ed., Milano, 2007, p. 323 ss.; Balena, *Istituzioni di diritto processuale civile. II. Il processo ordinario*, cit., p. 103 ss., ove viene comunque posto in rilievo che "la prospettiva del codice, tuttavia, sembra poco aderente alla realtà dell'istituto"; G.F. Ricci, *Principi di diritto processuale generale*, quarta ed., cit., p. 388 ss.

prova” inteso come strumento di acquisizione di conoscenze empirico-fattuali (c.d. elementi di prova) nel processo. Sulla base di questa nozione può essere definito senz’altro mezzo di prova il c.d. accertamento tecnico²⁵⁵, in quanto lo stesso consiste in un incarico, dato dal giudice all’esperto, di acquisire, tramite l’impiego di metodi e conoscenze tecnico-scientifiche, nuovi elementi di prova, non altrimenti acquisibili (si pensi alle analisi del DNA o a esami che misurano l’intensità delle immissioni sonore). E’ bene comunque avere a mente che in questo caso siamo di fronte non a una prova immediata ma mediata o rappresentativa²⁵⁶, in quanto il giudice non percepisce

²⁵⁵ In questo senso si vedano Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 477 ss.; Verde, *Il nuovo processo di cognizione*, Napoli, 1995, p. 132 ss.; Fazzalari, *Il processo ordinario di cognizione*, I, Torino, 1989, p. 239.

²⁵⁶ Per un compiuto esame del concetto di prova indiretta si veda Carnelutti in *La prova civile*, cit., p. 54 ss. ove, in particolare, si legge che “la conoscenza di un fatto da parte del giudice non si può avere senza che egli percepisca qualche cosa coi propri sensi” e questo qualche cosa “può essere il fatto stesso che si deve provare o un fatto diverso da quello” per poi sottolineare che la differenza fra la prova diretta e quella indiretta “sta nella coincidenza o nella divergenza del fatto da provare (oggetto della percezione); appunto la prova indiretta presenta il distacco dell’oggetto della prova dall’oggetto della percezione: il fatto sottoposto alla percezione del giudice non serve se non di mezzo alla conoscenza di lui”. Di conseguenza la differenza tra prova diretta e prova indiretta “non è dunque una differenza di funzione, ma una differenza di struttura. È una differenza di struttura, la quale consiste in ciò che il processo probatorio indiretto è complesso, in confronto del processo diretto che è semplice; consta di più elementi, in confronto di un solo; ma la base è sempre quella: la percezione di un fatto da parte del giudice”. L’Autore inoltre spiega che “la prova indiretta si ha quando il giudice non percepisce il fatto da provare, ma un fatto diverso da questo; qui pertanto la percezione del giudice non basta

direttamente il fatto, come avviene invece nell'ispezione, ma percepisce la rappresentazione che di tale fatto compie il consulente, o in forma di testimonianza (c.d. relazione orale) ovvero di documento (c.d. relazione scritta). Al riguardo bisogna inoltre evidenziare che pur essendo un mezzo di prova l'accertamento tecnico non può essere assimilato alla testimonianza o al documento, anche se ne assume la forma esteriore, e ciò poiché questi ultimi narrano al giudice fatti percepiti dai loro autori al di fuori del contraddittorio processuale, mentre il consulente narra fatti che ha percepito in seno al contraddittorio. Si tratta, pertanto, di una figura autonoma di prova rappresentativa.

La consulenza tecnica non può invece essere qualificata come mezzo di prova nelle ipotesi in cui ha ad oggetto le altre attività che il giudice può demandare all'esperto. Ciò vale nella valutazione tecnica, poiché in questo caso nessun nuovo elemento di prova viene portato a conoscenza del giudice; ciò che viene portato a conoscenza del giudice sono infatti solo le regole della scienza o della tecnica. E la stessa conclusione vale a maggior ragione allorché l'attività del consulente si concretizza solo in una assistenza al giudice.

da sola alla ricerca del fatto da provare, ma deve essere integrata con la deduzione del fatto da provare dal fatto percepito; qui la attività del giudice diventa complessa: percezione e deduzione. La ricerca del fatto da provare non percepito mediante il fatto diverso percepito dal giudice avviene precisamente secondo un procedimento logico di deduzione; il giudice costruisce un sillogismo, del quale la premessa minore è costituita dalla posizione del fatto percepito diverso dal fatto da provare, e la illazione dalla affermazione della verità o non verità (esistenza o inesistenza) del fatto da provare, mentre funge da premessa maggiore una norma, che il giudice ritiene applicabile al fatto percepito”.

Alla luce di tali considerazioni è necessario allora domandarsi se la definizione tradizionale di mezzo di prova possa considerarsi in grado di qualificare giuridicamente la consulenza tecnica, atteso che, come abbiamo visto, utilizzando questa definizione si finisce talvolta per collocare la consulenza stessa nel novero delle prove e mentre altre volte la si colloca al di fuori di esso.

Al riguardo è stato sottolineato²⁵⁷ come il vero problema risiede nel fatto che la nozione classica di mezzo di prova è stata elaborata avendo a riguardo le figure probatorie “comuni” (*id est*, ordinarie). Quando il giudice, per valutare gli elementi di prova acquisiti, ha invece la necessità di fare ricorso alle leggi scientifiche o tecniche non è più sufficiente attingere elementi dall'esterno, per mezzo delle prove. Quello che serve al giudice per poter conseguire il risultato probatorio è invece qualcosa di più di quanto gli occorre nel campo delle prove comuni. Pertanto, la nozione classica di mezzo di prova, che vede quest'ultimo come lo strumento di percezione di singoli fatti empirici, non è in grado di cogliere la reale natura giuridica degli strumenti processuali previsti dall'ordinamento per la formazione della prova scientifica²⁵⁸.

Al riguardo è stato ritenuto che tale inadeguatezza affondi le proprie radici nella concezione empirico-positivista della prova di matrice benthamiana. Secondo tale concezione la prova consiste nella percezione di “qualche cosa” (persona o cosa) da parte del giudice. Tale concezione peraltro non è apparsa più adeguata per ricostruire il fenomeno probatorio né tanto meno la teoria

²⁵⁷ Lombardo, *Prova scientifica e osservanza del contraddittorio*, cit., p. 1104.

²⁵⁸ Cfr. Lombardo, *ult. op. cit.*, p. 1105.

della prova scientifica²⁵⁹. Si assiste infatti alla crisi dell'idea positivista secondo la quale è possibile percepire i fatti oggettivamente ma vi è soprattutto la consapevolezza della relatività della distinzione tra “fatto” e “valore”, tra “percezione” e “valutazione”. Così ragionando, quindi, non sarebbe possibile distinguere l'attività del consulente a seconda che la stessa sia di natura percipiente o di natura giudicante atteso che quello che rileva nel campo della prova scientifica è che in tutti i casi di consulenza tecnica servono il dato empirico e la regola tecnico-scientifica e che l'attività probatoria si risolve nella sussunzione del primo nella seconda. È necessario però fornire al giudice gli elementi perché questa sussunzione possa essere compiuta.

Al riguardo vi è chi ha posto in evidenza i limiti della concezione del mezzo di prova come strumento di accertamento di fatti materiali e ha segnalato “l'esigenza di una più penetrante analisi del giudizio di fatto, che consideri l'effettiva funzione assolta dalla prova nell'ambito del giudizio medesimo: ossia la verifica delle proposizioni di fatto enunciate dalle parti²⁶⁰”.

Così operando, ossia spostando l'attenzione sullo scopo cui assolve, si può definire mezzo di prova quello strumento processuale che consente al giudice di acquisire tutti quegli elementi di cui non dispone in quanto trascendono la sua scienza ufficiale, siano essi elementi fattuali individuali e concreti oppure leggi scientifiche o tecniche, che gli servono per giudicare intorno all'esistenza o inesistenza dei *facta probanda*.

²⁵⁹ Così ancora Lombardo, *ult. op. cit.*, p. 1106.

²⁶⁰ Cfr. Denti, *Perizie, nullità processuali e contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, p. 403 ss.

A questo punto, se si considera la consulenza tecnica come mezzo di prova, si può più facilmente comprendere il divieto di utilizzo della scienza privata di cui all'art. 115 c.p.c. Il legislatore ha in sostanza previsto che per l'utilizzo di conoscenze di carattere generale che trascendono la comune esperienza ci si debba avvalere di atti formali, nei quali consiste il procedimento probatorio, che consentono la piena osservanza del principio del contraddittorio.

Se tuttavia si considera la consulenza tecnica come un mezzo di prova la stessa dovrà, conseguentemente, essere sottoposta agli ordinari giudizi preventivi di ammissibilità e di rilevanza sicché dovrà essere innanzitutto ammissibile, nel senso che non deve proporre indagini vietate dalla legge, dovrà essere astrattamente rilevante, nel senso che deve vertere sul *factum probandum* o su un fatto secondario, e perciò deve essere pertinente, ed infine dovrà essere concretamente rilevante, ossia la fonte e il mezzo di prova devono essere idonei a introdurre nel processo le conoscenze fattuali che ne costituiscono l'oggetto e inoltre devono essere non superflui.

Va da sé che il giudizio di rilevanza sarà diverso a seconda del tipo di consulenza tecnica. E così, nel caso dell'accertamento tecnico la rilevanza della prova deve essere apprezzata avendo di mira l'elemento fattuale che ne costituisce direttamente l'oggetto; nel caso, invece, della valutazione tecnica la rilevanza della prova deve essere apprezzata avendo di mira l'elemento fattuale già acquisito nel processo.

Procedendo oltre, un ulteriore rilevante è rappresentato dal requisito dell'idoneità della consulenza tecnica, come strumento di formazione della prova scientifica. In altri termini, si ritiene che la stessa possa essere disposta solo se il metodo di cui ci si vuole avvalere abbia validità

scientifico²⁶¹. Requisito questo che mira ad evitare che nel processo entrino prove falsamente scientifiche. Sennonché appare evidente come un tale controllo non possa essere delegato dal giudice agli esperti, atteso che sono proprio loro l'oggetto del controllo, ma dovrà essere compiuto dal giudice stesso, con l'ausilio delle parti, in seno al contraddittorio, e a tal fine il giudice dovrà tener conto dell'opinione dominante nella comunità scientifica del settore.

Al riguardo, la giurisprudenza, al fine di raccordare il potere officioso di iniziativa probatoria con la regola sull'onere della prova, ha riconosciuto il dovere del giudice di disporre la consulenza tecnica c.d. percipiente soltanto quando la stessa costituisca l'unico strumento di accertamento di un fatto non altrimenti comprovabile²⁶².

²⁶¹ Si veda ancora Lombardo, *Prova scientifica e osservanza del contraddittorio*, cit., p. 1110 ss.

²⁶² Al riguardo si veda Cass., 13 marzo 2009, n. 6155 secondo la quale "La consulenza tecnica di ufficio, non essendo qualificabile come mezzo di prova in senso proprio, perché volta ad aiutare il giudice nella valutazione degli elementi acquisiti o nella soluzione di questioni necessitanti specifiche conoscenze, è sottratta alla disponibilità delle parti ed affidata al prudente apprezzamento del giudice di merito. Questi può affidare al consulente non solo l'incarico di valutare i fatti accertati o dati per esistenti (consulente deducente), ma anche quello di accertare i fatti stessi (consulente percipiente), ed in tal caso è necessario e sufficiente che la parte deduca il fatto che pone a fondamento del suo diritto e che il giudice ritenga che l'accertamento richieda specifiche cognizioni tecniche", nonché Cass., 14 gennaio 1999 n. 321 secondo la quale "La consulenza tecnica, pur avendo, di regola, la funzione di fornire al giudice una valutazione relativa a fatti già probatoriamente acquisiti al processo, può legittimamente costituire, *ex se*, fonte oggettiva di prova qualora si risolva non soltanto in uno strumento di valutazione, bensì di accertamento di

Ossia si ritiene che tale strumento possa essere ammesso nelle ipotesi in cui l'accertamento della situazione di fatto possa essere compiuto esclusivamente attraverso il ricorso a determinate cognizioni tecnico-scientifiche; sicché, allorquando viene formulata la richiesta di ammissione di una consulenza al fine di accertare l'esistenza dei fatti posti a fondamento di una domanda o di una eccezione, il giudice non potrà respingere detta istanza semplicemente imputando a chi l'abbia presentata il mancato assolvimento dell'onere della prova; né potrà, nel decidere la causa, dopo aver rifiutato di disporre la consulenza tecnica, ritenere come non provati i fatti che la consulenza stessa avrebbe potuto accertare.

La giurisprudenza²⁶³, tuttavia, ha escluso che il giudice abbia il dovere di ricorrere alla consulenza tecnica, pur quando essa si presenti ammissibile e rilevante, quando si tratti di accertare un fatto che può essere provato facendo ricorso ad altri mezzi di prova. In questo modo viene attuato il principio secondo cui, quando si tratta di accertare situazioni di fatto che avrebbero potuto essere

situazioni di fatto rilevabili esclusivamente attraverso il ricorso a determinate cognizioni tecniche, così che, in tal caso, viola la legge processuale il giudice di merito che ne rifiuti l'ammissione sotto il profilo del mancato assolvimento, da parte dell'istante, dell'onere probatorio di cui all'art. 2697 c.c.". In questo senso si vedano inoltre Cass., 1 marzo 2007, n. 4853; Cass., 5 settembre 2006, n. 19047; Cass., 8 gennaio 2003, n. 87; Cass., 31 luglio 2002, n. 11359; Cass., 15 aprile 2002, n. 5422; Cass., 5 luglio 1996, n. 6166; Cass., 16 marzo 1996, n. 2205.

²⁶³ Trib. Bari, 28 settembre 2010, n. 2898, in *Giurisprudenzabarese.it*, 2010; Cass., 12 febbraio 2008, n. 3374; Cass., 5 ottobre 2006, n. 21412; Cass., 11 marzo 2004, n. 4993; Cass., 8 gennaio 2004, n. 88; Cass., 10 luglio 2004, n. 12809; Cass., 1 ottobre 1999, n. 10871; Cass., 13 maggio 1999, n. 4755; Cass., 16 marzo 1996, n. 2205.

provate diversamente dai contendenti (e non lo sono state) le parti non possono sottrarsi all'onere probatorio e, quindi, legittimamente il giudice può negare la consulenza tecnica richiesta da quella parte che intenda in tal modo supplire alla deficienza delle proprie deduzioni probatorie.

In realtà, la concezione per cui si esclude che il giudice abbia il dovere di disporre la consulenza tecnica per accertare un fatto quando le parti lo avrebbero potuto provare utilizzando altri mezzi di prova, sembra in qualche modo contrastare con la moderna interpretazione della regola sull'onere della prova. Come, infatti, abbiamo visto in precedenza²⁶⁴, questo principio non viene più inteso come una regola rivolta alla parte, ma come regola rivolta al giudice, che consente allo stesso di decidere quando il fatto risulta incerto. In altri termini, il principio dell'onere della prova viene considerato una norma di chiusura del sistema che soccorre al giudice quando è in una situazione di dubbio. Così ragionando, ogniqualvolta risultano sussistenti i presupposti di esercizio del potere probatorio d'ufficio, ossia se esistono una lacuna istruttoria e una fonte di prova idonea a colmarla, il giudice dovrebbe disporre la consulenza tecnica c.d. percipiente; adempimento questo che potrebbe essere sollecitato dalle parti. Resta inteso che il giudice potrebbe respingere la relativa istanza, ai sensi degli articoli 187 e 209 c.p.c., tutte le volte in cui ritenga che i fatti siano già stati provati, ossia quando ritenga già formato il suo convincimento.

Emerge quindi con evidenza la stretta connessione sussistente fra l'istituto della consulenza tecnica e il principio del libero convincimento: il giudice è libero di ritenersi convinto in relazione alla sussistenza di un determinato fatto con la conseguenza che viene meno il

²⁶⁴ Vedi *supra* paragrafo 3.4.

dovere di disporre un mezzo di prova, utile all'accertamento del fatto stesso²⁶⁵.

La conclusione raggiunta con riferimento alla consulenza c.d. percipiente merita di essere ritenuta valida anche per la valutazione tecnica, ossia per le ipotesi in cui la consulenza è necessaria non per acquisire nuovi elementi di prova ma quando serve per acquisire le regole della scienza o della tecnica. Al riguardo, ci si domanda, peraltro, se in questi casi il giudice sia sempre tenuto a disporre la consulenza o se invece possa farne a meno valutando gli elementi di prova in base a regole che trascendono la comune esperienza e che egli ritiene di conoscere personalmente. Come è noto, con riferimento a questo problema un ruolo rilevante è sempre stato attribuito al principio *iudex peritus peritorum*, che è stato interpretato in senso estensivo, ossia ritenendo che il giudice sia libero non solo nella fase di valutazione della perizia ma altresì di decidere se disporla o meno. Così ragionando si è ritenuto che il giudice non sia tenuto a nominare un consulente quando dispone o ritiene di disporre delle conoscenze tecniche o scientifiche, che trascendono la cultura dell'”uomo medio”, necessarie per decidere la causa²⁶⁶.

²⁶⁵ Cass, 27 ottobre 2004, n. 20814; Cass., 1 aprile 2004, n. 6396; Cass., 21 luglio 2004, n. 13593.

²⁶⁶ In questo senso, Giudiceandrea, voce *Consulente tecnico*, cit., p. 533; Dones, *Struttura e funzione della consulenza civile*, Milano, 1961, p. 118 s.

In giurisprudenza si veda Cass., 26 giugno 2007, n. 14759 ove si legge che “Il giudice di merito, per la soluzione di questioni di natura tecnica o scientifica, non ha alcun obbligo di nominare un consulente d'ufficio, ma può ben fare ricorso alle conoscenze specialistiche che abbia acquisito direttamente attraverso studi o ricerche personali”. In questo senso si vedano inoltre Trib. Milano,

Siffatta soluzione si presta peraltro a una serie di obiezioni atteso che la stessa può comportare pericoli di errori di giudizio; non senza contare che la necessità di fare ricorso ad esperti, per esigenze di coerenza interna del sistema, non deve essere valutata con riferimento al singolo giudice individualmente preso, ma prendendo in considerazione la cultura media della comunità sociale.

Alla luce di tali considerazioni si ritiene che tutte le volte che il giudice deve compiere una valutazione tecnica di un elemento di prova, egli debba considerarsi tenuto a disporre la consulenza tecnica²⁶⁷. Questa del resto viene ritenuta la *ratio* sottesa al divieto di scienza privata di cui all'art. 115 c.p.c., ovvero quella di fare in modo che le conoscenze empiriche che vanno oltre il patrimonio culturale dell' "uomo medio" entrino nel processo necessariamente assistite per il tramite del contraddittorio processuale.

In virtù di tali considerazioni si ritiene quindi che la corretta interpretazione dell'art. 61 c.p.c. debba essere che vi è discrezionalità del giudice nel verificare la necessità di disporre la consulenza ("quando è necessario") ma vi è anche doverosità alla nomina del consulente ogniqualvolta sia necessario integrare la scienza ufficiale del giudice. Sicché allorquando si legge nella predetta norma che il

31 dicembre 2005, n. 14015, in *Giustizia a Milano*, 2006, 1, p. 7; Cass., 16 luglio 2003, n. 11143 secondo la quale "il giudizio sulla necessità ed utilità di disporre una consulenza tecnica d'ufficio rientra nel potere discrezionale del giudice di merito, la cui decisione è, di regola, incensurabile in Cassazione, tanto più allorché il giudice disponga di elementi istruttori e di cognizioni proprie, integrati da presunzioni e da nozioni di comune esperienza, sufficienti a dar conto della soluzione adottata".

²⁶⁷ Sul punto si veda Lombardo, *Prova scientifica e osservanza del contraddittorio*, cit., p. 1114 ss.

giudice “può farsi assistere” ciò significa solo che siamo in presenza di un potere officioso che non abbisogna dell’iniziativa di parte.

La mancata osservanza di quanto rilevato comporta ovviamente conseguenze sul piano dei vizi della sentenza. Ed invero, allorquando il giudice rimane inerte e risulta che il ricorso alla consulenza tecnica avrebbe potuto mutare l’esito del giudizio di fatto, oppure, a maggior ragione, quando sia stato sollecitato dalle parti ad esercitare il suo potere officioso, e la mancata iniziativa probatoria del giudice riguarda un punto decisivo della controversia, la sentenza risulterà viziata sotto il profilo del difetto di motivazione e sarà, pertanto, censurabile in sede di legittimità *ex art. 360 n. 5 c.p.c.*

Detta conclusione merita di essere accolta anche nei casi in cui il collegio giudicante sia integrato da esperti, atteso che, come rilevato in precedenza, la finalità di detta integrazione è unicamente quella di mettere il giudice in condizione di partecipare meglio al contraddittorio processuale circa gli aspetti di natura tecnico-scientifica. Sicché si ritiene che “il convincimento del giudice ancorché libero (meglio sarebbe dire “prudente”, come vuole l’art. 116 c.p.c.) deve essere il risultato di ciò che progressivamente viene formandosi nel crogiolo del processo, con il fattivo contributo di tutti i soggetti che vi partecipano. Libero convincimento del giudice, perciò, deve essere inteso come libertà del giudice di apprezzare gli elementi di prova acquisiti nel contraddittorio, sulla base di criteri selezionati, dibattuti e verificati nel contraddittorio”²⁶⁸.

Compiute tali osservazioni, diviene tuttavia necessario porsi un ulteriore problema strettamente connesso con il

²⁶⁸ Così Lombardo, *op. cit.*, p. 1118.

tema in esame. Ed invero, preso atto che il consulente utilizza leggi della scienza o della tecnica che vanno oltre il patrimonio culturale dell'”uomo medio”, bisogna domandarsi quale possibilità abbia il giudice di operare un controllo sul giudizio del perito. Tale problema in passato è stato risolto da alcuni ordinamenti attraverso il conferimento di un'efficacia vincolante alle risultanze della perizia, facendo della stessa una figura di prova legale²⁶⁹.

Gli ordinamenti moderni, invece, tendono a riconoscere in capo al giudice un ampio margine di libertà nel valutare i risultati della perizia, facendone il c.d. *peritus peritorum*.

Senonché questa formula assume significati diversi nei vari ordinamenti in virtù di due fattori. Il primo di questi fattori è rappresentato dal modo in cui si intende il principio della libera valutazione del giudice, mentre il secondo è rappresentato dal controllo che, nel corso del procedimento, viene esercitato sull'esercizio, da parte del giudice, del potere discrezionale di libera valutazione delle prove.

Siffatta conclusione altro non fa che ricondurre il discorso ai temi esaminati all'inizio della trattazione, e porta inoltre a evidenziare ancora una volta che l'esame della disciplina delle prove negli ordinamenti processuali moderni è strettamente collegata anche con il clima politico e culturale in cui il principio della libera

²⁶⁹ In questo senso si veda Lombardo, *op. cit.*, p. 1118 ss. ove vengono riportati alcuni esempi come l'art. 298 c.p.c. greco del 1834 che, a determinate condizioni, attribuiva efficacia vincolante alle conclusioni dei periti, oppure l'art. 178 dell'abrogato codice della capitale argentina, che prevedeva l'efficacia di prova legale alla perizia, pure nel concorso di certe condizioni. Sul tema si veda inoltre Denti, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, cit., p. 429.

valutazione opera nei diversi paesi. La ragione di questa evoluzione rispetto al passato la possiamo rinvenire nel fondamento stesso del processo che si può individuare nell'adesione della collettività al ragionamento del giudice, quale suo rappresentante²⁷⁰.

Senonché oggi è necessario tenere in dovuta considerazione l'eventualità, quanto mai possibile, che il ruolo del giudice finisca per svilirsi dinanzi alla forza probatoria di alcune prove scientifiche, che potrebbe comportare, altresì, il risorgere di un nuovo sistema di prove legali, fondato sull'autorità degli esperimenti scientifici²⁷¹. Detto rischio merita tanto più di ritenersi fondato soprattutto se si considera l'atteggiamento di parte della giurisprudenza²⁷² che tende ad attribuire un ruolo eccessivo a talune prove scientifiche finendo di farle prevalere in modo indiscriminato su altre prove di segno contrario²⁷³.

Proprio per tali ragioni, al fine di evitare questo pericolo, diviene allora necessario che l'acquisizione e l'utilizzazione delle regole tecnico-scientifiche avvenga all'interno del contraddittorio. In questo modo le parti possono contribuire all'elaborazione della consulenza tecnica e far sì che il giudice possa svolgere correttamente il suo ruolo di *peritus peritorum*.

²⁷⁰ Cfr. Denti, *ult. op. cit.*, p. 433; Lombardo, *ult. op. cit.*, p. 1119.

²⁷¹ In questo senso Lombardo, *op. cit.*, p. 1119; Stalteri, *Genetica e processo: la prova del'dna fingerprint'. Problemi e tendenze*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1993, p. 216 ss.

²⁷² Per tutte si vedano Corte Appello Catania, 21 luglio 2009, in *Dir. fam.*, 2009, 4, p. 1775; Cass., 22 settembre 2008, n. 23944; Cass., 16 aprile 2008, n. 10007; Cass., 22 luglio 2004, n. 13665; Cass., 11 maggio 1982, n. 2925; Cass., 12 novembre 1984, n. 5687.

²⁷³ Sul punto si veda ancora Stalteri, *op. cit.*, p. 216 ss.

Quindi il giudice dovrà in primo luogo compiere un apprezzamento circa l'attendibilità estrinseca della consulenza tecnica, ossia dovrà valutare se il perito da lui nominato sia in grado di fornire una rappresentazione esterna, in quanto non si può escludere a priori che il perito svolga il suo compito con la dovuta imparzialità. Valutazione, quest'ultima, che il giudice potrà compiere servendosi di argomenti del tutto analoghi a quelli che utilizza per valutare l'attendibilità dei testimoni. Il giudice dovrà poi verificare l'attendibilità intrinseca della consulenza tecnica, ossia dovrà valutare se la cognizione interna dell'esperto corrisponda effettivamente alla realtà empirica. È su questo punto che il giudice potrà trovarsi in maggiore difficoltà proprio perché "uomo medio". Pertanto, questa valutazione la potrà compiere innanzitutto verificando le premesse di fatto operate dal perito, ma soprattutto dovrà tener conto dell'opinione dominante della comunità scientifica.

È solo a questo punto, ovvero se l'operato dell'esperto supera questo controllo, che il giudice potrà riconoscere all'esito della consulenza tecnica un determinato grado di attendibilità. Ma ovviamente la questione più importante è che il giudice comunque dovrà valutare la consulenza alla luce dei risultati delle altre prove acquisite.

Ciò premesso è bene prendere atto della circostanza per la quale sinora abbiamo utilizzato il termine "scienza" senza soffermarci compiutamente sull'esatta portata del concetto. Ed invero, i giuristi tendenzialmente presuppongono una concezione della scienza quanto mai generica, sulla scorta dell'immagine di scienza fornita dalla cultura positivista dell'800. Concezione che si riferisce solo alle c.d. scienze dure o naturali, come la chimica, la fisica, l'ingegneria, la medicina e la biologia. Questa concezione, tuttavia, non include una quantità di

saperi che, non essendo considerati “scientifici” nel significato abituale del termine, non vengono concepiti come dotati di uno *status* tale da richiedere l’ausilio di esperti per essere utilizzati²⁷⁴. Ciò comporta che l’utilizzo delle nozioni che fanno parte di questi saperi avviene ad opera del giudice il quale le trae dalla propria scienza privata.

Ma non solo. Tale evidente lacuna è maggiormente paradossale se si considera che, al contrario, in sede giudiziaria è quanto mai frequente l’utilizzo di tipi di saperi, come la grafologia, la cui effettiva valenza scientifica è, come noto, discussa.

Al riguardo è bene peraltro evidenziare come oggi sia comunque in corso un’importante evoluzione caratterizzata da un lato dal progresso delle scienze tradizionali che sono in grado di fornire strumenti sempre più raffinati ed attendibili, e dall’altro dall’ampliamento della categoria di scienze ritenute utili o necessarie nel processo. Si pensi a materie quali l’economia, la psicologia, la sociologia, l’etnologia, l’antropologia, o meglio le c.d. scienze umane, le quali stanno iniziando a ricevere una considerazione di utilità al fine di decidere sui fatti della causa. La conseguenza di ciò è molto importante se si pensa che allora il giudice dovrà arrestarsi di fronte a questi saperi e non affidarsi alla sua scienza privata. Al riguardo risulta ancora una volta estremamente efficace un’affermazione di Taruffo secondo il quale: “...si potrebbe dire che l’evoluzione in atto è nel senso di far

²⁷⁴ In questo senso Taruffo, *Conoscenza scientifica e decisione giudiziaria: profili generali*”, in *Decisione giudiziaria e verità scientifica*”, in *Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2005, p. 4.

ricorso sempre meno alla scienza privata del giudice, e di far ricorso sempre più alla scienza degli scienziati”²⁷⁵.

Al giudice, peraltro, non compete unicamente questo compito ma, come visto, egli è altresì tenuto innanzitutto a nominare l’esperto. Sennonché la disciplina positiva apprestata dal nostro legislatore è alquanto generica atteso che l’art. 61 c.p.c. pone come requisito la “particolare competenza tecnica”, utilizzando quindi una formula molto vaga. E neppure l’art. 15 disp. att., in tema di requisiti per l’iscrizione all’albo, è in grado di offrire maggiori garanzie. Pertanto, il problema che si pone non è soltanto quello che nel processo entri una scienza “cattiva” ma anche quello che possano prendervi parte anche dei “cattivi” esperti.

Infine, e prima di concludere l’esame di questo tema, non si può mancare di porsi un ultimo interrogativo rappresentato dalla questione circa quali siano gli obiettivi e i risultati che i giuristi si aspettano dalla scienza. In altri termini, partendo dalla premessa per cui, come abbiamo visto, in seno al giudizio di fatto il giudice non farà altro che scegliere l’ipotesi più probabile, è ovvio che quello che si richiede alla scienza è di fornire il grado di probabilità sull’esistenza o inesistenza del fatto. È bene, tuttavia, prendere atto che se pure esistono scienze, come l’analisi del DNA in tema di accertamento della paternità naturale, che sono in grado di fornire risultati con un grado di probabilità quasi del 100%, è vero anche che vi sono scienze che formulano le proprie conclusioni semplicemente mediante dati statistici, o comunque con percentuali di attendibilità molto bassi. Ed è bene, infine, prendere atto che può accadere, soprattutto dinanzi a questioni giuridiche molto complesse ove quindi è anche

²⁷⁵ Taruffo, *ult. op. cit.*, p. 6.

complesso il fatto da provare, che lo stesso perito possa non essere in grado di capire il senso delle domande che il giudice gli rivolge, o che addirittura ciò che il giudice chiede sia qualcosa che nella scienza non esiste o non può essere trovato. Come può accadere, altresì, che la scienza non sia ancora in grado di fornire risposte valide²⁷⁶.

²⁷⁶ Al riguardo risultano alquanto utili alcuni esempi riportati da Bonatti in *Il giudice e i silenzi della scienza*, in *Decisione giudiziaria e verità scientifica*, in *Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2005, cit., p. 85 e ss. Il primo è il caso “Di Bella”, nel quale si discuteva se la multiterapia del professore modenese rappresentasse, secondo i criteri indicati dalla scienza medica, un efficace rimedio contro certi tipi di tumori. In attesa che le istituzioni sottoponessero il protocollo alla sperimentazione necessaria e stabilissero le proprietà antitumorali della terapia proposta, la scienza non era in grado di determinare l’efficacia del trattamento. Vennero instaurate molte cause nelle quali il paziente richiedeva al giudice di ordinare alle strutture sanitarie la somministrazione gratuita dei farmaci previsti dalla cura di Di Bella. Questi casi però dovevano essere risolti senza l’ausilio della scienza. Il ragionamento dei giudici si è così orientato su dati desunti dall’osservazione empirica e hanno dapprima disposto la somministrazione gratuita in via d’urgenza, considerata la rilevanza del diritto tutelato, poi nel processo dovevano stabilire se, con una prova scientifica che non poteva risolvere ogni dubbio, il richiedente presentava segni di miglioramento o se il decorso della malattia restava regolare. In altri termini, nel primo caso il giudice si convinceva dell’efficacia della terapia e accoglieva la domanda; altrimenti applicava la regola sull’onere della prova.

Un secondo esempio riportato dall’Autore riguarda il caso della “mucca pazza”, che è stato risolto dagli organi di giustizia comunitari. In questo caso bisognava determinare quale fosse il veicolo di diffusione del contagio tra i capi di bestiame e in che modo il morbo poteva colpire anche l’uomo. Anche in questo caso le conoscenze scientifiche erano insufficienti. La Corte di giustizia ha però risolto la controversia facendo applicazione del principio di

precauzione: le frammentarie indicazioni che la scienza è in grado di offrire possono comunque fondare misure contenitive che permettono di contemperare i contrapposti interessi oggetto del giudizio.

CAPITOLO QUARTO

ATIPICITA' DELLA PROVA E LIBERO CONVINCIMENTO

SOMMARIO: 4.1 Il concetto di prova c.d. atipica. 4.2 L'ammissibilità delle prove atipiche nel nostro ordinamento giuridico. 4.3 Analisi delle più ricorrenti fattispecie di prove atipiche. 4.4 L'efficacia. 4.5 Limiti e garanzie. 4.6 Le prove illecite.

4.1 Il concetto di prova c.d. atipica. In un'accezione del tutto generale con il termine prova atipica si definisce la prova "diversa" dai tipi e modelli legali previsti dal codice²⁷⁷.

²⁷⁷ La letteratura in tema di prove atipiche è assai vasta. Fra le opere principali si possono annoverare: Taruffo, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, cit., p. 389 ss.; Cavallone, *Critica della teoria delle prove atipiche*, cit., p. 684 ss. ora anche in *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., p. 335 ss.; Montesano, *Le «prove atipiche» nelle «presunzioni» e negli «argomenti» del giudice civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, p. 233 ss.; Tarzia, *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 639 ss.; Chiarloni, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1986, p. 836 ss., ora anche in *Formalismi e garanzie (Studi sul processo civile)*, Torino, 1995, p. 193 ss.; G. F. Ricci, *Le prove atipiche*, Milano, 1999; Maero, *Le prove atipiche nel processo civile*, Padova, 2001; Carratta, *Prove e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 27 ss.; Cavallone, *Prove nuove*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 35 ss.; Ariola, *Le prove atipiche nel processo civile*, Torino, 2008; Lombardo, *Profili delle prove civili atipiche*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, p. 1447 ss.

Tale significato appare peraltro approssimativo; ad un'analisi più attenta emerge infatti che il termine in questione si presta a definire almeno due realtà tra loro distinte. Ed invero, da un lato il concetto di prova atipica denota la prova non prevista dalla legge (c.d. prova innominata) ma, dall'altro, può indicare anche le deviazioni da uno schema probatorio già esistente, quando non riferita al mezzo di prova bensì al meccanismo di assunzione. Nel primo caso il termine viene quindi utilizzato con riferimento alla fonte di convincimento di cui il giudice si avvale, ovvero per riferirsi all'utilizzazione di uno strumento probatorio non previsto dalla legge²⁷⁸. E così, un esempio di prova atipica è rappresentato dagli scritti dei terzi che, al di fuori dei casi di cui agli articoli 2699 e seguenti del codice civile, nonché dell'articolo 213 del codice di procedura civile, non sono espressamente individuati nella disciplina positiva in quanto il modo tipico attraverso il quale il terzo contribuisce all'accertamento del fatto è la testimonianza, che, come è noto e fatta salva la recente previsione normativa della testimonianza scritta²⁷⁹, non può essere resa fuori dal giudizio²⁸⁰.

²⁷⁸ Cfr. G. F. Ricci, *Le prove atipiche*, cit., p. 42.

²⁷⁹ Come è noto, attraverso la riforma operata con L. 69/2009 è stato introdotto nel processo di cognizione l'istituto della testimonianza scritta, disciplinata dall'art. 257 *bis* c.p.c. a norma del quale "Il giudice, su accordo delle parti, tenuto conto della natura della causa e di ogni altra circostanza, può disporre di assumere la deposizione chiedendo al testimone, anche nelle ipotesi di cui all'articolo 203, di fornire, per iscritto e nel termine fissato, le risposte ai quesiti sui quali deve essere interrogato" nonché dall'art. 103 *bis* disp. att. c.p.c. Detto istituto, già operante da diverso tempo in molti ordinamenti stranieri, era peraltro già previsto anche nel nostro sistema per il giudizio arbitrale. Per un

esame del tema nonché delle perplessità sollevate con riferimento alle esigenze di garanzia del contraddittorio e dei principi del giusto processo che tale istituto solleva si vedano per tutti: Corsini, *La prova testimoniale assunta in forma scritta*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 856 ss.; Picozza, *La prova per testimoni tra deposizione orale e testimonianza scritta a seguito della riforma del 2009*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 869 ss.; Battaglia-Lupo, *Spazi ancora stretti per la testimonianza scritta*, in *Guida al diritto*, 2010, 23, p. 21 ss.; Finocchiaro G., *Testimonianza scritta: predisposto il modello per i procedimenti successivi al 4 luglio 2009*, in *Guida al diritto*, 2010, 12, p. 85 ss.; Lamorgese, *Profili comparatistici su prova testimoniale civile e testimonianza scritta*, in *Questione Giustizia*, 2010, 1, p. 141 ss.; Salvaneschi, *La riduzione del tempo del processo nella nuova riforma dei primi due libri del codice di rito*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1560 ss.; Consolo, *La legge di riforma 18 giugno 2009, n. 69: altri profili significativi a prima lettura*, in *Corriere Giuridico*, 2009, 7, p. 877 ss.; Balena, *Sulla testimonianza scritta ripensamenti opportuni (Commento a l. 18 giugno 2009, n. 69)*, in *Guida al diritto*, 2009, 28, p. 17 ss.; Proto Pisani, *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2009, c. 221 ss.

Al riguardo è molto interessante una recente pronuncia del Tribunale di Varese del 17 dicembre 2009 in *Diritto e Giustizia*, 2010, secondo la quale “L'introduzione della testimonianza scritta non solo proceduralizza l'ingresso nel processo degli scritti dei terzi ma getta anche nuova luce sul passato, consentendo di escludere che abbia alcuna efficacia la testimonianza "fuori processo" di un soggetto estraneo al rapporto sostanziale intercorso fra le parti in causa”.

²⁸⁰ Si tenga presente che gli scritti dei terzi costituiscono l'ipotesi più frequente di prove atipiche. Per un esame di questa fattispecie si veda Montesano, *Le «prove atipiche» nelle «presunzioni» e negli «argomenti» del giudice civile*, cit., p. 235 ss.; Chiarloni, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, cit., p. 836 ss.; Cavallone, *Critica alla teoria delle prove atipiche*, cit., p. 684 ss.

In questa prospettiva un esempio di prova atipica è rappresentato anche dalla perizia stragiudiziale²⁸¹ nonché dall'utilizzazione della sentenza come mezzo di prova²⁸².

La giurisprudenza è concorde nel ritenere ammissibili gli scritti dei terzi attribuendo ad essi valore indiziario. Al riguardo si veda Cass., 23 giugno 2010, n. 15169 secondo la quale “Le scritture private provenienti da terzi possono essere liberamente contestate, non essendo soggette alla disciplina sostanziale di cui all’art. 2702 c.c. né a quella processuale di cui all’art. 214 c.p.c., sicché non è necessario impugnarle per falsità e tanto discende dal fatto che le stesse hanno valore di prove atipiche ed un valore meramente indiziario e sono inidonee a costituire di per sé, l’unica fonte di convincimento per il giudice del merito, pur essendo suscettibili di integrare il fondamento della decisione nel concorso di altri elementi che ne confortino la credibilità e l’attendibilità”. In questo senso si vedano inoltre: Cass., 8 gennaio 2010, n. 76; Cass., 12 settembre 2008, n. 23554; Cass., 12 marzo 2008, n. 6620; Cass., 30 novembre 2005, n. 26090; Cass., 3 agosto 2002, n. 11652; Cass., 14 febbraio 2002, n. 2149; Cass., 14 agosto 2001, n. 11105; Cass., 14 giugno 2001, n. 8063; Cass., 21 novembre 2000, n. 15027; Cass., 1 agosto 2000, n. 10041; Cass., 9 marzo 2000, n. 2668; Cass., 10 aprile 2000, n. 4503; Cass., 26 settembre 2000, n. 12763; Cass., 4 novembre 1998, n. 11077; Cass., 17 gennaio 1995, n. 482; Cass., 5 settembre 1984, n. 4767; Cass., 7 giugno 1984, n. 2440; Cass., sez. 23 marzo 1984, n. 1928; Cass., 21 ottobre 1980, n. 5675; Cass., 8 aprile 1980, n. 2264; Cass., 15 febbraio 1980, n. 1144.

²⁸¹ Sulla perizia stragiudiziale si rinvia a quanto evidenziato nella nota n. 251. Sul tema si veda in ogni caso Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 421 ss.; Cavallone, *ult. op. cit.*, p. 684; Montesano, *ult. op. cit.*, p. 235; Denti, *Perizie, nullità processuali e contraddittorio*, in *Dall’azione al giudicato*, Padova, 1983, p. 295 ss.

²⁸² Per questo tema si veda Calamandrei, *La sentenza civile come mezzo di prova*, in *Opere giuridiche*, V, Napoli 1972, p. 559 ss. Si veda anche Taruffo, *ult. op. cit.*, p. 404 ss.

Dall'altro lato, il termine prova atipica è volto invece a connotare il modo attraverso il quale la prova viene assunta. In questo senso vengono indicate quelle ipotesi in cui il *factum probandum*, pur essendo oggetto di un mezzo istruttorio tipico, non viene introdotto nel giudizio secondo uno dei procedimenti di acquisizione stabiliti dal diritto, ma attraverso un procedimento diverso²⁸³. Un esempio si ha con l'ispezione non verbalizzata, ovvero quell'ispezione che viene acquisita dal giudice non attraverso la normale documentazione prevista dalla legge bensì mediante un suo processo logico mentale al quale la parte rimane del tutto estranea²⁸⁴.

Risultano quindi di immediata evidenza le differenze fra queste due concezioni di atipicità, atteso che nel primo caso siamo di fronte a un mezzo di prova non previsto dall'ordinamento, mentre nel secondo caso abbiamo un mezzo tipico che tuttavia viene acquisito in deroga alle regole che presiedono al meccanismo dell'assunzione. In altri termini, nella prima ipotesi il convincimento del giudice si forma attraverso una fonte non contemplata dall'ordinamento, nella seconda ipotesi la particolarità consiste nel fatto che la fonte prevista dal sistema viene introdotta nel processo derogando ai principi da questo imposti.

Senonché l'atipicità riferita al modo di acquisizione della prova deve essere considerata un fenomeno a parte,

²⁸³ In questo senso Ricci, *Le prove atipiche*, cit., p. 43; Taruffo, *ult. op. cit.*, p. 395 ss.; Cavallone, *ult. op. cit.*, p. 689 ss.; Comoglio, *Garanzie costituzionali e prove atipiche nel procedimento camerale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1976, p. 1162 ss.

²⁸⁴ Cavallone, *ult. op. cit.*, p. 690. Per l'inesistenza giuridica dell'ispezione giudiziale non verbalizzata si veda Cass., 9 maggio 1958, n. 1530. Per i rischi derivanti dall'utilizzo di queste prove atipiche si veda Montesano, *ult. op. cit.*, p. 234.

in quanto se nel primo caso di atipicità tendenzialmente non esiste alcun preciso divieto normativo, in questo, ovvero nell'utilizzazione di canali d'informazione diversi da quelli stabiliti dal diritto, ci si potrebbe arrestare dinanzi agli articoli 115 c.p.c. e 97 disp. att. c.p.c. che, come abbiamo visto²⁸⁵, vietano l'uso da parte del giudice della sua c.d. scienza privata²⁸⁶.

Ciò significa che la domanda che ci si deve porre con riferimento a questo secondo fenomeno - che inoltre comprende i casi in cui il procedimento acquisitivo sia quello tipico ma posto in essere in deroga a qualche principio che lo regola o trascurando qualche requisito di ammissibilità - è se le norme che prevedono dei requisiti per l'ammissione o per l'assunzione di una prova abbiano carattere inderogabile o meno e non già se il catalogo del codice debba considerarsi tassativo o meno.

E' evidente che si tratta di situazioni fra loro profondamente diverse, che meritano quindi di essere tenute adeguatamente distinte.

Da quanto sinora rilevato si può allora ritenere che il concetto di prova atipica propriamente inteso possa essere

²⁸⁵ Vedi *supra* paragrafo 3.7.

²⁸⁶ Sulla base di tale differenza si sono ritenute ammissibili le prove atipiche del primo tipo e non già quelle del secondo e ciò poiché da un lato gli strumenti istruttori previsti dal codice sono stati ritenuti di per sé idonei ad acquisire al processo ogni fonte di prova e, dall'altro, consentire l'utilizzazione di canali di informazione diversi da quelli tipici è stato ritenuto equivalente ad ammettere che il giudice possa servirsi della propria scienza privata per ricostruire i fatti. Così Montesano, *Le «prove atipiche» nelle «presunzioni» e negli «argomenti» del giudice civile*, cit., p. 234 ss.

Si consideri in ogni caso che la differenza individuata è rinvenibile anche in coloro che ritengono ammissibili le prove atipiche sotto entrambi i profili. In questo senso si veda Taruffo, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, cit., p. 395.

utilizzato solo per riferirsi al caso dell'atipicità della fonte di convincimento²⁸⁷. Sennonché, non pare corretto utilizzare il concetto di atipicità solo per riferirsi a un mezzo non previsto dalla legge, in quanto detto concetto non si presta a ricomprendere tutte le situazioni che generalmente vengono fatte rientrare nell'ambito delle prove fuori catalogo. Se infatti consideriamo la distinzione in tre categorie operata da un autorevole Maestro²⁸⁸ che appunto distingue fra le prove create dal progresso della scienza, quelle sostitutive di corrispondenti prove tipiche e quelle raccolte in un altro giudizio, emerge come il concetto di atipicità ben può essere riferito alle prime due categorie ma non alla terza, che fa invece riferimento a normali prove tipiche che hanno solo la caratteristica di essere valutate in una sede diversa da quella in cui sono state raccolte.

Di conseguenza, se si vuole parlare di prove atipiche anche con riferimento a quest'ultima categoria non è sufficiente sostenere che la prova atipica indica solo i mezzi probatori non previsti dall'ordinamento.

Ma non solo. Si consideri che comunemente nel novero delle prove atipiche si tende ad inserire anche il caso dell'uso a fini probatori di strumenti previsti dal diritto ma per altro scopo (ad esempio impiego della perizia come mezzo di prova oppure della sentenza²⁸⁹). Non senza rilevare, infine, che alcuni autori²⁹⁰ fanno rientrare in

²⁸⁷ In questo senso si veda G. F. Ricci, *Le prove atipiche*, Milano, 1999, p. 48.

²⁸⁸ Tarzia, *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, cit., p. 640 ss.

²⁸⁹ Vedi *supra* note 275 e 276.

²⁹⁰ Si veda ad esempio Taruffo, *ult. op. cit.*, p. 419 ss. In giurisprudenza è possibile trovare pronunce che tendono addirittura a enfatizzare il valore del comportamento processuale delle parti.

quest'ultima categoria anche il caso in cui si ricavano elementi di convincimento dal comportamento processuale delle parti, che per legge dovrebbe essere fonte unicamente di argomenti di prova e non già di prove in senso stretto.

Alla luce di tali considerazioni emerge allora come il concetto di atipicità è in grado di ricomprendere una serie di fenomeni eterogenei difficilmente riconducibili ad unità, il che comporta la necessità di individuare una definizione più ampia. Al riguardo è stato sostenuto²⁹¹ che con il termine in questione ci si debba riferire ad ogni fonte di prova non espressamente prevista come tale dall'ordinamento ma tenendo conto, al contempo, che in concreto il tema si può articolare nelle seguenti situazioni: a) quella dell'impiego a fini probatori di strumenti non previsti dal codice, siano essi prove nuove o prove sostitutive di normali prove tipiche; b) quella dell'impiego a fini probatori di strumenti previsti dal codice ma

In questo senso si veda, ad esempio, Cass., 26 luglio 2007, n. 14748 ove si legge che “Il comportamento processuale (nel cui ambito rientra anche il sistema difensivo adottato dal loro procuratore) o extraprocessuale delle parti, può costituire, ai sensi dell'art. 116 c.p.c., non solo elemento di valutazione delle risultanze acquisite, ma anche unica e sufficiente fonte di prova idonea a sorreggere la decisione del giudice di merito”. Così anche Cass., 8 febbraio 2006, n. 2815; Cass., 4 maggio 2005, n. 9279; Cass., 27 gennaio 2005, n. 1658; Cass., 10 agosto 2002, n. 12145; Cass., 19 luglio 2002, n. 10568; Cass., 21 gennaio 1984, n. 533; Cass., 23 aprile 1983, n. 2806.

²⁹¹ In questo senso si veda G. F. Ricci, *ult. op. cit.*, p. 50 e ss. il quale rileva come detta tripartizione sia in grado “di ricomprendere sotto un unico angolo visuale fenomeni differenti, ma aventi una problematica di fondo comune ... Ma non va trascurato che vi sono principi generali comuni, che possono imporre in tutte le fattispecie ... il rispetto delle medesime regole e dei medesimi criteri”.

destinati ad altro scopo; c) quella, infine, dell'uso a fini probatori di strumenti previsti dalla legge a tale scopo ma raccolti in una sede diversa da quella in cui sono valutati.

Prima di procedere oltre è bene tuttavia soffermarsi, seppur brevemente, ad analizzare le modalità attraverso le quali la dottrina sotto la vigenza del codice del 1865 risolse il problema delle prove atipiche. Ed invero, la stessa individuò una serie di ipotesi nelle quali il convincimento del giudice poteva essere ricavato da situazioni non rientranti nell'ambito dei normali mezzi di prova previsti dal diritto e l'esistenza di tale possibilità venne sostenuta anche da coloro che ritenevano tassativo il catalogo dei mezzi di prova. E così, pur tenendo fermo il principio di tassatività, tanto che si riteneva che la legge sarebbe stata violata qualora il magistrato avesse fondato il suo convincimento su di un mezzo di prova non riconosciuto come tale normativamente, veniva attribuito valore probatorio alla sentenza resa *inter alios* affermando che se questa non poteva opporsi ai terzi come cosa giudicata, poteva però costituire elemento di convinzione per decidere una controversia diversa²⁹².

Ma non solo. Ed invero, vennero individuate anche altre situazioni "atipiche", ad esempio nella possibilità di ricavare elementi di convincimento da prove raccolte in un diverso giudizio civile o penale con i soli requisiti che le parti fossero le stesse e che le prove del diverso giudizio fossero state raccolte con le formalità previste dal

²⁹² In tal senso si veda F. Ricci, *Delle prove*, Torino, 1891, p. 2; Id., *Commento al codice di procedura civile italiano*, II, Firenze, 1905, p. 2. Il valore probatorio della sentenza resa fra altre parti era comunemente ammesso in dottrina: Coniglio, *Le presunzioni nel processo civile*, Palermo, s.d., p. 236; Ramponi, *La teoria generale delle presunzioni nel diritto civile italiano*, cit., p. 326.

diritto²⁹³. Oppure, ancora, venne risolto in senso positivo il quesito della sopravvivenza o meno delle prove raccolte dal giudice incompetente²⁹⁴.

Le fattispecie ricondotte dalla dottrina in questo ambito erano, peraltro, anche altre. Ad esempio oltre ai documenti c.d. dispositivi (contenenti ovvero una dichiarazione costitutiva di un negozio giuridico) vennero considerati fondanti il convincimento del giudice anche gli scritti contenenti una semplice informazione ovvero “una notizia che in realtà corrisponde ad una dichiarazione testimoniale”²⁹⁵ (ossia la testimonianza stragiudiziale). Oppure, ancora, vi fu chi ritenne che elementi di convincimento si potessero ricavare da qualunque prova scritta che per qualsiasi ragione non è dotata di piena e giuridica efficacia probatoria (c.d. prove scritte imperfette)²⁹⁶. Infine venne conferita efficacia probatoria alle ammissioni contenute negli scritti difensivi e alle affermazioni presenti nelle relazioni dei periti²⁹⁷.

Da quanto rilevato emerge quindi come la dottrina formatasi sotto la vigenza del codice del 1865 senza saperlo, in quanto nessun autore pose la questione se effettivamente fosse possibile costruire una categoria di prove fuori catalogo, finì per trovarsi di fronte al problema delle prove atipiche. Detto problema peraltro non venne affrontato in quanto, come abbiamo accennato, dato

²⁹³ Per tutte queste tematiche si veda F. Ricci, *Delle prove*, cit., p. 25 ss.

²⁹⁴ Cfr. F. Ricci, *Delle prove*, cit., p. 29 ss.

²⁹⁵ Così Coniglio, *op. cit.*, p. 198 ove afferma che a tali scritti deve attribuirsi efficacia indiziaria, per cui in concorso con altri indizi, possono fornire al giudice un materiale complesso di valutazione.

²⁹⁶ Così Ramponi, *op. cit.*, p. 326; Coniglio, *op. cit.*, p. 235.

²⁹⁷ Così Ramponi, *op. cit.*, p. 325; Coniglio, *op. cit.*, p. 236.

indiscutibile era rappresentato dalla tassatività dei mezzi di prova. In altri termini, sotto la vigenza del codice del 1865 la dottrina evidenziò dette situazioni anomale e le prese in considerazione come dati di fatto ormai acquisiti senza tuttavia soffermarsi sul problema relativo all'efficacia da attribuirsi a queste figure "anomale". Ed invero, al riguardo, solo alcuni autori tentarono di dare una sistemazione a questi fenomeni inserendoli nell'ambito delle presunzioni semplici²⁹⁸. Senonché è stato rilevato come l'inserimento delle varie figure di prove atipiche nel campo delle presunzioni comportò un errore concettuale del quale la dottrina non si accorse²⁹⁹. Ed invero, allorché ci si riferisce agli indizi ci si riferisce a fatti, mentre quando ci si riferisce a una prova atipica ci si trova di fronte non a fatti ma ad atti giuridici, ovvero a strumenti aventi una specifica finalità prevista dall'ordinamento che è quella di attestare il fatto in essi contenuto. In altri termini è stato giustamente rilevato³⁰⁰ come non si debba confondere il contenente con il contenuto, e che voler conferire a questi fenomeni un'efficacia probatoria "inferiore" rappresenta un discorso diverso da quello della loro qualificazione.

Solo con Mortara³⁰¹ e con Lessona³⁰² si ebbe la prima enunciazione esplicita del principio della non tassatività

²⁹⁸ Al riguardo si veda Coniglio, *op. cit.*, p. 198 ss. che sostenne che alle prove raccolte dal giudice incompetente o nel giudizio penale, alla sentenza resa fra altre parti, alle prove scritte imperfette, alle affermazioni contenute nelle relazioni dei periti, avrebbe dovuto attribuirsi un'efficacia indiziaria.

²⁹⁹ In questo senso G. F. Ricci, *Le prove atipiche*, cit., p. 60 ss.

³⁰⁰ Così G. F. Ricci, *op. cit.*, p. 61 ss.

³⁰¹ Mortara, *Commento del codice e delle leggi di procedura civile*, Milano, 1923, I.

³⁰² Lessona, *Trattato delle prove in materia civile*, Firenze, 1922, I.

dei mezzi di prova. Questi autori, infatti, non si limitarono a indicare quali fossero le ipotesi nelle quali il giudice avrebbe potuto fondare il proprio convincimento su fonti atipiche ma andarono alla radice del problema sostenendo che la legittimità dell'utilizzo di tali mezzi atipici avrebbe dovuto essere ricondotta proprio dall'assenza nell'ordinamento di un sistema chiuso. E così, Mortara dapprima sostenne che il termine prova è volto a designare alcuni istituti che sono "classificati" dalla legge come tali in quanto ritenuti idonei a tale funzione, ribadendo, comunque, la necessità di combattere la comune credenza secondo la quale la prova giudiziaria non può che derivare dai mezzi legali di accertamento³⁰³. Lessona, in modo ancora più preciso, osservò invece che il sistema positivo vigente sotto il codice del 1865 non conteneva affatto "una

³⁰³ Mortara, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, cit., p. 540 ss., il quale sostenne appunto che "accolto in più ristretto significato, cioè per indicare il modo di accertamento giudiziale dei fatti che formano oggetto di contrasto fra le parti, il nome prova serve a designare concretamente alcuni istituti giuridici che sono classificati e riconosciuti dalla legge come idonei, ora in tutti i casi, ora con talune restrizioni, ora in casi particolari soltanto, allo scopo della prova giudiziaria, vale a dire che possono essere usati dalle parti nel processo per convincere il magistrato della verità ed esattezza dei fatti sui quali fanno fondamento in modo rispettivo, per giustificare il diritto dell'una contro l'altra vantato e di cui invocano la protezione dall'ufficio giurisdizionale. (...) è da respingere, nell'odierno modo di considerare la funzione della giustizia civile, l'idea che il magistrato, rispetto alla prova sia assolutamente passivo e che tutto quanto concerne questa materia sia contenuto nell'orbita delle facoltà e dei diritti delle parti litiganti. (...) Va dunque eliminata fino dal principio la credenza che la prova giudiziaria non possa derivare se non dai mezzi legali di accertamento classificati e riconosciuti, come dianzi dicevo, dalla legge."

enunciazione dei mezzi di prova accompagnata da una dichiarazione di tassatività”³⁰⁴.

Detta enunciazione merita attenzione atteso che per merito di essa si aprì la strada alla possibilità di individuare anche altre ipotesi, ovvero gli strumenti probatori nuovi all’epoca sfuggenti, senza fermarsi a quei fenomeni che venivano conosciuti dalla prassi giurisprudenziale.

Ciò premesso, è stato comunque rilevato come in ogni caso ciò che mancò negli studi di questi autori fu l’enunciazione di un preciso criterio attraverso il quale le prove non previste dalla legge dovessero essere valutate³⁰⁵. Al riguardo vi fu infatti chi ritenne che alle stesse dovesse conferirsi la medesima efficacia delle prove storiche e chi invece sostenne la necessità di degradare la loro efficacia a quella delle presunzioni³⁰⁶. Il criterio che di volta in volta venne utilizzato fu quello della necessità del rispetto del contraddittorio; criterio che, peraltro, non venne ritenuto valido per due ragioni³⁰⁷. La prima di queste ragioni è rappresentata dal fatto che questo criterio poco si addice alle figure probatorie che si formano al di fuori del giudizio (ad esempio le – in allora – “nuove” prove come la fotocopia); la seconda ragione è rappresentata invece dal fatto che il criterio del contraddittorio poco si presta anche per le prove raccolte in un altro giudizio quando questo sia quello penale, in quanto nello stesso il contraddittorio funziona in modo diverso dal processo civile e diverso è anche il modo di raccogliere le prove.

³⁰⁴ Così Lessona, *Trattato delle prove in materia civile*, cit., p. 12 ss.

³⁰⁵ Sul punto si veda G. F. Ricci, *op. cit.*, p. 64 ss.

³⁰⁶ Lessona, *op. cit.*, I, p. 14 ss. Si veda inoltre F. Ricci, *Commento al codice di procedura civile italiano*, cit., II, p. 2.

³⁰⁷ Sul punto si veda G. F. Ricci, *op. cit.*, p. 65 ss.

Ciò premesso, quindi, anche se il problema dell'ammissibilità delle prove atipiche, sotto la vigenza del codice del 1865, venne risolto, rimase comunque ancora il problema della loro valutazione, ossia persistette ancora il dubbio circa l'efficacia da attribuirsi a queste figure probatorie.

Fu solo con Carnelutti³⁰⁸ che nella dottrina italiana venne individuato per la prima volta un criterio per la valutazione delle prove non previste dalla legge. Detto criterio fu basato essenzialmente sullo strumento analogico il cui funzionamento venne articolato in due direzioni. Innanzitutto venne ritenuto necessario valutare se il mezzo atipico fosse suscettibile di analogia con un eventuale corrispondente mezzo tipico, e qualora ciò non fosse stato possibile il problema venne risolto mediante il rinvio al principio disposto dall'articolo 1354 del codice civile del 1865 per le prove critiche, secondo il quale le presunzioni, il cui valore non era stabilito dalla legge, erano lasciate alla "prudenza del giudice". Veniva in questo modo enunciato il noto principio carneluttiano per cui "le prove storiche, la cui valutazione non viene regolata dalla legge, espressamente o per analogia, si valutano secondo l'esperienza del giudice"³⁰⁹.

Da quanto esaminato finora emerge con chiarezza che i problemi relativi alle prove atipiche sono essenzialmente quelli relativi alla loro ammissibilità e quelli relativi alla loro efficacia, ed è parimenti emerso come le due questioni meritino di essere tenute distinte. Di conseguenza scopo della presente analisi dovrà essere quello di individuare preliminarmente se siano ammissibili prove atipiche

³⁰⁸ Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale civile*, III, 2, Padova, 1923, p. 342 ss.

³⁰⁹ In questo senso G. F. Ricci, *op. cit.*, p. 70.

all'interno del nostro ordinamento per poi individuare, qualora detta indagine dia esito positivo, quale debba essere l'efficacia da attribuirsi a queste figure probatorie.

4.2 *L'ammissibilità delle prove atipiche nel nostro ordinamento giuridico.* Esaminando la dottrina in materia³¹⁰, ma soprattutto leggendo alcune sentenze ove si sostiene che “nel vigente ordinamento processuale, improntato al principio del libero convincimento del giudice, è ammessa la possibilità che egli ponga a fondamento della decisione prove non espressamente previste dal codice di rito, purché sia fornita adeguata motivazione della relativa utilizzazione, rimanendo, in ogni caso, escluso che tali prove «atipiche» possano valere ad aggirare preclusioni o divieti dettati da disposizioni sostanziali o processuali, così introducendo surrettiziamente elementi di prova che non sarebbero altrimenti ammessi o la cui ammissione richieda il necessario ricorso ad adeguate garanzie formali”³¹¹, pare

³¹⁰ Si vedano per tutti Taruffo, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, cit., p. 389 ss.; Id., *Note per una riforma del diritto delle prove*, cit., p. 270 ss.; Id., *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 377; Montesano, *Le «prove atipiche» nelle «presunzioni» e negli «argomenti» del giudice civile*, cit., p. 233 ss.; Tarzia, *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, cit., p. 639 ss.; Chiarloni, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, cit., p. 833 ss.

³¹¹ Così Cass., 5 marzo 2010, n. 5440. In questo senso si vedano anche altre pronunce ove appunto l'ammissibilità delle prove atipiche nel nostro ordinamento viene data per acquisita: Cass., sez. unite, 23 giugno 2010, n. 15169 ove si legge che “le scritture private provenienti da terzi estranei alla lite possono essere liberamente contestate dalle parti atteso che esse costituiscono prove atipiche il cui valore probatorio è meramente indiziario e che possono, quindi, contribuire a fondare il convincimento del giudice

che la questione circa l'ammissibilità delle prove atipiche debba ormai ritenersi risolta in senso positivo, per non dire quasi addirittura scontata.

Se poi si considera la riforma legislativa avvenuta nella procedura penale nel 1988 che con l'art. 189 ha espressamente ammesso l'impiego delle prove c.d. innominate, si potrebbe ritenere che ormai vi sia nel nostro ordinamento una generale apertura del catalogo delle prove.

Senonché non pare corretto fermare l'analisi del tema delle prove atipiche a questo punto, atteso che se si muove l'attenzione sugli accesi dibattiti dottrinali emersi sul tema emerge come il problema dell'ammissibilità delle prove atipiche necessiti in realtà un esame più attento.

unitamente agli altri dati probatori acquisiti al processo”; Trib. Ivrea, 14 maggio 2008, n. 73, in *Foro padano*, 1, p. 255; Tribunale Tivoli, 30 novembre 2006, in *Redazione Giuffrè*, 2007; Cass., 24 febbraio 2004, n. 3642; Cass., 27 marzo 2003, n. 4666 ove si legge che “nell’ordinamento processuale vigente, in forza del principio di cui all’art. 116 c.p.c., il giudice può legittimamente porre a base del proprio convincimento anche prove cosiddette atipiche, purché idonee a fornire elementi di giudizio sufficienti, se ed in quanto non smentite dal raffronto critico con le altre risultanze del processo, con il solo limite di dare congrua motivazione dei criteri adottati per la sua valutazione”; Trib. Roma, 20 maggio 2002, in *Giur. di Merito*, 2002; Cass., 26 settembre 2000, n. 12763 viene esplicitato che “nell’ordinamento processuale vigente, manca una norma di chiusura sulla tassatività tipologica dei mezzi di prova. Ne consegue che il giudice può legittimamente porre a base del proprio convincimento anche prove cosiddette atipiche, purché idonee a fornire elementi di giudizio sufficienti, se ed in quanto non smentite dal raffronto critico riservato al giudice di merito e non censurabile in sede di legittimità, se congruamente motivato - con le altre risultanze del processo”.

Meritano infatti di non essere sottovalutati i rilievi di coloro che hanno sostenuto l'esistenza del principio di tassatività del catalogo dei mezzi di prova³¹², le critiche mosse da coloro che non credono possibile la costruzione di una teoria delle prove atipiche³¹³, o le considerazioni di coloro che hanno ritenuto ammissibili solo alcuni tipi di prove atipiche o solo in particolari ipotesi³¹⁴.

Al riguardo si consideri in primo luogo che la riforma avvenuta per il processo penale è stata considerata non determinante per un'analisi del medesimo problema in sede civile atteso che la comparazione fra istituti di ordinamenti diversi, sicuramente utile per uno studio del fenomeno, ha una sua valenza solo vengono tenuti in considerazione dovuti limiti³¹⁵. Ed invero, con riferimento al tema della prova, è stato rilevato come, soprattutto dopo l'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale, il processo civile e quello penale sembrano percorrere cammini diversi³¹⁶. In altri termini, operare una netta comparazione fra questi due ordinamenti al fine di poter trarre conclusioni in merito al tema delle prove atipiche nel processo civile è apparso alquanto fuorviante, soprattutto se si considera che l'introduzione dell'art. 189 c.p.p. non è avvenuta senza difficoltà³¹⁷.

³¹² Per tutti si veda Laserra, *Critica delle cosiddette «prove innominate»*, in *Giur. it.*, 1960, I, 1, 838 ss.

³¹³ Cavallone, *Critica alla teoria delle prove atipiche*, cit., p. 679 ss.; Id., *Prove nuove*, cit., p. 35 ss., spec. p. 50 ss.

³¹⁴ Tarzia, *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, cit., p. 640 ss.; Chiarloni, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, cit., p. 859 ss.

³¹⁵ Così G. F. Ricci, *op. cit.*, p. 76.

³¹⁶ In questo senso G. F. Ricci, *op. cit.*, p. 76 ss.

³¹⁷ Per un esame di tale profilo si veda G. F. Ricci, *Le prove atipiche*, cit., p. 79 ss., ove l'Autore ricorda che il precedente

L'opinione dominante in dottrina è infatti nel senso che l'introduzione dell'ammissibilità delle prove atipiche nel processo penale sia dovuta ad una sopravvalutazione dei principi del libero convincimento del giudice e dell'accertamento della verità materiale che vengono considerati dei cardini intangibili del processo penale e che una simile giustificazione, sempre secondo la citata dottrina, non sarebbe riscontrabile nel processo civile ove invece nessuno ha mai parlato di verità materiale e dove il principio del libero convincimento ha avuto uno spazio più ridotto³¹⁸.

A questo punto diviene quindi necessario procedere con l'esame delle varie giustificazioni che di volta in volta vengono addotte per rendere ammissibili le prove atipiche nel processo civile.

Al riguardo, uno degli argomenti che viene maggiormente sostenuto al fine di considerare ammissibili le prove atipiche nel nostro ordinamento consiste nella mancanza di una norma di chiusura che limiti il novero delle prove utilizzabili a quelle espressamente previste dal codice³¹⁹. Ed invero, a ben guardare una norma di tale tenore non è rinvenibile nel nostro ordinamento;

progetto preliminare del codice di procedura penale all'art. 179 aveva espressamente escluso l'ammissibilità delle prove innominate. Detto progetto venne poi ultimato nel 1977 e pubblicato nel 1978.

³¹⁸ In questo senso si veda per tutti Florian, *Delle prove penali*, cit., p. 323.

³¹⁹ In questo senso si vedano Taruffo, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, cit., p. 389 ss.; Cappelletti, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., p. 270 ss. Per la critica all'impostazione in termini di tassatività o esemplificatività del catalogo delle prove si veda invece Cavallone, *Critica della teoria delle prove atipiche*, cit., p. 687 ss.

senonché tale constatazione non viene ritenuta un argomento talmente decisivo per il tema in esame. Al riguardo, infatti è stato rilevato come sia parimenti possibile sostenere il contrario, ovvero ritenere che l'analitica e capillare elencazione dei vari mezzi istruttori previsti dal codice sia in grado di far intendere che il legislatore abbia voluto stabilire in modo preciso gli strumenti utilizzabili, in funzione di specifiche garanzie che solo essi sono in grado di soddisfare. Detta disciplina dei mezzi istruttori estremamente eterogenea è stata infatti ritenuta in grado di far pensare che è solo a siffatti mezzi che il legislatore ha voluto circoscrivere la funzione di ricostruire il fatto³²⁰.

Senonché sotto tale profilo è stata sostenuta anche la tesi contraria ossia è stato rilevato che l'analitica disciplina dei mezzi di prova sarebbe indice della volontà del legislatore di conferire a tali figure probatorie un valore particolare, determinato a priori (prove legali) o liberamente valutabile e che la mancata previsione delle prove atipiche consisterebbe unicamente in una mancanza di disciplina positiva della loro efficacia³²¹. Di conseguenza, il catalogo legislativo non dovrebbe essere considerato un ostacolo all'ammissione delle prove atipiche ma il suo effetto sarebbe solo quello di determinare una selezione per ciò che riguarda il valore del materiale istruttorio.

Da un altro punto di vista è stato invece rilevato come il catalogo dei mezzi istruttori previsto dal codice, essendo molto ampio, bene si presterebbe a ricomprendere anche

³²⁰ Comoglio, *Le prove civili*, cit., p. 21 ss.; Grasso, *Dei poteri del giudice*, cit., p. 1305.

³²¹ Cfr. Taruffo, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, cit., p. 397 ss.

nuovi mezzi istruttori (ad esempio nuove tecniche scientifiche) tramite il ricorso al meccanismo dell'analogia. Sicché, secondo parte della dottrina il problema delle prove atipiche potrebbe risolversi rifacendosi al criterio carneluttiano dell'analogia³²². Al riguardo, è stato peraltro evidenziato come una soluzione così semplicistica non sia in realtà in grado di risolvere il problema in esame poiché da un lato si dà per scontato che le prove atipiche siano ammissibili nel nostro ordinamento ma soprattutto perché, dall'altro, non è certo che il ricorso all'analogia sia il metodo più adatto per determinare il valore da conferire a questi tipi di prove³²³.

Di conseguenza l'assenza di una "norma di chiusura" non pare possa considerarsi elemento sufficiente per risolvere il problema dell'ammissibilità delle prove atipiche in quanto occorre, invece, verificare se è possibile rinvenire nel diritto positivo elementi che possano permettere di ritenere il silenzio del legislatore come un assenso implicito a tale possibilità³²⁴.

Nozioni di diritto positivo nel senso sopra esposto potrebbero sembrare le varie norme che indicano la possibilità per il giudice di fare uso, in certe materie, di "ogni mezzo di prova" (art. 219, primo comma, c.c.; art. 269, secondo comma, c.c.; art. 452, primo comma, c.c.) o che prevedono che ogni mezzo di prova è "ammesso" (art.

³²² Sul punto si veda Denti, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, cit., p. 417.

³²³ G. F. Ricci, *op. cit.*, p. 85. Con riferimento alle critiche al sistema dell'analogia si veda Taruffo, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, cit., p. 396 ss. Secondo Tarzia, *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, cit., p. 639 ss., invece, il criterio dell'analogia può essere impiegato per le prove di nuova formazione ma non per le altre prove atipiche.

³²⁴ In questo senso G. F. Ricci, *Le prove atipiche*, cit., p. 86.

950, secondo comma, c.c.), oppure, ancora, quelle che indicano che il fatto può essere accertato con “qualsiasi” mezzo di prova (art. 2704, secondo e terzo comma, c.c.).

Tali norme, invero, potrebbero far ritenere che nel nostro ordinamento le prove atipiche siano ammesse. Al riguardo è stato sottolineato che se di ammissibilità si vuole parlare lo si può fare ma non in via generale; in altri termini, è stato ritenuto che l’ammissibilità delle prove atipiche debba essere circoscritta a casi specifici³²⁵. Ma ancora più rilevante è l’obiezione secondo la quale in questi casi il legislatore avrebbe in realtà solo voluto consentire la possibilità di superare i limiti ai quali normalmente sono sottoposti i mezzi di prova e non già garantire l’ammissibilità delle prove atipiche se pur relativa³²⁶.

Ciò premesso si può quindi rilevare come in realtà non sia possibile derivare l’ammissibilità delle prove atipiche solo dall’equivoca formulazione delle norme sopra citate.

Altra parte della dottrina ha invece evidenziato che l’assenza di una norma di chiusura potrebbe essere tratta dall’ampia accezione del termine “documento” operata dal

³²⁵ In questo senso Comoglio, *Le prove civili*, cit., p. 22.

³²⁶ Se si esamina l’art. 219, primo comma, del codice civile, infatti, si può ritenere che esso significa che la prova della proprietà di un immobile può essere data con ogni mezzo e non per atto scritto come generalmente è previsto e lo stesso può valere per le altre norme menzionate. Al riguardo Comoglio, *ult. op. cit.*, p. 22, nota n. 42, nel citare alcuni esempi di norme come l’art. 219 afferma infatti come “l’elemento letterale non è univoco ove, in luogo di un’implicita apertura a mezzi non previsti dall’ordinamento, è forse più corretto ravvisare un riferimento obbligato al diritto positivo vigente ed a qualsiasi mezzo dal medesimo disciplinato in forma tipica, di cui eccezionalmente s’intenda consentire l’utilizzazione anche al di fuori di gerarchie predeterminate o di limitazioni selettive”.

codice di procedura civile rispetto al codice civile. Tale tesi si riferisce in particolare al n. 5 dell'art. 163 c.p.c. che pare non far supporre che il legislatore abbia voluto riferirsi alle sole prove documentali previste dal codice civile³²⁷. E ciò condurrebbe a un risultato evidentemente eccessivo se si aderisse alla tesi per la quale le prove atipiche dovrebbero essere solo documentali³²⁸ atteso che così ragionando si legittimerebbe in via generale l'ammissibilità delle prove innominate.

Sul punto è stato in realtà obiettato che in questo modo non si è in grado di avallare l'ammissibilità delle prove atipiche che non hanno carattere documentale come il comportamento processuale o extraprocessuale delle parti³²⁹. Ma soprattutto è stato rilevato che dalla nozione di documento adottata dall'art. 163, n. 5, c.p.c. non è

³²⁷ Cfr. Comoglio, *Le prove civili*, cit., p. 24, nota n. 44.

³²⁸ In questo senso Chiarloni, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, cit., p. 834, nota 24, il quale sostiene la natura documentale delle prove atipiche e di conseguenza afferma che sembrerebbe incongruo proporre il problema della loro ammissibilità giacché come documenti esse potrebbero essere acquisite al processo mediante il semplice deposito, dovendo il disposto dell'art. 187, quarto comma, c.p.c., nella formulazione anteriore alla riforma del 1990, sul giudizio di ammissibilità e rilevanza, essere circoscritto alle sole prove costituenti. Di altro avviso sono invece i rilievi di Tarzia, *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, cit., p. 638. Infatti, secondo l'Autore, anche per le prove precostituite si pone come essenziale il vaglio di ammissibilità, con la sola particolarità che esso non si svolge anticipatamente in istruttoria ma soltanto al momento della decisione.

³²⁹ Fra gli autori che ritengono prove atipiche il comportamento processuale ed extraprocessuale delle parti ed il comportamento extraprocessuale di determinati terzi si veda Taruffo, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, cit., p. 429.

possibile derivare con certezza che il legislatore abbia voluto riferirsi a una realtà più ampia di quella a cui si riferisce il codice civile atteso che il termine “documento” utilizzato nel codice di procedura sarebbe da intendersi solo in senso formale. In altri termini, secondo tale dottrina, tale termine sarebbe stato utilizzato all’unico fine di indicare il supporto cartaceo mediante il quale si fanno entrare nel processo le normali prove documentali previste dalla legge e solo quelle; ciò significherebbe, quindi, che anche se si volesse ritenere ammissibile, *ex art. 163, n. 5, c.p.c.* il deposito di qualsiasi documento ancorché diverso dai modelli del codice, ciò non sarebbe sufficiente per ritenere che tutti i documenti esibiti debbano essere presi in considerazione, soprattutto se si aderisce alla tesi per cui anche le prove precostituite sono comunque assoggettate a un giudizio di ammissibilità prima di poter essere valutate. Giudizio di ammissibilità che verrà condotto tenendo conto delle fattispecie previste dal codice civile e non certo all’art. 163, n. 5, c.p.c.³³⁰.

Alla luce di quanto esposto, si può allora ritenere che la semplice mancanza di una norma di chiusura non è di per sé sufficiente per ammettere le prove atipiche nel nostro ordinamento con la conseguenza che ciò deve essere tratto da elementi più certi in grado di dimostrare come il legislatore non abbia avuto l’intenzione di istituire un catalogo tassativo di mezzi di prova.

A tal fine è necessario quindi superare questo dato e procedere con l’esame di altre teorie volte ad ammettere le prove atipiche nel nostro ordinamento. A questo proposito, e soprattutto ai fini che interessano, è utile analizzare il pensiero di quella parte della dottrina che considera impossibile, per un ordinamento informato al principio del

³³⁰ In questo senso G. F. Ricci, *Le prove atipiche*, cit., p. 94.

libero convincimento del giudice escludere l'utilizzazione delle prove atipiche³³¹. Detta teoria ritiene invero che se si ha di mira la più completa esplicazione del principio del libero convincimento del giudice non dovrebbe permettersi che l'accertamento della verità possa essere derivato solo dagli strumenti d'indagine specificamente previsti dalla legge. Tuttavia, riprendendo alcune considerazioni fatte nel corso della presente trattazione, abbiamo evidenziato come ad oggi il significato del principio del libero convincimento del giudice si allontana molto da quello originale con la conseguenza che questa regola viene molte volte stravolta nelle sue concrete applicazioni³³². Ed abbiamo evidenziato, altresì, come ci siano interpretazioni erranee che riconducono l'attività conoscitiva del giudice a un fenomeno di pura coscienza non sottoponibile a controlli di sorta. Sicché, anche se questo modo di intendere il principio del libero convincimento permetterebbe di giustificare l'utilizzo delle prove atipiche, lo stesso pare non meriti di essere accolto poiché, come abbiamo visto, il principio del libero convincimento non significa in alcun modo assenza di limiti nell'accertamento del fatto. Non senza mancare di rilevare che, così ragionando, si aggraverebbe il rischio di arbitrio nella decisione, del resto già insito anche in un sistema basato su un catalogo tassativo di prove.

Atteso peraltro che, come abbiamo avuto modo di rilevare, libero convincimento del giudice non significa

³³¹ Si veda ad esempio Cappelletti, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., I, p. 270, che considera il fenomeno delle prove atipiche come una manifestazione del principio del libero convincimento. In questo senso si veda anche Carnelutti, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, p. 746.

³³² In questo senso anche G. F. Ricci, *Le prove atipiche*, cit., p. 96 ss.

assenza di regole - dovendo il convincimento del magistrato circa la ricostruzione del fatto fondarsi comunque su canoni razionali di decisione – il pericolo di arbitrio potrà essere facilmente superato se appunto si adottano tali criteri anche con riferimento alle prove atipiche. Così ragionando, quindi, l'utilizzo delle prove atipiche non costituirebbe più un pericolo ma anzi anche tali strumenti istruttori sarebbero utili per raggiungere una più precisa ricostruzione del fatto permettendo di sfruttare qualsiasi mezzo di indagine che possa apparire utile.

Ciò significa, quindi, che il problema non è tanto quello di escludere in sé l'utilizzo delle prove atipiche, quanto piuttosto quello di razionalizzarne l'utilizzo sulla base di criteri direttivi. Se così è, tuttavia, emerge con tutta evidenza come il principio del libero convincimento del giudice è in realtà del tutto neutro rispetto alla questione dell'ammissibilità delle prove atipiche, sicché il ricorso allo stesso non è da ritenersi determinante al fine di giustificare l'ammissibilità o meno delle prove atipiche³³³.

A riprova di ciò si consideri ancora una volta quanto rilevato all'inizio della presente trattazione³³⁴, ovvero che il principio del libero convincimento del giudice può essere inteso in due modi. Secondo un primo punto di vista, si ritiene che la ricerca della verità sia un obiettivo talmente importante da non sopportare intralci di sorta e quindi se l'accertamento della verità è l'ultimo fine del processo ad esso deve essere sacrificata ogni regola nel decidere. Così ragionando, libertà di convincimento significa illimitata facoltà del giudicante di operare nella valutazione del materiale istruttorio. Da un secondo punto

³³³ In questo senso si veda ancora G. F. Ricci, *Le prove atipiche*, cit., p. 117 ss.

³³⁴ Vedi *supra* capitolo I.

di vista, invece, si sostiene che per quanto la ricerca della verità sia un obiettivo importante da raggiungere essa non può comunque avvenire in dispregio di principi razionali e regole e valori fondamentali. Sicché avevamo parimenti rilevato come in realtà il problema dell'accertamento della verità materiale e quello del libero convincimento meritino di essere ritenuti operanti su due piani differenti, nel senso che il secondo deve ritenersi riferito esclusivamente alla fase della valutazione della prova e non a quello della sua acquisizione.

Ciò premesso, se di libero convincimento è bene parlare solo con riferimento alla valutazione della prova, merita di essere confermato quanto rilevato in precedenza ovvero che un tale principio ha ben poco a che fare con il problema dell'ammissibilità delle prove atipiche³³⁵. Se, infatti, il principio del libero convincimento viene in considerazione solo nell'ambito delle prove raccolte al fine di stabilirne il valore è evidente che esso è irrilevante al fine di risolvere il problema dell'ammissibilità delle prove atipiche³³⁶.

³³⁵ Cfr. G. F. Ricci, *Le prove atipiche*, cit., p. 122 ss.

³³⁶ In questo senso si veda Taruffo, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, cit., p. 391, ove l'Autore sostiene che il richiamo al principio del libero convincimento non sembra idoneo a dare una soluzione soddisfacente circa l'ammissibilità o meno delle prove atipiche, in quanto "se libertà di convincimento del giudice significa essenzialmente assenza di regole legali inerenti all'efficacia delle prove ... il richiamo a tale principio potrebbe unicamente significare che non esiste alcuna predeterminazione normativa dell'efficacia delle prove atipiche... D'altra parte, né il principio del libero convincimento in generale, né la sua specificazione contenuta nell'art. 116 c.p.c., rilevano al fine di stabilire se il giudice possa fondare l'accertamento dei fatti anche – o soltanto – su prove diverse da quelle positivamente regolate". Analogamente Verde, voce *Prova*. B) *Teoria generale e diritto*

La giustificazione circa l'ammissibilità delle prove atipiche nel nostro ordinamento giuridico viene invece individuata da altra parte della dottrina rifacendosi al concetto di "irreversibilità" delle acquisizioni istruttorie. Secondo questo principio la raccolta del materiale istruttorio da sottoporre al giudice per la decisione avrebbe carattere unidirezionale nel senso che, una volta pervenuto agli atti, anche se ciò si è realizzato in modo irregolare o atipico, quel materiale dovrebbe in ogni caso essere preso in considerazione per decidere³³⁷. Al riguardo, peraltro, è possibile evidenziare come siffatto principio in realtà non si fondi su nessuna espressa previsione normativa bensì unicamente su opinioni volte a esaminare il fenomeno delle prove assunte in modo illegale. In realtà tale problema può considerarsi oggi risolto dall'art. 191 c.p.p. che prevede l'inutilizzabilità delle prove illegittimamente assunte, anche se in realtà la questione non può dirsi definita completamente in quanto da un lato non è affatto sicuro che la regola prevista per il processo penale possa essere direttamente trasferita nel processo civile (bisognerebbe, infatti, dapprima verificare se con il concetto di prova illegittimamente acquisita ci possa riferire a medesimi fenomeni in entrambi i processi) e dall'altro, non è certo se la sanzione comminata nel processo penale possa essere la medesima anche nel processo civile.

processuale civile, cit., p. 605 ove si chiarisce che tale principio fa riferimento esclusivamente alla valutazione delle prove, per cui è da escludersi che sulla base di esso si possa ritenere che il giudice possa utilizzare qualsiasi elemento per formare la sua convinzione.

³³⁷ Circa il principio dell'irretrattabilità delle acquisizioni istruttorie si veda Cavallone, *Critica della teoria delle prove atipiche*, cit., p. 717.

Non senza dimenticare un importante rilievo secondo il quale “purtroppo, non è escluso che la prova inammissibile e invalidamente acquisita, una volta percepita dal giudice, lasci una traccia indelebile: il fenomeno psicologico è irreversibile; ci si deve quindi appagare della mediocre risorsa offerta dal controllo della motivazione”³³⁸.

Parimenti merita di essere rilevato che la tendenza a salvare gli esiti di alcune eventuali acquisizioni irregolari appare più forte nel processo civile, dove non vi è un'espressa norma di limitazione come l'art. 191 c.p.p.³³⁹. L'assenza di un divieto di utilizzazione normativamente previsto può quindi portare a ritenere che esista una regola, seppur implicita, per cui tutto ciò che deriva dall'istruttoria possa assumere un proprio peso. Non senza dimenticare, infine, che l'atteggiamento di salvare il maggior numero di ipotesi di prove irregolari è particolarmente presente in giurisprudenza³⁴⁰.

³³⁸ Così Cordero, *Il procedimento probatorio*, ora in *Tre studi sulle prove*, Milano, 1963, p. 120, nota 37.

³³⁹ In questo senso si veda G. F. Ricci, *Le prove atipiche*, cit., p. 130. Per l'opinione contraria si veda invece Denti, *Interrogatorio formale di parte non legittimata a confessare*, in *Giur. it.*, 1960, 863 ss., che non reputa inefficaci le risultanze dell'interrogatorio reso da una parte che non era legittimata a confessare; Cappelletti, *Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1961, p. 185 ss., che ritiene che il giudice non possa esimersi dal valutare le risultanze dell'interrogatorio o del giuramento, anche se illegalmente ammessi.

³⁴⁰ Al riguardo un esempio interessante è rappresentato dall'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 246 c.p.c. il cui disposto viene considerato un limite non già di ordine pubblico bensì posto solo nell'interesse delle parti, con la conseguenza che la deposizione resa in violazione del medesimo viene considerata affetta da semplice nullità relativa sanabile. In questo senso si veda

A questo punto risulta legittimo domandarsi se nel processo civile si possa veramente parlare di una sorta di irretrattabilità delle acquisizioni istruttorie. Ed ovviamente la risposta che verrà data sarà determinante anche per verificare l'ammissibilità delle prove atipiche nel nostro ordinamento. Se si analizza la giurisprudenza sopra richiamata emerge come la stessa non fondi le sue decisioni sulla base di un presunto principio di irretrattabilità ma abbia per lo più l'interesse a rendere la fase istruttoria il più semplice possibile.

Di conseguenza, e considerato che l'esistenza del citato principio non può ritenersi fondata unicamente sulla base di un atteggiamento, diviene necessario verificare come la dottrina presupponga l'esistenza dello stesso. A tal fine, se si riprende il rilievo prima richiamato di Cordero si potrebbe sostenere che se è vero che il giudice può comunque rimanere psicologicamente condizionato dal materiale istruttorio a lui pervenuto irregolarmente è anche vero che ciò non può significare legittimità dello stesso. Come si può, infine, rilevare - non potendosi in questa sede compiere un'analitica critica alle dottrine volte a mantenere l'efficacia delle risultanze istruttorie irregolari³⁴¹ - che l'istruttoria è connotata da regole che conserva anche se si vuole aderire alle opinioni tendenti a liberalizzare al massimo l'istruzione probatoria. Regole, appunto, che se verranno violate, in modo più o meno ampio porteranno conseguenze circa l'efficacia delle acquisizioni irregolari.

Cass., 25 settembre 2009, n. 20652; Cass., 30 luglio 2004, n. 14587; Cass., 15 giugno 1999, n. 5925; Cass., 3 luglio 1984, n. 3912; Cass., 18 aprile 1984, n. 2509; Cass., 31 gennaio 1983, n. 850; Cass., 10 febbraio 1987, n. 1425.

³⁴¹ Per un compiuto esame del tema si veda G. F. Ricci, *Le prove atipiche*, cit., p. 140 ss.

Procedendo oltre, diviene ora necessario riprendere un assunto citato all'inizio della trattazione ovvero la tesi di parte della dottrina³⁴² secondo la quale le prove atipiche avrebbero natura essenzialmente documentale, il che potrebbe confermarne l'ammissibilità. Ed invero, secondo la dottrina tradizionale, la prova precostituita, fattispecie a cui appartiene il documento, verrebbe acquisita agli atti mediante la semplice attività di produzione ad opera della parte senza bisogno di alcun provvedimento ammissivo a differenza delle prove costituenti che invece devono passare il vaglio del controllo di ammissibilità³⁴³. Come, peraltro, già accennato, questa tesi è stata da più parti criticata in quanto da un lato le prove atipiche non avrebbero unicamente natura documentale, e dall'altro, anche se si volesse ammettere che le prove atipiche abbiano solo natura documentale comunque anche per le prove precostituite si deve ritenere sussistente un giudizio

³⁴² Taruffo, *Note per una riforma del diritto delle prove*, cit., p. 271; Chiarloni, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, cit., p. 834, nota 24.

³⁴³ Denti, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, cit., p. 419 documenti e testimonianze costituirebbero le due categorie fondamentali delle prove. Da questo si può ricavare che il documento esaurisce la categoria delle prove c.d. precostituite ovvero che queste si risolvono sempre in prove a carattere documentale. Si veda inoltre *Mandrioli, Corso di diritto processuale civile*, cit., II, p. 141 il quale afferma che le prove precostituite, come i documenti, entrano nel processo con la loro produzione ossia con la semplice inclusione nel fascicolo di parte. Pertanto a produzione avvenuta al giudice non rimane da svolgere altra attività se non quella del loro apprezzamento o valutazione. Nello stesso senso si veda Taruffo, *ult. op. cit.*, p. 276 il quale ritiene che nel nostro ordinamento manchi un giudizio di rilevanza e di ammissibilità per le prove documentali.

circa la loro ammissibilità, anche se posticipato³⁴⁴. Ciò significa che se le prove atipiche non dovessero essere ammissibili in virtù del principio della tassatività dei mezzi di prova, il giudice potrebbe comunque escluderne l'utilizzo. Di conseguenza si può ritenere che l'ammissibilità delle prove atipiche non può ritenersi fondata nemmeno sull'eventuale ritenuta natura documentale delle stesse.

Per queste ragioni non ci si può non soffermare ancora una volta sul tema relativo al rapporto fra processo e accertamento della verità³⁴⁵. Al riguardo abbiamo visto come la moderna dottrina ritenga che qualsiasi processo debba tendere all'accertamento della verità in quanto nessuna decisione meriterebbe di ritenersi giusta se fondata su un accertamento errato dei fatti. Rimandando, peraltro, alle considerazioni già svolte sul tema, in questa sede ci si deve domandare se da ciò si possa effettivamente dedurre l'ammissibilità delle prove atipiche nel nostro ordinamento giuridico.

A tal fine merita condivisione la tesi secondo la quale la ricerca della verità è da ritenersi meglio conseguita se si permette al giudice di utilizzare la maggior parte dei mezzi di indagine, riducendo, pertanto, le regole di esclusione dei mezzi di prova. Appare infatti indiscutibile che il catalogo dei mezzi di prova previsti dall'ordinamento non è in grado di ricomprendere tutti i mezzi di indagine di cui il giudice si potrebbe effettivamente servire. Talvolta, del resto, solo grazie all'uso di questi ultimi il giudice si trova

³⁴⁴ Si veda per tutti Tarzia, *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, cit., p. 638 ss.

³⁴⁵ Vedi *supra* capitolo I.

nelle condizioni di potersi avvicinare il più possibile alla realtà³⁴⁶.

Tale prospettazione porta peraltro con sé evidenti rischi connessi a questa libertà del giudicante, anche se ciò rappresenta comunque un profilo separato. In questa sede, infatti, ci deve piuttosto domandare se l'obiettivo della ricerca della verità postuli la libertà della prova; e in questo senso abbiamo visto che la risposta non può che risultare affermativa. Altro discorso è invece quello relativo alla convenienza di un siffatto sistema.

In realtà l'argomento più forte che viene addotto per sostenere l'ammissibilità delle prove atipiche è l'utilizzabilità nel nostro ordinamento dell'indizio come mezzo di convincimento³⁴⁷.

Prima di procedere con l'esame di tale teoria è bene peraltro compiere un chiarimento. Ed invero, a differenza del processo penale, il processo civile non codifica il concetto di indizio ma solo quello di presunzione, inserita fra i mezzi di prova negli artt. 2727 ss. c.c. L'indizio è rinvenibile infatti solo sporadicamente, come nell'articolo 241, secondo comma, c.c., sicché non è dato compiere un'elaborazione logica del concetto³⁴⁸. Da qui la tesi dominante secondo la quale quello che effettivamente conta è la presunzione e l'indizio non sarebbe altro che una presunzione sfornita dei requisiti previsti dall'articolo

³⁴⁶ Si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui determinati fatti risultino esclusivamente da una testimonianza resa in sede penale da un teste nel frattempo defunto.

³⁴⁷ Su questo argomento si veda Taruffo, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, cit., p. 393 ss.; Id., *Note per una riforma del diritto delle prove*, cit., p. 271; Chiarloni, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, cit., p. 851 ss.

³⁴⁸ In questo senso si veda G. F. Ricci, *Le prove atipiche*, cit., p. 179 ss.

2729 del codice civile, in quanto tale inidonea ad influire sul convincimento del giudice³⁴⁹.

In realtà tale concezione è stata smentita da parte di coloro che hanno osservato come, anche ammettendo che i requisiti previsti dall'art. 2729 c.c. riguardano la presunzione e non l'indizio, una presunzione che è priva degli stessi non cessa di essere tale degradando a indizio. Infatti, l'articolo 2729 c.c. stabilisce che la mancanza di tali requisiti comporta l'inammissibilità della presunzione e di conseguenza ciò significa che essa continua a sussistere come tale ma non è considerata dotata di efficacia probante. Di conseguenza nel processo civile sussiste sempre e solo la presunzione che può essere dotata di forza decisiva o meno a seconda che abbia i requisiti richiesti o ne sia carente³⁵⁰.

Per trovare una differenza tra indizio e presunzione altra parte della dottrina rileva invece che l'indizio è il fatto noto dal quale si risale al fatto ignoto mentre la presunzione è il ragionamento che permette di collegare i due fatti³⁵¹. Ma oltre a questa diversità per il resto indizio e presunzione si identificano. Questa identità di fondo è

³⁴⁹ Su questo tema si veda Andrioli, voce *Presunzioni (Diritto civile e diritto processuale civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1968, p. 766 ss. dove l'Autore precisa che caduto l'aggancio esegetico con l'art. 1358 c.c. del 1865 nessuna differenza corre oggi fra indizio e presunzione ma tuttavia nella pratica dei tribunali si continua a vedere nell'indizio un procedimento deduttivo che, per essere privo di alcuno dei requisiti menzionati nell'art. 2729 c.c. non è elevato al rango della presunzione semplice. Di conseguenza, secondo tale opinione, l'indizio sarebbe una "prova imperfetta".

³⁵⁰ In questo senso si veda G. F. Ricci, *Le prove atipiche*, cit., p. 180 ss.

³⁵¹ Per tutti si veda Taruffo, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, cit., p. 394.

confermata dal fatto che nel processo penale i requisiti previsti per l'indizio sono gli stessi di quelli previsti dall'art. 2729 del codice civile. Di conseguenza l'unica differenza resta quella già accennata ovvero quella per cui l'indizio si identifica con il fatto noto da cui muove il ragionamento presuntivo.

Ciò premesso, quindi, il concetto di tipicità o atipicità può ritenersi riferito solo all'indizio e non anche alla presunzione poiché solo l'indizio è la circostanza che può servire da premessa per un'inferenza idonea a condurre all'accertamento di un fatto rilevante per il giudizio. È allora possibile notare che l'unica differenza con le prove tipiche sta nel fatto che le stesse consistono in un evento identificato a priori dalla legge ed al quale questa riconnette un'efficacia probatoria mentre l'indizio può essere un qualsiasi fatto purché in concreto sia utile per accertare il fatto. Da quanto detto abbiamo quindi la conferma della intrinseca atipicità dell'indizio. Da questa natura atipica si legittima allora l'ammissibilità di qualsiasi mezzo o strumento che appaia dotato di efficacia probatoria anche se non espressamente previsto dalla legge³⁵².

Quello che peraltro deve rimanere un punto fermo è che devono restare invariati i procedimenti di acquisizione delle fonti di prova³⁵³. In altri termini tramite l'indizio si possono allargare le fonti di convincimento ma non si possono ampliare le vie attraverso le quali tali fonti pervengono al giudice che resteranno quelle previste dal codice.

³⁵² Cfr. G. F. Ricci, *Le prove atipiche*, cit., p. 184 ss.

³⁵³ In questo senso si veda Montesano, *Le «prove atipiche» nelle «presunzioni» e negli «argomenti» del giudice civile*, cit., p. 234; Taruffo, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, cit., p. 394.

La citata teoria è stata peraltro sottoposta a una serrata critica³⁵⁴. È stato, infatti, osservato che di atipicità non si può parlare né con riferimento all'indizio né con riferimento al ragionamento presuntivo, e ciò in quanto nel primo caso il fatto noto, al di fuori dei casi del notorio e della non contestazione, non può essere acquisito al processo se non attraverso fonti tipiche di prova e nel secondo caso perché il ragionamento presuntivo dovrebbe ritenersi essenzialmente tipico essendo l'unico dotato di specifica regolamentazione attraverso l'art. 2727 del codice civile. In realtà alla citata critica è stato replicato innanzitutto che di atipicità non si parla con riferimento al ragionamento presuntivo ma solo con riferimento all'indizio (ovvero al fatto noto da cui parte l'inferenza presuntiva) ed in secondo luogo, che con riferimento all'atipicità riferita all'indizio, abbiamo visto che la stessa riguarda la fonte di prova e non gli strumenti predisposti per la sua acquisizione. Pertanto, è necessario non confondere la fonte di prova con lo strumento volto ad acquisirla agli atti³⁵⁵.

Infine un dato che merita rilievo è rappresentato dal diritto alla prova sancito dall'art. 24 Cost.³⁵⁶, che assume

³⁵⁴ Cfr. Cavallone, *Critica della teoria delle prove atipiche*, cit., p. 701 ss.

³⁵⁵ Per un'analisi completa si veda Cavallone, *ult. op. cit.*, p. 702 ss., mentre per l'obiezione alle stesse si veda G. F. Ricci, *Le prove atipiche*, cit., p. 186 ss.

³⁵⁶ La letteratura processualcivilistica sul tema del diritto alla prova è estremamente copiosa. In una prospettiva di carattere generale si possono indicare i seguenti contributi dottrinali: Cappelletti, *I diritti costituzionali delle parti nel processo civile italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 1971, spec. p. 637 ss.; Id., *La sentenza del bastone e della carota (a proposito della dichiarazione di costituzionalità/incostituzionalità degli artt. 246/247 c.p.c.)*, in

un preciso significato anche con riferimento al tema in esame. Ed invero, se si sostiene che con diritto alla prova ci si riferisce al diritto della parte di impiegare tutte le prove di cui dispone al fine di dimostrare la verità dei fatti che fondano la sua pretesa merita di essere accolta la tesi di coloro che ritengono che ciò significa che ad ogni parte del processo debba darsi la più completa libertà di

Giur. cost., 1974, p. 3586 ss.; Comoglio, *La garanzia costituzionale dell'azione e il processo civile*, Padova, 1970, p. 148 ss., 217 ss.; Id., *Preclusioni istruttorie e diritto alla prova*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, p. 977 ss.; Verde, voce *Prova*, cit., spec. p. 590 ss.; Id., *La prova nel processo civile (profili di teoria generale)*, cit., p. 18 ss.; Trocker, *Processo civile e costituzione*, Milano, 1974, p. 509 ss.; Taruffo, *Il diritto alla prova nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 74 ss.; Id., *Note per una riforma del diritto delle prove*, cit., p. 258 ss.; Id., voce *Prova testimoniale*, cit., p. 739; Cavallone, *L'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto delle prove*, in *Studi parmensi*, 1977, p. 137 ss.; Id., *Oralità e disciplina delle prove nella riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 711 ss.; E.F. Ricci, *Su alcuni aspetti problematici del «diritto alla prova»*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 159 ss.; Glendi, *I poteri del giudice nell'istruttoria del processo tributario*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1985, p. 906 ss.; Tarzia, *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, cit., p. 646 ss.; Miccolis, *Limiti al diritto alla prova e garanzia costituzionale dell'azione*, in *Dir. e giur.*, 1989, p. 43 ss.; Patti, voce *Prova I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, vol. XXV, Roma, 1991, p. 2 ss.; Denti, *Armonizzazione e diritto alla prova*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1994, p. 673 ss.; G.F. Ricci, *Le prove atipiche*, cit., spec. p. 208 ss.; Lombardo, *La prova giudiziale*, cit., p. 368 ss.; Graziosi, *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, Milano, 2003, p. 11 ss.; A. Romano, *La tutela cautelare della prova nel processo civile*, Napoli 2004, p. 62 ss.; Proto Pisani, *Chiose sul diritto alla prova nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Foro it.*, 2008, c. 81 ss.; Capponi, *Il procedimento sommario di cognizione tra norme e istruzioni per l'uso*, in *Corr. giur.*, 2010, 8, p. 1103 ss.

utilizzare tutti gli strumenti che ritiene utili per dimostrare i fatti di causa. La conseguenza sarà allora che tutte le prove rilevanti dovranno considerarsi ammissibili, salvo l'esistenza di specifiche norme che stabiliscono divieti nel caso specifico³⁵⁷. Se infatti aderissimo alla tesi della tassatività dei mezzi di prova andremmo a compromettere il diritto alla prova sancito dalla Costituzione. Di conseguenza è possibile a questo punto fondare l'ammissibilità delle prove atipiche non sulla base dell'assenza di una norma di chiusura ma, come ci eravamo posti di fare, in virtù di un indice della volontà del legislatore in questo senso.

In definitiva, alla luce di quanto esposto emerge che il principio del libero convincimento del giudice non può considerarsi un argomento utilizzabile per sostenere l'ammissibilità delle prove atipiche, anche se esso mantiene un'importanza fondamentale per ciò che concerne la relativa valutazione. Al riguardo bisogna, peraltro, tenere presente quanto detto con riferimento al fatto che comunque il giudice deve utilizzare dei criteri direttivi razionali, ma soprattutto un ulteriore problema che non deve essere trascurato è quello relativo alla tutela del contraddittorio. Si potrebbe infatti ipotizzare un dovere del giudice di indicare preventivamente il tipo di valutazione che intenderà compiere al fine di consentire la prova contraria anche con riferimento alle prove atipiche.

Viceversa, quanto alla ammissibilità delle prove atipiche, la stessa trova fondamento nell'accertamento della verità, che abbiamo visto essere un sicuro scopo del processo civile, nonché nell'ammissibilità dell'indizio come fonte di prova, ma soprattutto essa risiede

³⁵⁷ Per tutti si veda Taruffo, *Note per una riforma del diritto delle prove*, cit., p. 261.

nell'esigenza di non compromettere un diritto qual è il diritto alla prova sancito dalla Costituzione.

4.3 Analisi delle più ricorrenti fattispecie di prove atipiche. A questo punto, diviene necessario analizzare le fattispecie più frequenti di prove atipiche così da poter evidenziare le differenze che possono sussistere fra le stesse, verificando altresì come la giurisprudenza risolva il problema della loro efficacia, al fine anche di appurare se il metodo adottato possa considerarsi condivisibile o meno.

Al riguardo, una delle più frequenti ipotesi di utilizzo di materiale atipico è rappresentata dagli scritti dei terzi. Per questi si pongono sostanzialmente due questioni. La prima è costituita dalla verifica della provenienza del documento, mentre la seconda riguarda l'efficacia da attribuire allo stesso.

Per quanto attiene la prima tematica, la dottrina è solita ritenere che agli scritti dei terzi non possa ritenersi applicabile la disciplina della scrittura privata³⁵⁸, con la conseguenza che la paternità dello scritto del terzo può essere contestata con ogni mezzo di prova. Ed invero, la disciplina in tema di riconoscimento e verifica di scrittura privata di cui agli artt. 214 e 216 c.p.c. afferisce unicamente le scritture provenienti dai soggetti del processo, mentre per le scritture provenienti da terzi estranei al giudizio la procedura da adottare per esperire contestazioni è quella di cui agli artt. 221 e seguenti c.p.c. atteso che si risolve in un'eccezione di falso³⁵⁹.

³⁵⁸ Si veda per tutti Taruffo, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, cit., p. 411; Ronco, *Riflessioni sulla disciplina processuale e sull'efficacia probatoria delle scritture provenienti dai terzi*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, II, p. 553.

³⁵⁹ Sul tema si veda Nunin, *Gli scritti dei terzi nel processo civile non sono prove ma al massimo indizi*, in *Diritto e giustizia*, 2005,

Quanto invece al profilo relativo alla loro efficacia il discorso diventa più complesso. In proposito la giurisprudenza si limita ad affermare il valore indiziario degli scritti dei terzi e la possibilità che gli stessi concorrano a formare il convincimento del giudice³⁶⁰

20, p. 34. Sul punto si veda anche Cass., 23 giugno 2010, n. 15169, cit. *sub* nota 274, secondo la quale “Le scritture private provenienti da terzi possono essere liberamente contestate, non essendo soggette alla disciplina sostanziale di cui all’art. 2702 c.c. né a quella processuale di cui all’art. 214 c.p.c., sicché non è necessario impugnarle per falsità” nonché Cass., 16 ottobre 2001, n. 12598 secondo la quale “La procedura di riconoscimento e verifica di scrittura privata (art. 214 e 216 c.p.c.) riguarda unicamente le scritture provenienti dai soggetti del processo e presuppone che sia negata la propria firma o la propria scrittura dal soggetto contro il quale il documento è prodotto; per le scritture provenienti da terzi estranei, invece, la contestazione non può essere sollevata secondo la disciplina dettata dalle norme predette, bensì nelle forme dell’art. 221 ss. c.p.c., perché si risolve in una eccezione di falso”.

³⁶⁰ Si veda, ad esempio, Cass., 27 luglio 2004, n. 14122 secondo cui “Le scritture provenienti da terzi (o formate da una parte e da un terzo) non hanno efficacia di prova piena in ordine ai fatti da esse attestati o alla data del loro verificarsi, ma sono rimesse alla libera valutazione del giudice di merito e possono, in concorso con altre circostanze desumibili dalla stessa natura della controversia, che ne confortino l’attendibilità, fornire utili elementi di convincimento, specialmente se di esse sia provata, o non sia contestata, la veridicità formale”. Si veda inoltre *supra* nota 274 ove si richiama Cass., 23 giugno 2010, n. 15169; Cass., 8 gennaio 2010, n. 76; Cass., 12 settembre 2008, n. 23554; Cass., 12 marzo 2008, n. 6620; Cass., 30 novembre 2005, n. 26090 ove si legge che “La scrittura privata proveniente da un terzo e prodotta in giudizio da una delle parti, pur non configurandosi come prova tipica, può costituire un indizio, del quale occorre valutare la rilevanza, unitamente al comportamento processuale tenuto dall’altra parte nei giudizi di primo e secondo grado”; Cass., 3 agosto 2002, n. 11652; Cass., 14 febbraio 2002, n. 2149; Cass., 14 agosto 2001, n. 11105;

senza, tuttavia, indicare cosa significhi “valore indiziario” e senza far trasparire se gli stessi possano essere sufficienti per addivenire alla decisione. Soprattutto con riferimento a quest’ultimo punto nelle decisioni richiamate si afferma solo che l’operatività dei documenti dei terzi è subordinata al concorso di altri elementi come la mancanza di contestazione della parte contro cui sono prodotti o il comportamento delle parti o, infine, altre circostanze del tutto generiche.

Alla luce di quanto evidenziato, si può rilevare come secondo la giurisprudenza gli scritti dei terzi possono costituire oggetto di valutazione giudiziale ma non possono assumere autonoma efficacia decisoria, anche se tale efficacia può essere acquisita in concorso con altri elementi di convincimento come il difetto di contestazione, il comportamento delle parti o altre circostanze.

Ma non solo. La prassi giurisprudenziale tende a trascurare due tesi dottrinarie che meritano un’attenta riflessione. Secondo la prima di esse lo scritto del terzo costituirebbe una prova sostitutiva di una corrispondente prova tipica (la testimonianza) sicché non dovrebbe ritenersi ammissibile³⁶¹. Secondo l’altra dottrina, invece, l’uso delle prove sostitutive sarebbe eccezionalmente consentito qualora la corrispondente prova tipica non sia

Cass., 14 giugno 2001, n. 8063; Cass., 21 novembre 2000, n. 15027; Cass., 1 agosto 2000, n. 10041; Cass., 9 marzo 2000, n. 2668; Cass., 10 aprile 2000, n. 4503; Cass., 26 settembre 2000, n. 12763; Cass., 4 novembre 1998, n. 11077; Cass., 17 gennaio 1995, n. 482; Cass., 5 settembre 1984, n. 4767; Cass., 7 giugno 1984, n. 2440; Cass., sez. 23 marzo 1984, n. 1928; Cass., 21 ottobre 1980, n. 5675; Cass., 8 aprile 1980, n. 2264; Cass., 15 febbraio 1980, n. 1144.

³⁶¹ Si veda Tarzia, *Problemi del contraddittorio nell’istruzione probatoria civile*, cit., p. 640 ss.

più utilizzabile (ad esempio per morte o irreperibilità del teste)³⁶².

Per tali ragioni per alcuni le soluzioni della giurisprudenza non sarebbero coerenti, attesa la mancanza di un inquadramento del problema dell'efficacia probatoria degli scritti dei terzi nell'ambito della disciplina delle prove atipiche³⁶³.

Infine, merita di essere annotata la recente pronuncia adottata dal Tribunale di Varese in data 17 dicembre 2009³⁶⁴, secondo la quale "l'introduzione della testimonianza scritta non solo proceduralizza l'ingresso nel processo degli scritti dei terzi ma getta anche nuova luce sul passato, consentendo di escludere che abbia alcuna efficacia la testimonianza "fuori processo" di un soggetto estraneo al rapporto sostanziale intercorso fra le parti in causa".

Procedendo oltre, si consideri che fra le "testimonianze stragiudiziali" un'ipotesi particolare è costituita dai documenti provenienti dalla pubblica amministrazione che vengono generalmente distinti in tre categorie: processi verbali dei pubblici ufficiali (ad esempio della polizia), certificazioni amministrative (ad esempio certificati delle camere di commercio) e atti di notorietà (e dichiarazioni sostitutive).

Per quanto riguarda la prima di queste categorie ossia i processi verbali della polizia o di altri pubblici ufficiali, come è noto gli stessi, ai sensi dell'art. 2700 c.c., fanno fede sino a querela di falso della provenienza del documento dal pubblico ufficiale che lo ha formato,

³⁶² Chiarloni, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, cit., p. 864.

³⁶³ In questo senso G. F. Ricci, *Le prove atipiche*, cit., p. 236.

³⁶⁴ Vedi già *supra* nota 273.

nonché delle dichiarazioni delle parti e degli altri fatti che il pubblico ufficiale attesta essere avvenuti in sua presenza o da lui compiuti.

Si consideri, tuttavia, che non è sempre agevole la distinzione tra gli apprezzamenti o le valutazioni non assistite dalla fede privilegiata e i fatti da ritenersi provati, sino a querela di falso, in quando caduti nella diretta percezione dei verbalizzanti³⁶⁵. Non senza dimenticare che

³⁶⁵ Al riguardo si tenga presente che un'ipotesi molto controversa ha riguardato l'efficacia probatoria, nell'ambito del procedimento di opposizione all'ordinanza-ingiunzione, del processo verbale di accertamento dell'infrazione redatto dal personale dell'ispettorato provinciale del lavoro. La fattispecie era infatti risolta in maniera disorganica in giurisprudenza. Secondo l'orientamento prevalente "nel giudizio di opposizione avverso l'ordinanza-ingiunzione irrogativa della sanzione amministrativa, il verbale suddetto faceva piena prova, fino a querela di falso, con riguardo ai fatti attestati dal pubblico ufficiale come da lui compiuti od avvenuti in sua presenza, alla stregua della disciplina generale dell'art. 2700 c.c." (così Cass., 6 agosto 1990, n. 7913). Sennonché secondo altra parte della giurisprudenza "nel giudizio di cui all'art. 23, legge n. 689/1981, il verbale predetto non ha l'efficacia privilegiata dell'atto pubblico, ai sensi degli artt. 2699 e 2700 c.c., con la conseguente necessità dell'esclusione della querela di falso, perché l'indicato valore di prova legale, se trova giustificazione in una causa che si svolga fra contendenti in posizione paritaria, non si concilia in un processo interente al fondamento di una pretesa sanzionatoria della P.A., perché implicherebbe l'attribuzione a questa del potere di preconstituersi, con detta efficacia privilegiata, la prova documentale della pretesa" (così Cass., 10 novembre 1990, n. 10823). Sennonché la questione è stata risolta definitivamente dall'intervento delle Sezioni Unite che con la sentenza n. 12545 del 25 novembre 1992 hanno aderito al primo di tali orientamenti.

Si consideri inoltre che sul tema dell'impossibilità di attribuire la fede privilegiata né ai giudizi valutativi né alla menzione di quelle circostanze relative a fatti avvenuti in presenza del pubblico

talvolta anche fatti percepiti direttamente dal verbalizzante vengono ritenuti privi dell'efficacia di piena prova sino a querela di falso a motivo delle loro modalità di svolgimento che potrebbero dar luogo ad errori di valutazione³⁶⁶.

ufficiale che possono risolversi in suoi apprezzamenti personali, sotto il profilo del diritto di difesa è intervenuta anche la Corte Costituzionale che con ordinanza n. 504 del 12 novembre 1987 ha ritenuto la questione infondata.

³⁶⁶ In questo senso si veda Cass., 16 novembre 2005, n. 23219 secondo la quale “l'efficacia di piena prova fino a querela di falso di cui tale verbale gode *ex art.* 2700 c.c. non sussiste né con riguardo ai giudizi valutativi che esprima il pubblico ufficiale, né con riguardo alla menzione di quelle circostanze relative a fatti che, in ragione delle loro modalità di accadimento repentino, non si siano potuti verificare e controllare secondo un metro sufficientemente oggettivo, ed abbiano pertanto potuto dare luogo ad una percezione sensoriale implicante margini di apprezzamento”. Si veda inoltre Cass., 1 luglio 2005, n. 14038 ove si legge che “Con riferimento al verbale di accertamento di una violazione del codice della strada, l'efficacia di piena prova fino a querela di falso, che ad esso deve riconoscersi - *ex art.* 2700 c.c., in dipendenza della sua natura di atto pubblico - oltre che quanto alla provenienza dell'atto ed alle dichiarazioni rese dalle parti, anche relativamente "agli altri fatti che il pubblico ufficiale che lo redige attesta essere avvenuti in sua presenza o da lui compiuti", non sussiste né con riguardo ai giudizi valutativi che esprima il pubblico ufficiale, né con riguardo alla menzione di quelle circostanze relative a fatti i quali, in ragione delle loro modalità di accadimento repentino, non si siano potuti verificare e controllare secondo un metro sufficientemente obiettivo, ed abbiano pertanto potuto dare luogo ad una percezione sensoriale implicante margini di apprezzamento, come nell'ipotesi in cui quanto attestato dal pubblico ufficiale concerna non la percezione di una realtà statica (come la descrizione dello stato dei luoghi, senza oggetti in movimento), bensì l'indicazione di un corpo o di un oggetto in movimento, con riguardo allo spazio che cade sotto la percezione

I processi verbali vengono quindi assimilati all'atto pubblico nel senso che viene conferita agli stessi efficacia di piena prova fino a querela di falso dei fatti che il pubblico ufficiale attesta di avere personalmente compiuto o constatato, mentre per tutte le altre circostanze enunciate resterebbero assoggettate alla libera valutazione del giudice³⁶⁷.

Le certificazioni amministrative, ossia la seconda delle tre categorie in esame, vengono invece considerate assistite da una sorta di presunzione di veridicità della rispondenza al vero delle attestazioni di fatto in esse contenute; efficacia che verrebbe fatta risalire alle caratteristiche di imparzialità che contraddistinguono l'attività amministrativa³⁶⁸.

Infine, quanto alla terza categoria rappresentata dagli atti di notorietà e dalle dichiarazioni sostitutive è possibile

visiva del verbalizzante. Si veda inoltre Cass., 29 agosto 2008, n. 21816; Cass., 12 gennaio 2006, n. 457; Cass., 14 aprile 2000, n. 4844.

³⁶⁷ Cass., 9 settembre 2008, n. 22662; Cass., 23 giugno 2008, n. 17049; Trib. Milano, 5 ottobre 2005, in *Giustizia a Milano*, 2005, 10, p. 71; Cass., 14 dicembre 2002, n. 17949; Cass., 17 maggio 1982, n. 3057; Cass., 28 maggio 1981, n. 3512.

Un'ipotesi particolare è poi rappresentata dalle eventuali dichiarazioni rese al pubblico ufficiale che procede all'accertamento dal soggetto che è parte nel giudizio. Dette dichiarazioni vengono qualificate come confessioni stragiudiziali fatte a un terzo che il giudice può apprezzare liberamente. In questo senso si vedano ad esempio Cass., 16 agosto 2000, n. 10825; Trib. Bari, 12 febbraio 2007, in *Guida al diritto*, 2007, 32, p. 67; Cass., 5 febbraio 2002, n. 1513; Cass., 13 luglio 2000, n. 9290; Cass., 27 novembre 1996, n. 10529.

³⁶⁸ Cass., 24 febbraio 2004, n. 3654; Cass., 30 luglio 1987, n. 6595; Cass., 22 settembre 1986, n. 5699; Cass., 22 ottobre 1986, n. 6210; Cass., 24 novembre 1981, n. 6250.

individuare come l'interpretazione giurisprudenziale esistente sino all'intervento delle Sezioni Unite³⁶⁹ fosse diviso in due orientamenti. Ed invero, secondo parte della giurisprudenza³⁷⁰ a tali documenti doveva conferirsi efficacia, seppur meramente indiziaria, mentre altra parte della giurisprudenza³⁷¹, cui poi hanno aderito le Sezioni

³⁶⁹ Cass., sez. un., 3 aprile 2003, n. 5167 ove si legge che “La dichiarazione sostitutiva di certificazione sulla situazione reddituale ... è idonea a comprovare detta situazione, fino a contraria risultanza, nei rapporti con la p.a. e nei relativi procedimenti amministrativi, ma nessun valore probatorio, neanche indiziario, può esserle riconosciuto nell'ambito del giudizio civile, caratterizzato dal principio dell'onere della prova, atteso che la parte non può derivare da proprie dichiarazioni elementi di prova a proprio favore, al fine del soddisfacimento dell'onere di cui all'art. 2697 c.c.”.

Si consideri peraltro che sul tema le Sezioni Unite intervennero già con la sentenza n. 10153 del 14 ottobre 1998 sancendo che “La dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà prevista dall'art. 4 l. 4 gennaio 1968 n. 15 ha attitudine certificativa e probatoria, fino a contraria risultanza, nei confronti della p.a. ed in determinate attività o procedure amministrative, ma, in difetto di diversa, specifica previsione di legge, nessun valore probatorio, neanche indiziario, può essere ad essa attribuito nel giudizio civile caratterizzato dal principio dell'onere della prova, atteso che la parte non può derivare elementi di prova a proprio favore, al fine del soddisfacimento dell'onere di cui all'art. 2697 c.c., da proprie dichiarazioni”.

³⁷⁰ Cass., 12 giugno 2001, n. 7966; Cass., 18 dicembre 1984, n. 6626; Cass., 17 gennaio 1981, n. 396; Cass., 18 febbraio 1977, n. 737; Cass., 7 aprile 1972, n. 1048.

³⁷¹ In questo senso si vedano Cass., 28 aprile 2010, n. 10191; Cass., 26 maggio 2009, n. 12131; Cass., 11 febbraio 2008, n. 3257; Cass., 15 dicembre 2006, n. 26937; Cass., 30 gennaio 2006, n. 1849; Cass., 20 settembre 2004, n. 18856; Cass., 28 gennaio 2004, n. 1562; Cass., 16 maggio 2001, n. 5594; Cass., 6 aprile 2001, n. 5154; Cass., 6 aprile 2001, n. 5142; Cass., 29 maggio 1998, n.

Unite, ritiene gli stessi privi di ogni efficacia probatoria fra le parti.

Alla luce dell'attuale giurisprudenza dominante si può peraltro ritenere che tale tipologia di documenti non meriti più di essere annoverata fra le ipotesi di prove atipiche.

Procedendo oltre con l'analisi delle varie fattispecie di prove atipiche viene in rilievo l'uso della perizia come mezzo di prova. Al riguardo, come abbiamo già avuto modo di rilevare³⁷², è bene innanzitutto precisare che il termine perizia è intrinsecamente finalizzato a connotare un mezzo di prova mentre il nostro codice, a differenza di quello del 1865, utilizza il termine di consulente tecnico. Diviene quindi necessario individuare quale sia la natura dell'attività del consulente quando non assiste il giudice ma effettua la sua attività principale, ovvero l'indagine tecnica. In altri termini, è necessario verificare se anche in questa ipotesi si può ritenere che il consulente integri la scienza del giudice oppure se svolga accertamenti di fatto sottoposti alle regole dell'istruzione probatoria. Detta verifica è necessaria in quanto, nella seconda ipotesi prospettata, si andrebbe a equiparare la consulenza alla perizia, sicché varierebbero le conseguenze circa il tema in esame. Ed invero, se la funzione del consulente viene ritenuta quella di integrare la scienza del giudice, ogni uso della consulenza a fini probatori potrebbe considerarsi anormale e quindi rientrante nel campo delle prove atipiche; qualora, invece, si assimili l'indagine svolta autonomamente dal consulente a quella del perito e quindi si attribuisca a entrambe natura probatoria, la degradazione

5312; Cass., 16 gennaio 1996, n. 298; Cass., 14 dicembre 1993, n. 12328; Cass., 3 giugno 1991, n. 6221; Cass., 19 maggio 1987, n. 4551.

³⁷² Vedi *supra* capitolo III, paragrafo 3.7.

a prova atipica si avrebbe solo per alcuni profili particolari³⁷³.

Per procedere in tal senso diviene peraltro necessario riprendere alcune considerazioni svolte in precedenza³⁷⁴. Allorquando si è analizzato il problema relativo alla c.d. prova scientifica si è infatti avuto modo di constatare come esistano due forme di integrazione dell'attività del giudice da parte dell'esperto: il c.d. accertamento tecnico (nelle ipotesi in cui all'esperto è richiesto di intervenire perché esso, grazie al ricorso alle leggi della scienza o della tecnica, svolga un'attività di percezione dei fatti, ossia provveda ad acquisire nuovi elementi di prova) e la c.d. valutazione tecnica (nelle ipotesi in cui all'esperto viene richiesta una valutazione degli elementi di prova già acquisiti).

Al riguardo, è stato analizzato, altresì, il problema relativo alla sua natura giuridica in quanto, come abbiamo visto, se la consulenza tecnica viene considerata un mero ausilio all'attività del giudice o invece un vero e proprio mezzo di prova le conseguenze sono assai diverse. E partendo proprio da tali premesse, dopo ampia analisi, si era giunti alla conclusione per la quale l'inquadramento tradizionale del mezzo di prova viene ritenuta non in grado di qualificare giuridicamente la consulenza tecnica atteso che la nozione classica di mezzo di prova è stata elaborata con riguardo alle figure probatorie "comuni" (*id est*, ordinarie). Sicché, si è dato atto della necessità di spostare l'attenzione sullo scopo cui assolve il mezzo di prova considerandolo quello strumento processuale che consente al giudice di acquisire tutti quegli elementi fattuali individuali e concreti oppure leggi scientifiche o tecniche,

³⁷³ Sul punto si veda G. F. Ricci, *Le prove atipiche*, cit., p. 246.

³⁷⁴ Vedi *supra*, capitolo III, paragrafo 3.7.

che gli servono per giudicare intorno all'esistenza o inesistenza dei *facta probanda*.

Si è concluso quindi per considerare la consulenza tecnica un mezzo di prova, come tale assoggettato alle regole che presiedono il procedimento probatorio.

Sicché, alla luce di tali preliminari considerazioni, si potrebbe ritenere che parlare ancora di atipicità in questo senso sia inutile. Senonché, una disamina di tale problema diviene comunque fondamentale se si pensa al possibile uso distorto della consulenza tecnica, che talvolta viene compiuto. Al riguardo, infatti, in dottrina è stato sottolineato come molte volte si vengono a violare principi inderogabili³⁷⁵. E così, si pensi ad alcuni atteggiamenti giurisprudenziali che ammettono la possibilità di fondare il convincimento su fatti dichiarati da terzi al perito³⁷⁶,

³⁷⁵ Cfr. Taruffo, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, cit., p. 421 ss.

³⁷⁶ In questo senso Cass., 22 novembre 2007, n. 24323 secondo la quale “Il consulente tecnico, nell'espletamento del mandato ricevuto, può acquisire ai sensi dell'art. 194 c.p.c. - che consente di chiedere chiarimenti alle parti ed assumere informazioni dai terzi - circostanze di fatto relative alla controversia e all'oggetto dell'incarico. Tali circostanze di fatto, se accompagnate dall'indicazione delle fonti e se non contestate nella prima difesa utile, costituiscono fatti accessori validamente acquisiti al processo che possono concorrere con le altre risultanze di causa alla formazione del convincimento del giudice ed essere da questi posti a base della decisione unitamente ai fatti principali”; Cass., 10 agosto 2004, n. 15411 ove si legge che “Il consulente tecnico, nell'espletamento del mandato ricevuto, può chiedere informazioni a terzi ed alle parti, per l'accertamento dei fatti collegati con l'oggetto dell'incarico, senza bisogno di una preventiva autorizzazione del giudice e queste informazioni, quando ne siano indicate le fonti, in modo da permettere il controllo delle parti, possono concorrere con le altre risultanze di causa alla formazione

oppure che consentono l'utilizzazione di elementi di convincimento derivanti da una consulenza affetta da nullità³⁷⁷.

del convincimento del giudice; il c.t.u., nella verbalizzazione di siffatte informazioni, in quanto ausiliario del giudice, ha la qualità di pubblico ufficiale e, pertanto, l'atto da lui redatto, il quale attesta che a lui sono state rese le succitate informazioni fa fede fino a querela di falso"; Cass., 17 luglio 2004, n. 13015; Cass., Cass., 2 marzo 2004, n. 4252; Cass., 11 marzo 1995, n. 2865; Cass., 24 febbraio 1984, n. 1325; Cass., 16 dicembre 1980, n. 6514 ove si legge che "Il giudice del merito è libero di avvalersi della consulenza tecnica di ufficio in ogni sua parte e può trarre elementi di giudizio anche da notizie assunte dal consulente presso terzi, quando anche tale attività non sia stata autorizzata e sempreché la stessa si riferisca all'oggetto dell'accertamento".

Contra si vedano Cass., 19 gennaio 2006, n. 1020 ove si legge che "La consulenza tecnica non costituisce in linea di massima mezzo di prova bensì strumento di valutazione della prova acquisita, ma può assurgere al rango di fonte oggettiva di prova quando si risolve nell'accertamento di fatti rilevabili unicamente con l'ausilio di specifiche cognizioni o strumentazioni tecniche. D'altro canto, il consulente d'ufficio, pur in mancanza di espressa autorizzazione del giudice può, ai sensi dell'art. 194, comma 1, c.p.c., assumere informazioni da terzi e procedere all'accertamento dei fatti accessori costituenti presupposti necessari per rispondere ai quesiti postigli, ma non ha il potere di accertare i fatti posti a fondamento di domande ed eccezioni, il cui onere probatorio incombe sulle parti, e, se sconfini dai limiti intrinseci al mandato conferitogli tali accertamenti sono nulli per violazione del principio del contraddittorio, e, pertanto, privi di qualsiasi valore probatorio, anche indiziario"; Cass., 10 maggio 2001, n. 6502; Cass., 29 maggio 1998, n. 5345.

³⁷⁷ Sul punto si veda Cass., 25 marzo 2004, n. 5965 secondo la quale "Nell'ordinamento processuale vigente manca una norma di chiusura sulla tassatività tipologica dei mezzi di prova. Ne consegue che il giudice può legittimamente porre a base del proprio convincimento anche prove cosiddette atipiche, purché idonee a

Procedendo oltre viene in rilievo il tema relativo alla perizia stragiudiziale che, come è noto, è rappresentata da un documento contenente valutazioni, stime o giudizi non assunte nel contraddittorio fra le parti, proveniente da un soggetto incaricato generalmente all'uopo da una delle parti. Al riguardo il codice di procedura civile prevede che qualunque parte del processo possa prendere posizione su una questione tecnica mediante il ricorso al consulente di parte in ossequio ai requisiti di cui all'art. 201 c.p.c. che ne definisce i poteri, fra i quali, peraltro, non è annoverato quello di poter redigere un'autonoma relazione.

Atteso, peraltro, che nella pratica è possibile assistere di frequente a tale produzione, diviene necessario esaminare come la dottrina e la giurisprudenza risolvano il problema circa il valore da attribuire a questi scritti.

fornire elementi di giudizio sufficienti, se ed in quanto non smentite dal raffronto critico - riservato al giudice di merito e non censurabile in sede di legittimità, se congruamente motivato - con le altre risultanze del processo. In particolare, il giudice del merito può trarre elementi di convincimento anche dalla parte della consulenza d'ufficio eccedente i limiti del mandato, ma non sostanzialmente estranea all'oggetto dell'indagine in funzione della quale è stata disposta". In questo senso si vedano inoltre: Cass., 17 maggio 2006, n. 11594 ove si legge che "L'esorbitanza delle indagini del consulente tecnico d'ufficio, rispetto ai quesiti formulati, è irrilevante, allorché le risposte del consulente siano comunque attinenti alla materia in discussione, essendo, in tale caso, utilizzabili dal giudice per il proprio convincimento, indipendentemente dall'eventuale sconfinamento dal mandato"; Cass., 8 gennaio 2000, n. 117; Cass., 18 dicembre 1999, n. 14272; Cass., 7 gennaio 1995, n. 202; Cass., 4 febbraio 1993, n. 1374; Cass., 19 febbraio 1990, n. 1223.

Al riguardo abbiamo già avuto modo di rilevare³⁷⁸ come alla perizia stragiudiziale si tenda a conferire valore di mera deduzione tecnico-difensiva della parte, e non già di fonte di prova, sia pure di tipo indiziario³⁷⁹.

³⁷⁸ Per l'esame di questo tema si veda anche *supra* paragrafo 3.7, spec. nota 246.

³⁷⁹ Al riguardo si vedano i richiami dottrinali di cui alla nota 251 nella quale si è altresì richiamata la giurisprudenza secondo la quale “la perizia stragiudiziale, ancorché asseverata con giuramento dal suo autore, raccolto dal cancelliere, costituisce pur sempre una mera allegazione difensiva, onde il giudice del merito non è tenuto a motivare il proprio dissenso in ordine alle osservazioni in essa contenute quando ponga a base del proprio convincimento considerazioni incompatibili con le stesse” (Cass., 11 febbraio 2002, n. 1902); Trib. Parma, 11 marzo 2004, in *Giur. it.*, 2004, p. 2321; Cass., 29 agosto 1997, n. 8240; Cass., 3 marzo 1992, n. 2574.

In senso contrario si vedano invece alcune decisioni, evidenziate sempre nella nota 251, ove si legge che “la perizia stragiudiziale, quale prova atipica, pur non avendo piena efficacia probatoria ha comunque un residuale valore probatorio, sia pure meramente indiziario” (così Trib. Piacenza, 21 settembre 2009, n. 598, in *Arch. locazioni*, 2010, 2, p. 190), “il giudice, in applicazione del principio del libero convincimento, può porre a fondamento della propria decisione una perizia stragiudiziale, sebbene contestata dalla controparte” (così Giudice di Pace di Torino, sez. IV, 20 marzo 2006, in *Giur. merito*, 2006, 12, p. 2667). In questo senso si veda inoltre Cass., 5 giugno 1999, n. 5544; Trib. Milano, 15 marzo 1997, in *D.L. Rivista critica dir. lav.*, 1997, p. 787, nonché Cass., 3 marzo 1992, n. 2574 secondo la quale “non si può escludere che la perizia stragiudiziale di parte, risolvendosi sostanzialmente in un'allegazione difensiva, possa essere posta dal menzionato Giudice a fondamento della sua decisione, ma sul punto è indispensabile precisare che egli è tenuto ad indicare specificatamente le ragioni in forza delle quali ha ritenuto la consulenza di parte attendibile e convincente, anche in relazione ad elementi di diversa provenienza”.

Ancora, un problema piuttosto rilevante è rappresentato dalla possibilità di individuare nella sentenza un mezzo di prova. In altri termini, si tratta di verificare se le affermazioni circa i fatti esposti nella motivazione del provvedimento giurisdizionale possano costituire prova degli stessi in un altro processo.

Già Calamandrei³⁸⁰ ebbe a sostenere in proposito come fosse preliminarmente necessario distinguere detta questione da altri temi a essa collegati. Ed invero, il fenomeno della sentenza come mezzo di prova deve essere tenuto distinto da quello della prova della sentenza. In quest'ultimo caso, infatti, la sentenza non viene utilizzata al fine di dimostrare l'esistenza dei fatti enunciati nella motivazione ma viene impiegata unicamente con riferimento al dispositivo, ossia come prova di quest'ultimo e, quindi, con riferimento alle statuizioni che esso contiene. Di conseguenza, allorquando ci si riferisce alla sentenza come mezzo di prova si allude a quest'ultima come prova dei fatti sottoposti al giudizio del giudice; allorquando si parla, invece, di prova della sentenza ci si riferisce a questa come atto documentato dalla sua attestazione cartacea³⁸¹.

Altro problema che deve essere tenuto distinto da quello in esame è invece quello che si ha nelle ipotesi in cui ci si riferisce alla sentenza come documentazione dei fatti avvenuti alla presenza del giudice, atteso che in questo caso il provvedimento giurisdizionale ha l'efficacia dell'atto pubblico. Infine, non bisogna confondere il tema qui esaminato con quello dell'impiego della sentenza al

³⁸⁰ Calamandrei, *La sentenza civile come mezzo di prova*, cit., p. 559 ss.

³⁸¹ In questo senso si veda G. F. Ricci, *Le prove atipiche*, cit., p. 266.

fine di avvalersi della sua efficacia di giudicato in un altro processo.

A questo punto è possibile osservare in primo luogo, come è noto, che la sentenza penale di condanna *ex art. 654 c.p.p.* ha efficacia di giudicato nel processo civile o amministrativo *“nei confronti dell'imputato, della parte civile e del responsabile civile che si sia costituito o che sia intervenuto nel processo penale”* quando *“si controverte intorno a un diritto o un interesse legittimo il cui riconoscimento dipende dall'accertamento degli stessi fatti materiali che furono oggetto del giudizio penale, purché i fatti accertati siano stati ritenuti rilevanti ai fini della decisione penale e purché la legge civile non ponga limitazioni alla prova della posizione soggettiva controversa”*³⁸².

Argomento strettamente connesso a quello ora esaminato è poi quello dell'utilizzo a fini probatori delle

³⁸² Si consideri che l'art. 654 c.p.p. rappresentando un'eccezione ai principi generali in tema di efficacia del giudicato deve formare oggetto di stretta interpretazione. Per tale motivo la giurisprudenza ritiene che si debba escludere l'efficacia del giudicato penale nel giudizio civile ove non vi sia coincidenza soggettiva tra i due giudizi e, dal punto di vista oggettivo, l'efficacia merita di essere limitata ad accertamenti relativi a circostanze specifiche costituenti oggetto dell'imputazione, senza estendersi a elementi di valutazione, ancorché riguardanti elementi costitutivi del reato. In questo senso si vedano Cass., 8 giugno 2005, n. 11998; Cass., 11 febbraio 2004, n. 2643.

Si consideri inoltre che proprio perché i fatti accertati devono essere stati ritenuti rilevanti ai fini della decisione penale e che la legge civile non deve porre limitazioni alla prova della posizione soggettiva controversa, si ritiene che l'efficacia vincolante della sentenza penale non operi nel processo tributario. In questo senso Cass., 26 luglio 2006, n. 17057; Cass., 24 maggio 2005, n. 10945; Cass., 21 giugno 2002, n. 9109.

risultanze di altri processi³⁸³. Al riguardo è possibile individuare un'interpretazione giurisprudenziale volta sostanzialmente a riconoscere una libertà del giudice nell'utilizzo delle prove raccolte in un altro giudizio, all'unica condizione che sia rispettato il contraddittorio nella formazione della prova nonché l'obbligo di motivazione³⁸⁴.

³⁸³ Per un compiuto esame del tema si veda per tutti M. C. Vanz, *La circolazione della prova nei processi civili*, Milano, 2008.

³⁸⁴ In questo senso si veda Cass., 27 aprile 2010, n. 10055 secondo la quale “Il giudice civile, in presenza di una sentenza penale di condanna non definitiva, può trarre elementi di convincimento dalle risultanze del procedimento penale, in particolare utilizzando come fonti le prove raccolte e gli elementi di fatto acquisiti in tale giudizio, ma è necessario che il procedimento di formazione del proprio libero convincimento sia esplicitato nella motivazione della sentenza, attraverso l'indicazione degli elementi di prova e delle circostanze sui quali esso si fonda, non essendo sufficiente il generico richiamo alla pronuncia penale. che si tradurrebbe nella elusione del dovere di autonoma valutazione delle complessive risultanze probatorie e di conseguenza nel vizio di omessa motivazione”; Cass., 2 marzo 2009, n. 5009; Cass., 26 giugno 2007, n. 14766; Cass., 18 gennaio 2007, n. 1095; Cass., 31 ottobre 2005, n. 21115 ove si legge che “il giudice può desumere elementi sui quali fondare il proprio convincimento anche dalle risultanze del processo penale concernenti i medesimi fatti, delle quali la sentenza che in detto giudizio è stata pronunciata costituisce documentazione”; Cass., 25 marzo 2005, n. 6478; Cass., 15 ottobre 2004, n. 20335 secondo la quale “il giudice civile, in mancanza di alcun divieto, può liberamente utilizzare le prove raccolte in un diverso giudizio tra le stesse o tra altre parti, e può anche avvalersi delle risultanze derivanti dagli atti delle indagini preliminari svolte in sede penale, le quali possono anche essere sufficienti a formare il convincimento del giudice, la cui motivazione non è sindacabile in sede di legittimità quando la valutazione compiuta sia stata estesa anche a tutte le successive risultanze probatorie e non si sia limitata ad un apprezzamento della sola prova formatasi nel

procedimento penale”; Cass., 24 febbraio 2004, n. 3626; Cass., 10 dicembre 2004, n. 23132; Cass., 21 giugno 2004, n. 11483; Cass., 2 marzo 2004, n. 4186; Cass., 9 settembre 2004, n. 18131; Cass., 10 gennaio 2003, n. 244; Cass., 4 marzo 2002, n. 3102; Cass., 27 maggio 2002 n. 7713; Cass., 17 giugno 2002, n. 8716; Cass., 7 giugno 2001, n. 7693; Cass., 18 ottobre 2001, n. 12751; Cass., 18 aprile 2001, n. 5682; Cass., 10 maggio 2001, n. 6502; Cass., 4 giugno 2001, n. 7518; Cass., 20 dicembre 2001 n. 16069; Cass., 28 agosto 2000, n. 11199; Cass., 19 settembre 2000, n. 12422; Cass., 16 maggio 2000, n. 6347.

Di particolare rilievo inoltre Cass., 11 agosto 1999, n. 8585 ove si legge che “il giudice del merito può utilizzare in mancanza di qualsiasi divieto di legge, anche prove raccolte in un diverso giudizio fra le stesse altre parti, come qualsiasi altra produzione delle parti stesse, al fine di trarne non solo semplici indizi o elementi di convincimento, ma anche di attribuire loro valore di prova esclusiva, il che vale anche per una perizia svolta in sede penale o una consulenza tecnica svolta in altre sedi civili”. In senso conforme circa la possibilità di utilizzazione delle prove raccolte in un diverso giudizio si veda ancora Cass., 26 febbraio 1998, n. 2117; Cass., 23 gennaio 1998, n. 624; Cass., 17 febbraio 1998, n. 1670; Cass., 1 ottobre 1998, n. 9760; Cass., 3 novembre 1997, n. 10775; Cass., 24 marzo 1997, n. 2576; Cass., 1 aprile 1997, n. 2839; Cass., 30 maggio 1996, n. 5013; Cass., 17 gennaio 1995, n. 478; Cass., 20 gennaio 1995, n. 623; Cass., 2 marzo 1995, n. 2443; Cass., 23 febbraio 1995, n. 2085. Si veda peraltro Cass., 10 giugno 1999, n. 5703 secondo la quale “non costituiscono validi elementi di prova nel giudizio civile gli accertamenti penali consistenti in atti acquisiti o formati in sede di indagini preliminari e non ancora sottoposti al vaglio del giudice dibattimentale”. Si veda anche Cass., 29 novembre 2001, n. 15189 secondo la quale “nel caso della riunione di due procedimenti riguardanti lo stesso oggetto disposta ai sensi dell’art. 274 c.p.c., le prove raccolte in uno dei due giudizi riuniti sono automaticamente utilizzabili nell’altro, essendo sufficiente, affinché il giudice possa esaminarle e trarne elementi per il suo convincimento, che esse siano state legittimamente raccolte in contraddittorio e discusse fra le parti”. Si veda infine Cass., 28 settembre 2004, n. 19457 per la quale “in

Di conseguenza al giudice civile è consentito, purché sia rispettato il principio del contraddittorio, utilizzare il materiale istruttorio raccolto nel corso del giudizio penale, anche se può discostarsi, in virtù del principio del libero convincimento, dalla valutazione compiuta dal giudice penale.

Infine, all'interno del tema delle prove atipiche si tende generalmente a ricondurre anche le ammissioni effettuate dal difensore³⁸⁵. Come è noto, infatti, le parti possono stare in giudizio (salvo le ipotesi espressamente previste in cui la parte può stare in giudizio personalmente) per mezzo del ministero o con l'assistenza di un difensore che, per il tramite della procura alle liti, può compiere e ricevere nell'interesse della parte tutti gli atti del processo che dalla legge non sono riservati alla parte medesima³⁸⁶.

Il difensore, quindi, grazie ai poteri conferitegli dalla procura alle liti può, in virtù della discrezionalità tecnica che gli compete nell'impostazione della causa, scegliere la condotta processuale da lui ritenuta più opportuna nell'interesse dell'assistito. In giurisprudenza, tuttavia, si è posto il problema di individuare quale debba essere il

riferimento ai poteri del giudice civile, le prove raccolte in altro processo, pur potendo essere utilizzate per la formazione del suo convincimento, non possono costituirne la fonte esclusiva così da giustificare il rifiuto di ammissione di altre prove". In questo senso anche Cass., 25 marzo 2003, n. 4373.

³⁸⁵ Per tutti si veda Ariola, *Le prove atipiche nel processo civile*, cit., p. 108 ss.

³⁸⁶ Sul tema della figura del difensore in generale si vedano C. Mandrioli, *Dei difensori*, in *Commentario del cod. proc. civ.*, diretto da E. Allorio, I, Torino, 1973, p. 929 ss.; Grasso, *Note sul difensore nel processo civile*, in *Giur. it.*, 1986, IV, p. 192 ss.; Murra, voce *Parti e difensori*, in *Dig. it. disc. priv., sez. civ.*, vol. XIII, Torino, 1995, p. 262 ss.

valore probatorio da attribuire alle dichiarazioni del difensore che abbiano contenuto sfavorevole rispetto agli interessi dell'assistito. Al riguardo, la giurisprudenza tende a distinguere due ipotesi. Il primo caso ricorre allorché le dichiarazioni dell'avvocato risultano da atti non direttamente riferibili all'assistito (si pensi agli atti prodotti come le memorie). In tale ipotesi la giurisprudenza ritiene che dette dichiarazioni possono essere legittimamente utilizzate dal giudice ai fini della formazione del proprio convincimento in quanto suscettibili di fornire elementi indiziari valutabili ai sensi dell'art. 2729 c.c.³⁸⁷.

La seconda ipotesi, invece, ricorre allorché dette dichiarazioni siano contenute in atti di parte recanti anche la sottoscrizione dell'assistito. In tali casi la giurisprudenza attribuisce a dette dichiarazioni valore confessorio³⁸⁸.

Si consideri infine che l'ammissione può essere anche implicita ossia allorché venga svolta un'argomentazione logicamente incompatibile con la negazione dei fatti dedotti dalla controparte, mentre discorso a sé stante, ma comunque connesso con quello in

³⁸⁷ In questo senso si vedano per tutte Cass., 10 luglio 2009, n. 16215 secondo la quale "Gli scritti difensivi sottoscritti solo dal difensore non hanno valore confessorio, ma costituiscono meri elementi indiziari, che possono essere motivatamente utilizzati dal giudice per la formazione del suo convincimento"; Cass., 2 ottobre 2007, n. 20701; Cass., 4 marzo 2005, n. 4744; Cass., 16 ottobre 2003, n. 15515; Cass., 25 giugno 2003, n. 10150; Cass., 5 maggio 2003, n. 6750; Cass., 8 agosto 2002, n. 11946; Cass., 13 dicembre 2001, n. 15760; Cass., 18 aprile 2000, n. 4974.

³⁸⁸ Per tutte si vedano Cass., 6 dicembre 2005, n. 26686; Cass., 4 marzo 2005, n. 4744; Cass., 5 maggio 2003, n. 6750; Cass., 22 novembre 1995, n. 12096.

Da ciò consegue che gli unici atti processuali idonei a contenere una confessione giudiziale dell'assistito sono l'atto introduttivo (citazione o ricorso) e la comparsa di costituzione.

esame, è rappresentato dalla non contestazione, istituto che peraltro recentemente è stato ampiamente riformato³⁸⁹.

4.4 *L'efficacia.* Come abbiamo visto nel primo paragrafo, il tema relativo all'ammissibilità delle prove atipiche rappresenta una questione diversa rispetto a quella della loro valutazione. Ed invero, anche se si risolve in senso positivo il quesito circa l'ammissibilità delle fonti atipiche di convincimento resta comunque il

³⁸⁹ Come è noto, infatti, la recente riforma operata con L. 69/2009 ha inciso anche sul tema in esame atteso che il legislatore nell'art. 115 c.p.c. ha recepito un principio già presente presso la Cassazione (specialmente della Sezione Lavoro) prevedendo che "salvo i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero nonché i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita". Per un esame del tema anteriormente alla riforma normativa si vedano per tutti: Proto Pisani, *Ancora sulla allegazione dei fatti e sul principio di non contestazione nei processi a cognizione piena* (nota a Cass., 20 marzo 2006, n. 6092; Cass., 6 febbraio 2006, n. 2468; Cass., 30 gennaio 2006, n. 2035), in *Foro it.*, 2006, I, c. 3143; Id., *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, p. 158 ss.; Id., *Lezioni di diritto processuale civile*, quarta ed., Napoli, 2002, p. 108 ss.; Ciaccia Cavallari, *La non contestazione: caratteri ed effetti*, Milano, 1993; Id., *La contestazione nel processo civile*, vol. I-II, Milano, 2002; Carratta, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995, p. 262 ss. Per un esame del tema successivamente alla riforma normativa si vedano per tutti: Carratta, *Principio della non contestazione" e limiti di applicazione nei processi su diritti indisponibili* (Nota a ord. Trib. Varese 27 novembre 2009), in *Fam. e dir.*, 2010, p. 572 ss.; G. Ianniruberto, *Il principio di non contestazione dopo la riforma dell'art. 115 c.p.c.*, in *Giust. civ.*, 2010, p. 309 ss.; Buffone, *Il fatto non specificatamente contestato, è provato* (nota a Trib. Piacenza, 4 giugno 2009), in *Resp. civ. e prev.*, 2009, p. 2506 ss.

conseguenziale problema relativo alla loro efficacia e valutazione. Si tratta di aspetti sui quali si registra un'aperta dissonanza di opinioni in dottrina.

Del resto, anche dall'esame della giurisprudenza già effettuato è emerso che anche all'interno di quest'ultima sussiste un certo disorientamento, atteso che alle prove atipiche viene riconosciuta talvolta efficacia meramente indiziaria e, talaltra, un'efficacia probatoria piena³⁹⁰.

Al riguardo, in dottrina è stato innanzitutto rilevato come l'assegnazione ai mezzi di prova atipici di un valore indiziario comporti in realtà il rischio di consentire che mediante il meccanismo delle presunzioni esse possano essere utilizzate come unica fonte di convincimento³⁹¹.

Ma, in particolare, è diffusa l'opinione secondo la quale alle prove atipiche non sia possibile conferire un'efficacia probatoria equiparabile a quella delle prove tipiche, attese le minori garanzie che in taluni casi dette prove forniscono.

Per tali ragioni è possibile riscontrare da un lato tesi che conferiscono alle prove atipiche valore di mero indizio³⁹² nonché, dall'altro, tesi, ancor più restrittive, che conferiscono alle prove fuori catalogo il valore di meri argomenti di prova *ex art.* 116 c.p.c.³⁹³.

³⁹⁰ Sul punto si veda Ariola, *Le prove atipiche nel processo civile*, cit., p. 117.

³⁹¹ In questo senso Montesano, *Le prove atipiche*, cit., p. 249.

³⁹² In questo senso si veda Verde, voce *Prova*. B) *Teoria generale e diritto processuale civile*, cit., p. 605; Grasso, *Dei poteri del giudice*, cit., p. 1305; Chiarloni, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, cit., p. 819 ss.

³⁹³ In questo senso si veda Montesano, *Le «prove atipiche» nelle «presunzioni» e negli «argomenti» del giudice civile*, cit., p. 233 ss.; Tarzia, *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, cit., p. 640 ss., anche se l'autore ritiene come uniche prove

A questo punto diviene quindi fondamentale verificare se sia possibile, alla luce delle diverse posizioni dottrinarie e giurisprudenziali, individuare un'ipotesi ricostruttiva unitaria.

Al riguardo, si può partire dalla comune affermazione secondo la quale alle prove atipiche dovrebbe essere conferito valore meramente indiziario, ossia un valore inferiore rispetto a quello ordinario. Con riferimento a ciò è stato rilevato come detto assunto derivi dall'impostazione consolidata nella dottrina penalistica prima dell'entrata in vigore del codice del 1988 ove, in assenza di alcun dato normativo regolatore dell'efficacia

atipiche utilizzabili solo quelle raccolte in un altro processo escludendo la possibilità di ogni impiego delle prove atipiche c.d. sostitutive di prove costituenti. Su questo aspetto si veda anche Chiarloni, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, cit., p. 864 ss., anche se l'autore perviene a risultati in parte diversi perché ritiene che l'esistenza di una prova tipica escluderebbe l'uso della corrispondente prova atipica non in ogni caso ma solo quando la prima sia tuttora disponibile nel processo, ritenendo invece legittimo l'utilizzo della prova innominata quando nel caso pratico la corrispondente prova prevista dalla legge viene a mancare.

Sul tema relativo agli argomenti di prova in generale si rinvia, per tutti, a: G.F. Ricci, *Prove e argomenti di prova*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1988, p. 1036 ss.; Chiarloni, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, cit., p. 819 ss.; Tarzia, *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, cit., p. 634 ss.; Cavallone, *Oralità e disciplina delle prove nella riforma del processo civile*, cit., p. 686 ss.; Proto Pisani, *Appunti sulle prove civili*, in *Foro it.*, 1994, c. 49 ss.; M. Scalamogna, *L'efficacia probatoria degli argomenti di prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1161 ss.; Carratta, *Prove e convincimento del giudice nel processo civile*, cit., p. 27 ss.

degli indizi, si riconosceva a questi ultimi un efficacia probatoria inferiore rispetto alle prove piene³⁹⁴.

Nella dottrina civilistica, peraltro, quello che è stato maggiormente evidenziato è stata l'affinità che sussisterebbe fra indizio e presunzione; il primo, invero, indicherebbe il fatto noto dal quale muove il ragionamento inferenziale, mentre la seconda designa il processo logico che consente di risalire dal fatto noto al fatto ignorato³⁹⁵.

Senonché, alla luce del diritto positivo è stato evidenziato come in virtù della disposizione di cui all'art. 2729 c.c. le presunzioni semplici possono essere qualificate come vere e proprie prove, caratterizzate dalla medesima capacità dimostrativa delle prove storiche, e ciò poiché nel nostro ordinamento giuridico non sarebbe possibile riscontrare alcuna gerarchia³⁹⁶. Ma non solo. I requisiti di gravità, precisione e concordanza, richiesti

³⁹⁴ Sul punto si veda G. Bellavista, voce *Indizi*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, Milano, 1971, p. 228.

³⁹⁵ Sul tema si veda Comoglio, *Le prove civili*, cit., p. 480 ss.

³⁹⁶ Ciò è confermato anche in giurisprudenza. Al riguardo si veda per tutte Cass., 4 marzo 2005, n. 4743 ove si legge che “La prova per presunzioni costituisce prova “completa” alla quale il giudice di merito può legittimamente ricorrere, anche in via esclusiva, nell'esercizio del potere discrezionale, istituzionalmente demandatogli, di individuare le fonti di prova, di controllarne l'attendibilità, di scegliere, tra gli elementi probatori sottoposti al suo esame, quelli ritenuti più idonei a dimostrare i fatti costitutivi della domanda o dell'eccezione, senza che possa, per converso, legittimamente predicarsi l'esistenza, nel complessivo sistema processualcivilistico, di una gerarchia delle fonti di prova, salvo il limite della motivazione del proprio convincimento da parte del giudicante e quello della ammissione dell'eventuale prova contraria al fatto ignoto che si pretende di provare tramite presunzioni, ove ciò sia richiesto da una delle parti - e la relativa prova non risulti inammissibile o ininfluenza”.

normativamente per la valutazione della prova presuntiva, non sarebbero quindi in grado di implicare una valenza probatoria inferiore di quest'ultima, ma sarebbero unicamente espressione della maggior cautela richiesta dal legislatore per la loro valutazione e ciò a motivo della mancanza di rappresentatività del fatto da provare³⁹⁷.

Da queste considerazioni emerge allora come alla prova presuntiva non si possa conferire valore probatorio inferiore rispetto alla prova storica³⁹⁸.

Per parte loro gli argomenti di prova rappresentano invece degli elementi di convincimento caratterizzati da un'efficacia probatoria inferiore sicché si ritiene che gli stessi, seppur in cumulo, non siano in grado di fondare la decisione³⁹⁹. Ed invero, mentre nella prova presuntiva l'inferenza che dal fatto noto conduce al fatto ignoto è basata su un potenziale collegamento naturale fra i due fatti, nell'ipotesi degli argomenti di prova l'effetto sul convincimento del giudice è stabilito aprioristicamente dal legislatore⁴⁰⁰. In altri termini, la circostanza per la quale la loro forza di convinzione non poggi sul ragionamento

³⁹⁷ Così G. F. Ricci, *Atipicità della prova, processo ordinario e rito camerale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2002, p. 415.

³⁹⁸ Si consideri che è opinione ormai diffusa quella per cui il requisito della concordanza degli indizi non implichi necessariamente la sussistenza di una pluralità degli stessi. Sul punto si veda Taruffo, *Prove atipiche*, cit., p. 425 ove viene rilevato che al riguardo il problema è rappresentato dal verificare le ipotesi in cui si possa sostenere che una singola presunzione possa considerarsi grave e precisa. Al riguardo l'Autore rileva come l'unico indice che consenta di ritenere la prova presuntiva raccolta idonea da sola a decidere la lite è quello di valutare se la stessa si fondi su una legge naturale o scientifica.

³⁹⁹ Sul punto per tutti si veda G. F. Ricci, *Atipicità della prova*, cit.

⁴⁰⁰ Così Ariola, *Le prove atipiche nel processo civile*, cit., p. 120.

razionale tipico dell'inferenza probatoria ne renderebbe più debole l'efficacia.

Ne consegue che allorquando viene sostenuto che le prove atipiche meritino un valore probatorio inferiore ma poi di fatto vengono equiparate all'indizio in realtà si incorre in errore perché così operando altro non si fa che conferire alle prove non previste normativamente l'efficacia delle prove storiche.

Per tale ragioni la dottrina che si è occupata più approfonditamente del problema ha avvertito la necessità di ricostruire un criterio di valutazione che tenga in considerazione gli aspetti delle varie situazioni⁴⁰¹.

Al riguardo, è stato sostenuto come vi siano delle prove che possono essere definite atipiche solo nominalmente, per non essere espressamente disciplinate dal legislatore, che sono comunque in grado di avere un'efficacia probatoria ricavabile in base al meccanismo analogico.

Oppure, ancora, è stato rilevato come vi sono prove atipiche basate su procedimenti a carattere scientifico la cui riconduzione a mezzi istruttori tipici appare addirittura superflua (si pensi alle prove ematologiche, chiaramente ascrivibili all'ispezione giudiziale o alla consulenza tecnica).

Per quanto riguarda invece le altre prove atipiche, la loro efficacia viene fatta dipendere da altri parametri fra i quali, principalmente, il rispetto del principio del contraddittorio, la cui mancata garanzia degrada queste prove alla diversa categoria degli argomenti di prova. Tale conclusione, per esempio, può trarsi per la perizia stragiudiziale o per gli scritti dei terzi⁴⁰².

⁴⁰¹ Sul tema si veda sempre G.F. Ricci, *Atipicità della prova*, cit.

⁴⁰² Per tali considerazioni si veda Ariola, *Le prove atipiche nel processo civile*, cit., p. 121 ss.

4.5 Limiti e garanzie. Nei precedenti paragrafi abbiamo più volte dato atto della necessità che sussistano specifici controlli sull'uso della prova giudiziaria affinché si possa dire che il libero convincimento del giudice si possa formare correttamente, e abbiamo rilevato, altresì, che tali controlli sono dettati prima ancora che dalla norma positiva, da precise esigenze razionali⁴⁰³.

Al riguardo si può rilevare come diversi sono i principi fissati direttamente dal legislatore: si pensi ai divieti di assunzione di determinate prove (artt. 2721, 2722, 2723, 2739 c.c. e art. 246 c.p.c.). Vi sono poi ulteriori garanzie che derivano, invece, anche in modo implicito, da norme fondamentali e che impongono quindi il rispetto di alcuni criteri generali nell'assunzione della prova.

Appare pertanto evidente come in una materia come quella delle prove atipiche, dove manca una disciplina positiva, l'incidenza e l'importanza di queste regole viene ad assumere massima rilevanza.

Al riguardo, abbiamo avuto modo di rilevare come un fondamentale limite nell'impiego delle prove atipiche è rappresentato dal rispetto del principio del contraddittorio il quale, peraltro, non è volto a limitare l'ammissibilità delle prove atipiche ma ne condiziona fortemente l'efficacia. Ed invero, lo stesso si viene a porre come una delle più importanti garanzie per un razionale e garantistico controllo dei fatti⁴⁰⁴.

In particolare, l'aspetto del contraddittorio che maggiormente concerne la problematica delle prove atipiche è quello che viene in rilievo con riferimento all'attività di valutazione della prova da parte del giudice.

⁴⁰³ In questo senso Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 395.

⁴⁰⁴ In questo senso G. F. Ricci, *Le prove atipiche*, cit., p. 467.

In questo momento fondamentale infatti il principio del contraddittorio viene a configurarsi come diritto delle parti di interloquire sui risultati dell'acquisizione probatoria. Emerge, quindi, come, con riferimento a questo profilo, un presupposto fondamentale sia rappresentato dalla necessità che alle parti venga garantito un contatto con le prove così che possano esplicitare l'attività sopra citata.

Per quanto concerne, invece, gli strumenti che le parti hanno a disposizione per provocare il contraddittorio sui risultati delle prove raccolte basti qui rilevare l'opinione della dottrina secondo la quale il giudice non potrebbe utilizzare alcuna delle risultanze atipiche se prima non abbia sollevato su di esse uno specifico contraddittorio⁴⁰⁵. In altri termini, di fronte a delle prove atipiche il giudice dovrebbe dapprima segnalare alle parti se e quali di tali acquisizioni intende utilizzare per la decisione.

Al riguardo, si può peraltro evidenziare come in realtà nel nostro ordinamento non è previsto un obbligo per il giudice di sollevare il contraddittorio sulle risultanze istruttorie e che inoltre lo stesso, in virtù del principio del libero convincimento, ha comunque la massima libertà nella scelta e nella valutazione del materiale probatorio. Tuttavia è parimenti possibile ricordare che una simile interpretazione del principio del libero convincimento del giudice non è stata ritenuta condivisibile, come abbiamo ampiamente esaminato⁴⁰⁶, perché porterebbe a configurare la scelta del giudice svincolata da criteri o regole di qualunque natura.

A questo punto diviene allora necessario esaminare quali possano essere le conseguenze del mancato rispetto

⁴⁰⁵ Cfr. Taruffo, *Note per una riforma del diritto delle prove*, cit., p. 275 ss.; Id., *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 405.

⁴⁰⁶ Vedi *supra* capitolo III.

dell'obbligo di sollevare il contraddittorio in sede di valutazione della prova. Con riferimento a questo tema si è ritenuto che le conclusioni adottabili siano le medesime di quelle a cui la dottrina⁴⁰⁷ è pervenuta con riferimento agli argomenti di prova atteso che le esigenze di base sono le medesime ovvero anche per questi ultimi si pone per le parti lo stesso interrogativo sul se e sul come verranno utilizzati⁴⁰⁸.

Una prima conseguenza si prospetta qualora non sia stato aperto il contraddittorio sugli strumenti atipici acquisiti in istruttoria e l'esigenza di utilizzo degli stessi si presenti di fronte al collegio. In questo caso si ritiene che quest'ultimo non dovrebbe provvedere al loro impiego se prima non procede alla rimessione in istruttoria con un'ordinanza che specifichi di quali prove atipiche ci si vuole avvalere per la decisione.

Una seconda conseguenza si ha, invece, nel caso in cui il giudice abbia deciso la causa senza l'esplicazione del previo contraddittorio. In questo caso si ritiene che l'uso a fini decisorio delle risultanze atipiche è illegittimo e di conseguenza la sentenza potrà essere appellata oppure si potrà ricorrere in cassazione, in quanto fondata su di un atto nullo per violazione delle inderogabili norme di ordine pubblico sulle garanzie di egualitaria difesa⁴⁰⁹.

Tuttavia tale ultima tesi non è stata da tutti condivisa. Al riguardo parte della dottrina ha ritenuto che i vizi relativi all'assunzione delle prove finiscono per tradursi nell'irrilevanza delle medesime⁴¹⁰, con la conseguenza che

⁴⁰⁷ Cfr. Montesano, *Le «prove atipiche» nelle «presunzioni» e negli «argomenti» del giudice civile*, cit., p. 238.

⁴⁰⁸ In questo senso G. F. Ricci, *Le prove atipiche*, cit., p. 500.

⁴⁰⁹ In questo senso Montesano, *op. cit.*, p. 238.

⁴¹⁰ Per tutti si veda Tarzia, *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, cit., p. 656 ss.

la sentenza dovrà ritenersi impugnabile non per effetto diretto della violazione del contraddittorio nella valutazione delle prove, ma solo in quanto la prova non trattata con il previo contraddittorio sia stata determinante per la decisione.

Infine, per concludere, è bene ricordare che anche in questo campo un ruolo fondamentale è svolto dalla motivazione della sentenza in quanto in primo luogo è solo nella stessa che si potrà rinvenire quale tipo di efficacia il giudice abbia inteso attribuire alla prova atipica, ma soprattutto la stessa è l'unico mezzo in grado di permettere la verifica che l'impiego delle prove fuori catalogo sia avvenuto nel rispetto delle regole che devono presidiare al loro uso. Al riguardo non si dimentichino peraltro i rilievi già svolti in precedenza circa il tema della motivazione della sentenza e l'effettivo modo di intendere la stessa da parte della giurisprudenza⁴¹¹.

In conclusione possiamo allora ritenere che, alla luce del principio del libero convincimento del giudice, sia da condividere l'ammissibilità delle prove atipiche perché la stessa rafforza il processo di avvicinamento dell'indagine giudiziale alla realtà. Non senza mancare di rilevare come condivisibili siano parimenti tutti i rilievi sinora effettuati perché anche in questo campo abbiamo visto esserci l'esigenza di delineare dei limiti e delle regole in assenza dei quali il principio del libero convincimento potrebbe degenerare in arbitrio.

4.6 Le prove illecite. Una volta concluso l'esame del tema relativo alle prove atipiche risulta, per maggiore completezza, utile un breve esame del tema delle prove

⁴¹¹ Vedi *supra*, capitolo III, paragrafo 3.6.

c.d. illecite⁴¹². Al riguardo, è bene premettere che le due tematiche meritano di non essere in alcun modo confuse tra loro. Ed invero, una cosa è parlare di prova non disciplinata espressamente dal legislatore mentre un'altra sono i discorsi relativi alle prove assunte in violazione delle norme che regolano l'istruzione probatoria e, in particolare, l'ammissibilità e l'assunzione del materiale probatorio.

Ed invero, nei paragrafi che precedono abbiamo rilevato come l'ammissibilità delle prove atipiche sia correlata all'esplicazione del principio del libero convincimento del giudice atteso che, qualora non si ammettessero tali fonti di convincimento, si potrebbe ritenere il principio in esame significativamente compromesso. Non senza dimenticare i rilievi compiuti in tema di diritto alla prova garantiti alle parti.

Tutte le considerazioni compiute in tema di prove atipiche non significano tuttavia che la medesima efficacia possa essere attribuita anche ai mezzi di prova rientranti nel catalogo legislativo ma assunti in violazione delle regole che ne disciplinano l'ammissibilità e l'assunzione. Ed invero, al riguardo si ritiene che il mezzo di prova tipico assunto in difformità alle prescrizioni normative debba ritenersi affetto da nullità, sicché il mezzo istruttorio deve ritenersi privo di efficacia rappresentativa⁴¹³.

Ciò premesso, resta comunque da verificare come detta nullità possa essere rilevata. Al riguardo è possibile

⁴¹² Per un esame del tema si vedano G. F. Ricci, *Le prove illecite nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1987, p. 34 ss.; S. Angeloni, *Le prove illecite. Disciplina e rilevanza giuridica delle prove illecite nel processo civile, penale e del lavoro*, Padova, 1992.

⁴¹³ Sul punto si veda Ariola, *Le prove atipiche nel processo civile*, cit., p. 124.

riscontrare un'opinione difforme in dottrina e in giurisprudenza. Ed invero, se nella prima si ritiene che le violazioni in tema di ammissibilità o assunzione dei mezzi di prova possono ritenersi non sanabili *ex art. 157 c.p.c.* essendo funzionali alla formazione del convincimento del giudice⁴¹⁴, in giurisprudenza è possibile riscontrare un'opinione diffusa secondo la quale tali nullità avrebbero carattere relativo atteso che deriverebbero dalla violazione di norme stabilite non per ragioni di ordine pubblico ma nell'interesse delle parti⁴¹⁵. Ciò significa quindi che dette nullità non solo non sarebbero rilevabili d'ufficio, ma che devono essere rilevate dalla parte interessata nella prima difesa successiva al loro verificarsi.

Un'ulteriore tematica tuttavia è rappresentata da quelle prove che pur risultando rilevanti ai fini del giudizio sono state formate al di fuori di esso con metodi addirittura illeciti o con atti che comportino la violazione di diritti individuali costituzionalmente protetti o comunque acquisite al processo con mezzi illegali o illegittimi. Al riguardo secondo la dottrina sussisterebbe nel nostro ordinamento costituzionale un'implicita regola di esclusione che prescriverebbe, con sanzione ad effetti

⁴¹⁴ In questo senso si veda Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1999, p. 465.

⁴¹⁵ In questo senso si vedano Cass., sez. unite, 13 gennaio 1997, n. 264 ove si legge che “Le nullità concernenti l'ammissione e l'espletamento della prova testimoniale hanno carattere relativo, derivando dalla violazione di formalità stabilite non per ragioni di ordine pubblico, bensì nell'esclusivo interesse delle parti e, pertanto, non sono rilevabili d'ufficio dal giudice ma, ai sensi dell'art. 157, comma 2, c.p.c., vanno denunciate dalla parte interessata nella prima istanza o difesa successiva al loro verificarsi”; Cass., 18 luglio 2008, n. 19942; Cass., 9 gennaio 2002, n. 194.

automatici e incondizionati, l'inutilizzabilità di queste prove⁴¹⁶.

Detta regola implicita nel sistema troverebbe la sua fonte normativa nel principio del giusto processo enunciato dall'art. 111 della Costituzione. In tal senso è stato, in particolare, ritenuto che un processo si possa definire giusto allorquando vengono rispettati i valori fondamentali espressi nelle disposizioni costituzionali⁴¹⁷.

Per quanto attiene le prove illecite, tuttavia, il nostro sistema processuale, a differenza di quello penale⁴¹⁸, non conosce una specifica disposizione volta a vietarne l'utilizzo, con la conseguenza che detta regola deve essere rinvenuta nel contesto generale dell'ordinamento. A tal fine si è quindi ritenuto che le prove acquisite in violazione della legge debbano considerarsi inammissibili ovvero inutilizzabili⁴¹⁹.

⁴¹⁶ In questo senso L. P. Comoglio, *Le prove civili*, Torino, 2004, p. 51 ss.

⁴¹⁷ Così Ariola, *Le prove atipiche nel processo civile*, cit., p. 126 ss.

⁴¹⁸ Il codice di procedura penale, a seguito della riforma del 1988, contiene infatti disposizioni specifiche (artt. 189 e 191) che da un lato, come abbiamo visto nei precedenti paragrafi, consentono l'utilizzo delle prove c.d. atipiche, pongono espliciti divieti probatori e sanciscono l'inutilizzabilità delle prove illegittime o acquisite in violazione dei diritti stabiliti dalla legge.

⁴¹⁹ Per un esame approfondito del tema e in particolare delle varie fattispecie prospettabili si veda Ariola, *Le prove atipiche nel processo civile*, cit., p. 127 ss.

CAPITOLO QUINTO

ISTRUZIONE PROBATORIA CIVILE E LIBERO CONVINCIMENTO

SOMMARIO: 5.1 La fase di ammissione dei mezzi istruttori. 5.2 Il potere officioso in materia probatoria. 5.3 Alcune ipotesi esemplificative: l'esibizione delle prove. 5.4 *Segue*: l'ispezione giudiziale. 5.5 La fase di assunzione dei mezzi istruttori. 5.6 La fase decisoria.

5.1 La fase di ammissione dei mezzi istruttori. Come noto, una volta esauritasi la fase di trattazione della causa e definito l'oggetto del giudizio, risolte o superate le questioni preliminari e pregiudiziali eventualmente sollevate dalle parti o d'ufficio, può accadere che il giudice ritenga la causa matura per la decisione sulla base del materiale già agli atti, senza ritenere necessaria l'assunzione di mezzi di prova, rimettendo così la causa al Collegio per la decisione *ex art. 187 c.p.c.* ovvero decida lui stesso in funzione di giudice unico *ex art. 281 quater e ss. c.p.c.*⁴²⁰.

⁴²⁰ La causa è matura per la decisione, senza bisogno di assunzione di mezzi di prova, in una serie di ipotesi. L'ipotesi principale ricorre allorquando fra le parti vi sia una controversia solo in punto di diritto; in questo caso il giudice è chiamato unicamente a stabilire quali siano le conseguenze giuridiche dei fatti storici allegati dall'attore e confermati dal convenuto. Una controversia di siffatto tenore può sorgere o per il comportamento esplicito (ammissione) o implicito (non contestazione) del convenuto (per un esame del tema della non contestazione si veda *supra* capitolo IV, paragrafo 4.3, nota 389). Un'altra ipotesi di

Qualora, invece - e ciò rappresenta l'ipotesi più frequente - sia necessario procedere all'accertamento della verità dei fatti allegati dalle parti, il giudice provvede all'ammissione dei mezzi di prova richiesti o provvede d'ufficio per quelli di sua competenza⁴²¹. Ed invero, a norma dell'art. 115 c.p.c. "*salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero*"⁴²².

causa matura per la decisione è rinvenibile nei casi in cui sussistano fatti controversi ma questi siano provati mediante prove documentali, che, come è noto, non si assumono ma si acquisiscono al processo attraverso la produzione del documento. Infine un'ultima ipotesi di causa matura per la decisione si ha allorquando vi siano fatti controversi, non istruiti documentalmente, e nessuna delle parti chieda l'assunzione di mezzi di prova, né vi sono mezzi di prova ammissibili d'ufficio, in concreto utilizzabili.

⁴²¹ Sul tema si veda Mannarino, *La prova nel processo*, Padova, 2007, p. 227 ss. ove si legge che il procedimento probatorio "comprende: 1) la deduzione delle prove con la relativa richiesta di ammissione; 2) l'ammissione di quelle che siano rilevanti e giuridicamente ammissibili; 3) l'assunzione delle prove ammesse; 4) la valutazione delle prove assunte. Trattasi di procedimento nel più rigoroso senso giuridico poiché le attività da svolgersi in sequenza integrano nella previsione normativa una fattispecie complessa a formazione successiva nella quale i singoli atti sono causalmente collegati l'uno all'altro in vista di un effetto conclusivo e normalmente connessi fra loro in modo che ciascuno di essi viene compiuto in adempimento di un obbligo nascente dall'atto che lo precede".

⁴²² Al riguardo si consideri che la clausola di cui all'art. 115 c.p.c. che fa salvi i casi previsti dalla legge è stata considerata da parte della dottrina maggioritaria come un riferimento alle ipotesi eccezionali e tipizzate nelle quali al giudice è consentito disporre d'ufficio i mezzi di prova. In questo senso si vedano Andrioli,

Diritto processuale civile, cit., p. 238; La China, *Diritto processuale civile. Le disposizioni generali*, Milano, 1991, p. 631.

Ed invero, stando all'impostazione tradizionale, detta disposizione codificherebbe il principio dispositivo "in senso processuale" volto a monopolizzare a favore delle parti l'acquisizione del materiale probatorio necessario per la decisione, che andrebbe distinto dal principio dispositivo "in senso sostanziale" di cui agli artt. 99 e 112 c.p.c., riconducibile al potere di disposizione delle parti in ordine al rapporto sostanziale. In questo senso si veda Cappelletti, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., p. 357. Secondo Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile, ed. minor*, settima ed., vol. I, Torino, 2009, p. 71 il nostro ordinamento si ispira a un sistema che si potrebbe definire "dispositivo attenuato" atteso che pur affermando genericamente il vincolo del giudice alle offerte di prova delle parti non manca di fare salvi i "casi previsti dalla legge" che costituiscono importanti eccezioni. Il tutto, peraltro, salvo per quanto attiene l'introduzione delle prove da parte del P.M. e con esclusione dei processi del lavoro e di separazione e divorzio. Ed invero, nel processo del lavoro il sistema è caratterizzato da notevoli elementi inquisitori. Si pensi all'obbligatorietà dell'interrogatorio libero delle parti (art. 420 c.p.c.) o all'art. 421 c.p.c. a norma del quale "il giudice può altresì disporre d'ufficio in qualsiasi momento l'ammissione di ogni mezzo di prova, anche fuori dei limiti stabiliti dal codice civile ...". In questa direzione sono mossi anche i procedimenti di separazione e divorzio. Si pensi, ad esempio, alle indagini, anche a mezzo della polizia tributaria, per accertare il tenore di vita della famiglia e i redditi delle parti.

Altra parte della dottrina, invece, come abbiamo ampiamente visto nel terzo capitolo, paragrafo 3.6, rinviene nella disposizione di cui all'art. 115 c.p.c. la consacrazione del c.d. divieto di scienza privata del giudice.

Ancora, si consideri l'opinione di coloro che rinvergono in detta norma il riconoscimento del diritto alla prova sia con riferimento al diritto di ciascuna delle parti di provare i fatti che ritiene a sé favorevoli, sia con riferimento al diritto di vedere utilizzate tali prove da parte del giudice in sede di decisione. In questo senso si vedano E.F. Ricci, *Il principio dispositivo come problema di diritto*

In questo caso il primo compito del giudice è rappresentato dall'ammissione dei mezzi istruttori attraverso un controllo di ammissibilità e rilevanza degli stessi. Il controllo di ammissibilità e rilevanza si configura in maniera diversa a seconda che oggetto di tale controllo consista in una prova precostituita o in una prova costituenda. Abbiamo, infatti, già rilevato che mentre per le prove costituende si pone immediatamente il giudizio di ammissibilità ciò non accade per le prove precostituite, le quali entrano nel processo per il tramite del semplice deposito ad opera della parte. Abbiamo peraltro rilevato come non meriti di essere condivisa la tesi secondo la quale per queste ultime non debba ritenersi configurabile un giudizio di ammissibilità e rilevanza, atteso che lo stesso ha la sola particolarità di avvenire in un momento successivo, ovvero solo in fase di decisione. Ed invero, l'acquisizione delle prove documentali deve ritenersi condizionata, in quanto il giudice non può comunque prenderle in esame, al momento della decisione, senza averne verificato l'ammissibilità e la rilevanza.

Fatta questa doverosa premessa quello che ora dobbiamo analizzare è in che cosa consista questo giudizio. Ed invero, mentre l'ammissibilità della prova implica un "giudizio di legalità", ossia compito del giudice è quello di accertare sul piano del diritto positivo la sussistenza di tutte le condizioni alle quali l'ordinamento subordina l'esperimento del mezzo istruttorio⁴²³ (ovvero i

vigente, in *Riv. dir. proc.*, 1974, p. 382 ss. *Contra* si veda invece Cavallone, *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991, p. 291 ss.

⁴²³ A questo punto, dopo le considerazioni svolte nel capitolo precedente in tema di atipicità della prova, dobbiamo ritenere che il criterio di ammissibilità della prova non deve essere inteso in termini positivi, nel senso che è ammissibile soltanto il mezzo di

requisiti della fonte e del mezzo di prova e i requisiti concernenti l'*iter* procedimentale), il giudizio di rilevanza della prova implica, invece, una valutazione sull'utilità della prova ai fini del giudizio di fatto.

Al riguardo è necessario in primo luogo rilevare che in dottrina è discusso se si debba ritenere sussistente un vero e proprio ordine logico tra il criterio della rilevanza e quello dell'ammissibilità della prova. Ed invero, secondo alcuni autori il criterio della rilevanza dovrebbe ritenersi prioritario rispetto a quello dell'ammissibilità poiché "se una prova è irrilevante non ha senso chiedersi se essa sia o no giuridicamente ammissibile, poiché la sua acquisizione sarebbe comunque inutile: di conseguenza il criterio di ammissibilità opera soltanto nel senso di escludere dal processo prove che sarebbero rilevanti per l'accertamento dei fatti"⁴²⁴.

Secondo altra parte della dottrina, invece, "il giudizio di ammissibilità precede quello della rilevanza, nel senso che il giudice deve chiedersi se una prova è rilevante solo dopo che l'abbia giudicata ammissibile"⁴²⁵.

Peraltro, è stato parimenti rilevato che tra i due criteri non si potrebbe individuare un ordine di priorità, e di conseguenza, che "dal punto di vista dell'economia processuale, sembra pertanto più congruo ritenere che giudizio di rilevanza e giudizio di ammissibilità della

prova previsto espressamente nel catalogo della legge, ma deve essere inteso in termini negativi, nel senso che le norme che concernono l'ammissibilità delle prove costituiscono delle regole di esclusione, che implicano l'inammissibilità soltanto di ciò che è espressamente vietato. In questo senso si veda Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 347 ss.

⁴²⁴ Così testualmente Taruffo, *op. cit.*, p. 337 ss. e 347.

⁴²⁵ Così testualmente Verde, *La prova nel processo civile (profili di teoria generale)*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, p. 14 ss.

prova camminano di pari passo, mediante un processo di progressivo avvicinamento alla decisione sull'ammissione della prova: dopo un primo approssimativo giudizio di rilevanza, è opportuno che il giudice prenda subito in considerazione il profilo dell'ammissibilità della prova dedotta, per poi ritornare a vagliarne più approfonditamente la rilevanza, dopo che essa è stata ritenuta ammissibile"⁴²⁶.

In altri termini, si può ritenere che il giudizio di rilevanza consiste nell'anticipazione, in via ipotetica, delle conseguenze che nel giudizio di conferma dell'ipotesi il giudice potrà trarre dal risultato della prova di cui è chiesta l'ammissione, nel caso in cui la prova non fallisca e sia ritenuta attendibile⁴²⁷. Così ragionando, la prova dovrà essere ammessa se appare che il suo risultato potrà essere utile all'accertamento del *factum probandum*, mentre dovrà essere esclusa se tale utilità non appare.

Sul punto, tuttavia, parte della dottrina ha rilevato che il fatto non possa ritenersi rilevante nella sua oggettiva esistenza ma lo sia in funzione del posto che ad esso viene assegnato nella fattispecie giuridica. Di conseguenza, il giudizio di rilevanza della prova implicherebbe da un lato

⁴²⁶ Così testualmente Lombardo, *La prova giudiziale*, cit., p. 374 nota 125. Sul punto si veda, inoltre, Cass., 15 giugno 2000, n. 8164 secondo la quale "il giudizio sull'ammissibilità e rilevanza dei mezzi di prova proposti dalle parti, che il giudice di merito deve compiere (...) prima di decidere sull'ammissione, consta di due valutazioni che, per un verso, non sono entrambe sempre necessarie (...) e, per altro verso, non sono legate in termini di priorità l'una all'altra (...) ben potendo il giudizio sulla non ammissibilità essere conseguente alla ritenuta irrilevanza della prova in relazione al "*thema decidendum*".

⁴²⁷ Così Andrioli, voce *Prova (Diritto processuale civile)*, cit., p. 273 ss.

l'individuazione dell'effetto giuridico che la parte si prefigge e, dall'altro, la specificazione del contributo che il fatto prospettato, alla stregua degli elementi di diritto applicabili, presterebbe alla produzione di quell'effetto giuridico⁴²⁸. La qualificazione giuridica del fatto verrebbe quindi a qualificarsi come un momento essenziale del giudizio di rilevanza della prova⁴²⁹.

Anche se è indiscutibile che il giudizio di rilevanza della prova ha come punto di riferimento il *thema probandum* e che questo a sua volta non può essere determinato se il giudice non individua le coordinate giuridiche dei fatti allegati - qualificandoli come fatti principali - è parimenti vero come non meriti condivisione l'assunto per il quale dovrebbero ritenersi rilevanti le sole prove che concernono i fatti principali. Così ragionando, la rilevanza della prova deve quindi essere stabilita sulla base di un criterio più ampio di quello della giuridicità, ovvero deve essere determinata sulla base di un criterio in grado di individuare l'eventuale collegamento che può instaurarsi, sul piano logico o argomentativo, tra il fatto posto ad

⁴²⁸ Cfr. Andrioli, *Diritto processuale civile*, I, cit., p. 653 ss.

⁴²⁹ Al riguardo, è stato peraltro rilevato come non si possa comunque ridurre il giudizio di rilevanza a un giudizio di diritto e la rilevanza della prova alla "giuridicità" del fatto che ne costituisce l'oggetto. In questo senso si veda Lombardo, *La prova giudiziale*, cit., p. 375. Di diverso avviso è, invece, Calamandrei, *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, I, p. 173 ss., che sostiene che "il giudizio di rilevanza è un giudizio di diritto, attinente al merito, che contiene già, *in nuce*, la decisione definitiva (...)" in quanto esso "valuta in anticipo il costruito giuridico che si potrebbe trarre dalla riuscita della prova proposta".

oggetto della prova e i fatti che costituiscono il *thema probandum*⁴³⁰.

Il concetto di rilevanza coinvolge, pertanto, quello della relazionalità, ossia tale concetto implica la sussistenza di un rapporto logico o argomentativo tra due termini che sono costituiti dall'oggetto della prova e dal *thema probandum*, con la conseguenza che la prova è da ritenersi rilevante se il fatto su cui essa verte rappresenta un elemento utilizzabile per l'accertamento del *factum probandum*⁴³¹.

⁴³⁰ In questo senso Lombardo, *La prova giudiziale*, cit., p. 375. Si veda inoltre Mannarino, *La prova nel processo*, cit., p. 233.

⁴³¹ Al fine di valutare la rilevanza della prova il giudice dovrà, quindi, accertare se e quale tipo di rapporto è possibile rinvenire tra la proposizione che enuncia l'oggetto della prova e quella che costituisce il *thema probandum*, facendo riferimento al "soggetto" e al "predicato" delle due proposizioni. In questo senso si veda Lombardo, *La prova giudiziale*, cit., p. 376. L'Autore, infatti, specifica che quando le due proposizioni hanno gli stessi soggetti e gli stessi predicati ovvero hanno gli stessi soggetti e predicati contraddittori o contrari, in altri termini quando hanno significati identici o logicamente contraddittori, non serve che il giudice ponga in essere un'inferenza in senso proprio per conseguire la conoscenza sul fatto. Infatti, visto che le due proposizioni coincidono o sono logicamente incompatibili tra di loro, la prima proposizione risulta immediatamente, sul piano logico, rilevante, ovvero in grado di consentire al giudice di acquisire la conoscenza dell'esistenza o inesistenza del fatto da provare, senza che lo stesso debba porre in essere un'inferenza dalla prima proposizione alla seconda. In questo senso si veda anche Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 233 secondo il quale in questi casi "l'oggetto e l'esito della prova possono essere espressi in una proposizione che per il contenuto coincide con quella che costituisce l'ipotesi sul fatto"; infatti si ha "da un lato l'ipotesi sul fatto secondo la quale il fatto x è vero, e dall'altro l'elemento di prova secondo il quale il fatto x è vero". Può, peraltro, accadere che la relazione tra la

Alla luce di tali considerazioni si può allora sottolineare come il carattere fondamentale della rilevanza sia l'astrattezza atteso che detto giudizio prescinde dagli specifici caratteri del mezzo istruttorio dedotto e dalla concreta situazione probatoria, avendo di mira solo l'oggetto della prova offerta e scaturendo dal confronto tra la proposizione che enuncia il fatto oggetto della dimostrazione e quella che costituisce l'ipotesi sul fatto da dimostrare. Per tali ragioni si parla di "rilevanza astratta" della prova (ovvero "pertinenza" della prova rispetto al *thema probandum*) che viene distinta dalla nozione di "rilevanza concreta". Con quest'ultima nozione ci si riferisce, infatti, a quell'ulteriore giudizio che il giudice deve porre in essere ai fini dell'ammissione della prova e che sarebbe implicito nel sistema e derivante per via di esegesi dagli articoli 187, primo comma, 188 e 209

proposizione relativa all'oggetto della prova e quella relativa al *thema probandum* non è di identità o di incompatibilità (o perché le due proposizioni hanno gli stessi soggetti ma hanno predicati diversi o perché hanno soggetti diversi, nel senso che la proposizione relativa all'oggetto della prova ha ad oggetto un fatto diverso, fatto secondario, rispetto al fatto principale enunciato dalla proposizione relativa al *thema probandum*). In questi casi il giudice, per valutare la rilevanza della prova, deve porre in essere in via ipotetica un'inferenza dalla prima proposizione alla seconda, che ha la struttura dell'inferenza presuntiva che caratterizza la prova indiretta. Di conseguenza la prova risulterà rilevante solo quando, alla luce delle massime d'esperienza, è possibile ritenere che, nel caso in cui essa abbia esito positivo, dalla proposizione che enuncia l'oggetto della prova si possano trarre elementi di convincimento in ordine alla proposizione che costituisce l'ipotesi sul *factum probandum*, per il tramite di un'inferenza. In questo senso ancora Lombardo, *op. cit.*, p. 377 ss.

c.p.c.⁴³². Detto giudizio, secondo l'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale, sarebbe diretto stabilire anticipatamente se la prova possa essere assunta senza il rischio di un risultato negativo e, quindi, di un inutile prolungamento dell'attività processuale; sicché, il conseguimento da parte del giudice del convincimento sui *facta probanda*, sulla base delle prove già assunte, renderebbe superflua l'assunzione di ulteriori prove, convergenti o divergenti con esso, e ne impedirebbe quindi l'ammissione⁴³³.

Tuttavia, anche se sarebbe possibile obiettare il richiamo ai citati articoli, è indubbio che per poter ritenere realmente utile la prova non basta che essa sia pertinente rispetto al *thema probandum* in quanto è necessario, altresì, che essa sia in grado di dare un contributo concreto alla conoscenza dei *facta probanda* da parte del giudice⁴³⁴.

⁴³² Questa interpretazione deriva, in mancanza di una norma esplicita, dall'art. 187, primo comma, c.p.c. che riconosce al giudice istruttore il potere di rimettere le parti dinanzi al collegio, senza assunzione di mezzi di prova, quando ritiene che la causa sia *ab initio* matura per la decisione; dall'art. 188 c.p.c., che attribuisce al giudice il potere di rimettere le parti dinanzi al collegio quando, dopo l'assunzione dei mezzi di prova ammessi, ritenga esaurita l'istruzione; infine dall'art. 209 c.p.c. che riconosce al giudice il potere di dichiarare chiusa l'assunzione delle prove quando, per i risultati già raggiunti, ritenga superflua l'ulteriore assunzione di mezzi di prova.

⁴³³ Per tutti si veda Calamandrei, *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, cit., p. 174. In giurisprudenza si veda Cass., 9 dicembre 2003, n. 18719; Cass., 19 agosto 2000, n. 11011; Cass., 20 giugno 1994, n. 5925; Cass., 21 dicembre 1988, n. 6987; Cass., 9 maggio 1987, n. 4924; Cass., 4 agosto 1982, n. 4376; Cass., 24 febbraio 1982, n. 1142; Cass., 6 aprile 1981, n. 1949.

⁴³⁴ In questo senso Lombardo, *La prova giudiziale*, cit., p. 380.

Da qui l'individuazione, accanto al giudizio di "rilevanza astratta" della prova, di un giudizio di "rilevanza concreta" volto a stabilire l'idoneità della prova a fornire al giudice elementi utili a formare il suo convincimento o a incidere sul suo convincimento già formatosi sulla base delle prove precedentemente assunte.

Al riguardo emerge come rilevanza "astratta" e rilevanza "concreta" si distinguano profondamente fra loro atteso che la prima riguarda l'oggetto della prova (ovvero il fatto in ordine al quale la prova si propone di fornire la conoscenza) e ha lo scopo di stabilire la pertinenza di tale oggetto rispetto al *thema probandum* mentre la seconda riguarda la fonte e il mezzo di prova dedotti e ha lo scopo di stabilire la loro attitudine a formare il convincimento del giudice o, comunque, a incidere su di esso. Non senza rilevare come l'esistenza di tale attitudine è poi subordinata alla presenza di due requisiti: l'idoneità e la non superfluità⁴³⁵.

Ed invero, si parla di idoneità della fonte e del mezzo di prova quando essi, alla luce delle massime d'esperienza, possano risultare in grado di introdurre effettivamente nel processo le conoscenze fattuali indicate come oggetto della prova. In altri termini, la fonte e il mezzo di prova possono

⁴³⁵ In senso analogo Ubertis, *La ricerca della verità giudiziale*, cit., p. 21, secondo il quale si tratta di accertare l'idoneità e la necessità delle fonti e/o dei mezzi di prova rispetto alla verificabilità dell'affermazione probatoria ritenuta pertinente. Le fonti e/o mezzi sono rilevanti "per un verso, quando siano idonei ad introdurre nel processo elementi di prova da cui si possano inferire risultati costituiti da proposizioni che, posta a confronto con l'affermazione probatoria cui intendono rapportarsi, siano in grado di confermarla o smentirla; per l'altro, quando non si rivelino generatori di ridondanza, nel senso che la loro funzione non sarebbe diversa dal ribadire quanto già conseguito con prove precedenti".

definirsi idonei quando sono in grado di introdurre quelle conoscenze che la parte, offrendo la prova, si propone di far conseguire al giudice. La mancanza di tale requisito⁴³⁶ rende la prova pertinente ma concretamente irrilevante e, pertanto, la stessa non potrà essere ammessa perché carente sotto il profilo della potenzialità conoscitiva.

Si parla, invece, di non superfluità per riferirsi alla concreta incidenza che la nuova conoscenza fattuale potrebbe avere sul convincimento del giudice tenendo conto dello *status* conoscitivo già esistente nel processo. Al riguardo, abbiamo peraltro visto sopra come la giurisprudenza sul punto tenda a ritenere legittima la possibilità per il giudice di ritenersi già sufficientemente sicuro così da poter escludere l'assunzione di ulteriori mezzi di prova. In realtà, sul punto, si potrebbe parimenti sostenere che debba ritenersi ammissibile la sola esclusione di prove convergenti con tale convincimento (perché appunto lo lascerebbero immutato).

Alla luce delle considerazioni svolte, quindi, si potrebbe ritenere che nel giudizio di rilevanza il giudice opererebbe nell'adempimento di un dovere vincolato (atteso che è tenuto semplicemente a verificare la sussistenza dei presupposti normativi e fattuali della rilevanza, senza compiere alcuna scelta o valutazione in termini di opportunità)⁴³⁷. Senonché, detta considerazione è stata criticata da parte di coloro che hanno rilevato come sia la rilevanza astratta che la rilevanza concreta implicano la

⁴³⁶ Si pensi, per assurdo, all'indicazione come fonte di prova testimoniale per riferire sulla dinamica di un incidente, di una persona cieca, oppure, ancora, alla richiesta di ammissione di una testimonianza per accertare il grado alcolico della bevanda assunta da chi ha patito l'evento lesivo.

⁴³⁷ In questo senso si veda Marengo, *La discrezionalità del giudice civile*, Padova, 1996, p. 148 ss.

formulazione di giudizi opinativi, da adottare alla stregua delle massime d'esperienza, che rappresentano i momenti tipici in cui si esprime la discrezionalità giudiziale⁴³⁸. In altri termini, il ragionamento del giudice con cui respinge la richiesta di ammissione dei mezzi di prova è analogo a quello con cui lo stesso, nel momento della definitiva formulazione del giudizio di fatto, elimina le ipotesi fattuali contrastanti con le risultanze probatorie. Così ragionando, quindi, anche in tale giudizio, stante l'esistenza di un potere discrezionale, si deve ritenere che l'esercizio di tale potere non sia insindacabile ma, al contrario, possa essere sottoposto a controllo.

Per tali ragioni, la sentenza pronunciata senza che sia stata ammessa una prova rilevante, idonea a determinare una decisione diversa da quella adottata, viene ritenuta viziata e, di conseguenza, censurabile anche sotto il profilo della legittimità dinanzi alla Corte di Cassazione ai sensi dell'articolo 360, n. 3, c.p.c. quando assume premesse opinative inesistenti, o ai sensi dell'articolo 360, n. 5, c.p.c. quando presenta carenza di motivazione o viola i precetti della logica⁴³⁹.

⁴³⁸ In questo senso Lombardo, *La prova giudiziale*, cit., p. 387.

⁴³⁹ In giurisprudenza si veda Cass., 21 aprile 2005, n. 8357 secondo la quale “la mancata ammissione di un mezzo istruttorio si traduce in un vizio della sentenza, sotto il profilo dell'omesso o insufficiente esame della relativa istanza, tutte le volte in cui il mezzo stesso sia diretto a dimostrare punti decisivi della controversia, con la conseguenza che, potendo la S.C. controllare, sotto il profilo logico-formale e della correttezza giuridica, l'esame e la valutazione compiuti dal giudice cui è riservato l'apprezzamento dei fatti, la sentenza di merito va cassata per vizio inerente alla motivazione allorché tale vizio emerga dall'esame del ragionamento svolto, quale risulta dalla sentenza impugnata”; Cass., 30 agosto 1995, n. 9208 secondo cui “la mancata ammissione di un mezzo di prova dà luogo ad un vizio di difetto di

motivazione se le circostanze in ordine alle quali la prova è richiesta avrebbero potuto determinare una diversa decisione e se la motivazione con cui la richiesta è stata rigettata presenta vizi logico-giuridici”. In senso analogo si veda Cass., 9 dicembre 2003, n. 18719; Cass., 27 settembre 1996, n. 8529; Cass., 19 giugno 1995, n. 6927; Cass., 25 maggio 1995, n. 5742; Cass., 23 novembre 1994, n. 9928.

Vi sono peraltro decisioni che considerano il potere discrezionale in questione non sindacabile in sede di legittimità. In questo senso si veda Cass., 17 marzo 2004, n. 5421 secondo la quale “il giudice di merito non è tenuto ad ammettere e valutare tutti i mezzi di prova dedotti dalle parti, atteso che qualora ritenga sufficientemente istruito il processo bene può, nell’esercizio dei suoi poteri discrezionali, insindacabili in sede di legittimità, non ammettere l’interrogatorio formale, valutandolo, alla stregua di tutte le risultanze processuali, meramente dilatorio e defatigatorio. Al riguardo, inoltre, l’obbligo di motivazione sul carattere superfluo di tale mezzo istruttorio non esclude che le ragioni del rigetto della richiesta di ammissione possano chiaramente desumersi dalle complessive articolate argomentazioni contenute nella sentenza, in ordine alla sussistenza di sufficienti elementi di prova già raggiunti per fondare la decisione, sì da rendere inutile l’ulteriore istruttoria”. Sulla non necessità di una motivazione espressa del rigetto dell’istanza di mezzi istruttori si veda anche Cass., 2 luglio 2009, n. 15502; Cass., 22 aprile 2009, n. 9551; Cass., 12 luglio 2005, n. 14611; Cass., 2 aprile 2004, n. 6570; Cass., 8 ottobre 1998, n. 9942; Cass., 29 marzo 1995, n. 3710; Cass., 10 maggio 1995, n. 5106. Si veda, inoltre, Cass., 22 febbraio 2001, n. 2602 secondo la quale “è inammissibile il ricorso per cassazione, benché proposto formalmente contro una sentenza che tenda nella sostanza ad ottenere l’annullamento di una ordinanza di ammissione di prova. Un tale provvedimento, infatti, non è in grado di pregiudicare direttamente la decisione della causa, avuto riguardo alla possibilità di essere revocato o modificato dallo stesso giudice che ebbe ad emmetterlo, al suo carattere del tutto mediato e strumentale rispetto alla successiva decisione di merito ed al fatto che in quest’ultima rimangono assorbite le violazioni di legge e gli errori eventualmente commessi in istruttoria. Peraltro, una volta

5.2 *Il potere officioso in materia probatoria.* Anche dinanzi alla prova d'ufficio si pongono i preventivi giudizi di ammissibilità e rilevanza. Di conseguenza la stessa per poter essere disposta dovrà essere ammissibile, astrattamente rilevante e, infine, concretamente rilevante. In particolare, i due profili della rilevanza concreta, ovvero l'idoneità e la non superfluità, assumono qui specifica importanza perché delineano due veri e propri presupposti della prova d'ufficio, che condizionano, pertanto, *l'an* dell'esercizio del potere di iniziativa probatoria del giudice. Nello specifico, questi presupposti sono costituiti dall'esistenza di una fonte di prova idonea e dall'esistenza di una lacuna istruttoria.

che il mezzo di prova sia stato ammesso non può essere posto in discussione il giudizio sulla sua rilevanza e decisività emesso nel corpo della pregressa attività istruttoria, poiché ogni critica o censura concernente quella valutazione non può che dirigersi contro la motivazione della sentenza, investendo l'apprezzamento dei fatti oggetto di prova compiuto dal giudice nel decidere la controversia”.

Con riferimento inoltre al tema del ricorso per Cassazione si veda Cass., 11 gennaio 2001, n. 299 ove si afferma che “chi denunci, in sede di legittimità, il difetto di motivazione su un'istanza di ammissione di un mezzo istruttorio o sulla valutazione di un documento, ha l'onere di indicare, specificatamente, le circostanze oggetto della prova o il contenuto del documento trascurato dal giudice di merito, al fine di consentire il controllo della decisività dei fatti da provare e, quindi, delle prove stesse, dato che questo controllo, per il principio di autosufficienza del ricorso per cassazione, deve poter essere compiuto dalla corte di cassazione sulla base delle deduzioni contenute nell'atto, alle cui lacune non è consentito sopperire con indagini integrative”. In questo senso anche Cass., 10 luglio 2009, n. 16215; Cass., 25 maggio 1995, n. 5742.

Anche in questo caso, ovvero quando verifica la sussistenza dei presupposti che legittimano l'esercizio del potere officioso e quando è chiamato a scegliere il mezzo di prova cui ricorrere per assumere la fonte probatoria, il giudice pone in essere, alla stregua delle massime d'esperienza, una serie di sillogismi che costituiscono l'espressione della sua discrezionalità, e, pertanto, nel disporre la prova d'ufficio, il giudice esercita un potere discrezionale⁴⁴⁰. E naturalmente l'esercizio di tale potere discrezionale dovrà essere adeguatamente motivato.

Per quanto riguarda il primo presupposto, ovvero l'esistenza di una fonte di prova, bisogna innanzitutto rilevare che il sistema vincola il giudice, nel disporre la prova d'ufficio, a servirsi delle fonti di prova già note nel processo. Infatti, l'articolo 115 c.p.c. ripartisce la disponibilità dei mezzi di prova tra le parti e il giudice, mentre l'articolo 2697 del codice civile riserva la disponibilità delle fonti di prova esclusivamente alle parti⁴⁴¹.

⁴⁴⁰ In questo senso si veda Lombardo, *La prova giudiziale*. In senso contrario, invece, Marengo, *La discrezionalità del giudice civile*, cit., p. 152 ss., il quale configura un potere discrezionale del giudice solo nella scelta del mezzo di prova d'ufficio più idoneo tra quelli disponibili, considerando, invece, la verifica della sussistenza dei presupposti per l'esercizio del potere officioso un'attività vincolata, sul presupposto che l'anzidetta verifica andrebbe compiuta in termini meramente fattuali; per cui il giudice, verificata la sussistenza dei presupposti, dovrebbe senz'altro attivarsi.

⁴⁴¹ In questo senso Montesano, *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1978, p. 195 ss. Sulla distribuzione dell'onere della prova fra le parti si veda Punzi, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, vol. II, *La fase di cognizione nella tutela dei diritti*, Torino, 2008, p. 70 ss.

Detto vincolo alle fonti di prova già note nel processo trova peraltro giustificazione non solo nelle norme sopra citate ma anche, e soprattutto, nella necessità di salvaguardare l'imparzialità del giudice che potrebbe essere compromessa qualora gli si permettesse di disporre di fonti di prova a lui note per scienza privata o se potesse ricercare d'ufficio nuove fonti di prova⁴⁴².

Pertanto, il giudice può disporre solo l'assunzione dei mezzi di prova in grado di introdurre nel processo le fonti di prova già note, in quanto indicate dalle parti o perché emergenti dalle prove fino a quel momento assunte⁴⁴³.

Quanto, invece, all'altro presupposto, ovvero l'esistenza di una lacuna istruttoria, secondo la dottrina prevalente l'iniziativa probatoria d'ufficio avrebbe carattere complementare ed integrativo rispetto all'iniziativa delle parti. In altri termini, la stessa costituirebbe un'azione di secondo grado, tale da presupporre che vi sia stata un'istruzione esperita sulla base delle prove di cui disponevano le parti, ancorché l'esito di tali prove si sia rilevato insufficiente a fondare il convincimento del giudice⁴⁴⁴.

Detta interpretazione, basata sul modello dispositivo classico, tuttavia non trova riscontro nella disciplina positiva dell'istruzione probatoria, ossia si potrebbe opinare all'assunto per cui i poteri officiosi del giudice

⁴⁴² Cfr. Montesano, *op. cit.*, p. 189 ss. Tuttavia secondo altri autori l'imparzialità del giudice può comunque essere compromessa ogni qual volta egli disponga la prova d'ufficio. In questo senso si veda Fazzalari, *La imparzialità del giudice*, cit., p. 200; Liebman, *Fondamento del principio dispositivo*, cit., p. 561 ss.

⁴⁴³ In questo senso si veda per tutti Montesano, *op. cit.*, p. 195 ss.; Lombardo *La prova giudiziale*, cit., p. 396 ss.

⁴⁴⁴ Cfr. Lombardo, *op. cit.*, p. 397; Tarzia, *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, cit., p. 644.

sono in un certo senso temporalmente limitati dall'iniziativa o dalla mancata iniziativa delle parti, stante la mancanza di un'espressa disposizione di legge in questo senso. Così ragionando, quindi, si potrebbe ritenere che il giudice possa esercitare il proprio potere officioso sia prima che dopo la deduzione delle prove di parte. Ed invero, la circostanza per cui normalmente le prove d'ufficio seguono le prove di parte non è, infatti, ascrivibile ad uno specifico precetto giuridico, ma è conseguenza del fatto che le prove di parte vengono dedotte fin dagli atti introduttivi, ovvero quando il giudice non ha ancora iniziato la trattazione della causa. L'unico limite temporale è costituito dalla chiusura della fase istruttoria, ossia il giudice può disporre prove d'ufficio solo fino a quando la fase istruttoria è ancora aperta; salva ovviamente la possibilità di deferire il giuramento suppletorio nella fase decisoria⁴⁴⁵.

Inoltre, alcuni autori hanno sostenuto che il giudice sia tenuto a non disporre la prova d'ufficio quando questa verrebbe a sanare le decadenze nelle quali le parti siano incorse, ossia nelle ipotesi in cui questa verrebbe a prendere il posto di prove che le parti non possono più dedurre per essere decadute dal relativo potere⁴⁴⁶.

⁴⁴⁵ In questo senso Lombardo, *op. cit.*, p. 398.

⁴⁴⁶ Si veda per tutti Montesano, *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile*, cit., p. 205 ss. In questo senso è interessante Cass., 25 giugno 2004, n. 11864 secondo la quale "il ricorso ai poteri ufficiosi rientra nella discrezionalità del giudice e non può risolversi in una esenzione per la parte dall'onere probatorio a suo carico, atteso che tale facoltà giudiziale ha ad oggetto poteri inquisitori non sostitutivi delle deficienze nelle allegazioni né miranti a compiere una indagine esplorativa alla ricerca di elementi, fatti o circostanze non provati". Di diverso avviso è, invece, Cass, 17 novembre 2003, n. 17336 secondo la

Peraltro, tale opinione è stata criticata poiché presupposti dell'iniziativa probatoria del giudice sono l'esistenza di una fonte di prova idonea e di una lacuna istruttoria; se quest'ultima sussiste, ed è possibile superarla grazie alla fonte di prova già nota, nulla vieta al giudice di disporre d'ufficio una prova dalla quale le parti siano decadute⁴⁴⁷.

Di conseguenza l'unico ruolo in un certo senso complementare che è possibile riconoscere alla prova d'ufficio, rispetto alla prova di parte, emerge solo con riferimento alla rilevanza concreta della prova; in altri termini, se l'iniziativa probatoria di parte è completa, essa rende superflua la prova d'ufficio.

Inoltre, bisogna tenere in considerazione il fatto che la prova d'ufficio, provenendo da un organo imparziale, non può essere inquadrata nelle categorie della prova principale e della prova contraria. Questa funzione obbiettiva fa sì che il giudizio di rilevanza, cui è sottoposta la prova d'ufficio, sotto il profilo della non superfluità, si configura in modo diverso rispetto alle prove di parte. Infatti, l'esistenza del convincimento del giudice dovrebbe escludere l'esercitabilità del potere officioso⁴⁴⁸.

quale “in tema di procedimento civile, il principio dell'onere della prova non implica che il fondamento del diritto vantato debba essere dimostrato unicamente dalle prove prodotte dal soggetto gravato del relativo onere; tale fondamento può invece desumersi da elementi altrimenti acquisiti o acquisibili al processo, anche attraverso l'esercizio da parte del giudice dei poteri officiosi riconosciutigli in materia dall'ordinamento processuale”. Con riferimento al tema in esame si veda inoltre Cass., 19 gennaio 2000, n. 536.

⁴⁴⁷ In questo senso Tarzia, *Manuale del processo del lavoro*, seconda ed., Milano, 1980, p. 106 ss.; Lombardo, *op. cit.*, p. 399.

⁴⁴⁸ In questo senso Lombardo, *op. cit.*, p. 402.

A questo punto bisogna tuttavia analizzare quali siano i controlli esercitabili su questo potere del giudice. Una prima ipotesi si configura quando il giudice dispone d'ufficio l'assunzione di una prova inammissibile (o perché vietata dalla legge o perché sottratta ai suoi poteri officiosi). In questo caso abbiamo un sindacato in termini di violazione di legge ed è quindi pacifico che la Corte di legittimità possa sindacare, non diversamente da quanto le compete con riferimento alle prove di parte, l'esercizio di tale potere istruttorio e possa, pertanto, cassare la sentenza che si fonda sul risultato della prova inammissibile.

Tutt'altro che pacifica è, invece, la soluzione da adottare con riferimento al sindacato del giudice di legittimità in ordine all'esercizio della discrezionalità connessa al potere probatorio d'ufficio. Con riferimento a questo tema la giurisprudenza ha più volte affermato che il potere del giudice di ordinare d'ufficio l'assunzione di mezzi di prova è discrezionale e, pertanto, si sottrae al controllo di legittimità⁴⁴⁹. Tuttavia è stato osservato che l'articolo 2697 del codice civile funge esclusivamente da norma di chiusura del sistema a cui il giudice può fare ricorso solo quando il fatto sia rimasto incerto in modo definitivo⁴⁵⁰. L'applicazione di tale regola di giudizio

⁴⁴⁹ Secondo la giurisprudenza visto che il potere del giudice di disporre prove d'ufficio è discrezionale, il suo mancato esercizio non è soggetto al sindacato di legittimità sia nel caso in cui il giudice pronuncia nel merito, sulla base del proprio formato convincimento, sia nel caso in cui, per l'assenza di prove fornite dall'attore, rigetti la domanda. In questo senso si veda ad esempio Cass., 13 giugno 1995, n. 6644; Cass., 29 marzo 1995, n. 3710; Cass., 25 luglio 1994, n. 6903; Cass., 15 aprile 1994, n. 3549.

⁴⁵⁰ Cfr. Lombardo, *La prova giudiziale*, cit., p. 404. In giurisprudenza si veda, ad esempio, Cass., 2 marzo 2006, n. 4611 ove si legge che "Il provvedimento con il quale il giudice - in

risulterebbe, invece, erronea quando, in presenza di una lacuna istruttoria, vi sia ancora la possibilità di acquisire la conoscenza dei *facta probanda*. Di conseguenza se l'incertezza potrebbe essere superata, perché esistono fonti di prova che consentono di disporre la prova d'ufficio, il giudice non potrebbe rimanere inerte ma sarebbe tenuto ad esercitare il proprio potere officioso.

Pertanto, si può ritenere che il giudice ha il dovere di disporre la prova d'ufficio tutte le volte in cui risultano sussistenti i presupposti di esercizio del suo potere⁴⁵¹.

L'adempimento di questo dovere può essere sollecitato dalle parti in quanto le stesse sono titolari di un generale potere di istanza nel processo e, pertanto, possono chiedere l'assunzione di prove d'ufficio e provocare su di esse il giudizio di ammissibilità e rilevanza, che dovrà essere formalizzato in un apposito provvedimento motivato, che prende la forma dell'ordinanza⁴⁵². L'operato del giudice dovrà quindi ritenersi viziato qualora rimanga inerte e

ossequio a quanto disposto dall'art. 134 c.p.c. e al disposto di cui all'art. 111, comma 1, cost. sul "giusto processo regolato dalla legge" - esplicita le ragioni per le quali reputa di far ricorso all'uso dei poteri istruttori ovvero, come nella specie, ritenga di non farvi ricorso, può essere sottoposto al sindacato di legittimità per vizio di motivazione qualora non sia sorretto da congrua e logica spiegazione nel non aver fatto espletare mezzi istruttori relativi al punto della controversia che, se esaurientemente istruito, avrebbe potuto condurre ad una diversa decisione”.

⁴⁵¹ In giurisprudenza, nel senso che, quando le risultanze della causa offrono significativi dati di indagine, il giudice non può limitarsi a fare meccanica applicazione della regola di giudizio dell'onere della prova, ma ha il potere-dovere di provvedere d'ufficio si veda Cass., 2 agosto 1996, n. 6995; Cass., 20 aprile 1995, n. 4432; Cass., 17 novembre 1994, n. 9724.

⁴⁵² In questo senso Lombardo, *La prova giudiziale*, cit., p. 404 ss.

risulti che l'accertamento dei fatti avrebbe potuto essere conseguito con l'esercizio dei suoi poteri officiosi.

Infine è bene rilevare che in queste ipotesi, nelle quali nell'inerzia del giudice è implicito un giudizio di irrilevanza della prova d'ufficio, se la mancata iniziativa probatoria del giudice riguarda un punto decisivo della controversia, la sentenza risulterà viziata sotto il profilo del difetto di motivazione e sarà, pertanto, censurabile, oltre che in sede di gravame di merito, anche in sede di legittimità ai sensi dell'articolo 360, n. 5, c.p.c.⁴⁵³.

5.3 Alcune ipotesi esemplificative: l'esibizione delle prove. A questo punto è utile considerare che il codice di rito disciplina alcuni mezzi probatori che, pur appartenendo al settore dell'istruzione della causa, non trovano una precisa collocazione entro la classica ripartizione tra prove precostituite e prove costituende. Essi, al contrario, a volte rivelano un'attitudine strumentale alla ricerca ed all'acquisizione delle prove precostituite al fine di integrare il materiale probatorio già introdotto nel processo per iniziativa spontanea delle parti o per autonomo intervento *ex officio* del giudice⁴⁵⁴.

Al riguardo vengono in rilievo gli articoli 2711, secondo comma, c.c. e 212 c.p.c. che disciplinano l'esibizione della corrispondenza, dei libri di commercio, dei registri e delle singole scritture e partite contabili, quale alternativa alla loro comunicazione integrale, nonché l'articolo 210 c.p.c., che si riferisce, più in generale, a un documento o a un'altra cosa di cui si ritenga necessaria l'acquisizione, e che sono oggetto di un ordine di

⁴⁵³ In questo senso Lombardo, *op. cit.*, p. 405; Marengo, *La discrezionalità del giudice civile*, cit., p. 211.

⁴⁵⁴ In questo senso Comoglio, *Le prove civili*, cit., p. 374.

presentazione in giudizio, impartito dal giudice a chiunque ne abbia il possesso e spontaneamente non abbia già provveduto ad assicurarne la disponibilità all'autorità giudiziaria⁴⁵⁵.

Infatti, secondo l'articolo 210 c.p.c., il giudice, su istanza di parte, può ordinare all'altra parte o ad un terzo di esibire in giudizio un documento di cui ritenga necessaria l'acquisizione al processo. Il relativo provvedimento, secondo la giurisprudenza, "costituisce una facoltà discrezionale rimessa al prudente apprezzamento del giudice di merito che non è tenuto a specificare le ragioni per le quali non ritiene di avvalersene; il mancato esercizio della detta facoltà non può, pertanto, essere oggetto di ricorso per cassazione, neppure sotto il profilo del difetto di motivazione"⁴⁵⁶.

Anche al riguardo non si può peraltro che muovere i medesimi rilievi già svolti e ritenere, invece, che sussista comunque un dovere del giudice di motivare adeguatamente la sua scelta⁴⁵⁷ atteso che la stessa rappresenta l'esercizio di un potere discrezionale.

⁴⁵⁵ Per un esame del tema si veda La China, *L'esibizione delle prove nel processo civile*, Milano, 1960; Cavallone, *Esibizione delle prove nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1991, p. 664 ss.

⁴⁵⁶ Cfr. Cass., 12 settembre 2003, n. 13443. In questo senso si vedano inoltre Cass., 23 febbraio 2010, n. 4375; Cass., 12 dicembre 2003, n. 19054; Cass., 26 agosto 2002, n. 12493; Cass., 20 dicembre 2000, n. 15983; Cass., 27 dicembre 1996, n. 11535; Cass., 30 gennaio 1995, n. 1092 secondo la quale "l'adozione dell'ordine di esibizione, ex art. 210 c.p.c., è rimesso al potere discrezionale del giudice del merito, il cui esercizio, in senso positivo o negativo, non è censurabile in sede di legittimità, neppure sotto il profilo del difetto di motivazione".

⁴⁵⁷ In questo senso Cass., 17 marzo 2010, n. 6439 ove si legge che "I provvedimenti, positivi o negativi, emessi dal giudice di merito

Questo potere attribuito al giudice configura necessariamente un'eccezione al generale principio dell'incidenza sulle parti dell'onere probatorio stabilito dall'articolo 2697 c.c. Per tale ragione si ritiene che lo stesso non possa essere esercitato al di fuori delle ipotesi e oltre i limiti previsti dalla disciplina positiva⁴⁵⁸. Infatti, l'ordine di esibizione può essere impartito solo se può avvenire senza grave danno per la parte o per il terzo e senza che si possa costringerli a violare i segreti di cui agli articoli 200 e 202 c.p.p.

Secondo la giurisprudenza⁴⁵⁹, inoltre, l'ordine di esibizione deve riguardare documenti che siano

sulla richiesta di esibizione *ex art.* 210 c.p.c., sono censurabili in sede di legittimità se non sorretti da motivazione sufficiente; in quanto, con particolare riferimento alla denegata ammissione del mezzo di prova, il diniego si traduce in un vizio della sentenza qualora, in sede di controllo - sotto il profilo logico-formale e della correttezza giuridica - dell'esame e della valutazione compiuti dal giudice di merito, risulti che il ragionamento svolto sia incompleto, incoerente o irragionevole, sempre che il mezzo di prova richiesto e non ammesso sia diretto alla dimostrazione di punti decisivi della controversia". In questo senso si veda anche Cass., 13 gennaio 2005, n. 560; Cass., 17 agosto 2004, n. 16047; Cass., 28 agosto 2003, n. 12611; Cass., 5 luglio 2002, n. 9815; Cass., 29 settembre 2004, n. 19521; Cass., 6 marzo 2003, n. 3290; Cass., 11 novembre 1999, n. 12507.

⁴⁵⁸ In questo senso Cass., 14 marzo 1988, n. 2435. In senso conforme si veda anche Cass., 2 settembre 2003, n. 12782 secondo la quale "il potere di ordinare a un terzo, *ex art.* 210 c.p.c., l'esibizione di documenti di sua proprietà ed in suo possesso, determinando una eccezione al principio generale stabilito dall'art. 2697 c.c., non può essere esercitato dal giudice del merito oltre i limiti previsti dal citato art. 210 codice di rito".

⁴⁵⁹ In questo senso Cass., 25 maggio 2004, n. 10043; Cass., 11 luglio 2003, n. 10916; Cass., 8 settembre 2003, n. 13072; Cass., 5 agosto 2002, n. 11709; Cass., 27 marzo 1996, n. 2760 secondo la

specificatamente indicati dalla parte che ne abbia fatto istanza e devono risultare indispensabili al fine della prova dei fatti controversi.

Secondo la dottrina, invece, i documenti dei quali viene ordinata l'esibizione, devono essere non solo individuati o individuabili, ma di essi deve essere noto o almeno indicato un preciso contenuto influente per la decisione della causa⁴⁶⁰.

quale "in tema di prova e con riguardo all'ordine di esibizione di documenti, nessun ulteriore presupposto la legge impone per farsi luogo all'esibizione, se non quelli della indispensabilità del documento in rapporto alla prova da fornire e della certezza della sua esistenza in possesso della parte cui l'ordine di esibizione debba rivolgersi, mentre il requisito della previa indicazione del contenuto del documento da esibire deve sempre essere riferito alle peculiari caratteristiche del rapporto controverso, senza che esso implichi la preventiva e dettagliata descrizione di quanto si suppone debba risultare da detto documento, essendo soddisfatto da qualsiasi indicazione idonea a valutare la rilevanza del documento medesimo rispetto al *thema probandum*". Si veda inoltre Cass., 4 settembre 1990, n. 9126.

Si veda altresì Cass., 8 settembre 1999, n. 9514 secondo la quale "ai sensi dell'art. 94 disp. att. c.p.c. l'istanza di esibizione di un documento deve contenere la specifica indicazione del documento medesimo, al fine di consentire al giudice di valutare la pertinenza del documento e la sua idoneità a provare determinati fatti". Infine si consideri Cass., 14 ottobre 1998, n. 10147 ove si stabilisce che "l'art. 210 c.p.c. richiede non solo che venga indicato il documento che deve essere esibito, ma che venga anche indicato il soggetto nei cui confronti l'ordine deve essere rivolto. Pertanto, rettamente, il giudice ritiene che non possa configurarsi quale istanza proposta ai sensi dell'art. 210 c.p.c. la richiesta di acquisizione di un atto senza indicare il soggetto al quale l'ordine di esibizione deve essere rivolto".

⁴⁶⁰ In questo senso si veda Liebman, *Manuale di diritto processuale Civile*, II, Milano, 1984, p. 124; Consolo, *Il processo di primo*

L'istanza di ordine di esibizione di documenti presuppone, inoltre, la deduzione che i documenti da esibirsi contengano la prova su fatti controversi della causa, senza che tale ordine possa essere emesso al solo scopo di indagare se siffatta prova possa essere rinvenuta nei documenti stessi⁴⁶¹.

Quello che comunque è necessario è l'istanza di parte, senza la quale l'ordine di esibizione non può essere dato.

Infine è necessario rilevare che l'ordine di esibizione non è suscettibile di esecuzione coattiva, in quanto l'ordinanza che la dispone non costituisce titolo esecutivo. Di conseguenza il rifiuto dell'esibizione può costituire esclusivamente un comportamento dal quale il giudice può desumere argomenti di prova ai sensi dell'articolo 116, secondo comma, c.p.c.⁴⁶².

grado e le impugnazioni delle sentenze dopo la legge n. 69 del 2009, cit., p. 211; Balena, Istituzioni di diritto processuale civile, cit., p. 111.

⁴⁶¹ In questo senso Cass., 23 febbraio 2010, n. 4375; Cass., 14 luglio 2004, n. 12997; Cass., 14 settembre 1995, n. 9715 secondo la quale “può ordinarsi l'esibizione di un documento a norma dell'art. 210 c.p.c. solo se la prova del fatto che si intende dimostrare non è acquisibile *aliunde* e se l'iniziativa non ha finalità meramente esplorative”. Si veda inoltre Cass., 19 settembre 2002, n. 13721; Cass., 12 aprile 1984, n. 2369 nonché Cass., 12 dicembre 1988, n. 6734 ove si legge che “l'istanza di ordine di esibizione di documenti presuppone la deduzione che i documenti da esibirsi contengano la prova sui fatti controversi della causa, in quanto l'ordine non può essere emesso al solo scopo di indagare se siffatta prova possa essere rinvenuta nei documenti stessi”.

⁴⁶² In questo senso si veda Cass., 13 agosto 2004, n. 15768; Cass., 10 dicembre 2003, n. 18833; Cass., 2 agosto 2002, n. 11617; Cass., 28 agosto 2000, n. 11225; Cass., 9 ottobre 1998, n. 10063; Cass., 12 gennaio 1996, n. 188 secondo la quale “dall'ingiustificata inottemperanza all'ordine di esibizione emesso ai sensi dell'art.

Qualora, invece, l'ordine di esibizione riguardi libri di commercio o registri, al fine di estrarne determinate partite, l'articolo 212 c.p.c. autorizza il giudice, su istanza dell'interessato, a disporre l'acquisizione di copie o di estratti autentici. Complementare a questa disposizione è l'articolo 2711, primo comma, c.c., che si riferisce ai soli imprenditori ed è applicabile esclusivamente nei casi ivi previsti. Il secondo comma della citata disposizione tuttavia afferma che “negli altri casi il giudice può ordinare, anche d'ufficio, che si esibiscano libri per estrarne le registrazioni concernenti la controversia in corso. Può ordinare altresì l'esibizione di singole scritture contabili, lettere, telegrammi o fatture concernenti la controversia stessa”.

Con riferimento a quanto sopra, la dottrina ha chiarito che, mentre nel primo comma, l'articolo 2911 si riferisce

210 c.p.c., il giudice può desumere argomenti di prova, ai sensi dell'art. 116 stesso codice, in pregiudizio della parte che non vi ha ottemperato, anche ai fini della quantificazione equitativa del danno”. Si veda inoltre Cass., 5 febbraio 1991 n. 1094 nonché Cass., 6 dicembre 1983, n. 7289 ove si afferma che “ove la parte destinataria dell'ordine di esibizione, deduca l'esistenza di circostanze impeditive, la controparte interessata ha l'onere di provare la perdurante impossibilità di produzione in giudizio della documentazione richiesta”.

Quando l'ordine di esibizione è rivolto ad un terzo il G.I. ai sensi dell'art. 211 c.p.c. “deve cercare di conciliare nel miglior modo possibile l'interesse della giustizia col riguardo dovuto ai diritti del terzo e, prima di ordinare l'esibizione, può disporre che il terzo sia citato in giudizio, assegnando alla parte istante un termine per provvedervi”. Il terzo non citato può comunque intervenire spontaneamente nel giudizio per opporsi all'ordine di esibizione, purché tale intervento sia effettuato prima della scadenza del termine assegnato per l'esibizione (art. 211, secondo comma, c.p.c.).

all'esibizione integrale di tutto un complesso di documenti, nel secondo comma lo stesso articolo si riferisce all'esibizione di documenti particolari. In correlazione con questi poteri stanno anche quelli più dettagliati previsti dall'articolo 212, secondo comma, c.p.c.⁴⁶³.

Da ultimo bisogna analizzare l'articolo 213 c.p.c. a norma del quale il giudice può richiedere d'ufficio alla pubblica amministrazione le informazioni scritte relative ad atti e documenti dell'amministrazione stessa che è necessario acquisire al processo⁴⁶⁴.

Si consideri che la richiesta di informazioni scritte è diversa dalla richiesta di esibizione di un documento che ben può essere formulata anche nei confronti della pubblica amministrazione⁴⁶⁵.

Infine, bisogna rilevare che la richiesta prevista dall'articolo 213 c.p.c. può essere fatta d'ufficio dal giudice per acquisire elementi di giudizio su circostanze la cui dimostrazione è sottratta alla disponibilità delle parti e non ne costituisce un preciso onere. La giurisprudenza sul punto è concorde nel ritenere tale potere di natura discrezionale, come tale non censurabile in sede di legittimità⁴⁶⁶.

⁴⁶³ Cfr. Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile, ed. minor*, II, cit., p. 161.

⁴⁶⁴ Per un esame del tema si veda Luiso, *Richiesta di informazioni alla P.A.*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 483.

⁴⁶⁵ Cfr. Grasselli, *L'istruzione probatoria nel processo civile riformato*, cit., p. 143.

⁴⁶⁶ In questo senso Cass., 9 luglio 2004, n. 12670 secondo la quale "la richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione, nella cui disciplina è riconducibile anche la richiesta di informazioni ad altri enti, costituisce esercizio di un potere discrezionale del giudice di merito, il cui mancato esercizio non è censurabile in sede di legittimità". Si veda inoltre Cass., 27 giugno 2003, n. 10219; Cass.,

5.4. Segue: *l'ispezione giudiziale*. L'ispezione giudiziale rappresenta un'attività istruttoria di iniziativa d'ufficio, che ha lo scopo di consentire l'esame di una cosa o di un luogo o di una persona, ossia di oggetti che non essendo acquisibili al processo come documenti, possono soltanto essere fatti materia di osservazione, in modo da poter acquisire al processo il risultato di tale osservazione⁴⁶⁷.

Diversamente dall'esibizione di cose o documenti, l'ispezione giudiziale non è condizionata all'istanza di parte ma è disposta d'ufficio dal giudice istruttore.

Anche l'ispezione giudiziale rientra tra i poteri discrezionali del giudice e pertanto secondo la giurisprudenza “non è censurabile in sede di legittimità la sentenza che non abbia indicato le ragioni del non accoglimento dell'istanza di ispezione giudiziale, giacché dal fatto che il giudice non si sia avvalso del potere discrezionale di disporla si deduce per implicito che egli non ne ha ravvisato la necessità”⁴⁶⁸.

Questa opinione, peraltro, non è condivisa in dottrina ove, invece, si osserva che sarebbe pur sempre necessaria una motivazione, anche minima, sulla insussistenza della

7 novembre 2003, n. 16713; Cass., 12 aprile 1999, n. 3573; Cass., 11 giugno 1998, n. 5794.

⁴⁶⁷ Per un esame del tema si veda Trisorio Liuzzi, *Ispezione nel processo civile*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, X, Torino, 1993, p. 189 ss.

⁴⁶⁸ Cfr. Cass., 12 marzo 1998, n. 2716. In questo senso si vedano: Cass., 8 giugno 2007, n. 13431; Cass., 7 luglio 2006, n. 15430; Cass., 27 novembre 1979, n. 6229.

necessità (o meglio dell'indispensabilità)⁴⁶⁹ di procedere all'ispezione.

Bisogna, inoltre, rilevare che l'ispezione è una prova diretta in quanto il giudice - eventualmente insieme al consulente tecnico - raccoglie le osservazioni dai propri sensi sulle cose che sono oggetto della lite o che hanno attinenza con essa, senza che tra sé e il fatto da provare si frapponga lo schermo dell'attestazione altrui.

L'ordine di ispezione ha come presupposti innanzitutto che le cose siano nel possesso, ovvero nella disponibilità, della parte o del terzo, ed in secondo luogo l'ispezione deve rivelarsi indispensabile al fine di conoscere i fatti di causa. Con riferimento al requisito dell'indispensabilità è stato osservato che il giudice deve compiere un'indagine profonda, in quanto non basta che l'ispezione sia idonea a provare i fatti, ma è necessario che si verifichi una situazione per la quale tale prova non possa essere fornita se non attraverso l'ispezione⁴⁷⁰.

Inoltre, è bene sottolineare che l'ispezione non può mai essere disposta allo scopo di reperire elementi di prova in virtù del carattere dispositivo del processo civile.

Pertanto, mentre l'esibizione costituisce un mezzo per acquisire al processo dei documenti il cui rilievo probatorio sarà oggetto di una successiva valutazione, l'ispezione è essa stessa una prova diretta del modo di essere di determinate cose o luoghi⁴⁷¹.

Un limite all'ispezione è previsto dall'articolo 118 c.p.c. e consiste nel fatto che la stessa deve compiersi senza

⁴⁶⁹ F. De Stefano, *L'istruzione della causa nel nuovo processo civile*, Padova, 1999, p. 157, nota n. 45.

⁴⁷⁰ Cfr. Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, II, cit., p. 346.

⁴⁷¹ Cfr. Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, cit., p. 171.

grave danno per la parte o per il terzo e senza costringerli a violare il segreto professionale o d'ufficio.

Per quanto riguarda invece il rifiuto all'ispezione, le conseguenze dello stesso, senza giusto motivo, sono indicate dall'articolo 118, secondo comma, c.p.c. Se il rifiuto proviene dalla parte il giudice può desumere da tale comportamento argomenti di prova, ai sensi del secondo comma dell'articolo 116 c.p.c.⁴⁷² Se, invece, il rifiuto proviene dal terzo questo può essere condannato solo ad una pena pecuniaria.

Infine è bene ricordare che ai sensi dell'articolo 261 c.p.c. il giudice può, qualora si renda necessario accertare se un fatto sia o possa essersi verificato in un dato modo, ordinare che si proceda alla riproduzione del fatto stesso. In questo caso si parla di esperimento giudiziale.

5.5 La fase di assunzione dei mezzi istruttori. Una volta terminata la fase di ammissione dei mezzi istruttori, se questi risultano appunto ammissibili, si procede alla loro assunzione.

⁴⁷² Del rifiuto all'ispezione la giurisprudenza si è occupata soprattutto con riferimento ai procedimenti per il disconoscimento della paternità, ove troviamo sentenze che ritengono che in tali procedimenti "la facoltà della parte di sottrarsi ai prelievi necessari ai fini della prova non esclude che il relativo rifiuto possa essere valutato dal giudice di merito, quale elemento di convincimento, ai sensi dell'articolo 116, secondo comma, c.p.c.; di conseguenza, il giudizio di rilevanza fondamentale attribuito a tale condotta dai giudici di merito appare logicamente corretto, atteso che a seguito delle più recenti acquisizioni scientifiche le prove ematologiche e genetiche hanno assunto l'idoneità a fornire anche da sole la certezza sia in senso negativo, sia anche in senso positivo del rapporto biologico di paternità". Cfr. Cass., 9 giugno 1990, n. 5626. Si veda inoltre Cass., 6 giugno 2008, n. 15089; Cass., 23 aprile 2004, n. 7747.

Con riguardo a questo tema la prima norma che viene in rilievo è l'articolo 202 c.p.c. secondo il quale il giudice fissa l'udienza nella quale dovranno essere assunti i mezzi di prova, se non può assumerli nella stessa udienza in cui li dispone. In relazione a ciò è, inoltre, fondamentale l'articolo 208 c.p.c. che prevede la decadenza dall'assunzione per la parte, su istanza della quale deve iniziarsi o proseguirsi la prova, che non si presenta. Questa norma ha una particolare importanza in quanto ci si chiede quale sia la conseguenza della mancata comparizione di una sola o di entrambe le parti all'udienza fissata per l'assunzione delle prove disposte d'ufficio dal giudice. Nel secondo caso è applicabile l'articolo 309 c.p.c., in quanto in virtù del principio dispositivo bisogna escludere che il giudice possa dar corso alla prova in assenza delle parti. Mentre nel primo caso, ovvero nel caso in cui almeno una delle parti sia presente, si ritiene che il giudice possa provvedere ad assumere le prove disposte d'ufficio senza necessità che la parte comparsa ne chieda l'assunzione, stante il fatto che in tal caso l'iniziativa è del giudice⁴⁷³.

Per quanto riguarda, invece, il provvedimento con quale il giudice dichiara le parti decadute dal diritto di assumere la prova, in caso di mancata comparizione delle stesse, la giurisprudenza ritiene che lo stesso "deve essere emesso d'ufficio dal giudice e può essere anche implicito, richiedendosi invece una motivata istanza di parte ed un altrettanto motivato provvedimento del giudice per la revoca della detta statuizione di decadenza. Conseguente che, in difetto di una tale revoca, non ravvisabile nella mera assunzione della prova, la stessa, in quanto espletata malgrado la decadenza, deve ritenersi come mai assunta,

⁴⁷³ In questo senso Grasselli, *L'istruzione probatoria nel processo civile riformato*, cit., p. 76.

sempre che la nullità (relativa) conseguente a tale assunzione sia stata dalla parte interessata fatta valere, ai sensi dell'art. 157, secondo comma, c.p.c., nella prima istanza o difesa successiva”⁴⁷⁴.

Infine è bene accennare al fatto che l'ordinanza con la quale il giudice ammette una prova è sempre revocabile dallo stesso giudice che l'ha pronunciata ma è sottoposta al controllo del Collegio, per le cause attribuite a questo organo, solo nella fase decisoria. Se, invece, la decisione è affidata all'istruttore come giudice unico, l'eventualità di un ripensamento è sempre possibile in quanto l'ammissione o meno di un mezzo istruttorio comporta, come abbiamo visto, una valutazione di rilevanza.

L'articolo 209 c.p.c. dispone che una volta espletati i mezzi istruttori richiesti dalle parti o quando, dichiarata la decadenza di cui all'articolo 208 c.p.c., non vi sono altri mezzi da assumere, oppure quando il giudice ravvisa superflua, per i risultati raggiunti, l'ulteriore assunzione, lo stesso dichiara chiusa la fase istruttoria.

La chiusura della fase istruttoria segna il passaggio alla fase decisionale della causa. Infatti l'articolo 188 c.p.c. prevede che, esaurita la fase istruttoria, il giudice rimette la causa al Collegio per la decisione ovvero decide lui stesso.

Prima di concludere è, peraltro, necessario soffermarsi ancora sull'ordinanza che dispone l'ammissione dei mezzi di prova. Infatti, visto che questo provvedimento è sempre

⁴⁷⁴ Cfr. Cass., 4 maggio 1991, n. 4906. Sulla non necessità di un provvedimento esplicito, che dichiari la decadenza dalla prova, si veda anche Cass., 25 ottobre 2006, n. 22843; Cass., 30 maggio 2005, n. 11394; Cass., 2 marzo 1999, n. 1740 secondo la quale “la pronuncia di decadenza di una delle parti dalla prova orale non deve essere esplicita e può, pertanto, essere implicitamente contenuta anche nel provvedimento di chiusura dell'istruzione e di invito delle parti a precisare le conclusioni”.

revocabile, ai sensi dell'articolo 177 c.p.c., dal giudice che l'ha pronunciato, ciò significa che l'ordinanza, comunque motivata, non può mai pregiudicare la decisione della causa. Pertanto, lo stesso giudice istruttore, anche nelle cause attribuite al Collegio, può in qualsiasi momento nel corso della fase istruttoria disattendere istanze istruttorie prima ammesse e, viceversa, ammettere prove già ritenute superflue o inammissibili. Inoltre, la suddetta disposizione riconosce al giudice, anche nella fase decisionale, il potere di rimettere la causa in istruttoria per assumere mezzi istruttori in precedenza non ammessi. Ciò può avvenire secondo due modalità. La prima consiste nella rimessione della causa avanti il giudice istruttore quando il Collegio ha provveduto soltanto su questioni relative all'istruzione della causa (articolo 279, primo comma, c.p.c.). La seconda ipotesi si verifica, invece, quando il Collegio dispone la riassunzione davanti a sé di uno o più mezzi di prova (articolo 281 c.p.c.).

Inoltre, l'interpretazione dell'articolo 281 c.p.c. è nel senso che, anche se lo stesso utilizza il termine "riassunzione", che sembra riferirsi solo ai mezzi di prova già assunti, il potere del Collegio si può esplicitare anche nei casi in cui il mezzo istruttorio non è stato assunto dal giudice durante la fase istruttoria. Questa interpretazione è, infatti, coerente con il principio in base al quale il Collegio ha il potere – dovere di esaminare tutte le richieste istruttorie formulate dalle parti nel corso del giudizio⁴⁷⁵. Ovviamente tale potere di riesame e di riapertura dell'istruttoria spetta anche al giudice monocratico, stante il tenore dell'articolo 281 *bis* c.p.c.

⁴⁷⁵ In questo senso Grasselli, *L'istruzione probatoria nel processo civile riformato*, cit., p. 80.

Tuttavia, il potere del Collegio o del giudice unico non si estende fino a disporre i mezzi istruttori che le parti non abbiano richiesto o dalle quali siano decadute, tranne che si tratti di mezzi istruttori officiosi.

5.6. *La fase decisoria.* Abbiamo visto che una volta assunti i mezzi di prova l'istruzione probatoria è conclusa e, pertanto, inizia l'ultima fase del processo ove il giudice è tenuto a compiere il giudizio di fatto, ossia la valutazione delle prove, e il giudizio di diritto, che, peraltro, non sarà oggetto della presente analisi. Tuttavia, questi temi li abbiamo già analizzati nel capitolo della presente trattazione dedicato alla valutazione discrezionale delle prove⁴⁷⁶ e di conseguenza saranno scontate alcune ripetizioni, che sono tuttavia necessarie al fine di concludere il presente discorso.

Abbiamo detto che il giudizio di fatto presuppone un'attività di carattere conoscitivo, fondata, come abbiamo visto, sulle prove, e che mira ad accertare la verità o falsità dei fatti della causa. Questo giudizio dà luogo ad enunciati descrittivi dotati di un valore di verità intorno all'esistenza o inesistenza di tali fatti.

Pertanto ora compito del giudice è quello di stabilire quale, fra due o più versioni possibili della stessa fattispecie concreta, debba essere considerata "vera"; in altri termini, il compito del giudice in questa fase è quello di stabilire quale descrizione dei fatti controversi risulta dimostrata sulla base delle prove acquisite in giudizio. Abbiamo visto, altresì, che generalmente tale scelta non è semplice e quindi normalmente il giudice si trova a dover stabilire quale ipotesi sui fatti è più attendibile (ovvero più probabilmente vera) di un'altra.

⁴⁷⁶ Vedi *supra* capitolo III.

Dopo l'acquisizione della prova la prima fase del giudizio di fatto è costituita dal giudizio di attendibilità della stessa.

Con riferimento alla prova rappresentativa si può osservare che la valutazione della sua attendibilità non può che muovere da due termini che, dopo l'assunzione della prova, si pongono dinanzi al giudice. Il primo di questi termini è lo strumento probatorio ovvero la dichiarazione (testimonianza in senso lato) o la cosa (documento in senso lato) che ha consentito l'acquisizione dell'elemento di prova; il secondo è l'elemento di prova stesso, il quale, una volta acquisito, diventa in un certo senso autonomo rispetto allo strumento probatorio.

Con riguardo allo strumento probatorio si tratta di valutare l'attendibilità estrinseca della prova; in altri termini si tratta di stabilire se lo strumento di prova ha fornito una rappresentazione esterna che coincide con la cognizione interna della fonte di prova. Con riguardo, invece, all'elemento di prova si tratta di stabilire se l'attendibilità intrinseca della prova, ovvero se la cognizione interna che ha ispirato la rappresentazione corrisponde o meno alla realtà empirica che si è inteso rappresentare⁴⁷⁷.

Abbiamo visto che il giudice per valutare liberamente le prove deve porre in essere un ragionamento di tipo sillogistico. Il sillogismo probatorio muove da premesse particolari, costituite da fatti secondari, che sono valutate alla luce di premesse generali (massime d'esperienza) e perviene ad una conclusione che consiste in una "presunzione" che enuncia il grado di attendibilità, di

⁴⁷⁷ Cfr. Grasselli, *L'istruzione probatoria nel processo civile riformato*, cit., p. 434. In questo senso anche Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, cit., p. 827.

credibilità razionale che è possibile riconoscere alla proposizione fattuale oggetto della valutazione.

Pertanto, al centro del giudizio di attendibilità della prova, si pongono le “presunzioni” e i fatti secondari. Inoltre, quando la conoscenza fattuale che costituisce l’elemento di prova è introdotta nel processo, non mediante la diretta percezione da parte del giudice, ma tramite una prova rappresentativa, prima di poter utilizzare tale conoscenza fattuale è necessario che il giudice accerti l’attendibilità dello strumento probatorio (persona o cosa) adottato, al fine di stabilire se la proposizione che enuncia l’elemento di prova corrisponde alla cognizione interna del soggetto assunto come testimone o indicato come autore del documento ovvero se tale documento sia effettivamente attribuibile a colui che ne è indicato come autore. In altri termini, in questa fase il giudice mira innanzitutto ad accertare soltanto la credibilità della persona e della cosa che costituiscono la fonte e il mezzo di prova. Il giudice infatti non potrà usare la prova, ai fini della formazione del proprio convincimento, qualora la stessa risulti inattendibile.

Per valutare questa attendibilità estrinseca della prova il giudice dovrà prendere in considerazione tutte le circostanze c.d. qualificanti che connotano nel concreto la fonte di prova (esempio interesse nella causa del testimone o i suoi rapporti con la parte, ecc.) o il mezzo di prova vero e proprio (ad esempio il teste risponde con sicurezza oppure si contraddice, ecc.) le quali fungono appunto da “indizi” dell’attendibilità della prova.

Di conseguenza il giudice assumerà tali circostanze a premesse minori di un sillogismo e sulla base delle massime d’esperienza formulerà il giudizio di attendibilità estrinseca della prova.

Il giudice, peraltro, dovrà anche valutare l'attendibilità intrinseca dell'elemento di prova; in altri termini dovrà valutare se la cognizione interna della fonte di prova, come rappresentata nell'elemento di prova acquisito, corrisponde effettivamente alla realtà empirica. Anche in questo caso il giudice dovrà tenere conto di una serie di circostanze c.d. qualificanti che in questo caso vertono sulle modalità di apprendimento della realtà empirica rappresentata dall'elemento di prova e che gli consentono, alla luce delle massime d'esperienza, di porre in essere una corrispondente serie di "presunzioni". In altri termini la rappresentazione di un fatto è inscindibilmente legata al processo di apprendimento del fatto stesso, ovvero discende dalle modalità e dai criteri tramite i quali il fatto è stato percepito e apprezzato da chi pone in essere la rappresentazione⁴⁷⁸. Peraltro, questa valutazione dell'attendibilità intrinseca della prova è necessaria non solo con riguardo alla testimonianza e alla prova documentale c.d. "narrativa", ma anche con riguardo alla prova documentale c.d. "riproduttiva"⁴⁷⁹. Inoltre, è noto che il giudizio di attendibilità della prova presenta una notevole complessità, in quanto al suo interno ci possono essere anche una pluralità di inferenze, ma soprattutto bisogna considerare che tale giudizio è influenzato dagli

⁴⁷⁸ Cfr. Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale civile*, II, rist., cit., p. 472 ss.; Id., *La prova civile*, rist., cit., p. 96.

⁴⁷⁹ Per la distinzione tra "prove riproductive", che riproducono *ex se* l'oggetto narrato, e le "prove narrative", che si riferiscono all'oggetto narrato soltanto mediante lo strumento del linguaggio, ovvero tramite un enunciato o una serie di enunciati relativi al fatto da provare vedi Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 438 ss.; Carnelutti, *La prova civile*, cit., p. 167; Id., *Lezioni di diritto processuale civile*, II, cit., p. 478.

altri elementi di prova già acquisiti, che vertono sul medesimo *factum probandum*.

Ciascun sillogismo, pertanto, consentirà di attribuire all'elemento di prova un certo grado di attendibilità, che dipenderà dal criterio posto alla base dell'inferenza (massima d'esperienza o legge scientifica), e che non sarà in termini di certezza ma di sufficienza. Per il giudice, infatti, il problema è quello di pervenire ad un grado di attendibilità sufficiente a far ritenere l'elemento di prova affidabile ai fini del successivo giudizio di conferma dell'ipotesi sul *factum probandum*.

Una volta compiuto questo giudizio di attendibilità, e perciò di utilizzabilità dell'elemento di prova, il giudice dovrà valutare anche la sua utilità sul piano conoscitivo, ai fini del giudizio finale in ordine all'esistenza o inesistenza del fatto da provare. Pertanto, il giudice dovrà stabilire se, sulla base dell'elemento di prova acquisito, e ritenuto attendibile, la proposizione che costituisce l'ipotesi sul *factum probandum* ottiene la conferma necessaria per essere posta a fondamento della decisione.

Prende inizio, così, il giudizio di conferma dell'ipotesi ove la valutazione della prova consiste nella determinazione del grado di conferma che l'elemento di prova è in grado di conferire all'ipotesi sul fatto.

Di conseguenza anche qui dobbiamo ancora ribadire che il giudizio di fatto può essere ricondotto allo schema dell'inferenza probabile di natura induttiva; tali inferenze probabilistiche collegano proposizioni relative a fatti "noti" a proposizioni relative a fatti "ignoti" da provare, tramite il riferimento a criteri o regole conoscitive che attribuiscono un certo valore di probabilità all'inferenza.

Pertanto, il giudice posto dinanzi a tutto il materiale che abbiamo finora analizzato (prove legali, prove liberamente valutabili, prove atipiche, prove scientifiche, argomenti di

prova, presunzioni, ecc.) dovrà compiere una scelta sulla base di criteri razionali. In altri termini, le inferenze che il giudice trarrà dovranno essere logicamente controllate. Abbiamo infatti visto che la decisione può definirsi razionale se è caratterizzata da una struttura logica riconoscibile. In altri termini, il giudice nel compiere le sue scelte si deve basare su criteri razionali, deve utilizzare questi criteri nella formulazione del giudizio e deve riportare gli stessi nella motivazione della sentenza. Ma è bene ribadire ancora una volta che qualsiasi sia il grado di verosimiglianza o probabilità raggiunto, il giudice è in ogni caso libero di ritenersi convinto della verità dei fatti o meno, e per non incorrere nel giudizio di cassazione *ex art. 360 c.p.c.* dovrà motivare le sue decisioni.

E' bene considerare inoltre che generalmente nel processo vi è una pluralità di prove che fa sì che la formazione del giudizio di fatto si presenti come “una sequenza di stati cognitivi”. In altri termini, si parte da una serie di enunciati che esprimono ipotesi incerte, ancora da sottoporre a verifica probatoria, per poi arrivare ad una serie di stati cognitivi “intermedi”, grazie all’assunzione e valutazione delle prove, e per giungere, infine, allo stato cognitivo “finale” che esprime il convincimento del giudice al termine del giudizio di fatto⁴⁸⁰. Ciò significa che il grado di conferma conseguito dall’ipotesi sulla base della prima prova non è immutabile, ma, al contrario, è soggetto a evolversi in seguito al sopraggiungere dei risultati delle altre prove convergenti sulla medesima ipotesi. Di conseguenza bisogna distinguere il grado particolare di conferma conferito all’ipotesi sul fatto dalla singola prova (risultato della prova), dal grado complessivo di conferma conferito all’ipotesi dall’insieme

⁴⁸⁰ Cfr Lombardo, *La prova giudiziale*, cit., p. 519.

delle prove assunte, che convergono su di essa⁴⁸¹. Quest'ultimo viene poi ulteriormente distinto in grado complessivo interinale di conferma dell'ipotesi (che è quello che il giudice consegue nel corso dell'istruzione sulla base delle prove fino a quel momento assunte) e grado complessivo finale di conferma dell'ipotesi (che è quello che il giudice consegue soltanto al termine dell'istruzione sulla base della totalità delle prove assunte, convergenti sulla medesima ipotesi)⁴⁸².

In conclusione è bene allora analizzare le varie ipotesi che si possono prospettare al giudice alla fine di questo giudizio. La prima ipotesi, che è anche, peraltro, quella più simile al caso della unicità della prova, è costituita dalla presenza di prove tutte convergenti verso la medesima ipotesi; in altri termini tutte le prove assunte confermano o l'ipotesi affermativa o quella negativa. In questo caso si parla generalmente di concorso di prove convergenti⁴⁸³.

Il giudice allora procederà a considerare unitariamente i gradi particolari di conferma offerti dalle singole prove. Tuttavia bisogna considerare che la congiunzione dei gradi particolari di conferma offerti dalle singole prove opera diversamente a seconda che le prove convergano sull'ipotesi affermativa o su quella negativa. Infatti, nel primo caso tutte le prove affermano l'esistenza di un

⁴⁸¹ Cfr. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 253, che descrive la necessità per il giudice di quantificare separatamente il grado di conferma che ogni singola prova conferisce all'ipotesi sul fatto e il grado di conferma complessivo che l'ipotesi sul fatto riceve da tutte le prove assunte. In questo senso anche Lombardo, *op. cit.*, p. 519.

⁴⁸² Cfr. Lombardo, *op. cit.*, p. 520.

⁴⁸³ Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 456 ss., che parla, in tale situazione, di "cumulo delle prove", nel senso appunto di concorso di più prove efficaci nella stessa direzione.

determinato fatto empirico e quindi sono omogenee e compatibili fra di loro, e, pertanto, i gradi di conferma particolari possono esser cumulati. Nel caso in cui, invece, le prove convergono sull'ipotesi negativa non è detto che tutte le prove affermino la medesima versione dei fatti e non è detto che siano tutte compatibili fra di loro. Bisogna, pertanto, distinguere il caso in cui i vari elementi di prova confermano ipotesi fattuali tra loro compatibili (ad esempio confermano tutti una medesima ipotesi contraria) da quello in cui gli elementi di prova confermano più ipotesi contrarie, in quanto tali incompatibili tra di loro (ad esempio Tizio era nel luogo X; Tizio era nel luogo Z).

Nel primo caso gli elementi di prova agiscono tutti verso la medesima direzione, accreditando la medesima versione dei fatti, incompatibile con l'ipotesi affermativa; di conseguenza i gradi particolari di conferma possono essere cumulati.

Nel secondo caso, invece, visto che gli elementi di prova accreditano due o più versioni incompatibili, non solo con l'ipotesi affermativa ma anche l'una con l'altra, i gradi di conferma particolare non sono omogenei e quindi non possono essere cumulati.

Il giudice, pertanto, dovrà stabilire il grado complessivo di conferma dell'ipotesi negativa considerando separatamente i vari gradi particolari di conferma che si riferiscono a ciascuna ipotesi contraria. In altri termini il giudice dovrà calcolare tanti gradi complessivi di conferma, distinti tra loro, quante sono le ipotesi contrarie e dovrà poi dare prevalenza a quella che ottiene un grado complessivo di conferma più elevato⁴⁸⁴.

La seconda, ed ultima, ipotesi è quella di maggior complessità ed è costituita dal caso in cui vi sia una

⁴⁸⁴ Lombardo, *La prova giudiziale*, cit., p. 524 ss.

pluralità di prove divergenti, ossia quando i diversi elementi di prova acquisiti forniscono risultati in conflitto tra loro.

Nella dottrina tradizionale questa situazione viene inquadrata sotto la figura della c.d. “collisione di prove”, intesa appunto come conflitto tra risultati probatori⁴⁸⁵. Tuttavia è stato, altresì, rilevato che se si tiene presente che il concetto di prova è essenzialmente relazionale, è difficile pensare che due o più prove, che forniscono risultati tra loro incompatibili, possano collidere immediatamente tra loro. In altri termini, quando due o più prove forniscono versioni dei fatti tra loro incompatibili il conflitto si configura non tra le prove ma tra le ipotesi fattuali che risultano confermate da quelle prove⁴⁸⁶.

Inoltre, quando ricorre una pluralità di prove divergenti è ovvio che il problema di una scelta di alternativa si pone solo nel caso in cui ciascuna ipotesi fattuale, da sola, abbia conseguito un grado complessivo di conferma sufficiente per far ritenere l'esistenza o l'inesistenza del *factum probandum*. Di conseguenza, il giudice dovrà innanzitutto procedere a valutare il grado complessivo di conferma che ciascuna ipotesi ha conseguito; se nessuna delle ipotesi ha conseguito un grado di conferma sufficiente non ha senso chiedersi su quale di esse deve ricadere la scelta del giudice, e, pertanto, lo stesso, non potendo conseguire un proprio convincimento, è costretto, per decidere, a fare ricorso alla regola sull'onere della prova.

Se, invece, una sola delle ipotesi risulta sufficientemente confermata, la scelta del giudice è

⁴⁸⁵ Per tutti si veda Canelutti, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 457 ss.

⁴⁸⁶ In questo senso Lombardo, *La prova giudiziale*, cit., p. 527 ss., al quale si rinvia per una compiuta analisi del tema.

semplice, in quanto in realtà qui lo stesso non si trova dinanzi ad un'alternativa fra diverse ipotesi provate.

Qualora, e questo è il caso più complesso, entrambe le ipotesi hanno, invece, conseguito un grado complessivo di conferma sufficiente l'unico metodo di scelta adeguato dal punto di vista logico e razionale è quello della c.d. "probabilità prevalente". Il giudice, in altri termini, darà prevalenza a quell'ipotesi, tra le due contrapposte, che è supportata da un grado di conferma maggiore di quello dell'altra⁴⁸⁷.

Infine, non si può escludere che il giudice si trovi ad attribuire a entrambe le ipotesi un grado di conferma del tutto equivalente; in questo caso rigetterà la domanda o l'eccezione a fondamento delle quali è posto il *factum probandum*, ma ciò avverrà non perché lo stesso ritiene di scegliere l'ipotesi negativa ma perché non potendo operare una scelta è costretto a fare ricorso alla regola sull'onere della prova.

Da quanto detto emerge, naturalmente, che in questo campo, come più volte rilevato, opera sovrana la discrezionalità del giudice e, pertanto, è utile sottolineare ancora una volta come il ruolo fondamentale è rivestito dalla motivazione della sentenza che consente di operare un controllo su questo *iter* logico.

⁴⁸⁷ Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 264 ss.

INDICE BIBLIOGRAFICO

- AA.VV., *Le fait et le droit. Etudes de logique juridique*, Bruxelles, 1961.
- ALCHOURRÒN C.E.-BULYGIN E., *Limiti della logica e del ragionamento legale*, in *Sistemi esperti del diritto*, a cura di A.A. Martino, Padova, 1989.
- ALLORIO E., *Il giuramento della parte*, Milano, 1937.
- ALLORIO E., *Falso giuramento decisorio e giudicato penale di condanna*, (1940), in Allorio, *Problemi di diritto*, I, Milano, 1957.
- ALTAVILLA E., *Psicologia giudiziaria*, (1925), terza ed., Torino, 1948.
- ANDRIOLI V., voce *Prova in Genere (diritto civile)*, in *Nuovo Dig. it.*, X, Torino 1940, p. 813 ss.
- ANDRIOLI V., *Commento al codice di procedura civile*, I, Napoli, 1943.
- ANDRIOLI V., voce *Confessione (diritto processuale civile)*, in *Noviss. Dig. It.*, IV, Torino, 1959, p. 15 ss.
- ANDRIOLI V., *Commento al codice di procedura civile*, II, Napoli, 1960.
- ANDRIOLI V., voce *Prova (diritto processuale civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIV, Torino, 1967, p. 260 ss.
- ANDRIOLI V., voce *Presunzioni (Diritto civile e diritto processuale civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1968, p. 766 ss.
- ANDRIOLI V., *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979.
- ANGELONI S., *Le prove illecite. Disciplina e rilevanza giuridica delle prove illecite nel processo civile, penale e del lavoro*, Padova, 1992.

- ARIOLA L., *Le prove atipiche nel processo civile*, Torino, 2008.
- BALENA G., *Sulla testimonianza scritta ripensamenti opportuni (Commento a l. 18 giugno 2009, n. 69)*, in *Guida al diritto*, 2009, 28, p. 17 ss.
- BALENA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. II, *Il processo ordinario*, Bari, 2010.
- BARBERIS M., *Il diritto come discorso e come comportamento*, Torino, 1990.
- BARONE C. M., voce *Consulente tecnico (diritto processuale civile)*, *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, p. 1.
- BATTAGLIA G.-LUPO A., *Spazi ancora stretti per la testimonianza scritta*, in *Guida al diritto*, 2010, 23, p. 21 ss.
- BELLAVISTA G., voce *Indizi*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, Milano, 1971, p. 228.
- BENNECKE H.-BELING E., *Lehrbuch des deutschen Reichsstrafprozessrechts*, Breslavia, 1900.
- BERNS S., *To speak as a Judge. Difference, Voice and Power*, Aldershot-Brookfield USA-Singapore-Sydney, 1999.
- BETTIOL G., *Sulle presunzioni nel diritto e nella procedura penale*, in *Studi economico-giuridici della facoltà di giurisprudenza dell'Università di Cagliari*, Milano, 1938.
- BINDING K., *Grundriss des deutschen Strafprozessrechts*, quinta ed., Lipsia, 1904.
- BIRKMEYER K., *Deutsches Strafprozessrecht*, Berlino, 1898.
- BOLDING P. O., *Aspects of the Burden of Proof*, in *4 Scandinavian Studies in Law*, 1960, p. 17 ss.
- BONATTI, *Il giudice e i silenzi della scienza*, in *Decisione giudiziaria e verità scientifica*, in *Quaderni*

della *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2005, p. 85 e ss.

- BONNIER E., *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*, quinta ed., Parigi, 1888.

- BUFFONE G., *Il fatto non specificamente contestato, è provato* (nota a Trib. Piacenza, 4 giugno 2009), in *Resp. civ. e prev.*, 2009, p. 2506 ss.

- CALAMANDREI P., *La genesi logica della sentenza civile* (1914), in *Opere giuridiche* a cura di Cappelletti, vol. I, Napoli, 1965.

- CALAMANDREI P., *Linee fondamentali del processo civile inquisitorio*, (1927), in *Opere giuridiche* a cura di Cappelletti, vol. I, Napoli, 1965.

- CALAMANDREI P., *Massime di esperienza in Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1927, II, p. 126 ss.

- CALAMANDREI P., *La verità e verosimiglianza nel processo civile*, in *Studi sul processo civile*, vol. VI, Padova, 1937.

- CALAMANDREI P., *Il processo inquisitorio e il processo civile*, (1939), in *Opere giuridiche* a cura di Cappelletti, vol. I, Napoli, 1965.

- CALAMANDREI P., *Il giudice e lo storico*, (1939), ora in *Opere giuridiche* a cura di Cappelletti, vol. I, Napoli, 1965.

- CALAMANDREI P., *Processo e giustizia*, (1950) ora in *Opere giuridiche* a cura di Cappelletti, I, Napoli, 1965.

- CALAMANDREI P., *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, I, p. 173 ss.

- CALAMANDREI P., *Il processo come gioco*, ora in *Opere giuridiche* a cura di Cappelletti, I, Napoli, 1965.

- CALAMANDREI P., *La sentenza civile come mezzo di prova*, in *Opere giuridiche*, V, Napoli 1972, p. 559 ss.
- CALCATERRA P., *Riflessioni sul criterio morale*, Messina, 1819.
- CALOGERO G., *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Padova, 1937, rist., Padova, 1964.
- CAPOGRASSI G., *Giudizio processo scienza verità*, in *Opere*, vol. V, Milano, 1959.
- CAPPELLETTI M., *Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1961, p. 185 ss.
- CAPPELLETTI M., *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, I, Milano, 1962.
- CAPPELLETTI M., *Il processo civile italiano nel quadro della contrapposizione "civil law" – "common law"*, (1963), ora in *Processo e ideologie*, Bologna, 1969.
- CAPPELLETTI M., *Iniziativa probatorie del giudice e basi pregiudiziali della struttura del processo*, (1967), ora in *Processo e Ideologie*, Bologna, 1969.
- CAPPELLETTI M., *Le grandi tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato*, (1968), ora in *Processo e ideologie*, Bologna, 1969.
- CAPPELLETTI M., *I diritti costituzionali delle parti nel processo civile italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 1971, p. 637 ss.
- CAPPELLETTI M., *La sentenza del bastone e della carota (a proposito della dichiarazione di costituzionalità/incostituzionalità degli artt. 246/247 c.p.c.)*, in *Giur. cost.*, 1974, p. 3586 ss.
- CAPPONI R., *Il procedimento sommario di cognizione tra norme e istruzioni per l'uso*, in *Corr. giur.*, 2010, 8, p. 1103 ss.

- CARDOZO N., *The Paradox of Legal Science*, (1928), trad. it., in *Il giudice e il diritto*, Firenze, 1961.
- CARNELUTTI F., *La prova civile*, (1915), seconda ed., Roma, 1947.
- CARNELUTTI F., *La prova civile. Parte generale. Il concetto giuridico* (1915), rist., Milano, 1992.
- CARNELUTTI F., *Lezioni di diritto processuale civile*, (1923-1926), III, rist., Padova, 1986.
- CARNELUTTI F., *Lezioni di diritto processuale civile*, III, 2, Padova, 1923.
- CARNELUTTI F., *Prove civili e prove penali*, in *Riv. dir. proc.*, 1925, p. 3.
- CARNELUTTI F., *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936-1939.
- CARNELUTTI F., *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, II, Roma, 1956.
- CARNELUTTI F., *Diritto e processo*, Napoli, 1958.
- CARNELUTTI F., *Massime di esperienza e fatti notori* (nota a Cass., 1° aprile 1958), in *Riv. dir. proc.*, 1959, p. 639.
- CARNELUTTI F., *Verità, dubbio, certezza*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, p. 4.
- CARNEVALE E., *L'investigazione obiettiva nel processo criminale*, (1928), in *Diritto criminale*, vol. III, Roma, 1932.
- CARNEVALE E., *Natura specifica del problema del processo criminale*, in *Diritto criminale*, vol. III, Roma, 1932.
- CARNEVALE E., *Carattere della verità nel processo penale*, in *Diritto criminale*, vol. III, Roma, 1932.
- CARNEVALE E., *L'arbitrio del giudice per l'applicazione della pena*, (1897), in *Diritto criminale*, vol. II, Roma, 1932.

- CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale*, parte generale, (1863), vol. III, 6° ed., Prato, 1886.
- CARRATTA A., *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995.
- CARRATTA A., *Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto nel processo e sistema probatorio)*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 73 ss.
- CARRATTA A., *Prove e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 27 ss.
- CARRATTA A., *Principio della non contestazione e limiti di applicazione nei processi su diritti indisponibili* (Nota a ord. Trib. Varese 27 novembre 2009), in *Fam. e dir.*, 2010, p. 572 ss.
- CASERTA M. G., *Il silenzio nel processo: interrogatorio formale e libero, prova testimoniale*, in *Giur. merito*, 2008, p. 36.
- CAVALLA F., *A proposito della ricerca della verità nel processo*, in *Verifiche*, XIII, 1984, p. 469 ss.
- CAVALLA F., *La prospettiva processuale del diritto. Saggio sul pensiero di Enrico Opocher*, Padova, 1991.
- CAVALLONE B., *L'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto delle prove*, in *Studi parmensi*, 1977.
- CAVALLONE B., *I poteri di iniziativa istruttoria del giudice civile. Premessa storico-critica*, in *Studi parmensi*, 1980.
- CAVALLONE B., *Critica della teoria delle prove atipiche*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, p. 725 ss., ora in *Id.*, *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991, p. 395.

- CAVALLONE B., *Oralità e disciplina delle prove nella riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 686.
- CAVALLONE B., *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991.
- CAVALLONE B., *Esibizione delle prove nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1991, p. 664 ss.
- CAVALLONE B., *Prove nuove*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 35 ss.
- CAVALLONE B., *Il divieto di utilizzazione della scienza privata del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 861 ss.
- CHIARLONI S., *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1986, p. 836 ss., ora anche in *Formalismi e garanzie (Studi sul processo civile)*, Torino, 1995.
- CHIARLONI S., *Processo civile e verità*, in *Questione giustizia*, 1987, p. 504 ss.
- CHIOVENDA G., *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1928.
- CHIOVENDA G., *Principii di diritto processuale civile*, rist., Napoli, 1965.
- CHIOVENDA G., *Principii di diritto processuale civile*, (1923), terza ed., rist., Napoli, 1980.
- CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1933.
- CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, 1, Napoli, 1934.
- CIACCIA CAVALLARI B., *La non contestazione: caratteri ed effetti*, Milano, 1993.
- CIACCIA CAVALLARI B., *La contestazione nel processo civile*, vol. I-II, Milano, 2002.

- COLLINGWOOD R. G., *The Idea of History*, Oxford, 1946.
- COMOGLIO L. P., *La garanzia costituzionale dell'azione e il processo civile*, Padova, 1970.
- COMOGLIO L. P., *Garanzie costituzionali e prove atipiche nel procedimento camerale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1976, p. 1162 ss.
- COMOGLIO L. P., voce *Confessione: II) diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, VIII, Roma, 1988, p. 1.
- COMOGLIO L. P., voce *Giuramento. II) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, 1989, p. 1.
- COMOGLIO L. P., *Le prove civili*, Torino, 1998.
- COMOGLIO L. P., *Preclusioni istruttorie e diritto alla prova*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, p. 977 ss.
- COMOGLIO L. P., *Le prove civili*, Torino, 2004.
- COMOGLIO L. P., *L'utilizzazione del sapere extragiuridico nella prospettiva comparatistica*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1145 ss.
- COMOGLIO-FERRI-TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, Bologna, seconda ed., 1998.
- CONIGLIO A., *Le presunzioni nel processo civile*, Palermo, s.d.
- CONSOLO C., *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze dopo la legge n. 69 del 2009*, in *Spiegazioni di diritto processuale civile*, tomo terzo, Padova, 2009.
- CONSOLO C., *La legge di riforma 18 giugno 2009, n. 69: altri profili significativi a prima lettura*, in *Corriere Giuridico*, 2009, 7, p. 877 ss.
- CORDERO F., *Il giudizio d'onore*, Milano, 1959.
- CORDERO F., *Il procedimento probatorio*, ora in *Tre studi sulle prove*, Milano, 1963.

- CORSINI F., *La prova testimoniale assunta in forma scritta*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 856 ss.
- COSTA S., *Manuale di diritto processuale civile*, Torino, 1980.
- CROCE B., *Riduzione della filosofia del diritto a filosofia dell'economia*, Napoli, 1926.
- CROCE B., *La storia come pensiero e come azione*, Bari, 1938.
- DAMAŠKA M., *Presentation of Evidence and Factfinding Precision*, in 123 *U.Pa.L.R.*, 1975, p. 1104 ss.
- DAMAŠKA M., *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*, trad. it., Bologna, 1991.
- DANOVI F., *La prova contraria*, Milano, 2004.
- DANOVI R., *Dovere di verità e dovere di lealtà nella deontologia forense*, in *Saggi sulla deontologia e professione forense*, Milano, 1987.
- DEL GIUDICE P., *Storia della procedura*, in *Storia del diritto italiano (diretta da Pertile)*, vol. VI, parte II, Torino, 1902.
- DEL GIUDICE F., *Codice di procedura civile spiegato articolo per articolo*, Napoli, 2004.
- DE LUCA G., *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Milano, 1963.
- DE MARINI C. M., voce *Ammissione: a) Diritto processuale civile*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 242.
- DENTI V., *Interrogatorio formale di parte non legittimata a confessare*, in *Giur. it.*, 1960, 863 ss.
- DENTI V., *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, p. 31 ss., anche in *Processo civile e giustizia sociale*, Milano, 1971.

- DENTI V., *Perizie, nullità processuali e contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, p. 403 ss.
- DENTI V., *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, p. 414.
- DENTI V., *Perizie, nullità processuali e contraddittorio*, in *Dall'azione al giudicato*, Padova, 1983.
- DENTI V., *Armonizzazione e diritto alla prova*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1994, p. 673 ss.
- DE STEFANO G., *Collisione di prove civili*, Milano, 1951.
- DE STEFANO G., *L'istruzione della causa nel nuovo processo civile*, Padova, 1999.
- DITTRICH L., *Appunti per uno studio del fatto notorio giudiziale*, in *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, Milano, 2005.
- DONES C., *Struttura e funzione della consulenza civile*, Milano, 1961.
- DUMMET M., *La filosofia e lo specchio della natura*, trad. it., Milano, 1986.
- EKELÖF P. O., *Beweiswürdigung, Beweislast und Beweis des ersten Anscheins*, in *ZZP*, 75, 1962, p. 289 ss.
- EKELÖF P. O., *Free Evaluation of Evidence*, in *8 Scandinavian Studies in Law*, 1964, p. 47 ss.
- EKELÖF P. O., *La libera valutazione delle prove*, in *Studi Segni*, vol. I, Milano, 1967.
- EKELÖF P. O., *Beweiswert*, in *Festschrift für F. Baur*, Tübingen, 1981, p. 343 ss.
- ELLERO P., *Della critica criminale*, Venezia, 1860.
- ENGISCH K., *Introduzione al pensiero giuridico*, trad. it., Milano, 1970.
- ESMEIN A., *Historie de la procédure criminelle en France*, Parigi, 1882.

- ESSER J., *Vorwort*, in *Freiheit und Bindung des Zivilrichters in der Sachaufklärung*, Francoforte-Berlino, 1965, p. 13 ss.
- FAZZALARI E., *L'imparzialità del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, p. 193.
- FAZZALARI E., *Il processo ordinario di cognizione*, I, Torino, 1989.
- FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989.
- FERRI E., *Sociologia criminale*, Torino, 1900.
- FERRI E., *Principi di diritto criminale*, Torino, 1928.
- FINOCCHIARO G., *Testimonianza scritta: predisposto il modello per i procedimenti successivi al 4 luglio 2009*, in *Guida al diritto*, 2010, 12, p. 85 ss.
- FLORIAN E., *Trattato di diritto penale. Dei reati e delle pene in generale*, vol. I, parte prima, seconda ed., Milano, (1910).
- FLORIAN E., *Delle prove penali*, a cura di P. Fredas, Milano, 1961.
- FORNACIARI M., *La ricostruzione del fatto nel processo*, Milano, 2005.
- FURNO C., *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova, 1940.
- FURNO C., voce *Confessione: b) Diritto processuale civile*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 870.
- GARDNIER P., *The Nature of Historical Explanation*, Oxford, 1952.
- GIORELLO G., *Introduzione in Critica e crescita della conoscenza*, a cura di I. Lakatos e A. Musgrave, trad. it., seconda ed., Milano, 1986.

- GIUDICEANDREA N., voce *Consulente tecnico: a) Diritto processuale civile*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 531.
- GIULIANI A., *Il concetto classico di prova: la prova come argumentum*, in *Jus*, 1960, p. 425 ss.
- GIULIANI A., *Problemi metodologici nello studio del diritto processuale comparato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, p. 653.
- GIULIANI A., *The influence of rhetoric on the law of evidence and pleading*, in *The Juridical Review*, 1962, p. 216.
- GIULIANI A., *Il concetto di prova – Contributo alla logica giuridica*, Milano, 1971.
- GLASER J., *Handbuch des Strafprozess*, Lipsia, 1883.
- GLASER J., *Beiträge zur Lehre vom Beweis im Strafprozeß*, Lipsia, 1883.
- GLENDI C., *I poteri del giudice nell'istruttoria del processo tributario*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1985, p. 906 ss.
- GRASSELLI G., *L'istruzione probatoria nel processo civile riformato*, seconda ed., Padova, 2000.
- GRASSO E., *Dei poteri del giudice*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da Enrico Allorio, I, 2, Torino, 1973.
- GRASSO E., *Note sul difensore nel processo civile*, in *Giur. it.*, 1986, IV, p. 192 ss.
- GRAZIOSI A., *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, Milano, 2003.
- HART H. L. A., *Il concetto di diritto*, introduzione e traduzione di Mario Cattaneo, Torino 1991.

- HEMPEL C. G., *The Function of General Laws in History*, in *Readings in Philosophical Analysis*, H. Feigl and W. Sellars eds., New York, 1949.
- HENKEL H., *Strafverfahrensrecht*, seconda ed., Stoccarda, 1968.
- IANNIRUBERTO G., *Il principio di non contestazione dopo la riforma dell'art. 115 c.p.c.*, in *Giust. civ.*, 2010.
- JENSEN O.C., *The Nature of Legal Argument*, Oxford, 1957.
- KALINOWSKI G., *Introduzione alla logica giuridica*, trad. it., Milano, 1971.
- KRIES A., *Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechts*, Friburgo, 1892.
- KÜPER W., *Die Richteridee der Strafprozessordnung und ihre geschichtlichen Grundlagen*, Berlino, 1967.
- LA CHINA S., *L'esibizione delle prove nel processo civile*, Milano, 1960.
- LA CHINA S., *Diritto processuale civile. Le disposizioni generali*, Milano, 1991.
- LA MARCA G., *L'atto pubblico notarile in forma digitale. Attualità e prospettive normative nell'ordinamento giuridico italiano* (relazione al Seminario "Diritto pubblico e diritto privato nella rete delle nuove tecnologie", Pisa, 26 giugno 2009), in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2009, p. 793.
- LAMORGESE A., *Profili comparatistici su prova testimoniale civile e testimonianza scritta*, in *Questione Giustizia*, 2010, 1, p. 141 ss.
- LARENZ K., *Storia del metodo nella scienza giuridica*, (1960), trad. it., Milano, 1966.

- LARENZ K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3 Aufl., Berlino-Heidelberg-New York, 1975.
- LASERRA G., *Critica delle cosiddette «prove innominate»*, in *Giur. it.*, 1960, I, 1, 838 ss.
- LAZZARO G., *Storia e teoria della costruzione giuridica*, Torino, 1965.
- LAZZARO G., voce *Sussunzione*, in *Noviss. Dit. It.*, XVIII, Torino, 1971, p. 975 ss.
- LESSONA C., *Trattato delle prove in materia civile*, terza ed., vol. I, Firenze, 1914.
- LESSONA C., *Trattato delle prove in materia civile*, Firenze, 1922, I.
- LIEBMAN E.T., *Fondamento del principio dispositivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1960.
- LIEBMAN E.T., *Manuale di diritto processuale civile*, II, terza ed., Milano, 1973-1976.
- LIEBMAN E.T., *Manuale di diritto processuale civile*, II, Milano, 1974.
- LIEBMAN E.T., *Manuale di diritto processuale Civile*, II, Milano, 1984.
- LIEBMAN E.T., *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, Milano, 1992.
- LIEBMAN E.T., *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, settima ed., Milano, 2007.
- LOMBARDI L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967.
- LOMBARDO L., *Riflessioni sull'attualità della prova legale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1992, p. 611.
- LOMBARDO L., *La prova giudiziale. Contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*, Milano, 1999.
- LOMBARDO L., *Prova scientifica e osservanza del contraddittorio nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 1083.

- LOMBARDO L., *La scienza e il giudice nella ricostruzione del fatto*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 35 ss.
- LOMBARDO L., *Profili delle prove civili atipiche*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, p. 1447 ss.
- LUISO F. P., *Richiesta di informazioni alla P.A.*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 483.
- LUISO F.P., *Diritto processuale civile*, II, Milano, 2009.
- MacCORMICK N., *La congruenza nella giustificazione giuridica*, in *Il diritto come istituzione*, a cura di La Torre, Milano, 1990 e in *L'analisi del ragionamento giuridico*, a cura di Comanducci e Guastini, I, Torino, 1987.
- MAERO G., *Le prove atipiche nel processo civile*, Padova, 2001.
- MANDRIOLI C., *Dei difensori*, in *Commentario del cod. proc. civ.*, diretto da E. Allorio, I, Torino, 1973, p. 929 ss.
- MANDRIOLI C., *Corso di diritto processuale civile*, II, nona ed., Torino, 1993.
- MANDRIOLI C., *Corso di diritto processuale civile, ed. minor*, settima ed., vol. I, Torino, 2009.
- MANDRIOLI C., *Corso di diritto processuale civile. II. Il processo di cognizione, ed. minor*, ottava ed. a cura di Carratta, Torino, 2010.
- MANNARINO N., *La prova nel processo*, Padova, 2007.
- MARENCO R., *La discrezionalità del giudice civile*, Padova, 1996.
- MASSA C., *Il principio dispositivo nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, p. 351.

- MECCARELLI M., *Arbitrium: un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano, 1998.
- MESSINA G., *Contributo alla dottrina della confessione*, in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1948.
- MICCOLIS G., *Limiti al diritto alla prova e garanzia costituzionale dell'azione*, in *Dir. e giur.*, 1989, p. 43 ss.
- MICHELI G.A., *L'onere della prova*, (1942), 2° ed., rist., Padova, 1966.
- MITTERMAIER K. J. A., *Il processo orale accusatorio e per giurati secondo le varie legislazioni*, (1845), trad. it., Reggio, 1851.
- MITTERMAIER K. J. A., *Teoria della prova nel processo penale*, Milano, 1858.
- MÖHL A., *Über das Urtheilen rechtsgelehrter Richter ohne gesetzliche Beweistheorie*, in *Zeitschrift für deutsches Strafverfahren*, 1842.
- MONTELEONE G., *Limiti alla prova d'ufficio nel processo civile (cenni di diritto comparato e sul diritto comparato)*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 863.
- MONTELEONE G., *Alle origini del principio del libero convincimento del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 123.
- MONTESANO L.–ARIETA G., *Diritto processuale civile*, II, Torino, 1994.
- MONTESANO L., *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, p. 189 ss.
- MONTESANO L., *Le «prove atipiche» nelle «presunzioni» e negli «argomenti» del giudice civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, p. 233 ss.

- MONTESANO L., *Considerazioni su storia moderna e proposte di riforme per la giustizia civile in Italia*, in *Riv. dir. proc.*, 1981, p. 597.
- MONTESQUIEU, *Esprit des loix*, (1748), ed. a cura di S. Cotta, Torino, 1952, 1, XI.
- MORTARA L., *Commento del codice e delle leggi di procedura civile*, Milano, 1923, I.
- MURRA R., voce *Parti e difensori*, in *Dig. it. disc. priv., sez. civ.*, vol. XIII, Torino, 1995, p. 262 ss.
- NANI T., *De indiciis*, (1781), trad. it., in *Principi di giurisprudenza criminale, e degl'indizi ad uso dei medesimi per conoscere i delitti*, Napoli, 1856.
- NASI A., *Fatto: giudizio di fatto (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 967 ss.
- NASTRI M.–VALIA C., *Concessa ai notai la possibilità di stipulare gli atti pubblici anche in formato elettronico*, in *Guida al diritto*, 2010, 35, p. 30.
- NICOLETTI C.A., *Il giuramento della parte nell'attualità del processo civile*, Rimini, 1982.
- NICOLINI N., *Della procedura penale nel Regno delle Due Sicilie*, ed. 1843, vol. I, Livorno.
- NICOLINI N., *Questioni di diritto trattate nelle conclusioni, ne' discorsi ed in altri scritti legali*, Livorno, 1844.
- NOBILI M., *Nuove problematiche sulle c.d. «massime d'esperienza»*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1969, p. 123 ss.
- NOBILI M., *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974.
- NOTE, *Cultural Defense in Criminal Law*, in 99 *Harv. L. Rev.*, 1986, p. 1293 ss.

- NUNIN R., *Gli scritti dei terzi nel processo civile non sono prove ma al massimo indizi*, in *Diritto e giustizia*, 2005, 20, p. 34.
- OAKESHOTT M., *Experience and Its Modes*, Cambridge, 1953.
- ORTLOFF H., *Beweisregeln und Entscheidungsgründe im Strafprozesse*, in *Goltdammers Archiv für Strafrecht*, 1860.
- PAGANO M., *Teoria delle prove*, pubblicato anche con il titolo *La logica dei probabili, per servire di teoria alle prove nei giudizi criminali*, 1806, in *Opere*, Capolago, 1837.
- PAGANO M., *La logica dei probabili, per servire di teoria alle prove nei giudizi criminali*, ed. a cura di Ripetti, Salerno, 1924.
- PANNAIN R., *La certezza della prova*, in *Riv. pen.*, 1959, I, p. 291.
- PARESC E., *Intepretazione, I, Filosofia del diritto e teoria generale*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 152 ss.
- PASTORE B., *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, Milano, 1966.
- PATTI S., *Libero convincimento e valutazione delle prove*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, p. 481 ss.
- PATTI S., voce *Prova I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, vol. XXV, Roma, 1991, p. 2 ss.
- PERELMAN C., *La logica giuridica. Nuova retorica*, trad. it., Milano, 1979.
- PESCATORE M., *La logica del diritto. Frammenti di diritto e di giurisprudenza*, vol. I, Torino, 1863.
- PETERS K., *Strafprozess (ein Lehrbuch)*, Karlsruhe, 1952.

- PICARDI N., *Manuale del processo civile*, seconda ed., Milano, 2010.
- PICARDI N., *Riflessioni critiche in tema di oralità e scrittura*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, p. 1.
- PICOZZA E., *La prova per testimoni tra deposizione orale e testimonianza scritta a seguito della riforma del 2009*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 869 ss.
- PIRAS A., *Le massime d'esperienza e la motivazione insufficiente*, in *Jus*, 1955, p. 79 ss.
- PISANI M., *La tutela penale delle prove formate nel processo*, Milano, 1959.
- PIZZI C., *Oggettività e relativismo nella ricostruzione del fatto: riflessioni logico-filosofiche*, in *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di G. Ubertis, Milano, 1992.
- PLANCK J.W., *Systematische Darstellung des deutschen Strafverfahrens auf Grundlage der neueren Strafprozessordnungen seit 1848*, Göttingen, 1857.
- POPPER K., *Congetture e confutazioni. Lo sviluppo della conoscenza scientifica*, I, Bologna, 1972.
- PROTO PISANI A., *Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro*, in *Foro it.*, 1973, V, c. 2325.
- PROTO PISANI A., *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991.
- PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1994.
- PROTO PISANI A., *Appunti sulle prove civili*, in *Foro it.*, 1994, c. 49 ss.
- PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1999.
- PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*, quarta ed., Napoli, 2002.

- PROTO PISANI A., *Ancora sulla allegazione dei fatti e sul principio di non contestazione nei processi a cognizione piena* (nota a Cass., 20 marzo 2006, n. 6092; Cass., 6 febbraio 2006, n. 2468; Cass., 30 gennaio 2006, n. 2035), in *Foro it.*, 2006, I, c. 3143.
- PROTO PISANI A., *Chiose sul diritto alla prova nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Foro it.*, 2008, c. 81 ss.
- PROTO PISANI A., *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2009, c. 221 ss.
- PUNZI C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, vol. II, *La fase di cognizione nella tutela dei diritti*, Torino, 2008.
- PUTNAM H., *Verità e etica*, trad. it., Milano, 1982.
- PUTNAM H., *Ragione, verità e storia*, ed. it. a cura di S. Veca, Milano, 1989.
- QUAGLIA O., *Saggio di una teoria sulle presunzioni penali*, Loano, 1910.
- RADBRUCH G., *Introduzione alla scienza del diritto*, (1929), trad. it., riedizione curata da K. ZWEIGERT, Torino, 1961.
- RAMPONI L., *La teoria generale delle presunzioni nel diritto civile italiano*, Torino, 1890.
- REDENTI E., *Profili pratici del diritto processuale civile*, Milano, 1939.
- REDENTI E., *Diritto processuale civile*, II, seconda ed., rist., Milano, 1957.
- RICCI F., *Delle prove*, Torino, 1891.
- RICCI F., *Commento al codice di procedura civile italiano*, II, Firenze, 1905.
- RICCI E. F., *Il principio dispositivo come problema di diritto vigente*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, p. 382 ss.

- RICCI E. F., *Su alcuni aspetti problematici del «diritto alla prova»*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 159 ss.
- RICCI G. F., *Le prove illecite nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1987, p. 34 ss.
- RICCI G. F., *Prove e argomenti di prova*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1988, p. 1036 ss.
- RICCI G. F., *Le prove atipiche*, Milano, 1999.
- RICCI G. F., *Atipicità della prova, processo ordinario e rito camerale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2002, p. 415.
- RICCI G. F., *Principi di diritto processuale generale*, quarta ed., Torino, 2010.
- ROBERTI M., *Il libero convincimento nei giudizi penali*, in *Riv. pen.*, 1926, p. 322.
- ROMAGNOSI G.D., *Cenni sui sistemi della convinzione intima e delle prove legali e sul calcolo degli indizi*, in *Opere*, a cura di A. De Giorgi, vol. IV, parte seconda, Milano, 1842.
- ROMAGNOSI G. D., *Genesi del diritto penale*, in *Opere*, a cura di A. De Giorgi, vol. IV, parte seconda, Milano, 1842.
- ROMAGNOSI G. D., *L'Indice al Progetto di Codice di procedura penale per il Regno d'Italia*, (1807), in *Opere*, a cura di A. De Giorgi, vol. IV, parte prima, Milano, 1842.
- ROMANO L., *L'arte di ben congetturare nei giudizi penali*, Napoli, 1826.
- ROMANO A., *La tutela cautelare della prova nel processo civile*, Napoli, 2004.
- RONCO A., *Riflessioni sulla disciplina processuale e sull'efficacia probatoria delle scritture provenienti dai terzi*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, II, p. 545.

- ROSENBERG-L. SCHWAB H., *Zivilprozessrecht*, München, 1977.
- ROSENFELD E.H., *Der Reichsstrafprozessrecht*, quarta ed., Berlino, 1912.
- ROSSI P., voce *Convincimento*, in *Nuovo dig. it.*, vol. IV, Torino, 1938, p. 213.
- ROSSI P., *Teoria della storia e della metodologia storiografica nel pensiero inglese contemporaneo*, in *Rivista Storica Italiana*, 1954, p. 68 ss.
- SALVANESCHI L., *La riduzione del tempo del processo nella nuova riforma dei primi due libri del codice di rito*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1560 ss.
- SALVIOLI G., *Dei limiti della certezza morale nella prova criminale secondo il diritto romano canonico e la dottrina antica*, in *Diritto e giurisprudenza*, (Napoli), 1916.
- SATTA S., *La ritrattazione del giuramento (e ancora la questione del metodo)*, in *Foro it.*, 1948, IV, c. 90.
- SATTA S., *La ritrattazione del giuramento*, in *Foro it.*, 1949, IV, c. 12.
- SATTA S., *Diritto processuale civile*, ottava ed., Padova, 1973.
- SATTA S., *Commentario al codice di procedura civile*, II, 1, Milano, 1960.
- SATTA S., *Commentario al codice di procedura civile*, II, rist., Milano, 1966.
- SCALAMOGNA M., *L'efficacia probatoria degli argomenti di prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1161 ss.
- SCHUR E.M., *Sociologia del diritto*, (1968), trad. it., Bologna, 1970.
- SERMONTI A., *Principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, Milano, 1943.

- SILVESTRI E., *Commentario breve al codice di procedura civile*, a cura di Carpi-Colesanti-Taruffo, Padova, 1984.
- SPINELLI M., *Fondamento ed estensione delle prove civili*, in *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, IV, Napoli, 1972.
- STALTERI M., *Genetica e processo: la prova del 'dna fingerprint'. Problemi e tendenze*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1993, p. 216 ss.
- STEIN F., *Das Private Wissen des Richters. Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse*, Leipzig, 1893.
- STONE J., *Legal System and Lawyers' Reasoning*, Stanford, 1964.
- TARELLO G., *Il realismo giuridico americano*, Milano, 1962.
- TARELLO G., *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, 1974.
- TARELLO G., *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980.
- TARUFFO M., *Il giudice e lo storico: considerazioni metodologiche*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, p. 438.
- TARUFFO M., *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970.
- TARUFFO M., *Note in tema di giudizio di fatto*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, p. 33.
- TARUFFO M., *Prove atipiche e convincimento del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1973, p. 421 ss.
- TARUFFO M., *Certezza e probabilità nelle presunzioni*, in *Foro it.*, 1974, V, c. 83 ss.
- TARUFFO M., *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975.

- TARUFFO M., *Problemi e linee evolutive nel sistema delle prove civili in Italia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1977, p. 1558 ss.
- TARUFFO M., *Il processo civile «adversary» nell'esperienza americana*, Padova, 1979.
- TARUFFO M., *Il diritto alla prova nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 74 ss.
- TARUFFO M., *Note per una riforma del diritto delle prove*, in *Riv. dir. proc.*, 1986, p. 237.
- TARUFFO M., *Diritto processuale civile, dei paesi anglosassoni*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. VI, Torino, 1989, p. 324 ss.
- TARUFFO M., voce *Giudizio (teoria generale)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XV, Roma, 1989, p. 1.
- TARUFFO M., voce *Motivazione. III) Motivazione della sentenza. Diritto Processuale civile*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XX, Roma, 1990, p. 1 ss.
- TARUFFO M., voce *Libero convincimento del giudice. I) Diritto Processuale Civile*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVIII, Roma, 1990, p. 1.
- TARUFFO M., *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992.
- TARUFFO M., voce *Interrogatorio*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, IV, Torino, 1993.
- TARUFFO M., *Funzione della prova: la funzione dimostrativa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1997, p. 553 ss.
- TARUFFO M., *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2001, p. 665 ss.
- TARUFFO M., *Conoscenza scientifica e decisione giudiziaria: profili generali*”, in *Decisione giudiziaria e verità scientifica*”, in *Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2005, p. 4.

- TARUFFO M., *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, 2009.
- TARUFFO M., *Considerazioni sulle massime d'esperienza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, p. 551 ss.
- TARZIA G., *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 639 ss.
- TILLERS P.-GREEN E., *L'inferenza probabilistica nel diritto delle prove – Usi e limiti del bayanesimo*, Milano, 2003.
- TOULMIN S., *The Uses of Argument*, Cambridge, 1958.
- TROCKER N., *Processo civile e costituzione*, Milano, 1974.
- TWINING W., *Some Scepticism about Some Scepticisms*, in Id. *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, Oxford, 1990.
- TWINING W., *Lawyers' Stories*, in Id., *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, Oxford, 1990.
- UBERTIS G., *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, 1979.
- UBERTIS G., *La ricerca della verità giudiziale*, in *La conoscenza del fatto nel processo penale a cura di G. Ubertis*, Milano, 1992.
- UBERTIS G., *La ricostruzione giudiziale del fatto tra diritto e storia*, in *Cass. Pen.*, 2006, p. 1206.
- VACCARELLA R., voce *Interrogatorio delle parti*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972.
- VELLANI M., voce *Consulenza tecnica nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, III, Torino, 1988, p. 525.
- VERDE G., voce *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Milano, 1988, p. 579 ss.

- VERDE G., *Prova legale e formalismo*, in *Foro it.*, 1990, V, c. 465.
- VERDE G., *Il nuovo processo di cognizione*, Napoli, 1995.
- VERDE G., *La prova nel processo civile. Profili di teoria generale*, in *Quaderni del C.S.M.*, n. 108, Roma, 1999, anche in *Riv. dir. proc.*, 1998, p. 14 ss.
- VILLA V., *La coerenza normativa e i presupposti epistemologici della giustificazione*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1988, p. 567 ss.
- VINCENTI P., *Il codice di rito civile della Federazione Russa tra aperture dispositive e residui di inquisitori età*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 737 ss.
- VINCIGUERRA S., *I regolamenti penali di Papa Gregorio XVI per lo Stato Pontificio*, Padova, 2000.
- VOCINO C., *Sulla c.d. «attuazione della legge» nel processo di cognizione*, in *Studi in onore di E. Redenti*, II, Milano, 1951.
- VOLTAIRE, *Commentaire sur le livre des délits et des peines*, (1766), in *Œuvres complètes*, ed. de l'Imprimerie de la Société Littéraire – Typographique, 1785-1789, vol. XIX.
- VOLTAIRE, *Response à l'écrit d'un avocat intitulé Preuves démonstratives en fait de justice*, in *Œuvres complètes*, ed. de l'Imprimerie de la Société Littéraire – Typographique, 1785-1789, vol. XXX.
- VOLTAIRE, *Prix de la justice et de l'humanité*, in *Œuvres complètes*, ed. de l'Imprimerie de la Société Littéraire – Typographique, 1785-1789, vol. XXIX.
- WROBLEWSKI J., *Il sillogismo giuridico e la razionalità della decisione giudiziale*, trad. it., in *L'analisi del ragionamento giuridico*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Torino, 1987.

- WROBLEWSKI J., *Justification Through Principles and Justification Through Consequences*, in *Reason in Law*, vol. I, Milano, 1987.