

LIBERO CONVINCIMENTO DEL GIUDICE

I) DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

SOMMARIO

1. - ORIGINI ED EVOLUZIONE DEL PRINCIPIO
2. - LIBERO CONVINCIMENTO E PROVA LEGALE
3. - LA VALUTAZIONE DISCREZIONALE DELLE PROVE
 - 3.1. - Generalità
 - 3.2. - Libertà e razionalità del convincimento
 - 3.3. - Il problema delle massime d'esperienza
 - 3.4. - Il problema della prova scientifica
4. - LIBERO CONVINCIMENTO E POTERI DEL GIUDICE
5. - LIBERO CONVINCIMENTO E STRUTTURA DEL PROCESSO
 - 5.1. - Generalità
 - 5.2. - Le modalità di assunzione delle prove
 - 5.3. - Il contraddittorio sulle prove
6. - FONTI NORMATIVE
7. - BIBLIOGRAFIA

1. - ORIGINI ED EVOLUZIONE DEL PRINCIPIO

Il principio del libero convincimento nasce nella seconda metà del sec. XVIII dalla crisi del sistema della prova legale, che per secoli aveva costituito una delle caratteristiche peculiari del processo civile di diritto comune, e che venne allora visto come incompatibile con una razionale amministrazione della giustizia civile. Esso affiora nelle opere degli illuministi francesi e viene accolto nella legislazione rivoluzionaria; passa quindi nel code de procédure civile del 1806 e, con varie e complesse vicende storiche, finisce con l'influenzare la legislazione processuale di tutti i paesi dell'Europa continentale.

La prova legale non era, in realtà, di per sé irrazionale: da un lato, essa era la diretta e logica conseguenza di un sistema processuale scritto nel quale il giudice non entrava in contatto immediato con le prove; dall'altro, era un sistema idoneo a fornire garanzie di oggettività e uniformità di giudizio contro l'arbitrio del giudice, necessario in situazioni nelle quali l'organizzazione giudiziaria era caotica e il giudice era spesso privo di adeguata cultura e di formazione tecnico-giuridica. Inoltre, essa era l'espressione giuridica di una metodologia della conoscenza fondata su apriorismi e astrazioni formali, tipiche del tardo pensiero scolastico e aristotelico-tomistico (CAPPELLETTI, M., [2], 79).

Con l'illuminismo e le riforme giudiziarie della rivoluzione le basi di questa «razionalità storica» del sistema delle prove legali vengono a cadere. Muta la struttura del processo civile, e soprattutto mutano l'organizzazione giudiziaria e la figura del giudice: in un'organizzazione centralistica e burocratica, fondata su un giudice professionale, l'antica sfiducia verso l'arbitrio del giudice viene meno (anche perché esistono migliori e più efficaci strumenti di controllo sul suo operato), ed appare evidente che la funzione garantistica svolta per secoli dalle regole della «aritmetica probatoria» non ha più senso nei confronti del «nuovo» giudice.

Malgrado l'ambiguità di significato che per queste ed altre ragioni il principio ha sin dalle origini, esso assume subito la dignità di «principio generale» in materia di prove, destinato a non essere più negato nell'evoluzione storica successiva degli ordinamenti processuali europei. Tuttavia, ciò non comporta una rapida e completa sostituzione del sistema della prova legale con il principio del libero convincimento. Al contrario, l'affermazione di tale principio segna soltanto l'inizio di una lenta opera di erosione del sistema delle prove legali, che si svolge con grande lentezza lungo tutto l'Ottocento nelle codificazioni processuali dei paesi europei, ed in diversi casi non è ancor oggi giunta a conclusione. Mentre ormai da tempo non è dubbio che il giudice debba formarsi sulle prove un convincimento «libero», l'attuazione concreta del principio rimane spesso incompleta: esso è operante nei vari ordinamenti per la prova testimoniale ed alcuni altri tipi di prova (ad es. l'ispezione), ma rimangono consistenti residui del sistema delle prove legali in ordine alle prove documentali o a particolari tipi di prova come la confessione e il giuramento.

L'attuazione integrale del principio del libero convincimento del giudice rimane dunque in diversi casi, ed in particolare nel processo civile italiano, un problema aperto.

Esso non è tuttavia l'unico, poiché ancora assai incerto e nebuloso è il significato da attribuire al «libero convincimento» del giudice nelle aree in cui esso può esplicarsi, così come rimangono vaghe le implicazioni che dal principio discendono in ordine alla concezione della verità giudiziale, ai poteri probatori del giudice, e alle tecniche di assunzione delle prove nel processo civile.

2. - LIBERO CONVINCIMENTO E PROVA LEGALE

Il primo e principale significato di «libero convincimento» del giudice si definisce per antitesi rispetto al concetto di prova legale, ed investe le modalità di determinazione dell'efficacia delle prove. Nella prova legale, il legislatore sottrae tale determinazione al giudice e la compie a livello normativo in modo generale e astratto: l'effetto delle norme di prova legale è, da un lato, di vincolare il giudice a ritenere per vero in sede di decisione il fatto oggetto della prova. Sotto questo profilo, prova legale è sinonimo di verità «formale», stabilita dalla legge e del tutto priva di connessioni con la specificità potenziale conoscitiva e dimostrativa della singola prova.

Dall'altro lato, e per conseguenza, si tratta di norme che determinano la prevalenza delle prove legali sulle c.d. «prove libere»: le prime prevalgono comunque sulle seconde in caso di conflitto fra prove, poiché la prova legale, in quanto tale, non ammette prova contraria, con la conseguenza che se viene assunta una prova legale diventano inutili le prove libere, già assunte o da assumere. Le regole di prova legale stabiliscono dunque una gerarchia rigida fra le prove dal punto di vista della loro efficacia e dell'uso che il giudice deve farne in sede di decisione.

LIBERO CONVINCIMENTO DEL GIUDICE: I

Libertà del convincimento significa assenza di questi vincoli in ordine alla valutazione delle prove, e quindi sia discrezionalità del giudice nell'apprezzare l'attendibilità e l'efficacia conoscitiva della singola prova intorno al fatto che ne costituisce l'oggetto, sia mancanza di una gerarchia aprioristica fra le prove, e quindi necessità di una loro valutazione complessiva e comparativa al fine dell'accertamento dei fatti della causa.

Il codice di procedura civile accoglie il principio del libero convincimento nel primo comma dell'art. 116, ove afferma che «il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento», ma subito ne riduce sostanzialmente la portata eccettuandone i casi in cui «la legge disponga altrimenti». Si tratta dunque soltanto di un'affermazione «di principio» nel senso debole del termine, che non rispecchia la situazione normativa attuale in materia di prove. Rimangono infatti numerose e rilevanti le ipotesi di prova legale disciplinate nel codice civile: si tratta di norme attinenti all'efficacia probatoria dell'atto pubblico (art. 2700), della scrittura privata riconosciuta, verificata o autenticata (artt. 2702 e 2703), delle scritture contabili (art. 2709), riproduzioni meccaniche (art. 2712) e taglie o tacche di contrassegno (art. 2713), nonché delle copie degli atti pubblici e delle scritture private depositate (artt. 2714 ss.); inoltre, si tratta della confessione (art. 2733) e del giuramento (art. 2738 c.c., e art. 239 c.p.c. per l'ipotesi di rifiuto o mancata prestazione del giuramento).

È dunque evidente che il nostro ordinamento rimane tuttora a mezza strada nella generale tendenza verso l'attuazione del principio del libero convincimento, e si qualifica tra i più arretrati sotto questo aspetto.

Le spiegazioni che possono essere addotte per la sopravvivenza estesa della prova legale sono diverse e non possono essere discusse analiticamente, dovendo esse riferirsi ai singoli mezzi di prova legale più che al fenomeno complessivamente considerato. È comunque possibile accennare a due tendenze che possono spiegare — anche se non li giustificano — i fenomeni in questione.

Da un lato, si tratta della tendenza a sopravvalutare sul versante della efficacia probatoria il valore di certezza che alcuni documenti hanno per il modo in cui sono redatti o sottoscritti. È il caso dell'atto pubblico e della scrittura privata autenticata, e per altri versi delle scritture contabili, ove il legislatore presuppone appunto che le modalità stragiudiziali di formazione del documento giustificano la sottrazione al giudice del potere di valutarne discrezionalmente la rispondenza al vero.

Dall'altro lato, si tratta della tendenza a far prevalere il potere dispositivo delle parti, anche in ordine all'efficacia della prova, sul potere del giudice di stabilirne autonomamente ed «oggettivamente» la veridicità. Basta infatti notare che in molte delle ipotesi di prova legale richiamate più sopra l'uso di una prova ad efficacia legale predefinita rientra nel potere dispositivo delle parti (confessione e giuramento decisorio), oppure dipende dalla volontà delle parti l'attribuzione alla prova dell'efficacia legale (ad es. nel riconoscimento della scrittura privata e negli altri casi analoghi). Da questo punto di vista, il fenomeno della prova legale si ricollega non ad una generica sfiducia nel giudice, ma alla tendenza ad estendere il potere dispositivo delle parti sul processo fino a ricomprendervi la facoltà di incidere direttamente sul tipo di «verità» che il giudice dovrà accertare.

3. - LA VALUTAZIONE DISCREZIONALE DELLE PROVE

3.1. - *Generalità.* - Se è abbastanza chiaro il significato negativo che la regola del libero convincimento assume come antitesi del sistema delle prove legali, assai più

ambigua ed incerta è la definizione di ciò che è il «libero convincimento» dove esso effettivamente opera, ossia nel campo — più o meno ampio a seconda dei casi — che negli ordinamenti processuali moderni non è o non è più «coperto» da regole di prova legale.

Delle difficoltà che il problema suscita emergono chiare tracce anche nel linguaggio dei legislatori che hanno affermato il principio in esame e della dottrina che se ne occupa. La *intime conviction* francese, la *freie Beweiswürdigung* tedesca, la *sana critica* spagnola, la *free evaluation* angloamericana, sono, ai pari del «libero convincimento» o del «prudente apprezzamento», espressioni che hanno in comune una fondamentale indeterminatezza di significato. Esse affermano, in sostanza, che nel determinare il valore e l'efficacia delle prove il giudice è «libero» da norme di legge che sostituiscano in modo vincolante le valutazioni predeterminate dal legislatore a quelle del giudice; non dicono però come debba avvenire e su quali criteri debba fondarsi questa valutazione.

In realtà, il problema di una definizione «in positivo» del libero convincimento non è risolubile con norme: l'individuazione del suo significato non può che avvenire per via di eterointegrazione, ossia attraverso l'individuazione dei criteri logici e conoscitivi in base ai quali si può dire che il convincimento del giudice sia non solo libero, ma anche razionale e non arbitrario.

3.2. - *Libertà e razionalità del convincimento.* - Invero, il primo ed essenziale problema che si pone a proposito del libero convincimento è quello delle garanzie contro l'arbitrio soggettivo del giudice, in linea con l'esigenza che la decisione si fondi — sia pure nei limiti inevitabili nel processo — su un accertamento veritiero dei fatti controversi. Il sistema della prova legale risolveva il problema sul piano normativo eliminando radicalmente la discrezionalità del giudice; il principio del libero convincimento mira a rendere la verità reale accertabile in giudizio, ma deve fare i conti col rischio che la discrezionalità del giudice degeneri in arbitrio.

È quanto accade spesso — al di là della variabile terminologia impiegata — nella giurisprudenza della Corte di cassazione, che da un lato riafferma il principio del libero convincimento per dedurne la propria impossibilità di sindacare le valutazioni del giudice di merito, e dall'altro evita di elaborare canoni di razionalità e completezza cui questi dovrebbe attenersi almeno in sede di motivazione della decisione in fatto (v. MOTIVAZIONE: III) Motivazione della sentenza - Dir. proc. civ.).

Il pericolo dell'arbitrio è presente ogniqualvolta non si dia del libero convincimento una definizione positiva, fondata su canoni di correttezza razionale nella valutazione delle prove. In altri termini, il giudice deve essere libero di valutare discrezionalmente la prova, ma non può essere libero di non osservare le regole di una metodologia razionale nell'accertamento dei fatti controversi.

Il problema è dunque di individuare queste regole, al di fuori e al di là della disciplina normativa delle prove civili. Trattandosi appunto di regole logiche ed epistemologiche, e non giuridiche, l'eterointegrazione avviene necessariamente attraverso il ricorso ai principi della teoria generale della conoscenza elaborati sul piano filosofico.

Questa necessità, tuttavia, ha generato e genera una pluralità di soluzioni al problema del libero convincimento, nelle quali si riflettono le variazioni storiche e la pluralità di approcci culturali che caratterizzano per l'appunto il problema generale della conoscenza.

Così, ad es., l'epoca del razionalismo illuministico produsse la teoria sillogistica del giudizio di fatto, poi accolta dalla dottrina dominante per tutto l'800 e in parte sino ad oggi, mentre le versioni spiritualistiche, irrazionalistiche ed intuizionistiche del problema della conoscenza

producono versioni appunto irrazionalistiche del «libero convincimento».

Al di là di queste variazioni, che rendono estremamente composito il panorama delle soluzioni proposte per la valutazione discrezionale delle prove, si può tuttavia individuare una tendenza prevalente, caratterizzata da due connotazioni di estrema importanza. La prima di esse consiste nel netto rifiuto di ogni versione irrazionalistica del problema del convincimento del giudice, in base alla diffusa percezione del fatto che solo la razionalità del metodo con cui tale convincimento si forma può evitare i rischi di arbitrio soggettivistico.

La seconda consiste nel derivare le regole razionali del metodo di valutazione della prova non da teorie filosofiche generali sul tema della conoscenza, ma dai modelli delle scienze empiriche e dai canoni della logica e della metodologia delle scienze.

Può darsi che si tratti di una sorta di «neo-scientismo» che a sua volta può comportare qualche rischio di astrazione, ma sembra chiaro che si tratti del tentativo più avanzato e culturalmente qualificato di elaborare un metodo razionale e scientificamente valido per dare un contenuto alla formula vuota del «libero convincimento».

In questa prospettiva, vengono sottoposti a vaglio critico tutti gli aspetti in cui si articola la complessa attività conoscitiva che mette capo al convincimento del giudice. Emergono così i problemi relativi alle massime d'esperienza e alle c.d. prove scientifiche (su cui v. *infra*, 3.3. e 3.4.), ma soprattutto la tendenza a costruire nuovi modelli razionali del convincimento del giudice. Ciò comporta da un lato l'abbandono della concezione sillogistica del giudizio di fatto (connessa ad una globale teoria deduttiva della decisione, pure ormai da tempo in crisi: v. GIUDIZIO-teoria generale), e dall'altro il rifiuto delle dottrine irrazionalistiche, che negano ogni possibilità di vincolare il convincimento del giudice ad un metodo razionale, per esaltarne invece le componenti emotive ed intuitive.

In questa direzione, lo schema logico fondamentale cui può essere ricondotta la valutazione del giudice sulla prova è quello di un sistema di inferenze probabilistiche di natura induttiva, che collegano proposizioni relative a fatti «noti» (o «veri») a proposizioni relative a fatti «ignoti» da provare, tramite il riferimento a criteri o regole conoscitive che attribuiscono un certo valore di probabilità all'inferenza, e quindi alla sua conclusione relativa alla verità o falsità del *factum probandum* (STENING, A., [6], 37; TARUFFO, M., [25]; BALL, V.C., [20]; JAMES, F., [24]; PATTI, S., [26], 481 ss.).

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

Valutazione discrezionale ma razionale della prova significa che il giudice può tener conto caso per caso dei fattori che incidono sull'attendibilità delle dichiarazioni rese dal teste, ma deve valutare questi fattori in modo razionale, ossia traendone inferenze logicamente controllate, che da essi derivino valori di probabilità intorno alla proposizione finale che enuncia come vero o falso il *factum probandum*. Sotto questo profilo, l'efficacia della prova è data dal valore di probabilità che l'insieme di queste inferenze attribuisce alla proposizione che esprime l'esito della prova stessa.

Qualora tale fatto non sia un fatto «principale» («giuridico», costitutivo della domanda o dell'eccezione), ma un

fatto «secondario» (da cui possono cioè trarsi inferenze intorno alla verità o falsità di un fatto principale), i termini del problema risultano ulteriormente complicati: il giudice deve infatti individuare il valore di probabilità della proposizione che enuncia il fatto secondario posto ad oggetto immediato della prova; partendo da questa proposizione deve formulare un'ulteriore inferenza diretta ad attribuire un valore di probabilità alla proposizione che enuncia come vero o falso il fatto principale.

Un ulteriore elemento di complessità nella struttura logica della valutazione delle prove è costituito dall'eventualità che esistano più prove (o indizi, presunzioni o argomenti di prova) intorno al medesimo fatto (principale o secondario). Se ogni singola prova attribuisce una certa probabilità ad una proposizione che afferma o nega quel fatto, il problema è quello della valutazione complessiva. Se le prove sono convergenti nel senso dell'affermazione o negazione del fatto, la probabilità complessiva di essa ne risulta aumentata; può così accadere che il cumulo di più prove convergenti, ognuna delle quali sia da sola insufficiente a fondare la verità o falsità del fatto, giunga a fondare un valore di probabilità adeguato ad un accertamento positivo o negativo di esso. Se le prove sono contrastanti, il problema è quello della loro valutazione comparativa: deve prevalere, cioè, la versione del fatto che complessivamente assume un più elevato valore di probabilità.

È dunque possibile individuare uno schema logico che, per quanto complesso, consente di analizzare in termini di inferenze probabilistiche i diversi passaggi in cui si articola la valutazione «libera» del giudice sulle prove. Tale schema offre due vantaggi principali: il primo è che, trattandosi di un modello flessibile e fondato sul calcolo logico delle probabilità, esclude qualunque meccanismo concettuale cogente nella formazione del convincimento del giudice; il secondo è che, analizzando il convincimento del giudice nei termini di una serie concatenata di inferenze, si pongono le premesse per il controllo razionale — anche da parte dello stesso giudice — del procedimento che lo porta ad accertare i fatti.

Per questa via, cioè, il convincimento del giudice può essere al contempo libero e razionale: è libero in quanto l'attendibilità della singola prova, e in generale di ogni affermazione intorno alla verità o falsità di un fatto della causa, viene stabilita dal giudice caso per caso in base agli elementi di valutazione concreta di cui dispone; è razionale perché il metodo logico dell'inferenza probabile consente una determinazione accurata del valore conoscitivo di ogni elemento che entra a fondare il convincimento complessivo, fornisce un modello di validità logica per ogni valutazione che il giudice compie al fine di determinare l'efficacia della prova, e quindi consente di verificare secondo criteri intersoggettivi la fondatezza dei diversi passaggi in cui si articola la sua complessa attività conoscitiva.

3.3. - Il problema delle massime d'esperienza. - Il porre l'inferenza fra proposizioni fattuali come il modulo logico fondamentale del convincimento del giudice, e come garanzia della sua razionalità, fa diventare centrale il problema dei criteri conoscitivi in base ai quali tali inferenze vengono formulate, e ne viene determinato l'esito in termini di «conoscenza dei fatti».

Viene così in evidenza il tradizionale concetto di *massima d'esperienza*, evocato dall'art. 115, 2° co., c.p.c., ma vago, polisenso e sottoposto da tempo alle interpretazioni e manipolazioni più varie. Per massima d'esperienza si intende comunemente ogni regola, legge, criterio, generalizzazione, ecc., che abbia per oggetto fatti, che sia formulata o formulabile in termini non individuali (ed anzi tendenzialmente generali), e possa essere usata dal giudice

per formulare inferenze e valutazioni nell'ambito del giudizio di fatto (o del giudizio di diritto, nei casi piuttosto frequenti in cui tali nozioni o criteri servono a definire il significato di una norma). Si tratta, come è facile vedere, di una nozione amplissima ed indefinita, nella quale rientrano «cose» quanto mai eterogenee, che vanno da leggi naturali e logiche a nozioni scientifiche, da generalizzazioni empiriche a regole del senso comune, da frequenze statistiche a nozioni volgarizzate e superficiali di psicologia, economia, sociologia, etica, ecc. (TARUFFO, M., [25]; NOBILI, M., [27]).

Nulla di male in ciò, purché ci si renda conto dell'irriducibile eterogeneità delle nozioni che si raccolgono usualmente sotto l'etichetta «massima d'esperienza». Qui sta invece il nucleo essenziale dell'equivoco che caratterizza il concetto in esame: è infatti diffusa una concezione unitaria delle massime d'esperienza, secondo cui esse esprimerebbero sempre nozioni di fatto di carattere generale nel senso rigoroso del termine; la conseguenza è che ogni inferenza fondata su tali massime verrebbe ad avere natura deduttiva, con tutti i caratteri della certezza dimostrativa, e quindi sarebbe interamente deduttivo il ragionamento del giudice intorno ai fatti e alle prove.

L'equivoco si scioglie però facilmente constatando che quasi mai ciò che si definisce massima d'esperienza ha siffatta natura. Ciò accade infatti solo in qualche raro caso in cui la massima esprime o rinvia a qualche legge naturale, scientifica o logica di validità generale (tutti gli uomini sono mortali, l'acqua bolle a 100° in condizioni date, la probabilità matematica di ogni risultato giocando un dado è di 1/6, ecc.), ma non accade per la grandissima maggioranza delle c.d. massime. Queste possono bensì essere formulate in termini generali (tutti i genitori amano i figli, tutti badano al proprio tornaconto, chi arrossisce sta mentendo), ma di regola non ha validità generale ciò che esse esprimono. Un'analisi delle massime d'esperienza sotto questo profilo porterebbe infatti facilmente a constatare che molto spesso esse esprimono generalizzazioni incomplete, nozioni derivate dall'abitudine o dall'*id quod plerumque accidit*, o semplici estrapolazioni dall'esperienza individuale (GIZBERT STUĐNIKI, T., [32], 318 ss.).

Tutto ciò non toglie che esse possano essere utili al giudice in sede di formazione del suo convincimento sui fatti, ma pone il problema di un loro impiego corretto e razionale. Occorre, anzitutto, che dall'insieme caotico e indeterminato delle massime d'esperienza il giudice estragga quelle che hanno un'effettiva utilità conoscitiva nel caso concreto. Occorre, inoltre, che il giudice ne faccia un uso razionale nel momento in cui fonda su di esse inferenze conoscitive, non sopravvalutando la forma esteriore che esse assumono nel linguaggio comune.

Ciò equivale a dire che una massima d'esperienza fonda una valida inferenza deduttiva se esprime una legge realmente generale, ma non in tutti gli altri casi. L'ipotesi più frequente è anzi quella in cui l'impiego di una massima d'esperienza non consente altro che un'inferenza probabile tra due fatti.

Non solo, dunque, le massime d'esperienza non fondano una conoscenza deduttivamente certa di un fatto se non in pochi casi marginali: di regola esse fondano solo inferenze probabili — spesso con un grado di probabilità assai basso — e a volte non fondano nulla perché non esprimono conoscenze validamente utilizzabili.

3.4. - Il problema della prova scientifica. - Un rilevante problema che si è posto a proposito del convincimento del giudice è quello della c.d. *scientificità della prova* (DENTI, V., [4]; KORN, H.L., [33]). Al riguardo è tuttavia necessario un chiarimento preliminare: la prova non diventa «scientifica» in quanto il giudice impieghi per la

sua valutazione modelli logici in qualche modo derivati dalla metodologia delle scienze, poiché tali strumenti possono rappresentare una metodologia aggiornata per la valutazione razionale delle prove, e il fatto che il giudice possa o debba servirsi di esse può appunto rafforzare la razionalità del suo convincimento, ma non trasforma tale convincimento in qualcosa di simile alla sperimentazione tipica delle scienze empiriche.

Di scientificità della prova si può invece propriamente parlare quando l'accertamento dei fatti richiede tecniche e nozioni che trascendono il patrimonio di conoscenza del giudice in quanto uomo medio, e non sono quindi riconducibili nel campo delle massime d'esperienza. L'impiego di tecniche scientifiche per l'accertamento dei fatti si va infatti estendendo in diversi settori, e rende sempre più frequente l'ipotesi in esame: dalle analisi genetiche per l'accertamento della paternità alle analisi spettrografiche, dalla riproduzione di fatti con strumenti sofisticati alle prove di intensità del suono e alle analisi dinamico-fisiche in materia di inquinamenti, si fa assai ampio il campo in cui il fatto viene accertato con metodi scientifici invece che con i tradizionali mezzi di prova.

Tutto ciò non crea problemi sul piano della tipologia delle prove, poiché tali metodi mettono capo a prove documentali, sia pure di tipo nuovo, ovvero vengono attuati da consulenti tecnici. Il vero problema che ne deriva investe, invece, proprio il convincimento del giudice.

Essendosi generalizzato il principio per cui il giudice *peritus peritorum* deve apprezzare discrezionalmente anche i risultati della consulenza tecnica, il problema della prova scientifica è il problema di come possa il giudice, come uomo medio e rappresentante della collettività, valutare e controllare l'esito di una metodologia conoscitiva che per l'appunto non rientra nelle conoscenze dell'uomo medio.

Il giudice deve però formare comunque il proprio convincimento sulle prove scientifiche valutandone l'attendibilità con gli strumenti culturali dell'uomo medio: ciò implica un controllo sulla coerenza e la correttezza dei procedimenti usati, sulla loro effettiva utilità ai fini del processo, e sul fatto che essi appartengano al patrimonio scientifico comunemente accettato in un dato momento storico (DENTI, V., [4]).

Nel valutare le prove scientifiche, in altri termini, il giudice ne verifica l'attendibilità e l'accettabilità dal punto di vista della coerenza e della rispondenza al patrimonio culturale generale, senza uscire cioè dal suo ruolo di «uomo medio». Tuttavia, ciò richiede che il giudice, pur senza avere una formazione specializzata di tipo tecnico-scientifico, si ponga in grado di formulare valutazioni al livello più avanzato della «cultura scientifica media», senza limitarsi alle banalità e ai luoghi comuni che formano buona parte delle tradizionali massime d'esperienza.

In sostanza, la cultura media del giudice deve evolversi ed aggiornarsi in connessione con l'evoluzione delle metodologie scientifiche, affinché il giudice sia in grado di apprezzarne l'attendibilità e l'accettabilità. Quando ciò non accade, si profilano i rischi gravissimi dell'impossibilità di utilizzare tecniche raffinate per l'accertamento dei fatti, perché queste rimangono incomprensibili al giudice poco colto, o di una totale e passiva subordinazione del convincimento del giudice al parere espresso dal consulente tecnico, perché il primo non è in grado di valutare razionalmente l'operato del secondo.

4. - LIBERO CONVINCIMENTO E POTERI DEL GIUDICE

Il significato primario e principale del libero convincimento riguarda, come si è visto, le modalità con cui il giudice valuta le prove ai fini dell'accertamento dei fatti della

causa, e stabilisce una verità giudiziale non legale o formale, ma fondata sulla probabilità razionale che l'esito delle prove rappresenti la verità storica o reale dei fatti. Il principio in esame produce tuttavia altre implicazioni, non più relative alla valutazione della prova in senso stretto, ma alla formazione del materiale conoscitivo sul quale il giudice fonderà la decisione finale sui fatti. Il problema che emerge sotto questo profilo riguarda i poteri che al giudice competono quanto all'individuazione degli elementi di prova su cui forma il proprio convincimento.

Va peraltro precisato che esso riguarda solo indirettamente il tema dei poteri di iniziativa istruttoria autonoma del giudice. È vero che l'attribuzione di tali poteri al giudice, in deroga al principio di disponibilità delle parti sulle prove (v. art. 115, 1° co., c.p.c., e v. ISTRUZIONE: I) Diritto processuale civile), si spiega con l'esigenza di un accertamento completo ed oggettivo dei fatti della causa. Peraltro, le ragioni dell'estensione normativa di tali poteri non risalgono direttamente ad una più ampia attuazione del principio del libero convincimento, bensì alla mutata concezione dei rapporti fra i poteri delle parti e del giudice. Il principio del libero convincimento non è dunque una spiegazione dell'evoluzione in senso inquisitorio che la struttura del processo civile va conoscendo nella maggior parte degli ordinamenti moderni.

Esso viene invece richiamato a diretta giustificazione di altri poteri del giudice.

Si tratta anzitutto della regola, consolidata da tempo in giurisprudenza (v. ad es. Cass., 15 febbraio 1982, n. 950; Cass., 21 maggio 1981, n. 3340; Cass., 4 marzo 1981, n. 1272; Cass., 16 marzo 1981, n. 1435), per la quale il giudice è completamente libero di scegliere, entro il complesso del materiale probatorio acquisito al giudizio, quegli elementi che ritiene rilevanti ai fini della decisione. Questa regola è un'applicazione diretta del principio del libero convincimento, poiché la discrezionalità del giudice nel valutare l'efficacia delle prove implica appunto che egli determini liberamente quali prove sono utili ed efficaci per l'accertamento dei fatti. Essa è dunque corretta in linea di principio, anche se può creare problemi di non facile soluzione quanto all'attuazione del contraddittorio (v. *infra*, 5.3.).

Un altro potere del giudice che trova giustificazione nel principio del libero convincimento è previsto nell'art. 209 c.p.c., e riguarda la facoltà del giudice istruttore di chiudere l'istruttoria anche prima che siano state assunte tutte le prove ammesse, se ritiene superflua l'ulteriore assunzione essendosi già formato un adeguato convincimento sui fatti della causa. Anche qui nulla di strano in linea generale: la libertà del convincimento implica anche che esso possa formarsi ad un certo punto dell'istruzione, ed un'elementare esigenza di economia impone di evitare attività processuali dirette ad assumere prove divenute inutili.

Esiste tuttavia il pericolo che ne risulti deformata la ricostruzione dei fatti. La giurisprudenza ammette che il giudice istruttore escluda l'assunzione di qualsiasi prova quando ha conseguito un convincimento sui fatti (Cass., 24 febbraio 1982, n. 1142; Cass., 22 aprile 1981, n. 2356; Cass., 6 aprile 1981, n. 1949), ma in realtà ciò è ammissibile solo quando si tratti di prove che non farebbero altro che confermare tale convincimento. Se invece si tratta di prove ad esso contrarie, non si può ritenere che il provvisorio convincimento del giudice istruttore renda inutili tali prove, e giustificati l'elisione del diritto di una parte di vedere assunte le prove miranti a dimostrare la sua versione dei fatti, proprio e specialmente quando tale versione contrasta con quella che il giudice istruttore tende a darne prima di aver esperito tutte le prove ammesse (TARUFFO, M., [19], 71; TARUFFO, M., [49], 96 ss.; TARZIA, G., [50], 646 ss.).

Ne discende un'indicazione di rilievo quanto al metodo che il giudice deve seguire nella formazione del suo convincimento: egli è bensì libero di scegliere gli elementi di prova che ritiene rilevanti, e di formulare il proprio convincimento anche prima di aver assunto tutte le prove ammesse; tuttavia, un requisito indispensabile di razionalità di tali valutazioni è che il giudice tenga conto di tutti gli elementi di conoscenza acquisiti o da acquisire al giudizio, in particolare di quelli che possono contraddire la versione dei fatti che appare prima facie più convincente.

Un ultimo importante problema che ha dirette connessioni con il principio del libero convincimento è quello delle c.d. «prove atipiche» o «innominate». Si tratta di stabilire se, nell'individuare gli elementi su cui fondare l'accertamento dei fatti, il giudice sia vincolato alla tipologia legale dei mezzi di prova, oppure possa derivare il proprio convincimento anche (o soltanto) da fonti di conoscenza che non rientrano in tale tipologia. Il controverso problema viene comunemente risolto proprio facendo capo al principio del libero convincimento (oltre che alla mancanza di un'espressa regola di tassatività delle prove «nominated»): poiché si ammette che questo implichi la possibilità per il giudice di fondare l'accertamento dei fatti su qualsivoglia elemento di conoscenza presente nel giudizio, ne deriva che il giudice ha il potere di utilizzare a fini probatori tutto ciò che può servire a conoscere i fatti della causa, anche se non si tratta di mezzi di prova «tipici» disciplinati dalla legge. Diventano così utilizzabili diversissime «prove atipiche»: da documenti della natura più varia (diversi dall'atto pubblico e dalla scrittura privata) alle prove assunte in un altro processo, dagli elementi di fatto emergenti da una relazione peritale ai tipi più vari di fatti o circostanze utilizzabili come indizi o fonti di presunzione (TARUFFO, M., [40]).

Con ciò, tuttavia, il problema è ben lungi dall'essere esaurito. Per un verso, emergono infatti rilevanti problemi attinenti al contraddittorio delle parti sulle prove (v. *infra*, 5.3.), che molto spesso non è garantito per il modo in cui la prassi diffusa utilizza le prove atipiche.

Per altro verso, problemi non meno rilevanti si pongono quanto alle modalità con cui il giudice trae da tali elementi di prova il proprio convincimento.

Il primo punto riguarda il fatto che spesso l'atipicità della prova significa che essa viene formata al di fuori di ogni controllo delle parti, oltre che del giudice, e che questi ne viene a conoscenza o decide di utilizzarla senza previo contraddittorio delle parti. Sono evidenti in questi casi i rischi di violazione del diritto costituzionale di difesa, il quale impone invece che il giudice, nell'utilizzare prove atipiche, susciti previamente su di esse il contraddittorio, e l'eventuale deduzione di prove contrarie (MONTESANO, L., [42]).

Il secondo punto riguarda l'efficacia probatoria che il giudice, nella formazione del suo convincimento, deve attribuire alle prove atipiche.

Trattandosi appunto di prove non disciplinate dalla legge, non vi sono al riguardo riferimenti normativi; tuttavia, è possibile dedurre dall'insieme della disciplina delle prove civili che le prove atipiche vanno assimilate, sul piano dell'efficacia probatoria, alle fonti di presunzione semplice, ossia agli elementi sui quali il giudice opera la valutazione prevista dagli artt. 2727 e 2729 c.c. (v. PRESUNZIONI: I) Diritto processuale civile). Ciò comporta alcune conseguenze di rilievo: le prove atipiche vengono ad avere un'efficacia probatoria inferiore a quella delle vere e proprie prove liberamente valutabili; di conseguenza, il convincimento del giudice non potrà fondarsi su di una sola prova atipica ma dovrà derivare almeno da una pluralità di prove atipiche fra loro concordanti. (Di recente il problema è stato ampiamente dibattuto in dottri-

na: per le diverse soluzioni v. in particolare CAVALLONE, B., [41]; ID., [45]; CHIARLONI, S., [44]; TARUFFO, M., [43]).

La prevalente giurisprudenza affronta invece il problema facendo ricorso ad un'interpretazione quanto mai discutibile del principio del libero convincimento, e derivandone soluzioni per molti versi inaccettabili.

Essa afferma inverò che, poiché il convincimento del giudice è libero, nulla impedisce che egli attribuisca efficacia di vera e propria prova a qualunque fonte di conoscenza atipica, in qualsiasi modo formata ed acquisita, eventualmente fondando solo su di essa l'accertamento dei fatti, anche in contrasto con prove tipiche che dimostrino una diversa versione dei fatti stessi (v. ad es. Cass., 11 marzo 1981, n. 1377; Cass., 15 giugno 1981, n. 3882. In senso più limitativo Cass., 13 maggio 1982, n. 2994). In tale modo, però, il principio del libero convincimento del giudice cessa di essere la garanzia per una valutazione discrezionale ma razionale delle prove, e diventa un comodo pretesto per legittimare valutazioni incontrollabili, non sorrette da una metodologia conoscitiva razionale, e quindi tendenzialmente arbitrarie.

5. - LIBERO CONVINCIMENTO E STRUTTURA DEL PROCESSO

5.1. - Generalità. - Quando si parla di libero convincimento del giudice si allude, come si è visto, ad un metodo di valutazione delle prove in cui la discrezionalità implica la razionalità, e questa implica a sua volta un apprezzamento analitico e completo di tutti gli elementi che, incidendo sul valore conoscitivo che il giudice attribuisce alla prova, sono in ultima analisi determinanti ai fini dell'accertamento giudiziale dei fatti.

Se allora il convincimento del giudice è tanto più razionale quanto più si fonda su una valutazione critica approfondita ed esauriente delle prove, occorre chiedersi se la struttura del processo sia tale da rendere possibile una valutazione con questi requisiti. Emerge cioè il problema se la tecnica di assunzione delle prove che viene impiegata nel nostro processo civile sia idonea a consentire la migliore attuazione di una metodologia razionale di valutazione delle prove stesse.

L'analisi descrittiva delle modalità di assunzione delle prove viene svolta in altra voce (v. ISTRUZIONE: I) Diritto processuale civile), alla quale si rinvia. È peraltro opportuno richiamare qui alcuni aspetti, che condizionano direttamente — e in senso fortemente negativo — le modalità di formazione del convincimento del giudice.

5.2. - Le modalità di assunzione delle prove. - Un primo elemento di rilievo riguarda propriamente la tecnica di assunzione delle prove orali prevista dal codice di procedura civile, e che trova la migliore manifestazione nelle modalità per l'assunzione della prova testimoniale (artt. 251 ss. c.p.c.). Essa si fonda sulla regola per cui è il giudice che procede all'assunzione della prova, mentre alle parti spetta il potere marginale di fare osservazioni sull'attendibilità del teste e chiedere chiarimenti (artt. 252, 2° co., e 253). Questo sistema presuppone evidentemente che in sede di assunzione della prova il giudice operi come attivo ricercatore della verità, raccogliendo tutto quanto occorre per utilizzare la prova in sede di decisione, mentre alle parti spetta di conseguenza solo un ruolo secondario ed integrativo.

La prassi, ed in parte la stessa normativa del codice, si incaricano però di smentire questo quadro: da un lato, i limiti oggettivi che il principio dispositivo pone ai poteri di investigazione del giudice riducono sostanzialmente l'ambito della sua funzione «inquisitoria»; dall'altro lato, il sistema in esame presuppone che il giudice assuma la

prova sulla base di un'adeguata conoscenza della situazione di fatto su cui si fonda la controversia. Proprio questa condizione, invece, si verifica assai di rado nella pratica: spesso il giudice non conosce abbastanza i termini della controversia per rendere fruttuoso l'interrogatorio dei testi; spesso non approfondisce le questioni attinenti all'attendibilità del teste, e spesso le domande a chiarimento hanno un'utilità soltanto marginale nel contesto della testimonianza.

Ne discende che queste modalità di assunzione della prova ben raramente consentono al giudice di acquisire tutti gli elementi necessari per una valutazione completa ed approfondita dell'efficacia della prova e dell'attendibilità del teste.

Ancora, va sottolineato che molti degli elementi di valutazione della prova che possono emergere nel corso della sua assunzione non possono poi essere utilizzati dal giudice nel momento in cui valuta la prova per formare il convincimento sui fatti. Essendo il procedimento civile attuale mediato e non concentrato (v. ISTRUZIONE: I) Diritto processuale civile), il momento della valutazione della prova per la decisione è cronologicamente e psicologicamente lontano da quello della sua assunzione, il che significa la perdita di tutti quegli aspetti di comportamento del teste che potrebbero servire per valutarne la credibilità; d'altronde, nella forma ordinaria del giudizio collegiale solo un membro del collegio viene a contatto diretto con il mezzo di prova, e quindi la valutazione degli altri membri è inevitabilmente indiretta e mediata. A questi gravissimi inconvenienti non ripara certamente la tecnica di verbalizzazione dell'assunzione delle prove (v. ancora ISTRUZIONE: I) Diritto processuale civile), che mette a disposizione del collegio un resoconto succinto, rimaneggiato, e dunque fortemente riduttivo e tendenzialmente non fedele, di quanto è accaduto nell'udienza istruttoria.

Su queste basi, è lecito ritenere che quella valutazione critica ed analitica delle prove che rappresenta il contenuto positivo del concetto del libero convincimento del giudice, sia in molti casi destinata a ridursi a poco più di un'utopia. È inverò la stessa struttura del procedimento, prima ancora delle degenerazioni che essa subisce nella prassi, a rendere quanto mai improbabile l'eventualità che al momento della decisione il giudice si trovi nelle condizioni adeguate per elaborare un convincimento razionale e criticamente approfondito sulla base delle prove.

5.3. - Il contraddittorio sulle prove. - Quanto si è detto finora ha consentito di mettere in evidenza che la razionalità del libero convincimento del giudice coinvolge non solo il problema del metodo critico che il giudice applica in sede di decisione per valutare discrezionalmente l'efficacia delle prove, ma anche una serie di problemi attinenti alle modalità con cui la prova viene formata o acquisita, e ai riflessi che ne derivano sulla valutazione finale del giudice.

Su questo piano, assume primaria rilevanza il problema del contraddittorio delle parti sulle prove, e non solo perché si tratta di una diretta conseguenza della garanzia costituzionale della difesa. In realtà, se da un lato l'interpretazione ormai prevalente di tale garanzia è giunta a fare del contraddittorio un metodo necessario per la formazione processuale della prova (TARUFFO, M., [49], 98 ss.), da un altro lato vi sono anche esigenze razionali ad imporre che il convincimento del giudice si fondi sul previo contraddittorio delle parti intorno agli elementi conoscitivi che costituiscono la base di tale convincimento.

Non trattandosi infatti di intuire irrazionalmente verità assolute, ma di verificare criticamente l'attendibilità di ipotesi alternative di ricostruzione dei fatti controversi (v. GIUDIZIO-teoria generale), è assurdo ritenere che il giudice

giunga ad un convincimento razionale per la sola via di un approfondimento analitico individuale dell'efficacia conoscitiva della prova. A parte il fatto che spesso gli mancano i dati necessari per un'operazione siffatta (v. *supra*, 5.2.), sono intuibili i rischi di pregiudizio, di unilateralità e di arbitrio soggettivo che essa comporta. Al contrario, è lecito ritenere che il massimo di razionalità del convincimento del giudice si raggiunga attraverso il massimo di contraddittorietà dei dati sui quali esso si forma.

L'apparente paradosso di questa asserzione si scioglie facilmente: il grado di attendibilità dell'accertamento dei fatti, e di fondatezza del convincimento del giudice, è maggiore se nasce dal confronto critico fra più ipotesi diverse e contraddittorie sullo stesso fatto.

Il contraddittorio delle parti sulle prove prima della decisione risulta allora indispensabile non solo come garanzia di tutela dei diritti processuali delle parti stesse, ma anche come garanzia di razionalità del convincimento del giudice.

Esso opera a due diversi livelli: per le prove che vengono create in giudizio, il contraddittorio è un metodo di formazione della prova, che consente alle parti un controllo diretto sulla legittimità e attendibilità della prova nel momento stesso in cui essa viene ad esistenza, e permette al giudice di acquisire elementi ed ipotesi di valutazione della prova. Per le prove precostituite al giudizio, il contraddittorio è essenziale per un controllo critico sull'attendibilità della prova, e per la più ampia formulazione delle ipotesi alternative tra le quali il giudice dovrà operare una scelta razionale.

Nel nostro processo civile, il contraddittorio nella formazione della prova è sufficientemente garantito dalle norme che regolano l'assunzione dei mezzi di prova (v. ISTRUZIONE: I) Diritto processuale civile), e l'unico problema che si pone è quello di un'attuazione di tali norme in coerenza con il principio della difesa sancito nell'art. 24, 2° co., Cost.

Del tutto insufficiente è invece il contraddittorio intorno alla valutazione della prova, che peraltro assume un valore essenziale specialmente ove si tratti di prove precostituite, formate spesso al di fuori di ogni contraddittorio delle parti.

Nel nostro ordinamento processuale non esiste invero alcuna norma che imponga il previo contraddittorio delle parti sulle prove prima che il giudice decida. Non opera in tal senso l'art. 183, 2° co., limitato alle questioni rilevabili d'ufficio ed interpretato restrittivamente dalla giurisprudenza; d'altronde, anche se la garanzia del contraddittorio sulle prove prima della decisione è agevolmente deducibile dal principio costituzionale della difesa, in mancanza di norme *ad hoc* la prassi giudiziaria è nettamente orientata nel senso di non assicurare sempre alle parti la possibilità di difendersi sul punto della valutazione delle prove prima che il giudice decida sui fatti (FERRI, C., [48], 18).

Incidono negativamente, al riguardo, due interpretazioni del principio del libero convincimento che si sono ricordate più sopra. Quando si afferma che il giudice è libero di scegliere gli elementi su cui fonda il proprio convincimento entro il materiale probatorio acquisito al giudizio, si enuncia una regola corretta in generale, ma che nell'applicazione pratica può ledere il principio del contraddittorio. È quanto accade normalmente, poiché il giudice effettua questa scelta solo al momento della decisione, indipendentemente dal fatto che sul singolo elemento di prova le parti si siano difese: accade spesso, cioè, che il giudice assuma un elemento di prova come decisivo per il proprio convincimento sui fatti, ma su di esso non vi sia stato alcun contraddittorio perché nessuna delle parti ha previsto tale ipotesi di decisione.

Si verifica cioè il fenomeno c.d. della «terza via», ossia di una decisione diversa da quella su cui le parti hanno fondato le proprie difese, e sulla quale quindi il contraddittorio non ha potuto svolgersi.

Lo stesso fenomeno si verifica spesso a proposito delle prove atipiche. Esse vengono ammesse sulla base del principio del libero convincimento, ma di regola il giudice forma ed esprime tale convincimento solo al momento della decisione. Anche in questi casi — ancora più gravi se si pensa che molte prove atipiche si formano senza alcuna garanzia di attendibilità — la decisione non nasce dal contraddittorio delle parti sulle prove, ed è allora evidente il rischio di una valutazione unilaterale, deformante ed arbitraria.

Per evitare questi pericoli, il solo modo è di considerare il previo contraddittorio delle parti sulle prove come una premessa indispensabile del convincimento del giudice, anche laddove la legge non lo impone espressamente, come requisito inderogabile della razionalità di tale convincimento (FERRI, C., [48], 101 ss.).

6. - FONTI NORMATIVE

Artt. 116, 1° co., 209 e 239 c.p.c.; artt. 2700 ss. c.c.

7. - BIBLIOGRAFIA

- Opere di carattere generale: [1] EKELÖF, O., *La libera valutazione delle prove*, in *Studi in onore di A. Segni*, II, Milano, 1967, 91 ss.; [2] CAPPELLETTI, M., *Principi fondamentali e tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato*, in *Giur. it.*, 1968, IV, 29 ss.; [3] DENTI, V., *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, 42 ss.; [4] DENTI, V., *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, 414 ss.; [5] CALAMANDREI, P., *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, in *Studi sul processo civile*, VI, Padova, 1957, 120 ss.; [6] STENING, A., *Bevisvärde*, Uppsala, 1975; [7] ECHANDIA, H.D., *Teoría general de la prueba judicial*, Buenos Aires, 1970, 95 ss.; [8] COUTURE, E.J., *Las «reglas de la sana crítica» en la apreciación de la prueba testimonial*, in *Estudios de derecho procesal civil*, II, Buenos Aires, 1949, 179 ss.; [9] GORPHE, F., *L'appréciation des preuves en justice. Essai d'une méthode technique*, Paris, 1947; [10] NAGEL, H., *Die Grundzüge des Beweisrechts im europäischen Zivilprozess. Eine rechtsvergleichende Studie*, Baden-Baden, 1967, 72 ss.; [11] DOEHRING, E., *Die Erforschung des Sachverhalts im Prozess*, Berlin, 1964; [12] GULDENER, M., *Beweiswürdigung und Beweislast nach schweizerischem Zivilprozessrecht*, Zürich, 1955; [13] BLOMEYER, A., *Beweislast und Beweiswürdigung im Zivil- und Verwaltungsprozess*, in *Gutachten für den 46. Deuts. Juristentag*, München-Berlin, 1966; [14] PETERS, E., *Der sogenannte Freibeweis im Zivilprozess*, Köln-Berlin, 1972, 77 ss.; [15] CROSS, R., *Evidence*, 4ª ed., London, 1974, 25 ss., 93 ss. e *passim*; [16] LADD, M. - CARLSON, R.L., *Cases and Materials on Evidence*, Chicago, 1972, 173 ss., 1185 ss.; [17] CLEARY, E.W.-STRONG, J.W., *Evidence*, St. Paul, Minn., 1969, 53 ss., 169 ss.; [18] WIGMORE, J.H., *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, 3ª ed., Boston, 1940, I, 401 ss., 415 ss., 428 ss.; III, 356 ss.; VII, 259 ss.; IX, 293 ss., 325 ss.
- Sul modello probabilistico della valutazione delle prove, cfr. [19] TARUFFO, M., *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970, 221 ss.; [20] BALL, V.C., *The Moment of Truth: Probability Theory and Standard of Proof*, in *14 Vand. Law Rev.*, 1961, 807 ss.; [21] STOEUBUCK, W.B., *Relevancy and the Theory of Probability*, in *51 IoLR*, 1965,

LIBERO CONVINCIMENTO DEL GIUDICE: I

859 ss.; [22] MORGAN, M.E., *Basic Problems of Evidence*, Nashville, Tennessee, 1962, 183 ss.; [23] LERNER, D. (ed.), *Evidence & Inference*, Glencoe, Ill., 1959; [24] JAMES, F., *Relevancy, Probability and the Law*, in 29 *CalLR*, 1941, 689 ss.; STENING, A., [6], 37 ss. e *passim*; [25] TARUFFO, M., *Certezza e probabilità nelle presunzioni*, in *Foro it.*, 1974, V, 83 ss.; [26] PATTI, S., *Libero convincimento e valutazione delle prove*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, 481 ss.

— Sul problema delle massime d'esperienza, cfr.: TARUFFO, M., [19], 197 ss.; TARUFFO, M., [25]; [27] NOBILI, M., *Nuove polemiche sulle cosiddette «massime d'esperienza»*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1969, 123 ss.; [28] PIRAS, A., *Le massime d'esperienza e la motivazione insufficiente*, in *Jus*, 1955, 79 ss.; [29] WASSERMEYER, H., *Der prima facie Beweis und die benachbarten Erscheinungen*, Münster, 1954, 9 ss., 59 ss.; [30] LOEBER, D., *Die Verwertung von Erfahrungssätzen durch den Richter im Zivilprozess*, diss., Kiel, 1972, ed in particolare [31] STEIN, F., *Das private Wissen des Richters*, Leipzig, 1893, 30 ss.; [32] GIZBERT STUDNIKI, T., *Common Sense Knowledge as the Basis of Teleological Interpretation of Law*, in *Reason in Law*, II, Milano, 1988, 318 ss.

— Sul problema della scientificità della prova cfr.: DENTI, V., [4]; [33] KORN, H.L., *Law, Fact and Science in the Courts*, in 66 *CoLR*, 1966, 1080 ss.; [34] FINKELSTEIN, M.O. - FAIRLEY, W.B., *A Bayesian Approach to Identification Evidence*, in 83 *HarvLR*, 1970, 489 ss.; [35] FINKELSTEIN, M.O.-FAIRLEY, W.B., *A Comment on Trial by Mathematics*, in 84 *HarvLR*, 1971, 1801 ss.; [36] TRIBE, L., *Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process*, in 84 *HarvLR*, 1971, 1329 ss.; [37] TRIBE, L., A

Further Critique on Mathematical Proof, in 84 *HarvLR*, 1971, 1813 ss.; [38] DAWSON, *Probabilities and Prejudice in Establishing Statistical Inferences*, in 13 *Jurim. Journ.*, 1973, 191 ss.; [39] LEMPERT, R.O. - SALTZBURG, St. A., *A Modern Approach to Evidence*, St. Paul, Minn., 1977, 998 ss.

— Sul problema delle prove atipiche cfr.: [40] TARUFFO, M., *Prove atipiche e convincimento del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1973, 389 ss.; [41] CAVALLONE, B., *Critica della teoria delle prove atipiche*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, 679 ss.; [42] MONTESANO, L., *Le «prove atipiche» nelle «presunzioni» e negli «argomenti» del giudice civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 233 ss.; [43] TARUFFO, M., *Note per una riforma del diritto delle prove*, in *Riv. dir. proc.*, 1986, 270 ss.; [49], 100 ss.; [44] CHIARLONI, S., *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1986, 819 ss.; [45] CAVALLONE, B., *Oralità e disciplina delle prove nella riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 720 ss.

— Sul contraddittorio nei rapporti con il convincimento del giudice, cfr.: [46] COMOGLIO, L.P., *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova, 1970, 145 ss.; [47] TROCKER, N., *Processo civile e Costituzione*, Milano, 1974, 552 ss.; [48] FERRI, C., *Contraddittorio e poteri decisori del giudice*, in *Studi urb.*, 1980-81 (ma 1984), 18 ss., 88 ss. e spec 101 ss.; [49] TARUFFO, M., *Il diritto alla prova nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 98 ss.; [50] TARZIA, G., *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 634 ss.

MICHELE TARUFFO