

INDICE

CAPITOLO I

DALLA PROVA DEL GIUDICE ALLA PROVA PER IL GIUDICE

Introduzione

La teorizzazione inquisitoria della prova

Il diritto alla prova nella Carta Costituzionale

Il modello accusatorio: la nuova cultura della prova

CAPITOLO II

IL DOMINIO DELLE PARTI NEL PROCEDIMENTO PROBATORIO E LA “RESIDUALITA” DEI POTERI DEL GIUDICE

L'evoluzione del diritto alla prova

Gli ambiti del diritto alla prova

Il procedimento probatorio

Le parti nel procedimento probatorio

I poteri probatori del giudice

CAPITOLO III

**IL PROCEDIMENTO PROBATORIO CON PARTICOLARE
RIFERIMENTO ALLE CONTESTAZIONI NELL' ESAME
TESTIMONIALE.**

Il principio del contraddittorio

I mezzi di prova tipici ed atipici, con particolare riferimento alla testimonianza

La disciplina della testimonianza indiretta

La capacità a testimoniare e le ipotesi di incompatibilità

L'esame delle parti

La "cross examination" nell'esame testimoniale

Le contestazioni all'esame testimoniale. Analisi storica

segue. L'attuale disciplina

segue. Il regime delle contestazioni nell'esame delle parti

CAPITOLO I

DALLA PROVA DEL GIUDICE ALLA PROVA PER IL GIUDICE

1.1 Introduzione.

L'assunzione delle prove è la fase centrale nonché cruciale del processo. Questa ha inizio in seguito all'ordinanza del giudice che ammette le prove richieste dalle parti (495 c.p.p.). In un processo ispirato ai principi del rito accusatorio, il momento probatorio acquista rilevanza e, senza dubbio, maggiore peso istituzionale¹.

La differenza tra i modelli processuali del 1930 e del 1988 è notevole e ha il fulcro essenziale nelle dinamiche probatorie che sono profondamente diverse: nel primo caso (1930) l'intero momento probatorio rientra nelle prevalenti pertinenze del giudice, mentre nel secondo (1988) la prova è riconducibile all'iniziativa delle parti². Distinzione significativa dal momento che segna la rotta per identificare e delineare due culture giuridiche e due concezioni ideali del processo penale, che i termini "*inquisitorio*" e "*accusatorio*" delineano solo in modo generale e superficiale.

In linea di massima, si può sin da questo momento affermare che il sistema inquisitorio basa la ricerca e la disamina probatoria sul segreto e

¹ Il Dibattimento Penale. II ed.. Luigi Grilli. CEDAM

² La Procedura Penale. Riccio – Spangher. Edizioni Scientifiche italiane

sulla scrittura, mentre il sistema accusatorio fonda la prova sul contraddittorio e sull'oralità.

Un primo contrasto meramente semantico tra il codice del 1930 e del codice del 1988 si riconduce ai due termini “*istruzione*” e “*dibattimento*”. Nel codice abrogato questi due termini indicavano due diversi periodi processuali: l'*istruzione* era la fase del processo destinata all'acquisizione della prova, chiusa ad un effettivo contraddittorio, discontinua nel suo svolgimento, avviluppata nel segreto e sagomata dalla scrittura; il *dibattimento* era la fase del processo destinata ad una valutazione (o ad una rivalutazione) dei risultati dell'istruzione, in base a regole inapplicabili nella fase precedente.

Quanto a sviluppo organico ed elaborazione tecnica, il modello inquisitorio raggiunge l'acme in Francia, nell'*Ordonnance criminelle* del 1670. “*De facto, è un sistema legalmente amorfo; il segreto, quel metodo introspettivo e l'impegno ideologico degli operatori escludono vincoli, forme, termini; conta l'esito. Fiorisce una retorica apologetica i cui argomenti risuonano, tali e quali, in luoghi e tempi diversi*”³.

Benvero, nel nuovo codice le cose sono profondamente cambiate. Istruzione e dibattimento non stanno più a designare due fasi diverse del processo. Qualificano un'unica esperienza, l'esperienza del dibattimento, che diventa l'ideale “*luogo di ritrovo*” per l'istruzione probatoria⁴.

Con l'espressione “*istruzione dibattimentale*”, quindi, il codice decifra il momento essenziale del dibattimento, destinato all'istruzione probatoria e comprensivo delle operazioni comunque collegate agli esami

³ Procedura Penale. Franco Cordero. Seste edizione. p.21 Giuffrè editore

⁴ Il Dibattimento Penale II ed. Luigi Grilli. CEDAM

dei testimoni e delle parti, ai poteri d'intervento *ex officio*, alle acquisizione dei documenti ed alle letture.

La teorizzazione inquisitoria della prova.

Nell'arco storico tra il 1880 e il 1930, a causa di un orientamento politico-giuridico pur non originale rispetto al passato, si sviluppa “una nuova maniera di intendere il rapporto tra individuo e autorità”, cui fa puntuale riscontro una teoria del processo basata preminentemente sulla fase inquisitoria del sistema misto e una figura del giudice rafforzata a danno del contraddittorio tra le parti. Dal distacco caratteristico dello spettatore, il ruolo del giudice acquisisce forza processuale e diventa punto nevralgico del sistema: tutore dell'applicazione nonché dell'interpretazione legislativa, volto a garantire la società da eresie e delitti.

La disciplina si trasforma: messo da parte contraddittorio, prende il sopravvento l'esigenza della segretezza. Ed è in questo periodo che, “*padrone della scacchiera, l'inquisitore elabora ipotesi in un quadro paranoide: nasce un'impura casistica delle confessioni contro i correi, talvolta ottenute con promesse d'impunità*”⁵. In tal modo l'imputato diviene da protagonista-soggetto un mero oggetto-strumento con il quale soddisfare i fini repressivi dello Stato. L'inquisito concentra attorno a sé l'intera attenzione e subisce in maniera passiva la conduzione della *notizia criminis* attraverso la tartassante applicazione del modello: responsabile o meno, ha l'obbligo di rendere la verità dei fatti, a lui noti

⁵ Procedura Penale. Franco Cordero. Seste edizione. p.21 Giuffrè editore

certamente e senza condizioni. Prende così le mosse il nuovo metodo inquisitorio, nel quale la dottrina della libera prova giustifica l'esistenza di un giudice totalmente affrancato dai diritti della difesa⁶. Si realizza una *teorizzazione inquisitoria* del processo e delle prove, atteggiamento ideologico che ha subito accomodamenti resi necessari dal mutamento storico-temporale, che ha visto succedersi ed evolversi le nuove tendenze politiche ed istituzionali.

La difesa della collettività dalla commissione di delitti rappresenta il *leit motive* dell'opera legislativa del 1930, nella quale viene sacrificata la libertà individuale, intesa come proiezione della protezione dello Stato rivolta ai singoli in ragione di una inevitabile ed implicita subordinazione dell'interesse individuale a quello pubblico. Di guisa che risultano viziati da questa particolare concezione del processo anche gli aspetti salienti dell'accertamento, quali il contraddittorio, l'intervento delle parti, l'oralità, il diritto di difesa, corollari di un processo di tipo garantista, che coerentemente spariscono con il preteso venir meno del conflitto tra Stato ed individuo attraverso il totale assorbimento dell'interesse del singolo in quelli dello Stato.

Talché non poteva rimanere estranea alla modificazione socio-politica la disciplina delle prove. Anzi, rappresenta i presupposti della nuova filosofia del processo: maggiore potere del giudice, isolamento della difesa e dei diritti dell'imputato, restringimento degli spazi di pubblicità e di oralità, svilimento del principio di presunzione di non colpevolezza.

⁶ Procedimento probatorio e giusto processo. A. Bargi. Jovene Editore.

E così, se fine politico del processo è la difesa sociale, fine giuridico dello stesso è la ricerca del concreto accadimento storico: la verità materiale, intesa come ricerca della verità assoluta, che non lascia spazio alle supposizioni tipiche di improbabili accidenti processuali.

La verità, dunque, rappresenta il risultato, la meta da raggiungere ad ogni costo e senza preoccuparsi del metodo con cui perseguirla. Qualsiasi modalità di ricerca si ammette, sino anche alla tortura dell'imputato o addirittura del testimone, se l'inquisitore ritiene che sia reticente o dica il falso. Un'eventuale regolamentazione risulterebbe un limite all'accertamento della verità. Nel corso della storia il "*sonno della ragione*" ha generato ogni sorta di mostri⁷. Lo scopo era quello di ottenere la confessione dell'imputato, considerata la "*regina delle prove*".

Il modello in esame fonda le proprie radici nel principio di autorità, secondo il quale l'accertamento della verità è direttamente proporzionale al potere destinato al soggetto inquirente, sul quale devono accentrarsi tutte le funzioni processuali: nello stesso momento processuale e nei confronti dello stesso soggetto imputato deve operare come giudice, come accusatore e come difensore. Seguendo tale ordine concettuale tipico del modello, il giudice si rappresenta come "*il signore del processo e delle prove*": quanto più estesi sono i poteri anche coercitivi concessigli dal codice di rito, tanto più l'accertamento della verità assoluta troverà soddisfazione⁸.

⁷ Lineamenti di Diritto Processuale Penale. Paolo Tonini. Giuffrè editore.

⁸ La prova penale. Paolo Tonini. Quarta edizione CEDAM

Nel tentativo di giustificare il triplice ruolo del giudice inquirente, la giurisprudenza ricorre all'esigenza di assicurare il principio del libero convincimento. Tuttavia, si tenta invano di aggirare il problema dal momento che quest'ultimo non opera nel momento della ricerca e dell'assunzione, ma soltanto nel momento ultimo della valutazione della prova. Invocato a sproposito, dunque, rappresenta il tentativo degli stessi operatori del diritto di fondare la scelta inquisitoria del codice nonché il cumulo di poteri in capo ad un solo soggetto.

Infine, la "razionalità" della prova e la sua "scientificità" vengono corrette acquistando un significato funzionale alla figura di un giudice inquisitore e ricercatore autonomo della prova e della verità assoluta, limitando e sacrificando l'iniziativa e il dialogo con e fra le parti, tipici dell'opposto sistema accusatorio, non considerato coincidente con gli obiettivi della difesa sociale.

Nel puro metodo inquisitorio la prova si presenta, quindi, come ogni cosa, fatto o atto, che concretizzi le conoscenze sull'accaduto, risultato raggiungibile solo attraverso una ricerca estenuante della verità storica, senza limiti e con il possibile aggiramento di fatiscenti schermi formali: *"le tecniche inquisitoriali sviluppano un illegalismo congenito"*, pur rappresentando *"una macchina analitica mossa da inesauribili curiosità sperimentali"*⁹.

⁹ Procedura Penale. Franco Cordero. Seste edizione. p.598 Giuffrè editore

Il diritto alla prova nella Carta Costituzionale.

La caduta del fascismo, coinvolgendo la collettività nel profondo delle modifiche nel tessuto sociale, interessò anche valori penalmente tutelati, tipici dello Stato della borghesia liberale. Ci fu un rinnovamento delle strutture politiche, che tuttavia non implicò una effettiva revisione del reticolo normativo penale del codice Rocco, legislazione ferma al codice del 1930, a tutt'oggi mai modificata.

La legislazione processuale, invece, si è mostrata molto più sensibile alle modificazioni dettate dalla contingenza, alla affannosa ricerca di un punto di raccordo fra i principi sanciti nella Carta costituzionale e un modello, quello inquisitorio del codice del 1930, che stentava a perdere la propria radicata identità, conseguenza anche delle opere legislative emergenziali, volte al ripristino di profili di inquisitorialità, strumentali a più o meno confessati obiettivi di difesa sociale, in momenti di particolare tensione sociale. Si pone in evidenza l'inasprimento dei fattori negativi della prevenzione generale nelle innovazioni di diritto sostanziale e il consolidamento della difesa sociale e l'arretramento della legalità nelle strategie processuali¹⁰.

La Carta fondamentale, ricordando i primi principi di cui all'art. 2, dove *funzionalizza* lo Stato alla massima tutela – di tutti i singoli – in ogni settore in cui svolgono la loro personalità, e all'art 3, norma di alto valore civile, in cui consacra il principio di eguaglianza e, più in particolare, le due regole della “*parità sociale*” e della “*parità giuridica*” fra gli uomini nonostante le differenti “*condizioni personali e sociali*”, e

¹⁰ Riccio G., voce *Emergenza*, in *Dizionario di diritto e procedura penale*, Milano 1986, p.281

considerando anche altri di principi, quali la libertà personale (art.13), il diritto di azione e di difesa (art.24) e ancora la presunzione di non colpevolezza (art.27), tende ad uno scopo fondamentale: assicurare il *giusto e leale* processo. Così è possibile rintracciare un preciso modello processuale, fondato su un sistema circolare di garanzie, che vanno dalla giurisdizionalità sino al riconoscimento del diritto di difesa, come diritto alla prova, pieno e non condizionato da scelte pregiudiziali del giudice.

Le disposizioni previste ai sensi dell'art. 111 Cost., infatti, riconoscono oggi una serie di garanzie prima solo implicitamente racchiuse nella Carta Fondamentale, anche se già da tempo a chiare lettere impresse negli atti internazionali a tutela dei diritti dell'uomo. La nostra Carta Costituzionale, infatti, pur riconoscendo una serie di diritti fondamentali connessi intrinsecamente con la dinamica processuale, fino alla recente formulazione dell'articolo 111 non conteneva alcun riferimento al metodo di formazione della prova, al principio del contraddittorio e, più in generale, ai principi del giusto processo.

Il diritto alla prova e il principio del contraddittorio, aspetto peculiare del primo, venivano implicitamente riconosciuti e tutelati sulla base degli articoli 24 e 27 della Costituzione, che garantiscono l'inviolabilità della difesa e la presunzione di non colpevolezza. Prima, quindi, per ricostruire l'essenza e i margini del diritto ad un "*giusto processo*" si doveva ricorrere agli Atti internazionali a tutela dei diritti dell'Uomo ed, in particolare, dall'analisi del contenuto dell'articolo 6 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà

fondamentali, dal quale, non a caso, il nostro legislatore ha preso spunto nel riformare il testo costituzionale¹¹.

Tuttavia, va posto l'accento sul fatto che le norme convenzionali, in sintonia con la Costituzione repubblicana, ribadivano con decisione – ma invano – che la tutela dei diritti dell'uomo, per divenire effettiva, deve superare il vaglio della verifica del tipo di garanzia giudiziale approntata dall'ordinamento, nel senso più ampio dell'espressione, e cioè come tutela delle diverse situazioni soggettive ipotizzabili. Sicché a tale precisa direttiva doveva seguire, coerentemente, il rinnovamento dell'ordinamento processuale e l'abbandono di una strettoia codicistica ormai superata dalla nuova cultura politica e giuridica.

Il diritto alla prova – quale elemento significativo del procedimento probatorio – segna un criterio efficace di verifica dei modi di attuazione della garanzia costituzionale.

La disciplina di tale diritto riflette con immediatezza i confini dei poteri di iniziativa probatoria e l'ambito della discrezionalità del giudice rispetto ai correlati diritti e facoltà delle parti private di incidere sul *thema decidendum* e di esporre appieno le proprie difese nella ricostruzione della vicenda storica. Poiché, quindi, tale operazione rappresenta il punto nodale dell'accertamento, premessa indispensabile della decisione, il diritto alla prova funge da riscontro del grado di effettività del contraddittorio e della giurisdizionalità e svolge un compito di controllo circa il reale rispetto del principio di legalità per tutto l'arco delle sequenze processuali.

¹¹ La Prova “per sentito dire” Balsamo – Lo Piparo. Giuffrè editore.

Il diritto al giusto processo, in definitiva, trova esplicitazione attraverso i modi di esercizio del diritto alla prova, rappresentando la *cartina di tornasole* del sistema di garanzie predisposte nella Costituzione e parallelamente nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e nel Patto internazionale dei diritti civili e politici¹².

Il modello accusatorio: la nuova cultura della prova.

Dopo un periodo più che ventennale si conquista una meta lungamente perseguita dal Parlamento Italiano, attento agli orientamenti di riforma della cultura giuridica. Infatti con la legge-delega del 16 febbraio 1987 n.81 il governo della Repubblica è stato delegato per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale.

Le premesse dell'art 1 della legge-delega – relative all'attuazione dei principi costituzionali, all'adeguamento delle convenzioni internazionali – rappresentano non solo un segnale eloquente dell'originalità del nuovo sistema, ma anche la chiave di lettura per l'attuazione di una delle maggiori novità dell'impianto costituzionale, l'adozione del modello accusatorio, proclamata dall'art. 2 della legge su indicata. Questa scelta rappresenta una rottura col passato, soprattutto sul piano ideologico e culturale. Si privilegiano le esigenze del dato normativo rispetto alla esplorazione del suo sottofondo storico-politico.

Il legislatore delegante dichiara la preferenza della tutela della persona, dato imprescindibile dell'accertamento giurisdizionale.

¹² Chiavario, *Processo e garanzia della persona*, I, pp.6-7

Le linee fondamentali del nuovo codice di procedura penale offrono un modello che si contrappone con quello del 1930 e riflette la nuova ideologia del processo nonché il nuovo clima culturale della società contemporanea.

L'accusatorietà acquista una autonoma connotazione, *servente* rispetto ai principi sopra enunciati. Nel corso dei lavori preparatori della legge-delega, sottolineata la necessità di inventare un rito accusatorio adeguato al sistema della nostra realtà, che tenga conto dei principi giuridici della civiltà giuridica italiana, venivano indicate le “linee guida” del nuovo processo penale: in primo luogo, la preminenza e l'autonomia (rispetto alle acquisizioni delle indagini preliminari) dell'istruzione dibattimentale condotta secondo il rito dell'interrogatorio incrociato; in secondo luogo, la piena e netta separazione, in ogni fase del rapporto processuale, tra il modo, i poteri e le strutture dell'accusa ed ogni potere decisionale; infine, la dialettica paritaria (e non una impossibile parità) fra accusa e difesa nel dibattimento nell'acquisizione di ogni atto di rilevanza probatoria ai fini decisori. Questi sono i fattori che conferiscono al sistema la qualifica di “*accusatorio*”. Vieppiù, sulla scorta di una autorevole dottrina¹³ si possono identificare gli elementi che un modello deve racchiudere per potersi definire accusatorio: inderogabilità di un'accusa proposta e sostenuta da persona distinta dal giudice; pubblicità dell'intero procedimento e sua conseguente oralità; parità assoluta tra accusatore ed imputato; divieto per il giudice di raccogliere le prove sia a carico che a discarico; allegazione delle prove

¹³ Conso, voce *Accusa e sistema accusatorio*, in *Enc.dir.*

da parte dell'accusatore e dell'imputato; libertà personale dell'accusato fino alla sentenza irrevocabile.

I poteri del giudice e delle parti sono distribuiti dal legislatore in modo diverso seguendo la scansione delle fasi della formazione della prova: ricerca, ammissione, assunzione e valutazione della prova. La decisione di dedicare un intero libro del codice alla materia della prova è, pertanto, coerente con la scelta di fondo e deve essere accolta in modo positivo.

E dunque, viene delineato un vero e proprio “*diritto delle prove*”. Si riserva al giudice il potere di decidere; alle parti, invece, è attribuito il potere di ricercare le prove, di chiederne l'ammissione, di contribuire alla formazione delle stesse. L'istituto che esprime in maniera più lineare il metodo di formazione è l'**esame incrociato**, nel quale sono distribuiti in modo dettagliato i poteri di iniziativa spettanti alle parti ed i poteri di controllo attribuiti al giudice (art.498 e 499 c.p.p.).

L'unico limite del codice del 1998 è stato quello di essere stato elaborato sulla base di studi teorici, senza una sperimentazione pratica dei nuovi istituti. Durante i lavori preparatori, infatti, è stata scartata la proposta di prevedere una riforma “*a tappe*” che assicurasse la possibilità di successive verifiche e di aggiustamenti legislativi. Il sistema accusatorio si è scontrato inevitabilmente, quindi, con la mentalità degli operatori, abituati ad altri schemi culturali¹⁴.

Tra i principi della legge delega del 1987 vi era quello che imponeva l'introduzione del diritto alla prova, che consisteva nella “*disciplina*

¹⁴ La Prova Penale. Paolo Tonini. Quarta edizione. CEDAM

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, salvi i casi di estraneità ed irrilevanza” (art. 2, n. 69 legge delega). Questa disposizione costituiva un'innovazione, in quanto nel precedente sistema la prova era un *affare* del giudice, mentre ora, nel nuovo codice, non c'è più una *prova del giudice*. Spetta alle parti il potere di ricercare le fonti di prova e di chiedere al giudice l'ammissione del relativo mezzo di prova.

Allo stesso modo, la prova non è neanche *di proprietà* delle parti, in quanto sottoposti al controllo del giudice. Vi è, in realtà, una completa *parità di armi* tra le parti: le richieste formulate dall'accusa e dalla difesa sono valutate dal giudice in base ai medesimi criteri di pertinenza e della rilevanza; gli elementi ricavati sono sottoposti alla medesima valutazione di attendibilità. Non conta il soggetto processuale dal quale proviene la richiesta di assumere quel determinato mezzo di prova, bensì ciò che conta è il grado di resistenza dell'elemento, che si ricava al momento del vaglio del contraddittorio operato dalle parti opposte. Queste, tornando all'esempio della testimonianza, partecipano direttamente alla formazione della prova ponendo le domande nell'esame incrociato.

Sebbene la delega del 1987 dedichi alla prova numerose direttive, dando l'impressione di un'impronta dispersiva e scarsamente incisiva, viceversa il settore rappresenta uno degli interventi più innovatori ed indica in modo inequivocabile che l'opzione di fondo è per una cultura della prova che nelle linee fondamentali si contrapponga nettamente a

quella sottostante al codice del 1930¹⁵. Il legislatore del 1987 individua nel “*diritto alla prova*” il caposaldo sul quale costruire l’intero sistema.

Qualsiasi intervento riformatore, dunque, non può prescindere dal riesame delle regole sulla prova e, più specificamente, della sequenza del procedimento probatorio fino alla decisione. Procedimento probatorio e decisione sul fatto costituiscono due momenti inscindibili, atteso che “*il convincimento del giudice non è il risultato di un atto di volizione compiuto al termine della raccolta della prova, ma si viene formando nel corso della esperienza processuale*”¹⁶.

¹⁵ Procedimento probatorio e giusto processo. Bargi. Jovene Editore.

¹⁶ Tale è l’opinione dell’Illuminati, *La presunzione di innocenza dell’imputato*, Bologna 1979, pp 89-90.

CAPITOLO II

IL DOMINIO DELLE PARTI NEL PROCEDIMENTO PROBATORIO E I RESIDUALI POTERI DEL GIUDICE.

L'evoluzione del diritto alla prova.

Il tema della prova si è sviluppato in una maniera complessa e articolata.

Il legislatore ha prodotto un sistema fondato sul ruolo fondamentale delle parti alle quali è riconosciuta non solo una funzione concreta, ma anche un reale diritto alla prova, temperato da evidenti esigenze di tutela della funzionalità e concretezza del modello.

Al principio, già sotto il vigore del vecchio codice, si conferiva portata considerevole, atteso che *“di fronte ad esso il potere discrezionale del giudice nell'ammissione e nella scelta delle prove subisce un colpo decisivo, un contenimento grandissimo”*¹⁷. Il vero limite al diritto alla prova del codice del 1930 era costituito dal fatto che esso risultava *“garantito nelle sue fasi iniziale e terminale, non altrettanto in quella centrale ed essenziale”*¹⁸, e cioè, tutelato il diritto di chiedere ed

¹⁷ Vassalli, *Il diritto alla prova nel processo penale*, p. 18. L'autore evidenzia che sulla scorta di tale principio “ammessa o comunque raccolta una prova testimoniale a carico su un determinato punto della causa, non è consentito al giudice di escludere una prova testimoniale addotta a discarico sullo stesso punto”.

¹⁸ Ancora Vassalli, *il diritto alla prova nel processo penale*, p.23 . L'autore esamina specificamente le varie disposizioni del codice del 1930 concernenti il diritto di esame, nonché il potere di ricerca diretta delle prove ad opera delle parti.

indicare i mezzi di prova e di ottenere dal giudice la utilizzazione e la valutazione delle prove raccolte, restava sfornito di tutela il diritto all'ammissione ed alla acquisizione della prova.

La latitudine del potere discrezionale nel giudizio di ammissibilità e di acquisizione della prova, trova le sue ragioni logiche ed ideologiche nell'opzione inquisitoria e nella concezione del giudice investigatore. Sul punto sono molte le disposizioni del codice del 1930: l'art. **299** c.p.p. 1930, che prescriveva "*l'obbligo di compiere tutti e soltanto gli atti necessari all'accertamento della verità*"; l'art. **368** c.p.p. 1930 che ribadiva detto obbligo, nell'imporre di investigare su fatti e circostanze *idonei* a condurre all'accertamento della verità; l'art. **420** c.p.p. 1930, che contemplava il potere del presidente o del pretore di ridurre le liste testimoniali sovrabbondanti o di eliminare le testimonianze non pertinenti all'oggetto del giudizio.

Il fenomeno della constatata discrezionalità del giudice appare tanto più esteso, ove si consideri che esso veniva ad inserirsi in un processo informato al principio del libero convincimento, al di fuori di regole legali della prova. In questa cornice codicistica fu avanzata l'istanza per una "*razionalizzazione del fenomeno probatorio penale, sottraendolo al pericoloso soggettivismo imposto dal principio del libero convincimento, nella riscoperta delle regole probatorie legali come congegni volti a limitare in senso negativo il potere del giudice anche sul piano valutativo*" nell'ambito di un sistema probatorio flessibile e mediante limiti all'ammissione e all'assunzione della prova e, più in generale,

mediante regole probatorie legali negative, operanti in rapporto a determinati contesti dell'accertamento giudiziario¹⁹.

Costretta ad operare sull'esistente e ad ipotizzare un intervento riformatore parziale e frammentario sulla disciplina del codice del 1930, la tesi in esame desta perplessità, per la difficoltà di compiere in concreto quella scelta di “*normativizzazione*” dei canoni di valutazione, idonei a far assurgere ad un rango superiore talune massime di esperienza rispetto a quelle affidate in generale alla libera valutazione del giudice: si ripropone, così, la problematica del fondamento morale e politico del sistema delle prove legali²⁰, con i rischi connessi alla concezione scientifica della prova, vicina alla concezione razionale di essa, corollario del “*dogmatismo dell'evidenza*”²¹. Si ricerca, in tal modo, un nuovo rapporto tra le parti ed il giudice e, soprattutto, la riduzione entro ambiti angusti del potere discrezionale sulla prova, notevolmente esteso nel codice Rocco.

Gli ambiti del diritto alla prova.

Un punto fermo sicuramente è dato dall'art. **111 Cost.** che specifica come il processo penale sia regolato dal *principio del contraddittorio nella formazione della prova*, che in questo modo assurge ad indefettibile presupposto del diritto alla prova.

¹⁹ Amodio, *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, in *Riv. It. Dir. Proc.pen.*, 1973, p.321 ss.

²⁰ Cordero, *Procedura Penale*, p.20. l'autore osserva come il declino del fenomeno “è dipeso anche dal superamento di certi presupposti gnoseologici, ma oltre alla motivazione scientifica se ne intravede una morale e politica”. Anche se una costellazione di regole probatorie – legali assicura un risultato complessivo che potrebbe essere migliore di quello che otteniamo ora, “è preferibile un maggior numero di decisioni ingiuste ad un sistema nel quale la questione di fatto sia risolta secondo gli assiomi imposti dal legislatore”.

²¹ Bargi A. *op.cit.*, pag.159

La norma costituzionale si compone di principi base che formano e danno risalto al “*giusto processo*” e al “*contraddittorio*”, valore cardine della giurisdizione e regola fondamentale di formazione della prova. Con le modifiche dell’art. 111 Cost., il legislatore ha voluto rendere più lineare e chiaro che il contraddittorio non è solo diritto dell’individuo, ma è anche e soprattutto l’essenza politica della giurisdizione, manifestando così la tendenza a renderlo effettivo.

L’art. **190 c.p.p.**, rubricato *diritto alla prova*, è la norma centrale che prevede al **primo comma** il diritto delle parti all’ammissione delle prove richieste con esclusione di quelle vietate dalla legge e di quelle manifestamente infondate. Il **secondo comma**, invece, riconosce un autonomo e residuale potere probatorio del giudice, esercitabile anche d’ufficio. Il coordinamento dei due segmenti normativi offre la possibilità di verificare concretamente il tentativo di temperare il diritto alla prova con la funzionalità del modello, che potrebbe risultare effettivamente compromessa dalle richieste sovrabbondanti o illecite in mancanza di un rigoroso controllo del giudice.

La disposizione, stabilendo che le prove sono ammesse su richiesta delle parti, inequivocabilmente costruisce l’impianto sull’attivismo delle parti, rappresentante la premessa per rendere concreto il contraddittorio ed effettiva la struttura dialogica nella formazione della prova nonché la partecipazione diretta dell’interessato e del suo difensore. Benvero, questo costituisce un versante dotato anche di una fisiologica ambiguità laddove affidandosi all’attivismo delle parti necessariamente riconosce

come possibile la loro inerzia, capace di impedire l'accertamento legale del fatto e delle responsabilità, essenza dell'attività giurisdizionale.

Il legislatore, così, ha ritenuto di prevedere, al secondo comma dell'art. 190 c.p.p., la legittimazione in senso generale, di meccanismi di acquisizione della prova *ex officio*, senza individuare le ipotesi, né stabilire i presupposti dell'intervento del giudice, ma rimettendo la scelta alla specifica disciplina legislativa.

L'art. 190 c.p.p. indica sia "*il diritto delle parti di ottenere la prova*" sia il diritto "*all'iniziativa e al potere di disporre circa il materiale probatorio che verrà acquisito e valutato*"²². L'articolo in questione si fonda, da un lato, sul presupposto di costruire sul *processo di parti* il cuore della vicenda processuale, la quale risiede nell'esigenza di dimostrare l'esistenza di un fatto precedentemente realizzato, e dall'altro, invece, indica come il legislatore abbia voluto consegnare le scelte probatorie del processo all'impulso dei soggetti della contesa, che in contraddittorio sviluppano le loro tesi e provocano la *sintesi* del giudice. La sua valenza è, allora, innanzitutto *politica*, esprimendo la linea ideale da seguire nello sviluppo del sistema, e poi *normativa*, in quanto esprime un potere specifico di chiedere ed ottenere l'ammissione delle prove.

Questo potere viene tradotto e sviluppato da diverse norme capaci di disciplinare in modo peculiare gli ambiti di intervento: così nel dibattimento, l'art. 493, comma 1, c.p.p. affida alle parti l'onere di indicare i fatti che intendono provare e di chiedere l'ammissione delle

²² Nobili, *Commento all'art. 190 c.p.p.*, in *Commentario al nuovo codice di procedura penale*.

prove e l'art. 495 c.p.p. attribuisce al giudice il potere di ammettere le prove richieste²³.

Da queste disposizioni si evince come l'introduzione delle prove in giudizio sia direttamente riferibile alla sola iniziativa delle parti, criterio a cui si informa, del resto, anche l'assunzione delle prove in dibattimento, distinta, a seconda della funzione che assolve e del momento in cui si assume, in istruzione dibattimentale a carico ed istruzione dibattimentale a discarico (art. 496 c.p.p.).

La prova testimoniale, poi, è contrassegnata dalla tecnica dell'esame diretto ed incrociato (498 c.p.p.), che consente un immediato contatto della parte con la prova anche rappresentativa, che sottrae al dominio del giudice. La posizione delle parti dà risalto all'abbandono del rito inquisitorio.

L'art. 190 c.p.p. accoglie il principio della *prova come diritto della parte*, ma non trascura i profili legati al potere residuale del giudice riguardo ai criteri di ammissibilità, potere circoscritto entro una sufficiente cornice garantista che, riprendendo i criteri della legge-delega,

²³ De Caro A. *Poteri probatori del giudice e diritto alla prova*. Edizioni Scientifiche italiane p.103-104. L'autore sostiene che bisogna evidenziare in questo versante anche "il diritto alla prova contraria" rispetto alle allegazioni probatorie delle "altre parti" (intendendo imputato e pubblico ministero) ove si rappresenta un aspetto assai significativo del diritto in parola perché lo si specifica e gli si conferisce la valenza più ampia. Il diritto alla prova contraria, espresso dall'art. 495 comma 2 c.p.p. conferisce al versante una particolare completezza, perché lo proietta sul diritto di difesa e sul diritto al contraddittorio. Il diritto alla prova, come già detto, non si estende a tutte le parti, ma è riservato solo all'imputato ed al pubblico ministero e questa limitazione non sembra coerente con la nostra Costituzione, dove si costruisce, dal punto di vista generale, l'intera architettura di garanzie sul principio di uguaglianza e ove, sul piano più specifico, è riconosciuto a tutte le parti sia il diritto di difendersi anche e soprattutto provando i propri assunti, sia il diritto al contraddittorio da cui emerge la necessità che tutti i protagonisti possano contribuire in posizione dialettica alla formazione della prova e possano contraddire rispetto agli elementi probatori prodotti dalle altre parti. La necessità di estendere a tutte le parti il diritto alla prova contraria è stata contrastata dalla Corte Costituzionale, la quale ha fondato il proprio convincimento della piena legittimità della disciplina positiva, che limita il diritto ai soli imputato e pubblico ministero, sulla non equiparabilità tra parti necessarie e parti eventuali del processo dovuta alla non comparabilità degli interessi "riconosciuti" ai vari soggetti. Esisterebbe, cioè, una disparità basata sulle oggettive differenze tra le posizioni individuali dei vari protagonisti del processo e tra gli interessi che circoscrivono i poteri, i diritti e le facoltà delle singole parti.

pone limiti ben precisi al potere discrezionale del giudice, ancorandolo all'esclusione delle “*prove vietate*” e di quelle “*manifestamente superflue o irrilevanti*”.

Ma il nostro sistema non esprime un processo dispositivo in senso assoluto, in quanto i poteri delle parti sono serviti da meccanismi di controllo che tendono ad un duplice risultato: da un lato, garantire la correttezza della contesa probatoria delle parti, in modo da evitare che comportamenti illegittimi possano influire sulla regolare acquisizione degli elementi utili alla decisione, e, dall'altro, porre un rimedio all'eventuale colpevole inerzia delle parti in materia probatoria. Sono aspetti che prendono le mosse dall'essenziale esigenza di rendere concretamente operativo il principio di uguaglianza.

E infatti, il diritto alla prova non può autorizzare *scenari* di assoluta disponibilità delle parti, innanzitutto perché l'oggetto del processo non è un oggetto disponibile ed anzi è proprio la sua assoluta indisponibilità a coincidere con la ragion d'essere del processo, cioè nell'esigenza pubblicistica di accertare la responsabilità e punire i colpevoli secondo un procedimento legale di accertamento nel rispetto del cosiddetto “*giusto processo*”. In secondo luogo, una totale disponibilità delle parti non coinciderebbe con lo scopo politico del processo che non autorizza poteri dispositivi assoluti ed anzi sottrae alle parti ogni possibile condizionamento della vicenda. Allo stesso modo, vi si oppone decisamente la commistione tra il potere di decidere (compito del giudice) e il potere di scegliere i poteri probatori utili alla decisione (compito delle parti), perché il primo versante è caratterizzato da

imparzialità, terzietà e neutralità rispetto alle scelte probatorie, mentre il secondo, per definizione, fonda su opzioni per una o per un'altra tesi da provare.

La scelta del diritto alla prova, o più in generale di un processo di parti, risiede nell'esigenza di rendere la decisione del giudice autenticamente imparziale evitando ogni possibile pre-convincimento del medesimo, che inevitabilmente si avvita su chi sceglie le strategie probatorie. Questo è, invece, compito delle parti che non hanno doveri di imparzialità ma, all'opposto, debbono rappresentare in contraddittorio tesi diverse per poter determinare la sintesi che costituisce il prodotto più vicino alla verità (meta auspicata e da raggiungere seguendo le regole probatorie).

I poteri del giudice, dunque, sono solo legittimati dalla necessità di regolamentare la contesa ovvero di contrapporsi all'inerzia delle parti. Il suo ruolo diventa logico e riceve una piena giustificazione dall'essenza stessa del sistema dal momento che si contraddistingue per due aspetti: il potere di ammettere le prove e il potere rappresentato dall'escludere quelle vietate dalla legge, evidenziato da corollari sistematici dell'art. 190 c.p.p. individuati nell'art. 189 c.p.p., riguardo alle prove tipiche, e nell'art. 191 c.p.p., riguardo alle prove vietate.

Le **prove atipiche** sono previste dall'art. **189 c.p.p.**²⁴ che respinge il principio della tassatività in materia di prova e pone limiti all'ingresso di prove innominate solo in rapporto all'inidoneità ad assicurare

²⁴ Tale disposizione stabilisce che quando è richiesta una prova disciplinata dalla legge il giudice può assumerla se essa risulta idonea ad "assicurare l'accertamento dei fatti e non pregiudica la libertà morale della persona. Il giudice procede all'ammissione, sentite le parti sulle modalità di assunzione della prova".

l'accertamento dei fatti o l'eventuale pregiudizio per la libertà morale della persona.

Le prove vietate, invece, sono disciplinate dall'art. **191 c.p.p.**²⁵, che, tenute distinte dalle prove illecite, perseguono il concetto di ammissibilità della prova: la violazione è sanzionata con la inammissibilità della prova e determina l'invalidità dell'atto acquisitivo.

Il divieto probatorio, quindi, si colloca in un momento che precede l'acquisizione, che è regolata da autonome disposizioni che delineano un modello di condotta per i soggetti processuali, la cui osservanza è tutelata da prescrizioni di nullità. L'art. 191 c.p.p., quindi, riveste un particolare rilievo, poiché serve a definire il concetto di prova in senso processuale e, proprio per la sua proiezione sulla decisione, introduce il concetto di inutilizzabilità già presente nel codice del 1930, ma in una dimensione non sanzionatoria, assunta solo successivamente quale conseguenza di particolari vizi dell'atto.

La ragione di questi poteri conferiti al giudice sta nella necessità di concentrare sul giudice un metodo, la costante del processo penale: le parti chiedono, stimolano la decisione che è, in ogni caso, del giudice. Le richieste delle parti devono essere sottoposte al suo vaglio, consentendogli di provvedere all'ammissione dei mezzi probatori. L'attività di ammissione di prove del giudice, dunque, necessita di un'assoluta asetticità rispetto alla scelta strategica, all'impostazione tendente ad ottenere una ricostruzione fattuale ben precisa. Bisogna, poi, tutelare l'imparzialità e la terzietà del giudice, garanzia fondamentale e

²⁵ Tale norma dispone che "le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate. E l'inutilizzabilità è rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento".

strumentale al bisogno di uguaglianza. A questo fine si pone il poterdovere di non ammettere le prove vietate dalla legge e quelle, per così dire, inutili.

È possibile poter riconoscere e delineare, in linea sommaria, quali sono i **divieti** deducendoli dalla scelta dell'oggetto di prova²⁶. Infatti, possono essere rapportabili sia al tema di prova, come già indicato riguardo all'art. 191 c.p.p., oppure al mezzo di prova e ancora in relazione al mezzo di ricerca della prova. Assumono, ancora, particolare rilievo i divieti costruiti in rapporto al momento della valutazione o comunque a quello successivo alla fase dell'acquisizione. Ad essi deve aggiungersi il divieto di cui all'art. **188 c.p.p.**, che tutela le libertà morali della persona nell'assunzione della prova e che fa capo ad un principio generale di tutela della dignità della persona umana.

Da ultimo, un ulteriore divieto è rinvenibile nella violazione dell'art. **187 c.p.p.** concernente l'oggetto della prova. La norma individua nella imputazione, nella procedibilità e nella determinazione della pena o della misura di sicurezza i termini entro cui deve essere rigorosamente mantenuto l'accertamento nelle sue varie fasi. Sembra, dunque, sussistere nell'ordinamento un divieto implicito per le prove estranee all'oggetto di prova. Queste trovano nel *thema decidendum* uno sbarramento processuale e, quindi, sono da ritenere inammissibili prima e, se introdotte contro tale divieto, inutilizzabili dopo.

Non possiamo non tenere in considerazione l'art. **190-bis c.p.p.**, il quale introduce una **eccezione al diritto alla prova**. Non vi è più un

²⁶ Bargi A. Procedimento probatorio e giusto processo. cap. III

diritto delle parti all'ammissione della prova, purché non vietata dalla legge e pertinente al tema di prova, ma l'evento probatorio dibattimentale diventa un evento eccezionale collegato a fatti eccentrici rispetto alla logica che dovrebbe informare il contraddittorio²⁷. Limitata ai soli procedimenti per reati di criminalità organizzata di tipo mafioso ed estesa successivamente ai reati sessuali commessi su minori o con violenza, questa eccezione è applicabile solo per le dichiarazioni rese nel contraddittorio con la persona nei cui confronti saranno utilizzate ovvero per le dichiarazioni i cui verbali sono stati acquisiti a norma dell'art. 238 c.p.p., che ammette l'acquisizione da altri procedimenti di verbali di prove ripetibili solo quando debbano essere utilizzate nei confronti di chi abbia partecipato alla loro formazione.

La giurisprudenza, chiarito poi che l'art. 190-bis c.p.p. si applica anche nella ipotesi di rinnovazione del dibattimento per mutamento del giudice²⁸, ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 511, comma 2, c.p.p. e 190 bis c.p.p., che, per i delitti di criminalità organizzata indicati nell'art. 51, comma 3-bis, c.p.p., impone al giudice di ammettere la richiesta di ripetizione dell'esame della persona che abbia già reso dichiarazioni acquisite attraverso la lettura dei verbali solo a condizione della assoluta necessità del nuovo esame, in quanto la differente modalità di assunzione della prova, rispetto a quella prevista per i procedimenti ordinari,

²⁷ Riccio – Spangher, *op. cit.*, p.529

²⁸ Cass., 4 aprile 2001, Carta, C.E.D. Cass., n. 219635.

risponde alla necessità di evitare l'usura delle fonti ed il pericolo della loro intimidazione²⁹.

Il procedimento probatorio.

Il procedimento probatorio viene scandito dal codice di rito nei fondamentali momenti della ricerca, dell'ammissione, dell'assunzione e della valutazione della prova.

Nel codice del 1988 è stato estromesso il giudice dall'attività di ricerca delle prove, in quanto non si ritenne conferente con il modello accusatorio auspicato con tale riforma la riproposizione della figura del giudice istruttore, prevista nel codice del 1930. E dunque, l'attività di *ricerca*, produzione e formazione della prova spetta esclusivamente alle parti, le quali devono ricercare le fonti utili in modo da sostenere in giudizio la propria tesi. Il principio costituzionale individuato dall'art. 27, comma 2, Cost. nella presunzione di non colpevolezza dell'imputato fa sì che la figura maggiormente rappresentativa di questa fase sia il pubblico ministero, sul quale incombe quindi l'onere della prova, cioè l'onere di convincere il giudice della reità dell'imputato. Successivamente, al fine di confutare la tesi dell'accusa, è nell'interesse specifico dell'imputato ricercare sia le prove che possano convincere il giudice della non credibilità della fonte o della inattendibilità dell'elemento di prova a carico, sia quelle tendenti a dimostrare che i fatti si sono svolti diversamente.

La fase immediatamente successiva, l'*ammissione*, è scissa in due momenti: quello della *richiesta* spettante in via esclusiva alle parti, le

²⁹ Cass., 12 giugno 2001, Cagarella, n. 219626

quali hanno l'onere di introdurre il mezzo di prova (c.d. onere formale della prova) e lo adempiono chiedendo l'esame di un testimone o l'acquisizione di un documento. Il secondo momento, invece, è riservato al giudice e concerne il compito di decidere sull'ammissione o meno della prova, considerando i quattro criteri dell'art. 190 c.p.p.

L'*assunzione* delle prove, in particolare per quanto riguarda l'esame testimoniale (che funge da momento esemplificativo dell'operatività del principio del contraddittorio nella fase in cui maggiormente si avvertono il peso e la consistenza del suo significato) avviene col metodo dell'esame incrociato. Spetta alle parti il compito di rivolgere le domande al dichiarante secondo l'ordine indicato nell'art. 498 c.p.p.; spetta, invece, al giudice sovrintendere allo svolgimento dell'esame al fine di assicurare la lealtà dello stesso, la pertinenza delle domande, la correttezza delle contestazioni e le genuinità delle risposte (art. 499 c.p.p.).

Ed infine, al giudice compete la *valutazione* dell'elemento di prova raccolto, cosicché può, sempre esemplificando, ritenere non credibile il dichiarante o non attendibile la sua narrazione del fatto. Il principio del libero convincimento non esime, però, il giudice dall'obbligo di motivare la sua valutazione. In base all'art. 192 c.p.p., infatti, il giudice deve "*dare conto dei risultati acquisiti e dei criteri adottati*" nel valutare la credibilità e l'attendibilità delle prove.

L'elemento di prova, così come valutato dal giudice, dà luogo al "risultato probatorio". Nei casi più semplici, il risultato probatorio, cioè la dichiarazione del testimone valutata dal giudice, costituisce il "fatto

noto” sulla base del quale il giudice stesso può ritenere esistente il fatto da provare.

Le parti nel procedimento probatorio.

Il diritto alla prova viene compreso come “*il diritto di tutte le parti di ricercare le fonti di prova, di chiedere l’ammissione del relativo mezzo, di partecipare alla sua assunzione e di presentare una valutazione al momento delle conclusioni*”³⁰. L’obiettivo è quello di realizzare il diritto delle parti di rappresentare al giudice “*le ragioni per le quali ritengono fondato quanto sostengono nelle rispettive posizioni*”³¹.

Il diritto alla prova si basa, da un lato, sull’esigenza di concretizzare il principio del “*difendersi provando*”³², cioè il diritto di non vedere menomata la propria possibilità di difesa attraverso un’arbitraria restrizione dei mezzi di prova offerti al giudice o dell’oggetto della prova proposta³³, espressione di reali e significativi diritti fondamentali dell’individuo, e dall’altro, essendo un principio generale, sulla capacità di coinvolgere tutte le parti processuali equiparando la figura del pubblico ministero e quella dell’imputato. Emerge uno scenario processuale tale da assicurare la parità tra i contendenti sul versante probatorio. La verità si accerta meglio se le funzioni processuali sono ripartite tra più soggetti che hanno interessi contrapposti.

³⁰ In tal senso cfr Tonini, *La prova penale*.

³¹ Così Dalia, Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale*. L’autore proietta il diritto alla decisione del giudice sottolineando che il diritto alla prova si pone “affinché il giudice possa trarre dalla rappresentazione di quei dati gli elementi del suo convincimento”.

³² De Caro A. *Poteri probatori del giudice e diritto alla prova*. Edizioni Scientifiche italiane. L’autore ritiene che l’attuale disciplina in materia ricomprende non solo il diritto a produrre gli elementi probatori utili alla difesa e a contraddire gli elementi dell’avversario ma anche il diritto a partecipare alla formazione della prova e ad interloquire in ogni suo momento genetico.

³³ L’espressione è di Vassalli, *Il diritto alla prova nel processo penale* p.12

Quanto all'**imputato**, si nota come “*il bisogno difensivo*”³⁴ contenuto nell'art. 24, comma 2, Cost., referente preciso e diretto del diritto alla prova, fa valere le proprie ragioni ottenendo le prove richieste se pertinenti.

Per quanto riguarda, invece, il **pubblico ministero**, rappresentante dell'interesse generale dello Stato-comunità, c'è l'obbligo di esercitare l'azione penale (art. 112 Cost.) ed in ogni caso il dovere di dare impulso al procedimento, richiedendo le prove che fondano la pretesa punitiva e possono sostenere l'affermazione della penale responsabilità.

Ad un **giudice imparziale**, mediatore tra legge e fatto, spetta soltanto di decidere sulla base di prove ricercate dall'accusa e dalla difesa. La scelta del giudice si basa sul contraddittorio tra soggetti spinti da interessi contrapposti.

Il giudice non è in grado di svolgere un ruolo attivo, né di stabilire le modalità di assunzione delle prove: specialmente in questa fase interviene solo come destinatario delle iniziative del pubblico ministero e dei difensori, i quali debbono renderlo edotto della materia del processo nel modo che ritengono più efficace³⁵.

Il giudice, dunque, assume una posizione di *terzietà* che gli consente di mediare tra l'atto legislativo e il concreto conflitto d'interessi che si dibatte nel giudizio, operando in modo imparziale l'applicazione della norma³⁶.

³⁴ De Caro A. *Poteri probatori del giudice e diritto alla prova*. Edizioni Scientifiche italiane. P. 86

³⁵ Conso – Grevi, *Compendio di procedura penale*, CEDAM, p.628

³⁶ Riccio G- Spangher G. *la Procedura Penale*, p.25

Emerge, così, la figura del giudice come “*risolutore dei conflitti*”, che sottintende una diversa filosofia della ricostruzione del fatto e che finisce per saldarsi in modo coerente con la nuova concezione dialettica della prova – punto nodale del processo – che gravita sulla nozione di confronto di tesi contrapposte, e sul dialogo tra le parti in posizione paritetica³⁷.

Approfondendo, *in primis*, le posizioni dell’imputato e del pubblico ministero non possiamo non tener conto degli artt. **493** e ss. c.p.p.

Inizialmente, l’art 493 c.p.p. prevedeva che il pubblico ministero procedesse alla concisa esposizione dei fatti oggetto dell’imputazione e all’indicazione delle prove di cui chiedeva l’ammissione, mentre le altre parti, più semplicemente dovevano indicare i fatti che intendevano provare e chiedere l’ammissione della prova. Questa difformità possedeva un preciso significato: l’esposizione introduttiva del pubblico ministero, oltre a svolgere una funzione informativa e conoscitiva per il giudice, serviva per introdurre il dibattito e fissarne i limiti nonché per puntualizzare i termini dell’accusa. Al contrario, il compito dei difensori non era quello di introdurre il dibattito, ma solo quello di completarne le articolazioni, prospettando i fatti ulteriori o alternativi che a loro volta intendevano provare e chiedendo i relativi mezzi di prova³⁸.

Si era così discusso sullo squilibrio tra accusa e difesa e si era osservato che, anche se la difesa doveva “*indicare*”, al pari delle altre parti, i fatti che intendeva provare, indubbiamente tra “*esposizione*” e “*indicazione*” dei fatti vi era una profonda differenza, nel senso che la

³⁷ Fassone, *Il ruolo giudicante*, p. 145

³⁸ Plotino, *Il dibattimento nel nuovo codice di procedura penale*, Giuffrè, 1994

prima attività veniva a configurarsi inevitabilmente con un “*narrare ordinatamente*”, uno “*spiegare*”; la seconda, invece, veniva costretta ad un semplice “*individuare*”³⁹. Avveniva che il pubblico ministero, approfittando dei maggiori poteri conferitigli dalla legge, desse vita ad una vera e propria inquisitoria anticipata, violando il principio di separazione funzionale delle fasi e mettendo a repentaglio l’imparzialità di giudizio del giudice dibattimentale.

Con la legge 16 dicembre 1999, n. 479, l’art. 493 c.p.p. è stato riscritto e, proprio al fine di riequilibrare le posizioni di accusa e difesa, è stata abolita l’esposizione introduttiva del pubblico ministero e si è previsto che le parti, in modo del tutto paritario e nel consueto ordine (pubblico ministero e difensori della parte civile, del responsabile civile, della persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria e dell’imputato) “*indicano i fatti che intendono provare e chiedono l’ammissione delle prove*”. Tuttavia, in dottrina si è affermato che, nonostante questa modifica, l’intervento del pubblico ministero conserverà una maggiore ampiezza rispetto a quello delle altre parti, incumbendogli un onere probatorio che le altre parti non hanno, se non nei limiti in cui intendono provare fatti volti a neutralizzare quelli adottati dall’accusa⁴⁰. E si continua a sostenere, peraltro, che da un punto di vista logico permane la necessità di individuare la formulazione delle richieste istruttorie da parte del pubblico ministero come momento distinto da tutte le altre parti, configurandosi come naturale conseguenza della distinzione dei ruoli.

³⁹ Ambrosiani, in *Commento Chiavario*, V, 181 e ss.

⁴⁰ Ciani, *Le nuove disposizioni del giudizio*, in AA.VV., *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, a cura di Pedroni, Cedam, 2000

Non è escluso che le parti possano accompagnare l'esposizione introduttiva con **memorie scritte**, specie nei processi di maggiore complessità nei quali potrebbero crearsi per il giudice pregiudizievole vuoti di conoscenza, in mancanza del tradizionale fascicolo istruttorio. Tale facoltà non può essere utilizzata per mettere a disposizione del giudice informazioni che la legge non gli consentirebbe di conoscere direttamente. Quindi le memorie possono avere esclusivamente una funzione argomentativa o esplicativa e non possono riprodurre il contenuto dei verbali di indagine o di documenti non acquisibili o non ancora acquisiti⁴¹.

Tutte le parti regolarmente costituite nel processo, sia quella pubblica che quelle private (attraverso i rispettivi difensori), una volta dichiarato aperto il dibattimento, possono attivarsi al fine di indicare i fatti che intendono provare e chiedere al giudice di adottare il provvedimento di ammissione dei relativi mezzi di prova.

L'ordine con cui le parti formulano le proprie richieste rispecchia il principio dell'onere della prova. E, quindi, i primi soggetti a formularle sono il pubblico ministero e la parte civile (se costituita), dal momento che la difesa ha il diritto di sapere quali sono le prove che questi intendono presentare, prima di chiedere l'ammissione delle proprie. Vigeva chiaramente l'obbligo per le parti di anticipare la strategia processuale: nel momento del deposito delle liste testimoniali devono indicare le persone da esaminare e le circostanze oggetto dell'esame; nel momento delle richieste di prova, invece, devono chiedere l'ammissione di tutte le

⁴¹ Illuminati, in *Compendio Conso-Grevi*, 629

prove delle quali intendono servirsi, precisando anche le fonti che vogliono assumere “*a prova contraria*”, al fine di contrastare le prove richieste da un'altra parte. In definitiva, le richieste di prova tendono a delineare, per quanto possibile l'oggetto dell'istruzione dibattimentale⁴².

In dottrina si è sostenuto che l'art 493 c.p.p. si riferisce esclusivamente alle prove che devono essere indicate nella lista prevista dall'art. 468 c.p.p. In realtà, in tale lista devono essere indicati i nominativi delle persone delle quali le parti intendono chiedere l'esame, nulla specificando in ordine all'acquisizione di documenti alla quale, pertanto, non è possibile estendere lo sbarramento temporale desumibile *a contrario* dalla deroga prevista dall'art. 493, comma 2, c.p.p.

La scelta del legislatore di riservare alla prova testimoniale e peritale il rigido sistema di preclusioni e decadenze, del resto, riflette un'esigenza di tipo pratico, in quanto l'individuazione e la citazione di testimoni ed esperti abbisognano di tempi tecnici che non sono generalmente necessari per la produzione di documenti. Non può quindi escludersi l'acquisizione di documenti “*a sorpresa*” quando la loro produzione nel corso dell'istruzione dibattimentale sia giustificata dall'emergere di fatti secondari nuovi la cui conoscenza risulti indispensabile ai fini della decisione⁴³.

In giurisprudenza, poi, si è affermato che l'imputato che abbia ommesso di indicare le prove che ritiene utili per la propria difesa non può più esercitare nelle successive fasi del processo alcun autonomo impulso

⁴² Tonini, *Manuale*, 532.

⁴³ Liberini, *L'onere di produrre documenti nel dibattimento e il principio di acquisizione processuale*, in *Cass. pen.* 1994.

probatorio, anche nel caso di sostituzione, nelle ipotesi consentite, del difensore, il quale è tenuto a svolgere il proprio mandato nelle condizioni esistenti al momento del suo ingresso nel processo⁴⁴.

Si è poi sostenuto che l'esame dell'imputato, diversamente da quello dei testi, è un mezzo di prova che non deve essere preannunciato e che le parti possono anche dedurre in sede di esposizione introduttiva e fino al suo esaurimento a norma dell'art. 493 c.p.p.

La Suprema Corte ha anche affermato che l'attività integrativa di indagine del pubblico ministero, di cui all'art. 430 c.p.p., non ha come insuperabile termine finale l'esposizione introduttiva e la richiesta di ammissione di prove di cui all'art. 493 c.p.p. Non sussistono, dunque, il divieto di inserimento nel fascicolo del pubblico ministero della documentazione dell'attività compiuta successivamente a detto termine né la correlativa preclusione di utilizzazione mediante contestazione e lettura. D'altra parte le richieste della pubblica accusa al giudice del dibattimento, in funzione delle quali è autorizzata l'attività integrativa, non sono circoscritte a quelle di cui all'art. 493, comma 1, c.p.p. Si è ribadita una visione non restrittiva, cioè che le richieste sono soltanto da effettuarsi ai sensi dell'artt. 493 e 495, comma 1, c.p.p. subito dopo l'apertura del dibattimento e non, quindi, a dibattimento inoltrato. Non sussiste, pertanto, violazione del principio della parità delle parti, considerato che, anche nel caso di indagini suppletive svolte dal pubblico ministero a dibattimento iniziato, la prova si forma sempre nel

⁴⁴ Infatti la sostituzione del difensore non può incidere su una situazione processuale radicatasi, per autonoma e consapevole scelta difensiva, nel rispetto delle regole del contraddittorio Cass., 24 nov. 1999, Crescenzo, *Cass. pen.* 2001, 509)

dibattimento in condizioni di assoluta parità rispetto alle altre parti processuali⁴⁵.

L'art. 493 c.p.p., a differenza dell'art 468 c.p.p. che stabilisce l'inammissibilità dell'esame di persone non indicate nella lista da depositare almeno sette giorni prima della data fissata per il dibattimento, non pone alcuna decadenza in ordine ad una deduzione suppostamente tardiva. Ciò è confermato dalla disposizione in esame che prevede un'eccezione al disposto dell'art. 468 c.p.p. in relazione alle prove che la parte dimostri di non aver potuto indicare tempestivamente, e dall'art. 507 c.p.p. che conferisce al giudice la facoltà di disporre *anche d'ufficio* e quindi, alternativamente e di regola, anche a richiesta di parte l'assunzione di nuovi mezzi di prova, quando sia terminata l'assunzione di quelle ritualmente proposte, subordinando l'esercizio di tale facoltà alla condizione di una necessità dei nuovi mezzi assoluta in senso oggettivo.

È stata ritenuta infondata, quindi, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 493 c.p.p. sollevata in riferimento agli artt. 3, 24 e 77 Cost., nella parte in cui, dopo aver stabilito l'acquisibilità di prove non indicate nella lista di cui all'art. 468 c.p.p. quando la parte che le richiede dimostra di non averle potute indicare tempestivamente, non prevede la facoltà delle altre parti di chiedere un termine per l'esame di dette prove, nemmeno quando queste introducano temi d'indagine. A norma degli artt. 121 e 141 c.p.p., le parti hanno sempre la facoltà di formulare al giudice richieste e, a norma dell'art. 477 c.p.p., il giudice

⁴⁵ Cass., 2 luglio 1996, Muto, *C.E.D.*, *Cass.* n.205555)

può sospendere il dibattimento per ragioni di assoluta necessità, tra le quali deve farsi rientrare quella di assicurare a ciascuna parte la possibilità di esaminare adeguatamente le prove indicate dalle altre parti, ai fini dell'esercizio del diritto di dedurre prova contraria⁴⁶.

In base al comma 3 dell'art. 493 c.p.p., le parti possono concordare l'acquisizione al fascicolo per il dibattimento di atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero, nonché della documentazione relativa all'attività di investigazione difensiva. L'inserzione nel fascicolo per il dibattimento fa sì che l'atto sia acquisito come prova, previa lettura o indicazione ai sensi dell'art. 511 c.p.p., e utilizzato direttamente per la decisione. Si mira, in tal modo, ad uno snellimento dei tempi del processo, riconoscendo alle parti, anche in sede di richiesta delle prove, la facoltà di chiedere al giudice dibattimentale di attribuire agli atti di indagine dell'accusa e della difesa quella valenza probatoria di cui gli stessi sono normalmente privi. Tale accordo non è sindacabile dal giudice del dibattimento se non per impedire l'accesso al fascicolo di atti vietati dalla legge o che comunque risultino irrilevanti o superflui rispetto al *thema decidendum*⁴⁷.

La parte che decide di far transitare al dibattimento elementi probatori direttamente dalle fasi precedenti, senza sottoporli al contraddittorio, determina solo il mancato esercizio di una facoltà difensiva, cioè di interrogare, controinterrogare e sottoporre a contestazione la fonte di prova. Su accordo delle parti possono essere acquisiti tutti e ciascuno degli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero e tutta la

⁴⁶ Riccio G. – Marotta S. *Codice di procedura penale*, C. cost., n.203, 28.4.1992, in *Cass. pen.*, 1992, p.2314

⁴⁷ Casartelli *Le innovazioni riguardanti il dibattimento*, AA.VV.

documentazione relativa all'attività di investigazione difensiva, senza preclusioni connesse alla *forma*. Possono essere acquisiti non solo i verbali, ma anche le annotazioni, le informazioni di reato, le relazioni di servizio, ecc.

Un altro diritto dell'imputato è previsto dall'art. 494 c.p.p., nel quale si stabilisce, a favore del soggetto coinvolto in un processo penale, la possibilità di poter rendere, dopo la fase della richiesta di prova, le dichiarazioni che ritiene opportune, in ogni stato del dibattimento, purché si riferiscano all'oggetto dell'imputazione e non intralcino l'istruzione dibattimentale. Queste dichiarazioni vengono ad essere configurate come un tipico strumento di difesa e si caratterizzano perché nessuno rivolge domande all'imputato. Egli, di sua iniziativa, rende le dichiarazioni che ritiene utili, sempre che siano pertinenti e si riferiscano all'oggetto dell'imputazione, senza intralciare l'istruzione dibattimentale, per esempio, con una prolissità eccessiva. Queste dichiarazioni possono essere rese, oltre che nelle fasi successive, prima della decisione relativa all'ammissione delle prove, in quanto possono avere importanza per la ricostruzione dei fatti già al momento dell'ammissione stessa: l'imputato potrebbe ammettere determinate circostanze, rendendo inutili le prove dedotte dall'accusa o rafforzando le deduzioni e le richieste della difesa⁴⁸.

Queste dichiarazioni, però, non possono essere il pretesto per *proclami* o per *solenni allocuzioni* e non devono in ogni caso ostacolare il normale andamento dell'escussione. E infatti, la funzione della

⁴⁸ Plotino, *Il dibattimento nel nuovo codice di procedura penale*, Giuffrè, 1994.

dichiarazione spontanea è soltanto quella dell'autodifesa e la relativa scelta non può essere l'espedito per scavalcare i limiti e l'ordine dell'istruzione dibattimentale. Le dichiarazioni spontanee dell'imputato possono avere anche contenuto accusatorio nei confronti di coimputati, nel qual caso vengono a costituire vere e proprie chiamate in correità da valutarsi come elementi di prova a carico dei chiamati secondo la disciplina dettata dall'art. 192, comma 3, c.p.p.

Occorre, da ultimo, ricordare che le dichiarazioni spontanee, con le quali soggetti precedentemente avvalsi della facoltà di non sottoporsi ad esame abbiano genericamente confermato quanto da essi dichiarato in fase di indagini preliminari, e quindi anche le accuse all'epoca formulate a carico di terzi, non possono essere equiparate a dichiarazioni rese in sede di esame e, pertanto, anche se ad esse abbiano assistito i difensori degli accusati, i relativi verbali non possono essere acquisiti ed utilizzati come prova.

Si è ulteriormente aggiunto, poi, che le dichiarazioni spontanee, rese da più imputati che si sono avvalsi della facoltà di non sottoporsi ad esame nel contraddittorio fra le parti, per quanto convergenti tra di loro, non sono idonee a svalutare l'efficacia probatoria di una chiamata in correità resa da altro imputato, purché sorretta da ampi e pregnanti riscontri.

Non grava, infine, sul giudice di merito alcun obbligo di acquisizione di dichiarazioni eventualmente rese dallo stesso imputato in altro processo connesso, poiché esse sono rimesse alla discrezionalità

dell'imputato, che può articolare come meglio crede la sua difesa, in quanto titolare dello *ius dicendi et postulandi*.

Guardando i poteri del giudice, nell'ambito degli articoli su-indicati, notiamo che l'art. **493, comma 4**, c.p.p., così come modificato dalla l. n. 479 del 1999, assegna al presidente del collegio una specifica competenza funzionale, il cui esercizio evidenzia il ruolo di garante del conseguimento delle finalità che hanno ispirato l'intervento legislativo. Infatti il presidente controlla, se del caso impedendone concretamente l'esercizio, che le parti non superino i limiti prescritti per l'esposizione introduttiva: a tal fine ha il potere – dovere di impedire ogni divagazione, ripetizione ed interruzione nonché “*ogni lettura o esposizione del contenuto degli atti compiuti durante le indagini preliminari*”. A riguardo si è precisato che la previsione è riferita non soltanto agli atti compiuti dal pubblico ministero, ma anche a quelli di investigazione difensiva. La *ratio* va ricercata nel tentativo di impedire degenerazioni, adeguatamente stigmatizzate dalla giurisprudenza.

Altro potere si ritrova nei commi 2 e 3 dell'art. 493 c.p.p., i quali stabiliscono che è rimesso al prudente apprezzamento del presidente del collegio di inserire le richieste integratrici in ordine alle prove legittime e non precluse in un contesto di ordinato svolgimento della fase di esposizione introduttiva. La disposizione costituisce un'eccezione al principio della formazione dialogica della prova, fondata sull'accordo delle parti, che possono far veicolare nel fascicolo per il dibattimento anche l'intero materiale probatorio acquisito durante le indagini preliminari o l'attività di investigazione difensiva. Si potrebbe dire che

questa sia una deroga sostanziale al contraddittorio nella formazione della prova, principio che non è solo un diritto delle parti, ma è una garanzia della giurisdizione che coinvolge soprattutto il giudice.

La compressione del contraddittorio condiziona, però, il corretto esercizio della giurisdizione, sguarnito di una significativa tutela. Inoltre, l'accordo sull'acquisizione di atti delle indagini, preliminari o difensive, deroga ai principi dell'immediatezza e dell'oralità che hanno una valenza oggettiva soprattutto quando collegano la formazione della prova con la persona del giudice che deve decidere. Questa norma non è condivisa da autorevole dottrina⁴⁹.

Tra i poteri del giudice assume particolare rilevanza quello descritto dall'art. **495 c.p.p.**, rubricato "*Provvedimenti del giudice in ordine alla prova*". Il giudice decide con ordinanza sull'ammissione delle prove, dopo aver sentito le parti e cioè dopo aver dato alle stesse la possibilità di interloquire e motivare eccezioni ed opposizioni. Vi è un vero e proprio diritto all'ammissione delle prove richieste con l'eccezione di quelle vietate dalla legge e di quelle manifestamente superflue, cioè sovrabbondanti rispetto alle esigenze probatorie, o irrilevanti, cioè estranee al *thema probandum*.

La Suprema Corte ha sottolineato che, secondo l'art. 495 c.p.p., anche in materia di prove il giudice si pone normalmente in una situazione di terzietà e, quindi, non dispone di alcun potere di imporre a una delle parti del procedimento l'esibizione, o anche la semplice indicazione, di elementi di prova, dei quali quella parte fosse venuta eventualmente in

⁴⁹ Riccio – Spangher, *op.cit.*, p. 528.

possesso ovvero a conoscenza. Al giudice del dibattimento, salvo casi eccezionali determinati dalla assoluta necessità, è conferito soltanto il potere di valutare l'ammissibilità delle prove proposte dalle parti. La Cassazione ha poi stabilito che il giudice del merito può negare l'ammissione di una prova, più specificamente di una testimonianza, quando appare evidente la sua irrilevanza per superfluità, scarsa o mancata attinenza con il tema del processo ovvero per altre ragioni obiettivamente risultanti prima che la prova o la testimonianza siano assunte. Egli, però, non può escludere tale ammissione sulla presunzione, ancorché ragionevole, della sua inattendibilità perché, così facendo, anticiperebbe un giudizio sulla valutazione della prova medesima che deve essere necessariamente espresso soltanto dopo che questa sia stata esperita.

Le prove originariamente escluse, qualunque sia stato il motivo dell'esclusione, possono essere successivamente ammesse, quando lo sviluppo del dibattimento ne abbia dimostrato la legittimità e la pertinenza⁵⁰.

Il comma 2 dell'art. 495 c.p.p. configura un vero e proprio diritto alla "*controprova*", che spetta all'imputato e al pubblico ministero, ma non alle altre parti private: l'imputato ha diritto all'ammissione delle prove intese a negare i fatti oggetto della prova indicata dal pubblico ministero; quest'ultimo, a sua volta, ha diritto all'ammissione delle prove volte a negare i fatti oggetto della prova indicata dall'imputato. Fermo restando il potere del giudice di consentire l'acquisizione delle prove dalle quali il

⁵⁰ Plotino, *Il dibattimento nel nuovo codice di procedura penale*, Giuffrè, 1994.

pubblico ministero sia dichiarato decaduto valendosi dei poteri conferitigli dall'art. 507 c.p.p., la decadenza dello stesso pubblico ministero dalla prova diretta non esclude il suo diritto all'ammissione delle prove a carico dell'imputato sui fatti costituenti oggetto delle prove a discarico.

In dottrina si è affermato che il limitato potere del giudice di esclusione in materia di ammissione di prove, come si desume dal combinato disposto degli artt. 495, comma 1, e 190 c.p.p., si attenua ulteriormente quando si tratti di controprova, poiché la sua acquisizione sfugge ai parametri valutativi e al triplice criterio di ammissione indicati dalla norma generale⁵¹. Su questa linea si è sostenuto che l'acquisizione della prova è un atto dovuto per il giudice che procede ed un diritto per la parte che ne ha fatto richiesta. Si è poi ribadito che il diritto all'ammissione delle prove indicate a discarico sui fatti costituenti oggetto delle prove a carico, che l'art. 495, comma 2, c.p.p. riconosce all'imputato, incontra limiti precisi nell'ordinamento processuale, secondo quanto disposto dagli artt. 188, 189 e 190 c.p.p., e pertanto deve armonizzarsi con il potere – dovere, attribuito al giudice del dibattimento di valutare la liceità e la rilevanza della prova richiesta, ancorché definita “*decisiva*” dalla parte, onde escludere quelle vietate dalla legge e manifestamente superflue o irrilevanti.

L'esercizio di tale potere – dovere è sottoposto ad un controllo di legittimità. Compito della Corte di Cassazione è il vaglio sotto il profilo logico della correttezza delle argomentazioni usate per escludere la prova

⁵¹ Di Palma, *Art. 495 comma 2 c.p.p. e perizia quale presunto mezzo di prova “neutro”*, in *Cass. pen.*, 1995.

richiesta, specie se si tratta di prova che la parte definisce decisiva., tale da apparire idonea (con giudizio *ex ante*) a contrastare, nell'ambito dell'oggetto del processo, circostanze altrimenti acquisite, elidendone l'efficacia probatoria, ovvero a introdurre ulteriori elementi di valutazione così da rendere possibile una pronuncia diversa⁵².

Nel corso dell'istruzione dibattimentale le parti hanno la facoltà di proporre eccezioni in ordine all'ammissibilità delle prove e il giudice, sentite le parti, può revocare con ordinanza l'ammissione di prove che risultino superflue o ammettere prove già escluse.

Ciascuna delle parti, *ex art. 495, comma 4-bis, c.p.p.*, può rinunciare, inoltre, all'assunzione di prove già ammesse a propria richiesta, a condizione che vi sia anche il consenso dell'altra parte: una prova viene posta, con la sua ammissione, a disposizione del contraddittorio, con la conseguenza che pur in presenza di una rinuncia di una parte, resta fermo il potere dell'altra parte di procedere alla sua assunzione. Ove anche questa parte rinunci, sia pure tacitamente, ad esercitare il suo diritto alla prova, non occorre un'ordinanza con la quale il giudice, previa audizione delle parti, revochi il precedente provvedimento di ammissione della prova; infatti, fuori dei casi stabiliti espressamente dalla legge, in cui gli è consentito indicare alle parti temi nuovi o incompleti sui quali si rende necessario acquisire ulteriori elementi, il giudice non è tenuto ad interpellare le parti, quando esse con il loro comportamento conclusivo abbiano dato concreta attuazione al principio della disponibilità della prova.

⁵² Cass. 20 aprile 1995, Toscano, *C.E.D. Cass.*, n. 202997

In dottrina⁵³ si è osservato che la possibilità per la parte, che ha richiesto l'ammissione della prova, di rinunciare alla sua assunzione è una manifestazione normativa del diritto alla prova. Subordinando la rinuncia al consenso dell'altra parte, il legislatore ha riconosciuto un inedito *principio di acquisizione della prova*: il provvedimento di ammissione della prova, richiesta da una parte, fa sorgere in capo alle altre parti il diritto all'acquisizione di quel mezzo di prova, in quanto la prova non è di *proprietà* della parte che l'ha introdotta nel processo. La rinuncia opera nell'accordo delle parti, senza necessità di un provvedimento formale di revoca da parte del giudice. Non è ammissibile una prova tacita, poiché in materia probatoria non sussiste libertà della forma; e per gli stessi motivi il consenso deve essere espresso. Nel caso in cui il dichiarante "*rinunciato*" non sia stato citato dalla parte richiedente, la citazione dovrà essere operata, previa autorizzazione del giudice, dalla parte che non ha consentito alla rinuncia. L'escussione della prova rinunciata viene effettuata partendo dal controesame, avente per oggetto le circostanze indicate nella lista presentata dalla parte rinunciante.

I poteri probatori del giudice.

L'accoglimento di una ideologia accusatoria implica il riconoscimento del fondamentale ruolo dell'attività delle parti nella dialettica probatoria. "*Il veicolo della conoscenza giudiziale è rappresentato dalle parti del processo: in linea generale il giudice del dibattimento non ha bisogno di cercare quel che sa, conoscendolo già*

⁵³ Tonini, *Manuale*, 572 e ss.

attraverso le parti; quel che non sa...non sa neppure come cercarlo, poiché in un processo di parti, è il dibattito stesso la fonte di produzione del sapere giudiziale”⁵⁴.

All’iniziativa delle parti processuali è rimessa, in gran parte, l’acquisizione e l’assunzione della prova secondo un onere imperfetto di allegazioni probatorie, temperato da un residuale potere di intervento del giudice che, in qualche modo, consente di affermare con sufficiente chiarezza come il nostro sistema non accolga il concetto di assoluta disponibilità delle parti in materia di prova.

I giudici, dunque, non possono oltrepassare determinati limiti e ciò è fondamentale per capire l’equilibrio tra i poteri all’interno del rito penale. Ed è proprio questa forma di equilibrio tra il ruolo e i poteri delle parti cui deve protendere il processo penale.

Al giudice è stato dato ora un ruolo integrativo dell’attività probatoria, ora un ruolo espansivo, per così dire suppletivo⁵⁵. Questo ruolo, accolto dalla giurisprudenza, fonderebbe sulla esigenza di evitare che il pubblico ministero possa disattivare l’azione penale omettendo di coltivarla nel dibattito e che inezie difensive possano pregiudicare il concreto ed indisponibile diritto di difesa nella sua accezione fondamentale probatoria. I poteri officiosi del giudice, quindi, in caso di inerzia delle parti potrebbero anche supplire al loro ruolo probatorio, mai utilizzato.

⁵⁴ Gaeta, il “sapere della verità”: inerzia probatoria delle parti e poteri del giudice del dibattito, in *Quest.Giust.*, 1993, 557.

⁵⁵ Cfr. Bassi, *Principio dispositivo e principio di ricerca della verità materiale: due realtà di fondo del nuovo processo penale*, in *Cass. Pen.* 1993, 1370 ss.

Il ragionamento è coerente con i recenti sviluppi legislativi che hanno assegnato, in misura sempre maggiore, al giudice un ruolo di controllo sul reale esercizio dell'azione e sulla completezza delle indagini preliminari. Ma non può considerarsi una "supplenza" reale ed efficiente. Se il pubblico ministero non svolge le sue indagini ed è carente il controllo sulla completezza delle investigazioni realizzato all'udienza preliminare, non si può considerare una funzione suppletiva del giudice che possa opporsi in modo efficiente all'inerzia del pubblico ministero. Allo stesso modo, un'eventuale inerzia difensiva non potrebbe essere controllata dal giudice, il quale, logicamente, non ha quel rapporto diretto con l'imputato indispensabili per definire una difesa utile. E poi non è sempre agevole stabilire la natura integrativa o suppletiva del potere esercitato dal giudice per regolamentare realmente o oggettivamente le coordinate del potere stesso.

L'intervento del giudice deve nascere e svilupparsi solo sulle scelte delle parti e deve proiettarsi verso la decisione e non verso la conferma o la smentita di una determinata tesi, altrimenti si manifesta una lesione dell'imparzialità del giudice. I poteri giurisdizionali vengono attivati solo quando non sono diretti verso un determinato epilogo, ma si proiettano esclusivamente sulla lacuna nell'accertamento. Se la scelta è orientata alla conferma o alla smentita di una determinata ipotesi, allora la giurisdizione diventa parziale e tradisce una delle sue essenze, uno dei fondamenti del procedimento legale di accertamento: assicurare l'uguaglianza attraverso l'imparzialità. Quando si decide, l'insufficienza di elementi a sostegno di una delle tesi, afferenti all'ipotesi dell'accusa,

deve determinare l'applicazione della nota regola di giudizio *in dubio pro reo*.

In ogni caso, il sistema processuale designato dal legislatore del 1988 fonda sul diritto alla prova delle parti e costruisce l'intero procedimento probatorio sull'impulso delle parti e sul contraddittorio. I poteri del giudice sono solo residuali e svolgono la funzione di contrapporsi all'inerzia delle parti rispetto a specifiche proposizioni essenziali all'accertamento. L'attività del giudice non può sostituirsi al confronto dialettico delle parti, né direzionare in modo autoritativo le scelte probatorie utili alla formazione del materiale del quale egli stesso dovrà avvalersi ai fini della decisione.

L'esigenza di "*completezza dell'attività probatoria*" è compensata dalla necessità di tutelare l'imparzialità, in quanto "*l'iniziativa probatoria nuoce alla terzeità di chi la esercita, alimenta pregiudizi che a loro volta accrescono il rischio dell'errore*"⁵⁶.

Il dibattito si è sviluppato innanzitutto sulla *ratio* dell'accertamento penale e sulla sua essenza nonché sulla ragione d'essere dei connessi poteri e sul loro punto di equilibrio. L'imparzialità del giudice richiede di non essere coinvolto nelle dinamiche probatorie le quali richiedono che sia un soggetto "terzo", l'arbitro, a consentire uno sviluppo regolare al confronto dialettico.

Se l'attività probatoria del giudice nuoce alla sua imparzialità è evidente che le tracce di illegittimità si rilevano ogni qual volta il

⁵⁶ Ferrua, *I poteri probatori del giudice dibattimentale*.

comportamento si connette con la decisione: cioè quando lo stesso giudice esercita poteri probatori e poi decide sulla regiudicanda.

Considerando l'art. **190, comma 2**, c.p.p., notiamo come emergono un **potere** di ufficio sulla individuazione delle prove ulteriore rispetto a quello delle parti e un **limite** al potere dispositivo delle parti in materia di prova, realizzato non solo attraverso un controllo sulle loro scelte ma anche con un attivismo probatorio idoneo ad integrare di per sé un potere di scelta autonomo e distinto dal primo. Una decisione giusta limita il potere delle parti e affida al giudice, solo in caso di inerzia, di realizzare un ruolo attivo.

Vi sono plurime forme di attivismo giurisdizionale che accompagnano un po' tutto il procedimento:

1. Il controllo sulla scelta di non esercitare l'azione penale, espressa con la richiesta di archiviazione da parte del pubblico ministero, manifesta una prima forma di ingerenza del giudice nell'attività di ricerca, laddove il giudice per le indagini preliminari può autonomamente decidere di non accogliere la richiesta di archiviazione e di ordinare il compimento delle indagini. In questo caso il giudice interviene solo dopo aver apprezzato la incompletezza delle indagini preliminari, indirizzando l'attività del pubblico ministero in una certa direzione. È un meccanismo di controllo molto importante e neutro che non invade i profili dell'imparzialità del giudice.
2. Il giudice interviene attivamente nella fase di anticipata formazione della prova con l'incidente probatorio, formulando domande

all'esame dei testimoni o delle parti o integrando i quesiti in caso di perizia, ma solo in alcuni casi⁵⁷ si realizza quella relazione tra contributo probatorio e decisione, nel senso che il giudice dovrà decidere concretamente. Si profila una pre-costituzione della prova sottratta al luogo e al modo naturale di formazione, quando non vi è l'assoluta necessità di acquisirla anticipatamente.

3. Nell'udienza preliminare abbiamo due ambiti di intervento probatorio del giudice, indicati dall'art. 421 bis c.p.p., in cui si definisce il controllo sulla completezza delle indagini preliminari, e dall'art. 422 c.p.p., in cui il legislatore ha predisposto l'attività di integrazione probatoria del giudice finalizzata alla sentenza di non luogo a procedere. In questi casi al giudice è consentito di intervenire *motu proprio* sul meccanismo di individuazione e di acquisizione di dati probatori. La piattaforma probatoria viene incrementata dalle determinazioni del giudice chiamato a pronunciarsi sull'esito dell'udienza preliminare.
4. Anche nel corso del giudizio abbreviato ritroviamo poteri di intervento probatorio *ex officio* da parte del giudice che, ove ritiene di non poter decidere allo stato degli atti, acquisisce, prescindendo dalle richieste delle parti, *ex art. 441, comma 5, c.p.p.*, elementi considerati necessari alla decisione.
5. Nel corso del dibattimento, i poteri probatori *ex officio* sono più delineati. Il giudice può disporre, *ex art. 195, comma 2, c.p.p.*, l'esame dei testi di riferimento, anche prescindendo da una richiesta

⁵⁷ Quando, ad esempio, l'incidente probatorio si realizza nel corso dell'udienza preliminare e il giudice che lo effettua deve anche decidere sulla richiesta di rinvio a giudizio.

di parte; può, inoltre, disporre la perizia ai sensi dell'art. 224 c.p.p. e può acquisire *ex art.* 237 c.p.p. documenti provenienti dall'imputato. Può acquisire di propria iniziativa, *ex art.* 501, comma 2, c.p.p., i documenti, le note scritte e la pubblicazione consultati dal perito o dal consulente tecnico esaminato. Il giudice interviene attivamente nel corso delle letture dibattimentali, secondo gli art. 511 e 511 bis c.p.p.

6. Infine nel giudizio di appello è previsto il potere di disporre di ufficio la rinnovazione parziale del dibattimento ai sensi dell'art. 603, comma 3, c.p.p.

Il legislatore ha riconosciuto anche il potere di accertare di ufficio delle situazioni aventi una esplicita incidenza sulla prova come l'art. 196, comma 2, c.p.p., che consente al giudice di verificare l'idoneità fisica o mentale del testimone e allo stesso modo l'art. 500, comma 5, c.p.p. consente delle verifiche riguardo ad illecite pressioni sul testimone⁵⁸.

I poteri del giudice culminano, poi, nel momento processuale volto alla formazione della prova. Le disposizioni da prendere in esame sono racchiuse negli artt. 506 e 507 c.p.p. Queste due norme sembrano quasi rappresentare un temperamento del sistema accusatorio, del quale la disponibilità delle prove a favore delle parti è elemento caratterizzante e pregnante⁵⁹.

L'art. 506, comma 1, c.p.p. regola gli interventi del giudice nell'esame dei testimoni e delle parti private: il giudice può indicare alle parti "temi di prova nuovi o più ampi, utili per la completezza

⁵⁸ De Caro, *op.cit.*, pagg. 125 e ss.

⁵⁹ Dublino – Baglione – Bartolini, *Il nuovo codice*, p. 1330

dell'esame". La compressione del modello accusatorio, fondato sul necessario contraddittorio delle parti processuali nella formazione della prova, viene evitata dal concetto di *utilità* predisposto per l'attuazione di questo peculiare potere del giudice del dibattimento. Ed infatti, tale *utilità* deve emergere dai risultati delle prove assunte nel dibattimento o deve conseguire alle letture, cioè deve derivare dall'istruttoria dibattimentale in via di espletamento e non da scelte strategiche del giudice, prescindendo dai risultati conoscitivi raggiunti⁶⁰. Si tratta, in effetti, di un potere di "suggerimento"⁶¹ esercitabile una volta concluse le istanze dell'accusa e della difesa.

Il presidente dunque può solo sollecitare le parti ad ampliare un tema di prova, oltre i limiti delle liste testimoniali e delle richieste introduttive, restando all'interno dell'imputazione formulata dal pubblico ministero. Dopo la sollecitazione l'iniziativa probatoria spetta alle parti, le quali accettano o meno il "suggerimento". Si evidenzia che il tema di prova non viene posto *dalle* parti, ma *alle* parti in via eccezionale, derogando il principio per cui "*iudex iudicare debet secundum alligata*". La possibilità per il giudice di inserire d'ufficio il *thema probandum* è esercitata "in base ai risultati delle prove assunte nel dibattimento a iniziativa delle parti o a seguito delle letture disposte a norma degli articoli 511, 512 e 513". I temi di prova dati dal giudice non sono enunciati in modo autonomo dal giudice, ma devono emergere dai risultati probatori delle prove assunte su richiesta di parte e non possono

⁶⁰ De Caro, *op.cit.*, p.205

⁶¹ Tonini, *op. cit.* p. 569

discendere dalla valutazione di atti, quindi, non formatisi nel dibattimento.

Allo stesso modo il comma 2 dell'art. 506 c.p.p. prevede il potere del giudice di rivolgere domande ai testimoni, ai periti, ai consulenti tecnici, alle persone indicate dall'art. 210 c.p.p. e alle parti private già esaminate, solo dopo l'esame e il controesame. Va senza dubbio considerata quanto mai pregnante l'opportunità di destinare un tale potere al giudice, in quanto un suo intervento officioso con finalità chiarificatrice dei fatti oggetto del processo e in funzione surrogatoria rispetto alle parti in tanto trova giustificazione in un processo tendenzialmente accusatorio, in quanto non sia stato possibile ottenere i chiarimenti che l'organo decidente reputa necessari mediante le domande che hanno posto le parti⁶².

La previsione del potere di ampliare il contenuto dell'esame con delle indicazioni di temi nuovi fornisce lo strumento normativo che autorizza l'allargamento dell'atto oltre i suoi limiti naturali. Il giudice in ogni caso deve riferirsi alle circostanze indicate nella lista *ex art.* 468 c.p.p. "consentendo solo uno sviluppo delle potenzialità – rimaste in ombra – di quella fonte di prova"⁶³.

Anche se non sussiste alcuna incertezza nel collegamento tra il tema nuovo e il contenuto fissato dall'ordinanza ammissiva della prova, tuttavia per *tema nuovo* si deve intendere un ambito probatorio differente che costituisce un *novum* rispetto a quello fissato. Talché le cause che

⁶² G.Ciani, *Le nuove disposizioni sul giudizio*, p. 580

⁶³ Manzione, *Commento agli artt. 506 e 507*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Chiavario, Torino, 1995, 385.

possono determinare l'intervento del giudice possono essere non solo l'inerzia delle parti, ma anche la necessità della "completezza dell'esame". Di conseguenza se si intende ricercare una certa continuità con uno sviluppo di una parte della vicenda, bisogna anche considerare l'eventualità che il tema nuovo possa anche risultare diverso da quelli fissati e sviscerati in precedenza. E dunque l'intervento del giudice non deve rispettare necessariamente la tematica probatoria posta dalle parti, la quale individua una linea guida che però può anche essere valicata.

L'art. 506 c.p.p. prelude con i suoi contenuti e le sue applicazioni ad una disposizione emblematica del potere probatorio del giudice del dibattimento, che acquista così una più spiccata autonomia rispetto al potere dispositivo delle parti in ordine alla formazione della prova: l'art. 507 c.p.p. rubricato *Ammissione di nuove prove*, rappresenta un nodo nevralgico del processo penale, sul quale sono sorti contrasti giurisprudenziali conclusisi con una pronuncia delle Sezioni Unite ed un'altra della Corte Costituzionale. Su questa disciplina si sono addensate le problematiche di maggiore complessità per la sua vocazione ad ampliare i poteri probatori *ex officio* del giudice e riproporre un vero e proprio protagonismo del giudice di antica memoria inquisitoria⁶⁴.

La necessità assoluta di disporre nuovi mezzi di prova va vista in riferimento alla finalità del processo penale, che è quella di accertare la verità. I mezzi di prova del giudice devono seguire questo fine e l'assolutezza della necessità supera ogni barriera preclusiva. La "novità" richiesta dall'art. 507 c.p.p. va rapportata alle prove già acquisite, rispetto

⁶⁴ G. Riccio – G. Spangher, *op. cit.*, pag. 556

alle quali sono “nuove” tutte quelle degne di tal qualifica anche se anteriormente sono ritenute inammissibili o ininfluenti, nulla vietando che il giudice possa far propria una iniziativa mancante o formalmente scorretta⁶⁵.

L’accezione concettuale della “prova nuova” è significativa, dunque, non già di prova sopravvenuta o scoperta successivamente a quella articolata dalle parti, ma semplicemente di prova non precedentemente disposta. Infatti, il potere di supplenza del giudice in materia di prove, trova spazio anche nel caso in cui vi sia stata completa inerzia delle parti, ossia quando non vi sia stata in precedenza alcuna acquisizione delle prove. Ciò perché deve ritenersi che le parole utilizzate nel testo dell’articolo “*terminata l’acquisizione delle prove*”, indichino il punto dell’istruzione dibattimentale in cui può avvenire l’ammissione delle nuove prove: il momento iniziale, quindi, e non il presupposto del potere attribuito al giudice.

Il ruolo assegnato al giudice del dibattimento non è quello di arbitro di una contesa in cui sono esclusivamente le parti a fornire i materiali per la decisione e ciò risulta da diverse norme del codice (oltre che dall’art 507 c.p.p., anche dagli artt. 508, comma 1, c.p.p., 511 511 *bis* c.p.p., e 603 c.p.p.) e soprattutto nella legge delega del 1987 che, nella direttiva n. 73, parla di “*ricerca della verità*” e fa intendere che il giudice investito della regiudicanda può, e deve, disporre le prove necessarie per la decisione, esercitando un potere istruttorio che si spinga, nei casi limite,

⁶⁵ Cass., 10 ottobre 1991, Paoloni, *Cass. pen.* 1992, 1258; conforme Cass. 9 aprile 1992, Greci, *Riv. Pen.*, 1993, 327.

fino ad ovviare alla negligenza o alla deliberata inerzia del pubblico ministero⁶⁶.

Va ricordato, dunque, che quando si dice che non è compito del dibattimento ricercare in modo assoluto la verità non si vuole affermare che il concetto di verità sia un concetto spurio rispetto all'accertamento processuale, ma si vuole rimarcare che il giudice non ha il compito di intraprendere autonome strade accertative, ma deve verificare se una delle ipotesi ricostruttive proposte dalle parti sia ragionevolmente supportata da elementi probatori che consentono un giudizio di responsabilità⁶⁷.

Il meccanismo procedurale, pertanto, può scattare solo dopo l'acquisizione completa delle prove richieste dalle parti. Solo in quel momento è possibile valutare con completezza le risultanze probatorie ed è possibile valutare l'esistenza di lacune probatorie colmabili con l'assunzione di nuove prove. La struttura è completata dalla assoluta necessità che deve assistere la nuova prova da assumere: assoluta necessità rispetto alla decisione che, al fondo, presuppone una concreta "assoluta impossibilità di decidere" senza quella acquisizione.

L'intenzione del legislatore è stata quella di munire il giudice di merito di un potere riequilibrante, atto a supplire alle carenze probatorie delle parti, quando le stesse incidono in modo determinante sulla formazione del convincimento e sul risultato del giudizio. Deve pertanto ritenersi che l'esercizio del potere officioso sia attuabile tutte le volte in cui le prove dedotte dalle parti non siano ritenute sufficienti ad esercitare

⁶⁶ Sez. Un. 6 novembre 1992, Martin, *Cass. Pen.* 1993, 280 e 1370.

⁶⁷ Riccio – Spangher, *op.cit.* p. 557

la funzione conoscitiva del processo, posto che, in tanto può ritenersi l'assoluta necessità di assumere nuove prove, in quanto l'esigenza delle stesse risulti dagli atti del giudizio e la loro assunzione appaia decisiva⁶⁸.

L'art. 507 c.p.p., come già detto, conferisce un potere e non un dovere di integrazione probatoria. Se esso fosse configurato come un dovere, ne risulterebbe stravolto lo stesso carattere accusatorio che la legge delega n. 81 del 16 febbraio 1987 ha voluto fosse conferito al nuovo c.p.p. Si è precisato, però, che per quanto l'assunzione della nuova prova, legata alla sussistenza della assoluta necessità, sia attribuita al giudice come potere e non come obbligo, tale potere non deve essere inteso nel senso della mera discrezionalità, postulandosi per l'esercizio di esso un'**adeguata motivazione**, pur se limitata alla valutazione circa la sussistenza o non dell'assoluta necessità del nuovo mezzo di prova. L'assoluta necessità di assunzione di nuovi mezzi di prova, lungi dal postulare il dovere di assumerli, non esclude l'apprezzamento del giudice, come indica la stessa dizione dell'art. 507 c.p.p. laddove evidenzia che *“il giudice può disporre anche di ufficio l'assunzione”*, senza dire né “deve” né puramente e semplicemente “dispone”. Trattasi di un apprezzamento rimesso unicamente al giudice e fondato su tutte le risultanze probatorie valutate adeguatamente dallo stesso. Inoltre, trattandosi di un apprezzamento, il giudice deve darne conto con ordinanza, come tale adeguatamente motivata.

Le nuove prove, rispetto a quelle inizialmente richieste dalle parti, sono soggette ad una più penetrante e approfondita valutazione della loro

⁶⁸ Cass., 27 settembre 1996, Papini, *Cass. pen.* 1998, 1133)

pertinenza e rilevanza che è correlata alla più ampia conoscenza dei fatti di causa già acquisita. La Suprema Corte ha anche sostenuto che il giudice ha l'obbligo di ricorrere al potere che l'art. 507 c.p.p. gli conferisce, in ordine all'acquisizione anche d'ufficio di mezzi di prova, quando ciò sia indispensabile per decidere, non essendo rimessa alla sua mera discrezionalità la scelta tra disporre i necessari accertamenti e prosciogliere l'imputato.

Inoltre il giudice ha un obbligo specifico di motivazione anche in ordine al mancato esercizio di tale potere – dovere e, perciò, la mancanza di un'adeguata giustificazione della propria condotta determina un vizio di motivazione lesivo della legge, dal quale discende la nullità della sentenza e la necessità del rinvio al giudice di merito per un nuovo giudizio⁶⁹.

Il potere del giudice di disporre d'ufficio l'assunzione di nuovi mezzi di prova può essere esercitato anche a conclusione del dibattimento, terminata la discussione, dal momento che non sussiste alcuna preclusione in relazione alla possibilità di riaprire il dibattimento per assumere prove nuove, se queste sono decisive⁷⁰. Epperò, seppur delimitato il momento iniziale di tali poteri con l'espressione “*terminata l'acquisizione delle prove*”, il ricorso all'integrazione probatoria d'ufficio, effettuato prima che sia terminata l'acquisizione delle prove, costituisce unicamente una mera irregolarità procedimentale che, in mancanza di una specifica previsione normativa, non determina alcuna nullità o inutilizzabilità.

⁶⁹ Cass., 13 maggio 1997, Fani, *Cass. pen.*, 1998, 2634.

⁷⁰ Cass., 22 ottobre 1993, Montani, *Cass. pen.* 1995, 973

Il giudice, ancora, può disporre l'assunzione non solo dei mezzi di prova espressamente previsti e disciplinati dalla legge, ma anche di quelli non disciplinati, purché idonei ad assicurare l'accertamento dei fatti e rispettosi della libertà morale della persona. Non vi è alcuna ragione per restringere il campo ai "mezzi di prova" in senso stretto e per escludere dall'iniziativa del giudice i "mezzi di ricerca della prova", come le ispezioni, le perquisizioni e i sequestri⁷¹. Oltretutto, in giurisprudenza si è anche precisato che la "ricitazione" d'ufficio, da parte del giudice, di testi già escussi non è un provvedimento abnorme né da luogo a nullità. Invero il giudice, terminata l'acquisizione delle prove, dal momento che può disporre nuovi mezzi, a maggior ragione può escutere nuovamente le persone già sentite; né tale escussione viola il diritto di difesa, rimanendo solo il diritto delle parti di concludere l'esame.

Dosare i poteri di intervento giudiziale in ambito di una dinamica probatoria, fondamentale costruita sull'iniziativa delle parti, è un fatto innanzitutto politico-culturale, perché evoca scelte fondate su opzioni di sistemi e di modelli; costituisce, poi, un fatto normativo perché rappresenta il crocevia di strutture giuridiche anche assai differenti, spesso intersecatesi e combinate tra di loro alla ricerca di un punto di equilibrio.

CAPITOLO III

⁷¹ Plotino, *Il dibattito nel nuovo codice di procedura penale*, Giuffrè, 1994

IL PROCEDIMENTO PROBATORIO CON PARTICOLARE RIFERIMENTO ALLE CONTESTAZIONI NELL'ESAME TESTIMONIALE.

Il principio del contraddittorio.

Il principio del contraddittorio, perno del nuovo processo penale, garantisce alle parti di poter svolgere un ruolo da protagonisti nel processo, in modo da essere dotate di poteri e facoltà che consentono di porsi nei confronti del giudice in posizione tra loro paritaria e tale da dare concretezza a tutte le potenzialità persuasive delle loro argomentazioni.

La Corte costituzionale ha da tempo individuato nel relativo principio la pietra angolare delle garanzie stabilite dall'art. 24, comma 2, Cost.⁷². Invero, ogni forma di contraddittorio “*presuppone una dualità antagonista e paritetica*”, nel senso che i suoi protagonisti debbono essere portatori di interessi e tesi diverse (anche se nella disputa possono trovare uno o più punti di convergenza) e debbono godere di uguali diritti. Tale contrapposizione dialettica è funzionale all'attività di persuasione del “terzo”, cioè del giudice, a patto che ognuno degli antagonisti conosca l'oggetto della contesa e gli argomenti di prova della controparte.

Nella sua essenza, il principio del contraddittorio presuppone l'esigenza partecipativa e richiama alla mente l'antico brocardo

⁷²Va ricordata l'opinione di chi è pervenuto all'esclusione di qualsiasi identificazione tra il principio del contraddittorio e il diritto di difesa a livello costituzionale, attraverso cadenze argomentative non del tutto convincenti, anche se ricche di riflessioni feconde di sviluppi Giostra, *Contraddittorio (Principio del) diritto processuale penale*, in *Enc. Giur. Treccani*, VIII, p 1 ss.

“*audiatur et altera pars*”. Più specificamente il diritto processuale penale è andato polarizzandosi sul diritto dell’imputato ad una adeguata e tempestiva conoscenza di certi atti processuali nel corso del processo e ad “*essere informato nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile, in modo dettagliato della natura dei motivi dell’accusa elevati a suo carico*”⁷³; sulle garanzie difensive di conoscibilità delle risultanze probatorie; e, soprattutto, sulla partecipazione processuale all’iter del procedimento probatorio, culminante nella decisione finale. Sul punto ritroviamo anche una giurisprudenza della Commissione europea dei diritti dell’uomo, chiamata ad occuparsi del problema in relazione alla violazione del principio di “parità delle armi” tra le parti, costante nella giurisprudenza della Corte europea che lo riconduce alla nozione di equo processo (*fair trial*), ricavabile dall’**art. 6 n.1** della Convenzione Europea. Tale principio fondamentalmente riassume, sul piano concettuale, uno dei significati più pregnanti del contraddittorio, anzi la sua **proiezione più concreta**. La medesima dottrina che esalta il diritto di difesa come rappresentazione del contraddittorio, inoltre, non giunge ad una identificazione dei due termini, ma pone “*in stretto collegamento la nozione di contraddittorio e l’effettività della difesa dell’imputato*”, a conclusione di un *iter* argomentativo che presuppone gli altri profili del contraddittorio.

Il principio del contraddittorio ha oggi una dimensione costituzionale di ben più ampio respiro, rispetto alla formulazione originaria della Carta

⁷³ Così l’art. 6 n. 3 lett. a) Conv. Europea, che include tale diritto tra le garanzie minime. Analoga disposizione si trova nel Patto Internazionale, all’art. 14 n. 3.

costituzionale, trovando la sua matrice in disposizioni costituzionali ben precise.

Il principio della parità delle armi e la configurabilità di un processo “giusto” e “leale” non possono prescindere da un costante contraddittorio tra le parti, soprattutto laddove è riconosciuto il diritto all’azione e alla difesa giudiziale (art. 24, comma 1 e 2, Cost.). In altri termini, il contraddittorio rappresenta il **momento di verifica e di sintesi** dei valori espressi dal sistema di garanzie costituzionali. Tale momento è rilevabile direttamente sul terreno della prova, momento mediano nonché emblematico del processo. Solo un contraddittorio pieno tra le parti consente la formazione di una prova come risultato di argomentazioni dialettiche, dimostrative e proponibili come fondamento della decisione finale.

La legge costituzionale 23 novembre 1999 e la legge n. 63 del 2001 (definita appunto legge del “giusto processo”) hanno modificato l’art. **111 Cost.** nel quale cinque nuovi commi consacrano i principi cardine ai quali deve informarsi ogni processo e, segnatamente, quello penale. Sono principi che sono sintetizzati nell’espressione “giusto processo” e che consistono, tra l’altro, nella riserva di legge in materia processuale, nella imparzialità del giudice, nella parità delle parti e nella ragionevole durata dei processi.

In particolare, sottolineando il **secondo comma**, può facilmente riscontrarsi come esso enuncia una serie di principi che non si riferiscono soltanto al processo penale, bensì a quello civile ed amministrativo. Viene in tal modo menzionato il principio del contraddittorio nella sua

accezione classica, comportante la necessità che la decisione del giudice venga presa *"audita altera parte"*. La norma sancisce quel canone di "parità tra le parti" che, ovviamente a differenza del processo civile dove è possibile attuare la piena parità delle armi tra attore e convenuto, nel processo penale, invece, bisogna tener conto alla luce della diversità istituzionale e sostanziale che intercorre tra il pubblico ministero, da un lato, e l'imputato, dall'altro. Sembra, pertanto, necessario precisare che intercorre uno stretto legame tra il principio del contraddittorio ed il **principio della parità tra le parti**, una vera e propria dipendenza del primo rispetto al secondo principio: se è vero che la parità può essere attuata anche prescindendo dal contraddittorio, non è possibile realizzare appieno il contraddittorio se le parti non sono poste in condizioni di parità.

Quindi, il nodo cruciale dell'art. 111 Cost. (la vera svolta rispetto al passato, quando il principio ora in esame era desumibile unicamente in via interpretativa dalle altre disposizioni della Costituzione) sta nell'affermazione del contraddittorio. Vale la pena sottolineare che alcuni commentatori hanno dato al principio del contraddittorio un significato unitario, incorrendo però in alcune difficoltà interpretative. L'asserzione che ha presentato maggiori difficoltà è contenuta nell'art. 111, **comma 4**, secondo periodo, Cost., così formulato: "*la colpevolezza non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio dell'imputato o del suo difensore*". Anzitutto, si è posto l'accento sulla locuzione "**per libera scelta**", sostenendo che si tratterebbe del riconoscimento espresso della

facoltà, concessa ad alcuni soggetti, di sottrarsi al contraddittorio restando silenziosi. Da tanto si è ritenuto di desumere che la facoltà di non rispondere, spettante all'imputato "accusatore", abbia addirittura una consacrazione a livello costituzionale. E il silenzio costituirebbe, così, l'espressione di una scelta non soltanto "libera", ma anche lecita⁷⁴. Da qui il passaggio successivo sembra lampante: se l'imputato accusatore tace, le precedenti dichiarazioni rese in segreto, senza contraddittorio, non potrebbero essere utilizzate per provare la colpevolezza. In conclusione, il contraddittorio, consacrato dall'art. 111 Cost. e in questi termini interpretato, sarebbe da intendere come mera inutilizzabilità delle precedenti dichiarazioni.

Tale soluzione non pare soddisfacente!

Si condivide, al contrario, l'opinione secondo cui il termine "contraddittorio" non ha un unico senso, bensì due significati diversi, uno **oggettivo** e l'altro **soggettivo**, colti entrambi dalla disposizione costituzionale. Il contraddittorio in senso **oggettivo** è consacrato all'inizio del comma 4 e si tratta del cd. contraddittorio "*nella formazione della prova*". È una espressione completa ed esauriente nella sua semplicità, che consacra il contraddittorio come metodo di conoscenza: la vera prova non si ottiene in segreto con pressioni unilaterali, bensì in modo dialettico.

⁷⁴ Così, sia pure in riferimento al testo del disegno di legge sul nuovo art. 111 Cost., GREVI, *Quelle rigidità del "giusto processo" che portano a risultati paradossali*, in *Guida dir.*, 1999, 42, 13: "appare manifesto come, in tal modo, legittimando la "libera scelta" dell'imputato dichiarante di sottrarsi all'interrogatorio, si finisca in sostanza per riconoscergli la titolarità di un vero e proprio diritto al silenzio sul fatto altrui, anche in ordine all'oggetto delle proprie precedenti dichiarazioni accusatorie.

La novità rispetto al passato è che il principio non è affermato in maniera assoluta. Benvero, il contraddittorio, nel testo attuale dell'art. 111 Cost., soffre di eccezioni, poiché viene bilanciato con altre esigenze ritenute prevalenti in determinati casi. Si manifesta chiaramente la necessità di contemperare interessi contrapposti. Il **comma 5**, infatti, regola i casi in cui *“la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato, per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita”*.

L'art. 111 Cost., così, prevede ad un tempo la regola e l'eccezione.

Gli altri commi, viceversa, accolgono un concetto di contraddittorio di tipo *soggettivo*, sviscerando ed esemplificando le applicazioni in concreto del principio.

Il **comma terzo**, nella parte centrale, riconosce all'imputato il diritto di *“interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico”*. Si tratta del riconoscimento a livello costituzionale del diritto dell'imputato di confrontarsi con l'accusatore, diritto che deve trovare attuazione dinanzi al giudice. Il diritto di confrontarsi non vale soltanto nei confronti dei testimoni, come è previsto nella Convenzione europea. Esso deve essere attuato nei confronti di tutte le “persone” che rendono dichiarazioni a carico. Questo diritto viene considerato pienamente attuato solo se l'imputato ha facoltà di costringere l'accusatore a formulare i suoi addebiti dinanzi a lui ed al giudice, con l'obbligo penalmente sanzionato di rispondere secondo verità.

Un'altra norma, nella quale è recepito il contraddittorio in senso soggettivo, è sancito nell'art. 111, **comma quarto**, secondo periodo,

Cost. Si tratta di una clausola di inutilizzabilità che effettua un bilanciamento neutrale tra i diritti dei due soggetti in contrapposizione: l'accusatore e l'accusato. A una determinata situazione (sottrazione al contraddittorio da parte dell'accusatore) corrisponde una determinata conseguenza (inutilizzabilità delle precedenti dichiarazioni rese in segreto). In questo modo, il diritto a confrontarsi trova la sua sanzione attraverso l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese da chi ha eluso il contraddittorio. Si tratta, però, di una inutilizzabilità relativa, in quanto il divieto probatorio si riferisce alla sola prova di reità, non anche alla prova di innocenza. Ciò perché la norma è a tutela del contraddittorio in senso soggettivo: le dichiarazioni sono inutilizzabili perché non si è tutelato il diritto a confrontarsi con l'accusatore, non perché si è eluso il contraddittorio in senso oggettivo.

Il **principio generale della libertà della prova**, dunque, ha ricevuto un espresso riconoscimento costituzionale con il nuovo testo dell'**art. 111 Cost** e consente di fare ricorso ad ogni mezzo di prova non vietato, espressamente o implicitamente, dalla legge. Tale principio, che rappresenta un dato comune ai principali sistemi processuali europei⁷⁵, costituisce il fondamento logico delle scelte, compiute dal vigente codice di procedura penale italiano, in favore della non tassatività e della presunzione di ammissibilità dei mezzi di prova. La nuova norma costituzionale è così giunta a tracciare un disegno coerente con

⁷⁵ Come è noto, negli ordinamenti del Belgio, della Francia, della Germania, dell'Inghilterra, dell'Italia, la prova è libera, nel senso che ogni elemento rilevante può, di regola, costituire una prova; dunque, il principio generale è quello dell'inclusione, diversamente da quanto avviene in altri ordinamenti in cui si impiega il metodo – influenzato dal modello della prova legale – delle categorie fisse di elementi suscettibili di essere considerati come prove nel giudizio penale (ad esempio, il codice di procedura penale olandese, all'art. 338 obbliga il giudice a fondare la sua sentenza su "prove legali", di cui il successivo art. 339 fornisce un'enumerazione tassativa).

l'elaborazione dottrinale⁷⁶, secondo cui il principio della libertà della prova per le parti si viene a configurare, sul piano delle garanzie, come diritto alla prova, inteso come diritto ad utilizzare ogni mezzo di prova disponibile che sia utile per l'accertamento dei fatti.

Il **terzo comma dell'art. 111 Cost.** contiene, dunque, uno specifico riconoscimento del diritto alla prova, la cui rilevanza costituzionale era già stata evidenziata da tempo dalla dottrina, che aveva messo in luce il suo diretto collegamento con il diritto di difesa spettante alle parti private, e con il potere – dovere di esercizio dell'azione penale attribuito alla pubblica accusa.

Nel nuovo quadro costituzionale delineatosi a seguito della modifica dell'art. 111 Cost., emerge con chiarezza un ulteriore aspetto fondamentale del diritto alla prova, e cioè la stretta correlazione che intercorre tra il suo riconoscimento e la compiuta attuazione delle garanzie costituzionali del contraddittorio (in senso oggettivo e soggettivo) e della parità delle parti. Al contraddittorio, nella sua duplice valenza di garanzia individuale e di metodo dialettico di accertamento dei fatti, è necessariamente collegato il requisito della parità delle armi tra accusa e difesa, considerato dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale, già prima della riforma che ha modificato il testo dell'articolo in esame, come uno degli aspetti fondanti del “giusto processo”.

La portata precettiva del nuovo disposto costituzionale consiste nella garanzia che ogni processo debba svolgersi in modo tale da assicurare

⁷⁶ M Taruffo, *La prove dei fatti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 331

alle parti l'uguale possibilità di incidere sul convincimento del giudice. Già nelle discussioni parlamentari che hanno accompagnato la riformulazione dell'art. 111 Cost. emergeva con chiarezza l'idea che la parità delle parti implica non l'identità di poteri e mezzi per l'accusa e la difesa, ma la reciprocità di diritti in ordine alla formazione della prova; cioè la eguale possibilità di accesso alle prove ed alle fonti di prova.

Il diritto alla prova, indispensabile strumento per incidere sulla formazione del convincimento del giudice, deve quindi ricevere, in linea di principio, un uguale riconoscimento sia per la difesa, sia per la pubblica accusa.

Al contraddittorio – nella sua fondamentale dimensione di metodo di conoscenza che richiede una attiva partecipazione delle parti, in condizione di parità, all'accertamento dei fatti – è, quindi, coesistente il diritto alla prova, che costituisce la traduzione, sul piano delle garanzie, della tendenziale libertà della prova spettante alle parti, le quali devono avere la concreta possibilità di impiegare nel processo ogni elemento di prova rilevante, a meno che non vi ostino altri principi e valori tutelati attraverso regole giuridiche di esclusione. Senza un ampio riconoscimento del diritto alla prova, il contraddittorio non può assolvere le sue funzioni essenziali, che si esplicano attraverso la possibilità delle parti di controllare la determinazione del materiale probatorio destinato a costituire la base per la decisione; di partecipare, infine, con un ruolo attivo al procedimento di formazione della prova; di sviluppare contributi argomentativi idonei ad influire sulla valutazione giudiziale delle prove.

Il diritto alla prova, dunque, funge da rilevatore del grado di effettività del contraddittorio, ed opera quale generale principio di inclusione, valorizzando l'aspetto positivo del criterio di rilevanza, ossia l'esigenza di ammettere al processo tutte le prove rilevanti.

L'attribuzione alle parti di ampi poteri si riconnette ad alcuni caratteri di fondo che contrassegnano il processo e, più in generale, la regolamentazione normativa negli ordinamenti di *common law*, in cui si ha un processo governato tendenzialmente dalle parti. La stessa violazione di una regola processuale provoca l'intervento del giudice solo se vi è una reazione della controparte, mentre l'assenza di obiezioni può essere interpretata come un consenso tacito alla deroga alla norma.

L'impostazione seguita dal codice di procedura penale che ha previsto un meccanismo di controllo non operante in modo automatico, ma attivato su iniziativa delle parti, si pone in armonia con le caratteristiche di fondo della forma di Stato e della cultura giuridica nelle quali affonda le sue radici il processo accusatorio, il cui corretto funzionamento è basato sull'iniziativa delle parti nella ricerca, nella presentazione e nella formazione dialettica delle prove.

E dunque, l'espansione dei poteri dispositivi delle parti in materia di formazione della prova discende dal ruolo centrale assunto dal principio del contraddittorio nel quadro costituzionale⁷⁷ e appare coerente con le restanti indicazioni desumibili dal nuovo testo dell'art. 111 Cost., sia perché si tratta di uno strumento insostituibile volto a recuperare l'oralità

⁷⁷ Nappi, *La prova documentale e i limiti del contraddittorio*, in *Cass. Pen.*, 2002, p. 1190. Come osservato in dottrina, è proprio il principio del contraddittorio che presuppone un potere dispositivo (anche se non illimitato delle parti) in ordine alla formazione della prova.

in senso “forte” del dibattimento attraverso la flessibilità del regime probatorio, sia in quanto non impedisce il perseguimento delle fondamentali finalità che sono coesenziali alla stessa nozione di giusto processo: la funzione conoscitiva del giudizio e la garanzia dei diritti di tutte le parti, in condizioni di tendenziale parità.

Il principio di parità delle parti, in particolare, è tutelato attraverso l’attribuzione alle stesse di eguali poteri in materia di esame della fonte di riferimento. La funzione conoscitiva del processo, nello stesso tempo, viene salvaguardata attraverso i poteri di controllo e di integrazione probatoria attribuiti al giudice anche in presenza di una concorde volontà delle parti.

La previsione costituzionale del principio del contraddittorio nella formazione della prova, come fondamentale criterio regolatore dell’istruttoria dibattimentale, può trovare realizzazione in una pluralità di forme, tutte coerenti con gli scopi cui è preordinato il metodo dialettico. In particolare, è logicamente e costituzionalmente ammissibile un contraddittorio implicito, caratterizzato dalla rinuncia delle parti ad una ulteriore esplicazione del contraddittorio in senso “forte” qualora le stesse riconoscano che l’esito di un esperimento gnoseologico corrisponde a quello che si sarebbe comunque ottenuto con una più penetrante attività di reperimento del dato conoscitivo.

Complementari al principio del contraddittorio sono, poi, il **principio di oralità** e il **principio di immediatezza**.

Al termine *oralità* si può attribuire il significato di “comunicazione del pensiero mediante la pronuncia di parole destinate ad essere udite”.

Contrapposta all'oralità è la scrittura, intesa quale forma di comunicazione del pensiero mediante segni visibili, alfabetici o ideografici. Lo scritto può essere letto e, in tal modo, può essere espresso oralmente; come pure una registrazione, ma in questo caso si parla di una oralità fittizia, perché il soggetto che ascolta può udire un monologo o un dialogo, ma non può "prendervi parte".

Il principio di immediatezza è attuato quando vi è un rapporto privo di intermediazioni tra l'assunzione della prova e la decisione finale sull'imputazione. Da un lato, si vuole che il giudice prenda direttamente contatto con la fonte di prova (art. 526 e 514 c.p.p.); dall'altro, si tende ad assicurare che vi sia identità fisica tra il giudice che assiste all'assunzione della prova e colui che prende la decisione finale di condanna o assoluzione (art. 525, comma 2, c.p.p.). Tutto ciò al fine di permettere una valutazione "di prima mano" sull'attendibilità delle dichiarazioni.

I principi di oralità ed immediatezza non hanno valore in se stessi, bensì l'acquisiscono perché finalizzati ad un accertamento del fatto il cui esito sia quanto più rispondente possibile alla *verità delle parti*.

Questi principi hanno, quindi, un valore *strumentale* in quanto assicurano la correttezza del risultato. Si ritiene che per il giudice sia impossibile accertare la "verità assoluta", a causa della limitatezza delle capacità umane; quello che conta è che l'accertamento avvenga in base a prove, nel rispetto delle garanzie fondamentali.

Tuttavia, non sempre nella realtà è possibile attuare in modo assoluto i principi di oralità ed immediatezza. Si pone allora il problema di stabilire quando è ragionevole prevedere alcune *eccezioni*.

Il principio di oralità è basato su almeno due presupposti: 1) che la memoria della persona, che ha percepito un fatto, rimanga inalterata nonostante il passaggio del tempo fino al dibattimento; 2) che la persona stessa in tale fase voglia essere sincera. La limitatezza e la fragilità della natura umana possono incidere negativamente sulla memoria e sulla buona volontà della persona. Pertanto è indispensabile che la parte, che ha individuato un testimone (o altro dichiarante), documenti immediatamente quanto lo stesso afferma di ricordare in quel momento e cerchi riscontri alla sua dichiarazione.

A sua volta, al principio di immediatezza sono preordinati ulteriori postulati: 1) che tutti gli elementi di prova necessari per decidere siano acquisibili mediante dichiarazioni orali rese nel dibattimento; 2) che le persone informate dei fatti siano in grado di presentarsi in tale sede. Anche in questo caso l'esperienza insegna che la realtà delle cose può essere diversa.

Se la regolamentazione del processo penale non prevedesse alcuna eccezione ai principi di oralità e di immediatezza, si creerebbero situazioni di impasse in cui non sarebbe possibile accertare il fatto di reato. La regolamentazione del processo avrebbe attuato il metodo dialettico, ma si tratterebbe di una dialettica vuota di contenuti, se si mantenesse un'eccessiva astrazione di tali principi. Scopo del legislatore, quindi, non è quello di affermare principi teorici, ma di costruire uno

strumento concreto ed accettabile, che dia garanzie nell'accertare i fatti di reato e nel rendere giustizia ai cittadini. Un processo completamente orale, come la storia giurisprudenziale ci insegna, è un'utopia, un idealismo, non realizzabile se non ai costi sociali insopportabili.

I mezzi di prova tipici ed atipici. In particolare, la testimonianza.

Con l'uso della espressione "mezzo di prova" si indica lo strumento processuale capace di acquisire un elemento di prova ed è per questo che viene anche definito "strumentale".

Esistono sette mezzi di prova che sono disciplinati dalla legge e quindi "**tipici**", anche se il legislatore ha stabilito che non dovesse esistere una previsione tassativa dei mezzi di prova per evitare limiti all'ampiezza di operatività del principio del libero convincimento⁷⁸.

I sette mezzi di prova, rappresentati dalla testimonianza, l'esame delle parti, i confronti, le ricognizioni, gli esperimenti giudiziali, la perizia e i documenti, sono considerati dal codice idonei a permettere l'accertamento dei fatti e disciplinati in modo tale da offrire ampie garanzie, sia sotto il rispetto dei diritti delle parti che sotto quella della potenzialità dimostrativa., intesa come l'attitudine a fornire un valido risultato probatorio.

Il codice, però, non impone la tassatività dei mezzi di prova. Infatti consente che possano essere assunte prove **atipiche**, cioè non

⁷⁸ Riccio – Spangher, *op. cit.* pag. 456 e ss.

regolamentate dalla legge⁷⁹, ma che, se assunte, anche sole siano idonee ad assicurare l'accertamento dei fatti, senza pregiudicare la libertà morale della persona.

L'atipicità, di cui già si è fatto cenno nel secondo capitolo, può risiedere in tre tipi. La prima fattispecie consiste nel **fine** che si persegue, in quanto volta ad ottenere un risultato probatorio diverso da quello perseguito mediante i mezzi di prova tipizzati dal codice; in questo senso sarebbe più opportuno parlare di prova "innominata"⁸⁰. La seconda si individua nella **modalità**, diversa da quella prevista per i mezzi di prova tipici, con cui si intende procedere per raggiungere uno dei risultati probatori perseguiti attraverso questi ultimi. Infine, l'ultima fattispecie può consistere nel **ricorso alla procedura**, prevista per uno dei mezzi di prova tipici, al fine di perseguire il risultato di un altro mezzo di prova, pure esso tipico.

È consentito, dunque, ogni mezzo possibile per permettere al giudice di formare un proprio convincimento. Tuttavia la legge pone delle condizioni generali che impediscano un ricorso indiscriminato ai mezzi di prova atipici. Innanzitutto la legge vieta che ciò avvenga in base ad una scelta solitaria del giudice presa a cose fatte; al contrario, impone a tale soggetto di sentire le parti sulla richiesta di ammissione di un singolo mezzo di prova atipico⁸¹.

⁷⁹ L'adesione esplicita al principio di non tassatività dei mezzi di prova ad opera del legislatore del 1988 ha sedato l'annoso dibattito dottrinale, sviluppatosi sotto la vigenza del codice Rocco, in ordine alla sussistenza di questo o dell'opposto principio di tassatività, attesa l'assenza di una previsione normativa *ad hoc*.

⁸⁰ Nobili, *sub art.189*, in *Commento*, II, 398

⁸¹ Amodio, *Libero convincimento e tassatività*, pag. 5 e ss. l'art. 189 si pone come una "scelta intermedia" tra gli opposti principi di atipicità e tassatività dei mezzi di prova, diretta a contemperare l'esigenza di tutela del diritto di difesa con quella tesa ad evitare i rischi di irrigidimento del sistema, nell'ottica dei prevedibili sviluppi tecnologici.

L'art. 189 c.p.p., inoltre, spiega che la prova atipica può essere ammessa se presenta due requisiti. In primo luogo, deve essere “**idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti**”: deve essere in concreto capace di fornire elementi attendibili e di permettere una valutazione sulla credibilità della fonte di prova (persona o documento), cioè accertare che essa possa offrire realmente un contributo conoscitivo utile, non raggiungibile attraverso uno dei mezzi di prova tipica. In secondo luogo, il mezzo di prova atipico deve assicurare la “**libertà morale**” della persona – fonte di prova: deve, in pratica, lasciare integra la facoltà di determinarsi liberamente rispetto agli stimoli.

In assenza di questi due requisiti la legge (art. 188 c.p.p.) non prevede espressamente il divieto di assunzione delle prove formate con i metodi in essa descritti. Tuttavia, si deve ritenere che le prove formate contravvenendo alle linee guida indicate sono assolutamente vietate, perché la sanzione processuale è quella della inutilizzabilità, che si riferisce alle “prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge” (art. 191 c.p.p.).

Il mezzo di prova tipico che ritrova una posizione di rilievo è la **testimonianza**. Prima di approfondire tale argomento, dobbiamo ricordare che il libro III del codice di rito colloca in due titoli separati la disciplina delle prove: i mezzi di prova (art. 194-243) e i mezzi di ricerca della prova (artt. 244-271), operando una distinzione che trova le sue ragioni nella diversa incidenza di tali mezzi sui meccanismi di formazione del convincimento del giudice. In particolare, mentre i **mezzi di prova** (testimonianze, esami delle parti, confronti, ricognizioni,

esperimenti giudiziari, perizie documenti) si caratterizzano per la loro attitudine ad offrire al giudice dei risultati direttamente utilizzabili ai fini della decisione, lo stesso non può dirsi per i **mezzi di ricerca della prova** (ispezioni, perquisizioni, sequestri, intercettazioni telefoniche), che non integrano di per sé una fonte del convincimento giudiziale, ma risultano funzionalmente diretti a permettere l'acquisizione di cose, tracce, notizie o dichiarazioni idonee ad assumere rilevanza probatoria. Da un diverso punto di vista, la distinzione si giustifica anche sotto un profilo più squisitamente tecnico ed operativo, dal momento che i mezzi di ricerca della prova si caratterizzano specialmente in quanto diretti a propiziare l'acquisizione al processo di elementi probatori in vario modo precostituiti rispetto al medesimo, laddove i mezzi di prova si qualificano, al contrario, per la loro funzionalità ad assicurare la formazione della prova in sede processuale. Non deve sorprendere che la disciplina degli uni sia stata tenuta distinta da quella degli altri, anche per sottolineare a livello sistematico come nel caso dei mezzi di prova l'attenzione legislativa debba soprattutto concentrarsi sulle modalità di assunzione *in iudicio* della prova medesima, diversamente da quanto accade nel caso dei mezzi di ricerca della prova, riguardo ai quali assume prioritaria importanza il regime delle modalità di individuazione e di ingresso nel processo di elementi in vario modo preesistenti rispetto allo svolgimento processuale.

Quanto alla tematica della **testimonianza**, è il mezzo di prova a cui si fa più frequentemente ricorso, perché consente al giudice la percezione diretta dell'elemento probatorio da una fonte di prova che non essendo,

di regola, portatrice di interessi personali nel processo, è in grado di contribuire in maniera pregnante alla formazione del libero convincimento del giudice. Il testimone, a differenza del codice Rocco del 1930, è divenuto lo “strumento” di ricerca della verità, attraverso l’esame diretto dello stesso in contraddittorio fra le parti.

La testimonianza può essere definita come un mezzo di prova dichiarativo che consente di apprendere circostanze utili per l’accertamento dei fatti oggetto del processo, di cui la fonte sia a conoscenza⁸².

La “**testimonianza**” viene ad essere separata dall’“**esame delle parti**” e questa distinzione riguarda aspetti sia di diritto processuale che sostanziale. Il testimone ha l’obbligo, penalmente sanzionato, di presentarsi per deporre e dire la verità (art. 198 c.p.p.). Viceversa le parti private (nell’esame delle parti) non hanno l’obbligo né di presentarsi per deporre (art. 208 c.p.p.), né di rispondere alle domande (art. 209, comma 2, c.p.p.), né di dire la verità, nel caso in cui scelgano di rispondere⁸³.

Nonostante questa demarcazione, “testimone” e “parti” sono in grado di dare un rilevante contributo conoscitivo al processo penale. Esse sono esaminate sui fatti che costituiscono oggetto di prova, e cioè sulla responsabilità dell’imputato e sui fatti che servono a valutare la credibilità delle fonti e l’attendibilità degli elementi di prova (art. 187 c.p.p.). La loro deposizione avviene nelle forme dell’esame incrociato,

⁸² Riccio – Spangher, *op.cit.*, pp. 458-459

⁸³ Tuttavia la Corte Costituzionale, in conseguenza della dichiarazione di illegittimità dell’art. 210 c.p.p. ha imposto al coimputato l’obbligo di presentarsi in dibattimento quando egli è stato citato per rendere l’esame su fatti concernenti la responsabilità di altri, già oggetto delle sue precedenti dichiarazioni rese all’autorità giudiziaria o alla polizia giudiziaria su delega del pubblico ministero. Sent. 26 ottobre 1998, n. 361, in *Guida dir.*, 1998, 44, 20.

strumento ritenuto il più efficace per l'accertamento dei fatti. Eppure le parti private non hanno l'obbligo penalmente sanzionato di dire la verità, quando scelgono di rispondere alle domande. Questa situazione vale non soltanto per l'imputato, ma anche per il responsabile civile, il civilmente obbligato per la pena pecuniaria e l'imputato del procedimento connesso e collegato. È esclusa dal novero di tali soggetti soltanto la parte civile che viene sentita come testimone: essa deve rispondere secondo verità⁸⁴.

Il codice, una volta operata questa scelta, è costretto a trarne logiche conseguenze; ed infatti pone una netta distinzione tra testimoni e parti private. In base all'art. 197 c.p.p. la qualità di testimone è di regola incompatibile con la qualità di parte privata; unica eccezione è la parte civile, che può essere sentita come testimone con gli obblighi penali conseguenti. Le altre parti private non possono essere chiamate a deporre come testimoni, né possono offrirsi spontaneamente in tale ruolo.

La qualità di testimone, quindi, in via di prima approssimazione, può essere assunta dalla persona che ha conoscenza dei fatti oggetto di prova ma che, al tempo stesso, non riveste la qualifica di imputato, o di imputato di un procedimento connesso o collegato, o di responsabile civile, o di soggetto civilmente obbligato per la pena pecuniaria. La persona in questi termini indicata diventa "testimone" soltanto quando su richiesta di parte (o d'ufficio nei casi previsti) è chiamata a deporre davanti ad un "giudice" nel procedimento penale.

⁸⁴ La Corte Cost., con ordinanza 19 marzo 1992, n.115, in *Cass pen.*, 1992, 2294, ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 197, lett. c c.p.p., sollevata in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost, nella parte in cui non include tra i soggetti, per i quali vi è incompatibilità con l'ufficio di testimone, la parte civile.

La testimonianza è disciplinata dagli articoli 194 e ss. c.p.p., immediatamente dopo le “**Disposizioni generali**” sulle prove, a conferma della funzione preminente attribuita al mezzo di prova dal legislatore.

L’art. 194 c.p.p. definisce l’oggetto e i limiti della testimonianza, riproducendo in parte il testo dell’art. 349 del codice abrogato, con qualche variazione che attiene prevalentemente alle condizioni di ammissibilità della prova sulla moralità dell’imputato e della persona offesa⁸⁵.

Il testimone è esaminato sui “fatti che costituiscono oggetto di prova” (art. 194, comma 1, c.p.p). Con riferimento all’**oggetto della prova**, la giurisprudenza ha precisato che la testimonianza deve riguardare i fatti rilevanti, non gli atti delle indagini preliminari.

Si è così ritenuto che è inammissibile la deposizione testimoniale a conferma di una individuazione di persona eseguita nel corso delle indagini preliminari: sia perché nel sistema del nuovo codice di procedura penale non è mai consentita una richiesta di conferma di un atto di indagine sia perché si tratterebbe di una testimonianza su un atto del procedimento, esterna, in quanto tale, all’oggetto della prova testimoniale fissato dal combinato disposto degli art. 187 e 194 comma 1 c.p.p. Mentre deve ritenersi valido e processualmente utilizzabile il riconoscimento operato in udienza dalla persona offesa, nel corso dell’esame testimoniale, nei confronti dell’imputato presente. Anche nella vigenza del nuovo codice di procedura penale, conserva validità il principio secondo cui siffatti riconoscimenti vanno tenuti distinti dalle

⁸⁵ Calamandrei, in *Commento Chiavario*, I, 423 e s.

ricognizioni vere e proprie, costituendo questi atti di identificazione diretta, effettuati mediante dichiarazioni orali non richiedenti l'osservanza delle formalità prescritte per le dette ricognizioni⁸⁶.

Quanto ai **limiti della prova**, le domande devono essere *pertinenti*, riguardare cioè sia i fatti che si riferiscono all'imputazione, sia i fatti dai quali dipende l'applicazione di norme processuali (art. 187 c.p.p.), come l'accertamento dell'attendibilità di una dichiarazione.

L'art 194 c.p.p. pone un secondo limite alle domande: esse devono avere ad oggetto "fatti determinati" (comma 3). Di conseguenza il testimone di regola non può esprimere valutazioni né apprezzamenti personali, "salvo che sia impossibile scinderli dalla deposizione sui fatti"⁸⁷. Ed infatti, la giurisprudenza ha precisato che il divieto di esprimere apprezzamenti personali, posto dall'art. 194 c.p.p., non vale qualora il testimone sia una persona particolarmente qualificata per speciale preparazione professionale, che sia interrogata su fatti caduti sotto la sua percezione sensoriale ed inerenti alla sua abituale e particolare attività, giacché in tal caso l'apprezzamento diventa inscindibile dal fatto⁸⁸. Infine, il testimone non può deporre su "voci correnti nel pubblico". Questo divieto, però, non è applicabile alle notizie

⁸⁶ Né in contrario si può invocare un preteso principio di tassatività del mezzo probatorio in forza del quale, nella specie, posta la esistenza di uno specifico mezzo probatorio costituito dalla ricognizione formale, gli effetti propri di quest'ultima non potrebbero essere perseguiti mediante altro mezzo di natura diversa come, appunto, quello costituito dall'esame testimoniale nel cui corso si dia luogo al riconoscimento diretto. Non vi è, infatti, elemento alcuno sulla cui base possa affermarsi che il suddetto principio di tassatività sia stato recepito dal vigente codice di rito, ma anzi la presenza dell'art. 189 c.p.p., che prevede l'assunzione di prove non disciplinate dalla legge, appare dimostrativa del contrario. Si veda sul punto Cass., 11 maggio 1992, Cannarozzo, *C.E.D. Cass.*, n. 190569

⁸⁷ È stata rilevata la difficoltà di distinguere tra fatto e apprezzamento, perché anche quando il testimone descrive i fatti è sempre condizionato da fattori soggettivi e, in definitiva da apprezzamenti, così MALINVERNI, *Vero e falso nella testimonianza*, in *La testimonianza nel processo penale*, Atti dell'VIII Convegno E. De Nicola, Milano, 1974, 180.

⁸⁸ Cass. 12 dicembre 1995, Vezzoso, *C.E.D. Cass.*, n. 204031, in una fattispecie relativa a deposizione di un ispettore della polizia stradale circa l'originario colore della carrozzeria di un autoveicolo ricettato

circoscritte ad una cerchia ben determinata ed individuabile di persone, come gli appartenenti ad una associazione per delinquere ed i parenti dell'imputato⁸⁹; e non trova applicazione neppure nell'ipotesi in cui il testimone riferisca circostanze apprese da una specifica persona, ancorché non identificata con le sue generalità⁹⁰.

Altri limiti sono previsti per le deposizioni sulla moralità dell'imputato, che sono ammesse ai solo fini di qualificare la personalità dello stesso in relazione al reato ed alla pericolosità e sempre che si tratti di fatti specifici.

Anche le domande che riguardano la persona offesa vanno incontro a due limiti, ai quali sono poste precise eccezioni. Tale regolamentazione, nel suo complesso, ha lo scopo di contemperare due esigenze contrapposte: da un lato, tende a tutelare la *dignità* della persona offesa dal reato, evitando il cd *jeux de massacre*; dall'altro, essa vuole consentire l'esercizio del *diritto alla prova* spettante a tutte le parti del processo penale e, quindi, anche e soprattutto all'imputato.

Il primo limite è posto dal codice nell'art. 194, comma 2, c.p.p.: la deposizione su fatti che servono a definire "la personalità della persona offesa" è ammessa soltanto quando "*il fatto dell'imputato deve essere valutato in relazione al comportamento di quella persona*". Orbene, i processi che concernono i delitti di violenza sessuale, avendo l'oggetto appena delineato, pertanto, consentirebbero domande sulla personalità. Ed è in tali processi che maggiormente si sente la necessità di tutelare le

⁸⁹ Cass., sez. I 28 novembre 1994, Capriati, in *Arch. n. proc.pen.*, 1995, 519.

⁹⁰ Cass., 13 gennaio 1999, Basta, *C.E.D. Cass.*, n. 212776, in tema di testimonianza resa da un agente di polizia giudiziaria il quale aveva deposto su quanto appreso da un gestore di un pubblico esercizio rimasto sconosciuto.

due esigenze contrapposte: da un lato, evitare che il difensore dell'imputato getti fango sulla persona offesa, abusando dei suoi poteri; dall'altro, assicurare l'esercizio del diritto alla prova spettante all'imputato il quale è presunto innocente. Di tali esigenze si sono fatte carico le leggi n. 66 del 1996 e n. 269 del 1998, che hanno introdotto ulteriori limiti che riguardano, per l'appunto, i procedimenti per i delitti di violenza sessuale e di prostituzione minorile, così come indicati nell'art. 472, comma 3 bis c.p.p.. Le domande aventi ad oggetto la "vita privata" o la "sessualità" della persona offesa dal reato sono di regola vietate; sono consentite se sono "necessarie alla ricostruzione del fatto".

Meritano, in conclusione, di essere evidenziati i criteri elaborati da dottrina e giurisprudenza con specifico riferimento alle modalità di **valutazione della testimonianza**⁹¹. In linea generale, il giudice è sempre tenuto alla verifica della credibilità della fonte testimoniale, mediante la valutazione di una serie di elementi, tra cui caratteristiche personali, morali, intellettive e sensitive e per di più considerando un possibile interesse personale all'oggetto della vicenda processuale. Una volta che il giudice ha effettuato la propria valutazione, le dichiarazioni testimoniali non necessitano di elementi di riscontro esterni, che potranno servire al solo fine di valutare la credibilità del soggetto dichiarante. Il giudice, cioè, deve partire dal presupposto che, fino a prova contraria, il testimone riferisce fatti obiettivamente veri o da lui ragionevolmente ritenuti tali.

La testimonianza può essere disattesa solo quando vi siano degli elementi che inducano a ritenere in maniera obiettiva che il soggetto

⁹¹ Riccio – Spangher , *op. cit.*, pp. 473 e ss.

dichiarante abbia deposto il falso. Tuttavia, il giudicante ha l'obbligo di dimostrare la credibilità attraverso un rigoroso vaglio soggettivo ed oggettivo, tanto più necessario quando la testimonianza della persona offesa dal reato risulti contrastata da più elementi di prova, assunti nel corso dell'istruttoria dibattimentale.

La disciplina della testimonianza indiretta.

Oltre alla testimonianza diretta, una disciplina autonoma è stata predisposta con riferimento alla **testimonianza indiretta**, o cd. ***de relato*** (art. 195 c.p.p.). È questo il caso in cui il testimone sottoposto ad esame non riferisce fatti di cui abbia avuto conoscenza per percezione diretta, ma per averli appresi da altra persona. La distinzione tra la testimonianza indiretta e quella diretta si fonda non tanto sulla intrinseca struttura del ricordo, in base ad elementi vaghi e incerti come la percezione del giudice ovvero la natura o struttura intrinseca del mezzo di prova, quanto sul peculiare atteggiarsi dei fattori che lo condizionano o distorcono: la scissione tra l'oggetto immediato della deposizione (dato dalla narrazione altrui) e il suo oggetto mediato (costituito dal fatto narrato) agevola in misura rilevante la formazione, consapevole o inconsapevole, di ricostruzioni mnemoniche non rispondenti alla realtà. Si è riconosciuto che il criterio distintivo tra i due mezzi di prova, indiretto e diretto, va individuato nel rapporto che si pone tra l'oggetto della prova e il fatto da provare. Non è un caso, del resto, che proprio la percezione dei rischi della "*prova per sentito dire*" segni una forte linea di continuità che accomuna, sul piano della *ratio*, le scelte – anche ampiamente divergenti

tra loro – storicamente compiute dai diversi ordinamenti giuridici nel disciplinare la testimonianza indiretta.

Il controllo di credibilità su questo particolare fenomeno probatorio, quindi, passa necessariamente attraverso la “destrutturazione”⁹² della costruzione mentale elaborata dal teste *de relato*.

La disciplina della testimonianza indiretta, dettata dal codice di procedura penale del 1988 ha segnato il passaggio da una prassi giurisprudenziale costruita sul silenzio normativo, alla prima regolamentazione articolata di questo particolare fenomeno probatorio⁹³. Il legislatore della riforma ha preso atto del “diritto vigente”, generato dall’orientamento ormai consolidato della giurisprudenza, ed ha quindi testualmente confermato l’ammissibilità della testimonianza indiretta, sottoponendola, nel contempo, ad una particolare regolamentazione. L’intento perseguito dalla disciplina codicistica era, infatti, oltre che quello di prevenire un uso arbitrario dell’istituto, quello di offrire al giudice, attraverso il contributo dialettico delle parti, gli elementi necessari per compiere un penetrante controllo sulla credibilità dei narratori (sia quello originario, sia quello *de relato*) e sull’attendibilità del racconto.

⁹² Balsamo – Lo Piparo, *La prova “per sentito dire”*, Giuffrè editore, Milano 2004. Tale “destrutturazione”, quando si attua nel momento dell’assunzione delle prove, si esplica mediante l’esame della fonte primaria, mentre, quando si realizza nel momento della valutazione degli elementi di convincimento, si traduce nella enucleazione del ragionamento inferenziale sotteso all’impiego del mezzo di prova in questione. Al contrario, nelle ipotesi in cui la verifica dei fattori suscettibili di condizionare o distorcere la formazione del ricordo può prescindere dal riferimento alla fonte originaria e dall’analisi delle relazioni logiche utilizzabili per risalire dal fatto secondario dichiarativo al fatto primario che integra il *thema probandum*, si resta al di fuori dell’ambito della testimonianza indiretta e dell’area di operatività della relativa disciplina.

⁹³ v. Calamnadrei, *Art. 195 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, Utet, vol. II, p. 429 e ss.

La disciplina regolatrice della testimonianza indiretta segna un punto di equilibrio assai delicato tra alcuni degli elementi fondanti di un sistema processuale penale di matrice accusatoria: la garanzia del contraddittorio nella formazione della prova, l'oralità del dibattimento, il diritto alla prova e il principio del libero convincimento. Si tratta di un punto di equilibrio che va ricostruito, sul piano interpretativo, tenendo conto sia delle indicazioni provenienti dalle norme costituzionali ed internazionali sul "giusto processo", sia dell'esperienza maturata nell'ambito degli ordinamenti processuali degli altri paesi cui si è ispirato il legislatore della riforma.

Al riguardo occorre premettere che l'attuale disciplina codicistica presenta carattere composito, in quanto comprende una pluralità di regole che richiamano principi eterogenei, i quali, a loro volta, discendono da diverse tradizioni giuridiche. Sullo sfondo della vigente normativa restano pur sempre i principi generali della libertà dei mezzi di prova e del libero convincimento del giudice, che caratterizzano il modello francese, ma che non appartengono in via esclusiva a tale ordinamento, in quanto sono presenti – sia pure con diverse articolazioni e numerose eccezioni – anche nei sistemi di *common law*⁹⁴, in cui, peraltro, si riscontra una costante ed inequivocabile linea di tendenza che conduce ad

⁹⁴ non a caso la più attenta dottrina italiana ha utilizzato l'esperienza proveniente dall'applicazione del testimone "per sentito dire" (*hearsay rule*) al fine di precisare i presupposti di operatività della disciplina della testimonianza indiretta. Si tratta di regolamentazioni differenti nel contenuto, ma che hanno ad oggetto un fenomeno unitario sul piano epistemologico e rispondono ad analoghe finalità, oltre ad inserirsi in un quadro comune, rappresentato dai principi fondamentali che caratterizzano in senso decisamente accusatorio il processo penale. Sotto questo profilo possono esprimersi forti perplessità sulla intrinseca ragionevolezza di opzioni ermeneutiche che – all'interno di un sistema, come quello italiano, ispirato al principio generale dell'ammissibilità della testimonianza indiretta – riservino un trattamento deteriore a tipologie probatorie legittimamente acquisibili ed utilizzabili in giudizio, senza alcuna specifica limitazione, nell'ambito dei modelli processuali fondati sul divieto della prova "per sentito dire".

una maggiore flessibilità delle regole probatorie e alla destrutturazione della *law of evidence*⁹⁵.

La regola generale e residuale dell'ammissibilità della testimonianza indiretta, insieme al meccanismo di controllo sull'attendibilità della fonte primaria, previsto dai commi 1 e 2 dell'art. 195 c.p.p., richiama chiaramente la soluzione accolta nell'ordinamento tedesco, che – facendo discendere dal principio di immediatezza una regola di inclusione – non vieta al giudice di ammettere la deposizione del teste *de relato*, ma lo obbliga semplicemente ad escutere la fonte originaria dell'informazione, se è disponibile. Anche sotto questo profilo il codice di procedura penale italiano ha, comunque, adottato una regolamentazione ispirata ai caratteri di fondo del processo accusatorio, rimettendo all'iniziativa del giudice e delle parti l'attivazione del suddetto meccanismo di controllo, senza prevedere un obbligo di citazione della fonte primaria qualora manchi una corrispondente richiesta di parte.

L'art. 195 c.p.p. è attorniato da una disputa in dottrina, in quanto, intitolato alla “**testimonianza indiretta**”, secondo la dottrina prevalente, disciplina appunto la deposizione del testimone che “*riferisce una narrazione altrui, filtra un'esperienza che non gli è propria*”⁹⁶. Altra parte della dottrina, invece, ritiene che il comma 1, evocando l'eventualità che il testimone si riferisca “*per la conoscenza dei fatti ad altre persone*”, risulti applicabile anche nel caso in cui il testimone si

⁹⁵ Amodio, *Libero convincimento e tassatività dei mezzi di prova: un approccio normativo*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1999, ravvisa una specifica espressione di tale tendenza nelle innovazioni introdotte, nell'ordinamento inglese, dal *Criminal Justice and Public Order Act* del 1994, con cui è stata attenuata la portata della *corroboration rule*, essendosi abolito l'obbligo dal giudice di avvertire la giuria circa la necessità di riscontri per la pronuncia di un verdetto di colpevolezza basato sulla testimonianza del coimputato ovvero della vittima di violenze sessuali.

⁹⁶ Siracusano, *Diritto processuale*, p. 398

limiti ad indicare un'altra persona come informata dei fatti, senza riferirne le dichiarazioni⁹⁷. In questo caso, (“**testimonianza indotta**”), i primi due commi consentirebbero solo di ammettere d'ufficio o su richiesta tardiva di parte il teste di riferimento; nel caso della vera e propria testimonianza indiretta, invece, sarebbero applicabili anche le altre disposizioni dell'art. 195 c.p.p. La conseguenza di questa interpretazione è che per la “testimonianza indotta” l'ammissione d'ufficio è sottratta ai limiti dettati dall'art. 507 c.p.p. e la richiesta tardiva di parte alle condizioni poste dall'art. 493, comma 3, c.p.p.

La giurisprudenza sembra orientata nel senso della dottrina prevalente, quando afferma che, in tema di testimonianza *de relato*, non è prevista l'inutilizzabilità delle dichiarazioni di chi si riferisce, per la conoscenza dei fatti, ad altre persone, ma è soltanto stabilito che il giudice disponga, a richiesta dell'imputato, la audizione di coloro che sono a conoscenza direttamente dei fatti stessi⁹⁸. Ha, comunque, chiarito che non può considerarsi una forma di testimonianza indiretta, e pertanto non necessita di controllo, quanto piuttosto di valutazione *ex art 194 c.p.p.*, la narrazione di una vicenda alla quale il teste abbia preso parte solo parzialmente, ma che tuttavia ricostruisca per intero in via di logica consequenzialità.

Si ritiene che la *ratio* dell'art. 195 c.p.p. consiste non nell'impedire, sempre e comunque, qualsiasi esposizione di fatti non verificatisi sotto gli occhi del dichiarante, ma semplicemente nel consentire un controllo di conoscenza; sicché non può considerarsi una forma di testimonianza

⁹⁷ Cordero, *La Procedura Penale*, p.665

⁹⁸ Cass., 25 febbraio 1991, Puzzo, *Cass. pen.* 1991, II, 635; *Arch. n. proc. Pen.* 1991, 469.

indiretta la rappresentazione di fatti ai quali il teste abbia assistito solo per una parte, ma che tuttavia consenta di ricostruire per intero, sia pure in via di logica consequenzialità, i medesimi fatti nella loro totalità⁹⁹.

La disciplina normativa comprende anzitutto quattro espresse **regole di esclusione**, che vietano l'ammissibilità della testimonianza indiretta in alcune ipotesi, delineate dal legislatore mediante il ricorso a parametri di natura oggettiva e soggettiva:

a. la testimonianza sulle dichiarazioni rese nel corso del procedimento dall'imputato o dall'indagato, regola sancita dall'art. **62 c.p.p.** Si tratta di un'ipotesi di inammissibilità della testimonianza, definita con un criterio essenzialmente oggettivo, che attiene al contenuto delle dichiarazioni e prescinde dalla qualifica soggettiva del teste *de relato*. La finalità della norma è lampante: la prova delle dichiarazioni rese dall'imputato e dall'indagato deve ricavarsi unicamente dal verbale che deve essere redatto ed utilizzato "*con le forme ed entro i limiti previsti per le varie fasi del procedimento*". In tal modo si vuole evitare che il diritto al silenzio, spettante all'imputato in un atto del procedimento penale, venga aggirato mediante il ricorso ad una testimonianza indiretta;

b. la testimonianza degli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria sul contenuto delle dichiarazioni acquisite da testimoni con le modalità tipizzate dagli artt. 351 e 357, comma 2, lett. *a* e *b*, c.p.p. (art. **195, comma 4, c.p.p.**). Il motivo di tale divieto risiede nell'obbligo degli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria di redigere un verbale nel quale

⁹⁹ Cass., 23 marzo 1998, Calia, *Cass. pen.*, n. 210542.

devono essere riprodotte letteralmente tutte le dichiarazioni rese, specificando se esse siano rese spontaneamente, o provocate da domanda: sarebbe irragionevole ammettere la deposizione di ufficiali e agenti di polizia giudiziaria a deporre circa il contenuto di dichiarazioni che avrebbero dovuto verbalizzare, la cui utilizzabilità in giudizio è consentita solo in chiave di “contestazione”, sottoposta ad un particolare regime di valutazione¹⁰⁰;

c. la testimonianza di terzi su fatti appresi dalle persone titolari del segreto professionale e del segreto di ufficio in relazione alle circostanze previste negli artt. 200 e 201 (art. **195, comma 6**, c.p.p.);

d. la testimonianza degli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria (nonché del personale dei servizi segreti) sulle notizie fornite da informatori di cui non siano rivelati i nomi (art. **203 c.p.p.**). Questi soggetti non possono essere obbligati dal giudice a rivelare i nomi dei loro informatori. Il divieto d’uso delle notizie provenienti dalle fonti confidenziali viene puntualmente ricollegato a quella stessa *ratio* che conduce ad espungere dalla scena processuale le voci correnti e le delazioni anonime: si tratta di casi in cui gli esiti probatori si configurano come insuscettibili di verifica¹⁰¹.

¹⁰⁰ Riccio – Spangher, *op. cit.*, p. 463. Questo divieto è stato reinserto dall’art. 4 l. 1 marzo 2001, n. 63, dopo che la Corte Costituzionale con la sentenza n. 24 del 1992 aveva dichiarato l’incostituzionalità dell’originaria disciplina prevista dall’art. 195 comma 4 nella parte in cui prevedeva il divieto per gli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria di deporre sulle dichiarazioni assunte dai testimoni. Il reinserto dell’originario divieto è stato dato dalla riforma dell’art. 111 Cost. e dalla legge ordinaria che vi ha dato attuazione, prevedendo un recupero pieno del contraddittorio.

Nel testo attualmente vigente, l’art. 195 comma 4 riguarda solo ed esclusivamente gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria, cui si inibisce di deporre sul contenuto delle dichiarazioni acquisite da testimoni (art. 351), anche quando siano rese spontaneamente o in occasione della presentazione di denunce o querele o istanze orali.

¹⁰¹ P. Bruno, *Informatori di polizia*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. VII, Utet, Torino, 1993, p. 6. L’autore aggiunge che “le differenze intercorrenti fra dette ipotesi restano, tuttavia, notevoli. La pubblica fama e la denuncia anonima costituiscono, infatti, dei *flatus vocis* del tutto privi di paternità, un controllo sulla genesi dei quali è, dunque,

Quando non ricorrono queste ipotesi, la testimonianza indiretta è ammissibile, anche se viene proposta sin dall'origine come tale senza indicare la fonte primaria di conoscenza, a meno che si tratti di una deposizione su voci correnti nel pubblico (vietata dall'art. 194, comma 3, c.p.p.).

Una volta ammessa ed acquisita, la testimonianza indiretta incontra il limite di utilizzabilità sancito dall'art. **195, comma 7**, c.p.p., secondo il quale *“non può essere utilizzata la testimonianza di chi si rifiuta o non è in grado di indicare la persona o la fonte da cui ha appreso la notizia dei fatti oggetto dell'esame”*. Tale sanzione processuale diviene operante solo se la fonte risulta ancora non individuata anche dopo l'escussione dibattimentale del teste *de relato*.

È stato altresì predisposto un meccanismo di controllo sull'attendibilità della fonte primaria, la cui attivazione è rimessa all'iniziativa delle parti e del giudice: secondo la previsione dell'art. 195, commi 1 e 2, c.p.p., il soggetto cui il teste si è riferito per la conoscenza dei fatti può essere chiamato a deporre sia su richiesta di parte sia per decisione officiosa del giudice, adottata anche al di fuori delle cadenze temporali e del presupposto dell'assoluta necessità previsti dall'art. 507 c.p.p.

Secondo la regola sancita dal terzo comma dell'art. 195 c.p.p., se il giudice non accoglie la richiesta di una parte di chiamare a deporre le persone cui il testimone indiretto si è riferito, la testimonianza indiretta diviene inutilizzabile per la parte relativa ai fatti di cui il testimone abbia

precluso per definizione; un riscontro sui contenuti delle informazioni confidenziali risulta, invece, almeno in astratto eseguibile a condizione che ne venga rivelato il nome del fornitore”.

avuto conoscenza da quelle persone. Si tratta di una ipotesi speciale di inutilizzabilità, che deriva dalla difformità del processo di ammissione della prova dal modello normativo¹⁰². Il meccanismo di controllo della fonte primaria su impulso di parte, sanzionato con la suddetta previsione di inutilizzabilità, incontra un limite espressamente fissato dall'ultimo periodo del comma 3 dell'art. 195 c.p.p. In forza di tale disposizione, infatti, la testimonianza indiretta rimane utilizzabile, sebbene non sia stata accolta la richiesta di una delle parti tendente alla citazione del teste primario, quando l'esame di quest'ultimo risulti impossibile per morte, infermità o irreparabilità.

Il **quinto comma dell'art. 195** c.p.p. delinea un ulteriore elemento che serve ad individuare l'ampiezza dell'area di operatività della fattispecie, precisando che le disposizioni sulla testimonianza indiretta si applicano *“anche quando il testimone abbia avuto comunicazione del fatto in una forma diversa da quella orale”*. Si è così attribuito rilievo anche a comunicazioni compiute in forma scritta, come quelle contenute in un documento o in una lettera, in forma gestuale, o con qualsiasi altro mezzo, in corrispondenza alla nozione di *hearsay* accolta, nell'ordinamento statunitense, dalle *Federal Rules of Evidence*, che comprende le asserzioni scritte o orali, e le condotte non verbali di un individuo, se sono intese da costui come asserzioni. Con questa previsione, nel sistema processuale federale, si è inteso escludere dall'ambito dell'*hearsay* le condotte prive di contenuto comunicativo

¹⁰² Nappi, *Guida al Codice di Procedura Penale*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 165 e 384

intenzionale, sulla base della considerazione che in esse i rischi di falsità soggettiva sono minimi¹⁰³.

Secondo questa impostazione, seguita anche nel nostro paese da un autorevole orientamento dottrinale¹⁰⁴, perché un comportamento significativo rientri nell'area della testimonianza indiretta, occorre, dunque, in primo luogo, che esso sia sorretto da un intento comunicativo.

Una **distinzione** che a riguardo deve essere fatta è posta tra la **testimonianza indiretta**, o *de relato*, per la sua natura di strumento mediato di conoscenza, e il generico concetto della **testimonianza de auditu**, che attiene alla forma (uditiva) della percezione manifestata dal teste. Nella nozione di testimonianza *de auditu* possono, infatti, essere ricomprese tutte le testimonianze che abbiano per oggetto una espressione vocale preferita da altri, quale che sia il contenuto (comunicativo o meno) di tale espressione. La nozione della testimonianza *de auditu* si presenta, dunque, per un verso più ristretta, ma per un altro verso sensibilmente più ampia.

A differenza della deposizione *de auditu*, la testimonianza indiretta può manifestare anche percezioni non uditive (come la lettura di un documento), ma richiede in ogni caso la presenza di una comunicazione con funzione informativa. Nell'ambito del *genus* testimonianza, ciò che caratterizza la testimonianza indiretta è, in realtà, la duplicità del suo

¹⁰³ M. Papa, *Contributo allo studio delle Rules of evidence nel processo penale statunitense*, che indica come esempio delle condotte che manifestano una determinata convinzione da parte dell'agente ma sono poste in essere senza alcun intento comunicativo, il comportamento del soggetto che, camminando per la strada, apre, ad un certo momento, un ombrello da pioggia; per effetto della citata regola, è ammissibile riferire in ordine al predetto comportamento al fine di provare che stava piovendo.

¹⁰⁴ Nappi, *Guida al Codice di Procedura Penale*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 386, secondo cui non potrebbe invocarsi la disciplina della testimonianza indiretta se il teste riferisse di un comportamento significativo non compiuti con intenti comunicativi.

oggetto: attraverso un oggetto immediato, costituito dal contenuto della comunicazione effettuata da altri, si giunge alla rappresentazione di un oggetto mediato, dato dal fatto da provare (il fatto primario). La struttura tipica di questo mezzo di prova richiama quindi la più generale nozione di prova indiretta, al riguardo, occorre premettere che la tradizionale distinzione tra prove dirette e prove indirette, fondata sulla percezione del giudice in relazione al fatto da provare, è stata sottoposta ad una attenta revisione critica dalla più autorevole dottrina contemporanea.

Da ultimo e in maniera speculare con quanto detto in merito alla testimonianza in generale, sembra necessario accennare ai criteri di valutazione della testimonianza indiretta. Si è rilevato che, una volta rispettate le condizioni poste dal codice, il giudice può utilizzare sia la deposizione diretta, sia la deposizione indiretta. In caso di contrasto tra le due dichiarazioni, il giudice ha l'obbligo non solo di valutare la credibilità e la attendibilità di entrambe testimonianze, ma anche di verificare l'esistenza di riscontri relativi alle circostanze di fatto oggetto delle diverse deposizioni. In ogni caso, il giudice, in relazione a questo peculiare tipo di testimonianza, deve dare conto nella motivazione della sentenza "*dei risultati acquisiti e dei criteri adottati*" (art. 192 comma 1 c.p.p.), indicando le ragioni per cui ritiene attendibili le prove poste a base della decisione ed inattendibili le prove disattese.

3.1 La capacità a testimoniare e le ipotesi di incompatibilità.

Oltre le regole di esclusione, il codice con l'art. 196 c.p.p. detta una regola di ordine generale, secondo cui "*ogni persona ha capacità di*

testimoniare”, prevedendo poi con l’art. **197** c.p.p. una serie di **eccezioni**, che consistono in situazioni di incompatibilità.

La regola che riconosce a qualsiasi persona la capacità di testimoniare fa sì che si possano assumere come testimoni sia l’infermo di mente, sia il minorenni (e quindi anche colui che ha un’età inferiore ai quattordici anni). In questi casi il giudice dovrà valutare con particolare attenzione la credibilità del dichiarante e l’attendibilità delle dichiarazioni; egli può verificare l’idoneità fisica o mentale del soggetto chiamato a deporre ordinando gli “*accertamenti opportuni con i mezzi consentiti dalla legge*” (art. 196, comma 2, c.p.p.).

Al generale obbligo di testimoniare che grava su chiunque sia a conoscenza dei fatti oggetto di prova, si pongono come **eccezioni**, le situazioni di incompatibilità previste nell’art. **197 c.p.p.** L’incompatibilità a testimoniare ricorre quando una persona, pur capace di deporre, non è legittimata a svolgere la funzione di testimone a causa della posizione assunta nel procedimento o dell’attività ivi esercitata.

Le situazioni di incompatibilità sono ricollegabili a due distinti ordini di ragioni. Da un lato, le prime tre ipotesi (lettere *a, b, c*) vogliono escludere che alcune persone abbiano un obbligo, penalmente sanzionato, di dire il vero; ed infatti tali soggetti non possono testimoniare, bensì possono dare il loro contributo conoscitivo, senza un obbligo penale di dire la verità, con l’“esame delle parti”. Da un altro lato, le situazioni previste nell’art. 197, comma 1, lettera *d*, c.p.p. vogliono escludere che possano comunque deporre quei soggetti che hanno svolto “*nel medesimo*

procedimento” le funzioni di giudice, pubblico ministero o loro ausiliario.

Percorrendo brevemente queste eccezioni, partiamo dall’art. **197, lett. a**, c.p.p. che stabilisce che non possono essere assunti come testimoni i coimputati nel medesimo reato e gli imputati in un procedimento connesso. Soltanto in un caso, invero, tali soggetti possono essere chiamati a rendere testimonianza: quando l’imputato sia stato prosciolto con sentenza dibattimentale diventata irrevocabile. In tal caso, qualunque cosa dica, l’imputato non rischia di essere condannato, perché non può essere processato una seconda volta per il medesimo fatto di reato (art. 649 c.p.p.)¹⁰⁵.

L’art. **197, lett. b** c.p.p. stabilisce che non può essere assunto come testimone l’imputato di un procedimento collegato nel caso in cui la prova di un reato (o di una circostanza) influisca sulla prova di un altro reato (o di una sua circostanza; art. 371, comma 2, lettera *b* c.p.p.)¹⁰⁶.

L’art. **197, lett. c** c.p.p. invece, stabilisce che non possono essere assunte come testimoni le persone che, nel medesimo processo, sono presenti nella veste di responsabile civile e di civilmente obbligato per la

¹⁰⁵ È stata sollevata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 197 c.p.p. per contrasto con l’art. 3 Cost. sostenendo l’esistenza di una discriminazione nei confronti dell’imputato in processo riunito ai sensi dell’art. 17, comma 1, lett. *c* c.p.p. (reati commessi da più persone in danno reciproco le une delle altre) rispetto a quella dei soggetti indicati nell’art. 197, comma 1, lett. *a* c.p.p., in quanto la loro posizione sarebbe assimilabile a quella di soggetti che, con condotte indipendenti hanno determinato l’evento. La Corte Costituzionale ha dichiarato infondata la questione, negando l’esistenza di una ammissibilità tra la posizione di più persone che hanno commesso reati in danno reciproco con quella prevista dall’art. 197 c.p.p., comma 1, lett. *a* c.p.p. e ritenendo che l’incompatibilità a testimoniare possa essere riconosciuta nei casi di cui all’art. 17, comma 1, lett. *c* solo quando in concreto il giudice rilevi l’esistenza di una vera e propria interdipendenza probatoria tra procedimenti.

¹⁰⁶ Per quanto riguarda il momento in cui cessa l’incompatibilità ad assumere l’ufficio di testimone per i soggetti di cui alla lettera *b* dell’art. 197, comma 1 c.p.p., non essendovi alcuna previsione al riguardo, si è ritenuto applicabile per analogia il disposto di cui all’ultima parte della lettera *a* dello stesso articolo, in base all’*eadem ratio* (si tratta infatti di soggetti portatori di interessi che possono risultare incompatibili con l’obbligo di verità). Quindi l’incompatibilità a testimoniare verrebbe meno solo in caso di sentenza di proscioglimento passata in giudicato

pena pecuniaria¹⁰⁷. Essi possono deporre, su loro consenso o richiesta, in qualità di parti (art. 208 c.p.p.) e, quindi, senza l'obbligo penalmente sanzionato di dire il vero¹⁰⁸.

Infine, l'art. 197, lett. *d*, c.p.p. afferma che non possono essere assunti come testimoni coloro che, nel medesimo procedimento, svolgono o hanno svolto la funzione di giudice, pubblico ministero o loro ausiliario (cancellieri, segretari), perché tali soggetti non sono psichicamente "terzi" rispetto agli atti compiuti; di tali atti può essere data prova soltanto mediante i verbali che sono stati redatti. Restano esclusi dal divieto di testimonianza i fatti appresi in momenti diversi rispetto a quello nel quale gli "ausiliari" hanno svolto le loro funzioni¹⁰⁹.

L'art. 197 c.p.p., ponendosi come norma eccezionale rispetto al generale obbligo di testimoniare, non è suscettibile di interpretazione estensiva. Pertanto, il difensore può deporre come testimone su fatti appresi in virtù del suo mandato difensivo. Egli dovrà valutare se astenersi dal rispondere a singole domande nell'interesse del cliente ai sensi dell'art. 200 c.p.p.

¹⁰⁷ è stato sollevato un dubbio di legittimità costituzionale sull'art. 197, comma 1, lett. *c* c.p.p. rispetto all'art. 3 Cost., nella parte in cui non estende l'incompatibilità a testimoniare ai soggetti che, pur non avendo assunto la qualifica di responsabile civile nel processo penale, sono egualmente responsabili sotto il profilo patrimoniale in conseguenza dei fatti oggetto di tale processo. La Corte costituzionale ha ritenuto infondata la censura in questione in quanto l'eventuale sentenza penale di condanna fa stato solo nei confronti di colui che sia stato citato sia intervenuto nel processo penale come responsabile civile (art. 651 c.p.p.)

¹⁰⁸ è stata sollevata questione di legittimità costituzionale in riferimento alla lett. *c* dell'art. 197 per contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost, nella parte in cui non prevede l'incompatibilità a testimoniare anche della parte civile. La Corte costituzionale ha rigettato tuttavia la questione per manifesta infondatezza, ritenendo che l'esclusione della parte civile dal novero delle persone legittimate a testimoniare avrebbe costituito un eccessivo sacrificio nella ricerca della verità processuale, riconoscendo l'importanza dell'audizione della persona offesa, anche se costituitasi parte civile. Allo stesso tempo, però, la Corte Costituzionale ha invitato il giudice a valutare criticamente la deposizione della parte civile, poiché essa è portatrice di un interesse personale nel processo (Corte Cost., 27 ottobre 1994, n. 374, in *Giur. Cost.*, 1994, 3149)

¹⁰⁹ la disposizione dell'art. 197 c.p.p. non contempla un'ipotesi di incompatibilità assoluta a testimoniare, ma impedisce soltanto che quei soggetti possano deporre su fatti o circostanze apprese nella funzione di ausiliario: essa quindi non va applicata all'attività che l'ufficiale di polizia giudiziaria ha compiuto nello svolgimento delle proprie funzioni istituzionali, al di fuori dell'occasionale assistenza prestata al singolo atto del magistrato; così, Cass., sez V, 1 ottobre 1997, n. 8816, Bozza ed altri, in *Arch. n. proc. Pen.*, 1998).

Il codice di procedura penale all'**art. 198**, collegandosi all'art. 384 c.p., il quale stabilisce che non è punibile chi sia stato costretto alla falsa testimonianza "*dalla necessità di salvare se medesimo*" da un grave ed inevitabile pregiudizio nella libertà o nell'onore, vuole evitare che il testimone sia costretto alla falsa testimonianza e gli permette di non deporre "*su fatti dai quali potrebbe emergere una sua responsabilità penale*". Il testimone, in questo caso, ha diritto di non rispondere alla singola domanda e a tutte le domande che concernono quei "fatti"¹¹⁰. Il presupposto è la semplice probabilità che dalla risposta su di un determinato fatto possa derivare la responsabilità penale del dichiarante. Il soggetto processuale che lo interroga, inoltre, non ha l'obbligo di informarlo che può non rispondere. Né, del resto, è vietato alle parti fare delle domande autoincriminanti al testimone: non sempre esse sanno che la risposta porterebbe ad incriminarlo ed, in ogni caso, il testimone è libero, se crede, di rispondere.

La situazione giuridica soggettiva, regolamentata dall'art. 198 c.p.p., comma 2, c.p.p. può essere correttamente definita "*privilegio*", perché si prevede una "*esenzione da un regime ordinario*", che è appunto l'obbligo di deporre. Quando il testimone eccepisce il privilegio, deve dare giustificazione allo stesso, ma non è obbligato a precisare troppi dettagli; perché ovviamente in caso contrario potrebbe fornire elementi contro di sé. Il giudice valuta le giustificazioni addotte e può rinnovare al testimone l'avvertimento che ha l'obbligo di dire la verità (**art. 207**,

¹¹⁰ Il comma 2 dell'articolo 198 è stato modificato per ampliare la tutela contro l'autoincriminazione, non solo a fronte di singole domande, ma, più in generale in relazione a "fatti" suscettibili di generare responsabilità penale.

comma 1, c.p.p.)¹¹¹. A questo punto, il testimone, che sia disposto ad affrontare un'eventuale incriminazione per falsa testimonianza, può persistere nel rifiuto, in quanto è coperto dalla causa di non punibilità prevista dall'art. 384 c.p.

Quando in ogni stato e grado del procedimento il giudice accerta che il testimone aveva correttamente eccepito il privilegio contro l'autoincriminazione e questo non era stato riconosciuto, diviene inutilizzabile quello che è stato dichiarato in violazione del presente divieto probatorio (**art. 191** comma 1 c.p.p.).

Da ultimo, un'altra ipotesi in cui non si può obbligare a deporre come testimoni riguarda i prossimi congiunti (**art. 199** c.p.p.). Infatti, in questo caso, il codice antepone il rispetto dei sentimenti familiari all'interesse della giustizia all'accertamento dei fatti. Il codice impone che il testimone *prossimo congiunto dell'imputato* sia avvisato dal giudice della facoltà di astenersi dal rendere la deposizione¹¹². Se l'avviso è omissivo, la dichiarazione resa è affetta da nullità relativa (**art. 199, comma 2, c.p.p.**) e l'eventuale reato di falsa testimonianza non è punibile (**art. 384,**

¹¹¹ La Corte di Cassazione ha affermato che la "persona che rende dichiarazioni al giudice o al p.m. ha l'obbligo di rispondere secondo verità alle domande che le sono rivolte, ai sensi degli artt. 198, comma 1 e 362, e di quest'obbligo dev'essere avvertita sia inizialmente, sia quando sia sospettata di falsità o reticenza, senza che in seguito a questo sospetto e al conseguente avvertimento mutino le forme dell'assunzione e diventi necessario procedere considerando la persona come sottoposta alle indagini. A tale conclusione induce il dettato dell'art. 207, che al comma 1 prevede un nuovo avvertimento sulle "responsabilità previste dalla legge penale per i testimoni falsi o reticenti" (art. 497, comma 2) ed al comma 2 la possibilità per il giudice, al termine dell'assunzione, di informare il p.m. ove ravvisi indizi del reato *ex art 372 c.p.*": Cass., 20 gennaio 1993, De Prisco, in *Cass. Pen.*, 1994, 2482.

¹¹² In base al dato testuale, "l'obbligo di avvertire i prossimi congiunti della facoltà di astensione si pone come principio generale, che va osservato ogni volta in cui nei vari momenti procedurali, non esclusi quelli di polizia giudiziaria, le dichiarazioni dei prossimi congiunti devono essere assunte per esigenze di ordine processuale e, quindi, si caratterizza per l'autonomia delle singole scelte di volta in volta operate dal teste e per la reversibilità della scelta affermativa che eventualmente fosse stata fatta in una prima tornata": così Cass., sez. VI, 21 aprile 1994, Grandinetti, in *Arch. n. proc. Pen.*, 1995, 155. Tuttavia, secondo un'altra decisione di legittimità, quando il prossimo congiunto, regolarmente informato, ha dichiarato di non volersi avvalere della facoltà riconosciutagli dalla legge, "non vi è alcuna necessità per il pubblico ufficiale di ripetere l'avvertimento se nel corso della stessa fase processuale e sugli stessi fatti il prossimo congiunto è chiamato a rendere ulteriori dichiarazioni, essendo ormai a conoscenza della facoltà a lui riconosciuta dalla legge": in tal senso, Cass., sez. II, 23 ottobre 1996, Spanò, in *Dir. Pen. proc.*, 1996, 1458.

comma 2, c.p.). Nel momento in cui il prossimo congiunto decida di non astenersi e, quindi, deponga come testimone, egli va incontro all'obbligo di verità e non può più rifiutarsi di rispondere alle singole domande; se rifiutasse, commetterebbe il reato di falsa testimonianza nella forma peculiare della reticenza (art. 372 c.p.).

È il caso di segnalare in questa sede che la “facoltà” di alcuni testimoni di non rispondere a determinate domande ricorre anche in caso di **segreto professionale**¹¹³. Tale segreto può essere definito “qualificato” perché la possibilità di non rispondere spetta soltanto ai professionisti indicati espressamente dall'art. 200 del codice di rito. La tipologia dei soggetti previsti in tale disposizione (ministri di culto, avvocati e persone esercenti attività sanitarie)¹¹⁴ non esaurisce naturalmente l'elenco dei professionisti. Però, è opportuno precisare che il professionista non rientrante nelle categorie indicate nell'art. 200 c.p.p. ha l'obbligo di deporre nel processo penale anche se, al di fuori di questo, è tenuto al segreto professionale (art. 622 c.p.). Per “segreto” si intende una notizia che non deve essere portata all'altrui conoscenza e che non è

¹¹³ Tonini, *La prova penale*, CEDAM, p. 123 e ss.

¹¹⁴ Soltanto la legge può estendere il segreto professionale; ciò è avvenuto in relazione ai consulenti del lavoro (legge n. 12 del 1979), ai dipendenti dei servizi pubblici (o privati convenzionati) che si occupano del recupero dei tossicodipendenti (art. 120, d.p.r. n. 309 del 1990), ai dottori commercialisti, ai ragionieri e periti commerciali (artt. 4 e 5, d.p.r. 27 ottobre 1953, n. 1067, come integrati dall'art. 1, legge 5 dicembre 1987, n. 507). Il segreto professionale è esteso ai giornalisti con alcuni limiti. In primo luogo esso può essere mantenuto relativamente ai “nomi delle persone” dalle quali è stata appresa una notizia di carattere fiduciario nell'esercizio della professione. In secondo luogo, possono opporre questo segreto soltanto i “giornalisti professionisti iscritti nell'albo professionale”. In terzo luogo, il giornalista è obbligato comunque ad indicare la fonte delle sue informazioni quando le notizie sono indispensabili ai fini della “prova del reato per cui si procede” e la loro veridicità può essere accertata soltanto attraverso “l'identificazione della fonte della notizia” (art. 200, comma 3). Da un lato vi è la garanzia che i predetti limiti sono valutati dal “giudice” (il giudice, e non anche il pubblico ministero, può ordinare al giornalista di indicare la sua fonte solo nel caso in cui questo risulti l'unico strumento investigativo per verificare la fondatezza di una notizia indispensabile per la prova del reato per cui si procede); da un altro lato, la regolamentazione è tuttavia strutturata in modo da far prevalere l'interesse di Giustizia sull'interesse del giornalista a mantenere coperta la fonte delle informazioni. Nei casi in cui il giornalista può conservare il segreto sulla fonte (notizia riguardante non un reato, ma una circostanza), la notizia non è utilizzabile nel processo a causa del divieto che riguarda la testimonianza indiretta (art. 195, comma 7).

di per sé notoria. Di solito, si tratta di un fatto della vita privata che il singolo ha interesse a mantenere riservato. Ebbene, il professionista comune è penalmente tenuto a non rivelare i segreti appresi, dei quali è venuto a conoscenza per ragione della propria professione, arte, stato o ufficio (art. 622 c.p.); tuttavia deve rispondere secondo verità, quando è sentito come testimone nel processo penale.

Diversa è la posizione processuale dei professionisti qualificati che sono indicati nell'art. 200 del codice di procedura penale. Costoro possono rifiutarsi di rispondere alla singola domanda che li induca a narrare un fatto segreto appreso nell'esercizio della loro professione. Il legislatore ritiene, in questi casi, che il segreto professionale debba prevalere sull'interesse della giustizia ad accertare i reati. Di regola si tratta di situazioni che coinvolgono interessi di rilievo costituzionale, quali l'interesse a professare la propria fede religiosa (artt. 8 e 19 Cost.), l'interesse a difendersi in ogni tipo di processo (art. 24 Cost.), l'interesse alla salute (art. 32 Cost.): in questi casi il privato è costretto a servirsi di un professionista al quale deve confidare fatti riservati. Occorre chiaramente che quel determinato fatto, sul quale il testimone deve deporre, sia stato appreso dai professionisti qualificati "*per ragione del proprio ministero, ufficio o professione*" (art. 200 c.p.p.). Pertanto, se uno di costoro ha conoscenza di un fatto in qualità di comune cittadino, cioè indipendentemente dall'aver ricevuto un incarico professionale, egli resta vincolato all'obbligo di deporre secondo verità.

L'art. 200 c.p.p. pone, tuttavia, un ulteriore limite: è necessario che il professionista, pur indicato nella norma in oggetto, non abbia comunque

un obbligo giuridico di riferire quel fatto all'autorità giudiziaria. Ciò accade, per esempio, al medico che è dipendente di un ente pubblico e che, pertanto, in qualità di incaricato di pubblico servizio ha l'obbligo di denunciare i reati procedibili d'ufficio dei quali sia venuto a conoscenza “*nell'esercizio o a causa del servizio*” (art. 362 c.p.). Su tali fatti egli non può opporre il segreto professionale.

Quando il teste eccepisce il segreto, il giudice può provvedere agli accertamenti necessari¹¹⁵ e, se ritiene infondata l'eccezione, ordina al testimone di deporre.

L'esame delle parti.

L'esame delle parti è un mezzo di prova tipico, che consente alle stesse di poter contribuire all'accertamento dei fatti nel processo penale.

Se nel corso delle indagini preliminari o dell'udienza preliminare l'imputato può essere sottoposto ad interrogatorio da parte del pubblico ministero o del giudice, nella fase dibattimentale e nell'incidente probatorio, allo stesso modo, l'imputato può essere sottoposto ad esame, se ne fa richiesta lui stesso o se consente a sottoporvisi in seguito a richiesta di alcuna delle altre parti.

Si è notato che la parola “*esame*” è un termine generico, applicata indistintamente a tutti i soggetti sollecitati a rendere dichiarazioni nel dibattimento; tuttavia l'istituto non ha una disciplina unitaria, differenziandosi, talora anche in modo vistoso a seconda del soggetto che

¹¹⁵ la dottrina in proposito ritiene tuttora valido quanto affermato dalla giurisprudenza sotto la vigenza del c.p.p. 1930, vale a dire che tali accertamenti possono essere esperiti in qualsiasi modo e possono anche basarsi su considerazioni di carattere logico, tratte dagli elementi del processo; in tal senso Cordero, *Codice*, 248.

all'esame viene sottoposto. L'esame, infatti, è un mezzo di prova cui possono essere sottoposte, se lo richiedono o vi consentono, tutte le parti private del processo; e così non solo l'imputato, ma anche la parte civile, se non deve essere esaminata come testimone, il responsabile civile e la persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria¹¹⁶, portatrici di un interesse che può essere pregiudicato dall'esito del processo.

Il carattere peculiare dell'esame delle parti private è rappresentato dall'assenza degli obblighi previsti per i testimoni: ci si riferisce soprattutto al principio *nemo tenetur se detegere*, operante sia nei confronti dell'imputato che delle altre parti.

Alcune norme del codice forniscono una regolamentazione generale dell'esame; mentre altre riguardano determinati soggetti e prevedono per essi tre regimi giuridici diversi¹¹⁷.

Sono definite "generalì" le seguenti regole: **a)** il dichiarante non ha l'obbligo penalmente sanzionato di dire la verità né di essere completo nel narrare i fatti; inoltre egli ha la facoltà di non rispondere alle domande (art. 209, comma 2, c.p.p.); **b)** le dichiarazioni sono rese secondo le norme sull'esame incrociato; pertanto le domande sono formulate di regola dal pubblico ministero e dai difensori delle parti private nell'ordine indicato nell'art. 503, comma 1, c.p.p.; **c)** le domande devono riguardare i fatti oggetto di prova¹¹⁸.

Al contrario, sono tre, come già ricordato, i regimi giuridici diversi in ragione della persona che rilascia la dichiarazione. **Il primo regime**

¹¹⁶ Lattanti – Lupo, *op. cit.*, p. 138

¹¹⁷ Tonini, *op. cit.*, pp 137 e ss.

¹¹⁸ L'art. 209, infatti, richiama l'art. 194 relativo all'oggetto ed ai limiti della testimonianza

concerne l'imputato ed il coimputato nel medesimo procedimento. **Il secondo** regime riguarda le parti private diverse dall'imputato, e cioè il responsabile civile, il civilmente obbligato per la pena pecuniaria e la parte civile che non debba essere esaminata come testimone. **Il terzo** regime riguarda l'imputato di un procedimento connesso o collegato che si svolga separatamente: costui, anche se è considerato "parte" soltanto nel procedimento che lo vede come imputato, è tuttavia sentito nei procedimenti separati con l'istituto dell'esame delle parti, sia pure con un regime giuridico speciale, previsto dall'art. 210¹¹⁹ c.p.p.

È oltremodo rilevante, quindi, che l'esame delle parti contiene in sé una profonda **contraddizione**: da un lato, le dichiarazioni che contribuiscono alla formazione della prova sono rese nella forma dell'esame incrociato, metodo ritenuto il più efficace per accertare la verità nel processo penale; da un altro lato, invece, le persone che rendono dichiarazioni dinanzi al giudice non hanno l'obbligo penalmente sanzionato di dire la verità.

Il primo regime giuridico riguarda l'esame dell'imputato e del coimputato di un medesimo procedimento, cioè procedimento connesso che sia stato riunito. In concreto e seguendo la regola generale già evidenziata, l'esame ha luogo soltanto su richiesta o consenso di costoro¹²⁰. L'imputato cioè può chiedere di essere esaminato e può consentire alla richiesta delle altre parti di sottoporsi all'esame (ad

¹¹⁹ Tale regime, a seguito della sentenza della Corte Cost. n. 361 del 1998, si applica anche al coimputato nel medesimo procedimento in una particolare ipotesi: quando questi venga esaminato su fatti concernenti la responsabilità di *altri*, già oggetto delle sue precedenti dichiarazioni rese all'autorità giudiziaria o alla polizia giudiziaria delegata.

¹²⁰ L'esame ha luogo, indipendentemente dal consenso, se è richiesto da una parte o disposto dal giudice d'ufficio quando l'imputato è chiamato a riferire su fatti concernenti la responsabilità di altri, già oggetto delle sue precedenti dichiarazioni rese all'autorità giudiziaria o alla polizia delegata; in tal senso, Corte cost. n. 361 del 1998.

esempio, dal pubblico ministero, dalla parte civile o da un altro imputato)¹²¹. In tal caso si applicano a lui le disposizioni contenute nell'art. 503 c.p.p.

La materia è complessa per la diversità di posizioni che si possono verificare. Va precisato, innanzitutto, che la richiesta (di una qualsiasi parte) di procedere all'esame dell'imputato prescinde dalla *discovery* e non è collegata agli adempimenti imposti dall'art. 468 c.p.p. Tale norma va riferita, infatti, esclusivamente ai testimoni, periti e consulenti tecnici ed imputati di procedimenti connessi. Non vi rientra, invece, la posizione dell'imputato, il cui esame può essere richiesto liberamente all'inizio del dibattimento. Esso, comunque, deve essere proposto dalla parte che vi ha interesse, al momento delle richieste nell'ambito delle attività disciplinate dall'art. 493 c.p.p.

Interessa mettere in evidenza, ancora, che non si può procedere all'esame senza il consenso dell'interessato (art. 208 c.p.p.)¹²². Il “**mancato consenso**” non può essere valutato, perché è una scelta che attiene strettamente alla strategia difensiva. Tuttavia, quando la difesa afferma l'esistenza di un fatto, il non consentire all'esame dell'imputato, che potrebbe confermare l'esistenza, non le permette di adempiere

¹²¹ Secondo la Corte di Cassazione “l'esame dell'imputato si configura come mezzo di prova rimesso alla disponibilità della parte. Conseguentemente l'imputato, qualora detto esame sia stato richiesto ed ammesso, deve manifestare il suo interesse alla effettiva assunzione dello stesso, opponendosi, se del caso, alla chiusura del dibattimento a pena di implicita rinuncia all'incombente” (Cass., sez VI, 24 settembre 1996, Macrì, in *Riv. Pen.*, 1997, 340). Si sostiene che “l'esame delle parti, diversamente da quello dei testi, è un mezzo di prova che non deve essere preannunciato e che le parti possono anche dedurre in sede di esposizione introduttiva e fino ad esaurimento a norma dell'art. 493” (Cass., sez. I, 27 aprile 1995, Ruzzone ed altri, in *Arch. n. proc. Pen.*, 1996, 136).

¹²² Proprio su tale caratteristica era stata proposta eccezione di costituzionalità, ma la Corte ha confermato il sistema vigente con l'affermare che “la subordinazione dell'esame dell'imputato alla sua richiesta o al suo consenso assicura la conservazione del suo stato e della sua posizione in seno al dibattimento, e impedisce che egli si trasformi in testimone volontario, fermo restando che esso non è affatto tenuto a discolarsi e che l'accusa deve provare la sua colpevolezza. Invece l'eliminazione dell'una o dell'altro darebbe all'esame una connotazione di coercibilità e introdurrebbe nel dibattimento uno spurio strumento inquisitorio, direttamente gestito dal giudice, in netto contrasto con la logica del sistema accusatorio” (Corte cost., 24.5.91, n. 221, *GP*, 1991, I, 307).

all'onere della prova, e cioè all'onere di convincere il giudice della propria versione dei fatti. D'altronde, l'imputato che ha chiesto l'esame o vi ha consentito non ha l'obbligo di rispondere secondo verità; infatti egli non è testimone. Occorre segnalare che l'imputato può dire anche il falso senza incorrere in conseguenze penali finché è coperto dalla causa di non punibilità prevista dall'art. 384 del codice penale (ad esempio, se accusa falsamente se stesso di aver commesso un reato; art. 369 c.p.); viceversa, è punibile se incolpa di un reato un'altra persona, sapendola innocente (art. 368 c.p. che integra l'ipotesi di *calunnia*) o se afferma falsamente essere avvenuto un reato (art. 367 c.p., norma integrante la fattispecie di *simulazione di reato*)¹²³. Tuttavia l'aver detto il falso può provocare conseguenze almeno dal punto di vista processuale. Infatti, se durante l'esame incrociato (o successivamente) risulta che l'imputato ha mentito, da quel momento egli può essere ritenuto non credibile e le altre affermazioni che ha reso difficilmente potranno convincere il giudice, a meno che non siano supportate da altre prove. Ecco perché il difensore consiglia all'imputato di avvalersi del diritto al silenzio piuttosto che affermare il falso¹²⁴.

Un cenno va fatto al “**diritto di restare silenzioso**”. Occorre precisare che l'art 209 c.p.p. rinvia alla previsione dell'art. 198, comma

¹²³ L'articolo 384 c.p. è stato introdotto in una temperie in cui il regime processuale era di stampo prevalentemente inquisitorio. Basti pensare che, nel codice di procedura penale del 1930, da un lato al teste non era riconosciuto il privilegio contro l'autoincriminazione; da un altro lato, l'imputato non era avvertito della facoltà di non rispondere prima che avesse inizio l'interrogatorio. L'ampia area operativa riconosciuta alla scusante valeva a controbilanciare le compressioni del diritto di difesa che il sistema imponeva o consentiva; era il segno della “cattiva coscienza” del legislatore.

¹²⁴ Secondo Cass., sez I, 3 marzo 1994, Mandarino, in *Cass. pen.*, 1995, 1293, “se è vero che l'imputato ha diritto di tacere o anche di mentire, è anche vero che il suo comportamento processuale può essere valutato dal giudice, che può trarre da esso il convincimento di una personalità negativa, tanto più se l'imputato ha mostrato un elevato grado di insensibilità verso i familiari della vittima, fornendo dichiarazioni non veritiere sul suo conto e sul suo movente”. Nella fattispecie, la Corte ha ritenuto legittimo il diniego delle attenuanti generiche all'imputato mendace.

2, c.p.p., che riconosce il privilegio contro l'autoincriminazione¹²⁵. Nel corso dell'esame l'imputato può rifiutarsi di rispondere alle domande, ma di tale circostanza deve essere "*fatta menzione nel verbale*", come prescrive l'art. 209, comma 2, c.p.p., poiché, se ne è dedotto che il silenzio dell'imputato può essere valutato dal giudice come "argomento di prova"; ciò vuol dire significare che l'imputato può essere ritenuto non credibile. Il silenzio, infatti, può dimostrare che egli vuole nascondere qualcosa.

Infine, l'imputato ha il privilegio di poter affermare di aver "sentito dire" qualcosa, senza essere vincolato alle condizioni di utilizzabilità poste dall'art. 195 c.p.p. Egli può, infatti, non indicare la fonte (persona o documento) da cui ha appreso l'esistenza di un fatto. La sua dichiarazione "per sentito dire" può essere utilizzata (a differenza di quanto avviene per il testimone e le altre parti private) perché, "*data la peculiare posizione di questo soggetto, è importante a più effetti acquisire tutto quanto sia venuto a sua conoscenza anche per via indiretta*". Ovviamente non è detto che la dichiarazione sia ritenuta "attendibile", poiché al giudice non è offerto il principale strumento di controllo, e cioè l'indicazione della fonte del sentito dire.

La differenza con la posizione degli altri soggetti, dunque, non è limitata solo alla necessità del consenso, perché, come già detto, all'esame dell'imputato non si applicano le norme dell'art. 195 c.p.p. sulla testimonianza indiretta (art. 209, comma 1, c.p.p.). Si è ritenuto,

¹²⁵ Cordero, *Procedura penale*, 650, rileva che tale rinvio è fuori luogo. Il privilegio contro l'autoincriminazione si pone come una eccezione all'obbligo del teste di rispondere alle domande, mentre la parte non ha tale obbligo e, anzi, se si tratta dell'imputato, ha il diritto al silenzio.

cioè, che la piena esplicazione del diritto di difesa non tolleri i limiti previsti dalle predette norme: così, se l'imputato si rifiuta o non è in grado di indicare la persona o la fonte da cui ha appreso la notizia, la sua dichiarazione sarà ugualmente valutabile; lo stesso dicasi se non siano escuse le persone cui l'imputato si riferisce per la conoscenza dei fatti¹²⁶.

Una volta effettuata la richiesta non dovrebbero sorgere particolari problemi per il fatto che è stato lo stesso interessato a proporre questo esame. Diverso è il caso in cui siano altre parti a chiedere l'esame dell'imputato, perché in tal caso è ragionevole ipotizzare questa ovvia distinzione di situazioni: l'imputato o acconsente o rifiuta di essere esaminato. Le differenze sono notevoli perché se l'imputato non consente il suo esame, egli non può di certo esservi obbligato, ma in tal caso diviene operativo l'art. 513, comma 1, c.p.p. in tema di letture delle precedenti dichiarazioni. Il rifiuto all'esame non può comportare altre conseguenze e di certo non può portare a valutazioni sostanziali, perché si è in presenza di un comportamento conforme al dettato costituzionale, e si allinea con le convenzioni internazionali, che impediscono all'imputato di rendere dichiarazioni a se nocive. Dalle ipotesi in cui l'imputato rifiuta l'esame si distingue quella per cui l'imputato, anche se ha prestato il proprio consenso, poi, nel corso del dibattimento, si omette di esaminarlo. Ci si è chiesti se questa omissione integri una violazione del diritto di difesa, ma la risposta è negativa, non solo perché l'imputato avrebbe potuto chiedere di essere esaminato prima che si concludesse il

¹²⁶ Plotino, *Il dibattimento nel nuovo codice di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1996.

dibattimento, ma soprattutto perché l'esame è una facoltà gestita dallo stesso interessato.

In ordine alle modalità di assunzione dell'esame, si ricorda che l'esame delle parti private (quindi anche dell'imputato) si svolge "dopo" l'assunzione delle prove a carico e prima che inizi l'assunzione delle prove che lo stesso imputato propone a suo favore. In ciò, il nuovo codice si distingue dal precedente, che imponeva l'interrogatorio dell'imputato all'inizio della fase dibattimentale. Per l'art. **209 c.p.p.** "*si applicano le disposizioni previste dagli artt. 194, 198 comma 2 e 499 c.p.p.*" e a sua volta l'art. 503, comma 1, c.p.p. precisa che si applica, oltre all'art. 499 c.p.p., anche l'art. 498 c.p.p. In sostanza nell'esame dell'imputato si seguono le stesse regole modali che sono poste per il testimone, sia in relazione alla specificità delle domande che alla possibilità della *cross examination*.

In definitiva, va puntualizzato che l'imputato, oltre che prestare il suo consenso all'esame (art. 208 c.p.p.) ha sia la *facoltà* di non rispondere alle domande che il *diritto* a non rispondere a domande che potrebbero incriminarlo.

È sorta questione in ordine al caso in cui vi sia la richiesta congiunta dell'esame e, quindi, alle modalità di svolgimento. In tale ipotesi l'ordine di assunzione deve trovare la sua disciplina nella regola posta nell'art. 496, comma 2, c.p.p., assegnandosi la precedenza alla pubblica accusa, specie in relazione alla considerazione che la richiesta del pubblico ministero può essere qualificata come mezzo di prova a carico

dell'imputato stesso. In tal modo sarà il difensore a procedere al controesame.

Le stesse norme sin qui esaminate si applicano a chi è **coimputato** dello stesso reato nel medesimo processo. A costoro non si applica l'art. 210 c.p.p. Si tratta dell'ipotesi in cui il reato per cui si procede è stato commesso da più persone in concorso o cooperazione tra loro, o quando più persone con condotte indipendenti hanno determinato l'evento. Si deve precisare, dunque, che, se tali soggetti sono coimputati nel medesimo processo, devono essere considerati come imputati ed a ciascuno di essi si applicano le norme sull'esame dell'imputato.

Accanto a queste vi sono anche altre ipotesi, che concernono la presenza di più coimputati del medesimo reato che sono stati o sono parti in un processo separato (art. 18 c.p.p.), o di imputati di reati altrimenti connessi, nello stesso o in diversi processi. Il soggetto, che è imputato nel procedimento separato e che viene chiamato a deporre nel procedimento principale contro l'imputato, deve essere sentito con un istituto che rappresenta un regime speciale rispetto all'esame delle parti. L'art. 210 c.p.p. fornisce la regolamentazione dell'esame dell'imputato in un procedimento connesso, che si svolga separatamente¹²⁷. L'istituto fa sempre parte della categoria generale dell'esame delle parti, ma con alcune differenze. La **prima differenza** consiste nel fatto che l'imputato del procedimento connesso è sottoposto all'esame senza che sia

¹²⁷ La giurisprudenza è concorde nell'estendere le disposizioni di cui all'articolo 210 alla persona sottoposta a indagini un procedimento connesso o collegato. "L'art. 61 estende a tale persona i diritti e le garanzie dell'imputato; d'altro canto non vi è dubbio che le norme di cui sopra sono dettate in vista di una tutela rispetto alla possibilità di autoincriminazione che per l'indagato vale non meno che per l'imputato" (Cass., sez. VI, 9 giugno 1995, Osmani, in *Arch. n. proc. Pen.*, 1996, 305)

necessario il suo consenso (art. 210, comma 1, c.p.p.): ciò che conta è che l'esame sia stato chiesto da una delle parti del procedimento principale o, nei casi previsti dalla legge, sia stato disposto d'ufficio dal giudice (artt. 195 e 507 c.p.p.). Tale soggetto, pertanto, è obbligato a presentarsi per deporre nel procedimento principale e nel caso in cui non si presenti, il giudice ne ordina l'accompagnamento coattivo a mezzo della forza pubblica (art. 210, comma 2, c.p.p.). La citazione per deporre è effettuata con le forme previste per la citazione del testimone¹²⁸.

Una **seconda differenza** si individua nella circostanza che l'imputato di un procedimento connesso debba essere assistito da un difensore, che ha diritto a partecipare all'esame¹²⁹. Se non è presente il difensore di fiducia, viene designato un difensore d'ufficio (art. 210, comma 3, c.p.p.).

Una **terza differenza** consiste, poi, nell'obbligo di avvisare l'imputato di un procedimento connesso che ha la facoltà di non rispondere, salvo che si tratti di una domanda sulla sua identità personale (art. 210, comma 4, c.p.p.)¹³⁰. L'imputato può tacere anche se la

¹²⁸ In seguito alla sentenza della Corte Costituzionale n. 361 del 1998, devono essere indicati nelle liste anche il coimputato o l'imputato connesso o collegato che le parti vogliono chiamare a rendere esame su *fatti concernenti la responsabilità altrui, quando tali fatti siano stati oggetto di precedenti dichiarazioni*. La Corte ha valorizzato soprattutto la funzione della preventiva indicazione delle circostanze su cui verterà la deposizione. Nel caso in cui debba deporre un imputato connesso, l'indicazione delle circostanze va a beneficio del dichiarante stesso, consentendogli di conoscere l'oggetto su cui sarà esaminato e di calibrare prima il suo comportamento processuale evitando eventuali autoincriminazioni.

¹²⁹ La Corte di Cassazione ha precisato che "l'assistenza del difensore all'esame di persona imputata in procedimento connesso, prevista dall'art. 210 c.p.p. comma 3, costituisce garanzia posta ad esclusivo presidio del dichiarante, alla cui osservanza invece l'imputato non ha alcun interesse" (Cass., 2 ottobre 1996, Benedetto, in *Guida dir.*, 1997, 17, 66)

¹³⁰ La S. C. ha affermato che "quando una persona imputata in un procedimento connesso sia stata sentita come tale, con le modalità previste dall'art. 210 e con lo specifico avviso della facoltà ad essa concessa di non rispondere, risultando così osservate le garanzie che la legge presta a tutela della particolare posizione diversa da quella del semplice testimone, il fatto che la persona stessa abbia anche prestato giuramento viene ad integrare una mera irregolarità, che non comporta l'attribuzione al dichiarante della qualifica di testimone e non determina l'inutilizzabilità delle relative dichiarazioni" (Cass., 2 ottobre 1996, Benedetto, cit.)

domanda non è suscettibile di assumere un significato autoincriminante, e cioè anche se dal fatto affermato non potrebbe emergere alcuna sua responsabilità penale.

Infine, se l'imputato di un procedimento connesso, ma separato, decide di rispondere, egli non ha l'obbligo penalmente sanzionato di dire la verità. Può dire il falso, con il limite valido per l'imputato in base all'art. 384 c.p. ; e cioè restano punibili soltanto la calunnia e la simulazione di reato. Oltre alle tre differenze rilevate, il coimputato è sottoposto, inoltre, al regime giuridico che vale per l'imputato del procedimento principale.

Passando all'**esame delle altre parti**, si nota come l'esame del responsabile civile, del civilmente obbligato per la pena pecuniaria e della parte civile, che non debba essere esaminata come testimone, si svolga con regole identiche a quelle che valgono per l'imputato, salvo un particolare. Se le parti private, infatti, diverse dall'imputato affermano di aver "sentito dire", valgono le ordinarie condizioni di utilizzabilità previste dall'art. 195 c.p.p.

Il regime ordinario dell'esame delle parti comporta che i soggetti menzionati siano esaminati soltanto se richiedono l'esame o vi consentono. Essi non hanno l'obbligo penalmente sanzionato di dire la verità: il loro interesse, anche se meramente civilistico rispetto all'esito del procedimento penale, è ritenuto essere identico all'interesse dell'imputato ad evitare la sanzione penale.

In modo particolare, riguardo alla **parte civile**, quando essa è chiamata a testimoniare, è obbligata a deporre in tale qualità e non come

parte privata. Di conseguenza assume l'obbligo penalmente sanzionato di dire la verità¹³¹.

La scelta del legislatore riveste una notevole importanza teorica. Dimostra, per l'appunto, che il disinteresse e la terzietà non sono requisiti indispensabili per assumere la qualità di testimone: quest'ultimo ben può essere parziale, ma deve essere tuttavia tenuto a dare un contributo conoscitivo con l'obbligo penalmente sanzionato di dire il vero; il suo interesse "civilistico" all'esito del procedimento penale deve soccombere¹³².

Non dissimile è la posizione della **persona offesa**. Per questa si era posto il problema della possibilità di sentirla alla pari delle altre parti private. In realtà il problema era ed è connesso alla inammissibilità derivante dalla mancata inclusione della persona offesa nella lista testimoniale di cui all'art. 468 c.p.p., rapportato al fatto che la citazione di questa è posta a pena di nullità dall'art. 178, lett. c, del codice di rito. È prevalsa la tesi per cui la citazione della persona offesa è richiesta per permettere a questa di costituirsi parte civile ed esercitare gli altri diritti che le competono, ma non risolve il problema della inclusione nella lista testimoniale. Se la persona offesa, infatti, vuole essere sentita in dibattimento deve essere indicata come testimone in quella lista, e non ne è possibile la semplice indicazione, come accade per le altre parti¹³³.

¹³¹ La giurisprudenza di merito ha precisato che "la parte civile, pur in mancanza di una espressa norma al riguardo, non potrebbe proporsi come testimone, ma solo richiedere il proprio esame, su cui prevarrebbe la testimonianza, se richiesta da altra parte, mentre una volta ammesso e reso l'esame, la testimonianza della parte civile non potrebbe essere più introdotta d'ufficio dal giudice attraverso il potere riconosciutogli dall'art. 507" (Tribunale di Crema, 21 aprile 1994, Leani, in *Cass. pen.*, 1994, 176)

¹³² Tonini, *op. cit.*, p. 143.

¹³³ Grilli, *Il dibattimento penale*, CEDAM, 2003, pp. 313-314.

La cross examination nell'esame testimoniale.

La rubrica dell'art. 498 c.p.p. sembra introdurre nel nostro ordinamento un riferimento specifico alle modalità della *cross examination* tipiche dei processi accusatori di *common law*, anche se da più parti non si è tardato a mettere in evidenza la rilevante differenza che esiste a tal proposito tra i due sistemi¹³⁴. Il testo della norma, però, non mantiene la promessa, limitandosi ad enunciazioni piuttosto generiche, che solo un costante richiamo alla *ratio legis* consente di articolare in un sistema compiuto.

La *cross examination*, pertanto, costituisce uno dei principali mezzi di acquisizione della prova testimoniale del processo penale, che verte, infatti, non su ciò che è successo ma su quello che è detto di ciò che è successo¹³⁵. Nel sistema italiano chi (testimone, imputato, parte civile, esperto) si presenta al dibattimento, può essere sottoposto a quattro tipi di esame: l'esame diretto, il controesame, il riesame e l'esame da parte del giudice.

La *cross examination* è essenzialmente costituita dalle domande che le parti fanno alle persone chiamate a testimoniare e dalle risposte che queste danno. Dall'**art. 498** c.p.p. si evince che nell'esame diretto le domande sono rivolte direttamente dal pubblico ministero o dal difensore che ha chiesto l'esame del testimone (che in questo caso è presentato

¹³⁴ In quella del *common law* la dialettica dell'esame si rivolge alla giuria, che non può interloquire in alcun modo e che è costituita da persone occasionalmente preposte alla decisione (si pensi al caso analogo dei giudici popolari delle nostre corti d'assise), il che conduce le parti ad una certa spettacolarizzazione dell'esame e del controesame. Nel nostro sistema il tutto si rivolge al giudice, che con la sua professionalità sa recepire le risposte, e che può anche utilmente intervenire. Esattamente si è ricordato che "fondamentale nel processo *adversary* è impressionare positivamente la giuria, trasmettere emozioni, manovrare il teste ai fini della propria tesi, senza mai perdere autocontrollo e credibilità" (Di Martino – Procaccianti, *La prova testimoniale nel processo penale*, CEDAM, 193.

¹³⁵ Wellman, 1962; Bailey, Rothblatt, 1978.

dalla parte che effettua l'esame); nel controesame, invece, altre domande sono rivolte dalla parte che non ha chiesto l'esame (che quindi interroga i testimoni presentati dalla controparte); e nel riesame, infine, sono poste nuove domande da chi ha chiesto l'esame (che riesamina, appunto, il "proprio" testimone).

Le finalità dei tre tipi di esame delle parti sono molto diverse: nell'*esame diretto* lo scopo è quello di far emergere fatti inquadrati in una versione della storia che possono influenzare favorevolmente chi deve giudicare; nel *controesame*, al contrario, lo scopo è quello di dimostrare che i fatti asseriti nell'esame diretto non sono veri o non sono esatti (accuratezza) o non sono completi, screditare il teste (la sua credibilità), forzarlo ad ammettere certi fatti, dimostrare che il teste ha affermato in altre occasioni cose diverse; nel *riesame*, invece, lo scopo è quello di interrogare di nuovo direttamente il proprio testimone già sottoposto dall'avversario a controesame per chiarire, rettificare, completare, quanto emerso nel controesame o per ristabilire la sua attendibilità. Eccezionalmente quest'ultimo può, poi, servire per completare lacune dell'esame diretto ed allora dovrebbe essere consentito il controesame, ricominciando così la sequenza.

Poiché lo scopo del processo è la decisione circa la responsabilità dell'imputato, il pubblico ministero ed il difensore tendono strategicamente a far emergere due realtà antitetiche, utilizzando metodiche che hanno finalità differenti. Se, infatti, nell'esame diretto (e nel riesame) si presenta (e si riconferma), con la cooperazione dei propri testimoni, una versione utile alla propria visione dei fatti, attraverso

un'epistemologia di tipo confermatario, nel controesame, invece, si cerca di contrastare la versione presentata dalla controparte nell'esame diretto (o nel riesame, controesaminando nuovamente il testimone).

Al di là di queste indicazioni sulla successione cronologica, però, nulla viene detto circa i rapporti tra le domande delle parti nei rispettivi turni di esame; in particolare, poi, non è nemmeno chiaro se l'alternarsi delle domande sia destinato a proseguire potenzialmente senza limiti, fino a che ogni punto non risulti completamente sviscerato, ovvero se l'esame debba necessariamente esaurirsi nelle tre fasi espressamente previste (esame diretto – controesame – riesame).

Sulla prima questione si può osservare che sarebbe ragionevole supporre una progressiva restrizione delle domande pertinenti: se originariamente l'unico vincolo è rappresentato dalle circostanze indicate dalla parte che ha introdotto il testimone, in concreto il tema della prova verrà ad essere via via individuato e circoscritto dalle domande effettivamente rivolte e dalle risposte date. A rigore, dunque, l'ambito di pertinenza del controesame dovrebbe essere strettamente dipendente dallo svolgimento dell'esame. Nel nostro sistema, però, non si può parlare di controesame in senso proprio, perché la possibilità di proporre altre domande non è riservata solo all'antagonista di chi ha condotto l'esame: lo stesso diritto è infatti riconosciuto, in maniera differenziata, alle parti eventuali e comunque a quelle che hanno un interesse comune con la parte che ha chiesto la citazione (menzionate dall'art. **499, comma 3**, c.p.p.).

Ne segue, quindi, che nel controesame le domande vanno ammesse con una certa larghezza, purché riferite all'oggetto della prova¹³⁶. Lo stesso, però, non pare possa valere per il riesame ad opera della parte che ha cominciato. Sebbene l'art. **498, comma 3**, c.p.p. usi la generica espressione "*nuove domande*", non si può ritenere consentita l'introduzione, per la prima volta, di circostanze che non hanno formato oggetto dell'esame o del controesame. Il riesame non ha lo stesso ambito della testimonianza, né, tanto meno, è possibile consentire alla parte richiedente di riservare ad un secondo momento alcuni argomenti, secondo che il controesame sia o meno svolto e in dipendenza del suo risultato.

La funzione del riesame è offrire la possibilità di chiarire e precisare meglio i punti eventualmente messi in discussione dal controesame, ovvero confutare le affermazioni emerse nel corso di quest'ultimo: perciò le domande non potranno che restare nell'ambito di quanto sia stato messo in evidenza fino a quel momento.

In una struttura del genere sembra inoltre logico, nonostante il silenzio della legge, che siano concesse ulteriori repliche alle altre parti, purché a loro volta strettamente circoscritte alle questioni toccate nel riesame, e così via fino ad esaurire ogni tema rilevante. Tale conclusione varrebbe a maggior ragione qualora nel corso del riesame dovessero emergere fatti nuovi, in precedenza non considerati. Sarebbe comunque ineludibile, ove si ritenesse che il riesame non debba nemmeno essere vincolato al controesame, perché in tal caso non consentire alle altre parti

¹³⁶ Nel senso che in sede di controesame non si possono porre domande su circostanze diverse da quelle specificate da chi ha chiesto l'esame, Cass. 5 novembre 1996, Di Gennaro, in *Cass. pen.*, 1998, 2037, 1169.

di ribattere rappresenterebbe una lesione del principio di parità: a chi ha chiesto l'esame diverrebbe cioè possibile sfuggire al controesame mediante il semplice differimento di alcune domande.

Al termine dell'esame, in seguito, il presidente può rivolgere domande al testimone a norma dell'art. **506, comma 2**, c.p.p., dopo di che si apre lo spazio per ulteriori domande ad opera delle parti, le quali hanno il diritto di concludere l'esame. Il rinvio ai soli primi due commi dell'art. 498 c.p.p., e non anche al terzo, lascia intendere che non per questo si ricomincia la sequenza dell'esame incrociato: le domande del presidente, infatti, non sono equiparabili ad un esame diretto su cui le parti debbano poter svolgere controesame e riesame secondo i moduli ricordati; né sarebbe logico prevedere a questo punto un nuovo esame diretto, come tale suscettibile di verifica incrociata, ad opera della parte che aveva introdotto originariamente il testimone. L'art. 498 c.p.p. appare dunque richiamato esclusivamente allo scopo di stabilire l'ordine che dev'essere seguito per le eventuali domande conclusive delle parti, che saranno sempre vincolate alle questioni sollevate d'ufficio.

La forma tipica della *cross examination* si sviluppa nell'**esame dei testimoni**, argomento ampiamente sviscerato, ma sul quale conviene soffermarsi per meglio intendere alcune sfaccettature della delicata procedura di cui si discute.

L'esame testimoniale, abbiamo detto, è condotto direttamente dalle parti¹³⁷ e si svolge in forma orale. Tuttavia, non rappresenta di per sé una

¹³⁷ Fa eccezione, ex art. 498 comma 4, l'esame testimoniale del minore, che di regola viene condotto dal presidente su domande e contestazioni proposte dalle parti. La Corte Costituzionale (sent. 30 luglio 1997, n. 283) ha dichiarato l'art. 498 c.p.p. costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 2 Cost., nella parte in cui non

deroga all'oralità l'autorizzazione, che può essere concessa dal presidente al testimone, a consultare in aiuto alla memoria documenti da lui redatti (art. **499, comma 5**, c.p.p.). Non per questo, infatti, l'esame cessa di essere orale e soggetto al vaglio del contraddittorio, in quanto elemento di prova rimane, non lo scritto, che rappresenta un peculiare strumento della *cross examination* volto ad ottenere una maggiore accuratezza di dettagli dalla memoria visiva del testimone, ma la dichiarazione del testimone, per la quale si porrà se mai il problema di valutarne l'attendibilità.

L'art. **497 c.p.p.** riguarda le attività preliminari all'esame dei testimoni, dal momento che regola gli adempimenti formali da compiersi prima di procedere alla loro escussione. Nel **comma 1** è contenuta una disposizione che non attiene strettamente a tali preliminari e che concerne invece l'ordine che deve essere seguito nell'assunzione delle prove testimoniali. L'art. 497, comma 1, c.p.p. assegna alle parti il diritto di chiamare i testimoni nell'ordine che esse preferiscono: in osservanza del principio di libertà di organizzazione delle prove all'interno del proprio "caso", è data all'interessato la possibilità di scegliere la successione dei testi nel modo da essi ritenuto conveniente per una ricostruzione favorevole del fatto¹³⁸. Si ritiene, peraltro, che tutta la materia sia rimessa alla disponibilità delle parti ed agli eventuali accordi tra esse, non essendo tassativa la regola fissata dal comma 1 dell'art. 497 c.p.p. ed essendo, invece, estensibile il principio dettato dal comma 2

consente che il presidente conduca direttamente l'esame anche del teste maggiorenne infermo di mente, ove ritenga che l'esame ad opera delle parti possa nuocere alla personalità del teste.

¹³⁸ Frigo, in *Commento Chiavario*, V, 213.

dell'art. 496 c.p.p. (“*le parti possono concordare un diverso ordine di assunzione delle prove*”).

Il secondo comma dell'art. 497 c.p.p. prevede, poi, che il presidente debba dare al testimone, prima che inizi il suo esame, due “*avvertimenti*” e due “*inviti*”. Mentre il primo **avvertimento** riguarda lo stereotipato obbligo di dire la verità; il secondo concerne il richiamo sulle “*responsabilità previste dalla legge penale per i testimoni falsi o reticenti*” (avvertimento, naturalmente, che non deve essere rivolto ai testimoni che non abbiano compiuto i quattordici anni, poiché nei loro confronti non avrebbe senso, trattandosi di persone non imputabili). Il **primo** degli **inviti** che il presidente deve rivolgere al teste (sempre che abbia compiuto i quattordici anni) riguarda la **formula** con la quale lo stesso si dichiara “*consapevole della responsabilità morale e giuridica che assume con la deposizione*” e si impegna “*a dire tutta la verità e a non nascondere nulla di quanto è a sua conoscenza*”. Il **secondo** invito ha per oggetto, invece, le generalità del testimone. In relazione alla omessa verbalizzazione delle generalità del testimone, la Cassazione ha stabilito che ciò comporta la nullità della deposizione, a norma dell'art. 497, comma 3, c.p.p., il quale stabilisce che è prescritta a pena di nullità¹³⁹ l'osservanza delle disposizioni del comma 2, ivi compreso l'invito al teste a fornire le proprie generalità.

¹³⁹ Si tratta di nullità relative, per la cui eccepibilità e deducibilità valgono le regole dettate dagli artt. 181 e 182: è prevista quindi la deducibilità *ex parte*, a pena di decadenza, entro il termine di cui al comma 2 dell'art. 182 nonché la conversione in motivo di impugnazione *ex art.* 181 comma 4 (Cass., 23 marzo 1994, Serqua, *C.E.D. Cass.*, n. 199212). Si è affermato, in particolare, che il mancato invito a rendere la dichiarazione sacramentale di cui all'art. 497 comma 2 configura una nullità relativa che, come prescrive l'art. 182 comma 2, deve essere eccepita, dalla parte che vi assiste, prima che l'esame abbia inizio (Cass., 11 luglio 1996, Dato, *C.E.D. Cass.*, n. 205961)

Ai sensi dell'art. 499 c.p.p., rubricato “*Regole per l'esame testimoniale*”, le domande devono vertere su “*fatti specifici*” (**comma 1**), i quali non possono essere che gli stessi definiti nell'art. 194 c.p.p., vale a dire “*fatti determinanti*” (comma 3) “*che costituiscono oggetto di prova*” (comma 1). Non sono quindi consentite domande di contenuto generico o di semplice riferimento all'esposizione di vicende descritte nella querela o nella denuncia. Le domande non pertinenti, cioè estranee al *thema probandum*, sono inammissibili e vanno escluse dal presidente anche d'ufficio (art. 499 comma 6).

Il precetto normativo tende, poi, inequivocabilmente ad evitare la c.d. narrazione continuata del testimone quale deriverebbe da una domanda generica; ad evitare la recita di un lungo racconto ordinato secondo le opzioni del teste o da lui imparato a memoria¹⁴⁰. Si è voluto evitare, quindi, il rischio di “narrazioni”, magari concordate, tese ad esaurire con una sola risposta e senza locuzioni di continuità il *thema probandum* con un suo scontato potenziale argomentativo. Dette “narrazioni” finirebbero con l'impedire l'articolata successione delle domande, che è essenziale per “argomentare” in modo progressivo sulla prova; e finirebbero, per questo verso, col compromettere la “lealtà” dell'esame.

Un vincolo rigido alle circostanze specificamente dedotte sembra eccessivo, come si può ricavare dal sistema, che tende ad escludere preclusioni automatiche destinate in pratica a sfociare in una piena disponibilità della prova in capo alle parti. Il criterio guida dovrebbe

¹⁴⁰ Frigo, in *Commento Chiavario*, V, 255.

allora discendere dalla *ratio* del deposito delle liste: se la loro funzione è quella di tutelare la controparte dalle prove a sorpresa e permettere la deduzione della prova contraria, dovrebbero essere vietati solo quegli ampliamenti dell'esame idonei ad aggirare tale garanzia. In linea di massima, dunque, si debbono ritenere consentite le domande anche su circostanze ulteriori evidenziate nel corso dell'esame, a meno che queste ultime non fossero preventivamente note e già suscettibili di essere precisate al momento del deposito delle liste; fermo restando, ricorrendone i presupposti, il conseguente esercizio del diritto alla prova contraria *ex art. 495, comma 2, c.p.p.*

La pertinenza va, perciò, commisurata anche sull'andamento dell'escussione, se è vero che alla parte intenzionata ad introdurre il testimone non è imposto un onere di indicare analiticamente ogni domanda che andrà a proporre, mentre la conduzione dell'esame non può che essere determinata dalla dialettica stessa delle domande e delle risposte.

Circostanze ulteriori, inoltre, potrebbero essere introdotte per la prima volta nel controesame, ma sempre entro i limiti di pertinenza determinati dalle domande rivolte e dalle risposte date nel corso dell'esame diretto: tali limiti sono indispensabili per evitare che il tema della prova possa essere trasformato in un altro senza che ci sia stata una rituale richiesta di ammissione.

Il potere del presidente di rivolgere domande al testimone già esaminato, a sua volta, non sembra possa essere esercitato con prerogative superiori a quelle attribuite alle parti. Di fatto, poi, risulta

condizionato anche dalla non conoscenza degli atti, che non permetterà di spingersi al di là dell'oggetto della prova e delle risultanze dell'esame condotto in udienza. Anche la facoltà riconosciuta agli enti esponenziali di interessi collettivi di chiedere che il presidente rivolga domande (art 505 c.p.p.) sarà esercitata entro gli stessi limiti, trattandosi di una mera sollecitazione a valersi del disposto dell'art. 506, comma 2, c.p.p.

Può avere luogo, invece, ad opera del presidente, l'introduzione *ex art. 506, comma 1, c.p.p.* di temi di prova nuovi o più ampi, vale a dire non indicati nelle liste né sviluppati nel corso dell'escussione. In questo modo l'oggetto della prova è suscettibile di essere allargato, ma ciò viene consentito esclusivamente in base ai risultati complessivi dell'istruzione dibattimentale, e quindi, si deve intendere solo al termine della medesima. In prima battuta, si tratta di una semplice indicazione, che ha il compito di rimuovere la preclusione alle domande volte a modificare il tema della prova e che lasci alle parti medesime l'iniziativa. In questo modo l'invito potrebbe anche restare senza esito. Per tale evenienza, come sembra confermato dal collegamento sistematico tra il comma 1 e 2 dell'articolo, va riconosciuto al presidente il potere sussidiario di rivolgere personalmente le domande sul nuovo tema da lui individuato.

Un cenno particolare deve essere fatto alle **domande vietate** nella *cross examination*. Sono vietate quelle domande che possono nuocere alla sincerità delle risposte: per esempio, sono vietate alla parte che ha chiesto l'esame del testimone e a quella che ha un interesse comune le domande che tendono a suggerire la risposta. Esse risultano, viceversa, consentite nel controesame svolto dalla parte avversa, dato che questo ha

lo scopo di verificare l'attendibilità della testimonianza, e di conseguenza risultata più efficace se può essere liberamente usato per cercare di indebolire le dichiarazioni già rese.

La domanda suggestiva, pregiudizievole quando è necessario dimostrare la veridicità del testimone, diventa invece utile se si vuole smascherare la menzogna o evidenziare l'errore. La legge tratta, dunque, le domande suggestive come una specie particolare di quelle vietate, quando queste "*possono nuocere alla sincerità della risposta*" (art. **499**, **comma 2**, c.p.p.): cioè le considera tali soltanto nell'esame ad opera delle parti cui la testimonianza è favorevole, e non invece se utilizzate nel controesame.

Conclusione analoga sembra proponibile anche per le cosiddette domande "*trabocchetto*", domande suggestive che danno intenzionalmente per presupposto un fatto non vero, al fine di accertare le reali conoscenze del testimone.

Domande nocive in senso stretto sono invece quelle che mirano a condizionare il testimone distorcendone la capacità di rievocare i fatti o di narrarli correttamente. Così le domande intimidatorie, anche soltanto per allusione, e quelle che fanno leva sull'emotività del soggetto; quelle che cercano di innervosire il testimone o di approfittare delle sue debolezze caratteriali o culturali; come pure quelle che tendono a metterlo in cattiva luce, al di là di quanto risulti necessario per accettarne la credibilità a norma dell'art. 194, comma 2, c.p.p. Ci si può chiedere se il divieto delle domande nocive "*per la sincerità delle risposte*" non sia già incluso nel più generale dovere del presidente di intervenire per

assicurare “*la genuinità delle risposte*” (art. 499, comma 6, c.p.p.). Si tratta, in verità, di due concetti non coincidenti, dal momento che la sincerità va considerata come corrispondenza tra la dichiarazione e l’intenzione. Una risposta può essere contemporaneamente genuina e non sincera, e viceversa, secondo ogni possibile combinazione: il campo di azione delle due norme è dunque differente.

Un’osservazione non dissimile va fatta con riferimento alla “*lealtà dell’esame*”: si tratta, evidentemente, di una norma di chiusura, che presuppone il rispetto formale delle regole e dei divieti, ma reprime gli abusi diretti ad aggirarli traendo in inganno, non solo il testimone, ma anche le altre parti o il giudice.

Il controllo del presidente è altresì richiesto per garantire che l’esame, anche a prescindere dal contenuto delle domande, si svolga secondo modalità rispettose della persona (art. 499, comma 4, c.p.p.). In questo caso, non si ha propriamente a che fare con uno specifico divieto, ma l’intervento si risolve ugualmente nell’impedire la domanda, o più precisamente la risposta alla domanda. In aggiunta, il presidente, nell’esercizio dei suoi poteri di direzione dell’udienza, potrà anche indicare alle parti il contegno da tenere per evitare infrazioni alle regole.

Ulteriori divieti si ricavano, poi, dalle norme generali sulla testimonianza: oltre alle domande generiche (artt. 194 e 499, comma 1, c.p.p.), sono vietate le domande sulla moralità dell’imputato (salvo che su fatti specifici idonei a qualificarne la personalità: art. 194, comma 1, c.p.p.) e sulla personalità della persona offesa (a meno che non servano per valutare il fatto dell’imputato: art. 194, comma 2, c.p.p.), nonché

quelle concernenti le voci correnti nel pubblico o che implicino apprezzamenti personali separati dalla narrazione dei fatti (art. 194, comma 3, c.p.p.). Infine non sono consentite le domande aventi ad oggetto dichiarazioni rese dall'imputato o dall'indagato nel corso del procedimento (art. 62 c.p.p.) o fatti appresi da persone depositarie del segreto professionale o di ufficio (art. 195, comma 6, c.p.p.).

Il potere di escludere le domande può essere esercitato d'ufficio, o in seguito all'opposizione di parte prevista dall'art. 504 c.p.p., sulla quale il presidente decide immediatamente, cioè ancor prima che il testimone risponda.

Anche se l'intervento d'ufficio del presidente è previsto espressamente solo dal comma 6 dell'art. 499 c.p.p. (e implicitamente dal comma 4), sempre con riferimento al controllo sullo svolgimento dell'esame, *a fortiori* lo si deve ritenere consentito, anzi doveroso, in tutti i casi in cui una domanda sia vietata dalla legge. Quando una domanda viene ammessa in violazione di uno specifico divieto, la conseguenza non può che essere l'inutilizzabilità della prova, anche in mancanza di opposizione delle parti. L'inutilizzabilità dovrebbe colpire soltanto la singola risposta, salvo verificare, caso per caso, che non ne risulti pregiudicato l'intero esame. Manca un rimedio simmetrico per l'ipotesi che sia stata esclusa, d'ufficio o in accoglimento di un'opposizione, una domanda ammissibile. Ove però l'esclusione si dovesse risolvere in una lesione del contraddittorio, sarebbe riscontrabile una nullità per violazione, rispettivamente, del diritto alla partecipazione del pubblico

ministero o all'intervento delle parti private, ai sensi dell'art. 178 lett. *b* e *c* c.p.p.

Non sembra, viceversa, dare luogo ad inutilizzabilità l'inosservanza delle altre disposizioni, dai confini peraltro comprensibilmente indeterminati, che attribuiscono al presidente i già ricordati poteri di controllo sullo svolgimento dell'esame. Allo stesso modo, del resto, vanno considerate semplici irregolarità tutte le violazioni concernenti le modalità di escussione del testimone, che non siano tali da travolgere la fattispecie procedimentale prevista dalla legge per l'acquisizione della prova.

3.2 Le contestazioni all'esame testimoniale. Analisi storica.

Più volte modificato da contingenze storico-politiche¹⁴¹, l'art. 500 c.p.p. si presenta oggi come il nodo cruciale, la chiave di lettura dell'intero processo penale. Se da un lato, infatti, rappresenta il luogo in cui si incontrano e si confrontano l'attività compiuta durante le indagini preliminari e il procedimento probatorio *in itinere*; dall'altro, questa disposizione proietta nella formazione del materiale probatorio quei principi di contraddittorio, oralità e immediatezza, ora specificamente previsti nella Carta costituzionale e individualizzanti il nostro modello accusatorio.

Dal punto di vista applicativo, lo strumento delle contestazione viene utilizzato dalle parti processuali al fine di mettere in evidenza le

¹⁴¹ “Le varie formulazioni che l'art. 500 c.p.p. ha assunto nel corso di questi primi anni di vita del nuovo codice di procedura penale testimoniano appieno la politicità della disposizione e la sua centralità rispetto alle ideologie del processo penale”, Riccio-Spangher, *La procedura penale*, E.S.I., Napoli, 2002, p. 541.

contraddizioni di un testimone che dichiara circostanze in maniera difforme rispetto alle dichiarazioni rese durante la fase delle indagini preliminari. Ed è proprio sull'uso nonché sul valore che tale discordanza possa acquisire in dibattimento che si è instaurato il *valzer* delle interpretazioni giurisprudenziali e delle modifiche legislative.

La formulazione originaria dell'art. 500 c.p.p. sanciva uno sbarramento netto tra fase investigativa e fase dibattimentale: prevedeva il divieto assoluto di considerare la dichiarazione utilizzata per la contestazione come prova dei fatti in essa affermati, potendo essere valutata dal giudice del dibattimento soltanto per stabilire la credibilità del teste. "In tal modo, la disposizione costituiva il fulcro di un sistema che privilegia la netta distinzione funzionale fra le fasi del processo: la inutilizzabilità fisiologica degli atti di indagine rappresenta la radicale distinzione tra azione e giudizio e, quindi, tra procedimento per l'azione e processo"¹⁴².

Questa disposizione costituiva uno dei pilastri posti a sostegno del principio della formazione orale e dibattimentale della prova. Erano disciplinate due ipotesi distinte: la contestazione senza allegazione e quella con allegazione. La prima (comma 1) prevedeva che, nel corso dell'esame, si potesse contestare e leggere la dichiarazione precedentemente resa dal testimone ed inserita nel fascicolo del pubblico ministero. La dichiarazione contestata non poteva costituire prova dei fatti in precedenza riferiti (e il relativo verbale non era allegabile al fascicolo per il dibattimento), ma era valutabile dal giudice unicamente

¹⁴² Sul punto Riccio-Spangher, *op. cit.*, p. 542.

per stabilire la credibilità della persona esaminata; il giudice, cioè, poteva servirsene, ai fini della decisione, soltanto per ritenere non credibile la difforme dichiarazione resa in dibattimento o addirittura per ritenere inattendibile l'intera deposizione (comma 3). L'eccezione (contestazione con allegazione) era prevista solo per le dichiarazioni assunte dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria nel corso delle perquisizioni ovvero sul luogo o nell'immediatezza del fatto (art. 500, comma 4, c.p.p.), in situazioni, cioè, di particolare e assoluta irripetibilità del contesto storico e ambientale: tali dichiarazioni, ove fossero utilizzate per le contestazioni nel corso dell'esame testimoniale, erano acquisite nel fascicolo per il dibattimento e, una volta lette o specificamente dichiarate utilizzabili, costituivano prova dei fatti in esse asseriti, con conseguente deroga all'oralità ed al contraddittorio in sede di formazione della prova¹⁴³.

La contestazione senza allegazione, che finiva per vulnerare gravemente il principio del libero convincimento, poneva il giudice in una situazione molto difficile: da un lato, non poteva utilizzare come prova la dichiarazione precedente, e, dall'altro, doveva valutare se la deposizione dibattimentale, alla luce della contraddizione riscontrata, fosse o meno credibile. Con la conseguenza che, in non pochi casi, il giudice non poteva utilizzare né la prima dichiarazione (non avente efficacia di prova) né la seconda, astrattamente valida sotto il profilo probatorio ma inficiata di scarsa o nulla credibilità. Quando si trattava di deposizione determinante, eventualmente in processo per gravissimi

¹⁴³ Lozzi, Lezioni di procedura penale, Giappichelli, Torino, 2003 pp. 470 e s.

reati, la ritrattazione dibattimentale, avvenuta magari in seguito a intimidazioni o lusinghe, poteva pregiudicare l'esito del processo stesso.

Successivamente, la Corte Costituzionale¹⁴⁴ ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di questo articolo per irragionevolezza con l'art. 3 Cost., affermando che l'oralità non rappresenta, nella disciplina del codice, il veicolo esclusivo di formazione della prova nel dibattimento e che il relativo principio va contemperato con quello di non dispersione dei mezzi di prova, dopo aver ricordato che fine primario ed ineludibile del processo penale rimane quello della ricerca della verità e avere ribadito la persistente validità del principio del libero convincimento del giudice. Con tale decisione, la Corte ribalta le scelte politiche poste a sostegno del nuovo codice di rito, tratteggiando un sistema completamente diverso da quello originario, nel quale la prova

¹⁴⁴ La Corte, basandosi sul principio di non dispersione dei mezzi di prova, aveva affermato quanto segue: "la norma in esame istituisce una irragionevole regola di esclusione che, non solo può giocare così a vantaggio come a danno dell'imputato, ma è suscettibile di ostacolare la funzione stessa del processo penale, proprio nei casi nei quali si fa più pressante l'esigenza della difesa della società dal delitto, quanto per di più il ricorso all'intimidazione dei testimoni si verifica assai di frequente...Posto che il nuovo codice fa salvo il principio del libero convincimento, inteso come libertà del giudice di valutare la prova secondo il proprio prudente apprezzamento, con l'obbligo di dare conto in motivazione dei criteri adottati e dei risultati conseguiti (art. 192), la norma in esame impone al giudice di contraddire la propria motivata convinzione nel contesto della stessa decisione, in quanto, se la precedente dichiarazione è ritenuta veritiera, e per ciò stesso sufficiente a stabilire l'inattendibilità del teste nella diversa deposizione resa in dibattimento, risulta chiaramente irrazionale che essa, una volta introdotta nel giudizio, entri quindi nel patrimonio di conoscenza del giudice, ed esaminata nel contraddittorio delle parti (con la presenza del teste che rimane comunque sottoposto all'esame incrociato), non possa essere utilmente acquisita al fine della prova dei fatti in essa affermati", Corte cost. 3 giugno 1992 n. 255, in *CP 1992*, 2022, 1073. Gli inevitabili dubbi che sorgevano in relazione al contenuto di questa decisione costituzionali vennero fugati da una successiva pronuncia, in un certo senso interpretativa. Si è detto: "Nella citata decisione la Corte non ha inteso soltanto affermare l'illegittimità di una radicale regola di inutilizzabilità delle dichiarazioni predibattimentali, suscettibile di provocare un concreto sganciamento dalla realtà, ma ha altresì indicato, riferendosi più volte al principio del libero, ma motivato, convincimento del giudice (inteso come libertà del giudice di valutare la prova secondo il proprio prudente apprezzamento, con l'obbligo di dare conto in motivazione dei criteri adottati e dei risultati conseguiti) il corretto criterio per la valutazione di tali dichiarazioni: esse potranno ritenersi preferibili in termini di attendibilità rispetto alle corrispondenti dichiarazioni dibattimentali, solo in presenza di elementi logici ed argomentazioni specifiche che inducano a ritenerle maggiormente aderenti alla verità dei fatti. Queste, in estrema sintesi, le ragioni della sentenza n. 255 del 1992, dalle quali può trarsi un primo dato: dalla citata decisione non è lecito desumere che le dichiarazioni predibattimentali utilizzate per le contestazioni debbano necessariamente, da sole, valere come prova dei fatti in esse affermati, ma semplicemente che anche esse devono poter essere utilizzate al fine dell'accertamento dei fatti, previa, ovviamente, una congrua motivazione sulla loro, ritenuta, maggiore attendibilità", Corte cost., 16 giugno 1994, n. 241, in *CP 1994*, 2880, 1807.

della responsabilità poteva anche prescindere da quello che emergeva dialogicamente nel corso del dibattimento¹⁴⁵.

Con la legge 8 agosto 1992 n. 356 la norma è stata riformulata, con eliminazione della distinzione tra contestazioni senza e con allegazione, e si è tentato di tornare un po' indietro, introducendo nuovamente una differenziazione, sul piano della valenza probatoria, tra dichiarazione dibattimentale e dichiarazione resa durante le indagini e contestata in dibattimento.

L'art. 7 della legge citata, accogliendo legislativamente la soluzione della Corte Costituzionale, ha così modificato il testo dell'art. 500 c.p.p. stravolgendo il fine delle contestazioni. Ed infatti, secondo questa versione, le dichiarazioni utilizzate per la contestazione “sono acquisite nel fascicolo per il dibattimento” quando “sussiste (o meglio: persiste) difformità rispetto al contenuto della deposizione”. Contemporaneamente è stato cancellato il divieto di valutarle come prova dei fatti in essa affermati, anche se il precedente testo dell'art. 500, comma 3, c.p.p. continua a ripetere il criterio (ridotto peraltro ad un ruolo del tutto marginale) che ne consente l'impiego per stabilire la credibilità della persona esaminata.

Quanto al valore probatorio delle dichiarazioni così acquisite si operava una distinzione. La regola voleva che la loro utilizzazione ai fini della decisione fosse subordinata alla sussistenza “di altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità”: occorre cioè i cd riscontri

¹⁴⁵ “E' abbastanza agevole individuare la radicale modifica politica del sistema processuale ottenuta non per effetto di una scelta consapevole del legislatore ma per via giurisprudenziale”, così Riccio-Spangher, *op. cit.*, p. 543.

estrinseci, secondo un principio analogo a quello codificato nell'art. 192, comma 3, c.p.p. per le dichiarazioni del coimputato.

Il legislatore, dunque, ha ritenuto di introdurre una attenuazione della regola estrapolata dalla citata sentenza della Corte Costituzionale, consistente nella piena utilizzabilità come prova delle dichiarazioni usate per la contestazione: esse, da sole, non bastano a costituire prova piena dei fatti attestati ma hanno bisogno di altri elementi di prova, di qualsiasi natura, che le confermino.

L'eccezione, invece, si riscontrava quando il testimone fosse stato intimidito o subornato, quando risultavano "altre situazioni che hanno compromesso la genuinità dell'esame" oppure quando si trattava di dichiarazioni assunte a norma dell'art. 422 c.p.p. nel corso dell'udienza preliminare: in tali situazioni, dal momento che l'attendibilità delle dichiarazioni precedentemente rese dal teste risultava avvalorata dalle pressioni di vario genere cui lo stesso risulta essere stato sottoposto nei primi due casi e dalla garanzia del contraddittorio nel terzo caso, i riscontri non erano necessari e l'accertamento del presupposto era ampiamente discrezionale, andando a confondersi con la conseguente valutazione della prova da parte del giudice¹⁴⁶.

Il mancato integrale rispetto delle indicazioni fornite dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 255 del 1992 ha fatto sorgere ulteriori dubbi di incostituzionalità. La stessa Corte ha però dichiarato non fondata la questione di legittimità dell'art. 500, comma 4, c.p.p. (come modificato dalla legge n. 356 del 1992), nella parte in cui prevedeva la

¹⁴⁶ Si veda D'Andria, *La formazione della prova: metamorfosi del nuovo c.p.p.*, Nuove ricerche, 1996, p. 65.

necessità dei riscontri, osservando che il legislatore discrezionalmente, ma non irragionevolmente, ha inteso codificare un criterio logico-argomentativo in base al quale non è sufficiente un giudizio di attendibilità intrinseca e di superiore dignità logica della dichiarazione utilizzata per la contestazione, per assegnare prevalenza a questa, occorrendo a tal fine che essa sia anche coerente con qualche altro e diverso elemento di prova, nei sensi che sarebbe spettato alla giurisprudenza definire¹⁴⁷.

La Cassazione ha, inoltre, sostenuto che, con l'entrata in vigore della l. n. 356 del 1992, le dichiarazioni contenute nel fascicolo del pubblico ministero ed utilizzate per le contestazioni possono essere acquisite nel fascicolo del dibattimento nella loro interezza e non limitatamente alla parte oggetto della contestazione, tanto più che tale parte si trova già inserita nel fascicolo per il dibattimento proprio per il fatto che è stata utilizzata per la contestazione¹⁴⁸. Infatti, l'integrale acquisizione di tali dichiarazioni risponde all'esigenza di una corretta interpretazione e valutazione del loro contenuto in considerazione della loro contraddittorietà con quanto riferito dai testi in dibattimento¹⁴⁹.

Complessivamente, dunque, tali modifiche avevano in gran parte travolto gli argini frapposti all'irruzione nel dibattimento delle informazioni testimoniali raccolte in altra sede. Del sistema accusatorio restavano soltanto la necessità di un'effettiva escussione orale (imprescindibile, se si voleva procedere alle contestazioni e alla

¹⁴⁷ Corte cost., 16 giugno 1994 n. 241, in *Cass. pen. 1994*, 2389.

¹⁴⁸ Cass., 1 febbraio 1996, Buzzone, in *Cass. pen. 1996*, 2991.

¹⁴⁹ Cass., 3 marzo 1998, Masone, *CED* 210216.

conseguente utilizzazione delle dichiarazioni precedenti) e l'esame diretto ad opera delle parti, correlato alla limitata conoscenza iniziale in capo al giudice degli atti di indagine preliminare¹⁵⁰.

Sia pure con limiti e condizioni, il sistema anteriore alla versione attuale dell'art. 500 c.p.p. era ispirato ad attribuire rilevanza probatoria anche alle dichiarazioni originarie, con evidente contrasto con il testo del 1989, quando si leggeva nell'art. 500 c.p.p. che "la dichiarazione utilizzata per la contestazione, anche se letta dalla parte, non può costituire prova dei fatti in essa affermati. Può essere valutata dal giudice per stabilire la credibilità della persona esaminata". Ed è a questo che il legislatore del 2001 ha inteso richiamarsi ed ha voluto riaffermare nell'ottica di una più pura applicazione del rito accusatorio.

La riscontrata incompatibilità con le disposizioni costituzionali introdotte nell'art. 111 Cost. dalla l. cost. n. 2/99, le quali chiaramente circoscrivono la possibilità di formare la prova senza il contraddittorio ai casi di consenso dell'imputato, di impossibilità oggettiva o di condotta illecita, non ha più legittimato un'utilizzazione così ampia degli atti del pubblico ministero ed ha condotto all'inevitabile ultima modifica dell'art. 500 c.p.p. con l'art. 16 l. 1 marzo 2001 n. 63.

segue. L'attuale disciplina.

¹⁵⁰ Sul punto si veda ancora Riccio-Spangher, *op. cit.*, p. 543. L'autore aggiunge che "la disciplina normativa, frutto del combinato intervento della Corte costituzionale e del legislatore del 1992, è stata sottoposta a dura critica da parte della dottrina, che fondamentalmente non riconosceva la diretta derivazione costituzionale del principio di non dispersione delle prove o non lo giudicava un principio capace di prevalere sul contraddittorio, che di fatto veniva mortificato dalla nuova disciplina".

Secondo l'art. 500, comma 1, c.p.p. la contestazione consiste nel far rilevare la difformità fra la deposizione resa in dibattimento e precedenti dichiarazioni del teste contenute nel fascicolo del pubblico ministero.

Questa disposizione normativa, pur riferendosi solo all'esame testimoniale, ha una portata generale, disciplinando l'esame di ogni fonte orale. L'art. 500 c.p.p., infatti, costituisce l'archetipo delle contestazioni e si applica anche: all'esame dei periti e dei consulenti, in virtù del rinvio operato dall'art. 501, comma 1, c.p.p. alle "disposizioni sull'esame testimoniale, in quanto compatibili"; all'esame delle persone imputate in un procedimento connesso *ex art. 12 c.p.p.* o di un reato collegato a norma dell'art. 371, comma 2, lett. *b*, c.p.p. che non possono assumere la veste di testimoni, in forza della nuova formulazione dell'art. 210, comma 5, c.p.p. che rinvia, tra l'altro, alle disposizioni previste dall'art. 500 c.p.p.; all'esame delle parti, in quanto il nuovo art. 503 c.p.p. riproduce il contenuto dell'art. 500, comma 1, c.p.p., mentre, al comma 4, rinvia all'art. 500, comma 2, c.p.p.

L'istituto della contestazione assume notevole importanza nella dialettica dibattimentale sia perché rappresenta lo strumento in grado di porre in evidenza contraddizioni, lacune, reticenze del teste sia perché, anche se in casi circoscritti, vale ad introdurre una deroga al principio caratteristico del rito accusatorio secondo cui la prova si forma esclusivamente in dibattimento con il contraddittorio fra le parti.

Il meccanismo della contestazione è molto delicato. Il suo corretto funzionamento è affidato al potere di direzione e controllo del presidente, che deve esplicitarsi secondo regole ben delineate dal legislatore.

Innanzitutto la contestazione può avere luogo solo se il testimone abbia già depresso. Non occorre, tuttavia, che egli abbia già esaurito l'intera deposizione, ma basta che abbia depresso sul fatto o sulla circostanza da contestare ed anzi si ritiene quanto mai opportuno che la contestazione avvenga immediatamente su ogni singolo argomento della deposizione. In secondo luogo, la contestazione deve basarsi su dichiarazioni precedentemente rese dallo stesso testimone nel corso delle indagini preliminari o nell'udienza preliminare o anche nell'incidente probatorio. Quest'ultima ipotesi non è espressamente contemplata dalla legge, ma si tratta, in modo evidente, di un caso in cui la legge *minus dixit quam voluit*: non vi è, infatti, alcuna ragione logica né giuridica per escludere dalla possibilità di contestazione proprio quelle dichiarazioni che, per essere state rese in contraddittorio davanti al giudice, offrono maggiori garanzie di attendibilità. Deve ritenersi, invece, per la chiara dizione della legge, che non possono essere contestate le dichiarazioni rese sul punto da altri testi né elementi di prova risultanti *aliunde*.

La norma non pone limitazioni di sorta in ordine alle "dichiarazioni precedentemente rese", sicché sono utilizzabili per le contestazioni tutte le dichiarazioni assunte dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria (direttamente o su delega) ovvero dal giudice in sede di udienza preliminare. su questa linea, in giurisprudenza, si è affermato che, ai sensi dell'art. 500 c.p.p., possono essere utilizzate per contestare

le deposizioni dibattimentali dei testimoni tutte le deposizioni rese nella fase delle indagini preliminari e contenute nel fascicolo del pubblico ministero: fra queste anche le sommarie informazioni assunte dalla polizia giudiziaria¹⁵¹ ai sensi dell'art. 51 c.p.p. E si è precisato che, affinché le deposizioni precedentemente rese alla polizia giudiziaria possano essere utilizzate per le contestazioni, non è necessario che siano state raccolte su delega del pubblico ministero, dal momento che l'art. 500, comma 1, c.p.p. fa generico riferimento alle “dichiarazioni precedentemente rese”, senza prevedere, a differenza dell'art. 513 c.p.p., la delega del pubblico ministero.¹⁵²

L'art. 391-decies, comma 1, c.p.p., introdotto dalla l. 7 dicembre 2000, n. 397, facendo espresso richiamo all'art. 500 c.p.p., ha previsto che le parti (ivi compreso il pubblico ministero) possano utilizzare per le contestazioni anche le dichiarazioni raccolte, secondo le formalità previste dall'art. 391-ter c.p.p., nel corso delle attività investigative svolte dal difensore della persona sottoposta alle indagini o della persona offesa.

Ancora, per quanto riguarda la tipologia delle dichiarazioni contestabili non va dimenticato che l'art. 238, comma 4, c.p.p. consente la contestazione di tutto quanto risulta dai verbali di prove raccolte in altri procedimenti se i verbali stessi, a causa dei limiti posti dal comma 1 dello stesso art. 238 c.p.p., non possano essere acquisiti al fascicolo per il dibattimento.

È sorto il problema se possano formare oggetto di contestazione non solo le dichiarazioni rese dal teste al pubblico ministero e alla polizia

¹⁵¹ Cass., 9 luglio 1998, Capistrano, CED 212042.

¹⁵² Cass. 24 maggio 2000, Curinga, in *Cass. pen* 2001, 2728.

giudiziaria nella fase delle indagini preliminari ma anche quelle contenute in denuncia o querela. La risposta deve essere positiva, giacché quelle contenute nella denuncia o nella querela sono pur sempre dichiarazioni provenienti dal teste e acquisite al fascicolo del pubblico ministero: risponde senza dubbio alla *ratio legis* oltre che alle esigenze di giustizia far rilevare la difformità fra tali dichiarazioni e quelle fatte in dibattimento in qualità di teste dal denunciante o querelante¹⁵³.

Una non troppo recente sentenza della Corte Costituzionale¹⁵⁴, infine, nel dichiarare infondata la questione di legittimità incostituzionale dell'art. 430 c.p.p., ha statuito che le dichiarazioni rese da testimoni davanti al pubblico ministero in sede di attività integrativa di indagine, svolta prima dell'apertura del dibattimento, possono essere utilizzate per le contestazioni ai sensi dell'art. 500 c.p.p.¹⁵⁵ La Corte ha posto in rilievo che requisito essenziale affinché i verbali dell'attività integrativa siano utilizzabili ai fini delle contestazioni è, secondo la disposizione letterale dell'art. 500, comma 1, c.p.p., che essi siano contenuti nel fascicolo del pubblico ministero e, quindi, che le altre parti siano state messe in

¹⁵³ Tale soluzione sembra coerente con una pronuncia della Corte Costituzionale che ha stabilito i limiti di utilizzabilità della querela. Si veda in proposito Corte cost. 21 febbraio 1992 n. 91, nella quale la Corte osserva che l'art. 511, comma 4, c.p.p., disponendo che la lettura della querela è consentita ai soli fini dell'accertamento della condizione di procedibilità, assoggetta la querela stessa a precisi limiti di utilizzazione processuale con esclusivo e specifico riferimento all'istituto delle letture, cioè a quel peculiare veicolo di utilizzazione che si colloca al termine dell'istruzione dibattimentale e che assegna a determinati atti la qualità di "prove", suscettibili di valutazione ai fini del giudizio. Ma ciò non esclude che la querela, fondandosi sulla enunciazione di un fatto previsto dalla legge come reato, costituisca pur sempre un atto dichiarativo del quale il giudice può tenere conto ai fini diversi. Nella specie, la Corte ha ritenuto, in tema di proscioglimento prima del dibattimento ai sensi dell'art. 469 c.p.p., che, se la querela prospetta elementi o circostanze di fatto che rendono sotto qualsiasi profilo dubbia l'estinzione del reato, al giudice è certamente consentito conoscere e utilizzare quegli elementi, al fine di stabilire se, anziché far luogo al proscioglimento anticipato, sia necessario procedere al dibattimento per accertare l'effettiva esistenza della causa estintiva.

¹⁵⁴ Corte cost., 3 aprile 1996 n. 95, in *Cass. pen. 1996*, 2470.

¹⁵⁵ Si vedano anche Cass., 28 marzo 1995, Lo russo, *CED 201772*; Cass., 11 aprile 2001, Tulli, *CED 219699*; Cass., 27 ottobre 1997, Carelli, *CED 208937*; Cass., 27 ottobre 1995, Guarneri, in *Dir. e proc. pen. 1995*, p. 1382. Sulla stessa linea Cass., 2 dicembre 1998, Caronfolo, in *Cass. pen. 2000*, 1759 con nota di Massari e 2384 con nota di Oriani.

condizione di prenderne in visione, in modo da poter formulare anche esse, al pari del pubblico ministero, contestazioni fondate sugli stessi atti. L'eventuale attività di indagine svolta dal pubblico ministero dopo l'apertura del dibattimento può, invece, condurre soltanto alla richiesta, rivolta al giudice *ex art. 507 c.p.p.*, di assumere le relative prove in dibattimento, in condizioni di assoluta parità con le altre parti processuali e con esclusione della possibilità per il pubblico ministero di avvalersene ai fini della contestazione¹⁵⁶.

L'esercizio della facoltà di astensione dal testimoniare da parte del prossimo congiunto dell'imputato preclude al pubblico ministero la possibilità di introdurre nel processo l'originaria dichiarazione resa davanti alla polizia giudiziaria o allo stesso pubblico ministero (da parte del prossimo congiunto che in quella sede non abbia esercitato la stessa facoltà); e non può trovare applicazione l'art. 500 c.p.p., in quanto tale norma presuppone che le contestazioni si rivolgano ad un testimone che abbia deposto e non anche ad un testimone che si sia astenuto dal deporre¹⁵⁷.

Si è, poi, sostenuto che il regime delle contestazioni è applicabile anche alla ricognizione, in quanto la stessa costituisce pur sempre una deposizione, sia pure riproduttiva di una percezione visiva¹⁵⁸. Si è detto, inoltre, che non sussiste alcun divieto di documentazione e di utilizzazione dei risultati dell'individuazione di persone e di cose operata

¹⁵⁶ S veda a riguardo Cass., 10 febbraio 1994, n. 1708, Morgante. Dal punto di vista dottrinale si confronti l'orientamento di Frigo, in *Commento Chiavario*, IV, 707 e di Dominioni, *Chiusura delle indagini preliminari e udienza preliminare*, in Aa.Vv., *Il nuovo processo penale*, Giuffrè, 1989, p. 68

¹⁵⁷ Cass., 16 febbraio 1994, Grandinetti, CED 198476. Sulla possibilità di applicare in tal caso l'art. 512 c.p.p., si vedano le sentenze della Corte cost. n. 179 del 1994 e n. 440 del 2000.

¹⁵⁸ Cass., 25 settembre 1995, Casula, in *Cass. pen. 1996*, 2703.

dal pubblico ministero per l'immediata prosecuzione delle indagini: conseguentemente, i risultati di detta attività, inseriti ne fascicolo del pubblico ministero, integrando nella sostanza sommarie informazioni assunte dallo stesso organo dell'accusa, possono essere introdotte nell'istruzione dibattimentale con la procedura delle contestazioni nell'esame testimoniale¹⁵⁹. E possono essere utilizzati anche gli atti di individuazione fotografica o personale compiuti dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria in quanto essi, pur implicando attività strumentali necessarie per l'esecuzione della ricognizione, costituiscono pur sempre, nella sostanza, dichiarazioni rese da testi per l'identificazione di persone o cose¹⁶⁰. Analogamente, si è affermato che il riconoscimento della voce effettuato in sede investigativa può essere legittimamente valutato a fine di contestazione nel corso del dibattimento¹⁶¹. In dottrina molti Autori hanno criticato l'orientamento giurisprudenziale incline ad ammettere l'utilizzabilità dei suddetti ultimi atti ai fini delle contestazioni, facendo rilevare che ciò è in contrasto con la lettera dell'art. 361 c.p.p., secondo cui l'individuazione ha una destinazione squisitamente investigativa per l'immediata prosecuzione delle indagini¹⁶².

Se, assieme al contraddittorio, l'oralità ed l'immediatezza sono esigenze imprescindibili del nuovo processo penale, è agevole intendere perché il legislatore abbia voluto ridurre i casi di prove precostituite,

¹⁵⁹ Cass., 11 agosto 1993, Beltrame, in *Arch. n. proc. pen.* 1994, p. 111.

¹⁶⁰ Cass., 15 giugno 1994, Sannino, in *Cass. pen.* 1996, 191 con nota di Molinari; Cass., 3 giugno 1999, De Angelis, in *Guida al diritto* 1999, n. 34, p. 100; Cass., 6 aprile 2000, La Vardera, in *Cass. pen.* 2001, 1879.

¹⁶¹ Cass., 27 ottobre 1995, Megna, *CED* 203906.

¹⁶² Per tutti Triggiani, *La ricognizione personale: struttura ed efficacia*, in *Riv. it. di dir. e proc. pen.* 1996, p. 728

quelle cioè assunte al di fuori del dibattimento: vale quello che il testimone dice in udienza nel corso del dibattimento, con le risposte che egli dà alle domande in sede di esame e controesame ed in presenza del giudice. Nello stesso tempo non si può ignorare che si arriva al processo dopo una serie di atti che costituiscono la fase investigativa e che hanno il merito di aver formato il presupposto, la base conoscitiva della vicenda: l'imputazione, anello di congiunzione fra le due fasi disomogenee.

Alla luce di quanto asserito, il nuovo art. 500 c.p.p. si presenta come punto di equilibrio fra le contrapposte esigenze di non disperdere le conoscenze acquisite durante le indagini preliminari e di formare una prova interamente nel dibattimento. Vero è che ciascun atto produce effetti endoprocessuali per la singola fase, ma è altrettanto vero che certe dichiarazioni sono state rese e costituiscono un dato storico, del quale si può limitare o condizionare l'efficacia probatoria, ma che non può essere annullato da ciò che viene detto in dibattimento.

E, dunque, come già precedentemente evidenziato, l'istituto in oggetto ha come presupposto che vi sia una difformità tra il contenuto della deposizione resa dal testimone in dibattimento e le dichiarazioni rese in precedenza. Questa difformità può essere totale oppure parziale, cioè dovuta ad un diverso grado di completezza nella descrizione del fatto¹⁶³, e deve essere riferita ad una precedente dichiarazione dello stesso testimone. Ancora, la disciplina presuppone che la contestazione faccia seguito alla deposizione resa in dibattimento, in modo che, nel

¹⁶³ Sammarco, *Considerazioni sul riscontro delle dichiarazioni testimoniali oggetto di contestazione*, in *Cass. pen.* 1995, 2020.

pieno rispetto della funzione stessa, l'istituto non diventi una acritica conferma dibattimentale delle dichiarazioni precedentemente rese dal testimone: in tal modo non potrà verificarsi la possibilità di richiedere alla persona esaminata di confermare una dichiarazione resa durante le indagini che la stessa non abbia ribadito in dibattimento¹⁶⁴.

Concretamente, quindi, la contestazione avviene con il dare lettura al testimone, dopo che egli ha reso la deposizione, di quanto aveva riferito in precedenza, e tale lettura deve avvenire in modo completo, non per sintesi del precedente, e con riferimento al fatto specifico di cui si discute. Non deve però essere l'espedito per far pervenire al testimone l'*input* per ulteriori e diverse dichiarazioni, nemmeno per sollecitarne la memoria.

La contestazione presuppone due contenuti sullo stesso oggetto, ed è in questa fase che deve attuarsi la lealtà processuale delle parti e la diligenza del controllo del giudice. Quest'ultimo deve vigilare sulla correttezza delle contestazioni, ma non può egli stesso servirsi di questo istituto, che ha una spiccata connotazione di parte: in base al nuovo testo dell'art. 499, comma 6, c.p.p., può ordinare, esclusivamente al fine di dirimere gli eventuali contrasti sorti tra le parti¹⁶⁵, la esibizione del verbale nella parte in cui le dichiarazioni sono state utilizzate per la contestazione, e potrà intervenire sul teste, non solo ricordandogli che si è impegnato a dire la verità, ma anche per renderlo edotto della

¹⁶⁴ Sul punto cfr. Amato – D'Andria, *Organizzazione e funzioni della polizia giudiziaria nel nuovo c.p.p.*, Giuffrè, 1990, p. 232.

¹⁶⁵ Si veda Corbetta, *Principio del contraddittorio e disciplina delle contestazioni nell'esame dibattimentale*, in *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova*, a cura di Tonini, Cedam, 2001, p. 466

situazione che si sta affrontando, fornendogli chiarimenti ed invitandolo a spiegare le ragioni del contrasto e a dirimerlo.

Chiarita la procedura delle contestazioni l'interprete si trova dinanzi al fine precipuo di questa: constatare la credibilità del teste. Il problema non si pone quando il testimone modifica la dichiarazione dibattimentale per affermare la verità della precedente, perché in tal caso non si può parlare più di precedente difforme, e tutto si risolve nell'attribuire rilevanza alle "nuove" dichiarazioni rese in dibattimento. Tutto diviene rilevante se permane il contrasto, anche se parziale, perché allora l'interprete si pone un duplice problema: se le precedenti dichiarazioni lette possono essere allegate al fascicolo per il dibattimento e quale è il rapporto di forza probatoria fra le opposte dichiarazioni. Rispetto a questi interrogativi, l'attuale art. 500 c.p.p., da un lato, esclude che il verbale delle dichiarazioni precedenti possa essere acquisito agli atti del dibattimento, e, dall'altro, afferma che "le dichiarazioni lette per le contestazioni possono essere valutate ai fini della credibilità del teste".

In dottrina si è sottolineato che il comma 2 dell'art. 500 c.p.p. è una norma fondamentale perché pone la regola di esclusione di utilizzabilità in dibattimento degli atti delle indagini preliminari e costituisce la principale enunciazione del principio di separazione delle fasi. La norma, nel suo testo originario, vietava esplicitamente l'utilizzazione delle dichiarazioni predibattimentali per la prova dei fatti in esse affermati. Tale espresso divieto era già stato eliminato dalla legge del 1992 e non è stato riprodotto nel testo attuale, che si limita ad

abilitare il giudice ad utilizzare quelle dichiarazioni per stabilire la credibilità di chi le rilascia.

La norma, però, ha un senso solo in quanto implicitamente ne escluda ancora ogni altra utilizzabilità non espressamente prevista. Oggi, tanto più dopo la consacrazione costituzionale del principio del contraddittorio nella formazione della prova, deve quindi affermarsi che di regola, a seguito della contestazione, il giudice può utilizzare l'atto proveniente dal fascicolo del pubblico ministero solo per valutare, eventualmente anche in senso negativo, la credibilità della dichiarazione dibattimentale¹⁶⁶.

Il mancato inserimento del verbale investigativo nel fascicolo per il dibattimento acquista una connotazione secondaria nel momento in cui di esso si è dato lettura per procedere alla contestazione. Anche se indirettamente, quelle dichiarazioni fanno parte non solo del patrimonio conoscitivo del giudice, ma anche del verbale di udienza, cosicché permarrrebbe sempre il problema della loro utilizzabilità. Tuttavia la risposta della norma è chiara e lineare: vale ciò che viene detto in dibattimento e quanto in contrario si disse in precedenza può essere utilizzato al massimo per non credere alla dichiarazione dibattimentale. Viene così ripristinata la regola dell'esclusione probatoria che era affermata nella originaria versione dell'art. 500 c.p.p.: il precedente difforme non potrà essere acquisito al fascicolo per il dibattimento e, dunque, non potrà nemmeno essere utilizzato dal giudice per la decisione, ma avrà l'eventuale effetto di paralizzare l'efficacia probatoria

¹⁶⁶ Nappi, *Guida al c.p.p.*, Giuffrè, 2004, p. 124.

delle dichiarazioni rese dal testimone in dibattimento, se non supportate da altri elementi.

Le dichiarazioni rese al pubblico ministero, alla polizia giudiziaria o ai difensori sono acquisite al fascicolo per il dibattimento perché siano valutate anche come prova dei fatti in esse affermati in soli due casi: quando, anche per le circostanze emerse nel dibattimento, vi sono elementi concreti per ritenere che il testimone è stato sottoposto a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità, affinché non deponga o deponga il falso (art. 500, comma 4, c.p.p.); oppure se le parti vi consentano (comma 7).

Le dichiarazioni assunte dal giudice nell'udienza preliminare a norma dell'art. 422 c.p.p., invece, sono acquisite al fascicolo per il dibattimento a richiesta di parte e sono valutate ai fini della prova, ma solo nei confronti delle parti che hanno partecipato alla loro assunzione (comma 6); nei confronti delle altre parti sono valutabili come prova solo se ricorrano le condizioni previste dal comma 4 dello stesso art. 500 c.p.p.

Una deroga al principio di separazione delle fasi, pertanto, può essere giustificata non solo dal consenso delle parti o dal rispetto del contraddittorio, ma anche dalla accertata degenerazione del contesto di acquisizione dibattimentale della prova, che rende non più genuinamente ripetibile la dichiarazione pregressa¹⁶⁷ e rilevante il fatto stesso che essa sia stata resa, salva, comunque, ogni valutazione sulla sua attendibilità¹⁶⁸.

¹⁶⁷ Rivello, in *Secondo aggiornamento Chiavario*, p. 252.

¹⁶⁸ Nappi, *op. cit.*, p. 126.

La Cassazione ha precisato¹⁶⁹ che, al fine di valutare le dichiarazioni acquisite a seguito delle contestazioni come prova dei fatti in esse affermati, allorquando risultino situazioni che hanno compromesso la genuinità dell'esame testimoniale, non è richiesto che tale compromissione derivi necessariamente da un fatto attribuibile all'imputato: qualunque situazione, desumibile persino dalle stesse modalità della deposizione, può essere liberamente apprezzata dal giudice che è soltanto tenuto ad esternare il suo convincimento con motivazione esente da vizi logici.

A seguito delle modifiche apportate dalla legge n. 63 del 2001, diversi giudici di merito hanno eccepito l'incostituzionalità dell'art. 500, commi 2 e 7, c.p.p., nella parte in cui non si prevede che le dichiarazioni utilizzate per le contestazioni e valutate ai fini della credibilità del teste, possano essere acquisite e valutate anche come prova dei fatti in esse affermati, se sussistono altri elementi di prova che ne confermino l'attendibilità. Secondo i giudici rimettenti, la norma darebbe luogo, richiamando la disciplina così come modificata nel 1992, ad una elusione del principio di non dispersione dei mezzi di prova, individuato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 255 del 1992 e ancora in linea con il vigente quadro costituzionale; e comporterebbe, inoltre, la violazione dei principi di ragionevolezza, della garanzia giurisdizionali dei diritti e della obbligatorietà e della indisponibilità dell'azione penale nonché la vanificazione dell'obbligo di motivazione e del principio del libero convincimento del giudice.

¹⁶⁹ Cass., 18 giugno 1993, Mezzapelle, in *Cass. pen. 1995*, 369.

La Corte Costituzionale ha dichiarato¹⁷⁰ le questioni manifestamente infondate, osservando preliminarmente che “l’art. 111 Cost. ha espressamente attribuito risalto costituzionale al principio del contraddittorio, anche nella prospettiva della impermeabilità del processo, quanto alla formazione della prova, rispetto al materiale raccolto in assenza della dialettica tra le parti”, sicché “appare del tutto coerente la previsione di istituti che mirino a preservare la fase del dibattimento, nella quale assumono valore paradigmatico i principi della oralità e del contraddittorio, da contaminazioni probatorie fondate su atti unilateralmente raccolti nel corso delle indagini preliminari”. La Corte ha poi affermato che il regime di esclusione probatoria, previsto dall’art. 500 c.p.p. (come frutto di una precisa scelta del legislatore in attuazione dei principi sanciti nell’art. 111 Cost.) non determina alcuna lesione dei parametri costituzionale richiamati dai rimettenti: il diritto di azione pubblica e privata e il diritto di difesa, infatti, non possono ritenersi lesi da limitazioni che si configurano come la naturale e coerente conseguenza di scelte sistematiche, in linea con i principi costituzionali; il libero convincimento del giudice, inoltre, non può che riferirsi alle prove legittimamente formate ed acquisite; e i limiti probatori relativi alle dichiarazioni lette per le contestazioni non incidono affatto sulla coerenza intrinseca della motivazione, poiché altrimenti qualsiasi divieto probatorio violerebbe il principio della motivazione laddove la prova esclusa fosse apparsa convincente per il giudice. “Si spiega, dunque, l’esigenza di impedire che l’istituto delle contestazioni – proprio perché

¹⁷⁰ C. cost., 26 febbraio 2002 n. 36, in *Cass. pen. 2002*, 1936, con note di Fanuele e Inzerillo.

configurato quale veicolo tecnico di utilizzazione processuale di dichiarazioni raccolte prima e al di fuori del contraddittorio – si atteggi alla stregua di meccanismo di acquisizione illimitato ed incondizionato di quelle dichiarazioni; esigenza, questa, che la composita disciplina dettata dall’art. 500 del codice di rito ha soddisfatto con la attuale formulazione, prevedendo, da un lato, un parametro di valutazione oggettivamente circoscritto delle dichiarazioni lette per le contestazioni, e, dall’altro, ipotesi di eccezionale utilizzabilità *pleno iure*, tutte caratterizzate dalla esigenza di permettere la più ampia facoltà di prova, senza però compromettere i principi di cui si è detto”.

La violazione dell’art. 500 c.p.p. e, in particolare, il non consentire al difensore dell’imputato di procedere alle contestazioni dell’esame testimoniale realizza un’ipotesi di nullità di ordine generale, a norma dell’art. 178, lett. c, c.p.p. in quanto comporta una lesione del diritto di difesa. Tale nullità, peraltro, in quanto non rientrante tra le ipotesi di cui al successivo art. 179 c.p.p., deve ritenersi a regime intermedio e pertanto sanabile per effetto della mancata eccezione di parte, cosicché in caso di intempestività di quest’ultima, la deduzione effettuata nei motivi di appello non può valere.

La suddetta violazione dell’art. 500 c.p.p., d’altra parte, non può essere presa in considerazione sotto il profilo della inutilizzabilità della prova. Tale sanzione, infatti, ai sensi dell’art. 191 c.p.p., trova applicazione solo quando un elemento probatorio sia assunto “in violazione dei divieti stabiliti dalla legge” e non quando l’assunzione, pur consentita, venga effettuata senza l’osservanza delle prescritte formalità,

potendo trovare applicazione in tale ipotesi solo il diverso istituto della nullità. Detta violazione, infine, non può essere denunciata sotto il profilo della mancata assunzione di prova decisiva richiesta ai sensi dell'art. 495, comma 2, c.p.p. Il richiamo a tale ultimo comma contenuto nell'art. 606, comma 1, lett. *d*, c.p.p. dimostra all'evidenza che il relativo vizio può essere dedotto solo con riferimento ad ipotesi di mancato esperimento del mezzo istruttorio invocato e non già per inosservanza delle prescritte modalità nel corso dell'esperimento stesso. L'autonomo motivo di ricorso di cui alla citata disposizione ha cioè riguardo a violazione in radice del diritto alla prova e non attiene invece all'esplicazione di tale diritto nella formazione del mezzo¹⁷¹.

3.3 segue. Il regime delle contestazioni nell'esame delle parti.

Mentre sul versante del modo di acquisizione l'esame delle parti private è quasi sovrapponibile a quella relativa all'esame testimoniale, tanto da richiamare, al comma 2 dell'art. 503 c.p.p., le regole dell'esame incrociato, il quadro attinente all'efficacia nonché al peso del "precedente difforme" diverge in modo considerevole nella disciplina dettata dall'art. 503 c.p.p.

Nell'esame delle parti, se nulla muta per quanto attiene al regime di utilizzabilità in linea generale visto che l'art. 503, comma 4, c.p.p. richiama in quanto applicabile la regola dell'art. 500, comma 2, c.p.p. che consente alle dichiarazioni precedentemente rese solo la limitata capacità di supportare la valutazione di credibilità del dichiarante, invece, le

¹⁷¹ Si veda Cass., 31 maggio 1995, Saporiti, in *Cass. pen. 1996*, 2613, con nota di Potetti.

dichiarazioni con diritto di assistenza difensiva, assunte dal pubblico ministero (o dalla polizia giudiziaria dallo stesso delegata o dal giudice nel corso degli interrogatori esperibili durante le indagini e all'udienza preliminare), utilizzate per le contestazioni e acquisite nel fascicolo per il dibattimento, ai sensi del comma 5 dell'art. 503 c.p.p., assumono piena efficacia probatoria al fine dell'accertamento dei fatti¹⁷².

L'art. 503 c.p.p. non è stato colpito da pronunce di incostituzionalità, ma ha subito anch'esso modifiche legislative.

La prima innovazione, ad opera della legge n. 356 del 1992, ha riguardato il comma 5 che nella sua originaria formulazione, prevedeva che le dichiarazioni assunte dal pubblico ministero, con diritto di assistenza difensiva, potessero essere acquisite nel fascicolo dibattimentale, dopo essere state utilizzate per le contestazioni. Questa possibilità di utilizzazione e di acquisizione è stata estesa alle dichiarazioni assunte dalla polizia giudiziaria su delega del pubblico ministero.

La legge n. 63 del 2001 ha, poi, modificato il comma 4 dell'art. 503 c.p.p., affermando l'applicabilità del comma 2, anziché del comma 3, dell'art. 500 c.p.p. (articolo interamente sostituito dalla stessa legge). In dottrina si è però precisato che si tratta di una diversità solo formale, perché il contenuto dell'art. 500, comma 3, c.p.p. previgente è identico a quello del nuovo art. 500, comma 2, c.p.p.

All'esame delle parti, pertanto, si applica la disciplina prevista per l'esame del testimone, con un'importante eccezione. L'art. 503, comma

¹⁷² Cass., 21 ottobre 1998, Maraffi, in *Arch. n. proc. pen.* 1999, p. 651; Cass., 7 maggio 1992, Meconi, in *Giur. it.* 1994, II, p. 454, con nota di Lambertucci.

5, c.p.p., infatti, mantiene ferma la regola secondo cui il precedente difforme è acquisito al fascicolo per il dibattimento e, quindi, può essere utilizzato ai fini decisorii, se si tratta di “dichiarazioni alle quali il difensore aveva il diritto di assistere”. In altri termini, nell’esame delle parti non trova applicazione la regola di esclusione probatoria dettata dall’art. 500 c.p.p., trattandosi di lettura-contestazione con acquisizione. Il legislatore non ha ritenuto, quindi, che l’utilizzo solo in chiave critica dei precedenti difformi fosse costituzionalmente imposto¹⁷³.

La diversa impostazione si basa sul presupposto che “le dichiarazioni *de qua* sono rese dall’imputato alla presenza del difensore, in una condizione, quindi, di massima garanzia e trasparenza”¹⁷⁴. Tuttavia si è opportunamente ammesso e rimarcato che, nonostante la previsione della partecipazione del difensore all’assunzione dell’interrogatorio, si tratta di una prova acquisita in assenza di un contraddittorio effettivo, in quanto il difensore, non potendo interloquire, riveste un ruolo meramente passivo e quindi non partecipa concretamente al procedimento di formazione dell’atto¹⁷⁵.

Al fine precipuo di strutturare e scandire i tempi della disciplina in esame, si è affermato, in giurisprudenza, che le dichiarazioni contenute nel fascicolo del pubblico ministero ed utilizzate per le contestazioni possono essere acquisite nel fascicolo del dibattimento nella loro interezza e non limitatamente alla parte oggetto della contestazione, tanto

¹⁷³ Sul punto Corbetta, *op. cit.*, pp. 491 e ss.

¹⁷⁴ Cfr. Riccio-Spangher, *op. cit.*, p. 546. L’Autore aggiunge, però, che “la giusta osservazione non coglie la ragione essenziale del divieto probatorio generalmente previsto dagli artt. 500, comma 2, e 503, comma 4, c.p.p. che riguarda le modalità di formazione del dato e il rispetto del metodo dialogico: non può avere valenza probatoria piena un dato formato in modo unilaterale, al di fuori del contraddittorio”.

¹⁷⁵ Buzzelli, *Il contributo dell’imputato alla ricostruzione del fatto*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1990, p. 905.

più che tale parte si trova già inserita nel fascicolo del dibattimento proprio per il fatto che è stata utilizzata per la contestazione. Infatti, l'integrale acquisizione di tali dichiarazioni risponde all'esigenza di una corretta interpretazione e valutazione del loro contenuto in considerazione della loro contraddittorietà con quanto riferito dai testi in dibattimento¹⁷⁶. Si è anche sostenuto che i verbali degli interrogatori resi dall'imputato al pubblico ministero ed al giudice per indagini preliminari possono essere acquisiti integralmente al fascicolo processuale *ex art.* 503 c.p.p. qualora, per l'elevato numero di contestazioni mosse all'imputato nel corso dell'esame dibattimentale, sia impossibile l'individuazione delle frasi non oggetto delle contestazioni stesse¹⁷⁷.

Infine, il comma 6 dell'art. 503 c.p.p. estende la disciplina dettata dal comma 5 alle dichiarazioni rese a norma degli artt. 294, 299 comma 3-ter, 391 e 422 c.p.p. E' possibile, quindi, utilizzare per le contestazioni, con conseguente piena efficacia probatoria, le dichiarazioni rese dall'imputato nell'interrogatorio disposto dopo l'applicazione di una misura cautelare personale o prima della decisione sulla revoca o sostituzione della misura stessa, nell'udienza di convalida dell'arresto o del fermo e nell'interrogatorio in sede di udienza preliminare. In dottrina si è osservato che in tale elencazione andrebbe incluso anche l'interrogatorio reso dall'imputato, su sua richiesta, nell'udienza preliminare ai sensi dell'art. 421, comma 2, c.p.p., tenuto conto del suo carattere di specialità rispetto a quello *ex art.* 422 c.p.p. e considerato che

¹⁷⁶ Cass., 3 marzo 1998, Masone, in *Cass. pen.* 1999, 2231.

¹⁷⁷ Nella specie la Corte ha rilevato come, per lo più, la difesa non avesse affatto individuato e denunciato nel ricorso, quali parti dei verbali dovessero essere espunte. Cass., 23 giugno 1993, Medori, in *Cass. pen.* 1994, 3031.

l'art. 513, comma 1, c.p.p., nel prevedere l'acquisizione delle dichiarazioni rese dall'imputato nell'udienza preliminare, non fa alcuna distinzione tra le due ipotesi di interrogatorio¹⁷⁸.

Per quanto concerne gli altri atti utilizzabili per le contestazioni, la giurisprudenza sembra orientata a porre qualche limite rispetto alla disciplina generale. In particolare si è sottolineato¹⁷⁹ che, dopo la sentenza costituzionale n. 259 del 1991 che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 350, comma 7, c.p.p. limitatamente all'inciso "salvo quanto previsto dall'art. 503 comma 3", a seguito della riformulazione di tale precetto ad opera della legge n. 356 del 1992, nel senso che delle dichiarazioni spontanee rese dalla persona nei cui confronti vengono svolte le indagini non è consentita l'utilizzazione in dibattimento (non più agli effetti del giudizio) salvo quanto previsto dall'art. 503, comma 3, c.p.p., le dette dichiarazioni sono utilizzabili nel dibattimento purché di esse ci si sia serviti per le contestazioni.

Tali dichiarazioni (al pari delle sommarie informazioni rese ai sensi dell'art. 350, comma 1, c.p.p.), pertanto, possono essere utilizzate esclusivamente per verificare la credibilità della persona che le ha rese, senza essere acquisite al fascicolo per il dibattimento, in quanto non rientrano tra le ipotesi previste dal comma 5 dello stesso art. 503 c.p.p.¹⁸⁰ Tuttavia le dichiarazioni rese spontaneamente alla polizia dall'indagato ai sensi dell'art. 350, comma 7, c.p.p. sono utilizzabili per le contestazioni

¹⁷⁸ Rivello, *Con l'applicazione della cross-examination le letture tagliano il traguardo del giudizio*, in *Guida dir.* 1997, n. 32, p. 85

¹⁷⁹ Cass., 5 febbraio 1993, Maggioni, in *Riv. pen.* 1994, p. 44; Cass., 1 marzo 1994, Bonammo, in *Cass. pen.* 1996, 1491.

¹⁸⁰ Sul punto, Catalano, *Riflessione breve sul regime di utilizzabilità delle dichiarazioni spontanee*, in *Cass. pen.* 1996, 1234.

solo se documentate mediante verbale ai sensi dell'art. 357, comma 2, lett. *b*, c.p.p.; viceversa, se le dichiarazioni sono trasfuse in una nota informativa della polizia giudiziaria, non sono suscettibili di alcuna utilizzazione dibattimentale¹⁸¹.

Ai sensi dell'art. 350, comma 6, c.p.p., è vietata non solo la documentazione ma anche l'utilizzazione in sede processuale delle notizie e delle indicazioni assunte senza l'assistenza del difensore sul luogo o nell'immediatezza del fatto¹⁸²; quelle dichiarazioni potranno essere usate per le contestazioni a norma dell'art. 503, comma 2, c.p.p., solo a condizione che l'indagato sia stato ascoltato con l'osservanza delle garanzie difensive¹⁸³.

Analogamente a quanto precedentemente asserito per l'esame testimoniale, si è posto il problema se tra le dichiarazioni utilizzabili per le contestazioni si debbano comprendere anche quelle contenute nel fascicolo della difesa che, con la chiusura delle indagini, viene allegato al fascicolo del pubblico ministero. Si è sostenuto in dottrina che la soluzione negativa può essere desunta dal dato letterale, posto che l'art. 391-decies c.p.p., nel disciplinare i casi di utilizzazione delle dichiarazioni inserite nel fascicolo del difensore, menziona espressamente gli artt. 500, 512 e 513 c.p.p. e non anche l'art. 503 c.p.p.; e tenuto conto, altresì, che alle dichiarazioni assunte dal difensore non potrebbe neppure applicarsi la disciplina prevista dai commi 5 e 6

¹⁸¹ Cass., 27 marzo 1993, Modafferi, in *Cass. pen. 1994*, 1884.

¹⁸² Cass., 1 marzo 1994, Bonammo, *op. cit.*

¹⁸³ Cass. 5 marzo 1997, Monopoli, *CED* 208095.

dell'art. 503 c.p.p., dato che, nell'elenco dei soggetti che quelle dichiarazioni debbono aver assunto, non è incluso il difensore¹⁸⁴.

¹⁸⁴ Piziali, *Utilizzo dei risultati delle indagini*, in *Dir. pen. e proc.* 2001, p. 289.

BIBLIOGRAFIA.

AA.VV., *La prova nel dibattimento penale*, Giappichelli editore, Torino, 1999;

AMODIO – DOMINIONI, *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, Giuffrè, 1989;

AMODIO, *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.*, 1973;

AMODIO, *Libero convincimento e tassatività dei mezzi di prova: un approccio normativo*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1999;

BALSAMO – LO PIPARO, *La Prova “per sentito dire”*, Giuffrè editore, 2004;

BARGI A., *Procedimento probatorio e giusto processo*, Jovene Editore;

BASSI, *Principio dispositivo e principio di ricerca della verità materiale: due realtà di fondo del nuovo processo penale*, in *Cass. Pen.* 1993;

BRUNO P., *Informatori di polizia*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. VII, Utet, Torino, 1993

CALAMANDREI, *Art. 195 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, Utet, vol. II

CARPONI SCHITTAR D., *Esame diretto e controesame nel processo accusatorio*, CEDAM, 1989;

CHIAVARIO, *Processo e garanzia della persona*, Giuffrè Editore, Milano 1982;

CIANI, *Le nuove disposizioni sul giudizio*, in AA.VV, *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, a cura di Pedroni, Cedam, 2000;

CORDERO F., *Procedura Penale*, Sesta edizione, Giuffrè editore, 2003;

CONSO – GREVI, *Compendio di procedura penale*, CEDAM;

DALIA – FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, CEDAM, 2001;

DE CATALDO NEUBURGER L., *Esame e controesame nel processo penale*, Diritto e Psicologia, CEDAM, 2000;

DE CARO A., *Poteri probatori del giudice e diritto alla prova*, Edizioni Scientifiche italiane;

DI MARTINO – PROCACCIANTI, *La prova testimoniale nel processo penale*, CEDAM;

DI PALMA, *Art. 495 comma 2 c.p.p. e perizia quale presunto mezzo di prova “neutro”*, in *Cass. pen.*, 1995;

FERRUA, *I poteri probatori del giudice dibattimentale*, Studi sul processo penale. III. Declino del contraddittorio e garantismo reattivo, Giappichelli editore;

GIARDA – SPANGHER, *Codice di procedura penale commentato*, Ipsoa;

GIOSTRA, *Contraddittorio (Principio del) diritto processuale penale*, in *Enc. Giur. Treccani*;

GRILLI L., *Il Dibattimento penale*, CEDAM, 2003;

GULOTTA G., *La investigazione e la cross examination*, Giuffrè editore, 2003;

ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, Bologna 1979;

LATTANZI – LUPO, *Codice di procedura penale*, Giuffrè editore, Milano, 2003;

LIBERINI, *L'onere di produrre documenti nel dibattimento e il principio di acquisizione processuale*, in *Cass. pen.* 1994;

MANZIONE, *Commento agli artt. 506 e 507*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Chiavario, Torino, 1995;

NAPPI, *Guida al Codice di Procedura Penale*, Giuffrè, Milano, 2001;

NAPPI, *La prova documentale e i limiti del contraddittorio*, in *Cass. Pen.*, 2002;

PAPA M., *Contributo allo studio delle Rules of evidence nel processo penale statunitense*, *Ind. Pen.*, 1987;

PLOTINO, *Il dibattimento nel nuovo codice di procedura penale*, Giuffrè, 1994;

RICCIO – SPANGHER, *La Procedura Penale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2002;

RICCIO G., voce *Emergenza*, in *Dizionario di diritto e procedura penale*, Milano; 1986;

RICCIO G., *Ideologie e modelli del processo penale*, E. S. I., 1995;

RICCIO, DE CARO, MAROTTA, *Principi costituzionali e riforma della procedura penale*, E. S. I. 2001;

SIRACUSANO, *Diritto processuale penale*, Giuffrè, 2003;

STONE MARCUS, *La cross examination*, ed. italiana a cura di Amodio E., Giuffrè editore, 1990;

TARUFFO M., *La prove dei fatti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1992;

TONINI P., *Lineamenti di Diritto Processuale Penale*, Giuffrè editore;

TONINI P., *La prova penale*, quarta edizione, CEDAM.