

«I LIBRI» DI ARCHIVIO PENALE

«I LIBRI» DI ARCHIVIO PENALE

Comitato scientifico

Alfredo GAITO

“Sapienza” Università di Roma

David BRUNELLI

Università degli Studi di Perugia

Giovanni DEAN

Università degli Studi di Perugia

Giulio GARUTI

Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

Adelmo MANNA

Università degli Studi di Foggia

Oliviero MAZZA

Università degli Studi di Milano–Bicocca

Tullio PADOVANI

Scuola Superiore Sant’Anna
di Studi Universitari e di Perfezionamento

Mauro RONCO

Università degli Studi di Padova

Giorgio SPANGHER

“Sapienza” Università di Roma

A partire dall’a.a. 2012–2013, ogni studio monografico pubblicato in questa Collana è stato previamente sottoposto, con esito positivo, a *peer review* (secondo le regole della revisione anonima) da parte di almeno due membri del Comitato scientifico.

Ciro Santoriello

La prova penale e la sua valutazione



Copyright © MMXII
ARACNE editrice S.r.l.

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

via Raffaele Garofalo, 133/ A-B
00173 Roma
(06) 93781065

ISBN 978-88-548-5317-1

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: ottobre 2012

Indice

- 7 *Introduzione*
- 11 *Capitolo I*
Premessa e presentazione del lavoro
1.1. Premessa, 11 – 1.2. Presentazione del lavoro, 16.
- 19 *Capitolo II*
La nozione di prova e la sua funzione nel processo
2.1. La funzione ed il ruolo della prova nei processi di conoscenza, 19 – 2.2. La nozione di prova giuridica fra analogie... , 25 – 2.3. ... e specificità, 30 – 2.4. Il procedimento probatorio. La fase della ricerca delle prove, 40 – 2.5. Le fasi del procedimento probatorio e la diversa nozione di prova, 49 – 2.6. Gli equivoci sulla presunta valenza antiepistemica delle regole del procedimento probatorio, 59 – 2.7. La (falsa) alternativa fra funzione persuasiva o dimostrativa della prova giuridica, 72.
- 85 *Capitolo III*
Le classificazioni probatorie
3.1. Le ragioni di un esame delle classificazioni probatorie, 85 – 3.2. 1) Prova tipica e prova atipica. Le prove atipiche ed il rispetto del principio di legalità probatoria, 87 – 3.3. (*Segue*): 2) prova legale e prova a valutazione libera, 96 – 3.4. (*Segue*): 3) Prova diretta e prova indiretta, 103 – 3.5. (*Segue*): 4) Prova storica, prova dichiarativa, prova rappresentativa e prova critica, 109 – 3.6. Il grande equivoco: la distinzione fra prova ed indizi. I criteri di distinzione, 123 – 3.7. (*Segue*): La nostra opinione: l'indizio quale prova indiretta rispetto al *factum probandum*, 132 – 3.8. (*Segue*): L'incerta nozione di indizio nella fase delle indagini preliminari e le particolari regole di valutazione adottate dalla giurisprudenza, 135 – 3.9. La prova scientifica, 154 – 3.10. (*Segue*): I requisiti per l'utilizzo della prova scientifica nel processo penale: la sentenza *Daubert* e la "cultura dei criteri" della dottrina italiana, 158 – 3.11. (*Segue*): Il nostro parere. Valorizzazione del contraddittorio ed inserimento della prova scientifica nella struttura argomentativa della decisione, 174 – 3.12. Le prove che non provano: i

riscontri, 196 – 3.13. (*Segue*): I riscontri quali argomenti di prova propri del processo penale?, 206.

213 **Capitolo IV**

La valutazione del singolo elemento di prova

4.1. Premessa, 213 – 4.2. La valutazione della prova. L'individuazione del "risultato di prova", 214 – 4.3. (*Segue*): L'interpretazione del "risultato di prova", 217 – 4.4. La valutazione dell'attendibilità del "risultato di prova", 221 – 4.5. La valutazione complessiva delle risultanze probatorie acquisite, 226.

229 **Capitolo V**

L'individuazione e la valutazione dei risultati di prova e la decisione finale

5.1. Disciplina in tema di valutazione della prova e libero convincimento: una contraddizione insanabile?, 229 – 5.2. L'individuazione del "risultato di prova". A) L'utilizzo delle leggi scientifiche nel processo penale, 239 – 5.3. L'individuazione del "risultato di prova". B) Il ricorso alle massime d'esperienza, 246 – 5.4. La valutazione di attendibilità del singolo "risultato di prova". A) L'«attendibilità intrinseca» del singolo risultato di prova, 253 – 5.5. La valutazione di attendibilità del singolo "risultato di prova". B) L'«attendibilità estrinseca» del risultato di prova, 257 – 5.6. La valutazione complessiva dei dati epistemologici raccolti nella fase istruttoria: la decisione finale e la presunzione di innocenza, 260 – 5.7. (*Segue*): La valutazione circa la fondatezza dell'imputazione: prova mancante e prove contraddittorie, 266 – 5.8. (*Segue*): La valutazione circa la fondatezza dell'imputazione: il raccordo dei dati probatori in una narrazione credibile ed il criterio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, 272.

Introduzione

Questo libro origina da una scommessa e richiama un'esperienza personale.

La scommessa è che sul tema della prova nel processo penale e sulla sua valutazione si può riflettere, si può organizzare un discorso razionale con cui comunicare intersoggettivamente le proprie opinioni.

La società impone al processo penale ed a quanti ne sono attori scadenze frenetiche; la collettività pone domande impellenti e vuole risposte immediate e sicure, quasi che la soluzione di ogni problema — etico, di ordine pubblico, morale, ecc. — non rinvenibile per il tramite di un dibattito democratico possa comunque rinvenirsi al termine del giudizio penale, grazie all'autorità che accompagna ogni decisione giudiziale e che le consente di imporsi per ciò solo sull'opinione dei più. Si afferma l'esigenza di una giustizia *pret at porter*, una sorta di diritto alla carta, in cui l'operatore del diritto viene frettolosamente interpellato dall'urgenza delle esigenze delle collettività ed alle stesse dà una rapida risposta, che solletica gli interessi più forti e gli istinti meno controllabili della maggioranza, dimenticandosi di altri valori alla cui difesa da sempre il diritto ed il processo penale sono stati dedicati. Il risultato di un'operazione culturale di questo tipo non può essere che uno solo: il processo penale viene a tramutarsi in strumento per l'ottenimento di risultati che stanno al di là del diritto penale e che riguardano invece la bieca soddisfazione di istanze di difesa sociale, che non vogliono la punizione del colpevole, ma la dimostrazione che lo Stato, con il suo apparato repressivo, è in grado di colpire in tempi rapidi e con sanzioni di rilevante gravità il singolo. L'esemplarità e non la giustizia diventa l'obiettivo del processo penale.

In questo quadro, non vi è spazio per una riflessione sulla prova, sulle modalità di valutazione della stessa, sugli *standard* probatori necessari per condannare. Il giudice deve poter valutare le prove in assoluta libertà; la regolamentazione normativa della fase istruttoria —

già fin troppo complessa e vincolante per le potenzialità epistemiche del processo — delimita a sufficienza gli spazi di discrezionalità del giudice ed oltre non è opportuno andare. “Giudicare è un potere terribile” diceva Montesquieu e l’espressione di tale potere viene ad essere rinvenuta proprio nell’insondabilità del pensiero del giudice, quasi nel suo severo arbitrio.

La scommessa che mi ha spinto a scrivere questo libro è che questo pensiero può essere ribaltato, che questa convinzione circa l’inconoscibilità del pensiero del giudice, circa l’impossibilità di pronosticare e controllare la sua deliberazione non è fondata.

Se è innegabile che il mistero del processo risiede nella sua decisione, se è vero che — al termine di tutto — residua per il giudice un spazio di solitudine assoluta, di discrezionalità incolmabile, è altresì vero che questo spazio, questo iato fra quanto dicono le prove e quanto statuisce la decisione, può essere ridotto, deve essere ridotto il più possibile: la logica, l’analisi, lo studio della materia delle prove e dell’epistemologia giudiziaria possono accompagnare il giudice verso una decisione serena, coerente, capace di legittimarsi per la sua ragionevolezza e fondatezza e non di imporsi in forza della sua imperiosità.

È la mia esperienza di magistrato che mi ha fatto maturare questa convinzione. Nel corso degli anni ho visto che un’organizzazione attenta del materiale probatorio, l’interpretazione severa del suo significato e soprattutto il rispetto della presunzione d’innocenza sono atteggiamenti epistemologici che consentono al giudice di dirigersi verso una decisione razionale, prevedibile, condivisibile e su cui l’intera comunità sociale può trovare una sorta di riconoscimento.

In queste pagine, ho cercato di comunicare questa mia convinzione, fornendo della stessa alcune esemplificazioni e supportandola con una riflessione teorica.

Proprio perché in questo libro compare tanto della mia vita professionale non posso che dedicare lo stesso a quanti nel corso della stessa mi hanno accompagnato, sostenuto ed insegnato la gran parte delle cose che ho mal raccontato nelle pagine che seguono. Il mio grazie va quindi in primo luogo a colleghi, al personale ed al foro di un piccolo ufficio giudiziario di provincia che rischia oggi di scomparire in omaggio a (mal formulate) politiche di efficienza e celerità così distoniche rispetto alla tutela dei diritti cui deve dirigersi il processo

penale.

In secondo luogo, il mio pensiero va a ciascuno di coloro che ho indagato, inquisito, interrogato nella mia storia ed a cui ho saputo dedicare solo un briciolo dell'attenzione che meritavano. A poco servono le mie scuse per le sofferenze che ho senza volerlo arrecato esercitando il mio terribile potere: spero solo che la preparazione di questo libro sia stata per me un'occasione per rimeditare sui molti errori che ho inevitabilmente commesso.

Infine, proprio perché è un libro in cui ha tanta importanza il mio passato, non posso dimenticare coloro che in questo passato mi hanno cresciuto insegnandomi ad esercitare "la chiarezza e l'onestà dell'intelletto grazie alla chiarezza ed all'onestà del discorso": grazie mamma e papà.

Premessa e presentazione del lavoro

1.1. Premessa

Questo lavoro è dedicato ad un momento del processo penale tanto fondamentale quanto oscuro nel suo svolgimento, ovvero l'attività di valutazione delle prove da parte del giudice.

L'importanza di tale profilo non merita di essere sottolineata: se scopo dell'intervento dell'autorità giurisdizionale all'interno di una controversia è di porre fine alla stessa mediante la pronuncia di una decisione condivisibile dalla collettività di riferimento è altresì palese che il giudice decide sulla base di quanto provato nel corso del procedimento che si è svolto davanti a lui. In questa sede non è da discutere quale sia la tipologia delle prove ammissibili, se la disciplina del procedimento probatorio abbia una valenza epistemica o sia priva di tale carattere: quand'anche la prova sia rappresentata dall'esito di un lancio di dadi e vincitore della controversia sarà colui cui ha arriso la sorte, è certo che la decisione del giudice dovrà fondarsi, per l'appunto, sull'esito di tale prova e sarà reputata corretta o errata a seconda che si ritenga corretta o sbagliata la valutazione che il decidente ha fatto degli elementi posti a sua disposizione. Si può dire, dunque, che senza (la valutazione del)le prove non vi è processo giuridico — inteso quale procedimento in cui due parti contrapposte si rimettono ad un soggetto terzo per definire la propria controversia — e con ciò si è detto abbastanza circa l'importanza di tale momento nell'ambito del procedimento giurisdizionale¹.

1. In sostanza, non è pensabile un processo senza prova: anche quando lo strumento probatorio utilizzato sia privo, agli occhi di noi moderni, di ogni valenza epistemologica — come il giudizio di Dio o l'ordalia — la valenza del giudizio finale non è mai meramente potestativa ma ha comunque un fondamento epistemologico (per questa distinzione FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 10^o ed., Roma — Bari 2010, *passim*)

Al contempo, però, la valutazione delle prove è attività misteriosa, che nel corso dei secoli è stata regolamentata in una pluralità di modi diversi e che in alcuni momenti storici ed in alcune esperienze ancora attuali — si pensi alla giustizia americana² — ha visto anche la scelta del legislatore di abbandonare ogni proposito di disciplina e di intervento normativo. La persona offesa dice che è stato Tizio ad usarle violenza, ma il teste Caio afferma che al momento dei fatti Tizio era con lui in altro luogo: con quale criterio il giudice deve riconoscere prevalenza all'una o all'altra deposizione? In base a quali profili valutare la credibilità di un teste? Il confronto fra le affermazioni della persona offesa e dell'imputato — unici soggetti presenti al fatto — come può essere definito dal giudice?

Le risposte che nella storia si sono presentate sono state, come detto, le più varie. Si va dalla teoria delle prove legali³ — tutt'altro che abbandonata: il processo civile italiano conosce la prova legale per eccellenza, ovvero il giuramento decisorio!⁴ — alla dottrina dell'intimo convincimento di origine transalpina⁵, dalla posizione che rimette al libero convincimento del giudice la scelta sull'attendibilità degli

fondandosi sulla ritenuta dimostrazione — pur se ottenuta, lo si ripete, con modalità che oggi si riterrebbero assolutamente insufficienti — della effettiva verifica di quanto indicato nell'atto d'accusa. Cfr. BELLABARBA, *La giustizia nell'Italia moderna*, Roma — Bari 2008; DEZZA, *Saggi di storia del processo penale nell'età della codificazione*, Padova 2001.

2. Su cui KAGAN, *La giustizia americano*, Bologna 2009; CORSO, *Giustizia senza toga*, Torino 2008.

3. Sulla teoria delle prove legali, fra gli studi più recenti e senza alcuna pretesa di completezza, LOMBARDO, *La prova giudiziale*, Milano 1999, in particolare 534 ss.; ID., *Riflessioni sull'attualità della prova legale*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1992, 611; VERDE, *Prova legale e formalismo*, in *Foro It.*, 1990, V, 465; TARUFFO, *Libero convincimento del giudice* (*Dir. Proc. Civ.*), in *Enc. Giur.*, vol. XVIII, Roma 1990, I; CARATTA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2003, 531; IACOBONI, *Prova legale e libero convincimento del giudice*, Milano 2006.

4. Sul giuramento decisorio e sulla sua qualifica quale prova legale, PATTI, *Le prove. Parte generale*, Milano 2010, 60 ss.; LOMBARDI, *La prova giudiziale*, cit., 575; COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino 2004, 525.

5. In termini generali sull'intimo convincimento del giudice RADBRUCH, *Introduzione alla scienza del diritto*, (1929), trad. it., riedizione curata da Zweigert, Torino, 1961, 281; 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; EKELÖF, *La libera valutazione delle prove*, in *Studi in onore di Segni*, vol. I, Milano, 1967, 98. Sulla differenza rispetto al principio del libero convincimento razionale, NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974, 6.

elementi epistemologici⁶ alla prassi della giuria — nell'ambito della quale ad una rigida regolamentazione in ordine all'acquisizione delle prove utilizzabili per la pronuncia segue una decisione immotivata emessa dai giurati che si presumono rappresentativi dell'*idem sentire* della collettività⁷. Pure in Italia, nella concreta disciplina processuale penalistica, si rincorrono prospettive diverse: nell'ambito del medesimo articolo ad un astratto riconoscimento della valenza generale del libero convincimento del giudice segue l'indicazione di alcune regole da seguire per la valutazione — o per l'utilizzabilità — di alcune particolari fonti di prova quali, ad esempio, le dichiarazioni del correo; accanto alla disciplina, anche analitica, di diversi strumenti di prova è presente una generale previsione di ammissibilità delle cosiddette prove atipiche; lo stesso strumento epistemologico dalla prova dichiarativa è soggetto a discipline — di ammissione e valutazione — diverse a seconda dell'identità del soggetto da cui provengono le affermazioni.

Anche la dottrina non conosce certo posizioni univoche. Nell'ambito di studi — tanto italiani che stranieri — dedicati al diritto processuale civile è assai radicata la contrapposizione di chi vede con favore una rigida regolamentazione normativa della fase di valutazione delle prove⁸ in contrapposizione a chi critica l'ingerenza del legislatore in questo ambito⁹; analogamente, per rimanere agli studi dedicati al

6. Su cui da ultimo MONTELEONE, *Alle origini del principio del libero convincimento del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 130; IACOBONI, *Prova legale e libero convincimento*, cit., 25 ss.; GIOVENE, *Principio del libero convincimento*, in *Dig. Pen.*, vol. X, Torino 1995, 40; FERRUA, *Il libero convincimento del giudice penale: i limiti legali*, in Aa.Vv., *Il libero convincimento del giudice penale. Vecchie e nuove esperienze*, Milano 2005, 15; NOBILI, *Storia di un'illustre formula: il "libero convincimento" negli ultimi trent'anni*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2003, 71. Cfr. anche PATTI, *Libero convincimento e valutazione delle prove*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, 481; TARUFFO, *Libero convincimento*, cit., 1; NOBILI, *Libero convincimento*, in *Enc. Giur.*, vol. XVIII, Roma 1991.

7. Per tale configurazione del giudizio a mezzo della giuria, TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma — Bari, 2009; CORSO, *Giustizia senza toga*, cit., 181; Aa.Vv. (a cura di GAMBINI MUSSO), *Il processo penale statunitense*, III ed., Torino 2009, in particolare tutta la sezione I.

8. Per tutti, cfr. VERDE, *Prova legale e formalismo*, cit., 645; CAVALLONE, *In difesa della Veriphobia. (Considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2009, 1; LOMBARDI, *La prova giudiziale*, cit., 543.

9. Principale critico di ogni intervento del legislatore nel settore della valutazione delle prove, TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano 1992, 302; Id., *La semplice verità*, cit., *passim*. Si vedano anche CARATTA, *Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto nel processo e sistema probatorio)*, ivi, 2001, 73; CHIARLONI, *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2008, 129; RICCI, *Nuovi rilievi sulla specificità della*

processo penale italiano, è marcata la contrapposizione di chi descrive l'attività decisionale del giudice quale "giardino proibito" per il legislatore¹⁰ e chi invece non trova censurabile il tentativo del Parlamento di porre un argine ad istinti decisionistici ed atteggiamenti potestativi del giudicante mediante la predisposizione di previsioni che ne regolamentino in qualche modo il libero convincimento¹¹.

Non è nostra intenzione prendere posizione su tali temi sulla base di impostazioni generali. A fronte di un quadro concettuale così incerto e considerando le molteplici soluzioni normative assunte nel corso dell'esperienza giuridica, la nostra scelta è stata quella di impostare lo studio dell'attività di valutazione delle prove da parte del giudice penale avendo come punto di partenza un dato normativo ben definito e specifico, ovvero la previsione contenuta nell'art. 192 del nostro codice di procedura penale — unitamente, come è ovvio, alle altre disposizioni, pure presenti nel codice di rito, che investono il medesimo argomento.

Questa impostazione si spiega sotto molteplici profili. Intanto, Il primo comma del citato art. 192, riconoscendo che il giudice valuta le prove secondo il suo "libero convincimento"¹², detta un principio che è ben lungi da essere proprio solo dell'ordinamento processuale penale italiano, rappresentando invece l'opzione concettuale e teorica che ha trovato ormai ingresso nella quasi totalità degli ordinamenti — sia civili che penali — contemporanei, non solo nei sistemi continentali¹³

prova giuridica, ivi, 2000, 1129.

10. FERRUA, *Un giardino proibito per il legislatore: la valutazione delle prove*, in *Quest. Giustizia*, 1998, 587.

11. IACOBONI, *Prova legale*, cit., 77; NAPPI, *Libero convincimento, regole di esclusione, regole di assunzione*, in *Cass. Pen.*, 1991, I, 1515; GIOVENE, *Principio del libero convincimento*, cit., 41.

12. Nel senso che la disposizione di cui all'art. 192 c.p.p. sancisca l'indiscutibile accoglimento nel nostro ordinamento del principio del libero convincimento, BUZZELLI, *Il criterio di valutazione probatoria ex art. 192, comma 3, c.p.p. in rapporto al nuovo art. 111, comma 4, Cost.*, in *Cass. Pen.*, 2001, 2154; DEGANELLO, *La valutazione della prova*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, a cura di CHIAVARIO — MARZADURI, *Le prove*, I, Torino, 1999, 96; ID., *I criteri di valutazione della prova penale*, Torino 2005; IACOBONI, *Prova legale*, cit., 10; DE LUCA, *Il sistema delle prove penali e il principio del libero convincimento nel nuovo rito*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1992, 1255;

13. NOBILI, *Esiti, errori, arbitri dietro un'illustre formula: gli ultimi trent'anni*, in *Aa.Vv.*, *Il libero convincimento del giudice penale. Vecchie e nuove esperienze*, Atti del convegno dell'Associazione fra gli studiosi del processo penale, Siracusa 6 — 8 dicembre 2002, Milano 2004, 61; CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 3, 27;

ma anche in quelli di *common law*¹⁴: ciò significa che una riflessione condotta sul significato e sulle modalità di operatività dell'art. 192, comma 1, c.p.p. non è destinata ad essere sterilmente confinata nei confini nazionali ma può ben trovare spunti di riflessione guardando alle esperienze straniere ed assumere così una valenza più generale.

In secondo luogo, il riferimento ad una determinata esperienza storica — quale quella appunto rappresentata dall'applicazione del codice di procedura penale del 1988 — consente di evitare il pericolo di condurre uno studio sull'attività giurisdizionale di valutazione probatoria mettendo inutilmente a raffronto categorie teoriche e ricostruzioni dottrinali prive di qualsiasi effettiva applicazione nella prassi giudiziaria oppure procedendo a comparare esperienze storiche lontane negli anni e riferite a realtà sociali incomparabili. Infatti, nostra intenzione non è individuare la migliore risposta normativa al problema della valutazione giudiziale dei dati epistemologici, né dire ai giudici come devono condurre questo momento della loro attività giurisdizionale: intendiamo piuttosto descrivere il giudizio sulle prove per come esso è disciplinato e previsto nel nostro ordinamento processuale penale e se formuleremo critiche ad orientamenti giurisprudenziali o a posizioni della dottrina tali obiezioni saranno giustificate non facendo riferimento ad opzioni teoriche di carattere generale — ad una nozione trascendentale dell'attività valutativa dei dati epistemologici —, ma dimostrando come tali prassi non siano conformi a quello che secondo noi è il corretto significato della previsione di cui all'art. 192, comma 1, c.p.p. ed alle altre norme presenti nel medesimo codice di rito.

Tuttavia, se chiave di volta del nostro lavoro è la concreta disciplina dettata dal legislatore italiano, è altresì vero — ed è la terza considerazione che ci sentiamo di fare in via di premessa — che l'impostazione che abbiamo scelto non significa che condurremo la riflessione sull'attività di valutazione probatoria da parte del giudice penale solo alla luce del dettato normativo presente nelle fonti nazionali — senza prestare alcun interesse ai contributi di teoria generale che si sono

FERRUA, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in Aa.Vv., *La prova nel dibattimento penale*, Torino 1999, 193.

14. BASSIOUNI, *Il libero convincimento del giudice nei grandi sistemi di giustizia penale*, in Aa.Vv., *Il libero convincimento del giudice penale*, cit., II; AMODIO, *Libero convincimento e tassatività dei mezzi di prova: un approccio comparativo*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1999, 3.

molto sommariamente indicati in precedenza. Proprio perché le disposizioni contenute nell'art. 192 ed in altre previsioni del codice di rito si prestano ad una tale pluralità di letture ed operano nelle aule giudiziarie secondo modalità affatto diverse e differenziate, cercheremo di costruire una "teoria della valutazione della prova giudiziaria" che, nell'intento di essere adeguata alle concrete prescrizioni cui il giudice deve attenersi, sia anche debitrice delle riflessioni più alte ed attente che la dottrina ha saputo sviluppare sul tema nel corso degli anni.

1.2. Presentazione del lavoro

Nel tentativo di dare forma ad una teoria della valutazione dei dati probatori da parte del giudice — la quale faccia poi da guida per l'interpretazione degli elementi normativi presenti nell'ordinamento processuale penale italiano — è secondo noi imprescindibile rispondere a tre distinti quesiti, che rappresenteranno le tre ipotetiche sezioni in cui questo testo è suddiviso.

Occorre, intanto, definire a cosa debba riferirsi la valutazione pro-manante dall'organo giurisdizionale¹⁵. Si dà per scontato che sia sempre e comunque la prova o le prove a dover essere sottoposte a tale attività di analisi da parte del giudice, ma in realtà la lettura delle norme presenti nel codice di rito può far sorgere un legittimo dubbio circa l'intenzione del legislatore di riconoscere al soggetto decidente la possibilità di fondare la propria pronuncia anche su elementi cognitivi che sono — almeno apparentemente — diversi da ciò che genericamente viene qualificato come "prova".

Emblematica in proposito la lettura della norma di cui all'art. 192 c.p.p., laddove, rispetto all'indicazione di carattere generale contenuta nel comma 1, viene introdotta nei commi successivi una differenzia-

15. Oltre che ovviamente delle stesse parti processuali. Nel senso infatti che una attività di valutazione delle prove compete, quanto meno, al pubblico ministero al momento di decidere se procedere o meno all'esercizio dell'azione penale, UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano 1979, 30; SILVESTRI, *Il pubblico ministero quale è e quale dovrebbe essere*, in *Giust. Cost.* 1997, 935; Id., *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino 1997, 108. Sia consentito anche il rinvio a SANTORIELLO, *Pseudo — notizie e poteri del pubblico ministero*, in *Giur. It.*, 2001, 1773.

zione fra gli elementi utilizzabili per la decisione, facendo menzione — quasi che si trattasse di elementi epistemologici diversi dalle “prove” propriamente intese — della categoria degli indizi e delle dichiarazioni rese dal coimputato; orbene, gli indizi e le cosiddette chiamate di correo rientrano e sono comunque riferibili alla categorie delle “prove” o sono qualcosa di diverso? La valutazione che il giudice deve compiere con riferimento tanto agli indizi che alla chiamata in cor-reità segue criteri diversi da quelli prescritti in relazione alle prove o invece l’attività di stima del singolo dato è la medesima? Ed in tal caso dove risiede la differenza fra le due nozioni e qual è la ragione della distinzione che ha operato il legislatore?

Analoga riflessione può svolgersi con riferimento alla distinzione fra mezzi di ricerca della prova e mezzi di prova: qual è il senso di questa differenziazione? Al ricorso all’uno o all’altro strumento discende l’acquisizione da parte del giudice di diversi elementi epistemologici? E se non è così, perché il legislatore ha sentito bisogno di porre in diverse caselle concettuali — ad esempio — la testimonianza e la perquisizione?

Prescindendo da quanto ricavabile dalla disciplina codicistica, è poi la stessa dottrina — seguita dalla giurisprudenza — ad aver enucleato, all’interno della generale categoria delle prove, una serie di differenziazioni e catalogazioni, come ad esempio quelle fra prova diretta e prova indiretta, prova precostituita e prova costituenda, prova rappresentativa e prova critica, principio ed argomento di prova ecc. Si tratta di distinzioni che rispondono ad una effettiva utilità o sono il risultato di un risalente sforzo di sistemazione teorica che ha ormai perso qualsiasi attualità? Laddove, inoltre, si ritenga opportuno mantenere ferme queste categorie, quale deve esserne la ricaduta pratica, ovvero l’attività di valutazione di tali dati epistemologici deve essere diversa a seconda che si sia in presenza — ad esempio — di una prova rappresentativa o di una prova critica?

La prima domanda cui occorre rispondere in uno studio dedicato alla valutazione della prova, dunque, è “cosa valutare?”, nel senso di cosa deve essere oggetto di tale attività di verifica da parte dell’organo giudicante: bisogna infatti far chiarezza circa l’oggetto di tale attività giudiziale, definendo la nozione di prova ed evidenziando le (eventuali) differenze rispetto ad altri elementi epistemologici di cui pure fa menzione il codice di procedura penale.