

SULLE SPALLE DEI GIGANTI: IERI, OGGI,
E DOMANI DELLA PROCEDURA PENALE
ATTRAVERSO LA LENTE DI MASSIMO
NOBILI*

Criminalia
Annuario di scienze penalistiche

in disCrimen dal 23.3.2026

Alessandra Sanna**

SOMMARIO 1. La realtà dietro la norma: il lascito al pensiero giuridico moderno. – 2. Origini storico-ideologiche del libero convincimento: l'attacco al sistema delle prove legali. – 3. Avvento e regresso dell'ideale accusatorio illuminista. – 4. La parabola involutiva dell'*intime conviction* nel panorama italiano. – 5. Declinazioni virtuose e *déjà vu* inquisitori.

1. La realtà dietro la norma: il lascito al pensiero giuridico moderno

Per lo studioso la lettura dei classici è un'esperienza non solo appagante, ma per certi versi sorprendente. Issati sulle spalle dei giganti, il nostro sguardo si dilata e ci consente di comprendere con sfumature nuove e fino allora sfuggenti il fenomeno indagato, cogliendone le radici, mettendone a fuoco lo stato attuale e ipotizzandone le evoluzioni future.

Così il pensiero di un gigante come Massimo Nobile, condensato nell'opera che, più di ogni altro suo scritto, ha contribuito a forgiare l'attuale sistema processuale penale, fino a permearne il nucleo essenziale – la disciplina sulle prove – ci consente di apprezzare il valore delle fondamentali scelte compiute dal “codice dei professori” ed insieme svelarne *in nuce* le congenite fragilità di costruzione che, amplificatesi nel tempo, avrebbero portato all'attuale crisi e perdita di identità.

E se questo benefico effetto di affinamento delle nostre capacità di ricerca accomuna le opere dei maestri, quella di Nobile, in particolare, possiede uno specifico valore aggiunto, legato alla peculiare impostazione della sua analisi, da un lato orientata a cogliere la realtà celata dietro la norma e, dall'altro, improntata ad un estremo rigore intellettuale perché sempre scevra da qualsivoglia accondiscendenza verso il potere.

Sotto il primo profilo, è importante ricordare che Nobile muove i suoi primi passi di studioso nel '68 dello scorso millennio, nell'ambito di un movimento di decisa

* Testo rivisto della relazione svolta nell'ambito del Dottorato di ricerca in scienze giuridiche dell'Università di Firenze, Ciclo di lezioni riletture dei classici: “Il libero convincimento del giudice”, di Massimo Nobile.

** Professoressa associata di diritto processuale penale nell'Università di Firenze.

contestazione del tecnicismo giuridico a quei tempi dominante, che costringeva lo studio del diritto entro l'astrattezza delle norme.

Il giovane Nobili, appena laureatosi nell'Ateneo bolognese, aderirà infatti, insieme ad altri illustri nomi del *parterre* penalistico¹, ad una rivolta metodologica, diretta ad espandere la materia di cui il giurista deve tener conto oltre i ristretti confini normativi, fino a comprendere costumi e sfondi culturali che fanno da contorno al dato positivo, ne spiegano l'origine e il concreto operare².

È un invito che oggi echeggia ad ogni inizio di anno accademico nelle orecchie degli studenti che si accingono allo studio del processo penale, sicché è probabile che suoni ovvio tanto al docente quanto al suo uditorio.

Ebbene, non lo era negli anni Settanta dello scorso secolo, quando le questioni riguardanti la giustizia penale erano scientemente studiate sotto il ristretto profilo normativo, come suggeriva il metodo tecnico giuridico. E se ora la prospettiva è mutata lo si deve a chi, come Massimo Nobili, contribuì, attraverso una vera e propria rivoluzione culturale, a comporre l'artificiosa frattura tra lo studioso e la sua materia, che finiva per spuntare le armi alla critica proveniente dall'Accademia, relegata ad esercizio di stile privo di riflessi all'esterno delle aule universitarie.

Ecco un primo importante approdo cui conduce la lettura di Nobili: issati sulle sue spalle possiamo cogliere l'evoluzione degli studi giuridici degli ultimi 50 anni. Dagli anni '70 in poi la scienza processualista esce dall'astratto recinto normativo per scandagliare il concreto fenomeno del processo anche con la sonda del sociologo.

E da convinto pioniere del nuovo approccio Massimo Nobili non si è mai stancato di denunciare le storture della vita giudiziaria, di sollecitare l'attenzione su quanto spesso l'incremento delle garanzie individuali sul terreno normativo determini nella prassi speculari contraccolpi di segno contrario, *sub specie* di aggiramenti, se non di aperte violazioni del dato positivo.

In questa prospettiva, l'interesse sul quale s'incentra tutta l'opera dall'Autore

¹ Franco Bricola, in particolare, giunto nel 1996 alla cattedra bolognese di diritto penale: lo ricorda R. ORLANDI, *La procedura penale secondo Massimo Nobili*, in *Scenari e trasformazioni del processo penale. Ricordando Massimo Nobili*, a cura di C. Iasevoli, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, 13.

² Era un'impostazione che sul terreno processualpenalistico si riallacciava al pensiero di altri maestri, lungo un filo che si dipana all'indietro da Franco Cordero (il quale nella sua opera "Procedura penale" del 1966 invitava a tener conto degli "sfondi metagiuridici" e del "*background* ideologico") a Francesco Carnelutti, cui premeva avvertire nel suo manuale, datato 1942, non a caso intitolato "Istituzioni di diritto processuale", che noi "non conosceremmo mai le norme giuridiche se non osservassimo come esse operano sulla realtà": cfr. ancora R. ORLANDI, *La procedura penale secondo Massimo Nobili*, cit., 14.

concerne “l’ampio e problematico rapporto tra legge e giudice”³, che sullo specifico terreno delle prove penali gravita attorno al principio del libero convincimento.

L’involuzione subita da quell’“illustre principio”, da vessillo di un sistema ispirato agli ideali illuministi a grimaldello dei limiti al potere giudiziale, rappresenta infatti l’esempio più eclatante di come lo studio del processo non possa prescindere dalla dimensione sociale-ideologica che vi fa da sfondo in un dato contesto storico.

È la natura cangiante del principio che Nobili ricostruisce magistralmente, trasportandoci lungo un itinerario insieme storico, politico e filosofico, dal secolo dei lumi agli anni ’70 del ’900, per infine aprirci una finestra sul presente, dove il libero convincimento, correttamente inteso, fornirà solide fondamenta alla nuova disciplina del conoscere giudiziale, pilastro, tra i più significativi, del codice di rito del 1988.

Ripercorriamo quell’itinerario, con la consapevolezza, mutuata da Nobili, che neppure l’argine normativo costruito dall’attuale codice ci pone al riparo dalla violazione delle regole probatorie, dalla minaccia sempre latente nella prassi processuale di un superamento dei confini legali in nome di obbiettivi asseriti superiori, come l’onnivora ricerca della verità materiale o l’assorbente attuazione della potestà punitiva.

2. Origini storico-ideologiche del libero convincimento: l’attacco al sistema delle prove legali

Affermatosi nei sistemi continentali grazie alla rivoluzione dei lumi, il principio del libero convincimento rappresentò un fondamentale tassello di un’evoluzione progressista del processo penale. Al sorgere del secolo XVIII, infatti, la procedura inquisitoria era applicata, pur con sensibili variazioni, nell’Europa intera da oltre quattro secoli, sì da giungere ad un grado massimo di compiutezza nei suoi caratteri peculiari.

Ispirato ad una forte esigenza autoritaria, quel modello implicava un accentramento del potere in capo a un giudice dipendente o saldamente legato al potere esecutivo. Di qui gli inevitabili corollari, come la segretezza dell’*iter*, la negazione della difesa dell’accusato e l’emblematico sistema delle prove legali, articolato nella minuziosa predeterminazione del valore di ogni prova all’interno di un sistema preciso di gerarchie. Questo meccanismo finì per sfociare nella costruzione di una sorta di tariffario legale delle prove, capace di consentirne il calcolo aritmetico (prove piene, semi

³ Così, testualmente, M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento*, Milano, Giuffrè, 1974, 470.

prove, quarti di prova ecc.) ed insieme escludere qualsivoglia margine di apprezzamento del giudicante.

L'elaborata teoria, che implicava un ordine giudiziario composto da magistrati permanenti ed esperti di diritto, tendeva a due principali obiettivi. Il primo rispondeva ad un'esigenza di legalità, ossia di assoluta prevalenza del momento normativo sull'esperienza del caso concreto. Si ambiva in tal modo ad introdurre una sorta di contrappeso al potere del giudice, nel tentativo apprezzabile di bandire l'arbitrio decisivo dall'area dei giudizi sul fatto⁴.

Il secondo coincideva con il proposito di introdurre nella tecnica del conoscere giudiziale una garanzia di razionalità, attraverso un metodo forgiato sulla base di una secolare esperienza e recepito attraverso canoni di astratta legalità, ritenuti idonei a risolvere le incertezze dell'accertamento giudiziario.

Sotto questo profilo, il complesso edificio delle prove legali ha gettato le basi di una tecnica del conoscere di innegabile valore sul piano della gnoseologia processuale, risolvendosi in una garanzia per l'inquisito. Articolati in un metodo quelli che nella cultura giuridica dell'epoca apparivano criteri razionali di verifica probatoria, si erigeva un argine contro gli eccessi di soggettivismo del giudice⁵.

Accadde però che nel corso del tempo, complice la sempre più dettagliata opera elaborativa avvenuta soprattutto in Italia, quel metodo raggiunse il limite di una intollerabile involuzione, spezzettandosi in classificazioni via via più caotiche e illogiche, tali da condurre al fallimento del modello sul terreno gnoseologico, oltre che etico-morale.

In un simile quadro, il successivo attacco al sistema delle prove legali e l'invocata sua sostituzione con l'intimo convincimento rappresentarono il tentativo degli illuministi di garantire la razionalità del conoscere giudiziale, ormai dissoltasi con la crisi del vecchio metodo.

Allo stesso tempo la battaglia per il nuovo principio rappresentò la testa di ariete per il superamento del sistema inquisitorio, ove si consideri che i profili caratterizzanti quel modello – prove legali, tortura, procedura scritta, potere di iniziativa attribuito al giudice (nell'instaurare il processo e nel ricercare le prove) – avevano costituito altrettanti “strumenti tra loro concatenati di una procedura fortemente unitaria”. Bastò così mettere in discussione alcuni per determinare la crisi e lo sfaldamento di tutto il sistema⁶.

⁴ Da questo punto di vista lo ritenne un “rispettabile” disegno: F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, Parte generale*, vol. III, Prato, 1886, 41.

⁵ Tale *ab origine* la meritoria funzione delle prove legali: cfr. M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, 363.

⁶ M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento*, cit., 113.

Sul piano ideologico, la critica basilare che presso i riformatori illuministi segnò il punto di rottura con l'assetto previgente è quella centrata sul problema del fine della procedura penale. Con l'avvento della nuova teorica dei diritti naturali dell'individuo e dell'altrettanto inedita concezione del rapporto tra Stato e cittadino, si faceva chiara l'idea che al processo sono soggetti anche gli innocenti. Di qui il corollario, vero e proprio vessillo del sistema di stampo liberale: nella scoperta del colpevole non deve scorgersi il fine unico dell'accertamento al quale ogni altro deve essere sacrificato. Entro queste coordinate il procedimento inquisitorio, basato su una fanatica visione unilaterale della ricerca della verità, scivolava agli antipodi della concezione politico-pubblicistica dell'illuminismo.

Al mutamento di visione seguirà la critica corrosiva verso quel sistema, che ebbe tra i principali bersagli il metodo delle prove legali. Tuttavia, l'invocato dominio del principio del libero convincimento – è bene ricordarlo – fu accompagnato da qualche autorevole riserva. È nientemeno che Voltaire a guardare con timore al futuro disegno: abolita ogni determinazione legale, sostituita dalla coscienza e dal buon senso dei magistrati, chi avrebbe potuto garantire “che questa coscienza e questo buon senso non si smarriscano?”⁷.

In altri termini, nel momento stesso in cui si restituiva al magistrato la libertà di decidere secondo coscienza in ordine al fatto, sorgeva il conseguente problema di come impedire che simile libertà degenerasse in arbitrio. E non stupisce: la questione s'inscrive in quella generale circa i limiti e i contrappesi indispensabili per bilanciare l'attribuzione di ogni potere, sentita come imperativo da tutti gli illuministi⁸ e, perciò, destinata ad influenzare anche il tema delle prove.

Da questo punto di vista, le perplessità avanzate da Voltaire sono espressioni di un contrasto tipico del pensiero illuminista applicato al diritto processuale penale, ad oggi ancora vivo, ove si consideri che un sistema basato al tempo stesso sul principio di legalità e sulla valutazione libera delle prove resta alla base degli ordinamenti contemporanei e in specie del nostro codice di rito.

⁷ “Mais qui nous répondra que cette conscience et ce bon sens ne s'égarent pas? Ne refert-t-il d'autres refoources que de lever les yeux au ciel, & de pleurer sur la nature humaine?”: VOLTAIRE (F.M. Arouet), *De la nature et de la force des preuves, et de présumptions, in Prix de la justice et de l'humanité, par l'auteur de La Henriade, avec son portrait*, ed. A. Ferney M. DCC. LXXIII, 1778, § XVII, 97. Visibile anche in *Gallica-la biblioteca digitale della Bibliothèque nationale de France*, <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5705868k/f2.item#>.

⁸ A partire dalla celeberrima formulazione di Montesquieu: “Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir”: cfr. C.L. DE SECONDAT (MONTESQUIEU), *de l'Esprit des loix*, XI, Garnier, Paris, 1777, 309.

Certo, la contraddizione risulta particolarmente evidente in rapporto alla concezione giuridica dell'illuminismo, che da un lato esasperava la portata del principio di legalità – all'epoca imperniato sull'ingenuo ideale di un potere decisorio scevro da spazi interpretativi perché ridotto ad attività, meccanica e impersonale, di pura attuazione⁹ – e dall'altro intendeva prevalentemente *l'intime conviction* come una sorta di atto intuitivo della verità, espresso nelle forme di un verdetto immotivato.

Al riguardo Nobili evidenzia un nodo logico apparentemente inspiegabile: se così tanto si temeva che un potere illimitato potesse degenerare in arbitrio, come mai i riformatori di quell'epoca non vollero fare propria la teoria legale della prova, che, forte di un'esperienza di secoli, ben avrebbe potuto realizzare appieno le aspirazioni verso la figura di un giudice mero applicatore delle norme giuridiche? In altri termini, attraverso il rifiuto delle prove legali e la fiducia incondizionata verso il libero convincimento non rimaneva forse aperto un varco pericoloso a quell'arbitrio che pure si affermava di voler estirpare?

Per spiegare la contraddizione occorre tener conto di un triplice ordine di fattori che affondano – *ça va sans dire* – nel contesto sociopolitico dell'epoca e risultano accomunati da un unico postulato, ovvero l'avvento della giuria popolare, preteso all'unisono nel corso del Settecento dalle più importanti voci dell'illuminismo francese e italiano.

In questa prospettiva, il primo dei fattori da considerare è una specifica teoria della conoscenza, che allora permeava il sistema probatorio, coincidente con l'assoluta fiducia nella ragione propria del cittadino chiamato a statuire sulla *quaestio facti*. Si era convinti che il senso comune avrebbe scongiurato di per sé, meglio di qualsiasi sistema di regole predeterminate dalla legge, l'errore e l'arbitrarietà dell'accertamento giudiziario.

Il secondo profilo riguarda la contrapposizione fra questioni di diritto e questioni di fatto, all'epoca riconducibile, non già o non solo al piano della logica, ma ad una precisa matrice politica, risolvendosi in una variante applicativa della teoria sulla separazione dei poteri. La convergenza in capo al medesimo organo di entrambe le statuizioni – in fatto e in diritto – appariva, infatti, come fonte di intollerabile arbitrio, mentre la loro partizione meglio rispondeva ad istanze di garanzia. Così solo le valutazioni in diritto furono affidate ad un corpo di magistrati funzionari, mentre la *quaestio facti* si volle appannaggio delle giurie popolari.

⁹ È ancora Montesquie a teorizzare come “les juges de la nation ne sont [...] que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur”: cfr. C.L. DE SECONDAT, *de l'Esprit des loix*, XI, Garnier, Paris, 1777, 327.

Qui si coglie il terzo e forse decisivo fattore, capace di spiegare il credito riconosciuto ad un principio – il libero convincimento – così “ripugnante” – per dirla con le parole di Nobili – alla sensibilità giuridica e alle battaglie illuministe a favore della legalità. Il cavallo di Troia di quell’incondizionata resa è consistito nella fiducia riposta in un ordinamento giudiziario in cui la giustizia venisse amministrata da “incorrotti magistrati”¹⁰.

Ciò conferma come anche per il periodo storico esaminato “le grandi riforme giuridiche rispondano essenzialmente a valutazioni di ordine storico sociale e politico e solo in via accessoria, fin dove è possibile, a criteri di coerenza del sistema”¹¹. La volontà di superare il passato, la sfiducia nella magistratura permanente dell’*ancien régime*, la volontà di costruire un sistema analogo a quello anglosassone, “indussero a forzare in materie di prove il postulato essenziale della teoria illuministica del processo, consistente in una ferrea osservanza del principio di legalità”.

3. Avvento e regresso dell’ideale accusatorio illuminista

Con le riforme del 1789 e 1791 l’Assemblea costituente francese realizzò l’ideale accusatorio illuminista. Con la seconda, in particolare, si realizzava un sistema completamente nuovo, imperniato essenzialmente sull’adozione delle giurie popolari. In parallelo, la fase istruttoria era rinnovata alla radice: l’ambito dell’informazione preliminare fu ridotto in termini esigui, la pubblicità e la difesa dell’imputato erano assicurate fin dal primo istante, mentre il principio della segretezza, postulato fondamentale della procedura inquisitoria, ne usciva pressoché scardinato.

Vide così la luce l’assetto del processo penale moderno. Le questioni riguardanti le prove e il convincimento del giudice, ampiamente dibattute, approdarono a soluzione nel decreto sulla procedura penale del 1791, singolare punto d’incontro tra la procedura anglosassone e l’ideale della Rivoluzione francese. Tra i pilastri del disegno: la cesura tra il dibattimento e l’informativa anteriore, l’istruttoria di stampo accusatorio, le forme rigorosamente orali dell’udienza davanti ai giurati, l’affermazione dell’intimo convincimento. Se il giudizio di merito era prerogativa della giuria, le decisioni *quoad poenam* successive al verdetto erano affidate al magistrato.

Fornisce una sintesi mirabile del neonato modello la solenne istruzione letta ai giurati in procinto di ritirarsi in vista della pronuncia: “la legge non chiede conto dei

¹⁰ Secondo la celebre espressione di Cesare Beccaria: cfr. *Dei delitti e delle pene*, 1764, § XV.

¹¹ M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento*, cit., 134.

motivi per i quali [i giurati] si sono formati una convinzione”, ma domanda loro “di cercare nella sincerità delle loro coscienze quale impressione hanno avuto sulla loro ragione le prove apportate contro l’accusato e i mezzi della difesa. La legge non dice loro ‘considererete vero qualunque fatto attestato da un così gran numero di testimoni ovvero non riterrete sufficientemente accertata alcuna prova che non sia composta da tanti testimoni o da tanti indizi’; pone loro solo questa unica domanda che contiene tutta la misura del loro dovere: avete voi un’intima convinzione?”

Emerge così in modo limpido la valenza attribuita al principio dall’Assemblea che lo consacrò ufficialmente: il fermo rifiuto per l’opposto modello delle prove legali, innanzi tutto, ma non solo.

La libertà di convincimento si configurava senza equivoci come il naturale portato di un processo basato sulle giurie popolari. La sincerità della coscienza e i lumi della ragione di cui era ritenuto portatore il singolo cittadino avrebbero, infatti, funto da antidoto all’arbitrio giudiziario potenzialmente insito in un potere decisorio affrancato da qualsivoglia vincolo normativo¹².

Così confezionato, il disegno contenuto nel decreto del settembre del 1791 segnò il traguardo più avanzato dell’illuminismo riformatore nel campo della procedura penale, non più raggiunto dalle codificazioni successive sino ai nostri giorni. E non è un caso che il modello tendenzialmente accusatorio come concepito *ab origine* dal codice di rito del 1988 rechi le stigmate di quel lontano archetipo.

L’apice non fu però duraturo: è nota la metamorfosi involutiva subita dalla costruzione illuminista, dovuta ai mutamenti storici e politici sopravvenuti, che ebbero profonde ripercussioni anche sulla disciplina del processo. La graduale introduzione legislativa di una serie di pesanti compromessi determinò il regresso dell’ideale accusatorio, la cui misura è ben rappresentata dal codice di istruzione criminale varato da Napoleone nel 1808. Le linee di quel modello, c.d. misto, punto di arrivo di una mediazione tra metodi processuali opposti, saranno – non a caso – recepite nel periodo fascista dall’ordinamento italiano.

All’interno di una cornice divenuta confacente a sistemi d’impronta autoritaria¹³,

¹² Ancora una volta, quindi, furono le valutazioni politiche a prevalere su qualsivoglia obiezione teorica: M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento*, cit., 160.

¹³ La segretezza e la scrittura nell’assunzione delle prove, l’onnipotenza del magistrato istruttore che sostituì il giurì d’accusa, l’impossibilità per l’accusato di vincolare l’istruttore ad esperire prove a discarico, il rafforzamento dei poteri del pubblico ministero, la severità del regime della carcerazione preventiva, il peso schiacciante delle fasi preliminari sul dibattimento sono tra le principali caratteristiche della nascente procedura mista: M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento*, cit., 172.

anche il libero convincimento fu investito da fondamentali innovazioni. In particolare, nel dibattito dell'epoca sviluppatosi entro i confini francesi si propose il progetto di abolizione delle giurie e il conseguente innesto del principio nel sistema imperniato sui giudici funzionari, conosciuto nell'Europa continentale prima della svolta del 1789.

Ebbene, simile soluzione, che in prima battuta non ebbe seguito in Francia, fu invece accolta dal Codice per il Regno d'Italia del 1807. Fu così che la procedura penale nostrana spezzò il nesso, fino allora ritenuto insolubile, fra intimo convincimento e sistema di giurati, per collocarsi così entro un solco non più abbandonato.

4. La parabola involutiva dell'*intime conviction* nel panorama italiano

E alla procedura penale italiana guarda Nobili, per ripercorrerne le tappe nel periodo storico successivo, a cavallo tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento, che vide in sequenza l'accendersi della polemica tra le scuole penalistiche italiane, il progressivo affermarsi della concezione positiva, il consolidarsi della dottrina penale fascista e, infine, la nascita della codificazione del 1930.

Il *focus* dell'analisi s'incentra dapprima sulla visione del processo espressa dagli esponenti della Scuola classica, costruita intorno alla teoria dualistica. Constatata l'esistenza di opposti interessi in gioco, o "contrari estremi", quello pubblico alla repressione dei reati e quello dei cittadini ingiustamente accusati al riconoscimento della propria innocenza, la procedura penale non avrebbe dovuto indirizzarsi verso una loro impossibile composizione, ma alla tutela di entrambi, accordando, se necessario, una netta prevalenza al secondo.

Così, nel pensiero di Francesco Carrara il fine elettivo del processo diviene la salvaguardia del cittadino contro il possibile arbitrio dell'autorità. Tale il fondamentale "principio filosofico" del sistema, da cui discende ogni altro corollario, la presunzione di innocenza *in primis*, capace a sua volta di irradiare i propri effetti pressoché in ogni settore della normativa processuale¹⁴, ivi compresa la disciplina sulle prove. A suggello della costruzione si poneva il formalismo degli atti, inteso come indispensabile strumento di tutela dei diritti e di argine contro la prepotenza¹⁵.

¹⁴ Sta qui la spiccata originalità del pensiero del Carrara: "l'idea di fare della presunzione di innocenza il perno attorno al quale ruotano tanto la normativa processuale quanto la corrispondente 'Scienza': cfr. R. ORLANDI, *Rito penale e salvaguardia dei galantuomini*, in *Criminalia*, 2006, 297.

¹⁵ Le regole consacrate nelle forme tracciano un limite all'autorità, riducendo il pericolo dell'arbitrio e della sopraffazione. Il fine del rito penale diviene, quindi, la "salvaguardia dei galantuomini, poiché

La visione descritta – che rappresentò la punta di diamante della teoria classica – divenne il bersaglio di violente reazioni polemiche da parte della Scuola positiva, prima, e degli apologeti del sistema processuale fascista, poi¹⁶. Né stupisce: nel solco del pensiero di Nobile, è ormai acquisita la consapevolezza che l’“idea di Stato, i principi generali del processo, la maniera di intendere la funzione e i poteri del giudice, la teoria del conoscere giudiziale si presentano come entità concettuali strettamente interdipendenti”¹⁷.

Si comprende, quindi, come in seno alle correnti di pensiero che funsero da preludio e sfondo al trentennio del regime i diritti del cittadino nel settore dell’ordinamento processuale fossero destinati ad affievolirsi ogniqualvolta entrassero in conflitto con l’esercizio del magistero punitivo. Seguì il rifiuto verso la concezione del processo come sistema di limiti posti alla libertà dell’inquirente, nel quadro di un generale declino dello Stato di diritto nella sua accezione garantistica¹⁸. Ancora una volta l’elaborazione processuale si dimostrava specchio fedele dei mutamenti storico-politici, all’epoca convergenti nella progressiva crisi del costituzionalismo liberale.

Il filone del pensiero autoritario ottocentesco sfociò in un nuovo ideale di processo, improntato alla teoria unitaria, formulata in antitesi alla teoria dualistica classica: solo in apparenza il fine del processo può sembrare duplice – repressione del reato e difesa dell’innocenza – mentre non può che essere unico, coincidente con il concetto di difesa sociale.

Ne deriva che la tutela dei diritti dell’imputato può essere senza remore subordinata al raggiungimento di quel fine esclusivo. Perdono così ragione d’essere il contraddittorio, l’intervento delle parti, la pubblicità, che non sono più attributi essenziali del processo, come lo erano nella concezione della Scuola classica. Se quel che conta è colpire rapidamente il reo, a tale obiettivo di repressione devono piegarsi gli

intuito degli ordinamenti processuali è di frenare la violenza dei magistrati”: F. CARRARA, *Il diritto e la procedura penale*, in *Opuscoli di diritto criminale*, vol. V, Prato, 1881, 19.

¹⁶ Gli alfieri della Scuola positiva patrocinavano una visione dell’autorità sociale agli antipodi di quella proposta dalla Scuola classica. La polemica violenta dei primi ebbe come bersaglio prediletto il programma del Carrara e in specie, il fondamentale pilastro della presunzione d’innocenza, degradata a formula “vuota e assurda”, da liquidarsi in vista del superiore interesse dello Stato: cfr. R. GAROFALO, *La detenzione preventiva*, in *La Scuola positiva nella giurisprudenza civile e penale e nella vita sociale*, 1892, vol. II, 199.

¹⁷ M. NOBILE, *Il principio del libero convincimento*, cit., 239.

¹⁸ La parabola fu graduale: benché il codice di rito del 1930 celebri al massimo livello l’idea assolutista della Scuola positiva, la legislazione del regime “non fece che portare alle estreme conseguenze le tesi già largamente seguite nell’ultimo periodo dello Stato liberale”: cfr. G. ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza*, Bologna, Zanichelli, 1979, 19.

strumenti di accertamento e il metodo probatorio nel suo complesso, inteso come mezzo in esclusiva rivolto alla scoperta della cosiddetta verità materiale.

Di qui due ulteriori tasselli, congruenti con il quadro descritto: l'idea di un'incondizionata libertà del giudice nella decisione sul fatto e una nuova chiave di lettura del libero convincimento, non più circoscritto al momento valutativo della prova, ma destinato ad incidere anche nella fase dell'acquisizione.

Su questo precipuo terreno si giunse a censurare le opinioni tradizionali sulla funzione garantistica del metodo probatorio e delle invalidità degli atti processuali.

L'attacco s'inscrisse nella polemica sul formalismo, via via svuotato della valenza di presidio dei diritti soggettivi e svilito ad espressione di sterili dogmatismi¹⁹. La battaglia – la più emblematica del clima politico precedente la legislazione del 1930 – finì per ripercuotersi sulla teoria del libero convincimento e lì trovo un significativo punto di emersione. Le forme, ripetevano gli avversari della Scuola classica, non sono poste a tutela delle garanzie, ma si risolvono in condizioni per il più sicuro accertamento del vero, sicchè, da questo punto di vista, appaiono superabili davanti ai prevalenti interessi di difesa sociale.

La procedura diveniva in tal modo uno strumento asservito al potere discrezionale del giudice, che tendeva sempre più ad allargare i propri confini, specie, com'era inevitabile, sul terreno probatorio. Veicolata dal fine assorbente della difesa sociale, avanza l'idea di un sistema di prova libera, dove l'attività conoscitiva del giudice procede senza impacci verso l'obiettivo della "verità materiale".

Qui si coglie la parabola involutiva del libero convincimento, da vessillo della rivoluzione illuminista a strumento di involuzione autoritaria.

Sradicato dal terreno originario della giuria popolare e applicato al sistema dei giudici funzionari, nel corso di un travagliato percorso storico il principio muta nei suoi caratteri essenziali per assumere un significato radicalmente nuovo, che a lungo influenzerà la dottrina e la giurisprudenza moderna.

Con una formidabile inversione di rotta, il canone diviene espressione di una insofferenza verso il metodo giudiziario, inteso quale sistema di limiti all'autorità inquirente. D'altro canto, la libertà di convincimento, non più sorretta dal dialogo tra le parti, come nella sua originaria formulazione in chiave accusatoria, neppure trova un valido sostegno nella trama di regole legali, rivolte, nella loro funzione autentica, a

¹⁹ Ma poiché il formalismo non è un valore in sé, ma lo diviene in funzione dei contenuti che è inteso a tutelare, anche allora il bersaglio reale della polemica risiedeva nei contenuti sottostanti – ovvero i diritti – che la Scuola classica difendeva: M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento*, cit., 250.

scongiurare l'arbitrarietà del giudizio²⁰. Se nella procedura inquisitoria il giudice, svincolato dal contraddittorio, dall'immediatezza, dalla pubblicità, era pur sempre ancorato ad un rigoroso sistema di prove legali, nella concezione del libero convincimento cui approda il codice del 1930 il giudice è oramai affrancato da quel salutare contrappeso.

5. Declinazioni virtuose e *déjà vu* inquisitori

In questa inquietante accezione il libero convincimento si affaccerà agli anni '70 dello scorso secolo, per permeare di sé la prassi giurisprudenziale, che lo imbraccia per liquidare divieti e regole probatorie. È attraverso la serrata analisi della messe di decisioni dell'epoca che Nobili ricostruisce la sconsolante parabola dell'illustre formula, da "assioma potente", consentaneo al processo accusatorio, a veicolo per la scrittura di "una delle pagine politicamente più amare ed intellettualmente più deprimenti della storia delle istituzioni penali"²¹.

Il come si sia compiuta l'infausta metamorfosi è *prima facie* difficile da comprendere. Parrebbe, infatti, scontata la regola per cui una conoscenza, pur veritiera, non possa fondare il convincimento del giudice se non siano rispettate le prescrizioni circa lo svolgimento di un interrogatorio, di una perizia o di una testimonianza. Eppure, la giurisprudenza di allora elaborava un indirizzo assai diffuso stando al quale, nell'ipotesi di violazione del rito probatorio, l'elemento raccolto, pur non integrando un atto conforme allo schema legale, sarebbe tuttavia valso come un "mero accertamento di fatto", valutabile dal giudice come prova a carico degli imputati proprio in virtù del principio del libero convincimento, stravolto a *passe-partout* delle regole probatorie. Si predicava, in altri termini, una libertà "dal" metodo probatorio, in nome del pubblico interesse alla repressione dei reati²².

Ecco spiegato l'arcano di un'involuzione altrimenti incomprensibile: quando il

²⁰ Da questo punto di vista il dissolversi del sistema di prove legali aprì un vuoto di razionalità destinato a protrarsi nel tempo. L'esito spingerà una parte della dottrina moderna a tentare un parziale recupero del modello nell'ambito di un disegno teso a potenziare il grado di legalità dell'intero procedimento probatorio: cfr. E. AMODIO, *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 373.

²¹ È il bilancio *tranchant* di L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, Laterza, 1989, 118.

²² Si esprime il rigetto verso l'intrinseca contraddizione racchiusa nel metodo probatorio, che costituisce a sua volta il diretto portato della teoria dualistica della Scuola classica: benché il processo sia un meccanismo di conoscenza, larghe parti del codice posseggono una struttura "intrinsecamente antiepistémica": F. CAPRIOLI, *Verità e giustificazione nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 612.

magistrato si sente portatore di un interesse superiore, quando pretende che nel processo si affermi comunque il potere punitivo statale, la libertà di giudizio non sopporta norme o limiti di sorta. Così la prova difforme da modello legale può essere valutata alla luce del libero convincimento declinato in chiave inquisitoria²³.

Questo genere di decisioni rappresentava il portato di una concezione del processo di tipo autoritario, che persisteva a dispetto dell'avvento della Costituzione e dell'impronta democratica oramai assunta dalla nostra forma di Stato. La vischiosità di certi atteggiamenti culturali e la pretesa dei giudici di conservare un potere libero da intralci furono senz'altro fattori importanti, ma quello decisivo fu la sopravvivenza di un processo a carattere inquisitorio, per sua natura inetto alla tutela dei diritti individuali e sbilanciato a favore dell'interesse punitivo.

Una simile consapevolezza tardò a maturare, ma lo fece grazie a una nuova generazione di giuristi, che tornò ad evocare il modello accusatorio come strumento per l'attuazione della tutela dell'individuo, secondo gli *standard* richiesti dalla Costituzione. Tra questi giuristi figura, va da sé, Massimo Nobile, che sul nesso idissolubile tra processo penale e diritti individuali ha imperniato tutta la sua opera.

Gli anni di elaborazione del nuovo codice rappresentano un tornante della storia, che evoca la battaglia del pensiero illuminista sul processo penale contro le istituzioni dell'*ancien régime*.

Tra i fondamentali pilastri del neonato processo, spicca un articolato sistema probatorio: un intero libro è dedicato a disciplinare l'*iter* conoscitivo, in vista della tutela dei diritti e dell'attendibilità dell'accertamento. A salvaguardia delle regole probatorie una nuova specie di invalidità, che esclude alla radice dalla piattaforma decisoria impiegabile dal giudice le conoscenze acquisite in difformità delle regole legali²⁴.

La fase della valutazione resta dominata dal principio del libero convincimento, ora però fisiologicamente ristretto alla fase valutativa della conoscenza e vincolato a parametri di razionalità da esibirsi in una motivazione dettagliata²⁵.

²³ Ben rappresentato dalla vivida immagine di “vorace potenza super logica, che trae il proprio alimento da tutto ciò che anche per un solo istante sia comparso sulla scena del processo”: F. CORDERO, *Ideologie del processo penale*, Milano, Giuffrè, 1966, 229

²⁴ Lo stesso Nobile ritenne la disciplina delle prove, ivi “compresa la categoria dell'inutilizzabilità”, fra le migliori innovazioni del nuovo codice: cfr. *Storia d'una illustre formula: il 'libero convincimento' negli ultimi trent'anni*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2003, 73.

²⁵ Il canone del libero convincimento viene così definito non soltanto in negativo rispetto al sistema delle prove legali, “ma anche in positivo riguardo alla previsione di limiti e garanzie contro l'arbitrio del giudice, che non può essere escluso senza il preliminare rifiuto sia di una confusione tra il piano dell'acquisizione e quello della valutazione probatoria, sia di ogni approccio irrazionale e

Ebbene, ogni molecola di questo disegno porta l'impronta dell'opera di Massimo Nobili. Benché egli non sia stato chiamato a partecipare in prima persona alle commissioni ministeriali, che a lungo lavorarono al progetto codicistico – il carattere schivo dell'uomo e la sua riottosità ai legami con il potere glielo impedirono – fu la forza del suo pensiero ad imporsi comunque.

Accadrà in seguito che la spinta restauratrice scatenata nei primi anni '90 da una parte della magistratura contro l'assetto codicistico, scatenò la sua potenza di fuoco proprio contro il nucleo nevralgico del diritto sulle prove e, in specie, contro i limiti all'utilizzabilità degli atti investigativi raccolti al di fuori del contraddittorio. E lo fece in nome del supremo interesse della verità materiale, ricomparsa sotto le mentite spoglie del principio di non dispersione delle prove²⁶. Altro tornante della storia.

Era del resto prevedibile: alla luce dell'itinerario attraverso il quale Massimo Nobili ci ha sapientemente condotto – seduti sulle sue spalle – è agevole comprendere come nelle regole probatorie sia racchiuso un limite formidabile all'arbitrio del giudice, il più potente contrappeso ad un potere decisorio svincolato dalla norma. Dissoltosi, con le sentenze picconatrici del '92, il divieto d'uso delle conoscenze investigative, la piattaforma decisoria del giudice torna ad allontanarsi dalle forme poste a presidio delle garanzie, mentre il libero convincimento tende a dilagare oltre il cerchio virtuoso della fase valutativa. Impietoso destino: la massima che tutta Europa aveva salutato come ferrea componente dell'"accusatorio", duecento anni dopo è brandita per affossare un codice nato all'insegna di quel modello ideale.

Di qui la spinta a capitolare. Dinanzi allo "scempio" Nobili prenderà le distanze dal principio così sapientemente indagato, dagli albori dell'epoca di Voltaire e lungo gli anni coevi al Carrara, in cui diede "quanto di benefico doveva partorire", fino ai periodi successivi, che lo videro oggetto di "storpiature", "equivoci" e "manipolazioni". Sarebbe, quindi, "tempo d'abbandonarlo, nel senso di parlarne ammirati come – ammirati – parliamo di Leopardi o del Rinascimento"²⁷.

Un giudizio "gonfio di deprimente sarcasmo"²⁸, ma forse ingeneroso verso

quindi incomunicabile dell'attività decisoria": G. UBERTIS, *La prova penale, profili giuridici ed epistemologici*, Milano Giuffrè, 1995, 88.

²⁶ Attraverso le tre sentenze, c.d. Ferri, emesse in quell'anno (n. 24, 254 e 255) la Corte costituzionale abbatté i pilastri del neonato modello accusatorio e lo fece servendosi del libero convincimento, sfruttato come "l'aperti Sesamo" della novella persiana": M. NOBILI, *Storia d'una illustre formula: il 'libero convincimento' negli ultimi trent'anni*, cit., 72.

²⁷ M. NOBILI, *Storia d'una illustre formula: il 'libero convincimento' negli ultimi trent'anni*, cit., 92.

²⁸ Così lo legge R. ORLANDI, *La procedura penale secondo Massimo Nobili*, cit., 25.

quell'illustre principio perché formulato al di fuori delle coordinate storico-politiche che ne determinarono la nascita e quindi, per paradosso, a prescindere dai canoni avvertiti dallo stesso Nobile come indefettibili per lo studio del diritto. Occorre risalire allo spirito illuminista che fece del convincimento libero la bandiera contro l'arbitrio del potere giudiziario e nel suo nome approdò ad un punto di accettabile equilibrio nel rapporto tra legge e giudice. Da questo punto di vista, al netto di fraintendimenti e distorsioni cui fu ciclicamente esposto, la valenza liberale del principio resta intatta.

Lo dimostrano le vicende dei giorni nostri, successive alla controriforma dei primi anni '90. Fu dapprima il legislatore a reagire all'onda restauratrice, consacrando l'assetto accusatorio nella Costituzione, dove ora è racchiuso il contraddittorio per la prova, ponendo così fine all'indiscriminato impiego degli atti di indagine. E nel medesimo solco si porrà la Corte costituzionale, che si sbarazzerà finalmente degli impulsi ad opporre il convincimento libero alla disciplina probatoria²⁹.

Si volta così pagina rispetto all'"anarchia nelle operazioni conoscitive del giudice"³⁰, che il codice del 1988 ha con forza voluto superare, facendo della legalità della prova il perno del nuovo assetto. In parallelo, la garanzia del contraddittorio inteso come metodo di accertamento, ora racchiusa in Costituzione, nel pretendere un processo di marchio accusatorio, funge da argine alle degenerazioni imposte al libero convincimento, la cui valenza liberale – come dimostra la storia – è legata in modo indissolubile a quell'unico modello.

Non dobbiamo però cullarci sugli allori. Formatosi all'insegnamento di Nobile, siamo consci che l'equilibrio cristallizzato nelle norme non sarà mai stabile, ma possiede una precarietà intrinseca, esposto com'è alle mutevoli concezioni del rapporto tra individuo e autorità.

Segnali affiorano costantemente, sotto forma di crepe e smottamenti del modello processuale accolto dal codice. Uno fra tutti, il peso preponderante assunto dalla fase investigativa a discapito del dibattimento, le cui radici affondano nelle fragilità congenite del disegno concepito nel 1988, a cui Nobile guardò sin da subito con

²⁹ È lo stesso Nobile a segnalarlo: a partire dalle pronunce del 2002 (la sentenza n. 32 e le ordinanze n. 36, 293, 365 e 431) "le formule prodigiose dell'"apriti Sesamo" hanno lasciato sbarrati – questa volta – i portoni della Consulta" (M. NOBILI, *Storia d'una illustre formula: il 'libero convincimento' negli ultimi trent'anni*, cit., 84).

³⁰ Nella calzante definizione di E. AMODIO, *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, cit., 311.

preveggenza preoccupazione³¹. Quanto alta sia la posta in gioco possiamo ben misurarla: marginalizzato il giudizio, della legalità probatoria resteranno solo macerie.

Altro fronte aperto sul versante valutativo è la questione della prova scientifica, il cui progressivo irrompere nei processi contemporanei solleva l'interrogativo del se e del come il giudice sia capace di apprezzarne i risultati secondo criteri autonomi e razionali o, viceversa, sia destinato ad esserne travolto, esautorato nelle sue precipue funzioni dallo scienziato-tecnologo, o peggio, da una macchina.

Sono questioni dirimenti, che ruotano, a ben vedere, intorno al significato che si vuole attribuire all'*intime conviction*: argine contro l'arbitrio o espediente per legittimarlo. La scelta tra l'alternativa, pacifica per quanti hanno a cuore il modello accusatorio prediletto dagli illuministi, è tuttavia gravata da molte e pesanti insidie: occorre vigilare.

ABSTRACT

Il pensiero di un gigante come Massimo Nobile, condensato nell'opera – Il principio del libero convincimento del giudice – che, più di ogni altro suo scritto, ha contribuito a forgiare il modello processuale vigente, ci consente di apprezzare il valore delle scelte sistematiche compiute dal “codice dei professori” ed insieme svelarne in nuce le congenite fragilità, destinate ad incidere sull'attuale crisi. La bussola che il grande studioso ci consegna per districarsi nel presente e progettare il futuro è un metodo scientifico che espande la materia del giurista oltre i ristretti confini normativi, fino a comprendere gli sfondi culturali e politici.

L'involuzione subita da quell'“illustre principio”, da vessillo di un sistema ispirato agli ideali illuministi a grimaldello dei limiti al potere giudiziale, rappresenta infatti l'esempio più eclatante di come lo studio del processo debba spingersi oltre l'astratto reticolo delle norme.

La natura cangiante del principio, ricostruita lungo un itinerario secolare, dall'epoca dei lumi fino agli anni '70 del '900, ci consente di aprire una finestra sul presente, dove il libero convincimento, correttamente inteso, fornisce le fondamenta ad una nuova disciplina del conoscere giudiziale, pilastro, tra i più significativi, del codice di rito del 1988. Ma è proprio la bussola fornitaci dal Maestro a renderci consapevoli che neppure l'argine dell'attuale assetto normativo ci pone al riparo dalla violazione delle regole

³¹ Sin dall'esordio del nuovo codice gli parve poco convincente la figura inerme del giudice per le indagini preliminari, “senza occhi” e “senza braccia” (*La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Bologna, CLUEB, 1989, 9), destinata a compromettere il modello dell'“inchiesta di parte” concepito da Carnelutti (*Time danaos: risalenti profezie*, in *Scenari e trasformazione del processo penale*, Padova, Cedam, 1998, 68 ss.).

probatorie, dalla minaccia sempre latente nella prassi processuale di un superamento dei confini legali in nome di obbiettivi asseriti superiori, come l'onnivora ricerca della verità materiale o l'assorbente attuazione della potestà punitiva.

PAROLE CHIAVE

Libero convincimento – Prove legali – Sistema accusatorio – Regole probatorie –
Principio del contraddittorio – Presunzione di innocenza –
Verità materiale – Difesa sociale

* * *

ON THE SHOULDERS OF GIANTS: THE PAST, PRESENT, AND FUTURE OF CRIMINAL
PROCEDURE THROUGH THE LENS OF MASSIMO NOBILI

ABSTRACT

The thoughts Massimo Nobili condensed in the work of his that most contributed to shaping the currently in force Italian criminal procedure – Il principio del libero convincimento del giudice – allow us to both appreciate the value of the systematic choices that went into the making of the “professors’ code”, and to reveal its congenital weaknesses, doomed to affect the current crisis. The great scholar bequeathed us a compass to disentangle the present and to plan the future; a compass made of a scientific method capable of expanding the lawyer’s field beyond the narrow confines of norms, to also encompass the cultural and political background.

How that “illustrious principle” devolved – from the palladium of a system inspired by the ideals of the Enlightenment to a lockpick used to force open the limits to judicial power – represents the most egregious proof of the need for criminal procedure studies to push themselves beyond the abstract lattice of statutes.

The mutable nature of the principle, as it has been reconstructed in its centuries-long journey, from the Enlightenment to the 1970s, allows us to reflect on the present, where intime conviction, in its correct understanding, provides us with the foundations of a new statutory framework for judicial knowledge-seeking, which serves as one of the most significant pillars of the 1988 code of criminal procedure. Indeed, it is the compass that the illustrious scholar bequeathed us that makes us conscious that not even the confines of the current statutes can defend us from the violations of evidentiary rules and the ever-looming threat of trespassing legal safeguards so as to pursue allegedly superior ends, such as the omnivorous beseeching of factual truth or exercising punitive power.

KEYWORDS

Intime conviction – Conclusive presumption – Adversarial system – Strict rules of evidence – *Audiatur et altera pars* – Presumption of innocence – Factual truth –
Crime prevention