



Capitolo I

Nozioni generali

Sommario: I.1. Il concetto di prova. – I.2. La prova ed il processo. – I.3. Classificazione delle prove: *a*) prova diretta e prove indirette. – I.4. *Segue:* *b*) prove rappresentative (o «storiche») e prove critiche. – I.5. *Segue:* *c*) in particolare, la “prova indiziaria”. – I.6. *Segue:* *d*) le c.d. «mimesi meccaniche». – I.7. *Segue:* *e*) prova generica e prova specifica. – I.8. Il procedimento probatorio. – I.9. L’onere della prova: *a*) in generale. – I.10. *Segue:* *b*) nel processo penale.

I.1. Il concetto di prova

Nel lessico comune, il verbo “provare” può assumere una pluralità di significati: “confermare, mostrare la propria qualità, essenza o valore”; “far vedere, dimostrare”; “dar saggio, esperienza di sé”; “riuscire, allignare”; “cercare di vedere, di conoscere”; “conoscere mediante esperienza”; “assaggiare, sentire”; “riconoscere in sé, sperimentare”.

*Tale polivalenza semantica finisce per investire anche l’accezione giuridica della parola*¹. Difatti, nel diritto processuale, il termine “prova” può essere usato in una duplice accezione:

a) per indicare uno stato (meglio: un risultato) psichico *soggettivo* (un *giudizio formulabile* in chiave di certezza logica o morale);

b) oppure il “dato sensibile” – l’elemento od il fatto *oggettivo* – su cui occorre basarsi per giungervi².

¹ Cfr. – tra gli altri – G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, X ed., Torino, 2015, p. 204; M.M. MONACO, *Natura e caratteristiche della prova penale*, in A. GAITO (Trattato diretto da), *La prova penale*, I, *Il sistema delle prove*, Torino, 2008, p. 1970.

² Già un secolo fa, F. CARNELUTTI, *La prova civile*, Roma, 1915, p. 52 s., osserva-

Entrambi i significati della parola sono rintracciabili nel codice di procedura penale: all'art. 530, co. 2, vi si parla d'una situazione negativa (la *mancaza della prova* in ordine ad una serie di circostanze, l'effettivo accertamento delle quali comporterebbe la dichiarazione di colpevolezza e la condanna); lacuna al cui profilarsi *deve conseguire* un certo esito processuale: l'assoluzione. D'altra parte, il medesimo testo normativo intitola «*Prove*» il libro III, ricomprendendovi, al titolo II, i «*Mezzi di prova*» e, al titolo III, i «*mezzi di ricerca della prova*». Vengono così designati le cose esistenti od i fatti oggettivamente verificatisi che, in quanto percepibili ed effettivamente percepiti, possono e devono essere usati *come premesse* per raggiungere quell'esito psicologico³.

È preferibile allora seguire la sistematica codicistica, accogliendo quest'ultima accezione, trattandosi alla fine di quella effettivamente rilevante sul piano del diritto⁴. Insomma, sembra ancora accettabile, quan-

va: «*Nel linguaggio comune prova si usa per controllo della verità di una proposizione; non si parla di prova se non rispetto a qualche cosa che viene affermato, quando si tratta di controllarne l'esattezza [...]. A rigore pertanto la prova si deve distinguere dal procedimento impiegato per il controllo della proposizione affermata [...]. Accade però già nel linguaggio comune una trasposizione (traslato) nel significato del vocabolo, per cui prova non designa soltanto il controllo, ma il procedimento o la attività usata per il controllo*». La considerazione appare ancor oggi attuale; dice infatti al medesimo riguardo F. CORDERO, *Procedura penale*, IX ed., Milano, 2012, p. 569: «[...] lingua comune e tecnica esigono una definizione preventiva, due essendo i significati del nome "prova": eventi mentali, ossia l'esito positivo dell'operazione intesa a vagliare l'assunto, oppure i dati sensibili su cui viene condotta». Nello stesso senso v. anche M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, VI ed., Torino, 2015, p. 150; P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, I, *Struttura e procedimento*, Torino, 2015, p. 1; ID., *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in P. FERRUA-F.M. GRIFANTINI-G. ILLUMINATI-R. ORLANDI, *La prova nel dibattimento penale*, IV ed., Torino, 2007, p. 338 s.; A. FURGIUELE, *La prova per il giudizio nel processo penale*, Torino, 2007, p. 18; A. GAITO, *Il procedimento probatorio (tra vischiosità della tradizione giuridica e prospettive europee)*, in A. GAITO (Trattato diretto da), *La prova penale*, cit., I, p. 97 s.; D. SIRACUSANO-F. SIRACUSANO, *Le prove*, in D. SIRACUSANO-A. GALATI-G. TRANCHINA-E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale 2013* (ed. a cura di G. Di Chiara-V. Patané-D. Siracusano), Milano, 2013, p. 245 s.

³F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 570 precisa: «Non è ambiguità pericolosa, ma conviene evitarla. Meglio il secondo [significato]: "prova" come segno sensibile del fatto da provare». Conf. v. M. SCAPARONE, *Procedura penale*, IV ed., Torino, 2015, p. 284, che definisce la prova come «i segni che [il *factum probans*] ha lasciato nella memoria delle persone [...] che per qualsiasi motivo lo hanno conosciuto oppure nel mondo fisico nel quale esso è compiuto».

⁴Del resto, proprio questa soluzione è quella che sembra essere stata accolta

to meno in una prima approssimazione, la definizione ottocentesca secondo cui è prova «*un fatto supposto vero che si considera motivo di credibilità sull'esistenza o no di un altro fatto*»⁵.

Peraltro – va detto subito –, in epoca contemporanea, a questa concezione, *empiristica*, se n'è successivamente venuta contrapponendo un'altra (fatta rivivere mutuandone la matrice dal pensiero antico), di tipo *argomentativo* (o, meglio, *dialettico*). Infatti, già Aristotele, nella *Retorica* (arte che il filosofo indicava come quella di persuadere un determinato uditorio), distingueva, fra gli strumenti di cui si sarebbe potuto servire l'oratore, le “*prove tecniche*” da quelle “*atecniche*”: solo queste ultime (nelle quali lo Stagirita faceva rientrare, *tra le altre*, le testimonianze, la confessione, i “*segni*”) si potrebbero – oggi – accostare alle prove intese nel senso suesposto; le prime, invece, erano identificate con gli *artifici dialettici* utilizzabili dal parlatore per tentar d'indurre negli ascoltatori un determinato atteggiamento psico-emotivo favorevole ad accogliere la tesi che andava sostenendo⁶.

Questa classificazione, rimasta in vita per tutta l'antichità classica e durante il primo medioevo (e che ben si attagliava a processi ispirati da principi accusatori, destinati a svolgersi di fronte a “*giurie popolari*”, nonché ad ordinamenti penali da cui mancavano definizioni analitiche e tipiche delle varie figure di reato)⁷, scomparve progressiva-

nella normativa meno risalente: la l. 20 febbraio 2006, n. 45 (recante «*Modifiche al codice di procedura penale in materia di inappellabilità delle sentenze di proscioglimento*») ha sostituito il co. 1 dell'art. 533 c.p.p., in modo che questo ora parli di un giudice che pronuncia sentenza di condanna se l'imputato «*risulta*» colpevole «*al di là di ogni ragionevole dubbio*». È evidente allora come l'essersi evitata l'espressione – alternativamente utilizzabile – «*la colpevolezza è provata*» sia sintomatica della volontà di riservare il nome “*prova*” all'indicazione dei *signa* sulla cui base il giudice è chiamato ad escludere quel dubbio ragionevole che sarebbe incompatibile con la pronuncia di una condanna.

⁵J. BENTHAM, *Traité des preuves judiciaires*, Paris, 1823, p. 248.

⁶«*Delle argomentazioni alcune sono “non tecniche”, altre sono “tecniche”. Intendo per argomentazioni “non tecniche” quelle che non sono fornite da noi stessi, ma sono preesistenti, come la testimonianza, le confessioni ottenute con la tortura, i documenti scritti e cose del genere; “tecniche” quelle che è possibile fornire grazie a un metodo e dipendono da noi. Di conseguenza, delle prime ci si deve servire, mentre le seconde è necessario inventarle*» (ARISTOTELE, *Retorica*, trad. it. di M. Donati, Milano, 1996, p. 13).

⁷Cfr. G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale, I, Principi generali*, III ed., Torino, 2013, p. 47, secondo cui l'originaria concezione argomentativa della prova «*ricosceva al giudizio sull'agire umano un ineludibile riferimento alle categorie della vero-*

mente con l'avvento del processo inquisitorio. Infatti, secondo la concezione ispiratrice di quest'ultimo modello, il giudice, operante *ex officio* a guisa d'un *ricercatore*, sarebbe stato tanto meglio in grado di ricostruire la "datità" concreta dei fatti accaduti quanto più fosse stato svincolato da richieste, allegazioni, produzioni ed argomentazioni delle parti⁸; e quanto più avesse applicato premesse derivanti da un sapere considerato come un valore oggettivo ed assoluto⁹.

Peraltro, la nozione "argomentativa" della prova è stata poi ripresa e propugnata in epoca contemporanea¹⁰ anche in quanto apparsa maggiormente adeguata al modello di un "processo di parti"; cioè, ad un sistema processuale (anche se solo tendenzialmente) accusatorio.

Difatti – si adduce –, ciascuna cosa ed ogni fatto che diviene oggetto di considerazione nell'ambito della contesa giudiziaria non vi entra in sé e per sé, come dato neutro, scevro da implicazioni sul piano dei "giudizi di valore"¹¹; bensì quale elemento di cui le parti, prima, ed il

simiglianza, dell'opinabilità, dell'ipoteticità. Al suo interno, la teoria della probabilità era eticamente orientata e ispirata ad un'ottica soggettiva, essendo diretta alla valutazione del grado di conferma di un'ipotesi in relazione a un insieme definito di informazioni [...]. Inoltre, la concezione dell'indagine giudiziale non poteva non risentire pure della diversa struttura dell'ordinamento penale, dove all'insufficienza tecnica del legislatore nella definizione delle fattispecie e nella comminazione delle pene corrispondeva il potere del giudice di ricorrere all'analogia, alla consuetudine o addirittura all'arbitrio».

⁸V. P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, XVII ed., Milano, 2016, p. 39, il quale osserva: «Il processo inquisitorio si basa sul principio di autorità, secondo il quale la verità è tanto meglio accertata quanto più potere è dato al soggetto inquirente. In lui si cumulano tutte le funzioni processuali [...] Correlativamente, si tende a non riconoscere alcun potere alle parti».

⁹Sulla concezione positivista della scienza v. P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 269.

¹⁰Cfr., anzitutto, la fondamentale opera di A. GIULIANI, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, 1961, p. 3 ss.; cfr. anche ID., *Prova in generale*, in *Enc. del dir.*, XXXVII ed., Milano, 1988, p. 518 ss. Nella successiva dottrina processualistica, tale idea appare recepita – tra gli altri – da M. MENNA, *La motivazione del giudizio penale*, Napoli, 2000, p. 61 ss.; R. ORLANDI, *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, in P. FERRUA-F.M. GRIFANTINI-G. ILLUMINATI-R. ORLANDI, *La prova nel dibattimento penale*, cit., p. 3 ss. Per una sintetica "concezione dialettica" della prova v. G. UBERTIS, *La ricerca della verità giudiziale*, in ID. (a cura di), *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Milano, 1992, p. 12 ss. estr.; ID., *Prova (in generale)*, in *Dig. delle disc. pen.*, X ed., Torino, 1995, p. 302 s.; ID., *Conoscenza fattuale e razionalità della decisione giudiziale*, in *Argomenti di procedura penale*, Milano, 2002, p. 75 ss.; ID., *Sistema di procedura penale*, cit., I, p. 54 ss.

¹¹Tantomeno poi quando già la fattispecie descritta dalla norma incriminatri-

giudice, poi, si serviranno, rispettivamente, per tentar d'influenzare gli interlocutori e per trarne ragione di convincimento; onde lo stesso significato processuale di ogni elemento od accadimento sarà condizionato dal metodo in cui è esso è stato raccolto, prodotto o formato¹².

Così, ad esempio, nel caso della testimonianza, la qualità della deposizione – che attraverso detto strumento istruttorio si acquisisce – dipenderà anzitutto dal “segno” e dal “modo” delle domande che saranno state via via poste all'interrogato; le quali due circostanze, a loro volta, non saranno mai indipendenti dalla posizione dell'interrogante e dall'interesse che lo ispira. Pertanto, altro è che il rapporto dialogico s'instauri e svolga riservatamente, tra un inquisitore alla ricerca d'una “sua” verità (cioè: tutto inteso a verificare un'“ipotesi di lavoro” pre-concepita); altro è che l'esame della “fonte di prova” avvenga *coram iudice et partibus*, in modo che tutti i soggetti processuali siano messi in condizione d'interloquirvi: posta l'identità del soggetto “sentito”, i rispettivi risultati dei due distinti “sistemi di ricerca” non potranno certamente coincidere.

Tale moderno orientamento, pur largamente condivisibile, presta però il fianco a due *obiezioni*:

a) esso ben s'attaglia a quelle prove che consistono in procedimenti volti a raccogliere *dichiarazioni*, aventi come contenuto la narrazione di un fatto o l'espressione d'una valutazione; non anche – però – alle *prove reali*, consistenti in un *substrato materiale*, preesistente (o perfino preconstituito) rispetto al procedimento penale, che ai fini di quest'ultimo sia stato raccolto, poi ammesso ed acquisito; e neppure alle dichiarazioni né alle immagini percepite in uno spazio extraprocedimentale (quali, per es.: le parole scambiate riservatamente tra due o più soggetti, captate clandestinamente *ab externo* e registrate; oppure i

ce contenga il riferimento a concetti valutativi. Tale – ad es. – è il caso del furto, la cui sussistenza implica l'altruità della cosa sottratta (art. 624 c.p.).

¹²In questo senso, quanto alle fattispecie di “prova dichiarativa”, si è rilevato: «È difficile pensare che le aspettative, gli interessi dell'organo inquirente – definiti dall'ipotesi accusatoria che la sostiene – non esercitino alcuna influenza sulle dichiarazioni raccolte, che chi conduce il dialogo resti assolutamente estraneo all'esito, puro osservatore oggettivante. Senza ipotizzare pressioni o risposte menzognere, è elevata la probabilità che il teste dica ciò che sa nel modo più gradito all'inquirente, e tanto basta a distorcere il senso della deposizione» (P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., p. 109; v. anche R. ORLANDI, *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, cit., p. 10; G. UBERTIS, *La ricerca della verità giudiziale*, cit., p. 1 estr.).

fatti oggetto di ripresa visiva od audiovisiva). Non si vuole qui dire che, in casi siffatti, la possibilità di un confronto argomentativo tra le parti davanti al giudice risulti senz'altro esclusa; ma la dialettica vi si potrà esplicitare fra i contendenti, in relazione ad un simile substrato, solo a due fini: prima, per di farne *ammettere* oppure escludere l'ingresso nel processo come *res* potenzialmente idonea ad influire sul convincimento del giudice; poi, per farne stabilire la effettiva valenza ai fini della decisione¹³;

b) il fatto che in ogni attività probatoria vi sia una "componente argomentativa"¹⁴ non deve portare a trascurare la fondamentale distinzione tra il "dato probatorio" – la cosa o il fatto da cui l'argomentazione deve necessariamente prendere le mosse – e l'argomentazione in sé. Del resto, tale differenza è evidenziata dallo stesso sistema codicistico: questo – come si vedrà –, quanto al *procedimento probatorio*, distingue chiaramente fra la fase *ammissiva*, quella *acquisitiva* e quella *valutativa*; la quale ultima, se non si può sempre considerare il terreno esclusivo del percorso "retorico", sembra essere comunque quella al medesimo più consona. In particolare, nelle suddette fattispecie di "prova preconstituita", il momento dialettico avrà modo di estrinsecarsi soltanto quando si tratti cose o documenti già legittimamente ammessi ed acquisiti.

Per analoghe ragioni, l'autore non ritiene di poter accogliere la *concezione* secondo cui la prova è «*un procedimento logico che dal fatto noto ricava l'esistenza del fatto da provare*»¹⁵: se si aderisce a questa definizione, si finisce per confondere il dato od il fatto probatorio, così come oggettivamente esistente oppure realizzatosi nel concreto dell'esperienza giudiziaria, con l'*iter* mentale che, sulla sua base, le parti ed il giudice intraprendono, percorrono e concludono.

¹³ Nel senso che, trattandosi di "prove preconstituite", «*il contraddittorio può esercitarsi solo sulla prova*» v. P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., I, p. 112.

¹⁴ R. ORLANDI, *loc. ult. cit.*

¹⁵ A. FURGIUELE, *La prova per il giudizio nel processo penale*, cit., p. 19; v. anche P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 228. Peraltro, è risalente la concezione della prova come *giudizio*: v. F. CARNELUTTI, *Principi del processo penale*, Napoli, 1960, p. 162; G. FOSCHINI, *Sistema del diritto processuale penale*, II ed., I, Milano, 1965, p. 409 ss.; Gius. SABATINI, *Prova (diritto processuale penale e diritto processuale penale militare)*, in *Novissimo dig. it.*, XIV ed., Torino, 1976 (ristampa), p. 302.

I.2. *La prova ed il processo*

Quando ci si trova in un processo (sia questo penale oppure di altra natura), non tutti i fatti tra i molteplici avvenuti nella realtà hanno interesse; ne hanno – evidentemente – solo quelli potenzialmente *influenti sulla decisione della causa*: poiché si tratta di deliberare in modo da far determinare o no certi effetti giuridici finali (la sentenza ne produce molteplici, diversi a seconda di quello che d'essa sia il “segno”), i quali dipendono dall'essere accaduti o non determinati fatti, l'accertamento di questi ultimi è evidentemente condizione logica e giuridica preliminare rispetto all'emanazione del provvedimento giurisdizionale destinato a produrre quegli effetti¹⁶.

Così – ad esempio – la sentenza che condanna l'imputato Tizio all'erastolo – in ragione della commissione, da parte sua, d'un omicidio volontario premeditato ai danni della vittima Caio – presuppone l'avvenuta verifica, con esito positivo, di tutte quelle componenti fattuali, oggettive e soggettive, e di tutti quei profili “di valore” che devono concorrere perché della fattispecie astratta si producano le conseguenze giuridiche: l'avere Tizio cagionato la morte di Caio (art. 575 c.p.), come conseguenza della sua azione od omissione (art. 40, co. 1, c.p.), commessa con coscienza e volontà (art. 42, co. 1, c.p.p.), prevedendo e volendo l'“evento morte” quale risultato della propria condotta (art. 43, co. 1, c.p.); nonché l'essere trascorso – tra la risoluzione criminosa e la sua attuazione – un congruo lasso di tempo, dedicato dall'autore ad un'accurata preparazione del delitto (art. 577, co. 1, n. 3, c.p.)¹⁷.

¹⁶ «L'obiettivo ultimo è ben individuabile [...] si tratta di verificare se una o più determinate persone possono essere considerate responsabili di qualche accadimento che comporti conseguenze penali [,] ma i passaggi intermedi costituiscono una serie praticamente indefinita e ricca di varianti, e le conclusioni che possono raggiungersi in ordine a taluno di essi possono pregiudicare il corso ulteriore» (M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, cit., p. 248).

¹⁷ A proposito della premeditazione v. tra gli altri, in questo senso, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, V ed., Milano, 1966, p. 41. Secondo la giurisprudenza, tale aggravante richiede un elemento psicologico (il «perdurare, nell'animo del soggetto, di una risoluzione criminosa ferma e irrevocabile») ed un altro cronologico (il «trascorrere di un intervallo di tempo apprezzabile fra l'insorgenza e l'attuazione di tale proposito») (Cass., Sez. I, 18 giugno 2003, Di Matteo, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2010).

In particolare, nella sede giurisdizionale, ciò di cui si discute è un fatto non solo giuridicamente rilevante (ad es.: Tizio ha pagato o no Caio?; Tizio ha commesso o no x , costituente reato?) ma che altresì “appartiene al passato”; ed è un fatto che non rientra in una categoria di accadimenti classificati *a priori* e successivamente riproducibili, ma è solo e sempre *quel* determinato fatto. Così, ad esempio, una rapina, in sede processuale, sarà sempre *quella* rapina, che si assumerà commessa da *quel* determinato autore, in *quel* determinato giorno, in *quella* certa ora, con *quei* dati strumenti, ecc. Si tratterà – insomma – di un fatto non solo ormai già accaduto, ma che, immerso nell’infinita nebulosa degli eventi definitivamente esauritisi, non potrà riaffiorare, nel presente, attraverso un *esperimento di laboratorio*¹⁸: non è possibile porre di nuovo chi è indicato come autore del fatto in *quella stessa situazione* (od in altra successiva, appositamente creata in modo da risultare quanto più possibile somigliante), per vedere se egli reitera o no quello che *ora* si assume egli abbia *allora* commesso; si può solo tentare di *rievocare* quell’ipotetico trascorso comportamento attraverso *l’interpretazione dei segni* che esso abbia lasciato (e che attualmente permangano) nella realtà materiale percepibile oppure nella mente degli uomini¹⁹.

Alla luce di queste considerazioni, occorre concludere che il compito del giudice somiglia non tanto a quello dello scienziato della natura (per es.: a quello del fisico oppure del chimico)²⁰: quest’ultimo (secondo la concezione tradizionale, pur oggetto di revisione in epoca contemporanea) può sempre riprodurre certe condizioni, per un numero indefinito di volte, in un ambiente “asettico”, osservando gli ef-

¹⁸ V. al riguardo G. DE LUCA, *Logica e metodo probatorio giudiziario*, in *Scuola pos.*, 1965, p. 43; lo stesso Autore, in altra opera (*Profilo storico del libero convincimento del giudice*, in *Quaderni del C.S.M.*, 1990, n. 50, p. 21; nello stesso senso, cfr. anche P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., I, p. 14; P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 264 s.), osserva altresì: «A differenza dello scienziato della natura, al quale la scienza offre una forma razionalizzata di controllo della realtà che si fonda sull’esperimento, la ripetitività e le regolarità dei fenomeni osservati, il giudice è costretto a fondare il suo giudizio, non sulla “verità eterna delle cose”, ma sulla loro ombra sulla loro apparenza».

¹⁹ V. M. SCAPARONE, *loc. cit.*

²⁰ «Lo scienziato utilizza una conoscenza empirica: individua determinate categorie di fatti, studia i rapporti che intercorrono tra di essi e ricava leggi che sono valide fino a quando non si dimostrano errate. La legge scientifica esprime una relazione statisticamente significativa tra fatti della natura. Si ritiene che, poste le stesse condizioni, il fenomeno nel ripetersi segua la medesima legge» (P. TONINI, *loc. ult. cit.*).

fetti che da quelle condizioni derivano, per stabilire se esista o no una legge, una relazione costante fra i fenomeni. Il giudice, invece, deve accertare *a posteriori* se sia accaduto o no *quel singolo specifico* fatto; e ciò non potrà fare se non osservandone gli effetti, le conseguenze, i segni, come attualmente permanenti e percepibili, oppure ricavabili dalle *dichiarazioni* dei soggetti che di quel fatto abbiano avuto – direttamente od indirettamente – contezza; e ciò per verificare la verità o la falsità dell'allegazione di parte che appunto quell'evento asserisce od esclude²¹.

Si parla, a questo proposito, di "epistemologia giudiziaria"; nella quale locuzione, la radice del sostantivo viene dal greco "*episteme*"; che significa, appunto, "segno". Epistemologia vuol dire, quindi, conoscenza acquisita attraverso i segni; e difatti l'ufficio di chi è chiamato a giudicare su di una determinata imputazione risulta assimilabile (peraltro, solo in via di approssimazione) a quello dello storico²²: questi cerca di ricostruire il passato con quanto più rigore possibile, sulla base delle fonti e dei documenti; e lo stesso compito può essere accostato (ma solo con ancor maggiore cautela) a quello del medico clinico, il quale, attraverso i *sintomi*, tenta di vedere se *quel* paziente abbia o no *quella* determinata malattia. Onde le prove finiscono per costituire – appunto – gli «*equivalenti sensibili*»²³, cioè i dati, oggettivamente esistenti ed empiricamente percepibili, dalla cui osservazione occorre risalire, mediante un percorso razionalmente orientato, al fatto che si tratta di "far rivivere", ricostruendolo *a posteriori*.

²¹ Infatti, «Le espressioni "prova di un fatto" e "prova della verità di un fatto" possono [...] reputarsi corrette esclusivamente se intese come formule abbreviate di "prova dell'affermazione dell'esistenza di un fatto"» (G. UBERTIS, *Conoscenza fattuale e razionalità della decisione giudiziale*, cit., p. 82; ID., *Sistema di procedura penale*, cit., I, p. 49 s.).

²² «L'attività del giudice [...] è molto vicina a quella dello storico perché il fatto di reato è non ripetibile ed appartiene al passato; il giudice lo conosce mediante prove sottoposte ad un controllo di razionalità» (P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 265). Sostanzialmente nello stesso senso appare orientato P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., I, p. 14; il quale – però – sottolinea come la metodologia del giudice, diversamente da quella dello storico, sia «*codificata dalla legge*».

²³ L'espressione, risalente a F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, I ed., Roma, 1946-1947, pp. 207 e 209 ss., è stata ripresa da F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 574.

I.3. Classificazioni delle prove: a) prova diretta e prove indirette

Si è detto (*supra*, al § I.1) circa l'accezione *soggettiva* del vocabolo "prova": l'esito psichico configurantesi in chiave di *certezza logica o morale* riguardo ad *un fatto* del passato, acquisita attraverso un'operazione mentale condotta secondo una metodologia razionale.

Ora, un siffatto convincimento può essere raggiunto dall'"osservatore", per decidere la vicenda processuale, in due modi: o *avendo assistito personalmente al factum probandum*; oppure avendolo rievocato attraverso gli anzidetti "equivalenti" (v. al § I.2).

La prima ipotesi è, in realtà, un "caso limite": la prova del fatto è integrata *dal fatto stesso da provare*, perché il medesimo accade *illico et immediate* davanti al giudice, onde questi può percepirlo direttamente nel suo stesso concreto divenire e persuadersi della corrispondente realtà. Un esempio di questa eventualità – a cui proposito autorevolmente si parlava di «*prova diretta*»²⁴ – è quello del reato commesso in udienza; caso per cui l'ormai da tempo abrogato codice di procedura penale 1930, all'art. 435, prevedeva il *giudizio immediato*; mentre quel-

²⁴ «La conoscenza di un fatto da parte del giudice non si può avere senza che egli percepisca qualche cosa coi propri sensi; [...] questo qualche cosa che il giudice percepisce coi propri sensi può essere il fatto che si deve provare» (F. CARNELUTTI, *La prova civile*, cit., p. 66 s.; v. anche ID., *Teoria generale del diritto*, III ed., Roma, 1951, p. 379). Sostanzialmente conforme sembra F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 573, secondo cui l'ipotesi *de qua* è riconducibile alla categoria concettuale della "prova": per questa s'intende «ogni materia utile al giudizio storico e tali sono i fatti percepiti direttamente». Altri intende diversamente la distinzione, considerando come di "prova diretta" i casi in cui «la dimostrazione del fatto oggetto della prova è il risultato del mezzo di prova assunto direttamente percepito dal giudice»; e riconducendo invece alla "prova indiretta" le ipotesi nelle quali «la dimostrazione del fatto oggetto della prova debba essere ricavata mediante un ragionamento logico operato su di un fatto o una cosa» (A. FURGIUELE, *La prova per il giudizio nel processo penale*, cit., p. 25; conf. P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., I, p. 60; del resto, nello stesso senso si era già espresso G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, II, Napoli, 1961, p. 175). Infine, A. NAPPI, *Guida al Codice di Procedura Penale*, VIII ed., Milano, 2001, p. 193, si richiama alla «differenza tra un'affermazione garantita dalla percezione diretta di colui che afferma e l'affermazione fondata sulla rappresentazione dei fatti offerta da altra fonte [nella quale prospettiva] l'unica prova diretta è l'ispezione; mentre prove indirette sono tutte quelle che comunemente vengono definite come rappresentative, nelle quali il giudice percepisce un documento o una dichiarazione altrui (di un testimone o di una parte) e, in ragione di una valutazione di attendibilità della fonte, assume per vero il fatto rappresentato».

lo vigente si limita a prescrivere che «*il pubblico ministero proced[a] a norma di legge*» (art. 476). Ma un tale genere d'ipotesi non è quello che comunemente si verifica; onde al "fatto del passato" bisogna risalire – come s'è detto – attraverso i suoi "segni". In questo senso, si può dire che le «*Prove*» cui il codice di rito penale vigente dedica il libro III sono, tutte, «*prove indirette*»²⁵.

Invece, esorbitano dalla fenomenologia della prova i c.d. "*fatti notori*": tali sono quei «*singoli accadimenti che si denunciano in forma particolare e circoscritta [...] la cui conoscenza fa parte della cultura normale propria di una determinata cerchia sociale nel tempo in cui avviene la decisione*»²⁶. Si tratta di «*avvenimenti la cui notazione è affidata al ricordo di larghi strati della società e alla tradizione, ovvero di situazioni di fatto note alla generalità: un terremoto, un'alluvione, la data di una festa o di un mercato, i disordini verificatisi in una città in un dato momento, la impossibilità in un dato momento di servirsi di normali mezzi di trasporto, ecc.*»²⁷.

Di tali *notoria* il giudice penale può servirsi anche per l'accertamento della *res iudicanda*, senza ch'essi vadano specificamente provati²⁸; è pur sempre necessario, però, che la cosa notoria «*sia acquisita al processo come oggetto di comunicazione e di eventuale contraddittorio: la sua vantata notorietà non supplisce alla prova, se non sia enunciata e non entri, per così dire, nella materia del dibattimento*»²⁹.

I.4. Segue: b) *prove rappresentative* (o «storiche») e *prove critiche*

Quanto poi all'area delle ipotesi in cui, mancando l'immediata percezione del *factum probandum* da parte di chi è chiamato a giudica-

²⁵ F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 573 s. («È fenomeno atipico e statisticamente minuscolo la scienza diretta: dovendo stabilire se sia avvenuto qualcosa, lavoriamo su "equivalenti sensibili"»). Per una critica di questa concezione v. P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., I, p. 59.

²⁶ G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, cit., II, p. 169.

²⁷ G. LEONE, *loc. ult. cit.*

²⁸ Cfr. D. SIRACUSANO-F. SIRACUSANO, *Le prove*, cit., p. 261, secondo cui «Affermato da una parte e non contestato dall'altra parte il fatto notorio esclude la necessità di ulteriori verifiche sul punto: notoria non egeat probatione e ciò è possibile perché le parti mutuano un'acquisizione del fatto che appartiene alla collettività».

²⁹ E. FLORIAN, *Delle prove penali*, I, Milano, 1924, p. 364.

re, s'impone il ricorso a strumenti ricadenti nella categoria della "prova indiretta", vi entra in gioco un'ulteriore distinzione: quella tra «*prova rappresentativa*» e «*prova critica*»³⁰.

Nella prima di tali due classi, "l'equivalente sensibile" sulla cui base si rievoca il fatto da provare è costituito da un secondo fatto che *rappresenta* il primo, di questo consistendo in una *narrazione*, nella quale lo stesso viene rievocato come *realmente accaduto*. È tale il caso della *testimonianza*; così come quello di ogni *racconto* che avvenga in ordine ad un fatto processualmente rilevante, effettuato oralmente (per es.: da una parte o da un imputato in un procedimento connesso o di un "reato collegato"; od anche da un perito o consulente tecnico, per quella parte del suo discorso in cui egli si limiti a riferire quanto da lui direttamente constatato); ma è tale anche il caso nel quale la narrazione risulti *scritta* o comunque altrimenti *documentata*.

Difatti, spesso, nei processi (soprattutto in quelli penali), nell'impossibilità di verificare direttamente il fatto controverso, occorre servirsi d'una o più narrazioni del genere suddetto, effettuata (od effettuate) da una o più persone che quell'accadimento abbiano potuto immediatamente percepire, o che ne abbiano avuto comunque contezza.

Peraltro, posto che, ad es., un parlatore riferisca un fatto processualmente rilevante, ciò non significherà – evidentemente – che quel fatto sia realmente accaduto; che, cioè, la narrazione "risponda al vero"³¹; occorrerà infatti altresì vedere se:

a) il deponente sia o no *persona credibile* (non sarà tale, ad es., il mitomane o chi sia frequentemente affetto da allucinazioni);

b) vi sia o no *coincidenza* tra quanto egli abbia esposto ed i fatti real-

³⁰F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, cit., I, p. 214 ss., il quale quindi definisce "prove storiche" i fatti che ne "rappresentano" un altro. Al riguardo, però, G. FOSCHINI, *Sistema del diritto processuale penale*, cit., I, p. 428 s., rileva criticamente che «*la funzione rappresentativa è essenziale a tutte le prove, il che vuol dire che non esistono prove non rappresentative*». Sembra quindi più esatta l'opzione lessicale di F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 577 ss., il quale parla, rispettivamente, di «*funzioni narrative*» e di «*funzioni induttive*». Seguendo questa falsariga, P. FERREA, *La prova nel processo penale*, cit., I, p. 63, distingue fra "prove dichiarative" e "prove critico indiziarie".

³¹Si dice che le "funzioni narrative" «*chiedono credito al destinatario [onde] valgono poco, in assoluto, sebbene ne dipenda l'intera macchina penale: l'effetto è alogico, quindi non verificabile; vi influiscono desideri, paure, ripulsioni, simpatie*» (F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 579).

mente accaduti (ciò potrebbe non verificarsi per molteplici ragioni: difetto momentaneo di percezione; fallacia nel ricordo; consapevole menzogna; ecc.).

Circa l'*attendibilità* di simili dichiarazioni, spesso, per molte ragioni, non è possibile pervenire ad un convincimento certo, formulabile in chiave di assoluta razionalità. Taluno³², quindi, parla in proposito dell'entrata in gioco di una componente irrazionalistica, trattandosi di attribuire o no «*fede*» a quanto il narratore ha detto. Nondimeno, una simile considerazione non sembra poter esonerare il giudice dall'obbligo di verificare l'*attendibilità* della narrazione e la credibilità del narrante; e ciò attraverso un percorso critico fondato sulla rilevazione degli elementi di tali due circostanze potenzialmente sintomatici.

Emblematico a questo riguardo è il regime giuridico della testimonianza: l'art. 194, co. 2, c.p.p. prevede espressamente che al deponente possano rivolgersi domande circa «*i rapporti di parentela o di interesse che intercorrono fra [lui] e le parti o gli altri testimoni nonché [le] circostanze il cui accertamento è necessario per valutarne la credibilità*».

Inoltre, è *anche* per i fini di tale accertamento che è stato elaborato, nell'esperienza anglosassone del *trial by jury* (processo davanti alla giuria), quel *metodo d'escussione* che, poi (nel 1988), è stato recepito, in Italia (pur con gli adattamenti dal nostro legislatore ritenuti opportuni), approvando un nuovo codice di procedura penale. Tale sistema consiste nell'interrogazione del soggetto "fonte di prova" direttamente ad opera delle parti, contestualmente presenti all'operazione istruttoria e così rispettivamente messe in grado – secondo un ordine di successione prestabilito – di porre oralmente le domande all'esaminato, riceverne le risposte vocali e – eventualmente – obiettare immediatamente a queste ultime.

La "filosofia" di simile modello è – anzitutto – di stampo "garantistico": un istituto del genere è considerato come quello che consente a ciascuna parte di far valere meglio le proprie ragioni, cercando di ottenere dall'esaminato, con i quesiti più appropriati, le risposte maggiormente favorevoli al proprio interesse; e quindi all'imputato – in particolare – di meglio difendersi, interrogando o facendo interrogare i dichiaranti a carico per tentare di screditarli. Ma non solo. Un tale "contraddittorio per la

³²F. CORDERO, *loc. ult. cit.*

formazione della prova orale” – secondo gran parte della dottrina italiana³³ – ha anche un valore “oggettivo”, perché ha un’implicazione “euristica” (cioè: una specifica influenza per la “ricerca della verità”), data la sua qualità “epistemologica”: attraverso il “fuoco di fila” delle domande via via fatte da ciascuna delle parti contestualmente presenti e delle eventuali *contestazioni* rivolte alle conseguenti risposte è possibile – anche osservando le reazioni comportamentali di chi subisce l’esperimento – vagliare, nei termini migliori, se questi sia o no personalmente credibile e se – nella fattispecie concreta – stia dicendo no la verità. Insomma: è principalmente assistendo a come replica e si contiene il soggetto escusso che è possibile stabilire la sua intrinseca credibilità e l’attendibilità della “versione dei fatti” da lui fornita (v., *infra*, II, 6).

Talora, poi (sempre più di frequente con i progressi scientifico – tecnologici), la prova, pur consistendo in una dichiarazione, non si risolve (o non si risolve *soltanto*) nel racconto di fatti che chi è esaminato ha percepito o di avuto altrimenti contezza; ma è costituita invece (od anche) dalla espressione di una *valutazione* (eventualmente, concernente dati oggettivi da quegli preliminarmente riscontrati).

Questa soluzione – di regola *vietata* nell’ipotesi di testimonianza (per l’art. 194, co. 3, c.p.p. chi è chiamato a renderla non può «*esprimere apprezzamenti personali, salvo che sia impossibile scinderli dalla deposizione sui fatti*») ³⁴ – è invece proprio quella tassativamente prescritta allorché l’accer-

³³V. (tra le opere principali): C. CONTI, *Giusto processo* b) *Diritto processuale penale*, in *Enc. del dir.*, Agg. V, Milano, 2001, p. 633 ss.; C. FANUELE, *Le contestazioni nell’esame testimoniale*, Padova, 2005, p. 88 ss.; P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., I, p. 107 ss.; ID., *Il “giusto processo”*, II ed., Bologna, 2011, p. 91 ss.; A. FURGIUELE, *La prova per il giudizio nel processo penale*, cit., p. 5; E. MARZADURI, *L. cost. 23/11/1999, n. 2 – Inserimento dei principi del giusto processo nell’articolo 111 della Costituzione. Art. 1. Commento*, in *Legisl. pen.*, 2000, p. 787 ss.; P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 47; G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, cit., I, p. 54 ss. A sua volta, M. PAPA, *Brevi spunti sulle forme di escussione del testimone nel processo penale*, in L. DE CATALDO NEUBURGER (a cura di), *La giustizia penale e la fluidità del sapere: ragionamento sul metodo*, Padova, 1988, p. 96, considera l’escussione diretta del teste come una tecnica di ricostruzione dei fatti conforme ad «una concezione argomentativa e dialettica della prova».

³⁴Va però incidentalmente ricordato che, per la giurisprudenza, questo divieto non vale «*qualora il testimone sia una persona particolarmente qualificata per speciale preparazione professionale, che sia interrogata sui fatti caduti sotto la sua percezione sensoriale ed inerenti alla sua abituale e particolare attività, giacché in tal caso l’apprezzamento diventa inscindibile dal fatto*» (Cass., Sez. V, 29 settembre 2004, Comberla-

tamento dei fatti impone di «*svolgere indagini o acquisire dati o valutazioni che richiedono specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche*» (art. 220, co. 1, c.p.p.): per una simile evenienza, l'ordinamento *vieta* al giudice di far ricorso ad un sapere extra – giuridico che *trascenda la comune esperienza*, imponendo – per contro –, al giudice medesimo, di far il ricorso all'ausilio d'un esperto. È questo il caso della *perizia*, mezzo istruttorio da disporsi, se del caso, anche *ex officio iudicis* (art. 224, co. 1, c.p.p.); tuttavia, l'uso di tale procedimento probatorio al fine di far compiere verifiche od acquisire giudizi tecnico – scientifici non è sempre necessario: il giudice può anche ritenere di ricostruire il fatto – per quanto attiene ai profili del suo accertamento implicanti nozioni tecniche, scientifiche od artistiche – sulla base di quanto gli è stato esposto, nel contraddittorio dibattimentale, da un *consulente tecnico di parte* esaminato nelle forme di legge³⁵.

Nondimeno, la perizia e l'esame del consulente tecnico appartengono pur sempre al *genus* della “prova dichiarativa”: la “qualità” del parere reso sulla base di conoscenze artistiche, scientifiche o tecnologiche può anch'esso dipendere dal contesto in cui esso è formato e ricevuto, nonché dal tipo e dalla “direzione” delle domande a cui seguito il parere medesimo è stato reso. Di conseguenza, il metodo del contraddittorio, per la sua valenza sia garantistica che euristica, deve potersi estrinsecare altresì in sede di raccolta dei giudizi richiedenti le anzidette cognizioni.

Ciò spiega perché il vigente codice di rito penale estenda all'esame dei periti e dei consulenti tecnici «*le disposizioni sull'esame dei testimoni, in quanto applicabili*» (art. 501, co. 1)³⁶. Ma v'ha di più: conformemente alla concezione, propria del “processo di parti”, che ravvisa nel perito non solo un’“ausiliare del giudice”, ma anche il somministratore di un «*sapere comune*» a tutti i soggetti processuali³⁷, lo stesso codice impone al giudice di

to, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1889; Id., Sez. III, 21 dicembre 1998, Crispolti, *ivi*, 2000, p. 2381; Id., Sez. II, 12 dicembre 1995, Vezzolo, *ivi*, 1997, p. 2206).

³⁵ Cfr. P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 350 s.

³⁶ Questa soluzione – del resto – si giustifica anche in quanto, data la nozione post-positivistica di scienza (secondo cui questa è *limitata, incompleta e fallibile*), ciascuna parte deve poter esercitare «*il diritto di mettere in dubbio l'ipotesi che è stata formulata da un'altra parte o dal perito nominato dal giudice*» (P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 343).

³⁷ «[...] il perito [...] è organo utile alle parti prima che al giudice; sugli argomenti esorbitanti dal consueto scibile apporta le premesse necessarie al contraddittorio» (F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 786).

formulare a tale esperto i necessari *quesiti* dopo aver sentito preliminarmente «*i consulenti tecnici, il pubblico ministero e i difensori presenti*» (art. 226, co. 2). Il contraddittorio fra le parti ha così modo di esplicitarsi sin dal momento in cui si tratta di formulare le domande a cui l'esperto dovrà rispondere.

In altri casi (tanto più poi quando non ci si possa affidare al racconto di alcuno), al fine di ricostruire il fatto bisognerà invece utilizzare un *procedimento logico* basato sulle *regole dell'esperienza*. Si parla a questo proposito di «*prova critica*» o – appunto – «*logica*»³⁸.

Un simile procedimento implica il ricorso ad un ragionamento articolato in due fasi, che sono – rispettivamente – induttiva e deduttiva³⁹. Si tratta, infatti, di:

- a) *accertare* il dato od il fatto da assumere come premessa;
- b) ricondurlo una *regola d'esperienza generale*, ottenuta *per via induttiva* (*id est*: attraverso l'osservazione di casi simili), che stabilisce, tra più accadimenti, un rapporto logico d'implicazione basato sul principio di causalità;
- c) valutare quel dato o fatto alla stregua dell'anzidetta "*massima*" empirica, al fine di pervenire ad una conclusione affermativa o negativa circa l'essere davvero accaduto il fatto allegato.

Un esempio – piuttosto ovvio – può essere il seguente:

- a) sul luogo del delitto è rinvenuta una impronta digitale;
- b) viene accertato, senza ombra di dubbio, che tale impronta appartiene a Tizio;
- c) è regola d'esperienza comunemente accettata quella per cui *ad ogni persona fisica corrisponde una determinata specie di impronta digitale ed una sola*;
- d) da ciò si desume l'anteriore presenza di Tizio sul luogo del delitto.

³⁸ Questo tipo di prova «*si limita a fornire la rappresentazione di un fatto diverso da quello da provare, al quale il primo può far risalire soltanto attraverso **mediazioni ulteriori** (di **leggi scientifiche** o di "**massime di esperienza**")*» (M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, cit., p. 353).

³⁹ «*Il giudice applica un ragionamento di tipo induttivo quando esamina casi simili alla circostanza indiziante e formula una regola di esperienza; e cioè, da casi particolari ricava l'esistenza di una regola generale. Successivamente, egli svolge un ragionamento deduttivo, e cioè applica alla circostanza indiziante la regola che ha ricavato in precedenza*» (P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 235).

Lo stesso procedimento logico, poi, si può usare per *negare* che un fatto si accaduto: è questo il caso – tra gli altri – dell'*alibi*.

Ad es.:

a) è accertato che Tizio, in un certo giorno e ad una certa ora, si trovava sul luogo *x*, diverso *y*, il quale ultimo è quello in cui è avvenuto nello stesso momento il delitto;

b) per norma ricavata empiricamente ed universalmente accolta, *nessuno ha il dono dell'ubiquità*;

c) se ne desume che *Tizio non può essere l'autore materiale di quel delitto*.

I.5. Segue: c) *in particolare, la "prova indiziaria"*

A proposito della "prova critica" o "logica" si parla anche di "*prova indiziaria*". Per la verità – tuttavia – ciò non avviene sempre in modo univoco: talora la seconda locuzione viene usata come *sinonimo* della prima; altre volte – invece – per indicarne solo una *species*. Al termine "indizio" – infatti – si associa comunemente l'idea d'una qualche "incertezza" o "non piena certezza" nelle conclusioni del ragionamento. Sul punto occorre fare chiarezza.

È evidente che la validità dell'esito cui si perviene attraverso la prova logica dipende da quella della "massima" che si è adottata come premessa; cioè di quella "legge" che è stata utilizzata in quanto tratta dalla conoscenza empirica comune, ma indipendente dai "casi" dalla cui osservazione è stata ricavata; e considerata quindi come applicabile a tutta una serie indeterminata d'ipotesi eventualmente ulteriori⁴⁰. Di tale legge, il giudice – come uomo dalla "media cultura" del suo tempo –, è presunto avere cognizione, onde della medesima gli è senz'altro consentito far uso per accertare i fatti: si tratta di un

⁴⁰ Conformemente ad una dottrina tedesca dell'ottocento (R. STEIN, *Das private Wissen des Richter*, Leipzig, 1895, p. 21 ss.), le massime d'esperienza sono state definite come «*giudizi ipotetici di carattere generale, indipendenti dal caso concreto da decidersi nel processo e dalle sue singole circostanze, conquistate con l'esperienza, ma autonome dai singoli casi, dalla cui osservazione sono dedotti, ed oltre i quali devono valere per nuovi casi*» (G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, cit., II, p. 169); per analoghe enunciazioni v. D. SIRACUSANO-F. SIRACUSANO, *Le prove*, cit., p. 262; G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, cit., I, p. 69).

“sapere extra – giuridico diffuso”, cui egli è ammesso a ricorrere senza dover chiedere ausilio ad una persona giuridicamente qualificabile come esperta (perito o consulente tecnico).

È chiaro allora come l’affermazione o la negazione di un fatto processualmente rilevante in tanto possa essere considerata “corrispondente al vero” in quanto quella massima che è stata destinata a fungere da premessa maggiore della deduzione con cui lo si è asserito od escluso corrisponda all’*id quod semper necesset*; cioè ad una vera e propria *regola logica* o ad una *legge scientifica* universalmente condivisa⁴¹.

A questo genere d’ipotesi attengono – ad esempio – i casi in cui si applichi l’anzidetto sistema consistente nel rilievo d’impronte digitali e nella loro comparazione; oppure quello – assai più moderno e di esecuzione molto maggiormente delicata e complessa – del prelievo di “campioni” di DNA con successivo paragone fra i medesimi (c.d. “*prova genetica*”). Ma non sempre le cose vanno in simile modo; donde l’ambiguità del termine “indizio”.

Marcatamente diverso – infatti – è il caso in cui la massima assunta come premessa maggiore corrisponda solo all’*id quod plerumque accidit*.

Ad es., s’ipotizzi che il postulato iniziale sia: *la gelosia spinge ad uccidere*; e che si ragioni allora, in un caso concreto, nei seguenti termini:

- a) Tizio era geloso di Caia;
- b) Caia, trovata uccisa, lo tradiva e Tizio n’era consapevole;
- c) dunque, Tizio è l’autore dell’omicidio.

È ovvio, allora, che, procedendo logicamente in una simile maniera (cioè: desumendo la conclusione alla stregua di “frequenze” rilevate osservando un serie *pur sempre limitata* di casi), il risultato gnoseologico cui si perviene appaia tanto dubbio quanto “inaffidabile” n’è la premessa⁴²: *la gelosia può indurre, induce talora, ma non sempre, ad uc-*

⁴¹ In particolare, «[...] per leggi scientifiche si intendono quelle leggi che esprimono una relazione certa o statisticamente significativa tra due fatti della natura [, avendo] le caratteristiche della generalità, della sperimentabilità e della controllabilità». Quindi, la prova logica «è accettabile con maggiore tranquillità quando la regola da applicare è di tipo scientifico» (P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 237).

⁴² «[...] la generalizzazione effettuata con la massima d’esperienza viene ottenuta attraverso l’individuazione di caratteri “comuni” evidenziati in casi passati quali dati di esperienza, con l’esclusione (o la svalutazione) appunto di quegli esempi che potrebbero smentire siffatta generalizzazione. [...] Ne risulta che la massima d’esperienza, non po-

cidere; quindi, che Tizio fosse geloso di Caia non dà assolutamente la certezza ch'egli sia l'assassino; e lo stesso può essere detto – ad esempio – della grave inimicizia, dell'avidità, dell'invidia, ecc.; insomma, quanto a tutti quei casi in cui il ragionamento probatorio sia partito dal *movente*, dalla c.d. *causale* del delitto⁴³.

Un esempio d'analogia natura è quello del maggiordomo il quale si allontani all'improvviso dalla casa in cui è avvenuto un furto; poiché in passato si era verificato un precedente del genere ed altro maggiordomo era stato scoperto autore del delitto, se ne desume che, anche nel secondo caso, il colpevole è il suddetto domestico. Ma il ragionamento vale quanto la massima: *il maggiordomo che si allontana ex abrupto dall'abitazione in cui è avvenuto un furto è autore di simile misfatto*; oppure, quella, più generale: *la fuga è indice di colpevolezza, perché chi scappa ha fatto qualcosa alle cui conseguenze vuole sottrarsi*. Ma è davvero questo *l'id quod semper necesse*? Oppure, è solo *l'id quod plerumque accidit*? Ovvero, non è nemmeno questo? Rientra sul serio nella *normalità* che una persona, commesso un furto nelle preindicate condizioni, si allontani a precipizio dal luogo del delitto? Oppure, non è un siffatto comportamento, tenuto da un colpevole, fin troppo ingenuo, potendo prevedibilmente dare l'adito ai sospetti? O – ancora – la regola empiricamente rilevabile non è piuttosto quella per cui i maggiordomi *non* commettono furti nelle case in cui sono a servizio? E se è effettivamente quest'ultimo comportamento quello uniforme alle con-

tendosi trasformare l'id quod plerumque accidit nell'id quod semper necesse, può funzionare solo da premessa maggiore di un procedimento gnoseologico di cui l'elemento sotto esame costituisce la premessa minore, ma la cui conclusione si caratterizza per la sua ipoteticità congetturale carente di univocità e sempre soggetta a falsificazione» (G. UBERTIS, Sistema di procedura penale, cit., I, p. 69).

⁴³È emblematico quanto affermato dalla Suprema Corte con riferimento ad un'ipotesi in cui il movente era stato considerato a fini di prova in tema di mandato a commettere omicidio: «*la causale, pur potendo costituire elemento di conferma del coinvolgimento nel delitto del soggetto interessato all'eliminazione fisica della vittima allorché converge, per la sua specificità ed esclusività, in una direzione univoca, tuttavia, poiché conserva di per sé un margine di ambiguità, in tanto può fungere da fatto catalizzatore e rafforzativo della valenza probatoria degli elementi positivi di prova della responsabilità, dal quale poter inferire logicamente, sulla base di massime di esperienza consolidate, e affidabili, l'esistenza del fatto incerto [...], in quanto, all'esito dell'apprezzamento analitico di ciascuno di essi e nel quadro di una valutazione globale di insieme, gli indizi, anche in virtù della chiave di lettura offerta dal movente, si presentano chiari, precisi e convergenti per la loro univoca significazione» (Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2003, Andreotti ed altro, in Cass. pen., 2004, p. 811 ss., con nota di D. CARCANO, Brevi note sulle regole decisorie che governano il processo penale).*

dotte generalmente tenute, non è arbitrario ricondurre l'ipotesi *de qua* ad una massima d'esperienza che tale non è, perché non corrisponde a ciò che ordinariamente accade?⁴⁴

Insomma. Lo strumento logico inferenziale, nella ricostruzione del fatto penalmente rilevante, va usato con estrema cautela, soprattutto quando si fondi su regole empiriche aventi carattere probabilistico⁴⁵; o – addirittura – ricavate attraverso “generalizzazioni” non suscettibili di un effettivo controllo. Non è del resto per caso che il codice di rito penale, verosimilmente intendendo il vocabolo «*indizio*» secondo un'accezione riguardante un simile novero d'ipotesi⁴⁶ (cioè: riferendosi a quelle prove che, pur essendo significative del *thema probandum*, per loro stesse da sole non lo dimostrano in maniera univoca)⁴⁷

⁴⁴Osserva, a questo proposito, M. MASSA, *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, Milano, 1964, p. 103: «È proprio l'esperienza [...] che ci mostra come non sia per niente eccezionale che un dato al quale in astratto viene attribuito un certo significato in virtù della frequenza con cui esso viene considerato in un certo modo, si presenti in concreto con un significato del tutto diverso». Di conseguenza, appare ancora valido il tradizionale orientamento secondo cui «[...] le massime d'esperienza devono essere limitate a poche regole fisse e universalmente riconosciute [...] e non possono essere dilatate fino ad identificarsi col giudizio di probabilità, col giudizio cioè fondato sull'id quod plerumque accidit» (G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, cit., II, p. 164; conf. v. anche G. BELLAVISTA, *Indizi*, in *Enc. del dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 227; Gius. SABATINI, *Prova (diritto processuale penale e diritto processuale penale militare)*, cit., p. 307 ss.). Del resto, anche una meno risalente dottrina ha ritenuto «*indispensabile distinguere [...] tra vere e false "massime"*»; ferma restando – però – la «*importante funzione di quelle che siano vere regole [, le quali,] costituendo il tessuto connettivo della decisione in fatto del giudice, possono servire ad ottemperare al dovere di motivare i provvedimenti giurisdizionali e quindi a consentire il controllo della fondatezza del ragionamento del giudice*» (M. NOBILI, *Nuove polemiche sulle c.d. «massime d'esperienza»*, in *Riv. it. di dir. e proc. pen.*, 1969, p. 182).

⁴⁵Dice al riguardo A. FURGIUELE, *La prova per il giudizio nel processo penale*, cit., p. 23: «*Il risultato probatorio a cui si perviene in presenza di un quadro indiziario è [...] sempre connotato dal carattere della probabilità, poiché la dimostrazione resta pur sempre il prodotto di un ragionamento articolato su meccanismi logici che sono inevitabilmente ancorati a regole di esperienza comune*».

⁴⁶Sulla nozione d'“*indizio*” nell'accezione di “*prova debole*” v. E. CATALANO, *Prova, presunzioni ed indizi*, in A. GAITO (Trattato diretto da), *La prova penale*, cit., I, p. 234.

⁴⁷Si tratta del concetto c.d. “*volgare*” di “*indizio*”, che fa coincidere quest'ultimo con «*la prova non fortemente conclusiva, vale a dire la prova che, pur significativa del fatto da provare, non lo “prova” al di là di ogni ragionevole dubbio*» (P. FERRUA, *Il*