

GIOVANNI ESPOSITO

OSSERVAZIONI SUL DISCORSO PROBATORIO
NEL NUOVO RITO PENALE

1) *Il tema probatorio nella legge-delega del 1987*

Il legislatore delegante del 1987 affida al discorso sulla prova numerose direttive; e ciò fa opportunamente, dal momento che il modello processuale cui si ispira il nuovo rito penale si connota, in modo particolare, sul terreno della « conoscenza giudiziaria » che, pertanto, ne risulta uno dei momenti altamente qualificanti, sia sotto il profilo strutturale sia in sede funzionale, come si vedrà nelle analisi particolareggiate delle singole disposizioni di legge.

Tornando alla legge delega, essa — si diceva — affronta numerose volte la problematica in esame; già in sede di « preambolo » si ritrova un riferimento, sia pur non esplicito, al meccanismo probatorio quando si afferma che « il codice di procedura penale deve attuare i principi della Costituzione ed adeguarsi alle norme delle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia e relative ai diritti della persona ed al processo penale. *Esso inoltre deve attuare nel processo penale i caratteri del sistema accusatorio, secondo i principi ed i criteri che seguono* ».

Com'è evidente, il richiamo al modello processuale accusatorio direttamente si collega al momento conoscitivo-probatorio, segnatamente sotto l'aspetto del rapporto tra i soggetti protagonisti della vicenda penale ed i dati di prova (ma sul punto torneremo più oltre); dopo questa previsione « ad ampio spettro », seguono numerose direttive, come detto, che « scandiscono » i singoli tempi della dinamica probatoria: senza alcuna pretesa di completezza e rinviando il lettore, su tematiche particolari, alle relative sedi, ne richiamiamo, dunque, le principali (1).

(1) Circa i rapporti tra legge-delega e progetto preliminare sulla tematica in esame, cfr. MONDELLO, *Interrogativi sulla compatibilità tra progetto e delega nella disciplina concernente le prove e il dibattimento*, in *Giust. pen.*, 1988, I, 734 ss.

La direttiva n. 3, innanzitutto, affronta il problema, nodale, della parità partecipativa delle parti (specificamente accusa e difesa) e così si esprime: « partecipazione dell'accusa e della difesa su basi di parità in ogni stato e grado del procedimento; facoltà del pubblico ministero e delle altre parti, dei difensori e della persona offesa di indicare elementi di prova e di presentare memorie in ogni stato e grado del procedimento; obbligo del giudice di provvedere senza ritardo e comunque entro termini prestabiliti sulle richieste formulate in ogni stato e grado del procedimento dal pubblico ministero, dalle altre parti e dai difensori » (2).

Solo incidentalmente ricordiamo ancora la direttiva 40 che disciplina l'istituto dell'incidente probatorio, com'è noto momento eccezionale di anticipata acquisizione probatoria.

Al discorso, invece, che qui stiamo sviluppando si riferisce, in maniera immediata, la direttiva n. 69: « disciplina della materia della prova in modo idoneo a garantire il diritto del pubblico ministero e delle parti private ad ottenere l'ammissione e l'acquisizione dei mezzi di prova richiesti, salvo casi manifesti di estraneità ed irrilevanza ».

Più nello specifico, ai rapporti tra pubblico ministero e difensori da un lato e imputato, testimoni e periti dall'altro, provvede la direttiva 73: « esame diretto dell'imputato, dei testimoni e dei periti da parte del pubblico ministero e dei difensori, con garanzie idonee ad assicurare la lealtà dell'esame, la genuinità delle risposte, la pertinenza al giudizio e il rispetto della persona, sotto la direzione e la vigilanza del presidente del collegio o del pretore, che decidono immediatamente sulle eccezioni; previsione che l'esame dei testimoni minorenni possa essere effettuato in ogni momento dal giudice, tenute presenti le esigenze di tutela della personalità; potere del presidente, anche su richiesta di altro componente il collegio, o del pretore di indicare alle parti temi nuovi od incompleti utili alla ricerca della verità e di rivolgere domande dirette all'imputato, ai testimoni ed ai periti, salvo in ogni caso il diritto delle

(2) Sul tema specifico, cfr. CARULLI, *Dell'archiviazione e delle prove*, Jovene 1989, 85 ss.; AMODIO, *Non sarà un processo all'americana*, in *Studio legale*, 1988, n. 4, 6 ss.; GALLO *La riforma del codice di procedura penale: una scelta consapevole*, in *Leg. pen.*, 1989, 71 ss.; PISAPIA, *Un nuovo modello di processo*, ivi, 77 ss.

parti di concludere l'esame; potere del giudice di disporre l'assunzione di mezzi di prova » (3).

Per completezza, si riporta anche la direttiva n. 75, relativa al dibattimento: « obbligo del giudice del dibattimento di assumere, salvo che risulti superfluo l'assumere, le prove indicate a discarico dell'imputato sui punti costituenti oggetto delle prove a carico, nonché le prove indicate dal pubblico ministero a carico dell'imputato sui punti costituenti oggetto delle prove a discarico » (4); ai « segreti » è dedicata la statuizione n. 70: « previsione che il pubblico ministero o il giudice al quale venga opposto, nei casi consentiti dalla legge, dai pubblici ufficiali, dai pubblici impiegati e dagli incaricati di pubblico servizio, il segreto di Stato chieda conferma al Presidente del Consiglio dei ministri; previsione che, in caso di confermata segretezza, ove la conoscenza di quanto oggetto del segreto sia essenziale per la definizione del processo, venga dichiarato di non doversi procedere nell'azione penale per l'esigenza di un segreto di Stato; previsione che nessun tipo di segreto possa coprire fatti, notizie o documenti concernenti reati diretti all'eversione dell'ordinamento costituzionale; previsione dei casi di segreto professionale; previsione del segreto giornalistico limitatamente alle fonti delle notizie, salvo che le notizie stesse siano indispensabili ai fini della prova del reato per cui si procede e la loro veridicità possa essere accertata soltanto attraverso l'identificazione della fonte della notizia ».

Rispettando sempre l'architettura del nuovo codice, al mezzo di prova della testimonianza segue quello che riguarda il nuovo istituto dell'esame delle parti.

Oltre le direttive già citate, meritano qui menzione la n. 14, in tema di procedimenti connessi, e la n. 36 che si riferisce alla assunzione da parte di un determinato soggetto della qualità di imputato. Leggiamole; direttiva 14: « disciplina dell'istituto della

(3) Sull'argomento, cfr. AMODIO, *Perizia e consulenza tecnica nel quadro probatorio del nuovo processo penale*, in *Cass. pen.*, 1989, 170 ss.; FREDAS, *L'avvocato e il testimone nel nuovo processo penale*, *ivi*, 317 ss.; TRANCHINA, *Garanzie nuove per la difesa tecnica nel processo penale di domani*, in *R.I.D.P.P.*, 1989, 469 ss.

(4) Sul tema, v. BONETTO, *La formazione della prova nel dibattimento*, in *Quaderni CSM*, 1989, 471; ZAPPALÀ, *Prime note sugli atti utilizzabili per il giudizio nelle legge delega del 1987 per il nuovo codice di procedura penale*, in *Leg. pen.*, 1988, 95 ss.

connessione con espressa previsione dei relativi casi; esclusione di ogni discrezionalità nella determinazione del giudice competente; esclusione della connessione nel caso di imputati minorenni; disciplina dei casi di separazione dei procedimenti anche in grado di appello»; direttiva 36: «assunzione della qualità di imputato da parte della persona cui è attribuito un reato nella richiesta del giudizio immediato o direttissimo o per decreto, dell'udienza preliminare, ovvero nella richiesta di una misura di coercizione personale o reale, o comunque nei cui confronti viene formulata una imputazione; estensione delle garanzie previste per l'imputato alla persona nei cui confronti vengono compiuti atti suscettibili di utilizzazione probatoria nell'udienza preliminare, nel giudizio o comunque ai fini decisori».

In relazione ai confronti, alle ricognizioni ed agli esperimenti giudiziali, la legge-delega parla di questi singoli mezzi di prova in diverse disposizioni, segnatamente per evidenziare i soggetti processuali legittimati alla loro realizzazione; al riguardo, si riporta la direttiva n. 37 («potere-dovere del pubblico ministero di compiere indagini in funzione dell'esercizio dell'azione penale e dello accertamento di fatti specifici, ivi compresi gli elementi favorevoli all'imputato; potere del pubblico ministero, ai fini suddetti, di interrogare l'imputato, di raccogliere informazioni, di procedere a confronti, a individuazioni di persona e di cose, ad accertamenti tecnici, ad ispezioni, di disporre perquisizioni, sequestri e, previa autorizzazione del giudice, intercettazioni di conversazioni e di altre forme di comunicazione; possibilità che il pubblico ministero, nei casi di urgenza, disponga direttamente l'intercettazione, che deve essere convalidata entro quarantotto ore dal provvedimento del pubblico ministero; divieto a pena di nullità insanabile di utilizzazione di intercettazioni compiute in mancanza di provvedimento di convalidato potere del pubblico ministero di avvalersi per le indagini della polizia giudiziaria, che non può essere delegata ad interrogare l'imputato né ad effettuare il confronto con il medesimo; obbligo del pubblico ministero di documentare l'attività compiuta secondo specifiche e differenziate modalità»), nonché la n. 47 («obbligo del pubblico ministero, qualora sia prevista l'autorizzazione a procedere, di farne richiesta prima di chiedere l'udienza preliminare o il giudizio immediato nei confronti della persona per la quale occorre l'autorizzazione, e comunque non oltre trenta giorni dalla iscrizione nel registro indicato nel numero trentacin-

que), del nominativo della persona il cui reato è attribuito e rispetto alla quale è prevista l'autorizzazione; prima dell'autorizzazione stessa e fuori del caso di flagranza dei delitti previsti dalle lettere a) e b) del numero 32), divieto di disporre misure di coercizione personale nei confronti della persona per la quale occorre l'autorizzazione e di sottoporla a perquisizioni personali e domiciliari, a ispezioni personali, a ricognizioni e confronti, e ad intercettazioni di comunicazioni; potere di assumere l'interrogatorio della persona per la quale occorre l'autorizzazione, solo se questa ne fa istanza »).

Circa la perizia, il legislatore delegante si è preoccupato di dedicare ad essa una specifica direttiva, la n. 10: « riordinamento dell'istituto della perizia, assicurando la più idonea competenza tecnica e scientifica dei periti, nonché, nei congrui casi l'interdisciplinarietà della ricerca peritale e la collegialità dell'organo cui è affidata la perizia; tutela dei diritti delle parti rispetto alle perizie; previsione di sanzioni a carico del perito in caso di ingiustificato ritardo nel deposito della perizia » (5).

Infine, in riferimento all'ultimo mezzo di prova (documenti) le direttive ancora da ricordare, oltre quelle già citate innanzi in relazione ad altri istituti, sono: la n. 30 (« previsione della trasmissione, in casi predeterminati, di informazioni e di copie di atti, anche coperti da segreto, ad altra autorità giudiziaria penale, e, ai fini della prevenzione di determinati delitti, al Ministero dell'interno; facoltà del destinatario della richiesta di trasmissione di rigettarla con decreto motivato »); la n. 31 (« potere-dovere della polizia giudiziaria di prendere notizia e di descrivere i fatti costituenti reato compilando i verbali relativi alle attività compiute, di assicurare le fonti di prova e di impedire che i reati vengano portati ad ulteriori conseguenze; obbligo della polizia giudiziaria di riferire al pubblico ministero immediatamente e comunque non oltre quarantotto ore, anche oralmente, la notizia del reato indicando le attività compiute e gli elementi sino ad allora acquisiti con divieto di ogni utilizzazione agli effetti del giudizio, anche attraverso testimonianza della stessa polizia giudiziaria, delle dichiarazioni ad essa rese da testimoni o dalla persona nei cui confronti vengono svolte le indagini, senza l'assistenza della difesa; potere-dovere della polizia giudiziaria, sino a che il pubblico ministero non abbia impartito le direttive per lo svolgimento delle indagini, di raccogliere ogni elemento utile alla

(5) Sul punto, cfr. AMODIO, *Perizia e consulenza tecnica*, cit.

ricostruzione del fatto e alla individuazione del colpevole e di assumere sommarie informazioni da chi non si trovi in stato di arresto o di fermo, con l'assistenza del difensore; potere-dovere della polizia giudiziaria di compiere gli atti ad essa specificatamente delegati dal pubblico ministero e di svolgere, nell'ambito delle direttive da esso impartite, tutte le attività di indagine per accertare i reati, nonché le attività richieste da elementi successivamente emersi, informando, in tal caso, prontamente il pubblico ministero; potere-dovere della polizia giudiziaria di procedere, in casi predefiniti di necessità e di urgenza, a perquisizioni ed a sequestri; potere-dovere della polizia giudiziaria di assumere sul luogo o nell'immediatezza del fatto, anche senza l'assistenza del difensore, notizie ed indicazioni utili ai fini dell'immediata prosecuzione delle indagini, con divieto di ogni documentazione e utilizzazione processuale, anche attraverso testimonianze della stessa polizia giudiziaria; previsione specifica di garanzie difensive, tra le quali devono essere comprese quelle relative agli atti non ripetibili »); ed, infine, la n. 76 (« previsione, a condizioni specificamente determinate, del diritto delle parti di richiedere e del potere del giudice di disporre, anche d'ufficio, la lettura in dibattimento degli atti indicati nel n. 57) del presente articolo; facoltà delle parti di utilizzare, per le opportune contestazioni, gli atti depositati ai sensi del n. 58) del presente articolo; potere del giudice di allegare nel fascicolo processuale, tra gli atti utilizzati per le contestazioni, solo quelli assunti dal pubblico ministero cui il difensore ha diritto di assistere e le sommarie informazioni assunte dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero nel corso delle perquisizioni ovvero sul luogo e nell'immediatezza del fatto; previsione di una specifica, diversa disciplina per gli atti assunti dal pubblico ministero di cui è sopravvenuta una assoluta impossibilità di ripetizione ») (6).

Veniamo ora ai singoli mezzi di ricerca delle prove; delle ispezioni, delle perquisizioni e dei sequestri già trattano alcune delle direttive riportate innanzi: si rinvia, in particolare, a quelle dei nn. 31 - 37 - 47.

In questa specifica sede si riporta la direttiva n. 38 che imme-

(6) Al riguardo, v. BELLAGAMBA, *L'utilizzazione degli atti, la valutazione della prova*, in *quaderni CSM*, 1989, 543 ss.; BONETTO, *La formazione della prova*, cit.; CAVALLARI, *Organizzazione giudiziaria, ricerca e acquisizione della prova*, in *Giust. pen.*, 1987, III, 193 ss.

diatamente riguarda il « momento difensivo »: (« diritto dell'imputato di nominare un difensore; previsione specifica degli atti del pubblico ministero ai quali il difensore ha diritto di assistere, tra cui devono essere compresi l'interrogatorio e i confronti con l'imputato, nonché le perquisizioni e le ispezioni; previsione del diritto del difensore di ricevere avviso del compimento degli atti cui ha diritto di assistere, escluse le perquisizioni e i sequestri; disciplina del deposito degli atti compiuti dal pubblico ministero e previsione di ipotesi di dilazione del deposito in relazione a gravi motivi; obbligo del pubblico ministero di comunicare all'imputato e, in copia, alla persona offesa gli estremi dei reati per cui sono in corso le indagini, a partire dal primo atto al quale il difensore ha diritto di assistere »).

Chiudiamo questa elencazione (che certo risulterà utile nel prosieguo del presente lavoro quando analizzeremo le singole norme del codice di rito relative, in particolare, al tema probatorio, verificandone la « conformità » o meno alla volontà del legislatore delegante) riportando la direttiva n. 41, che seppur in via non esclusiva, affronta analiticamente il problema delle intercettazioni di conversazioni (o comunicazioni): (« determinazione della disciplina delle intercettazioni di conversazioni e di altre forme di comunicazione in attuazione dei seguenti principi:

a) predeterminazione dei reati per i quali sono ammesse le intercettazioni e di quelli per i quali sono utilizzabili le intercettazioni effettuate in un diverso processo;

b) predeterminazione della durata e delle modalità delle intercettazioni disposte;

c) annotazione in apposito registro dei decreti motivati che dispongono o prorogano le intercettazioni;

d) individuazione degli impianti presso cui le intercettazioni telefoniche possono essere effettuate;

e) conservazione obbligatoria presso la stessa autorità che ha disposto l'intercettazione, della documentazione integrale delle conversazioni e delle altre forme di comunicazioni intercettate; determinazione dei casi nei quali, a garanzia del diritto alla riservatezza, tale documentazione deve essere distrutta;

f) previsione di sanzioni processuali in caso di intercettazioni compiute in violazione della disciplina di cui alle lettere precedenti »).

2) Prova e modello processuale accusatorio

Prima di affrontare, nello specifico, l'analisi delle norme che nel nuovo codice di rito penale regolano la materia probatoria, non sarà inopportuna qualche, pur rapida, riflessione in ordine a quella che, con espressione sintetica ma efficace, può definirsi « cultura del rituale accusatorio »; essa si storicizza all'interno di quelle realtà sociali nelle quali « gli individui contano qualcosa » e la vicenda processuale non si propone come « un'avventura in cui l'agonista ha tutto e tutti contro e solo al miracolo può puntare » (7).

In altri termini, meccanismo inquisitorio e meccanismo accusatorio sono naturalmente agli antipodi, individuando due modi, del tutto diversi, di intendere ciò che nel processo accade: il primo concepisce un giudice al quale la legge accorda illimitato e totale credito — e ciò spiega, tra l'altro, perché all'inquisito non sia permesso quasi mai interloquire —; nel secondo vige, viceversa, *la regola del dialogo* (8): ciò che si fa nel giudizio accade pubblicamente; non solo, ma, in particolare, tutte le iniziative tese alla formazione della prova in tanto sono ortodosse ed efficaci in quanto compiute con la partecipazione originaria ed autentica di tutti i contraddittori. Dunque, il sistema accusatorio determina, altresì, « agonismo paritetico reale » e può dirsi che più accusatorietà avremo quanto meno... conterà (ovviamente, in termini di incidenza operativa all'interno, nello specifico, della tematica probatoria) il giudice, così essendo « autenticamente terzo ». Conseguo, sempre sul terreno segnatamente probatorio, che tale sistema realizza un dominio (quasi) totale della prova e dei relativi « veicoli » nelle mani delle parti, solo residuale, eventuale ed eccezionale essendo la

(7) Le espressioni virgolettate sono di CORDERO, *Guida alla procedura penale*, 1986, 42 ss.

(8) (Attenzione: inquisitorio può rimanere lo spirito con cui si « intendono » le norme e questa è una situazione più difficilmente superabile, poiché attiene non al dato positivo, bensì a quello squisitamente culturale e, se si vuole, di costume). Sull'argomento, V. FERRUA, *Scelte accusatorie e reviviscenza inquisitoria nel nuovo processo penale*, in *Difesa penale*, 1989; SIRACUSANO, *Vecchi schemi e nuovi modelli per l'attuazione di un processo di parti*, in *Leg. pen.*, 1989, 84 ss.; VASSALLI, *Il nuovo codice di procedura penale: spigolature ed osservazioni*, in *Leg. pen.*, 1988, 72.

incidenza del giudice al riguardo (9); qui davvero l'«operazione-prova» costituisce una verifica argomentativa. Oltre le note polivalenze del termine «prova» e le altrettanto note (e numerose) classificazioni fatte dalla dottrina in ordine alla prova, essa è, sempre e comunque, un'operazione che mira alla ricerca della verità: non a caso i greci — che dei rapporti tra linguaggio e concetto se ne intendevano non poco — chiamavano la verità con il termine «*alètheia*», cioè non-oblio, memoria, ricordo; *verità come recupero di memoria*, dunque. Per i romani, la «*probatio*» ha radice comune a «*probus, probum*», ciò che è buono, giusto, corretto (10).

Nel sistema accusatorio la prova è sempre, come già osservato innanzi, ricercata e voluta dalle parti che, conseguentemente, la verificano in un contraddittorio reale, contraddittorio che, in tal modo, è *per* la prova, non *sulla* prova (siccome, appunto, accade nei sistemi inquisitori e misti, dove l'«*audiatur et altera pars*» è soltanto sovrastruttura, impalcatura fittizia, in quanto tale influente su di un meccanismo conoscitivo-probatorio già compiuto, già realizzato, per cui quello che si instaura è *contraddittorio apparente*, non reale). Corollario di tanto è che, nel sistema accusatorio, la prova si «forma» davanti al giudice, sotto i suoi occhi, nella pienezza del dibattimento (invero, anche l'incidente probatorio — momento eccezionale di anticipata formazione della prova — è istituito che, pur con tutte le riserve di cui si dirà ampiamente più oltre, un certo contraddittorio reale lo rispetta e lo realizza).

Il nuovo rito penale italiano si pone, sulla specifica problematica circa i modelli processuali riguardati nell'ottica probatoria, come un

(9) Sul tema, V. CARULLI, *Dell'archiviazione e delle prove*, Iovene 1989, 93 ss.; MENCARELLI, *L'utilizzazione e l'acquisizione delle prove nel nuovo processo penale*, in *Giust. pen.*, 1989, III, 84 ss.; NOBILI, *Concetto di prova e regime di utilizzazione degli atti nel nuovo codice di procedure penale*, in *Foro it.*, 1989, 274 ss.; PISAPIA, *Un nuovo modello*, cit.

(10) Sempre CORDERO, sul tema, così si esprime: «ogni ipotesi sul passato esige analisi che la verifichino. Chiamiamo prova quest'operazione» (Guida alla procedura penale, 1986, 318).

Sul tema, oltre gli Autori citati in precedenza, v. ILLUMINATI, *Il nuovo dibattimento: l'assunzione diretta delle prove*, in *Foro cit.*, 1988, 357 ss.

In ordine al rapporto prova-procedimento probatorio-processo, si rinvia a Siracusano, in *Manuale di Diritto processuale penale*, Giuffrè, 1990, I, 371 ss.

sistema « a tendenza accusatoria » (11); come tale ha in sé istituti che... divaricano rispetto alle linee-guida dell'accusatorietà pura (si pensi, sul tema, alla valenza probatoria degli atti non ripetibili compiuti nella fase preliminare, la cui « pericolosità genetica » non può dirsi certo superata del tutto dalle garanzie, più formali che sostanziali, previste; ancora, a quelle acquisizioni probatorie che restano « saldamente » nelle mani del pubblico ministero) (12).

Per tornare soltanto un attimo al discorso introduttivo, va detto che il « diritto alla prova », inteso nella sua più lata accezione, è sicuramente momento nodale del diritto di difesa (qui non si può certo non ricordare l'Opera del Carulli, *La difesa dell'imputato*, con tutte le sue implicazioni « datate », nonché quanto ebbe ad osservare il Vassalli in un suo famoso scritto, vale a dire il « diritto di difendersi *provando* »).

Tanto rilevato, davvero a schema, in ordine ai connotati-base del sistema inquisitorio e di quello accusatorio, avviciniamoci ora all'analisi di quanto previsto, sul tema, dal nuovo codice di procedura penale; una prima visione d'insieme consente di dire che esso contiene una precisa architettura normativa sulla prova divisa in tre parti: 1) disposizioni generali; 2) mezzi di prova; 3) mezzi di ricerca della prova. I « veicoli » sub 2) sono così individuati: testimonianza, esame delle parti, confronti, riconoscizioni, esperimenti giuridici, perizia, documenti; quelli sub 3) sono: ispezioni perquisizioni, sequestri, intercettazioni di conversazioni o comunicazioni.

3) *I principi informatori del nuovo impianto processuale in ordine al discorso probatorio. Le disposizioni generali* (artt. 187-193)

Il sistema in esame individua i seguenti dati-base che possono così riassumersi:

- a) sostanziale unità delle regole probatorie;
- b) normativa generale sulle prove;

(11) V. AMODIO, *Non sarà un processo all'americana*, cit.; GALLO, *La riforma*, cit.; SIRACUSANO, *Vecchi schemi e nuovi modelli*, cit.

Su di un piano più ampio e generale, cfr. CONSO, *Problemi di metodo e scelte di fondo*, in *Giust. pen.*, 1988, I, 513 ss.

(12) Sull'argomento specifico circa la parità partecipativa tra accusa e difesa sul terreno probatorio V. ampiamente CARULLI, *Dell'archiviazione e delle prove*, cit., 85 ss.

c) dicotomia, già citata innanzi, « mezzi di prova-mezzi di ricerca della prova » legislativamente prevista, a superare in tal modo le infinite classificazioni dottrinali (più o meno reali e fondate) per offrire all'interprete ed all'operatore punti precisi di riferimento: ciò, naturalmente, non sta affatto a significare che la classificazione data sia quella esatta e definitiva, ma, almeno a livello normativo si hanno « momenti di certezza » che non possono non essere visti con oggettivo favore.

Tutto il sistema normativo indicato, nelle sue tematiche portanti, ruota sul concetto di « triangolarità operativa reale » tra accusa, difesa e giudice, quest'ultimo essendo momento terminale, di sintesi dell'attività conoscitiva realizzata; ogni devianza rispetto a questa figurazione logico-geometrica determina guasti irreparabili e, in fine, il fallimento di tutto l'assetto probatorio all'interno del sistema disegnato: da qui l'assoluta necessità del rispetto autentico e totale delle regole, nonché dei rispettivi ruoli (ma su ciò torneremo oltre).

Verifichiamo ora le fondamentali norme d'ordine generale che, nel nuovo rito penale, disciplinano il tema probatorio nella sua specifica ottica, appunto, a tendenza accusatoria.

A) Con l'art. 187 si statuiscono i confini precisi dell'oggetto della prova; in questo modo la « domanda-azione » avrà contorni definiti e netti che non potranno essere valicati con conseguenti proliferazioni illimitate di vicende penali (13).

B) Disciplinando poi le prove non previste specificamente, lo art. 189 introduce il principio di non tassatività dei mezzi di prova; meglio, viene codificata una sorta di « tassatività aperta » e questo mi sembra del tutto ortodosso in relazione ad un sistema « di marca » accusatoria, dove, appunto, il meccanismo probatorio appartiene per intero alle parti (14). Viceversa, una simile previsione, nel vecchio sistema avrebbe ingenerato incredibili disfunzioni (ecco perché crediamo che la migliore dottrina ben ha ritenuto, per il passato, di seguire la strada della tassatività, stante il relativo impian-

(13) Al riguardo, v. CARULLI, *op. cit.*, 88.

(14) Salva l'ipotesi di cui al successivo art. 190, 2 per il quale le prove vengono ammesse di ufficio, Su questo tema cfr. CARULLI, *op. e loc. ult. cit.*; ZAPPALÀ, *Il principio di tassatività dei mezzi di prova nel processo penale*, GIUFFRÈ, 1982.

to normativo): i limiti operativi sono due ed attengono all'idoneità del mezzo probatorio ai fini dell'accertamento della verità ed al non-pregiudizio per la libertà morale della persona.

C) La prova come *diritto* è trattata nell'art. 190: la relativa violazione trova immediato e puntuale riscontro nella ricorribilità per cassazione ex art. 606.1, lett. d) (15).

D) Il profilo della patologia, invece, trova la sua collocazione nell'art. 191 che introduce la regola di esclusione della inutilizzabilità (istituto, per altro, non ignoto al vecchio sistema), categoria che aggredisce direttamente la « sostanza » dell'atto e non il suo momento meramente formale, siccome avviene per le nullità: anche qui vi è un preciso aggancio in sede di ricorribilità ai sensi e per gli effetti di cui al citato art. 606.1, lett. c) (16).

E) Il rapporto tra momento probatorio, libero convincimento ed obbligo di motivazione (centrale, rispetto a tutta la vicenda penale) viene regolato dal successivo art. 192. La norma è di quelle « nate tormentate »: invero, la sua prima stesura nel progetto preliminare viene mutata, e di molto, nel testo definitivo; tra le « variazioni », una riguarda la eliminazione dell'espressione « con

(15) Circa lo specifico tema, ma anche in relazione a quanto si dirà oltre, si rinvia il lettore all'Opera del CARULLI, *Dell'archiviazione*, cit., 93 ss. All'esercizio del diritto alla prova da parte dei difensori è dedicato l'art. 38 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura 32 bis penale; la norma così dispone:

«1. Al fine di esercitare il diritto alla prova previsto dall'Articolo 190 del codice, i difensori, anche a mezzo di sostituti e di consulenti tecnici, hanno facoltà di svolgere investigazioni per ricercare e individuare elementi di prova a favore del proprio assistito e di conferire con le persone che possono dare informazioni.

2. L'attività prevista dal comma 1 può essere svolta, su incarico del difensore, da investigatori privati autorizzati ».

(16) Sull'argomento, oltre CARULLI, *op. cit.*, 99-107, v. MENCARELLI, *L'utilizzabilità e l'acquisizione delle prove nel nuovo sistema processuale*, in *Giust. pen.*, 1989, III, 84 ss.; NOBILI, *Il regime di utilizzabilità degli atti e natura probatoria*, in *contributo allo studio del nuovo processo penale*, a cura di MELCHIONDA, Maggioli editore 189, 109 ss.; SIRACUSANO, *op. ult. cit.*, 382 ss.

Ricordiamo ancora la disposizione di cui all'art. 26 che disciplina le prove acquisite dal giudice incompetente. Sull'argomento, si vedono, tra gli altri, ILLUMINATI, *La riforma*, cit.; MENCARELLI, *L'utilizzazione*, cit.; BELLAGAMBA, *L'utilizzazione degli atti*, cit.; CAVALLERI, *Organizzazione giudiziaria*, cit.; FERRUA, *Scelte accusatorie*, cit.; ZAPPALÀ, *Prime note*, cit.

obbiettività e prudenza » riferita al giudice quando valuta la prova. Forse essa sarà suonata « offensiva » o forse altre, sconosciute a chi scrive, motivazioni reali hanno indotto ad una tale soppressione. Credo, molto sommessamente, che l'espressione « de qua » ben poteva rimanere, senza... offesa per nessuno, chiaro essendo il suo riferimento diretto ed immediato ad una precisa attività del giudice (valutazione, appunto, della prova) e non al suo « essere giudice »; in tal caso certo poteva parlarsi di frase inopportuna, atteso che il giudice è « naturalmente » obbiettivo, prudente, imparziale e quant'altro (17).

F) Ancora, e finalmente, viene risolto a livello normativo lo spinoso problema relativo alla valutazione delle dichiarazioni dei chiarimenti in correità (l'espressione è usata nella sua accezione più lata): queste sono valutate, dunque, insieme agli « altri elementi di prova » (meglio della dizione del progetto « alle prove o agli indizi ») che « ne confermano l'attendibilità » (art. 192.3).

Pertanto, nessuna valenza probatoria, più o meno esclusiva, ad esse, bensì una loro « lettura » di necessità sostenuta da momenti probatori esterni; per la verità si tratta della « traduzione normativa » di una tesi da tempo sostenuta da una parte della dottrina e della giurisprudenza (18); è il caso di ricordare anche altre previsioni della norma in esame: la prima, relativa agli indizi, per la quale essi devono essere « gravi, precisi e concordanti » al fine di poterne desumere l'esistenza di un fatto (art. 192.2), la seconda che si collega al discorso, già affrontato nel testo, in relazione alla chiamata di correo: per essa « la disposizione del comma 3 si applica anche alle dichiarazioni rese da persona imputata di un reato collegato a quello per cui si procede, nel caso previsto dall'art. 371, comma 2, lettera b) »: è, questo, il quarto (ed ultimo) comma dell'articolo in questione.

Si tenga presente che questa norma, siccome altre indicate specificamente nell'art. 245 delle norme di attuazione, di coordinamento

(17) Al riguardo, cfr., FASSONE, *L'utilizzazione degli atti, la valutazione della prova*, in *quaderni CSM*, 1989, 527 ss.; ILLUMINATI, *La riforma cit.*; In un'ottica più ampia relativamente al tema "processo-garanzie della persona", cfr. DALIA, in *Manuale di Diritto processuale penale*, cit., 35 ss.; Siracusano, *ivi*, 399 ss.

(18) Si rinvia, sul tema, a ESPOSITO G., *La chiamata in correità*, II ed., 1988, *Editoriale scientifica*, anche per ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

e transitorie, è applicabile ai procedimenti che continuano ad essere regolati dalle norme anteriormente vigenti.

G) In relazione poi ai limiti di prova la relativa disciplina appartiene all'art. 193; per tale previsione di legge il processo penale non « soffre » dei « limiti di prova stabiliti dalle leggi civili, eccettuati quelli che riguardano lo stato di famiglia e di cittadinanza ».

Come si rileva agevolmente, si tratta di una statuizione dall'ermeneutica assolutamente piana e coerente con tutto il nuovo impianto processuale.

4) *Alcuni rilievi circa i singoli mezzi di prova...*

Per la specifica natura e finalità del presente lavoro, sarebbe davvero un fuor d'opera soffermarsi sui dettagli ermeneutici delle singole regole probatorie introdotte dal nuovo sistema (attività, questa, da riservarsi ad una trattazione monografica); fatta, dunque, una tale necessaria e doverosa premessa, offriamo alcune notazioni in ordine ai singoli mezzi di prova, notazioni afferenti gli aspetti più salienti delle relative norme; partirei, peraltro, da un rilievo a proposito dell'espressione « mezzi di prova »: forse, meglio sarebbe parlare all'uopo, di « mezzi di giudizio » e la specificazione, com'è intuitivo, non è soltanto di natura terminologica.

1) Iniziando la nostra analisi dall'istituto della testimonianza, diciamo subito che esso viene puntualmente disegnato, nei suoi limiti e nel suo oggetto, nell'art. 194; di rilievo è poi la disciplina della c.d. « testimonianza indiretta » (cfr. art. 195): i nord-americani la chiamano, efficacemente, « second hand evidence ». Nel nostro nuovo sistema essa non ha « cittadinanza probatoria », ma serve soltanto per introdurre, nel giudizio, colui che *direttamente* conosce i fatti in esame; unica... salvezza di legge è data dai casi di morte, infermità di mente, irreperibilità del soggetto (art. 195.3) (19): quest'ultima evenienza — ma le altre, per vero, non sono da

(19) Sul tema, v. CARULLI, *op. cit.*, 104. Più in generale, cfr., FREDAS, *L'avvocato e il testimone*, *cit.*; FERRUA, *Oralità del giudizio e lettura di deposizione testimoniali*, GIUFFRÈ, 1981; NOBILI, *Concetto di prova*, *cit.*, Per delle puntuali notazioni in sede di diritto comparato, v. CORDERO G., *La testimonianza nel diritto inglese*, in *R.I.D.P.P.*, 1985, 194 ss.; Siracusano, *op. ult. cit.*, 408 ss.

meno! — determina, com'è intuitivo, momenti di estrema « fragilità » dell'istituto, nonché situazioni di concreto ed oggettivo pericolo sul terreno della conoscenza effettiva e dell'accertamento della verità.

Anche in questa ipotesi, eccettuato quanto da ultimo rilevato, la patologia è individuata in termini di inutilizzabilità.

Molto importante, oltre che concretamente positiva, è la previsione per la quale ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria non possono « deporre sul contenuto di dichiarazioni acquisite da testimoni » (art. 195.4), nonché su quelle rese dall'imputato ovvero dalla persona sottoposta alle indagini (sul punto, cfr. art. 66).

Un ultimo rilievo, soltanto in ordine cronologico, riguarda lo istituto dell'incompatibilità: l'art. 197 risulta, nel testo definitivo, opportunamente e profondamente modificato rispetto alla stesura del progetto preliminare che introduceva nel nuovo sistema l'incredibile figura del... « condannato-testimone » (20); ora vengono correttamente recuperate le ipotesi in cui vi è divieto di testimonianza per i coimputati del medesimo reato, per le persone imputate in un procedimento connesso, escluso naturalmente il caso di soggetto prosciolto con sentenza divenuta irrevocabile (le relative formule di proscioglimento non sono più elencate, essendo scomparso dal nuovo rito quella dubitativa). Gli altri divieti previsti nelle lettere b), c) d), dell'articolo in esame non offrono particolari problemi ermeneutici, per cui si rinvia alla loro semplice lettura.

Qualche parola sui « segreti »; oltre ad una articolata disciplina del segreto di Stato (cfr. art. 202) e di quello di ufficio (v. art. 201), il nuovo codice di rito si occupa compiutamente del segreto professionale (21), nello specifico per i giornalisti professionisti (art. 200):

(20) L'art. 197, nella sua prima dizione, così statuiva: « Incompatibilità con l'ufficio di testimone.

1. Non possono essere assunti come testimoni:

a) l'imputato e i coimputati di uno stesso reato o di un reato connesso a norma dell'articolo 12, salvo che essi siano stati prosciolti o condannati con sentenza non più soggetta a impugnazione;

b) il responsabile civile e il civilmente obbligato per la pena pecuniaria;

c) coloro che nel medesimo procedimento svolgono o hanno svolto la funzione di giudice, pubblico ministero o segretario».

(21) Si tenga a mente, al riguardo, la statuizione di cui all'art. 222 comma 4, norme di coordinamento che così recita:

« Ai fini di quanto previsto dall'articolo 200 del codice, l'investigatore auto-

la problematica è nota; sono in gioco principi di rilevanza costituzionale ed ora il legislatore ha voluto, per questi soggetti, una disciplina precisa. Tuttavia, la solita « salvezza » di cui al comma 3) dell'articolo in esame lascia di certo in piedi profonde perplessità, atteso che siamo in presenza di una norma che, se malamente gestita, può vanificare nel concreto il « diritto al segreto »: basta, invero, leggere la disposizione indicata per convincersi della fondatezza del nostro assunto (22).

Circa, infine, i testimoni, sospettati di falsità, reticenza ovvero renitenza, l'art. 207 individua una disciplina del tutto nuova che sottrae definitivamente al giudice quell'antico, incredibile potere-dovere in forza del quale il testimone, comunque, se « non in linea », rischiava l'arresto in udienza, un subitaneo giudizio ed, a volte, di finire la sua giornata con la... traduzione in carcere!

Coerentemente con i principi informatori del sistema accusatorio il testimone è ora ritenuto veicolo probatorio nelle mani delle parti; in quanto tale ed in questa veste entra e resta nel procedimento « de quo »; eventuali momenti di reità sua, ex art. 372 c.p., dovranno essere verificati a parte ed all'uopo, il giudice informerà il pubblico ministero trasmettendogli i relativi atti (cfr. art. 207.2) (23).

Da ultimo osserverei, proprio in ordine all'istituto della testimonianza, come a noi tutti sia assolutamente sconosciuta ogni tecnica culturale (ed operativa) relativa alle indagini sul terreno della prova: questo, in via generale; nello specifico, davvero occorrerà « inventare » il rapporto con il testimone *prima* del giudizio e, infine, *nel* giudizio. Ignoriamo, invero, tutti i comportamenti afferenti la c.d. « cross-examination » (di cui parleremo oltre), comportamenti che trovano le loro radici, tra l'altro, nella psicologia sperimentale, nella socio-linguistica, nella tecnica delle comunicazioni di

rizzato è equiparato al consulente tecnico (il rinvio, nello specifico, è alla lettera b) del primo comma, nonché del successivo, dell'art. 200 in esame).

(22) « Art. 200: (Segreto professionale)...

3. Le disposizioni previste dai commi 1 e 2 si applicano ai giornalisti professionisti... Tuttavia se le notizie sono indispensabili ai fini della prova del reato per cui si procede e la loro veridicità può essere accertata solo attraverso l'identificazione della fonte della notizia, il giudice ordina al giornalista di indicare la fonte delle sue informazioni ».

(23) Si veda, per l'applicabilità di questa regola anche ai procedimenti disciplinati dal vecchio codice, l'art. 245, norme di attuazione, *cit.*

massa. Per dirla con Gullotta « vi è domanda e domanda » ed il conseguente uso strategico può risultare decisivo nella determinazione del giudizio (24).

Non è questa la sede per una indagine puntuale su tale affascinante terreno: si dirà qui, soltanto a titolo esemplificativo, che tra accusa e difesa non vi è differenza sulle tecniche di escussione del *proprio* testimone: tutti e due si affidano a « domande aperte » (tipo: chi, cosa, come) dal momento che in sede di esame diretto si vogliono soltanto informazioni; ovviamente, essendo un « proprio » testimone, si sa *cosa può dare* e si comincia a « chiudere » con le domande nel momento in cui si vogliono maggiori dettagli (questa tecnica si definisce « sequenza ad imbuto »).

Nel contro-esame, vale a dire nella vera e propria *cross-examination*, le cose cambiano radicalmente: l'accusa si affida a « domande chiuse » con relative risposte disgiuntive (del tipo « sì o no »), mentre la difesa si serve essenzialmente di domande dichiarative (o retoriche): si tratta di proposizioni che solo apparentemente sono domande, ma in realtà affermano più di quanto richiedono (ad esempio: « lei dunque quel giorno ha visto il sig. Bianchi uscire di casa? »). D'altra parte, che nel contro-esame sia consentito « suggerire » la risposta è concretamente previsto nel nuovo codice: basta, all'uopo, leggere con attenzione la norma ex art. 499, in particolare il suo terzo comma, per comprendere agevolmente come tale assunto sia assolutamente incontestabile (25).

2) Circa l'esame delle parti specificamente si osserva come:

a) l'interrogatorio è un *diritto*, giammai un obbligo per lo imputato;

b) conseguentemente, egli può tacere del tutto (ovvero in parte): il suo silenzio non potrà avere alcuna significazione probatoria-processuale, individuando oggettivamente un dato *neutro*;

c) infine, per l'esame di persona imputata di reato connesso, la disciplina ex art. 210 riproduce, a grandi linee, quella del vecchio

(24) GULLOTTA, *L'uso strategico delle domande nel nuovo processo penale*, in *Un nuovo codice per una nuova giustizia, atti del convegno di Venezia* (7-9 ottobre 1988), a cura di E. FORTUNA e A. PADOAN, Cedana 1989, 161 ss.; DATILO, *A proposito dell'interrogatorio incrociato*, in *Giust. pen.*, 1989, 376 ss.

(25) Sull'argomento e nei termini indicati nel testo, cfr. GULLOTTA, *op. e loc. cit.*

combinato disposto ex artt. 348 bis-450 bis c.p.p.; naturalmente, non va dimenticato il necessario, fondamentale raccordo con il citato art. 192 in termini di valutazione probatoria (26).

3) Per gli altri mezzi di prova, non occorre alcun particolare momento di riflessione, ad eccezione dei seguenti rilievi:

a) la disciplina dei confronti e delle ricognizioni trova, nel nuovo sistema, una dettagliata analisi; in particolare, per la seconda, le relative norme (artt. 213-217), lette ed esaminate con la dovuta attenzione, consentono di rilevare momenti di assoluta originalità che, concretamente, vanno a superare antiche situazioni in ordine all'istituto « de quo » che fino ad oggi hanno finito con il vanificarne la pratica ed i relativi risultati: di rigore è, in questo caso, il rinvio alle dette disposizioni con conseguente, meditata riflessione.

b) a proposito della perizia, ne rileviamo in positivo l'articolata e puntuale determinazione, il rispetto autentico e pieno del principio del contraddittorio, il privilegio del metodo orale ed infine la previsione assolutamente nuova « del consulente », accanto alle parti, nel caso in cui non vi sia accertamento peritale (ovvero esso non sia stato accordato, pur se richiesto): siamo in presenza della figura anglosassone dell'« expert witness » (27).

c) per i documenti, la disciplina è finalmente unitaria; si distingue poi tra documento extra-processuale (mezzo di prova) e documento processuale come atto (verbale) rappresentativo di ciò che avviene nel dibattimento; sono infine banditi i documenti anonimi: ogni documento in tanto avrà cittadinanza processuale in quanto legato ad una precisa, chiara « paternità » (cfr. art. 240).

(26) Su tema, cfr. SELVAGGI, *Esame diretto e controesame*, in *Digesto*, 4^a ed., *Discipline penali*, Torino, 1989, oltre gli AA. citati nelle note immediatamente precedenti.

(27) Si ricordi ancora che il nuovo sistema prevede una più rigida disciplina in relazione alla nomina del perito (v. art. 221); che è del tutto nuova la formulazione del secondo comma dell'art. 225 per la nomina del consulente tecnico; che l'art. 227 privilegia, come detto nel testo la risposta orale immediata; che si innova in ordine alla disciplina delle comunicazioni relative alle operazioni peritali (v. art. 229); che, infine, si prevede la figura, cui pure si è fatto cenno, del consulente tecnico *fuori* dei casi di perizia (art. 233).

Alla figura del perito, infine, si riferiscono gli artt. 67-76, norme att., ai quali specificamente rinviamo. In dottrina, cfr., Siracusano, *op. cit.*, 420 ss.

Di nuova formulazione è infine la normativa relativa ai verbali di prove di altri documenti (art. 238) (28).

5) ... e sui singoli mezzi di ricerca della prova

Per essi (che meglio sarebbe definire *mezzi di acquisizione*) l'analisi delle relative norme non mostra particolarità di rilievo; nello specifico, le ispezioni e le perquisizioni (artt. 244-252) sono disegnate sulla falsariga del vecchio codice; rilevano, soltanto, l'art. 246 (ispezioni di luogo o di cose) che estende alle ispezioni locali alcune disposizioni già previste dall'art. 334, vecchio codice, ed ora nel successivo art. 250, nonché una più particolareggiata normativa in ordine, appunto, alle perquisizioni; si noti, poi, in relazione al sequestro come si distingue tra « corpo del reato », « cose pertinenti al reato » ed altri tipi di sequestro riferibili peraltro a misure cautelari: sequestro conservativo su beni dell'imputato, nonché quello preventivo su cose pertinenti al reato, la cui libera disponibilità può aggravare (ovvero protrarre) le conseguenze del reato o agevolare la commissione di altri reati (si rinvia, al riguardo, alle statuizioni contenute nel titolo secondo del libro quarto) (29).

Per le intercettazioni, dopo aver osservato come le relative norme si riferiscono a tutte le forme di telecomunicazione, corre l'obbligo di sottolineare che questo mezzo individua un potere essenzialmente nelle mani del pubblico ministero, rispetto al quale il giudice si pone concretamente come « garante della legalità » (cfr. art. 267). Si tenga presente inoltre quanto previsto a proposito dei divieti di utilizzazione delle intercettazioni: la relativa norma (art. 271), invero, prevede la inutilizzabilità nel processo sia delle intercettazioni illegit-

(28) Oltre le norme indicate, questo mezzo di prova è disciplinato ancora dagli artt. 234 (Prova documentale), 235 (Documenti costituenti corpo di reato), 236 (Documenti relativi al giudizio sull'apersonalità), 237 (Acquisizione di documenti provenienti dall'imputato).

Il capo in questione è chiuso dall'art. 241, relativo ai documenti falsi, nonché dagli artt. 242-243, rispettivamente dedicati alla traduzione di documenti e trascrizione di nastri magnetici ed al rilascio di copie.

(29) Al tema delle perquisizioni, ispezioni e sequestri guardano, per aspetti particolari, anche le norme di attuazione (v. artt. 79-88). Si vede, infine, l'art. 245.1, norme transitorie. Sul punto, v. CARULLI, *op. cit.*, 108.

time sia di quelle legittime ma dal contenuto non divulgabile (cfr. art. 271.2). Ancora, sono illegittime le intercettazioni effettuate fuori dei casi consentiti dalla legge ovvero in violazione del divieto ex art. 103.5, nonché quelle realizzate senza il rispetto delle regole di cui agli artt. 267, 268.1.3, ai quali si rinvia specificamente (30).

In ogni caso, la disciplina dei singoli mezzi di ricerca della prova risulta, nel nuovo rito penale, non soltanto assolutamente organica ed unitaria, ma anche omogenea e puntuale (31).

(30) Cfr. altresì gli artt. 89-90, norme att.

(31) Si tenga presente che per il citato art. 245, norme att., per i procedimenti che proseguono con le disposizioni anteriormente vigenti si osservano, tra l'altro, le statuizioni di cui agli artt. 246-257.

Per una compiuta visione dei singoli mezzi di ricerca della prova, v., Siracusano, *op. cit.*, 441 ss.