

## IL DIFFICILE COMPROMESSO TRA LIBERO CONVINCIMENTO E PROVA LEGALE

SOMMARIO: 1. Il principio del libero convincimento del giudice e la inarrestabile tendenza alla sua attenuazione. – 2. Le regole probatorie e la loro assunta incompatibilità con la ricerca della verità. – 3. I timidi tentativi di attenuazione del principio nelle legislazioni precedenti: motivazione del provvedimento e, successivamente, sanzione di inutilizzabilità. – 4. La soluzione del codice del 1989: la disciplina normativa delle prove tra tassatività e prove non disciplinate dalla legge. – 5. Il depotenziamento del compromesso per le deviazioni della prassi giudiziaria. – 6. La regolamentazione delle prove deboli, come parametro vincolante per la convivenza dei due principi.

### **1. Il principio del libero convincimento del giudice e la inarrestabile tendenza alla sua attenuazione**

Come è stato esattamente osservato<sup>1</sup> nel processo penale si deve tentare di ricostruire un “frammento del passato, quasi sempre inconoscibile o, comunque, irripetibile in chiave fenomenica”, in uno sforzo che vede chi lo compie tormentatamente dibattuto tra la aspirazione, legittima e, nello scrupolo che la anima, apprezzabile, di restringere la forbice che separa la verità reale, di impossibile (e non auspicabile, raggiungimento<sup>2</sup> dalla verità che il giudice – necessariamente privo di ogni conoscenza<sup>3</sup> – percepirà at-

---

<sup>1</sup> A. MELCHIONDA, voce *Prova (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Torino 1988.

<sup>2</sup> Vanno richiamate qui le lucide osservazioni contenute nella prolusione napoletana di R. PANNAIN (*La certezza della prova*, in *Riv. pen.*, 1959, Sez. I, p. 285) sull’insopprimibile carattere probabilistico della verità giudiziaria. Sul punto, cfr., anche: G. FOSCHINI, *Sistema del diritto processuale penale*, vol. I, Milano 1956, p. 354.

<sup>3</sup> Il requisito della verginità di conoscenze del giudice, esasperato nel processo anglosassone (ad esempio, con la regolamentazione di un lungo e faticoso contraddittorio per la

traverso il procedimento probatorio, che consiste appunto nella regolamentazione di tale percezione<sup>4</sup>. Ed è perciò naturale che, chi deve tale regolamentazione stabilire, debba operare sempre una scelta tra il lasciare al giudice la libertà nell'effettuare tale assunzione di conoscenza ed il dettare norme, più o meno ferree, che, limitando tale libertà, assicurino una uniformità di ricostruzione della verità processuale, anch'essa necessaria (come l'auspicabile uniformità di interpretazione della norma)<sup>5</sup>.

Di qui nasce la ormai secolare disputa circa la scelta tra l'applicazione al processo penale delle regole della prova legale, recepite in altri settori della giurisdizione, ovvero il recepimento del principio del libero convincimento del giudice<sup>6</sup>.

Occorrerà per un momento fermare l'attenzione sulla successione temporale ed ideologica di tali scelte alternative, per individuare esattamente – necessaria base di partenza di questa ricerca – la *ratio* delle scelte (diciamo subito di compromesso, forse, addirittura indispensabile) che il legislatore ha operato nel momento della creazione del corpo normativo processuale e, successivamente, nelle correzioni e modifiche ad esso apportate.

Nella alternativa tra i due sistemi processuali, quello inquisitorio e quello accusatorio, e nelle infinite sfumature di attenuazione dell'uno o dell'altro, in presenza di una ontologica impossibilità di adottare *in toto* le caratteristiche e le regole di uno dei due sistemi, la scelta di adozione della prova legale è stata sempre collocata nella categoria delle scelte inquisitorie e, conseguentemente, in quella di salvaguardia del principio del libero convincimento del giudice, nella opzione accusatoria<sup>7</sup>. Tuttavia va rilevato

---

scelta dei componenti delle giurie) è stato esaltato nel nostro processo dalla Corte Costituzionale con la amplissima giurisprudenza che ha esteso a dismisura i casi di incompatibilità del giudice.

<sup>4</sup> Esattamente O. MAZZA (voce *Verità reale e verità processuale*, in *Dig. disc. pen.*, VIII Agg., Torino 2014, p. 713) afferma: «A nessun livello, né teorico né pratico, potrebbe predicarsi la celebrazione di un processo che non avesse finalità cognitive, pena lo scadimento della giustizia penale verso un modello puramente decisionista, connotato da arbitrio e irrazionalità».

<sup>5</sup> Di qui l'attribuzione alla Corte Suprema della sua funzione di nomofilachia. Su questa cfr. le lucide notazioni di M. TARUFFO (*Una riforma della cassazione civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 755 ss.). Per una panoramica più generale sulla origine della Corte di Cassazione e della individuazione di tale sua funzione, cfr. M. TARUFFO, *ivi*.

<sup>6</sup> A. GIULIANI, *Il problema del libero convincimento del giudice. Riflessioni storiche e metodologiche*, in *Raccolta di scritti in memoria di Agostino Curti Giardino*, tomo II, Napoli 1990, p. 332.

<sup>7</sup> Cfr. V. GAROFOLI (art. 189, in *Codice di procedura penale ipertestuale*, I Agg., a cura di

che, sin dalla dottrina più antica (la dottrina prevalente è stata sempre schierata a favore della evoluzione del processo penale verso il sistema accusatorio), si registrava la necessità di accompagnare l'opzione a favore del libero convincimento del giudice con una qualche forma di attenuazione di esso.

Necessità questa che ha accompagnato la redazione del vigente codice<sup>8</sup>, dal momento che, in esso, si trova una regolamentazione delle prove tale da consentire una apertura del dibattito sul se la regolamentazione delle prove debba riguardare la formazione del materiale probatorio ed "essere privo di garanzie nella fase rovente della decisione"<sup>9</sup>, necessità alla quale si è ispirata tutta una tendenza giurisprudenziale della Corte Costituzionale, manifestatasi nelle numerose sentenze demolitorie dell'impianto del codice<sup>10</sup>.

E non può tacersi che, malgrado gli sforzi del legislatore costituzionale, per garantire più intensamente la realizzazione del contraddittorio nel momento della formazione della prova, la modifica costituzionale abbia

---

A. GAITO, Torino 2004, p. 796) secondo il quale «la disciplina dell'oggetto della prova posta senza alcuna limitazione nel codice del 1930 era coerente con la precedente struttura e concezione dell'azione penale, intesa come astratta, svincolata dalla norma e posta come potere completamente autonomo dal diritto sostanziale».

<sup>8</sup> G. DE LUCA (*Il sistema delle prove penali e il principio del libero convincimento nel nuovo rito*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 1261, nonché *La cultura della prova e il nuovo processo penale*, in *Studi in onore di G. Vassalli*, vol. II, Milano 1991, p. 179), testualmente afferma che «il nuovo sistema offre per la prima volta nell'Europa continentale in epoca moderna un modello esemplare per la teoria procedurale dell'argomentazione pratica». Per M. NOBILI (*Storie di una illustre formula: il "libero convincimento" negli ultimi trent'anni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 71) la disciplina delle prove nel codice del 1989 fu «tra le migliori, compresa la categoria della inutilizzabilità, nonostante la discutibile amputazione dell'ultim'ora, quando venne soppressa la dizione "(v)luta con obbiettività e prudenza", ricalcata sull'art. 116 c.p.c., ma considerata "inutilmente didascalica" già dal *Pare-re* della c.d. Commissione consultiva sul Progetto del 1978 (p.166), che completa il notevole disegno del libro III verso un disegno di maggior legalità nell'intero procedimento probatorio» (*sub* art. 192, in *Commento al nuovo c.p.p.*, coordinato da M. CHIAVARI, vol. II, Torino 1990, p. 415).

<sup>9</sup> F.M. IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Milano 1997, p. 69.

<sup>10</sup> Cfr., sul punto, la completa panoramica operata da M. NOBILI (*Storie*, cit., *loc. cit.*); e per un tentativo di ricostruzione della ragione di tale orientamento giurisprudenziale, il nostro *Una garanzia costituzionale per il due process of law*, in *La rassegnazione inquisitoria*, Padova 2002, p. 59.

avuto come risultato, nella prassi giurisprudenziale, un tentativo di abbassare le garanzie stesse nel momento della valutazione della prova<sup>11</sup>.

## 2. Le regole probatorie e la loro assunta incompatibilità con la ricerca della verità

Ma, in questa necessariamente rapida disamina introduttiva non possiamo tacere il tentativo, che pure si è portato avanti dagli ostinati sostenitori della inopportunità di stabilire regole probatorie, consistente nella affermazione, esplicita o implicita,<sup>12</sup> che una scelta siffatta sarebbe di ostacolo alla ricerca della verità.

Non è inopportuno, a tal proposito, riaffermare con forza, in questa sede, che la ricerca della verità nel processo, e segnatamente in quello penale, “fine primario ed ineludibile del processo penale”, come ammonito dalla Corte Costituzionale<sup>13</sup>, costituisce, peraltro, un mito da sfatare, comeché soltanto dannoso per il processo stesso<sup>14</sup>, e che «la pretesa giudiziaria di trovare la verità, in conclusione di un accertamento penale, rappresenta una prospettiva priva di fondamento, se intesa, ovviamente, in senso assoluto<sup>15</sup>, giacché il fatto storico non può rivivere, essendo un *lost fact*»<sup>16</sup>; sicché essa non può costituire un tabù intoccabile, impermeabile ad ogni tentativo di rendere più sicuro e tranquillizzante il risultato della ricerca della

---

<sup>11</sup> Su ciò, più diffusamente ci occuperemo di volta in volta nel corso del lavoro. Ci basterà qui far riferimento alla giurisprudenza in materia di chiamata in correità, prima della sentenza delle Sezioni Unite 22 febbraio 1993 (*Giur. it.*, p. II, c. 785) che ha raddrizzato il tiro, a quella in materia di ricognizioni di persone, a quella in materia di autorizzazione alle intercettazioni di conversazioni, al sempre più vasto utilizzo della attività di polizia giudiziaria consacrata in atti pur contenuti nel fascicolo del pubblico ministero.

<sup>12</sup> Si veda, in proposito la vivace polemica fra E. AMODIO (*Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, p. 310) e M. CAPPELLETTI (*Ritorno al sistema della prova legale*, *ivi*, 1974, p. 1399).

<sup>13</sup> Corte cost. 3 giugno 1992, n. 255.

<sup>14</sup> O. MAZZA (*Verità reale e verità processuale*, in *Dig. disc. pen.*, cit., definisce un espediente «pretestuoso e abbastanza scoperto per giustificare qualsiasi mezzo, preferibilmente in spregio alle (poche) regole legali, come dimostra la lunga e poco edificante parabola dei processi inquisitori».

<sup>15</sup> In tal senso A. DE CARO, *Poteri probatori del giudice e diritto alla prova*, Napoli 2003, p. 12 ss.

<sup>16</sup> P. TONINI-C. CONTE, *Il diritto delle prove penali*, Milano 2012, p. 2.

verità processuale. E in questa ottica non può sottovalutarsi la funzione stessa del processo, che non è esclusivamente quella della scoperta della verità ai fini della difesa sociale, ma essenzialmente quella del raggiungimento del risultato che la lotta alla criminalità sia condotta in un certo modo, secondo un certo rito, soprattutto con la garanzia del rispetto di certe regole, fondamentali nel ruolo di garanzia dei diritti di libertà del cittadino, presunto non colpevole fino a sentenza definitiva. Altrimenti, come è stato osservato, «la ricerca della verità materiale funge da schermo ideologico per giustificare limitazioni al diritto di difesa ed elusioni di regole probatorie garantistiche»<sup>17</sup>.

Eppure, ogni tentativo di regolamentazione della prova ha dovuto registrare, soprattutto nella giurisprudenza e non solo in quella di legittimità, ma anche, purtroppo nella giurisprudenza costituzionale, la insorgenza di resistenze e di voci discordi. Facendo un elenco, del quale si afferma che «fare ironia è l'ultima delle intenzioni», si è ricordato che si è passati dal richiamo a pretesi problemi pratici (ogni disciplina probatoria porta a incidere sulla possibilità del giudice di conoscere i fatti, «sacrifica il potere del giudice», «implica un rilevante spreco di attività amministrativa» “sic!”) alla evocazione di massimi principi (il principio di conservazione, il principio di non dispersione del sapere, il principio di difesa sociale, quello della funzione conoscitiva del processo, fino a quello che costituisce la panacea di tutti i mali e la giustificazione di tutte le ignominie interpretative: la ragionevole durata del processo)<sup>18</sup>.

L'elencazione sarebbe infinita e rischierebbe, comunque, di risultare incompleta. Basta, però, far riferimento a tutti i tentativi di recupero di prove non utilizzabili, per accorgersi come tale tentativo rientri in quella che è stata definita “*bulimia probatoria*”<sup>19</sup> – e che riteniamo sia, in definitiva, soltanto uno sforzo del giudice di essere in possesso di quanti più dati cognitivi sia possibile, al momento della decisione, per emettere una sentenza

---

<sup>17</sup> G. UBERTIS, *La ricerca della verità giudiziale* in *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Milano 1992, p. 37. Cfr. anche: M. NOBILI, *Il libero convincimento del giudice*, Milano 1974, p. 32 ss.; O. MAZZA, *op. e loc. cit.*

<sup>18</sup> La citazione è da M. NOBILI (*op. e loc. cit.*) in cui si trova, altresì la indicazione specifica dei provvedimenti contenenti tale affermazione.

<sup>19</sup> Sin dal suo saggio *Diatribes sul processo accusatorio* (in *Ideologie del processo penale*, Milano 1966, p. 201), F. CORDERO parlava (p. 230) di «una vorace potenza superlogica, che trae il proprio alimento da tutto ciò che anche per un solo istante sia comparso sulla scena del processo».

che realizzi al massimo la sua esigenza, morale, ancor prima che giuridica, della affermazione della presunta verità reale<sup>20</sup> –. È di comune conoscenza la vicenda, che non esitiamo a definire sconvolgente ed assurda, dell'art. 195.4 c.p.p., che ha dovuto registrare, da una parte, i reiterati interventi della Corte Costituzionale, sollecitati da giurisprudenza che non ha cessato di sperimentare tutte le strade per allargare il campo delle acquisizioni conoscitive ritenute utili alla ricerca della verità reale, talvolta sostenuta anche da una parte della dottrina<sup>21</sup>, e giunta fino alla “scoperta” da parte della Corte Costituzionale di un principio costituzionale di “preservazione della prova”<sup>22</sup>, per registrare ed avallare lo scempio che la giurisprudenza ordinaria aveva fatto, dall'altra, dei principi fondamentali per la scelta ac-

---

<sup>20</sup> R. PANNAIN, nella già citata prolusione napoletana parla di “*spasimo e tortura del giudice nella ricerca della verità*» (*loc. cit.*, p. 288).

<sup>21</sup> Significativa la presa di posizione di P. TONINI (*Cade la concezione massimalistica del principio di immediatezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 1137) che, a commento della prima sentenza della Corte Costituzionale (v. nota ss.), parla di una visione pragmatica del diritto, volta a rendere possibile, al di là di ogni astratta teorizzazione, l'accertamento della verità storica in ordine ad un determinato fatto di reato. Cfr. anche, in senso analogo, fra gli altri: M. DEVOTO, *Corte costituzionale e principio di verità nel processo penale*, in *Giur. di mer.* 1993, p. 1146; E. LUPO, *Il principio della separazione delle fasi*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1572; M. MADDALENA, *Modifiche al codice di procedura penale*, in *Corr. giur.*, 1992, p. 927; R. SAMEK LODOVICI, *Regime differenziato di formazione della prova nei procedimenti di criminalità organizzata*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 478. Ampiamente prevalente in dottrina l'opposto orientamento, critico nei confronti delle indicazioni della Corte Costituzionale: cfr., per tutti, G. DI CHIARA, *L'inquisizione come “eterno ritorno”: tecnica delle contestazioni ed usi dibattimentali delle indagini a seguito della sentenza 255/1992 della Corte Costituzionale*; A. DIDI, *Processo di parte ed esigenze dell'accertamento penale*, in *Giust. pen.*, 1994, III, c. 161; P. FERRUA, *Anamorfofi del processo accusatorio*, in *Id.*, *Studi sul processo penale*, II, Torino 1992, p. 157; M. NOBILI, *Concetto di prova e regime di utilizzazione degli atti nel nuovo codice di procedura penale*, in *Foro it.*, 1989, V, c. 274.

<sup>22</sup> Corte cost. 31 gennaio 1992 n. 24, decisione duramente e documentatamente criticata dalla prevalente dottrina: J. CALAMANDREI, *sub art. 195 c.p.p.*, in *Comm. Chiavario*, I Agg., Torino 1991, p. 101; R. CANTONE, *Prime riflessioni sulla testimonianza indiretta dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 94 del 1992*, in *Arch. pen.*, 1992, p. 258; M. D'ANDRIA, *Gli effetti della declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 195 c. 4 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 925; P.P. DELL'ANNO, *Testimonianza indiretta di polizia giudiziaria e “ragionevolezza” inquisitoria*, in *Giust. pen.*, 1992, III, c. 34; G. ESPOSITO, in N. CARULLI-C. MASSA, *Lineamenti del nuovo processo penale*, Napoli 1991, vol. I, p. 122; P. FERRUA, *Anamorfofi*, *cit.*, p. 158; G. LOZZI, *Lineamenti di procedura penale*, Torino 2003, p. 117.; F. PERONI, *La testimonianza indiretta della polizia giudiziaria al vaglio della Corte Costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 688.

cusatoria operata dal legislatore<sup>23</sup>, cardine del dibattito.

Ed è significativo che, dopo che il legislatore aveva, a seguito dell'introduzione della modifica dell'art. 111 della Costituzione, sia pure con delle attenuazioni, ripristinata la scelta iniziale del codice, con l'art. 16.1 della L. 1 marzo 2001, veniva operato un ulteriore tentativo di scardinare il sistema di regola probatoria introdotto con la novella, sottoponendo il nuovo testo – questa volta, e finalmente, senza successo – alla Corte Costituzionale<sup>24</sup>.

Sostanzialmente eguale la vicenda di altre norme risalenti a scelte analoghe del legislatore del 1989: l'art. 500.4 e l'art. 513, entrambi vittime dei sollecitati interventi della Corte Costituzionale e, poi, ripristinati in forma pressoché analoga, dopo la modifica costituzionale<sup>25</sup>.

Ma, soprattutto, è significativa l'evoluzione in senso negativo della giurisprudenza, dopo la registrata impossibilità di ottenere un ritorno al passato nella regolamentazione delle norme essenziali ai fini della introduzione di un sistema di regolazione della prova, nel tentativo di abbassare i limiti di guardia posti dal legislatore a tutela della oralità del dibattito che non è soltanto un sinonimo della pubblicità, ma è il rapporto diretto delle parti e del giudice alla formazione della prova, a tutela del principio costituzionale della formazione della prova in contraddittorio.

### **3. I timidi tentativi di attenuazione del principio nelle legislazioni precedenti: motivazione del provvedimento e, successivamente, sanzione di inutilizzabilità**

La storia della regolamentazione della prova nasce da quella che F. Carrara definiva “possibilità di arbitri”, ma che giunse alle esasperazioni delle

---

<sup>23</sup> Ci permettiamo di rimandare ai vari nostri scritti in proposito, raccolti in *L'illusione accusatoria*, Napoli 2000, e *La rassegnazione inquisitoria*, cit.

<sup>24</sup> Corte cost. 19 giugno 2002, n. 292.

<sup>25</sup> Il testo originario dell'art. 500 venne dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Corte Costituzionale, con sentenza 28 novembre 1994 n. 407 e modificato dall'art. 7 del D.L. 8 giugno 1992, n. 306, conv. dall'art. 1 L. 7 agosto 1992, n. 356; poi sostanzialmente ripristinato a seguito della modifica dell'art. 111 della Costituzione dall'art. 16 della L. 1 marzo 2001, n. 63.

Stesso iter di modificazioni aveva subito l'art. 513: dichiarazione di illegittimità con sentenza della Corte cost. 24 febbraio 1995 n. 60; modifica ad opera dell'art. 1 della L. 7 agosto 1992, n. 267; ripristino ad opera della citata L. 1 marzo 2001, n. 63.

ordalie, dei duelli giudiziari, in cui il compito del giudice si riduceva ad una mera constatazione della conformità o meno al dettato legislativo di certi comportamenti, per dedurre la responsabilità dell'imputato<sup>26</sup>. Ma esula dall'oggetto della trattazione una approfondita e puntuale disamina dello sviluppo e delle modificazioni del principio del libero convincimento nella storia, soprattutto europea, del processo penale, principio che, inserito in un modello processuale fortemente unitario con la legislazione francese del 1789, basato sul metodo accusatorio in tutto lo svolgimento delle sue fasi, e soprattutto sulla presenza delle giurie popolari, fu fortemente condizionato nel momento in cui si pretese di trapiantarli in un ordinamento basato su giudici di carriera, e, ancor più, venne a contatto con la teoria della difesa sociale, che negava i principi stessi su cui si fondava il processo precedente «negando la presunzione di innocenza, degradando i diritti dell'imputato, vagheggiando l'isolamento del giudice dal dialogo delle parti, considerando con manifesta avversione il metodo probatorio»<sup>27</sup>.

La evoluzione codicistica si scontrò essenzialmente con le ideologie processuali che man mano, sotto le spinte più varie, si andavano formando, da quella filosofico-criminologica della scuola positiva a quelle politiche, che subirono la più forte deformazione con la spinta autoritaria, sicché, in buona sostanza, si affermò un ibrido legislativo, che riaffermava il principio del libero convincimento, ma lo attenuava attraverso la enunciazione di G. Leone, che lo indicava come «potere dovere del giudice di attingere dovunque la prova dei fatti e valutarla senza alcun limite, *ma più non può; e soprattutto non deve, significare*, libertà del giudice di sostituire alla prova (e, conseguentemente alla critica della prova) le congetturazioni o la mera, per quanto onesta, sua opinione»<sup>28</sup>, che si riteneva di poter condizionare attraverso l'obbligo della motivazione, che «serve a dar conto della sostanza del convincimento, il cui tessuto connettivo è costituito dalle prove e dalla valutazione di esse»<sup>29</sup>.

Sicché, come afferma M. Nobili, l'angolo visuale della ricostruzione del concetto di libero convincimento, non può che farsi attingendo alla moti-

---

<sup>26</sup> Indimenticabili ed allucinanti risultano essere le pagine di F. VON SPEE, *Cautio criminalis*. ed it. Salerno 2004.

<sup>27</sup> Il rinvio al fondamentale lavoro di M. NOBILI (*Il libero convincimento*, cit., p. 14 ss.) è d'obbligo.

<sup>28</sup> G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, vol. II, Torino 1961, p. 156.

<sup>29</sup> R. PANNAIN, *op. e loc. cit.*



vazione dei provvedimenti giurisprudenziali, che ne hanno precisato i contorni applicativi<sup>30</sup>.

E sono questi contorni applicativi che hanno portato il legislatore, ancor prima della riforma sistematica del 1989, a intervenire, sia pure occasionalmente, tentando di risolvere i problemi derivanti dalla individuazione di tipologie di nullità conseguenti all'inosservanza di qualsivoglia regola probatoria, strumento, sino allora preferito dal legislatore, che si rivelò, invece, assolutamente insufficiente e, come è stato sostenuto, del tutto contraddittorio<sup>31</sup>: basterebbe far riferimento alla giurisprudenza che sminuiva la portata garantistica della disposizione in vigore nel codice, negando la sussistenza di un vizio di motivazione della sentenza, ove lo scritto anonimo non avesse avuto efficacia determinante sulla decisione<sup>32</sup>. Sicché sul finire degli anni 60, il legislatore ritenne di poter attingere al contenuto dell'art. 141 c.p. 1930, («*Gli scritti anonimi non possono essere uniti agli atti del procedimento, né può farsene alcun uso processuale, salvo che costituiscano corpo del reato, ovvero provengano comunque dall'imputato*») per creare una invalidità di tipo generale, che investisse l'atto conclusivo del procedimento, in quanto l'atto viziato esercita influenza sulla decisione<sup>33</sup>.

Il secondo istituto del codice che subì modifiche, precedentemente alla entrata in vigore del codice del 1988, fu quello delle dichiarazioni auto-indizianti di persone esaminate in qualità di testimoni senza la presenza di difensore: anche per esse, il legislatore introdusse una ulteriore regola di esclusione probatoria, di natura assolutamente analoga<sup>34</sup>.

Ma la novità legislativa con cui venne esplicitamente introdotta la sanzione di inutilizzabilità, tipica regola di valutazione normativa della prova, si ebbe con la prima legge regolatrice di quel mezzo di ricerca della prova,

---

<sup>30</sup> M. NOBILI, *op. ult. cit.*, Cap. V.

<sup>31</sup> Su ciò cfr, ampiamente, A. SCCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, Torino 2000, p. 65 ss.

<sup>32</sup> P.M. CORSO *Notizie anonime e processo penale*, Padova 1977, p. 402.

<sup>33</sup> P.M. CORSO, *op. cit.*, p. 349; A. SCCELLA, *op. cit.*, p. 99, nota 93. N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova 1992, p. 408; cita come precedente normativo la regolamentazione contenuta nel codice processuale brasiliano «ove si ritiene che la sentenza – in quanto atto conclusivo del procedimento – risenta sempre delle invalidità degli atti antecedenti, siano essi di impulso processuale o di acquisizione probatoria, salvo il caso in cui emerga che le prove invalide non abbiano esercitato influenza alcuna sulla decisione».

<sup>34</sup> L. 5 dicembre 1969, n. 932.

allora appena affacciato sul proscenio della cronaca investigativa, poi divenuto lentamente il più utilizzato ed abusato nel procedimento odierno, costituito dalle intercettazioni di comunicazioni: l'art. 236-*quinquies* del codice allora vigente, pur non introducendo una specifica sanzione di inutilizzabilità, dal momento che si parlava in esso di nullità insanabile, rilevabile di ufficio in ogni stato e grado del procedimento, introduceva quella sorta di *transfert* del vizio dell'atto, nel che si identifica l'essenza della sanzione di inutilizzabilità<sup>35</sup>.

#### **4. La soluzione del codice del 1989: la disciplina normativa delle prove tra tassatività e prove non disciplinate dalla legge**

Il legislatore del 1989, invece, aveva assunto una posizione ben definita. Pur in presenza della esigenza di mediazione tra posizioni assolutamente diverse, derivanti dalla consueta eterogeneità della composizione delle commissioni ministeriali, molte volte utile e foriera di risultati positivi<sup>36</sup>, ma sempre determinante la necessità della ricerca di un compromesso, il legislatore del nuovo codice aveva mantenuto la enunciazione del principio generale del libero convincimento del giudice, sia pure con la mitigazione dell'obbligo di motivazione, sostanzialmente, quindi, riproducendo la scelta del codice precedente, ma accompagnava questa enunciazione generale con due scelte altamente significative e innovative rispetto al passato: l'enunciazione della tassatività tipologica delle prove e la regolamentazione dei criteri di valutazione di taluni tipi di prova<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> Anche tale articolo subì il vaglio della Corte Costituzionale, con due sentenze (la sentenza 6 aprile 1973, n. 34 e la sentenza 21 maggio 197, n. 120), che, questa volta, ebbe ad affermare la insostituibile importanza del divieto probatorio in esame.

<sup>36</sup> Si ricordi come, pur in presenza di sollecitazioni politiche di tipo autoritario, i giuristi chiamati a comporre la Commissione per la redazione del Codice del 1930 riuscirono a mantenere in non poche occasioni le affermazioni di istituti e principi contrastanti con l'ideologia politica del tempo e con le conseguenti pressioni che su di essi vennero esercitate.

<sup>37</sup> Nel Progetto Preliminare del 1978, il problema veniva affrontato con la indicazione del divieto assoluto di ammissione di prove non previste dalla legge, e con la regolamentazione soltanto della prova per indizi (artt. 179 e 183). Questa scelta trovò l'opposizione della Commissione consultiva che, nel suo parere (p. 159) richiese la abolizione dell'art. 179.

Opportuno appare ripercorrere i passaggi di queste modifiche dell'approccio legislativo alla valutazione della prova. Dopo che il codice Rocco, come si è detto aveva operato la sua scelta in modo esplicito e tassativo (normativizzazione del principio del libero convincimento, con un correttivo implicito nell'obbligo di motivazione), l'occasione per il chiarimento della scelta avrebbe potuto essere colta dal legislatore costituente, che, invece, se da un lato non sancisce il principio del libero convincimento<sup>38</sup>, dall'altro si limita alla generica affermazione dell'obbligo di motivazione per sentenze e provvedimenti relativi alla libertà personale.

La scelta del nuovo legislatore già anticipata dallo sfortunato riformatore del 1978<sup>39</sup> appare, invece, molto più chiara: il tabù della non fissazione di regole probatorie – già in parte eluso dai provvedimenti legislativi posti in essere nei tempi immediatamente precedenti la riforma – cade attraverso la indicazione di una tassatività, sia pure solo attenuata, delle prove e la fissazione, come vedremo, a volte esplicita, a volte implicita, di alcune regole di valutazione della prova.

La attenuazione alla rigidità del sistema di tassatività delle prove è costituita dalla previsione specifica della possibilità del ricorso a “prove non disciplinate dalla legge” e dalla rigida indicazione delle condizioni e delle modalità di assunzione di queste, che, da un lato, rafforza la elencazione successiva dei mezzi di prova e di ricerca della prova, dall'altro indica la possibilità di ammettere una prova non disciplinata dalla legge come eccezione alla regola testé indicata<sup>40</sup>.

Ma, quel che interessa qui sottolineare è il secondo aspetto della regolamentazione della prova, che, indicato nella immediatezza della promulgazione del codice come una scelta epocale<sup>41</sup>, è stato messo in secondo piano dalla dottrina che, in prevalenza, pur valorizzando la novità della re-

---

<sup>38</sup> M. NOBILI (*Storie*, cit., *loc. cit.*) afferma che non è possibile individuare l'inserimento del principio nella Costituzione attraverso il riferimento, come regola di valutazione all'art. 101 comma 2 «invocato, invece, non di rado, da ordinanze di rimessione alla Consulta, seppure fra una congerie sparsa di indicazioni, di numeri, articoli fra tutti agglomerati» come, invece, *en passant* fa P. MOSCARINI (*Nuove norme sulla formazione e la valutazione della prova*, a cura di P. TONINI, Padova 2001).

<sup>39</sup> G.D. PISAPIA, *Lineamenti del nuovo processo penale*, Padova 1979, p. 80 ss.

<sup>40</sup> Sulle problematiche delle prove non disciplinate dalla legge ci permettiamo di richiamare il nostro *Commento all'art. 189*, in *Codice di procedura penale*, a cura di G. TRANCHINA, Milano 2008.

<sup>41</sup> G.D. PISAPIA, *Lineamenti del nuovo processo penale*, 2ª ed., Padova 1989, p. 86.

golamentazione specifica della prova indiziaria e della chiamata in correità, ne sottolinea in modo meno marcato il valore. Se il principio della tassatività dei mezzi di prova non poteva escludere del tutto le prove non disciplinate dalla legge, come porta lasciata aperta soprattutto per le evoluzioni derivanti dal progresso scientifico, la limitazione al libero convincimento del giudice non era stata mai messa in discussione, se non enfatizzando la funzione della motivazione, come limite al libero convincimento del giudice. Nei due casi in esame si dettano per la prima volta regole di metodologia della valutazione, il che costituisce la vera novità rivoluzionaria nel campo della assoluta libertà del giudice appunto nel valutare la prova<sup>42</sup>. E la novità appare ancora più significativa perché fa seguito, accompagnandola, alla scelta della introduzione, or ora ricordata, dell'istituto della inutilizzabilità, dal momento che essa non incide, come la categoria della nullità, vincolandolo, sul processo formativo della prova (essa deve essere acquisita nel rispetto delle regole, altrimenti è esclusa dalla valutazione del giudice) ma sul momento valutativo, dettando, appunto, le regole alle quali il giudice è tenuto ad attenersi per valutare la prova. Non è quindi finalizzata soltanto a far sì che si raggiunga il fine del processo «che non è soltanto la scoperta del vero o la difesa della società, ma che la lotta contro il crimine sia condotta in un certo modo, secondo un certo rito, con l'osservanza di certe regole»<sup>43</sup>, ma che il processo valutativo sia condotto secondo i criteri normativamente indicati dal legislatore: non più, quindi, affidati al rispetto della logica, controllata attraverso la indicazione, in motivazione, dei criteri adottati, ma nel rispetto delle scelte metodologico-valutative operate dal legislatore stesso<sup>44</sup>. La fondatezza di queste osserva-

---

<sup>42</sup> Parla esplicitamente di fissazione di regole di giudizio, E. GIRONI, *La prova indiziaria*, in *La prova penale*, a cura di A. GAITO, vol. III, Torino 2008, p. 115. In tal senso anche C. CONTI-P. TONINI, *Il diritto delle prove penali*, Milano 2014, p. 53. Tassativamente indicano la regolamentazione legislativa riferita ai momenti fondamentali del processo probatorio ricerca, ammissione, assunzione e, aggiungono, sia pure con una mitigazione («sia pure in parte») la valutazione; S. MORISCO-L. SAPONARO, voce *Regole di giudizio e massime di esperienza* in *Digesto discipline penalistiche*, III Agg., Torino 2009.

<sup>43</sup> M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento*, cit., p. 24.

<sup>44</sup> Non appare concordare con queste osservazioni F.R. DI NACCI, voce *Regole di giudizio* (*dir. proc. pen.*) VIII Agg., Torino 2014, il quale, peraltro afferma che «è possibile che l'attività decisoria possa essere assoggettata ad una precisa disciplina di giudizio individuabile di volta in volta in quella indicata dal legislatore». Diversa, invece, è la visione metodologica di M. DANIELE, *Regole esclusione e regole di valutazione della prova*, Torino 2009, p. 3 e 95. Sul punto cfr. anche le lucide osservazioni di P. FERRUA, *Il giudizio penale: fatto e*

zioni sarà tratta nella disamina delle singole prove su cui appresso fermeremo l'attenzione, per coniugare i risultati di tale indagine con le osservazioni, operate in dottrina, circa il risultato di certezza raggiungibile sempre, anche attraverso la disamina di un elemento conoscitivo incerto<sup>45</sup>.

## 5. Il depotenziamento del compromesso, per le deviazioni della prassi giudiziaria

Ma il compromesso ebbe breve durata, dal momento che, pur resistendo agli ulteriori tentativi di scardinamento del sistema, attraverso la procedura incidentale di illegittimità costituzionale, puntualmente esperita, non è riuscito a resistere alla devastazione giurisprudenziale che è stata sistematicamente operata.

Procediamo per sintesi, ancora una volta facendo riferimento ai tre articoli cardine del sistema, testé ricordati l'art. 195.4, l'art. 500.4 e l'art. 513.

Ne elenchiamo solo alcuni, i più significativi. Partiamo dal disposto dell'art. 195, che, nell'attuale formulazione detta la regola (divieto delle dichiarazioni) e scandisce gli estremi della eccezione: al comma 4, infatti, è detto che «*Gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria non possono deporre sul contenuto delle dichiarazioni acquisite con le modalità di cui agli articoli 351 e 357 comma 2, lettere a e b*» e al comma 5 è prevista la estensione di tale regola («*Le disposizioni dei commi precedenti si applicano anche quando il testimone abbia avuto comunicazione del fatto in forma diversa da quella orale*»).

Ma, pur in presenza di una siffatta chiarezza normativa, lo sforzo interpretativo è stato costantemente operato nel tentativo di ridurne la portata.

Lo sforzo di dilatazione del portato normativo si evidenzia in numerosi pronunciati della Corte Suprema, laddove, ad esempio, esclude la applicabilità della norma alle dichiarazioni rese alla polizia giudiziaria, senza, però, che esse siano state ritualmente documentate mediante verbalizzazione. La giurisprudenza precedente la riforma riteneva, secondo un orientamen-

---

valore giuridico, in AA.VV., *La prova nel dibattimento penale*, Torino 2007, p. 355. Indica questo confine S. PATTI, (*Libero convincimento e valutazione delle prove*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1985, p. 496) affermando che le regole probatorie non sono una regolamentazione del convincimento del giudice.

<sup>45</sup> O. MAZZA, *Il ragionevole dubbio nella media della decisioni*, in *Criminalia*, 2012, p. 364.

to assolutamente consolidato, che l'omessa verbalizzazione delle dichiarazioni acquisite in sede di indagini costituisca una deroga al divieto per ufficiali e agenti di polizia giudiziaria di rendere dichiarazione su di esse; dopo la riforma la giurisprudenza ha ribadito le proprie precedenti affermazioni, che, per vero, sono avvalorate dal tenore letterale del testo; ma se ciò consente di ampliare il campo di conoscenze del giudice, sminuisce se non, addirittura, vanifica lo spirito della riforma, autorizzando forme di aggiramento del divieto probatorio, dal momento che la operatività del divieto sarebbe rimesso ad una scelta incontrollabile della stessa polizia giudiziaria<sup>46</sup>.

L'ultima modifica dell'art. 500.4, ha regolamentato, in conformità della norma costituzionale il caso della impossibilità sopravvenuta di assunzione della prova in dibattimento, e, conseguentemente, della utilizzazione della prova "scritta", in luogo di quella raccolta oralmente, stabilendo che «quando, anche per le circostanze emerse nel dibattimento, vi sono elementi concreti per ritenere che il testimone è stato sottoposto a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità, affinché non deponga ovvero deponga il falso, le dichiarazioni contenute nel fascicolo del pubblico ministero precedentemente rese dal testimone sono acquisite al fascicolo del dibattimento e quelle previste dal comma 3 possono essere utilizzate», il che rappresenta il richiamo alla regolamentazione legislativa, prevista nell'art. 111 comma 5 della Costituzione, del caso in cui «la prova non ha luogo per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita».

---

<sup>46</sup> In tal senso, assolutamente prevalente è, invece, l'orientamento della dottrina: F. CARIOLI, *Palingenesi di un divieto probatorio. La testimonianza indiretta del funzionario di polizia giudiziaria nel rinnovato assetto processuale*, in R. KOSTORIS, *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, Torino 2002, p. 79; D. CURTOTTI NAPPI, *Equivoci sugli "altri casi" di testimonianza indiretta della polizia giudiziaria: un probabile attentato al principio del contraddittorio*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 785; P. GAETA, *Il divieto della testimonianza indiretta della polizia giudiziaria (art. 195 c. 4 c.p.p.)*, in P. TONINI, *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova*, Padova 2001, p. 276; G. ILLUMINATI, *Inammissibile la testimonianza della polizia giudiziaria sul contenuto di dichiarazioni non verbalizzate*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 663; M. MARGARITELLI, *Contraddittorio nella formazione della prova e testimonianza indiretta della polizia giudiziaria*, in CERQUETTI-FIORIO, *Dal principio del giusto processo alla celebrazione di un processo giusto*, Padova 2002, p. 201; A. SCAGLIONE, *Questioni in tema di divieto di testimonianza indiretta della polizia giudiziaria*, in *Foro it.*, 2002, II, c. 397; C. VALENTINI, *Divieto di testimonianza indiretta degli ufficiali e degli agenti della polizia giudiziaria. Il punto di vista della difesa*, in *Dir. pen. e processo* 2002, p. 1378.

Già la prassi aveva introdotto una utilizzazione surrettizia<sup>47</sup> ai fini probatori delle dichiarazioni utilizzate per le contestazioni, ed il legislatore aveva dovuto intervenire due volte per porre un freno a siffatta prassi deviante: la prima volta sostituendo alla disposizione che prevedeva l'acquisizione al fascicolo del dibattimento dell'intero verbale della precedente dichiarazione difforme, con l'allegazione della sola parte utilizzata per la contestazione; la seconda sopprimendo addirittura la norma, essendo il contenuto della contestazione già presente nella riproduzione della fonoregistrazione o nella trascrizione stenotipica.

Ma dove la resistenza alla modifica si è espressa in maniera più significativa, è nella interpretazione della parte della norma che fissa le condizioni perché le dichiarazioni precedentemente rese possano essere utilizzate a tutti gli effetti.

La dilatazione di questa eccezione è fenomeno in progressiva ed inarrestabile evoluzione.

E tale disputa si è ripetuta su un ulteriore aspetto della medesima problematica: quello relativo alle dichiarazioni assunte in situazione di "straordinaria urgenza dell'intervento", ovvero di "eccezionalità della situazione operativa"<sup>48</sup>.

In ordine all'art. 500.4 si registra un analogo fenomeno. La necessità che la circostanza che il testimone sia stato sottoposto a «violenza, minaccia o promessa di denaro o di altra utilità affinché non deponga o deponga il falso» sia accertata attraverso «elementi concreti, anche per le circostanze emerse nel dibattimento» è stata sempre più privata di significato, fino alla recente sentenza con la quale la Corte Suprema ha stabilito che anche

---

<sup>47</sup> Cass., Sez. II, 29 maggio 2003, in *CED* 227057 e, prima della modifica legislativa del 2001, Cass., Sez. VI, 3 marzo 1998, in *Cass. pen.*, 1999, p. 2231; Cass., Sez. I, 1 febbraio 1996, in *Dir. pen. e processo*, 1996, p. 561.

<sup>48</sup> Cass., S.U., 28 maggio 2003, in *Cass. pen.*, 2003, p. 21; orientamento successivamente seguito dalle sezioni singole; cfr. Cass., Sez. V, 8 novembre 2004, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1045; Cass., Sez. I, 2 novembre 2005, in *Cass. pen.*, 2006, p. 2526. Tale orientamento, pur fortemente criticato in dottrina (CURTOTTI-NAPPI, *op. ult. cit.*, p. 788), si sostiene aver avuto l'avallo implicito della Corte Costituzionale (30 luglio 2008 n. 305, in *Giur. cost.*, 2008, p. 3314, con nota di C. GABRIELLI, *Il divieto per la polizia giudiziaria di deporre sulle sommarie informazioni acquisite deve operare a prescindere dalla loro verbalizzazione: quando una soluzione persuasiva si fonda su argomentazioni soddisfacenti*), attraverso l'inciso contenuto in tale sentenza, che legittima il divieto ai casi in cui, «pur ricorrendone le condizioni, tali modalità non siano state osservate» (P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano 2012, p. 277 e, *ivi*, nota 28).

solo il contrasto fra le due deposizioni può essere indice certo di violenza o minaccia: il che significa sopprimere il dettato normativo, dato che la premessa della necessità dell'accertamento sta nella discordanza fra le due deposizioni, che non può perciò diventare ad un tempo presupposto e modalità di accertamento.

## **6. La regolamentazione delle prove deboli, come parametro vincolante per la convivenza dei due principi**

Appare, quindi, necessario, far chiarezza in questo complesso di norme e cercare di enucleare delle linee guida, attraverso le quali verificare quando e come il legislatore abbia inteso estendere la limitazione del principio del libero convincimento del giudice, avvicinandosi a forme di disciplina delle prove, non solo dal punto di vista tipologico, ma anche da quello valutativo.

Cercheremo, perciò, di esaminare attentamente la disciplina che il codice detta per quelle che identificheremo come “prove deboli”, cercando di risalire ad un filo unico di regolamentazione, che si possa utilizzare anche per altri mezzi di prova, strutturalmente “deboli”, ma non specificamente disciplinate nel codice. E, in tale sforzo interpretativo, cadranno sotto il nostro microscopio esegetico la prova indiziaria, in genere, la chiamata in correità, le ricognizioni, la testimonianza indiretta, le intercettazioni di conversazioni, le dichiarazioni dei soggetti vulnerabili, e, infine, la prova scientifica in generale.



## LA PROVA INDIZIARIA E LA SUA DISCIPLINA NORMATIVA

SOMMARIO: 1. La evoluzione storica del concetto di prova indiziaria. – 2. La identificazione dei requisiti della prova indiziaria nella vigenza del precedente codice. – 3. La regolamentazione della prova indiziaria nel codice vigente. – 4. Il problema dei c.d. indizi *mediati* o *a catena*.

### 1. La evoluzione storica del concetto di prova indiziaria

Come abbiamo accennato in precedenza, fra i meriti indiscutibili del vigente codice di procedura penale vi è la scelta operata di fare della nuova disciplina della prova «uno dei punti chiave della riforma»<sup>1</sup>, definita come, in senso esclusivo, la «riforma del sistema probatorio»<sup>2</sup>; e la stessa Relazione al progetto preliminare indicava che «il tema probatorio fosse risultato fra i più impegnativi per la grande importanza che la disciplina dei modi e degli strumenti di convincimento del giudice assume nel sistema del nuovo processo»<sup>3</sup>. Ma il legislatore, operata la scelta di dedicare uno specifico libro alle prove, non ha, però, voluto dare una definizione del termine *prova*, il che ha consentito all'interprete di confrontarsi con i più vari significati che si possono a tale termine attribuire.

Senza prendere posizione in ordine a tale diatriba sistematica, ci preme limitarci a segnalare, come punto di partenza della nostra indagine, il significato di tale termine, cui faremo in seguito riferimento nella disamina della

---

<sup>1</sup> M. CHIAVARIO, *La riforma del processo penale*, Torino 1990, p. 123.

<sup>2</sup> A. NAPPI, *Guida al nuovo codice di procedura penale*, Milano 1997, p. 3.

<sup>3</sup> *Relazione al progetto preliminare e al testo definitivo del codice di procedura penale*, in G.U., 24 ottobre 1988, suppl. ord. n. 250, p. 58.

problematica della quale ci dovremo occupare. Come è stato autorevolmente scritto<sup>4</sup> «la prova della affermazione di un fatto si fa mediante la *conoscenza* del fatto medesimo: la *conoscenza* non è la prova, ma dà la prova della affermazione». Facciamo riferimento a questa indicazione, per dire che adotteremo in tutto il discorso sul tema un concetto dinamico di prova, come fenomeno di trasferimento di conoscenza da un soggetto (o da un oggetto: la prova documentale) che ha la conoscenza di un fatto, ad un soggetto, il giudice, che tale conoscenza non ha e, per sue caratteristiche ontologiche, come si è detto, non deve avere. Ma, perché il processo possa rispondere alla sua funzione di ricerca della verità, nell'ambito delle regole fissate dal legislatore, ciò deve comportare un trasferimento di conoscenza *veritiera*: ed è nel controllo su ciò che si realizza la attività primaria ed insostituibile del giudice.

Attività che ha per oggetto la verifica della esattezza (e della veridicità del contenuto) di questo trasferimento, nel senso che, se la informazione è veritiera il giudice viene in possesso della conoscenza del dato di fatto di cui gli è stata data notizia e, se il fatto è quello che riguarda l'accertamento che il giudice sta compiendo, ai fini della applicazione della legge penale, il fatto oggetto della contestazione può ritenersi provato.

Ma dobbiamo subito segnalare un passaggio. Indicando che «le prove servono a costruire la situazione di fatto e così ad accertarla come vera», Gaetano Foschini indicava la necessità di un chiarimento su questa presunta verità: «trattasi non mai di una certezza obbiettiva ed assoluta, la quale non esiste, ma solo e sempre di una certezza *pratica*, cioè di una certezza che è essenzialmente e sempre relativa, frutto di un convincimento, a determinare il quale concorre un atto irrazionale che si innesta in un giudizio di probabilità: del resto la parentela etimologica tra *prova* e *probabile* è già significativa a riguardo»<sup>5</sup>. Forse è necessario a questo punto ritornare sul pensiero dell'illustre studioso, per esplicitare in modo ancor più completo il perché di questa discrasia tra certezza assoluta e certezza che egli definisce pratica, che è, poi, la discrasia tra verità reale e verità processuale. Il perché sta in questo passaggio di conoscenza o, più precisamente, nella modalità di accertamento che il giudice compie in ordine al contenuto di verità di tale trasferimento: sta, cioè, nell'attività di questo, che, con poteri umani, deve ricostruire, convincersi e convincere che si è ottenuta la cono-

---

<sup>4</sup> F. CARNELUTTI, *La prova civile*, Roma 1915, p. 53.

<sup>5</sup> G. FOSCHINI, *Sistema*, cit., p. 354 ss.