

Prova (sagoma e sistema)

SOMMARIO: 1. Nomi e generi. – 2. *Ancien régime*. – 3. Modello vigente. – 4. Legalità. – 5. Convincimento “meno libero”: divieti d’uso e norme di esclusione. – 6. (Segue) Criteri di valutazione, linee guida, regole di giudizio. – 7. Una didascalia: mezzi di prova e mezzi di ricerca della prova. – 8. Prove e indagini. – 9. Estensione del Libro Terzo. – 10. Oggetto di prova. – 11. Autodeterminazione della fonte. – 12. Prova atipica. – 13. (Segue) Limiti e condizioni. – 14. Procedimento probatorio. – 15. Ammissibilità - 16. (Segue) “Doppio binario”. – 17. Inutilizzabilità. – 18. Ragionamento per la prova. – 19. (Segue) Indizi.

1. *Nomi e generi*

La parola “prova”, e i suoi derivati, sono affetti da diffusa polisemia. Nel circuito penale, il “provare” evoca una dinamica complessa, che termina con la verifica di proposizioni fattuali. A grandi linee, si distinguono tre stadi in sequenza: la procedura di raccolta dei dati, il momento in cui li si valuta e, infine, l’atto del giudizio, dove i “pezzi” si ricompongono nell’unità rappresentativa che smentisce o conferma l’ipotesi d’accusa. In ultimo si dice che la prova è stata raggiunta o meno, secondo l’esito.

La raccolta si serve di *fonti di prova*, che possono essere soggettive (un dichiarante, un esperto) o oggettive (es. un documento), e fa uso di *mezzi istruttori*, un articolato arsenale regolato dalla legge (testimonianza, ricognizioni, perizia ecc.).

Il materiale acquisito, pronto per l’esame, è costituito da *elementi di prova* (es., il contenuto di un documento, la relazione di un perito, ecc.) i quali, valutati singolarmente o per gruppi omogenei, generano i *risultati di prova* (es., il resoconto dell’analisi sulle dichiarazioni di un teste).

L’apice dell’accertamento consiste, assemblando criticamente i risultati di prova, nella rappresentazione “storica” del tema d’accusa (*giudizio di fatto*) e nella conseguente selezione delle norme penali adattabili al caso (*giudizio di diritto*); anche se, considerate le corrispondenze biunivoche tra i due momenti, distinguere l’una e l’altra operazione logica può essere semplice solo sul piano astratto¹.

Quanto ai rapporti tra fatti probanti e quelli da provare, tradizionalmente si separa la *prova rappresentativa* dalla *prova critica*, secondo che gli elementi emersi cadano in via immediata (es. il racconto di un testimone su come si è svolto il delitto) o indiretta sul tema di prova (es., rispetto ad una rapina, il verbale di perquisizione dal quale emerge la refurtiva trovata nell’abitazione dell’imputato); fenomeno, quest’ultimo, che richiede una più laboriosa analisi per accertare se gli elementi dimostrino o meno il fatto

¹ In argomento, con richiami alla letteratura di settore, P. Ferrua, *Il ‘giusto processo’*, Bologna, 2012, p. 37 ss.

da provare². Ma la distinzione è meno netta di quanto appare: anche nell'ipotesi di prova rappresentativa, occorrono operazioni critiche volte a verificare l'attendibilità della fonte o la genuinità del dato scoperto (es. neutralità del dichiarante, coerenza del racconto, verosimiglianza, assenza di eventuali elementi esterni contrari); il che non la rende immune da un'indagine inferenziale altrettanto accurata. In qualche caso, è la legge a stabilire i modi per verificare l'affidabilità della fonte, cosicché il giudice non può limitarsi a valutare solo l'oggetto rappresentato (cd. *prova complessa*³).

La qualità del rapporto tra dato istruttorio e *factum probandum* si presta ad ulteriori elaborazioni.

Si suggerisce un distinguo che ha riguardo all'intensità relazionale tra l'*elemento* di prova e il *risultato*, definendo *prova in senso stretto* quella che univocamente dimostra il fatto sulla base di indefettibili leggi logiche o scientifiche; al di fuori di tale categoria resta la *prova per indizi*, dove l'affidabilità dipende solo da una maggiore o minore probabilità del risultato rispetto alle ipotesi escluse⁴.

In ogni caso, se in una prospettiva epistemica la distinzione è condivisibile – non ogni risultato di prova offre pari garanzie di affidabilità – l'impiego della nomenclatura (“prova in senso stretto” e “indizio”), collegata al diverso *standard* di verosimiglianza, riflette una contrapposizione capace di generare un equivoco: che la prova indiziaria, per implicito contemplata dal legislatore all'art. 192, comma 2, c.p.p. alluda sempre a risultati meno certi e diventi una *probatio minor*. Un'ottica del genere, ove fosse in ipotesi postulata, dovrebbe essere decisamente respinta. Non è detto che dall'indizio – cioè da un elemento che non coincide con il tema di prova – non possa desumersi un risultato ad elevata affidabilità; tutto dipende dalla qualità dei parametri astratti impiegati durante le inferenze e dal rigore logico del ragionamento.

Un'ulteriore sotto-classe distingue tra *prova dichiarativa* e *prova critico-indiziaria*, dove la prima trasmette informazioni attraverso il linguaggio mentre la seconda «non esprime né descrive il fatto da provare ma ne è semmai il segno naturale ... L'aggettivo “critico-indiziaria” sta ad indicare l'attività di decifrazione che svolge il giudice per risalire dal fatto probatorio a quello da provare ... L'impegno induttivo si esplica su ciò che questa può significare nel senso naturalistico della parola»⁵. Dualismo condivisibile, a patto di precisare che l'opera critica nell'interpretazione del segno non è necessariamente maggiore rispetto all'esame della prova dichiarativa, la quale può

² Lo stesso fenomeno è descritto nella contrapposizione tra “prova diretta” e “prova indiretta” da D. Siracusano, *Le prove*, in AA.VV., *Diritto processuale penale*, I, Milano, 2004, p. 349; sulla medesima linea, P. Tonini, *La prova penale*, Milano, 2000, p. 42, per spiegare che, nel primo caso, l'oggetto da provare è percepito immediatamente dal giudice, mentre nel secondo il *factum probandum* va desunto da un “fatto” o una cosa.

³ Si legga, al riguardo, D. Siracusano, *Le prove*, cit., p. 352.

⁴ G. Ubertis, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Torino, 1995, p. 45; in termini pressoché convergenti, M. Menna, *Logica e fenomenologia della prova*, Napoli, 1992, p. 114.

⁵ P. Ferrua, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 63 s., anche per la messa fuoco di ulteriori entità nell'ambito della categoria delle prove critico-indiziarie.

cadere su un fatto secondario rispetto al *thema* e richiedere complesse sequenze logiche in vista del risultato.

Un'antica classificazione – la cui nomenclatura circola ancora nella prassi – è quella tra *prova generica* e *prova specifica*, la quale dipende dall'oggetto su cui cade la dimostrazione: con la prima si allude alla prova sulle componenti oggettive del fatto illecito e sulle sue modalità di manifestarsi, mentre la seconda riguarda la riconducibilità della condotta all'autore e agli altri profili soggettivi. Dal punto di vista concreto, in ogni caso, si tratta di distinguo privo di ricadute epistemiche, né possiede (oramai) agganci al diritto attuale.

Il lessico del legislatore non coincide con le classi sinora enunciate, utili anche a stabilire un linguaggio comune in materia. I compilatori distinguono le “prove” da altre fonti cognitive, sia perché richiedono un procedimento dialettico, sia perché sono solitamente regolate da cadenze acquisitive più rigide. Si pensi alle macrocategorie di “Indagini” e “Prove”.

Anche nelle discipline che regolano le singole fasi, si tende a non confondere le procedure probatorie assistite dal contraddittorio dalle altre: per esempio, l'art. 425, comma 3, c.p.p. usa la parola “elementi” per significare il risultato utile alla pronuncia; l'art. 125 disp. att. c.p.p. richiama gli “elementi” alludendo al complesso dell'attività investigativa sulla quale poggia la scelta sull'azione penale. Ma la nomenclatura non sempre eccelle. Accade che l'impiego del termine “prova” lo si trovi nell'art. 422, comma 1, c.p.p., disposizione che rimette al giudice un potere di assumere dati istruttori, nonostante si assista ad una notevole flessione del tasso dialettico.

Peraltro, la parola “prova” è impiegata anche con riguardo all'epilogo del giudizio: si legge nell'art. 530, comma 2, c.p.p. che il giudice proscioglie quando manca, è insufficiente o contraddittoria la “prova”: è evidente come qui il significato del termine differisca dal suo omologo usato per indicare il procedimento di formazione del dato valutabile, secondo la nomenclatura usata dal Libro III.

D'altro canto, esaminando la questione sul piano dei contenuti, si può dire che gli “elementi” legalmente acquisiti durante le indagini generano risultati cognitivi e, dunque, “provano” circostanze utili a certe decisioni; si tratta di acquisizioni che possono persino diventare spendibili anche in vista del giudizio di colpevolezza alle condizioni desumibili dall'art. 111, comma 5, Cost.

2. *Ancien régime*

La sagoma legislativa delle prove penali dipende dalle tendenze ideologiche poste al fondo dell'intervento giudiziario⁶.

⁶ Sul punto, la sintesi di G. Di Chiara, *Le regole del «giusto processo e la garanzia del contraddittorio: l'asse prospettico dell'art. 111 Cost.»*, in G. Fiandaca - G. Di Chiara, *Introduzione al sistema penale*, Napoli, 2003, p. 336 ss.

Se prevale un'idea autoritaria – dove un magistrato ha il potere di esplorare la vicenda con ogni mezzo che crede – il legislatore è poco attento alle regole sulla prova; non conta il modo attraverso il quale si raggiunge l'esito del processo, mentre assume un peso quasi assoluto la vocazione alla ricerca, con intuibile sottostima dei diritti delle parti. Se invece si pensa che la disciplina sulla prova costituisca la ragionevole sintesi tra valori, anche individuali, l'opzione cognitiva si muove attraverso un reticolo di vincoli, divieti e limiti, in violazione dei quali il prodotto finale, qualunque sia, diventa insoddisfacente.

A grandi linee, perlomeno in prospettiva storica, la differenza appena delineata è la stessa che passa tra i sistemi processuali di *civil law* e di *common law*⁷ stando, naturalmente, ad un'impostazione dotata di una certa astrattezza, che trova significativi aggiustamenti nelle esperienze normative concrete.

Nei modelli del secondo tipo, l'accertamento giudiziario è organizzato in modo tale che l'istruttoria *ope iudicis* è assente o ridotta al minimo. Essenzialmente, emerge il discrimine tra *inchiesta preliminare* e *prova*, dove solo quest'ultima è il frutto spendibile di un congegno dialettico; ne deriva la costruzione di un "doppio fascicolo", dove quello destinato al dibattimento è immune dalla documentazione formata tramite le indagini condotte dalle parti. Prevale, insomma, l'interesse verso la capacità ricostruttiva proposta dagli interessati e la loro abilità di argomentare.

Tutto ciò si inserisce in una tradizione dove la pronuncia sulla colpevolezza è opera di una giuria composta esclusivamente da laici, in virtù dell'idea che la condotta di un uomo dev'essere giudicata da suoi pari: il giudice professionista interviene solo per dirigere la formazione della prova affidata a regole precise (*rules of evidence*), mentre la giuria esprime un verdetto servendosi del materiale epurato da risultati cognitivi inutilizzabili⁸.

Nelle moderne codificazioni di *civil law*, la matrice è fornita dal Codice napoleonico del 1808: campeggia un istruttore che acquisisce tutti gli elementi possibili, servendosi del proprio acume investigativo e di una disciplina assai scarna; poi, egli fornisce tutto il materiale al giudice che decide dell'imputazione, mentre le parti hanno il solo diritto di dibattere sui dati probatori preconfezionati. Sulla scia di prospettive illuministiche, spicca il *convincimento libero* quale (ripudio delle prove legali e) esaltazione delle capacità logiche del magistrato⁹; e così, le regole probatorie valgono poco di fronte alla fiducia riposta nella razionalità del decidente.

Il codice di procedura penale del 1930, molto più del suo predecessore¹⁰ manifestava bene un'idea di questo tipo, accresciuta da uno strisciante positivismo che riponeva

⁷ Si leggano i limpidi rilievi di M. Taruffo, voce *Prova VI) Diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXV, Roma, 1991, p. 1 s.

⁸ Per approfondimenti e richiami bibliografici, F. Ruggieri, voce *Prova in diritto processuale penale comparato*, in *Dig. disc. pen.*, X, Torino, 1995, p. 397 s.

⁹ In materia, per tutti, M. Nobile, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974, p. 81 s.

¹⁰ Cfr., al riguardo, l'indagine di F. Caprioli, *La disciplina delle prove penali nel codice del 1913: un modello «empiricamente reazionario»?*, in *La Corte d'assise*, 2011, p. 507 ss.

nell'istruttore l'aspettativa ad una verifica storica dei fatti. I perni fondamentali intorno ai quali ruotava il sistema si rinvengono negli artt. 299 e 308 c.p.p. abrogato.

La prima statuizione fissava uno scopo: il cammino giudiziario si indirizza verso tutte le attività «necessari[e] all'accertamento della *verità*»; il processo, soprattutto con riferimento alla fase di acquisizione probatoria, è uno strumento diretto a perseguire un obiettivo puntellato dall'etica di Stato. Emerge, per un verso, l'arretramento di tutele individuali – maltrattate dall'opera investigativa – e, per altro, l'intuibile fiducia nell'istinto di ricerca, secondo una progressione cognitiva lasciata alle cure dell'istruttore. “Verità”, “storia” e “scienza” costituisce una triade ricorrente, il cui intreccio è assai lontano dalla concezione retorico/argomentativa della prova e si adagia nel solco di un'idea assolutistica che punta in alto, verso un valore oggettivo dell'accertamento dei fatti¹¹.

L'art. 308 c.p.p. abrogato era norma di chiusura del sistema e sanciva che, nel processo penale, non operano le «limitazioni che le leggi civili stabiliscono relativamente alla prova». Una disposizione simile vige tuttora e vuol dire che il giudizio penale ignora il ricorso alle prove legali; ma nel sistema previgente la norma alludeva ad una scelta legislativa incline all'assoluta libertà di criteri nel funzionamento del congegno istruttorio. Valeva il principio secondo cui i mezzi di prova codificati costituiscono un sistema imperfetto che legittima il ricorso ad ogni altro strumento, purché idoneo a conseguire la “verità”.

Di qui il passo era breve per propugnare diffusamente che, in sede di decisione, si impiegassero anche elementi emersi da una procedura del tutto deviante da quella descritta per legge (es., un indiziato che parli all'oscuro dei suoi diritti, una ricognizione di persona avvenuta palesemente fuori dai canoni previsti); insomma, il giudice poteva *liberamente* convincersi con ogni reperto che gli capitasse sotto mano.

3. *Modello vigente*

Si dice comunemente che l'odierna disciplina tende verso modelli di matrice accusatoria, dove vigono alcuni irrinunciabili parametri; nel complesso, si delinea una gnosi giudiziaria ispirata a valorizzare le parti e a ricercare un epilogo compatibile con i valori in gioco desumibili dalle Carte fondamentali.

La premessa è che l'accertamento penale non si identifica con esperimenti da laboratorio; il suo esito, piuttosto, dipende da quanto risulta verosimile l'ipotesi proposta dall'accusa dopo che i protagonisti si sono misurati secondo i diritti loro attribuiti per legge.

Qui contano taluni fondamentali aspetti.

¹¹ Sintetizza molto bene le tematiche cognitivo-giudiziarie, B. Cavallone, *Riflessioni sulla cultura della prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 955 ss.

Il primo è che occorre regolare l'attività processuale sulla base di una tendenziale parità tra i contendenti, in modo che il giudizio non subisca le ricadute di uno sbilanciamento. Ecco l'emergere, anche in sede costituzionale, del *contraddittorio per la prova* (art. 111, comma 4, Cost.)¹², dove l'eguaglianza delle parti si proietta sulla formazione di elementi istruttori praticata dinanzi ad un giudice che regola e controlla il loro intervento. Tuttavia, un inflessibile congegno dialettico può provocare difficoltà di gestione della macchina giudiziaria, non solo per motivi legati ai tempi ragionevoli che il suo funzionamento pure richiede; è fisiologico, pertanto, che il contraddittorio per la prova sia stato ammorbidito dalle ipotesi in deroga contemplate dall'art. 111, comma 5, Cost.

Si intuirà che la traduzione di siffatte regole sul terreno codicistico richiede l'esistenza di fasi nelle quali si sviluppa una dialettica "forte" per la prova (incidente probatorio e dibattimento) e segmenti nei quali, invece, ciò non avviene, nonostante gli elementi che vi si assumono fondino decisioni sulla responsabilità (patteggiamento, decreto penale, rito abbreviato) o, comunque, altrettante pronunce importanti che postulano l'analisi di materiale cognitivo (giudizi cautelari, di archiviazione, ecc.)¹³.

4. *Legalità*

Aspetto *clou*, che denota un approccio non autoritario all'accertamento penale, consiste nella fissazione di norme che scandiscono l'*an* e il *quomodo* dell'elaborazione probatoria, secondo scelte che tengono conto del bilanciamento tra la funzionalità della macchina giudiziaria ed altri valori. Ne emerge una dinamica saldamente contrassegnata da un sistema di legalità sul terreno della prova, in corrispondenza, del resto, al monito più generale dell'art. 111, comma 1, Cost. quanto all'esigenza che l'accertamento giudiziario "sia regolato dalla legge".

Al riguardo, è bene precisare che "legalità della prova" e "prova legale" sono due nozioni affatto diverse. Quest'ultima, postula regole precostituite per la valutazione di un elemento probatorio; in casi del genere, assai frequenti in ambito extrapenale, il giudice è obbligato dal legislatore ad assegnare un certo significato al dato istruttorio, a prescindere dalle proprie convinzioni a riguardo. Le regole del processo penale sono generalmente refrattarie a simili soluzioni; lo scrivono i compilatori nell'art. 193 c.p.p., quando stabilisce che «non si osservano i limiti di prova stabiliti dalle leggi civili, eccettuati quelli che riguardano lo stato di famiglia e di cittadinanza».

Un sistema improntato alla "legalità della prova" non impone valutazioni predeterminate, ma implica che ammissione, acquisizione e possibilità di impiego della prova vengono statuite dal legislatore secondo opzioni che dipendono: 1) dal limitare o precludere l'intervento giudiziario dinanzi alla tutela di altri beni (es., le libertà

¹² Efficace espressione di D. Siracusano, *Le prove*, cit., p. 329.

¹³ Cfr. il distinguo tra "prove" e "indagini", *infra*, § 8.

fondamentali, il complesso dei segreti); 2) dal richiedere percorsi procedurali diretti alla maggiore affidabilità del risultato (es. i preliminari da rispettare durante la ricognizione); 3) dal valorizzare il contraddittorio e la difesa.

5. Convincimento “meno libero”: divieti d’uso e norme di esclusione

La legalità probatoria costituisce la reazione contro un antico malinteso: il libero convincimento del giudice impiegato come una sorta di generale sanatoria per attribuire forza probante ai dati acquisiti in violazione dei percorsi tracciati dalla legge. Per esempio, una ricognizione personale mal fatta o una confessione ottenuta forzando l’autodeterminazione del dichiarante potevano essere ugualmente oggetto di valutazione giudiziale; prevaleva l’idea che il libero convincimento significasse affidare al magistrato il potere di esaminare ogni dato, comunque emerso, senza condizioni.

Indubbiamente, la messa al bando delle prove legali vuol dire che il giudice ha piena libertà quando analizza gli elementi acquisiti, senza essere mai estromesso. Ma, oggi, contano le regole dettate per formare i dati istruttori, nel senso che la conformità alla legge di questi ultimi rappresenta l’ineludibile *prius* della valutazione.

In primo luogo, la pronuncia non può fondarsi su elementi che nascono violando norme in materia di ammissibilità o, talvolta, di acquisizione della prova: la valutazione è impedita da una patologia che ne determina l’*inutilizzabilità*, a prescindere dalla astratta attitudine dimostrativa del dato istruttorio.

In secondo luogo, sono egualmente banditi dall’esame giudiziale elementi che, pur formati secondo le regole, non sono spendibili in vista di certe decisioni o nei confronti di determinati soggetti. Anche qui si tratta di una complessa disciplina fissata dal legislatore: è la categoria delle *regole di esclusione*, dove i dati istruttori manifestano l’incompatibilità dei propri modelli acquisitivi, talvolta, con le norme probatorie della fase in cui dovrebbero essere impiegati (es., la generale preclusione a valutare le indagini preliminari in vista del giudizio dibattimentale), talaltra, con le garanzie fondamentali (es., il divieto di spendere *contra se* le dichiarazioni del testimone divenuto indiziato)¹⁴.

Statuizioni di questo tipo, che escludono la valutabilità di elementi formati *secundum legem*, sono davvero numerose. L’esclusione probatoria può riguardare anche solo alcuni soggetti, nel senso che il valore dimostrativo è inibito o attenuato in funzione di certi ruoli processuali (es., la prova assunta in incidente probatorio non è spendibile in dibattimento verso gli imputati i cui difensori non hanno partecipato all’assunzione; le dichiarazioni rese dal testimone che rifiuta di sottoporsi all’esame o al controesame non sono utilizzabili nei confronti della parte che aveva diritto a formulare le domande); può investire esclusivamente determinate pronunce: per esempio, *la colpevolezza* a dibattimento non può essere provata con le dichiarazioni di chi si è volontariamente

sottratto all'esame dell'imputato o del suo difensore. Proprio quest'ultima è regola che ha radici profonde, derivando dal diritto dell'imputato al confronto con il suo accusatore¹⁵. Secondo alcuni, la statuizione risponde ad una forma di "contraddittorio soggettivo", del quale vi è traccia anche nella Carta fondamentale¹⁶. In realtà, è semplicemente una specifica norma di esclusione per il contraddittorio mancato a causa del rifiuto del dichiarante-accusatore di soggiacere all'esame della difesa; che poi nulla vieta di spendere le dichiarazioni dello stesso soggetto in vista del proscioglimento, deriva da un generale principio secondo cui, quando non riesce la prova d'accusa, gli elementi acquisiti legittimano un esito favorevole all'imputato¹⁷.

6. (Segue) Criteri di valutazione, linee guida, regole di giudizio

Il materiale risultante da un'istruttoria eseguita secondo legge, in assenza di regole di esclusione, è pronto per essere valutato. Il convincimento giudiziale in ordine ai contenuti istruttori è "libero" perché non soggetto a regole precostituite che ordinino un risultato.

I codificatori, tuttavia, non sono stati totalmente immuni dal desiderio di invadere il campo del ragionamento probatorio; emblema della scelta sta nella selezione delle linee-guida lungo le quali il giudice deve muoversi dinanzi alla prova per indizi e di fronte alle dichiarazioni del coimputato (art. 192 commi 2, 3 e 4 c.p.p.). Si tratta di vere e proprie *regole di valutazione* degli elementi di prova. Dette regole, comunque, non compromettono la libertà di convincimento; piuttosto, esse, agendo su dati ritenuti meno affidabili, richiedono uno sforzo cognitivo più rigoroso; qui la valutazione non è condizionata da un epilogo precostituito, come avviene in un regime di prova legale ma, pur restando "libera", viene orientata da criteri di analisi nell'ottica di una maggiore apprezzabilità dell'epilogo.

In linea più generale, il legislatore (implicitamente) rammenta che la "libertà" nell'esaminare il materiale istruttorio non equivale ad affidarsi alla vanità solipsistica del giudice, richiedendo che l'analisi segua percorsi razionali, rigorosi e pervenga a conclusioni logicamente corrette; tale scopo è perseguito segnalando al giudice delle *linee guida* in funzione valutativa.

Ecco l'art. 192, comma 1, c.p.p., che impone di indicare le prove acquisite e spiegare il metodo critico adottato, al punto che non resti nell'ombra il raccordo tra la pienezza del materiale disponibile e i parametri impiegati per esaminarlo.

Talvolta, le direttrici suggerite al giudice emergono in via indiretta, dalla sagoma normativa della motivazione: per esempio, l'art. 546, comma 1, lett. e) c.p.p. richiede

¹⁴ Sul tema, *infra*, § 17.

¹⁵ Diffusamente, P. Tonini, *Il diritto a confrontarsi con l'accusatore*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 12, p. 12 s.

¹⁶ C. Conti, *Le due "anime" del contraddittorio nel nuovo art. 111 Cost.*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 2, p. 196 s.

¹⁷ Cfr. P. Tonini, *La prova penale*, cit., p. 17.

che dalle spiegazioni poste a base della sentenza non restino fuori i motivi per i quali il giudice non ha ritenuto attendibili le prove contrarie al risultato conseguito; ancora, in ambito cautelare, spicca l'art. 292, comma 2, c.p.p., dove le pronunce sulle misure personali devono obbligatoriamente dar conto di un complesso di profili, tra i quali la mancata affidabilità degli elementi dedotti dalla difesa.

Quando gli elementi di prova sono state esaminati, occorre trarre le conclusioni in ordine all'esito dell'accertamento. Qui subentrano le cd. *regole di giudizio*: il legislatore fissa norme che il giudice deve seguire al momento delle opzioni decisorie. Il fenomeno si registra principalmente nella scelta tra proscioglimento e condanna (ma anche tra non luogo a procedere e decreto che dispone il dibattimento) dove il giudice attenua la sua libertà di combinare come crede i risultati di prova, essendo orientato da scelte legislative desumibili dall'art. 27, comma 2, Cost. Ed ecco che la mancanza, l'insufficienza o la contraddittorietà della prova d'accusa impone il proscioglimento; regola alla quale si aggiunge la necessità che la colpevolezza si fondi su un giudizio che la dimostri al di là di ogni ragionevole dubbio, escludendo ciascuna favorevole alternativa solo in quanto razionalmente meno verosimile.

Ma le disposizioni che guidano la scelta sul come decidere sono stabilite anche in vista di pronunce interlocutorie o, comunque, meno stabili delle sentenze relative al merito dell'imputazione; è accaduto ogni volta che il legislatore ha ritenuto di fornire al giudice un'indicazione in vista di esigenze più disparate, anche se tutte protese a salvaguardare specifiche tutele. Per esempio, è ancora in funzione all'art. 27, comma 2, Cost. la regola secondo la quale l'esistenza del *fumus* cautelare per le misure restrittive sia desunto da "gravi indizi di colpevolezza", cioè nasca dalla convinzione che sussistano elementi per ipotizzare, con elevata probabilità, una futura condanna.

7. Una didascalia: mezzi di prova e mezzi di ricerca della prova

Si tratta di una doppia classe voluta dai compilatori; entrambe collocate nel Libro III. Nella prima rientrano: testimonianza, testimonianza assistita, esame delle parti, esame del coimputato connesso, confronti, ricognizione, esperimento giudiziario, documenti, perizia e consulenza tecnica; alla seconda appartengono sequestri, perquisizioni, ispezioni, intercettazioni.

Secondo la Relazione al Progetto preliminare del codice, il distinguo tra le classi starebbe nel fatto che i mezzi di prova «si caratterizzano per l'attitudine ad offrire al giudice risultanze direttamente utilizzabili per la decisione. Al contrario, i mezzi di ricerca della prova non sono di per sé fonte di convincimento, ma rendono possibile acquisire cose materiali, tracce o dichiarazioni dotate di attitudine probatoria. L'ispezione mette capo ad un indizio, così come la perquisizione ed il sequestro possono condurre all'apprensione materiale di una *res* sulla quale si può fondare il

convincimento del giudice. In maniera analoga opera l'intercettazione telefonica che consente di venire a conoscenza di dichiarazioni rilevanti per il processo»¹⁸.

Ma non è un distinguo convincente; la linea di confine sembra collocata, a favore dei mezzi di prova, sul fronte dell'immediatezza del risultato e, persino, della differenziata efficacia dimostrativa, dove gli elementi emersi tramite i "mezzi di ricerca" appaiono degradati a meri indizi. Non è così. Il resoconto di un'intercettazione di colloqui, per esempio, può attingere in via diretta al tema di prova; si pensi all'accordo criminoso spiegato da un interlocutore all'altro nei minimi termini e all'uso che se ne può fare in qualsiasi stadio del processo; per contro, non è detto che le narrazioni di un testimone attingano ad aspetti direttamente collegati al tema di prova.

Piuttosto, una distinzione strutturale potrebbe collocarsi nel fatto che, attraverso i mezzi di prova, si sa in anticipo che l'elemento da acquisire è rilevante per il tema della verifica (es. le circostanze sulle quali si dovrà effettuare la perizia); mentre, nell'altra categoria prevale la ricerca del dato (cose o dichiarazioni) che, *a posteriori*, potrebbe rivelarsi neutra per la verifica del tema.

Dal punto di vista procedimentale, invece, la differenza è più marcata. I mezzi di ricerca della prova si presentano come "atti a sorpresa", (solitamente) a disposizione degli organi inquirenti, dove le garanzie difensive sono ridotte al minimo. L'intrusione giudiziaria si confronta con i limiti dettati dalle libertà fondamentali (artt. 2, 13, 14 e 15 Cost.), generando una disciplina composita, diretta a bilanciare i poli degli interessi in campo; il procedimento di acquisizione del dato non è garantito dal contraddittorio, ma è gestito unilateralmente dall'autorità. I mezzi di prova, invece, garantiscono un legame tra la fonte e il giudice¹⁹, il quale ammette la prova e percepisce il dato istruttorio nel momento in cui si forma. Inoltre, il contributo delle parti è necessario alla genesi degli elementi da valutare; anche se l'assunzione non presuppone il dibattimento (o l'incidente probatorio) dov'è massima l'esperienza del contraddittorio, potendosi collocare – con un più basso livello dialettico – anche nell'ambito dell'udienza preliminare o del giudizio abbreviato.

8. Prove e indagini

Scissa dalle "Indagini preliminari" nella ripartizione codicistica, la disciplina sulle "Prove" collocata nel Libro III racchiude le norme che contengono: a) regole generali al sistema; b) condizioni di ammissibilità di ciascun mezzo istruttorio; c) specifici moduli di acquisizione. La trama positiva è stata rifinita essenzialmente in vista della decisione dibattimentale.

¹⁸ *Relazione al Progetto preliminare del c.p.p.*, in *Gazz. Uff.*, 24 ottobre 1988, Serie generale, Suppl. ord. n. 250, p. 58

¹⁹ D. Siracusano, *Le prove*, cit., p. 322.

Al contrario, le “indagini” costituiscono il complesso delle attività condotte da polizia giudiziaria, pubblico ministero e difensore, tendenzialmente realizzate in funzione preparatoria.

La differenza tra le due categorie si registra sul piano strutturale e dinamico.

Dal primo punto di vista, le singole attività investigative si presenta(va)no scheletriche, munite di una disciplina più scarna rispetto a quella relativa alle prove, nell’ottica originaria di un “peso” dimostrativo ridotto e, comunque, non orientato alla verifica dibattimentale. Le cose sono parzialmente mutate. Anche la disciplina sugli atti investigativi si è via via infittita di regole, soprattutto tramite una serie di rimandi alle disposizioni di singoli “mezzi di prova”: sia perché il resoconto di talune investigazioni potrebbe acquisire valore anche in sede dibattimentale, sia considerando che gli atti delle indagini sono funzionali a pronunce altrettanto importanti (misure cautelari personali, giudizi alternativi).

Sul piano della dinamica, gli atti dell’indagine sono carenti di contraddittorio; la loro assunzione è gestita dalla parte cui la legge ha attribuito il correlativo potere, fuori dal contributo dei co-interessati e in assenza del giudice; ma anche quando l’interlocutore è invitato a partecipare, si tratta di una presenza debole, che si esprime effettuando “osservazioni” e “riserve” durante il compimento dell’atto condotto da chi ha la disponibilità dell’investigazione.

Tuttavia, la differenza tra le due classi non è così netta se gli atti dell’indagine sono raffrontati con i “mezzi di ricerca della prova”²⁰, nonostante questi ultimi siano collocati nell’area codicistica dedicata alle “Prove”: si tratta di strumenti dove la conduzione è interamente affidata all’autorità giudiziaria e la cui disciplina rappresenta il punto di riferimento per l’esercizio di taluni poteri attribuiti anche alla polizia (sequestri, perquisizioni, ispezioni di cose). Come le “indagini”, i “mezzi di ricerca della prova” operano solitamente durante la fase preliminare e la loro funzione, diretta ad acquisire dati a sorpresa o nella perdurante inconsapevolezza dei soggetti coinvolti, implica l’assenza del contraddittorio nelle fasi formative, nonostante i risultati siano – a causa della usuale non ripetibilità dell’atto – spendibili anche a dibattimento.

9. *Estensione del Libro Terzo*

Nella nuova impostazione della gnosi giudiziaria, primeggiano modi e condizioni in prospettiva della verifica; l’accertamento impone riguardo al principio di legalità e si consegue attraverso una disciplina in violazione della quale il suo epilogo può risultare “ingiusto”. Ecco il ruolo centrale delle norme sulla prova, racchiuse – come più volte ricordato – in una parte del tutto autonoma del codice.

La preferenza verso l’unità della collocazione sottolinea il tentativo di costituire un tessuto positivo poco frammentario, distinguendolo dalle precedenti codificazioni,

concentrate soprattutto a delineare i poteri dell'istruttore e le (limitate) garanzie partecipative della difesa.

La tripartizione del Libro III (*Disposizioni generali, Mezzi di prova e Mezzi di ricerca della prova*) è il frutto di un'ulteriore impegno sul piano classificatorio, che accresce, perlomeno nelle intenzioni di fondo, l'idea di valorizzare una delle discipline più impegnative della codificazione.

Degna di rilievo è la stesura di un complesso di *Disposizioni generali* sulla prova, dalle quali desumere, in via diretta o implicita, le coordinate relative al *quomodo* dell'accertamento giudiziario: la libertà morale della fonte, il diritto alla prova, le regole di valutazione degli indizi, il regime dell'inutilizzabilità, e così via, costituiscono limiti e vincoli entro i quali deve muoversi l'istruttoria penale.

Il quadro sistematico generale ne esce rafforzato dal distinguo tra i due comparti normativi delle "prove" e delle "indagini preliminari"²¹, ad avvertire che solo la prima trama di regole è utile per la decisione dibattimentale; la qual cosa, tuttavia, non equivale a ripudiare aprioristicamente l'estensibilità delle norme sulle prove agli atti investigativi, considerata l'attitudine dimostrativa di questi ultimi, ben potendo diventare tali norme, nei limiti della compatibilità strutturale, un utile punto di riferimento²².

Tuttavia, l'estensione della disciplina racchiusa nel Libro III del codice è argomento complesso e dalle soluzioni non massimalistiche, obbligando ad effettuare qualche distinguo²³.

Cominciando dai "mezzi di ricerca della prova", è scontata l'applicazione delle rispettive norme anche quando gli strumenti sono adoperati da pubblico ministero e polizia giudiziaria in fase investigativa; peraltro, la detta disciplina va coordinata con le previsioni contemplate nel Libro V, soprattutto quanto all'esercizio dei poteri e alle implicazioni difensive²⁴.

Rispetto alle statuizioni che regolano i "mezzi di prova" – autenticamente concepite per il dibattimento (o per l'incidente probatorio) – la trama normativa dedicata agli atti delle indagini preliminari presenta profili di scarsa compatibilità. Talvolta il legislatore risolve il problema proprio tramite rimandi alla disciplina dei singoli mezzi di prova; per esempio, in tema di dichiarazioni assunte da persone informate, l'art. 362 c.p.p. rinvia quasi totalmente alle norme sulla testimonianza. Ma se nulla è previsto al riguardo, niente obbliga l'organo investigativo ad uniformarsi alle regole dettate dal Libro III (per esempio, non occorre effettuare l'individuazione di persone secondo

²⁰ *Supra*, § 7.

²¹ V., però, i rilievi svolti nel paragrafo precedente.

²² Cfr. *Relazione al Progetto*, cit., p. 59.

²³ In argomento, V. Grevi, *Prove*, in G. Conso - V. Grevi (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Padova, 2006, p. 292 s.

²⁴ Naturalmente – essendo i mezzi di ricerca della prova gestiti dall'autorità giudiziaria – non c'è ragione di escludere la loro estensibilità all'integrazione istruttoria compiuta dal giudice in udienza preliminare, nel giudizio abbreviato e, persino, durante il dibattimento, sebbene in questi ultimi casi l'impiego è frustrato dalla preventiva conoscibilità di atti che fondano la propria efficacia sulla sorpresa.

quanto è previsto per la ricognizione). Il che non significa che l'organo inquirente è libero da forme acquisitive: fermi eventuali profili disciplinari, esse contano nei limiti in cui lo scostamento dal modello previsto da ciascun atto investigativo dà esplicitamente luogo a sanzioni.

Quanto all'integrazione istruttoria in vista dell'udienza preliminare o del giudizio abbreviato, non c'è motivo di escludere che gli elementi vengano assunti rispettando le regole previste per ciascun mezzo di prova; qui muta solo la qualità del contributo delle parti rispetto al dibattimento.

Altra cosa è, infine, l'estensione della disciplina di premessa del Libro III, dedicata alle "Disposizioni generali", dove le scelte interpretative vanno più compiutamente valutate caso per caso.

10. Oggetto di prova

E' l'art. 187 c.p.p. a stabilire che i temi di prova sono i "fatti" che si riferiscono all'imputazione, alla punibilità, alla determinazione della pena o della misura di sicurezza, quelli da cui dipende l'applicazione delle norme processuali e i "fatti" concernenti la responsabilità civile derivante da reato, se c'è una richiesta a tal riguardo²⁵. La norma circoscrive i contenuti dell'istruttoria e tende a chiarire che questi si saldano ai temi dell'accertamento, delineando il perimetro entro il quale misurare la rilevanza degli strumenti dimostrativi. Si può dire che la statuizione costituisce un indispensabile punto di riferimento per stabilire il limite del dimostrabile; ma l'eventuale superamento non è assistito da alcuna sanzione e niente è opponibile al superfluo.

L'art. 187 c.p.p. allude sempre ai "fatti", sottolineando che l'istruttoria serve a verificare rappresentazioni naturalistiche; più esattamente, considerando che l'accertamento tende a ricostruire eventi già trascorsi, la prova riguarda propriamente l'affermazione che questi si sono svolti così come dice chi intende dimostrarli.

Non è detto che l'oggetto di prova coincida direttamente con i temi della verifica; può darsi che la dimostrazione tenda verso aspetti che sono ad essi riconducibili solo in via indiretta. Nel primo caso, l'oggetto di prova riguarderà i cd. "fatti primari" mentre nel secondo l'istruttoria cadrà sui cd. "fatti secondari", a partire dai quali la verifica dei temi principali – quelli elencati dall'art. 187 c.p.p. – avviene tramite un ragionamento che si serve di leggi scientifiche, massime d'esperienza e fatti notori²⁶.

Anche nell'ipotesi in cui l'accertamento implica l'analisi di complessi aspetti normativi o quando il risultato finale richiede l'esame dell'interno psichico (es. dolo, colpa), l'oggetto della prova resta pur sempre il dato fattuale: non saranno oggetto di

²⁵ Sul tema, per tutti, M. Nobili, *Sub Art. 187 c.p.p.*, in M. Chiavario (coordinato da), *Commento al codice di procedura penale*, II, Torino, 1990, p. 389.

²⁶ V. Massime di esperienza e fatti notori.

prova i contenuti delle norme (salvo che non ci si riferisca alla materiale esistenza del provvedimento legislativo) o la loro interpretazione²⁷.

Una dose di eccentricità si registra in tema di prova per esperti (perizia e consulenza), atteso che il tipo di strumento oltre a rappresentare “fatti” si serve di giudizi di valore tecnico; si tratta di acquisire dati selezionandoli in base a conoscenze specifiche e di affiancare il giudice in una valutazione che richiede una cultura di settore, solitamente estranea alla formazione giuridica.

Il riferimento dell’art. 187, comma 1, c.p.p. alla “imputazione” o alla “punibilità” appare limitativo, perché sembra escludere la prova su una serie di altri aspetti che potrebbero influire sulle scelte finali; ma l’idea del legislatore è solo quella di evitare un’attività istruttoria a carattere “esplorativo”, dal raggio incondizionato, non attinente al *thema decidendi*. Pertanto, saranno senz’altro oggetto di prova i fatti che si riferiscono alle cause di giustificazione, all’imputabilità, alla procedibilità, alle cause estintive.

Stesso discorso concerne il richiamo alla “determinazione della pena o della misura di sicurezza”; è impensabile che la previsione non si estenda alle vicende concernenti l’adozione di misure amministrative collegate al reato o di altre forme sanzionatorie alternative; né è plausibile che nel procedimento di esecuzione, di prevenzione o di sorveglianza – dove non è detto che la *quaestio* riguardi la “determinazione della pena” – non sia rintracciabile un proprio oggetto di prova attraverso i contenuti dell’atto introduttivo.

La statuizione (art. 187, comma 2, c.p.p.) ha cura di precisare – contro possibili letture restrittive – che la prova può tendere alla verifica dei profili attinenti l’adozione delle norme processuali: lo stato di flagranza, la sottoscrizione di un atto giudiziario, l’esperimento della procedura necessaria alla notifica, l’impedimento alla partecipazione del difensore al processo, il difetto di documentazione di un verbale, ecc., rappresentano elementi la cui dimostrazione è utile ad applicare le regole procedurali, non soltanto quelle che comportano o prevedono sanzioni ma, evidentemente, anche quelle che non implicano alcuna patologia²⁸.

Anche i fatti inerenti la responsabilità civile derivante da reato possono (naturalmente) essere oggetto di prova quando è costituita la parte civile, inclusa l’ipotesi che l’azione sia stata introdotta dal pubblico ministero nei casi contemplati dall’art. 77, comma 4, c.p.p.; si allude all’*an* e al *quantum* della pretesa risarcitoria, oltre che alla rifusione delle spese legali. La formulazione della disciplina è volutamente generica: il riferimento ai “fatti inerenti alla responsabilità civile” comprende anche i temi introdotti dal responsabile civile, laddove sia stato citato o sia intervenuto.

Mancano, invece, cenni ai fatti riguardanti il ruolo della persona offesa e degli enti titolari di interessi collettivi. In ordine alle circostanze relative alla rispettiva

²⁷ *Amplius*, A. Melchionda, voce *Prova (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 656.

²⁸ Per una più ampia ricognizione, E. M. Catalano, *L’accertamento dei fatti processuali*, in *Ind. pen.*, 1992, p. 521 s.

legittimazione ad intervenire, la lacuna è solo apparente, perché, trattandosi di profili processuali, i fatti che ne stanno a fondamento sono oggetto di prova sulla base del disposto generale di cui all'art. 187, comma 2, c.p.p. Quanto, invece, alle loro possibili istanze, l'oggetto del dimostrabile coincide con i temi della responsabilità penale; pertanto, al di là dei loro limitatissimi poteri, qui l'ambito della prova è già chiarito dalla prima parte della norma.

Interrogativo più controverso è se la delimitazione oggettiva del dimostrabile enunciata dall'art. 187 c.p.p. si estenda anche alle indagini preliminari, ferma la sua applicabilità a partire dalle fasi che introducono l'imputazione.

Per un verso, stando ad una lettura formalistica della norma, poiché l'azione penale non è stata ancora esercitata, alcuna delle questioni sopra dette verrebbero in rilievo; semmai, ci sarebbe spazio solo per dimostrare fatti relativi all'adozione di norme processuali. D'altro canto, la fluidità del momento investigativo non consentirebbe di delimitare con chiarezza l'oggetto del dimostrabile.

Ma poiché l'investigazione non ha carattere esplorativo, muovendosi in un campo delimitato da un'iniziale addebito, l'oggetto dell'indagine coincide con i fatti desumibili da un quadro originario di una contestazione che si affina progressivamente. Del resto, un determinato *thema decidendi* dovrà essere sottoposto al giudice quando gli si chiede un esame sugli indizi (misure cautelari, intercettazioni) o un giudizio sulla rilevanza istruttoria (incidente probatorio)²⁹; la qual cosa implica una sorta di rappresentazione provvisoria da cui desumere, sia l'oggetto del dimostrabile dinanzi al giudice, sia la pertinenza degli atti investigativi³⁰.

11. Autodeterminazione della fonte

Scritto per ribadire un principio inevitabile di ogni legislazione democratica, l'art. 188 c.p.p. rappresenta senza dubbio un generale punto di riferimento quanto alla dignità dei soggetti di prova.

In via generale, la statuizione rammenta l'esistenza di un limite invalicabile dell'attività probatoria, costituito dal divieto di impiegare strumenti capaci di comprimere la libertà di autodeterminarsi o di alterare l'autonomia nel ricordare e valutare le cose. Se la prova fosse acquisita così, sarebbe inutilizzabile; forse era inutile dirlo, stante la regola dell'art. 191 c.p.p., ma la disposizione ha un forte valore evocativo circa l'insuperabilità del limite.

Il divieto è talmente forte da non essere scalfito dall'ipotetico consenso della persona: nemmeno questo consentirebbe pratiche dirette ad influire sul suo "interno psichico", in modo da offuscare le attitudini mentali. Sotto tale profilo, la tutela supera le opzioni

²⁹ Proprio a tal riguardo, allude alla necessità dell'imputazione preliminare, M. Nobili, *Sub Art. 187 c.p.p.*, cit., p. 392.

³⁰ Cfr., in proposito, Grevi, *Prove*, cit., p. 294.

individuali che, però, nell'ottica della libertà di autodeterminarsi, potrebbero non essere ingiustificabili, salvo i limiti a non subire menomazioni irreversibili; d'altro canto, però, ipotizzando una disciplina più flessibile, sarebbe difficile stabilire quando la scelta della fonte di sottoporsi a tali pratiche è davvero libera.

E' facile, peraltro, reperire l'aggancio costituzionale della tutela.

Nei casi in cui la fonte di prova è in *status detentionis* l'art. 13, comma 4, Cost. vieta ogni forma di violenza morale sul detenuto³¹: è d'immediata intuizione la possibilità di esercitare indebite pressioni verso un soggetto dalle barriere psicologiche depresse a causa dello stato in cui versa.

Scontato il legame con l'art. 24, comma 2, Cost. quanto alla tutela dell'autodifesa passiva, l'integrità e l'autonomia di scelte individuali meritano uguale rispetto anche nei confronti di chi non è indiziato: è l'art. 2 Cost., "clausola aperta" sul terreno delle libertà morali a vietare influenze sull'interno psichico.

Sul piano dei contenuti, è più semplice spiegare le pratiche dirette ad alterare la capacità mnemonica e valutativa; si allude, evidentemente, a strumenti di ogni sorta capaci di oscurare lo stato di coscienza.

Più problematica da individuare è l'area dei metodi che influiscono sulla "libertà di autodeterminazione", formula linguistica volutamente ampia.

Intanto, l'oggetto di tutela è solo l'intangibilità psichica dell'individuo³². La norma non esclude, per esempio, la coazione fisica diretta ad ottenere la presenza del soggetto di prova (es., l'accompagnamento del testimone o dell'imputato³³); in casi del genere, i limiti riguardano finalità e proporzionalità dell'uso della forza, in base ai rapporti tra l'art. 13 Cost. ed altri valori di rango primario, non ultimo il diritto di difesa³⁴.

³¹ Anche art. 7 P.i.d.c.p. e art. 3 C.e.d.u.; in argomento O. Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Milano, 2006, p. 29 s.

³² Con riferimento all'imputato, l'art. 64, comma 2, c.p.p. ribadisce la libertà di autodeterminazione la quale, prim'ancora che affondare le proprie radici nel diritto di difesa, trae origine dalla irrinunciabile tutela della dignità umana. Sul punto O. Dominioni, *Sub Artt. 64 e 65 c.p.p.*, in E. Amodio - O. Dominioni, *Commentario al codice di procedura penale*, I, Milano, 1989, p. 402.

³³ A tal ultimo riguardo, ritengono legittima la coazione, P. Ferrua, *Sulla legittimità della ricognizione compiuta contro la volontà dell'imputato*, in *Cass. pen.*, 1990, p. 635; A. Venturati, *Ricognizione di persona e poteri coercitivi del giudice*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 448. In termini contrari, assumendo una lettura particolarmente ampia dell'art. 188 c.p.p. – tesa a ricomprendere ogni compressione della volontà che non sia esplicitamente prevista – A.M. Capitta, *Ricognizione e individuazione nel diritto delle prove penali*, Milano, 2001, p. 217; N. Triggiani, *Ricognizioni mezzo di prova nel nuovo processo penale*, Milano, 1998, p. 121.

³⁴ Per esempio, suscita riserve la possibilità che la persona sottoposta all'indagine possa essere trascinata davanti al pubblico ministero al fine di rendere interrogatorio, posto che quest'ultimo è atto strettamente difensivo, in alcun modo coercibile. Tuttavia, la questione non sembra riguardare in via diretta l'autodeterminazione morale della fonte, quanto attenersi alle implicazioni tra il diritto di non collaborare, come tipica espressione dell'auto-difesa, e il fine dei poteri coercitivi in tal caso riconosciuti al magistrato; sotto tale profilo, vengono direttamente in gioco i rapporti tra gli artt. 13, comma 2, e 24, comma 2, Cost. Per un diretto coinvolgimento dell'art. 188 c.p.p. nell'ipotesi menzionata, invece, M. Bonetti, *Riservatezza e processo penale*, Milano, 2003, p. 205; O. Mazza, *L'interrogatorio ed esame dell'imputato: identità di natura giuridica e ed efficacia probatoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 833.

Piuttosto, si ricadrebbe nella previsione dell'art. 188 c.p.p. se l'uso della forza, anziché essere diretto ad ottenere la presenza del soggetto in funzione di prova, si orientasse a ricavare condotte collaborative o a influenzare la facoltà di determinarsi liberamente³⁵.

E' difficile stilare un elenco di pratiche che possono compromettere l'autonomia *psichica* della fonte. Alcune di esse sono scontate, come l'impiego di elementi chimici o di soluzioni ipnotiche in grado di alterare le capacità razionali; qualche perplessità riguarda il cosiddetto poligrafo, tramite cui si controllano le reazioni del sottoposto (battiti cardiaci o tempi di respirazione), dove l'influenza sulla capacità di autodeterminarsi può dipendere dai modi di condurre l'esame o dal grado di consapevolezza della fonte³⁶. Concretamente più serio – soprattutto per la difficoltà di apprezzare l'entità degli interventi – è il ricco catalogo di vessazioni, minacce, promesse d'impunità praticate per ottenere informazioni da chi le subisce; non v'è dubbio, qui il divieto sancito dall'art. 188 c.p.p. è pienamente coinvolto³⁷.

C'è da chiedersi se nel perimetro della previsione rientrano pure le tecniche fraudolente di approvvigionamento di dati, realizzate aggirando precise garanzie dirette a valorizzare il consenso della fonte; in particolare dell'imputato, il quale – nel rapporto con l'apparato giudiziario – deve essere consapevole del suo diritto a non collaborare, di autodifendersi e di mantenere un rapporto riservato con il suo avvocato. Vengono in rilievo atipiche attività intrusive capaci di carpire dichiarazioni autoaccusatorie che, rispettando la legge, non potrebbero essere acquisite (es., registrazioni di un colloquio a cura di un agente segreto che stimola una confessione; sequestro di appunti scritti dall'imputato destinati alla sua difesa, ecc.). Una risposta affermativa proviene dalla Corte costituzionale, quando censurò l'approvvigionamento di materiale destinato alla autodifesa e compilato dalla persona soggetta ad indagini; in tal caso i principi lesi furono individuati, ancor prima che nel diritto alla difesa, nel rispetto della dignità morale dell'individuo, costretto a subire una collaborazione forzata³⁸. Sulla scia, l'art. 188 c.p.p. è stato evocato anche nell'ipotesi di registrazioni effettuate dalla polizia giudiziaria aggirando le statuizioni che vietano di testimoniare o riferire sulle dichiarazioni rese dall'indiziato³⁹.

Non sembra, invece, che le indagini genetiche costituiscano una violazione della libertà di autodeterminarsi; per quanto invasive dell'identità personale, esse non consistono in pratiche che deprimono la scelta di autogestirsi⁴⁰. Richiederebbe più attenzione l'ipotesi in cui il meccanismo acquisitivo del dato genetico avvenisse tramite

³⁵ Cfr. P. Felicioni, *Considerazioni sugli accertamenti coattivi nel processo penale: lineamenti costituzionali e prospettive di riforma*, in *Ind. pen.* 1999, p. 510.

³⁶ In letteratura, ritiene compatibile lo strumento con la libertà morale del soggetto-fonte, G. Ricci, *Le prove atipiche*, Milano, 1999, p. 543.

³⁷ Cfr. F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2006, p. 620.

³⁸ C. cost., sent. 19.6.1998, n. 229, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2847.

³⁹ Cass., Sez. Un., 28.5.2003, n. 36747, in *Cass. pen.*, 2004, p. 21.

⁴⁰ Cfr., P. Felicioni, *Accertamenti della persona e processo penale. Il prelievo di materiale biologico*, Milano, 2007, p. 50.

modalità fraudolente, aggirando il consenso della fonte quanto al fatto di fornire il proprio corpo come prova (sequestro del bicchiere impregnato di saliva dell'imputato che ha negato il consenso al prelievo biologico).

Non c'è dubbio, invece, che debbano passare al setaccio della norma le operazioni e i rilievi di natura tecnico-scientifica – si pensi alle neuro scienze – capaci di attenuare la consapevolezza della persona sul suo ruolo di soggetto di prova e sulla qualità del contributo che sta fornendo⁴¹.

Quanto all'ampiezza operativa, la libertà di autodeterminarsi è principio di tale peso che non ammette distinguo di fasi o di strumenti: per quanto tradizionalmente riservata alle prove dichiarative, la statuizione racchiusa nell'art. 188 c.p.p. non rappresenta un fenomeno esclusivo dei mezzi di prova o dei mezzi di ricerca della prova, ma si estende a tutti gli atti a contenuto dimostrativo, inclusi quelli dell'investigazione di parte⁴²; il divieto d'uso, peraltro, riguarda anche elementi acquisiti in sedi giudiziarie non penali quando sono frutto dei metodi ai quali allude la norma.

12. Prova atipica

Non è questione nuova se gli strumenti di prova disciplinati dal legislatore esauriscano o no il catalogo dei mezzi utili alla verifica; durante la passata codificazione, l'orientamento dominante, pur in assenza di previsioni *ad hoc*, pretendeva una risposta affermativa⁴³. Oggi, le norme esplicitano il ricorso a “prove non disciplinate dalla legge” (art. 189 c.p.p.), ammettendo la mancanza di un *numerus clausus* in materia (v. Prova atipica).

La stesura della disposizione (art. 189 c.p.p.) contiene finalità che vanno anche al di là della presa di posizione sul tema.

Si sa che il giudice esprime come crede la propria valutazione, sempre che segua criteri di rigorosa razionalità; ma è il legislatore a prevedere i meccanismi di formazione dei dati e a fissare le regole sui limiti della valutazione. Si è già detto che la “libertà” del convincimento si concentra soltanto sul materiale acquisito secondo la legge o non esplicitamente negato all'esame giudiziale; sotto tale profilo, l'ovvia necessità che, alla fine dell'istruttoria, gli elementi di prova vengano esaminati, non equivale a trasformare il libero convincimento in un viatico che consente l'impiego di materiale formato *contra legem* o che le norme impongono di non valutare.

Ma sarebbe stato impensabile, d'altro canto, che nuove esigenze dell'accertamento giudiziario, non previste dal codificatore al momento della stesura delle norme, impedissero il ricorso a mezzi istruttori il cui schema legale non è esplicitamente

⁴¹ In argomento, con richiami alla letteratura di settore, L. Capraro, *Primi casi “clinici” in tema di prova neuro-scientifica*, in *Proc. pen. giust.*, 2012, 3, p. 100 ss.

⁴² M. Chiavario, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, Torino, 2006, p. 292

⁴³ In materia, un utile panorama è offerto da E. Zappalà, *Il principio di tassatività dei mezzi di prova*, Milano, 1982, *passim*.

contemplato⁴⁴; un recentissimo dilagante neopositivismo rende l'ipotesi meno remota di quanto sembri.

Ed ecco l'art. 189 c.p.p., il quale fissa garanzie e limiti alla possibilità di servirsi di mezzi dimostrativi che, appunto, non trovano un corrispondente tra gli schemi prefissati.

La “prova non disciplinata dalla legge” è lo strumento che il legislatore non ha statuito. Essa corrisponde ad un congegno autonomo che o possiede una funzione dimostrativa non perseguibile attraverso le prove enucleabili dal catalogo o si discosta da queste per modalità esecutive senza le quali, in vista di nuove esigenze cognitive, il mezzo tipico non potrebbe essere assunto perché strutturalmente inadeguato⁴⁵.

Deve trattarsi di condizioni che impediscono l'uso del “tipo” a causa di vuoti della disciplina o della scarsa flessibilità del mezzo così come regolato dal legislatore: si è fuori dall'ambito della prova atipica quando si pretende di impiegare un congegno che devia dal modello anche quando quest'ultimo è di per sé sufficiente a perseguire la tipologia di risultato astrattamente voluto⁴⁶.

L'art. 189 c.p.p. è tradizionalmente collegato alla possibilità che emergano cognizioni tecnico-scientifiche avanzate in grado di sperimentare nuovi percorsi. Però, nel catalogo delle prove predeterminate dal legislatore non mancano discipline che di per sé sono in grado di recepire l'impiego di mezzi tecnologicamente sempre più affinati⁴⁷; niente vieta che il perito usi metodi o tecniche prima impensabili o che di queste ci si serva nell'esperimento giudiziario, senza per ciò solo uscire fuori dallo schema legale rispettivamente contemplato. Ecco perché le nuove potenzialità della conoscenza non necessariamente impongono una prova atipica intesa come itinerario istruttorio estraneo al catalogo precostituito dal legislatore. Anche in tale ipotesi, in ogni modo, l'art. 189 c.p.p. è un utile punto di riferimento per stabilire i modi e i limiti del nuovo apporto, atteso che le novità tecnico scientifiche non sono neutre, sia dal punto di vista delle capacità intrusive che sul piano dell'affidabilità del risultato⁴⁸.

Ora, qualche avvertenza di fondo.

La prova assunta in difformità al modello, non autorizzata attraverso le dinamiche e i controlli fissati dall'art. 189 c.p.p., non si trasforma in una “prova non disciplinata dalla legge”; in casi del genere ci si deve semplicemente chiedere se lo scostamento dal “tipo” generi o no riflessi sull'impiego dei risultati⁴⁹.

⁴⁴ Cfr. R. Orlandi, *Atti e informazioni dell'autorità amministrativa nel processo penale*, Milano, 1992, p. 23.

⁴⁵ Cfr. P. Tonini, *La prova penale*, cit., p. 93 s.

⁴⁶ O. Dominioni, *La prova scientifica penale*, Milano, 2005, p. 93 s., distingue la atipicità secondo che si tratti di strumento che: a) è completamente estraneo al catalogo; b) sostituisce una componente del modello con altra appartenente ad un diverso modello; c) sostituisce una componente del modello con altra non prevista.

⁴⁷ M. Nobili, *La nuova procedura penale. Lezione agli studenti*, Bologna, 1989, p. 120.

⁴⁸ Sul tema, la vasta indagine di O. Dominioni, *La prova scientifica penale*, cit., p. 30 ss., 207 s. Per qualche ulteriore precisazione, *infra*, § 13.

⁴⁹ Sulla stessa linea, G. Uberty, voce *Prova (in generale)*, in *Dig. disc. pen.*, X, Torino, 1995, p. 327, nonché, B. Cavallone, *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991, p. 350.

Nemmeno *a posteriori* può essere ricondotto alla menzionata disciplina uno strumento che abbia aggirato le condizioni di ammissibilità contemplate dal legislatore per lo strumento “tipo” (es., le dichiarazioni dell’operatore di polizia che racconti il contenuto di intercettazioni di colloqui), o abbia profittato di scorciatoie, deviando dalle procedure statuite per il modello (es., una ricognizione effettuata senza rispettare le specifiche regole di preventivo allestimento della scena statuite per la sua affidabilità)⁵⁰ o, infine, abbia utilizzato impropriamente un mezzo di prova per raggiungere scopi cognitivi eterodossi rispetto al “tipo”⁵¹.

Né sarebbe plausibile l’obiezione secondo cui, coniano l’art. 189 c.p.p., il legislatore avalla l’uso di elementi acquisiti in difformità ai modelli probatori, magari sostenendo che il giudice è libero di tenerne comunque conto: sono discorsi da “regime”, che oscurano la linea di confine tra legalità delle prova e libero convincimento⁵². La prassi, in nome di un malinteso approccio all’art. 189 c.p.p., è assai disinvolta nel ricorrere a strumenti tipo per conseguire obiettivi cognitivi eterodossi: l’ipotesi di scuola è chiedere al testimone se riconosce l’imputato presente in udienza, dove la prova narrativa viene prestata a scopi d’identificazione aggirando le regole della ricognizione.

13. (Segue) *Limiti e condizioni*

La prova atipica va ammessa sulla base di certi presupposti, rispettando talune procedure.

Innanzitutto, il congegno non può violare il minimo etico riposto nella autodeterminazione della fonte. Si è già detto che tale profilo interessa l’intero regime degli strumenti istruttori, a cominciare dalle possibili forzature impiegabili durante procedure probatorie tipiche⁵³; ma è evidente che il principio è ancor più pregnante pensando alla “costruzione” di mezzi estranei al catalogo legislativo, dove le possibilità di violare il divieto si rivelano, naturalmente, più ampie.

Anche se l’art. 189 c.p.p. non ne parla, quantunque la tutela “della libertà morale” alla quale allude la norma potrebbe essere letta in chiave estensiva, la creazione di una modalità istruttoria atipica nemmeno potrà incidere su altri valori irrinunciabili della persona. Il bilanciamento tra libertà individuali e i modi dell’intervento giudiziario sta nelle mani del legislatore, in base ai limiti contemplati dalle Carte fondamentali, e non è oggetto di scelte effettuabili sul campo (es., intrusione non disciplinata nella segretezza

⁵⁰ Cfr., M. Nobili, *Sub Art. 189 c.p.p.*, in M. Chiavario (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, II, Torino, 1990, p. 398-399.

⁵¹ P. Tonini, *La prova penale*, cit., p. 94.

⁵² Sul punto, secondo una prassi imperante nel vigore della passata codificazione – e non del tutto tramontata – la denuncia di M. Nobili, *Il principio del libero convincimento*, cit., p. 250 s.

⁵³ *Supra*, § 11.

domiciliare). Al riguardo presta una “copertura” la nozione (incerta) di “prova incostituzionale”, tacito baluardo contro le incursioni sulle libertà personali⁵⁴.

La regola codicistica impone che la prova atipica dev’essere idonea “ad assicurare l’accertamento dei fatti”. La precisazione sarebbe ovvia se ci si riferisse alla necessità che gli elementi da acquisire attengano al *thema decidendi*, atteso che il requisito della pertinenza è proprio di tutte le prove. In realtà, è in gioco la capacità dimostrativa dello strumento la quale – se è presunta rispetto al catalogo dei modelli fissati dal legislatore – va qui verificata in concreto dal punto di vista funzionale. Il dato induce, peraltro, a desumere che se l’effettività del risultato potesse essere raggiunta anche tramite uno strumento tipico, quest’ultimo andrebbe senz’altro preferito in ragione della legalità-determinatezza cui s’ispira l’intero sistema.

L’idoneità all’accertamento assume pregnante significato dinanzi alla prova tecnico-scientifica, il cui affinamento può rendere inadeguato il ricorso al catalogo dei mezzi contemplato dal legislatore. Talvolta, la soluzione è più semplice laddove la sperimentazione del congegno o del metodo abbia già acquisito un suo riconoscimento nel settore di pertinenza; ma se questo non è avvenuto, l’analisi richiede maggiore impegno critico in ordine al rigore metodologico del *novum* e alle caratteristiche degli strumenti impiegati.

Un distinto interrogativo, dato l’equivoco tenore della statuizione («quando è richiesta una prova non disciplinata dalla legge, il giudice può assumerla...»), riguarda la possibilità che il mezzo atipico sia ammesso anche d’ufficio. L’*incipit* dell’art. 189 c.p.p. fa pensare che lo strumento innominato venga assunto ove emerga la necessità, a prescindere da chi fornisca l’impulso⁵⁵. Potrebbe opporsi che vige una regola secondo cui le prove sono ammesse d’ufficio solo nei casi previsti dalla legge – alludendo ad un regime di stretta tipicità in materia – tra i quali non rientra la previsione citata; se si accetta simile impostazione, l’uso delle parole «quando è richiesta...» risponde semanticamente alla necessità che la prova atipica è ammessa esclusivamente dietro impulso. Tuttavia, è pur vero che la disciplina sulla prova d’ufficio, seminata in

⁵⁴ La “prova incostituzionale” è una nozione incerta anche quando si riferisce alla costruzione della prova atipica; sul piano generale, non trovando alcun riferimento positivo, taluni ne negano il valore mentre altri la ammettono limitatamente, distinguendo tra precetti costituzionali immediatamente applicabili e quelli che richiedono un’ulteriore mediazione legislativa. Nondimeno, è impensabile l’ammissibilità di uno strumento istruttorio non regolato dalla legge che implichi scelte effettuate dal giudice sull’*an* e sul *quomodo* dell’intrusione nel perimetro delle libertà. D’altro canto, è pur vero che bisognerebbe meglio capire qual è l’ambito delle libertà dinanzi al quale l’arsenale giudiziario si deve fermare; qui emergono zone grigie, dove molto dipende da dove si colloca il punto sotto il quale resta accettabile l’*an* e il *quomodo* dell’intervento autoritativo. Diverso è il discorso sul fronte delle prove tipiche: può darsi che esista una norma che sia di sufficiente legalità o sia irragionevole quanto alla contrapposizione degli interessi in campo; in casi del genere, più che di “prova incostituzionale”, è la previsione che presta il fianco a censure di legittimità.

Ripropone i diversi punti di vista sulla cd. prova incostituzionale, P. Marinelli, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, Torino, 2007, p. 140 s.

⁵⁵ M. Nobili, Sub Art. 190, in M. Chiavario (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, II, Torino, 1990, p. 399, nota n. 7. Esclude il ricorso all’intervento d’ufficio, A. Furguele, *La prova nel processo penale*, Torino, 2007, p. 108.

numerose disposizioni codicistiche, descrive condizioni e modalità relative all'esercizio del potere del giudice, senza distinguere tra strumenti, né differenziando tra mezzi di prova e mezzi di ricerca; le esclusioni implicite, piuttosto, derivano dalle caratteristiche strutturali dei singoli congegni. Stando così le cose, niente preclude al giudice di acquisire d'ufficio una prova atipica, nel rispetto dei limiti e del metodo fissati in materia. Da un punto di vista dei principi, in linea più generale, tale chiave di lettura produce riserve quanto allo *standard* di neutralità del giudice; se egli volesse servirsi di una prova atipica dovrebbe anche elaborare un autonomo progetto in vista di un risultato istruttorio "alternativo", cioè non conseguibile tramite il ricorso al catalogo dei mezzi previsti dal legislatore: la supplenza al ruolo delle parti sarebbe ancora più marcata di quanto non avvenga nell'ipotesi in cui il giudice ricorre ai modelli di prova già contemplati.

Da ultimo, non sfugge che l'art. 189 c.p.p. delinea un procedimento per la prova atipica, nella prospettiva di non escludere le garanzie partecipative. Innanzitutto, il giudice provvede all'ammissione; la qual cosa implica il richiamo implicito ai contenuti degli artt. 190 e 190-*bis* c.p.p. e alle altre statuizioni che influiscono sull'istruttoria in rapporto ai distinti stadi del processo. Le disposizioni non ne parlano, ma è implicito che il contraddittorio comincia dall'ammissibilità, arricchendosi del confronto sull'affidabilità dello strumento (l'idoneità ad accertare i fatti) e sull'assenza di divieti, anche di quelli desumibili dalle Carte fondamentali. Inoltre, il giudice provvede a stabilire le modalità di assunzione «sentite le parti», in modo che anche i meccanismi procedurali garantiscano le posizioni degli interessati e, in fin dei conti, l'attendibilità del risultato⁵⁶; se le parti fossero escluse, o non poste in condizioni di partecipare, la lesione dei diritti partecipativi determinerebbe una nullità generale a regime intermedio (art. 178 lett. *b*) e *c*) c.p.p.)⁵⁷.

Un interrogativo di notevole rilievo sta nel considerare estensibile l'art. 189 c.p.p. ai mezzi di ricerca della prova ed alle attività investigative non esplicitamente disciplinati. La prassi ha pochi dubbi nell'invocare la disciplina anche rispetto a tale settore; del resto ciò deriva dall'idea di considerare "atipico" ed utilizzabile ogni elemento acquisito tramite lo scostamento dal modello, sempre che non si aggiri un divieto.

Sul tema bisogna intendersi, perché mette a nudo un punto nevralgico del principio di legalità istruttoria.

Si è visto come l'art. 189 c.p.p. delinei una procedura di formazione della prova che implica un confronto sull'ammissibilità e sui modi di acquisizione; il che richiede

⁵⁶ Cfr. D. Siracusano, *Le prove*, cit., p. 324-325.

⁵⁷ Cfr. C. Pansini, *È valida la prova "atipica" senza preventiva audizione delle parti?*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 1258. Ritiene che il legislatore – dal tenore della disposizione – abbia affidato al solo giudice il compito di stabilire le modalità acquisitive, relegando le parti a soggetti titolari di un semplice consulto, la cui omissione sarebbe priva di effetti, G. Ricci, *Le prove atipiche*, Milano, 1999, p. 539. Per quanto fondata essenzialmente sul dato letterale, effettivamente equivoco, l'esegesi appare in difformità con l'art. 111, comma 4, Cost. Il «contraddittorio nella formazione della prova» è formula talmente ampia da estendersi – in mancanza di un modello previsto dal legislatore – anche alle dinamiche procedurali atipiche che, appunto, occorre costruire tenendo conto delle esigenze delle parti.

un'attività preventiva, condotta dal giudice, oggettivamente inconciliabile con gli atti investigativi e non certo adeguata ai mezzi di ricerca della prova, trattandosi perlopiù di strumenti a sorpresa solitamente immuni dal contraddittorio anticipato⁵⁸.

D'altro canto, ciò non obbliga – in assenza di una statuizione esplicita – a ricavare il divieto di ricorrere a mezzi investigativi non disciplinati o che richiedono modalità esecutive non contemplate, soprattutto pensando alla tendenziale indeterminatezza di certa disciplina; anzi, l'esigenza di indagini complete si dirige verso un sistema opposto a quello che vorrebbe l'inquirente vincolato ad un catalogo predeterminato di strumenti⁵⁹.

Ma non c'è bisogno di scomodare le previsioni sulla prova atipica, considerando che l'elasticità della disciplina sulle indagini consente ampi margini di manovra; niente vieta, per esempio, pedinamenti, appostamenti o rilievi effettuati tramite strumenti ad alta tecnologia, pur quando le disposizioni non ne parlino; e un discorso analogo vale per le indagini difensive, dove è possibile l'uso di mezzi non esplicitamente indicati, sempre che non si violino diritti di terzi.

Il vero problema è quello di stabilire, di volta in volta, se le attività investigativo-probatorie abbiano aggirato modalità di acquisizioni contemplate dal legislatore per la tutela di determinati diritti o, più semplicemente, regole assistite da sanzioni o, addirittura, limiti imposti dalle norme costituzionali.

Sotto tale profilo, l'art. 189 c.p.p. può solo diventare un utile punto di riferimento quanto ai parametri di *scelta sull'impiego processuale* di elementi acquisiti tramite mezzi di ricerca (o investigazioni in senso stretto) del tutto inesplorati o, comunque, portatori di tratti inediti rispetto ai modelli: a cose fatte, si discuterà sull'idoneità dello strumento ad accertare i fatti – inclusa la sua affidabilità – su eventuali patologie dovute all'aggiramento di regole contemplate per il mezzo tipico, sulle possibili violazioni di norme di rilievo costituzionale⁶⁰. Ma s'intuisce che tale soluzione non consiste propriamente nell'applicare l'art. 189 c.p.p. ai mezzi di ricerca (o di pura investigazione), mancando la preventiva articolazione della prova alla quale allude la norma; casi del genere si risolvono nell'attivare il contraddittorio e l'intervento del giudice al momento dell'impiego processuale dei dati acquisiti.

Talvolta, la problematica diventa inquietante: una peculiare modalità di assumere tracce del reato consiste nelle perquisizioni (o ispezioni) effettuate *nel* corpo o tramite strumenti radiografici; la particolare invasività degli atti o la loro pericolosità per la salute pongono seri problemi quanto al potenziale *vulnus* delle libertà costituzionali

⁵⁸ Cfr. N. Galantini, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992, pp. 213, 399.

⁵⁹ Per una panoramica degli strumenti investigativi "atipici", S. Laronga, *Le prove atipiche nel processo penale*, Padova, 2002, p. 193 s.

⁶⁰ A. Camon, *Le riprese visive come mezzo d'indagine: spunti per una riflessione sulle prove incostituzionali*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1195; F. Caprioli, *Riprese visive nel domicilio e intercettazione per "immagini"*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 2189; L. Filippi, *L'home watching: documento, prova atipica o prova incostituzionale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 92.

coinvolte – inclusa la dignità dell'individuo – la cui compressione manca di regole che soddisfino (perlomeno) il principio della riserva di legge.

14. *Procedimento probatorio*

Con tratti più o meno marcati, è desumibile un itinerario attraverso il quale si forma il “prodotto finito”; si tratta del “procedimento probatorio”.

Nella sua dimensione perfetta, si distinguono con chiarezza l'*ammissione*, l'*acquisizione* e la *valutazione* della prova, segmenti dove intervengono regole ben precise.

Nella prima fase, si valuta la presenza di determinate condizioni affinché lo strumento sia ammesso come fonte di prova; nella seconda, vige una procedura tramite cui emergono gli elementi in base a regole contemplate da specifiche (e, talvolta, combinate) discipline; nella terza fase, gli interessati forniscono un contributo alla ricostruzione, argomentando sul panorama istruttorio acquisito.

Così delineato, l'itinerario presuppone un contraddittorio e la presenza del giudice per ognuno dei tre momenti. La premessa è che le parti siano poste in condizioni di esercitare effettivamente le loro facoltà, consentendo idonee attività “preparatorie” (le investigazioni preliminari, la tempestiva conoscenza del processo a carico, il diritto ad ottenere la prova a discarico, ecc.)⁶¹.

Tuttavia, non è detto che le fasi del procedimento probatorio siano sempre così limpidamente sagomate o assistite da un metodo dialettico effettivo.

Innanzitutto, ciò può dipendere dalla struttura di taluni mezzi istruttori. Si allude, in primo luogo, ai documenti i quali, essendo già formati fuori dal processo, mancano di una fase di “lavorazione” vera e propria, mentre le parti si confronteranno sulla loro ammissibilità⁶². Un cono d'ombra copre anche i mezzi di ricerca della prova, dove l'ammissione può coincidere con l'atto tramite cui l'autorità giudiziaria dispone dello strumento: la procedura formativa è sottratta al contraddittorio⁶³ e l'esercizio dialettico è postumo: le parti si possono confrontare a cose fatte sulla spendibilità degli elementi acquisiti.

Nonostante anche gli atti investigativi diventino materiale valutabile, manca la scansione delle fasi procedurali in relazione agli elementi trasferiti al giudice in vista delle pronunce da assumere in sede preimputativa, all'esito dell'udienza preliminare o per i giudizi alternativi; anche qui, un contraddittorio potrà emergere in funzione dell'utilizzabilità dei dati già assunti. Ma anche al dibattimento, talvolta, il segmento

⁶¹ P. Tonini, *La prova penale*, cit., p. 44, inserisce nel procedimento probatorio anche la *ricerca delle fonti* curata dalle parti tramite l'investigazione.

⁶² Cfr. le scansioni tracciate da D. Siracusano, *Le prove*, cit., p. 335 s.

⁶³ Né riesuma il contraddittorio la possibile presenza del difensore al compimento di singoli atti.

acquisitivo si concentra sul se permettere il trasferimento nel fascicolo del giudice di elementi pre-acquisiti senza un contributo dialettico.

Ancora, muta fisionomia la procedura per l'acquisizione di dati da assumere nell'udienza preliminare o nel giudizio abbreviato, a causa del ridotto tasso dialettico ivi previsto.

Sotto un diverso profilo, si altera il confronto preventivo sull'ammissione o sull'itinerario acquisitivo ogni volta che il giudice interviene d'ufficio sulla prova o gestisce taluni strumenti a "conduzione autonoma" come la ricognizione, il confronto, l'esperimento giudiziario, la perizia.

Per non parlare delle fasi di esecuzione, di sorveglianza, di prevenzione, dove è difficile distinguere le scansioni del procedimento probatorio e, al riguardo, apprezzare un reale modello dialettico.

15. Ammissibilità

Esistono regole minime che specificano se un certo mezzo istruttorio può fornire materia cognitiva; ne parla l'art. 190 c.p.p. enfaticamente intitolato «diritto alla prova»: in realtà, si tratta di statuizione riferita ai presupposti che permettono di introdurre fonti di prova, scritta pensando ai "luoghi" in cui la procedura ammissiva è ben delineabile (dibattimento, incidente probatorio).

Il diritto ad ottenere la prova si ricava dalla regola secondo cui «le prove sono ammesse a richiesta di parte»: allo *ius postulandi* corrisponde il diritto di ottenere l'ammissione della prova non vietata dalla legge e non manifestamente irrilevante o superflua; fermo che, *nei casi contemplati esplicitamente*, il giudice provvede d'ufficio. Così com'è formulato, l'art. 190, comma 1, c.p.p. delinea vagamente un *onere di prova*, in base al quale chi intende far valere le proprie ragioni, dovrà "rappresentare fatti" e chiedere il mezzo più adeguato. E' un argomento da precisare. Di regola, senza una esplicita richiesta, la parte non può ottenere una prova alla quale è astrattamente interessata; ma ciò non vuol dire che la mancata richiesta comporti una pronuncia sfavorevole al titolare del diritto quando i fatti per lui favorevoli siano dimostrabili *aliunde* o con prove introdotte dalla controparte. Insomma al mancato esercizio del diritto evocato dall'art. 190, comma 1, c.p.p. non si collega una "soccombenza", perché nel circuito penalistico l'oggetto del contendere non è disponibile. Il combinato disposto degli artt. 112 e 27, comma 2, Cost. richiede che il magistrato d'accusa sia addirittura (non onerato, ma) obbligato a dimostrare la sua ipotesi, mentre l'incertezza genera provvedimenti favorevoli alla difesa sebbene questa non si attivi.

Quanto alle dinamiche procedurali che governano la fase di ammissione, esse non sono esplicitate nella loro completezza dall'art. 190 c.p.p., dovendo desumerle attraverso la lettura dell'art. 111 Cost. integrato dalla disciplina relativa ai diversi stadi dell'accertamento.

Senza dubbio, però, quando la norma richiama la richiesta di parte, la decisione del giudice e il tipo di provvedimento (l'ordinanza), essa contemporaneamente allude sia al contributo dialettico preventivo sull'ammissibilità, sia alla motivazione del *decisum*.

Si intuisce che tale struttura del modello ammissivo presenta una scarsa compatibilità con la disciplina dei mezzi di ricerca della prova⁶⁴, soprattutto quando sono gestiti da pubblico ministero e polizia. Tuttavia, anche gli atti d'indagine o i mezzi di ricerca, generando elementi dimostrativi, avranno come punto di riferimento l'art. 190 c.p.p. quanto alle necessità che essi non siano inutili all'accertamento e non si presentino contrari alla legge.

Passando alle condizioni per ottenere la prova, sul piano soggettivo, se occorre che la richiesta provenga dalla "parte" (pubblico ministero, parte civile, responsabile civile, civilmente obbligato, imputato), bisogna escludere l'esistenza del diritto in capo alla persona offesa, di regola sfornita di *ius postulandi*. Il legislatore ha mostrato maggiore apertura verso gli enti rappresentativi degli interessi lesi dal reato, permettendo loro, per la sola fase dibattimentale, di ottenere l'ammissione di prove capaci di esplorare aspetti non compresi nelle prospettive istruttorie già aperte (art. 505 c.p.p.).

L'art. 190 c.p.p. precisa che l'ammissibilità postula una prova non vietata dalla legge: espressione linguistica dalla portata incerta, saldata alla disciplina *di genus* sull'inutilizzabilità (art. 191 c.p.p.)⁶⁵. La norma vuole, inoltre, che il dato istruttorio richiesto non sia manifestamente superfluo o irrilevante; si tratta di presupposti davvero minimi, che implicano una relazione debole tra contenuto delle richieste al *thema decidendi*, in modo che il primo non risulti esorbitante rispetto al secondo. Il "manifestamente" sottende una verifica assai superficiale circa l'utilità delle prove rispetto all'oggetto dell'accertamento, al punto che la non ammissione è del tutto residuale, se non puramente teorica. Ma la regola, pur erigendosi a criterio generale (per ogni momento del processo, incluso quello esecutivo e di sorveglianza), ha una sua portata effettiva per il dibattimento, in particolare, per la sua fase iniziale. Altrove, subisce integrazioni, tramite l'arricchirsi di requisiti sui quali misurare rilevanza e superfluità, (es. artt. 190-bis, 392, 422, 438, comma 5, 441, comma 5, 505, 507, 512-bis, 523, comma 5, 603 c.p.p.).

La rilevanza può attenere, sia alle singole allegazioni fattuali dedotte quale oggetto di prova – nel senso che esse dovranno essere funzionali, se dimostrate, al mosaico che compone il tema da accertare – sia allo strumento richiesto, nell'ottica della sua idoneità *a priori* ad essere veicolo dimostrativo del fatto rappresentato. Mentre la non superfluità evoca mezzi capaci di produrre elementi non identici ad altri già chiesti; sotto tale profilo, una prova può essere rilevante ma superflua, essendovene già altre dirette nella medesima prospettiva. Trattandosi di una verifica *ex ante*, niente esclude – anzi accade di frequente nella pratica – che il giudice ammetta tutte le prove chieste e, poi, ne

⁶⁴ Anche *supra*, § 14.

⁶⁵ *Infra*, § 17.

revochi alcune quando si accorge, giunto ad uno stadio istruttorio più avanzato, della loro superfluità e, talvolta, della loro irrilevanza.

16. (Segue) “Doppio binario”

Per effetto dell’art. 190-*bis* c.p.p., il diritto delle parti all’ammissione delle prove dichiarative subisce un limite.

Con esclusivo riferimento ai procedimenti per reati previsti dall’art. 51, comma 3-*bis*, c.p.p., la norma, nella sua stesura originaria, tratteggia un peculiare meccanismo di acquisizione probatoria, statuendo che qualora una parte richieda l’esame di un testimone o di un imputato di reato connesso o collegato *ex art.* 210 c.p.p., e questi abbiano già reso dichiarazioni in sede di incidente probatorio (oppure i verbali dei loro contributi cognitivi forniti in un altro procedimento sono stati acquisiti secondo l’art. 238 c.p.p.), detto esame è ammesso solo se il giudice lo ritiene assolutamente necessario.

Così come congegnata, la previsione era criticabile per il suo conflitto con le regole generali in materia, oltre che con le garanzie costituzionali ed i principi dalla Cedu⁶⁶; distonia acuita con l’esplicito inserimento nell’art. 111 Cost. del contraddittorio per la prova⁶⁷.

Poi, la disciplina ha subito incisive modifiche, profilandosi, in primo luogo, un impianto dove i limiti di ammissibilità della prova operano solo se le precedenti dichiarazioni sono state acquisite in incidente probatorio o in dibattimento, nel contraddittorio del soggetto contro il quale la prova verrà fatta valere.

Sotto un profilo attiguo, la novella legislativa ridisegna i vincoli cui è subordinato il nuovo esame della fonte che ha già reso dichiarazioni nei modi predetti.

Più nel dettaglio, in luogo dell’originaria formula (se «assolutamente necessario»)⁶⁸, la rinnovazione della prova orale può avere luogo solo in due casi: 1) se l’esame verte su fatti o circostanze diverse da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni; 2) se il giudice o una delle parti lo ritengono necessario sulla base di specifiche esigenze.

Riguardo a quest’ultimo requisito, la mera richiesta di parte non obbliga il giudice ad ammettere un nuovo esame, altrimenti si annullerebbe ogni carattere derogatorio della

⁶⁶ Per un approccio decisamente critico v., tra gli altri, P. Ferrua, *Studi sul processo penale, II, Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino, 1992, p. 174; G. Lattanzi, *Un processo riformato o rivoluzionato?*, in *Legisl. pen.*, 1995, p. 358; G. Ubertis, *Diritto alla prova nel processo penale e Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 489.

⁶⁷ Cfr., tra gli altri, A. Bernasconi, *Diritto al contraddittorio e requisiti della prova nei processi di criminalità organizzata*, in R.E. Kostoris (a cura di), *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, Torino, 2002, p. 111; E. Marzaduri, *Nuove contestazioni per un reale contraddittorio*, in *Guida dir.*, 2001, 13, p. 49; P. Morosini, *La formazione della prova nei processi per fatti di criminalità organizzata (Art. 190-*bis* c.p.p.)*, in P. Tonini (a cura di), *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova (l. 1° marzo 2001, n. 63)*, Padova, 2001, p. 224.

⁶⁸ La quale creava il rischio di poteri arbitrari del giudice: P. Rivello, *Commento all’art. 3 d.l. 306/1992*, in *Legisl. pen.*, 1993, p. 53.

norma rispetto alla disciplina generale sul diritto alla prova⁶⁹. La reiterazione dell'esame va ancorata all'esigenza di superare l'incompletezza o la contraddittorietà dei contributi cognitivi acquisiti, ovvero, in relazione al quadro generale del *thema probandum*, alla necessità di reperire conoscenze ulteriori e più utili al giudizio; la parte che formula la richiesta non potrà limitarsi, perciò, a motivarla sulla base della pura "non superfluità", dovendo prospettare il menzionato *quid pluris*.

17. Inutilizzabilità

In un sistema ispirato alla legalità della prova – che sottopone la cognizione giudiziaria a regole predefinite – l'*inutilizzabilità* rappresenta la risposta ad acquisizioni istruttorie *contra legem*.

Principalmente, la figura dell'inutilizzabilità, fronteggia l'inadeguatezza del tradizionale schema delle nullità. L'idea emerge dalla stessa Relazione al progetto preliminare al nuovo codice⁷⁰, ove si dà atto, in maniera espressa, che l'inutilizzabilità colma una lacuna del precedente ordinamento in relazione ai «divieti probatori» i quali, se fossero stati ancora affidati alla sola tutela delle nullità, avrebbero continuato a fruire di possibili sanatorie, consentendo al giudice di decidere e motivare tramite elementi spuri.

L'art. 191, comma 1, c.p.p. statuisce che «le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate»⁷¹.

Si tratta di una censura che colpisce il materiale cognitivo formato male e del quale il giudice non può tenere conto. Ma non è semplice capire l'ambito operativo della statuizione: è incerto se la patologia riguardi i divieti di ammissione o si estenda ai casi di procedure acquisitive difformi dal modello legale; ed è controverso se la "legge" che impone il divieto sia solo quella a contenuto penalprocessuale o anche di altro genere (es., norma penale, civile o amministrativa).

La materia, però, è complicata da una certa vivacità di *species*, alla quale ha contribuito anche la letteratura.

Si dice che è inutilizzabile pure l'elemento probatorio conforme alla legge ma disfunzionale rispetto alla fase in cui la decisione dev'essere assunta (es., dichiarazioni rese alla polizia, salvo eccezioni, non sono spendibili in dibattimento); altre volte, il

⁶⁹ Così, F. Cordero, *Procedura penale*, 6^a ed., Milano 2001, p. 647, per il quale incombe alle parti interessate l'onere di spiegare, in modo persuasivo, le ragioni che giustificano la reiterazione della prova. In termini analoghi, sottolineano l'ambiguità della formula legislativa, E. Marzaduri, *Nuove contestazioni per un reale contraddittorio*, cit., p. 50.

⁷⁰ In *Gazz.Uff.*, 24 ottobre 1988, cit., p. 61.

⁷¹ L'inutilizzabilità a fini decisori è ricollegabile a diverse ragioni. L'essenza dell'istituto risiede nella preclusione dell'efficacia probatoria, indipendentemente dalla variegata tipologia delle cause che la determinano. Pur nella sua semplicità espositiva, il precetto racchiuso nell'art. 191 c.p.p. racchiude, dunque, un fenomeno complesso e di difficile inquadramento. Ne ha sottolineato la polisemia concettuale N. Galantini, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992, p. 2 s.

limite d'uso della prova subisce un discrimine soggettivo, perché certi dati istruttori possono essere inutilizzabili nei confronti di alcuni e non di altri (es., l'esclusivo impiego contra sé delle dichiarazioni rese durante le indagini dall'interrogato che rifiuti di sottoporsi all'esame dibattimentale). Qui non c'è distonia tra acquisizione effettuata sul campo e modello contemplato dal legislatore e, quindi, sarebbe più conveniente parlare di *regole di esclusione* della prova⁷²; fuori dalle ipotesi in cui l'inutilizzabilità consegue alla violazione di un divieto, il regime selettivo che regola l'impiego della prova dipende da scelte legislative in cui prevalgono altri interessi rispetto alla non dispersione del dato cognitivo bene acquisito.

L'art. 191, comma 1, c.p.p. vale anche per i mezzi di ricerca della prova. Più incerto è che si adatti pure agli atti d'indagine. Salvo che la disciplina non enunci di volta in volta un limite d'uso (es., art. 63, comma 2, c.p.p.), la risposta dipende da quanto si consideri rigido il distinguo tra "indagini" e "prove". Ma considerato che il "raccolto" degli inquirenti ha un pregnante valore cognitivo, niente esclude che pure le indagini assunte in divieto di legge siano colpite dal limite probatorio sancito in via generale; del resto, sarebbe impensabile che durante la fase investigativa le regole, magari strettamente legate a libertà costituzionali, possano essere violate senza che il frutto acquisito ne subisca effetti (v. Inutilizzabilità).

L'aborto cognitivo del materiale inquinato non è emendabile e può essere (denunciato dalle parti o) rilevato dal giudice fin quando la pronuncia non è più soggetta a impugnativa. Non occorre una specifica dichiarazione giudiziaria che espelle la prova, basta che non se ne tenga conto nella decisione; se il giudice la usa, bisognerà vedere quanto "regge" la sua motivazione.

«In ogni stato e grado del procedimento», sottolinea l'art. 191, comma 2, c.p.p., per dire che solo il giudicato costituisce un limite a far valere l'inutilizzabilità; la regola si applica anche durante l'eventuale giudizio di rinvio dopo la cassazione, sempre che l'oggetto del contendere richieda una decisione dove la prova viziata dovrebbe essere valutata. Se un vero e proprio giudicato manca, il *dies ad quem* sta nel momento in cui la pronuncia diventa inoppugnabile.

L'insanabilità vale pure ove i protagonisti non avessero eccetto la presenza di materiale spurio che capita nel fascicolo del dibattimento (art. 491, comma 1, c.p.p.). Nessuna regola stabilisce che l'inerzia relativa alla formazione del *dossier* del giudice permetta l'impiego di elementi estranei al catalogo enunciato dall'art. 431 c.p.p.; del resto, non si tratterebbe di prove *legittimamente* acquisite al dibattimento (art. 526 c.p.p.)⁷³.

⁷² Anche *supra*, § 5.

⁷³ Per completezza, con ampi richiami alla letteratura, sia consentito rinviare A. Scalfati – D. Servi, *Premesse sulla prova penale*, in G. Spangher (coordinato da), *Trattato di procedura penale*, v. II, t. I, (a cura di A. Scalfati), *Prove e Misure cautelari*, Torino, 2009, p. 39 ss.

18. Ragionamento per la prova

All'analisi probatoria serve una critica serrata, in modo che la "ricostruzione" sia saldamente agganciata ad un alto tasso razionale. Lo specchio del ragionamento è la motivazione; ecco perché il legislatore muove da lì, imponendo al giudice di spiegare, *in primis*, quali sono i dati acquisiti e i criteri adottati (art. 192, comma 1, c.p.p.).

Dagli elementi istruttori si snoda un percorso intellettuale il cui epilogo dirà se le affermazioni delle parti sono "vere" o "false"⁷⁴. Sul piano morfologico si palesa (talvolta in modo implicito) un sillogismo: una regola generale di inferenza funge da premessa maggiore, l'elemento di prova da premessa minore e il risultato probatorio da conclusione; naturalmente, la "fissità" dello schema sillogistico va adattato alla natura probabilistica dell'accertamento giudiziario; cosicché si può dire che i risultati propugnati dal giudice sono soltanto dotati di maggiore o minore verosimiglianza⁷⁵.

Tra fatto probatorio e fatto da provare, di solito, c'è di mezzo un precetto generale ed astratto che funge da punto di riferimento dell'analisi logica; si procede, prima, per induzione, dove l'elemento di prova è inquadrato nella regola che qualifica eventi della stessa classe e, poi, per deduzione, stadio in cui il valore racchiuso nella regola spiega il *factum probandum*.

Al riguardo, si distinguono innanzitutto le c.d. massime di esperienza⁷⁶, modelli tipici del procedimento probatorio di natura indiziaria. Si tratta di «generalizzazioni empiriche» che offrono parametri di riferimento su ciò che accade secondo un diffuso consenso nella cultura media e nel contesto spazio-temporale della decisione; sono precetti, tratti da una pluralità di casi particolari, che esprimono una relazione tra due o più classi di eventi la cui stabilità accresce l'affidabilità della massima⁷⁷.

Il ragionamento probatorio può servirsi di leggi scientifiche, le quali permettono (v. Prova scientifica, in generale) che le conoscenze specialistiche siano impiegate quali regole generali dell'inferenza. Nella struttura dell'accertamento, le leggi scientifiche tendono a spiegare sequenze causali, o relazioni tra eventi, con elevata affidabilità senza, tuttavia, assurgere ad asserti definitivi e sempre che dette leggi siano logicamente controllabili e realmente sperimentabili⁷⁸.

I fatti notori, infine, riguardano l'affermazione (o negazione) di un evento di dominio pubblico, senza necessità che sia oggetto di prova (v. Massime d'esperienze e fatti notori): i fatti notori sono auto-evidenti, si accertano con la semplice enunciazione e valgono sin quando manchi la contestazione di una delle parti⁷⁹. Essi, insieme ad altri

⁷⁴ In tema, G. Ubertis, *Sistema di procedura penale. Principi generali*, Milano, 2007, p. 65-66.

⁷⁵ Cfr. F. M. Iacoviello, voce *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, agg. IV, 2000, p. 754.

⁷⁶ Per una sintesi organica, già, F. Carnelutti, *Massime di esperienza e fatti notori*, in *Riv. dir. proc.*, 1959, p. 639 s.

⁷⁷ D. Siracusano, *Le prove*, cit., p. 350.

⁷⁸ P. Tonini, *La prova penale*, cit., p. 38.

⁷⁹ Cfr. G. Ubertis, *Prova*, cit., p. 311.

elementi di prova, costituiscono il *genus* dei fatti probatori, intesi come l'insieme dei dati posti alla base della attività euristica volta al conseguimento del risultato.

19. (Segue) Indizi

Species e nomenclature elaborate sulla prova riflettono soprattutto l'esigenza di misurare la "distanza" tra fatto probante e fatto da provare: molto dipende da quanto è complesso il legame relazionale tra il primo e il secondo⁸⁰; si può dire che, se l'istruttoria non ha "rappresentato" la proposizione d'accusa, producendo solo "segni" dai quali ricavare implicazioni con il *factum probandum*, il raccolto ha natura indiziaria e il percorso verso il risultato di prova è più accidentato.

Se n'è accorto il legislatore, fissando linee guida per la valutazione attraverso l'art. 192, comma 2, c.p.p.: un fatto non può desumersi da indizi, a meno che questi non siano "gravi, precisi e concordanti". La "gravità" è propria di un "segno" altamente sintomatico del *factum probandum*, capace subito di instaurare con questo una stretta relazione logica. Sono "precisi" gli indizi non generici né equivoci, che manifestano una certezza intrinseca al segno probatorio. La "concordanza", infine, impone la convergenza del risultato che deriva dalla pluralità dei percorsi inferenziali condotti su più indizi. Peraltro, l'idea di "concordanza" sembra dire che un solo indizio, per quanto grave e preciso, non basti alla decisione contro l'accusato.

Sebbene una certa identità di lessico induca a qualche svista, gli indizi come "segni" non hanno niente da spartire con il tasso probatorio richiesto per talune decisioni assunte allo stato degli atti: i "gravi indizi di colpevolezza" (art. 273, comma 1, c.p.p.) o i "gravi indizi di reato" (art. 267, comma 1, c.p.p.) stanno solo a significare la misura probabilistica in cui va dimostrata l'ipotesi d'accusa; qui non fa differenza che si giunga al fatto da provare tramite elementi "rappresentativi" o, piuttosto, mediante inferenze critico-indiziarie.

Nemmeno sono "indizi", malgrado la comune collocazione della disciplina (art. 192, commi 3 e 4, c.p.p.), le dichiarazioni rese dal coimputato di un procedimento connesso o collegato, verso le quali si mostra peculiare cautela: il legislatore vuole dire che dette narrazioni, da sole, non valgono ai fini del giudizio sulla colpevolezza, acquistando una capacità dimostrativa insieme ad altri elementi che le confermino. La disciplina – a metà strada tra regola di esclusione e norma di valutazione – vale anche se si tratta di testimone assistito (art. 197-*bis*, comma 6, c.p.p.) e si applica, con i dovuti adattamenti, ai fatti che emergono da sentenze irrevocabili (art. 238-*bis* c.p.p.). Non è detto che gli "altri elementi" corroboranti le dichiarazioni siano di natura indiziaria, ben potendo

⁸⁰ *Supra*, § 1.

avere, a loro volta, carattere rappresentativo del fatto da provare e costituire persino elementi dichiarativi della stessa specie⁸¹.

Adolfo Scalfati

⁸¹ Per una ricognizione delle principali problematiche, con ampi richiami ai distinti orientamenti, si rinvia a A. Scalfati – D. Servi, *Premesse sulla prova penale*, cit., p. 75 ss.

Materiale giurisprudenziale e legislativo:

“pag. 2:

- art. 192, comma 2, c.p.p.: *Valutazione della prova. – L'esistenza di un fatto non può essere desunta da indizi a meno che questi siano gravi, precisi e concordanti.*”

“pag. 3:

- art. 425, comma 3, c.p.p.: *Sentenza di non luogo a procedere. – Il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere anche quando gli elementi acquisiti risultano insufficienti, contraddittori o comunque non idonei a sostenere l'accusa in giudizio.*

- art. 125 disp. att. c.p.p.: *Richiesta di archiviazione – 1. Il pubblico ministero presenta al giudice la richiesta di archiviazione quando ritiene l'infondatezza della notizia di reato perché gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari non sono idonei a sostenere l'accusa in giudizio.*

- art. 422, comma 1, c.p.p.: *Attività di integrazione probatoria del giudice. – 1. Quando non provvede a norma del comma 4 dell'articolo 421, ovvero a norma dell'articolo 421-bis, il giudice può disporre, anche d'ufficio, l'assunzione delle prove delle quali appare evidente la decisività ai fini della sentenza di non luogo a procedere.*

- art. 530, comma 2, c.p.p.: *Sentenza di assoluzione. – Il giudice pronuncia sentenza di assoluzione anche quando manca, è insufficiente o è contraddittoria la prova che il fatto sussiste, che l'imputato lo ha commesso, che il fatto costituisce reato o che il reato è stato commesso da persona imputabile.*

- art. 111, comma 4, Cost.: *Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore.*”

“pag. 5:

- art. 299 c.p.p. 1930: *Doveri del giudice istruttore. – 1. Il giudice istruttore ha obbligo di compiere prontamente tutti e soltanto quegli atti che in base agli elementi raccolti e allo svolgimento dell'istruzione appaiono necessari per l'accertamento della verità. Egli deve altresì accertare i danni prodotti dal reato se ciò è necessario per il giudizio sul reato stesso o su una circostanza, ovvero se vi è costituzione di parte civile. 2. Se durante l'istruzione il giudice istruttore viene a conoscenza di un altro reato per il quale si deve procedere d'ufficio, trasmette gli atti e le informazioni che vi si riferiscono al procuratore della Repubblica, senza sospendere l'istruzione in corso.*

- art. 308 c.p.p. 1930: *Limitazioni in ordine alla prova. – 1. Le limitazioni che le leggi civili stabiliscono relativamente alla prova non si osservano nel procedimento penale, eccettuate quelle che riguardano lo stato delle persone.*”

“pag. 6:

- art. 111, commi 4 e 5, Cost.: *4. Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore.
5. La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita.*

- art. 111, comma 1, Cost.: *La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge*

- art. 193 c.p.p.: *Limiti di prova stabiliti dalle leggi civili. – 1. Nel processo penale non si osservano i limiti di prova stabiliti dalle leggi civili, eccettuati quelli che riguardano lo stato di famiglia e di cittadinanza.*”

“pag. 8:

- art. 192 c.p.p.: *Valutazione della prova. – 1. Il giudice valuta la prova dando conto nella motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati.
2. L'esistenza di un fatto non può essere desunta da indizi a meno che questi siano gravi, precisi e concordanti.
3. Le dichiarazioni rese dal coimputato del medesimo reato o da persona imputata in un procedimento connesso a norma dell'articolo 12 sono valutate unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità.
4. La disposizione del comma 3 si applica anche alle dichiarazioni rese da persona imputata di un reato collegato a quello per cui si procede, nel caso previsto dall'articolo 371, comma 2, lettera b).*

- art. 546, comma 1, c.p.p.: *Requisiti della sentenza. – 1. La sentenza contiene:
a) l'intestazione «in nome del popolo italiano» e l'indicazione dell'autorità che l'ha pronunciata;
b) le generalità dell'imputato o le altre indicazioni personali che valgono a identificarlo nonché le generalità delle altre parti private;
c) l'imputazione;
d) l'indicazione delle conclusioni delle parti;*

e) la concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui la decisione è fondata, con l'indicazione delle prove poste a base della decisione stessa e l'enunciazione delle ragioni per le quali il giudice ritiene non attendibili le prove contrarie;
f) il dispositivo, con l'indicazione degli articoli di legge applicati;
g) la data e la sottoscrizione del giudice.”

“pag. 9:

- art. 292, comma 2, c.p.p.: *Ordinanza del giudice. – L'ordinanza che dispone la misura cautelare contiene, a pena di nullità rilevabile anche d'ufficio:*

- a) le generalità dell'imputato o quanto altro valga a identificarlo;
- b) la descrizione sommaria del fatto con l'indicazione delle norme di legge che si assumono violate;
- c) l'esposizione delle specifiche esigenze cautelari e degli indizi che giustificano in concreto la misura disposta, con l'indicazione degli elementi di fatto da cui sono desunti e dei motivi per i quali essi assumono rilevanza, tenuto conto anche del tempo trascorso dalla commissione del reato;
- c-bis) l'esposizione dei motivi per i quali sono stati ritenuti non rilevanti gli elementi forniti dalla difesa, nonché, in caso di applicazione della misura della custodia cautelare in carcere, l'esposizione delle concrete e specifiche ragioni per le quali le esigenze di cui all'articolo 274 non possono essere soddisfatte con altre misure;
- d) la fissazione della data di scadenza della misura, in relazione alle indagini da compiere, allorché questa è disposta al fine di garantire l'esigenza cautelare di cui alla lettera a) del comma 1 dell'articolo 274;
- e) la data e la sottoscrizione del giudice.

- art. 27, comma 2, Cost.: *L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva.”*

“pag. 10:

- art. 2 Cost.: *La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali, ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.*

- art. 13 Cost.: *1. La libertà personale è inviolabile.*
- 2. Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge.*
- 3. In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge, l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria e, se questa non li*

convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto.

4. È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà.

5. La legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva.

- art. 14 Cost.: 1. Il domicilio è inviolabile.

2. Non vi si possono eseguire ispezioni o perquisizioni o sequestri, se non nei casi e modi stabiliti dalla legge secondo le garanzie prescritte per la tutela della libertà personale.

3. Gli accertamenti e le ispezioni per motivi di sanità e di incolumità pubblica o a fini economici e fiscali sono regolati da leggi speciali.

- art. 15 Cost.: La libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono inviolabili.

2. La loro limitazione può avvenire soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge.”

“pag. 12:

- art. 362 c.p.p.: Assunzione di informazioni. – 1. Il pubblico ministero assume informazioni dalle persone che possono riferire circostanze utili ai fini delle indagini. Alle persone già sentite dal difensore o dal suo sostituto non possono essere chieste informazioni sulle domande formulate e sulle risposte date. Si applicano le disposizioni degli articoli 197, 197-bis, 198, 199, 200, 201, 202 e 203.”

“pag. 13:

- art. 187 c.p.p.: Oggetto della prova. – 1. Sono oggetto di prova i fatti che si riferiscono all'imputazione, alla punibilità e alla determinazione della pena o della misura di sicurezza.

2. Sono altresì oggetto di prova i fatti dai quali dipende l'applicazione di norme processuali.

3. Se vi è costituzione di parte civile, sono inoltre oggetto di prova i fatti inerenti alla responsabilità civile derivante dal reato.”

“pag. 14:

- art. 187, commi 1 e 2, c.p.p.: Oggetto della prova. – 1. Sono oggetto di prova i fatti che si riferiscono all'imputazione, alla punibilità e alla determinazione della pena o della misura di sicurezza.

2. Sono altresì oggetto di prova i fatti dai quali dipende l'applicazione di norme processuali.

- art. 77, comma 4, c.p.p.: *Capacità processuale della parte civile. – In caso di assoluta urgenza, l'azione civile nell'interesse del danneggiato incapace per infermità di mente o per età minore può essere esercitata dal pubblico ministero, finché subentri a norma dei commi precedenti colui al quale spetta la rappresentanza o l'assistenza ovvero il curatore speciale.*”

“pag. 15:

- art. 187 c.p.p.: *Oggetto della prova. – 1. Sono oggetto di prova i fatti che si riferiscono all'imputazione, alla punibilità e alla determinazione della pena o della misura di sicurezza.*

2. Sono altresì oggetto di prova i fatti dai quali dipende l'applicazione di norme processuali.

3. Se vi è costituzione di parte civile, sono inoltre oggetto di prova i fatti inerenti alla responsabilità civile derivante dal reato.

- art. 188 c.p.p.: *Libertà morale della persona nell'assunzione della prova. –1. Non possono essere utilizzati, neppure con il consenso della persona interessata, metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti.*

- art. 191 c.p.p.: *Prove illegittimamente acquisite. – 1. Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate.*

2. L'inutilizzabilità è rilevabile anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento.”

“pag. 16:

- art. 13 Cost.: *1. La libertà personale è inviolabile.*

2. Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge.

3. In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge, l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto.

4. È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà.

5. La legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva.

- art. 24, comma 2, Cost.: *La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento.*

- art. 2 Cost.: *La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali, ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.*”

“nota 31:

- art. 7 P.i.d.c.p.: *Nessuno può essere sottoposto alla tortura né a punizioni o trattamenti crudeli, disumani o degradanti, in particolare, nessuno può essere sottoposto, senza il suo libero consenso, ad un esperimento medico o scientifico.*

- art. 3 C.e.d.u.: *Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti.*”

“nota 32:

- art. 64, comma 2, c.p.p.: *Regole generali per l'interrogatorio – Non possono essere utilizzati, neppure con il consenso della persona interrogata, metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti.*”

“nota 33:

- art. 188 c.p.p.: *Libertà morale della persona nell'assunzione della prova. –1. Non possono essere utilizzati, neppure con il consenso della persona interessata, metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti.*”

“nota 34:

- art. 13, comma 2, Cost.: *2. Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge.*

- art. 24, comma 2, Cost.: *La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento.*

- art. 188, c.p.p.: *Libertà morale della persona nell'assunzione della prova. –1. Non possono essere utilizzati, neppure con il consenso della persona interessata, metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti.*”

“pag. 17:

- art. 188 c.p.p.: *Libertà morale della persona nell'assunzione della prova. – 1. Non possono essere utilizzati, neppure con il consenso della persona interessata, metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti.*”

“nota 38:

- Corte cost., 19.6.1998, n. 229: *È infondata la q.l.c. dell'art. 103 comma 6 c.p.p., sollevata, in riferimento agli art. 3 e 24 cost., nella parte in cui non prevede il divieto di sottoporre a sequestro gli scritti formati dall'imputato e dall'indagato appositamente ed esclusivamente come appunto per facilitare la difesa negli interrogatori (la Corte ha ritenuto errata la premessa interpretativa dalla quale ha tratto origine la questione, in quanto il giudice "a quo" avrebbe dovuto annullare nella specie la perquisizione e il sequestro, in quanto compiuti in palese violazione dei diritti inviolabili della persona prima ancora che del diritto all'auto-difesa).*”

“nota 39:

- Cass., Sez. Un., 28.5.2003, n. 36747: *Non è acquisibile al processo nè, ove acquisita, è utilizzabile come prova la registrazione fonografica realizzata occultamente da appartenenti alla polizia giudiziaria, nel corso di operazioni investigative, durante colloqui da loro intrattenuti con indagati, confidenti o persone informate sui fatti quando si tratti rispettivamente: di dichiarazioni indizianti raccolte senza le garanzie indicate all'art. 63 c.p.p.; di informazioni confidenziali inutilizzabili per il disposto dell'art. 203; di dichiarazioni sulle quali sia preclusa la testimonianza in applicazione degli art. 62 e 195 comma 4 stesso codice. (A sostegno di tale principio la Corte ha osservato che la registrazione di una conversazione da parte di soggetto che ne sia stato partecipe, per quanto astrattamente suscettibile di produzione come documento, non può sostituirsi, in violazione dell'art. 191 c.p.p., a fonti di prova delle quali la legge vieta l'acquisizione).*”

“pag. 18:

- art. 188 c.p.p.: *Libertà morale della persona nell'assunzione della prova. –1. Non possono essere utilizzati, neppure con il consenso della persona interessata, metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti.*

- art. 189 c.p.p.: *Prove non disciplinate dalla legge. – 1. Quando è richiesta una prova non 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 provvede all'ammissione, sentite le parti sulle modalità di assunzione della prova.*”

“pag. 19:

- art. 189 c.p.p.: *Prove non disciplinate dalla legge. – 1. Quando è richiesta una prova non 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 provvede all'ammissione, sentite le parti sulle modalità di assunzione della prova.”

“pag. 20:

- art. 189 c.p.p.: Prove non disciplinate dalla legge. – 1. Quando è richiesta una prova non 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 provvede all'ammissione, sentite le parti sulle modalità di assunzione della prova.”

“pag. 21:

- art. 189 c.p.p.: Prove non disciplinate dalla legge. – 1. Quando è richiesta una prova non 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 provvede all'ammissione, sentite le parti sulle modalità di assunzione della prova.”

“pag. 22:

- art. 189 c.p.p.: Prove non disciplinate dalla legge. – 1. Quando è richiesta una prova non 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 provvede all'ammissione, sentite le parti sulle modalità di assunzione della prova.

*- art. 190 c.p.p.: Diritto alla prova. – 1. Le prove sono ammesse a richiesta di parte. Il giudice provvede senza ritardo con ordinanza escludendo le prove vietate dalla legge e quelle che manifestamente sono superflue o irrilevanti.
2. La legge stabilisce i casi in cui le prove sono ammesse di ufficio.
3. I provvedimenti sull'ammissione della prova possono essere revocati sentite le parti in contraddittorio.*

- art. 190-bis c.p.p.: Requisiti della prova in casi particolari. – 1. Nei procedimenti per taluno dei delitti indicati nell'articolo 51, comma 3-bis, quando è richiesto l'esame di un testimone o di una delle persone indicate nell'articolo 210 e queste hanno già reso dichiarazioni in sede di incidente probatorio o in dibattimento nel contraddittorio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni medesime saranno utilizzate ovvero dichiarazioni i cui verbali sono stati acquisiti a norma dell'articolo 238, l'esame è ammesso solo se riguarda fatti o circostanze diversi da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni ovvero se il giudice o taluna delle parti lo ritengono necessario sulla base di specifiche esigenze.

1-bis. La stessa disposizione si applica quando si procede per uno dei reati previsti dagli articoli 600-bis, primo comma, 600-ter, 600-quater, anche se relativi al materiale

pornografico di cui all'articolo 600-quater.1, 600-quinquies, 609-bis, 609-ter, 609-quater, 609-quinquies e 609-octies del codice penale, se l'esame richiesto riguarda un testimone minore degli anni sedici.

- art. 178 c.p.p.: Nullità di ordine generale. – 1. È sempre prescritta a pena di nullità l'osservanza delle disposizioni concernenti:

a) le condizioni di capacità del giudice e il numero dei giudici necessario per costituire i collegi stabilito dalle leggi di ordinamento giudiziario;

b) l'iniziativa del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale e la sua partecipazione al procedimento;

c) l'intervento, l'assistenza e la rappresentanza dell'imputato e delle altre parti private nonché la citazione in giudizio della persona offesa dal reato e del querelante.”

“nota 57:

- art. 111, comma 4, Cost.: 4. Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore.”

“pag. 23:

- art. 189 c.p.p.: Prove non disciplinate dalla legge. – 1. Quando è richiesta una prova non 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 provvede all'ammissione, sentite le parti sulle modalità di assunzione della prova.”

“pag. 25:

- art. 190 c.p.p.: Diritto alla prova. – 1. Le prove sono ammesse a richiesta di parte. Il giudice provvede senza ritardo con ordinanza escludendo le prove vietate dalla legge e quelle che manifestamente sono superflue o irrilevanti.

2. La legge stabilisce i casi in cui le prove sono ammesse di ufficio.

3. I provvedimenti sull'ammissione della prova possono essere revocati sentite le parti in contraddittorio.

- art. 112 Cost.: Il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale.

- art. 27, comma 2, Cost.: L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva.

- art. 111 Cost.: 1. La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge.

2. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata.

3. *Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo.*
4. *Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore.*
5. *La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita.*
6. *Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati.*
7. *Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra.*
8. *Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione.”*

“pag. 26:

- art. 190 c.p.p.: *Diritto alla prova. – 1. Le prove sono ammesse a richiesta di parte. Il giudice provvede senza ritardo con ordinanza escludendo le prove vietate dalla legge e quelle che manifestamente sono superflue o irrilevanti.*
2. *La legge stabilisce i casi in cui le prove sono ammesse di ufficio.*
3. *I provvedimenti sull'ammissione della prova possono essere revocati sentite le parti in contraddittorio.*

- art. 505 c.p.p.: *Facoltà degli enti e delle associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato. – 1. Gli enti e le associazioni intervenuti nel processo a norma dell'articolo 93 possono chiedere al presidente di rivolgere domande ai testimoni, ai periti, ai consulenti tecnici e alle parti private che si sono sottoposte a esame. Possono altresì chiedere al giudice l'ammissione di nuovi mezzi di prova utili all'accertamento dei fatti.*

- art. 191 c.p.p.: *Prove illegittimamente acquisite. – 1. Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate.*
2. *L'inutilizzabilità è rilevabile anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento.*

- art. 190-bis c.p.p.: *Requisiti della prova in casi particolari. – 1. Nei procedimenti per taluno dei delitti indicati nell'articolo 51, comma 3-bis, quando è richiesto l'esame di un testimone o di una delle persone indicate nell'articolo 210 e queste hanno già reso dichiarazioni in sede di incidente probatorio o in dibattimento nel contraddittorio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni medesime saranno utilizzate ovvero dichiarazioni i cui verbali sono stati acquisiti a norma dell'articolo 238, l'esame è ammesso solo se riguarda fatti o circostanze diversi da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni ovvero se il giudice o taluna delle parti lo ritengono necessario sulla base di specifiche esigenze.*

1-bis. La stessa disposizione si applica quando si procede per uno dei reati previsti dagli articoli 600-bis, primo comma, 600-ter, 600-quater, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'articolo 600-quater.1, 600-quinquies, 609-bis, 609-ter, 609-quater, 609-quinquies e 609-octies del codice penale, se l'esame richiesto riguarda un testimone minore degli anni sedici.

- art. 392 c.p.p.: *Casi. – 1. Nel corso delle indagini preliminari il pubblico ministero e la persona sottoposta alle indagini possono chiedere al giudice che si proceda con incidente probatorio:*

a) all'assunzione della testimonianza di una persona, quando vi è fondato motivo di ritenere che la stessa non potrà essere esaminata nel dibattimento per infermità o altro grave impedimento;

b) all'assunzione di una testimonianza quando, per elementi concreti e specifici, vi è fondato motivo di ritenere che la persona sia esposta a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità affinché non deponga o deponga il falso;

c) all'esame della persona sottoposta alle indagini su fatti concernenti la responsabilità di altri;

d) all'esame delle persone indicate nell'articolo 210;

e) al confronto tra persone che in altro incidente probatorio o al pubblico ministero hanno reso dichiarazioni discordanti, quando ricorre una delle circostanze previste dalle lettere a) e b);

f) a una perizia o a un esperimento giudiziale, se la prova riguarda una persona, una cosa o un luogo il cui stato è soggetto a modificazione non evitabile;

g) a una ricognizione, quando particolari ragioni di urgenza non consentono di rinviare l'atto al dibattimento.

1-bis Nei procedimenti per i delitti di cui agli articoli 572, 609-bis, 609-ter, 609-quater, 609-quinquies, 609-octies, 612-bis, 600, 600-bis, 600-ter, anche se relativo al materiale pornografico di cui all'articolo 600-quater.1, 600-quinquies, 601 e 602 del codice penale il pubblico ministero, anche su richiesta della persona offesa, o la persona sottoposta alle indagini possono chiedere che si proceda con incidente probatorio all'assunzione della testimonianza di persona minorenni ovvero della persona offesa maggiorenne, anche al di fuori delle ipotesi previste dal comma 1.

2. Il pubblico ministero e la persona sottoposta alle indagini possono altresì chiedere una perizia che, se fosse disposta nel dibattimento, ne potrebbe determinare una sospensione superiore a sessanta giorni, ovvero che comporti l'esecuzione di accertamenti o prelievi su persona vivente previsti dall'articolo 224-bis.

- art. 422 c.p.p.: Attività di integrazione probatoria del giudice. – 1. Quando non provvede a norma del comma 4 dell'articolo 421, ovvero a norma dell'articolo 421-bis, il giudice può disporre, anche d'ufficio, l'assunzione delle prove delle quali appare evidente la decisività ai fini della sentenza di non luogo a procedere.

2. Il giudice, se non è possibile procedere immediatamente all'assunzione delle prove, fissa la data della nuova udienza e dispone la citazione dei testimoni, dei periti, dei consulenti tecnici e delle persone indicate nell'articolo 210 di cui siano stati ammessi l'audizione o l'interrogatorio.

3. L'audizione e l'interrogatorio delle persone indicate nel comma 2 sono condotti dal giudice. Il pubblico ministero e i difensori possono porre domande, a mezzo del giudice, nell'ordine previsto dall'articolo 421, comma 2. Successivamente, il pubblico ministero e i difensori formulano e illustrano le rispettive conclusioni.

4. In ogni caso l'imputato può chiedere di essere sottoposto all'interrogatorio, per il quale si applicano le disposizioni degli articoli 64 e 65. Su richiesta di parte, il giudice dispone che l'interrogatorio sia reso nelle forme previste dagli articoli 498 e 499.

- art. 438, comma 5, c.p.p.: Presupposti del giudizio abbreviato. – L'imputato, ferma restando la utilizzabilità ai fini della prova degli atti indicati nell'articolo 442, comma 1-bis, può subordinare la richiesta ad una integrazione probatoria necessaria ai fini della decisione. Il giudice dispone il giudizio abbreviato se l'integrazione probatoria richiesta risulta necessaria ai fini della decisione e compatibile con le finalità di economia processuale proprie del procedimento, tenuto conto degli atti già acquisiti ed utilizzabili. In tal caso il pubblico ministero può chiedere l'ammissione di prova contraria. Resta salva l'applicabilità dell'articolo 423.

- art. 441, comma 5, c.p.p.: Svolgimento del giudizio abbreviato. – Quando il giudice ritiene di non poter decidere allo stato degli atti assume, anche d'ufficio, gli elementi necessari ai fini della decisione. Resta salva in tale caso l'applicabilità dell'articolo 423.

- art. 507 c.p.p.: Ammissione di nuove prove. – 1. Terminata l'acquisizione delle prove, il giudice, se risulta assolutamente necessario, può disporre anche di ufficio l'assunzione di nuovi mezzi di prove.

1-bis. Il giudice può disporre a norma del comma 1 anche l'assunzione di mezzi di prova relativi agli atti acquisiti al fascicolo per il dibattimento a norma degli articoli 431, comma 2, e 493, comma 3.

- art. 512-bis c.p.p.: *Lettura di dichiarazioni rese da persona residente all'estero.* –

1. *Il giudice, a richiesta di parte, può disporre, tenuto conto degli altri elementi di prova acquisiti, che sia data lettura dei verbali di dichiarazioni rese da persona residente all'estero anche a seguito di rogatoria internazionale se essa, essendo stata citata, non è comparsa e solo nel caso in cui non ne sia assolutamente possibile l'esame dibattimentale.*

- art. 523, comma 5, c.p.p.: *Svolgimento della discussione.* – *In ogni caso l'imputato e il difensore devono avere, a pena di nullità, la parola per ultimi se la domandano.*

- art. 603 c.p.p.: *Rinnovazione dell'istruzione dibattimentale.* – 1. *Quando una parte, nell'atto di appello o nei motivi presentati a norma dell'articolo 585, comma 4, ha chiesto la riassunzione di prove già acquisite nel dibattimento di primo grado o l'assunzione di nuove prove il giudice, se ritiene di non essere in grado di decidere allo stato degli atti, dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale.*

2. *Se le nuove prove sono sopravvenute o scoperte dopo il giudizio di primo grado, il giudice dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale nei limiti previsti dall'articolo 495, comma 1.*

3. *La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale è disposta di ufficio se il giudice la ritiene assolutamente necessaria.*

4. *Il giudice dispone, altresì, la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale quando l'imputato, contumace in primo grado, ne fa richiesta e prova di non essere potuto comparire per caso fortuito o forza maggiore o per non avere avuto conoscenza del decreto di citazione, sempre che in tal caso il fatto non sia dovuto a sua colpa, ovvero, quando l'atto di citazione per il giudizio di primo grado è stato notificato mediante consegna al difensore nei casi previsti dagli articoli 159, 161, comma 4, e 169, non si sia sottratto volontariamente alla conoscenza degli atti del procedimento.*

5. *Il giudice provvede con ordinanza, nel contraddittorio delle parti.*

6. *Alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, disposta a norma dei commi precedenti, si procede immediatamente. In caso di impossibilità, il dibattimento è sospeso per un termine non superiore a dieci giorni.”*

“pag. 27:

- art. 190-bis c.p.p.: *Requisiti della prova in casi particolari.* – 1. *Nei procedimenti per taluno dei delitti indicati nell'articolo 51, comma 3-bis, quando è richiesto l'esame di un testimone o di una delle persone indicate nell'articolo 210 e queste hanno già reso dichiarazioni in sede di incidente probatorio o in dibattimento nel contraddittorio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni medesime saranno utilizzate ovvero dichiarazioni i cui verbali sono stati acquisiti a norma dell'articolo 238, l'esame è ammesso solo se riguarda fatti o circostanze diversi da quelli oggetto delle precedenti*

dichiarazioni ovvero se il giudice o taluna delle parti lo ritengono necessario sulla base di specifiche esigenze.

1-bis. La stessa disposizione si applica quando si procede per uno dei reati previsti dagli articoli 600-bis, primo comma, 600-ter, 600-quater, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'articolo 600-quater.1, 600-quinquies, 609-bis, 609-ter, 609-quater, 609-quinquies e 609-octies del codice penale, se l'esame richiesto riguarda un testimone minore degli anni sedici.

- art. 51, comma 3-bis, c.p.p.: Uffici del pubblico ministero. Attribuzioni del procuratore della Repubblica distrettuale. – 1. Le funzioni di pubblico ministero sono esercitate:

a) nelle indagini preliminari e nei procedimenti di primo grado dai magistrati della procura della Repubblica presso il tribunale;

b) nei giudizi di impugnazione dai magistrati della procura generale presso la corte di appello o presso la corte di cassazione.

2. Nei casi di avocazione le funzioni previste dal comma 1, lettera a), sono esercitate dai magistrati della procura generale presso la corte di appello. Nei casi di avocazione previsti dall'articolo 371-bis, sono esercitate dai magistrati della direzione nazionale antimafia.

3. Le funzioni previste dal comma 1 sono attribuite all'ufficio del pubblico ministero presso il giudice competente a norma del capo II del titolo I.

3-bis. Quando si tratta di procedimenti per i delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 416, sesto comma 416, realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dagli articoli 473 e 474, 600, 601, 602, 416-bis e 630 del codice penale, per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti previsti dall'articolo 74 del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, dall'articolo 291-quater del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, e dall'articolo 260 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, le funzioni indicate nel comma 1, lettera a), sono attribuite all'ufficio del pubblico ministero presso il tribunale del capoluogo del distretto nel cui ambito ha sede il giudice competente.

- art. 210 c.p.p.: Esame di persona imputata in un procedimento connesso. – 1. Nel dibattimento, le persone imputate in un procedimento connesso a norma dell'articolo 12, comma 1, lettera a), nei confronti delle quali si procede o si è proceduto separatamente e che non possono assumere l'ufficio di testimone, sono esaminate a richiesta di parte, ovvero, nel caso indicato nell'articolo 195, anche di ufficio.

2. Esse hanno obbligo di presentarsi al giudice, il quale, ove occorra, ne ordina l'accompagnamento coattivo. Si osservano le norme sulla citazione dei testimoni.

3. Le persone indicate nel comma 1 sono assistite da un difensore che ha diritto di partecipare all'esame. In mancanza di un difensore di fiducia è designato un difensore di ufficio.

4. Prima che abbia inizio l'esame, il giudice avverte le persone indicate nel comma 1 che, salvo quanto disposto dall'articolo 66, comma 1, esse hanno facoltà di non rispondere.

5. All'esame si applicano le disposizioni previste dagli articoli 194, 195, 498, 499 e 500.

6. Le disposizioni dei commi precedenti si applicano anche alle persone imputate in un procedimento connesso ai sensi dell'articolo 12, comma 1, lettera c), o di un reato collegato a norma dell'articolo 371, comma 2, lettera b), che non hanno reso in precedenza dichiarazioni concernenti la responsabilità dell'imputato. Tuttavia a tali persone è dato l'avvertimento previsto dall'articolo 64, comma 3, lettera c), e, se esse non si avvalgono della facoltà di non rispondere, assumono l'ufficio di testimone. Al loro esame si applicano, in tal caso, oltre alle disposizioni richiamate dal comma 5, anche quelle previste dagli articoli 197-bis e 497.

- art. 238 c.p.p.: *Verbali di prove di altri procedimenti. – 1. È ammessa l'acquisizione di verbali di prove di altro procedimento penale se si tratta di prove assunte nell'incidente probatorio o nel dibattimento.*

2. *È ammessa l'acquisizione di verbali di prove assunte in un giudizio civile definito con sentenza che abbia acquistato autorità di cosa giudicata.*

2-bis. *Nei casi previsti dai commi 1 e 2 i verbali di dichiarazioni possono essere utilizzati contro l'imputato soltanto se il suo difensore ha partecipato all'assunzione della prova o se nei suoi confronti fa stato la sentenza civile.*

3. *È comunque ammessa l'acquisizione della documentazione di atti che non sono ripetibili. Se la ripetizione dell'atto è divenuta impossibile per fatti o circostanze sopravvenuti, l'acquisizione è ammessa se si tratta di fatti o circostanze imprevedibili.*

4. *Al di fuori dei casi previsti dai commi 1, 2, 2-bis e 3, i verbali di dichiarazioni possono essere utilizzati nel dibattimento soltanto nei confronti dell'imputato che vi consenta; in mancanza di consenso, detti verbali possono essere utilizzati per le contestazioni previste dagli articoli 500 e 503.*

5. *Salvo quanto previsto dall'articolo 190-bis, resta fermo il diritto delle parti di ottenere a norma dell'articolo 190 l'esame delle persone le cui dichiarazioni sono state acquisite a norma dei commi 1, 2, 2-bis e 4 del presente articolo.*

- art. 111 Cost.: *1. La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge.*

2. *Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata.*

3. *Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi*

dell'accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo.

4. Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore.

5. La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita.

6. Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati.

7. Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra.

8. Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione.”

“pag. 28:

- art. 191, comma 1, c.p.p.: *Prove illegittimamente acquisite. – 1. Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate.*”

“nota 71:

- art. 191 c.p.p.: *Prove illegittimamente acquisite. – 1. Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate.*
2. *L'inutilizzabilità è rilevabile anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento.*”

“pag. 29:

- art. 191, comma 1, c.p.p.: *Prove illegittimamente acquisite. – 1. Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate.*

- art. 63, comma 2, c.p.p.: *Dichiarazioni indizianti. – Se la persona doveva essere sentita sin dall'inizio in qualità di imputato o di persona sottoposta alle indagini, le sue dichiarazioni non possono essere utilizzate.*

- art. 191, comma 2, c.p.p.: *Prove illegittimamente acquisite. – L'inutilizzabilità è rilevabile anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento.*

- art. 491, comma 1, c.p.p.: *Questioni preliminari. – 1. Le questioni concernenti la competenza per territorio o per connessione, le nullità indicate nell'articolo 181, commi 2 e 3, la costituzione di parte civile, la citazione o l'intervento del responsabile civile e della persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria e l'intervento degli enti e delle associazioni previsti dall'articolo 91 sono precluse se non sono proposte subito dopo compiuto per la prima volta l'accertamento della costituzione delle parti e sono decise immediatamente.*

- art. 431 c.p.p.: *Fascicolo per il dibattimento. – 1. Immediatamente dopo l'emissione del decreto che dispone il giudizio, il giudice provvede nel contraddittorio delle parti alla formazione del fascicolo per il dibattimento. Se una delle parti ne fa richiesta il giudice fissa una nuova udienza, non oltre il termine di quindici giorni, per la formazione del fascicolo. Nel fascicolo per il dibattimento sono raccolti:*

- a) gli atti relativi alla procedibilità dell'azione penale e all'esercizio dell'azione civile;*
- b) i verbali degli atti non ripetibili compiuti dalla polizia giudiziaria;*
- c) i verbali degli atti non ripetibili compiuti dal pubblico ministero e dal difensore;*
- d) i documenti acquisiti all'estero mediante rogatoria internazionale e i verbali degli atti non ripetibili assunti con le stesse modalità;*
- e) i verbali degli atti assunti nell'incidente probatorio;*
- f) i verbali degli atti, diversi da quelli previsti dalla lettera d), assunti all'estero a seguito di rogatoria internazionale ai quali i difensori sono stati posti in grado di assistere e di esercitare le facoltà loro consentite dalla legge italiana;*
- g) il certificato generale del casellario giudiziario e gli altri documenti indicati nell'articolo 236;*
- h) il corpo del reato e le cose pertinenti al reato, qualora non debbano essere custoditi altrove.*

2. 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.

- art. 526 c.p.p.: *Prove utilizzabili ai fini della deliberazione. – 1. Il giudice non può utilizzare ai fini della deliberazione prove diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento.*

1-bis. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'esame da parte dell'imputato o del suo difensore.”

“pag. 30:

- art. 192, comma 1, c.p.p.: *Valutazione della prova. – 1. Il giudice valuta la prova dando conto nella motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati.”*

“pag. 31:

- art. 192, comma 2, c.p.p.: *Valutazione della prova. – 1. Il giudice valuta la prova dando conto nella motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati.*

- art. 273, comma 1, c.p.p.: *Condizioni generali di applicabilità delle misure. – 1. Nessuno può essere sottoposto a misure cautelari se a suo carico non sussistono gravi indizi di colpevolezza.*

- art. 267, comma 1, c.p.p.: *Presupposti e forme del provvedimento. – 1. Il pubblico ministero richiede al giudice per le indagini preliminari l'autorizzazione a disporre le operazioni previste dall'articolo 266. L'autorizzazione è data con decreto motivato quando vi sono gravi indizi di reato e l'intercettazione è assolutamente indispensabile ai fini della prosecuzione delle indagini.*

- art. 192, commi 3 e 4, c.p.p.: *Valutazione della prova. – 3. Le dichiarazioni rese dal coimputato del medesimo reato o da persona imputata in un procedimento connesso a norma dell'articolo 12 sono valutate unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità.*

4. La disposizione del comma 3 si applica anche alle dichiarazioni rese da persona imputata di un reato collegato a quello per cui si procede, nel caso previsto dall'articolo 371, comma 2, lettera b).

- art. 197-bis, comma 6, c.p.p.: *Persone imputate o giudicate in un procedimento connesso o per reato collegato che assumono l'ufficio di testimone. – 6. Alle dichiarazioni rese dalle persone che assumono l'ufficio di testimone ai sensi del presente articolo si applica la disposizione di cui all'articolo 192, comma 3.*

- art. 238-bis c.p.p.: *Sentenze irrevocabili. – 1. Fermo quanto previsto dall'articolo 236, le sentenze divenute irrevocabili possono essere acquisite ai fini della prova di fatto in esse accertato e sono valutate a norma degli articoli 187 e 192, comma 3.”*