

DALLA “CERTEZZA” ALL’ “IPOTESI PREFERIBILE”: UN METODO PER LA VALUTAZIONE

Relatore:

dott. Elvio FASSONE

presidente di sezione del Tribunale di Torino

Dalla certezza alla probabilità all’ipotesi.

Sezione prima: Il pensiero tradizionale.

1. – La valutazione della prova non è operazione per la quale il giurista di professione riceva particolare attrezzatura mentale. Educato a ricercare la norma atta a sussumere il caso, ed avvezzo a compiere essenzialmente atti di interpretazione e di raccordo fra norme (“*narra mihi factum, dabo tibi ius*”: quasi che il fatto fosse lineare e pacifico), il giurista è di regola sprovvisto culturalmente di fronte al compito di micro-storico che il processo gli affida prima di chiamarlo ad assolvere la sua funzione tecnica. Nella ricostruzione dell’evento a lui sottoposto egli agisce per lo più come se la valutazione della capacità dimostrativa insita nei fenomeni fosse un’attività naturale, alla stregua del respirare o del camminare, e raramente analizza le procedure mentali impiegate per pervenire alle sue conclusioni.

In realtà anche il ragionamento giudiziario è una tecnica, e se oggi questa tecnica non viene più studiata, almeno istituzionalmente, la carenza incomincia ad essere avvertita. Il moderno operatore giudiziario, infatti, non può non rendersi conto che occorrono delle regole anche in questo campo, poiché il principio del libero convincimento del giudice è oggetto di critiche sempre più serrate (che peraltro hanno prodotto un maggior rigore solo nel campo della disciplina del rituale probatorio, non in quello della valutazione): di qui la ricerca, nella pratica giudiziaria, di coordinate plausibili, che tuttavia sono state, fino a tempi recenti e con scorie ancora attuali, di tipo classificatorio e legalistico, piuttosto che ancorate ad acquisizioni scientifiche collaterali.

Se si apre a caso un repertorio di giurisprudenza degli anni ’70-’80, ed a maggior ragione degli anni precedenti, è normale imbattersi in enunciati di questo tenore: “Un’affermazione di responsabilità può essere fondata su elementi indizianti soltanto se essi diano la sicura certezza dell’attribuibilità del fatto all’azione dell’imputato, nel senso che non solo venga dimostrato che il fatto può essere accaduto nel modo che si assume, ma venga altresì dimostrato che il fatto stesso non può essersi svolto in modo contrario” (cfr., *ex plurimis*, Cass., I, 19 gennaio 1987, CILLARI, CP 1989, p. 256, m. 260).

Correlativamente si afferma che la valutazione della prova è bensì ispirata al principio del libero convincimento, ma il giudice non può sostituire la propria personale opinione ad una obiettiva certezza (Cass., III, 15 dicembre 1964, BARTOLINO, *Giust. pen.*, 1965, III, c. 405), e può utilizzare elementi probatori di qualsiasi specie, purché idonei a dare la certezza dei fatti rilevanti (Cass., VI, 19 febbraio 1970, DE PACE, *ivi*, 1971, III, c. 151, m. 201).

Sicura certezza della conclusione e procedura connotata dal metodo della dimostrazione (tipica dell’inconfutabilità della proposizione finale) individuano il grado ed il tipo di conoscenza che si ritiene racchiusa nella pronuncia giudiziale.

2. – Quali sono, in questa prospettiva, gli strumenti che legittimano la decisione giudiziale? In astratto sono possibili risposte diverse: si può definire un certo livello di conoscenza, convenzionalmente accettabile, e pretendere che ad esso conducano i mezzi impiegati, quale che sia la loro natura; o al contrario si può porre l'accento su determinati strumenti conoscitivi, che si presume offrano una conoscenza qualificata, a differenza di altri (le "prove"), e stabilire che la decisione si legittima in presenza dei primi e non dei secondi. In altri termini, si può adottare un criterio finalistico, che faccia leva sul risultato, nel quale i mezzi sono validi in relazione alla loro idoneità a condurre allo scopo; ovvero un criterio legalistico, incentrato sugli strumenti, nel quale l'idoneità dei mezzi è definita a priori.

La giurisprudenza, soprattutto quella meno recente, è schierata in prevalenza per la seconda opzione, nel senso che lo standard di conoscenza richiesto è la certezza, ed alcuni mezzi di prova la forniscono, altri non ne sono capaci: "Il legislatore ha distinto la prova dall'indizio, circoscrivendo la rilevanza di quest'ultimo alla fase investigativa, e correlando la decisione sempre e soltanto alla prova. (...) La prova pertiene al fatto-reato, e consente, in via immediata (ossia direttamente) la conclusione sulla sussistenza o insussistenza di tale fatto, con la conseguente affermazione o esclusione della responsabilità dell'imputato. L'indizio invece attiene ad un fatto diverso da quello oggetto di prova, e, se isolato, non determina alcuna premessa rilevante ai fini della decisione" (v., fra le molte, Cass., I, 11 luglio 1985, CP 1986, p. 120, m. 96).

Dunque alle conclusioni di sicura certezza il giudice può pervenire se dispone di alcuni eventi qualificati, definiti "prove", e tali da offrire di per sé la forza dimostrativa piena voluta dalla sentenza (tali sono, tipicamente, le prove dirette o rappresentative, quali la testimonianza e il documento; talora – con opportune integrazioni – la confessione; implicitamente l'ispezione). Altri fenomeni – si potrebbe dire tutto ciò che si colloca al di fuori della prova diretta o della constatazione – hanno un grado di idoneità dimostrativa minore (dove la considerazione dell'indizio come "*probatio minor*", frutto di una visuale pre-scientifica del mondo, ovvero della chiamata in correità intesa come "prova degradata" ad indizio, in nome di una diffidenza psico-criminologica anch'essa poco scientifica).

D'altra parte gli ascendenti di questa cultura sono molto solidi, poiché il codice civile, tuttora vigente, conosce tutta una serie di oggetti o di eventi dei quali dice testualmente che "fa(nno) piena prova" (artt. 2700, 2702, 2712, 2713, 2716, 2718, 2720, 2734 ecc.), mentre altri più modestamente "fa(nno) prova" (artt. 2707, 2708, 2709 ecc.), ed alcuni si limitano ad avere "l'efficacia di un principio di prova" (art. 2717). Non fa meraviglia che i residui di prova legale, presenti in questi automatismi dimostrativi, traspaiano ancora – per la verità più nel linguaggio che nella sostanza delle argomentazioni – in una nomenclatura giurisprudenziale che è attenta più alla circolarità interna dei propri messaggi che alla conformità degli stessi alle acquisizioni collaterali.

3. – La riflessione fatta a proposito dell'indizio non è meno ambigua. Per intanto si richiede che il dato di fatto, dal quale prende le mosse la ricostruzione indiziaria, sia giudizialmente certo ed inoppugnabile (Cass., II, 13 gennaio 1976, *ivi* 1976, III, c. 662, m. 554), con ciò accantonando la considerazione che il dato indiziante viene pur sempre introdotto nel processo da una fonte di prova la cui attendibilità è soggetta al normale vaglio, che non può essere formulato in termini di certezza.

In secondo luogo si pretende che il procedimento induttivo, in base al quale il giudice muove dal fatto indiziante noto al fatto ignoto, offra una conseguenza non meramente possibile o probabile (sia pure in termini di alta probabilità), ma inevitabilmente necessaria e certa (Cass., VI, 1 febbraio 1972, TESSARI, *ivi*, 1973, III, c. 138, m. 135), e cioè tale da eliminare sicuramente ogni altra possibile ricostruzione equivalente (Cass., III, 26 gennaio 1976, RAFFO, *ivi*, 1977, III, c. 57, m. 48).

In terzo luogo viene enunciata, anche se poi nel concreto essa è non di rado smentita, una sorta di gerarchia probatoria secondo la quale l'indizio è comunque qualche cosa di meno della prova diretta. Infatti si assume che l'indizio deve essere univoco, così da dare la stessa certezza giudiziale che è dato desumere dalla prova diretta (Cass., VI, 24 novembre 1966, SCALONI, *ivi*, 1967, III, c. 394, m. 481), la quale costituisce il mezzo di prova vero e proprio (Cass., I, 11 novembre 1971 DE GENNARO, *ivi*, 1972, III, c. 751, m. 1261); e si ribadisce che l'indizio ha comunque un carattere di sussidiarietà rispetto alla prova stessa (Cass., I, 6 novembre 1961, *ivi*, 1962, III, c. 349, m. 501).

Di riflesso, proprio perché l'indizio ha una sua individuale equivocità, il singolo indizio, isolatamente considerato, non è idoneo a sostenere un convincimento, positivo o negativo che sia (Cass., II, 25 giugno 1965, PETRONI, in *CP*, 1966, p. 459, m. 695).

Non mancano poi, in questa classificazione vagamente tomistica, le mediazioni rese necessarie dal principio di realtà. Talvolta l'indizio è così eloquente che non gli si può negare validità (si pensi all'impronta), e perciò la giurisprudenza finisce con l'ammettere che non vi è differenza tra gli indizi qualificati (certi nell'esistenza, univoci nella concludenza) e le prove tradizionalmente intese (Cass., I, 5 maggio 1981, CANFAROTTA, *CP* 1982, p. 1216, m. 1097). Talaltra si rende necessario uno scorrimento tra le due categorie, quando un certo elemento di prova viene usualmente denominato "indizio", e tuttavia nel caso di specie la decisione viene a fondarsi su di esso: ed allora si escogita la formula secondo la quale "l'indizio assurge a dignità di prova" (Cass., I, 27 gennaio 1986, SCALA, *CP* 1987, p. 1430, m. 1140), normalmente in quanto il c.d. "indizio" si integra con altri elementi di prova.

Sezione seconda: Le nuove acquisizioni ed il nuovo codice di procedura penale.

4. – Questa sistemazione concettuale, tuttavia, non può reggere a lungo di fronte agli scavi che intanto vengono condotti sulle dinamiche del ragionamento giudiziario, e constata ogni giorno il proprio impigliarsi in contraddizioni via via più acute. Da un lato essa stessa non sa dare ragione dell'assioma, pur universalmente accettato, per cui "*quae singula non probant, simul unita probant*", laddove il prodotto di debolezze gnoseologiche dovrebbe dare una conoscenza ulteriormente indebolita e non rafforzata.

Dall'altro lato, la tradizionale gerarchia probatoria non può fare a meno di constatare che determinati indizi, alla luce del cammino delle scienze, hanno acquisito un valore persuasivo altissimo (si pensi al significato dell'impronta, o della traccia di sparo, o del sonogramma, o del DNA, (cfr. fra le molte Cass., I, 13 gennaio 1991, COSSEDDU, *CP* 1992, p. 2161, m. 1175). Sotto un altro profilo ancora, infine, l'irrompere sulla scena di un tipo di "prova" ad alto tasso di equivocità, sebbene concettualmente identico a quella prova dichiarativa che per l'addietro era considerata risolvete (ci si riferisce ai c.d. "pentiti", o collaboratori di giustizia), ha messo in crisi la pretesa di attribuire un determinato coefficiente probatorio al tipo astratto di strumento impiegato, ed ha reso imprescindibile l'esigenza di cercare questo coefficiente nel terreno dell'epistemologia e non in una visuale classificatoria pan-processuale.

5. – Fortunatamente la giurisprudenza non è immobile. L'interscambio fra le varie discipline, l'elaborazione dottrinarie che anche in questo settore ha prodotto acquisizioni pregevoli, la cultura sottostante del singolo estensore di motivazioni (che finisce con il trapelare, anche se non si traduce in veri e propri principi giuridici) tutto ciò ha condotto all'emergere di pronunce meno dommatiche e più aperte, anche se ancora lontane da una sistemazione concettuale appagante.

Mette conto riportarne alcune, di diverso livello ed esplicitezza. “Deve ritenersi superata la tradizionale distinzione tra la prova rappresentativa e quella critica, che solitamente si è per lungo tempo fatta al fine di una attribuzione di un maggiore o minor valore processuale all’una piuttosto che all’altra” (Cass., I, 22 giugno 1992, ALFANO, CP 1994, p. 111, m. 96). Anzi, “ad alcune prove, che rientrano nella categoria delle ‘indirette’ o ‘critiche’, deve riconoscersi un rilievo di attendibilità superiore rispetto ad altre, che pure rientrano in quelle dirette o rappresentative, ed anzi possono valere a verificare queste ultime” (Cass., I, 13 novembre 1991, COSSEDDU, CP 1992, p. 2161, m. 1175).

Ed ancora: “Il legislatore ha accolto una concezione unitaria della prova, che, per comodità di analisi, può suddividersi nei vari elementi che la compongono e può tollerare classificazioni, ma che, nel momento valutativo finale, non accetta altra definizione che quella di prova critica unitariamente intesa” (Cass., 11 gennaio 1991, TERESI, CP 1992, II, p. 983, m. 361).

Andando oltre, in altre pronunce si possono cogliere *obiter dicta* sorprendenti: “... Risultano pertinenti e fondate, invece, le critiche del ricorrente p.g. avverso quelle parti della motivazione che, valutando la portata di un elemento obiettivo e certo (l’identità delle armi usate nell’eccidio, quelle stesse impiegate nella precedente strage della circonvallazione ed in parte usate anche in altre imprese criminali contro la vita, ascritte alla commissione) ne hanno piegato il significato verso ipotesi congetturali ingiustificatamente divergenti da quella collegabile, secondo una logica lineare, alla più **accreditabile delle causali**, l’impegno manifesto del nuovo prefetto nella lotta contro la mafia, accompagnato dalla facile prevedibilità di reazioni a tutto campo da parte degli organi repressivi in caso di suo assassinio. Considerazioni, queste, riconducenti facilmente ad una matrice programmatica e decisionale di generale autorità e di indiscusso potere che, giusta gli schemi di fatto accertati, sarebbe arduo non identificare nella commissione di Palermo, vertice supremo dell’organizzazione mafiosa” (Cass. I, 30 gennaio 1992, ALTADONNA, CP 1993, p. 1695, m. 975: capitolo relativo all’omicidio del prefetto Dalla Chiesa). Traspare nella motivazione la sorprendente adesione al criterio dell’“ipotesi preferibile”, vale a dire l’accettabilità della “storia criminale” che non presenta carattere di certezza, ma che si presenta come evento capace di fornire spiegazione ragionevole a tutti gli elementi raccolti, ed è prevalente su ogni altra ipotesi formulata o formulabile nel processo.

Di più: la nozione di “storia criminale”, che è assai più di una metafora passeggera di un linguaggio curiale in vizzo di modernità, ritorna addirittura in una recente pronuncia della Corte Costituzionale: chiamata a giustificare il nuovo dettato dell’art. 500 comma 4 c.p.p., la Corte approva “un criterio logico-argomentativo in base al quale non è sufficiente un giudizio di attendibilità intrinseca o di superiore dignità logica della dichiarazione utilizzata per la contestazione, per assegnare prevalenza a questa, occorrendo a tal fine che essa sia anche coerente con qualche altro e diverso elemento di prova, onde – come è stato efficacemente osservato – iscriversi nella storia del reato con la legittimità che viene dalla connessione fra vari segni che la compongono” (Corte Cost. 9 giugno 1994 n. 241).

Ci sono spunti sufficienti per giustificare una riflessione un poco più sistematica.

6. – Il cammino prende le mosse da lontano. Gli operatori giudiziari devono affermare che il processo produce certezze per un bisogno di identità e di autogiustificazione. Non si può legittimare un evento così grave come la limitazione della libertà di una persona, se non in forza di una categorica certezza della sua responsabilità.

Ma gli osservatori del processo sanno da tempo che non è così: “Se nessun giudizio storico è tale che sia assolutamente impossibile predicare il contrario, il concetto di verità processuale si può ottenere soltanto a prezzo di una determinazione quantitativa delle probabilità contrarie” (F. CORDERO, *Note sul procedimento probatorio*, in *Jus*, 1963, p. 45). E prima di lui F. CARNELUTTI, *Accertamento del reato e “favor rei”*, in *Riv. dir. proc.* 1961, p. 342) aveva riconosciuto che, in questa determinazione di probabilità, non c’è alcun criterio matematico o rigido sul quale confidare, e ci si deve accontentare di una “prevalenza rilevante”, a sua volta poco afferrabile.

L'assunto non viene da un preconcetto pessimismo epistemologico, ma da considerazioni di logica lineare, che, in termini inevitabilmente semplificati, possono così esprimersi.

a) La conoscenza dell'uomo si estende per constatazione o per inferenza. Il giudice non può, per definizione, constatare il reato (quello commesso in udienza è eccezione insignificante, poiché il reato appartiene ad un passato non ricostruibile sperimentalmente). Dunque il giudice, per predicare l'esistenza di un reato e la sua attribuibilità ad una persona, deve ricavarlo da determinati indicatori sottoposti al suo vaglio.

b) L'inferenza è una tecnica di ragionamento incentrata sul passaggio "dal particolare ad altro particolare attraverso la mediazione di un universale". L'"universale" che funge da ponte è una legge che, di regola, non ha valore assoluto, e quindi riverbera la sua "non necessità logica" sulla conclusione, anch'essa opinabile e probabilistica. L'enunciato finale del giudice, pertanto, non ha carattere di certezza, ma ha la possibilità di essere "giustificato", nel senso che, offrendosi al controllo razionale, può ricevere consenso.

c) Il consenso è conseguibile in misura proporzionale alla validità e concluzionalità della regola-ponte impiegata; e poiché la vicenda processuale non offre normalmente un solo elemento di valutazione ma una pluralità di elementi, il consenso si lega altresì alla congruenza di questa messe di informazioni con una certa ipotesi esplicativa del loro insieme, e con la preferibilità di questa ipotesi a qualsiasi altra, espressamente formulata o astrattamente formulabile.

7. – Ognuno di questi punti deve essere vagliato. Il nuovo codice di procedura penale ha contribuito notevolmente all'opera di chiarificazione terminologica e concettuale richiesta dalla materia della prova. Il codice del 1930 impiegava il vocabolo "prova" in una pluralità indistinta di significati, che giustificava le ambiguità: talora la parola stava ad indicare le fonti di prova (ad esempio nell'art. 219: "la polizia giudiziaria deve ... prendere notizia dei reati, ... assicurarne le prove" ecc.); talora essa individuava essenzialmente i mezzi di prova (art. 440: "il presidente o il pretore ... procede all'assunzione delle prove"); talaltra ancora era sinonimo di elementi di prova (art. 367: "il giudice invita l'imputato a discolarsi e a indicare le prove a suo favore"); infine in qualche caso la parola traduceva tipicamente il risultato di prova cui si perviene dopo la valutazione (art. 479: "se non risultano sufficienti prove per condannare ...").

Il nuovo codice ha recepito i suggerimenti della dottrina più attenta (cfr., in particolare, G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, 1979, p. 103) ed ha spezzato la molteplicità dei significati in altrettanti significanti. Talora esso impiega l'espressione "*fonte di prova*" (artt. 65, 347, 348, 357, 364, 371, 388, 417, 429, 434, 435, 220 disp. coord., e altri) quando intende denominare la persona, la cosa, il documento o comunque un qualsiasi fenomeno idoneo a produrre una conoscenza rilevante per il processo.

In altri casi, invece, si rinviene la locuzione "*mezzi di prova*", la quale dà addirittura il nome al titolo II del libro III del codice, e ricompare negli artt. 505, 507, 510 ed in altri, ad indicare lo strumento processuale mediante il quale si accosta la fonte e la si escute per farle produrre la conoscenza di cui è portatrice.

L'"*elemento di prova*", poi, (che figura, ad esempio, negli artt. 65, 86, 90, 192, 410, 421, 38 disp. att., 256 disp. trans.) è l'ambito di conoscenza ricavabile dalla fonte, sollecitata attraverso il mezzo: la proposizione enunciata dalla persona esaminata, la qualità di un oggetto ispezionato, una condotta, un giudizio peritale, il contenuto di un documento o di un'intercettazione.

Di “risultato di prova” il codice non parla espressamente, tuttavia il concetto traspare con equipollente chiarezza in varie norme (artt. 200 comma 3, 238-bis, 371 comma 2 lett. c), 453 comma 1, 487 comma 4, 500 comma 4, 530 commi 2 e 3, 603 comma 4, ecc.) nelle quali continua ad essere impiegata la parola “prova” senza ulteriori specificazioni, ma nelle quali la locuzione compare chiaramente nel senso di indicare il terminale di un percorso argomentativo. Il vocabolo “risultato” appare poi formalmente in qualche disposizione (ad esempio nell’art. 506 comma 1, ove figura nel senso di esito dimostrativo provvisorio dei mezzi di prova già esperiti); ma soprattutto la nozione di “risultato” compare testualmente nella regola fondamentale dettata in tema di valutazione della prova, e cioè nel primo comma dell’art. 192, il quale stabilisce che “il giudice valuta la prova dando conto nella motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati”.

Il “risultato di prova” non è, evidentemente, un *quid* esistente sul piano materiale, a differenza delle tracce o degli enunciati raccolti e sottoposti a valutazione, ma è il punto di approdo di un’operazione mentale applicata a quei segni. Se le prove sono “eventi presenti **interpretabili** come segni di eventi passati” (così L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, 1989, p. 98), il “risultato di prova” è appunto l’assenso dato a questa possibilità di interpretazione, espresso da un soggetto imparziale, deputato a compiere tali operazioni mentali in nome di un ideale uditorio della ragione.

Non vi è più, dunque, una relazione di identità tra un certo fenomeno e lo standard di conoscenza richiesto dalla decisione finale: in altre parole, non vi sono più “prove” che siano tali in sé, ed altre che rappresentano solamente degli “indizi”: vi sono, semplicemente, degli “elementi di prova”, ai quali viene riconosciuta, o negata, la capacità di convalidare un’ipotesi, sulla base di un **criterio** razionale offerto al consenso.

L’implicazione è rilevante. Se il giudice deve “dare conto” delle operazioni compiute e dei risultati raggiunti, è segno che questi ultimi non possiedono l’evidenza della dimostrazione, non sono sostenuti da una necessità logica: in altri termini, non vi è “certezza” nel risultato, così come non vi sono “prove” che di per sé la forniscano.

Il codice recepisce questa importante acquisizione in almeno due norme: l’art. 546 comma 1, lettera e) stabilisce che la sentenza deve contenere, tra l’altro, “l’indicazione delle prove poste a base della decisione e l’enunciazione delle ragioni per le quali il giudice ritiene non attendibili le prove contrarie”. Il linguaggio, inevitabilmente contratto, sta a significare che vi possono essere, e normalmente vi sono in processi di almeno media complessità, degli elementi che orientano verso una data conclusione ed elementi che orientano nella direzione opposta. Entrambi presentano, visti “a parte *ante*”, una certa capacità dimostrativa, che permette di considerarli argomento a sostegno di una ipotesi: ma solo taluni, “a parte *post*”, si trasformano in risultato di prova, mentre agli altri viene negata dal giudice l’efficacia che la parte loro attribuiva.

Si coglie in questa norma la sintesi dell’essenza del processo, come luogo di confronto tra ipotesi contrapposte: l’**adprobatio** data dal giudice agli elementi adottati da una parte, con il rifiuto dei contrari, traduce il valore convenzionale di quelle che sono definite prove. Se le prove ritenute vincenti fossero dotate di certezza, non potrebbero esservi delle prove contrarie: queste sarebbero delle pseudo-prove, la loro incapacità dimostrativa emergerebbe da esse medesime, ed il giudice non avrebbe neppure la necessità giuridica di indicare le ragioni per cui le preferisce.

Ancora più nitida è la conferma che si ricava dall’art. 637 comma 3. Questa norma regola il procedimento di revisione e stabilisce che “il giudice non può pronunciare il proscioglimento esclusivamente sulla base di una diversa valutazione delle prove assunte nel precedente giudizio”. Argomentando a rovescio, si desume che il giudice potrebbe, sul piano strettamente logico-conoscitivo, addivenire ad una diversa valutazione delle prove che condussero alla condanna, ma ciò gli è impedito per esigenze di stabilità del giudicato. Questo significa che quegli elementi di prova, che furono “adprobati” nel processo definito con la sentenza di condanna sottoposta a revisione, solo formalmente hanno espresso una certezza, tant’è che ora sarebbero suscettibili di condurre ad un risultato diverso. L’art. 637 comma 3 sottolinea pertanto in modo testuale il valore meramente probabilistico delle certezze giudiziarie.

Sezione terza: Il criterio.

8. – Il primo caposaldo di questa impostazione, pertanto, è la considerazione che: a) nulla è “prova” in sé, tutto è “elemento di prova”; b) l’elemento di prova può produrre un “risultato di prova” in ragione del criterio inferenziale che si propone; c) la bontà di questo criterio è convenzionalmente “approvata” o meno da un soggetto imparziale, che interpreta i dettami della ragionevolezza.

È quindi fondamentale l’analisi del “criterio”, ovvero della regola universale adottata per passare in via inferenziale dall’evento noto (o elemento di prova) all’evento investigato.

La combinazione del particolare e dell’universale, nel che si sostanzia l’inferenza, dà luogo – come è noto – a tre tipi di operazioni mentali: la deduzione, l’induzione, l’abduzione. Questi tre modelli riflettono le combinazioni possibili dei tre elementi costitutivi del sillogismo (premessa maggiore, o regola; premessa minore, o evento constatato, o caso; conclusione, o evento ignoto).

La *deduzione* si ha quando si conoscono REGOLA e CASO e si intende ricavarne il RISULTATO. Applicata alla materia processuale, la deduzione può servire in funzione essenzialmente predittiva, nel senso che, conoscendo taluni eventi, ci si può attendere che se ne verifichino altri. Nel giudizio, il metodo deduttivo è presente allorché si formula una prognosi, ad esempio in funzione della concessione di benefici (chi ha già commesso vari reati, è probabile ne commetta altri; l’imputato è plurirecidivo; ergo ...). Nell’ambito probatorio la deduzione, invece, serve solamente per operazioni intermedie, che orientano l’attività investigativa (ad esempio, se nella sparatoria un individuo è stato ferito, esso cercherà di farsi curare da qualche medico; ovvero, se ha acquisito un’ingente somma di danaro, frutto di operazioni illecite, cercherà di impiegarla; se il “serial killer” agisce secondo taluni metodi e sotto la spinta di determinate motivazioni, si può sollecitarlo ad agire in un contesto controllato; e simili). La sua utilità si manifesta nella ricerca di convalida dell’ipotesi provvisoriamente formulata (v. *infra* la sezione quarta).

L’*induzione* è l’operazione attraverso la quale si estrae una REGOLA, o legge, in seguito alla ripetuta osservazione dei fenomeni, o CASI. Nel campo processuale l’induzione serve a ricavare regole di comportamento criminale, da utilizzare come criterio in inferenze successive: ad esempio, se ripetutamente si constata che determinate imprese locali subiscono un cammino di progressiva decozione, e poi di colpo vengono ricapitalizzate con l’ingresso di determinati soggetti, si può desumere una tecnica di estorsione progressiva ai danni dell’impresa, e di sua resa agli estortori, con utilizzo dell’impresa da parte degli stessi a fini di copertura. Ovviamente la validità della regola discende dall’ampiezza e dalla costanza delle osservazioni, e non ha valore scientifico se riferita a comportamenti umani; ma anche l’induzione ha utilità nell’argomentazione giudiziaria, relativamente a passaggi intermedi della stessa, in quanto fornisce il “criterio” da impiegare nell’inferenza abduzione.

L’*abduzione* è la forma di inferenza praticata quando si conosce un determinato evento e se ne vuole ricostruire l’antecedente causale: si conosce, cioè, RISULTATO e REGOLA, e si va alla ricerca del CASO. Nell’argomentazione giudiziaria l’abduzione occupa il posto centrale: dalla presenza di un’impronta si deduce, in base ad un principio scientifico, che un certo individuo ha toccato l’oggetto; da una dichiarazione si ricava la realtà dell’evento riferito applicando un criterio di attendibilità al dichiarante; dal possesso di una quantità di ricchezza, o di sostanza stupefacente, o di determinati oggetti, si desumono corrispondenti antecedenti causali, in base a regole empiriche di condotta. In particolare è l’abduzione quella che guida il passaggio argomentativo finale, quello che, in forza di uno o più elementi di prova, autorizza ad affermare che l’imputato è autore del fatto-reato.

Tutta la nostra vita di relazione con l’esterno è intessuta di abduzioni, perché ad ogni passo ci troviamo nella necessità di collegare un fenomeno alla sua causa, selezionandola fra le infinite possibili. Ma l’abduzione processuale ha esigenze peculiari, poiché costringe a risalire dalla traccia alla causa in termini di, almeno tendenziale, sicurezza, cioè con un rischio di errore assai più contenuto di quello che è insito nelle innumerevoli abduzioni della vita quotidiana.

L'abduzione, pertanto, sconta questa insanabile contraddizione epistemologica: da un lato è l'unico tipo di inferenza che aumenta le nostre cognizioni fattuali, e quindi è l'unico schema argomentativo sempre e davvero indispensabile per giungere all'enunciato finale; dall'altro lato essa rappresenta lo strumento inferenziale dotato di minore necessità logica, e perciò di maggiore debolezza intrinseca.

La deduzione, infatti, può avere carattere di incontrovertibilità, quando la premessa maggiore è sempre vera; l'induzione può avere carattere di certezza scientifica, quando la regola è stata ricavata da un'osservazione estesa e non mai contraddetta; l'abduzione, invece, è sempre "a rischio", anche quando la regola applicata è solida o scientificamente certa, perché è la scelta stessa della regola che è controvertibile (ad esempio il formare delle dosi minuscole di sostanza stupefacente esige senza dubbio l'impiego di uno strumento di precisione; ma, a rovescio, la presenza dello strumento può essere dovuta ad altri impieghi, come la pesatura di oro o di sostanze farmacologiche diverse).

In altri termini, se il nesso causale "in avanti" può assumere carattere di cogenza ("se p, allora q; è p, dunque è q"), il nesso causale percorso "all'indietro" è sempre frutto di un'opinabile selezione tra gli infiniti altri antecedenti astrattamente possibili ("è q, dunque è, verosimilmente, p; ma può essere anche p', p'', ecc."). La scelta operata attraverso l'abduzione è la proposta di una REGOLA che conduce ad una causa la quale, per economia di pensiero, viene individuata come l'antecedente più probabile dell'evento conosciuto.

Schematizzando ancora, si può dire che l'abduzione è bensì un'inferenza creativa di conoscenza nuova, ma sempre a rischio, perché – come affermano i logici – per potersi parlare di dimostrazione è necessario non solo che la regola impiegata sia di tipo analitico o scientifico, ma che della stessa si faccia uso in un ragionamento di tipo deduttivo e non abduttivo.

9. – Il primo compito che attende il giurista, il quale voglia cercare di approdare ad un metodo per la valutazione della prova, è quindi quello di fare oggetto di analisi la regola (o criterio) che viene comunemente impiegata nelle abduzioni di tipo giudiziario.

Queste regole offrono vari livelli di affidabilità. Talora il criterio è costituito da una legge scientifica avente piena validità, nel senso che sino ad ora non è stata mai falsificata; e quindi il suo impiego produce un'inferenza avente carattere di certezza o di irrefutabilità logica (ad esempio, un veicolo di un certo tipo, procedente ad una velocità nota e dotato di pneumatici dei quali si conosce il grado di usura, lascia sul terreno tracce di frenata di una certa lunghezza: conoscendo quest'ultimo dato ed i restanti parametri, ad eccezione della velocità, questa è ricavabile facendo applicazione della regola tecnica che lega fra di loro i vari fenomeni; e similmente a proposito del foro d'ingresso di un proiettile, o di una traccia di effrazione, e così via).

Il limite di questo tipo di inferenza, che in sé e per sé sarebbe produttivo di conclusioni certe, è di non operare mai nell'abduzione finale, ma solo in passaggi intermedi: essa cioè permette di collegare un evento alla classe delle sue cause possibili, ma non allo specifico evento cercato dal processo. Negli esempi dati, si conosce la velocità del veicolo, ma l'attribuzione delle tracce alla specifica vettura, e la conduzione della vettura da parte dell'imputato, discendono da altri tipi di abduzione; si ha certezza sulla collocazione dell'autore della lesione o dell'effrazione, ma nulla è detto sulla sua identità.

10. – Altre volte l'inferenza riposa su leggi ancora scientifiche, ma di tipo probabilistico. L'analisi di fenomeni omologhi ne individua certi caratteri che si ripetono con frequenza conosciuta: la conoscenza di una data traccia sensibile permette di ricondurla all'evento-causa con una probabilità corrispondente alla frequenza. Tradotto in termini giudiziari, si può dire, ad esempio, che una persona su mille, all'interno di una certa popolazione, ha gli stessi parametri fonocustici di un'altra persona: quindi l'identità del sonogramma del telefonista di un sequestro di persona con quello proveniente dall'imputato ha un valore di identificazione pari a 1000/1, ma non offre certezza assoluta. Altrettanto può dirsi quanto al potere risolutivo di due identici tracciati del DNA, o per le impronte palmari, o per il gruppo sanguigno, o per le rigature di un proiettile.

La caratteristica di questo tipo di regola non è quella di presentare una maggiore fallacia della precedente, ma quella di non poter giungere ad un'identificazione esclusiva. La scienza è in grado di enunciare con certezza la frequenza del ritorno di determinati fenomeni all'interno di una classe, ma non può andare oltre. La regola è rigorosa quanto alla connessione stabilita, ma non offre certezza quanto all'unicità della connessione.

11. – Un terzo tipo di regola si fonda sull'osservazione dei comportamenti umani. Poiché si ritiene che essi rispondano a ragioni o motivazioni, dall'osservazione di una certa condotta si reputa corretto risalire ad un altro evento, che di quella è l'antecedente logico. Il possesso di refurtiva a poca distanza temporale dal furto autorizza a pensare che il possessore sia il ladro.

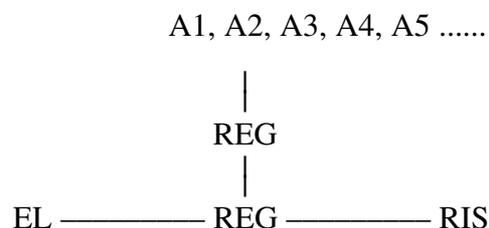
Questo tipo di inferenza non produce conclusioni dotate di necessità logica, poiché la regola si basa semplicemente sulla normalità dell'agire, cioè su quella che viene definita la “comprensione empatica di come si comporta la gente”. Talvolta esso ha punti di contatto con le regole scientifiche di tipo probabilistico, come quando certi comportamenti collettivi vengono studiati e classificati, e la loro rispondenza alla regola ha forte solidità ed affidabilità: ma la legge ricavata dall'osservazione è sempre di tipo statistico, e se è valida sui grandi numeri, è passibile di deroghe nelle situazioni specifiche.

12. – La conclusione, se ci si limita all'analisi del criterio che presiede all'inferenza giudiziaria finale, non è confortante: quando la regola-ponte ha validità assoluta, essa opera solamente in passaggi intermedi del ragionamento; quando si affronta l'inferenza finale, la regola ha un grado solo parziale di affidabilità; per giunta, la stessa adozione e scelta della regola è frutto di operazioni mentali controvertibili.

Poiché nel sillogismo “*peiolem sequitur conclusio partem*”, ovvero la conclusione ha lo stesso livello di solidità della premessa maggiore, l'esito giudiziale deve abbandonare le convinzioni di certezza. L'approdo può destare preoccupazione, poiché al di sotto della certezza (esclusi i due ambiti dell'impossibilità e della mera possibilità) non vi è che l'area della probabilità: troppo fluttuante, enunciata in questi nudi termini, per legittimare una “certificazione” giurisdizionale.

I tentativi di dare una maggior consistenza a questo mobile concetto si snodano in due capitoli intrecciati, desumibili da un'esplorazione non convenzionale delle due norme basilari in materia, gli artt. 192 comma 1 e 546 comma 1 lettera e) c.p.p.: il consolidamento del “criterio” attraverso una più ampia osservazione (lo studio delle massime d'esperienza), ed il passaggio dalla singola inferenza abduittiva al complesso delle operazioni mentali che presiedono alla formulazione dell'“ipotesi” ed alla sua verifica.

Il primo obiettivo è quello di rafforzare la validità induttiva del criterio, ed è schematizzabile nella formula di TOULMIN (“*The uses of argoument*, 1958):



In questo schema, A1 e seguenti indicano le esperienze ricorrenti dalla cui osservazione si è ricavata la regola (criterio di giustificazione esterna); EL e RIS indicano i noti termini di partenza e di arrivo dell'inferenza probatoria di tipo abduittivo (giustificazione interna). L'affidabilità del risultato è legata alla costanza ed alla ampiezza delle osservazioni che hanno permesso di ricavare induttivamente la regola.

13. – Si può, per intanto, ricavare una prima acquisizione. Se nulla è “prova” in sé, e se tutto è “elemento di prova” che può condurre o meno al “risultato di prova”, a seconda del criterio-ponte che viene adottato; se questa metodica è universale, perché attiene all’essenza della motivazione (art. 192 comma 1): ne deriva che anche per le prove dirette o rappresentative occorre individuare un “criterio” valido ed offrirlo al consenso.

L’operazione avviene molto spesso in forma ellittica, nel senso che viene fatto coincidere l’“elemento” con il “risultato” (ad esempio la fotografia ci convince della effettiva esistenza dell’entità riprodotta; il racconto dell’ufficiale di polizia ci fa ritenere appartenente alla realtà il fatto da lui constatato, senza bisogno apparente di mediazioni mentali). Ma, a ben guardare, anche in questi casi noi applichiamo un criterio per trascorrere dal “*dictum*” al “*factum*”, solo che la regola ci pare così evidente da non avere bisogno di esplicitazione: la fotografia riproduce l’evento, perché le cognizioni scientifiche usuali ci assicurano in tal senso, salvo che si abbia il sospetto di un montaggio; il pubblico ufficiale è ritenuto veritiero perché la narrazione fedele è un suo compito istituzionale, salvo che si abbia ragione di ipotizzare mendacio o compiacenza; e così via.

In realtà, è sufficiente che qualche accadimento anomalo metta in discussione la fonte di prova diretta, perché anche in questo caso si avverta la necessità di individuare dei validi criteri di passaggio dall’evento rappresentato alla sua corrispondenza con il mondo della realtà: per la fotografia soccorreranno le valutazioni tecniche di un esperto, per la dichiarazione si farà appello ad una serie di indicatori suggeriti dall’esperienza. In ogni caso, si rende necessario, anche in queste situazioni che ieri apparivano sottratte a tale esigenza, esplicitare il criterio che ci legittima a tradurre l’“elemento” in “risultato”.

14. – Il secondo punto, suscettibile di trasferirsi sul piano operativo, concerne l’ampiezza dell’osservazione necessaria per acquisire delle “regole” valide nelle inferenze giudiziarie quotidiane. Tutta l’attività dell’operatore giudiziario, pertanto, deve essere incentrata sull’acquisizione del massimo numero di esperienze socio-criminologiche, atte ad offrire delle “leggi” comportamentali aventi un sufficiente grado di estensione e costanza. Utili a tal fine possono essere quelle “agenzie del sapere criminale” che sono state costituite all’inizio degli anni ’90, come la DIA e la DNA (legge 30 dicembre 1991 n. 410 e 20 gennaio 1992 n. 8: si può ricordare, quanto al Procuratore nazionale antimafia, che l’art. 371-*bis* comma 3 c.p.p. include tra i suoi compiti quello di “provvede(re) all’acquisizione e all’elaborazione di notizie, informazioni e dati attinenti alla criminalità organizzata”).

E sono confortanti quelle decisioni giurisprudenziali, ormai non più isolate, che autorizzano ad utilizzare delle massime d’esperienza (altro nome possibile del “criterio” di cui all’art. 192) ricavabili dall’esperienza anche locale di specifiche realtà criminali (v., fra le molte, Cass. I, 25 marzo 1982 in *Foro it.*, 1983, II, c. 360; Cass. I, 24 gennaio 1977, in *Riv. pen.* 1977, p. 689; Cass. I, 1 aprile 1987, in *Mass. uff.* 1987, n. 178 779; Cass. Sez. un., 18 febbraio 1988, in *CP* 1988, p. 1343, n. 1185; Cass. sez. fer., 3 settembre 1992, in *CP* 1993, p. 878, n. 540; Cass. VI, 13 gennaio 1994, in *CP* 1995, p. 1382, n. 861).

Ma resta il dato problematico, rappresentato dalla duplice “fallacia possibile” della quale si è detto: da un lato la mancanza di una coerenza logica nelle “regole” che vengono usate nell’abduzione finale; dall’altro lato la mancanza intrinseca di un rigore dimostrativo nel “pensare all’indietro”, cioè nel tipo di inferenza detto abduzione o retroduzione. Resta, cioè, la constatazione che questa semplice probabilità – e sia pure alta probabilità – non può non preoccupare il giudice, il quale avrà anche familiarizzato con la scomparsa del mito della certezza, ma conserva l’esigenza di approdare ad una conclusione che presenti il minor possibile rischio di errore “*in malam partem*”.

È a questo punto che entra in campo il secondo tipo di impegno per consolidare apprezzabilmente la probabilità, e cioè l’applicazione al ragionamento giudiziale delle tecniche suggerite dall’elaborazione del concetto di **ipotesi scientifica**.

Sezione quarta: L'ipotesi.

15. – Il fatto-reato, come qualsiasi evento, si inserisce in una serie causale: ha degli antecedenti ed è esso stesso antecedente di altri eventi, in quanto modifica il mondo reale, sia lasciando delle tracce materiali, sia imprimendosi nella percezione di persone o cose.

Qualsiasi situazione noi ci troviamo ad osservare, la stessa può essere letta come una serie di eventi sconnessi o come un “testo”. Se noi consideriamo, ad esempio, un ambiente domestico, possiamo rilevare la presenza di due adulti, tre bambini, una tavola, dei piatti, dei bicchieri, una donna che immerge un mestolo in una pentola, e via enumerando. Tutte queste “occorrenze” possono venire unificate stabilendo che siamo in presenza di una famiglia che sta consumando un pasto.

Quando tutte le “occorrenze” della situazione sono note, il “testo” ha la funzione di un semplice predicato, che riduce ad unità la massa dei singoli elementi sconnessi, sostituisce una sensazione complessa ad una serie di sensazioni semplici, ed agevola la percezione e la comunicazione del messaggio.

Quando invece non tutte le “occorrenze” concrete sono note all'osservatore, perché questi si colloca all'esterno della situazione, allora l'“ipotesi” è uno schema esplicativo possibile, che dà ragione di tutti gli eventi constatati, e li trasforma, da fenomeni scollegati in una “sequenza coerente” (o testo). È questo il caso dell'investigatore, il quale è ovviamente “esterno” rispetto alla commissione del reato, e constata semplicemente il teatro nel quale il reato è stato commesso (intendendosi come tale non solo la realtà materiale modificata dalla condotta delittuosa, ma anche la realtà umana che da questo evento è stata “impressionata”).

Dunque l'osservazione del teatro del reato dà occasione ad una prima serie di inferenze di tipo abduittivo, che permettono di approdare non ad un evento specifico, ma ad una classe di eventi-causa: un bossolo dice che è stata impiegata un'arma di un certo tipo, la qualità di una lesione mostra che l'autore era mancino, un messaggio può rivelare un movente, la testimonianza di un passante può comunicare la statura o la corporatura della persona implicata, la registrazione della conversazione manifesta la provenienza regionale del parlatore, e così via. Queste acquisizioni sono ottenute attraverso il noto meccanismo abduittivo che applica all'elemento posseduto la regola d'inferenza conveniente: ma sono acquisizioni di tipo intermedio, e conducono non ad un'“individuazione” della causa, ma a classi di soggetti.

Ciò che può unificare questi risultati intermedi è la formulazione dell'**ipotesi esplicativa**, e cioè di una proposizione del tipo: “se fosse accaduto nella realtà l'evento X, esso sarebbe spiegazione degli elementi posseduti”. L'ipotesi, insomma, “sostituisce un unico concetto ad un complicato groviglio di predicati connessi ad un soggetto. Nell'inferenza ipotetica la complicata sensazione è rimpiazzata da una singola sensazione di maggiore intensità, quella corrispondente all'atto di pensare la conclusione dell'ipotesi” (PEIRCE, “*The hound and horn*”, 1929, n. 2643).

L'ipotesi si distingue dalla **teoria**, che è anch'essa uno schema esplicativo costruito dalla mente come spiegazione di uno o più fatti, ma che offre un'interpretazione dei medesimi in quanto ritenuti conformi ad una legge generale, assunta come operante in tutti i casi del genere (dall'osservazione delle posizioni successive dei pianeti Keplero abduce il loro moto ellissoidale, cioè una legge che ne regola il movimento e le relazioni reciproche in modo universale). L'**ipotesi**, invece, si limita a stabilire una relazione coerente all'interno di una serie di fatti apparentemente scollegati, vale a dire costruisce una storia con un solo soggetto, il quale diventa punto di riferimento di diversi sintomi rinvenuti nella realtà.

Si comprende come abduzione ed ipotesi siano strettamente apparentate, tanto che taluno (U. ECO, *Corna, zoccoli, scarpe: alcune ipotesi su tre tipi di abduzione*, in “*Il segno dei tre*”, a cura di Eco e Sebeok, Bompiani, 1983, p. 255) vede in esse uno sviluppo della stessa nozione. L’abduzione, nel suo primo stadio o livello, è la forma di inferenza che (come si è detto) consente di risalire da un evento alla sua probabile causa, è di tipo analitico-individuale, e sconta i limiti logici dei quali si è fatto cenno (par. 14). Nel secondo stadio l’abduzione è sintetica e creativa, perché produce una connessione tra eventi, ma non può garantire che la “storia” ipotizzata sia quella reale.

La convalida dell’ipotesi (per quanto ciò è possibile nell’esperienza giudiziaria specifica) è il passaggio che occorre affrontare per dare consistenza all’investigazione processuale.

16. – Il più eloquente degli strumenti di convalida è la verifica sperimentale (la costruzione reale del “*factum explanans*”, e la constatazione che esso produce realmente il “*factum explanandum*”: se A fosse la causa di B, riproducendo A si dovrebbe ottenere B).

Ma il processo non consente la ricostruzione sperimentale della commissione del delitto. La presenza di un mezzo di prova denominato “esperimento giudiziale” non trae certamente in inganno, poiché con esso, come recita l’art. 218 c.p.p., si accerta semplicemente “se un fatto sia o possa essere avvenuto in un determinato modo” e pertanto, in esito all’esperimento, non si ha la dimostrazione che il presunto colpevole è l’autore della condotta illecita, ma che egli “può” averla tenuta (l’effetto concludente si produce solo sul versante liberatorio, quando l’esperimento dimostra che l’imputato “non può” avere tenuto la condotta che gli si addebita).

Occorre allora vagliare quelli che vengono considerati requisiti di accoglibilità dell’ipotesi. Essi in sintesi sono: la *rilevanza* (cioè la capacità di spiegare il fatto, nel senso che questo deve essere deducibile dall’ipotesi proposta); la *comprovabilità* (nel senso che deve esistere un rapporto tra il fatto ipotizzato e taluni dati empirici posseduti o possedibili); la *compatibilità* (tra l’ipotesi formulata ed altre ipotesi già stabilite in precedenza); la *capacità di previsione e di spiegazione* (di fatti ulteriori rispetto a quello considerato); la *semplicità* (nel senso che è preferibile l’ipotesi, a sostenere la quale si richiede una minore complicazione di eventi) (I. COPI, *Introduzione alla logica*, in *Il Mulino*, 1964, p. 485).

17. – Trasponendo queste acquisizioni sul piano dell’indagine giudiziaria, è possibile per intanto osservare che, nella stragrande maggioranza dei casi, il teatro del reato non è costituito da una sola traccia, ma da evenienze plurime e di diversa natura.

Queste tracce rappresentano il “contesto di scoperta” (G. UBERTIS, *op. cit.*, p. 55, e AA. *ivi* richiamati), che l’osservatore unifica, per il solo fatto che esamina il teatro in atteggiamento di ricerca, in un’ipotesi provvisoria esplicativa. L’osservatore che giunge sul luogo, o che riceve una denuncia, o che ascolta un collaboratore di giustizia, non si limita a guardare il cadavere o l’auto incendiata, né ad ascoltare il collaboratore, ma cerca mozziconi o bossoli, rileva impronte digitali o di pneumatici, accerta i fori d’entrata o di uscita dei proiettili, controlla i sedili e i tappetini, raccoglie gli oggetti contenuti nelle tasche (e se si tratta di un interrogatorio indirizza le domande verso certi temi), in una parola raccoglie il più possibile di informazioni coerenti con l’ipotesi, per ora elementare, di un assassinio o di un incendio doloso, o di una veritiera rappresentazione di uno scenario malavitoso raccontato da un suo *ex* appartenente.

Il fatto stesso che l’investigatore si premuri di accertare se vi sono tracce di violenza sul collo, e non – poniamo – se la pianta vicina sia un melo o un pesco, è indicativo della selezione spontanea che si opera nella mente dell’osservatore, e dell’ipotesi che presiede a tale osservazione; così come sono indicative del formarsi di un’ipotesi nella mente dell’interrogante le domande che egli viene via via formulando.

18. – Nel “contesto di scoperta” la formulazione della ipotesi è relativamente agevole, perché di solito essa è a largo raggio ed a limitata conclusione. I fatti che si offrono inizialmente sono, di regola, insufficienti per una ipotesi esplicativa risolvibile, vale a dire per formulare proprio l’ipotesi specifica che sarà introdotta nel processo (essere Tizio l’autore del delitto).

La prima ipotesi, dunque, ha per lo più un carattere di genericità e di provvisorietà, e perciò deve essere impiegata essenzialmente per produrre ulteriori ambiti di ricerca; dopo di che essa dovrà essere o accantonata, o sostituita da ipotesi più specifiche.

Si consideri il caso di una persona senza vita rinvenuta all’interno di un’auto abbandonata sul ciglio di una strada. Il primo contatto con questa serie molto ristretta di elementi suggerisce di formulare due ipotesi alternative, la morte accidentale per cause organiche e la morte prodotta da qualche evento traumatico. Le due ipotesi sono “evocatrici di mondi immaginari”, ed hanno entrambe una loro fecondità, o capacità di spiegare altri fatti: se la morte fosse dovuta a cause traumatiche, il corpo ne manifesterebbe i segni (inferenza di tipo deduttivo, sorretta da una regola iper-codificata, o scientifica). Dunque l’osservatore “va a vedere” se nella realtà si siano davvero manifestate quelle “occorrenze” che la sua ipotesi suggerisce. Se le riscontra (e quindi, proseguendo nell’esempio, se rinviene un foro da proiettile alla tempia) accantona l’ipotesi della morte per malore e coltiva quella della morte traumatica, addivenendo subito dopo a formulare due ulteriori ipotesi più specifiche, e cioè la morte per suicidio o per omicidio.

Anche queste ipotesi sono evocatrici di scenari complessi dotati di fecondità. Il cammino discendente che esse aprono è di nuovo di tipo deduttivo, incardinato anch’esso su criteri di tipo iper-codificato o scientifico: se il morto si è tolto la vita, le regole di esperienza tecnica appropriate al caso ci dicono che la pistola deve essere in una certa posizione, compatibile con le leggi cliniche e dinamiche; il foro d’ingresso deve avere una certa ubicazione, deve rivelare una distanza dell’arma non superiore ad una certa quantità, e le mani e gli indumenti del defunto devono presentare dei residui da sparo.

Ancora una volta l’investigatore “andrà a vedere” se il mondo della realtà corrisponde al mondo evocato dalla sua ipotesi. Se l’arma non è rinvenuta, o si trova in posizione incompatibile, o se taluna delle deduzioni proiettate dall’ipotesi non riceve conferma, l’ipotesi deve essere abbandonata, e l’investigatore procederà alla formulazione di una diversa.

Proseguendo ancora, l’ipotesi della morte per omicidio (che ha il massimo di genericità, portando ad escludere ... unicamente il defunto) può essere meglio specificata ipotizzando che lo sparatore fosse all’esterno od all’interno del veicolo, deducendo i rispettivi scenari fattuali, ed operando il consueto controllo nel mondo reale. L’ipotesi che lo sparatore abbia agito all’interno della vettura restringe gli eventi-causa dell’uccisione alle persone legate al defunto da un qualche vincolo di conoscenza. Talune modalità dell’accaduto, poi, possono dare occasione ad ipotesi sempre più puntuali (vendetta, regolamento di conti, movente passionale ecc.), ciascuna suscettibile di deduzioni (questa volta ipo-codificate, perché imperniate sulla normale prevedibilità di comportamenti umani), e queste a loro volta passibili di verifica.

In altre parole, ogni “contesto di scoperta” genera un “contesto di ricerca”, attraverso la mediazione di ipotesi sempre più circoscritte, e attraverso uno schema alternativo di “conferma-esclusione” (del tipo “se H fosse vera, essa avrebbe prodotto non solamente A/1, A/2, A/3, già constatati, ma anche A/4, A/5 e così via”; se fosse vero che Tizio è uno dei sequestratori ed ha incassato una quota dell’ingente riscatto, egli l’avrebbe reimpiegata in operazioni economiche vantaggiose; se fosse vero che Caio è un pubblico ufficiale corrotto, egli avrebbe realizzato uno o più atti irregolari a beneficio del presunto corruttore; se fosse vero che Mevio ha emesso fatture false, egli non avrebbe movimentato le merci che le fatture sottendono; se fosse vero che Filano, uomo avente un certo connotato fisico, ha commesso la rapina che il collaboratore gli attribuisce, la sua caratteristica avrebbe potuto essere notata e descritta da taluno dei presenti; se fosse vero che Primus è autore dell’attentato, egli potrebbe avere comunicato a mezzo di telefono cellulare con Secundus, competente in materia di esplosivi o portatore di interessi affini; se fosse vero che Tertius opera nel quadro di una certa associazione criminosa, egli potrebbe avere compiuto determinate operazioni bancarie, o noleggiato vetture, o pernottato in esercizi pubblici di date città, o essere stato intercettato da posti di controllo stradale, e via esemplificando).

In altri, e più autorevoli, termini “i contenuti concettuali che anticipano una possibile soluzione e che dirigono le operazioni di osservazione costituiscono ciò che è stato tradizionalmente chiamato il predicato. Ciò che ci si presenta alla mente come possibile soluzione di un problema, ed è perciò impiegato a dirigere l’ulteriore osservazione sperimentale, forma il contenuto di predicazione del giudizio. L’anticipazione ha logicamente la funzione di promuovere e dirigere un’operazione di osservazione sperimentale” (J. DEWEY, “*Logica, teoria dell’indagine*”, 1939, p. 182).

Il punto nodale, pertanto, in questa fase di scoperta, è coniugare il massimo di inventività, nel costruire delle ipotesi, con il massimo di rigore nell’andare a verificarle, affinché, quando si passerà al “contesto di valutazione”, il giudice disponga del massimo quadro di ipotesi possibili, e del massimo di elementi per escluderle tutte eccetto una.

19. – Tornano utili, a questo punto, le considerazioni fatte a proposito delle tre forme di ragionamento. Anche la deduzione presenta le caratteristiche dell’induzione, e cioè offre una conclusione che ha la stessa forza della premessa maggiore, ovvero della regola impiegata. Nella deduzione che si effettua stimolando l’ipotesi provvisoria a generare ulteriori effetti, la deduzione può essere addirittura evanescente sul piano del rigore del criterio impiegato: ma essa si rivela comunque utile come strumento di orientamento nella ricerca di eventi ulteriori, da selezionare nell’infinità dei fatti accertabili.

Si pensi all’apprestamento della c.d. esca nei delitti seriali, quando ci si colloca nella mente del presunto autore e si riesce ad incrociare la sua traiettoria operativa, cosicché egli si rivela autore sia dell’ultimo sia dei precedenti delitti. La deduzione, vista “a parte *ante*”, ha un notevole grado di evanescenza, essendo del tutto aleatorio che il soggetto ipotizzato abbia a comportarsi nel modo previsto; ciò non toglie che, vista “a parte *post*”, la sua utilità si possa rivelare altissima in caso di riuscita, mentre rimane modesta la forza di esclusione in caso di fallimento (ad analoga conclusione si può giungere nel caso di una perquisizione con risultato negativo, quando è ipotizzabile che l’oggetto cercato possa essere custodito altrove).

Altre volte, invece, l’accertamento, compiuto in forza della deduzione originata dall’ipotesi, ha carattere risolutivo nella direzione contraria, o falsificatrice: se l’ipotesi H “deve” (con carattere di necessità logica) produrre l’ulteriore evento A/5, e questo non viene riscontrato, o se si è verificato un evento A’ incompatibile con esso, H deve essere abbandonata (ad esempio, se si ipotizza che una truffa sia stata commessa da Mevio utilizzando un documento che era nel possesso di Sempronio, occorre accertare se Sempronio ne abbia mai perso la disponibilità: ove ciò non sia – e sempre che siano ritenuti acquisiti con sufficiente certezza i due fatti contraddittori – H deve essere scartata).

In sostanza, anche nel cammino “discendente” sollecitato dalla c.d. fecondità dell’ipotesi, occorre tenere ben presente il grado di implicazione reciproca tra antecedente ipotizzato e conseguenza reale, giungendo all’esclusione dell’ipotesi solo quando la relazione è in termini di contraddizione, ed approfondendo invece l’esplorazione dell’ipotesi negli altri casi.

20. – Man mano che il cammino investigativo procede, le ipotesi si fanno più puntuali, fino a focalizzarsi su una persona, o su un numero definito di persone, intese come probabili autrici del reato (tralascio, per irrilevanza ai fini di cui qui ci occupiamo, l’evenienza che l’ipotesi non coaguli su persone individuate, vale a dire il caso degli autori del reato rimasti ignoti). L’ipotesi finale assume perciò i contorni “se Tizio (ed eventualmente altri) fosse l’autore del reato, ciò fornirebbe spiegazione di tutti gli elementi raccolti, e non sarebbe contraddetto da alcuno di essi”.

Questa ipotesi, giova ricordarlo, non ha alcun connotato di necessità logica: i criteri usati nell’abduzione finale non sono mai di tipo scientifico, e l’abduzione è intrinsecamente priva di capacità dimostrativa. All’ipotesi anzidetta (“se Tizio fosse l’autore del reato, ciò varrebbe a spiegare ...”) è sempre possibile contrapporre altre ipotesi esplicative (ad esempio, il fatto che Tizio sia stato trovato in possesso di refurtiva è spiegabile con il suo ignaro accettarne il momentaneo deposito da parte dei veri autori; il fatto che Caio lo chiami in correità è spiegabile con il proposito di Caio di guadagnarsi la libertà accusandolo; il fatto che Tizio sia proprietario di un furgone dello stesso tipo di quello visto trafugare la merce è spiegabile con la causale coincidenza di modello; ecc.).

Ciò impone di affrontare l’interrogativo di fondo: quanto vale un’ipotesi ai fini della decisione giudiziale? quando accade che un’ipotesi può dirsi “preferibile” ad ogni altra?

Secondo la struttura “hard” del pensiero giuridico tradizionale, un’ipotesi non vale nulla: la stessa radice del vocabolo (ipo-tesi = sub-posizione) sembra giustificare una resistenza, anche psicologica e culturale, ad ammettere che un enunciato solenne e formale, come quello che conclude il processo, possa consistere nella semplice convalida di un’ipotesi.

Secondo l’epistemologia, invece, se è vero che l’ipotesi (nella sua dinamica fatta di formulazione e verifiche progressive) non conferisce certezza, ciò non toglie che essa possieda un suo grado di validità, in qualche modo misurabile, e comunque suscettibile di essere implementato: e su una validità elevata si può fare affidamento nella vita di relazione, ed anche nella ricostruzione di fatti storici rilevanti, nel che consiste l’essenza del processo.

Può essere utile richiamare la formula di HEMPEL (“*Filosofia delle scienze naturali*”, Il Mulino, 1980, p. 94), espressa da “ $p(HK) = r$ ”, ed applicarla a talune situazioni processuali che l’esperienza quotidiana propone. La formula ci dice che la probabilità induttiva dell’ipotesi H è proporzionale al grado di informazione coerente K, che è stata introdotta nel processo attraverso l’acquisizione di elementi di prova, e che, col crescere di K, cresce il grado di resistenza “r” alla falsificazione dell’ipotesi.

Ne consegue che, quando dal “contesto di scoperta” e dal conseguente “contesto di ricerca” si passa al “contesto di valutazione”, cioè al momento in cui il giudice, assunte tutte le prove, si trova a dovere scegliere tra l’ipotesi dell’accusa e quella della difesa, essenzialmente due saranno i parametri in base ai quali si produrrà l’opzione: la *quantità dell’informazione coerente* con la prima, e la maggiore *semplicità*, ovvero la minore complicazione dell’ipotesi dell’accusa rispetto alle altre eventuali (cfr. il par. sui connotati dell’ipotesi)

Sezione quinta: Qualche applicazione in ambito giudiziario.

21. – Si può provare a trasporre la tecnica ora detta sul terreno giudiziario quotidiano. Muovendo da un esempio elementare (perché la difficoltà di descrivere compiutamente delle situazioni complesse obbliga a far riferimento ad esempi lineari), e cioè da quello di una vetrina di oreficeria “spaccata” in ora notturna, un grado di informazione pari ad 1 (persona sorpresa a breve distanza dal luogo del furto) autorizza a formulare un’ipotesi accusatoria esposta ad un alto grado di confutazione: basta infatti replicare che la presenza sul luogo, senza possesso alcuno di refurtiva, può avere una vasta gamma di possibili spiegazioni, e che solo una pre-comprensione orientata da modelli di vita specifici (“di notte si sta a casa a dormire”) permette di ritenere significativo un dato che invece è ambiguo.

Se però si acquisisce un grado di informazione pari a 2 (ad esempio: presenza sul luogo, e ferita all’avambraccio della persona ivi sorpresa) l’ipotesi secondo la quale quella persona sarebbe autrice dell’effrazione e del furto acquista un maggior grado di accettabilità. I due enunciati noti (“Tizio è vicino al luogo del commesso furto” e “Tizio ha riportato una ferita da taglio provocando la rottura della vetrina”) sono coerenti con un terzo enunciato (“Tizio è autore dell’effrazione”), più di quanto lo siano con un quarto enunciato composito (“Tizio si trova in quel luogo perché è insonne e desidera passeggiare” e “Tizio si è ferito aprendo una scatola di latta nel prepararsi la cena”). Correlativamente, la confutazione della “storia” unificante esige una pluralità di “storie” diverse, ed una pluralità di eventi mutuamente incoerenti, laddove H presuppone un singolo evento.

Tuttavia il valore di “r” non è così esiguo da poter essere accantonato, e da giustificare l’accoglimento dell’ipotesi H “al di là di ogni ragionevole dubbio”. Se peraltro si dispone di un grado di informazione pari a 3 (perizia medico-legale disposta nell’immediatezza, la quale colloca temporalmente la ferita da taglio pochi minuti prima dell’accertamento), l’ipotesi H diventa sempre più plausibile, vuoi perché aumenta la probabilità relativa di proposizioni mutuamente coerenti (“Tizio ha infranto la vetrina poco tempo fa”; “Tizio si è ferito poco tempo fa”; “Tizio si è ferito in occasione dell’effrazione”); vuoi perché diventa intrinsecamente contraddittoria l’ipotesi alternativa H’, secondo la quale Tizio si è ferito preparandosi la cena, cioè alcune ore prima.

In questa situazione “ottimale” l’ipotesi alternativa H’ non solo è più complessa, e quindi meno accettabile di H sul piano della “semplicità”, ma è inidonea a spiegare taluno degli elementi raccolti, e quindi si autoesclude dal novero delle ipotesi possibili. Si potrebbe obiettare che l’esempio si avvale di un panorama probatorio ideale, perché è stata immessa a bella posta una collocazione cronologica di eventi tale che ne scaturisse la contraddizione; ma in realtà lo spunto di contraddittorietà, che ha affondato H’, è nato da un ulteriore livello di informazione, costituito dall’enunciato specifico addotto da Tizio allorché gli è stato chiesto della ferita da taglio.

Se l’interrogatorio si fosse limitato ad assumere l’informazione semplice (“mi sono tagliato aprendo una scatoletta”), sarebbe stato ancora possibile ipotizzare H’, anche se il racconto esplicativo avrebbe chiesto una serie di eventi sempre meno congruenti tra loro (“Tizio passeggia di notte perché insonne” e “Tizio si ferisce nella strada manovrando una scatoletta di latta”). L’aumento dell’informazione è scaturito da una opportuna analiticità nell’interrogatorio, che ha indagato anche sulla modalità temporale della lesione (ed eventualmente anche su altre circostanze, con la maggior puntualità possibile, perché tutto giova ad accrescere K).

22. – Si configurano allora alcuni ulteriori interessanti profili operativi.

Il primo concerne una diversa possibilità di lettura dell’art. 358 c.p.p.. Il pubblico ministero “svolge accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini” non solo per una esigenza di ordine deontologico, per una tutela della presunzione di non colpevolezza, e per un bisogno di garanzia contro l’errore; ma anche per un suo specifico e diretto interesse alla conferma o meno della propria ipotesi accusatoria.

Solamente la ricerca di eventuali elementi a favore dell'indagato lo porrà al riparo da "falsificazioni" successive della propria ipotesi. Soltanto la ostinata prospettazione di altre ipotesi esplicative degli elementi posseduti, e la conseguente verifica degli eventi generati da queste, valgono a fargli abbandonare un'ipotesi debole o, viceversa, ad irrobustire un'ipotesi solida. Solo costruendo una cultura della falsificazione, e non della conferma, si offrono ipotesi accusatorie che hanno già superato il vaglio di quel che potrà loro opporre la difesa, ed hanno buone "chances" di essere poi considerate "preferibili" ad ogni altra.

Epistemologia ed etica, in tal modo, felicemente convergono nel proporre uno stile di indagine che giustifica l'attribuzione al pubblico ministero della nota qualificata di "parte imparziale".

23. – Una seconda importante acquisizione risiede nella constatazione che gli artt. 192 comma 1 e 546 comma 1 lett. e) diventano complementari nel descrivere il percorso argomentativo della decisione. Il primo indica la tecnica del singolo passaggio inferenziale; il secondo (attraverso il prescritto vaglio delle opposte "ragioni") recepisce e traduce l'esigenza del confronto tra le diverse ipotesi ricostruttive del fatto. L'uno denota, per così dire, mattoni con i quali si costruisce l'edificio considerato dall'altro. La "preferibilità dell'ipotesi" ha, dunque, una base testuale rassicurante.

24. – Un ulteriore campo di applicazione delle riflessioni qui proposte risiede nella possibilità di offrire una lettura meno "descrittiva" dei diversi standard probatori che compaiono nelle varie norme processuali.

Quando si afferma che è diverso il livello probatorio richiesto per l'adozione di misure cautelari, o per il rinvio a giudizio, o per il giudizio stesso, si finisce normalmente con il fare ricorso ad un'aggettivazione che colora diversamente il grado di probabilità richiesto: sforzo che è poco appagante in genere, e che ancor meno lo diventa una volta che ci si sia convinti che anche la decisione finale si esprime inevitabilmente in termini di (sia pur alta) probabilità.

La costruzione qui proposta, invece, permette di individuare il diverso livello probatorio, tipico delle varie fasi processuali, in forza del grado di verifica dell'ipotesi sino a quel momento compiuta. Nella fase iniziale dell'indagine preliminare l'ipotesi deve accontentarsi di essere coerente con tutto quanto raccolto sino a quel momento, a patto che gli elementi posseduti abbiano quanto meno un apprezzabile grado di concludenza, ed offrano un'informazione (K) di almeno media consistenza.

Nei momenti successivi, poi, l'accogliibilità dell'ipotesi cresce in ragione della capacità di sollecitarne le deduzioni e dell'ampiezza delle verifiche compiute, sì che la sua capacità di resistenza a possibili falsificazioni si rafforza nella misura in cui vengono esplorate le possibili ipotesi alternative via via affacciate.

25. – Altro riflesso si produce sull'interpretazione e soprattutto sull'estensione dei poteri integrativi della prova, regolati dall'art. 507 c.p.p..

Se il giudizio è una scelta tra ipotesi contrapposte, e se l'ipotesi si rende preferibile in ragione della quantità di informazione coerente che la sorregge, allora l'integrazione probatoria (d'ufficio o su richiesta delle parti) non può essere confinata nell'ambito di una eccezionalità da vedersi con sfavore, ma deve essere perseguita tutte le volte che il nuovo dato si presenta in prospettiva come idoneo a convalidarla o contraddirla. A questa stregua, non solo meritano consenso le note pronunce della Cassazione a sezioni unite e della Corte Costituzionale (n. 111/1993), ma anche la locuzione "assolutamente necessario" vede sbiadire la sua capacità limitativa, e la "assoluta necessità" assume il ruolo di "funzionalità alla verifica dell'ipotesi introdotta".

26. – Un ultimo corollario significativo dell'impostazione qui proposta risiede nella "convenienza epistemologica" che l'indagato concorra alla prospettazione di ipotesi alternative a quella formulata dall'accusa.

Si tocca, con questo assunto, uno dei tasti più delicati della materia, poiché ripugna alla nostra tradizione, imperniata su una rigorosa tutela del “diritto al silenzio” in capo all’imputato, il pensare che lo stesso possa venire assoggettato ad un qualche onere di tipo probatorio. Ma è questione di intendersi.

La formulazione dell’ipotesi è, come è stato detto, “una creazione di mondi” (ECO, op. loc. cit.), cioè un fatto mentale evocatore di eventi esplicativi che possono esistere oppure no, ed alla cui verifica è necessario procedere secondo un percorso di tipo “confermativo-esclusivo”. Ciò significa che l’ipotesi provvisoriamente prescelta deve essere costantemente confrontata con altre, le quali possono bensì essere formulate da colui che indaga, ma possono (ed entro certi limiti “devono”) essere prospettate anche da colui che ha interesse a contrastarle.

L’“onere” di allegazione di ipotesi alternative, allora, non rappresenta un carico che si pone sulle spalle dell’indagato, ma un interesse del medesimo ad offrire un diverso “*factum explanans*” che dia ragione degli elementi a lui contestati dall’accusa. Questo, e non altro, significa l’invito ad “esporre quanto ‘l’indagato’ ritiene utile per la sua difesa”, che compare nell’art. 65 c.p.p., e contro il quale non possono certo venir mosse accuse di inversione dell’onere della prova.

È certamente compito dell’accusa configurare ipotesi diverse; ma non di rado l’ipotesi alternativa, se davvero è conforme a realtà, è conosciuta solamente dall’indagato, ed è conforme alla struttura del modello accusatorio il sollecitarlo ad offrirla, sia pure, eventualmente, in termini ora di mera allegazione, ora anche di dimostrazione, quando la ricerca da parte dell’accusa non può essere fruttuosa (ad esempio, perché la conferma dell’ipotesi difensiva risiede in un documento che solo l’indagato è in grado di far rinvenire).

In questi sensi si è espressa talora la giurisprudenza anche di legittimità (“Il principio secondo cui l’imputato non ha l’obbligo di rispondere alle contestazioni che gli vengono rivolte non comporta una limitazione legale della sfera del libero convincimento del giudice, che può legittimamente esercitarsi anche sulla portata significativa del silenzio mantenuto dall’interrogato, su circostanze su cui questi, potendo fornire indicazioni di dati che potrebbero scagionarlo e contribuire all’accertamento della verità, si rifiuti di farlo. In tal caso non può dirsi che il silenzio – garantito all’imputato come oggetto di un suo diritto processuale – venga utilizzato, in contrasto con tale garanzia, come tacita confessione di colpevolezza, giacché il convincimento di reità nel giudice viene a formarsi non sulla valorizzazione confessoria del silenzio, bensì sulla **valorizzazione in senso probatorio di elementi già idonei a suffragare un giudizio di colpevolezza**, in ordine ai quali il silenzio del soggetto viene ad assumere valore di mero riscontro obiettivo”: Cass. V, 21 dicembre 1988, in CP 1990, I, p. 651; Cass. VI, 5 dicembre 1984, *ivi*, 1986, p. 977).

Indubbiamente questo assunto richiede prudenza e vigilanza, al fine di non trasferire sull’indagato l’insuccesso dell’investigazione (ad esempio, se egli sostiene che la droga rinvenuta in un certo luogo a lui pertinente vi fu collocata da altri, non gli sarà possibile fornirne la prova: in questo caso è l’aumento dell’informazione coerente con l’ipotesi d’accusa quello che la può convalidare, vale a dire l’analitico accertamento di tutte le modalità del rinvenimento, così da fare ritenere decisamente “preferibile” l’ipotesi d’accusa all’altra prospettata). Ma è importante rivedere certe barriere psicologiche, per meglio mettere a fuoco un metodo.

Il percorso proposto in queste pagine mette in luce come le inferenze abduttive, nelle quali si sostanzia l’ipotesi d’accusa, siano fondate su una “alta probabilità”, a sua volta incentrata sull’idea di “normalità”. Il rischio dell’idea di normalità è, ovviamente, l’evenienza di una “non normalità”, essendo noto che innumerevoli possono essere le cause degli accadimenti. Ma questa “non normalità” se può, e di regola deve, essere cercata da chi investiga, più spesso, se esiste, può essere conosciuta solo su indicazione di chi la ha vissuta (ad esempio, se si accerta che 100 milioni di lire vengono cambiati con l’equivalente di 85 milioni di dollari, la circostanza è seriamente indiziante di un’attività di riciclaggio, poiché non è “normale” accettare di perdere il 15% in grandi transazioni economiche: una diversa causale è possibile, ma l’investigatore non la può conoscere, e se l’indagato quanto meno non la allega, l’elemento indiziante si consolida nella sua valenza accusatoria).

In altri termini, “solo un processo che viva del contraddittorio delle parti nella formazione della prova può consentire una valutazione degli indizi **limitata alle concrete alternative emerse dal confronto delle prospettive**, anziché costretta a rincorrere le infinite conclusioni compatibili con i fatti noti”: A. NAPPI, *Azione e prova nel nuovo c.p.p.: valori culturali e politici della riforma*, in *Questione Giustizia*, 1990, p. 114).

Di qui l'esigenza di accedere progressivamente ad una cultura del contraddittorio, intesa nel doppio versante di una leale e completa contestazione di tutti gli elementi di prova, e nello stesso tempo di una sollecitazione a contrastarli responsabilmente da parte dell'accusato e della sua difesa, costruendo ipotesi concrete da sottoporre al vaglio finale del giudice.

27. – La valutazione della prova, a questa stregua, non è più il sempre inquietante interrogativo su “quanto pesa” il singolo elemento probatorio, il cui dilemma si scarica interamente nel momento della valutazione, con il rischio ora di sacrificarne la portata in nome del dubbio residuo, ora invece di accettarne il piccolo rischio marginale in nome della forte carica indicativa che in esso è pur racchiusa.

La valutazione, al contrario, diventa un atto che ha le sue radici nell'intera vicenda processuale, un impegno che nasce assai lontano dal momento della deliberazione, che si sviluppa essenzialmente nella fase delle indagini, ma vive anche nel dibattimento attraverso la continua integrazione delle opposte ipotesi ricostruttive (la locuzione, ed il correlato concetto epistemologico, si ritrovano testualmente nella importantissima sentenza della Cassazione a Sezioni unite, in data 6 novembre 1992, *CP* 1993, p. 280, che ha pronunciato sull'interpretazione dell'art. 507 c.p.p.); che si alimenta di quel continuo moto di “andata-ritorno” tra evocazione di mondi possibili e loro riscontro nell'universo dei fenomeni reali.

La valutazione, insomma, diventa un compito al quale concorrono tutti i soggetti nella costruzione prima, e nel raffronto poi, tra “storie” complessive aventi un diverso grado di accettabilità. Certo, la formula dell'“ipotesi preferibile” è ben lungi dall'autorizzare semplificazioni inaccettabili: non basta dire che è “più credibile” lo svolgimento dei fatti suggerito dall'accusa, per legittimare un'affermazione di colpevolezza; così come non basta che l'ipotesi dell'accusa sia “più semplice” di quella avanzata dalla difesa. Occorre che quest'ultima sia confinata in un ambito così remoto di accettabilità, da poter essere esclusa “al di là di ogni ragionevole dubbio”. Ma – per l'appunto – non al di là di ogni dubbio, bensì di ogni dubbio che rimane dopo che si sono **esplorate tutte le fecondità dell'ipotesi d'accusa**, e dopo che si sono **confrontate tutte le ipotesi** concretamente messe in campo.

Lo schema proposto, in altre parole, non è un'equazione sulla quale scaricare una responsabilità valutativa, che è e rimane interamente del giudice. È solamente l'offerta di un metodo, che riduce il rischio dell'errore senza farlo pagare solamente al processo (anche la pratica del dubbio ad oltranza riduce il rischio dell'errore “*in malam partem*”, ma penalizza eccessivamente l'efficacia del processo).

Il giudice, chiamato ad accertare se un certo fatto passato è stato realizzato da un dato individuo, è investito di una “profezia retrospettiva” che è sempre stata sentita come superiore alle forze dell'uomo. Rifuggirne spaventati, o viceversa accedervi con atteggiamento di fatalistica approssimazione, sono entrambi atteggiamenti non appropriati.

Puntare invece alla **massimizzazione dell'informazione** (teoricamente un'informazione infinita non permetterebbe alcuna altra “storia” coerente con essa); cercare la congruenza narrativa del “testo” ricavabile da essa; sancire la preferibilità dell'ipotesi semplice rispetto a quella eccessivamente complessa: sono le direttrici lungo le quali ci si può utilmente muovere. Come ciò sia possibile nella pesante situazione in cui versano gli uffici giudiziari, è difficile dire. Ma ciò significa semplicemente che una loro migliore attrezzatura risponde non più soltanto ad esigenze organizzative, ma a postulati in qualche modo scientifici.

ESERCITAZIONE

Analisi della *sentenza*.

Cass., I, 8 giugno 1992, Battaglini, in *CP* 1993, p. 842.

Indagati-ricorrenti avverso misura cautelare

– BATTAGLINI, esponente politico, presidente dell'organo regionale di controllo sugli atti della p.a.

– LARUFFA, asserito facente parte dell'associazione diretta da Pesce, Pisano, Rositano; eletto consigliere comunale di Rosarno.

Imputazione: coazione di parte dell'elettorato a votare per candidati espressi dall'associazione, per assicurare alla cosca la gestione ed il controllo di attività economiche varie.

"*Gravi indizi*" (secondo la valutazione del Gip e del Trib. riesame)

a livello di *quadro generale*

a) il costante e manifesto asservimento di esponenti politici ai disegni delle cosche di Rosarno;

b) l'esistenza di un'organizzazione criminale ramificata dedita al controllo delle pubbliche erogazioni ed al dominio economico del territorio;

c) la presenza massiccia ed allarmante di affiliati della cosca Pesce/Pisano nei Comuni di Rosarno e San Ferdinando;

d) la registrazione di conversazioni telefoniche intercettate, tra elementi di primo piano del PSI calabrese ed esponenti della cosca, di tenore "decisamente confidenziale";

e) presenza di alcuni di tali esponenti in riunioni del PSI convocate per discutere la strategia elettorale;

f) esistenza di "centrali operative", in occasione della campagna 1990, sistemate in pubblici esercizi (bar, distributori, agenzie) soggetti al controllo della cosca;

g) una "frenetica eccitazione" del Pesce e del Pisano per le sorti elettorali dei candidati "appoggiati" dalla cosca.

a livello *soggettivo-specifico*

a carico del Laruffa:

1) cognato di Pesce Marcello (asserito capo-cosca), in frequentissimo contatto con lui;

2) intercettazioni telefoniche relative a conversazioni con un parente impiegato all'INPS, per sollecitarne l'interessamento per alcune pratiche di pensione; e con tale Curcio per sollecitarne una pratica di esenzione dal servizio militare;

a carico del Battaglini:

3) assidua frequentazione del bar gestito dalla moglie del Pesce, utilizzazione delle linee telefoniche dell'esercizio, fruizione di una camera ivi;

4) uso disinvolto della carica di presidente del CO.RE.CO. (secondo informative dei CC);

5) appartenenza alla "quaterna" dei nomi indicati dalla cosca (secondo le dichiarazioni di un collaboratore);

6) sollecitazioni ricevute ed accettate per assicurare speditezza all'approvazione di talune delibere comunali.

Percorso argomentativo della Cassazione.

a) l'assunto "... nelle regioni meridionali si consolidato un legame tra talune forze politiche e la criminalità organizzata ..." ecc. "rispecchia una convinzione diffusa e verosimilmente non priva di fondamento nella realtà attuale ... ma la dimostrazione dell'assunto è stata quasi sempre affidata ad illazioni e congetture, piuttosto che a prove affidabili";

b) non vi è prova che le cosche abbiano coartato o condizionato il voto elettorale, poiché "non risulta registrata una sola denuncia di brogli elettorali, di compravendita di voti, di intimidazioni ...";

c) non vi è prova non solo di "inquinamento esterno" (v. sopra), ma neppure di "inquinamento interno", (o offerta del c.d. pacchetto di voti), poiché non vi è prova di una offerta seguita da accettazione del candidato;

d) ... non vi è prova di un contatto tra il candidato ed un "emissario dell'organizzazione criminale dotato di forza negoziale, tale da far ritenere che sia stata spesa la '*contemplatio domini*'" (la generica qualificazione di mafioso in capo al Laruffa, frutto di semplici informative di polizia, non basta a far ritenere provata la collusione tra il candidato e l'organizzazione);

e) ... non vi è prova che eventuali contatti abbiano dato vita ad un sinallagma, poiché vi può essere un'offerta non accettata, o un'accettazione di voti meramente passiva, senza corrispondenza di un impegno da parte del candidato;

f) le intercettazioni fanno emergere un concordante interesse del Pesce e del Laruffa per l'esito favorevole delle procedure amministrative, ma non emerge il motivo di tale interesse;

g) ... in quanto l'interesse può essere individuato nella comune militanza politica dei due protagonisti, o anche in tornaconto personale;

h) infatti "la ricerca della c.d. 'raccomandazione' (anche tra organi pubblici) è ormai tanto profondamente radicata nel costume da apparire agli occhi dei più come uno strumento indispensabile per ottenere non soltanto ciò cui si ha diritto, ma anche per restituire accettabile funzionalità a strutture pubbliche inefficienti e, paradossalmente, anche per realizzare una condizione di effettiva eguaglianza tra più aspiranti ad un medesimo servizio";

i) ... e pertanto le sollecitazioni rivolte al Battaglini prevalentemente dal Laruffa "non possono essere ritenute indizi di partecipazione ad associazione mafiosa";

l) nelle telefonate intercettate i conversanti si preoccupano solamente di far ottenere voti al PSI, ed esprimono solo soddisfazione per il risultato: il Pesce ed il Pisano parlano "sempre nella veste non già di boss della cosca, ma soltanto di aderenti al partito socialista";

m) nell'interessamento per la sorte elettorale di un candidato non si può ritenere implicito il procacciamento di voti a suo favore con uso di intimidazione;

n) nella presenza di un candidato "aiutato" in una sede istituzionale non si può ritenere implicita la realizzazione di un profitto in capo alla cosca.

DISCUSSIONE

- Analisi delle regole di esperienza utilizzate, esplicitamente o implicitamente dal Gip;
- Analisi della confutazione effettuata dalla Corte di Cassazione: massime d'esperienza rifiutate e
- regole di esperienza introdotte dalla Corte di Cassazione a sostegno dei propri assunti;
- Ricerca della maggiore "informazione" (k) che il p.m. avrebbe potuto/dovuto immettere negli atti per rendere più concludenti le regole di esperienza adottate.

IPOSTESI DI INVESTIGAZIONE INTEGRATIVA

- Le sollecitazioni hanno avuto un qualche esito positivo?
- Le delibere a chi giovavano? in altri casi ci fu analoga sollecitazione?
- Perché c'era urgenza di approvazione delle delibere?
- Vi furono davvero molte “quaterne” uguali nelle schede?
- In precedenti elezioni quanti voti quel candidato aveva raccolto? quanti in circoscrizioni vicine? nei suoi programmi elettorali quel candidato che cosa proponeva? (se “voto d'opinione”, quale sèguito?).
- Chi ha pagato le spese elettorali del Battaglino? a quanto ammontano?
- Perché Battaglino utilizza l'esercizio pubblico in esame? lo faceva già prima?
-

I FONDAMENTI NORMATIVI DELLA METODOLOGIA,
IL LINGUAGGIO PROCESSUALE (“FONTE DI PROVA”, “ELEMENTO DI PROVA”, MEZZO
DI PROVA”, “CRITERIO”, “RISULTATO”, “INDIZIO”, “SOSPETTO”)

Relatore:

prof. Giulio UBERTIS

ordinario di procedura penale nell’Università di Parma

SOMMARIO: 1. La sequenza probatoria (specialmente: elemento, fonte, mezzo e risultato di prova). – 2. Massime d’esperienza, leggi logiche e leggi scientifiche non probabilistiche. – 3. Rilevanza epistemologica della distinzione tra prova rappresentativa e prova critica. – 4. Prova in senso stretto e indizio. – 5. Indizio (anche con riguardo ai provvedimenti cautelari) e sospetto. – 6. Cenno al procedimento probatorio; la conclusione probatoria. – 7. La valutazione dei fatti secondari e dell’inferenza dall’elemento al risultato di prova. – 8. La valutazione probatoria complessiva (e le funzioni specifiche della prova). – 9. Rinvio bibliografico.

1. La sequenza probatoria (specialmente: elemento, fonte, mezzo e risultato di prova).

Come sosteneva Ludwig Wittgenstein nel suo *Tractatus logico-philosophicus* (1918; trad. it., Torino, 1968, § 4.116, p. 28), “tutto ciò che possa esser pensato può essere pensato chiaramente. Tutto ciò che può formularsi può formularsi chiaramente”.

Pare tuttavia che la validità di questa affermazione generale trovi difficoltà a essere riconosciuta in ambito giuridico, specialmente quando si tratti dell’argomento probatorio.

Infatti, è vero che il vocabolo “prova”, in campo giudiziario, viene impiegato senza ombra di dubbio con riferimento alla ricostruzione fattuale, come emerge limpidamente pure dall’art. 187 c.p.p., il quale (forse in maniera più didascalicamente ovvia che normativamente efficace) ribadisce il necessario riferimento di ciascun *oggetto di prova*, cioè di ogni singola affermazione da verificare, ai “fatti” volta a volta attinenti all’imputazione, alla punibilità e alla determinazione della pena o della misura di sicurezza (comma 1) ovvero all’applicazione di norme processuali (comma 2) oppure alla responsabilità civile derivante dal reato (comma 3). Ma è altrettanto vero che il medesimo termine è poi utilizzato in relazione ad “oggetti” tra loro differenti, creando la necessità, quando ci si imbatte in esso, di procedere mentalmente ad una “traduzione” per comprendere cosa esattamente il nostro interlocutore intende dire.

Per evitare la “babele” imperante in materia, occorre procedere ad un’indagine che consenta di individuare ciascuno dei referenti semantici dell’espressione “prova”, offrendo di essi non una nozione astratta (magari corredata da un’elencazione dei diversi significati assunti presso i vari autori), ma una “ridefinizione”. Bisogna, cioè, sia cogliere i differenti significati usualmente attribuiti alla “prova” – intesa *in senso lato* come quel meccanismo, quell’insieme di elementi ed attività aventi la funzione di consentire l’accertamento della verità di uno degli enunciati fattuali integranti il *thema probandum* – sia operarne una loro discriminazione ed attribuire a ciascuno di essi una denominazione il più possibile univoca e precisa.

Così, per un verso, e procedendo su di un piano il più possibile indipendente dai comportamenti volontari dei soggetti processuali, si riuscirà ad individuare ciascuno dei momenti in cui appare

strutturalmente scindibile la *sequenza probatoria*, concepita come l'insieme delle componenti, che, nella loro successione, intervengono a costituire il fenomeno probatorio.

Per l'altro, sarà possibile individuare, all'interno del *genus* "prova in senso lato", le *species* "prova in senso stretto" ed "indizio" (ovvero, per usare un sinonimo processualcivilistico, "presunzione semplice"). Né sembra inutile segnalare che tale terminologia corrisponde all'impostazione del legislatore italiano, il quale, nel libro VI del codice civile, inserisce il capo IV ("Delle presunzioni") nell'ambito del titolo II dedicato alle prove, mentre tratta degli indizi nell'art. 192 c.p.p., all'interno del titolo (il I del libro III del codice di rito penale), in cui sono raccolte le "disposizioni generali" sulle prove.

Comunque, ribadendo che in questo contesto continueremo a riferirci alla prova in senso lato, il primo e, dal punto di vista della sua centralità gnoseologica, più importante momento costitutivo della sequenza probatoria è l'*elemento di prova*, rappresentato da ciò *che*, introdotto nel procedimento, può essere utilizzato dal giudice come fondamento della sua successiva attività inferenziale (per esempio: dichiarazione testimoniale, caratteristica dell'oggetto sequestrato, espressione contenuta in un documento, e così via).

Il soggetto o l'oggetto *da cui* può derivare al procedimento almeno un elemento di prova è la *fonte di prova*, che a sua volta può essere tanto *personale* (come nel caso del teste) – ed in tale eventualità si parla anche di *organo di prova* – quanto *reale* (come nell'ipotesi del documento).

L'attività *attraverso cui* viene introdotto nel procedimento almeno un elemento di prova è il *mezzo di prova* (testimonianza, confronto, perquisizione, intercettazione telefonica, e così via) (1).

Sulla base dell'elemento di prova in tal modo ottenuto (o di più elementi di prova; nell'ipotesi, ad esempio, in cui vengano reperite impronte digitali sull'arma del delitto, sarà necessario disporre pure delle impronte digitali dell'imputato per potersi procedere all'analisi dattiloscopica di comparazione), si svolgerà il *procedimento intellettuale* del giudice, il cui esito sarà rappresentato da una proposizione costituente il vero e proprio *risultato di prova* (da non confondere con la conclusione probatoria raggiunta al termine della valutazione probatoria e di cui si tratterà *infra*, § 6).

Sarà solo allora che, nel *momento decisivo*, potrà effettuarsi il *controllo* di veridicità dell'iniziale affermazione probatoria attraverso il *confronto* tra enunciati fattuali. E l'oggetto di prova potrà considerarsi provato quando si sarà verificata la coincidenza tra affermazione probatoria e risultato di prova; si dirà pertanto che, in sé e per sé (ma salva la valutazione dei *fatti secondari*, cioè dell'insieme costituito dagli elementi, dalle fonti e dai mezzi di prova, nonché dai fatti notori), "la prova è riuscita", nel senso che ha dato esito positivo. Nell'ipotesi, invece, di non coincidenza tra risultato di prova ed affermazione probatoria, ci si esprimerà affermando che "la prova è mancata, fallita", intendendo con ciò sostenere che prova vi è stata, ma ha dato esito negativo: sebbene vada chiarito, più specificamente, che ciò potrà avvenire sia quando l'esperimento probatorio si sarà rivelato vano perché da esso non si è derivato nulla di fruibile per la ricostruzione fattuale (ad esempio, perché il teste non ha ricordato o non ha riferito alcunché di utile) sia quando si saranno conseguiti risultati incompatibili rispetto all'oggetto di prova.

Quanto al lessico normativo, è facilmente constatabile che lo stesso codice di procedura penale sembra seguire, almeno in via generale, l'impostazione qui delineata per le accezioni di "elemento" (cfr. artt. 65 comma 1, 86 comma 2, 192 comma 3, 375 comma 3, 421 comma 2, 500 comma 4 e 512-bis c.p.p.), "fonte" (v. artt. 55 comma 1, 65 comma 1, 332, 346, 347 comma 1, 348 in rubrica e comma 3, 353 comma 2, 357 comma 1, 364 comma 5, 371 comma 2 lett. c, 375 comma 3, 417 lett. c, 429 comma 1 lett. d, 434 e 435 commi 1 e 2 c.p.p.), "mezzo" (si pensi agli artt. 505, 507 e 510 in rubrica c.p.p.) e "risultato" (secondo quanto emerge dagli artt. 192 comma 1, 360 comma 5 e 506 c.p.p.) "di prova".

2. *Massime d'esperienza, leggi logiche e leggi scientifiche non probabilistiche.*

Tra gli strumenti conoscitivi utilizzati dal giudice nella sua attività di ricostruzione del fatto assumono una importanza particolare le cosiddette massime d'esperienza. Si è fondatamente ritenuto, infatti, che negare l'impiego delle massime d'esperienza significa rendere impossibile al giudice ogni riflessione e scelta, conducendolo all'emissione di una decisione razionalmente ingiustificabile ovvero solipsisticamente intuitiva, se non addirittura alla più completa afasia. Attualmente, poi, è lo stesso legislatore a chiarire come l'art. 192 comma 1 c.p.p. implichi che nella motivazione della pronuncia debba comparire l'"indicazione dei criteri di valutazione (massime d'esperienza) utilizzati per vagliare il fondamento della prova" (2).

Per comprenderne la natura, giova comunque rilevare che la generalizzazione effettuata con la massima d'esperienza viene ottenuta attraverso l'individuazione di caratteri "comuni" presupposti come presenti in eventi passati assunti come dati di partenza, con l'esclusione (o la svalutazione) appunto di quei casi che potrebbero smentire siffatta generalizzazione. Pertanto, l'assolutizzazione degli elementi iniziali, mancando un accordo sulla loro scelta, non può evitare il rischio di essere confutata da almeno un'altra massima d'esperienza (magari opposta).

D'altronde, se la forza esplicativa della massima d'esperienza non è maggiore di quella posseduta dalla somma dei casi precedenti presi in considerazione, la generalizzazione così ottenuta non può essere idonea a fondare senza incertezze la conclusione inferenziale concernente un evento che, per definizione, ha il carattere della novità. Qualora, invece, si volesse sostenere che la circostanza nuova su cui verte l'indagine sarebbe inclusa nella massima d'esperienza, si presupporrebbe ciò che dovrebbe essere esclusivamente oggetto della suddetta inferenza.

La massima d'esperienza, dunque, non potendosi trasformare *l'id quod plerumque accidit* nell'*id quod semper necesse*, può pertanto fungere solo da premessa maggiore di un procedimento gnoseologico di cui l'elemento sotto esame costituisce la premessa minore, ma la cui conclusione si caratterizza per la sua ipoteticità congetturale carente di univocità e sempre soggetta a falsificazione. Il ragionamento costruito con l'impiego delle massime d'esperienza avrebbe quindi una struttura argomentativa in forma di sillogismo, aristotelicamente definibile come dialettico o retorico, la cui conclusione, fondata su premesse probabili, sarebbe parimenti soltanto probabile.

Funzione precipua delle massime d'esperienza è dunque quella topico-euristica: esse, consentendo il ricorso ad una pluralità di prospettive ritenute significative per l'indagine, forniscono al giudice una serie di *tópoi* utilizzabili quali premesse per la soluzione dei diversi problemi che si trova a dover affrontare.

In maniera nettamente diversa si pone la questione relativa all'uso delle leggi logiche in ambito giudiziario. Trattandosi, infatti, di conoscenze intrinsecamente universali, esse non possono essere disapplicate nel corso dello svolgimento processuale. Altrimenti, il giudice finirebbe per incorrere nella incomunicabilità delle proprie decisioni: non è certamente nuovo il rilievo che la contraddittorietà interna della motivazione oppure quella tra motivazione e dispositivo o tra capi di una medesima sentenza rendono incomprensibile il provvedimento per la coesistenza di argomentazioni e/o di comandi incompatibili.

Meno lontana da quella relativa alle massime d'esperienza appare invece la tematica concernente le leggi scientifiche, considerando però che d'ora in avanti con quest'ultima locuzione ci si riferirà esclusivamente (salvo diversa ed esplicita indicazione) alle "leggi scientifiche non probabilistiche" (o "universali"). L'impiego di leggi probabilistiche, infatti, mentre da una parte (se effettuato in sede di valutazione concernente l'accettabilità di un'ipotesi ricostruttiva della regiudicanda in base agli elementi gnoseologici processualmente disponibili) condurrebbe il giudice all'uso di calcoli numerici analoghi a quelli utilizzati nei sistemi di prova legale; dall'altra, non potrebbe offrire una garanzia conoscitiva sostanzialmente differente da quella originata dalle massime d'esperienza, cui pertanto tali leggi vanno equiparate sotto questo profilo.

Tuttavia, gli stessi argomenti impiegati per contestare l'“assolutezza” di una massima d'esperienza potrebbero essere utilizzati anche nei confronti di una legge scientifica di forma universale, dato che entrambi sembrerebbero fondarsi, in ultima istanza, su un procedimento induttivo concludentesi con una generalizzazione di dati empirici. Non a caso, emerge spesso in dottrina la tendenza ad includere nella nozione di massima d'esperienza le leggi scientifiche.

Non si può peraltro evitare di rilevare una loro differenza strutturale. Essa consiste nella peculiarità delle leggi scientifiche di essere inserite in (e giustificate da) un sistema di asseriti generalmente accettato, a differenza delle massime d'esperienza che vengono riconosciute come sussistenti o no ciascuna indipendentemente dalle altre. Come conseguenza di siffatta particolarità, le leggi scientifiche si sottraggono alle limitazioni delle generalizzazioni meramente empiriche; per effetto del loro riferimento ad un apparato nomologico o teorico, infatti, esse non sono formulate unicamente sulla base dei dati sperimentali e giustificano quindi la loro validità su argomenti diversi da quelli costituiti dall'elencazione degli esempi che le suffragano empiricamente.

Inoltre, mentre le massime d'esperienza possono non soltanto essere utilizzate, ma, in maniera razionalmente giustificabile, anche costruite o reperite dall'organo giudicante richiamandosi al bagaglio delle proprie osservazioni (pure professionali), le leggi scientifiche sono indipendenti dal caso concreto oggetto dell'indagine, così che non è consentito al giudice di riconoscerle come tali (e quindi applicarle) secondo la ritenuta opportunità di desumere un particolare risultato da una determinata circostanza.

E se per questo aspetto la situazione è analoga a quella dello storico, non ci si può esimere dall'aggiungere che per il giudice penale il vincolo all'osservanza delle leggi scientifiche – che per lui, nonostante la loro determinatezza socio-storica, assumono la funzione di premesse “certe” del ragionamento – trova il suo fondamento anche in ambito costituzionale. Sostenere il contrario, invero, implicherebbe almeno, qualora le leggi scientifiche influissero sulla determinazione della fattispecie, violare il principio di tassatività di quest'ultima, scaturente dall'art. 25 comma 2 Cost..

3. Rilevanza epistemologica della distinzione tra prova rappresentativa e prova critica.

Per definire i caratteri del fenomeno probatorio, non sono mancati fin dall'antichità i tentativi di operare una classificazione all'interno del sistema probatorio, attraverso l'impiego di differenti parametri.

Trattasi peraltro di tipologie in gran parte desuete ed inutilizzabili nella concreta vita giudiziaria, lasciate come sono ad un arbitrio soggettivistico correlato ad un approccio meramente descrittivo e carente di referenti pragmatici, riducendosi ad una sterile elencazione di definizioni lessicali, per di più variabili da individuo a individuo.

Ne deriva che, pure quando vengono usate con scopi più attenti agli aspetti gnoseologici della questione, gli stessi termini oppositivi con cui le prove vengono scriminate in dirette o indirette, immediate o mediate, generiche o specifiche, storiche o logiche, artificiali o inartificiali, e così via, assumono significati anche divergenti a seconda della prospettiva assunta dai diversi autori, se non addirittura da una stessa persona all'interno dello sviluppo del proprio pensiero.

Si rischia così di obliterare che alle parti (ed al giudice, anche in vista del controllo in sede di eventuale impugnazione) non interessa sapere su quale tipo di prova (logica, diretta, artificiale, storica, ecc.) si basa la concreta decisione sulla regiudicanda, ma importa che essa abbia fondamenta tali da essere intersoggettivamente comunicabile e razionalmente sostenibile e che non tragga alimento da meri pregiudizi o supposizioni irrazionalistiche. Senza nemmeno perdere di vista che questa esigenza è diretta pure a garantire la funzione non solo endoprocedurale, ma anche extraprocedurale della motivazione dei provvedimenti giudiziari, prescritta dall'art. 111 Cost. e collegata a quella partecipazione popolare all'amministrazione della giustizia (art. 102 comma 3 Cost.), che non può essere limitata alla sola previsione dei giudici popolari nelle corti d'assise e che si connette alla proclamazione secondo cui "la sovranità appartiene al popolo", (art. 1 comma 2 Cost.), nel nome del quale "la giustizia è amministrata" (art. 101 comma 1 Cost.).

In ogni caso – pure non tralasciando la menzione di talune distinzioni presupposte dal sistema codicistico (come quella tra prova "precostituita" e prova "costituenda", cui il codice di procedura penale del 1988 esplicitamente si ispira: sebbene imperfettamente, come rilevato *supra*, nota 1) od usualmente impiegate dagli operatori giudiziari (come quella tra fonti di prova "personali" e "reali") oppure storicamente più rilevanti ed ancora utilizzate nel lessico giuridico (come quella tra prova "libera" e prova "legale") –, conviene evidenziare che, per essere veramente feconda e non semplicemente nomenclatoria, un'attività classificatrice del fenomeno probatorio andrebbe finalizzata a chiarire aspetti epistemologici del medesimo tali da conseguire risultati efficaci nell'ambito della concreta esperienza giudiziaria.

In questa prospettiva, e soprattutto allo scopo d'individuare gli strutturali caratteri discretivi della prova in senso stretto rispetto all'indizio, un indubbio rilievo pare assumere la distinzione tra prova rappresentativa e prova critica, pur senza dimenticare la connessione tra esse, come quando l'attività critica si sviluppa, ad esempio, sulla base di una testimonianza.

Tuttavia, ciò che in questa sede importa rilevare attiene al differente rapporto in cui si pongono l'elemento ed il risultato di prova: risiede in ciò lo strutturale carattere discreto tra i due tipi di prova.

Nella *prova rappresentativa* l'elemento raffigura, "facendolo presente", il risultato di prova, cosicché l'inferenza dall'uno all'altro appare "automatica"; nella *prova critica*, invece, ciò che viene delineato dall'elemento di prova è palesemente diverso dal risultato di prova da confrontare con l'affermazione probatoria ed a quest'ultimo si perviene attraverso una più consapevole e manifesta mediazione intellettuale.

Procedendo ad una esemplificazione (e supposta come positivamente superata la questione relativa alla valutazione dei fatti secondari implicati dall'esperimento probatorio cui per ipotesi ci si riferirà), si può immaginare che l'oggetto di prova sia costituito dall'incontro dell'imputato con la vittima all'ora del delitto T e nell'abitazione X di quest'ultima.

Se un teste deponesse di essersi allontanato da tale luogo in quel periodo temporale mentre imputato e vittima vi si trattenevano ulteriormente, "automatica" apparirebbe l'inferenza di un risultato di prova conducente, nel momento decisivo, alla verifica dell'iniziale affermazione probatoria. Qualora, invece, un teste dichiarasse che l'imputato si trovava in un diverso luogo Y nello stesso momento T, questo elemento di prova dovrebbe essere collegato (attraverso il risultato rappresentativo intermedio che "l'imputato si trovava in Y") al principio indubitabile che nega l'ubiquità prima di poter pervenire ad un risultato di prova idoneo ad ottenere una decisione sulla (in)fondatezza dell'iniziale affermazione probatoria.

Nonostante la differente complessità della struttura inferenziale, caratteristica comune alle due prove è la *necessità* della conclusione. La loro distinzione, pertanto, concerne non la "qualità logica" dell'attività esercitata, ma l'"immediatezza logica" della conoscenza conseguita.

4. Prova in senso stretto e indizio.

In relazione al medesimo oggetto di prova concernente l'incontro dell'imputato con la vittima all'ora del delitto T e nell'abitazione X di quest'ultima, può ora ipotizzarsi che un teste dichiari di aver visto l'imputato posteggiare la propria vettura nell'autorimessa pertinente al suddetto immobile in tale lasso di tempo. L'elemento di prova così conseguito non sarebbe tuttavia idoneo a rendere certa l'inferenza conducente ad un risultato di prova che confermi l'effettuazione dell'incontro in questione.

Si avrebbe solo la "sicurezza" che l'imputato era nei pressi della casa in cui è stato commesso il delitto, ma i motivi atti a giustificare tale evento ed adducibili dall'accusato potrebbero essere innumerevoli. La stessa massima d'esperienza secondo cui "chi posteggia la propria automobile nell'autorimessa altrui, ha normalmente un appuntamento con il proprietario della stessa" potrebbe essere smentita da un'altra massima, per la quale "la disponibilità dell'autorimessa altrui è normalmente concessa a chi deve effettuare senza difficoltà di posteggio una commissione di interesse comune nel palazzo di fronte". L'esistenza dell'incontro tra imputato e vittima sarebbe quindi sostenibile solo per effetto di un procedimanto inferenziale, la cui conclusione sarebbe soltanto *possibile*.

Se per differenziare la prova rappresentativa da quella critica ci si era riferiti ad una diversa complessità della mediazione logica, ora questo rilievo non è più sufficiente per individuare la differente "qualità" dell'attività intellettuale impiegata nell'ultima ipotesi, esemplificatrice di ciò che viene denominato "indizio" (o "presunzione semplice"). Rispetto alla prova rappresentativa, adesso si è in presenza non soltanto di un mutamento nella struttura gnoseologica, ma di una variazione della natura della conoscenza, che consente di discriminare l'ipotesi dell'indizio dalle precedenti.

La distinzione tra prova in senso stretto (tanto critica quanto rappresentativa) ed indizio (o presunzione semplice) concerne la *modalità logica* della conclusione successiva all'inferenza fondata sull'elemento di prova. È questo che riteniamo essere il fondamentale elemento distintivo tra *prova in senso stretto* ed *indizio*. Ambedue vengono impiegati per la verifica di un enunciato fattuale integrativo del *thema probandum*, ma soltanto nella prima il passaggio dall'elemento al risultato di prova è univocamente determinato.

Ciò avviene perché nella prova in senso stretto la conclusione inferenziale si ottiene utilizzando esclusivamente leggi logiche o scientifiche non probabilistiche, mentre nell'indizio vi è l'applicazione di massime d'esperienza (cui vanno assimilate – come detto precedentemente – le leggi scientifiche probabilistiche), cosicché per quest'ultimo vi è carenza di validità logica.

Né i termini della questione vengono mutati dall'inserimento nel dibattito giuridico della nozione, ora di moda, della cosiddetta abduzione (intesa come forma di ragionamento che, noto l'effetto, consente di risalire alla causa). Anche per essa, invero, la conclusione "*b* (rientrante nella classe *y*) è conseguenza di *a* (rientrante nella classe *x*)" o è necessaria perché si dispone di una legge del tipo "*y* è conseguenza soltanto di *x*" o è possibile perché, partendo da una legge come "*x* implica *y*", si fruisce del passaggio intermedio costituito dalla mera generalizzazione empirica, cioè da una massima d'esperienza, del tipo "*y* normalmente è conseguenza soltanto di *x*".

Appare tuttavia evidente che, mentre durante l'esperimento probatorio non si può ancora sapere se si otterrà una prova in senso stretto (critica o rappresentativa) o un indizio (perché, ad esempio, il teste può rendere dichiarazioni differenti da quelle attese), tale incertezza non sussiste più una volta conseguito l'elemento di prova: fissata la premessa della relativa inferenza, infatti, si è ormai in grado di definire come necessario o come soltanto possibile il risultato di prova.

E poiché la conclusione inferenziale si riverbera inevitabilmente sui momenti anteriori, potrebbe allora procedersi ad un "raddoppiamento" di tutta la terminologia concernente i fatti secondari ed il risultato di prova, allo scopo di evidenziare la loro appartenenza ad una sequenza probatoria in senso stretto o ad una indiziaria. Ciò tuttavia genererebbe un appesantimento lessicale operativamente inutile appunto per l'impossibilità di sapere *prima* dell'espletamento della prova con quale tipo di fonte o di mezzo di prova si ha a che fare.

Risulta, invece, opportuno distinguere linguisticamente le premesse, gli sviluppi e le conclusioni del procedimento intellettuale del giudice.

In questa prospettiva, l'elemento di prova (in senso lato) costituisce il *genus* al cui interno si collocano le *species* dell'*elemento probatorio* e dell'*elemento indiziario* (o *presuntivo*), a seconda che ci si riferisca, rispettivamente, alla prova in senso stretto o all'indizio (o presunzione semplice); così come nell'ambito del *genus* rappresentato dal risultato di prova (in senso lato) si differenziano le *species* del *risultato probatorio* e del *risultato indiziario* (o *presuntivo*) quali conseguenze, rispettivamente, di un'*inferenza probatoria* o di un'*inferenza indiziaria* (o *presuntiva*). In questo modo, tra l'altro, si risolve una ricorrente ambiguità lessicale, evitando di confondere i termini "indizio" o "presunzione semplice" con una qualsiasi delle loro componenti.

5. Indizio (anche con riguardo ai provvedimenti cautelari) e sospetto.

Un'ulteriore problema si pone con riguardo all'impiego di uno strumento gnoseologico quale il *sospetto*, situato, lungo la scala della "intensità persuasiva", ad un gradino ancora più basso di quello su cui si colloca l'indizio.

Tuttavia, non appare possibile effettuare una distinzione tra indizio e sospetto in una maniera rigorosa come quella tra prova in senso stretto e indizio, essendosi già da tempo rilevata la labilità dei confini tra essi: in ambedue i casi, infatti, dall'elemento che si pone alla base dell'inferenza può trarsi soltanto una conclusione incerta.

È invero solo su base "quantitativa" che può fondarsi la distinzione tra indizio e sospetto, riconoscendo che il dato di partenza del secondo costituisce, per così dire, un anello più lontano o più debole dell'elemento indiziario lungo la catena che può condurre alla verifica dell'oggetto di prova.

Né ci si può illudere di risolvere semplicisticamente la questione con affermazioni secondo cui il sospetto sarebbe basato non su dati concreti, ma su procedimenti intuitivi dell'organo procedente. Se non si vuol sostenere che quest'ultimo possa agire in conformità a proprie fantasticherie od oniriche rivelazioni, è evidente che anche il più esile sospetto non possa che trarre spunto da elementi concreti. Non va confusa, cioè, la scarsa persuasività di questi ultimi con la loro inesistenza: è piuttosto il riconoscimento della prima a far risaltare il bisogno di un'indagine accurata per suffragare con nuove risultanze le iniziali inferenze.

In questo senso, non si è mancato di assimilare il sospetto ad una vera e propria ipotesi di ricerca, negando recisamente che su di esso possa fondarsi il convincimento del giudice.

Coerentemente con tale impostazione, dunque, il legislatore, quando usa il termine "sospetto" in maniera almeno indirettamente correlata all'impiego del vocabolo "indizio", mostra non di riconoscere loro un'efficacia persuasiva "qualitativamente" differenziata, ma di voler determinare nell'organo procedente una graduazione comportamentale nella salvaguardia dei valori eventualmente lesi dall'attività investigativa. Così, mentre ai sensi dell'art. 116 comma 1 norme att. c.p.p. è sufficiente il "sospetto di reato" per effettuare le pur necessarie indagini anteriormente alla sepoltura di un cadavere, per il suo disseppellimento, evidentemente più incidente sul sentimento di pietà verso i defunti, il comma successivo del medesimo articolo richiede l'esistenza di "gravi indizi di delitto".

Ma è proprio in tale disposizione (come negli artt. 63 comma 1, 207 comma 2, 267 comma 1, 273 comma 1, 275 comma 3, 292 comma 2 lett. c, 312, 384 comma 1, 705 comma 1 c.p.p. e 220 norme coord. c.p.p.) che si palesa uno slittamento del vocabolo “indizio” verso una sua accezione distinta da quella presente nell’art. 192 comma 2 c.p.p. Nelle ipotesi citate, infatti, esso risulta collegato solo indirettamente all’attività di verifica di un addebito (nei casi suddetti, tra l’altro, normalmente non ancora definito in tutti i suoi elementi e quindi provvisorio), poiché serve ad individuare una premessa o per lo svolgimento di eventuali indagini o per l’applicazione di una misura (pre)cautelare personale o per l’emanazione di un provvedimento estradizionale richiesto in assenza di una sentenza irrevocabile di condanna. In tali evenienze, l’“indizio” muta la propria funzione, perché mira a soddisfare esigenze connesse a sviluppi intermedi del procedimento penale senza essere finalizzato alla fissazione del fatto oggetto del medesimo.

Esso, quindi, pur designando una prova in senso lato, non ne individua la specie secondo la peculiare modalità logica della conclusione inferenziale, ma si riferisce ad uno strumento conoscitivo legalmente dotato, indipendentemente dal suo “statuto” gnoseologico, di efficacia provvisoria, riservando ad altro momento una più meditata considerazione concernente il suo successivo impiego ai fini della ricostruzione fattuale. Così, appunto per la sua connotazione temporaneamente indipendente da quest’ultima, non si può aprioristicamente sapere, ad esempio, se quanto designato come “indizio” dall’art. 273 comma 1 c.p.p. ed usato nell’ambito del procedimento cautelare sarà successivamente utilizzato per la verifica della regiudicanda. Tra l’altro, con l’inquadramento sistematico qui presentato si evita sia di dover paradossalmente ritenere che per applicare una misura cautelare personale siano necessari indizi, ma non siano sufficienti prove in senso stretto (secondo un’interpretazione, meccanicamente letterale ma non condivisibile, tesa ad assimilare in un’unica nozione di “indizio” quelli previsti per l’adozione di misure cautelari personali e quelli contemplati dall’art. 192 comma 2 c.p.p.); sia di dover ipotizzare una ingiustificabile “conversione” degli uni nelle altre, qualora tanto il provvedimento cautelare quanto la pronuncia definitiva si fondino sui medesimi dati, riconosciuti da quest’ultima come costitutivi di prove in senso stretto.

6. Cenno al procedimento probatorio; la conclusione probatoria.

Se “provare” significa anche compiere le attività volte a sottoporre all’organo precedente gli elementi di prova reputati utili ai fini della pronuncia, un’indagine in materia non può prescindere dal ricordare l’intima connessione che in ambito giudiziario sussiste tra la sequenza probatoria e il *procedimento probatorio*, attraverso il quale si provvede all’ammissione e all’assunzione (complessivamente integranti l’acquisizione) delle fonti e/o dei mezzi di prova. In questa prospettiva, mentre può sostenersi che la sequenza (con particolare riguardo ai suoi momenti costituiti dalla fonte, dal mezzo e dall’elemento di prova, dato che il procedimento intellettuale fondato su quest’ultimo ed il momento decisorio esulano dall’acquisizione probatoria) rappresenta la “materia” disciplinata dalla “forma” del procedimento, occorre riconoscere che sono proprio le regole procedurali (e la loro concretizzazione ad opera dei soggetti che partecipano all’attività probatoria) a determinare il proprio “oggetto”. Esse, consentendo o negando l’inserimento (di ciò che l’interessato desidera far rientrare nella categoria) della fonte e/o del mezzo di prova – e quindi dell’elemento di prova – tra quanto può essere impiegato per la pronuncia, condizionano lo stesso espletamento, e quindi la stessa esistenza, di una “prova”: dal punto di vista giuridico, infatti, un fenomeno asseritamente probatorio che non si realizzasse internamente all’esperienza giudiziaria sarebbe soltanto un’entità inconoscibile.

Tralasciando comunque di trattare più diffusamente del procedimento probatorio, cui sarà dedicata domani un'apposita relazione, e proseguendo verso la fine del nostro compito "ridefinitorio", pare superfluo rilevare che il momento più impegnativo per il giudice è quello in cui deve provvedere a individuare, tra quanto acquisito in sede istruttoria, ciò che ritiene adeguato a fondare la decisione.

È nell'ambito di questa tematica che si inserisce la disamina del giudizio *assertorio* di *concludenza probatoria*, vertente sull'idoneità e la sufficienza sia dei fatti secondari (elementi, mezzi e/o fonti di prova, fatti notori) sottoposti all'attenzione del giudice che dei conseguenti risultati di prova e delle relative inferenze a servire per il definitivo giudizio di verità sull'affermazione rappresentativa della *res in iudicium deducta* e fondativa della domanda giudiziale (3).

È a seguito di questo giudizio di concludenza probatoria che la "prova" come strumento gnoseologico diventa "prova" come epilogo conoscitivo, denominato *conclusione probatoria* e posto alla base della ricostruzione giudiziale del fatto.

Ciò accade perché tale conclusione è costituita da quello stesso enunciato che al livello della singola struttura probatoria integrava il risultato di prova e che ora viene positivamente valutato secondo il criterio della sua concreta efficacia persuasiva, avendo superato il vaglio concernente sia la credibilità dei momenti anteriori della sequenza probatoria originante il medesimo risultato di prova sia l'inferenza impiegata per conseguirlo sia l'inquadramento di esso nell'ambito dell'intero patrimonio conoscitivo utilizzabile per la decisione. E, a livello legislativo, che la parola "prova" si riferisca palesemente a ciò che il giudice valuti persuasivamente efficace emerge, ad esempio, dagli artt. 487 comma 4 e 530 commi 2 e 3 c.p.p..

7. La valutazione dei fatti secondari e dell'inferenza dall'elemento al risultato di prova.

Riguardo al momento della *valutazione probatoria*, si rende ora necessario distinguere analiticamente il vaglio di ciascuna prova da quello effettuato in relazione all'insieme delle risultanze istruttorie.

Anzitutto, infatti, giova ricordare che, quando si era trattato della sequenza probatoria, si era parlato di "prova riuscita" nel caso di coincidenza tra oggetto di prova e risultato di prova, ma si era fatta salva la *valutazione dei fatti secondari*. In quella sede, si era evidenziato come l'esito della prova dipenda dal mero confronto di enunciati; adesso, si deve porre attenzione al valore che si attribuisca alle premesse di tale confronto. Infatti, preliminarmente all'operazione inferenziale relativa al passaggio dall'elemento al risultato di prova, occorre esaminare il grado di attendibilità della fonte e/o del mezzo di prova, nonché la comprensibilità dell'elemento di prova. Non conviene nemmeno procedere all'inferenza che conduce dall'elemento al risultato di prova se si ritiene, ad esempio, che il teste non sia affidabile (secondo i vari profili della sua sincerità, delle sue capacità percettive, mnemoniche ed espressive, delle sue reazioni alle modalità di conduzione dell'esame diretto e del controesame, della costanza e della coerenza interna delle dichiarazioni rese, ecc.) o che il documento non sia autentico o che l'esperimento giudiziale non sia stato sufficientemente riproduttivo della situazione oggetto d'indagine o che i contorni dell'impronta siano troppo confusi per poterla adeguatamente decifrare.

Inoltre, pure quando l'elemento di prova sia reputato idoneo alla successiva inferenza, esso dovrà comunque essere almeno interpretato, anche solo al livello "minimo" (di cui normalmente non si ha consapevolezza) della comprensione linguistica. Senza obliterare la necessità di una "traduzione" – solo illusoriamente non intessuta di elementi valutativi – dal linguaggio comune o tecnico-scientifico (qualora l'elemento di prova sia fornito da un testimone o da un perito) a quello più specificamente giuridico.

Infine, per la scelta di derivare una conclusione probatoria da un singolo esperimento conoscitivo, è possibile che l'esame dei relativi fatti secondari implichi un loro rapportarsi a momenti di altre sequenze probatorie. Ad esempio, può essere necessario determinare l'affidabilità di una fonte di prova attraverso il raffronto tra differenti strumenti gnoseologici, applicando nella sua accezione più specifica la cosiddetta "tecnica della riprova" e quindi effettuando eventuali "controlli incrociati" o verificando l'esistenza di "elementi di riscontro".

In ogni caso, tuttavia, per adempiere al proprio compito valutativo, l'organo procedente deve sostanzialmente operare su base argomentativa, con ampio impiego delle massime d'esperienza, dato che nell'analisi delle "circostanze qualificanti" concernenti i fatti secondari sono poco di ausilio le leggi logico-scientifiche.

Sulla base delle considerazioni esposte in questo paragrafo, allora, non si può certo disconoscere un fondamento alla tesi di chi ritenga la ricostruzione fattuale operata in sede giudiziaria comunque soggetta al dubbio, potendosene derivare la convinzione che sia impossibile discriminare tra prova in senso stretto e indizio.

Occorre tuttavia precisare che una conclusione così radicale si pone solo apparentemente in contraddizione con quanto precedentemente sostenuto *supra*, § 4. La distinzione tra prova in senso stretto e indizio è stata infatti operata esaminando la struttura degli strumenti gnoseologici impiegati per la ricostruzione fattuale ed è stata individuata nella diversa natura dell'inferenza basata sull'elemento di prova, mentre la mancata differenziazione si evidenzia ad un livello che è ancora relativo ai precedenti momenti strutturali inizialmente conseguiti in sede di acquisizione probatoria. La distinzione, cioè, emerge quando si concentra l'attenzione non su quanto ottenuto attraverso il procedimento probatorio, bensì sulla disamina del procedimento intellettuale del giudice, dopo averne individuate le premesse.

D'altronde, quando si pone in dubbio, ad esempio, l'affidabilità di un teste oculare o l'autenticità di un documento, si dice che la decisione che ne facesse uso sarebbe fondata (non su "indizi", ma) su "prove ingannevoli" o addirittura "false", certamente senza parlare di "processo indiziario". A questa locuzione, invece, si ricorre quando ci si riferisce non alla credibilità della fonte di prova, all'inattendibilità del mezzo di prova od all'insufficiente comprensione dell'elemento di prova, bensì alla mancanza di un criterio che consenta di trarre, dagli elementi di prova emersi, conclusioni sicure sulla sussistenza del fatto e/o sulla responsabilità dell'imputato.

Ed in proposito va aggiunto che la decisione implica non solamente l'individuazione del tipo di inferenza impiegata nel passaggio *dall'elemento al risultato di prova* per sapere se ci si trova in presenza di una prova in senso stretto o di un indizio, ma, in quest'ultima ipotesi, esige pure una valutazione del grado di fondatezza della massima d'esperienza impiegata al fine di chiarire l'intensità persuasiva dell'indizio, il quale appunto deve essere "grave", ai sensi dell'art. 192 comma 2 c.p.p..

8. *La valutazione probatoria complessiva (e le funzioni specifiche della prova).*

Nonostante l'esame dei fatti secondari e dell'inferenza applicata a ciascuna prova possa svolgersi, come si è visto nel corso del precedente paragrafo, anche attraverso il raffronto di momenti appartenenti a sequenze probatorie diverse, si è tuttavia già avuto occasione di accennare alla distinguibilità tra questa fase ed una successiva, sebbene dialetticamente collegata.

Quest'ultimo stadio dell'attività giudiziale concerne la *valutazione probatoria complessiva*, caratterizzata non dalla disamina dei singoli esperimenti gnoseologici, bensì dall'utilizzo combinato dell'intero patrimonio conoscitivo giudiziale ai fini dell'emissione della pronuncia.

E giova rilevare come tale valutazione complessiva vada effettuata comunque, indipendentemente dalla circostanza che i risultati di prova conseguiti al termine dell'attività istruttoria consentano la formulazione di diverse ipotesi ricostruttive del fatto. Pure quando ci si trovi in presenza di più prove convergenti, ad esempio, verso una conclusione di condanna (o, al limite, si tratti di una sola prova, impiegando ancora il vocabolo nella sua accezione "in senso lato"), compete al giudice decidere se l'insieme dei singoli risultati non goda di un'efficacia persuasiva così labile da farla ritenere insufficiente per la pronuncia "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. 530 comma 2 c.p.p.).

Essenziale è che il giudice tenga conto in sentenza di tutti i dati disponibili, svolga un ragionamento internamente coerente e formuli una decisione non contrastante con le prove acquisite, secondo i caratteri peculiari di ogni corretta ricostruzione fattuale.

Se nel *contesto di ricerca* la prova viene acquisita per controllare la fondatezza delle ipotesi iniziali costituenti il "motore" dell'indagine, potendo pertanto indurre una modifica delle medesime nel corso dell'attività istruttoria, nella prospettiva del provvedimento conclusivo del processo risaltano allora due altre funzioni probatorie specifiche.

Riguardo alla prima, le prove, nel *contesto di giustificazione*, rappresentano gli elementi attorno a cui si articolano le argomentazioni fungenti da supporto per l'accoglimento dell'ipotesi ricostruttiva del fatto ritenuta più convincente dal giudice.

Con riferimento alla seconda, viene in rilievo la circostanza che, se la possibilità di giustificare è un elemento di determinazione della scelta concreta, nel *contesto di decisione* il campo delle alternative è definito dalle ipotesi ricostruttive che abbiano superato la verifica ottenuta dal confronto con i risultati tratti dalle prove acquisite; in sede di logica della scelta, la prova rappresenta il necessario riferimento per l'individuazione dell'ipotesi più attendibile, dovendosi privilegiare quella dotata di un maggiore grado di conferma probatoria rispetto a quella in minor misura o per nulla suffragata dagli esiti istruttori o addirittura smentita dagli stessi.

9. Rinvio bibliografico.

Poiché la presente relazione sostanzialmente ripropone alcuni tra gli argomenti svolti in un recentissimo e più ampio lavoro, sia consentito rinviare, per puntuali riferimenti bibliografici e per ulteriori approfondimenti, a G. UBERTIS, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Torino, 1995.

Per un iniziale approccio ai temi della prova e del giudizio, si segnalano comunque, in ordine cronologico e limitatamente alle opere italiane edite in forma di volume: G. U. SABATINI, *Teoria delle prove nel diritto giudiziario penale*, Catanzaro, 1909-1915; N. FRAMARINO DEI MALATESTA, *La logica delle prove in criminale*, Torino, 1912; S. MESSINA, *Il regime delle prove nel nuovo codice di procedura penale*, Milano, 1914; C. LESSONA, *Trattato delle prove in materia civile*, Firenze, 1914-1924; F. CARNELUTTI, *La prova civile. Parte generale (Il concetto giuridico della prova)*, Roma, 1915; E. FLORIAN, *Delle prove penali*, Milano, 1924; C. FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova, 1940; P. SARACENO, *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, Padova, 1940; F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953; V. GIANTURCO, *La prova indiziaria*, Milano, 1958; D. SIRACUSANO, *Studio sulla prova delle esimenti*, Milano, 1959; A. GIULIANI, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, 1961; F. CORDERO, *Tre studi, sulle prove penali*, Milano, 1963; M. MASSA, *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, Milano, 1964; M. TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970; P. DE LALLA, *Logica delle prove penali. Introduzione - Archeologia - Semantica normativa - Logica inquisitoria*, Napoli, 1973; M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974; G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, 1979; AA.VV., *Problemi attuali della prova nel procedimento penale*, in *Quad. C.S.M.*, 1987, n. 4; B. CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991; AA.VV., *Il principio del libero convincimento del giudice nel nuovo processo penale*, in *Quad. C.S.M.*, 1992, n. 50; M. MENNA, *Logica e fenomenologica della prova*, Napoli, 1992; M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano, 1992.

(1) Si ritiene invece che l'introduzione, durante i lavori preparatori della riforma processuale del 1988, della differenziazione tra "mezzi di prova" e "mezzi di ricerca della prova" (poi trasfusa nella distinzione tra i titoli II e III del libro III del codice di procedura penale) sia contraria all'esigenza di evitare l'impiego di concetti superflui quando non addirittura oscuri. In proposito, basti rammentare come nello stesso codice di procedura penale la locuzione "mezzi di ricerca della prova" venga utilizzata unicamente nella denominazione del titolo III del libro III e come la *Relazione prog. prel. c.p.p.* (in G.U., 24 ottobre 1988 n. 250, *Suppl. ord.*, n. 2, p. 59, dove vengono riprodotte le argomentazioni contenute nella relazione al precedente progetto preliminare del 1978) sostenga, da un lato, che i mezzi di ricerca della prova concernerebbero le prove precostituite e, dall'altro, che essi non sarebbero "di per sé fonti di convincimento, ma solo rend[erebbero] possibile l'acquisizione di cose materiali, tracce o dichiarazioni dotate di attitudine probatoria". Il documento, però, classica prova precostituita per eccellenza, viene inserito tra i mezzi di prova, mentre non si considera che neppure il mezzo di prova "testimonianza" è di per sé fonte di convincimento, consentendo esclusivamente l'acquisizione di una dichiarazione dotata di attitudine probatoria, gnoseologicamente non dissimile dall'enunciazione ricavabile dal cosiddetto mezzo di ricerca della prova "intercettazione telefonica". Né giustifica l'introduzione di una nuova categoria normativamente ed epistemologicamente irrilevante la constatazione che i mezzi di ricerca della prova si baserebbero sul fattore sorpresa (unica argomentazione di una qualche fondatezza contenuta nella citata relazione a sostegno della proposta distinzione).

(2) *Relazione prog. prel. c.p.p.*, cit., p. 61, dove peraltro (e conviene segnalarlo per evitare equivoci con quanto verrà esposto successivamente) viene impiegata una nozione lata di massima d'esperienza, comprensiva anche delle leggi scientifiche: non vi è dubbio alcuno, infatti, che – volendo salvaguardare "il raccordo tra convincimento del giudice e obbligo di motivare" (*ivi*, p. 61) – pure queste ultime debbano essere indicate in motivazione quando costituiscano "criteri" di valutazione probatoria.

(3) Va, tuttavia, ricordato come un giudizio di “concludenza” (per così dire “provvisoria” rispetto a quella “definitiva”, peculiare della decisione terminativa del procedimento penale) si abbia anche riguardo ad ogni provvedimento giudiziale, per il quale occorra valutare l’idoneità e la sufficienza delle risultanze procedurali ai fini della decisione (come nell’ipotesi di cui all’art. 292 comma 2 lett. *c* c.p.p.).

LA “PROVA PRIVATA”: LE INDAGINI DEL DIFENSORE E LA LORO UTILIZZABILITÀ

Relatore:

prof. Giovanni Paolo VOENA

ordinario di procedura penale nell’Università di Firenze

1. Il disagio dell’interprete (Ieri).

Chi fosse stato chiamato – fino a due mesi fa – a discorrere del tema delle indagini difensive e, quindi, si fosse dedicato ad una doverosa ricognizione del materiale giurisprudenziale e dottrinale esistente, avrebbe vissuto un’esperienza singolare. Per un verso, dalla lettura delle scarse decisioni in materia avrebbe tratto la convinzione che la portata dell’art. 38 disp. att. fosse alquanto marginale, essendosi rimossi, al più, dei meri limiti deontologici al comportamento del difensore, per l’altro, dalla lettura della maggior parte dei numerosissimi apporti dottrinali avrebbe ricavato la conclusione che la norma in discorso assumeva una valenza davvero centrale nel sistema, in quanto attribuiva alla parte privata il potere, seppure entro certi limiti, di formare elementi probatori. La causa di una simile divaricazione va ascritta ad un legislatore che, pur ben conscio delle delicate implicazioni scaturenti dal riconoscimento normativo delle indagini difensive non aveva voluto prendere, in presenza di non componibili dissensi all’interno della Commissione ministeriale, posizione su alcuni punti essenziali (modalità acquisitive delle indagini, loro forma di documentazione, loro regime di utilizzabilità nei vari stati e gradi del procedimento), demandandone così la soluzione all’elaborazione giurisprudenziale.

Da qui un duplice, opposto pericolo:

– percorrere la strada di approfondire l’argomento sul piano dei principi generali, senza impegnarsi sui profili più strettamente esegetici nella consapevolezza della scarsa incidenza pratica della norma;

– addentrarsi nei profili interpretativi cercando di colmare le lacune normative tramite i consueti criteri (interpretazione estensiva, integrazione analogica, somministrazione di regole deontologiche), compiendo una sorta di fuga in avanti rispetto alle prese di posizione della giurisprudenza, ritenute complessivamente deludenti. Inutile rimarcare l’alto grado di opinabilità di una siffatta operazione.

2. Le novità introdotte dalla L. 332/1995.

Nonostante le reiterate richieste della classe forense affinché il legislatore ponesse riparo alle individuate lacune dell’art. 38 disp. att., le modifiche introdotte dalla L. 332/1995, riprendendo, quasi alla lettera, precedenti tentativi riformatori a partire dal disegno di legge del Ministro Conso, si limitano (TONINI) a prevedere, nei due commi aggiunti:

a) un potere – in capo al difensore – di presentare direttamente al giudice elementi reputati rilevanti ai fini della decisione da adottare;

b) un dovere di inserire la documentazione presentata al giudice “nel fascicolo relativo agli atti di indagine”.

Gran parte delle questioni sollevate dalla classe forense non trovano certamente la loro soluzione in un testo che, anche per quel poco che dice, si caratterizza per la sua opacità semantica. Con tutto ciò, si deve riconoscere che la novella relega nel passato quella giurisprudenza della Cassazione (Sez. feriale, 18 agosto 1992, Burrafato) – la più nota anche se non la sola – che, tramite argomenti alquanto controvertibili in ordine al ruolo svolto dal pubblico ministero nella fase delle indagini preliminari, negava che le indagini difensive potessero essere presentate al giudice, dovendo essere sempre “canalizzate sul pubblico ministero”. Stando ad una certa dottrina (TONINI), l’operazione legislativa sarebbe suonata addirittura superflua ove il dettato originario dell’art. 38 fosse stato “interpretato in buona fede, senza paraocchi”. Ad ogni buon conto, non era dato cogliere nella giurisprudenza un fenomeno analogo a quello che si stava verificando nei confronti dell’arresto in flagranza per il reato di false informazioni rese al pubblico ministero: là la giurisprudenza della Cassazione si stava avviando, mercé un’interpretazione sistematica, verso soluzioni riequilibratrici, qui gli apporti più recenti (Sez. I, 16 marzo 1994, Cagnazzo) non mostravano mutamenti di rotta, convergendo con le conclusioni rigorose quasi sempre adottate dai giudici di merito. Inoltre, l’indicazione finalistica contenuta nell’art. 38/1 poteva indurre l’interprete ad affermare che la norma non trovasse applicazione nella fase delle indagini preliminari, al di là dei casi in cui, come in sede di riesame delle misure coercitive (art. 309/9), le parti fossero espressamente ammesse ad addurre elementi probatori. Invero, sembra da condividersi l’assunto per il quale il diritto alla prova *ex art.* 190 non può essere identificato con quel diritto a difendersi provando ritenuto da un’accreditata sistemazione dottrinale (VASSALLI) logicamente implicato nella proclamazione costituzionale circa l’inviolabilità del diritto di difesa in ogni stato e grado del procedimento. In altre parole, il diritto alla prova troverebbe il suo soddisfacimento nella fase dibattimentale, mentre nella fase delle indagini preliminari esso varrebbe unicamente nei confronti della prova non rinviabile. La ragione di ciò risiederebbe nel fatto che il diritto alla prova integrerebbe un mero aspetto del più vasto diritto di difendersi provando.

Il vero è che, come risulta da più agganci letterali, il legislatore del 1995 mira a rafforzare la difesa nella fase delle indagini preliminari in rapporto all’adozione delle misure cautelari personali, non curandosi degli effetti che la novella è destinata a provocare sul sistema.

3. Considerazioni sistematiche e disagi dell’interprete (Oggi).

L’art. 22, accogliendo la soluzione che è stata chiamata (NOBILI) del “fai da te”, si discosta dalle scelte operate dal legislatore del 1995 che si caratterizzano:

- per un verso, nell’accrescere, tramite prescrizioni sempre più analitiche (e talora superflue, se non, addirittura, controproducenti), il grado di legalità del processo;
- per l’altro, nel potenziare il ruolo del giudice per le indagini preliminari.

In tal modo, la norma sulle indagini difensive si allontana dalla prospettiva coltivata a partire dal 1992, sembrando riproporre, in un certo qual senso, quelle libertà delle forme propria dello schema dell’inchiesta di parte che avrebbe animato la versione originaria del codice.

In effetti, quello schema, al di là delle affermazioni di facciata pur presenti nelle Relazioni ministeriali, non è stato mai accolto. Anche a ritenere che l'attività svolta dalla polizia giudiziaria e dal pubblico ministero fosse inidonea a formare materiale per il giudizio, nonostante le innegabili deroghe all'oralità insiste nel sistema delle letture, il legislatore aveva ben presente che tali attività sarebbero state inevitabilmente utilizzate non solo per le determinazioni inerenti all'azione penale, ma pure per fini endoprocessuali, in primo luogo per la compressione delle libertà costituzionalmente tutelate. Ciò spiega la somministrazione di una serie di regole di condotta per gli organi procedenti nella fase delle indagini preliminari, emblematicamente raffigurabile nei richiami alle norme sulle prove effettuati in maniera massiccia già dal testo originario dell'art. 362: da qui il comprensibile polarizzarsi dell'attenzione della giurisprudenza sul regime degli atti in discorso con riguardo all'adozione delle misure cautelari.

La Corte Costituzionale – in nome del principio di non dispersione delle prove – ed il legislatore della l. 356 del 1992 hanno, di conseguenza, messo in crisi non tanto lo schema dell'inchiesta di parte quanto, non meno gravemente, la distinzione funzionale tra le diverse fasi. Ne è derivato un ulteriore irrigidimento delle forme degli atti delle indagini preliminari, specie, ma non solo, sul terreno della documentazione. A tal punto, si è fatta sempre più strada, in dottrina ed in larghi settori della magistratura, l'idea che il necessario riequilibrio del sistema dovesse passare attraverso un ampliamento dei casi ed uno snellimento delle forme dell'incidente probatorio, salvaguardando non il valore dell'oralità, ormai compromesso, ma, almeno, quello del contraddittorio. Un simile disegno non è parso appetibile ad una classe forense che ha continuato ad inseguire l'obiettivo – politicamente mobilitante, ma sistematicamente sempre meno praticabile – di attribuire dignità probatoria all'inchiesta della parte privata. La novella del 1995 ha così consentito che l'indagine difensiva, pur rimanendo priva di espressi limiti di forma, assuma, all'interno della fase processuale, un certo qual valore probatorio, trascurando di considerare gli effetti conseguenti all'inserzione della stessa negli atti delle indagini preliminari. Ne segue che, se si ammetteranno – come sembra arduo non fare, – ambiti di utilizzazione di tali atti in sede dibattimentale, si finirà per allontanare vieppiù il giudice dalla fonte di una prova formata senza l'osservanza del canone del contraddittorio. Da questo punto di vista, non si può non condividere le preoccupazioni che la dottrina più sensibile al valore euristico del contraddittorio (FERRUA) manifestava al tempo della gestazione della novella: far concessioni alla difesa dello stesso segno di quelle ottenute in precedenza dall'accusa avrebbe significato accrescere e non diminuire le distorsioni del giudizio, infingendo un ulteriore colpo al valore dell'indipendenza del giudice dibattimentale rispetto alla prova.

4. I titolari del potere di presentare gli elementi difensivi.

In ordine ai titolari del potere di presentare elementi difensivi, si registra l'unica novità rispetto ai testi in precedenza sottoposti all'attenzione parlamentare: si è considerato anche il difensore della persona offesa secondo un esatto apprezzamento delle funzioni svolte da tale soggetto nella fase delle indagini preliminari.

Sembra riproporsi, invece, la questione se il potere in discorso possa essere esercitato dal difensore ancora prima che la persona sottoposta alle indagini sia venuta a legittima conoscenza di aver assunto tale qualità. È nota, in proposito, l'opinione di chi (CRISTIANI) risponde in senso affermativo, specie sostenendo che la facoltà di indagare si riferisce a momenti fuori del processo tanto che suonerebbe assurdo vincolare il potere in parola ad un atto formale di nomina destinato ad assumere piena rilevanza solo all'interno del procedimento. Premesso che lo spessore della questione è molto diminuito per effetto della modifica apportata all'art. 335, la tesi non persuade. Se si concepisce l'attività difensiva come un'attività di ricerca – al pari di quella che fa il pubblico ministero allorquando forma egli stesso la notizia di reato – la risposta può suonare plausibile, ma se la si raffigura come un'attività probatoria che si perfeziona con la presentazione della relativa documentazione al giudice, diviene difficile seguire un siffatto orientamento.

5. I destinatari della presentazione.

Il riferimento portato dall'art. 38/2 *bis* al giudice comprende non solo il giudice per le indagini preliminari ma anche il tribunale per il riesame, quanto meno nei confronti delle ordinanze che dispongono una misura coercitiva. Resta dubbio se la medesima conclusione valga per il tribunale del riesame quale organo d'appello, la risposta dipendendo dal potere di far valere elementi difensivi in tale sede (v., sul punto, *infra*).

Un punto sembra comunque fuori discussione: la raffigurazione del giudice come destinatario dell'indagine difensiva non impedisce di cogliere nel pubblico ministero un potenziale destinatario: del resto indicazioni in tal senso si desumono dagli artt. 291/1 e 292/2 *ter*. L'orientamento di taluni uffici del pubblico ministero di ritenere irricevibile l'indagine difensiva, che già prima della novella pareva discutibile, non ha più ragion d'essere. Quanto poi alla scelta tra i due destinatari, gioca qui una scelta tattica della difesa in ordine ad una serie di fattori quali la probabilità che il pubblico ministero assuma l'informazione, la "tenuta" rispetto all'assunzione di informazioni da parte del medesimo, la volontà di scongiurare la richiesta di applicazione di una misura cautelare e via discorrendo.

6. Il tempo della presentazione.

L'art. 38/2 pone un vincolo finalistico alla presentazione: essa avviene "ai fini della decisione da adottare". A differenza di altri casi (v., ad es. art. 147 disp. att.) qui la clausola appare dotata di una sicura efficacia normativa, sebbene, entro certi àmbiti, possa suonare tecnicamente superflua. Viene qui in gioco la natura della funzione svolta dal giudice per le indagini preliminari, tipica di un giudice *ad acta*, chiamato ad intervenire solo su sollecitazione di "parte". Ma il dato letterale fugge ogni difficoltà: la deduzione dell'elemento è ammissibile solo in quanto funzionale ad un provvedimento decisivo prefigurabile e, per conseguenza, diretto ad un giudice investito del medesimo.

Ne discende che il difensore può pretendere di vedere ricevuti dal giudice gli elementi difensivi in soli due gruppi di ipotesi:

a) quando l'ordinamento lo abilita a sollecitare la giurisdizione di un giudice attivabile all'interno della fase delle indagini preliminari;

b) quando il pubblico ministero abbia sollecitato il g.i.p. a prendere una decisione, sempreché alla difesa sia dato uno spazio per interloquire.

Al primo riguardo, vengono in gioco fattispecie rispetto alle quali, già prima dell'entrata in vigore della novella, si discorreva in ordine al potere di by-passare il pubblico ministero. È il caso, anzitutto, della richiesta di revoca o di sostituzione della misura cautelare da parte della persona sottoposta alle indagini. Il legislatore del 1995, introducendo l'art. 299/3 *ter* ha imposto al giudice di assumere l'interrogatorio dell'imputato, che ne abbia fatto richiesta, tutte le volte in cui l'istanza di revoca o di sostituzione "è basata su elementi nuovi o diversi rispetto a quelli già valutati". Dai lavori preparatori, in particolare dalla relazione che accompagnava il d.d.l. n. 1716/S, emergeva netta l'idea che l'esigenza di sentire l'indagato potesse manifestarsi, per l'appunto, in dipendenza dell'esercizio delle facoltà difensive di cui all'art. 38, che, a quel tempo, già si sarebbe dovuto atteggiare secondo cadenze pressoché identiche all'attuale (MARZADURI). Nonostante la diversa articolazione della versione finale dell'art. 299, l'operatività dell'art. 38 rispetto all'istituto della revoca non può essere messo in discussione, rappresentando, anzi, il campo elettivo d'applicazione della presentazione diretta al giudice degli elementi difensivi.

Naturalmente, l'art. 38/2 *bis* esercita la sua sfera operativa in materia di impugnazioni. In margine al procedimento di riesame delle misure coercitive si è sviluppato, come noto, un vivace dibattito, innescato dall'art. 309/9 laddove prevedeva (e prevede) che il collegio pronunci "anche sulla base degli elementi addotti dalle parti nel corso dell'udienza". La giurisprudenza della Cassazione era pervenuta, da principio, a caute aperture col ritenere:

– che al tribunale del riesame è consentito prendere in considerazione la consulenza tecnica esibita dalla difesa, in forza dell'argomento che si tratta di una manifestazione del principio di completa devoluzione del *thema decidendi* a cui si uniforma il rimedio del riesame (Sez. I, 23 novembre 1992, Mauriello);

– e che l'impossibilità di svolgere, nel procedimento di riesame, attività istruttorie, non esclude il dovere del tribunale di sottoporre a valutazione le dichiarazioni scritte rilasciate al difensore dell'imputato da persona estranea ai fatti e ritualmente acquisite al giudizio, in quanto esse rappresentano elementi dai quali sono deducibili fatti e circostanze utili alla decisione sulla legittimità sostanziale della disposta custodia cautelare (Sez. I, 5 giugno 1992, Padovani).

Ma, successivamente, si registravano atteggiamenti di netta chiusura (Sez. VI, 8 maggio 1993, Minzolini, nonché, con riferimento all'appello, Sez. I, 16 marzo 1994, Cagnazzo). In effetti, se una lettura corretta (FRIGO) dell'art. 309/9, alla luce della costruzione del riesame alla stregua di un nuovo giudizio, già risolveva la questione, l'art. 38/2 *bis* dissolve ogni marginale dubbio al riguardo.

Per quanto riguarda l'appello *ex art.* 310, la soluzione è meno pacifica. Da un canto, gioca la specialità della regola posta dall'art. 38/2 *bis*, che parrebbe travalicare i confini propri ad un giudizio d'appello proposto in via incidentale come quello disciplinato dall'art. 310, dall'altro canto, si potrebbe obiettare che la decisione del giudice d'appello dipende dalla peculiare struttura della devoluzione ed è ancorata alle forme limitate del contraddittorio camerale *ex art.* 127 (SPANGHER).

Nell'ambito della categoria in discorso trova poi spazio il potere del difensore di presentare elementi difensivi, a sostegno dell'ammissibilità della richiesta di incidente probatorio. Si faccia il caso di un elemento che supporti la non rinviabilità al dibattimento della prova di cui si chiede l'assunzione o di un elemento che dimostri la rilevanza della prova medesima (in tal senso v. già Sez. I, 31 gennaio 1994, Vincenti).

Al secondo riguardo, relativo cioè all'ipotesi in cui il g.i.p. sia stato sollecitato dal p.m. ad assumere una decisione, il quadro è più articolato. Anzitutto, deve escludersi che la novella assuma influenza diretta nei confronti della richiesta di applicazione di una misura cautelare. Non vengono qui in discussione i maggiori spazi conoscitivi offerti alla difesa dalla nuova versione dell'art. 335 (peraltro in buona misura rinnegati dalla compressione dei casi in cui il p.m. invia l'informazione di garanzia): nel sistema vigente la persona sottoposta ad indagini, anche se a conoscenza di essere divenuta tale, non interloquisce sulla richiesta di applicazione della misura cautelare per evidenti ragioni attinenti alla "fruttuosità" della misura.

Se gli elementi fossero forniti, la presentazione sarebbe *inutiliter data* ed il giudice – si sostiene plausibilmente (DOMINIONI) – dovrebbe trasmettere l'atto al p.m. È appena il caso di aggiungere che la mossa di una difesa che teme venga emessa una misura cautelare consiste nel presentare gli elementi di prova al p.m., poiché essi *ex art.* 291/1 dovranno, a loro volta, infallibilmente, presentati al g.i.p..

Rientrano, invece, nella seconda categoria le seguenti ipotesi:

a) formulazione orale della richiesta di applicazione della misura cautelare in sede di udienza di convalida: qui il difensore, che deve essere obbligatoriamente sentito, potrà addurre gli elementi a difesa (art. 391/3);

b) richiesta del p.m. di inscenare un incidente probatorio (art. 396);

c) richiesta di proroga delle indagini preliminari notificata a cura del giudice con l'avviso della facoltà di presentare memorie entro cinque giorni dalla notificazione (art. 406/3);

d) richiesta di archiviazione non accolta in prima battuta, con conseguente avviso della fissazione dell'udienza camerale (art. 409/2);

e) richiesta di proroga della custodia cautelare per entrambe le ipotesi contemplate dall'art. 305.

Con un ulteriore passaggio argomentativo, ci si può chiedere se il g.i.p. possa ricevere elementi difensivi tutte le volte in cui, avendo egli emesso un provvedimento a termine reso conoscibile alla difesa, sia legittimamente prevedibile che il medesimo possa essere chiamato a prendere una decisione in materia. È il caso della rinnovazione, anzi, più esattamente, stando al codice, della proroga, delle misure cautelari, ivi compresa la custodia in carcere, disposte per le esigenze delle indagini (art. 301). Per le stesse ragioni che valgono ad escludere l'ammissibilità della presentazione degli elementi difensivi in vista della richiesta di una misura cautelare, la risposta suona negativa. Peraltro, se il p.m. chiede la proroga, per effetto della sentenza costituzionale n. 219/1994, s'impone di sentire previamente il difensore e, nel caso della sola misura della custodia in carcere, di provvedere all'interrogatorio della persona sottoposta ad indagini. Ne discende, così, un legittimo spazio per la presentazione degli elementi difensivi, in special modo nella seconda eventualità. È noto come dall'art. 299/3 si ricavi che, tutte le volte in cui il giudice assume l'interrogatorio della persona in stato di custodia cautelare, può provvedere d'ufficio alla revoca o alla sostituzione della misura (MARZADURI).

7. Dovere di avvisare il p.m. dell'avvenuta presentazione?

La novella non prende posizione circa il quesito se il pubblico ministero possa venire a conoscere gli elementi difensivi prima che essi siano inseriti nel fascicolo delle indagini, sempre che essi siano presentati al di fuori di un contesto caratterizzato dal contraddittorio. Si è sostenuto (TONINI) che dell'avvenuto deposito debba essere dato avviso al pubblico ministero, ciò in forza del principio, codificato bensì per i documenti presentati al dibattimento (art. 495/3), ma operante, almeno come norma deontologica, anche prima del dibattimento.

Al di là delle considerazioni in chiave di deontologia professionale, non pare che sul difensore gravi un simile compito. Invero, la dottrina è concorde nel ritenere che non solo non esista un obbligo, per la difesa, di comunicare al titolare dell'accusa le memorie difensive indirizzate al giudice, in mancanza di una qualche sanzione processuale, ma che non si configuri neppure un onere in tal senso, salvi i casi in cui esso sia imposto espressamente, come avviene in materia di richiesta di incidente probatorio (art. 395). È giusto, però, rammentare che, a margine del giudizio di cassazione, la giurisprudenza si è mostrata di avviso contrario allorché ha ravvisato l'inammissibilità di una memoria difensiva non comunicata al procuratore generale (Cass. 15 ottobre 1992, p.m. in c. Mittiga).

8. Gli "elementi".

Si tratta, ora, di comprendere cosa il legislatore del 1995 abbia voluto indicare con il termine "elementi" di cui al 38/2 *bis*, naturalmente da leggersi in maniera coordinata con la locuzione "elementi di prova" presente nell'art. 38/1: gli uni si identificano con gli altri.

È noto come nel codice le espressioni in parola compaiano in contesti diversi – "elementi" (291/1, e 299/3 *ter* e 309/9), "elementi di prova" (65/1, 86/2, 90/1, 192/3, 375/3, 410/1, 421/2 e 500/4) ed "elementi di fatto" (292/2, lett. c) – ma non v'è ragione di dubitare che si tratti sempre di elementi intellettivi. Si tratta di dati conoscitivi utilizzabili ai fini decisori, offerti da fonti di prova ed introdotti nel processo (o nel procedimento) mediante i corrispondenti mezzi di prova (o gli omologhi atti d'indagine) (UBERTIS, GIOSTRA).

Al di là del contrasto dottrinale tra coloro che, in base alla “nomenclatura” codicistica, ritengono che gli “elementi di prova” non siano mai qualificabili come “prove” in senso stretto, non essendo stati acquisiti nelle forme e nelle fasi prescritte (GIOSTRA, SIRACUSANO), e quanti escludono di poter loro attribuire “una determinata e sempre uguale potenzialità persuasiva”, dovendosi fare riferimento, volta per volta, al contesto procedimentale nel quale si inseriscono e di cui risentono (UBERTIS), nel caso di specie, la funzione della norma in discorso e la circostanza che gli “elementi” ivi menzionati trovino la sede privilegiata della loro utilizzazione – oltre che quella esclusiva per la loro formazione – nella fase delle indagini preliminari, risolvono la questione alla radice.

Essenziale è, piuttosto, evitare di confondere la natura gnoseologica dell’“elemento di prova” con il supporto nel quale esso è incorporato; la circostanza che l’“elemento di prova” debba essere debitamente documentato non vale a mutarne, infatti, l’essenza. Il legislatore, con l’art. 38/2 *ter*, impone soltanto l’onere, per la difesa, di far risultare gli “elementi” da atti d’indagine difensiva inglobati in un supporto cartaceo (PERONI).

9. Le indagini difensive come atto del procedimento.

La formula dell’art. 38/2 *ter*, laddove discorre di documentazione, ossia di un’attività disciplinata, per gli atti del giudice, dagli artt. 134-142, induce a propendere per la concezione secondo cui le indagini difensive assumono natura di atti del procedimento e non già di prova documentale. Nessuno spunto pare, invece, desumibile dal verbo “inserire” adoperato tanto per gli atti che per i documenti dall’art. 551/1.

È noto come, secondo la dottrina più accreditata (CONSO) costituiscono atti del procedimento quelli:

a) posti in essere da un soggetto del procedimento (e tale è certo il difensore ritualmente nominato);

b) per un fine del procedimento (e tale valenza assumono le indagini difensive una volta presentate al giudice o al p.m.).

Manifesta è, nondimeno, la differenza rispetto agli atti del p.m. e della polizia giudiziaria: gli atti posti in essere da tali soggetti a seguito della individuazione di una notizia di reato fanno, per ciò solo, parte degli atti del procedimento, salve le note eccezionali (art. 350/6), quelli difensivi lo diventano solo al momento della presentazione all’autorità giudiziaria, al pari di quanto può dirsi a proposito dell’atto di impugnazione. Nulla, infatti, impedisce al difensore di non avvalersi del materiale raccolto ove non lo ritenga utile al fine professionale perseguito. Del resto, a differenza degli organi pubblici, comunque tenuti ad un dovere di imparzialità – ribadito, forse superflualmente, dall’art. 358 per quanto riguarda il p.m. – la difesa non svolge un’attività neutra rispetto ai risultati, bensì un’attività dichiaratamente “partigiana”.

Dalla previsione che la documentazione presentata al giudice è inserita nel fascicolo relativo agli atti di indagine non può, però, inferirsi che solo dopo il compimento di tale attività la documentazione diventi atto del procedimento. Ciò accade già al momento in cui la presentazione è andata a buon fine, ancorché il giudice, successivamente, possa dichiarare inutilizzabile l’atto di indagine (GALANTINI). A ben vedere l’atto resterà, come accade di consueto, nel fascicolo delle indagini: potrà così accadere che un atto difensivo, in un primo momento dichiarato inutilizzabile, venga successivamente recuperato.

Su questa premessa dovrebbe impostarsi il discorso sulle forme di documentazione, da condursi, inevitabilmente, ispirandosi al criterio dell’integrazione analogica, rispetto a quelle proprie degli atti del giudice (FRIGO).

10. L'utilizzabilità delle indagini difensive ex art. 38/2 bis e ter in sede di udienza preliminare.

Assai delicata è la questione interpretativa che investe l'operatività della novella una volta conclusa la fase delle indagini preliminari, ed incardinatasi l'udienza preliminare, fermo restando, ovviamente, che l'avvenuto inserimento dell'atto difensivo nel fascicolo relativo agli atti d'indagine riverbera i suoi effetti pure sulle fasi successive.

Al riguardo, il dato letterale, riferito ad un soggetto – la persona sottoposta alle indagini – che non è più presente sulla scena dopo l'esercizio dell'azione penale sembra costituire un ostacolo insormontabile: le nuove disposizioni opererebbero solo nel procedimento non ancora “processo”. Ed infatti, alcuni tra i primi commentatori (CONTI, FRIGO) non hanno mancato di rimarcare come la modifica legislativa valga solo per la fase delle indagini preliminari cui espressamente il legislatore si riferisce, tanto più che l'art. 61/1 non agisce all'inverso (FRIGO).

Altri (LOZZI) hanno fornito una serie di argomenti di segno contrario, pur muovendo – si badi bene – dalla premessa che nella nozione di documenti ex art. 421/3 non possono ricomprendersi anche le dichiarazioni delle persone informate. Secondo tale tesi l'art. 38 ter consentirebbe, infatti l'inserzione nel fascicolo delle indagini delle attività difensive alla stregua non già di documenti bensì di “atti del procedimento”.

a) Si fa rilevare che, essendo consentita al p.m. anche dopo il rinvio a giudizio ex art. 430, l'attività integrativa di indagine, apparirebbe del tutto illogico non consentire al difensore dell'imputato o della parte civile di chiedere l'applicazione dell'art. 38/2 bis e ter. Al di là della facile obiezione circa la non necessaria coincidenza soggettiva tra parte civile e persona offesa, alla tesi in discorso si può replicare che l'art. 430 consente sì al p.m. di svolgere indagini successive al decreto che dispone il giudizio, ma ne regola l'utilizzazione secondo canoni restrittivi. Non a caso, si usa correntemente discorrere, in proposito, di un “terzo fascicolo”. Inoltre la giurisprudenza (Cass. 23 novembre 1993, Morgante, 196399) nega che tali atti possano essere utilizzati al dibattimento per le contestazioni benché essi vadano messi, tramite apposito deposito, a disposizione delle parti.

b) Quanto poi all'argomento che il nuovo testo dell'art. 38 – col riferirsi all'ipotesi normale – non ha affatto escluso l'esercizio dell'attività difensiva dopo la chiusura delle indagini preliminari, dà per scontato proprio ciò che deve essere dimostrato.

Tuttavia, vero è che i commi 2 bis e ter dell'art. 238, costituendo estrinsecazione del principio generale del diritto di difesa, sono suscettibili di estensione analogica, e che l'art. 421/3, accanto ai documenti, menziona anche gli atti ammessi dal giudice prima dell'inizio della discussione, sicché la questione resta aperta.

In ogni caso, una volta chiusa l'udienza preliminare, non vi è spazio per un'autonoma rilevanza degli elementi di prova in discorso, sicché pare plausibile concludere che la difesa debba realizzare tutte le sue *chances* nella richiesta di ammettere la testimonianza per ottenere l'assunzione a dibattimento. È appena il caso di precisare che in tale sede non potrà avvalersi a fini contestativi delle informazioni raccolte tardivamente.

11. La questione dell'utilizzabilità al dibattimento.

Il punto sul quale si è maggiormente polarizzata l'attenzione degli interpreti è certo quello dell'utilizzazione dibattimentale delle dichiarazioni rese alla difesa. Al riguardo, due considerazioni debbono essere anteposte all'analisi della questione:

- 1) si tratta, anzitutto, di un profilo non destinato ad assumere nella pratica giudiziaria un'importanza pari a quella che gli si è tributata in sede esegetica;

- 2) si tratta, inoltre, di tener separati gli argomenti spendibili in sede di politica processuale, magari puntigliosamente influenzati dai ruoli professionali rivestiti, da quelli di natura più propriamente tecnico-giuridica.

La tesi secondo cui le dichiarazioni rese al difensore (ed agli altri soggetti abilitati) potevano essere utilizzati per le contestazioni *ex art. 500* – ed *ex art. 503*, ovviamente ma poco probabilmente – si era già affacciata all’epoca in cui tali contestazioni assumevano un’efficacia meramente negativa, non già quell’efficacia positiva discendente dalla sentenza 255/1992 e dalla legge 356 dello stesso anno. A seguito delle intervenute modifiche, la dottrina (ILLUMINATI) era pervenuta ad una soluzione, per così dire, intermedia. Pur sostenendosi che al difensore fosse sempre consentito avvalersi delle precedenti dichiarazioni, da lui ricevute, sia per trarne spunto alle proprie domande, al fine di sollecitare quella sincerità delle risposte di cui parla l’art. 499/2, sia per impiegarli a fini contestativi, ci si faceva, però, carico della difficoltà di fare transitare le predette contestazioni nel fascicolo del dibattimento, da cui discende quell’efficacia probatoria positiva decretata dall’art. 500/4 e 5. Decisiva pareva la considerazione per cui, pur essendo argomentabile la soluzione positiva in forza del principio della parità delle parti, tali dichiarazioni risultavano inserite nel fascicolo del p.m. tramite il veicolo del documento redatto dal difensore o da un suo ausiliario e non già tramite un atto formale del procedimento come è il verbale. Pertanto, finché non saranno “definite le forme e i limiti dell’acquisizione e della documentazione delle dichiarazioni ricevibili dal difensore nell’esercizio dei suoi poteri d’indagine, restano mitivi per dubitare che anche ad esse vadano applicati i commi 4 e 5 dell’art. 500”.

La soluzione prospettata si ispirava ad una logica del buon senso, sicché non stupisce che sia stata riproposta (PERONI) a seguito della novella del 1995, ma non sembra corroborata da argomenti davvero solidi. Sul terreno delle contestazioni la tesi in parola non può che far leva, evidentemente, che sulla formula dell’art. 500/3 – laddove statuisce che “le dichiarazioni utilizzate per le contestazioni possono essere valutate dal giudice per stabilire la credibilità della persona esaminata” – attribuendole una funzione autonoma rispetto a quella svolta dai commi successivi. Ma l’operazione non pare plausibile, giacché nulla, nel sistema, induce a distinguere all’interno della classe degli atti inseriti nel fascicolo del p.m. e giacché nient’altro è l’art. 500/3 se non un retaggio del testo originario, maldestramente reimmesso sebbene suoni pressoché vuoto (FERRUA). A tal punto, tocca compiere una scelta tra la tesi che, per negare efficacia probatoria alle precedenti dichiarazioni rese al difensore deve necessariamente escludere che esse possano divenire oggetto di contestazioni e la tesi che, invece, sostiene che, quanto ad efficacia probatoria, tali dichiarazioni debbano essere parificate a quelle raccolte dal p.m. e dalla polizia giudiziaria (FRIGO, LOZZI, TONINI).

Alcuni degli argomenti impiegati avverso la seconda soluzione non sono risolutivi sebbene suggestivi. Così si dica dell’assunto che rifiuta ogni equiparazione facendo leva sulla circostanza che la verità delle dichiarazioni rese davanti al p.m. è tutelata da un’apposita fattispecie incriminatrice – l’art. 371 *bis* c.p. – espressamente mantenuta in vita dalla novella del 1995. Facile rispondere che un’analoga tutela penale della verità non opera per le informazioni assunte di propria iniziativa dalla polizia giudiziaria nonché, stando ad un’esatta giurisprudenza ispirata al principio di tassatività della fattispecie, altresì a quelle assunte su delega del magistrato.

La circostanza che la fedeltà del verbale compilato sotto sorveglianza del p.m. sia garantita dalle norme che incriminano la falsità ideologica (art. 479 c.p.), mentre ciò non vale per le dichiarazioni raccolte dal difensore, non è del pari risolutiva. Non solo il vigente sistema processuale, sopprimendo l’incidente di falso, attribuisce al giudice, di volta in volta, il poterdovere di valutare la falsità di ogni atto, ma sarebbe affrettato escludere la mancanza di ogni tutela penale contro l’infedele documentazione. Come si è fatto notare (TONINI), sulla testa del difensore pende pur sempre la spada di Damocle rappresentata da una fattispecie dai confini fin troppo elastici come quelli che caratterizzano il favoreggiamento personale.

Il presunto limbo nel quale sono relegate le forme della documentazione difensiva, non produce, in quanto tale, l'inutilizzabilità dei risultati probatori acquisibili dal difensore. Se così fosse, la medesima conclusione dovrebbe estendersi anche alle dichiarazioni esplicitamente rese utilizzabili nel corso della fase delle indagini preliminari almeno a fini cautelari. Al solito, adducere *inconveniens non est solvere argumentum*.

Per altro verso, la tesi che riduce il discorso sull'utilizzabilità ad un discorso di mera attendibilità (DOMINIONI) appare troppo semplicistica. Del resto non si comprenderebbe, se la questione stesse solo in tali termini, l'impegno profuso dalla classe forense, per far penetrare, almeno tramite regole di natura deontologica, una serie di prescrizioni comportamentali in ordine al colloquio investigativo.

De iure condito è sostenibile che, in presenza di un'idonea documentazione – fonoregistrazione o, meglio, registrazione audiovisiva, naturalmente accompagnata da una sorta di verbale debitamente sottoscritto dagli intervenuti – possa essere conferita efficacia probatoria, a seguito di contestazione, alle dichiarazioni rese nel colloquio con il difensore.

Residuano difficoltà sul campo delle modalità acquisitive. Si pensi agli elementi forniti dai prossimi congiunti dell'imputato, legittimamente utilizzabili solo ove risulti dalla documentazione difensiva che ad essi è stato dato l'avviso in ordine alla facoltà di astenersi dal testimoniare. Il quadro si complica ulteriormente nel caso in cui il teste al dibattimento rifiuti di rispondere. Stando alla sentenza costituzionale n. 179 del 1994, una simile ipotesi non rientrerebbe nell'ambito dell'art. 500/2 *bis*, bensì in quello dell'art. 512. Al riguardo deve, però, escludersi recisamente (*contra* LOZZI) che tale disposizione possa essere invocata a proposito delle dichiarazioni rese nei colloqui con il difensore. Gioca qui il limite letterale: non si tratta di un atto assunto dalla polizia giudiziaria, dal p.m. o dal giudice nel corso dell'udienza preliminare rispetto al quale, per fatti e circostanza imprevedibili, si sia verificata un'impossibilità di ripetizione.

LE FASI DEL PROCEDIMENTO PROBATORIO
(RICERCA DELLA PROVA, ALLEGAZIONE, AMMISSIONE, ASSUNZIONE, ESCUSSIONE,
DISCUSSIONE) (*)

Comunicazione del:

prof. Metello SCAPARONE

ordinario di procedura penale nell'Università di Torino

SOMMARIO: 1. Le prove. – 2. Le attività sulla prova. – 3. L'escussione della prova. – 4. L'escussione orale. – 5. Le letture. – 6. Il diritto all'esame del pentito. – 7. Le contestazioni al testimone. – 8. Le contestazioni all'imputato.

1. Le prove.

Le prove sono gli equivalenti sensibili del fatto, cioè i segni che questo ha lasciato nella memoria degli uomini o nella materialità del mondo fisico e della cui percezione il giudice si vale per l'accertamento di quel fatto.

Le prove, avuto riguardo alla struttura, si distinguono in personali e reali:

a) le prove personali (o dichiarative) sono il ricordo o meglio la dichiarazione del ricordo delle persone che, avendo avuto conoscenza del fatto che occorre accertare, conferiscono tale loro conoscenza al giudice;

b) le prove reali sono le tracce e gli altri effetti materiali lasciati dal fatto in quella che ho chiamato la materialità del mondo fisico, nonché le cose pertinenti al fatto (comprehensive del corpo del reato) e utili al suo accertamento. I documenti sono le prove reali apprestate dall'uomo al fine di rappresentare il fatto.

Le prove, avuto riguardo alla funzione, si distinguono in rappresentative e indiziarie:

a) le prove rappresentative (o storiche) sono le dichiarazioni e i documenti che descrivono al giudice il fatto che deve essere accertato;

b) le prove indiziarie (o logiche o critiche) sono le dichiarazioni, i documenti e le cose in senso stretto che descrivono o indicano non il fatto che deve essere accertato, ma un altro fatto dal cui accertamento il giudice argomenta il fatto che deve essere accertato.

2. Le attività sulla prova.

Le prove formano oggetto nel processo penale di una serie di attività, alcune delle quali (ricerca, allegazione, ammissione, assunzione, escussione e discussione) sono elencate nel titolo che gli organizzatori di questo convegno hanno apposto alla presente comunicazione:

a) la ricerca della prova è l'attività che i soggetti del processo pongono in essere allo scopo di individuare le persone, i documenti e le altre cose utili all'accertamento del fatto e specificamente del reato.

La legge demanda la ricerca della prova principalmente al pubblico ministero, alla polizia giudiziaria e, secondo l'art. 38 disp. att. c.p.p., al difensore. La sede tipica della ricerca della prova è la fase delle indagini preliminari, ma alla ricerca si attende in ogni stato e grado del procedimento di merito anche fuori dell'udienza preliminare e del dibattimento (art. 430).

Alla ricerca della prova concorrono anche il giudice in quanto indica alle parti i temi nuovi o incompleti utili per l'accertamento (artt. 422 comma 1, 452 comma 2 e 506 comma 1) o ammette d'ufficio le prove (art. 507), nonché il presidente del collegio allorché rivolge domande alle persone esaminate (art. 506 comma 2);

b) l'allegazione della prova è l'attività con cui la parte del processo, la quale ha individuato una prova, chiede al giudice di ammetterla (artt. 422 comma 2 e 493 commi 1 e 2).

Di regola l'allegazione della prova è presupposto imprescindibile per l'ammissione della stessa (art. 190 comma 1). Non lo è nei casi, tassativamente indicati dalla legge, in cui il giudice può ammettere d'ufficio la prova (art. 190 comma 2);

c) l'ammissione della prova è il contenuto del provvedimento (ordinanza) con cui il giudice, d'ufficio o in seguito all'allegazione di parte, dispone che la prova sia introdotta nel processo per esservi assunta, utilizzata e valutata (artt. 190, 422 comma 2, 495);

d) l'assunzione della prova è l'attività con cui la prova, ammessa dal giudice, viene immessa nel processo e percepita dal giudice. L'assunzione è attività complessa e talora drammatica quando ha per oggetto le cosiddette prove costituenti (testimonianza, esame, confronto, ricognizione, perizia, esperimento giudiziale). Si riduce all'osservazione e all'ascolto della cosa quando ha per oggetto le prove precostituite (tracce o effetti materiali del reato, corpo del reato, cose pertinenti a questo, documenti);

e) l'escussione della prova è null'altro che la sua assunzione. Il termine escussione venne introdotto dal prof. Foschini per designare in particolare l'assunzione delle prove personali, che egli sottolineava come debbano essere scosse (escussione viene da *exquaterere*, scuotere) perché gli argomenti necessari all'accertamento del fatto ne cadano come frutti dall'albero;

f) la discussione della prova è l'attività logica e persuasiva con cui le parti propongono e caldeggiano al giudice gli argomenti che secondo loro egli dovrebbe trarre dalle prove assunte ai fini dell'accertamento del fatto.

La discussione delle prove si attua nelle fasi, dette appunto della discussione, proprie dell'udienza preliminare e del dibattimento nonché nelle memorie che le parti possono indirizzare al giudice in ogni stato o grado del processo);

g) la valutazione della prova è l'attività intellettuale con cui il giudice determina il credito che deve essere attribuito ai risultati dell'assunzione della prova.

Di regola la valutazione della prova è rimessa alla scienza ed esperienza del giudice secondo il principio della libera valutazione ovvero del libero convincimento del giudice (art. 192 comma 1). Peraltro esistono casi di prova a valutazione legalmente vincolata (artt. 192 commi 2, 3 e 4, 238 *bis*, 500 commi 3, 4 e 5, 503 comma 4).

Il giudice deve rendere conto della valutazione della prova indicando nella motivazione del provvedimento i criteri adottati e i risultati conseguiti in tale valutazione (art. 192 comma 1).

3. *L'escussione della prova.*

La trattazione di tutti gli argomenti prefissi a titolo della presente comunicazione esigerebbe la stesura di un manuale di procedura penale.

Fortunatamente alcuni di tali argomenti formano oggetto specifico di altre relazioni. La ricerca della prova, sotto il profilo della ricerca ad opera del difensore, è oggetto della relazione del prof. VOENA (*“La prova privata: le indagini del difensore”*). L'allegazione e l'ammissione della prova sono oggetto della relazione del cons. Nappi, imperniata su principio dispositivo e poteri di acquisizione ufficiosa del giudice. La valutazione della prova è sicuramente toccata dalle relazioni del dr. FASSONE (*“Dalla certezza all'ipotesi preferibile: un metodo per la valutazione”*) e del dr. JACOVIELLO (*“Lo standard probatorio richiesto per le misure cautelari”*).

La mia comunicazione può quindi concentrarsi sull'assunzione o escussione dibattimentale della prova, in particolare di quella personale. Del resto questa è attività centrale del processo penale, e l'esame della relativa disciplina permette di fare il punto su quanto dell'originaria ispirazione accusatoria resta nel codice di procedura penale.

4. L'escussione orale.

La regola continua ad essere quella per cui nel dibattimento le prove personali vengono escusse oralmente secondo la disciplina dettata dagli artt. 497-499 per l'esame dei testimoni, dall'art. 501 per l'esame dei periti e consulenti tecnici e dagli artt. 208-210 e 503 per l'esame delle parti e dei coimputati giudicati separatamente.

I repertori di giurisprudenza sono avari di pronunce in tema di disciplina dell'esame. La giurisprudenza ammette capitolarioni assai generiche delle circostanze oggetto di esame a norma dell'art. 468 (anzi afferma che unica causa di inammissibilità della lista è la sua tardività, non la vaghezza della capitolarione), e quindi concede il più ampio oggetto alle domande che la parte che ha chiesto l'esame può rivolgere nell'esame diretto alla persona escussa. Sia nel controesame sia nel riesame l'interrogante può porre domande su oggetti non toccati nella fase precedente, fermo il diritto della controparte di porre domande sugli stessi oggetti.

Il problema più dibattuto è stato se il consulente tecnico debba essere assimilato al testimone e quindi, prima dell'esame, debba essere impedito di apprendere quanto avviene nell'aula di udienza ed invitato ad assumere l'impegno di dire il vero. Il quesito può ricevere una risposta positiva in rapporto al consulente tecnico del pubblico ministero che nelle indagini preliminari abbia compiuto accertamenti a norma degli artt. 359 e 360. Costui, pur non assimilabile al testimone o al perito quanto all'eventuale responsabilità penale, allorché riferisce l'esito dei suoi accertamenti partecipa all'obbligo di verità o giustizia gravante sul pubblico ministero.

A parte ciò, la facoltà di astenersi dalla testimonianza e l'immunità da perquisizioni, sequestri e intercettazioni di comunicazioni per ragioni di segreto professionale, riconosciute al consulente tecnico dagli artt. 200, 256 e 271, impongono di ravvisare in costui una figura affine al difensore e ad escludere un suo obbligo di veridicità.

5. Le letture.

Il progressivo allontanamento del codice di procedura penale dalla primitiva ispirazione accusatoria ha portato ad ampliare l'elenco degli atti che, in deroga al principio di oralità, nel dibattimento possono essere letti o indicati come utilizzabili con immediata e piena efficacia probatoria.

Secondo il testo originario del codice gli atti suscettibili di tale lettura o indicazione erano quelli contenuti nel fascicolo per il dibattimento (artt. 431 e 511), quelli compiuti dal pubblico ministero nelle indagini preliminari o dal giudice nell'udienza preliminare e divenuti irripetibili per fatto imprevedibile (art. 512), le dichiarazioni rese nelle indagini preliminari al pubblico ministero o al giudice dall'imputato che al dibattimento risultasse assente, contumace o renitente all'esame (art. 513 comma 1), le dichiarazioni rese da un coimputato *ex art. 210* non comparso (art. 513 comma 2), nonché gli atti di un altro procedimento elencati nell'art. 238. La sentenza della Corte Costituzionale n. 254/92 ha reso le dichiarazioni del coimputato *ex art. 210* leggibili anche nel caso in cui costui, comparso al dibattimento, dichiarò di avvalersi della facoltà di non sottostare all'esame.

La legislazione antimafia dell'estate 1992, cioè il d.l. 306/92 e la relativa legge di conversione, ha ulteriormente aumentato il numero degli atti leggibili in dibattimento con piena efficacia probatoria:

a) collocando gli atti compiuti all'estero in seguito a rogatoria tra quelli che devono essere inseriti nel fascicolo per il dibattimento e quindi possono essere letti a norma dell'art. 511;

b) riscrivendo l'art. 238, elencante gli atti di altro procedimento leggibili nel dibattimento a norma dell'art. 511 *bis*, aggiungendovi, tra l'altro, quelli divenuti irripetibili per qualsiasi causa anche prevedibile;

c) inserendo tra gli atti dello stesso procedimento, leggibili a norma dell'art. 512 se divenuti irripetibili per fatto imprevedibile, gli atti compiuti dalla polizia giudiziaria;

d) dichiarando leggibili, per disposizione data dal giudice "tenuto conto degli altri elementi di prova acquisiti", le dichiarazioni, in precedenza rese dallo straniero residente all'estero, anche se costui non sia comparso in dibattimento o addirittura non sia stato citato (art. 512 *bis*).

La legge non dice se le sentenze irrevocabili, acquisibili a norma dell'art. 238 *bis*, debbano essere lette in dibattimento per risultare utilizzabili come prova del fatto in esse accertato sempreché integrate dai riscontri a norma dell'art. 192 comma 3.

6. Il diritto all'esame del pentito.

La legislazione antimafia dell'estate 1992 ha inferto un grave colpo al principio di oralità del dibattimento e al diritto di difesa dell'imputato (sotto il profilo, garantito dall'art. 6 comma 2 lett. d) della Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo, del diritto di "interrogare o fare interrogare i testimoni a carico") stabilendo che nei procedimenti per i reati di cui all'art. 51 comma 3 *bis*, quando si siano acquisite le dichiarazioni rese da testimoni o coimputati *ex art. 210* nell'incidente probatorio o in altri procedimenti, l'imputato può ottenere l'esame dibattimentale di tali persone solo se il giudice lo ritiene assolutamente necessario (artt. 190 *bis* e 238 comma b).

Una lesione più generale al diritto dell'imputato di interrogare o fare interrogare i propri accusatori discende dall'art. 513 comma 2, come inciso da Corte Cost. 254/92, per cui, quando un coimputato *ex art. 210* compare al dibattimento e dichiara di avvalersi del diritto al silenzio, le dichiarazioni da lui precedentemente rese sono lette nel dibattimento e utilizzabili come prova del fatto dichiarato con l'unica labile garanzia del dovere del giudice di indicare nella motivazione della sentenza, a norma dell'art. 192 commi 3 e 4, gli altri elementi di prova che a suo giudizio confermano l'attendibilità di quelle dichiarazioni.

In questi casi, per tutelare il diritto del coimputato a non autoincriminarsi (anche se spesso si tratta di persona ormai giudicata con sentenza irrevocabile in giudizio abbreviato o patteggiamento) la legge oblitera completamente il diritto del chiamato in reità a difendersi esaminando o facendo esaminare il proprio accusatore. Senonché la qualifica di “inviolabile”, attribuita dall’art. 24 comma 2 Cost. tanto al diritto di difesa del chiamante in reità quanto a quello del chiamato, esclude che il contemperamento fra questi due contrastanti diritti possa essere attuato dal legislatore dando piena soddisfazione al diritto di difesa del chiamante e trascurando completamente quello del chiamato.

Un contemperamento più ragionevole sarebbe quello che consentisse al chiamato di ottenere l’esame del proprio accusatore garantendo a quest’ultimo che quanto di autoincriminante egli si induca a dichiarare in tale esame non potrà essere usato in suo pregiudizio in un procedimento penale.

7. Le contestazioni al testimone.

La sentenza costituzionale n. 255/92 e la successiva legislazione antimafia hanno esteso anche la possibilità di leggere in dibattimento le precedenti dichiarazioni del testimone a fini di contestazione.

Specificamente:

a) sono stati ampliati i casi in cui l’esaminante può effettuare siffatta lettura, consentendola anche quando il testimone omette di rispondere sui fatti già riferiti nelle precedenti dichiarazioni (art. 500 comma 2 *bis*);

b) è stato ampliato il novero delle precedenti dichiarazioni suscettibili di lettura a fini di contestazione, che oggi sono tutte le dichiarazioni rese dal testimone a polizia giudiziaria, pubblico ministero e giudice (art. 500 comma 1), nonché quelle da lui rese in altro procedimento ed indicate nell’art. 238 comma 4 (cioè non leggibili con immediata e piena efficacia probatoria a norma dei tre primi commi dello stesso art. 238);

c) sono stati ampliati i casi in cui il giudice può utilizzare le dichiarazioni testimoniali lette a fini di contestazione non al solo fine di valutare l’attendibilità del dichiarante, ma come prova del fatto dichiarato;

a’) quando oggetto di contestazione sono state le dichiarazioni rese dal testimone nell’udienza preliminare a norma dell’art. 422, il giudice, se le ritiene più attendibili delle diverse dichiarazioni rese dallo stesso testimone nel dibattimento, può porre quelle in luogo di queste a fondamento della decisione (art. 500 comma 6);

b’) quando oggetto di contestazione sono state le dichiarazioni rese dal testimone nel corso delle indagini preliminari alla polizia giudiziaria o al pubblico ministero, il giudice può utilizzare tali dichiarazioni come prova del fatto dichiarato se ravvisa circostanze che hanno pregiudicato la genuinità dell’esame dibattimentale del testimone, come ad esempio promesse o minacce per indurlo a non deporre o a deporre il falso (art. 500 comma b), e comunque se ravvisa altri elementi che a norma dell’art. 192 comma 3 confermano l’attendibilità delle precedenti dichiarazioni (art. 500 comma 4).

8. Le contestazioni all’imputato.

Le possibilità di lettura a fini di contestazione di precedenti dichiarazioni all’imputato sono state ampliate rendendo suscettibili di tale lettura anche:

a) le dichiarazioni rese dall'imputato in altro procedimento e non acquisibili a norma dei primi tre commi dell'art. 238 (art. 238 comma 4);

b) le dichiarazioni rese dall'imputato nell'interrogatorio espletato dal giudice per le indagini preliminari prima di pronunciare sulla richiesta di revoca delle misure cautelari (art. 503 comma 6 *ex l.* 8 agosto 1995 n. 332);

c) le dichiarazioni spontanee rese alla polizia giudiziaria dalla persona sottoposta alle indagini (art. 350 comma 7).

(*) Tutte le disposizioni di legge, citate nel presente scritto senza indicazione del testo di appartenenza, sono articoli del codice di procedura penale.

IL DIRITTO ALLA PROVA.
MODELLO ACCUSATORIO E PRINCIPIO DISPOSITIVO.
POTERI DI INTEGRAZIONE OFFICIOSA

Relatore:

dott. Aniello NAPPI

magistrato di appello applicato alla Corte di Cassazione

Considerazioni sul diritto alla prova.

I – Benché individui la rubrica di un solo articolo del codice di procedura penale (art. 190), il diritto alla prova non definisce un tema particolare, ma rappresenta piuttosto una prospettiva di studio dell'intero processo. Vi proporrò, quindi, solo una sintesi, anche se dovrò iniziare il mio discorso dal primo tema fondamentale di ogni processo, quello del suo oggetto.

Oggetto del processo penale è l'accertamento di una situazione soggettiva connessa con la potestà punitiva dello Stato (VASSALLI). In ragione del principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale, nel nostro ordinamento questa situazione soggettiva può essere definita in termini di dovere del giudice di punire colui che risulti autore di un reato (F. CORDERO, ALLORIO).

Si tratta, quindi, di accertare se sia stato commesso un fatto per il quale le norme di diritto penale sostanziale comminano una pena. Il pubblico ministero afferma che l'imputato ha commesso un fatto riconducibile a una delle fattispecie astratte descritte dal codice penale. E il processo è destinato a verificare se questa asserzione sia vera, se l'enunciato formulato dal pubblico ministero nell'elevare l'imputazione corrisponda ai fatti. In questo senso si può dire che il processo è destinato alla ricerca della verità (FERRUA). Ma "verità" è una parola rischiosa, perché è capace di evocare concetti carichi di implicazioni ideologiche, come, a esempio, quelli di "Natura" o di "Essere", mentre deve risultare chiaro che, quando definiamo la "verità", noi parliamo soltanto del rapporto tra una descrizione e il suo oggetto, quali che siano le nostre opzioni metodologiche circa i criteri per accertare se un enunciato descrittivo sia vero, per conoscere, cioè, i fatti cui esso pretende di corrispondere.

Nel processo penale, dunque, si discute circa l'attendibilità dell'affermazione di colpevolezza dell'imputato in ordine al fatto descritto nell'imputazione. E tutto ciò che è rilevante, tutto ciò che è idoneo a questa verifica dovrebbe costituire prova, perché, com'è stato ben detto, dal punto di vista della logica, "la rilevanza non è propriamente una qualità della prova ma un carattere costitutivo di essa" (TARUFFO).

Tuttavia occorre considerare che sovente le norme processuali escludono ovvero limitano l'ammissibilità di prove che pure sarebbero logicamente rilevanti. Per il nostro codice di procedura penale, a esempio, gli atti delle indagini preliminari possono costituire prova nel giudizio abbreviato e non nel dibattimento.

D'altro canto, il discorso sulla rilevanza della prova è più complesso di quanto potrebbe apparire dalla sua definizione solo in termini di idoneità all'accertamento del fatto descritto nell'imputazione. Oggetto della prova può certamente essere un fatto che le norme di diritto sostanziale individuano come elemento costitutivo del reato ovvero come circostanza aggravante o attenuante. Ma oggetto di prova può essere anche un fatto secondario, dal quale è possibile desumere per via inferenziale conclusioni in ordine al fatto principale, quello direttamente riconducibile alla qualificazione giuridica. E in questo secondo caso il giudizio di rilevanza della prova implica una valutazione non solo sull'idoneità a provare il fatto secondario, ma anche sulla possibilità di trarre da questo fatto, ove provato, conclusioni in ordine al fatto principale (TARUFFO). Sicché la rilevanza di una prova dipende non solo dalla sua pertinenza ai fatti descritti nell'imputazione, ma anche dal più ampio contesto ricostruttivo della vicenda in cui quel fatto si inserisce.

Quando si parla di diritto alla prova, per definire quali siano i poteri probatori delle parti nel processo, occorre, pertanto, rispondere a due domande:

a) quali sono i criteri che, oltre a quello della rilevanza, delimitino ulteriormente l'ambito di ammissibilità delle prove, consentendo così di escludere prove che pure sarebbero rilevanti;

b) a chi è demandato il compito di articolare l'ipotesi di ricostruzione del fatto cui occorre necessariamente riferirsi per il giudizio di rilevanza delle prove.

La risposta che i diversi sistemi processuali danno a queste domande varia nello spazio e nel tempo, perché il processo è un microcosmo nel quale si riflettono la cultura della società e l'organizzazione del sistema politico.

Con riferimento alla prima domanda si distingue tradizionalmente tra processo inquisitorio e processo accusatorio, secondo che la prova sia formata unilateralmente d'ufficio e per iscritto ovvero nel contraddittorio orale delle parti. Con riferimento alla seconda domanda si distingue tra processo inquisitorio e processo dispositivo, secondo che l'iniziativa probatoria spetti al giudice o alle parti. Ma così il termine "inquisitorio" viene ad assumere un significato duplice che finisce per risultare ambiguo. Nella realtà si sono avuti, infatti, sistemi marcatamente dispositivi, in quanto escludevano qualsiasi potere officioso del giudice, e tuttavia caratterizzati da un procedimento scritto sino alla trattazione orale della causa, come a esempio, il codice di procedura civile napoleonico; e sistemi improntati all'impulso officioso del giudice, come il codice di procedura civile austriaco del 1898, che si caratterizza per l'oralità anche dell'intera fase preparatoria e istruttoria (TARELLO). E, infatti, v'è chi fondatamente afferma che un sistema processuale può essere definito accusatorio anche se riconosce al giudice un ruolo in qualche misura attivo, purché preveda la formazione della prova nel contraddittorio delle parti (ILLUMINATI). Secondo un'autorevole dottrina processualcivilistica, anzi, di metodo inquisitorio è possibile parlare solo quando sia consentita l'utilizzazione del sapere privato del giudice nell'individuazione e nella selezione delle fonti di prova, come avviene quando è lo stesso giudice a formulare un'ipotesi ricostruttiva del fatto e a ricercare le fonti di prova utilizzabili per verificarla. Non si può definire inquisitorio, invece, il processo nel quale il potere istruttorio officioso del giudice può esercitarsi soltanto nell'ammissione delle fonti di prova emerse dal contraddittorio tra le parti ovvero dall'acquisizione delle fonti di prova da esse stesse indicate (A. PROTO PISANI).

In realtà, la distinzione tra processo inquisitorio e processo accusatorio ha finito per assumere significati ideologici, perché essa tende a contrapporre due diverse tradizioni culturali e istituzionali, due diversi approcci ai problemi politici e anche morali del rapporto tra giudice e parti nel processo penale.

Più di recente e, nell'ambito di un'ampia analisi comparatistica, si è, invece, proposta la distinzione tra un modello di processo destinato alla soluzione di conflitti e un modello di processo destinato all'attuazione di scelte politiche; e si sono studiate le implicazioni processuali di una possibile distinzione tra modello gerarchico e modello paritario di organizzazione dello Stato (DAMASKA). Ma si tratta di categorie che, sebbene desunte da generalizzazioni empiricamente fondate, sono difficilmente trasferibili sul piano della realtà degli ordinamenti giuridici oggi effettivamente vigenti. Mentre è noto che il processo angloamericano e quello dell'Europa continentale, tradizionalmente presentati come appartenenti a modelli contrapposti, tendano sempre più a convergere sia nelle strutture sia sul piano dei presupposti metodologici (AMODIO, TARUFFO). In particolare è ormai diffusa la convinzione che sia possibile l'elaborazione di un modello razionale di valutazione delle prove e una destinazione conoscitiva del processo; e in entrambi i contesti culturali appaiono superate le posizioni estreme e contrapposte degli irrazionalisti, che privilegiavano l'aspetto competitivo del processo, e dei realisti ingenui, che vagheggiavano di una verità assoluta. Prescinderò, quindi, dalle inevitabili implicazioni ideologiche del confronto tra modelli processuali; e tenterò di fornire una risposta critica alle due domande cruciali sul diritto alla prova, facendo riferimento ai soli parametri di razionalità suggeriti dall'attuale contesto culturale, sempre più comune sia ai paesi di tradizione accusatoria sia ai paesi di tradizione inquisitoria.

2 – In un'impostazione razionale del processo la stessa possibilità di porre la prima domanda cruciale sembrerebbe da escludere, perché qualsiasi prova rilevante dovrebbe risultare ammissibile. Tuttavia, come si è detto, non sono rare le ipotesi in cui le norme processuali escludono l'ammissibilità di prove che pure sarebbero rilevanti.

L'art. 190/1 dispone che il giudice deve escludere le prove vietate dalla legge. E la legge può vietare una prova per due ragioni: per la tutela della sfera personale di libertà costituzionalmente garantita; per un'opzione sul metodo di formazione della prova.

Nel primo caso il limite all'ammissibilità della prova è giustificato dalla necessità di contemperare l'esigenza di attendibilità della giurisdizione con l'esigenza di tutela della libertà e dignità della persona: così è, a esempio, per le norme che vietano l'uso di metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare o valutare i fatti (artt. 64/2 e 188).

Nel secondo caso il limite all'ammissibilità della prova deriva da un'esigenza di razionalità analoga a quella che impone di ammettere la prova rilevante. Il legislatore presume che sia inattendibile una prova formata senza il contraddittorio delle parti e, quindi, la vieta, perché la considera, comunque, inidonea all'accertamento del fatto.

In realtà, sino alla prima metà di questo secolo la cultura moderna ha assolutizzato il rapporto soggetto-oggetto, considerando il linguaggio e la comunicazione soltanto come mezzi per la trasmissione di conoscenze già acquisite autonomamente da ciascun soggetto. Oggi è sempre più diffusa la convinzione che lo stesso pensiero sia inevitabilmente strutturato in termini di argomentazione dialogica. Sicché il linguaggio e la comunicazione sono elemento costitutivo della conoscenza (APEL). Su questa premessa culturale si fonda la valorizzazione del contraddittorio come garanzia di attendibilità delle conoscenze giudiziali. E in una prospettiva di tal genere finiscono per assumere un valore metodologico, non più soltanto morale o politico, le stesse norme che garantiscono la libertà e la dignità della persona nel processo: perché solo un confronto argomentativo autentico può assicurare l'attendibilità della giurisdizione.

Tuttavia quest'opzione metodologica non è assunta in termini assoluti; ammette deroghe. Nel sistema originario del codice le deroghe erano giustificate sempre e solo dalla previsione o dalla constatazione della non rinnovabilità della prova: sia che si trattasse di un'irripetibilità assoluta, come quella determinata dalla morte del testimone, sia che si trattasse di un'irripetibilità relativa a uno specifico contesto di acquisizione della prova considerato particolarmente significativo, come avveniva per le dichiarazioni acquisite nel corso delle perquisizioni ovvero sul luogo e nell'immediatezza del fatto. Ma la portata generale della deroga che l'irripetibilità della prova rappresentava rispetto al principio del contraddittorio non fu compresa. Né si comprese che la mancata definizione legale del concetto di irripetibilità della prova comportava una delega alla discrezionalità del giudice per la definizione dei limiti di quella deroga. E, così, la sentenza della Corte Costituzionale n. 255 del 1992, dichiarando l'illegittimità dell'art. 500/3, ha esteso l'ambito delle deroghe, ma in misura tale da contraddire la sua stessa dichiarata opzione per il principio del contraddittorio. Al conseguente squilibrio tra i poteri probatori dell'accusa e della difesa ha inteso rimediare la recente riforma dell'art. 38 disp. att. c.p.p., ma con una soluzione che rappresenterà un'ulteriore violazione del principio del contraddittorio, se non indurrà la giurisprudenza a un'interpretazione restrittiva di tutte le deroghe al principio di separazione tra fase dibattimentale e fase investigativa sintetizzato nel terzo comma dell'art. 500.

Un'importante deroga al principio del contraddittorio è poi prevista dall'art. 190 *bis* (introdotto nel codice dall'art. 3/3 del decreto legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito con modificazioni nella legge 7 agosto 1992, n. 356), il quale stabilisce che, nei procedimenti per reati di criminalità organizzata di tipo mafioso (quelli previsti dall'art. 51/3 *bis*), quando è richiesto l'esame di un testimone o di una delle persone indicate nell'art. 210 e queste hanno già reso dichiarazioni in sede di incidente probatorio ovvero dichiarazioni i cui verbali sono stati acquisiti a norma dell'art. 238, l'esame è ammesso solo se il giudice lo ritiene assolutamente necessario. Si tratta evidentemente di una norma che limita gravemente il diritto alla prova e che, cionondimeno, viene giustificata con due presunzioni:

1) si presume che gli imputati dei gravi delitti previsti dall'art. 51/3 *bis* violino le regole del contraddittorio, tentando di intimidire o, comunque, di subornare i testimoni;

2) si presume che i procedimenti concernenti quei delitti, richiedendo una ripetuta e separata utilizzazione delle medesime prove, comportino la necessità di sottoporre i dichiaranti a molti e gravosi esami dibattimentali.

Ma entrambe queste esigenze avrebbero potuto essere soddisfatte egualmente, senza incidere così pesantemente sul diritto dell'imputato a confrontarsi con le persone che lo accusano (GREVI). Alla prima esigenza si sarebbe potuto far fronte prevedendo che il giudice escludesse l'escussione soltanto quando vi fossero, in concreto, ragioni per ritenere probabile la violazione del contraddittorio; alla seconda estendendo l'ammissibilità dell'incidente probatorio ai casi in cui sia prevedibile l'utilizzabilità di un atto in procedimenti distinti.

Sicché, sembra non solo irragionevole, ma anche incompatibile con l'art. 27/2 Cost. (presunzione di non colpevolezza dell'accusato), una norma che limita, e così radicalmente, il diritto alla prova in virtù di una presunzione, fondata non su un fatto, bensì solo su un'ipotesi, sull'ipotesi di accusa che il processo dovrebbe verificare, anche per mezzo di quelle stesse escussioni che si consente di negare (in termini critici, v. anche P. FERRUA).

Un'interpretazione compatibile con diritto e ragione, pertanto, esige si limiti l'applicabilità dell'art. 190 *bis* esclusivamente ai casi in cui la parte che richiama l'esame abbia già partecipato, nell'incidente probatorio o in altro dibattimento, all'esame del dichiarante. E in tal senso sembra essersi orientata anche la Corte Costituzionale in una pronuncia relativa all'analoga disposizione dell'art. 238 (Corte Cost. 26 maggio 1994, n. 198, *Giur. cost.* 1994, p. 1715).

3 – Per poter rispondere adeguatamente alla seconda delle due domande cruciali sul diritto alla prova, occorre ricordare che il procedimento probatorio richiede innanzitutto la formulazione di almeno un'ipotesi di ricostruzione della vicenda oggetto di giudizio.

Quando si formula un'ipotesi del genere si adopera quel tipo di argomentazione che è detto *abduittivo*, perché consente di risalire dall'effetto alla causa.

Assumendo che una vicenda consiste di una pluralità di eventi, ciascuno dei quali può avere le cause più disparate, le argomentazioni *abduittive*, intese a spiegare e ricostruire la vicenda, operano su due livelli (ECO). A un primo livello consentono di tentare un'elencazione di tutte le possibili cause di ciascun evento, delimitando, così, l'ambito delle ipotesi proponibili per la ricostruzione della vicenda. A un secondo livello consentono di selezionare, tra quelle proponibili, l'ipotesi di ricostruzione della vicenda che appare più probabile in una determinata prospettiva di coordinamento tra le diverse possibili cause della pluralità di eventi. Si traggono, poi, deduttivamente tutte le conseguenze necessarie dell'ipotesi ricostruttiva *abduittivamente* formulata e si verifica se sono compatibili con i fatti noti.

Questo schema argomentativo è comune a tutte le attività di ricerca che tentano di ricostruire un evento partendo dalle sue conseguenze: oltre all'attività giudiziaria, la storia, l'archeologia e la stessa medicina (C. GINZBURG, G. MANETTI, P. DESIDERI, G. PUCCI, P. VINEIS).

Sia nei sistemi di *common law* sia in quelli continentali, quindi, è oggi diffusa la concezione del "giudizio di fatto come scelta dell'ipotesi razionalmente più attendibile tra diverse ricostruzioni possibili dei fatti della causa" (TARUFFO). E poiché è evidente, come si è già accennato, che la valutazione di rilevanza di una prova dipende dall'ipotesi ricostruttiva dei fatti nella quale la prova si inserisce, per questa ragione il principio dispositivo, che affida alle parti l'iniziativa probatoria, appare oggi più rispondente ai criteri di razionalità condivisi. Se l'orizzonte del giudice definisce ciò che è probabile, infatti, l'orizzonte delle parti deve definire ciò che è possibile, perché quanto maggiori sono le possibilità suggerite al vaglio critico del giudice dal confronto delle parti, tanto maggiori sono le probabilità che il processo si concluda con una sentenza giusta.

Nel vigente codice filo conduttore della disciplina della prova è, appunto, l'idea che il processo sia destinato alla verifica di contrapposte ipotesi ricostruttive dei fatti. La verifica non riguarda più, come nel codice abrogato, l'ipotesi ricostruttiva dei fatti formulata dal giudice, ma riguarda le diverse ipotesi ricostruttive proposte dalle parti.

La disciplina dell'ammissione della prova si fonda su tre principi cardine:

- a) necessità di un provvedimento immediato ed espresso del giudice sulla richiesta di prova formulata dalle parti;
- b) presunzione di ammissibilità della prova richiesta dalle parti;
- c) presunzione di completezza della prova richiesta dalle parti.

Tutti questi principi attuano una vera e propria rivoluzione rispetto al sistema del codice abrogato.

3.1 – L’obbligo di provvedere “senza ritardo con ordinanza” (art. 190/1) sulle istanze di prova formulate dalle parti esclude che il giudice possa, come avveniva in passato, riservarsi la decisione sull’istanza di parte intesa all’ammissione di una prova e ritenerla, poi, implicitamente respinta nella motivazione della sentenza. In un sistema in cui la prova si forma nel contraddittorio ed è ammessa prevalentemente su richiesta di parte, è indispensabile che la decisione del giudice sia immediata, così da consentire gli eventuali conseguenti adattamenti delle impostazioni di accusa o di difesa. Del resto, secondo quanto prevedono gli artt. 478 e 491, il giudice è tenuto a una decisione immediata su tutte le questioni incidentali o preliminari proposte dalle parti nel dibattimento. Tuttavia in giurisprudenza si ritiene che l’omissione della formale pronuncia del provvedimento sulla richiesta di ammissione di una prova non comporti la nullità del dibattimento e della sentenza *ex art. 178, lett. c)* in relazione agli artt. 190 e 495 quando lo stesso può desumersi come implicito dagli atti. Più precisamente si sostiene che l’ordinanza possa ritenersi superflua nelle ipotesi in cui, in difetto di contrasto fra le parti in ordine all’ammissione delle prove dedotte, il procedimento sia proseguito nel comune accordo dei protagonisti, i quali abbiano concretamente dato attuazione a quello che sarebbe stato lo scopo dell’ordinanza (App. Torino 12 aprile 1991, *Difesa pen.* 1992, 84, App. Torino 23 aprile 1991, *INSINNA, Arch. n. proc. pen.* 1991, 257).

3.2 – La presunzione di ammissibilità della prova richiesta dalle parti deriva dai parametri che l’art. 190/1 detta al giudice per la decisione sulle istanze di prova, stabilendo che devono essere escluse, oltre alle prove vietate dalla legge, “quelle che manifestamente sono superflue o irrilevanti”.

A parte il principio di legalità, che, come si è visto, attiene al metodo di formazione della prova, è evidente quale capovolgimento di prospettive realizzi questa norma rispetto al sistema del codice abrogato. In quel sistema la parte doveva dimostrare la rilevanza della prova, per ottenerne l’ammissione a opera del giudice. Nel nuovo sistema è il giudice che, per negare l’ammissione della prova richiesta dalle parti, deve dimostrare che essa è manifestamente irrilevante, in quanto non pertinente al *thema decidendum*, ovvero è manifestamente superflua, in quanto tendente a un risultato conoscitivo già acquisito (NOBILI).

Sicché, per il solo fatto che una prova sia stata richiesta da una parte, se ne presume l’ammissibilità sino a dimostrazione del contrario; e, come si vedrà, è in questa presunzione che si manifesta il potere dispositivo delle parti in ordine alla prova.

Connesso a questa presunzione è l’onere delle parti di esporre all’inizio del dibattimento l’ipotesi ricostruttiva del fatto a sostegno della quale le richieste di prova vengono formulate. Questa illustrazione preliminare dei temi del giudizio è fondamentale (ILLUMINATI), perché, all’apertura del dibattimento, il giudice conosce solo una parte degli atti, quelli contenuti nel fascicolo per il dibattimento, che non possono offrirgli tutti gli elementi necessari alla comprensione della controversia.

D’altro canto, è appunto l’ignoranza degli atti delle indagini preliminari a rendere effettiva la presunzione di ammissibilità della prova richiesta dalle parti, perché esclude che il giudice possa formulare una propria ipotesi di ricostruzione del fatto.

L’esposizione introduttiva serve, quindi, a informare il giudice sull’ipotesi di ricostruzione del fatto che ciascuna delle parti prospetta e intende verificare, dimodoché egli possa con riferimento a quell’illustrazione accertare se le prove richieste non siano manifestamente superflue o irrilevanti (art. 190).

Applicando lo schema di argomentazione già tracciato, una prova si può dire “manifestamente irrilevante” quando risulti incompatibile con ogni possibile ipotesi di ricostruzione dei fatti. Una prova è, invece, “superflua” quando tenda a un risultato conoscitivo già acquisito: e l’esigenza che anche la superfluità risulti manifesta consente al giudice di escludere solo la prova relativa a fatti incontestati, vale a dire a fatti che siano compatibili con tutte le ipotesi ricostruttive formulate dalle parti.

È evidente quanto ampio sia il potere delle parti in ordine all'ammissione della prova, tanto più se consideriamo l'ampiezza che il concetto di rilevanza può assumere con riferimento alle prove indirette. Si giustifica, pertanto, che questo potere sia disciplinato con un certo rigore quanto ai tempi del suo esercizio, sino alla previsione di una decadenza delle parti dalle prove costituenti (con esclusione, quindi, dei documenti: Cass., sez. II, 22 novembre 1994, SEMINARA, *MP* 200987; Cass., sez. VI, 13 dicembre 1994, ROLLANDIN, *MP* 200540; Corte Cost., 6 luglio 1994, n. 284, ritiene giustificata questa differenza di disciplina con la prova testimoniale, che richiede una più complessa preparazione della controparte) non richieste entro i termini dell'art. 468. Il termine per la presentazione delle liste testimoniali è, infatti, previsto a pena di decadenza e il giudice del dibattimento, per ammettere una prova tardivamente dedotta, dovrà valutare le ragioni eventualmente addotte a giustificazione del ritardo. Secondo la giurisprudenza, la giustificazione dell'intempestività va argomentata nell'esposizione introduttiva (Cass., sez. I, 14 maggio 1992, PRIMERANO, *MP* 190720) e con riferimento a "un parametro negativo e più ampio di quello tradizionalmente indicato con la forza maggiore" (Cass., sez. VI, 9 ottobre 1992, BEJI, *MP* 192896), non essendo richiesta una situazione di impossibilità assoluta, ma anche di difficoltà all'esercizio del diritto alla prova (Cass., sez. VI, 3 dicembre 1993, FACCIN, *MP* 197082), salvo il diritto delle controparti di ottenere un rinvio a norma dell'art. 477 (Corte Cost., 28 aprile 1992, n. 203, Cass. pen. 1992, 2314).

La decisione del giudice sulle richieste probatorie delle parti deve essere adeguatamente motivata e può essere censurata in cassazione solo per vizio della motivazione (Cass., sez. I, 9 aprile 1992, PIRISI, *MP* 191304, Cass., sez. VI, 18 febbraio 1994, GODDI, *MP* 197868), ma pur sempre con riferimento ai parametri indicati dall'art. 190.

3.3 – Una particolare garanzia per il diritto alla prova, sottratta ai termini di decadenza previsti dall'art. 493/3, è dettata dall'art. 495/2, il quale prevede che l'imputato e il pubblico ministero, ma non le altre parti, hanno diritto all'ammissione delle rispettive prove contrarie: l'imputato ha diritto all'ammissione delle prove intese a negare i fatti oggetto della prova indicata dal pubblico ministero; il pubblico ministero ha diritto all'ammissione delle prove intese a negare i fatti oggetto della prova indicata dall'imputato. E questo diritto è esercitabile anche dalla parte che sia decaduta dalla prova (Cass., sez. VI, 17 maggio 1993, KINKELA, *MP* 194960). Prova contraria, quindi, non è quella che sia solo indirettamente incompatibile con la prova dedotta dalla controparte; ma quella intesa a negare direttamente e immediatamente lo stesso fatto affermato dalla parte avversa. La controprova, infatti, non è destinata a sostenere l'ipotesi ricostruttiva dei fatti proposta da chi la deduce, ma a inficiare l'ipotesi ricostruttiva dei fatti proposta dalla sua controparte.

Benché manchi un esplicito criterio di riferimento per la valutazione di ammissibilità della prova contraria, non v'è dubbio che si sia così inteso ulteriormente ridurre il potere del giudice di escludere questo tipo di prova, quando esso sia richiesto dalle parti principali del processo (SOTTANI).

Una tale graduazione si desume chiaramente dalla legge delega, che consente l'esclusione della controprova soltanto quando risulti superflua (v. direttiva n. 75), vale a dire, quando tenda a un risultato che il giudice ritenga già acquisito; ed ha trovato attuazione nell'art. 606, lett. d) del codice, ove si prevede quale autonomo motivo di ricorso per cassazione la mancata assunzione di una prova contraria che sarebbe stata decisiva.

La valutazione di superfluità è, infatti, esattamente contraria a quella di decisività della prova (SOTTANI), in quanto, secondo la giurisprudenza, "prova decisiva è quella che, con giudizio *ex ante*, appaia idonea a contrastare, nell'ambito dell'oggetto del processo, circostanze altrimenti acquisite, elidendone l'efficacia probatoria, ovvero capace di introdurre ulteriori elementi di valutazione, così da rendere possibile, nell'uno e nell'altro caso, una pronuncia diversa" (Cass., sez. VI, 19 dicembre 1991, PRINCIPATO, *MP*, 189481, Cass., sez. I, 23 marzo 1992, AMBRISI, *MP* 190216, Cass., sez. I, 9 dicembre 1993, CHIERICONI, *MP* 197837).

Considerato, quindi, che la rilevanza di una prova contraria deriva necessariamente dal suo riferimento a una fatto oggetto della prova già ammessa, può ritenersi che il criterio di superfluità, indicato dalla legge delega per l'esclusione di questo tipo di prove, è il solo implicitamente presupposto dall'art. 495/2.

Sarebbe, infatti, contraddittorio il provvedimento con il quale il giudice affermasse da un canto la rilevanza della prova, dall'altro canto l'irrilevanza della prova contraria. La giurisprudenza, comunque, è orientata a richiedere una valutazione anche in termini di rilevanza, in applicazione dell'art. 190 (Cass., sez. VI, 23 settembre 1992, COCIMANO, *MP* 193755 e Cass., sez. V, 21 giugno 1993, LOCANE, *MP* 195083), senza considerare che, in tal modo, rimane in parte svuotata la particolare prescrizione dell'art. 495/2.

Il senso della disposizione dettata dall'art. 606 lettera d) è, invece, evidente. Il controllo sulla correttezza della decisione non è più concentrato esclusivamente sulla manifestazione del convincimento del giudice, che si esprime nella motivazione, ma si indirizza anche al procedimento di formazione del convincimento del giudice.

Come si legge nella Relazione al Progetto preliminare, si è inteso valorizzare, quale parametro per una valutazione di correttezza della decisione, anche "il contraddittorio tra le parti, come garanzia di una corretta formazione del convincimento del giudice", oltre agli obblighi "di pronuncia e di giustificazione, i quali tendono, invece, ad assicurare la correttezza della manifestazione di tale convincimento" (*ivi*, p. 133).

Rimangono, peraltro, da chiarire due problemi:

a) quale sia il rapporto tra l'impugnazione della sentenza a norma dell'art. 606/1 lettera d) e l'impugnazione *ex art.* 586 dell'ordinanza che neghi l'ammissione della controprova;

b) quale debba essere il parametro di decisività della controprova non assunta.

Il primo problema dovrebbe trovare una risposta nella considerazione che l'impugnazione in cassazione dell'ordinanza concernente l'ammissione delle prove consentirà un controllo limitato alla motivazione, mentre l'impugnazione *ex art.* 606/1 lettera d) dovrebbe prescindere da questo limite.

Il secondo problema non pare risolto con l'affermazione che la decisività della controprova non assunta dovrà essere valutata in astratto (G. LATTANZI) o con giudizio *ex ante* (Cass., sez. I, 9 dicembre 1993, CHIERICONI, *MP* 197837), perché occorrerà pur sempre riferirsi a un'ipotesi di ricostruzione dei fatti, al fine di verificare se la controprova avrebbe consentito una valida ricostruzione alternativa.

Esclusa la possibilità di riferirsi a un'ipotesi alternativa prospettata dalla parte ricorrente, che richiederebbe un nuovo giudizio di merito sull'intera controversia (G. LATTANZI), le ipotesi di riferimento utilizzabili sono due: quella espressa nell'imputazione e quella espressa nella motivazione della sentenza impugnata.

Se si facesse riferimento alla motivazione della sentenza impugnata (in tal senso Cass., sez. I, 23 marzo 1992, AMBRISI, *MP* 190216, Cass., sez. I, 20 ottobre 1993, SPEROTTO, *MP* 196369, Cass., sez. II, 27 gennaio 1995, AMICO, *MP* 200980), questo motivo di ricorso finirebbe per assimilarsi a quelli concernenti i vizi della motivazione, con un effetto praticamente abrogativo, come dimostrano le conclusioni della giurisprudenza prevalente (Cass., sez. I, 5 maggio 1992, RENDINA, *MP* 190718, Cass., sez. VI, 12 gennaio 1994, LAVENEZIANA, *cit.*, Cass., sez. I, 17 gennaio 1995, VALENZA, *MP* 200690). Probabilmente, quindi, occorrerebbe fare riferimento all'imputazione. Sicché, la Corte di Cassazione dovrebbe valutare, in sostituzione del giudice del merito, se la controprova fosse manifestamente superflua, vale a dire se tendesse a un risultato conoscitivo che palesemente risultasse già acquisito.

È evidente, quindi, che le applicazioni giurisprudenziali hanno finito per svuotare di effettivo contenuto la garanzia del diritto alla controprova: per un verso ancorandone l'ammissibilità anche al criterio della rilevanza; per altro verso assimilandola a un vizio della motivazione.

Si esclude, inoltre, che la disciplina della prova contraria sia applicabile ai mezzi di ricerca della prova (Cass., sez. VI, 28 aprile 1993, FERROVAI, *MP* 195139) e alla perizia (Cass., sez. I, 17 giugno 1994, JAHRNI, *MP* 199279).

3.4 – La presunzione di completezza della prova ammessa su richiesta di parte deriva dalla disposizione per cui l'ammissione della prova d'ufficio a opera del giudice è eccezionale ed è possibile soltanto nei casi espressamente previsti dalla legge (art. 190/2).

Questa presunzione ha due scopi. Per un verso tende a garantire che siano effettivamente verificate le ipotesi di ricostruzione del fatto formulate dalle parti. Per altro verso tende a garantire l'imparzialità del giudice, impedendogli di destinare il processo alla verifica di un'ipotesi ricostruttiva da lui stesso formulata.

Il giudice, pertanto, non può ammettere d'ufficio una prova assumendone semplicemente la rilevanza, ma deve previamente accertare che ricorra alcuna delle ipotesi tassative in cui la legge lo consente. Tra queste ipotesi, la più significativa è quella prevista dall'art. 507, il quale dispone che il giudice del dibattimento, terminata l'acquisizione delle prove richieste dalle parti, può disporre anche d'ufficio l'acquisizione di nuovi mezzi di prova che risultino assolutamente necessari. Le altre ipotesi di ammissione d'ufficio della prova a opera del giudice riguardano la perizia (artt. 70 e 224), il teste di riferimento (artt. 195/2 e 210/1), gli accertamenti sull'idoneità fisica o mentale del testimone (art. 196), i documenti provenienti dall'imputato (art. 237). Ed è evidente come si tratti sempre di poteri officiosi intesi a integrare iniziative probatorie già provenienti dalle parti, non presupponendo l'utilizzazione di un sapere privato del giudice.

Per la sua portata generale, riferibile a qualsiasi mezzo di prova, tuttavia, l'art. 507, che è stato oggetto delle dispute più accese, svolge un ruolo di clausola di chiusura del sistema, essendo destinato a operare quando il giudice rilevi che in concreto le prove già acquisite su richiesta di parte richiedano un'integrazione assolutamente necessaria ad assicurare la funzione conoscitiva del processo.

Come si desume dal richiamo all'art. 507 contenuto nell'art. 523/6, il criterio dell'assoluta necessità va inteso nel senso che, una volta superata, per una qualsiasi ragione, la presunzione di completezza delle prove richieste dalle parti, il giudice acquista la piena valutazione dell'ammissibilità delle prove (Cass., sez. III, 14 febbraio 1994, CRESCENTE, *MP* 197499): ammette solo le prove che ritiene effettivamente rilevanti, non essendo più tenuto a dimostrarne l'irrilevanza per escluderle (Cass., sez. VI, 8 novembre 1993, CAPIZZI, *MP* 196218).

Quanto al requisito della novità, esso va riferito alle prove effettivamente assunte (FERRUA). Sicché, possono essere ammesse anche prove dalle quali le parti siano state dichiarate decadute a norma dell'art. 468 (Cass., sez. II, 10 ottobre 1991, PAOLONI *MP* 188498; Cass., sez. un., 6 novembre 1992, MARTIN, *MP* 191606-191607; Corte Cost., 26 marzo 1993, n. 111, *Cass. pen.* 1993, 2224).

L'opposta tesi sostenuta in passato da una parte della giurisprudenza (Cass., sez. III, 3 dicembre 1990, VENTURA, *Cass. pen.*, 1991, II, n. 154) e tuttora difesa da una parte della dottrina e da qualche isolata pronuncia della Corte di Cassazione (Cass., sez. I, 30 gennaio 1995, RIZZO, *MP* 201939, Cass., sez. I, 11 aprile 1994, DI PASSIO, *MP* 197842), non è condivisibile, come non è condivisibile l'interpretazione eccessivamente restrittiva dell'art. 507 su cui essa si fonda.

Ridotta all'essenziale, la tesi consta di due argomenti:

a) poiché l'art. 507 presuppone che sia terminata l'acquisizione delle prove richieste dalle parti, il giudice può ammettere d'ufficio nuove prove soltanto quando si sia effettivamente svolta un'istruzione dibattimentale a iniziativa di parte, non può ammettere prove d'ufficio quando le parti siano rimaste del tutto inerti;

b) il giudice non può ammettere d'ufficio prove dalle quali le parti siano decadute per intempestività della richiesta, perché l'art. 507, che si riferisce soltanto a prove "nuove", non può essere utilizzato per eludere le preclusioni in cui le parti siano incorse.

Entrambi gli argomenti sono infondati.

A) Il primo argomento, oltre che erroneo, è palesemente assurdo.

Se il potere officioso del giudice può essere esercitato soltanto in situazioni di “assoluta necessità”, secondo la formula dell’art. 507, sarebbe ben strano impedirne l’esercizio proprio nelle ipotesi in cui più radicale è l’esigenza di un tale intervento, a causa dell’inerzia delle parti (Cass., sez. un., 6 novembre 1992, MARTIN, *cit.*).

Certo, in un sistema in cui il giudice non conosce gli atti delle indagini preliminari, è naturale che l’esercizio del suo potere istruttorio sia praticamente impossibile, quando dal fascicolo per il dibattimento non risulti neppure il più piccolo elemento di prova dal quale muovere per tentare una ricostruzione dei fatti controversi (Cass., sez. II, 23 ottobre 1991, MARINKOVIC, *MP* 188812). Anche perché è da ritenere che il giudice possa ammettere d’ufficio solo fonti di prova emergenti dagli atti a lui noti, non potendo egli utilizzare il suo sapere privato.

È, quindi, vero che questo potere residuale (FERRUA) può costituire solo un’*extrema ratio* (AMODIO) nella ricerca della verità.

Ma altro è dire che, per necessità, tale potere sarà difficilmente esercitabile in mancanza di un apporto anche minimo delle parti; altro è pretendere di imporre per via interpretativa un’innaturale rinuncia alla funzione conoscitiva che ogni processo deve avere, a maggior ragione quando è inserito in un ordinamento costituzionale ispirato al principio di legalità.

Le norme giuridiche vanno interpretate con ragionevolezza. E la ragionevolezza suggerisce che l’art. 507, quando indica l’esaurimento dell’istruzione dibattimentale come presupposto del potere officioso del giudice, vuole soltanto impedire che il giudice ostacoli o intralci le parti nell’esercizio del diritto alla prova; non vuole certo impedire al giudice di provvedere alle successive integrazioni della prova, che risultino assolutamente necessarie.

B) Con aspetti di maggiore attendibilità si presenta il secondo argomento, benché risenta del fatto che manca ancora una chiara consapevolezza circa i limiti del principio dispositivo nel nostro processo.

Si discute, invero, se il codice vigente abbia delineato un processo di parti: alcuni autori sostengono che il nuovo sistema probatorio è informato al principio dispositivo (AMODIO), altri lo negano (CONTIMACCHIA).

In realtà, non pare possa dubitarsi che l’art. 190 delinea un sistema probatorio improntato al principio dispositivo, laddove impone al giudice di ammettere tutte le prove richieste dalle parti, a meno che siano vietate dalla legge ovvero risultino manifestamente superflue o irrilevanti.

Questa presunzione di ammissibilità delle prove richieste dalle parti, benché soltanto relativa, esclude, invero, che possa essere il giudice a prefigurare gli itinerari probatori del processo.

Sono le parti che hanno l’onere di formulare le proprie ipotesi ricostruttive del fatto, verificandole nell’esercizio del diritto alla prova. E il sistema del doppio fascicolo, che pone il giudice del dibattimento in condizioni di “ingenuità”, tende appunto a rendere effettivo il trasferimento sulle parti dell’onere di formulare le ipotesi che il processo dovrà verificare (AMODIO).

Tuttavia, il principio dispositivo ha nel nostro processo una funzione soltanto espansiva dei poteri delle parti, non ha una funzione preclusiva dell’accertamento dei fatti. Le parti dispongono della prova solo in positivo, nel senso che hanno diritto all’ammissione delle prove richieste; non ne dispongono in negativo, nel senso che la loro inerzia possa precludere l’ammissione di prove risultanti dagli atti e necessarie all’accertamento dei fatti. Ed è questa una conseguenza inevitabile, oltre che del principio di indisponibilità dell’oggetto del processo (art. 112 Cost.; CORDERO), anche dei criteri di razionalità che impongono di acquisire ogni prova necessaria all’accertamento del fatto. Sarebbe, infatti, irrazionale una norma che impedisse al giudice di acquisire una prova la cui esistenza risulti dagli atti, nonostante egli la ritenga necessaria ai fini della decisione. Il principio dispositivo, la cui razionalità si è dimostrata, esige soltanto che siano le parti a definire l’ambito delle prove utili. E l’art. 507 stabilisce appunto che, acquisite le prove richieste dalle parti, il giudice può disporre anche d’ufficio l’assunzione di ulteriori mezzi di prova necessari alla decisione.

Certo, il parametro dell'assoluta necessità pone una presunzione di completezza delle prove richieste dalle parti. Ma si tratta ancora una volta di una presunzione soltanto relativa, che tanto più risulterà superata nelle ipotesi di inerzia delle parti.

È in questo contesto che deve essere interpretata la funzione della sanzione di decadenza che l'art. 493 commina alla parte che non abbia richiesto l'ammissione della prova dichiarativa entro i termini indicati dall'art. 468.

Si tratta, invero, di una preclusione che attiene alla richiesta della parte e non alla prova in sé, tendendo a contenere entro limiti ragionevoli il potere dispositivo delle parti in ordine alla prova, senza alcuna incidenza sul dovere del giudice di accertare i fatti.

L'art. 493, infatti, consente di derogare alla preclusione per le prove che la parte non aveva potuto indicare tempestivamente.

L'art. 507, invece, consente al giudice di ammettere d'ufficio qualsiasi prova "nuova", anche quella che le parti avrebbero potuto richiedere tempestivamente. Legittima, così, l'ammissione d'ufficio anche di prove dalle quali le parti siano decadute. E non sarebbe ragionevole distinguere tra il caso in cui la decadenza riguardi una prova richiesta tardivamente, che non sarebbe ammissibile, e il caso in cui la decadenza riguardi una prova non richiesta affatto, che sarebbe ammissibile *ex art. 507*.

Per questa ragione la giurisprudenza prevalente ha concluso che l'art. 507 consente al giudice di ammettere d'ufficio qualsiasi nuovo mezzo di prova che, sulla base degli atti disponibili, risulti necessario all'accertamento dei fatti; anche quando si tratti di prove dalle quali le parti siano, comunque, decadute (Cass., sez. I, 12 maggio 1995, BAGGI, *MP* 201540; Cass., sez. I, 6 marzo 1995, SANTOVITO, *MP* 201648; *contra* Cass., sez. VI, 4 febbraio 1992, LUCENTE, *MP*, 1992, m. 189383, che ritiene non ammissibile d'ufficio una prova dalla quale la parte sia decaduta per genericità dell'articolazione).

L'art. 507 e l'art. 151/1 disp. att. ammettono che il potere del giudice di integrare la prova carente sia sollecitato dalle parti, le quali non esercitano in questo caso il diritto alla prova loro riconosciuto dall'art. 190, trovandosi di fronte a un potere discrezionale del giudice (FERRUA). Tuttavia il giudice deve giustificare la decisione di ammettere o di escludere la prova richiesta, esibendo un'adeguata motivazione (Cass., sez. III, 6 febbraio 1995, SPINELLI, *MP* 201570, Cass., sez. III, 14 febbraio 1994, CRESCENTE, *MP* 197499), sindacabile in cassazione, anche se in limiti più ristretti di quelli consentiti dall'art. 190 (Cass., sez. VI, 8 novembre 1993, CAPIZZI, *MP* 196218).

L'art. 507 è riferibile a qualsiasi mezzo di prova che non sia di per sé ammissibile d'ufficio (come la perizia o la testimonianza del teste di riferimento) e potrebbe, quindi, essere ammesso anche in mancanza del presupposto dell'assoluta necessità e prima che sia terminata l'acquisizione delle prove richieste dalle parti.

Non sembra, invece, riferibile la norma ai mezzi di ricerca della prova, nei limiti in cui essi presuppongano la formulazione di un'ipotesi ricostruttiva del fatto da parte del giudice. È da ritenere, quindi, che sequestri, ispezioni e perquisizioni possano essere disposti d'ufficio soltanto quando tendano alla ricerca di una cosa o di un documento la cui acquisizione sia per legge obbligatoria o la cui esistenza e collocazione risultino, comunque, dagli atti.

Argomentando, poi, dall'art. 523/6, che consente di interrompere la discussione per l'assunzione di nuove prove assolutamente necessarie, e in analogia con quanto la giurisprudenza asseriva con riferimento all'art. 469 codice abrogato (Cass., sez. II, 7 ottobre 1985, MISITI, in *Giust. pen.*, 1986, III, p. 420), è da ritenere che l'art. 507 possa trovare applicazione anche dopo la chiusura della discussione, quando il giudice, ritiratosi in camera di consiglio, si convinca di non poter decidere allo stato degli atti (Cass., sez. III, 5 dicembre 1990, MAFFIA, *Cass. pen.*, 1992, n. 1135; Cass., sez. III, 19 agosto 1993, POLUZZI, *MP* 195160).

4 – Il pur sommario tentativo di fornire una risposta alle due domande iniziali ha rivelato come, rispetto al testo originario del codice, il diritto alla prova sia stato, per un verso, esteso, ma in violazione del principio del contraddittorio, per altro verso limitato, con un disconoscimento almeno parziale di quella graduazione di garanzie che va dal diritto alla controprova al potere integrativo del giudice.

L'esperienza di questi anni, con gli interventi e gli atteggiamenti contraddittori e sconsiderati del legislatore, della Corte Costituzionale, dei giudici e dello stesso ceto forense, ha dimostrato che in un sistema pluralistico una riforma paradigmatica come quella del processo, sia penale sia civile, richiede gradualità e tempi lunghi. Deve essere innanzitutto preparata sul piano culturale, perché coinvolge orientamenti, interessi, abitudini professionali, che non possono mutare a data fissa. Richiede, inoltre, una legislazione che, quando è possibile, sia limitata ai principi, detti solo clausole generali, in modo da responsabilizzare la giurisprudenza nel lavoro di adeguamento alle esigenze specifiche dei singoli casi.

Oggi, liberato dalle distorcenti rappresentazioni ideologiche e sebbene in parte trasfigurato, il codice del 1988 ci appare come un dignitoso tentativo di razionalizzazione del processo secondo parametri ormai comuni a tutte le democrazie occidentali. Spetta soprattutto ai giudici recuperare lo spirito di una riforma che, con la valorizzazione del contraddittorio, esalta il ruolo di una funzione giurisdizionale indipendente.

BIBLIOGRAFIA

- E. ALLORIO, *Nuove riflessioni critiche in tema di giurisdizione e di giudicato*, in *Problemi di diritto*, vol. II, 1957, Giuffrè, p. 57 e s.
- E. AMODIO, *Il nuovo processo a confronto con il modello anglosassone*, in AA.VV. *Il processo penale negli USA*. Giuffrè, 1988, p. VII e s.
- E. AMODIO, *Il dibattito*, in AA.VV., *Il nuovo processo penale*, Giuffrè, 1989, p. 83.
- K. O. APEL, *Etica della comunicazione*, Jaca Book, 1992.
- G. CONTI-A. MACCHIA, *Il nuovo processo penale*, II ed. Buffetti, 1990.
- F. CORDERO, *Procedura penale*, 8, Giuffrè, 1985.
- F. CORDERO, *Procedura penale*, 3, Giuffrè, 1995.
- M. R. DAMASKA, *The face of justice and State authority*, trad. it., Il Mulino, 1991.
- P. DESIDERI, *La prova nell'oratoria giudiziaria e nella storiografia nel mondo antico*, in *Quaderni storici*, 1994, p. 43 e s.
- U. ECO, *I limiti dell'interpretazione*, Bompiani, 1990.
- P. FERRUA, *Studi sul processo penale*, Giappichelli, 1990.
- P. FERRUA, *Studi sul processo penale, II, Anamorfosi del processo accusatorio*, 1992, Giappichelli.
- P. FERRUA, *I poteri probatori del giudice dibattimentale: ragionevolezza delle Sezioni unite e dogmatismo della Corte Costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1994, p. 1065 e s.
- C. GINZBURG, *Aristotele, la storia, la prova*, in *Quaderni storici*, 1994, p. 5 e s.
- V. GREVI, *Prove*, in G. CONSO V. GREVI, *Profili del nuovo codice di procedura penale*, Cedam, III ed., 1993, p. 189 e s.
- G. ILLUMINATI, *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. I, 1988.
- G. ILLUMINATI, *Giudizio*, in G. CONSO V. GREVI, *Profili del nuovo codice di procedura penale*, III ed., Cedam, 1993, p. 459 e s.

- G. LATTANZI, *La Corte di Cassazione tra vecchio e nuovo processo penale*, in *Foro it.*, 1988, V, p. 453.
- G. MANETTI, *Indizi e prove nella cultura greca*, in *Quaderni storici*, 1994, p. 19 e s.
- M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, Clueb 1989.
- A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Jovene, 1994.
- G. PUCCI, *La prova in archeologia*, in *Quaderni storici*, 1994, p. 59 e s.
- S. SOTTANI, *Il regime della controprova*, in AA.VV., *Le nuove disposizioni sul processo penale*, Cedam, 1989, p. 245.
- G. TARELLO, *Dottrine del processo civile. Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*, 1989, Il Mulino.
- M. TARUFFO, *Modelli di prova e di procedimento probatorio*, in *Riv dir. proc.*, 1990, p. 420.
- M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, 1992, Giuffrè.
- G. VASSALLI, *Potestà punitiva*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, p. 793 e s..
- P. VINEIS, *La prova in medicina*, in *Quaderni storici*, 1994, p. 75.

LO STANDARD PROBATORIO RICHIESTO PER LE MISURE CAUTELARI

Relatore:

dott. Francesco Mauro IACOVIELLO

sostituto procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Ravenna

Cose nuove e pensieri vecchi.

La parola “standard” evoca un senso di vaghezza e di opinabilità. Ed infatti non esiste o non è stato ancora trovato un algoritmo o un'altra formula euristica che consenta di fissare con precisione il livello probatorio cui ancorare una misura cautelare.

Per ridurre l'incertezza si è operato indirettamente, richiedendo per ogni fase della procedura una specifica soglia probatoria. Riviene dalla plurisecolare tradizione inquisitoria la distinzione tra indizi *ad custodiendum* ed indizi *ad condemnandum* e questa prospettiva è durata fino al codice previgente, dove la prova progrediva con l'incedere del procedimento: per il rinvio a giudizio ci volevano meno prove che per la condanna ma più prove che per la cattura.

Questa impostazione aveva una logica e un prezzo.

V'era un *continuum* probatorio che partiva dalla preistruzione e arrivava al dibattimento. L'istruzione sommaria e formale non servivano solo a scoprire l'ipotesi, ma anche a controllarla e questi controlli spiegavano effetti nel giudizio. Ben si comprende pertanto come nel progredire dell'indagine verso l'epilogo dibattimentale le verifiche probatorie divenissero sempre più rigorose.

Il costo di questa prospettiva è che andando a ritroso dal giudizio all'istruzione si nota un abbassamento dello standard probatorio, per cui la fase iniziale, quella dell'indagine, che era la più esposta alle insidie, era anche la meno garantita. Per regolare in qualche modo questa fase convulsa e magmatica il legislatore usava un selettore automatico a due scatti: sufficienti indizi-gravi indizi. In tempi di recrudescenza della criminalità, si intendeva abbassare la soglia probatoria e il selettore automatico veniva posizionato sui sufficienti indizi. Quando il moto pendolareolgeva verso il garantismo, l'interruttore legislativo si spostava sui gravi indizi.

Ma tutto questo ingegnoso meccanismo rischiava di essere meramente simbolico. Quando anche i “gravi indizi” sono qualcosa di meno delle “sufficienti prove” per il rinvio a giudizio, la soglia probatoria dei gravi indizi si abbassa a tal punto che diventa difficile distinguere i gravi indizi da quelli sufficienti. Questo spiega perché i mutamenti legislativi non procuravano sconvolgenti ripercussioni nella prassi. L'unico effetto era nomenclatorio: si definivano gravi quegli stessi indizi che prima si qualificavano sufficienti.

Questo non vuol dire che i P.M. si attestassero biicamente sul più basso gradino probatorio: vuol dire che la distinzione tra gravi e sufficienti indizi, concettualmente chiara, operativamente si ottundeva. Per cui, alla fine, il sistema era autoreferenziale: gravi indizi erano quelli che il P.M. e il Giudice ritenevano tali.

Così, il problema dello standard probatorio delle misure cautelari non veniva risolto. Veniva semplicemente aggirato con una variante lessicale che accontentava un po' tutti.

Si potrebbe essere tentati di intravedere una simile logica anche in questo codice. Anche in questo codice il rinvio a giudizio, pur con la modifica dell'art. 425, richiede un quadro probatorio certamente inferiore a quello che consentirebbe un verdetto di colpevolezza.

Anche in questo codice, si potrebbe ritenere che i gravi indizi di colpevolezza siano un *minus* rispetto al *quantum* probatorio occorrente per una richiesta di rinvio a giudizio.

Si potrebbe anzi sostenere: poiché l'esercizio dell'azione penale, con la richiesta di rinvio a giudizio, postula la sostenibilità dell'accusa (artt. 326, 405 c.p. e art. 125 disp. att.) e poiché l'ordinanza di custodia cautelare non significa esercizio dell'azione penale dal momento che non preclude una possibile archiviazione, allora vuol dire che "i gravi indizi" di colpevolezza di cui parla l'art. 273 sono qualcosa di meno della sostenibilità dell'accusa in giudizio di cui parla l'art. 125 disp. att..

Inoltre, valorizzando il carattere di provvedimento allo stato degli atti dell'ordinanza custodiale, si potrebbe dire – ed è stato detto più di una volta dalla Cassazione – che lo spessore degli indizi richiesti per la misura custodiale varia in ragione diretta del procedere dell'indagine: pertanto nelle fasi nascenti delle investigazioni i gravi indizi dovrebbero, per così dire, essere meno gravi dei pur gravi indizi richiesti nel corso degli sviluppi successivi.

A corroborare questa impostazione viene poi in soccorso un ulteriore assunto: i criteri per la valutazione della prova dell'art. 192 si applicano al giudizio, non all'indagine; lo proverebbe sia il fatto che l'art. 273 parla di indizi mentre l'art. 192 nell'intestazione e nel primo comma parla di prove, sia il fatto che sempre l'art. 273 per gli indizi richiede il solo requisito della gravità, non anche quelli della precisione e concordanza.

Questa impostazione è ferrea tanto nella sua coerenza quanto nei suoi effetti. Se gli indizi sono meno delle prove e se per essi si esige la sola gravità e questa va parametrata allo stato degli atti, lo standard probatorio per le misure cautelari diventa un selettore indefinito e a sfondo impressionistico.

Si scopre che Tizio è stato ucciso con un colpo di pistola. Mevio si presenta al P.M. e dichiara di aver visto Caio uccidere Tizio. Risulta altresì che tra Caio e Tizio vi fossero dei dissapori e che la pistola rinvenuta sul luogo dell'omicidio apparteneva a Caio. In questo stadio delle indagini questi sono i soli elementi emersi. Chi può negare che si è in presenza di gravi, anzi gravissimi indizi di colpevolezza? Eppure ci sono numerose incognite che potrebbero, in breve tempo, rovesciare il quadro probatorio: per esempio l'autopsia potrebbe indicare un'ora della morte in cui Caio aveva un alibi di ferro, le indagini dattiloscopiche potrebbero evidenziare le impronte di Mevio sull'arma, il testimoniale nel contempo raccolto potrebbe evidenziare un urgente movente a carico di Mevio.

Come si vede quando si ancora la gravità degli indizi allo stato degli atti e si ipotizza una linea ascendente di continuità probatoria che parte dal gradino più basso costituito dalle prime indagini per giungere al gradino più alto costituito dal dibattimento, gli esiti possono essere rovinosi. I gravi indizi non garantiscono tutela alcuna.

Ma risponde davvero al nuovo codice questa impostazione tradizionale? Appare ancora appropriato parlare di spessore progressivo degli indizi?

Una recentissima smentita a tale asserto viene dalla Corte Costituzionale con la sentenza del 15 settembre 1995 n. 432 sull'art. 34 sec. comma c.p.p.: se il quadro probatorio posto a base di una misura cautelare personale fosse così embrionale, provvisorio, difforme qualitativamente e quantitativamente da quello dibattimentale, perché allora sancire l'incompatibilità?

Ma ci sono altre ragioni per smentire l'assunto tradizionale:

1) innanzitutto non si può parlare di continuità probatoria. Anche a seguito delle sentenze della Corte Costituzionale e delle modifiche legislative rimane pur sempre valido il principio per cui nel dibattimento non si giudica sullo stesso materiale probatorio raccolto nel corso dell'indagine.

Si badi: la diversità non è tanto quantitativa, quanto qualitativa. In dibattimento non c'è di più – anzi spesso c'è di meno –, c'è qualcosa di diverso. Non vi è solo una selezione delle informazioni probatorie raccolta dal P.M., vi è soprattutto una formazione o comunque una rielaborazione dei mezzi di prova;

2) inoltre è tutta da dimostrare l'affermazione per cui il quadro probatorio richiesto per l'emissione della custodia cautelare sarebbe un *minus* rispetto a quello richiesto per il rinvio a giudizio. Nel vecchio codice c'era una scansione netta: gravi indizi - sufficienti prove. I primi per la custodia cautelare, le seconde per il rinvio a giudizio. Poiché l'indizio veniva concepito nel senso di prova minore, i gravi indizi erano qualcosa di meno delle sufficienti prove.

Il nuovo codice parla di gravi indizi per la custodia cautelare, ma non parla di sufficienti prove per il rinvio a giudizio. Anzi la formula originaria dell'art. 425, con il suo riferimento all'evidenza dell'insussistenza del fatto, era un filtro a maglie larghe. Con la modifica legislativa la regola di giudizio dell'art. 425 c.p.p. si è sintonizzata su quella dell'art. 125 disp. att. che pone il requisito della sostenibilità dell'accusa in giudizio. Sostenibilità, si badi, non dimostrabilità. Ora è difficile sostenere che la sostenibilità implichi una probabilità di condanna superiore a quella prospettabile sulla base dei gravi indizi di colpevolezza previsti dall'art. 273 c.p.p.. E questo dubbio si accresce se si considerano:

1) la diversa grandezza degli interessi in gioco (libertà personale in un caso; aspettativa di non subire un processo superfluo su accuse arrischiate nell'altro);

2) la più complessa trama motivazionale dell'ordinanza cautelare rispetto all'elementare struttura del decreto che dispone il giudizio).

Del resto, nella pratica quante volte si cattura sulla base di un grave quadro probatorio che poi, a seguito delle discolpe dell'indagato, si attenua ma non fino al punto di precludere un ingresso al dibattimento?

Gli argomenti fin qui svolti dovrebbero aver messo in chiaro due cose: la prima, che può essere sviante ricorrere a schemi mentali inerziali, cioè traslare nel nuovo codice premesse concettuali proprie del vecchio e così interpretare le norme nuove con pensieri vecchi; la seconda cosa è che legare il già di per sé vago concetto di gravità degli indizi allo stato degli atti porta ineluttabilmente a smarrirsi in un'ampia zona di dissolvenza in cui poteri e garanzia vengono perimetrati secondo la regola del caso concreto.

Epistemologia giudiziaria. Dalla taciuta nostalgia delle prove legali al moderno metodo di verifica dell'ipotesi.

Su una cosa si può essere tutti d'accordo: la legalità del processo non può fermarsi sulla soglia della camera di consiglio. Sarebbe un fatto davvero paradossale: v'è una legalità nell'ammissione e nella formazione della prova. Nessuna legalità vi sarebbe nel decidere. Eppure l'obbligo della motivazione e la sua controllabilità nei gradi successivi sono indizi gravi – ed anche precisi e concordanti – sul fatto che una tale legalità sussista.

Il fatto è che quando si parla di legalità del decidere, cioè di una regola di condotta nello svolgimento del discorso argomentativo, si pensa subito alle prove legali e si conclude: il principio del libero convincimento esclude le prove legali. Salvo poi a reintrodurle surrettiziamente e in forme travisate. In fondo la gerarchia dei mezzi di prova non contrasta col principio del libero convincimento e non trova il suo habitat naturale nel sistema delle prove legali? Considerare l'indizio una prova minore e distinguerlo così dalla prova non significa riesumare la distinzione tra prove piene e semipiene? Dicendo che i gravi indizi sono meno delle sufficienti prove ma più dei sufficienti indizi, non siamo ai terzi e ai quarti di prova?

Libero convincimento non significa libertà da regole, ma libertà secondo regole. Per chiarire questo concetto, pur intuitivamente semplice, è urgente distinguere l'ipotesi sul fatto dalla prova dell'ipotesi.

L'ipotesi è la ricostruzione del fatto secondo l'accusa. La controipotesi è la ricostruzione del fatto secondo la difesa.

Le prove sono fatti e argomenti che confermano o falsificano l'ipotesi.

Ora, c'è un metodo per valutare le prove (art. 192, primo comma c.p.p.) e c'è un metodo per valutare l'ipotesi (artt. 292 e 546 let. d c.p.p. e art. 125 disp. att.).

Parimenti importante è distinguere tra valutazione legale della prova e della ipotesi e metodo legale di valutazione della prova e della ipotesi.

La valutazione legale confligge col libero convincimento. Il metodo legale garantisce il libero convincimento.

Per esemplificare. È valutazione legale della prova quando si dice: la testimonianza del ricco vale più di quella del povero, quella del chierico prevale su quella del laico e, per arrivare ai nostri giorni, la testimonianza del teste estraneo è più attendibile di quella della parte lesa. È valutazione legale dell'ipotesi dire: quando due testimoni affermano concordemente un fatto, allora il fatto (o meglio, l'ipotesi sul fatto) è dimostrato.

È invece metodo legale di valutazione della prova dire, come fa l'art. 192 primo comma: tu giudice puoi valutare la prova come ti pare, però devi indicare i criteri adottati e le implicazioni che ne hai tratto; cioè devi spiegare la sequenza di passaggi logici che ti hanno portato dal mezzo di prova al risultato probatorio; pertanto se v'è una coerenza della sequenza e una congruenza dei criteri, la valutazione della prova da te fatta è corretta e un altro giudice di merito potrà disattenderla, il giudice di legittimità dovrà prenderne atto.

È infine metodo legale di valutazione dell'ipotesi è fissare normativamente, come si vedrà di qui ad un attimo, una serie coordinata di operazioni logiche per controllare se l'ipotesi regga o meno.

La distinzione tra ipotesi e prove è tipica del metodo sperimentale e pertanto si comprende come essa sia stata trascurata nei secoli antecedenti alla rivoluzione scientifica di Bacon, Newton e Galilei.

Ma questa distinzione implica anche l'abbandono dell'ideologia della certezza a favore di una epistemologia della probabilità.

L'angoscia del processo sta nel fatto che v'è un'imperiosa esigenza etica e psicologica di certezza a fronte della quale si pone la strutturale insufficienza degli strumenti logico-conoscitivi. La logica che dà certezza è quella deduttiva. Questa logica per funzionare ha bisogno di premesse certe e nella ricostruzione del fatto premesse certe non ci sono. La confessione ci dà certezza a patto che sia veridica. Ma chi ce lo assicura? Il teste oculare ci darebbe certezza a patto che sia veridico e non in errore. Ma chi ce lo garantisce?

Dunque la logica deduttiva è inservibile nel processo. Rimane la logica induttiva che però dà probabilità, non certezza.

Il processo è quindi il luogo della probabilità, non della certezza. Appare pertanto erronea ed ha l'effetto rassicurante del placebo quella giurisprudenza secondo cui gli indizi danno probabilità e le prove danno certezza. Di qui l'assunto: la custodia cautelare si fonda sulla probabilità, la sentenza di condanna sulla certezza. Anche la condanna si basa sulla probabilità.

La diversità rispetto alla custodia cautelare è nella distribuzione delle probabilità.

Ma per probabilità non si intende la probabilità statistica, vale a dire la frequenza relativa di un certo accadimento in presenza di determinati fattori (cioè la frequenza con cui, in presenza della condizione *A*, si verifica l'evento *B*). Questo concetto di probabilità vale per classi di fatti ripetibili. Nel processo si ricostruisce un fatto storicamente unico e irripetibile (per fortuna!).

Nel processo conta la probabilità logica o induttiva, vale a dire la credibilità di una certa ipotesi in base ad un determinato insieme di informazioni.

In termini logici si esprime il concetto con la formula $p(H, K)=r$, secondo cui la probabilità induttiva *p* indica il grado di conferma *r* che l'ipotesi *H* riceve dall'insieme *K* dei dati probatori acquisiti. È altresì evidente che il grado di attendibilità dell'ipotesi varia col variare della qualità e della quantità di informazione disponibile.

In questo concetto di probabilità logica è palese la distinzione tra i due termini "ipotesi" e "prove": l'ipotesi è ciò che va provato, la prova è ciò che serve per provare.

L'ipotesi nel processo è l'imputazione, cioè la ricostruzione congetturale di un fatto del passato. L'ipotesi poi non è riducibile all'affermazione elementare che quel fatto è avvenuto, ma è un'affermazione complessa che riguarda tempi, luoghi, modalità della condotta, intenzionalità dell'agente e altro: pertanto l'ipotesi si articola in sottoipotesi, cioè in tante affermazioni quanti sono i fatti in cui è divisibile l'imputazione. L'ipotesi, dunque, più che un'affermazione intorno ad un fatto singolo, è un discorso circa un fatto complesso.

Il procedimento e poi il processo sono il luogo di un'incessante dialettica tra ipotesi e prove. La motivazione dei provvedimenti del giudice riflette questa dialettica.

La funzione dell'indagine preliminare è quella della scoperta e della verifica provvisoria e tendenzialmente unilaterale dell'ipotesi. La funzione del dibattimento è quella del controllo dell'ipotesi attraverso il contraddittorio.

Circoscriviamo l'analisi all'indagine preliminare, che è il luogo di elezione delle misure cautelari personali.

Coerenti all'impostazione che ci siamo dati, consideriamo il metodo di verifica della ipotesi e il metodo di valutazione delle prove in tale fase. E soprattutto cerchiamo i riferimenti normativi che sono le punte affioranti di quei fondali gnoseologici di cui stiamo parlando.

Nella fase delle prime indagini v'è un flusso caotico di informazioni che perviene agli organi inquirenti.

Per selezionare queste informazioni e orientare le investigazioni occorre elaborare una o più ipotesi preliminari in grado di spiegare i fatti. Invero l'osservazione è sempre selettiva, cioè è guidata da un'ipotesi.

Nell'ispezione dei luoghi, per esempio, noi osserviamo tutto ciò che è rilevante per l'ipotesi che abbiamo in mente. Nelle perquisizioni non andiamo alla ricerca erratica di qualcosa che comunque ci possa tornar utile in un futuro lontano: andiamo alla ricerca di qualcosa che provi o confuti l'ipotesi su cui lavoriamo.

L'iscrizione a registro generale, le direttive alla polizia giudiziaria sono il segno che il P.M. muove da un'ipotesi di ricerca. Quando il P.M. dice che le indagini ruotano a 360 gradi, vuol dire che i dati informativi raccolti sono tanto pochi o tanto contraddittori da non consentire di elaborare neppure un'ipotesi preliminare che sia più attendibile rispetto ad altre ipotesi parimenti possibili.

Dunque il P.M. parte da ipotesi, da famigerati "teoremi" secondo il linguaggio dei detrattori. Il discorso scientifico è sempre partito da ipotesi. Anche la più elementare osservazione è impregnata di teoria. Non si vede perché debba sorprendere che anche il P.M. si muova seguendo una propria congettura.

Il problema è un altro: occorre "salvare i fenomeni", cioè adattare le ipotesi ai fatti e non i fatti alle ipotesi. Il P.M. deve cercare fatti che sottopongano a verifica la sua ipotesi, non deve limitarsi a cercare fatti che la confermino. Quando Newton affermava "hypotheses non fingo", non voleva dire che egli non formulava ipotesi, voleva dire che le ipotesi dovevano aderire strettamente ai fatti. Il vero problema è dunque quello della verifica obbiettiva e rigorosa dell'ipotesi.

Tale verifica avviene secondo un metodo ipotetico-deduttivo-osservativo. Data un'ipotesi, se ne deducono le conseguenze, cioè gli effetti che si sarebbero prodotti nella realtà se l'ipotesi fosse vera; quindi si osserva, attraverso l'assunzione di prove, se questi effetti siano riscontrabili, cioè se esistano nella realtà i segni dell'ipotesi.

Per esempio, a seguito di un'aggressione la vittima muore ma prima di morire riesce a ferire l'aggressore e a strappargli qualche capello e un pezzo di stoffa. Il P.M. formula l'ipotesi che l'omicida sia Tizio. Da questa ipotesi deve desumersi che sangue e capelli siano suoi e che da un suo indumento è stato strappato un lembo di stoffa. Allora si passa alla fase osservativa e si verifica se gruppo sanguigno e proprietà tipologiche corrispondano a quelli dell'indagato e se in suo possesso si rinventa un indumento lacerato.

Questi segni possono esistere, allora l'ipotesi è confermata. Ci possono essere segni contrari, allora si dice che l'ipotesi è falsificata: e in tal caso, o viene modificata o viene abbandonata. Potrebbe anche darsi che non vi siano né prove convalidanti, né prove confutanti ed allora l'ipotesi va scartata perché gratuita. Come pure è possibile che le prove acquisite giustifichino ipotesi ricostruttive del fatto alternative ed equiprobabili ed allora vanno cercate prove cruciali, cioè quelle in grado di dirimere l'alternativa (nel linguaggio del codice la prova cruciale viene definita quella decisiva e corrisponde a quello che nell'epistemologia scientifica viene chiamato esperimento cruciale).

Alla fine prevale l'ipotesi che sia coerente in sé e congruente rispetto ai fatti, cioè l'ipotesi che:

- 1) è corroborata da prove;
- 2) non è falsificata da prove;
- 3) rispecchia i fatti, cioè è in grado di spiegarli secondo razionalità e buon senso;
- 4) non è fronteggiata da ipotesi alternative dotate di maggiore probabilità logica.

Una volta compiuta questa preliminare e unilaterale verifica, il P.M. decide se abbandonare l'ipotesi (archiviazione) o se sottoporla al controllo mediante contraddittorio dinanzi al giudice (esercizio dell'azione penale).

Consideriamo ora il metodo legale di valutazione della prova. Infatti, il giudice:

1) parte da un dato probatorio (intendendo per esso l'informazione trasmessa da un mezzo di prova);

2) adotta un criterio di valutazione (la massima di esperienza);

3) perviene ad un risultato probatorio (l'esattezza o l'erroneità dell'informazione).

Questo schema normativo si applica ad ogni singola prova. Ma la legge si ferma al risultato della prova, prefigurando l'evenienza elementare, se non irrealistica, che al termine della procedura indicata dal primo comma dell'art. 192 c.p.p. il risultato della valutazione della prova sia unico e ragionevolmente inconfutabile.

In realtà le cose sono più complesse. Può darsi che il risultato della prova sia inequivoco e avvalori una ed una sola ipotesi ricostruttiva del fatto (esempio: un'autopsia che accerti più colpi d'arma da fuoco e quindi la sicura causa omicidiaria della morte).

Può darsi che il risultato della prova sia di interpretazione univoca ma rimandi ad ipotesi ricostruttiva del fatto tra loro alternative (per ripetere l'esempio dell'autopsia: essa accerta una morte da schiacciamento per effetto di precipitazione, il resoconto autoptico non lascia dubbi sulla causa della morte, ma apre lo spazio sia all'ipotesi omicidiaria sia a quella suicidiaria. In questo caso occorre inserire la prova autoptica nel contesto delle altre prove raccolte per poi valutare quale delle due ipotesi ricostruttive del fatto sia maggiormente confermata).

Può infine darsi il caso che il risultato stesso della prova sia di dubbia interpretazione. Pensiamo ad un'autopsia che non chiarisca le cause della morte. Pensiamo alla testimonianza: attendibile o non attendibile?

È illusorio pensare che basti un solo passaggio inferenziale, una sola massima di esperienza per sciogliere il dilemma sulla sua credibilità. Per dirimere i dubbi occorre allora procedere ad un controllo incrociato delle altre prove collegate alla fonte o al contenuto della testimonianza che si tratta di valutare.

Anche in questo caso, come nel caso precedente, si passa così da una analisi intrinseca della prova ad una analisi contestuale, cioè ad una valutazione della prova nel contesto delle altre prove. Ma con una differenza che val la pena di sottolineare. Occorre premettere che nello scenario probatorio si danno solitamente prove che convergono sul *thema decidendum*, cioè sull'imputazione (è il caso della c.d. cumulative redundancy), e prove che convergono su altre prove, cioè servono a sostenere altre prove (è la c.d. corroboration). Parimenti vi sono controprove che convergono sul *factum probandum* e controprove che convergono su altre prove. Il che dimostra quanto accidentato sia l'itinerario conoscitivo del processo: ogni prova serve a provare; ma ogni prova a sua volta è un *thema probandum*, cioè una ipotesi da verificare.

Ora nel primo caso (prova dal significato univoco che però rimanda a due possibili ricostruzioni del fatto) la prova va inserita nel contesto di tutte le altre prove che convergono sul *thema decidendum* finale. In definitiva la prova va valutata nel contesto della procedura di verifica dell'ipotesi. Sarà accolto quel risultato della prova che, unitamente alle altre prove, consente la ricostruzione più plausibile del fatto secondo razionalità e buon senso.

Nel secondo caso (prova dal significato ambiguo) la prova va inserita nel contesto di tutte le altre prove validanti o invalidanti che convergono su di essa. In ambedue i casi si ha che il controllo incrociato delle prove costituisce un passaggio ineludibile della decisione giudiziaria: la regola espressa nell'art. 192, secondo e terzo comma e riecheggiata dall'art. 500, quarto comma, ha in realtà una portata generale (In tal senso un avallo autorevole perviene da un passaggio importante della sentenza 16 giugno 1994 n. 241 della Corte Costituzionale).

In definitiva uno schema ordinario di motivazione è articolabile come segue:

A) valutazione di ogni singola prova. Valutazione in due tempi:

1) valutazione intrinseca (art. 192 primo comma);

2) valutazione contestuale, cioè esame della prova unitamente alle altre prove (confermati o confutanti) che convergono su di essa (art. 192, secondo e terzo comma, art. 500, quarto comma);

B) valutazione dell'ipotesi alla stregua delle prove precedentemente valutate (artt. 426, 429, 546 c.p.) attraverso una procedura di verifica-falsificazione, cioè indicazione delle prove che confermano l'ipotesi e di quelle che la confutano.

I "gravi indizi" dell'art. 273: l'ipotesi provvisoria più probabile allo stato delle prove raccolte.

La distinzione tra metodo di verifica dell'ipotesi e metodo di valutazione della prova è importante per chiarire dubbi assillanti in materia di misure cautelari personali.

Il primo dubbio, foriero di gravi implicazioni, cade sul termine "indizi" evocato nell'art. 273 c.p.p..

È *ius receptum* che con tale termine non si allude alle prove critiche, cui invece fa riferimento l'art. 192 sec. comma.

Del resto non avrebbe alcun senso escludere dal quadro probatorio richiesto per le misure cautelari personali le prove rappresentative ed includere invece proprio quelle critiche verso le quali i legislatori hanno palesato una diffidenza tale da indurli a dettare per esse un metodo legale di valutazione.

È invece opinione diffusa che nel brano dell'art. 273 c.p.p. il termine "indizio" sia assunto nel significato di prova minore.

Ci sono buoni argomenti per smentire questo assunto.

Il concetto di prova inferiore è un corpo estraneo in un sistema orientato sul principio del libero convincimento del giudice, perché o viene a riesumare una gerarchia dei mezzi di prova che avrebbe senso in un sistema di prove legali (ed infatti in tale sistema fu elaborato), o conduce direttamente all'anarchia decisoria. Infatti, l'affermazione che l'indizio è una prova minore può essere inteso in due sensi: in astratto o in concreto.

Nel primo senso, si potrebbe dire: è il legislatore che prefigura per ogni tipo di mezzo di prova il suo grado di efficacia, per cui si potrebbe aggiungere, a mò di esempio, che per il legislatore la chiamata in correità sarebbe sempre qualcosa di meno di una prova ma sempre qualcosa di più dell'indizio.

Questa impostazione, che pur si intravede in alcune sentenze si infrange contro due obiezioni radicali:

1) non v'è traccia nel codice di una simile gerarchia dei mezzi di prova;

2) non sarebbe neppure stato possibile perché in un sistema costruito sul libero convincimento del giudice l'efficacia motivante di una prova non può essere predeterminata dalla legge per tipologie, ma va valutata nello specifico contesto processuale: in concreto nulla esclude che una prova critica sia più convincente di una prova rappresentativa.

Si potrebbe aggiungere: l'art. 273 parla di "gravi indizi", vale a dire di una pluralità di indizi ciascuno di per sé grave (altrimenti avrebbe detto: indizi che formano un grave quadro o consentono una rilevante probabilità di colpevolezza); ma allora, se l'indizio è una prova minore, come fa ad essere grave? L'indizio grave sarebbe ancora qualcosa di meno della prova? Allora dovremmo ammettere una siffatta gerarchia: la prova; l'indizio grave che sarebbe una mezza prova; l'indizio non grave che sarebbe ancora meno. Ma in questo modo non si rievocano le categorie medioevali degli indizi dubitati e indubitati, delle prove piene e semipiene?

In un secondo senso si potrebbe dire che l'indizio è una prova minore a seguito non di una valutazione astratta da parte del legislatore, ma di una valutazione in concreto da parte del giudice.

In altri termini, si qualifica prova quel dato che in concreto prova di più e indizio quel dato che in concreto prova di meno. Ma allora la distinzione tra prova e indizio seguirebbe e non precederebbe la valutazione del materiale probatorio: così ad esempio una testimonianza sarebbe prova o indizio a seconda della misura in cui si crede al teste.

In questa prospettiva l'interpretazione dell'art. 273 avrebbe qualcosa di surreale. Sarebbe come se il legislatore dicesse al giudice: se, dopo aver esaminato tutto il materiale disponibile, ti accorgi che non hai prove ma indizi, ti accorgi cioè che i documenti dicono poco, le testimonianze non sono molto attendibili, le chiamate in correità non sono riscontrate e tuttavia queste mezze prove o quarti di prova, che da soli non ti convincono, messi insieme ti appaiono gravi, allora puoi emettere provvedimenti cautelari.

Quale sarebbe il senso di una regola siffatta? Che se una testimonianza ti convince, allora tu giudice la etichetti come prova e basandoti solo su di essa puoi disporre una misura cautelare.

Se invece la testimonianza non ti convince, la bolli come indizio e allora devi guardarti intorno per vedere se riesci a scovare nelle carte altri elementi che la irrobustiscano.

Come dire: se sei convinto disponi pure la misura, se non sei convinto fanne a meno. È un argomento circolare che conduce all'*arbitrium iudicis*.

L'opinione più accreditata avanza una terza interpretazione del termine "indizio". L'indizio sarebbe una prova piena, ma provvisoria, cioè non ancora completamente verificata. Questo assunto parte da una constatazione e vuol giungere ad un fine.

La constatazione è la seguente: il codice non parla mai di indizi nella fase del dibattimento, di indizi si parla solo nella fase dell'indagine preliminare. La scelta lessicale ha una sua logica: la fase dell'indagine ha un intrinseco carattere di mutevolezza e provvisorietà. Questo non significa che la valutazione della prova in questa fase deve essere meno rigorosa. Significa solo che ogni dato probatorio risente della precarietà connaturale alla fase in cui viene alla luce.

Evidente lo scopo di questa impostazione: mettere un freno ad una possibile corrività valutativa, rafforzare le garanzie, perché l'indizio sarà pure una prova provvisoria ma, prima che provvisoria, deve essere una prova piena. Questa opinione, certamente condivisibile nei fini e nell'impostazione di fondo, richiede però il chiarimento di alcuni passaggi concettuali.

Innanzitutto, il codice non parla di indizi soltanto nella fase dell'indagine: l'art. 273 trova applicazione anche dopo la conclusione dell'indagine preliminare. Inoltre il codice non parla di prova soltanto nel dibattimento.

Nella fase delle indagini il termine prova ricorre non di rado (per esempio, a seguito di incidente probatorio).

Del resto lo stesso art. 274 lettera a) parla di acquisizione o genuinità della prova.

Quindi per la fase delle indagini il legislatore usa sia il termine prova che il termine indizio.

Ora, se indizio assume il significato di acquisizione probatoria provvisoria e se nella fase dell'indagine tutto è provvisorio, perché allora il legislatore distingue – sempre con riferimento alla fase dell'indagine preliminare – le prove dagli indizi?

Dovremmo pensare che nella fase dell'indagine ciò che è provvisorio viene chiamato indizio e ciò che non è provvisorio viene chiamato prova? Col risultato che per emettere un'ordinanza di cattura, ai sensi dell'art. 273, il legislatore ci chiede di basarci su ciò che è provvisorio anziché su ciò che è stabile.

In verità, intuitivamente si avverte qualcosa di contraddittorio nell'idea di una prova nel contempo piena e tuttavia provvisoria.

Se per prova si intende il mezzo di prova, nella fase dell'indagine non v'è nessuna provvisorietà. L'assunzione di un mezzo di prova (esempio, un documento, una dichiarazione) è un fenomeno in sé concluso e rigorosamente fissato nei suoi caratteri modali, spaziali, temporali.

Se per prova si intende il risultato probatorio esso, come si è visto, varia col variare del contesto.

Ma il contesto può rimaner fisso nella fase dell'indagine e invece variare nel corso dell'istruttoria dibattimentale.

Anzi nel vecchio rito poteva parlarsi di una progressiva stabilizzazione del contesto. Nel nuovo rito tra indagine e dibattimento persiste una significativa cesura e il dibattimento – col conflitto delle ipotesi antagoniste e il contraddittorio sulla formazione di ogni singola prova – rimane fino al momento dell'epilogo il luogo dell'incertezza probatoria.

Queste difficoltà logiche forse possono superarsi se si distingue l'ipotesi dalle prove.

Nel corso delle indagini preliminari c'è una provvisorietà dell'ipotesi, non una provvisorietà della prova. Nel corso dell'indagine preliminare si ha un affinamento crescente dell'ipotesi ed uno sviluppo progressivo delle procedure di verifica. Fino a quando non si ha una sentenza dibattimentale l'ipotesi sul fatto è sempre provvisoria. Fino a quando non è completata la procedura di verifica-falsificazione (il che si verifica con la sentenza), la trama probatoria è sempre suscettibile di ridefinizione.

E finché il contesto probatorio può cambiare sono possibili prognosi, non diagnosi. È possibile compiere delle previsioni, ma non decidere. Provvisoria è dunque l'ipotesi e provvisorio è il quadro probatorio che la sorregge fino alla chiusura dell'istruttoria dibattimentale. Non si può invece definire provvisoria una prova solo perché altre prove possono essere assunte accanto ad essa.

Pertanto, per evitare equivoci una rilettura dell'art. 273 dovrebbe svalutare il sostantivo "indizi" e accentuare l'aggettivo "gravi". Come se il legislatore dicesse: nessuno può essere sottoposto a misure cautelari se l'accusa a suo carico non sia gravemente (o grandemente) probabile.

Questa impostazione chiarisce anche un altro problema legato alla formula dell'art. 273 c.p.p.: perché si chiede un quadro probatorio "grave" e non un quadro probatorio "sufficiente"?

Per condannare, l'art. 533 non richiede gravi prove, ma prove sufficienti (arg. ex art. 530 sec. comma). A rigore, non occorre nulla di più che la sufficienza di prove. In logica la relazione di sufficienza tra due termini *A* e *B* sta ad indicare che la presenza di *A* è sufficiente perché si verifichi *B* (il che significa che dato *A* necessariamente si ha *B* ad onta dell'avverbio "necessariamente, tale relazione è diversa da quella di necessità che si avrebbe soltanto nel caso in cui *B* segua sempre e solo in presenza di *A*).

Calata la relazione nel nostro caso si ha che in presenza di *A* (= prove sufficienti) c'è quanto basta perché necessariamente avvenga *B* (= sentenza di condanna).

Il concetto di gravità nel caso della sentenza di condanna è improprio e ridondante. È invece appropriato parlare di gravi indizi per l'adozione di misure cautelari personali?

Si potrebbe rispondere di sì osservando: si richiede la gravità appunto perché si tratta di indizi e non di prove. Ma in questo modo siamo alla gerarchia legale delle prove.

Non solo. Secondo questa risposta i gravi indizi sarebbero qualcosa di meno delle sufficienti prove. Ma allora, se è vero – come è vero – che sugli indizi si può basare una sentenza di condanna, che grado di gravità debbono avere gli indizi per raggiungere il livello delle sufficienti prove?

I gravi indizi hanno una misura diversa a seconda che servano per misure cautelari o per condannare?

Una risposta più razionale all'interrogativo posto dal sintagma “gravi indizi” dell'art. 273 c.p.p. potrebbe essere la seguente: la sentenza implica un giudizio sul presente, non una prognosi sul futuro. La sentenza risponde ad una domanda: l'imputato è o non è colpevole?

L'art. 273 risponde ad un'altra domanda: sulla base dell'evidenza probatoria disponibile e prefigurandosi sulla base di essa i possibili sviluppi del quadro probatorio, è pronosticabile una condanna dell'imputato?

Siamo nel campo della previsione e delle probabilità e la distribuzione delle probabilità, se in matematica è graduabile secondo un *continuum*, nella logica giudiziaria è graduabile, grosso modo, in tre zone: improbabilità (= indizi insufficienti), equiprobabilità (= indizi sufficienti), probabilità prevalente (= gravi indizi).

Questa impostazione ha un'importante conseguenza applicativa, perché permette di confutare una giurisprudenza poco rassicurante che ragione in questi termini: poiché l'art. 273, a proposito di indizi, richiama la gravità ma non anche la precisione e la concordanza, occorre desumere che la regola dell'art. 192, secondo comma non si applica alla fase delle indagini. Pertanto una misura cautelare può essere emessa sulla base di indizi gravi, ma non anche precisi e concordanti.

La prima obiezione da fare è che da quanto si è fin qui detto gli indizi di cui parla l'art. 273 non sono gli stessi di cui parla l'art. 192 secondo comma. Quest'ultima norma si riferisce esclusivamente agli indizi contingenti (quelli che indicano più antecedenti possibili: questo spiega perché sono necessari gravità, precisione e concordanza). L'art. 273 si riferisce invece ad ogni genere di prova: vi si comprendono prove rappresentative e prove critiche e tra queste ultime gli indizi contingenti e quelli necessari): in questo contesto sarebbe inappropriato parlare di indizi gravi, precisi e concordanti.

Una seconda obiezione deriva dal grave sospetto intellettuale che la precisione non abbia un contenuto semantico distinguibile da quello della gravità. Ma l'argomento comporterebbe una troppo ampia digressione.

Ma v'è una terza obiezione. Ci sono univoci riferimenti legislativi che dimostrano come nel passaggio dall'indagine preliminare al giudizio cambi il metodo di controllo dell'ipotesi. Ma non v'è alcuna norma che lasci pensare che in tale passaggio cambi anche il metodo di valutazione delle prove.

Non bisogna lasciarsi fuorviare dal fatto che i mezzi di prova nell'indagine siano diversi da quelli del dibattimento (pensiamo, per esempio, alla diversità tra sommarie informazioni testimoniali ed esami).

La diversità strutturale, dovuta a sua volta alla diversità del contesto, non implica una gerarchia di valore probatorio (le sommarie informazioni possono essere più attendibili degli esami, un'individuazione subito dopo il fatto può essere più veridica di una ricognizione a distanza di mesi o di anni).

Del resto sarebbe pericoloso dire che nella fase dell'indagine non solo il materiale probatorio deve essere raccolto con mezzi meno garantiti, ma deve anche essere valutato con minor rigore.

Nell'indagine, come nel dibattimento, prima ancora della correttezza formale della ricerca, esiste un'etica della ricerca.

Pertanto una chiamata di correo (il problema si è posto soprattutto per essa) va valutata con lo stesso metodo sia in fase di indagine che di giudizio. Non appare corretto dire: nella prima fase è autosufficiente, nella seconda richiede riscontri. Questo argomento è però il segno di una più vasta problematica, che si riassume in una domanda: come il P.M. scopre un'ipotesi accusatoria e con quali mezzi la verifica?

La scoperta dell'ipotesi e la sua verifica sono cose distinte e avvengono in modo diverso.

Il P.M. scopre l'ipotesi per abduzione, cioè un pensare all'indietro: dai fatti che constata egli si prefigura le possibili spiegazioni. Una volta elaborata l'ipotesi, il P.M. procede alla sua verifica. Ora, gli strumenti concettuali con cui egli compie l'inferenza abduittiva sono diversi da quelli con cui effettua la verifica. Il movente è un forte argomento abduittivo perché serve a selezionare le ipotesi e a orientare le indagini, ma come indizio è un indizio equivoco, perché non esiste un'attendibile e altamente probabile massima di esperienza per cui chi ha un determinato movente per un determinato delitto di solito lo commette.

La criminologia offre fortissimi argomenti abduittivi. Per esempio, essa permette di riconoscere la matrice psicopatica di un delitto. Questo dato è importantissimo per focalizzare il campo di ricerca, ma di per sé non ha alcun valore indiziario perché si può essere psicopatici e non commettere quel tipo di delitto.

Il ruolo occupato nell'organizzazione gerarchica di un'impresa o di un partito consente di supporre il suo coinvolgimento in determinati illeciti ed è quindi un ottimo argomento abduittivo che si riassume nell'espressione "non poteva non sapere". Ma di per sé solo non significa nulla. Se fosse una prova comporterebbe automaticamente un'inversione dell'onere della prova perché costringerebbe la controparte a dimostrare che, nonostante quel ruolo, egli non sapeva. Una dimostrazione diabolica perché si tratterebbe di una c.d. negativa indeterminata: provare che un fatto non è avvenuto mai e in nessun luogo.

In definitiva, di fronte alla difficoltà della prova si registrano i segni di un fenomeno non solo italiano: argomenti che servono per l'inferenza abduittiva vengono usati come argomenti di verifica dell'ipotesi.

V'è poi un uso processuale di categorie sostanziali, cioè il contenuto di determinati concetti come la causalità o il dolo per fare degli esempi, vengono dilatati per facilitarne la prova (per esempio, la mancanza di dissenso espresso viene equiparato a consenso tacito, una condotta atipica viene vista come istigazione e così via).

In questa ottica potrebbe iscriversi quella giurisprudenza che valuta con minor rigore i "gravi indizi" dell'art. 273.

Finora ci siamo posti il problema di come valutare le prove poste a base di una misura cautelare personale e abbiamo risposto al quesito nel senso che le prove in sede di indagine vanno valutate con lo stesso rigore richiesto per il giudizio di merito.

Ora si tratta di vedere come valutare l'ipotesi posta a fondamento della misura. Il metodo legale di verifica dell'ipotesi si riflette nella struttura legale della motivazione dei provvedimenti cautelari ed è da questa estraibile.

Consideriamo pertanto l'art. 292 c.p.p..

La prima osservazione da fare concerne l'evidente differenza tra la struttura dell'ordinanza cautelare e la struttura della sentenza di merito.

La motivazione della sentenza ha una struttura complessa (art. 192, primo comma e 546, primo comma lett. e c.p.p.) che riflette il contraddittorio delle parti, l'antagonismo delle ipotesi alternative di accusa e difesa, la procedura di controllo a due tempi (verificazione-falsificazione) di tali ipotesi.

La motivazione dell'ordinanza cautelare ha una struttura semplificata (art. 292, secondo comma lett. c) limitata all'esposizione degli indizi con l'indicazione degli elementi di fatto su cui si fondano e dei motivi della loro rilevanza.

Mancando il contraddittorio, manca il confronto delle prospettive. Il controllo del giudice si limita alla verifica dell'ipotesi, cioè alla sussistenza di elementi che la corroborano.

Angusta è la fase di falsificazione dell'ipotesi, cioè di ricerca di elementi che la confutano.

Questa fase è stata ampliata con la legge 8 agosto 1995 n. 332 soprattutto con l'inserimento della lettera *c bis*) e *2 ter*. Ora la struttura della motivazione dell'ordinanza cautelare deve anche contenere l'indicazione dei motivi per cui sono stati ritenuti non rilevanti gli elementi a discolta. In questo procedimento incidentale un embrione di contraddittorio viene anticipato al momento della decisione sulla richiesta di misura cautelare.

Va sottolineata la diversa formula usata dal legislatore nell'art. 546 lettera e) e nell'art. 292, secondo comma *c bis*).

Una prima diversità attiene all'alternativa "prove contrarie (art. 546) - elementi (art. 292)". Essa si spiega col fatto che in dibattimento ci sono solo prove, rappresentative o critiche che siano. Nella fase delle indagini, mancando il contraddittorio, ci sono "elementi".

Ma la distinzione veramente importante è un'altra. L'art. 546 parla di non attendibilità, laddove l'art. 292 parla di non rilevanza.

La sentenza è una diagnosi su un'istruttoria compiuta. Un problema di rilevanza si è posto a monte (artt. 492 e 190 primo comma). Al momento della decisione si pone un problema di attendibilità o non attendibilità, cioè di concludenza della prova.

L'ordinanza cautelare implica una prognosi allo stato degli atti. V'è un quadro probatorio in evoluzione e un'ipotesi sul fatto in corso di verifica. In questa fase campeggia la rilevanza della prova, vale a dire la mera idoneità a spiegare il *thema probandum*.

Sul concetto di rilevanza insiste ancora l'art. 292, sec. comma lett. c) che richiede l'esposizione degli indizi che in concreto giustificano la misura con l'indicazione degli elementi di fatto da cui sono desunti e dei motivi per i quali essi assumono rilevanza.

Apparentemente tale formula può sembrare per un verso ridondante e per l'altro contraddittoria: anche gli indizi sono "elementi di fatto" e del resto per essere "indizi" devono per forza essere rilevanti.

Ora, perché questo incessante battere sugli "elementi di fatto" e sulla rilevanza?

In realtà il legislatore, proprio perché si versa (nel caso più usuale) nella fase della ricerca dell'ipotesi, ha voluto escludere la possibilità di un'ordinanza cautelare sulla base di una mera ipotesi logica. Il legislatore ha voluto escludere ipotesi gratuite, basate su inferenze abduitive e congetture a tavolino.

Possono darsi ipotesi ricostruttive del fatto perfettamente logiche e coerenti, che spiegano tutto ma non hanno alcun fatto che le sorregga.

Si faccia il caso del rinvenimento in aperta campagna di un corpo che presenti letali ferite inferte con un comune coltello da cucina; il coniuge della vittima ha un formidabile movente per uccidere; la vittima è stata vista per l'ultima volta uscire di casa da sola dopo una furiosa litigata col marito; l'ora della morte è determinabile con l'approssimazione di ore, per cui la prova d'alibi si presenta scarsamente significativa; infine non vi sono credibili piste alternative percorribili.

Anche in mancanza di elementi confutanti, anche se l'ipotesi dell'accusa spiega bene il fatto e non è autocontraddittoria, l'ipotesi accusatoria rimane un'ipotesi senza prove.

Quindi la prima verifica da fare è che l'ipotesi non sia autocontraddittoria e che sia aderente ai fatti, cioè sia in grado di spiegarli.

La seconda verifica da compiere è che l'ipotesi non sia meramente congetturale. Ci devono essere elementi di fatto. E qui subentra il criterio della rilevanza. Gli elementi di fatto non devono provare tutti gli aspetti dell'ipotesi, ma solo i tratti fondamentali concernenti il fatto e il suo autore. Non è necessario provare e spiegare nei dettagli la dinamica omicidiaria, e cioè la sequenza cronologica dei colpi, le posizioni antagoniste di aggressore e vittima, i movimenti dell'assassino prima e dopo il delitto. Il brano di realtà rappresentato dall'omicidio deve essere spiegato e provato nei suoi elementi costitutivi.

Dunque, non si può che concordare con la giurisprudenza che sostiene che i gravi indizi di colpevolezza ben possono sussistere pur in presenza di lacune e punti oscuri nella ricostruzione del fatto.

Purché lacune e punti oscuri non legittimino una ragionevole ipotesi alternativa, essi non precludono neppure una sentenza di condanna.

La terza verifica da svolgere è quella che concerne l'esistenza di elementi confutanti.

A questo riguardo c'è da sottolineare una diversità tra il comma 2 lettera *c bis*) e il comma 2 *ter* dell'art. 292 c.p.p.. Quest'ultima norma allude chiaramente ad elementi di fatto ("fatti e circostanze" è la dizione usata dall'art. 358). La prima norma parla solo di elementi. Poiché manca la specificazione "di fatto", si è autorizzati a pensare che essa allude a meri elementi logici.

Pertanto le due norme, anche se scritte male, non sarebbero un doppione. La seconda norma riguarda gli elementi di fatto, la prima gli elementi logici.

Quindi la confutazione all'ipotesi dell'accusa può venire non solo da controfatti ma anche da controargomenti. L'accusa è confutata non solo quando v'è un fatto contrario (es. alibi), ma anche quando si prospetta un'interpretazione antagonista degli stessi dati di fatto (per esempio, l'accusa sostiene l'ipotesi dell'omicidio doloso e la difesa, sugli stessi fatti, l'ipotesi dell'accidentalità o dell'omicidio colposo).

Si è visto che l'ipotesi dell'accusa non può essere meramente logica. C'è da chiedersi: basta una controipotesi difensiva meramente logica per neutralizzare *ex art. 292* l'ipotesi accusatoria? Riandiamo all'esempio di poc'anzi del marito sospettato dell'omicidio della moglie e mettiamo che a suo carico sopravvengano numerosi indizi. Questi indizi possono essere neutralizzati dalla mera asserzione teorica di un omicidio compiuto da un maniaco?

Si direbbe di no, per due motivi. Innanzitutto nel campo del probabile e della conoscenza incerta non è mai possibile escludere ipotesi teoriche alternative. Se la semplice prospettazione di una tale ipotesi avesse un effetto bloccante, i meccanismi processuali rimarrebbero costantemente inceppati. Un riferimento letterale che avvalora questo assunto si rinviene nel secondo comma dell'art. 273: la causa di giustificazione o di non punibilità deve "risultare", non basta che sia logicamente possibile.

In secondo luogo un'ipotesi senza fatti può servire come traccia per le indagini. Ma il giudice non fa indagini. Egli giudica dell'attendibilità delle ipotesi e il suo unico metro di giudizio sono le prove.

Ma c'è ancora da chiedersi: l'ordinanza *ex art. 292* è fondata anche se l'ipotesi accusatoria lascia il varco ad ipotesi alternative? Si faccia il caso di un'ipotesi di accusa che abbia a suo favore varie prove e che tuttavia non escluda un'ipotesi alternativa non meramente logica ma resa verosimile da alcuni fatti e circostanze.

In un caso del genere occorre che l'ipotesi dell'accusa abbia il maggior grado di probabilità logica. Deve cioè essere l'ipotesi più probabile, quella che sia più coerente in sé e più congruente rispetto ai fatti: in altri termini, l'unica in grado di rispecchiare i fatti fondamentali e di spiegarli secondo razionalità e buon senso (cioè secondo gli schemi conoscitivi propri di una determinata collettività in una determinata epoca).

In definitiva, il giudice deve verificare che:

1) l'ipotesi dell'accusa sia intrinsecamente coerente e abbia una reale capacità esplicativa dei fatti;

2) l'ipotesi dell'accusa non sia meramente congetturale, ma abbia il supporto di prove confermanti;

3) che non esistano prove che la confutino nel suo nucleo essenziale;

4) in caso di coesistenza di ipotesi antagoniste sarà preferita quella dell'accusa quando avrà una probabilità logica prevalente. E questa probabilità sussisterà quando l'ipotesi dell'accusa:

a) ha un maggiore potere esplicativo, nel senso che spiega più fatti e li spiega meglio;

b) ha maggiori elementi di conferma a suo favore;

c) non ha prove confutanti o controargomenti o, se questi esistono, non intaccano l'ipotesi nel suo nucleo fondamentale.

Ma va anche aggiunto che questo giudizio di probabilità logica trova un limite nell'art. 125 disp. att..

Secondo questo articolo l'azione penale può essere esercitata quando può ritenersi che l'accusa sia sostenibile in giudizio, altrimenti gli atti vanno archiviati. Ora, l'emissione dell'ordinanza cautelare non implica esercizio dell'azione penale e quindi non preclude l'archiviazione.

Si potrebbe allora argomentare che l'ordinanza custodiale può emettersi anche in presenza di un'accusa solo possibile, ma non tale da essere già ritenuta sostenibile in giudizio e da giustificare quindi una prognosi di condanna.

Un modo di risolvere l'antinomia potrebbe essere il seguente: l'ipotesi dell'accusa deve essere l'ipotesi più probabile allo stato degli atti, quella che consente di formulare, sempre allo stato, una prognosi di condanna. La fluidità della fase investigativa e la provvisorietà dei dati informativi raccolti non consentono di escludere l'eventualità che fatti sopravvenuti rovescino l'accusa o comunque la neutralizzino.

Sviluppando questo argomento si può anche giungere a fissare, grosso modo, un limite *a quo* dell'indagine prima del quale una misura cautelare personale non è pensabile.

Bisogna rovesciare la prospettiva: non adeguare lo spessore dei gravi indizi allo stato dell'indagine, con l'indesiderabile evenienza che agli albori dell'investigazione tale spessore raggiungerebbe, per così dire, il minimo logico. È piuttosto l'indagine che deve raggiungere uno stadio tale da poter parlare di gravi indizi. E questo limite può dirsi raggiunto quando la massa delle informazioni probatorie disponibili consente di elaborare un'ipotesi provvisoria che abbia i requisiti poc'anzi descritti.

Quest'ultimo argomento ne introduce un altro formulabile così: se ci sono gravi indizi di colpevolezza, perché prevedere l'esigenza cautelare volta all'acquisizione della prova? Si capisce l'esigenza cautelare di salvaguardare la genuinità della prova acquisita, ma perché sacrificare la libertà personale quando si tratta di acquisire prove ulteriori rispetto a quelle già acquisite in misura tale da configurare i gravi indizi? Se di cinque persone informate sui fatti, quattro sono state sentite e hanno accusato l'indagato al punto da dar corpo ai gravi indizi di colpevolezza, si può catturare l'indagato sul pericolo concreto che egli influenzi il quinto teste ancora da assumere? Occorre trovare una regola di condotta che attui un bilanciamento tra l'esigenza di salvaguardare il potenziale probatorio e le esigenze di adeguatezza e proporzionalità che devono ispirare la compressione della libertà personale. Una soluzione potrebbe essere la seguente: l'ordinanza cautelare volta a salvaguardare l'acquisizione della prova può essere emessa, sempre in presenza dei gravi indizi di colpevolezza, quando la prova da assumere, che potrebbe essere a carico o a discarico, appaia allo stato degli atti decisiva ai fini di una prognosi di colpevolezza o innocenza. Dovrebbe trattarsi, in altri termini, di quella prova che gli scienziati definiscono cruciale.

Possono sembrare piuttosto complessi e articolati il metodo di verifica della ipotesi e la struttura della motivazione dell'ordinanza cautelare. Però la posta in gioco e le garanzie del giusto processo non consentono soluzioni diverse. Del resto che l'esame del giudice abbia assunto un carattere particolarmente penetrante lo si desume anche dalla sentenza n. 432 del '95 della Corte Costituzionale che ha sancito l'illegittimità costituzionale dell'art. 34 secondo comma c.p.p..

La struttura della motivazione dell'ordinanza cautelare getta luce su una questione particolarmente controversa: se una siffatta ordinanza debba motivare sui gravi indizi qualora sia emessa dopo la conclusione dell'indagine preliminare e prima della sentenza di condanna non definitiva.

Si propende per la negativa sull'assunto che nel rinvio a giudizio è implicita una valutazione di sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza. Tale soluzione suscita riserve molteplici.

Innanzitutto, come si disse all'inizio, i valori in gioco sono di diverso spessore: in un caso l'aspettativa di non affrontare il costo morale di un processo a fronte di accuse infondate, nel secondo caso il bene della libertà. Tanto diversi sono gli interessi coinvolti che in un caso e non nell'altro sono predisposti meccanismi di impugnativa delle decisioni del giudice.

Ma v'è un'altra considerazione da fare: la complessità del processo decisionale deve riflettersi nella struttura della motivazione.

Si è vista la complessità dell'ordinanza cautelare. Invece il decreto che dispone il giudizio ha una motivazione semplificata e, per giunta, non accompagnata da una previsione di nullità in caso di mancanza o insufficienza (art. 429, primo comma lett. d) e secondo comma): tutto ciò che è richiesto è l'indicazione, peraltro sommaria, delle sole fonti di prova e dei fatti cui esse si riferiscono.

Nessun riferimento al contenuto dei mezzi di prova e ai motivi della loro rilevanza. Dunque, nessun controllo sul processo decisionale del giudice. Si potrebbe dire: v'è un controllo preventivo attraverso il contraddittorio che precede la decisione. Ma più che controllo è una garanzia difensiva, a sua volta ben poco garantita se non consente controlli successivi.

Ora il fatto che questi controlli non siano stati previsti la dice lunga sugli interessi in gioco e sul carattere sommario e interlocutorio della deliberazione del giudice. Appare piuttosto incoerente eliminare l'evidenza e lasciare inalterata la struttura del documento decisionale. Da un lato si approfondisce la regola di giudizio; dall'altro non la si fa affiorare nel testo.

Ma ci sarebbe un'altra considerazione da fare: il metro di valutazione del rinvio a giudizio è meno rigoroso del metro di valutazione richiesto per l'ordinanza cautelare.

Il punto di discriminazione è dato dal caso di ipotesi equiprobabili: in questo caso, per le cose dette, un'ordinanza cautelare non sarebbe giustificata. Sarebbe invece giustificato il rinvio a giudizio.

Infatti la regola di valutazione per il rinvio a giudizio è data dall'art. 125 disp. att. che richiede solo la sostenibilità dell'accusa in giudizio.

La sostenibilità è meno dei gravi indizi perché l'accusa è sostenibile anche quando è fronteggiata da ipotesi ricostruttive antagoniste e parimenti plausibili.

I gravi indizi invece implicano un'ipotesi preponderante sul piano probatorio. La griglia selettiva dell'udienza preliminare serve solo ad impedire accuse arrischiate e dibattimenti superflui. Nel caso di ipotesi equiprobabili non si può certo dire che il dibattimento sia ingiustificato e l'accusa azzardata.

Una implicazione di questa prospettiva è altresì la seguente: è più che dubbio che in sede di udienza preliminare possa trovare applicazione la regola dell'art. 530 secondo comma che impone il proscioglimento se la prova è insufficiente o contraddittoria. Gli argomenti che danno alimento al dubbio sono i seguenti:

1) prova contraddittoria non è la prova assurda, senza senso, intrinsecamente incoerente; se così fosse si eliminerebbe da sé e saremmo nel primo comma dell'art. 530. Prova contraddittoria è la prova che dà luogo a interpretazioni alternative e dunque ad ipotesi antagoniste;

2) la struttura della motivazione della sentenza di proscioglimento (art. 426 lett. d) non appare compatibile con la complessità del discorso probatorio imposta dalla prova insufficiente o contraddittoria.

Un'ultima riflessione sui riflessi epistemologici della riforma dell'agosto '95. Si sono ampliati gli spazi di contraddittorio tra accusa e difesa nella fase delle indagini. Non è solo una garanzia di libertà per l'indagato, è anche una garanzia di verità per la ricerca investigativa. Diversamente dall'indagine scientifica, nel campo penale il contesto della scoperta dell'ipotesi non è ininfluente rispetto al contesto della sua giustificazione. Non solo il fatto da provare è irripetibile, ma irripetibili sono anche alcune prove e molti fatti e situazioni che possono comunque premere sul confronto dibattimentale.

In questa ottica epistemologica vanno viste le garanzie difensive previste per la fase delle indagini preliminari. In questa fase il dialogo con la difesa è di evidente utilità perché, da un lato, consente la prospettazione di ipotesi antagoniste a quella dell'accusa, dall'altro permette un preliminare controllo delle ipotesi in campo e quindi una più consapevole scelta dell'ipotesi finale.

In quest'ottica appare oltremodo opportuna l'eliminazione della previsione di nullità (originariamente prevista nell'art. 291) per il caso in cui il P.M. non avesse trasmesso anche gli elementi a favore dell'imputato: avrebbe negato i fondamenti gnoseologici della ricerca processuale. Per quanto il P.M. tenti di immedesimarsi nella posizione della difesa, egli non è in grado di prospettare tutte le possibili linee difensive e quindi tutti i fatti rilevanti rispetto ad esse: l'idea corre per esempio a complesse vicende di falso in bilancio nei gruppi di imprese.

In quest'ottica va altresì letto l'art. 358 c.p.p.: svolgere accertamenti su fatti e circostanze a favore dell'indagato è per il P.M. non tanto un dovere giuridico, quanto un obbligo metodologico la cui trasgressione espone l'accusa in dibattimento al rischio di confutazioni brucianti.

LA TUTELA DELLA PROVA. IL PRINCIPIO DI “NON DISPERSIONE”, LA SEGRETEZZA DELLE INDAGINI,
LA TUTELA DALL’INQUINAMENTO,
LA PROTEZIONE DEI “COLLABORANTI”

Relatore:

dott. Piero Luigi VIGNA

procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Firenze

1. Ho preferito titolare questa conversazione *bozza di relazione* in quanto la molteplicità e vastità di ciascuno degli argomenti compresi sotto l’insegna della *tutela della prova*, richiederebbe una trattazione talmente approfondita da costituire, essa stessa, una relazione: ciò che il tempo disponibile e le mie stesse capacità, mi hanno impedito di fare.

Sottoporro, dunque, alla vostra attenzione, alcune osservazioni su ciascuno dei punti indicati, sicuro che il dibattito ne evidenzierà molte altre.

2. *Il principio di “non dispersione”.*

a) L’art. 12 d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv., con mod., in l. 13 luglio 1991, n. 203, ha introdotto novità di rilievo concernenti l’organizzazione della polizia giudiziaria: in un paese come il nostro, caratterizzato da plurime forze di polizia, al cui interno agiscono inoltre organismi centrali ed interprovinciali con più marcate specializzazioni di contrasto alle associazioni criminali – il Servizio centrale operativo della Polizia di Stato, il Raggruppamento operativo speciale dell’Arma dei Carabinieri, il Gruppo di investigazione sulla criminalità organizzata della Guardia di Finanza – era necessaria una *reductio ad unum per evitare*, nei limiti del possibile, che *l’attività di prevenzione e di indagine in materia di criminalità organizzata fosse “dispersa”* fra più organismi non sempre dotati di adeguata specializzazione o sofisticate strutture o si svolgesse in forme non coordinate e senza il supporto dei necessari collegamenti investigativi.

Da qui le regole secondo cui tali servizi debbono coordinarsi fra loro e con gli altri organi di polizia giudiziaria (eventualmente anche stranieri) e costituirsi in determinate regioni o per particolari esigenze (una, esplicitamente prevista, riguarda i sequestri di persona a scopo di estorsione *ex art. 8 d.l. 15 gennaio 1991, n. 8*) secondo il modello interforze. Ad essi è poi assegnata una funzione di supporto informativo ed investigativo rispetto alla direzione investigativa antimafia (D.I.A.) che ha struttura interforze (1).

Va anche sottolineato, sempre nella prospettiva di evitare le *dispersioni investigative*, che:

– dei servizi centralizzati dispone, in generale, l’autorità giudiziaria inquirente, ma di essi tale autorità si può avvalere solo secondo le direttive impartite dal *procuratore nazionale antimafia* e finalizzate a garantire, per un verso, la funzionalità dell’impiego della polizia giudiziaria e, per l’altro, la completezza e la tempestività delle investigazioni (art. 371-*bis* comma 1 c.p.p.);

– dei servizi centralizzati articolati sul territorio, l'autorità giudiziaria si avvale di regola congiuntamente: valorizzando quindi la pluralità degli apporti informativi e operativi di ognuno dei servizi; tenendo sempre informati delle attività di indagine anche i servizi centralizzati delle altre forze di polizia (pur se non direttamente impiegati nella specifica investigazione: art. 12 comma 4 d.l. 13 maggio 1991, n. 152 conv. nella l. 203/91); e coordinandone poi gli interventi secondo criteri non discriminatori.

Alla finalità di evitare “*dispersioni investigative*”, mira anche il combinato disposto dagli artt. 326 e 327 c.p. che delinea una più marcata unitarietà, un più stretto raccordo fra le attività del P.M. e quelle della P.G. che dovrebbero valere ad evitare non solo la *sovrapposizione* dell'indagine di polizia a quella del magistrato, ma anche le “*dispersioni investigative*” agevolate del resto, come già si notava, dalla molteplicità degli organi investiti delle funzioni di polizia giudiziaria.

Nella medesima direzione si muove anche la disposizione (art. 371.1) secondo cui, nell'ipotesi di *indagini collegate*, gli uffici del pubblico ministero provvedono, fra l'altro, alla “comunicazione delle direttive rispettivamente impartite alla polizia giudiziaria”.

Le modificazioni strutturali cui si è fatto cenno, anche se consentono più penetranti, ampie e coordinate investigazioni, riducendo il pericolo di una loro “dispersione”, non potevano, di per sé, evitare quella del “sapere investigativo”: “dispersione” che traeva origine dal principio, cardine di un sistema improntato all'accusatorietà anche se temperato da talune significative eccezioni, della formazione della prova nel dibattimento, con la conseguente ridotta utilizzabilità, ai fini della decisione, degli elementi acquisiti nel corso delle indagini preliminari e, con ulteriori particolari condizioni e limiti, di quelli risultanti da diversi procedimenti penali, qualunque fosse la fase in cui erano stati formati.

Il “legislatore” del 1992, come in estrema sintesi vedremo, ha agito, sui due versanti appena segnalati in vista del “recupero” di quel sapere.

Per quanto riguarda il primo, gli interventi sono stati propiziati da note sentenze della Corte Costituzionale ed in particolare da quella n. 255 del 3 giugno 1992 i cui effetti – collegati alla dichiarazione di incostituzionalità dei commi 3° e 4° dell'art. 500 c.p.p. – sono stati peraltro temperati dalla normativa varata con il d.l. 306/92 conv. nella l. 356/92. Da qui le disposizioni (art. 500 c.p.p. come sostituito dall'art. 7 comma 4° del decreto legge n. 306 del 1992) che conferiscono un nuovo valore probatorio alle dichiarazioni del “teste” rese prima del dibattimento e che, una volta utilizzate per le contestazioni (2), sono acquisite nel fascicolo per il dibattimento e valutate come prova dei fatti in esse affermati se sussiste difformità rispetto al contenuto della deposizione, quando ricorrano, alternativamente, le condizioni costituite dalla sussistenza di altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità ovvero dal fatto che, per le modalità della deposizione o per altre circostanze emerse dal dibattimento, risulta che il testimone è stato sottoposto a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità affinché non deponga o deponga il falso o risultano altre situazioni che hanno compromesso la genuinità dell'esame (3). Questa seconda ipotesi di valore probatorio attribuito alle precedenti dichiarazioni del teste prescinde dalla sussistenza di elementi di “riscontro” – richiesti invece nel primo caso – ed è, come ben si comprende, particolarmente mirata al “salvataggio” del “sapere investigativo” acquisito nei procedimenti per reati di criminalità organizzata, evitando che forme più o meno occulte di minaccia o lusinga possano vanificare l'attività di indagine. Sintomaticamente, infatti, alcune delle situazioni richiamate sono quelle previste per l'esperibilità dell'incidente probatorio nel caso in cui la prova testimoniale sarebbe esposta a deterioramento (art. 392 comma 1° lett. b c.p.p.).

Il comma 6° del “nuovo” art. 500 c.p.p. prevede poi che le dichiarazioni di “testimoni” assunte dal giudice nel corso dell'udienza preliminare costituiscono prova dei fatti in esse affermati all'unica condizione che siano state utilizzate per le contestazioni, il che si spiega tenendo presente la natura dell'organo che procede e la presenza del pubblico ministero e del difensore.

Sempre sotto il primo dei profili qui considerati (quello del recupero del sapere investigativo formato nel medesimo procedimento) si inserisce anche il comma 5° dell'art. 503 c.p.p. (4) a mente del quale le dichiarazioni alle quali il difensore aveva diritto di assistere, assunte, non solo dal pubblico ministero, ma anche dalla polizia giudiziaria su delega del primo, sono acquisite nel fascicolo per il dibattimento, se utilizzate per le contestazioni previste dal comma 3° (5): normativa, questa, che immediatamente richiama la più estesa delegabilità degli atti dal pubblico ministero alla polizia giudiziaria che, secondo il nuovo comma 1° dell'art. 370 c.p.p. (6) comprende anche gli interrogatori ed i confronti cui partecipi la persona sottoposta alle indagini in stato di libertà, con l'assistenza necessaria del difensore.

Nel contesto del "recupero" di cui si dice, va infine segnalata la modifica apportata all'art. 512 c.p.p. dall'art. 8 comma 2° del decreto legge n. 306 del 1992 ed in virtù della quale è consentita l'utilizzabilità come prova nel dibattimento, a seguito di lettura, anche degli atti assunti a iniziativa della polizia giudiziaria (oltre che di quelli assunti dal pubblico ministero e dal giudice) che sono divenuti non ripetibili per circostanze o fatti che non potevano essere previsti quando furono compiuti: modificazione, questa, che si è resa tanto più necessaria a seguito della sentenza 31 gennaio 1992, n. 24 della Corte Costituzionale (7) che, come è noto, ha dichiarato illegittimo il divieto di testimonianza indiretta della polizia giudiziaria (art. 195 comma 4° c.p.p.). Ed infatti, nei casi in cui non è più possibile l'assunzione del testimone "diretto" è quanto meno necessario offrire al giudice un elemento documentale di riscontro e di verifica rispetto alla narrazione "*de relato*" del testimone-polizia giudiziaria.

Il recupero del sapere acquisito in altri procedimenti penali è stato attuato mediante varie previsioni normative, fra le quali merita anzitutto segnalare quella (8) che ha radicalmente inciso sull'originario testo dell'art. 238 c.p.p..

Le previsioni del codice, infatti, erano state oggetto di notevoli critiche, specie da parte degli organi impegnati nelle indagini sulla criminalità organizzata nelle quali l'istituto avrebbe potuto trovare larga applicazione ove non fosse stato circoscritto negli angusti limiti segnati dal testo normativo che ne penalizzavano la funzionalità: la prestazione del consenso delle parti, richiesta per l'acquisizione dei verbali di prova di altri procedimenti, si verificava infatti assai infrequentemente, per l'ovvio interesse di ciascuna delle parti – ed in particolare dell'imputato – ad "azzerare" le prove sfavorevoli.

Ciò determinava, poi l'usura delle fonti di prova, in quanto i dichiaranti erano costretti a ripetere molteplici volte il loro dire, con la ulteriore conseguente dilatazione dei tempi del dibattimento.

Il nuovo sistema tende a contenere gli effetti negativi ora segnalati ed è imperniato sulla fondamentale previsione secondo cui indipendentemente dal consenso, è ammessa l'acquisizione ed utilizzazione dei verbali di prove di altro procedimento se si tratta di prove assunte nell'incidente probatorio o nel dibattimento, ovvero della documentazione di atti che non sono ripetibili anche per cause sopravvenute. Si ha dunque riguardo, sotto quest'ultimo profilo, non solo alla irripetibilità originaria, come quella che dipende dalla natura dell'atto (ad esempio, perquisizioni sequestri) o dalle caratteristiche dell'oggetto sul quale l'atto stesso cade (ad esempio, l'ispezione di una traccia di frenata), ma anche a quella sopravvenuta (ad esempio, "testimonianza" resa nel corso delle indagini preliminari dell'altro procedimento, sia al pubblico ministero che alla polizia giudiziaria, da persona poi deceduta).

Fuori dei casi sopra illustrati, i verbali di dichiarazioni rese nel diverso procedimento possono essere pienamente utilizzati solo con il consenso delle parti, mentre, ove questo manchi, essi possono essere utilizzati a norma degli articoli 500 e 503 c.p.p. (e, dunque, per le contestazioni e con le possibilità di acquisizione ad esse conseguenti, previste da tali disposizioni).

Le parti hanno peraltro il diritto di ottenere, a norma dell'art. 190 c.p.p., l'esame delle persone le cui dichiarazioni sono state acquisite: tuttavia, se il processo in corso è relativo ad uno dei "delitti di mafia" previsti dall'art. 51 comma 3°-bis c.p.p., tale diritto non è assoluto, poiché il giudice potrà ammettere l'esame del testimone o delle persone indicate nell'art. 210 c.p.p. solo se lo riterrà assolutamente necessario (art. 190-bis c.p.p., introdotto dall'art. 3 comma 3° del decreto legge n. 306 del 1992).

Per quanto concerne, infine, le sentenze irrevocabili (art. 238-bis c.p.p. aggiunto dall'art. 3 comma 2° del decreto legge ora citato), di esse potrà esser tenuto conto non solo ai fini del giudizio sulla personalità dell'imputato o della persona offesa dal reato, ma anche "... ai fini della prova di fatto in esse accertata e sono valutate a norma degli articoli 187 e 192 comma 3° c.p.p.". Il richiamo alle due disposizioni chiarisce che la valutazione ha riferimento ai fatti oggetto di prova indicati nell'art. 187 c.p.p. (ed in particolare a quelli che si riferiscono all'imputazione, alla punibilità, alla determinazione della pena o della misura di sicurezza) e che la sentenza vale non come una vera e propria prova, ma come elemento di prova che deve esser valutato unitamente agli altri elementi che ne confermano l'attendibilità (principio della c.d. *corroboration*).

Per quanto concerne, poi, le dichiarazioni rese da persona imputata in un procedimento connesso o collegato (categoria normalmente comprensiva dei cc.dd. "pentiti") il rafforzamento dei poteri di indagine ed il "recupero" delle conoscenze investigative sono stati assicurati, da un lato, attribuendo espressamente agli ufficiali di polizia giudiziaria il potere di assumere, di iniziativa, le dichiarazioni di tali soggetti (comma 1°-bis art. 351 c.p.p., introdotto dall'art. 4 comma 4° lett. b) del decreto legge n. 306 del 1992) e dall'altro, per quanto riguarda l'interrogatorio cui procede il pubblico ministero, mediante la modifica apportata al comma 5° dell'art. 210 c.p.p. dall'art. 2 lett. b) del ricordato decreto legge, che consente di applicare, all'esame della persona imputata in procedimento connesso o collegato, le norme che regolano quello delle parti private, equiparando la posizione di tale soggetto a quella dell'imputato, con le relative conseguenze in punto di utilizzabilità dell'atto.

Le dichiarazioni potranno, pertanto, non solo essere utilizzate per le contestazioni e, a seguito di ciò, venir valutate dal giudice per stabilire la credibilità della persona esaminata (cfr. il rinvio contenuto, nel comma 4° dell'art. 503 al comma 3° dell'art. 500 c.p.p.), ma, avendo il difensore il diritto di assistervi, essere anche acquisite nel fascicolo per il dibattimento (art. 503 comma 5° c.p.p. come novellato dall'art. 8 comma 1° del decreto legge).

Nel quadro ora delineato si inserisce poi la sentenza 3 giugno 1992, n. 254 (9), con la quale la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 513 comma 2° c.p.p. nella parte in cui non prevede che il giudice, sentite le parti, dispone la lettura delle dichiarazioni rese dalle persone imputate in procedimento connesso o collegato, qualora queste si avvalgano della facoltà di non rispondere.

Sempre nel medesimo contesto va ricordato che con sentenza n. 60 del 24 febbraio 1995, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 513, primo comma, del c.p.p. nella parte in cui non prevede che il giudice, ricorrendone le condizioni, disponga che sia data lettura dei verbali delle dichiarazioni dell'imputato assunte dalla polizia su delega del pubblico ministero.

b) Una particolare tematica alla quale mi sembra opportuno accennare in questa sede è quella che concerne il principio di "non dispersione" del "sapere" acquisito mediante l'"*investigazione difensiva*" rivisitata dalla recente legge n. 332 del 1995 che ha aggiunto, con il suo articolo 22, i commi 2°-bis e 2°-ter all'art. 38 disp. att..

Il particolare aspetto che desidero esaminare è quello posto dal previsto *inserimento nel fascicolo relativo agli atti di indagine* della documentazione dell'investigazione difensiva presentata al giudice. Si tratta, in altri termini, di stabilire il tipo di utilizzabilità, in dibattimento, di tale documentazione.

Al fine di evitare le problematiche in tema di utilizzabilità, era stato sostenuto, prima della riforma, che le risultanze delle inchieste difensive non potevano essere inserite nel fascicolo del P.M. e quindi utilizzate. Intervenuta la riforma il problema non può ora essere eluso; e sulla questione incombe anche il pericolo di un rapido insorgere di questioni di costituzionalità ove si ritenesse di poter parificare l'utilizzabilità delle dichiarazioni rese al pubblico ministero o alla polizia giudiziaria e di quelle acquisite dal difensore.

Può già sostenersi infatti, che dalle sentenze 241/1994 e 407/1994 della Corte Costituzionale si traggono argomenti per ritenere che gli atti dell'indagine difensiva e quelli dell'indagine preliminare debbono essere assoggettati a un differenziato regime. Nelle suindicate sentenze, infatti si ricorda che la irragionevolezza delle originarie regole della inutilizzabilità in giudizio delle precedenti dichiarazioni d'indagine si spiega fra l'altro con il fatto che si tratta di dichiarazioni raccolte da soggetti "sui quali – è bene ricordarlo – grava un dovere di correttezza e di indifferenza al risultato". A tali considerazioni fa da contraltare quella – contenuta nella sent. 407/1994 – dove con riferimento, invece, ad atti compiuti da privati si ricorda che la loro adeguata forma di "recupero" è quella della "domanda" finalizzata a evidenziare il contrasto fra dichiarazioni precedenti e dichiarazioni successive. Forma di recupero da ritenersi "adeguata" proprio perché in tali casi non si ha a che fare con dichiarazioni ricevute dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero e cristallizzate in appositi verbali. L'indifferenza rispetto al "risultato" dell'attività d'indagine svolta dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria e la sua "cristallizzazione" in verbali ne giustifica la piena utilizzabilità dibattimentale. Tale utilizzabilità non sarebbe ragionevolmente sostenibile, invece, in presenza di una documentazione non "cristallizzata" e non acquisita da soggetti "indifferenti rispetto al risultato". Per questo tipo di documentazione, il regime dell'"utilizzabilità mediante domanda" appare invece essere quello più rispondente a un equo temperamento delle necessità e degli interessi in gioco (10).

La "ontologica" diversità dell'atto compiuto dal P.M. o dal difensore (es. assunzione di dichiarazioni da persona informata sui fatti) non può non avere una "ricaduta" sul regime di utilizzabilità.

3. La tutela dall'inquinamento.

a) La persona informata sui fatti (art. 362 c.p.p.), ha l'obbligo di dire la verità quando il pubblico ministero assume le sue dichiarazioni sulle circostanze utili ai fini delle indagini.

Tanto si desume, con sicurezza, dal rinvio contenuto nell'art. 362 a varie disposizioni del codice e, fra queste – in virtù dell'art. 5 d.l. 8 giugno 1992 n. 306, conv., con mod., in l. 7 agosto 1992 n. 356 – all'art. 198 c.p.p. che fra i vari obblighi del testimone, enuncia appunto quello "di rispondere secondo verità alle domande che gli sono rivolte".

Era dunque logico che la l. 356/92 prevedesse – nell'art. 11, ove sono contenute tutte le modifiche all'originario impianto del codice penale in tema di tutela penale dell'amministrazione della giustizia – anche, nel secondo comma, il delitto di "False informazioni al pubblico ministero", rubricato sotto l'art. 371-*bis* (11). Una simile scelta, era poi suggerita, almeno mi pare, dalla circostanza che, a seguito della sentenza 3 giugno 1992 n. 255 della Corte Costituzionale, la medesima legge aveva sostituito, con l'art. 7, l'art. 500 c.p.p. attribuendo valore di prova, sia pur condizionatamente, alle dichiarazioni rese nella fase delle indagini preliminari.

Né poteva ritenersi estranea alla previsione del delitto la volontà di lanciare una sorta di “messaggio culturale”, in particolare ai gruppi di criminalità organizzata, diretta a contrastare l’omertà che essi sovente impongono ai cittadini: insomma anche la falsità detta al pubblico ministero, come quella affermata innanzi ad un qualunque pubblico ufficiale (v. ad es., l’art. 483 c.p.) non doveva rimanere priva di sanzione. Né la precedente lacuna – attesa l’inapplicabilità dell’art. 372 c.p. per il riferimento in esso contenuto al “testimone” – avrebbe potuto esser colmata con il ricorso al delitto di favoreggiamento personale (art. 378 c.p.), pena l’abnorme espansione della fattispecie fondata, del resto, su elementi costitutivi diversi.

Orbene, tutto questo complesso di ragioni era stato cancellato dal Comitato ristretto della Commissione Giustizia della Camera dei Deputati che con l’art. 22 del testo unificato (che poi avrebbe condotto all’approvazione della l. 8 agosto 1995, n. 332) aveva stabilito che “L’articolo 371-*bis* del codice penale è abrogato”.

A fronte delle critiche mosse a tale impostazione, si rispondeva, anche questa volta, con uno *slogan* e cioè che il pubblico ministero poteva intimidire il “testimone” forzandolo ad aderire alle tesi dell’accusa sotto minaccia di arresto, anche immediato, per il delitto di false informazioni. In tal modo, però, da un lato si trascurava che la fattispecie prevista dall’art. 37-*bis* c.p. è correlata anche alle dichiarazioni false o reticenti a danno dell’indagato come si desume non solo dall’art. 375 c.p., ma anche dalle regole dettate, per il pubblico ministero, dall’art. 358 c.p.p.; dall’altro si dimenticava che, ormai da tempo, sia la giurisprudenza che la dottrina concordavano nel ritenere che il potere d’arresto non spettava al pubblico ministero, né alla polizia giudiziaria, né di propria iniziativa, né su delega dello stesso pubblico ministero (12).

In conseguenza delle critiche mosse alla scelta di abrogare l’art. 371-*bis* c.p., con l’art. 25 della legge – che ha inciso su tale disposizione ed al quale si correlano, come vedremo, gli artt. 26 e 28 comma 1° della medesima fonte – si è dato vita, ma sempre nell’ottica di un ridimensionamento dei poteri del pubblico ministero e di un conseguente depotenziamento dell’indagine, ad una norma che a taluno è invece apparsa come “frutto di una attenta mediazione”: ed infatti da un lato “la discussa fattispecie resta in vita, ma gli effetti che ne derivano restano, almeno, in parte e per un certo tempo, per così dire sterilizzati” (13). Come dire che resta il “messaggio”, ma sostanzialmente privo di conseguenze poiché, come vedremo analizzando il meccanismo processuale creato, ben difficilmente qualcuno potrà ormai esser punito per aver detto il falso al pubblico ministero.

La prima osservazione da fare è che l’art. 25 comma 1° della legge riduce la pena per il delitto di false informazioni “da uno a cinque anni” a quella “fino a quattro anni” di reclusione, con il conseguente *spostamento di competenza* dal tribunale al pretore: e poiché, normalmente, il delitto vien commesso nell’ambito di indagini concernenti i più gravi reati, si avrà l’ulteriore effetto che a svolgere l’investigazione sarà normalmente legittimato un pubblico ministero diverso da quello del procedimento principale. Ciò determinerà anche la necessità di un massiccio trasferimento di copie di atti dal secondo al primo affinché questi possa compiutamente valutare, nel contesto di tutto il procedimento principale, la eventuale falsità delle informazioni rese dalla persona informata sui fatti. La competenza del tribunale permarrà, tuttavia, quando il delitto risulti aggravato *ex art. 375 c.p.*, ma poiché le “circostanze aggravanti” sono collegate all’evento che dal fatto derivi la condanna a determinate pene, potrà accadere che il pubblico ministero presso la pretura, al quale gli atti devono esser trasmessi da quello presso il tribunale non appena si configuri la *notitia criminis*, debba a sua volta ritrasmettere “le carte” al primo al verificarsi degli eventi indicati dall’art. 375 c.p.. Come si vede, la previsione di una effettiva persecuzione del delitto diviene oltremodo aleatoria (14).

Né basta poiché, come già si è notato, gli effetti della fattispecie incriminatrice restano, per un certo tempo, “sterilizzati”. Dispone infatti il comma 2° dell’art. 25 della legge, che mediante la formulazione di un ulteriore comma dell’art. 371-*bis* c.p. introduce una previsione – che più opportunamente poteva esser inserita fra quelle processuali – che “... il procedimento penale... resta sospeso fino a quando nel procedimento nel corso del quale sono state assunte le informazioni sia stata pronunciata sentenza di primo grado ovvero il procedimento sia stato anteriormente definito con archiviazione o con sentenza di non doversi procedere”.

La sospensione de qua – l’istituto rinviene i suoi unici precedenti negli artt. 41 (Decisione sulla dichiarazione di ricusazione) e 71 c.p.p. (Sospensione del procedimento per incapacità dell’imputato – impedisce, anzitutto, il compimento degli atti di indagine “necessari ad assicurare le fonti di prova”, così come l’assunzione delle “prove previste dall’art. 390” poiché tali atti, come recita anche la rubrica dell’art. 346 c.p.p., possono esser compiuti solo “in mancanza di una condizione di procedibilità”).

Inoltre se è pur vero che nei casi di sospensione considerati dagli artt. 41 e 71 c.p.p. possono compiersi rispettivamente, gli “atti urgenti” (comma 2°) e “a richiesta del difensore, le prove che possono condurre al proscioglimento dell’imputato e, quando vi è pericolo nel ritardo, ogni altra prova richiesta dalle parti” (comma 4°, in relazione al comma 2° dell’art. 70 c.p.p.), la mancata previsione di tali possibilità all’operare della sospensione in discorso, esclude in radice la praticabilità della attività consentita per gli altri casi di sospensione.

Questa, apre il comma 2° dell’art. 25 della legge, non opera “nel caso di rifiuto di informazioni...” restando in tale ipotesi ferma l’immediata procedibilità.

Tuttavia, come è stato ampiamente dimostrato (15), il caso non ha nulla a che vedere con l’ipotesi delittuosa di false informazioni, per la quale, dunque, scatta sempre la sospensione del procedimento, ma con quella prevista dall’art. 366 (Rifiuto di uffici legalmente dovuti) comma 2° c.p. per la quale, attesa la pena comminata, non è consentito non solo l’arresto in flagranza, ma neppure l’adozione di alcuna misura cautelare.

È infine da segnalare che la sospensione del procedimento produce un ulteriore effetto negativo rispetto al delitto di falsa testimonianza (art. 372 c.p.).

Se è vero, infatti, che in questo caso il giudice ne informa il pubblico ministero trasmettendogli i relativi atti con la decisione che definisce la fase processuale in cui il testimone ha prestato il suo ufficio (art. 207 comma 2° c.p.p.) non si dubita, tuttavia, che ciò non vale, comunque, ad evitare l’iniziativa autonoma del pubblico ministero – contro il teste sospettato di falsità o di reticenza – anche prima del termine della fase in cui la deposizione è stata resa (16).

Tale autonomo potere del pubblico ministero non può invece esplicarsi prima del verificarsi degli eventi che determinano il venir meno della sospensione del procedimento per il delitto di false informazioni.

Con l’art. 26 della legge – che aggiunge il comma 4°-*bis* all’art. 381 c.p.p. – è poi vietato l’arresto in flagranza “della persona richiesta di fornire informazioni dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero per reati concernenti il contenuto delle informazioni o il rifiuto di fornirle”. La disposizione ha un contenuto puramente “declamatorio”, attese le conclusioni cui eran già pervenute dottrina e giurisprudenza, per quanto concerne il delitto di false informazioni ed anche per il rifiuto di fornire informazioni al pubblico ministero, attese le pene previste per il delitto di rifiuto di uffici legalmente dovuti.

Una “nuova” portata ha invece la norma, che si riferisce anche alle informazioni rese alla polizia giudiziaria (art. 351 c.p.p.), per i delitti di calunnia e favoreggiamento personale per i quali, anche in caso di flagranza, è dunque vietato l’arresto.

Tale divieto non opera, evidentemente, per i reati che non concernono il “contenuto delle informazioni”, come quelli semplicemente occasionati dal compimento dell’atto: si pensi alla violenza, minaccia o resistenza a pubblico ufficiale (artt. 336 e 337 c.p.).

Per i reati di calunnia e favoreggiamento rimane naturalmente possibile, in ogni momento, il ricorso alle misure cautelari, mentre per quello di false informazioni esso dovrà esser rinviato alla cessazione della sospensione del relativo procedimento penale.

Poiché, tuttavia, già all'emergere della *notitia* del delitto *ex art. 371-bis c.p.* dovrà essere instaurato il relativo procedimento, con la conseguente iscrizione nel registro delle notizie di reato anche se esso rimarrà subito paralizzato per effetto della sospensione *ex lege* prevista, la persona indagata potrà esser sentita nel corso delle successive indagini o del dibattimento, solo con le forme previste, rispettivamente, dagli artt. 363 o 503 e 513 comma 2° c.p.p. (17).

L'art. 28 comma 1 della legge detta, infine, *una disposizione transitoria* che opera sotto due diversi profili. Da un lato, infatti si prevede che la sospensione del procedimento penale per il delitto di false informazioni non si applica relativamente ai procedimenti nei quali, alla data di entrata in vigore della legge, sia stata già esercitata l'azione penale ai sensi dell'art. 405 c.p.p. e dall'altro si stabilisce che in tali casi resta ferma la competenza del Tribunale.

Da ciò deriva, per converso, che i procedimenti pendenti, nella fase delle indagini preliminari, innanzi alla procura della Repubblica presso il tribunale, dovranno esser trasmessi, "per competenza per materia", all'ufficio di procura presso la pretura.

b) La sostituzione dell'originario art. 500 c.p.p., mediante l'art. 7 d.l. 306/92, a sua volta introdotto *ex novo* dalla legge di conversione (356/92), con la conseguente utilizzazione, piena, per effetto delle contestazioni, di atti compiuti durante la fase delle indagini preliminari ha "depotenziato" come è noto, il ricorso all'istituto dell'**incidente probatorio** che, nelle ipotesi previste dalla lett. b) e, nella parte in cui la richiamano, dalle lett. c) d) e) dell'art. 392 c.p.p., mira ad evitare l'inquinamento della prova, ponendo la persona esaminata al riparo da minacce, violenze o lusinghe prospettabili in vista della celebrazione del dibattimento.

c) Alla tutela dell'inquinamento è anche volta l'**esigenza cautelare probatoria** prevista dall'art. 294 comma 1° lett. a) c.p.p., ora ridisegnata, dall'art. 3 della legge 332/1995, nei seguenti termini: "Quando sussistono specifiche ed inderogabili esigenze attinenti alle indagini relative ai fatti per i quali si procede, in relazione a situazioni di concreto ed attuale pericolo per l'acquisizione o la genuinità delle prove, fondate su circostanze di fatto indicate nel provvedimento a pena di nullità rilevabile anche d'ufficio. Le situazioni di concreto ed attuale pericolo non possono essere individuate nel rifiuto della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato di rendere dichiarazioni né nella mancata ammissione degli addebiti".

È subito da notare che l'ultimo inciso, anche male apposto in chiusura della lett. a) poiché ciò potrebbe, erroneamente, far pensare che la sua valenza operi solo in ordine all'esigenza cautelare in quella lettera descritta, è disposizione puramente "declamatoria" poiché nessuno dubitava, anche prima della sua introduzione, che il principio da essa proclamato avesse vigenza nell'ordinamento processuale.

Per quanto concerne, poi i "significati innovativi" introdotti nella lett. a) è da notare, anzitutto, che non appare chiara l'utilità della speciale sanzione di nullità "relativa" rilevabile anche di ufficio, poiché la sanzione della nullità era già prevista, in termini sovrapponibili dall'art. 292 comma 2° c.p.p.; così come la previsione della rilevanza di ufficio appare priva di significato attesa la normativa che disciplina le censure (fra cui quella del difetto di motivazione) deducibili in sede di giudizio di cassazione ed i poteri decisori del Tribunale della libertà.

Va poi considerato che ben difficilmente potrà darsi un pericolo concreto che non sia anche attuale e che il richiamo alle "circostanze di fatto" costituiva già un principio consolidato in giurisprudenza.

Come è stato acutamente osservato (18) le altre modifiche apportate sembrano dirette ad impedire che il richiamo all'esigenza probatoria possa essere utilizzato per ricercare le prove e non per preservare quelle acquisite.

In tale direzione si muovono infatti le previsioni che:

– salve talune eccezioni, limitano a soli 30 gg., prorogabili fino a 90, il termine massimo di custodia in carcere disposto per esigenze probatorie (art. 301 c.p.p.);

– prescrivono la rilevanza delle esigenze probatorie alle sole “indagini sui fatti per i quali si procede”, escludendo così che la misura possa essere strumentalmente utilizzata con riferimento al pericolo di inquinamento di fatti diversi anche se soggettivamente od oggettivamente collegati con quello oggetto di indagine;

– prevedono non solo la inderogabilità, ma anche la specificità delle esigenze di indagine, il che implica che il P.M. (e di riflesso il giudice) già sappia, sia quali sono le prove da acquisire, sia che vi sono elementi tali da ritenere che l’indagato, se non sottoposto a misura cautelare, si adopererebbe per interferire sull’attività di acquisizione.

4. La segretezza delle indagini.

La segretezza delle indagini presenta un’immediata correlazione con la loro efficacia, nel senso che essa offre al pubblico ministero maggiori possibilità di agire “al coperto” sfruttando la riservatezza per una più ampia acquisizione delle fonti di prova.

Ciò è tanto vero che fu segnalata come indice di rafforzamento dell’attività investigativa, la diversa disciplina dettata dal nuovo codice, rispetto a quello precedente, circa l’informazione di garanzia, da inviarsi non più “sin dal primo atto di istruzione” (art. 304 c.p.p. 1930) ma “**Sin dal compimento** del primo atto al quale il difensore ha diritto di assistere” o “**Solo quando deve compiere** un atto al quale il difensore ha diritto di assistere”, secondo l’originaria versione – o quella rivista dalla l. 332/1995 – dell’art. 369 c.p.p. 1988.

Diversa disciplina, questa, correlata alla generale non-efficacia probatorio degli atti di investigazione secondo il disegno del legislatore del 1988, disegno che, come si è accennato, ha subito talune modificazioni nel corso del tempo.

La novella dell’agosto 1995 potrà produrre, in più di un caso, un *vulnus* alla segretezza dell’indagine e, conseguentemente, alla sua tempestività ed efficacia.

Si consideri, ad esempio, il comma 1° dell’art. 291 c.p.p., come modificato dall’art. 8 della legge, secondo il quale il pubblico ministero, nel richiedere una misura cautelare, deve presentare al giudice non solo gli elementi sui quali la richiesta si fonda, ma anche “tutti gli elementi a favore dell’imputato...”; si consideri, ancora, che per elemento a favore può intendersi non solo quello che rileva ai fini di valutare la gravità degli indizi e di qualificare esattamente il fatto, ma anche quello che può indurre il giudice a non disporre la misura richiesta o a disporre una di tipo meno grave e che sovente la qualità di elemento a favore discende dall’inserimento del dato in tutto il contesto investigativo e si avrà allora, pur nell’apprezzamento del contenuto garantistico della disposizione, la misura della difficoltà, per il pubblico ministero, di selezionare gli elementi.

È dunque ben prevedibile che la nuova norma produrrà l’effetto pratico della trasmissione al giudice dell’intero fascicolo delle indagini (19) od il rinvio delle richieste di misure cautelari al momento conclusivo delle indagini, trascurandosi però, in tal modo, le esigenze cautelari che possano nel frattempo manifestarsi.

Non è, peraltro, a questo tema che qui si intende dedicare qualche osservazione, quanto, piuttosto, a quello posto dai commi 3° e 3°-bis c.p.p., il primo sostituito ed il secondo introdotto dal comma 1° dell’art. 18 della legge il cui secondo comma inserisce, fra le disposizioni di attuazione, l’art. 110-bis titolato “Richiesta di comunicazione delle iscrizioni”.

In base alle regole precedenti – ed anche a quelle attuali, che non hanno inciso sugli altri commi dell’art. 335 c.p.p. – quando l’informativa trasmessa dalla polizia giudiziaria possiede le caratteristiche della notizia di reato, il pubblico ministero provvede ad iscriverla immediatamente nell’apposito registro (cfr. anche art. 109 disp. att.), curando poi l’aggiornamento delle iscrizioni ove muti la qualificazione giuridica del fatto o questo risulti diversamente circostanziato.

In precedenza, peraltro, il contenuto delle iscrizioni nel registro non poteva essere comunicato fino a quando la persona alla quale il reato era attribuito non avesse assunto la qualità di imputato.

Il principio aveva il duplice fine di evitare all'indagato di subire pregiudizi da una condizione "procedimentale" che avrebbe potuto essere definita anche con un'archiviazione e di impedire che, attraverso i dati del registro, terzi o lo stesso indagato potessero venire ad indebita conoscenza della pendenza delle indagini con eventuali rischi per l'efficacia di queste. La soluzione adottata comportava che né l'indagato, né la persona offesa potessero ottenere il rilascio delle certificazioni sul carico pendente finché, sul fatto in questione, fossero in corso indagini preliminari. Solo quando fosse stata esercitata l'azione penale, gli interessati avrebbero potuto ottenere la predetta certificazione.

Il principio secondo il quale le iscrizioni nel registro delle notizie di reato non potevano essere comunicate fino al momento in cui non fosse stata esercitata l'azione penale, subiva, già in precedenza, alcune deroghe ispirate, per lo più, a principi di cooperazione istituzionale ovvero collegate alle stesse esigenze del procedimento.

Rientrano fra le deroghe ispirate ai principi di *cooperazione istituzionale*, in specie, quelle previste:

a) dalle disposizioni che consentono ad Autorità amministrative di ottenere copie di atti processuali e di accedere al registro delle notizie di reato per l'espletamento di compiti di prevenzione (20) nonché, in particolare, l'art. 118 c.p.p. che riguarda il diritto del Ministro dell'Interno, direttamente o a mezzo di ufficiali di polizia giudiziaria o di personale della D.I.A., ad ottenere comunicazioni sui fatti per i quali si procede ai fini della prevenzione di reati particolarmente gravi;

b) dalla disposizione (art. 129 disp. att.) che impone l'obbligo di informativa da parte del pubblico ministero all'Autorità dalla quale dipende l'ufficiale o agente di polizia giudiziaria, sia quando è intervenuto l'esercizio dell'azione penale a carico di quest'ultimo sia quando, pur non essendo state chiuse le indagini preliminari, sono state adottate nei confronti del medesimo soggetto misure precautelari (arresto in flagranza o fermo) o la misura della custodia cautelare in carcere (o una misura equiparata: arresti domiciliari; custodia cautelare in casa di cura). Quando si tratta di personale dipendente dai servizi per le informazioni e la sicurezza militare o democratica, il pubblico ministero dà comunicazione sia all'autorità da cui il soggetto dipende sia al comitato parlamentare per i servizi di informazioni e sicurezza e per il segreto di Stato.

La disposizione è dettata per qualsiasi impiegato dello Stato o di altro ente pubblico.

Rientrano fra le deroghe collegate alle *esigenze del procedimento* quelle concernenti la polizia giudiziaria e lo stesso imputato (o la persona offesa).

Quanto alla polizia giudiziaria, deve ritenersi che il pubblico ministero possa in ogni momento consentire ad essa l'accesso al registro delle notizie di reato ai fini dell'espletamento delle relative funzioni (restando altrimenti irragionevolmente ostacolata l'attività di indagine, specie nelle ipotesi di indagini collegate: art. 371 c.p.p.).

Quanto all'imputato, alla persona offesa e ai rispettivi difensori, la ragione del divieto di comunicazione delle iscrizioni prevista in via generale dall'art. 335 comma 3° c.p.p., doveva ritenersi venuta meno, anche in base al precedente regime, una volta che essi avevano avuto altrimenti "legittima" e "formale" conoscenza delle indagini pendenti (come accade nel caso in cui sia stata effettuata una perquisizione, sia stata inviata l'informazione di garanzia, si sia proceduto all'interrogatorio, sia stata notificata la richiesta di proroga delle indagini...).

In queste ipotesi, al fine di consentire l'esercizio del diritto di "difendersi provando", la segreteria del pubblico ministero avrebbe, quindi, potuto comunicare, previa autorizzazione del Procuratore della Repubblica, il nominativo del magistrato designato per le indagini e il numero di iscrizione nel registro delle notizie di reato restando invece preclusa qualsiasi altra comunicazione (quale, ad esempio, quella attinente al titolo del reato per cui si procede o al nome di "coindagati"...) (21).

Una deroga specifica è poi prevista per l'ipotesi di incidente stradale a seguito del quale una o più persone hanno riportato lesioni o la morte (art.11 comma 4° Codice della strada – d. lgs. 30 aprile 1992, n. 285 – e art. 21 commi 3°-6° Reg. esec. – d.p.r. 16 dicembre 1992, n. 495).

In tal caso, anche prima che venga esercitata l'azione penale per il reato di omicidio colposo (art. 589 c.p.) o di lesioni colpose (art. 590 c.p.), gli interessati (possibile imputato, persone offese, danneggiati...) possono ottenere (previo pagamento delle eventuali spese), dall'autorità di polizia che ha effettuato le rilevazioni, informazioni sulle modalità dell'incidente oltre che sulla individuazione (e la copertura assicurativa) delle parti e dei veicoli coinvolti.

Le informazioni sono fornite previa presentazione del nulla-osta dell'autorità giudiziaria che procede; se però si tratta di incidente che non ha cagionato la morte, ma solo lesioni personali e per queste la querela non è stata presentata, l'autorizzazione è sostituita dall'attestazione della stessa autorità giudiziaria "dell'avvenuto decorso del termine utile per la presentazione della querela".

A parte i casi ora ricordati, valeva comunque il principio generale posto dall'allora vigente ultimo comma dell'art. 335 c.p.p. che vietava la comunicazione delle iscrizioni "fino a quando la persona alla quale il reato è attribuito non abbia assunto la qualità di imputato".

Tale disposizione era stata criticata specie perché precludeva alla persona offesa di instaurare gli opportuni contatti con il pubblico ministero (artt. 90 e 394 c.p.p.) cui sono affidate le indagini, tanto che si notava che più opportunamente aveva previsto il progetto preliminare del 1978, consentendo al denunciante di assumere informazioni sull'annotazione della denuncia nel registro delle notizie di reato (art. 346) (22).

Il principio introdotto dall'art. 18 della legge, va, peraltro, ben oltre quanto auspicato dalla dottrina appena ricordata in quanto, incidendo in modo decisivo sulla segretezza interna delle iscrizioni, stabilisce, in via generale, che le iscrizioni previste dai commi 1° e 2° dell'art. 335 c.p.p. "sono comunicate alla persona alla quale il reato è attribuito, alla persona offesa e ai rispettivi difensori, ove ne facciano richiesta".

Chiare *le finalità* della nuova disposizione: rafforzare la funzione difensiva durante la fase investigativa – al che provvedono, oltre al già ricordato comma 1° dell'art. 291 c.p.p., la lett. *c-bis* del comma 2° dell'art. 292 c.p.p. e soprattutto il riformato art. 38 disp. att. – e consentire, inoltre, un controllo sui tempi di svolgimento delle indagini preliminari.

È stato peraltro notato che la necessità della richiesta che non sempre può essere mirata ad un ufficio di procura, il che costringe l'indagato e l'offeso ad una ricerca "a tentoni" delle notizie, salvo a ricorrere ad una richiesta "circolare" ad ogni ufficio del pubblico ministero, attenua, in uno con le eccezioni alla comunicabilità delle iscrizioni, di cui diremo, la portata garantistica dell'istituto: un sistema più efficace sarebbe stato, invece, quello di prevedere l'invio dell'informazione di garanzia, decorso un certo termine dall'inizio delle indagini (23).

L'analisi della disposizione deve muovere dalla individuazione dei soggetti legittimati alla richiesta.

Essi sono identificati, dal testo legislativo, nella "persona alla quale il reato è attribuito", nella "persona offesa" (e dunque, *ex art.* 91 c.p.p., anche negli enti ed associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato) e nei "rispettivi difensori".

Va tuttavia notato che poiché è previsto il diritto di ricevere comunicazione anche quando nessuna iscrizione risulta dal registro delle notizie di reato (cfr. art. 110-*bis* disp. att.) i soggetti abilitati alla richiesta devono essere intesi come comprensivi del "possibile" indagato, del "possibile" offeso e dei loro rispettivi difensori. Questi ultimi, poi, dovranno documentare la loro qualità ai sensi degli artt. 96 e 97 o 101 c.p.p. a seconda che si tratti del difensore dell'indagato o della persona offesa, intesi nel senso sopra precisato.

Legittimato alla richiesta potrà essere anche il sostituto di tali difensori, nei casi ed osservando le forme regolate dall'art. 102 c.p.p..

Si pone poi il problema, rispetto al difensore – di fiducia o di ufficio – se questi abbia il potere di avanzare la richiesta per il semplice fatto dell'intervenuta nomina o se necessiti di un esplicito mandato in tal senso da parte del diretto interessato. L'art. 99 comma 1° c.p.p. estende al difensore le facoltà e i diritti che la legge riconosce all'imputato "a meno che essi siano riservati personalmente a quest'ultimo". A proposito di tale espressione è stato esattamente notato (24) che essa non deve far pensare, come a prima lettura sembrerebbe, a casi limite che siano espressamente indicati in via di eccezione, essendo al contrario possibile individuare situazioni nelle quali l'esclusiva titolarità dell'imputato è *in re ipsa*.

Orbene, poiché nel nostro caso viene in gioco il diritto alla riservatezza, potrebbe ritenersi che colui che ha affidato il mandato ad un difensore per un determinato procedimento, conservi il diritto di precludere, a tale difensore, il potere di conoscere la pendenza di altri procedimenti nei quali desideri, magari, essere assistito da altro difensore. Seguendo questa interpretazione dovrebbe quindi ritenersi necessario il conferimento di un espresso incarico al difensore perché questi possa proporre la richiesta diretta ad ottenere la comunicazione delle iscrizioni.

Il successivo punto oggetto di analisi concerne *le iscrizioni* che devono costituire *oggetto* della comunicazione.

Va anzitutto precisato che il registro dal quale trarre le iscrizioni comunicabili è quello relativo alle notizie di reato attribuite a persone identificate (mod. 21 o 22 a seconda che si tratti dell'ufficio di procura presso il tribunale o la pretura), con evidente esclusione dei registri delle notizie di reato relative ad ignoti (mod. 44), degli atti non costituenti notizie di reato (mod. 45) e degli anonimi (mod. 46) (25).

Mentre per quest'ultimo non si pone alcuna questione, per gli altri è da sottolineare che il pubblico ministero dovrà disporvi le iscrizioni solo quando ricorrano i relativi presupposti di legge evitando, ovviamente, di utilizzarli per precludere o ritardare l'esercizio del diritto all'informazione che discende dalla iscrizione nel registro relativo alle persone note.

Un tale comportamento, oltre a costituire violazione dell'"Obbligo di osservanza delle norme processuali" imposto dall'art. 124 c.p.p., con possibili ricadute sulla responsabilità disciplinare, potrebbe tradursi in indebiti e sanzionabili violazioni del diritto di difesa nel suo particolare profilo del «difendersi provando».

Con particolare riguardo al registro degli atti non costituenti notizia di reato (mod. 45) in esso dovranno essere iscritti esclusivamente gli atti ed informative che non debbano essere iscritti nel registro delle notizie di reato relative a persone note o ignote e cioè gli atti e le informative del tutto privi di rilevanza penale e, così in via esemplificativa: gli esposti o ricorsi in materia civile o amministrativa, quelli privi di senso o di contenuto abnorme o assurdo o quelli relativi ad eventi accidentali.

È poi del pari evidente che non appena si evidenzia la notizia di reato dovrà procedersi a nuova iscrizione in uno degli altri due registri a seconda che l'indagato sia noto o ignoto.

Così, sempre in via d'esempio, la trasmissione all'ufficio di procura, da parte del tribunale, di una sentenza dichiarativa di fallimento (il che costituisce un adempimento imposto dalla legge) verrà annotata nel registro degli atti non costituenti notizia di reato, ma se dalla lettura della relazione del curatore fallimentare emerge una ipotesi di reato, dovrà esser tempestivamente disposta l'iscrizione nel registro delle notizie di reato.

Quanto *alle informazioni da comunicare*, precedute dalla formula, indicata dall'art. 110-bis disp. att. "Risultano le seguenti iscrizioni suscettibili di comunicazione" esse sono individuate, dal terzo comma dell'art. 335 c.p.p., in quelle "previste dai commi 1° e 2°".

Si tratta, dunque, delle generalità dell'indagato e dell'offeso, del fatto di reato, aggiornato quanto a qualificazione giuridica e circostanze, nonché della data di iscrizione della *notitia criminis* e di quella in cui essa è pervenuta all'ufficio, elementi (cui vanno ragionevolmente aggiunti quelli concernenti il numero d'ordine assunto nel registro dal procedimento e l'indicazione del magistrato (o dei magistrati) designati per la trattazione dell'affare (art. 70 comma 3° ord. giudiz.).

Mentre per quanto concerne l'offeso egli ha sicuramente diritto di conoscere i nomi di tutti gli indagati per il reato dal quale deriva la lesione dell'interesse del quale è titolare, potrebbe dubitarsi che lo stesso principio valga per il "richiedente indagato", attesa la natura personale, come si è sopra notato, del diritto ad ottenere notizie delle iscrizioni. Tuttavia la disparità di trattamento, con conseguente negativa ripercussione sul diritto di difesa che ciò comporterebbe, induce a propendere per l'opposta soluzione.

A fronte della richiesta dovranno esser forniti tutti i dati suscettibili di comunicazione non potendosi consentire, anche a fronte della formula legislativa indicata dall'art. 110-*bis* disp. att., una risposta parziale ed a nostro avviso quella formula postula anche che non possano essere avanzate richieste frazionate, dirette, cioè, a conoscere solo questa o quella fra le iscrizioni comunicabili (26).

I commi 3° e 3°-*bis* dell'art. 335 c.p.p. introducono *due eccezioni* al generale principio della comunicabilità delle iscrizioni, la prima collegata alla tipologia dei delitti oggetto d'indagine e la seconda alla sussistenza di specifiche esigenze attinenti all'attività investigativa.

Nel primo caso il riferimento, di natura oggettiva, è ai delitti di cui all'art. 407 comma 2° lett. *a* c.p.p. che son poi quelli, definibili di grande criminalità (27), che costituivano, tranne quello indicato al nr. 7 (delitto di cui all'art. 416 c.p. nei casi in cui è obbligatorio l'arresto in flagranza) il catalogo esposto nel terzo comma dell'art. 275 c.p.p., ora sostituito dal comma 1° dell'art. 5 della legge.

Come ben s'intende assume qui un particolare valore la concezione del pubblico ministero come "organo di giustizia", impegnato anche nell'accertamento "su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini" (art. 358 c.p.p.) al fine di una corretta qualificazione giuridica delle fattispecie, in modo da evitare, mediante l'assegnazione di impropri *nomina juris*, l'elusione del dovere di comunicazione.

Nella pratica può verificarsi che, nel medesimo procedimento, vi siano uno o più indagati per i quali valgano i divieti di comunicazione (reati oggettivamente esclusi od iscrizioni segretate) ed uno o più indagati per i quali tali divieti non operino. È da stabilire se questi ultimi abbiano o meno diritto a ricevere la comunicazione delle iscrizioni che li concernono. La soluzione positiva indicata da una dottrina (28) mi sembra possa soffrire eccezione, in virtù del principio di tutela dell'indagine ed anche considerando che i commi 3° e 3°-*bis*, nella loro letterale formulazione, paiono aver riguardo all'indagine oggettivamente considerata, nel caso in cui fra l'un reato e quelli "segretati", pur attribuiti a diversi soggetti, sussista una ipotesi di "connessione o collegamento" ai sensi degli art. 12 e 371 comma 2° lett. *b* e *c*. A non diversa conclusione sembra di dover pervenire quando la stessa persona è sottoposta ad indagini, nel medesimo procedimento, sia per un reato per il quale – *ex lege o jussu accusatoris* – è vietata la comunicazione delle iscrizioni ed altro (o altri) reato per il quale il divieto non ricorre.

Come si è già accennato, il *divieto di comunicazione* può discendere, oltre che dalla legge in base al parametro oggettivo della tipologia dei delitti per i quali si procede, anche da un decreto del pubblico ministero – da conservare fra gli atti del procedimento – motivato con riferimento alla sussistenza di "specifiche esigenze attinenti all'attività di indagine": in tale ipotesi il segreto sulle iscrizioni può essere disposto "per un periodo non superiore a tre mesi e non rinnovabile".

In questo caso, come ben s'intende, la segretazione è ricondotta all'esercizio di un potere discrezionale da parte del pubblico ministero e discrezionale non vuol certo dire arbitrario. Il decreto, cioè, deve non solo esser motivato, ma la motivazione deve puntualmente indicare le specifiche esigenze relative all'indagine che sarebbero (o potrebbero essere) frustrate ove fossero palesate le iscrizioni: è dunque necessario che dalla motivazione del provvedimento emerga il rapporto causale intercorrente fra la comunicazione delle iscrizioni ed il pregiudizio per le esigenze investigative (29).

Per quanto concerne il *termine di durata della segretezza* apposta dal pubblico ministero esso non potrà superare i tre mesi: ciò, si ritiene, anche a seguito ad una pluralità di decreti emessi dal pubblico ministero, ma ciascuno adottato prima della scadenza dell'altro (e sempre che permangano le esigenze investigative) e non già in periodi di tempo frazionati in relazione ad una pluralità di richieste avanzate dagli interessati poiché tale procedura si tradurrebbe in una chiara elusione del dettato normativo.

Quando le iscrizioni sono segretate, per legge o per decreto, o quando nessuna iscrizione esiste deve esser data comunicazione con la medesima formula, indicata dall'art. 110-*bis* disp. att. e cioè "Non risultano iscrizioni suscettibili di comunicazione". Formula ambigua, come si vede, ed in grado di allarmare un indagato avvertito e che si è preferita a quella "Nulla" proposta nel testo unificato elaborato dal Comitato ristretto della Commissione Giustizia della Camera dei Deputati.

A nostro parere la medesima formula negativa dovrà esser utilizzata quando nel procedimento sia intervenuta l'archiviazione poiché, a quel punto, nessuna indagine è in corso ed anche quando sia stata esercitata l'azione penale poiché, allora, supplirà il certificato c.d. dei carichi pendenti (art. 110 comma 2° lett. c disp. att.).

Per quanto concerne il *termine* entro il quale va data la comunicazione, con l'una o l'altra delle formule indicate nella disposizione di attuazione, nulla dice la legge (30), così come è muto, in proposito, l'art. 367 c.p.p. che facoltizza i difensori nel corso delle indagini preliminari a presentare memorie e richieste scritte al pubblico ministero. È dunque da ritenere, date anche le finalità cui la notizia delle iscrizioni assolve, che essa debba essere data senza ritardo, salvo che si voglia mutuare il termine massimo di quindici o sette giorni rispettivamente dal comma 2° dell'art. 121 c.p.p. che così lo individua per i provvedimenti che il giudice deve adottare sulle richieste ritualmente formulategli o dall'art. 27 R.D. 9 febbraio 1896, n. 25 che provvede in tema di rilascio di copie di atti.

Appare utile sottolineare l'opportunità, già da qualche ufficio di procura praticata, della istituzione di un apposito registro – *ex* art. 2 comma 1° d.m. 30 settembre 1989, n. 334 – nel quale annotare l'*iter* del procedimento relativo alla richiesta di comunicazione delle iscrizioni e quindi: numero d'ordine della richiesta, data del suo deposito, numero del procedimento (ove sia pendente) cui essa si riferisce, generalità e qualità del richiedente, data dell'inoltro della richiesta dalla segreteria che la riceve al pubblico ministero, data della restituzione alla segreteria, annotazione dell'eventuale provvedimento di segretezza e della data della comunicazione delle iscrizioni con menzione della formula adottata.

5. La protezione dei collaboranti.

Nel nostro ordinamento vigono, ormai da qualche tempo, disposizioni che mirano a contrastare il crimine organizzato sotto una molteplicità di aspetti, agendo sui vari momenti del suo manifestarsi e privilegiando, di volta in volta ed a seconda dei casi il versante della prevenzione, ovvero quelli del trattamento sanzionatorio, processuale e penitenziario.

Si tratta di disposizioni tra loro strettamente connesse e meritevoli di una lettura unitaria. Esse disegnano, infatti, un sistema composito nel quale l'una disposizione trascina l'altra e nel quale la modifica di una norma può produrre effetti impensabili sulla operatività di altre norme apparentemente incidenti su versanti completamente diversi.

È il caso, tanto per fare un esempio, della norma che prevede un trattamento penitenziario "premiante" per i boss mafiosi che collaborano con la giustizia e la cui "produttività investigativa" dipende anche dalla modalità di applicazione della opposta norma che stabilisce un trattamento penitenziario di assoluto rigore per i boss mafiosi che rifiutano la "collaborazione", mantenendo un atteggiamento processuale di totale "chiusura".

Se si prescinde da occasionali interventi premiali previsti per gli autori “dissociati” dei sequestri di persona a scopo di estorsione (art. 630 commi 4° e 5° c.p. introdotti dalla l. 30 dicembre 1980, n. 894) e dei delitti in tema di sostanze stupefacenti (v. artt. 73 e 74 d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309 aggiunti dall’art. 14 l. 26 giugno 1990, n. 162), fu però solo alla fine del 1990 che maturò definitivamente la scelta di prevedere anche per i delitti di mafia specifiche aggravanti ed attenuanti, oltretutto un complesso di altri benefici e misure di protezione o assistenza a favore di chi decide di collaborare con gli organi di giustizia (v. artt. 7 e 8 d.l. 13 maggio 1991, n. 152; artt. 9-16 d.l. 15 gennaio 1991, n. 8; d. lgs. 29 marzo 1993 e d.m. 24 novembre 1994, n. 687).

L’importanza della scelta allora effettuata (e successivamente affinata mediante il ricorso ad articolati meccanismi di controllo e protezione) impone un pur minimo approfondimento espositivo. Il sistema premiale vigente in Italia è applicabile a tutti i collaboratori in materia di criminalità organizzata e si articola lungo più direttive tutte, fra loro strettamente connesse ed evidenzianti, fra l’altro, proprio quella interdipendenza normativa alla quale si è accennato all’inizio dello scritto.

Può brevemente ricordarsi che:

a) Il sistema prevede la concessione di speciali attenuanti a favore di chi, dissociatosi dal gruppo criminale, fornisce contributi informativi sulla sua struttura e sui fatti addebitabili ai suoi componenti (v. art. 8 d.l. 13 maggio 1991, n. 152).

b) I collaboratori e i loro familiari possono fruire di misure e programmi di protezione (artt. 9-16 d.l. 15 gennaio 1991, n. 8) alla cui applicazione provvedono appositi organismi fra i quali vanno specificamente menzionati la Commissione centrale (presieduta da un Sottosegretario di Stato e composta da due magistrati e cinque funzionari od ufficiali particolarmente esperti nelle indagini e nei processi per fatti di criminalità organizzata) e il Servizio centrale di protezione (istituito nell’ambito del Dipartimento della Pubblica Sicurezza).

c) La definizione dei programmi di protezione è preceduta dall’intervento del Procuratore della Repubblica cui spetta, in particolare, riferire sulla importanza che il contributo offerto dal “pentito” ha assunto per lo sviluppo delle indagini o per il giudizio penale.

d) I programmi di protezione (definiti con specifici “capitolati”) possono stabilire, oltre ad aiuti economici, il cambiamento delle generalità (d. lgs. 29 marzo 1993, n. 119), il trasferimento in luoghi protetti e qualsiasi altra misura anche in deroga alle vigenti disposizioni in materia penitenziaria.

e) I collaboratori possono fruire di benefici penitenziari (permessi premio, assegnazione al lavoro all’esterno, liberazione anticipata, liberazione condizionale, detenzione domiciliare, semilibertà, affidamento in prova al servizio sociale...) in deroga a qualsiasi limite anche temporale per essi ordinariamente fissato (v. spec. artt. 4-*bis*, 58-*ter* e 58-*quater*, l. 26 luglio 1975, n. 354 come modif. dagli artt. 14 e 15 d.l. 8 giugno 1992, n. 306).

f) I collaboratori detenuti possono essere custoditi in luoghi diversi da quelli penitenziari (artt. 13 e 13-*bis* d.l. 8 gennaio 1991) quando ricorrono motivi di sicurezza e per il tempo necessario alla definizione del programma di protezione.

g) È prevista la possibilità di colloqui investigativi finalizzati a sollecitare la collaborazione processuale in ordine alla prevenzione e repressione di delitti di criminalità organizzata (art. 18-*bis* legge 354/1975).

h) Il collaboratore protetto può essere esaminato nel dibattimento con apposite cautele volte alla tutela del collaboratore medesimo ovvero, quando è possibile, mediante il ricorso a strumenti tecnici idonei a consentire il collegamento audiovisivo (c.d. esame a distanza: art. 147-*bis* att. c.p.p.).

Poiché il tema dei “collaboratori di giustizia” è stato affrontato, nei suoi diversi profili, in altri Convegni di Studio opportunamente promossi dal C.S.M., ritengo utile richiamare, sul tema, taluni principi affermati dalla Corte Costituzionale in una recente sentenza (n. 420 del 1995) pronunciata nel giudizio promosso con ricorso del procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Napoli per conflitto di attribuzione sorto a seguito del decreto del Ministro dell’Interno, emanato di concerto con il Ministro di Grazia e Giustizia, n. 687 del 24 novembre 1994 (Regolamento recante norme dirette ad individuare i criteri di formulazione del programma di protezione di coloro che collaborano con la giustizia e le relative modalità di attuazione).

Quanto al contenuto della decisione è da rilevare che la Corte ha affermato che non vi è l’obbligo, per il Procuratore della Repubblica, di redigere la c.d. “dichiarazione di intenti” anche qualora ritenga, *in base a propria motivata valutazione, che ciò possa recare pregiudizio per lo sviluppo delle indagini*: prevedere l’obbligo di redigere, anche in tali ipotesi, la “dichiarazione d’intenti” si porrebbe in contrasto con l’art. 112 Cost. poiché si inciderebbe direttamente sull’attività di conduzione delle indagini, la cui strategia, ai fini del più proficuo svolgimento delle indagini medesime in relazione ai singoli procedimenti, va lasciata – nei limiti, ovviamente, previsti dall’ordinamento – alla libera valutazione del procuratore della Repubblica.

Merita, peraltro, richiamare alcune proposizioni contenute nella motivazione della decisione che valgono a chiarire la portata delle misure protettive nei confronti dei collaboratori.

Afferma così la Corte, dopo aver passato in rassegna le varie disposizioni dettate dal d.l. 15 gennaio 1991 n. 8, conv. in l. 15 marzo 1991 n. 82, che “il legislatore ha inteso affidare ad un organo collegiale centralizzato (la Commissione Centrale *ex art. 10 della legge*) il *processo decisionale di ammissione ai programmi di protezione*, sia allo scopo di *sottrarre* agli organi giudiziari compiti estranei alle loro funzioni, dei quali di fatto si erano assunti l’onere, sia evidentemente – e soprattutto – al fine di *assicurare omogeneità* di criteri ed uniformità di trattamento su tutto il territorio nazionale in ordine all’ammissione e alla determinazione dei contenuti dei programmi medesimi, *tenendo anche conto delle risorse disponibili* in rapporto all’elevato onore di mezzi e di spese che solitamente tali misure comportano.

Per l’esercizio del proprio potere decisionale, *spetta alla commissione centrale la funzione essenziale di stabilire*, con discrezionale valutazione, *l’entità del pericolo* cui il soggetto è esposto – *commisurata* ai vari elementi previsti dalla legge e *soprattutto all’importanza, allo “spessore” della “collaborazione”* – il cui apprezzamento è determinante ai fini dell’ammissione al programma e della sua individualizzazione, chiaramente prescritta dalla legge e funzionale alla migliore efficacia della protezione.

Ciò posto, non c’è dubbio che la creazione di detto organismo sia diretta a soddisfare esigenze di razionalizzazione largamente avvertite e rispondenti, sotto alcuni aspetti, anche ad *interessi generali di rilievo costituzionale*.

Ne deriva che i rapporti tra la commissione centrale e le autorità giudiziarie devono essere inseriti e devono quindi svolgersi, in linea generale, in un quadro di *cooperazione istituzionale*, allo scopo comune di una più razionale protezione dei collaboratori di giustizia e, quindi, in definitiva, di una più efficace azione contro le organizzazioni criminali”.

Ed ancora: “Come si è detto sopra, la commissione è chiamata a valutare congiuntamente tutti gli elementi ad essa forniti dall’autorità giudiziaria attraverso la propria motivata proposta onde giungere ad un giudizio complessivo – *di sua esclusiva pertinenza* – in ordine al livello di rischio cui il soggetto deve ritenersi esposto, da cui dipende, poi, la decisione circa l’ammissione o meno al programma speciale di protezione (e, in caso positivo, la determinazione dei contenuti e della durata del programma stesso): che ai fini dell’assolvimento della propria funzione istituzionale la commissione – sulla base della motivazione del procuratore della Repubblica – si formi un convincimento anche in merito al grado di importanza da attribuire alla collaborazione, da un lato appare pienamente coerente con i poteri decisionali ad essa spettanti (e, per così dire, inevitabile), dall’altro non determina alcuna interferenza sull’esercizio dell’azione penale”.

(1) La D.I.A. è stata costituita con d.l. 25 ottobre 1991 n. 345, convertito, con modificazioni, dalla l. 30 dicembre 1991 n. 410, che assegna anche ai Servizi di sicurezza (SISDE-SISMI) il compito di “svolgere attività informativa e di sicurezza da ogni pericolo o forma di eversione dei gruppi criminali organizzati che minacciano le istituzioni e lo sviluppo della civile convivenza” (art. 2).

(2) La contestazione – cfr. il comma 2°-bis del novellato art. 500 c.p.p. – può avvenire anche quando il teste rifiuta o comunque omette, in tutto o in parte, di rispondere sulle circostanze riferite nelle precedenti dichiarazioni: il principio rileva per il fatto che l’effettuazione della contestazione è il tramite necessario per l’acquisizione delle dichiarazioni nel fascicolo per il dibattimento e per la loro valutazione come prova, effetti che sarebbero frustrati da un comportamento “ostruzionistico” del teste.

(3) Sul punto cfr. anche NAPPI, “Guida al Nuovo Codice di Procedura Penale”, p. 79 s. e D’AMBROSIO-VIGNA, “La pratica di polizia giudiziaria”, p. 190 s., ove si esemplifica, con riferimento alla situazione indicata nel testo, il caso di un dibattimento per omicidio “mafioso” nel corso del quale l’unico testimone, posto a confronto con l’imputato, dichiara di non ricordare nulla dell’accaduto ovvero tiene condotte artificiali (contraddicendosi, omettendo o distorcendo particolari già riferiti...) ovvero, ancora, fornisce una versione difforme dalle precedenti, ma risulta, da alcune intercettazioni “ambientali”, che gli è stato promesso denaro per ottenere la ritrattazione.

(4) Sostituito dall’art. 8 comma 1° del decreto legge n. 306 del 1992.

(5) Rileva, e la notazione appare condivisibile, NAPPI, *op cit.*, p. 82, che anche all’esame delle parti deve ritenersi analogicamente applicabile l’art. 500 comma 2°-bis c.p.p., “perché il rifiuto o l’omissione della risposta, da parte di chi abbia accettato di sottoporsi all’esame, rappresenta una modalità della deposizione, che rivela di per sé un contrasto con la dichiarazione predibattimentale”.

(6) Sostituito, infatti, dall’art. 5 comma 3° del decreto legge n. 306 del 1992.

(7) Pubblicata in *Cass. pen.*, 1992, p. 917 s.

(8) Cfr. l’art. 3 del decreto legge n. 306 del 1992.

(9) Pubblicata in *Cass. pen.*, 1992, p. 2015 s.

(10) Così, testualmente, D’AMBROSIO, *Misure cautelari personali e diritto di difesa*, Diritto penale e processo, n. 10/1995, alla cui impeccabile ricostruzione si ritiene di aderire.

(11) In tal senso, ZANOTTI, AA.VV., *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, diretta da Bricola e Zagrebelski, Torino, 1995, II, p. 868.

(12) Così ad es., *Cass.*, Sez. VI, 30 maggio 1994, BOTTARELLO, in *Cass. pen. Mass. ann.*, 1995, p. 1867 e 25 marzo 1994, PALUMBO, *ivi*, p. 1868, con nota di Marandola, *False dichiarazioni al pubblico ministero e arresto in flagranza*. In dottrina, fra gli altri, D’AMBROSIO-VIGNA, *La pratica, cit.*, p. 353; NAPPI, *Guida al nuovo codice di procedura penale*, Milano, 1992, p. 193.

(13) Così, VOENA, *Modifiche al codice di procedura penale*, Padova, 1995, p. 342.

(14) Rileva inoltre VOENA, *Modifiche, cit.*, p. 345 che “La competenza del giudice collegiale potrebbe determinarsi, pertanto, nel caso in cui le informazioni rese al pubblico ministero siano lette al dibattimento ricorrendo i presupposti indicati nell’art. 513 comma 2° c.p.p. ed esse abbiano avuto un valore decisivo tanto che ne sia derivata una condanna divenuta irrevocabile e quest’ultima sia sottoposta a revisione a cagione delle falsità. Alla luce della prescrizione quinquennale per il reato di cui all’art. 371-bis c.p., non è azzardato concludere che le probabilità di una cognizione del tribunale tendono a zero”.

(15) VOENA, *Modifiche, cit.*, pp. 346 ss.

(16) PERDUCA, *sub art. 207 in Commento, cit.*, II, p. 485; GREVI, *Prove*, in AA.VV., *Profili, cit.*, p. 189.

(17) Sulle influenze che la definizione del procedimento per false informazioni può esplicare sul procedimento principale (riapertura delle indagini; revoca della sentenza di non luogo a procedere; revisione), VOENA, *Modifiche, cit.*, p. 367.

(18) D'AMBROSIO, *op. cit.*, 1218.

(19) Così CONTI, in "*Il Sole 24 Ore*", *cit.*, p. 51.

(20) Si ricordi l'art. 1-*quinquies* comma 4° d.l. 629/1982, in rel. all'art. 2 comma 2°-*quater* d.l. 345/1991, in forza del quale l'autorità giudiziaria deve trasmettere al Ministro dell'Interno copia degli atti ritenuti utili concernenti fatti connessi a delitti di tipo mafioso e l'art. 102 T.U.S., approvato con d.p.r. 9 ottobre 1990 n. 309, secondo cui il Ministro dell'Interno, direttamente o a mezzo di ufficiali di polizia giudiziaria specificamente delegati può richiedere (o l'autorità giudiziaria anche di sua iniziativa può trasmettere) copia di atti e informazioni ritenute indispensabili per la prevenzione ed il tempestivo accertamento dei delitti in materia di sostanze stupefacenti.

Le

copie

e

le

informazioni possono essere comunicate anche agli organi di polizia di stati esteri con i quali siano state raggiunte intese specifiche in materia di lotta al traffico degli stupefacenti. Un caso di cooperazione istituzionale, principio cui ha fatto riferimento anche la Corte Costituzionale nella sentenza 8 settembre 1995 n. 420, è altresì quello che concerne la trasmissione di notizie ed atti da parte del procuratore della Repubblica che propone lo speciale programma di protezione per il collaboratore di giustizia alla Commissione centrale o che richiede la adozione di misure urgenti al Capo della Polizia – direttore generale della pubblica sicurezza – ai sensi degli artt. 9 ss. d.l. 15 gennaio 1991 n. 8 conv., con modif., nella l. 15 marzo 1991 n. 82 e 1 ss. del decreto del Ministro dell'Interno 24 novembre 1994 n. 687.

(21) Così D'AMBROSIO-VIGNA, *La pratica di polizia giudiziaria*, Padova, 1995, p. 205.

(22) CONSO-GREVI, *Profili del nuovo codice di procedura penale*, 1993, p. 280.

(23) FRIGO, in *Il Sole 24 Ore*, 8 agosto 1995, p. 20. Su una possibile riforma della disciplina dei termini delle indagini preliminari, comprensiva dell'obbligo di inviare l'informazione di garanzia decorso un certo periodo dall'inizio delle indagini, MADDALENA, *I problemi pratici delle inchieste di criminalità organizzata nel nuovo processo penale*, in AA.VV., *Processo penale e criminalità organizzata*, a cura di Grevi, Bari 1993, p. 125.

(24) CRISTIANI, *sub art. 99 c.p.p.*, in *Commento, cit.*, I, pp. 460 ss.

(25) Alla "Approvazione dei registri in materia penale" ha provveduto il d.l. 30 settembre 1989, mentre il registro degli anonimi è previsto dall'art. 5 d.m. 30 settembre 1989 n. 334 "Regolamento per l'esecuzione del Codice di Procedura penale".

(26) Sostiene la tesi contraria, ORLANDI, *Modifiche, cit.*, p. 265, ma immotivatamente e solo allo scopo di "stanare" il pubblico ministero che potrebbe essere indotto a non adottare il decreto di segretazione sulle iscrizioni a fronte di richieste volte a conoscerne solo una parte.

(27) L'espressione è stata coniata da GREVI, *Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio*, in AA.VV., *Processo penale, cit.*, p. 7.

(28) Così CONTI, *Il Sole 24 Ore, cit.*, p. 59 secondo il quale, basandosi l'iscrizione su un criterio nominativo l'eccezione "a quanto sembra non va individuata in relazione al parametro oggettivo del procedimento, ma in rapporto a quello soggettivo per così dire dell'imputazione".

(29) Sui possibili effetti, oltre a quello disciplinare già segnalato nel testo e sui rimedi contro il provvedimento del pubblico ministero, ORLANDI, *Modifiche, cit.*, p. 266 ss.

(30) Nel testo elaborato dal Comitato ristretto della Commissione Giustizia della Camera dei deputati il termine, ma solo per la risposta negativa, era fissato in dieci giorni.

LA SOGLIA PROBATORIA RICHIESTA PER IL RINVIO A GIUDIZIO

Relatore:

dott.ssa Cecilia CARRERI

giudice del Tribunale di Vicenza

A. Le regole di giudizio dell'udienza preliminare.

1. L'udienza preliminare è una fase processuale del tutto autonoma, caratterizzata da un giudizio allo stato degli atti e dal rito in camera di consiglio.

Tema del decidere è la richiesta di rinvio a giudizio del pubblico ministero.

Poiché al giudice sono assegnati tutti gli atti di indagine (1) e lo stesso indagato ne ha integrale conoscenza, vi è da chiedersi con quale ampiezza e contenuto di poteri il giudice possa deliberare sulla richiesta del pubblico ministero.

La Corte Costituzionale sostiene che l'udienza preliminare “non è mai stata concepita come strumento di accertamento della verità materiale” ma come una fase processuale non di cognizione piena che esclude “una valutazione approfondita del merito dell'imputazione” o di tipo prognostico sulle prospettive di condanna o assoluzione dell'imputato” (2).

Ciò viene descritto dalla dottrina col dire che il giudice in questa fase è giudice di rito e non di merito e la stessa Corte Costituzionale ribadisce che “la *regola di giudizio* assegnata al giudice dell'udienza preliminare attiene al rito e non al merito” (3).

L'udienza preliminare rivestirebbe soltanto una funzione di garanzia per l'imputato, messo nelle condizioni di contrastare la richiesta del pubblico ministero e, in secondo luogo, di economia processuale, potendo scongiurare un'inutile prosecuzione dell'attività processuale, con il proscioglimento (4).

Di conseguenza, l'assenza di un giudizio di merito sulla regiudicanda non comporterebbe l'incompatibilità del giudice riguardo all'udienza preliminare in conseguenza di pregresse attività in cui abbia già espresso valutazioni contenutistiche sul medesimo oggetto, come l'emissione di una misura cautelare personale (5).

Tuttavia, rispetto al giudizio dibattimentale (art. 34 c.p.c.) “il provvedimento conclusivo dell'udienza preliminare” comporterebbe “una valutazione contenutistica della consistenza dell'ipotesi accusatoria”, (anche se soltanto) “finalizzata al controllo sulla legittimità dell'esercizio dell'azione penale” (6).

L'udienza preliminare non è quindi un giudizio ma renderebbe incompatibili al giudizio (7).

2. Il decreto che dispone il rinvio a giudizio è soltanto “un provvedimento di impulso processuale”, equivalente “ad un enunciato giurisdizionale che afferma, in positivo, la necessità del dibattimento” (8).

Il carattere strettamente “processuale” dell'atto sarebbe confermato dalla sua stessa struttura, limitata ad una mera enunciazione delle fonti di prova, priva di motivazione.

Il legislatore avrebbe voluto evitare “che al provvedimento di rinvio a giudizio fosse attribuito un peso eccessivo e quindi una portata condizionante sui successivi esiti del processo”.

Attribuendo all'udienza preliminare i caratteri del “giudizio” si determinerebbe “una pesante ipoteca gravante sul destino processuale dell'imputato, a causa della predelibazione della sua responsabilità penale” (9).

Ma non pare che ciò possa vulnerare l'autonomia del giudice dibattimentale.

Nel momento in cui questi, diversamente dal codice del 1930, deve comunque pervenire in modo autonomo e originario alla formazione della prova e quindi al giudizio di responsabilità al dibattimento, non si vede che condizionamento possa risentire per il solo fatto che il giudice dell'udienza preliminare abbia disposto il rinvio a giudizio dell'imputato perché evidentemente persuaso della fondatezza dell'accusa e della necessità del dibattimento.

Sarebbe come sostenere che il dibattimento non si possa svolgere in modo genuino per il solo fatto che l'imputato sia (stato) gravato di una misura cautelare per l'accertata sussistenza di gravi indizi di colpevolezza a suo carico.

3. La Suprema Corte sostiene un orientamento interpretativo opposto a quello della Corte Costituzionale.

Al seguito di una giurisprudenza risalente al codice di procedura penale previgente sui rapporti tra rinvio a giudizio e "sufficienti indizi di colpevolezza" (10), è stata affrontata più volte la questione se la valutazione dei "gravi indizi di colpevolezza" posti a fondamento di una misura cautelare personale possa essere condizionata dal fatto che sia intervenuto il decreto che dispone il giudizio.

Si è posto cioè il problema se il rinvio a giudizio comprenda in sé già una valutazione circa questi gravi indizi, tale da costituire un giudicato processuale vincolante per il giudice che deve valutare la sussistenza o permanenza di questi elementi che costituiscono il presupposto di una misura cautelare (artt. 273 e 299 c.p.p.).

Risolvendo un conflitto di decisioni abbastanza persistente, le SS.UU. (11) hanno in primo luogo affermato che la valutazione dei gravi indizi di colpevolezza non può contrastare "con altre statuizioni adottate da organi giurisdizionali nell'ambito dello stesso processo, a fondamento delle quali sia posta, in modo esplicito o implicito, la sussistenza di gravi indizi di colpevolezza", quali una pronuncia di condanna, l'instaurazione del giudizio immediato (12) o del giudizio direttissimo.

Il fatto che il giudice, prima della riforma dell'art. 425 c.p.p., disponesse il rinvio a giudizio dell'imputato non essendo "evidente" la prova della sua non colpevolezza, equivaleva, secondo la Corte, a ritenere l'idoneità delle fonti di prova a sostenere l'accusa in giudizio (art. 125 disp. att. c.p.p.) come nel caso in cui si rigetta una richiesta di archiviazione imponendo l'esercizio dell'azione penale.

Il che, soprattutto dopo la soppressione dell'inciso "evidente", "stava a significare la concreta probabilità di condanna dell'imputato, cioè una situazione non dissimile da quella 'qualificata probabilità di colpevolezza, che integra i 'gravi indizi' necessari per l'applicazione di una misura cautelare personale (art. 273 c.p.p.)".

Di conseguenza, secondo la S.C., il decreto che dispone il rinvio a giudizio corrisponde a quelle statuizioni giurisdizionali che, per il fatto di accertare la sussistenza di gravi indizi di colpevolezza, precludono la rivalutazione del requisito della gravità degli indizi (*ne bis in idem cautelare* (13).

La Corte Costituzionale ha contestato in modo espresso e deciso le SS.UU. del 25 ottobre 1995, ribadendo che l'apprezzamento del merito che il giudice è chiamato a compiere all'esito dell'udienza preliminare non si sviluppa secondo un canone sia pur prognostico di colpevolezza o innocenza ma si incentra sulla ben diversa prospettiva di deliberare se nel caso di specie risulti o meno necessario dare ingresso alla successiva fase del dibattimento (14).

B. L'alternativa tra proscioglimento e rinvio a giudizio.

1. Nel testo originario, l'art. 425 c.p.p. prevedeva la sentenza di non doversi procedere a carico dell'imputato quando risultava "evidente" una causa di proscioglimento: il fatto non sussiste, l'imputato non lo ha commesso, il fatto non costituisce reato, manca l'imputabilità o la punibilità.

L'inciso "evidente" aveva dato origine a contrasti interpretativi, apparendo inevitabile una netta prevalenza del rinvio a giudizio (*favor actionis*) rispetto al proscioglimento, limitato a casi di prove, particolarmente immediata e palese.

Poiché la richiesta di rinvio a giudizio del P.M. presuppone che questi abbia scartato l'ipotesi alternativa dell'archiviazione, optando per l'esercizio dell'azione penale, evidentemente si riteneva che i casi di proscioglimento, cioè che i casi in cui era il giudice a fermare l'azione penale ("non doversi procedere"), fossero residui ed eccezionali.

La soppressione della parola "evidente" con la l. 8 aprile 1993 n. 105 ha rafforzato "chiaramente il potere valutativo del giudice dell'udienza preliminare" (15), non più condizionato da prove qualificate.

Vi è ora una sostanziale parificazione tra le ipotesi alternative in cui può sfociare l'udienza preliminare.

2. La Corte Costituzionale considera la decisione resa a norma dell'art. 425 c.p.p. una sentenza di tipo "processuale" destinata null'altro che a paralizzare la domanda di giudizio del P.M. e ravvisa una "diversità quantitativa" tra l'apprezzamento di merito che si compie all'udienza preliminare rispetto a quello riservato all'organo del dibattimento, diversità che si esprime attraverso la peculiare regola di giudizio del non luogo a procedere (16).

Anche dopo la modifica dell'art. 425 c.p.p. la Corte Costituzionale ha ribadito che il legislatore ha nettamente distinto la sentenza di assoluzione dell'art. 530 c.p.p. da quella di proscioglimento pronunciata all'udienza preliminare "sotto il profilo dei differenti elementi strutturali che caratterizzano i corrispondenti giudizi" (17).

Mentre infatti le decisioni risulterebbero "di sostanziale simmetria" nel caso di prova della innocenza o di mancanza di prove della colpevolezza, nel caso di prova insufficiente o contraddittoria esse divergerebbero completamente sul piano funzionale.

Secondo la Corte, poiché il giudice deve soltanto valutare se è necessario il dibattimento, "ove la prova risulti insufficiente o contraddittoria l'adozione della sentenza di non luogo a procedere potrà dirsi imposta soltanto nei casi in cui si appalesi la superfluità del giudizio" cioè qualora "l'eventuale istruzione dibattimentale non possa fornire utili apporti per superare il quadro di insufficienza o contraddittorietà probatoria".

Nel giudizio ordinario, invece, la prova insufficiente o contraddittoria, porta unicamente all'assoluzione (art. 530 comma 2 c.p.p.).

Il rinvio a giudizio si giustificerebbe pertanto anche quando vi è la "necessità di consentire nella dialettica del dibattito lo sviluppo di elementi ancora non chiariti" (18).

3. Di diverso avviso è la Cassazione.

Nel chiarire l'esatto contenuto della sentenza che accertava, prima della riforma dell'art. 425 c.p.p., una causa "evidente" di non luogo a procedere, sosteneva che quella ipotesi corrispondeva al caso in cui gli elementi acquisiti non erano idonei a sostenere l'accusa in giudizio, cioè al caso in cui il P.M. di regola dovrebbe chiedere l'archiviazione per infondatezza della notizia di reato (art. 125 disp. att. c.p.p.).

Vi era quindi una perfetta corrispondenza tra la sentenza di non luogo a procedere e la regola di giudizio dell'art. 125 disp. att. c.p.p..

"L'evidente" innocenza dell'imputato si aveva quando non vi erano elementi idonei a sostenere l'accusa in giudizio" (19).

In sostanza, l'art. 125 disp. att. c.p.p. indicava il *quantum* di prove indispensabili per sostenere l'accusa (20).

Con la precisazione che la prova evidente per il proscioglimento comprendeva sia la prova positiva dell'innocenza sia la mancanza di prova della colpevolezza, mentre l'insufficienza di prove andava demandata necessariamente al dibattimento, proprio destinato alla formazione della prova (21).

Con la soppressione della parola “evidente”, l’ampliamento dei poteri valutativi del giudice non avrebbero che confermato questa giurisprudenza.

I casi di prova insufficiente o contraddittoria che si prestino, secondo una inevitabile valutazione prognostica, a “soluzioni aperte”, andrebbero comunque demandati all’istruttoria dibattimentale (22).

La Corte Costituzionale (23) ha invece tenuto sempre ben distinte le regole di giudizio dell’art. 125 disp. att. c.p.p. e dell’art. 425 c.p.p..

L’art. 125 disp. att. c.p.p. non sarebbe altro che la traduzione del principio di non superfluità del processo, in quanto il dire che gli elementi acquisiti non sono idonei a sostenere l’accusa equivarrebbe al dire che l’accusa è insostenibile e che quindi la notizia di reato è sul piano processuale infondata.

In tale contesto, il controllo del giudice in merito sarebbe pertanto a presidio dell’obbligatorietà dell’azione penale.

L’art. 425 c.p.p. invece richiedeva l’“evidenza” della non colpevolezza dell’imputato e serviva a tutelare quest’ultimo da accuse rivelatesi palesemente infondate.

La Corte Costituzionale stessa ha tuttavia riconosciuto “un certo accostamento, anche se in prospettive diverse, tra insostenibilità dell’accusa ed evidenza dell’innocenza”.

4. Il proscioglimento e il rinvio a giudizio non sono che gli esiti processuali alternativi del medesimo giudizio, svolto in ordine agli stessi elementi di prova.

È del tutto formale ed arbitrario scindere i poteri valutativi del giudice in questa fase, atteso che la valutazione delle fonti di prova, sia per accertare la necessità del dibattimento, sia per prosciogliere l’imputato, non può essere che unitaria e di merito pieno, afferente l’intero contesto delle fonti di prova portate dal P.M..

Ciò è particolarmente evidente con l’attuale formulazione dell’art. 425 c.p.p..

Con la precisazione che si perviene a giudizio conclusivo solo in caso di sentenza di non luogo a procedere mentre, nell’ipotesi alternativa, il giudice si limita a dare impulso al dibattimento.

La perfetta alternatività tra queste due soluzioni, esito del medesimo e contestuale giudizio, presuppone un materiale probatorio conclusivo.

Le ipotesi di carenza probatoria, colmabili con l’istruttoria dibattimentale, devolvono necessariamente al giudizio (*favor actionis*), mentre quelle che appaiono non meglio risolvibili sono destinate ad arginarsi all’udienza preliminare (superfluità del giudizio).

Oltre a ciò, non si comprende quale differenza obiettiva e processuale si possa ravvisare tra un’assoluzione al dibattimento e un proscioglimento all’udienza preliminare.

Le regole di giudizio in tema di responsabilità, cioè di accertamento degli elementi costitutivi della fattispecie, sono unitari e non consentono differenziazioni “ quantitative” che introdurrebbero esiti discriminatori incostituzionali.

Né si può dire che la regola di giudizio del proscioglimento corrisponda (ancora) a quella dell’art. 125 disp. att. c.p.p..

Se tale parificazione aveva un significato per dare un contenuto alla parola “evidente” dell’art. 425 c.p.p., ora, la soppressione di prove qualificate non può che riespandere i criteri di giudizio ai canoni ordinari di valutazione.

Non può quindi condividersi (24) che all’udienza preliminare non sarebbe consentito un proscioglimento per difetto di imputabilità, dovendo il giudice accertare la riferibilità dei fatti al soggetto incapace e non potendo questi esercitare a pieno il diritto alla prova come al dibattimento.

Le formule di proscioglimento di cui all’art. 425 c.p.p. presuppongono, infatti, un’analisi completa dell’eziologia e sussistenza del fatto, analisi che non può che essere di merito pieno.

Che le valutazioni del giudice dell’udienza preliminare siano di merito pieno è confermato dall’art. 422 c.p.p. (25).

Il potere di segnalare d'ufficio carenze nel materiale processuale agli atti, stimolando le parti a formulare vere e proprie richieste di prova ("ammette le *prove* richieste") o raccogliendo le loro sollecitazioni, non può che presupporre un giudizio di merito pieno sulle stesse fonti di prova addotte dal P.M. e già in atti.

Solo in esito a questa valutazione il giudice può ritenere necessario acquisire ulteriori elementi probatori e il giudizio di (*manifesta*) *decisività* delle prove così richieste dalle parti non può che involgere la loro rilevanza processuale ai fini del decidere.

La decisione allo stato degli atti per delibare la richiesta del P.M. non differisce dal giudizio pure allo stato degli atti (gli stessi) del rito abbreviato che si celebra nella medesima udienza, anche dopo l'integrazione istruttoria dell'art. 422 c.c..

La Corte Costituzionale (26) ha precisato che questa integrazione istruttoria è finalizzata soltanto ad evitare situazioni di stallo decisorie limitatamente alla richiesta di rinvio a giudizio.

Significativo che la norma conferisca al giudice questi poteri soltanto per consentire, formalmente, l'acquisizione, non di "nuove prove" (art. 507 c.p.p.), ma di "sommarie informazioni", segno della costante preoccupazione del legislatore di contrarre i poteri del giudice dell'udienza preliminare.

In realtà, le prove ammesse ed escusse perché (*manifestamente*) *decisive* non coincidono certo con mere informative ed è discutibile disporre un rinvio a giudizio sulla base di sommarie informazioni integrative.

Anche la revoca della sentenza di non luogo a procedere (art. 434 c.p.p. e ss.) presuppone l'acquisizione e l'esame di "nuove fonti di prova", tali da poter determinare l'esercizio dell'azione penale e il rinvio a giudizio.

Rispetto alle prove, tra i poteri del giudice del dibattimento (artt. 506 e 507 c.p.p.) e quelli del giudice dell'udienza preliminare, come poteri di stimolare d'ufficio lo sviluppo o l'acquisizione di prove (art. 422 c.p.p.), vi è soltanto una differenza quantitativa, ritenuta non irragionevole dalla Corte Costituzionale (27), data dal fatto che all'udienza preliminare possono essere escussi soli i mezzi di prova di cui al comma 1 art. 422 c.p.p..

5. La Corte Costituzionale (28) insiste nell'affermare che vi è una differenza "quantitativa" tra il giudizio dibattimentale e il proscioglimento dell'udienza preliminare e che il diritto alla prova è pieno soltanto al dibattimento.

Non si considera che, all'opposto, è proprio all'udienza preliminare che il P.M. sottopone al giudice l'intero contesto delle indagini svolte e delle fonti di prova acquisite mentre al dibattimento la prova, di regola, deve formarsi in modo originario.

L'art. 422 c.p.p. ha carattere residuale o sussidiario proprio perché il giudice, di regola, dovrebbe essere già in possesso del più ampio contesto probatorio o comunque sufficiente a sostenere la domanda del P.M..

Il giudice dell'udienza preliminare valuta "allo stato degli atti" proprio perché li possiede integralmente.

6. Il decreto di rinvio a giudizio è atto non impugnabile nel quale il giudice, al di là della mera elencazione delle fonti di prova, non deve dare conto delle ragioni per cui ritiene fondata l'accusa e, quindi, necessario il dibattimento.

L'imputato è tratto a giudizio anche se non è mai stato interrogato durante le indagini e la sua presenza non è necessaria all'udienza, art. 420 comma 1 c.p.p..

Anche se si tratta soltanto di fissare la celebrazione del giudizio, una volta disposto il dibattimento, l'imputato è già stato costretto a delle scelte ben precise, non più rinnovabili, come la facoltà di chiedere il giudizio immediato o di accedere al giudizio abbreviato e ai benefici connessi.

È difficile ammettere con tranquillità che siano rimessi ad un decreto immotivato e non impugnabile effetti processuali così importanti ed irreversibili.

Si osserva allora che il momento di garanzia per l'imputato si è già risolto con l'udienza preliminare, a lui consentita proprio per contrastare l'esercizio dell'azione penale del P.M..

Ma ciò non sembra appagante, non essendoci alcun limite formale, né parametro di garanzia per verificare l'effettiva fondatezza del provvedimento conclusivo del giudice, immotivato e ridotto alla pedissequa riproduzione delle fonti di prova indicate dal P.M..

Ma, nel momento in cui si ritiene che il rinvio a giudizio comporta una compiuta valutazione di merito dei mezzi di prova adottati, con la possibilità, alternativa e contestuale, di accettare la non colpevolezza dell'imputato, è questa stessa regola di giudizio ad imporre che il decreto sia sorretto da valutazioni di "elevata serietà e fondatezza della proposizione accusatoria" (29).

Solo così si può recuperare quel momento di garanzia che giustifichi, in modo corretto e fondato, il processo per l'imputato.

C. Proscioglimento e giudizio abbreviato.

Vi è un obiettivo parallelismo tra il giudizio abbreviato, chiesto all'udienza preliminare, e il proscioglimento dell'art. 425 c.p.p..

In entrambe le ipotesi, infatti, il giudizio si instaura allo stato degli atti (artt. 421 comma 4 c.p.p., 440 comma 1 c.p.p.) e può sfociare nelle medesime formule assolutorie di merito.

Il discrimine è praticamente ridotto alle sole scelte di strategia processuale dell'imputato, che può orientarsi per il rito abbreviato per garantirsi, in caso di mancata assoluzione, una condanna a pena ridotta anziché, nell'ipotesi di mancato proscioglimento, il rinvio a giudizio, con perdita del rito alternativo.

La richiesta di un giudizio abbreviato "assolutorio" offre così maggiori garanzie rispetto ad una domanda di non doversi procedere, il cui insuccesso porta automaticamente al dibattimento.

E la celebrazione di un abbreviato comporta la medesima attività valutativa del proscioglimento.

Stesso è il materiale probatorio, allo stato degli atti, stesso è il giudizio di assoluzione e proscioglimento.

Là dove il fatto di disporre il rinvio a giudizio anziché la condanna, con pena ridotta di un terzo, è un fatto soltanto terminale ed esteriore, essendovi a monte la stessa completezza di indagine e valutazione di merito pieno.

Se l'udienza preliminare è preordinata soltanto a valutare la necessità e non superfluità è preordinata soltanto a valutare la necessità e non superfluità del giudizio chiesto dal P.M., secondo le affermazioni della Corte Costituzionale, evidentemente è sufficiente che il P.M. porti (soltanto) quelle fonti di prova indispensabili a giustificare il dibattimento, riservato all'istruttoria in quella sede l'ulteriore sviluppo delle prove, necessario per il giudizio di responsabilità.

Lo stesso giudice, di fronte ad un compendio di prove carente o insufficiente, ulteriormente sviluppabile, non può prosciogliere per insufficienza di prove ma deve dare impulso al dibattimento, ove meglio può essere completato il quadro probatorio agli atti.

L'imputato può tuttavia reclamare un giudizio anticipato in camera di consiglio se ritiene che già le prove portate dal P.M. lo consentano oppure perché la carenza delle fonti di prova agli atti può risolversi a suo favore.

Ma può anche verificarsi che il processo non sia compiutamente definibile allo stato degli atti dell'udienza preliminare per lacune probatorie che potevano essere evitate o colmate già durante le indagini, favorevoli all'imputato.

Il P.M. può infatti esercitare l'azione penale in base ad elementi di prova che possono essere sufficienti per il rinvio a giudizio ma insufficienti per un giudizio di merito allo stato degli atti (giudizio abbreviato).

Non vi è alcun dovere od onere processuale che imponga al P.M. di predisporre un contesto di prove che consenta sempre e comunque un giudizio abbreviato, allo stato degli atti, in sede di udienza preliminare.

Vi è però la possibilità di integrare il materiale probatorio anche in sede di udienza preliminare, ma, sul punto, la Corte Costituzionale ha già affermato che l'art. 422 c.p.p. non può essere attivato per consentire il rito alternativo e che al riguardo è necessario uno specifico intervento del legislatore (30).

In realtà, nell'attuale normativa, tale integrazione non è possibile solo all'interno del giudizio abbreviato per il divieto espresso dell'art. 441 c.p.p., ma, di contro, è la stessa legge (art. 439 comma 2 c.p.p.) che consente che il rito abbreviato sia chiesto prima delle conclusioni che vanno rese a norma dell'art. 422 c.p.p. (comma 7 ultima parte), cioè dopo l'avvenuta integrazione istruttoria.

Ciò trova riscontro nella pratica allorché la difesa cerca di far *maturare* in modo completo all'udienza preliminare il compendio di prove portato dal P.M., stimolando l'integrazione istruttoria dell'art. 422 c.p.p. al preordinato intento di avanzare, all'esito, prima della discussione, la richiesta di giudizio abbreviato (art. 439 comma 2 c.p.p.).

D. In conclusione.

1. Non è possibile individuare e codificare una soglia minima di fonti di prova, necessarie per il rinvio a giudizio.

È soltanto in base alle regole di giudizio assegnate al giudice dell'udienza preliminare che, nel definire il potere di accogliere la domanda di giudizio del P.M. o di paralizzarla, si determina il limite per una valida e fondata instaurazione del dibattimento.

Il giudice dell'udienza preliminare è, infatti, garante dell'azione penale, sia durante le indagini, quando controlla le inerzie del P.M. rigettando la richiesta di archiviazione, sia all'udienza, quando si oppone ad accuse azzardate o infondate, prosciogliendo nel merito.

Osserva efficacemente la Cassazione: "Il legislatore ha inteso evitare che pervengano alla fase del giudizio situazioni nelle quali risulti con ragionevole certezza che l'imputato meriti il proscioglimento: ciò avviene nei casi di sicura infondatezza dell'accusa, quando cioè gli atti offrono la prova dell'innocenza dell'accusato o la totale mancanza di elementi a carico, ma altresì in presenza di sicura inidoneità delle fonti di prova acquisite ad un adeguato sviluppo probatorio, nella dialettica del contraddittorio dibattimentale" (31).

Solo una valutazione di merito pieno ed effettivo circa il pronostico di "elevata serietà e fondatezza della proposizione accusatoria e di prevedibilità di una futura affermazione di condanna" (32) può giustificare il processo.

Se il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, infatti, non è assoluto ma va razionalmente temperato col fine di scongiurare processi superflui (33), la soglia probatoria per il rinvio a giudizio va determinata alla stregua di questo principio.

(1) C. Cost., 5 aprile 1991 n. 145, *Cass. pen.*, 1991, II, 486.

(2) C. Cost., 8 febbraio 1991 n. 64, *Cass. pen.*, 1991, II, p. 422, n. 125; ID., ord. 6 giugno 1991 n. 252, *Cass. pen.*, 1991, II, p. 715, n. 244.

Da ultimo, C. Cost., ord. 26 marzo 1997 n. 97, G.U. 16 aprile 1997 n. 16; ID., 8 febbraio 1991 n. 64, *Cass. pen.*, 1991, 125; ID., ord. 24 gennaio 1996 n. 24, *Cass. pen.*, 1996, p. 1733; ID., 10 febbraio 1993 n. 41, *Cass. pen.*, 1993, p. 1080, n. 643.

(3) C. Cost., 8 febbraio 1991 n. 64, *Cass. pen.*, 1991, 125. CARRERI, *Il giudice dell'udienza preliminare: giudice di rito e giudice di merito?*, *Cass. pen.*, 1994, p. 2832.

-
- (4) C. Cost., 11 marzo 1993 n. 82, *Cass. pen.*, 1993, p. 1365, n. 803.
- (5) C. Cost., 25 marzo 1992, n. 124, *Cass. pen.*, 1992, 1066; ID., 12 novembre 1991 n. 401, *ivi*, 1992, 161; ID., 8 febbraio 1991, n. 64, *ivi*, 1991, 125.
- (6) C. Cost., 12 novembre 1991 n. 401, *Cass. pen.*, 1992, p. 270, n. 161.
- (7) Per una critica della C. Cost., CARRERI, *Il giudice incompatibile a se stesso*, *Cass. pen.*, 1996, p. 1061; *Il bollino rosa*. L'incompatibilità come misura della giurisdizione, *ivi*, 1996, p. 2870.
- (8) C. Cost., 15 marzo 1996 n. 71, in *Foro it.*, 1996, I, 1944.
- (9) C. Cost., ord. 24 gennaio 1996 n. 24, *Cass. pen.*, 1996, p. 1733; ID., 8 febbraio 1991 n. 64, *Cass. pen.*, 1991, II, p. 442, n. 125.
-
- (10) Sez. I, 16 gennaio 1989, BUDA, *Cass. pen.*, 1989, p. 1967, n. 1572.
- (11) Sez. un., 25 ottobre 1995, LIOTTA, *Cass. pen.*, 1996, n. 395, p. 776; ID., 25 ottobre 1995, RIILLO; ID., 25 ottobre 1995, TRIMARCHI, in *Foro it.*, 1996, II, 351 e ss..
- (12) Sez. V, 6 settembre 1994, MAMMOLITI, *CED* n. 199088.
-
- (13) SS.UU., 31 maggio 1991, FARACO, *Cass. pen.*, 1991, II, p. 828, n. 287.
- (14) C. Cost., 15 marzo 1996 n. 71, in *Foro it.*, 1996, I, 1994.
-
- (15) C. Cost., 15 marzo 1994 n. 88, G.U. 23 marzo 1994 n. 13.
- (16) C. Cost., 11 marzo 1993 n. 82, *Cass. pen.*, 1993, p. 1365, n. 803.
- (17) C. Cost., 15 marzo 1996 n. 71, in *Foro it.*, 1996, I, 1994.
-
- (18) C. Cost., 15 marzo 1996 n. 71, in *Foro it.*, 1996, I, 1944; ID., 11 aprile 1997 n. 94, G.U. 16 aprile 1997 n. 16.
- (19) Sez. un. 25 ottobre 1995, LIOTTA, *Cass. pen.*, 1996, n. 395, p. 776; ID., 25 ottobre 1995, RIILLO; ID., 25 ottobre 1995, TRIMARCHI, in *Foro it.*, 1996, II, 351 e ss..
- (20) Sez. III, 22 giugno 1990, GHIRARDUZZI, *Cass. pen.*, 1990, II, p. 397, n. 151.
- (21) Sez. I, 12 gennaio 1993, TIRORE, *CED* 193352.
- (22) Sez. III, 22 gennaio 1997, FERRARA, *CED* n. 207106; sez. VI, 9 ottobre 1995, LAPENNA, *Cass. pen.*, 1996, p. 2705, con nota di Garuti.
- (23) C. Cost., 15 febbraio 1991 n. 88, *Cass. pen.*, 1991, II, p. 207, n. 71; ID., ord. 6 giugno 1991 n. 252, *Cass. pen.*, 1991, p. 715, n. 244.
-
- (24) C. Cost., 11 aprile 1997 n. 94, G.U. 16 aprile 1997 n. 16; ID., 10 febbraio 1993 n. 41, *Cass. pen.*, 1993, p. 1080, n. 643.
- (25) CARRERI, *Ma è davvero scomparso il giudice istruttore?*, *Cass. pen.*, 1995, p. 1561.
-
- (26) C. Cost., 6 giugno 1991 n. 252, *Cass. pen.*, 1991, II, p. 715, n. 244.
-
- (27) C. Cost., 6 giugno 1991 n. 252, *Cass. pen.*, 1991, II, p. 715, n. 244.
- (28) C. Cost., 11 marzo 1993 n. 82, G.U. 17 marzo 1993 n. 12.
-
- (29) Sez. I, 24 novembre 1994, MODEO, *Giur. it.*, II, 1994, 478.
- (30) C. Cost., 9 marzo 1992 n. 92, *Cass. pen.*, 1992, p. 1461, n. 754, con nota di Cascini; in *Foro it.*, 1992, II, 2055; *Giust. pen.*, 1992, I, 129.
- (31) Sez. VI, 9 ottobre 1995, LAPENNA, *Cass. pen.*, 1996, p. 2705, con nota di Garuti.
- (32) Sez. I, 24 novembre 1994, MODEO, *Giur. it.* II, 1994, 478.
- (33) C. Cost., 11 aprile 1997 n. 96, G.U. 16 aprile 1997 n. 16; ID., 15 febbraio 1991 n. 88, *Cass. pen.*, 1991, p. 207, n. 71.

L'IMPOSTAZIONE DELLA REQUISITORIA

Relatore:

dott. Piero DE CRESCENZO

sostituto procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Roma

SOMMARIO: 1. La requisitoria tra eloquenza e procedura. – 2. Le prerogative che assume al dibattimento il soggetto processuale della requisitoria. – 3. Lo scopo e l'oggetto della requisitoria. – 4. La forma della requisitoria. – 5. La collocazione della requisitoria.

1. La requisitoria tra eloquenza e procedura.

Il codice vigente, a differenza di quello del 1930, al termine “requisitoria” sembra preferire quello “conclusioni”.

Usano il termine “conclusioni”:

- l'articolo 421 comma 3 – in tema di discussione innanzi al Giudice dell'udienza preliminare;
- l'articolo 523 – in tema di discussione nel giudizio di primo grado; l'articolo 602 – in tema di dibattimento di appello.

Usano, tuttavia, il termine “requisitoria”:

- l'articolo 614 – in tema di dibattimento innanzi alla Corte di Cassazione;
- gli articoli 703 e 724 – in tema di procedimento per estradizione e rogatorie dall'estero.

Il codice abrogato indicava con il termine “requisitorie” all'articolo 468 le richieste del pubblico ministero in sede di discussione finale dibattimentale.

In senso lato dunque il termine è stato impiegato per indicare l'atto con cui il pubblico ministero esprime le proprie richieste, motivandole, al Giudice; tanto non solo nella fase dibattimentale ma anche in ogni altra situazione procedimentale.

Nella accezione più ristretta, ed anche più comune, il termine continua ad indicare le richieste che – all'esito dell'istruttoria dibattimentale – il pubblico ministero rivolge al Giudice.

La collocazione del tema nel contesto del nostro incontro, il suo rapportarsi alla tematica della prova nel dibattimento e dell'arringa, inducono a riflettere esclusivamente su quest'ultima, più ristretta, accezione del termine requisitoria, intendendo dunque per essa quello specifico atto processuale del pubblico ministero di cui all'articolo 523 codice di procedura penale.

Nel porre gli ideali paletti che definiscano l'ambito del tema proposto, mi pare di poter osservare che ad esso debba rimanere marginale ogni pretesa di indicare elementi di estetica dell'eloquenza giudiziaria.

Ignoro se l'arte del persuadere, la retorica, possa, oggi, essere oggetto di una riduzione in canoni, né posso sapere se esista chi, possedendo questi canoni, sappia comunicarli agli altri.

Mi pare, tuttavia, che, in generale, sia oggi registrabile una diffusa insofferenza verso forme convenzionali di esposizione del proprio pensiero. Un fattore di insuccesso di tesi anche non disprezzabili credo possa essere proprio individuato in una esposizione che appaia all'interlocutore frutto di applicazioni di schemi retorici. Si va forse affermando la retorica della non retorica, in un gioco di specchi infinito.

Certo è possibile che in uno dei mille riflessi di questo caleidoscopio, la tradizionale quadripartizione retorica – di seguito indicata – possa tornare utile per scandire anche le fasi della requisitoria.

Esordio

- individuazione del thema
- individuazione degli argomenti
- *captatio benevolentiae*

Narrazione

- individuazione degli elementi controversi in fatto

Dimostrazione (argomentazione)

- individuazione degli elementi di prova che sostengono la tesi di cui si è portatori *confirmatio*
- individuazione degli elementi di prova che screditano la tesi avversa *refutatio*

Perorazione finale

- individuazione delle richieste

Certo il modo in cui l'atto della requisitoria si manifesta è determinato dall'inclinazione di ciascuno. Ognuno però vede – anche prescindendo dal disposto dell'articolo 523 comma 3 – quanto sia da moderare la tendenza a gesticolare, l'impiego di motti di spirito, gli eccessi nel tono, la durata, che – pur tenendo conto delle capacità professionali di ascolto dei giudici non dovrebbe mai superare i quarantacinque minuti, soglia al di là della quale l'attenzione degrada.

Sono fattori, quelli da ultimo indicati, certo destinati a condizionare anche la gradevolezza dell'esposizione, fattori che, però, non direi destinati a condizionare in modo determinante le decisioni di un giudice professionale quale è – nella più gran parte dei casi – quello italiano.

In realtà il contributo che la requisitoria può offrire ad un giudice che non si lasci certo trascinare dal semplice eloquio fluente è di ben altro spessore. Più che in vista di una dimensione estetica, un tentativo di riflettere sull'impostazione della requisitoria, che voglia porsi come utile supporto decisionale, può esser fatto a partire dal diritto positivo. L'attenzione deve muovere – non diversamente che per ogni altra riflessione giuridica – dalle norme suscettibili di definire l'impostazione di questo atto processuale che si vuole conforme al diritto, prima che esteticamente apprezzabile.

Certo non esistono specifiche disposizioni legislative che con immediatezza conducano l'interprete in porto, tuttavia, non pare che vi siano seri ostacoli alla possibilità di esaminare i riflessi sull'impostazione della requisitoria derivanti dall'analisi di questo atto processuale a partire dalle prerogative e dalle attribuzioni del soggetto che lo pone in essere, dallo scopo, dall'oggetto, della forma, dalla collocazione nel sistema, dai suoi requisiti di efficacia.

2. Le prerogative che assume al dibattimento il soggetto processuale della requisitoria.

Nella accezione più ristretta che si è inteso dare al termine requisitoria nel contesto di questa conversazione, che ha ad oggetto l'attività disciplinata dall'articolo 523 del codice di procedura penale, occorre sottolineare come la requisitoria sia opera di un soggetto che assume connotati del tutto peculiari rispetto all'attività svolta dallo stesso soggetto in altre fasi e, segnatamente, nella fase delle indagini preliminari.

La collocazione istituzionale del pubblico ministero del dibattimento è, oggi, chiaramente definita da una opzione normativa di fondo.

Art. 53 primo e secondo comma Codice di Procedura Penale: Autonomia del pubblico ministero nell'udienza:

1 - *Nell'udienza, il magistrato del pubblico ministero esercita le sue funzioni con piena autonomia (1);*

2 - *Il capo dell'ufficio provvede alla sostituzione del magistrato nei casi di grave impedimento, di rilevanti esigenze di servizio e in quelli previsti dall'articolo 36 comma 1 lettere a), b), d), e). Negli altri casi il magistrato può essere sostituito solo con il suo consenso.*

Merita di essere considerato che la giurisprudenza ha ritenuto che la norma sia stata posta “*non nell'interesse diretto delle parti, bensì per la corretta organizzazione di quegli uffici e soprattutto al fine di garantire l'integrità del ruolo dell'accusa, ponendola al riparo da eventuali abusi dei dirigenti di quegli uffici, assicurandone l'autonomia o l'indipendenza non solo verso l'esterno, ma anche all'interno del medesimo ufficio*” (2).

Non c'è ragione di stato, non c'è disciplina che possa conculcare l'autonomia e l'indipendenza di ciascun magistrato del pubblico ministero quando pronuncia le sue conclusioni in udienza. E ciò nell'interesse della giustizia.

Da ciò consegue un riflesso fondamentale in tema di impostazione di una requisitoria che voglia essere conforme a legalità, prima che un tributo alla *ars loquendi* la requisitoria è opera di un magistrato autonomo ed indipendente. Ora poiché l'autonomia e l'indipendenza non sono poste se non a tutela di un giusto processo, il magistrato del Pubblico Ministero, nel pronunciare le sue conclusioni, ha l'obbligo – non diversamente dal giudice – di rispondere, nella valutazione della prova, esclusivamente al suo convincimento, dando conto dei risultati acquisiti e dei criteri adottati.

L'attività del pubblico ministero che formuli la sua requisitoria non integra, non può integrare mai, un esercizio a tesi obbligata. Merita di essere considerato che nessun obbligo di fedeltà incombe al pubblico ministero neanche rispetto alle sue stesse precedenti determinazioni. È stata affermata, ancora vigente il vecchio codice, la potestà del pubblico ministero di modificare le proprie conclusioni fino al momento di chiusura del dibattimento (3).

Deve essere assunto come un dovere del magistrato del pubblico ministero in dibattimento far professione ed esercizio di quell'indipendenza ed autonomia che vede anche il magistrato che pronuncia la requisitoria sottoposto esclusivamente alla legge.

Peraltro, un pubblico ministero che i magistrati giudicanti possano, fondatamente, percepire come autonomo ed indipendente, pone – già solo per questo – le premesse per la sua credibilità.

3. *Lo scopo e l'oggetto della requisitoria*

Ci si chiede di quale interesse sia portatore il pubblico ministero nel pronunciare le sue conclusioni in sede di discussione dibattimentale, quale lo scopo della partecipazione alla discussione.

La risposta alla domanda concorre, evidentemente, a dare una qualche possibile indicazione anche in merito all'oggetto della requisitoria.

Sembra cogliere un riflesso dell'autonomia di chi svolge le funzioni di pubblico ministero in udienza la circostanza che l'articolo 523 del codice di procedura penale vigente non qualifichi in nessun modo le “*conclusioni*” che il magistrato ha il solo dovere di assumere motivatamente.

Mi pare doversi escludere che, nel formulare la requisitoria, il pubblico ministero esprima prerogative derivanti dall'esercizio dell'azione penale. Essa, infatti, si esercita con la richiesta di rinvio a giudizio e negli altri casi indicati dall'articolo 405 c.p.p. sicché l'esercitare l'azione penale è, evidentemente, atto diverso, autonomo e non condizionante rispetto alle conclusioni che il pubblico ministero assume al dibattimento.

La giurisprudenza (4) ha, di recente, sottolineato che *“nessuna nullità della sentenza è configurabile nel rifiuto del pubblico ministero, presente in udienza, di concludere nel merito; non rileva sul punto, infatti, il disposto di cui all’articolo 178, lett. b) cod. proc. pen., che sanziona con la nullità la violazione delle disposizioni concernenti l’iniziativa del pubblico ministero nell’esercizio dell’azione penale e la sua “partecipazione al procedimento”: l’obbligo di partecipare al procedimento, invero, non implica che il pubblico ministero debba svolgere le sue conclusioni, orali o scritte, su tutte le questioni che si possono prospettare in relazioni alle possibili statuizioni del giudice. (Nella specie il pubblico ministero, pur invitato nel giudizio d’appello a presentare le sue richieste anche nel merito, aveva ritenuto di non concludere in ordine ai temi principali dell’imputazione e si era limitato a rinnovare il proprio assenso alla proposta di patteggiamento formulata dall’imputato ai sensi dell’articolo 599 cod. proc. pen. non accolta dal giudice).* Meno di recente, vigente il vecchio codice, in relazione a problematica ai fini qui considerati sovrapponibile, è stato pure affermato (5) che *“La richiesta del P.M. formulata nel corso della discussione del merito, ancorché limitata a provocare un provvedimento non conclusivo (nella specie: estensione ad altri delle imputazioni), deve ritenersi conclusione specifica e completa; pertanto, se il giudice, ritenendo sufficientemente istruita la causa, decide nel merito, non si verifica alcuna nullità”*.

Le conclusioni non devono, dunque, necessariamente essere concernenti l’imputazione; più in generale esse possono abbracciare ogni determinazione rilevante ai fini del decidere. Se è così, il pubblico ministero esercita, nel formulare la requisitoria al dibattimento, non le attribuzioni che gli derivano dalla funzione di promozione della repressione dei reati, che pure gli appartiene, quanto, piuttosto, quella attribuzione che, prima di ogni altra, l’articolo 73 dell’Ordinamento giudiziario indica: *“Il pubblico ministero veglia all’osservanza delle leggi”*.

Il riflesso di ciò sull’impostazione della requisitoria mi pare evidente: essa dovrà assumere i più ampi e vari contenuti necessari a promuovere *“l’osservanza delle leggi”*.

In questo contesto, certamente è doveroso che il pubblico ministero solleciti, nelle sue conclusioni, quante volte l’istruttoria dibattimentale faccia registrare determinanti carenze, l’assunzione di nuove prove, e ciò, ritengo, alla luce di quanto si è riferito esser stato affermato in giurisprudenza, potrebbe anche esprimere il contenuto unico, per quanto provvisorio, delle sue conclusioni. Mi pare particolarmente significativa la giurisprudenza della Cassazione (6) che consente di valorizzare questo specifico contributo che le conclusioni del pubblico ministero posso offrire in vista del giudizio finale di merito.

Dalla possibilità di sollecitare ed ottenere (art. 523 comma 6 c.p.p.) l’interruzione della discussione finale per assumere nuova prova qualora il giudice lo ritenga assolutamente necessario è conseguita l’affermazione giurisprudenziale (7) secondo la quale il termine ultimo per il pubblico ministero per procedere a nuove contestazioni deve essere collocato non alla chiusura della istruttoria dibattimentale ma alla chiusura del dibattimento.

Scopo della requisitoria è, dunque, promuovere l’osservanza della legge e non l’affermazione della penale responsabilità dell’imputato, fatto quest’ultimo, che rappresenta uno degli esiti possibili dell’applicazione della legge e non lo scopo della requisitoria, ne è prova il fatto che può esservi decisione di condanna pur quando il pubblico ministero non abbia affatto concluso nel merito.

Il pubblico ministero persegue lo scopo che gli è proprio formulando al giudice richiesta di adozione di un determinato provvedimento avente il contenuto che lo stesso pubblico ministero indica.

Non credo di far torto all’impianto accusatorio del codice se, da quanto si è detto, ma anche da naturali esigenze di economia logica, possa derivare che il percorso delle argomentazioni del pubblico ministero non possa che riflettere quella sequenza indicata dall’articolo 527 c.p.p. in tema di deliberazione della sentenza:

1. questioni preliminari;

2. questioni di fatto concernenti l'imputazione;
3. questioni di diritto concernenti l'imputazione;
4. questioni relative all'applicazione delle pene e delle misure di sicurezza.

L'adozione di una tale sequenza, oltre che in un innegabile vantaggio sotto il profilo dell'economia dei mezzi logici, consente di sintonizzare la requisitoria con il lavoro che attende il giudice in camera di consiglio.

Peraltro ciò non rappresenta che la proiezione di quanto normativamente previsto dover essere oggetto della prova che si acquisisce in dibattimento (8).

Il dato enunciato da ultimo spiega facilmente, come non sia necessariamente frutto di una qualche errata determinazione, la difformità tra le decisioni assunte in ordine all'esercizio dell'azione penale e le conclusioni assunte al dibattimento. Diverso l'oggetto nell'un caso e nell'altro su cui cade la riflessione del pubblico ministero. In un caso si valutano fonti di prova, sia pure nella loro attitudine a far conseguire prove, nell'altro esclusivamente la produzione probatoria dibattimentale. Sotto il profilo delle metodologie di impostazione della requisitoria, ciò si traduce in uno sforzo di astrazione che il pubblico ministero è tenuto a compiere da un sapere che gli perviene da cognizioni che non sia stato possibile trasferire adeguatamente in sapere formalizzato nel corso dell'istruttoria dibattimentale, unico sapere su cui può esercitarsi proficuamente la sua riflessione. Benché sia meno semplice di quanto non possa ritenersi, sarebbe abitudine non disprezzabile quella di bandire, anche fisicamente, dallo studio del pubblico ministero il fascicolo delle indagini nel momento in cui egli si accinge ad impostare la sua requisitoria. Per quanto possa sembrare evidente pure occorre rilevare che la requisitoria non rappresenta una sintesi ragionata dell'attività di indagine. Non esiste diretta proporzione, in termini di complessità, tra indagine, o entità del reato, e requisitoria. Mentre è probabilmente fondato assumere che, in fatto, l'efficacia di una indagine si misura al dibattimento nella sua attitudine a tradursi prontamente ed inequivocabilmente in prova assunta al dibattimento. È tentazione da bandire quella di voler tediare i giudici facendo ripercorrere le tappe dell'investigazione. Tutto ciò aveva evidentemente senso quando con il vecchio rito investigazione, istruttoria del pubblico ministero, del Giudice ed assunzione di prove al dibattimento costituivano un *quid* di omologabile agli effetti del materiale su cui fondare il giudizio. Al contrario oggetto della requisitoria non può che essere l'apprezzamento di quanto confluente legittimamente nel fascicolo del giudice.

Peraltro proprio la puntuale definizione della latitudine delle acquisizioni dibattimentali legittimamente utilizzabili ai fini della deliberazione costituisce forse oggi la frontiera più ardua e sofisticata su cui esercitare l'acume delle parti prima e poi del giudice.

4. La forma della requisitoria

Quanto alla forma dell'atto processuale *requisitoria*, non sembra esserci dubbio che essa sia connotata da oralità. In questo senso depone, quanto meno, il fatto che il secondo comma dell'articolo 523 c.p.p. indica per la parte civile il diverso obbligo di presentare conclusioni scritte. Del resto l'*adozione del metodo orale* rappresenta una opzione di fondo enunciata al punto 2 della legge delega per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale .

Alla più efficace impostazione della requisitoria certamente concorre la possibilità di far uso di note scritte il cui scopo può ben essere quello di valorizzare le conclusioni orali liberandole dalle parti più pedissequa e contenendo in limiti temporalmente compatibili con i fisiologici cali di attenzione le considerazioni formulate oralmente.

Un sistema che conosce come principio di ordine generale la possibilità di presentare al giudice in ogni stato e grado del procedimento memorie e richieste scritte (art. 121 c.p.p.), non può non prevedere che memorie e richieste scritte siano presentate anche nella fase della discussione. Infatti il comma 482 comma 1 prima parte c.p.p. recita: *“Le memorie scritte presentate dalle parti a sostegno delle proprie richieste e conclusioni sono allegare al verbale”*.

La memoria come tale è atto con cui si illustrano al giudice le proprie ragioni in fatto ed in diritto, essa non può spingersi però oltre la rielaborazione del materiale raccolto al dibattimento con le regole dell'acquisizione della prova al dibattimento.

L'uso, a supporto della stessa requisitoria orale, di tecnologie multimediali in grado di riprodurre, in tutto o in parte, eventi di rilievo processuale si è, come è noto, rivelato di indubbia efficacia. Rispetto al puro eloquio, la capacità persuasiva di questi strumenti è legata al fatto che essi, stimolando più sensi contemporaneamente e proponendo le informazioni, sia visive che sonore, nella maniera più congrua rispetto all'assunto finiscono per fissarsi nel ricordo dell'interlocutore più di quanto non riescano a fare le enunciazioni semplicemente verbali, che sfruttano un solo tramite per arrivare alla nostra intelligenza. Nella normalità dei casi l'impiego di queste modalità di persuasione fanno registrare nel destinatario un minor grado di capacità di decifrazione di tecniche suggestive. Così mentre si è più facilmente in grado di cogliere la suggestione insita in una enunciazione verbale capziosa, non è parimenti comune la capacità di cogliere il contenuto suggestivo di una inquadratura.

Quale tipo di ripensamento in ordine alla documentazione dell'attività dibattimentale ciò possa determinare è problema su cui avviare presto una riflessione.

Non mancano taluni spunti giurisprudenziali utili per avviare una discussione. Trovo sul punto di notevole interesse quanto affermato dalla Cassazione (9) che ha sottolineato come: *“Dalla stessa letterale formulazione dell'articolo 468 del codice di rito penale abrogato (la situazione non è affatto mutata con riferimento al 523 di quello vigente) si ricava che la “discussione finale” va svolta con l'illustrazione orale delle ragioni a sostegno delle conclusioni che sempre oralmente vanno presentate venendo poi, queste ultime, consacrate per scritto nel verbale redatto dal cancelliere. Nulla certamente può impedire la presentazione di note difensive ai sensi del disposto dell'articolo 145 dello stesso codice.*

Peraltro tale facoltà, almeno nel corso della discussione, non può essere estesa fino al punto di introdurre nel processo una consulenza tecnica di parte su materie che non furono oggetto di perizia”.

Mi pare che la sentenza offra un criterio che consenta di scrutinare quanto può legittimamente porsi come supporto all'attività requirente e quanto, invece, debba essere respinto per attenere ad un ambito diverso. Ogni metodologia deve porre a base delle sue elaborazioni risultanze già documentate agli atti del fascicolo del giudice, per trarne una elaborazione se si vuole suggestiva ma in nessun caso frutto di prove diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento (art. 526 c.p.p.).

Ogni altro impiego di metodiche che cerchino di indurre elementi non ritualmente percepiti al dibattimento, e dunque elementi di cui i giudici non potranno tener conto *ex art. 526 c.p.p.* (10), dovrebbe essere represso dal presidente *ex art. 523 comma 3 c.p.p.* (11). Il compito del presidente risulta, anche in questo, cruciale garanzia di legalità; questo benché gli strumenti che l'ordinamento ora gli abbia riservato appaiono certamente meno deterrenti di quanto non fosse stato previsto codice di rito non più in vigore (12).

5. La collocazione della requisitoria

Con innovazione rispetto al precedente codice di rito, la requisitoria si colloca, ora, in ogni caso, anche quando vi sia parte civile, come primo atto della discussione. La violazione dell'ordine degli interventi, tuttavia, non pare (13) almeno sotto il vigore del vecchio codice ritenuto sanzionabile più severamente che con la comminatoria di nullità sanabile *ex art. 471 codice abrogato* (14). Mi sembra che analoghi effetti indurrebbe l'applicazione del comma 2 del vigente articolo 182 c.p.p..

Ma dalla collocazione della requisitoria nel contesto della discussione, e, particolarmente, dal rilievo che il pubblico ministero non è destinato, rispetto ai suoi interlocutori, ad avere l'ultima parola, deve indurre il magistrato del pubblico ministero ad impostare la sua requisitoria in termini tali da tenere sistematicamente presente gli argomenti che sostengono la tesi avversa, la qual cosa implica non solo capacità di ordire una trama ragionevole delle proprie argomentazioni, ma, prima ancora, la capacità di rappresentarsi gli argomenti spendibili utilmente dalla controparte.

(1) La norma non poteva non essere introdotta in quanto al punto 68 della delega legislativa al governo per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale si legge: "previsione che le funzioni di pubblico ministero in udienza siano esercitate con piena autonomia".

(2) Cfr. Cass. Sez. I Sent. 05942 del 30 maggio 1991 Pres. Vitale. Edita in *Cassazione Penale*, Anno 1993, Fasc. 3, Pag. 0652. Citazione tratta da *C.E.D. Cassazione*.

(3) Cfr. Cass. Sez. 6 Sent. 1746 del 6 novembre 1969 (Ud. 7 ottobre 1969) Pres. Rosso P.M. (Conf.) Bigazzi.

(4) Cfr. Cass. Sez. 2 Sent. 6916 dell'8 luglio 1996 (Ud. 17 gennaio 1996) Pres. Simeone P.M. (Conf.) Veneziano. Citazione tratta da *C.E.D. Cassazione*.

(5) Cfr. Cass. Sez. 3 Sent. 7528 del 10 novembre 1972 (Ud. 27 settembre 1972) Pres. Frisoli P.M. (Diff.) De Andreis. Citazione tratta da *C.E.D. Cassazione*.

(6) Sez. 1 Sent. 00183 del 11 gennaio 1997 (Ud. 12 dicembre 1996) Rv. 206605 Pres. Sacchetti F. Rel. Gemelli T. Cod. par. 418 Imp. P.M. in proc. Pacciani P.M. (Diff.) Albano A. 661036 Impugnazioni (cod. proc. pen. 1988) - Appello - Dibattimento - Discussione - Richiesta di interruzione della discussione per acquisire nuove prove - Obbligo del giudice di provvedere in tal senso - Condizioni - Indicazione - Provvedimento del giudice - Obbligo di motivazione - Sussistenza - Fattispecie: giudizio relativo ad omicidio volontario plurimo. Nuovo Cod. Proc. Pen. art. 523 comma 6. Nuovo Cod. Proc. Pen. art. 602 comma 4. Cost. (*).

In tema di assunzione della prova in sede di gravame, il giudice di appello – il quale già prima della fase finale del grado ha il potere-dovere (*ex art. 603 cod. proc. pen.*) di valutare l'assoluta necessità di assumere prove nuove – è tenuto, ai sensi dell'art. 602 comma quarto cod. proc. pen., norma di chiusura definitiva del sistema probatorio, ad interrompere la discussione se la nuova prova, per la sua conferenza e decisività, attraverso il mezzo di ricerca teso ad introdurla, si presenti apprezzabile per il suo valore dimostrativo “determinante”, a sostegno di un'ipotesi ricostruttiva completa dei fatti, il maggior grado possibile vicina alla verità reale in vista del giudizio finale di merito. L'interesse preminente dello Stato di punire il colpevole e di assolvere l'innocente impone che la condanna o l'assoluzione non conseguano a carenze probatorie colmabili: per cui il diritto alla prova per un “*novum*” connotato dalla decisività riemerge, pure nel giudizio di appello e finanche nel corso della discussione, tanto ai fini di una giusta assoluzione, quanto al fine di ottenere una giusta pronuncia di condanna. Del suo potere discrezionale di valutare l'esistenza, l'utilità e la decisività della nuova prova – questione di fatto di esclusiva competenza del giudice di merito – anche il giudice di appello deve dare congrua ragione in vista dell'assoluta necessità di interrompere la discussione per acquisirla. (Nella fattispecie – relativa ad una serie di omicidi e reati connessi, in relazione ai quali l'imputato era stato condannato in primo grado all'ergastolo – la Corte di Assise di Appello, in riforma di tale decisione, aveva mandato assolto l'imputato dopo aver ritenuto di non accogliere, in particolare, la richiesta avanzata dal P.G. in sede di discussione, di interromperla per acquisire una prova sopravvenuta: più specificamente il P.G. – informato dell'arresto di una persona a seguito di ordinanza custodiale eseguita il giorno precedente, in relazione ad uno degli episodi (un duplice omicidio) oggetto di quel processo, commesso in concorso con il soggetto imputato nel detto processo – aveva chiesto acquisirsi copia del provvedimento cautelare dal quale emergeva l'esistenza di testimonianze dirette sull'episodio criminoso, ed aveva sollecitato nel contempo l'assunzione delle stesse quali prove sopravvenute alla sentenza di primo grado ed assolutamente necessarie per la ricerca della verità. La Suprema Corte, in applicazione del principio di cui in massima, ha annullato con rinvio la sentenza della Corte di Assise di Appello, avendo tale giudice omesso di prendere nella debita considerazione, per eventualmente ammetterla, la nuova prova così come prospettata dal P.G. nel corso della discussione, ed avendo conseguentemente omesso di motivare congruamente sulla concludenza e decisività della relativa assunzione, anche alla luce della esclusiva indiziarità del materiale probatorio fino a quel momento acquisito).

(*) Vedi 9310819 196307.

(7) Cfr. Cass. Sez. 4 Sent. 8959 del 30 settembre 1993 (Ud. 28 maggio 1993) Pres. Scorzelli F. P.M. (Conf.) Scardaccione.

(8) Art. 187 c.p.p. *Oggetto della prova.* - Sono oggetto di prova i fatti che si riferiscono all'imputazione, alla punibilità e alla determinazione della pena o della misura di sicurezza; sono altresì oggetto di prova i fatti dai quali dipende l'applicazione di norme processuali.

(9) Cfr. Cass. Sez. I Sent. 8511 del 29 luglio 1992 (Ud. 6 luglio 1992) Pres. Carnevale P.M. (Diff.) Persiani. Citazione tratta da *C.E.D.* Cassazione.

(10) Art. 526. *Prove utilizzabili ai fini della deliberazione* “Il giudice non può utilizzare ai fini della deliberazione prove diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento”.

(11) Art. 523 comma 3: “Il presidente dirige la discussione e impedisce ogni divagazione, ripetizione e interruzione”.

(12) Art. 470 c.p.p. 1930 “quando nella discussione i difensori ovvero il pubblico ministero non si attengono alle direttive date dal presidente o dal pretore per la discussione o abusano della facoltà di parlare, per prolissità, divagazioni o in altro modo, e non sono valsi due successivi richiami, il presidente o il pretore toglie la facoltà di parlare a chi ne ha abusato. In questo caso e in ogni altro nel quale sia stata tolta la facoltà di parlare, si procede alla deliberazione dell'ordinanza o della sentenza anche senza le conclusioni del pubblico ministero o del difensore al quale è stata tolta la facoltà predetta.

(13) Cfr. Cass. Sez. 2 Sent. 10973 del 4 novembre 1991 (Ud. 16 maggio 1991) Pres. Carollo P.M. (Conf.) D'Ambrosio.

(14) Art. 471 c.p.p. del 1930: *Sanatoria delle nullità verificatesi nel dibattimento*. Le nullità verificatesi nel dibattimento sono sanate, se la parte interessata non le ha fatte rilevare prima che l'atto sia compiuto, e, quando ciò non è possibile, immediatamente dopo il compimento dell'atto, con dichiarazione inserita nel processo verbale.

LA VALUTAZIONE DELLA PROVA NEL DIBATTIMENTO; IN PARTICOLARE IL PROCESSO INDIZIARIO

Relatore:

dott. Renato GAVAGNIN

procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Venezia

1) Il processo indiziario è un tema rispetto al quale sia la dottrina sia la giurisprudenza hanno avuto modo di occuparsi ampiamente non solo perché il tema della prova è il fulcro attorno al quale ruota ogni processo, civile o penale, ma anche perché la prova indiziaria in sé presenta delle peculiarità suscettibili di valutazioni diverse quanto alla sua struttura e al rilievo processuale che le sono propri alla stregua del dato normativo che la prevede.

Quando si parla di processo indiziario, di indizi, in termini non strettamente tecnico-giuridici viene facile pensare a un processo nel quale la prova che si acquisisce e valorizza non abbia quegli elementi di certezza che la valutazione del *thema decidendum* richiede e che offra, pertanto, soltanto una *probatio minor* che, addirittura, non potrebbe mai portare a una pronuncia di condanna.

È da dire che la formulazione dell'art. 192, 2° comma c.p.p. potrebbe dare adito in prima lettura a una tale considerazione del processo indiziario laddove come principio generale nega che l'esistenza di un fatto possa essere desunta da indizi e dà poi ingresso ai medesimi solo in via di eccezione quando essi siano gravi, precisi e concordanti.

Ad evitare equivoci che al riguardo potessero sorgere da una tale impostazione era stata proposta una formulazione in positivo della norma nel senso che “gli indizi sono valutati soltanto se siano gravi, precisi e concordanti”, ma è stata poi preferita quella accolta nel testo e questo, come sarà in prosieguo argomentato, non tanto per sminuire la valenza probatoria dell'indizio e, quindi, indirettamente per porre limiti al libero convincimento del giudice, quanto per sottolineare – che di una semplice sottolineatura in definitiva si tratta priva di rilievi sostanziali rispetto alla formulazione in positivo proposta – come il convincimento del giudice non debba e non possa affatto basarsi su sospetti, supposizioni, su elementi soggettivi cioè che non trovino riscontro in elementi oggettivi connotati dall'aggettivazione indicata nella norma.

Così facendo, peraltro, il legislatore al tempo stesso in cui ha inteso circoscrivere la fonte cui può attingere il giudice nella formazione del suo libero convincimento, ha nettamente differenziato gli indizi da ogni altro elemento non controllabile e conferito ai medesimi una valenza probatoria che giustifica la loro collocazione nell'art. 192 c.p.p. che riguarda appunto la valutazione della prova.

Una prova debole, incapace di per sé di fornire elementi probatori attendibili non potrebbe mai essere oggetto di valutazione nella formazione del convincimento del giudice: il fatto che gli indizi risultino ricompresi nella norma che disciplina la valutazione della prova impedisce pertanto qualsiasi discriminazione relativa al rango proprio degli indizi.

Non ritengo, sia da condividere quella parte della dottrina che nel dettato del 2° comma dell'art. 192 c.p.p. vede normativizzato un regime di legalità della prova che penalizzerebbe quella indiziaria nel prescrivere per essa limiti di utilizzabilità processuale non previsti invece per la prova c.d. diretta quasi che per quest'ultima non si imponessero comunque quelle esigenze di prudente apprezzamento che devono sempre accompagnare la valutazione di ogni elemento probatorio acquisito.

È qui da osservare che la aggettivazione che deve connotare l'indizio perché il medesimo possa costituire elemento di quel processo inferenziale che porta dal fatto noto a quello non noto proprio del *thema probandum*, trova giustificazione nella particolare struttura dell'indizio, di un fatto cioè che per non essere direttamente rappresentativo del fatto da provare e, quindi, di per sé, sul piano fenomenologico, neutro, ripete la sua valenza probatoria dalla sua, indichiamola per ora, idoneità a porsi in quella relazione con il *thema probandum* che sola può derivargli dal possesso dei requisiti che l'art. 192, 2° comma prescrive debba avere, mentre una tale esigenza non sussiste per la prova c.d. diretta che, a differenza dell'indizio, una tale idoneità possiede di per sé, a prescindere dal rilievo probatorio che in concreto potrà esserle poi attribuito, per cui è evidente come la sua valutazione richieda soltanto che il giudice dia conto nella motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati, principio generale questo che investe ogni tipo di prova ma che con riferimento alla struttura di quella indiziaria deve specificarsi con la aggettivazione prevista dalla norma che, d'altra parte, è propria anche delle presunzioni semplici di cui agli artt. 2727 e 2729 c.c. le quali al pari degli indizi consentono di risalire da un fatto noto a un fatto ignorato, e dove la gravità, la precisione e la concordanza sono condizione della loro ammissibilità: il giudice non deve ammettere che presunzioni gravi, precise e concordanti, e si ricordi che nella economia della prova le presunzioni nel processo civile hanno un rilievo notevolmente inferiore rispetto a quello proprio degli indizi nel processo penale.

La sua connotazione essenziale l'indizio, come chiaramente risulta dal suo etimo, la ripete dalla sua funzionalità a fornire indicazioni rispetto al *thema probandum* oggetto del processo.

E qui mi piace richiamare il BELLAVISTA laddove nella voce "Indizi" nella *Enciclopedia del diritto* (Varese, 1988, pag. 224) ricorda come "nel diritto romano il termine *indicium* valeva propriamente per denuncia, almeno originariamente; nella terminologia tecnico-giuridica romanistica, quella che è la moderna accezione di indizio si rendeva con le voci *argumentum* o *signum*. La successiva fortuna del termine indizio... si giustifica con la spiegazione etimologica del NICOLINI, il quale rifacendosi a un passo oraziano (*indiciis monstrare recentibus abdita rerum*), argomenta che mostrare da segni recentemente osservati il segreto nascosto delle cose, è come svelarli, dirli. E da dico discenderebbero indico, *index*, *indicium*. L'accezione comune del termine non si discosta di troppo da quella giuridica, che definisce l'indizio come una circostanza certa dalla quale si può trarre, per induzione logica, una conclusione circa la sussistenza o la insussistenza di un fatto da provarsi".

Mutuando una terminologia propria della semiotica può dirsi che l'indizio è un segno che la tecnica di indagine adopera perché dotato di una capacità connotativa tale da individuare il fatto proprio del *thema probandum* che altrimenti rimarrebbe ignorato.

L'indizio-segno è strumento quindi di conoscenza per l'aspetto significante che esprime rispetto a un significato che disvela. E tanto più valida sarà la acquisizione di conoscenza quanto più rigoroso il processo che conduce ad essa e proprio con riferimento a tale processo di abduzione il legislatore ha prescritto che gli indizi debbano avere determinati requisiti, quali quelli indicati nel 2° comma dell'art. 192 c.p.p. che hanno il compito di prevenire il rischio di "falsificazioni" cui il processo potrebbe dar luogo nel senso di fuorviare l'indagine.

In un certo senso tali requisiti svolgono la stessa funzione svolta in negativo dai "falsificatori potenziali" della teoria falsificazionista dell'epistemologo Karl POPPER secondo il quale se si vuole che un determinato metodo scientifico possa essere controllato dall'esperienza è necessario conoscere i fattori che potrebbero falsificarlo: una teoria sarà quindi valida quanto più resisterà alle prove di falsificazionalità cui è esposta o può essere sottoposta. Tali fattori di rischio ne corroboreranno la scientificità nella misura in cui sono evitati.

E i requisiti che gli indizi devono avere sono speculari al loro contrario: la non gravità, la imprecisione, la mancanza di concordanza che potrebbero accompagnarsi agli indizi sono i fattori di rischio che renderebbero inaffidabile il metodo seguito aperto così a ogni illazione, per cui proprio al fine di assicurare che l'inferenza logica, che da un fatto certo consente di pervenire alla dimostrazione di un fatto ignorato, resista a tali fattori di rischio, il legislatore li ha tradotti nella necessaria presenza positiva del loro contrario a salvaguardia della attendibilità del percorso logico che contrassegna l'indizio.

A questo punto è evidente come trattandosi di una prova critica o indiretta il fatto dal quale essa trae origine deve essere ontologicamente certo, deve essere noto come espressamente prevede l'art. 2727 c.c. per la presunzione: la sua certezza deve risultare da una prova diretta che non abbisogni di passaggi logico-argomentativi per essere dimostrata. La sola possibilità di congetturare sulla certezza storica dell'indizio quale fatto inficierebbe tutto il processo logico che da esso si diparte.

In tal senso si è espressa pure la giurisprudenza di legittimità (Cass. sez. I, 10 gennaio 1995 n. 118) secondo la quale "con la certezza dell'indizio viene postulata la verifica processuale circa la reale sussistenza dell'indizio stesso, giacché non potrebbe essere consentito fondare la prova critica (indiretta) su un fatto verosimilmente accaduto, supposto o intuito, e non accertato come realmente verificatosi, dal momento che con la regola di giudizio positivamente codificata, il procedimento probatorio fondato su elementi indiziari per sfociare nella prova del fatto ignoto – oggetto del "*thema probandum*" – deve fondarsi su circostanze di sicura verifica storico-naturale".

"Altrimenti operando (Cass. 20 ottobre 1994 n. 1197), infatti, il procedimento indiziario sarebbe 'in radice' basato su mere congetture o soggettive impressioni, che indiscutibili postulati di civiltà giuridica hanno sempre escluso dall'ambito di utilizzabilità probatoria in sede di accertamento di responsabilità penale".

Principio questo del quale veniva fatta applicazione in tema di sequestro di persona, dove un indizio era costituito dal rinvenimento di una catena che sarebbe stata impiegata per immobilizzare la vittima, e rispetto alla quale l'imputato sarebbe incorso in contraddizioni sulla data e sul prezzo di acquisto (Cass. 8 febbraio 1991 n. 164): "non è conforme alle regole della logica giuridica far derivare, come un mero giudizio probabilistico, da una inesattezza dovuta al congruo tempo decorso, collegato ad un riferimento impreciso di modalità marginali riguardanti l'operazione di un acquisto, la certezza che quella catena fosse stata effettivamente usata ai predetti fini... Pertanto l'indizio in parola, così come è stato considerato, a parte il fatto coincidente dell'uso di una catena che immobilizzava il prigioniero, è privo di sicura e autonoma valenza probatoria."

A questo punto proprio per la essenzialità del dato potrebbe sorgere l'interrogativo del perché la certezza non figuri ricompresa tra i requisiti che connotano l'indizio.

Al riguardo la risposta non è univoca in quanto se da un lato si afferma che la certezza dell'indizio è implicitamente ricompresa nella previsione del precetto, dall'altro si assume (vi è giurisprudenza di legittimità) che la certezza si identifica con il requisito della precisione.

Questa seconda risposta potrebbe essere intesa quale sforzo diretto a colmare una lacuna che si ritiene ci sia nella norma per la mancata menzione della certezza tra i requisiti propri dell'indizio, per cui la si identifica con quello che meno impropriamente degli altri potrebbe ricomprenderla.

Non solo però, come sarà più chiaro nella disamina dei singoli requisiti, una tale ricomprensione non è concettualmente ravvisabile, ma la ragione per cui la certezza non figura nella aggettivazione prevista nel 2° comma dell'art. 192 c.p.p. è dovuta al fatto che essa non è omogenea con gli altri requisiti.

La certezza di cui si discute deve essere riferita all'indizio quale fonte di prova che può essere la più varia, o l'esame di un testimone che abbia direttamente assistito all'accadimento di un evento, o un documento, o tracce rinvenute sul luogo teatro del reato, o altre cose ancora, per cui è evidente che la certezza non consegue automaticamente da una semplice constatazione della esistenza della fonte ma comporta una verifica della medesima che nel caso della testimonianza sarà data dalla accertata attendibilità del testimone, nel caso del documento dall'accertata sua autenticità, nel caso delle tracce dalla accertata loro individuazione di *res* appartenenti a una determinata specie, o di segni che univocamente indichino la causa che li ha prodotti: ad esempio, in presenza di impronte sul terreno se esse siano state lasciate dall'uomo, o da un animale, o da un mezzo meccanico.

In tutti questi casi la verifica della fonte non comporta alcuna inferenza logica che conduca al disvelamento del fatto ignorato proprio del *thema probandum*, in quanto considera l'indizio non quale elemento probatorio ma semplicemente come un fatto che deve essere individuato nella sua oggettività senza preoccupazione alcuna dei significati che il medesimo potrà poi esprimere nella storia criminale – come si usa dire – nel cui contesto soltanto la fonte dell'indizio potrà essere valutata quale elemento di prova: è per questo che il fatto noto deve offrire un grado tale di certezza da apparire indubitabile e incontestabile.

Il fatto di per sé non è indizio ma può diventarlo, e soltanto con riferimento a tale divenire si giustificano i requisiti che devono connotarlo tra i quali la certezza non può avere ingresso posto che, se intesa in senso assoluto, confligge con la valenza probatoria propria dell'indizio conseguente alla sua struttura, mentre se intesa in senso relativo essa trova già la sua espressione nei requisiti della gravità e della precisione che la presuppongono nel senso che li precede logicamente tutti e, oltretutto, se il legislatore avesse inteso indicare con l'aggettivo "precisi" la certezza degli indizi non avrebbe mancato di farne menzione quale loro prima connotazione.

La verità è che la certezza dell'indizio deve ritenersi implicita nella norma e ciò trova conferma anche nella lettura dell'art. 2729 c.c. che prevede, al pari dell'art. 192, 2° comma, c.p.p., i requisiti che l'indizio deve possedere per acquistare valenza probatoria e che non ricomprende tra di essi la certezza proprio perché la medesima si pone su un piano ontologico diverso che trova espressione in altra norma, l'art. 2727 c.c., dove le presunzioni semplici – indizi – sono le conseguenze che il giudice trae da un fatto noto, e cioè certo.

Poiché, pertanto, l'art. 192, 2° comma c.p.p. ripete la aggettivazione dell'art. 2729 c.c., è evidente come in tale aggettivazione non possa ritenersi prevista anche la certezza o notorietà del fatto che funge da indizio e che viene, quindi, semplicemente presupposta.

La certezza che deve essere propria del fatto per acquistare valenza di indizio pone però il problema se sia possibile che un indizio abbia come suo antecedente logico altro indizio, se sia possibile che un rapporto eziologico leghi più indizi e che l'ultimo, nonostante la mediatezza del riferimento alla certezza del primo fatto indiziante, possa comunque avere una propria valenza probatoria.

Dopo quanto si è argomentato una risposta positiva è da escludere ma questo non significa affatto, come pure in dottrina si sostiene, porre dei limiti al libero convincimento del giudice, ma semplicemente evitare che esso possa formarsi – e riprendo una considerazione già accennata – sulla base di elementi di valutazione tali da inficiare, per l'assenza di un fatto certo, il processo logico inferenziale che conduce al fatto ignorato.

E a questo punto è opportuno anche evidenziare come a rigore è libero non il modo di formazione ma l'*an* del convincimento nel senso che il convincimento del giudice si forma dopo che una valutazione delle prove vi sia stata in ordine agli elementi probatori rispetto ai quali esso può formarsi: i requisiti che l'indizio deve avere attengono alle regole che disciplinano la ammissibilità e la utilizzabilità processuali delle prove e che hanno lo scopo di impedire che il convincimento del giudice possa fondarsi solo sulla sua intima convinzione, nella sua coscienza, che in sede di decisione possono, nel foro interno del giudice, avere un rilievo soltanto se a formarle concorrono elementi probatori che non ripetano la loro ontologia da sospetti, congetture, supposizioni che la vicenda giudiziaria possa aver suggerito al giudice.

Si potrà pure dire che così la prova indiziaria finisce per essere una prova legale con l'avvertenza, però, di precisare che altrimenti il giudice non sarebbe in grado nella motivazione della sua decisione di dar conto dei risultati acquisiti e dei criteri adottati: parametri questi propri della valutazione di ogni prova e che sarebbe impossibile fossero osservati se in sede di prova indiziaria i fatti indizianti non avessero i requisiti previsti dall'art. 192, 2° comma, c.p.p..

Sostanzialmente conforme con questa impostazione il GREVI (G. CONSO - V. GREVI, *Profili del Nuovo Codice di Procedura Penale*, Padova, p. 157) laddove riferisce il libero convincimento del giudice all'“area delle prove legittimamente ammesse ed acquisite, dunque utilizzabili”. I limiti di tipo normativo al principio del libero convincimento del giudice circoscrivono “la sfera di libero apprezzamento probatorio che la medesima disposizione (art. 192 c.p.p.) riconosce al giudice per la formazione del proprio convincimento”, per cui “quando si accerta una simile caratterizzazione degli indizi (gravi, precisi e concordati) entrati nella sfera conoscitiva del giudice, il divieto probatorio risulta ribaltato: gli indizi, così intesi nel loro organico complesso, assumono rilevanza di prova, e diventano senz'altro idonei ad integrare la piattaforma di convincimento, da cui può essere desunta la esistenza di un fatto”.

“In definitiva la libertà del convincimento riguarda soltanto la sussistenza del convincimento stesso. Qualunque sia il “grado” di verosimiglianza o di probabilità raggiunto, si considera infatti il giudice libero di ritenersi “convinto” della verità dei fatti o meno (S. PATTI, *Prove - Disposizioni generali*, Bologna 1987, pag. 155)”.

Similmente il NOBILI (*Commento all'art. 192 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, II Torino 1990, pag. 415 ss.) quando afferma che il “c.d. libero convincimento si estrinseca nel solo momento del valutare. E soprattutto, nelle residue e anteriori fasi in cui s'articola il procedimento probatorio – ammissione, acquisizione-formazione – è accolto (e sanzionato) un regime di legalità e non già qualsivoglia preteso regime ulteriore di ‘prova libera’”.

Detto questo, una riflessione, peraltro, può farsi sull'ammissibilità dell'indizio mediato ed è che la questione da un lato non sempre viene posta nei suoi termini corretti, e dall'altro ha una rilevanza minore di quella che apparentemente potrebbe avere e che le viene attribuita solo se si consideri che spesso vengono ritenuti indizi di 2° o di 3° grado quelli che in effetti sono di 1° grado.

Sotto il primo aspetto il GIANTURCO (V. Gianturco, *La prova indiziaria*, Milano 1958, pag. 145), osserva, ad esempio, che “se il giudice può, con il sistema probatorio vigente, aver per certo il fatto (circostanza indiziata) risultato dalla prima illazione... può bene – ove occorre per il giudizio – fondare su tale circostanza indiziata un'ulteriore inferenza”.

Qui è evidente che si confonde la certezza del fatto indiziante con la certezza del fatto indiziato il che non è esatto stante che, a meno che non si tratti di un'unica inferenza necessaria che dal fatto possa essere desunta, e allora di prova logica *tout court* si deve parlare e non di indizio, il fatto indiziato non può dirsi avere di per sé la certezza che si richiede sul piano storico – naturalistico al fatto indiziante, per cui esso può esprimere soltanto un elevato indice di probabilità, e ancora una volta non si tratta di considerare la prova presuntiva o indiziaria meno efficace delle altre prove – rilievo questo che il GIANTURCO rivolge a chi non ritiene ammissibile l'indizio mediato – ma semplicemente di definire con esattezza una struttura logica all'interno della quale soltanto sia possibile ritenere che un rapporto abduttivo possa avere rilevanza probatoria.

Sul punto pure la Corte di Cassazione (sent. 6 luglio 1992 n. 601) si è espressa nel senso che “in presenza di una pluralità di elementi indiziari, il giudice dovrà certamente procedere all'esame di ciascuno di essi singolarmente preso trascurando gli altri e ciò al fine di acclararne la certezza storica” e soltanto dopo aver “esaurito questa indefettibile indagine preliminare, sarà suo compito quello di una valutazione unitaria degli stessi per valutarne la concordanza” dove è evidente che nessuna certezza storica può essere riconosciuta al fatto indiziato che come tale quindi non può fungere da indiziante di altro fatto ignoto.

Sotto il secondo aspetto non sempre la forza indiziante del fatto si manifesta appieno all'atto del suo accertamento: ciò dipende dal livello di conoscenze fino a quel momento acquisite nel contesto nel quale l'indizio si colloca, e che può consentire di apprezzare soltanto alcuna o alcune delle indicazioni che il fatto indizio può offrire, ma in seguito il concorso di altre circostanze, che aprono nuove prospettive o precisano meglio certi aspetti della vicenda, può rendere meritevoli di attenzione altre indicazioni prima trascurate che portano ad altri fatti ignoti ma che ripetono il loro momento genetico non da una inferenza logica a cui si fosse giunti in base al fatto – indizio inizialmente accertato, ma direttamente da quest'ultimo.

Altre volte, invece, non di un solo indizio si tratta dal quale ne siano derivati altri, ma di una pluralità di indizi che per l'oggetto proprio di ciascuno di essi, per la loro contiguità che li colloca lungo una medesima linea di indagine, appaiono derivare l'uno dall'altro.

Una riprova, comunque, dell'ammissibilità dell'indizio mediato sarebbe data – per riprendere un esempio fatto dal GIANTURCO nella sua opera citata – dal disposto dell'art. 244 c.p.p..

Ora il disposto della norma disciplina casi e forme delle ispezioni e prevede anche che nessuna mutazione di luoghi e cose sia intervenuta: infatti è previsto che il reato non abbia lasciato tracce o effetti materiali, e in questo caso non c'è evidentemente nessun stato preesistente di luoghi e cose da verificare. Prevede poi il legislatore pure la ipotesi che una eventuale modificazione vi sia stata, per cause o naturali o determinate dall'intervento dell'uomo, e in tal caso, e “in quanto possibile”, il giudice verificherà lo stato preesistente.

Ora due sono le possibilità che possono presentarsi. Che una attività di verifica possa fare riferimento allo stato attuale quando il medesimo contenga elementi di per sé indicativi di una traccia o effetto materiale del reato seppure connotati da una rilevanza indiziaria ridotta rispetto a quella che si ritiene potessero avere prima della intervenuta mutazione, e allora l'indizio sarà di 1° grado con valenza probatoria limitata a quella che il fatto in sé è capace di esprimere, in quanto senza un riscontro oggettivo non è possibile argomentare alcunché, poiché se così fosse, neppure l'indizio di 1° grado sussisterebbe. Sotto questo aspetto andare oltre alla valenza probatoria così circoscritta per desumere da essa altro indizio è veramente congetturare – come freudianamente si esprime l'Autore.

La seconda possibilità che può presentarsi in assenza di tracce o effetti materiali, o unitamente a residui dei medesimi, è che la verifica possa giovare di elementi non presenti nei luoghi o nelle cose, ma che riproducono documentalmente lo stato dei medesimi quale esso era prima dell'accadimento del fatto reato: si pensi a planimetrie, fotografie, etc., che consentono di rilevare con il raffronto tra i due dati, quello attuale e quello preesistente, le eventuali mutazioni che siano intervenute. Ma in questo caso il giudice dispone di una prova documentale (tale è qualificata dall'art. 234 c.p.p.) che seppure la si voglia intendere pure essa quale indizio, concreta un c.d. indizio necessario nel senso che la inferenza logica che da esso consegue non può che portare alla conclusione che una determinata mutazione dei luoghi e delle cose vi è stata per qui è tale prova logica, da considerarsi alla stregua del fatto certo di cui prima si è detto, che potrà poi avere una valenza probatoria nell'indicare un fatto ignorato pertinente al *thema probandum*.

Benché circoscritta entro confini più limitati di quanto comunemente si ritenga, è indubbia, peraltro, la ricorrenza di indizi mediati da altri indizi propriamente intesi dei quali sia in dottrina sia in giurisprudenza si assume la ammissibilità e utilizzabilità, ma la perplessità che manifesto in ordine a tale impostazione non credo sia del tutto estranea anche a chi la sostiene se è vero che da un lato si raccomanda “sia usata la necessaria cautela”, e quindi che gli indizi mediati siano sempre considerati con particolare oculatezza e prudenza (così il GIANTURCO), quasi che questo non sia un principio generale proprio della valutazione di ogni prova, e dall’altro si fa presente (CAPUTO, in *Gius. pen.*, 1962, III, 510, citato da Battaglio, *Indizio e prova indiziaria nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1995, f.n. 2, p. 375 ss.) che “data la minore quantità e gravità del loro indice probatorio, dovrà assumere, nell’attività critica di deduzione un più preciso rilievo la regola di un loro necessario cumulo e concorso, ai fini di un reciproco controllo e completamento”: ma con ciò si dà per scontato che l’indizio mediato non è di per sé un “segno” sufficientemente indicativo così come dovrebbe essere ogni indizio seppure poi esso possa trovare potenziata e confermata la sua valenza probatoria dalla concordanza con altri indizi.

2) Scendendo ora all’esame dei singoli requisiti che l’indizio deve avere è evidente come una tale analisi debba essere condotta alla stregua della definizione legislativa contenuta nella norma la quale ha la funzione di definire, appunto, il termine indizio idoneo ad essere ricompreso nel concetto di prova la cui valutazione essa disciplina.

Si tratta di una definizione che è parte del discorso legislativo in quanto riguarda le caratteristiche del termine definito costituenti il concetto di indizio quale elemento di prova.

Con riferimento alla prova *tout court*, il cui concetto è presupposto dalla norma, la definizione potrebbe anche essere classificata quale estensionale in quanto estende il concetto di prova all’indizio (interessanti al riguardo le problematiche in sede civile prospettate dal TARELLO, *Interpretazione della legge - definizioni legislative*, Milano 1980 p. 153 ss.), e in tale ambito – ma per altro anche in quello tra *genus* e *species* – gli elementi elencati nella definizione (l’aggettivazione che accompagna il sostantivo “indizio”) non avendo evidentemente una funzione esemplificativa, devono necessariamente ritrovarsi tutti nel *definiendum*, nell’indizio cioè che, ricompreso nelle prove in via di eccezione, esclude tutti gli altri indizi che non abbiano la sua specificità.

È tale definizione legislativa a consentire di passare dalla mera descrizione dei fatti alla loro qualificazione giuridica, e tanto più agevole sarà l’operazione quanto meno vaghe saranno le nozioni sotto le quali i fatti debbono essere sussunti, e questo aspetto è stato bene posto in rilievo dal PERELMAN (C. Perelman, *Logica giuridica - nuova retorica*, Milano 1979 p. 68).

Il primo requisito ad essere previsto è quello della gravità, ed è naturale che sia così stante che si tratta del requisito che più di ogni altro connota l’indizio quale elemento di prova se è vero che esso puntualizza una capacità dimostrativa, una pertinenza cioè del dato rispetto al *thema probandum*, consistente e resistente alle obiezioni e, quindi, come precisa la giurisprudenza di legittimità, attendibile e convincente. Esprimono lo stesso concetto il LA ROCCA (richiamato dalla Battaglio nel suo articolo citato): “ l’indizio è grave... quando sia conferente all’oggetto del giudizio, cioè allo specifico reato contestato e non di illeciti non ancora individuati con precisione o comunque non contestati, essendo la gravità dell’indizio direttamente proporzionale alla sua congruità e conferenza al *thema probandi*”. E ancora il SAMMARCO (A. A. Sammarco, *Sui requisiti della prova indiziaria nella nuova disciplina processuale penale*, in *Gius. pen.* 1991, parte III, p. 274): “l’indizio grave è l’indizio che dimostra come probabile l’accadimento del fatto di cui deve essere verificata l’esistenza”.

E a questo punto la prima riflessione che si impone è quella di determinare quale grado di capacità dimostrativa l'indizio deve avere per essere considerato grave. La risposta non può che prendere l'avvio dalla struttura dell'indizio, da quella inferenza logica che conduce da un fatto noto ad un altro fatto ignorato, dove il primo può essere inteso quale effetto, quale traccia, del secondo: il processo logico viene denominato abduzione, operazione mentale questa che il, FASSONE (“*Dalla certezza all’ipotesi preferibile: un metodo per la valutazione*”, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1995, f.n. 4 p. 1104 ss.) qualifica “a rischio” in quanto “il nesso causale percorso” all’indietro “è sempre frutto di un’opinabile selezione tra gli infiniti altri antecedenti astrattamente possibili. La scelta operata attraverso l’abduzione è la proposta di una REGOLA che conduce ad una causa la quale, per economia di pensiero, viene individuata come l’antecedente più probabile dell’evento conosciuto”.

Ricordo qui, per la identità sostanziale del concetto, la definizione che il DE RUGGIERO nelle sue “*Istituzioni di diritto privato* (Milano - Messina 1953, vol. II, p. 580)” dà delle presunzioni che lui stesso parifica alla prova indiretta nel procedimento penale: “per effetto della presunzione si ritiene vero nel caso concreto ciò che suole esser vero in base ai dati dell’esperienza nella maggior parte dei casi simili. In sostanza perciò la presunzione, pur qualificandosi mezzo probatorio, differisce dalle altre prove in ciò che, mentre queste danno la certezza dell’esistenza di un fatto, la presunzione, invece, fornisce solo la probabilità che quel fatto possa essere vero”.

È proprio perché questa operazione mentale porta in sé il rischio che l’inferenza possa essere falsata dalla regola o dal criterio seguiti nella abduzione, che si richiede che il fatto noto esprima una capacità dimostrativa di grado così elevato da ridurre al minimo il rischio che il rapporto inferenziale, che si istituisce, possa risultare fuorviante.

Non però da eliminare il rischio senza il quale non sussisterebbe neppure l’indizio come si è già avuto occasione di accennare, e in senso conforme le sez. u. della Cassazione (sent. 4 febbraio 1992, in *Cass. pen.* 1992 p. 2662) hanno precisato: “è possibile – seppur non frequente – che da un fatto accertato sia logicamente desumibile una e una sola conseguenza. In tal caso... dovrà affermarsi che non tanto di indizio si tratta ma di una prova logica compiuta. Di norma il fatto indiziante è significativo di una pluralità, maggiore o minore, di fatti non noti (tra i quali quelli da provare), presenta cioè un livello di gravità e precisione che è direttamente proporzionale alla forza di necessità logica con la quale l’indizio porta verso il fatto da dimostrare, e inversamente proporzionale alla molteplicità di accadimenti che se ne possono desumere secondo le regole di esperienza”.

Il requisito della gravità dell’indizio richiama questa realtà. L’aggettivo “grave”, riferito a un sostantivo che designi un accadimento, uno stato personale, una situazione, sottolinea il dato semantico che esso esprime nel senso di esaltarne il significato, le proprietà che possiede: una malattia, un pericolo, un incidente stradale, sono gravi quando producono in misura rilevante, qualitativamente e /o quantitativamente, gli effetti negativi che sono loro comunemente propri.

Tutto questo riferito all’indizio non può che significare che la sua capacità dimostrativa, rapportata al fatto ignoto, pur tenuto conto che può non condurre a provarne con certezza la esistenza, deve presentare un grado di consistenza in sé e di resistenza alle obiezioni che potrebbero indebolirla, tale da accreditare, secondo l’*id quod plerumque fit*, il suo riferimento al fatto ignoto oggetto del *thema probandum*.

È fuorviante, quindi, parlare di certezza che la gravità in sé dell’indizio dovrebbe offrire: è sufficiente che caratterizzi l’indizio sotto l’aspetto della sua valenza probabilistica da valutarsi alla stregua di parametri che possono essere costituiti o da acquisizioni scientifiche la cui validità non sia seriamente discutibile, seppure in taluni casi possa offrire non certezza ma soltanto probabilità in ordine alla derivazione di un evento da una determinata causa, o dalle cosiddette massime di esperienza da non intendersi quali espressione di una astratta configurazione sillogistica del conoscere giudiziale, ma di conoscenze generali indipendenti dal caso concreto che esprimono una costanza di rapporti.

“Per dirla più chiaramente (così il NOBILI, “*Nuove polemiche sulle cosiddette massime di esperienze*”, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969 p. 123), a meno di contestare l’esistenza e l’applicabilità di “regole” generali del conoscere, extragiuridiche, il giudice ha il dovere di ragionare correttamente e di utilizzare le massime di esperienza, ove il non utilizzarle si tramuti in un ragionamento non corretto... Un conto è l’insensibilità verso le esigenze del caso concreto, altro conto la ammissione di conoscenze autonome rispetto ad esso... “le massime svolgono, come semplici strumenti, una funzione sussidiaria insostituibile nell’operazione giurisdizionale”.

Entro questi limiti, pertanto, l’indizio è affidabile e non anche nel senso di rendere certa la esclusione della “più astratta e remota delle possibilità che, in contrasto con ogni e qualsiasi verisimiglianza e in conseguenza dell’inusitato combinarsi di imprevisti e imprevedibili fattori, la realtà delle cose sia stata diversa da quella ricostruita dal giudice. Se così fosse, infatti, non si dovrebbe più parlare di prova indiziaria e di indizi atti a sostenerla, ma di dimostrazione ‘per *absurdum*’ secondo regole proprie delle scienze esatte non esportabili, come tali, nell’esercizio dell’attività giurisdizionale (Cass. 2 marzo 1992 n. 173)”.

Tale principio veniva affermato in relazione ad una fattispecie dove l’arma usata per la commissione di un omicidio era stata rinvenuta in un cespuglio dove poco prima aveva trovato rifugio un imputato il quale aveva negato che l’arma gli appartenesse. E al riguardo la Cassazione nella citata sentenza argomentava che “la pura e semplice prospettazione della mera possibilità che l’arma usata poco prima da uno dei partecipanti all’azione criminosa, pur se ritrovata nel medesimo cespuglio in cui era stato rinvenuto, perché volontariamente occultatovisi (l’imputato), non avesse nulla a che fare con costui, non può essere considerata idonea ad inficiare la validità del ragionamento sulla base del quale i giudici di merito hanno invece affermato che la predetta coincidenza non potesse avere, nel contesto dell’intera vicenda, altra spiegazione logica e verosimile che non fosse quella da essi recepita”.

In definitiva l’indizio deve consentire “l’accertamento del fatto ignoto secondo i criteri di probabilità e di normalità causale (Cass. 30 luglio 1966 n. 464 sez. II)”.

La gravità non va poi valutata neppure sotto il profilo della capacità risolutiva del singolo indizio in quanto la indicazione la si deve collegare al dato che il fatto certo esprime e che di per sé, seppure grave, può costituire soltanto un elemento probatorio in un contesto che richieda la concorrenza di altri elementi probatori.

Il secondo requisito, quello della precisione, è complementare con il primo: l’indizio deve consistere in un fatto dal quale risulti chiara quale indicazione esso esprima nel senso che in ordine alla medesima non possano essere parimenti possibili diverse interpretazioni che renderebbero equivoco il suo significato.

Con la precisione degli indizi si indica che i medesimi devono essere “non generici e non suscettibili di diversa interpretazione altrettanto o anche più verosimile, perciò non equivoci (Cass. 30 gennaio 1992 n. 1035 sez. IV)”, per cui la precisione è “inversamente proporzionale al numero dei collegamenti possibili col fatto da accertare e con ogni altra possibile ipotesi di fatto (Cass. 14 settembre 1994 n. 9916 sez. VI)”.

L’indizio, quindi, potrebbe essere preciso, nel senso di esprimere chiaramente il significato di una indicazione seppure la medesima possa essere debole rispetto al *thema probandum*, e, d’altra parte, potrebbe essere grave ma non preciso quando la sua indicazione sia tale da non escluderne altre diverse rispetto alle quali risultasse egualmente pertinente.

Ipotesi questa meno ricorrente di quella dell’indizio preciso ma non grave, che comunque doveva essere tenuta presente dal legislatore che con la previsione del concorso di entrambi i requisiti, della gravità e della precisione, ha escluso la ammissibilità di quell’indizio potenzialmente capace di offrire prospettazioni alternative che, annullandosi a vicenda, avrebbero neutralizzato ogni sua valenza probatoria.

Ciò non contrasta con la possibilità che un fatto possa esprimere più indicazioni – come si è già accennato – quando però le medesime si pongano lungo una stessa linea di significati che, anzi, la gravità dell’indizio verrà così accentuata.

Non è preciso l'indizio equivoco e plurivalente proprio perché non consente di individuare con chiarezza la indicazione o le indicazioni pertinenti al *thema probandum*. Una selezione di indicazioni in queste condizioni sarebbe del tutto arbitraria e spezzerebbe quella consequenzialità logico-giuridica che deve presiedere a ogni operazione mentale del processo abduttivo. Ecco perché l'indizio preciso può anche venire qualificato necessario, aggettivo questo, però, appropriato se si intende che senza precisione l'indizio non può avere alcun rilievo probatorio, ma fuorviante se lo si intende di per sé e da solo idoneo e sufficiente a provare il fatto ignoto. Così, invece, Cass. 5 marzo 1992 n. 2398, secondo la quale “con la precisione degli indizi si stigmatizza la circostanza indiziante inidonea a prestarsi ad interpretazione diversa (alternativa) da quella della prova del fatto ignoto (da dedurre): indizio preciso è, perciò, quello che la ricorrente dottrina qualifica indizio necessario” con la conseguenza che “i requisiti della precisione e della concordanza non possono coesistere in ciascuno indizio da valutare, dato che, ove uno di essi possieda quello della precisione (nel senso della necessità), di per sé e da solo risulta idoneo e sufficiente a provare il fatto ignoto; al contrario, in presenza di più indizi, nessuno dei quali sia fornito del requisito della precisione, è necessario pervenire ad una operazione logico-concettuale di complessiva valutazione sotto la regia della regola di esperienza assunta dal decidente”.

Interpretazione della norma questa da non condividere affatto in quanto da un lato identifica sostanzialmente l'indizio con la prova *tout-court* che di per sé dà certezza del fatto ignoto e dall'altro non ritiene che ciascun indizio debba avere *ab intrinseco* una propria precisione ma possa ripeterla da una valutazione complessiva che ricomprenda altri indizi.

Quanto al primo aspetto valgono le considerazioni già svolte e questa puntualizzazione della S.C. (Cass. 16 luglio 1992 n. 8045 sez. I): “l'insufficienza del singolo dato indiziante, ancorché grave e preciso, è connaturale al carattere stesso dell'indizio; l'essenziale è che l'univocità probatoria venga raggiunta attraverso i collegamenti e la confluenza univoca dei plurimi indizi, evitandosi l'errore di una valutazione frazionata e, come tale, viziata dall'apparenza, non avendo essa tenuto conto del significato promanante dal sinergismo indiziario”.

Quanto al secondo aspetto se più indizi sono tutti equivoci nel senso che non consentano di individuare con chiarezza alcuna indicazione che prevalga sulle altre pure espresse, una valutazione complessiva non potrà che condurre a un risultato del pari equivoco: una somma di ambiguità non potrà mai tradursi in un risultato di chiarezza.

Se alcuni indizi soltanto, invece, sono equivoci e altri univoci, una valutazione che li considerasse tutti precisi privilegierebbe dei primi quella loro indicazione che risulta coerente con quella offerta dai secondi, ma questa scelta, non motivata da elementi propri del singolo indizio, condurrebbe pur sempre a ricomprendere nel novero degli indizi, valorizzabili quali elementi di prova, fatti privi di per sé di una propria valenza probatoria, il che ritengo non sia consentito in quanto una operazione del genere si colloca nell'ambito di una valutazione unitaria degli indizi che è volta ad apprezzare la concordanza di fatti che già di per sé hanno ciascuno dignità di indizio e che da un raffronto reciproco potrebbero soltanto vedere potenziata e completata la loro singola valenza probatoria nel senso di confluire tutti in una unica direzione.

Non è esatta, pertanto, la impostazione del SAMMARCO che, nel suo articolo citato, afferma che “nell'ipotesi in cui l'indizio equivoco converga con altri elementi verso un'unica conclusione, allora esso perde il suo originario carattere di equivocità e contribuisce validamente a fondare la dimostrazione del tema di prova. L'equivocità si annulla allorché tra le molteplici inferenze possibili sulla base del solo elemento considerato singolarmente, ne prevale una soltanto perché confermata dagli altri elementi acquisiti agli atti”: più esatto è dire che fatti indizianti non precisi sono indifferenti rispetto al *thema probandum* al quale si potrà pervenire non tanto perché essi ricevono da altri indizi la univocità che non possiedono, quanto perché tale univocità risulta affermata da quegli indizi che *ab intrinseco* la possedevano.

Il singolo indizio, quindi, deve essere di per sé tale, ma questo principio, anche da parte di chi appare seguirlo, non sempre viene inteso in senso corretto.

Le Sez. Un. (Cass. 4 giugno 1992 n. 1) precisano che l'apprezzamento unitario degli indizi costituisce "un'operazione logica che presuppone la previa valutazione di ciascuno singolarmente, onde saggiare la valenza qualitativa individuale. Ciò perché una molteplicità di elementi ai quali fosse attribuibile rilevanza, non sulla base di regole collaudate di esperienza e di criteri logico-scientifici, bensì ed esclusivamente in virtù di semplici intuizioni congetturali o di arbitrarie e personalistiche supposizioni, non consentirebbe di pervenire ragionevolmente ad alcun risultato probatorio anche nel quadro di un contesto estimativo unitario (icasticamente, si usa dire in tali situazioni, che 'più zeri non fanno una unità', aforisma che il legislatore ha canonizzato nel 2° comma dell'art. 192 c.p.p.)".

Ma dopo tale premessa concludono che "acquisita la valenza indicativa, sia pure di portata possibilistica e non univoca di ciascun indizio, è doveroso e imprescindibile logicamente passare al momento metodologico successivo dell'esame globale e unitario attraverso il quale la relativa ambiguità indicativa di ciascun elemento probatorio può risolversi, perché nella valutazione successiva ciascun indizio si somma e si integra con gli altri talché il limite della valenza di ognuno risulta superato e l'incidenza positiva probatoria viene esaltata nella composizione unitaria, sicché l'insieme può assumere il pregnante e univoco significato dimostrativo per il quale può affermarsi conseguita la prova logica del fatto".

Tutto questo desta perplessità perché riguarda aspetti essenziali del rapporto inferenziale che caratterizza l'indizio, e nel quale si introducono elementi deboli come tali capaci di inquinare e destinati ad incidere negativamente sul risultato stesso dell'operazione mentale.

Alla base di tutto questo, peraltro, si annida una interpretazione del 2° comma dell'art 192 c.p.c. che considera il requisito della concordanza da un lato non necessariamente concorrente con gli altri due requisiti, e dall'altro, invece, capace di attribuire ad una pluralità di fatti, di per sé anche non gravi e precisi quali singoli indizi, quella forza dimostrativa sufficiente a pervenire al *thema probandum*.

Una tale interpretazione non può affatto essere condivisa e la sua confutazione porta a trattare il requisito della concordanza.

Un indizio singolo correttamente inteso sul piano logico-giuridico, non può dare certezza del *thema probandum*, il raffronto inferenziale di per sé non può condurre ad essa ed è esclusivamente sotto questo aspetto che la prova indiziaria può venire considerata una *probatio minor*, ma è proprio con riferimento a tali limiti del singolo fatto indiziante che il legislatore ha previsto che la esistenza di un fatto non possa essere desunta che da indizi gravi, precisi e concordanti i quali, per essere tali, devono essere necessariamente plurimi.

Se il legislatore avesse inteso che la esistenza di un fatto potesse essere desunta anche da un solo indizio avrebbe declinato al singolare tale sostantivo non menzionando affatto il requisito della concordanza o aggiungendolo nella previsione di una eventuale concorrenza di altri indizi.

Né a sminuire il peso di una tale interpretazione letterale – che secondo certa giurisprudenza (Cass. 25 marzo 1992 n. 903) non sarebbe da sola sufficiente a risolvere il problema della sufficienza o non di un solo indizio – può essere addotto il fatto che il legislatore non si sarebbe posto particolari problemi al riguardo richiamandosi semplicemente al testo dell'art. 2729 c.c., in quanto proprio in sede civilistica era stata dibattuta la questione, nel progetto LIEBMAN, di una soppressione del requisito della concordanza ritenendosi sufficiente che il fatto ignorato fosse desunto quale conseguenza univoca e concludente da un fatto noto, per cui doveva essere ben presente al legislatore il dibattito in merito al fatto costitutivo della presunzione e, quindi, dell'indizio.

La concordanza degli indizi non è un requisito dell'indizio, che è sufficiente sia grave e preciso, ma è un requisito degli indizi nel senso che tutti gli indizi presenti abbiano ciascuno una valenza probatoria che si armonizza con quella degli altri nell'accertamento del *thema probandum*. La concordanza non aumenta la valenza probatoria del singolo indizio, che rimane quella che gli è propria, ma consente di raggiungere la univocità probatoria "attraverso i collegamenti e la confluenza univoca dei plurimi indizi (Cass. 16 luglio 1992 n. 8045 sez. I)".

Sulla necessità della ricorrenza della concordanza e, quindi, della pluralità degli indizi si sono espresse pure le Sez. Un. (Cass. 3 febbraio 1990) secondo le quali gli indizi devono essere gravi, precisi e concordanti: “con il ché si è voluta fissare la regola secondo la quale la prova dell’esistenza di un fatto deve essere necessariamente fornita da una pluralità di indizi aventi le caratteristiche accennate, e si è inteso richiamare l’attenzione su quei requisiti – mutuati dalla disciplina civilistica (art. 2729 c.c.) – che consentono appunto all’indizio di assumere il valore di prova piena sulla base di quelle regole di esperienza per cui appare possibile e verosimile il diretto collegamento tra il fatto o la circostanza da provare e l’indizio”.

Sul punto esattamente il SAMMARCO, nel suo citato articolo, definisce la concordanza “una regola di valutazione, cioè un criterio che il giudice deve seguire nell’attribuire valore di prova all’elemento acquisito agli atti. Si tratta di una regola di ricerca, un canone metodologico da osservare nella ricostruzione storica dei fatti processualmente rilevanti... Il 2° comma dell’art. 192 definisce dunque da un lato i caratteri tipici della prova indiziaria, e dall’altro enuncia il criterio per la sua valutazione... la concordanza presuppone l’esistenza di una pluralità di elementi dotati di valore probatorio che tra loro convergono verso un unico risultato. Inoltre la norma richiede che la concordanza risulti tra “indizi”, escludendo così la concordanza con altri elementi di diversa natura rispetto alla prova indiziaria”.

Sarebbe ben strano che un tale criterio non dovesse connotare necessariamente la prova indiziaria quando esso costituisce il momento conclusivo della medesima perché offre il risultato cui la inferenza abduittiva è giunta dopo una verifica complessiva che sola consente di superare il piano della probabilità, oltre il quale il singolo indizio non può condurre, per elevarsi a quello della certezza intesa in senso logico-giuridico.

E la dottrina, che condivide tale impostazione, precisa che “l’effetto rafforzativo della convergenza degli indizi si verifica solo nel caso di concorso di vari indizi autonomi, posti sul medesimo piano orizzontale, e non nella concorrenza di indizi mediati (GIANTURCO, *op. cit.* p. 151)”, e similmente il SIRACUSANO (D. Siracusano, voce *Prova nel nuovo codice di procedura penale*, in *Enc. giur.*, vol. XXV°, Roma, 1991, citato da F. M. Molinari in *Riv. it. proc. pen.* 1997, p. 1147) il quale rileva che “si deve trattare di una pluralità di indizi e di una effettiva pluralità di indizi basata su distinte circostanze indizianti, e non di indizi combinati tra di loro secondo un doppio o triplo ‘passaggio’ inferenziale: è questo il caso dell’indizio mediato, dell’indizio cioè che discende da un altro indizio”.

A contrastare la necessità di una pluralità di indizi e, quindi, la necessaria concorrenza del requisito della concordanza, si suole addurre il caso dello indizio necessario “dotato (così il SAMMARCO nel citato articolo) di efficacia probatoria piena, uguale se non superiore a quella propria della prova storica o rappresentativa... In presenza di un elemento che configura il cosiddetto indizio necessario non può dunque richiedersi la presenza di uno o più indizi ulteriori che ne confermino il contenuto, poiché il tema di prova è sufficientemente dimostrato dall’unico elemento acquisito”.

Della ricorrenza di un indizio necessario si è già fatto cenno nel senso che, se effettivamente una tale fattispecie ci fosse, certamente quell’indizio avrebbe in se una forza probatoria sufficiente a provare da solo il *thema probandum* ma, come si ripete, di indizio in senso tecnico-giuridico non si potrebbe parlare e lo evidenzia l’aggettivo necessario che annulla praticamente il percorso inferenziale proprio del processo indiziario al quale, quindi, soltanto apparentemente può dirsi che si faccia riferimento: se dal fatto noto non può che discendere, senza possibilità che soluzioni diverse o alternative possano essere neppure prospettate, il fatto ignorato, è evidente come il collegamento tra i due fatti è semplicemente sufficiente constatarlo e non istituirlo con un operazione mentale nella quale il rischio è connaturale.

“Rimane da chiedersi – è sempre SAMMARCO – se questa conclusione possa valere anche in ipotesi diverse rispetto a quella dell’indizio necessario, ed in particolare quando sussista agli atti un unico indizio grave e preciso”, e ad una tale domanda si risponde affermativamente citando due esempi che peraltro non sembrano del tutto pertinenti.

Il primo riguarda le impronte digitali trovate impresse sull'arma del delitto e corrispondenti a quelle dell'imputato. Di per sé l'indizio è indubbiamente grave e preciso nell'indicare la persona che ha impugnato quell'arma dalla quale è stato esploso il proiettile che ha colpito la vittima, ma se questo indizio fosse il solo ad essere stato acquisito, la sua gravità e precisione potrebbero rendere soltanto probabile il fatto che autore del delitto sia la persona cui le impronte appartengono. Infatti non sarebbe certo il tempo in cui l'arma è stata impugnata dall'imputato nel senso che potrebbe esserlo stata in tempo precedente a quello in cui se ne servi poi l'autore del delitto dopo essersi infilato un guanto così da lasciare impresse le sole impronte dell'imputato.

Concorrendo invece altri indizi convergenti nell'indicare la persona, cui appartengono le impronte, quale autore del delitto, la loro concordanza consentirebbe di raggiungere quella certezza del *thema probandum* che il solo indizio delle impronte non era in grado di offrire.

Ancora si cita l'alibi sufficiente a dimostrare che l'imputato non è stato l'esecutore materiale del delitto in quanto risultato presente in luogo diverso da quello del delitto nel tempo in cui il crimine venne commesso. L'alibi, però, deve essere provato e se la prova viene offerta, come solitamente accade, da una testimonianza, è tale prova diretta a scagionare l'imputato e non l'indizio: il testimone riferisce su di un fatto del quale è a conoscenza diretta per aver veduto l'imputato in un determinato luogo. Se poi questo elemento lo si voglia considerare indizio si tratterebbe di un indizio c.d. necessario stante che se l'imputato era in quel luogo non poteva essere contemporaneamente nel luogo teatro del delitto.

Sul punto chiaramente il BELLAVISTA (G. Bellavista, *Considerazioni sulla prova d'alibi*, in *Scritti in onore di S. Pugliatti*, vol. 3°, Milano 1978, p. 23, citato dalla Battaglio nell'articolo citato): "la circostanza d'alibi, una volta accertata, opera così radicalmente sul piano della decisione giudiziale da non consentire spazio alcuno a quei margini di dubbio che sono connaturali alla prova indiziaria. Essa è prova logica piena sempre sul piano della non partecipazione materiale del prevenuto al delitto... una volta accertato rigorosamente l'alibi... ogni altra ricerca probatoria appare sterile e vana".

Può ancora dirsi che l'alibi potrebbe essere altrimenti provato, da un documento di trasporto ad esempio, che individui il luogo, il giorno e l'ora in cui venne acquistato: ma in tal caso l'indizio, pur grave e preciso, potrebbe avere la sola valenza probatoria di quello dato dalle impronte digitali non potendosi ragionevolmente escludere che altri lo avessero acquistato per poi cederlo all'imputato.

Un altro esempio, molto incisivo, della sufficienza di un unico indizio a dimostrare la esistenza di un fatto, è quello della ripresa dell'imputato dalle telecamere di un circuito interno nella flagranza del delitto (furto, rapina, o altro). Certamente il dato ha una valenza probatoria da sola sufficiente a ritenere accertato il fatto ignorato, e se di indizio si parla è perché il nastro nel quale è impressa la sequenza delle immagini dell'autore del crimine non sarebbe direttamente rappresentativo del fatto reato ma costituirebbe soltanto una traccia, un segno, del medesimo: fatto certo, quindi, dal quale desumere quello ignorato.

Qui, peraltro, la distinzione tra prova diretta rappresentativa e prova indiretta critica non ha ragione di essere. Se è vero che il processo abduttivo proprio dell'indizio conduce da un fatto certo ad acquisire conoscenza di un fatto ignoto, nell'esempio il fatto certo è già rappresentativo del *thema probandum* senza la necessità di alcuna inferenza logica: chi osserva la videoregistrazione prende già conoscenza del fatto prima ignoto. L'unica verifica che si impone è quella di controllare che la videoregistrazione provenga dalla telecamera installata in quel determinato luogo e non sia stata manomessa, ma tale verifica può essere messa sullo stesso piano di quella relativa alla attendibilità di un testimone: in entrambi i casi è il fatto certo in sé che abbisogna di una verifica per essere considerato tale, ma una volta superata tale verifica nessun processo di inferenza logica risulta necessario. La videoregistrazione e la testimonianza provano direttamente il *thema probandum*, ed è evidente che la forza probatoria della prima risulterebbe, in un giudizio di comparazione, certamente superiore a quella della seconda.

Altro esempio è quello dell'intercettazioni telefoniche: “per la loro utilizzazione probatoria non devono necessariamente essere riscontrate con altri elementi esterni. Quando costituiscono indizi qualificati sono esse stesse fonte diretta di prova (Cass. 17 ottobre 1991 n. 2157, sez. IV)”.

La prova indiziaria deve essere quindi valutata nei suoi limiti e nella sua valenza quali risultano dalla sua struttura: i suoi limiti sono la sua forza: da un superamento dei primi uscirebbe indebolita la seconda.

Tutti i requisiti previsti dall'art. 192, 2 comma c.p.p. devono perciò necessariamente concorrere perché il *thema probandum* possa, in sede di decisione, ritenersi accertato. La concordanza riassume in sé la idoneità degli indizi gravi e precisi a provare il *thema probandum* per collocarli tutti “armonicamente in un unico contesto dal quale possa per tale via essere desunta l'esistenza o, per converso, l'inesistenza di un fatto (Cass. 14 settembre 1994, n. 9916, sez. VI)”.

A questo punto, proprio con riferimento al requisito della concordanza, merita di essere ricordato l'indizio dato dal movente del delitto.

Un indizio grave e preciso può essere costituito, infatti, dalla causale del crimine che ha: “non solo la capacità di esaltare gli elementi indiziari di carattere oggettivo, facendoli convergere in un quadro unitario di riferimento, ma è essa stessa dotata dell'autonoma capacità di manifestare ciò che senza la sua corretta valutazione resterebbe sconosciuto... Pertanto, la prova del coinvolgimento di un soggetto in un delitto può anche essere la causale, quando questa, per la sua specificità, converge in una direzione univoca. In tema di omicidio è stato ritenuto che l'interesse di alcuni imputati alla eliminazione fisica di un ufficiale dei carabinieri sorreggeva l'ipotesi della riferibilità del fatto all'associazione criminosa di cui essi imputati erano esponenti, rafforzando nel contempo la valenza probatoria degli altri indizi (Cass. 11 marzo 1993, n. 2381, sez. V)”.

Nel contesto di valutazione complessiva dell'insieme degli indizi chiari e convergenti, la causale individuata esprime la sua funzione di elemento catalizzatore delle altre circostanze indizianti e di chiave di lettura di esse. Fuori da tale contesto, la causale costituisce solo un valido elemento orientativo nella ricerca della prova, che conserva tuttavia, di per sé, un connotato di ambiguità perché da solo non può esaurire con certezza la gamma delle possibili ragioni di un fatto (Cass. 27 marzo 1992, n. 3727 sez. I”).

Una interessante applicazione dell'indizio della causalità valutato alla stregua di quelle massime di esperienza di cui prima si è parlato, risulta dalla sentenza n. 280 del 9 aprile 1992 della I sez. pen. della Corte di Cassazione dove nella valutazione della prova nei confronti di soggetto (pastore sardo) imputato di omicidio in danno del suo datore di lavoro si legge che “non meno che le norme di legge, il giudice deve anzitutto interpretare i fatti, dando di essi spiegazioni non astratte bensì adeguate alla realtà storica le quali, già per questo, non possono prescindere dal tener conto di speciali condizionamenti psicologici e formativi di chi attua condotte criminose, sicché il giudice non può, a tal uopo, pretermettere il notorio, ancorché locale, né le presunzioni semplici, ossia regole di condotta particolari alla cui stregua va impostata l'ottica di valutazione delle prove, non solo civili, ma anche penali... Risulta quindi corretto l'indugio del giudice di merito nel considerare l'influenza – per i partecipi di particolari ambienti – che acquista una mentalità educata alla preminenza di valori arcaicamente e anomalamente individualisti, la quale finisce con il suggerire comportamenti e condotte volti ad assicurare la preminenza dell'io, sino al controbilanciamento con la via altrui, di pretesi torti subiti come quello di essere rimasto soggetto passivo di ‘spiata’ all'autorità di polizia”. Indizio causale questo apprezzato “quale momento di coagulo e di spiegazione che legava i plurimi elementi indiziari desunti da fatti storicamente certi”.

Altra interessante pronuncia è quella dove si legge (Cass. 3 marzo 1992, n. 173, sez. I) che “in linea di principio nulla vieta che elementi indizianti, anche in ordine alla individuazione *ex post* della causale di un delitto di omicidio, possano essere tratti da comportamenti rivelatori che il prevenuto abbia posto in essere successivamente all'epoca in cui il delitto ha avuto luogo (si trattava di un imputato la cui appartenenza a un sodalizio criminoso contrapposto a quello cui apparteneva la vittima dell'omicidio, era emersa da una condotta tenuta dall'imputato due anni dopo la commissione del crimine)”.

A questo punto ci si potrebbe chiedere se un risultato prodotto da una prova indiziaria sia sostanzialmente soddisfacente e tale da consentire la formazione del convincimento del giudice a decidere in conformità.

La risposta al riguardo non può che essere positiva.

L'universo processuale è un universo dove domina il principio non della assolutezza ma di una relatività data dai rapporti che si instaurano tra gli elementi probatori che i soggetti processuali sono in grado (e la difesa limitatamente a quelli rispetto ai quali ha interesse) di offrire alla dialettica processuale, e dei quali è prevista e poi riconosciuta l'ammissibilità e la utilizzabilità.

A questo proposito merita di ricordare il PERELMAN (*op. cit.*, p. 55) che nelle sue considerazioni sul ragionamento giudiziario rileva che "la prima idea che viene in mente a un profano di diritto è quella di accostare l'azione del giudice, che deve formarsi un convincimento circa la realtà materiale dei fatti da cui dipende la sorte di un processo, a quella di uno storico o di un investigatore che si sforzi di ricostruire il passato per come esso è stato. Proprio per ciò è importante insistere sulle differenze esistenti tra il ragionamento del giudice, sottoposto a regole di procedura civile o penale, e il ragionamento del ricercatore che ha unicamente preoccupazioni di ordine scientifico quanto alla determinazione della verità oggettiva".

Il processo è uno spaccato del mondo fenomenologico che consente una conoscibilità del medesimo limitata a quella parte che riesce a rendersi visibile mentre altra parte, che pure avrebbe rilievo se fosse conosciuta, può rimanere ignota.

La consapevolezza del legislatore al riguardo risulta di tutta evidenza nella previsione della revisione delle sentenze di condanna: l'art. 630 lett. c) c.p.p. è esemplare: "se dopo la condanna sono sopravvenute o si scoprono nuove prove che, sole o unite a quelle già valutate, dimostrano che il condannato deve essere prosciolto a norma dell'art. 631", la revisione può essere richiesta. Ancora di grande significato è l'art. 637, 3° comma c.p.p. nel vietare che il proscioglimento in sede di revisione possa avvenire sulla base di una diversa valutazione delle prove assunte nel precedente giudizio.

Non solo, quindi, possono rimanere ignoti fatti di rilievo in sede processuale, ma fatti conosciuti possono essere oggetto di valutazione diversa senza distinzione alcuna tra prova diretta e prova indiretta. È questo un aspetto del processo di grande rilievo in quanto dice che appartengono alla sua fisiologia elementi che lo relativizzano in parti essenziali, quali la acquisizione e la valutazione delle prove, e che concorrono a formare il libero convincimento del giudice, e proprio perché il giudice si muove su di un tale terreno si richiede debba dar conto nella motivazione dei suoi provvedimenti dei risultati acquisiti, dei criteri adottati e indicare le prove poste a base della decisione e la enunciazione delle ragioni per le quali non abbia ritenuto attendibili le prove contrarie. E questo relativismo permea tutti i gradi del giudizio: la decisione del giudice dell'impugnazione nessuna certezza aggiunge sotto questo aspetto: la decisione che definisce il giudizio ha la certezza che le deriva dal non poter essere a sua volta impugnata.

In questo contesto la idoneità della prova indiziaria a offrire risultati probatori del tutto soddisfacenti, se rigorosamente valutati, appare evidente e mi sembra quanto mai pertinente a confermarlo il richiamo del PATTI (*op. cit.*, p. 153) alla esperienza tedesca dove perfino negli scritti più recenti si ricorda la risposta offerta dal Reichsgericht 14 gennaio 1885: "Data la limitatezza della conoscenza umana, nessuno (neanche nel caso di diretta percezione di un fenomeno) può pervenire all'assoluta certezza circa l'esistenza di una fattispecie. Sono sempre ipotizzabili astratte possibilità di non esistenza. Chi è cosciente dei limiti della conoscenza umana non ammetterà mai di essere talmente convinto dell'esistenza di un certo accadimento da escludere assolutamente un errore. Per questo motivo nella vita pratica il più alto grado di verosimiglianza, che si consegue con la migliore applicazione possibile dei mezzi di conoscenza esistenti, vale come verità, e la coscienza di chi ha svolto questo processo conoscitivo circa l'esistenza di un'alta verosimiglianza vale come convincimento della verità".

3) Si è fin qui esaminata la struttura della prova indiziaria, mezzo di prova il cui impiego in sede di indagine e di decisione trova sempre maggiore applicazione, della quale ora si illustreranno alcuni aspetti.

Innanzitutto l'affinamento delle tecniche di indagini, che avviene anche con il concorso di strumentazioni tecnologiche, consente un rilevamento di dati che pone in grado chi osserva il teatro del reato – così come si esprime il FASSONE nel suo citato articolo – di formulare una prima ipotesi esplicativa collegando tra loro fatti compatibili con il *thema probandum* nel senso di essere idonei a darne una spiegazione, in una progressione che si arricchisce di contenuti e di concretezza via via la scoperta di un nuovo fatto svela relazioni con altri fatti dei quali prima non era dato conoscere la loro rilevanza.

In questo contesto è evidente come sia l'indizio quel mezzo che apre vie percorribili su diversi piani: della persona o delle persone autori del crimine, delle tipologie delle condotte seguite, dei mezzi usati per la commissione del reato, dell'ambiente nel quale il crimine è maturato e, quindi, del retroterra del quale è espressione.

È qui da ricordare come sotto tutti questi aspetti strumento efficacissimo sia oggi il sistema informatico. Le banche dati esistenti presso il Ministero degli Interni e presso gli Uffici Giudiziari, specie le Procure Nazionali e Distrettuali Antimafia, significano disponibilità di una massa di informazioni che in tempi reali rendono conosciuti fatti la acquisizione dei quali avrebbe altrimenti richiesto tempi lunghissimi seppure fosse poi risultata possibile.

Gli indizi emersi possono venire così confrontati con altri simili rinvenuti in altri teatri di reato e che in quelle sedi avevano già consentito di accertare il *thema probandum* loro proprio.

A questo punto il primo riferimento che può e deve essere fatto è quello ai reati associativi.

Qui si può dire che la prova indiziaria è la sola che permette di accertare l'esistenza dell'associazione per delinquere, di tipo mafioso o non. Il vincolo associativo in quanto tale può essere desunto soltanto da altri fatti, da indizi appunto, che ne provino la esistenza.

Come ha magistralmente rilevato Giovanni FALCONE (*Tecniche di indagine in materia di mafia*, in *Cass. pen.*, 1983, p. 1038 ss.): “Il diritto penale non punisce le collettività criminose in quanto tali, bensì singoli individui che le compongono; pertanto, anche se le organizzazioni mafiose costituiscono associazioni per delinquere, non è sufficiente dimostrare, ai fini dell'affermazione di responsabilità per tale delitto, che il singolo imputato è mafioso, occorrendo precisare, invece, quali siano i delitti in relazione ai quali lo stesso si è associato. Si delinea, così, l'unico metodo di indagini corretto sotto il profilo giuridico e suscettibile di utili risultati: quello che pone l'accento sulla individuazione dei c.d. reati-fine per risalire poi al delitto di associazione per delinquere di tipo mafioso”.

L'accertamento del reato-fine, pertanto, è il fatto certo dal quale si diparte quel processo inferenziale che riconduce al reato associativo del quale esso è espressione.

L'attuale morfologia della criminalità organizzata è enormemente diversa da quella propria delle associazioni per delinquere di stampo tradizionale dove le parti si ponevano di fronte all'oggetto della loro attività illecita in una identica posizione cosicché il profitto ricavato da tale attività veniva diviso tra i partecipanti in proporzione dei singoli apporti.

Oggi si è in presenza – è questo lo si verifica soprattutto nelle associazioni per delinquere finalizzate al traffico di sostanze stupefacenti – di vere e proprie multinazionali del crimine che si articolano in strutture differenziate operanti in ambiti internazionali e la cui riconduzione in un unico contesto associativo è quanto mai difficoltosa.

Per esperienza avuta quale presidente di un collegio giudicante sono a conoscenza, ad esempio, di un traffico internazionale di ingenti quantitativi di morfina base che dalla Turchia, attraverso poi la Grecia e la Jugoslavia entravano in territorio italiano (dove nel Trentino vi era un deposito) per scendere poi la Penisola e raggiungere i laboratori di raffinazione che la mafia aveva in Palermo. La morfina, raffinata in eroina, risaliva quindi l'Italia per essere distribuita soprattutto sulla piazza di Milano.

Ho prospettato “lo schema lineare di un traffico internazionale di droga che pur nella sua semplificazione rende evidente la pluralità delle operazioni che esso richiede, ciascuna complementare all’altra e dal cui unitario concorso dipende che il traffico complessivamente considerato si risolva a profitto di chi vi abbia partecipato... Di un traffico internazionale di droga direttamente gestito dal solo produttore-fornitore nelle sue varie fasi non è, quindi, assolutamente realistico parlare, in primo luogo per ragioni soggettive, perché aumenterebbe il rischio personale del produttore di tante volte quante sono le operazioni affidate, invece, ad altri, in secondo luogo per ragioni obiettive date dalla difficoltà che incontrerebbero un trasporto e una vendita della merce organizzati da soggetti che dei luoghi e degli ambienti di transito e di spaccio della sostanza stupefacente non avessero una conoscenza approfondita. Ecco quindi delinarsi una catena, ciascun anello della quale è predisposto alla realizzazione ripetitiva di un’operazione dalla quale gli associati che vi sono addetti traggono un profitto diverso da quello derivante da operazioni proprie di altri anelli, ma che le presuppone dato che può essere conseguito soltanto in quanto esista la catena di cui ogni anello fa parte... Connotato peculiare di questo tipo di associazione è il fatto che gli associati pure agendo ciascuno in una propria orbita che privilegia una determinata attività dalla quale conseguono un profitto che non è quello comune di tutti, si associano esclusivamente per istituire tra loro quello stabile e continuativo collegamento che è la condizione indispensabile affinché ciascuno possa svolgere l’attività particolare che si è prescelta (Trib. Venezia, 3 giugno 1985, n. 644)”.

È evidente come per ricondurre a unità i segmenti di una tale associazione, costituenti alcuni a loro volta altre associazioni, sia necessaria una pluralità di indizi: presenza di determinate persone in snodi, specie al confine tra uno Stato e l’altro, del percorso seguito dal traffico, loro incontri, modalità ripetitive del trasporto della sostanza stupefacente, sua sosta in determinati depositi, individuazione delle persone che li gestivano, contatti delle medesime con chi consegnava e prelevava la merce, destinazione della medesima, etc. etc..

In questo contesto sono le tracce indicative di un’organizzazione, senza la quale quel traffico non sarebbe stato possibile, a consentire un percorso a ritroso per una sua individuazione, ivi compresi episodi di contrasto, e al limite di rottura, tra chi gestiva il traffico, che apparentemente potevano non conciliarsi con un’ipotesi associativa, ma che in realtà poi risultavano essere divergenze che traevano motivo da interessi propri di chi era collegato con altri in un determinato traffico.

Altri indizi di grande rilevanza sono le tracce del riciclaggio di quanto ricavato dalle attività illecite. Con riferimento alle associazioni di tipo mafioso il FALCONE osservava come le tracce che lasciano dietro di sé i grandi movimenti di denaro sono “la strada maestra, l’aspetto decisamente da privilegiare nelle investigazioni in materia di mafia, perché è quello che maggiormente consente agli inquirenti di costruire un reticolo di prove obiettive, documentali, univoche, insuscettibili di distorsioni, e foriere di conferme e riscontri ai dati emergenti dall’attività probatoria diretta all’immediato accertamento della consumazione dei delitti. Tale metodo, d’altro canto, mentre può consentire di pervenire indirettamente all’accertamento delle responsabilità, è l’unico che possa consentire di compiere significativi progressi nel disvelamento di tutta quella rete di connivenze e complicità che, a qualunque livello, hanno permesso al fenomeno della criminalità organizzata di affermarsi e di prosperare... Le indagini patrimoniali si inseriscono utilmente, anche ai fini della ricostruzione del reato associativo, nei vari passaggi della catena di distribuzione del prodotto finito... nel caso poi in cui venga individuato un laboratorio per la trasformazione della morfina base in eroina... l’indagine patrimoniale può rivelarsi assai preziosa per ricostruire la provenienza dei vari prodotti chimici necessari alla trasformazione... e per individuare i soggetti che li hanno acquistati”.

E proprio in tema di associazione di tipo mafioso l'art. 416 *bis* c.p. contiene una specie di decalogo dei fatti indicatori della sua esistenza: la norma prevede una definizione legislativa per genere prossimo (associazione per delinquere) e differenza specifica (associazione di tipo mafioso) che in definitiva indica attraverso le tipologie di condotte descritte il percorso che consente di accertare quel determinato delitto associativo.

Esempi della validità degli indizi, quali elementi di prova in tema di delitti associativi e di reati ad essi connessi, sono offerti pure da quella giurisprudenza che ha avuto modo di occuparsi di reati contro la personalità dello Stato, e qui mi sia consentito di riferirmi, per la rilevanza in sé della fattispecie, ad un processo celebrato davanti alla Corte di Assise di Venezia (sent. 25 luglio 1987) che aveva ad oggetto il delitto di ricostituzione del disciolto partito fascista ed altri numerosi delitti tra i quali quelli di strage che dal nome della località dove quest'ultimo venne commesso viene ricordato come il processo di Peteano.

L'antefatto è il seguente: il 31 maggio 1972 tre carabinieri rimangono uccisi da una carica di esplosivo all'apertura del cofano di una Fiat 500 alla quale si erano avvicinati dopo essere stati richiamati sul posto da una telefonata anonima che indicava loro come l'autovettura presentasse dei fori di proiettile sulla carrozzeria, e della presenza di tre bossoli veniva dato atto in uno schizzo planimetrico con l'indicazione, in un appunto, del loro calibro 22. Il 6 ottobre 1972 in un conflitto a fuoco con la Polizia rimaneva ucciso in altra località un appartenente ad un sodalizio politico di estrema destra che risultava essere in possesso di una pistola di calibro 22 di proprietà di un altro appartenente al medesimo sodalizio (si tratta di persona che verrà poi, unitamente ad un'altra, riconosciuta responsabile della strage).

Dopo tale episodio sparivano i bossoli rinvenuti sul luogo della strage e al fine di giustificare tale fatto venivano falsificati i verbali di sopralluogo dove poi si dava atto, contrariamente al vero, che i bossoli erano stati requisiti dai tecnici di artiglieria. Ancora risultava che pubblici ufficiali che si erano occupati in vari ruoli dell'indagine, erano inseriti in organizzazioni (c.d. "Piano Solo" e "Loggia P2") delle quali ebbero ad occuparsi le Commissioni Parlamentari istituite allo scopo.

Il fatto certo della sparizione dei bossoli indicava indubbiamente come si fosse voluto impedire che i medesimi potessero essere confrontati con l'arma ritrovata presso la persona appartenente allo stesso sodalizio politico del proprietario dell'arma.

Il fatto certo della falsificazione dei verbali di sopralluogo aveva la stessa valenza indicativa sottolineata dalla gravità del delitto commesso da pubblici ufficiali al solo fine di eliminare determinati elementi di prova.

Il fatto certo dell'appartenenza di alcuni pubblici ufficiali a determinati apparati era indicativo della causale di tali fatti diretti a depistare le indagini dalla matrice politica della strage che si voleva occultare per fini evidentemente politici che pertanto assumevano in sede di decisione una rilevanza che doveva essere valorizzata, così come una successiva giurisprudenza di legittimità (Sez. Un. 4 febbraio 1992, n. 1) affermava con riferimento ad altra fattispecie di strage precisando che: "non può il giudice, nell'approccio a un evento delittuoso di carattere politico sottoposto al suo accertamento, rinunciare alla ricerca e alla valutazione di tutte quelle circostanze che formano il contesto storico-politico del fatto e che sono direttamente utili alla comprensione della sua causale. Dall'individuazione di questa possono invero emergere preziosi apporti per l'accertamento definito del fatto e delle responsabilità individuali".

I tre indizi, dei quali qui si è fatto cenno, risultavano essere gravi, precisi e concordanti rispetto al *thema probandum* perché, unitamente a molti altri, mentre escludevano la riferibilità del delitto di strage ad altri soggetti che non fossero quelli appartenenti al sodalizio politico degli imputati, individuavano la matrice politica della strage e gli esecutori del delitto nelle persone che avevano ricevuto determinate coperture.

Ancora la prova indiziaria risulta strumento di grande rilievo per l'accertamento di reato quale quello di false comunicazioni in bilancio e di bancarotta fraudolenta dove i dati dell'esposizione di fatti non veri e la dissimulazione di beni difficilmente potrebbero essere accertati con prove dirette: si pensi, ad esempio, ad una società italiana che avendo costituito all'estero società di comodo non solo occultava tali sue partecipazioni societarie ma figurava acquistare materie prime da tali società ad un prezzo messo a bilancio superiore a quello realmente pagato tenuto conto che in effetti tale prezzo era maggiorato dal guadagno di un soggetto che fittiziamente appariva avere a sua volta acquistato dal produttore per poi rivendere alla società italiana.

Tali fatti è evidente come possono essere accertati attraverso una concordanza di indizi relativi alla costituzione delle società estere, al loro finanziamento, alla loro gestione, alla composizione dei loro consigli di amministrazione e così via: è solo seguendo tali segni che è possibile ricostruire una situazione patrimoniale che metta in rilievo perdite e maggiori costi simulati e ricavi dissimulati.

Ho voluto richiamare reati particolarmente gravi rispetto ai quali la prova indiziaria risulta vincente, perché di essa si deve parlare non già in termini di *probatio minor* ma di prova di per sé idonea ad offrire una certezza rispetto al *thema probandum* non inferiore, ma anzi molto spesso superiore, a quella che viene riconosciuta alla prova diretta.

Oggi il suo impiego risulta esteso a fattispecie sempre nuove.

Mi riferisco, ad esempio, agli indizi consistenti in fatti posti a base di un accertamento fiscale (valutazioni operate dall'U.T.E., scritture contabili, fatture, ecc.), e al riguardo la giurisprudenza di legittimità (Cass.13 marzo 1996, n. 2246, sez. III) ha affermato che "l'autonomia del procedimento penale rispetto a quello tributario non esclude che, ai fini della formazione del suo convincimento, il giudice penale possa avvalersi degli stessi elementi che determinano presunzioni secondo la disciplina tributaria, a condizione però che gli stessi siano assunti non con l'efficacia di certezza legale, ma come dati processuali oggetto di libera valutazione ai fini probatori. Inoltre dette presunzioni hanno valore di un indizio sicché per assurgere dignità di prova devono trovare oggettivo riscontro o in distinti elementi di prova ovvero in altre presunzioni purché siano gravi precisi e concordanti", dove risulta chiaro come non avere dignità di prova è soltanto un indizio che, cosa del tutto pacifica, come tale abbisogna di altri indizi per acquistare valenza probatoria: in sostanza si richiede semplicemente che ricorrano tutti i requisiti che gli indizi devono possedere per essere valutati come prova: essere cioè gravi, precisi e, nella loro pluralità, concordanti.

Su altri settori del diritto penale vorrei, infine, richiamare l'attenzione dei quali poco si parla e sono proprio quei settori dove la prova indiziaria risulta la più idonea ad accertare il *thema probandum*.

Mi riferisco alle misure di sicurezza, a tutti i procedimenti di competenza della magistratura di sorveglianza, a certi istituti dei quali deve fare applicazione lo stesso giudice della cognizione (sospensione condizionale della pena, perdono giudiziale, ad esempio).

Per quanto riguarda la applicabilità degli istituti che richiedono la formulazione di una prognosi relativa alla probabilità che il condannato ponga in essere in futuro una determinata condotta, il percorso logico che il giudice deve compiere viene ritenuto essere di natura deduttiva: il FASSONE, nel suo articolo già citato, precisa che: "la deduzione applicata alla materia processuale può servire in funzione essenzialmente predittiva, nel senso che, conoscendo taluni eventi, ci si può attendere che se ne verifichino altri". La pericolosità sociale in sostanza verrebbe desunta dall'accertamento che alla personalità del condannato possono essere riferiti determinati indici (quelli di cui all'art. 133 c.p.) in base ai quali presumerla.

Nella deduzione regola e caso si conoscono e si intende ricavarne il risultato, mentre nella abduzione risultato e regola si conoscono e si va alla ricerca del caso: ma è proprio questa seconda la fattispecie di cui si discute. La pericolosità sociale non si presume ma deve essere concretamente provata: quale che sia l'organo che vi provvede essa non può essere applicata senza un previo esame da parte del magistrato di sorveglianza (art. 679 c.p.p.). Per farlo il giudice deve procedere alla valutazione di determinati elementi – di fatti – i quali abbiano la capacità dimostrativa idonea a ritenere probabile la commissione da parte del condannato – o del prosciolto nei casi di cui all'art. 222 c.p. – di nuovi fatti preveduti dalla legge come reato. Da fatti certi e concreti riguardanti la personalità del soggetto quale estrinsecatasi in determinati comportamenti e condotte passati, si desume la probabilità (non la certezza) della commissione da parte sua di altri reati: un processo abduttivo esiste, solo che da fatti certi non si risale a un fatto ignoto collocato nel passato ma a un fatto ignoto collocato nel presente. Non deve trarre in inganno il riferimento alla probabilità di commettere in futuro altri reati in quanto l'accertamento verte sulla attuale probabilità di commettere altri reati, e proprio la peculiarità di tale fatto esige che esso sia accertato attraverso una prova indiziaria: i mezzi di prova che possono essere utilizzati – previsti dagli artt. 666 n. 5 c.p.p. e 185 disp. att. c.p.p., in via peraltro esemplificativa – seppure possano consistere anche in testimonianze, non sono direttamente rappresentativi del *thema probandum* per cui soltanto dal concorso di una pluralità di indizi sarà dato accertare la attuale pericolosità sociale del soggetto.

Il richiamo agli indizi di cui all'art. 192, 2° comma c.p.p. è del tutto pertinente in quanto si tratta pur sempre di una valutazione di prove nell'ambito di un processo che è sostanzialmente identico a quello che si conclude con una sentenza di condanna o di assoluzione. Così il GUARNIERI (G. Guarnieri, *Il processo delle misure di sicurezza*, Torino, 1953, p. 105 ss.) il quale sottolinea che il giudizio di pericolosità funzionalmente non si differenzia se non per elementi del tutto secondari dal giudizio penale stante che non è vero che quest'ultimo “si volga esclusivamente al passato (reato commesso) e sia chiuso a qualsiasi considerazione relativa alla presumibile condotta del giudicabile dopo la sentenza. Infatti in caso di condanna e qualora la pena inflitta non superi certi limiti, il giudice può e deve fare una prognosi di pericolosità dipendendo la concessione del perdono giudiziale e della sospensione condizionale della pena dall'accertamento che, avuto riguardo alle circostanze indicate nell'art. 133 c.p., si possa presumere che il colpevole si asterrà dal commettere ulteriori reati. Ma oltre che in queste ipotesi, che potrebbero definirsi marginali, il giudice deve sempre porsi tale problema in sede di individuazione della pena in concreto, in quanto deve tener conto della capacità criminale e questa non sussiste fuori dal riferimento alla futura condotta del giudicabile... Così accade che nella misura e nella scelta della pena si tenga conto anche delle qualità personali del reo che, senza riflettersi nel singolo episodio criminoso, costituiscono un indizio della sua capacità a delinquere, cioè della possibilità maggiore o minore che egli commetta nell'avvenire altri reati”.

Certo l'assetto normativo del processo di esecuzione, applicabile anche a quello proprio della magistratura di sorveglianza, esigerebbe, è proprio il caso di dire, un riassetto se non altro “a seguito dell'entrata in vigore della normativa sull'ordinamento penitenziario e in relazione alle necessità applicative delle disposizioni in punto di misure alternative alla detenzione. Difatti, con la legge n. 354 del 1975 e le sue successive modificazioni, il legislatore aveva per la prima volta configurato un procedimento, quello di sorveglianza, diretto a consentire a un giudice, dopo la sentenza definitiva di condanna, un intervento determinante sulla qualità e modalità di esecuzione della pena, oltre che in punto di misure di sicurezza...”

Di conseguenza, concludendosi il procedimento in questione con un giudizio che rappresentava (così come ancora rappresenta) il risultato della valutazione di una serie di dati i quali... dovevano senz'altro considerarsi come il prodotto e il risultato di indagini da definirsi, almeno genericamente, di carattere probatorio, si poneva, per la prima volta, la necessità di domandarsi secondo quali regole si dovesse o potesse pervenire alla raccolta e all'introduzione, nel procedimento in esame, dei dati di prova... Nel nostro ordinamento (infatti) non essendo prevista altra sede giurisdizionale se non quella del procedimento di sorveglianza nella fase esecutiva del processo, per assumere decisioni sul contenuto sanzionatorio del titolo, appare di tutta evidenza la necessità che le decisioni in argomento scaturiscano da accertamenti probatori approfonditi regolati, all'interno del procedimento in questione, da specifiche disposizioni che in qualche modo adattino alla particolarità della materia lo schema di quelle riservate al giudizio sul fatto (F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, Torino 1992, p. 411 ss.).

Le considerazioni fatte per le misure di sicurezza sono riferibili pure all'istituto dell'affidamento in prova al servizio sociale, ad altri istituti ancora quali, ad esempio, la liberazione condizionale, la liberazione anticipata, la semilibertà dove il fatto da accertare attraverso un processo inferenziale sarà quello di volta in volta previsto quale requisito per la concessione del beneficio richiesto.

Sono semplici accenni questi che vogliono soltanto prospettare come la prova indiziaria trovi impiego anche in settori del diritto penale rispetto ai quali un approfondimento di tali tematiche non vi è ancora stato.

4) Il termine indizi non è previsto soltanto dall'art. 192 c.p.p. ma ricorre anche in numerose altre norme del codice di rito: art. 207, 2° comma: indizi di reato di falsa o reticente testimonianza; art. 267, 1° comma: gravi indizi di reato a carico della persona nei cui confronti si dispongono intercettazioni di conversazioni o comunicazioni; artt. 273 e 292: nessuno può essere sottoposto a misure cautelari se a suo carico non sussistono gravi indizi di colpevolezza, e di essi si deve dar conto nell'ordinanza che dispone la misura; art. 312: gravi indizi di commissione del fatto per l'applicabilità di misure di sicurezza; art. 384: fermo di persona gravemente indiziata di un delitto; art. 705: estradizione se sussistono gravi indizi di colpevolezza.

In tutte le previsioni indicate si fa menzione della gravità dell'indizio ad eccezione di quella dell'art. 207 dove si parla unicamente di indizi del reato previsto dall'art. 372 c.p., e la ragione di tale differenziazione sta nel fatto che in questa ipotesi si tratta soltanto di sospetti di falsità o reticenza in ordine ai quali non procede chi li ravvisa il quale rimetterà gli atti al P.M. competente senza pertanto essere lui tenuto ad emettere alcun provvedimento.

Risulta subito evidente che gli indizi di cui è menzione nelle suddette norme non sono quelli indicati nell'art. 192, 2° comma c.p.p., sono indizi la cui valutazione non avviene in sede di giudizio ma, invece, nella fase delle indagini preliminari e comunque nell'applicazione provvisoria di determinate misure.

In merito le Sez. Un. (Cass. 21 aprile 1995) sono quantomai esplicite nell'affermare che si deve "innanzi tutto escludere che l'inserimento dell'art. 192 c.p.p. fra le 'Disposizioni Generali' del libro III del codice di rito intitolato 'Prove' implichi, di per sé solo, che tale norma sia applicabile anche alla fase dell'indagini preliminari e in particolare alle misure cautelari. Al contrario, la stessa intitolazione del libro III persuade che le norme in esso contenute siano dettate specificamente per il giudizio, quali regole per l'accertamento della responsabilità dell'imputato, essendo noto che nelle indagini preliminari non si ricercano prove, ma soltanto elementi indiziari di tale spessore da rendere utile un rinvio a giudizio nella prospettiva di una condanna... Che poi l'art. 192 c.p.p. non sia applicabile alla fase delle indagini preliminari e in particolare alle misure cautelari lo si ricava, oltre che dalla sua rubrica, 'Valutazione della prova', dall'esame delle specifiche disposizioni da esso dettate. Invero il comma 1, che impone al giudice di valutare la prova, dando conto in motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati, non riguarda le ordinanze impositive delle dette misure, posto che la motivazione di questi provvedimenti è specificamente disciplinata dall'art. 292 c.p.p.. Inoltre il comma 2, stabilendo che 'l'esistenza di un fatto' non è desumibile da indizi che non siano 'gravi, precisi e concordanti' prescrive, in primo luogo, un criterio di valutazione diretto a verificare il sicuro accadimento di fatti giuridicamente rilevanti, il quale integra il presupposto necessario del giudizio di responsabilità incentrato sulla dimostrazione dei fatti ascritti all'imputato, ma non anche dell'applicazione delle misure cautelari, fondate soltanto sulla sussistenza di una qualificata probabilità di colpevolezza. In secondo luogo, la medesima norma sottende un concetto di indizi – intesi come circostanze certe da cui può logicamente dedursi l'esistenza del fatto da provare – che non coincide con la diversa e più ampia nozione degli indizi richiesti per l'applicazione di tali misure. Infine, la norma in esame richiede la sussistenza del triplice requisito della gravità, precisione e concordanza, mentre l'art. 273 c.p.p. impone soltanto il requisito della gravità".

Dottrina e giurisprudenza si soffermano soprattutto sull'art. 273 c.p.p. e al riguardo si sottolinea come la nozione di indizio accolta nella suddetta norma sia "più ampia di quella strettamente tecnica, e tale quindi da comprendere sia le prove così dette logiche o indirette, sia quelle dirette, tra le quali vanno ricomprese anche le dichiarazioni accusatorie rese da coimputato o coindagato (Cass. 11 maggio 1993 n. 1489 sez. I)", e più in particolare che "la valenza probatoria degli indizi è diversa secondo che siano utilizzati durante la fase delle indagini preliminari, per l'applicazione delle misure cautelari personali, o nel giudizio: certezza, univocità e concordanza sono caratteri necessari affinché gli indizi assurgano a prova di colpevolezza per la pronuncia di una sentenza di condanna, mentre, ai fini cautelari, essi devono considerarsi solo gravi, tali, cioè, che siano dotati di un valore da giustificare il giudizio di apprezzabile colpevolezza della persona indagata (Cass. 1 settembre 1992 n. 3079 sez. VI)".

In definitiva "l'indizio quale *probatio minor* prevista dall'art. 273 c.p.p. si distacca dalla definizione della prova indiziaria che va ancorata ai requisiti stabiliti dall'art. 192 c.p.p.; esso, però, deve avere il requisito della gravità che si individua, in direzione dell'indagato, nella consistente probabilità di colpevolezza, della quale occorre dar ragione in motivazione nella valutazione di un quadro di elementi validi a sostenere l'assai credibile convinzione di responsabilità di un individuo nei confronti del quale è applicata la misura cautelare. Ai fini di cui trattasi, dunque, l'indizio va inteso in senso valutativo, come ciò che non prova completamente, non solo per la sua qualità inferiore a quella della prova (probabilità e non certezza), ma anche in rapporto alla funzionalità (idoneità per l'applicazione di una misura cautelare personale e non, appunto, per l'affermazione di responsabilità) e in relazione al momento cronologico (fase delle indagini preliminari del procedimento (Cass. 3 dicembre 1993 n. 4843 sez. I)".

Seppure il requisito della concordanza non sia richiesto (l'espressione "gravi indizi di colpevolezza" considera genericamente ogni elemento probatorio anche diretto per cui anche un solo indizio grave può essere sufficiente), tuttavia in presenza di una pluralità di indizi "il giudice non può esimersi dalla valutazione complessiva degli elementi indizianti allorché questi, singolarmente considerati, non presentano valenza idonea a giustificare l'adozione del provvedimento richiesto dall'autorità inquirente. Pur non essendo richiamata dall'art. 273, 1° comma c.p.p., opera, dunque, la regola dettata dall'art. 192, 2° comma c.p.p. che impone al giudice la valutazione globale dei tasselli che compongono il coacervo indiziario anche alla stregua del criterio della concordanza (Cass. 2 agosto 1993 n. 3311 sez. II)".

Dalla giurisprudenza citata, e da quella numerosa altra che potrebbe esserlo, risultano ancora più netti i requisiti che gli indizi, quali elementi di prova, devono possedere: che la gravità, precisione e concordanza costituiscano una connotazione che sempre deve ricorrere rimane confermata proprio in sede di valutazione degli indizi richiesti nella fase delle indagini preliminari.

E anche sotto un aspetto più squisitamente processuale gli indizi in questa sede si differenziano da quelli previsti dall'art. 192, 2° comma c.p.p.. Mi riferisco alle formalità da osservare per la loro acquisizione. "Nella fase delle indagini preliminari – ad esempio – le intercettazioni telefoniche sono utilizzabili, ai fini della valutazione dei gravi indizi di colpevolezza, per la adozione di una misura cautelare coercitiva, indipendentemente dalla trascrizione, purché siano state osservate le norme processuali in ordine alle autorizzazioni e alle modalità delle esecuzioni delle intercettazioni (Cass. 27 gennaio 1992 n. 4418, sez. I), e la motivazione è data dal fatto che in tal caso la inutilizzabilità che ne conseguirebbe impedirebbe soltanto "che le dette conversazioni possano concorrere a formare il convincimento finale del giudice sulla fondatezza della *notitia criminis*, ma non anche che il giudice le esamini per accertare la sussistenza dei presupposti della misura cautelare (Cass. 3 marzo 1993 n. 2086, sez. IV).

È significativa, nella fase delle indagini preliminari, l'esigenza della sola gravità dell'indizio, del requisito cioè dal quale può essere desunta a carico dell'indagato, nell'ambito di una valutazione allo stato degli atti, una ragionevole probabilità di colpevolezza in ordine al reato attribuito, tale, peraltro, da non consentire di escludere – considerata la inesigibilità del requisito della precisione – la prospettazione di altre ipotesi alternative.

L'indizio grave è quindi effettivamente una *probatio minor*, ancorata a un concreto dato certo che esprime una forza indicativa tale da distinguerlo da un indizio semplicemente sufficiente.

La distinzione tra indizio sufficiente e indizio grave merita di essere sottolineata non solo perché il codice di procedura penale abrogato richiedeva soltanto sufficienti indizi (art. 252) per l'emissione di mandati o ordini restrittivi – e proprio per innovare rispetto a tale nozione è stata introdotta la prescrizione della gravità – ma anche perché previsioni di indizi sufficienti sono presenti pure nella legislazione attualmente in vigore: mi riferisco, ad esempio, all'art. 13, comma 1, del d.l. 13 maggio 1991 n. 152 in tema di provvedimenti urgenti nella lotta alla criminalità organizzata dove, in deroga all'art. 267 c.p.p., si richiede sussistano sufficienti indizi per la autorizzazione a disporre intercettazioni telefoniche.

Premesso che entrambi gli indizi, quelli sufficienti e quelli gravi, sono elementi probatori rispetto ai quali si addice la definizione del CHELAZZI (G. Chelazzi, *La valutazione della prova in fase istruttoria e in sede dibattimentale*, in *Quaderni del C.S.M.*, anno 2, n. 4, aprile 1987) secondo la quale “il termine indizio coglie la dimostrazione di verità nel suo divenire... postula una attività di acquisizione del dato probatorio che è in corso, (mentre) il termine prova presuppone il compimento di questa attività”, tuttavia deve essere rilevato che nell’ambito di questo *work in progress*, nel quale essi si collocano, il sufficiente indizio deve essere inteso soprattutto quale elemento indicativo di potenziali ulteriori acquisizioni di dati probatori che rendano probabile la colpevolezza dell’indagato: un dato certo esiste sufficiente a indicare una direzione che potrà poi essere seguita soltanto con il concorso di altri indizi, gravi appunto. La sufficienza dell’indizio si riferisce all’inizio del percorso da intraprendere ma dimostra la sua insufficienza nel consentire di raggiungerne la fine data da quella probabilità che l’indagato sia colpevole e che solo l’indizio grave può offrire.

Questo giustifica l’esigenza avvertita dal legislatore che gli indizi dovessero essere, in tema di misure cautelari personali, ad esempio, gravi al fine di radicare a un dato certo provvisto di per sé di una rilevante forza significativa la emissione di determinati provvedimenti in danno dell’indagato così da assicurare la prevenzione del pericolo che tale emissione potesse trovare causa non in elementi di reità di un certo rilievo ma in intenti strumentali al fine di acquisirli.

La giurisprudenza formata sotto l’impero del codice di rito abrogato aveva, peraltro, sostanzialmente inteso per indizio sufficiente quello provvisto del contenuto proprio dell’attuale indizio grave ma era, comunque, opportuna la innovazione poi introdotta dal legislatore con riferimento a determinati provvedimenti rispetto ai quali l’esigenza, oggi avvertita, di salvaguardare la libertà personale in misura maggiore di quanto non accadesse in passato, imponeva una definizione legislativa che circoscrivesse rigorosamente i limiti entro i quali potessero essere adottati provvedimenti restrittivi della libertà personale al fine di escludere che la semplice previsione della sufficienza degli indizi consentisse una applicabilità delle misure più estesa.

Le previsioni che tuttora richiedono sufficienti indizi per la emissione di determinati provvedimenti si giustificano con il fatto che esse sono contemplate nella normativa che riguarda la lotta contro la mafia dove o le persone nei cui confronti determinate misure devono essere adottate sono già “indiziate di appartenere ad associazioni di tipo mafioso”, o le indagini riguardano comunque delitti di criminalità organizzata o condotte tipiche degli appartenenti alla medesima.

Qui la sufficienza degli indizi si colloca in un contesto che già di per sé offre fondati sospetti della esistenza di elementi di reità per cui la presenza di un dato certo dal quale avviare un processo inferenziale nel senso sopra descritto, legittima di per sé l’esigenza di un immediato approfondimento di indagini.

L’indizio semplice, invece, non qualificato da alcuna aggettivazione, equivale a fondato sospetto e la differenza in tal senso risulta chiara dalla lettura dell’art. 269 codice di rito abrogato quando recita che “se la scarcerazione è ordinata per mancanza di sufficienti indizi, ma rimangono motivi di sospetto, può essere imposto all’imputato uno o più fra gli obblighi indicati nell’art. 282”.

In tal senso anche l’art. 207 c.p.p. dove alla rubrica della norma: “testimoni sospettati di falsità o reticenza”, fa riscontro nel testo la precisazione di “indici del reato previsto dall’art. 372 c.p.”.

Con l’indizio semplice siamo quindi nell’ambito del fondato sospetto che trova largo impiego in tema di misure di prevenzione dove “non trovano applicazione né la regola dell’art. 192, n. 2, c.p.p., dettata in tema di prova giudiziaria necessaria all’affermazione della responsabilità penale dell’imputato... né quella dell’art. 273 stesso codice, che consente l’applicazione di una misura cautelare personale a seguito della verifica dell’esistenza di gravi indizi di colpevolezza – intesi come elementi induttivi di elevata probabilità di una futura affermazione di responsabilità dell’indagato – in quanto entrambe estranee all’oggetto dell’indagine richiesta nel procedimento di prevenzione, anche in materia di criminalità mafiosa, in cui gli indizi si identificano con gli elementi di fondato sospetto, quantunque privi dei requisiti della precisione e della gravità (Cass. 30 maggio 1995 n. 2019 sez. I)”.

Gli elementi di fondato sospetto più propriamente potrebbero essere ritenuti sintomi e non indizi del fatto da accertare, dove con il primo termine si intenda una entità ontologicamente meno concreta della seconda, per cui un concorso di tali elementi ritengo sia indubbiamente necessario: un sospetto di per sé richiede, per essere formulato, una pluralità di sintomi concordi senza la quale neppure di fondato sospetto si potrebbe parlare ma di una mera supposizione frutto di suggestioni non meglio determinate e come tali non idonee a fungere da supporto ad alcuna misura di prevenzione.

Al termine di questo *excursus*, necessariamente sintetico e certamente non esaustivo del tema in discussione, un dato certo comunque dovrebbe risultare acquisito sufficiente a desumere come la prova indiziaria di cui all'art. 192, 2° comma c.p.p. sia elemento di prova che sul piano qualitativo ha una valenza nella formazione del libero convincimento del giudice pari a quella riconosciuta alla c.d. prova diretta, mentre sul piano quantitativo ha, per l'ampio spettro nel quale viene utilizzata, una rilevanza indubbiamente maggiore nella economia complessiva del processo.

PROVA E CONVINCIMENTO: PROFILI LOGICI E STORICI

Relatore:

prof. Alessandro GIULIANI

ordinario di filosofia del diritto nell'Università di Perugia

SOMMARIO: Premessa. – I. *Profili storici*: 1. Vichismo giuridico e procedura penale: “Tre spezie di giudizi”. – 2. Procedura penale e forme di governo: Vico, Montesquieu e Filangieri. – 3. Il vichismo processuale in Italia: il binomio “Vico-Genovesi”. – II. *Profili logici*: 4. La vocazione giuridica della “*ars inveniendi*”: teoria della controversia e teoria della prova. – 5. La controversia come “questione mista”: la retorica come logica dei fatti relazionali (“in ordine ad ius”). – 6. Il rapporto di distinzione/connessione tra prova retorica e prova logica. – *Conclusione: La regola d'oro dell'ordo iudiciarius.*

PREMESSA

Senza la consapevolezza dell'intreccio tra aspetti logici, etici ed istituzionali risulta oscura la fondamentale antinomia della logica giudiziaria, nella cui soluzione furono impegnati – nell'età media – teologi, filosofi e giuristi: *secundum conscientiam / iuxta allegata et probata*. Il “Methodenstreit” – che va ricondotto al perenne conflitto tra retorica e logica – investiva il rapporto tra prova e convincimento del giudice. La controversia prefigura – se ci fosse permesso di utilizzare le categorie della teoria contemporanea del processo – l'alternativa tra l'ordine isonomico e l'ordine asimmetrico: tra il principio di selezione del processo inglese ed il principio di concentrazione del processo continentale. Come apprendiamo da un giurista del XIV secolo, il trionfo del dogma *iuxta allegata et probata* – che corrispondeva alla “*communis opinio theologorum*” – si affermò con l'autorità di san Tommaso, travolgendo l'opposta dottrina dei *doctores antiqui*:

“Et quod (iudex) debeat conscientiam sequi patet ex iuribus supradictis. Et hanc sententiam tenerunt doctores antiqui excellens Hugutio et Martinus. In contrarium est communis opinio theologorum, scilicet quod secundum allegata et probata et non secundum conscientiam, ut. notat Sanct. Thom. de Aquino in 2-2 q. 67, ar. 2” (Luca da Penne, Comm. in tres posteriores libros Codicis Iustiniani, Lugduni, 1584, p. 334).

L'affermazione del principio *iuxta allegata et probata* va considerata uno degli episodi più significativi della teologizzazione del diritto. Certo è che – da Abelardo ai maestri di Port Royal – costante è la preoccupazione del teologo di eliminare la soggettività del giudizio per quanto si riferisce non solo alla regola, ma anche al fatto. Dal dogma deriva – come corollario – la radicalizzazione della distinzione tra *quaestio facti* e *quaestio iuris*, nel senso forte di una contrapposizione ignota ai “*doctores antiqui*”. Nella *quaestio facti* la parificazione del giudizio umano a quello divino – senza contraddittorio e senza dialogo – poteva trovare nel “calcolo” di un sistema di prove legali un sostituto, benché imperfetto, della onniscienza divina. Pertanto il dogma è apparso agganciato ad un modello di razionalità antiretorica, che utilizza tecniche probatorie dimostrative. Il principio *iuxta allegata* – radicatosi nel passaggio al *processus* dell'età moderna – è risultato poi in sintonia con l'epitè positiviste, progressivamente affermatosi nella scienza giuridica a partire dal XIX secolo.

In questa tradizione – in cui è stata elevata a modello assoluto la epistemologia connessa alla procedura di una particolare forma di conoscenza (la scienza) – va ricercata la genesi di un tacito postulato sottinteso nella dogmatica del giurista continentale: *interpretazione della legge e prova dei fatti appartengono a mondi incomunicabili*. Tale postulato non è stato messo in discussione quando nel secolo XVIII la rivoluzione francese introdusse – insieme con la giuria – il principio della *intime conviction* come taumaturgico rimedio alla crisi della procedura inquisitoria: la distinzione tra “fatto” e “diritto” apparve compatibile con la distinzione dei ruoli tra giurati e giudici. Certo è che ancora oggi i parametri della razionalità della *intime conviction* risultano oscuri, in quanto viene messo tra parentesi il nesso tra convincimento e conoscenza. Il principio è divenuto un caso limite di nozione irrimediabilmente confusa: la terminologia si è venuta caricando di significati diversi, ed al limite opposti, sottintesi nei concetti a cui tale nozione rinvia (certezza morale, prova morale, coscienza, etc.).

La versione moderna del libero convincimento – affidato troppo semplicisticamente al buon senso dei giudicanti – non ha nulla in comune con il principio che il giudice debba giudicare *secundum conscientiam*. Il dogma nel senso del processo comune europeo (in cui va ricompresa la tradizione di *common law*) presuppone i valori logici ed etici che oggi riconduciamo all’idea del processo equo: l’ordine isonomico – basato sulla divisione della conoscenza e sulla distinzione dei ruoli – permette il passaggio dalla mera persuasione ad un autentico convincimento basato su prove. La libertà di valutazione trova la sua compensazione nella rigorosa eliminazione dell’informazione irrilevante. Il principio di selezione mette in moto le operazioni sociali di una ragione retorica, dialettica, giustificativa. La problematica risulta inaccessibile al giurista continentale, che non sia disponibile ad accantonare le categorie logiche in cui è stato educato: a partire dalla distinzione tra “questione di fatto” e “questione di diritto”. Nell’argomentazione giudiziaria nessun fatto è “rilevante”, se non è riconducibile a strutture metafattuali: i fatti nella controversia sono sempre relazionali (“in ordine ad ius”). I fondamenti logici dell’*ordo* vennero ricercati nella retorica intesa come una *ars hermeneutica*, capace di attrarre il fatto – e la prova dei fatti – nell’area della qualità: la controversia giudiziaria è una “questione mista”.

I – PROFILI STORICI. VICHISMO GIURIDICO E PROCEDURA PENALE

1. “Tre spezie di giudizi”.

Fino alla fine del XIX secolo Giambattista Vico non venne considerato dai giuristi filosofo della storia ideale eterna, bensì filosofo del diritto. Una tale interpretazione – che sottintende il primato di Vico *iurisconsultus* – è rilevabile in vari campi: dalla scienza della legislazione alla dottrina dialettica della “interpretatio”. La procedura penale costituisce il settore in cui forse più incisiva è risultata la sua presenza; basti considerare due tesi che sono interdipendenti:

a) il processo deve essere in sintonia con le forme di governo (“*ex natura rerumpublicarum*”);

b) il libero convincimento del giudice (“*secundum conscientiam*”) non deve essere dissociato da regole logiche: la prova giudiziaria – intesa nel senso classico di “*argumentum*” – deve mirare al convincimento, e non alla mera persuasione del giudice.

La genesi della riflessione sul processo, che ci offre Vico *philosophus*, va ricercata non solo nell’opera di Vico *iurisconsultus*, ma anche in quella di Vico *orator*: essa infatti corre parallela alla riscoperta della dimensione “logica” e “filosofica” della retorica “giudiziaria”, considerata in relazione ai suoi due capitoli (ossia *ordo quaestionum* ed *ordo probationum*). Vico è consapevole che la dicotomia *secundum conscientiam/iuxta alligata et probata* non solo riflette il perenne conflitto tra retorica e logica (tra ordine isonomico ed ordine asimmetrico) nella procedura della conoscenza, ma ha altresì implicazioni etiche. Egli lascia trasparire la sua preferenza per la dottrina dei “*doctores antiqui*” (e cioè che il giudice debba giudicare *secundum conscientiam*):

Quid autem iudex in hac facti *peristsei* facere oporteat, qui reum palam noscit, secreto scit innocentem, morali doctrinae definiendum relinquamus (*De uno. CCI*).

Una idea fondamentale – già delineata nelle opere giuridiche – trova il suo punto di maturazione e di elaborazione nella Scienza nuova (Libro IV, sez. X [§§ 955-974]): e cioè che *i mutamenti delle istituzioni vanno ricercati all'interno delle modificazioni della mente umana*. Il processo è una variabile dipendente rispetto alle varie guise con cui si viene articolando nel tempo il livello di razionalità, in relazione alle varie forme di governo. Non possiamo insomma comprenderne le forme mature, mettendo tra parentesi le tappe della evoluzione: “cangiandosi gli uomini, ritengono per qualche tempo l'impressione del loro vezzo primiero”:

“... così ai tempi barbari è naturale la ragione stretta osservata nelle parole, ch'è propriamente il *fas gentium*, com'a' tempi umani lo è la ragione benigna, stimata da essa uguale utilità delle cause, che propriamente *fas naturae* dee dirsi, diritto immutabile dell'umanità ragionevole, ch'è la vera e propria natura dell'uomo”.

Alla “evoluzione” – metafora base della Scienza nuova – va ricondotta la trattazione del processo, collocata nel libro quarto (“Del corso che fanno le nazioni”). Il nostro tema – *tre spezie di giudizi* – è in un rapporto di interferenza con le altre tappe dello sviluppo storico: “tre spezie di nature”, “tre spezie di lingue”, “tre spezie di governi”, etc. La fedeltà alla terminologia tradizionale (“giudizio”, “ordine dei giudizi”) corrisponde alla cultura italiana del diritto comune, restia ad accettare la dottrina germanica del “processus”. Consideriamo le tre fasi:

1) *giudizi divini*: essi corrispondono ad un livello di razionalità di uomini di *cortissimo raziocinio*. “Nello stato che dicesi ‘di natura’ (che fu quello delle famiglie) i padri di famiglia si richiamavano agli dei de' torti, ch'eran stati lor fatti... chiamavano in testimoni della loro ragione essi dei.” I duelli pertanto – e su ciò Vico torna ad insistere – non furono prove: “Quindi coloro che scrivono i duelli essersi introdotti per Difetto di pruove, egli è falso; ma devon dire: per difetto di leggi giudiziarie”. I duelli sopravvivono in un rapporto di distinzioneconnessione con i “giudizi di Dio”. L'approfondimento dei rapporti di interdipendenza con la procedura delle guerre (“che si dissero dagli antichi *duella*”) costituisce un momento fondamentale della riflessione sul processo: “In si fatti giudizi armati estimarono la ragione dalla fortuna della vittoria: lo che fu consiglio della provvidenza divina, accioché tra genti barbare e di cortissimo raziocinio, che non intendevano ragione, da guerre non si seminassero guerre, e si avessero idea della giustizia o ingiustizia degli uomini dall'aver essi propizi o pur contrari gli dei..”.

I presupposti di questa comune fenomenologia vanno ricercati nei dati psicologici della stessa natura umana: a) il ricorso agli Dei da parte degli oppressi sottintende il sentimento della unità del genere umano: “quasi genus humanum esset una civitas, in qua homines agerent sub imperio et tutela deorum, et in testium inopia *deos obtestabantur*” (*De constantia philologiae*, cap. XX, 11); b) l'istinto della vendetta collegata alla legge del taglione (“haec poena, omnis maxime rudis et anceps”) – che si pretende introdotta dal mitico re Radamante – è comune a tutte le società barbariche. Nella misura in cui l'offeso vuole una riparazione *pubblica* (ossia in presenza di testimoni) si prefigura non solo l'idea della giustizia, ma quella stessa del tribunale e del processo: “...i popoli dovettero incominciar le guerre... dagli abbattimenti di essi particolari offesi, quantunque fossero re, ed essendo entrambi i popoli spettatori, che *pubblicamente* (c.n.) volevano difendere o vendicare l'offese”.

2) *giudizi eroici*. – La seconda fase dei “giudizi ordinari” corrisponde alla più antica forma di governo che, secondo Vico, non è la monarchia ma l'aristocrazia: essa è dominata da un rigido formalismo, in cui il risultato iniquo del giudizio non interessa (“uti lingua nuncupassit, ita ius esto”).

E tale ordine di giudizi bisognò ne' tempi d'Achille, che riponeva tutta la ragione nella forza... Così perché non prorompevano in piati, riti ed uccisioni, fu consiglio della provvidenza c'avessero naturalmente opinione del giusto, che tanto e tale fusse loro diritto quanto e quale si fusse spiegato con solenni formole di parole...

Un processo che ignora la “verità dei fatti” può però essere strumento di “abusi”, e non di giustizia. Nell'età degli uomini l'introduzione dell'appello implica un salto di qualità nel corso che fanno le nazioni.

3) *giudizi umani*. – In questa fase la giustizia della decisione prevale sul formalismo processuale. La trattazione potrebbe apparire ingiustificatamente sbrigativa e stringata in contrapposizione a quella delle altre tappe del processo nel “corso che fanno le nazioni”: ossia giudizi divini ed eroici. Vico “filosofo della procedura” rinvia – con un implicito *Selbstzitat* – alla sua opera complessiva di *iurisconsultus* e di *orator*. La sintesi dei suoi convincimenti – collegata alla espressione *giudizi straordinari* – appare più eloquente di una dettagliata analisi”.

I terzi giudizi sono tutti straordinari, ne' quali signoreggia la verità d'essi fatti, a' quali secondo i dettami della coscienza, soccorrono ad ogni uopo benignamente le leggi in ciò che domanda essa uguale utilità di cause...”.

I giudizi straordinari – in quanto giudizi di “equità” – sollevano una complessa problematica al livello istituzionale ed a quello logico:

a) sul piano istituzionale una tale fase corrisponde “all'apertezza delle repubbliche popolari e molto più alla generosità delle monarchie, ov'i monarchi, in questi giudizi fan pompa d'esser superiori alle leggi e solamente soggetti alla loro coscienza e a Dio”. Un sintomo dei giudizi umani è l'introduzione dell'appello inteso come rimedio *straordinario* contro la iniquità della sentenza: esso presuppone la distinzione dei ruoli tra giurisdizione ordinaria (che giudica secondo il diritto stretto) ed un Tribunale supremo (che giudica secondo la equità civile). In altra sede, abbiamo cercato di dimostrare come un tale modello costituzionale fosse stato vagheggiato da Vico sotto due suggestioni: da un lato il mito aragonese (XV secolo) del Sacro Regio Consiglio definito “Tribunale delle appellazioni”; dall'altro lato la corrispondente problematica del giudizio di equità nel suo “quarto autore”, ossia il Lord Chancellor Francesco Bacone;

b) nei giudizi umani – in cui “signoreggia la verità d'essi fatti” – il rapporto *retorica-procedura giudiziaria* sembra risolversi in una identificazione: pertanto la dimensione logica dei giudizi umani va ricercata nelle *Institutiones oratoriae*. Vico *orator* – in consapevole rottura con la retorica barocca dell'ornato – aveva affermato il primato della retorica giudiziaria, elevata a momento di razionalità sul piano delle decisioni pratiche. Il consenso dell'uditorio non è svincolato dalla verità, se l'informazione viene corretta nel contraddittorio, e nel rispetto delle regole della procedura: la prova retorico-giudiziaria è una prova logica. Lo scopo della retorica è dunque la ricerca della verità: il rapporto tra retorica e verità è il riflesso di una vocazione della ragione umana, di una disposizione naturale per la verità, che Aristotele chiamò *nous*, ed i latini *intellectus*.

Dalla filosofia vichiana della procedura giudiziaria poteva ricavarsi una conclusione: e cioè che – se la evoluzione delle “leges iudicariae” va ricondotta al “corso che fanno le nazioni” – non esistono processi buoni e processi cattivi: il passaggio da una forma di processo ad un'altra si realizza quando si consolida non solo una nuova forma di governo, ma anche – e soprattutto – un nuovo livello di razionalità e di moralità.

2. Procedura penale e forme di governo: Vico, Montesquieu, Filangieri.

Il discorso fin qui svolto ci ha rivelato la stretta interdipendenza tra due momenti della riflessione vichiana sul processo:

1) *rapporto tra processo e forme di governo*. – La evoluzione della procedura giudiziaria va ricondotta al “corso che fanno le nazioni”: il passaggio da una forma ad un’altra va considerata in relazione alle forme di governo (“*ex natura rerumpublicarum*”). Non esistono pertanto processi buoni e processi cattivi: sarebbe così assurdo introdurre nell’*età degli uomini* il giudizio di Dio, come nell’*età degli dei* il processo equo.

2) *rapporto tra processo e logica*. – Il passaggio da una forma ad un’altra si realizza quando si consolida un nuovo livello di razionalità e di moralità. La prova retorico-giudiziaria – nei giudizi umani – non è strutturalmente diversa dalla prova logica: essa deve mirare alla *convinzione non alla mera persuasione* del giudice.

Le due tesi sono penetrate nella cultura giuridica europea; ma non sempre è persistita la visione unitaria della complessa fenomenologia. Tale sembra il caso di Montesquieu, il cui debito nei confronti di Vico è sempre apparso oscuro: infatti nell’*Esprit des lois* la procedura penale appare un capitolo fondamentale della sua filosofia politica. Sono impressionanti le analogie con la dottrina vichiana: a) nella tesi fondamentale, e cioè che la struttura del processo dipende dalle forme di governo (cap. XXVI: *Des lois dans le rapport qu’elles doivent avoir avec l’ordre des choses sur lesquelles elles statuent*); b) nella utilizzazione del metodo storico-comparativo esteso ai diritti primitivi. L’analogia è marcata nella trattazione del duello, considerato in rapporto alla *manière de penser de nos pères*: esso sottintende un appello alla divinità. In quella fase della civiltà “... il y eut un tel accord des ces lois avec les moeurs, que ces lois produisirent moins d’injustice qu’elles furent injustes... qu’elles furent plus déraisonnables que tyranniques” (L. XXVIII, cap. 17).

Non vanno però trascurati fondamentali punti di divergenza, in Montesquieu infatti l’interesse teorico pare soverchiato dal momento prescrittivo, sollecitato dalla urgenza delle riforme. Ne derivano alcune conseguenze:

a) le condizioni politiche – e quelle fisico-climatiche – vengono privilegiate rispetto a quelle culturali: il mutamento del processo e delle istituzioni giudiziarie viene analizzato in relazione alla tripartizione delle forme di governo (repubblica, monarchia, e dispotismo);

b) il rimedio alla patologia del processo inquisitorio, e del sistema di prove legali, è individuato nell’alternativa del modello inglese (*trial by judge and jury*), basato – come nella Francia medioevale – sul sistema dei pari, i quali decidevano soltanto sulla “questione di fatto”.

La proposta del trapianto della “giuria” sembrava fare affidamento *sic et simpliciter* sull’introduzione del *jury trial*, di cui Montesquieu rivela però una conoscenza approssimativa: egli infatti non teneva conto che le istituzioni giudiziarie inglesi trovavano il loro risvolto e prolungamento nella logica della *law of evidence* (considerata dai giuristi inglesi “the child of jury”). Il convincimento del *jury* sarebbe risultato irrazionale senza una compensazione nella rigorosa delimitazione della area probatoria ad opera di giudici “professionali” sulla base di una logica della rilevanza, costruita come un sistema di “*exclusionary rules*”. La *law of evidence* non è pertanto riconducibile alle alternative familiari al giurista continentale (prove legali/libero convincimento).

A proposito dei fraintendimenti, vorremmo richiamare l’attenzione su una lettera, che gli indirizzò David Hume: “Pour ce qui est des jurès d’Angleterre... non seulement les jurès déterminent le fait, mais encore le crime et ils laissent la détermination de la punition à la loi”. Il filosofo inglese colse nel segno, ricordandogli che i “jurors” non decidono la mera questione di fatto, ma una questione mista (“guilty”/“not guilty”). L’incomprensione di Montesquieu trovava la sua spiegazione nelle differenti premesse epistemologiche della logica giudiziaria, familiare al magistrato francese: la contrapposizione tra “questione di fatto” (giuria) e “questione di diritto” (giudici) era stata radicalizzata dalla logica di Port Royal.

Nell'opera di Montesquieu va ricercata dunque la genesi della versione francese del *jury trial*; essa trionfò – attraverso la ideologia dei “philosophes” – nella Francia rivoluzionaria con la legge del 1791: e dalla legislazione napoleonica venne imposta in Europa. La problematica sollevata da Hume restò oscura anche alla cultura giuridica successiva: si arrivò a considerare l'*intime conviction*, svincolata dai canoni di una logica probatoria. Una tale idea potrebbe essere considerata, in larga misura, la causa della involuzione dell'istituto della giuria. Nella stessa Francia la riforma non risultò il rimedio taumaturgico alla intollerabilità degli errori, causati dal sistema di prove legali collegate alla tortura. E, per la eterogenesi dei fini, l'*intime conviction* finì per essere ritenuta compatibile con un giudice funzionario.

Da queste vicende non è risultato intaccato il successo di Montesquieu “filosofo della procedura” fino alla fine del XIX secolo: la sua dottrina – relativa ai rapporti tra istituzioni giudiziarie e forme di governo – ha incoraggiato l'utilizzazione del metodo storico-comparativo nei più svariati settori connessi alla riforma del processo penale. Uno dei temi privilegiati fu quello delle procedure di accusa: secondo Montesquieu l'accusa privata corrisponde alla repubblica, e l'accusa pubblica (affidata al *procureur du roi*) alla monarchia.

In Italia, la dottrina di Montesquieu è venuta facilmente a combinarsi con la tradizione vichiana: un esempio significativo è offerto dal terzo libro della *Scienza della legislazione* (1783) di Gaetano Filangieri, dedicato al diritto ed alla procedura penale. L'accettazione del metodo non risultò però incompatibile con la divergenza nelle soluzioni: l'idea di affidare l'accusa ad un *vengeur public* nella monarchia sembrava a Filangieri sovvertire “i più sani principii della politica”.

Certo è che tale problematica (processo/forme di governo) – attraverso il binomio “Montesquieu-Filangieri” – diventò un topos ricorrente nella cultura giuridica europea fino alla fine del XIX secolo. Basti ricordare in Germania l'opera di Carl Joseph Anton Mittermaier (1787-1867), il quale – secondo il vichiano Emerico Amari – comprese che “nella storia comparata delle leggi si manifesta un progresso del diritto dalla Provvidenza preordinato”.

3. – *Il vichismo processuale in Italia: il binomio “Vico-Genovesi”.*

Fin dalla fine del XVIII secolo, la dottrina italiana avvertì che il processo inquisitorio doveva essere attaccato nei presupposti logici, che si annidavano nel “modo di pensare” del giurista: e pertanto la riforma dell'educazione del giurista apparve più importante di quella delle istituzioni. Sotto tale profilo, la *retorica* di Vico ha esercitato sui giuristi un influsso corrispondente a quella dell'*art de bien penser* in Francia: tra le due opere vi è la distanza che separa il metodo ramistico-cartesiano rispetto a quello retorico-dialettico. La rivalutazione del carattere argomentativo, critico, giustificativo del ragionamento giudiziario permise di costruire una logica del convincimento del giudice, che evitava gli effetti perversi delle due alternative: l'*aritmetica delle prove* oppure la versione irrazionalistica della *intime conviction*.

Un fondamentale elemento di mediazione è stato l'insegnamento di Antonio Genovesi, legato alla sua *Ars logico-critica* (Neapoli, 1745): il “nuovo metodo di logica” - come l'autore dichiara nelle memorie autobiografiche - ricomprendeva “materie che erano generalmente omesse in quest'arte di filosofare. Ella ebbe l'approvazione generale in Italia”. Ma anche in Germania apparve una edizione di quest'opera (Coloniae Agrippinae, 1753). L'impegno pedagogico è sottolineato dal titolo della successiva edizione italiana (*Logica per i giovanetti*. I ed., 1766 [6 ed. 1818]), su cui sono state educate generazioni di giuristi. Secondo Genovesi, lo studio della logica - intesa come “arte di pensare, ragionare e disputare” - deve prendere le mosse dall'analisi “della natura dell'anima umana, e delle sue facoltà, ed operazioni”. L'arte della disputa è ricollegata alla teoria retorica della controversia giudiziale: viene offerta una trattazione originale della patologia dell'argomentazione (che introduce nuovi sofismi: tra cui l'argomento *ad verecundiam*, *ad ignorantiam*, etc.). La prova dei “fatti” del passato costituisce il tema non trascurabile di una logica, che equipara il metodo storiografico a quello giudiziario: la certezza morale è intesa come certezza storica, o massima probabilità. L'ultima parte della Logica del Genovesi è dedicata alla *arte ordinatrice*, esaminata in relazione ai due metodi: analitico e sintetico. L'arte logica-analitica è in realtà una procedura della conoscenza, basata sulla eliminazione progressiva degli elementi irrilevanti: un tale metodo è la vera “Scienza nuova”.

Il binomio “Vico-Genovesi” ha determinato le condizioni culturali, che hanno permesso alla dottrina processualistica italiana - verso la fine del settecento - l'accesso ai problemi “filosofici” e “logici” del libero convincimento del giudice. Un elemento concomitante di sollecitazione fu la conoscenza diretta del processo inglese, facilitata dalla traduzione in francese dei *Commentaries* di William Blackstone. Esso venne studiato con il metodo storico-comparativo: l'insistenza sulle analogie con il carattere accusatorio del processo romano tradiva - più o meno consapevolmente - la nostalgia per i valori isonomici dell'*ordo iudicarius* medioevale. Nelle *Considerazioni sulla procedura criminale* (1787) Mario Pagano definisce la procedura come “analisi giudiziaria”, in un senso logico ben noto ad un allievo di Genovesi. La confutazione è considerata la pietra di paragone della verità: la confessione estorta con la tortura è l'espressione del dolore, non l'indizio della verità. La conoscenza attraverso la testimonianza umana presuppone una indagine critica sull'interesse di mentire: “la sola chiamata di mille soci non può produrre la moral colpa”.

Nella *Scienza della legislazione* Gaetano Filangieri attacca il sistema di prove legali non solo per le sue iniquità, ma soprattutto per la sua “assurda e puerile logica” (Libro III, Parte I, cap. IX): la tortura era irrazionale come la procedura del duello. La determinazione dei canoni dell'intelletto, in relazione alla prova della verità dei fatti, deve tenere presente che la certezza morale è una certezza storica:

la certezza non è altro che lo stato dell'animo sicuro della verità di una proposizione, che riguarda l'esistenza di un fatto che non è passato sotto i nostri occhi. Questa, come ogni altra certezza, non è nella proposizione, ma nell'animo. Un uomo dunque può essere certo della verità di un fatto che è falso; egli può dubitare di un fatto ch'è vero; egli può essere certo di un fatto del quale altri dubita; egli può dubitare di quello del quale un altro è certo (*ib.*, cap. XIII).

Si renterebbe però “perniciosissima” l'autorità del giudice, se potesse decidere soltanto sulla base della sua certezza morale: questa non è arbitraria, se si combina con i *canoni di giudicatura*. La scienza della legislazione dovrebbe insomma “combinare la certezza morale del giudice colla norma prescritta dal legislatore, cioè a dire, col *criterio legale*”. Filangieri propone una logica delle prove negative, che rivela sorprendenti analogie con le “exclusionary rules” della *law of evidence*: dalla “interest disqualification” alla “hearsay rule”.

La continuità del binomio “Vico-Genovesi” persiste nella dottrina italiana della procedura penale del XIX secolo: i precetti della procedura vennero considerati – come affermò Nicola Nicolini – *precetti di logica*, in quanto “la procedura ci dà il termometro esatto della logica di un popolo”. Nell’area lombarda, l’opera di Giandomenico Romagnosi merita particolare attenzione nel campo sia della filosofia della procedura penale, sia della logica probatoria, considerata – in un spirito vichiano – in relazione all’*incivilimento*: le sue *Vedute fondamentali sull’arte logica* vennero intenzionalmente preparate come commento alla *Logica* del Genovesi. Anche secondo Romagnosi – nel campo dell’accertamento storico – le regole probatorie possono avere solo un carattere negativo: “siamo costretti a confessare di non possedere fuorché principi puramente *negativi*, e di dover lasciare il calcolo delle prove all’avveduto discernimento ed alla retta coscienza dei giudicanti, e d’infrenare soltanto gli arbitrii con cautele esteriori”.

Sulla *logica delle prove negative* va richiamata l’attenzione: la dottrina processualistica trovò qui la compensazione ai rischi di una versione della *intime conviction*, i cui risvolti gnoseologici risultavano oscuri. Certo è che nella stessa Francia l’esperienza della giuria risultò peggiore dei mali, che si intendeva evitare. Il successivo trapianto della versione francese del *jury trial* nel continente confermò i guasti prodotti dalla mancata consapevolezza delle relazioni tra riforma delle istituzioni e “cultura del processo”.

II. – PROFILI LOGICI

4. La vocazione giuridica della “ars inveniendi”: teoria della controversia (status) e teoria della prova (argumentum).

Fino all’età moderna la retorica – destinata all’educazione del “giurista” – venne strutturandosi come una *ars hermeneutica*, capace di attrarre la problematica del fatto, e della prova dei fatti, nell’area della qualità considerata in una prospettiva assiologica. La retorica risultò convertita in un metodo dialogico per controllare e supplire la conoscenza umana nel dominio della *doxa* – ossia del ragionamento pratico – considerato in opposizione a quello della *episteme*. L’ingresso nel genere giudiziario – in cui più incisive e complesse sono le istanze di razionalità e di moralità nella comunicazione intersoggettiva – ci obbliga pertanto di recuperare il significato, e la dimensione teorica, del dibattito classico sulle *partes rhetoricae* (“invenzione”, “disposizione”, “elocuzione”, “pronuncia”, “memoria”). La distinzione non ha mai fatto smarrire la consapevolezza dei rapporti di connessione tra le parti della retorica, che devono operare congiuntamente nella educazione del giurista “orator”. La sopravvivenza stessa del genere giudiziario risulta legata all’affermazione della *visione unitaria della retorica*, che tiene saldo l’aggancio della nostra disciplina non solo con la filosofia, ma anche con gli altri capitoli della teoria dell’argomentazione: come la dialettica (o topica) e la sofistica. Un corollario è l’affermazione del ruolo dominante della *ars inveniendi* “princeps omnium partium in omni causarum genere”. La storia, e la fortuna, dell’invenzione retorica è inseparabile da quella della procedura giudiziaria, con cui fino all’età moderna è convissuta in un complesso rapporto di reazioni ed adattamenti: essa è apparsa il modello per la corretta utilizzazione della *facultas inveniendi*.

Il fenomeno simbiotico che – attraverso la mediazione della invenzione – ha legato la retorica classica alle pratiche dominanti nella comunità (ed in particolare alla procedura), sottintende relazioni ed interferenze tra logica, etica ed istituzioni. Il passaggio alla controversia mette in moto le operazioni sociali della ragione – a partire dai meccanismi del ricordo e della memoria – in una situazione di movimento che degenererebbe nella eristica in assenza di un ordine. La procedura non lascia disperare nella esistenza di tecniche della ragione pratica: il convincimento autentico – distinto dalla mera persuasione – viene “ordinato” dalla logica dell’invenzione. Il terreno della procedura giudiziaria non è quello della dimostrazione scientifica, ma neppure della guerra: la ricerca di una soluzione giusta e ragionevole è una impresa che implica la cooperazione – anche se involontaria – dei partecipanti. Le tecniche di soluzione della controversia presuppongono il diritto: ossia l’accordo sulle regole, che risultano però relative e controverse nel momento dell’applicazione al fatto. Nel dubbio che sorge dal confronto tra due tesi il contraddittorio appare l’insostituibile strumento d’informazione: le giustificazioni si appellano ai criteri di una logica della rilevanza.

La retorica giudiziaria sottintende i valori logici ed etici dell’ordine isonomico, che oggi ricollegiamo all’idea di una procedura equa. Basti considerare alcuni presupposti:

a) *aspetti logici ed epistemologici*. – Il passaggio ad una discussione dialettica presuppone: da un lato un modello epistemologico basato sulla divisione della conoscenza e sulla distinzione dei ruoli; dall’altro lato la sintonia tra l’ordine del pensiero e l’ordine del discorso: tra la *ars inveniendi* e la *ars inventa disponendi*;

b) *aspetti etici*. – La retorica giudiziaria costituisce il prolungamento ed il risvolto logico di quella branca della filosofia morale – un tempo denominata *philosophia practica* – che è la filosofia del diritto: la logica della controversia rinvia alla etica della controversia.

La invenzione retorica appare oggi un relitto storico difficilmente decifrabile: e pertanto ci sfuggono i problemi connessi alla sua definizione come *excogitatio rerum verarum aut verisimilium, quae causam probabilem reddunt* (Cic., de inv. 1.7.9). La prima causa di questa incomprendimento va ricercata nell’eredità di una filosofia antiretorica – come quella moderna – che aveva decretato l’inutilizzabilità dell’*ars inveniendi* nel settore, con cui fino allora era convissuta: ossia la procedura nei giudizi. La sterilizzazione della vocazione “giuridica” corre parallela al fenomeno dell’appropriazione della invenzione da parte della logica e della poetica.

Malgrado la rinascita della retorica nel mondo contemporaneo, il problema dell’*ars inveniendi* è stato riproposto in una versione riduttiva ed ambigua. La prevalente identificazione con l’*argumentatio* – ossia con la teoria dei luoghi e delle prove retoriche – non corrisponde alla concezione classica, secondo cui l’*ars inventionis* è logica delle relazioni tra la controversia e la prova: “Hermagoras statum vocat per quem subiecta res intellegatur et ad quem etiam probationes partium referantur” (Quint., i.o., VI. 4.4.). La riduzione della complessità è affidata alla *preventiva* definizione dello *status controversiae*, ossia di un “centro di argomentazione” rispetto a cui l’argomentazione probatoria ha un ruolo subalterno. L’intelligibilità della natura della controversia (*an sit, quid sit, quale sit*) è il presupposto per la corretta utilizzazione dell’informazione fattuale nella discussione dialettica. La distinzione tra i due momenti logici è il fulcro dell’*ars inveniendi*, che opera selettivamente come un argine contro l’abuso dell’argomentazione: ossia come logica della rilevanza. La problematica ci porta al cuore di una procedura che attrae in una logica relazionale la “quaestio facti”: ma la logica del fatto – e della prova dei fatti – risulta più complessa nella verità pratica rispetto alla verità teorica. Da un lato i “fatti” hanno una natura dinamica, controversiale in quanto interessano nella loro configurazione qualitativa: confutazione ed eccezione hanno una funzione vitale, insostituibile. Dall’altro lato essi appartengono al passato: rispetto ad un evento storico è possibile soltanto il ricorso a procedimenti di giustificazione.

La dottrina classica dell'*ars inveniendi* si articola in due capitoli: teoria della controversia (*status*) e teoria della prova (*argumentatio*). Al contrario la versione contemporanea – largamente diffusa tra gli stessi studiosi di retorica – sembra averne recuperato per metà l'impianto logico: è stata riproposta la concezione argomentativa della prova, isolata dalla teoria della formazione delle questioni. Il ruolo dominante del *thema decidendum* viene così convertito in un dato passivo, che emerge dall'argomentazione probatoria. In una tale concezione – in cui risulta problematica la distinzione tra tema della prova e mezzi di prova – appare latente un residuo del concetto moderno della prova, intesa come passaggio dal fatto noto al fatto ignoto: dai *facta probantia* al *thema probandum*.

La restaurazione del primato della "invenzione" impone il ritorno alla visione unitaria delle *partes rhetoricae*: esse non vanno considerate isolatamente, ma nei rapporti di distinzione/connessione con gli stadi che precedono e quelli che seguono. La statica del complesso edificio della retorica – in cui sono inserite le varie parti – poggiava sulle solide fondamenta della *ars inventionis*. La invenzione insomma ha un carattere introduttivo rispetto agli altri capitoli della retorica: essa offre alle parti – prima ancora che al giudice – gli strumenti concettuali e classificatori connessi alla logica della scoperta. Essa corrisponde al primo stadio della razionalità argomentativa, in cui la parte – deliberando con se stessa – costruisce un quadro di relazioni, rappresentandosi confutazioni ed eccezioni della controparte.

Il recupero della logica dell'invenzione ci permetterebbe di riproporre lo statuto della retorica come *ars hermeneutica*: ossia come logica del giudizio capace di attrarre la problematica del "fatto" nell'area della qualità. Vero e falso non rappresentano gli unici valori degli enunciati: nel giudizio sulla rilevanza è implicito quello sulla opportunità, relativo alle conseguenze di una decisione pratica. La procedura della *inventio* mira a svelare la complessità della controversia, individuando e distinguendo i vari tipi di disaccordo. Sulla base di questi presupposti si è chiarita la natura diversa dei discorsi relativi alla rilevanza del problema (*thema decidendum*) ed alla rilevanza della argomentazione (*facta probantia*). Ma il primato dell'invenzione non deve oscurare il ruolo delle altre parti della retorica nella organizzazione del discorso. L'invenzione offrirebbe un sapere meramente privato, senza il ricorso ai mezzi espressivi: stretto è il rapporto di complementarità tra l'ordine nell'acquisizione della conoscenza (*ars inventionis*) e l'ordine nella comunicazione della conoscenza (*ars inventa disponendi*), L'attenzione riservata alle tecniche narrative corrisponde ad esigenze logiche piuttosto che di stile: il modo con cui i fatti penetrano nella cittadella del giudizio pratico è irriducibile ad una mera informazione empirica.

5. La controversia come "questione mista": la retorica come logica dei fatti relazionali ("in ordine ad ius").

Nell'età moderna la trasfigurazione dell'*ars inveniendi* ha impoverito la configurazione della logica giudiziaria, ridotta ad un "calcolo" sillogistico affidato alle operazioni solitarie della mente del giudice. Il dogma della contrapposizione tra questione di fatto e questione di diritto costituisce una semplificazione non priva di rischi: *prova dei fatti ed interpretazione della legge sembrano appartenere a mondi incomunicabili*. Nella premessa minore il "fatto" ha una mera dimensione empirica, come un dato esterno che il giudice deve ricostruire nella sua globalità. Il rapporto di causalità – con cui nella concezione moderna della prova viene configurato il *passaggio dal fatto noto al fatto ignoto* – attira il tema della prova nell'ambito della questione di fatto, rendendo precaria la sua distinzione rispetto ai mezzi di prova. L'autonomizzazione della "quaestio facti" – marginalizzando la funzione selettiva della "quaestio iuris", che è essenziale nell'argomentazione – favorisce l'allargamento dell'indagine a temi irrilevanti al punto da rendere incontrollabile la razionalità del convincimento del giudice. L'applicazione della regola al caso appare una misteriosa sovrapposizione della fattispecie legale alla fattispecie concreta: ma come avviene nel giudizio il passaggio dai fatti alle norme, dall'essere al dover essere?

La distinzione tra questione di diritto e questione di fatto – che trova la sua preistoria nella logica abelardiana e ramistica – è stata radicalizzata dalla logica di Port Royal. L'epistemologia – di cui è impregnato il modello positivista – pare costituire un ostacolo per penetrare all'interno dei problemi della controversia giudiziaria. Dalla riduzione della teoria della conoscenza alla teoria della scienza, derivano alcuni corollari: distinzione tra logica ed etica, tra fatto e valore, tra questione di fatto e questione di diritto. Ma se restiamo fermi all'insegnamento di David Hume – secondo cui il ruolo della ragione è limitato alla ricerca empirica o al calcolo – non riusciamo a comprendere la fenomenologia dell'applicazione della regola al fatto.

Nel nostro secolo, l'attacco contro il sillogismo giudiziario è risultato benefico, nella misura in cui ha screditato la concezione della verità come corrispondenza: è stata aperta la strada alla relatività della nozione di fatto. Sul *fact-skepticism* finiscono per incontrarsi sia le correnti antiformalistiche sia quelle formalistiche: ma non vengono offerte soluzioni accettabili nella *pars construens*. Paradossalmente i critici hanno finito per radicalizzare alcuni postulati della concezione, che pretendevano di avere smantellato: da un lato il bando del fatto dall'ermeneutica giuridica, e dall'altro lato l'ordine asimmetrico del processo. Se – come affermano le correnti del realismo giuridico – “the facts are not data, are made”, la possibilità stessa di una logica del fatto resta esclusa.

Ai nostri fini maggiore attenzione merita l'attacco della teoria pura del diritto, secondo cui il nesso tra fatto e conseguenza giuridica deve essere compreso solo in termini di “dover essere”: la fattispecie insomma non può pretendere un valore autonomo indipendente da quello della norma. In questa concezione – secondo cui la decisione sul fatto non è un atto di conoscenza, ma di volontà – si annidavano tuttavia residui del pregiudizio naturalistico: non ci si poteva sbarazzare della esistenza di un “fatto” nella sua fenomenicità, anche se inteso come un dato puramente passivo e giuridicamente irrilevante. Il chiarimento a cui è pervenuta la dottrina kelseniana – e cioè che il giudice “crea” i fatti – richiama alla mente la concezione suareziana della *veritas in re operabili* ancorata ad una metafisica della creazione. Essa risulta compatibile con un processo radicalmente inquisitorio senza comunicazione e senza dialogo.

*Nell'argomentazione i “fatti” non sono né un dato oggettivo ed esterno rispetto alla conoscenza del giudice, e neppure sono “creati” dallo stesso giudice: la controversia è una “questione mista”. La dimensione della temporalità impedisce di separare i giudizi sulla esistenza dei fatti rispetto ai giudizi interpretativi: i fatti – in quanto eventi storici (*res gestae*) – appartengono al passato, la prova dei fatti avviene nel presente, le regole sono orientate verso il futuro. Nessuna informazione può trovare ingresso se non è riconducibile a strutture metafattuali: in prima approssimazione potremmo affermare che i fatti sono sempre fatti “relazionali” (*in ordine ad ius*). La retorica giudiziaria potrebbe offrire alla riflessione contemporanea una via da percorrere; essa è una logica delle relazioni, anche se in senso debole.*

La configurazione della controversia come “questione mista” – proposta dalla retorica giudiziaria – potrebbe costituire una valida alternativa rispetto ai fautori ed ai critici della “mechanical jurisprudence”. Essa ci permette di sfuggire al pregiudizio naturalistico del fatto come oggetto esterno da provare, senza incorrere nella più insidiosa attrazione di questa problematica nella precomprensione del giudice. L'attrazione del fatto nell'area della qualità permette di scoprire il filo sottile che – nell'argomentazione giudiziaria – collega, in un circolo, la questione di fatto alla questione di diritto:

a) la questione di diritto risulta condizionata dalle circostanze che hanno dato luogo alla controversia, dalla natura della confutazione, dalla considerazione delle conseguenze della decisione. Si impone pertanto un lavoro di correzione e di rettifica delle regole in relazione alla natura del fatto: l'applicazione meccanica ci farebbe incorrere nella fallacia dell'accidente;

b) la questione di fatto (*an sit*) è sempre interdipendente con questioni di definizione (*quid sit*) e di qualità (*quale sit*): non interessa la verità dei fatti in sé, ma la loro utilizzazione in relazione alle situazioni argomentative.

La retorica diffida dell'egemonia della conoscenza del giudice – e della sua supplenza – nella questione di fatto: l'adattamento delle regole alla fattispecie concreta si realizza attraverso la mediazione di quella costruzione della ragione pratica, a cui venne dato il nome di *constitutio causae*. Il ritorno alla problematica della teoria della formazione delle questioni – che è centrale nella retorica giudiziaria – appare attuale, in quanto ci offre un modello di procedura per la riduzione della complessità in un settore ignorato dalla logica: e cioè quello delle relazioni tra regole, delle relazioni tra fatti, delle relazioni tra regole e fatti. Pertanto la nostra terminologia (*quaestio iuris, quaestio facti, thema probandum*) ha in comune soltanto il nome con quella utilizzata nei sistemi giuridici, la cui procedura ha mutuato le tecniche dall'*ars inveniendi*: come il diritto medioevale o il *common law*.

Il ricorso alla metafora del “tessuto” potrebbe servirci per penetrare nella dottrina retorica dei fatti relazionali, sottintesa nella definizione ermagorea: “Hermagoras statum vocat, per quem subiecta res intellegatur et ad quem probationes etiam partium referantur” (Quint. 3.6.21). I fatti costitutivi (*status causae*) rappresentano – rispetto ai fatti probatori (*argumentatio*) – l'ordito destinato ad intrecciarsi con la trama. Restando però sul piano classificatorio e didattico della teoria degli *status controversiae*, la logica della formazione delle questioni rischierebbe di essere fraintesa. Potremmo semplicisticamente ritenere che la determinazione dello *status* (*fecisti/non feci, o iure feci*) costituisca il punto di partenza dell'argomentazione, mettendo tra parentesi la dialettica tra il ruolo del giudice e quello delle parti.

La *constitutio causae* – ossia la formazione della questione – presuppone l'*intreccio dell'invenzione con le tecniche narrative*: ossia il passaggio dalla situazione statica della “invenzione” alla situazione dinamica della “disposizione” peculiare della controversia giudiziale. La continuità tra questi momenti non risulterebbe possibile, se non vi fosse una identità di struttura. La narrazione delle parti costituisce il primo ed indispensabile anello in una catena di giudizi, rispetto ai quali la *constitutio causae* appare il risultato di un lavoro preparatorio di correzione e di rettifica. Nella “narrazione” la contrapposizione *quaestio facti/quaestio iuris* – intesa nel senso forte – viene rimpiazzata dalla distinzione tra due autonome categorie di fatti relazionali, che corrispondono alla bipartizione *narratio causae* (fatti costitutivi)/*narratio rerum ad causam pertinentium* (fatti probatori). Nel movimento di opposte ipotesi narrative la formazione delle questioni procede – nel contraddittorio e con il controllo del giudice – attraverso una combinazione di negazioni, eccezioni, confutazioni. La preventiva definizione del contesto argomentativo limita l'area del conflitto: essa permette di escludere le prove irrilevanti.

6. Il rapporto di distinzione-conessione tra prova retorica e prova logico-scientifica.

La tesi della specificità della prova nell'argomentazione – riaffermata dalla nuova retorica – è risultata trasfigurata dai fraintendimenti dei critici a partire dall'età moderna, quando la logica si è appropriata dell'*ars inveniendi*. A tale tesi è stato imposto un significato peggiorativo, estraneo alla versione originaria: si è preteso di ricavarne il corollario di una frattura tra il mondo della persuasione e quello della conoscenza. Al contrario, *la prova retorica è una prova razionale*: un autentico convincimento – distinto dalla mera opinione – dipende spesso dalla corretta risposta a questioni fattuali, nel senso della ricerca empirica, o a questioni scientifiche. La prova retorica insomma risulta lontana dai due estremi: da un lato l'eristica che riduce il fatto ad opinione, e dall'altro lato lo scientismo che omogeneizza la prova argomentativa a quella dimostrativa. Come primo passo per ricostituire il vero significato della sua autonomia, dovremmo riflettere su due tesi, che si ricollegano alla tradizione classica. La prova retorica infatti:

- a) da un lato costituisce il fondamentale baluardo contro le insidie del dogmatismo della evidenza, che esclude il contraddittorio. L'autonomia della verità pratica – rispetto alla verità teorica – trova la sua prima garanzia nella distinzione tra prova retorica (come *argumentum*) e prova logico-scientifica (come *ratio* o *experimentum*);

- b) dall'altro lato è capace di servirsi – senza esserne asservita – delle svariate forme della conoscenza umana: da quella sensoriale, come nel caso della testimonianza, a quella logico-scientifica.

Dalla incompetenza delle prove dimostrative nell'argomentazione, non se ne deduce dunque l'inutilizzabilità: non è casuale che i grandi maestri di retorica siano stati altresì maestri di logica. La prova retorica risulterebbe vuota, se dalle prove lato sensu inartificiali non ricevesse i suoi contenuti: essa rinvia dunque ad uno studio interdisciplinare. Il giudice – come l'avvocato – non deve ignorare le prove della logica, della scienza, della esperienza: ma nella consapevolezza dei limiti, e dei rischi, connessi alla utilizzazione di quella conoscenza nella concreta situazione argomentativa. *La prova dimostrativa non è di per sé una prova nel ragionamento pratico*: ma può convertirsi, se supera il test del controllo sulla rilevanza. L'utilizzazione delle prove dimostrative nell'argomentazione pone problemi, che sono estranei alla razionalità logico-scientifica.

Una retorica “corrispondente alla dialettica” individua non solo i rapporti di distinzione – ma anche quelli di connessione – rispetto ai vari generi di prove: a partire dai luoghi della topica, che sono comuni al dialettico ed all'oratore. Il metodo confutatorio elimina analogie *irrilevanti* e conseguenze assurde. Rischiamo pertanto di comprendere a metà la teoria aristotelica della prova retorica, ignorando *gli esempi di utilizzazione “dialettica” delle prove ricavate dalle scienze e dalle arti – come la aritmetica, la medicina e la musica – nel ragionamento morale e politico che viene condotto con metodo topico*. L'estensione delle prove inartificiali – al di là dei casi contemplati dal genere giudiziario – offre materia di riflessione su un piano generale. Il ragionamento retorico non è il parente povero di quello logico, ma è più complesso: l'applicazione meccanica di una prova dimostrativa o probabilistica (*id quod plerumque accidit*) e non solo contro la logica ma anche contro la etica del dialogo. L'inferenza nell'argomentazione non coincide con l'inferenza nella scienza, ma non è indipendente da essa: la prima riguarda la *rilevanza*, la seconda la *verità* o la *concludenza* dei fatti probatori. Il delicato rapporto di convivenza tra prova argomentativa e prova dimostrativa si corrompe se vengono travalicate le sfere dei differenti punti di vista.

La logica della rilevanza affonda le sue radici nella sofistica, intesa come teoria delle false relazioni nell'argomentazione: l'insidia dell'errore esclude alcune vie della ricerca. Nell'*ordo iudiciarius* medioevale, la sofistica venne utilizzata ed adattata in relazione alla più infida tra le prove inartificiali, ossia la testimonianza umana. La narrazione del teste – come quella del perito – venne limitata alla comunicazione di una conoscenza sensoriale (*de visu*): infatti il passaggio dal “fatto percepito” al “fatto dedotto” rappresenta l'ingresso nel ragionamento pratico. La teoria della rilevanza della prova (*articulus impertinens non est admittendus*) è un catalogo di regole di esclusione, che presuppone uno studio interdisciplinare: ad esempio il divieto della testimonianza *de auditu* trova il suo fondamento nella sofistica, nella psicologia, nella etica. Sotto tale profilo è attuale il metodo, non le soluzioni, del processo comune europeo: in ogni epoca il problema delle regole di esclusione va rivisitato e riveduto alla luce del progresso scientifico e del mutamento dei valori.

La prova retorica sottintende dunque una ermeneutica capace di dialogare con le prove della scienza: rispetto a queste il ruolo della retorica non è declassato a quello di una ancillare *art of transmitting*, nel senso baconiano. L'impianto logico della comunicazione intersoggettiva non corrisponde alla struttura dell'informazione fattuale o scientifica. Questa è indispensabile, ma va subordinata al contesto argomentativo da cui riceve il suo significato: l'ammissione di prove irrilevanti farebbe penetrare surrettiziamente questioni irrilevanti. In assenza di una logica della selezione la discussione dialettica si convertirebbe in una contesa eristica. Il problema della prova retorica rinvia dunque a quello dell'errore nel ragionamento pratico.

CONCLUSIONE. La regola d'oro dell'ordo iudiciarius.

In un modello puro di processo isonomico – come l'*ordo* medioevale – la separazione tra l'*ordo quaestionum* e l'*ordo probationum* apparve la fondamentale terapia per la riduzione della complessità: nella prima fase il *modus procedendi* fu comune al processo civile ed al processo penale. Il *principio di selezione* trova la sua formulazione in una regola aurea, configurata nei termini negativi di un divieto logico: “Ut lite non contestata non procedatur ad testium receptionem vel ad sententiam diffinitivam”. La “*litis contestatio*” costituisce il “*fundamentum litis*” in quanto fulcro della rigorosa distinzione tra tema della prova e mezzi di prova, tra fatti costitutivi e fatti probatori: la confusione pervertirebbe la controversia in una contesa eristica. La preventiva definizione dei fatti costitutivi presuppone la cooperazione inconsapevole delle parti – sotto il controllo del giudice – nel contraddittorio: “Contestatio litis tunc dicitur cum iudex per narrationem et responsionem causam audire coeperit”. La logica della *litis contestatio* affonda le sue radici nelle tecniche retoriche della formazione delle questioni (*constitutio causae*). Ma nel processo il passaggio ad una autentica discussione dialettica impone il ricorso a maggiori cautele: è più elevato il costo – individuale e sociale – dell’abuso, della frode, dell’errore...

La costruzione dell’istituto della *litis contestatio* risultò solidamente delineata in un consapevole rapporto di interferenze ed equilibri tra valori logici, etici, ed istituzionali:

a) *valore logico*. – Se la fase probatoria non fosse preclusa fino al momento della contestazione della lite – destinata a definire lo *status controversiae* – la libertà delle parti nella presentazione dei “fatti” degenererebbe nell’anarchia gnoseologica: e pertanto l’abuso del processo risulterebbe incontrollabile. Malgrado il ritorno ai motivi più validi della teoria retorica della controversia, la dottrina della *litis contestatio* rivela un salto di qualità. Mentre nell’argomentazione retorica la determinazione dello *status controversiae* appare come il punto di partenza della discussione dialettica, nel processo la *litis contestatio* costituisce il faticoso punto di arrivo di una fase preliminare ed autonoma rispetto a quella del giudizio.

b) *valori etici*. – Il principio di selezione non solo corrisponde all’ordine logico della conoscenza dei fatti, ma anche costituisce un freno all’abuso del processo. Infatti la confusione tra fatti costitutivi e fatti probatori incide sul diritto di difesa della controparte: essa finisce surrettiziamente per introdurre temi di prova, la cui rilevanza non è stata preliminarmente verificata nel contraddittorio. Vi è consapevolezza dell’interdipendenza tra le regole logiche e le regole etiche nella logica del dialogo: non solo le parti, ma anche gli avvocati – mediante il giuramento *de calumnia* – si obbligano ad astenersi da manovre capziose e fraudolente.

c) *aspetti istituzionali*. – Il principio di selezione (“Ut lite non contestata, non procedatur ad testium receptionem”) non è una regola di automatica applicazione: è il banco di prova della “professionalità” di un giudice, il cui ruolo è neutrale, ma non passivo. Il frazionamento del processo in due stadi autonomi (*ante litem contestatam/post litem contestatam*) è lo strumento istituzionale destinato a garantire la rigorosa distinzione tra fatti costitutivi e fatti probatori:

1) fase *ante litem contestatam*. – Il carattere preclusivo di questo stadio, relativo ai *praeparatoria iudicii*, non trova riscontro nelle trattazioni retoriche. L’individuazione del tema della prova è determinata dal tipo di difesa e di eccezioni proposte dalle parti: *merita enim causarum partium assertione panduntur*. Rientrano in questa fase preliminare: a) le *exceptiones dilatoriae* (sia quelle “*declinatoriae iudicii*” sia quelle “*dilatoriae solutionis*”); b) le *quaestiones incidentes* (relative al conflitto tra questioni). Uno strumento fondamentale risultò l’istituto delle *interrogationes ante litem contestatam*, mediante cui le parti pongono reciprocamente delle questioni “iudice audiente”; il loro scopo non è la prova, bensì la precisazione dei fatti costitutivi: esse sono *praeparatoriae institutionis (actionis) et sine eis actio institui nequit*.

2) fase *post litem contestatam*. – L’effetto fondamentale della *litis contestatio* è il passaggio alla fase probatoria, di cui è stata determinata l’area di rilevanza: “...ut testes recipiantur, quos ante litem contestatam fieri non potest”. Le interrogazioni *post litem contestatam* – a differenza delle altre – mirano ad ottenere la confessione della controparte.

Nel diritto continentale il fenomeno della involuzione del nostro istituto si manifesta – a partire dalla seconda metà del XIII secolo – in sintonia con quello delle sue matrici culturali: nell'età moderna la logica della *litis contestatio* risultava ormai incompatibile con una atmosfera culturale antiretorica. Il riconoscimento dell'autonomia della *quaestio facti* rispetto alla *quaestio iuris* ha spazzato via il principio di selezione: si venne prefigurando l'opposto principio di concentrazione, secondo cui la "*quaestio facti est in arbitrio iudicis*".

BIBLIOGRAFIA

Per l'approfondimento della problematica, rinviamo ai nostri precedenti lavori: *La prova: contributo alla logica giuridica* (Milano 1961) – *La controversia: contributo alla logica giuridica* (Studi nelle scienze giuridiche e sociali dell'Università di Pavia 142, Pavia 1966) 71 – *La logique de la controverse chez les Romanistes du XIIème et du XIIIème siècle*, in: *SDHI XXXIV* (1968) 225 – *Prova (filosofia del diritto)*, in: *Enc. dir. XXXVII* (Milano 1988) 519 – *Les "règles de la discussion légitime" dans la logique de Port Royal*, in: *Argumentation 5* (1991) 263 – *Leibniz e la teoria dei fatti relazionali*, in: *RIFD LXIX* (1992) 253 – *La filosofia del processo in Vico ed il suo influsso in Germania*, in: *Bollettino del Centro di Studi Vichiani*, 1992-1993, 345 – *Dalla "litis contestatio" al "pleading-system"*, in: *L'educazione giuridica VI*, t. 2 (1994) 205 – *Le rôle du fait dans la controverse (à propos du binôme "rhétorique-procédure judiciaire")*, in: *Arch. philos. droit 39* (1995) 229.

LA MOTIVAZIONE IN FATTO DELLA SENTENZA

Relatore:

dott.ssa Anna MABELLINI

consigliere della Corte di Cassazione

1. Sul tema proposto intendo solo sollevare problemi, senza additare soluzioni certe. Il solo punto del quale sono convinta è che lo schema di motivazione in fatto della sentenza attualmente diffuso, soprattutto per le decisioni più complesse quali quelle che riguardano la criminalità organizzata, stenta ad essere in sintonia con il codice di procedura vigente.

Sotto il regime del codice del 1930 il “fatto” della sentenza era costituito dal resoconto delle indagini di polizia giudiziaria, come riferite nel rapporto, dal riassunto dei risultati dell’istruttoria sommaria o formale e, infine, dalla menzione dei dati acquisiti nell’istruttoria dibattimentale, elementi tutti che costituivano oggetto delle argomentazioni successivamente svolte. Con il codice del 1988 l’impostazione avrebbe dovuto cambiare radicalmente, in considerazione della natura accusatoria del processo, della rilevanza del contraddittorio e della centralità del dibattimento. In realtà l’impostazione è cambiata di poco, sia per le resistenze determinate dalla consuetudine precedente ad introdurre uno schema innovativo, sia in conseguenza delle modifiche gradualmente apportate al regime dell’acquisizione al dibattimento degli atti delle indagini preliminari dalla Corte Costituzionale e dal legislatore, rispettivamente con le sentenze costituzionali n. 254 del 1992 e n. 60 del 1995 sull’art. 513, in tema di dichiarazioni rese nella fase delle indagini preliminari dall’imputato o dalla persona imputata in un procedimento connesso, e con il d.l. n. 306 del 1992 convertito nella legge n. 356 del 1992, che ha modificato l’art. 500 in tema di utilizzabilità ai fini probatori delle precedenti dichiarazioni del teste oggetto di contestazioni, l’art. 503 sul punto delle dichiarazioni rese alla polizia giudiziaria dalle parti private, l’art. 512 a proposito della lettura degli atti irripetibili assunti dalla polizia giudiziaria, ed ha introdotto l’art. 512 *bis* sui verbali delle dichiarazioni rese dal cittadino straniero. La dilatazione degli atti d’indagine acquisiti al dibattimento ha rafforzato la prassi preesistente e non mutata di dar conto dello svolgimento delle indagini prima di passare all’esame delle acquisizioni dibattimentali.

Con questa impostazione il “fatto” della sentenza viene in qualche modo a coincidere con l’esposizione introduttiva del pubblico ministero. La legittimità dello schema è stata autorevolmente sostenuta in dottrina, poiché si è affermato che “‘La concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto sui cui la decisione è fondata’ (così si esprime l’art. 546 comma 1 lett. e) del vigente codice di procedura penale identico su questo punto all’art. 474 del codice del 1930) è per sua natura, innanzi tutto l’esposizione degli elementi che la pubblica accusa è venuta raccogliendo a sostegno della sua ipotesi, e degli opposti elementi che la difesa eventualmente abbia addotto... La storia del processo diventa in qualche misura, la storia presentata dalle parti (principalmente l’accusa) nell’esposizione introduttiva” (FERRUA, *Questioni di analisi della giurisprudenza*, in “*Materiali per un corso di analisi della giurisprudenza*”, CEDAM 1994, pagg. 317-318).

Il suggerimento è discutibile, e può portare a conseguenze negative”. È corretto da parte del pubblico ministero esporre il percorso attraverso il quale è pervenuto alla ipotesi accusatoria, che resta tuttavia una ipotesi, e non il “fatto” della sentenza, inteso come coacervo degli elementi acquisiti utilizzabili ai fini della decisione. Bisogna poi considerare i problemi che l’esposizione introduttiva può porre in tema di rispetto della integrità gnoseologica del giudice del dibattimento. Il problema è stato dibattuto recentemente (TONNARELLI, nota a ordinanza 12 giugno 1995 Ass. Caltanissetta, in *Cass. Pen.* 1997, 372) a seguito di un’ordinanza della Corte di Assise di Caltanissetta che aveva consentito un supporto multimediale alla esposizione del P.M., ritenuto suggestivo da parte della difesa (si trattava di immagini, suoni, disegni animati e schemi relativi alle indagini svolte sulla strage di Capaci, solo in parte desunti da atti contenuti nel fascicolo per il dibattimento). Quello che è certo, è che la trasposizione nel “fatto” della sentenza di elementi che il pubblico ministero ha inteso esporre per lealtà processuale, al fine di chiarire in che modo le indagini si sono svolte, può portare il giudice a scivoloni processuali, menzionando nel testo della decisione fatti estranei al dibattimento, dei quali non deve in alcun modo tenersi conto.

È il caso della menzione della telefonata anonima che ha orientato le indagini in un certo modo, di cui nella relazione introduttiva per correttezza sia stato dato atto, e che sia menzionata nella sentenza; o dello sviluppo dell’attività investigativa in una certa direzione sulla base di dichiarazioni rese dall’indagato senza la presenza del difensore alla polizia giudiziaria *ex art.* 350 comma 5; o delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari dall’indagato, di cui il pubblico ministero non abbia richiesto l’esame per motivi di strategia processuale, quando poi neppure la difesa ne richieda l’esame necessario per rendere possibili quelle contestazioni che legittimano l’acquisizione delle dichiarazioni anteriormente rese.

In tali situazioni la menzione nella parte espositiva degli elementi considerati, pur non seguita dalla valutazione di essi nella motivazione della sentenza, se ripresa dal giudice di appello (succede spesso nei processi di un certo peso che la parte espositiva delle sentenze dei due gradi coincida) porta in sede di legittimità a motivi di impugnazione proposti *ex art.* 606 lett. c) per inosservanza di norme processuali concernenti la inutilizzabilità degli atti.

Doglianze di questo genere sono normalmente superate con il rilievo che la menzione dell’atto estraneo al fascicolo per il dibattimento o comunque non utilizzabile non incide sulla economia motivazionale della sentenza impugnata. Resta comunque una anomalia nell’impostazione del testo della decisione, che deve essere evitata, perché è indice di una recezione della impostazione accusatoria, e di rinuncia da parte del giudice di svolgere in modo autonomo il suo ruolo comportante espressione di un giudizio fondato in via esclusiva sugli atti legittimamente acquisiti al dibattimento.

2. Escluso che il “fatto” della sentenza possa rispecchiare la tesi accusatoria articolata nella esposizione introduttiva del pubblico ministero, resta salvo il dato di fondo che gli estremi di tale tesi, sulla quale la sentenza deve confrontarsi, sono quelli indicati nel capo d’imputazione, punto di riferimento della decisione. La considerazione che il processo penale del 1988 è fondato sul contraddittorio tra le parti sembra suggerire che alla tesi dell’accusa debba seguire l’antitesi della difesa, secondo lo schema proprio della impostazione processuale civilistica. Ma la difesa, che pur può presentare memorie in qualsiasi stato del procedimento ai sensi dell’art. 121 c.p.p., non è tenuta a farlo, né è prevista una controesposizione da parte sua, mentre la richiesta di ammissione delle prove a norma dell’art. 493 comma 2 c.p.p. non è obbligatoria, e non è comunque vincolante in relazione alla linea difensiva che potrà essere poi argomentata sulla base dell’esito concreto delle prove acquisite.

Nella impostazione del giudizio siamo quindi di fronte ad un contraddittorio monco, nel senso che mentre l'accusa è tenuta a scoprire le proprie carte, la difesa ha la possibilità di evidenziare quanto rientra nel suo interesse soltanto nel corso, od alla fine, della istruttoria dibattimentale, con un notevole grado di flessibilità determinato dalla sommarietà della indicazione delle circostanze su cui deve vertere l'esame dei testi la cui lista è depositata a norma dell'art. 468 c.p.p., e dei fatti che si intendono provare da indicarsi *ex art. 493 comma 2 c.p.p.*

D'altra parte, mentre il codice del 1930 prevedeva quale primo atto della istruttoria dibattimentale l'interrogatorio dell'imputato (art. 440), una analoga disposizione non è contenuta nel codice del 1988, il quale prevede soltanto che, salvo diverso accordo tra le parti, l'assunzione delle prove richieste dal pubblico ministero preceda quella delle prove richieste dalle altre parti processuali (art. 496), mentre l'esame delle parti private è previsto con ordine tale da lasciare per ultimo l'imputato (art. 503 comma 1). Nulla vieta al pubblico ministero di chiedere quale primo mezzo istruttorio l'esame dell'imputato; tuttavia nella prassi giudiziaria si può constatare che ove ciò avvenga l'imputato si avvale della facoltà di non rispondere, salvo ad acconsentire poi all'esame richiesto dalla difesa, attuato dopo l'escussione dei testi dell'accusa. La tesi difensiva fatta propria dall'imputato, della quale il legislatore consente la duttilità e l'adeguamento all'esito delle prove già assunte, non può dunque costituire nelle premesse in fatto della sentenza un punto fermo, al pari del capo d'imputazione, al quale riferire poi l'esito dell'istruzione probatoria. Espressioni quali "Sottoposto a fermo XY dichiarava..." contenute in premessa violano il criterio per il quale le dichiarazioni precedentemente rese dall'imputato possono essere acquisite al dibattimento se utilizzate per le contestazioni, perché di fatto rovesciano il principio per il quale logicamente prima deve precedere l'analisi dell'esame della parte, e poi quello delle dichiarazioni contestate; e possono portare nel prosieguo della esposizione alla constatazione della "mancata conferma" delle affermazioni precedenti non consone alla centralità del momento dibattimentale.

Resta quindi, quale premessa stabile, solo il fatto contestato, che può essere integrato per chiarezza con punti fermi incontestabili tratti dai verbali di atti irripetibili contenuti nel fascicolo del dibattimento (ispezione di luoghi, di cose o di persone), o anche da prove orali assunte in dibattimento attinenti alla notizia del reato, che siano assolutamente non controverse. Così, nella premessa in fatto relativa ad un omicidio, potrà illustrarsi il fatto indicato nel capo d'imputazione con riferimento al luogo ed al tempo della scoperta del cadavere, alla sua identificazione, alla descrizione e localizzazione delle lesioni constatate, alla menzione dei reperti trovati sul posto, sempre che su tali elementi non vi sia controversia.

È fuori luogo la descrizione dello svolgimento delle indagini che hanno portato a formulare l'accusa nei confronti dell'imputato e non di altri. Esporre nella premessa "Alle ore 22,25 veniva redatto presso gli uffici del Commissariato di polizia di *** processo verbale delle informazioni rese da XY, il quale dichiarava di aver visto due giovani a viso scoperto da lui conosciuti" (segue la descrizione) "i quali armati uno di un fucile a canne mozze, l'altro di una grossa pistola facevano fuoco all'interno dell'autovettura"; oppure "Le prime indagini consentivano di accertare che alle ore 2-2,20 del 15 marzo due persone abitanti nello stesso stabile di via *** erano state svegliate dal rumore di spari, ed affacciatesi avevano visto un'auto in sosta "di cui si descrivono le caratteristiche, significa anteporre nella ricostruzione logica del fatto le dichiarazioni rese nelle indagini anziché la testimonianza dibattimentale. La scorrettezza è solo formale nel caso di coincidenza tra le due dichiarazioni (ci si chiede tuttavia come, in mancanza di contestazione conseguente a difformità delle dichiarazioni, l'atto di indagine sia entrato a far parte del fascicolo per il dibattimento); è sostanziale nel caso di divergenza, poiché la rilevanza attribuita nella parte espositiva alle dichiarazioni rese nel corso delle indagini rischia poi di ripercuotersi in espressioni quali "In dibattimento il teste non confermava le precedenti affermazioni", incongrue alla centralità del dibattimento, e di dar adito ad argomentazioni sulla versione ritenuta più attendibile non in linea con il dettato dell'art. 500 comma 4, che consente di valutare le dichiarazioni utilizzate per le contestazioni ai testi come prova dei fatti in esse affermati "se sussistono altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità".

In definitiva, alla illustrazione del capo d'imputazione attuata con dati assolutamente certi e non controversi, ai fini della ricostruzione del fatto deve seguire il riferimento ai dati acquisiti nell'istruttoria dibattimentale, ed a quelli tratti dagli atti inseriti nel fascicolo per il dibattimento ai sensi dell'art 431 c.p.p., o a seguito di produzioni documentali attuate dalle parti, o a seguito delle contestazioni attuate, o in virtù di quanto disposto dagli artt. da 511-*bis* a 513 c.p.p., così che siano individuati gli elementi di prova disponibili, senza mediazioni riferite allo svolgimento delle indagini.

I frequenti problemi processuali relativi alla utilizzazione degli atti dovranno essere esposti e risolti in questa parte della sentenza, nella quale spesso il "diritto" si trova a dover precedere il "fatto", proprio per le complesse questioni connesse all'ingresso degli atti d'indagine nel dibattimento.

3. A questo punto, in caso di contrastanti versioni offerte dal teste nella fase delle indagini preliminari ed in giudizio, si pone la necessità di individuare quale sia la più credibile, o con riferimento alle ipotesi di "violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità" considerate dall'art. 500 comma 5 se ne ricorrono i presupposti, oppure con l'analisi degli "altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità", norma del comma precedente. È questo un momento chiave della ricostruzione del fatto, che impone argomentazioni diffuse, anche tali da investire il coacervo degli elementi disponibili, con un procedimento logico che indica quanto sia difficile nel nostro ordinamento processuale scindere la parte espositiva della sentenza da quella motivazionale. Lo schema "Attendu que..." seguito nella sentenza francese, per il quale dalla semplice esposizione delle acquisizioni probatorie si ricava il risultato di innocenza o colpevolezza, non si attaglia alla nostra sentenza, nella quale spesso il dato processuale richiede un motivato confronto anticipato con altri che ne individuino la valenza.

Il tema è di particolare rilevanza in tema di dichiarazioni rese dal coimputato del medesimo reato o da persona imputata in un procedimento connesso, per le quali l'art. 192 comma 3 c.p.p. usa la stessa formula relativa alla necessità di "altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità" utilizzata nell'art. 500. Lo schema valutativo delineato dalla giurisprudenza di legittimità, in particolare dalla sentenza delle Sezioni Unite Marino (21 ottobre 1992), richiede innanzi tutto la valutazione della credibilità del dichiarante condotta con riferimento alla personalità del soggetto, alle sue condizioni sociali e familiari, ai suoi trascorsi ed ai rapporti con le persone che accusa, alla genesi della sua decisione a collaborare; successivamente, l'analisi della consistenza intrinseca delle dichiarazioni alla luce della loro precisione, coerenza, costanza e spontaneità; infine, l'esame dei riscontri esterni, sia relativi al fatto narrato, sia, nel giudizio, sul punto del ruolo svolto in ordine ad esso dall'imputato.

Il procedimento predetto deve essere svolto con rigore analitico, in particolare quando si tratti di confrontare dichiarazioni non coincidenti e la concreta valenza dei riscontri. Il giudice di merito dispone di ampi spazi valutativi, poiché la giurisprudenza sul punto, pur indicando determinate linee da seguire e pretendendo un *iter* motivazionale serrato e logico, ha correttamente evitato una tipizzazione degli "altri elementi di prova", che devono essere individuati con margini di elasticità tali da consentire la formazione del convincimento "aderente ai peculiari contenuti delle singole vicende" (Giovanni SILVESTRI, *I criteri di valutazione previsti dall'art. 192 c.p.p.*, in *Cass. Pen.* 1997, 572, p. 915).

In questa prospettiva, l'eccesso di citazioni giurisprudenziali in tema di 192 comma 3, magari inserite nel computer ed utilizzate in qualsiasi occasione la norma debba applicarsi, rischia di appesantire il testo della sentenza con riferimenti incongrui alla specie in esame, a scapito della peculiarità e dell'approfondimento di quest'ultima.

Dall'analisi delle dichiarazioni del coimputato, della credibilità del medesimo e dell'attendibilità intrinseca delle affermazioni considerate, può scaturire un giudizio negativo, che vale ad escludere la rilevanza ai fini probatori delle dichiarazioni stesse indipendentemente dagli eventuali "riscontri", così da diminuire il numero degli atti, pur formalmente utilizzabili, in concreto rilevanti ai fini della decisione.

4. Determinati gli elementi di prova, o indiziari, da valutarsi, la ricostruzione del fatto avverrà diversamente a seconda che ci si trovi di fronte a prove in senso proprio, o a indizi. Dall'elemento di prova si può risalire al fatto contestato in base ad una inferenza logica semplice, che non richiede mediazioni diverse dalla valutazione della consistenza dell'elemento offerto (è il caso della testimonianza diretta su fatto percepito da una persona, della quale devono valutarsi capacità percettive e attendibilità).

Nella maggior parte dei procedimenti aventi ad oggetto pluralità di reati o relativi a più imputati il materiale probatorio è tuttavia costituito da indizi, intesi quali fatti noti collegati a quello da provarsi non con un vincolo necessario (saremmo allora in presenza della prova indiretta obbligata), ma soltanto rilevante secondo criteri di frequenza statistica. L'operazione mentale con la quale dalla "traccia" si risale a ritroso al fatto particolare antecedente è stata definita di tipo "abduittivo" da FASSONE sulla base della terminologia di Umberto ECO ("*Materiali per un corso di analisi della giurisprudenza*" cit., p. 322), e conduce a risultati più o meno rilevanti a seconda della probabilità del collegamento tra i due fatti, desumibile da regole di esperienza.

L'analisi, e la valutazione globale, del coacervo di indizi disponibile deve essere svolta secondo i criteri dettati dall'art. 192 comma 2, che consente che l'esistenza di un fatto sia desunta da indizi solo se gli stessi siano caratterizzati da gravità, intesa come elevata probabilità di un loro collegamento con il fatto da provarsi, precisione, nel senso che il numero delle interpretazioni del significato di essi sia limitato, concordanza, intesa come convergenza del complesso dei dati considerati verso un risultato unitario (SILVESTRI, *op. cit.*, p. 910).

L'ambiguità propria di ogni singolo indizio in ordine al fatto da provarsi richiede, secondo la giurisprudenza, che l'elemento indiziario considerato sia assolutamente certo (SILVESTRI, *ibidem*).

Il tema degli indizi e della motivazione relativa si complica se su di esso si innesta quello delle dichiarazioni rese dall'imputato dello stesso reato o di reato connesso. A di là della questione, tutto sommato solo nominativa data la rigorosa disciplina dettata dall'art. 192 comma 3, sulla natura di prova o di indizio delle dichiarazioni considerate, si deve rilevare che, all'esito del procedimento interpretativo imposto da tale norma, verificate quindi la credibilità del dichiarante, l'attendibilità delle dichiarazioni e l'esistenza di validi riscontri, si può constatare l'esistenza di un dato probatorio, o solo indiziario, a seconda dei casi. Nella ipotesi di "chiamata in correità" tipica, attuata da un soggetto il quale si confessa autore di un delitto che afferma aver commesso in concorso con altri di cui descriva l'attività delittuosa, la ritenuta credibilità del soggetto e delle sue dichiarazioni, e l'analisi positiva degli altri elementi di prova a conferma, può costituire una sufficiente ricostruzione del fatto da provarsi.

Spesso tuttavia, soprattutto nei processi di criminalità organizzata e di contestazione dell'art. 416 *bis* c.p., al termine del procedimento valutativo imposto dall'art. 192 comma 3 ci si trova di fronte ad un indizio, più o meno grave e preciso. Si pensi al caso in cui il dichiarante, in tema di estorsioni, affermi che l'imputato in determinate occasioni aveva riscosso denaro per conto di un altro soggetto in un determinato esercizio commerciale; oppure, in tema di associazione per delinquere di stampo mafioso, che Tizio svolgeva l'attività di autista per Caio; oppure, semplicemente, che Tizio gli era stato presentato quale "uomo d'onore". In queste, e in tante altre ipotesi che si possono fare, l'elemento acquisito è di natura indiziaria.

Va ribadito in proposito che, trattandosi di indizio, esso deve essere certo, con la conseguenza che il controllo logico nell'analizzarlo ai sensi del terzo comma dell'art. 192 deve condurre a risultati incontrovertibili, perché lo si possa poi trasfondere nella valutazione imposta dal comma che precede in tema di accertamento di un fatto da indizi.

Per valutarne gravità e precisione è poi necessario ricorrere a massime di esperienza strettamente collegate ad indagini sociologiche ed al contesto geografico e culturale in cui si colloca il dato esaminato.

Quest'ultimo tema vale a sottolineare come nei processi di mafia, il "fatto" da descriversi sia in realtà una serie di fatti e di semplici comportamenti privi di evento, che delineano un intreccio di collegamenti e legami indirizzati verso gli scopi indicati dall'art. 416 *bis*. Le regole d'esperienza e la realtà sociale alla quale la contestazione si riferisce fanno parte degli elementi che il giudice è tenuto ad utilizzare, con unico sforzo descrittivo ed interpretativo che va ben oltre la menzione e la valutazione di fatti specifici.

In definitiva, il dettato dell'art. 546 lett. e) c.p.p., che richiede nella sentenza "la concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui la decisione è fondata", spesso non può essere applicato, e non è applicabile nei processi contro la criminalità organizzata. La complessità del nostro procedimento penale, e l'ingresso nel dibattimento di una serie di atti, impongono spesso che la risoluzione di problemi di diritto preceda la ricostruzione del fatto; e la natura di quest'ultimo articolata in una serie di dati comportamentali complessa e di interazioni tra diverse posizioni ed episodi, esclude che la esposizione possa essere "concisa".

IL CONTROLLO DELLA CORTE DI CASSAZIONE
SUL RAGIONAMENTO PROBATORIO
DEL GIUDICE DEL MERITO

Relatore:

dott. Aniello NAPPI

magistrato applicato alla Corte di Cassazione

1. Secondo quanto prevede l'art. 187 c.p.p., oggetto della prova sono i fatti: i "fatti che si riferiscono all'imputazione, alla punibilità e alla determinazione della pena o della misura di sicurezza", i "fatti dai quali dipende l'applicazione di norme processuali" e infine, quando vi sia costituzione di parte civile, i fatti "inerenti alla reponsabilità civile derivante da reato". Ragionamento probatorio del giudice, pertanto, è quello che sostiene un giudizio sui fatti, quello che giustifica una decisione sui fatti.

Quando la decisione sul fatto è destinata all'applicazione di una norma sostanziale relativa alla responsabilità penale o civile dell'imputato, oggetto del controllo da parte della Corte di Cassazione non è direttamente la decisione, che è una decisione di merito, ma appunto soltanto il ragionamento probatorio che la sostiene; quando si tratti di una decisione sui "fatti dai quali dipende l'applicazione di norme processuali", vale a dire di una decisione sul rito, la Corte di Cassazione è essa stessa giudice del fatto e, quindi, esercita il proprio controllo direttamente sulla decisione, quale che sia il ragionamento probatorio esibito per giustificarla.

Il giudizio di fatto che qui interessa, quindi, è quello in cui si pone il problema della veridicità dell'affermazione di colpevolezza dell'imputato, postulata dal pubblico ministero con la formulazione dell'imputazione.

Va subito chiarito che noi parliamo della verità come rapporto tra un enunciato descrittivo e i fatti. Discutiamo, quindi, se corrisponde ai fatti l'affermazione del pubblico ministero circa la colpevolezza dell'imputato in ordine a un fatto costituente reato. L'accertamento del fatto e della sua riferibilità all'imputato attiene al giudizio di fatto; l'accertamento della qualificabilità del fatto come reato attiene al giudizio di diritto.

L'art.192 comma 1 c.p.p., prevede che il giudice "valuta la prova dando conto nella motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati". Aggiunge, poi, che "l'esistenza di un fatto non può essere desunta da indizi a meno che questi siano gravi precisi e concordanti"; e che le dichiarazioni rese da persona imputata dello stesso reato ovvero di reato connesso o collegato "sono valutate unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità".

D'altro canto, l'art. 125 c.p.p. prevede che le sentenze, le ordinanze e talora i decreti siano motivati a pena di nullità; e l'art. 546 lettera e) c.p.p. prescrive come requisito della sentenza "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". Analogamente l'art. 292 c.p.p. richiede, a pena di nullità, che l'ordinanza applicativa di una misura cautelare contenga l'esposizione "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", nonché "l'esposizione dei motivi per i quali sono stati ritenuti non rilevanti gli elementi forniti dalla difesa".

Com'è evidente, queste norme offrono indicazioni alquanto dettagliate circa l'estensione e la struttura logica della motivazione che il giudice deve esibire a giustificazione del giudizio sul fatto. Indicazioni ulteriori, circa l'oggetto della motivazione in fatto, sono poi desumibili dalle norme che definiscono l'ambito della cognizione del giudice, individuando le questioni sulle quali egli deve pronunciarsi d'ufficio o solo su richiesta delle parti.

E tuttavia, come si vedrà, sono discussi i limiti della deducibilità in cassazione dei vizi del ragionamento probatorio che il giudice esprime nella motivazione in fatto della decisione di merito.

1.1 – Sono, due le prospettive in cui può porsi un problema di completezza della motivazione. In quanto discorso giustificativo, la motivazione deve essere riferibile all'intero contenuto della decisione e, quindi, ai punti decisivi della controversia, così come individuati dalla legge o dalle richieste delle parti. In questo senso si pone un'esigenza di completezza della motivazione con riferimento al suo oggetto, che è individuato dall'ambito delle questioni effettivamente decise e di quelle che il giudice avrebbe dovuto, comunque, decidere. Ed è evidente che non potrebbe considerarsi motivato un provvedimento che non risultasse giustificato in tutti i suoi aspetti significativi; sicché, indipendentemente da specifiche previsioni della legge ordinaria, si potrebbe prospettare in questo caso una violazione dell'art. 111 comma 1 Cost. ("Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati"), denunciabile a norma dell'art. 111 comma 2 ("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").

1.2 – Diverso problema è quello dell'estensione della motivazione, che attiene al rapporto del discorso giustificativo della decisione con l'insieme dei dati e delle prospettive individuati dall'istruzione probatoria e dalle deduzioni delle parti.

Si tratta qui del rapporto tra motivazione e dati processuali. Questa formula riassuntiva, "dati processuali", si riferisce sia alle prove sia alle argomentazioni delle parti; tuttavia non si riferisce necessariamente anche alle richieste delle parti, perché se si tratta di una richiesta in senso tecnico, essa impone un obbligo di decisione del giudice, individua, quindi, un punto della decisione e attiene all'oggetto della decisione. Sicché la mancanza di motivazione su una richiesta in senso tecnico delle parti inficia il discorso giustificativo nel suo rapporto con l'oggetto della decisione.

Altra cosa è la mancata considerazione di una deduzione o di un'argomentazione difensiva o di un elemento probatorio. Perché sia significativa, infatti, la motivazione non può presentarsi come riproduzione integrale dell'insieme dei dati processuali, ma esige una sintesi ricostruttiva fondata sulla selezione dei dati e delle prospettive ritenute rilevanti. Si pone, quindi, il problema di quali debbano essere i criteri della selezione e i limiti di un possibile controllo di legittimità sull'estensione della motivazione.

1.3 – La struttura logica della motivazione, infine, non pone problemi di completezza bensì di correttezza del discorso giustificativo della decisione; ed è certamente uno dei temi di studio più interessanti, sebbene sia tema di grandissima complessità, perché coinvolge anche problemi filosofici e politici, oltre che giuridici.

La concezione classica della giurisdizione, e quindi della motivazione, applica lo schema del sillogismo sia nel giudizio di diritto sia nel giudizio di fatto.

Esigendo che il giudice dia conto dei risultati acquisiti e dei criteri adottati, l'art. 192 comma 1 propone un modello normativo di motivazione in fatto, il quale richiede che il passaggio dal fatto probatorio (fonte e contenuto della prova) al fatto da provare (imputazione, etc...) venga giustificato rendendo esplicito il criterio di valutazione che si esprime nella massima di esperienza (regola di inferenza) adottata.

Secondo lo schema sillogistico, la massima di esperienza funge da premessa maggiore (“non ci può essere omicidio senza ordine del capo mafia”); il fatto noto da premessa minore (“Tizio è il capo mafia di Canicattì”); il risultato probatorio da conclusione necessaria (“l’omicidio commesso a Canicattì è stato ordinato da Tizio”).

Si riteneva un tempo che questo ragionamento sia stringente, porti cioè a conclusioni necessarie; ma quest’assunto è oggi smentito dagli studi di logica e di filosofia della conoscenza, perché è indiscusso che le sole argomentazioni idonee a offrire conclusioni necessarie sono quelle tautologiche, cioè quelle che non aggiungono nessuna conoscenza nuova alla conoscenza già espressa nelle premesse.

Dal punto di vista della struttura del ragionamento probatorio, che qui maggiormente interessa, peraltro, il modello sillogistico era inadeguato anche perché non teneva conto dell’esigenza di estendere la giustificazione alle premesse che il giudice esibisce a fondamento della propria decisione. Seguendo l’insegnamento di un importante studioso polacco, purtroppo prematuramente scomparso, Jerzy Wroblewsky, oggi si distingue, invece, tra la giustificazione interna e la giustificazione esterna (WROBLEWSKI, *Livelli di giustificazione delle decisioni giuridiche*, in AA.VV., *Etica e diritto*, a cura di Gianformaggio e Leocaldano, Bari 1986, p. 203).

Quando un giudice applica una massima di esperienza (per esempio la massima “non può essere commesso un omicidio senza ordine del capo mafia”, che funge da premessa maggiore della conclusione probatoria “Tizio, essendo capomafia, ha ordinato l’omicidio di Caio”), non deve porsi soltanto un’esigenza di giustificazione della conclusione, ma deve porsi anche un’esigenza di giustificazione della premessa. Il giudice deve, cioè, chiarire cosa giustifica la massima che esibisce come premessa maggiore del suo ragionamento. Sicché l’argomento del giudice si scinde in due parti. Giustificazione interna è quella che applica le premesse, secondo criteri di congruenza, coerenza e logicità. Tuttavia si manifesta talora anche un’esigenza di giustificazione esterna, l’esigenza di giustificare le premesse. Se noi facciamo applicazione nel giudizio di fatto di una legge scientifica, qual’è ad esempio il principio di gravità, che è universalmente riconosciuta e che fa parte delle nostre conoscenze incontestate, non c’è necessità di una giustificazione esterna. Ma se la regola che noi applichiamo è una regola che non ha il conforto della scienza, qual’è la regola per cui “non si può commettere un omicidio senza l’ordine del capo mafia”, il giudice dovrà giustificarla questa regola. E difatti in alcune sentenze, che di questa regola hanno fatto applicazione nei grossi processi di mafia, se ne è esibita una giustificazione, desunta dal tipo di organizzazione di Cosa Nostra e da alcuni comportamenti ricorrenti in tal genere di organizzazione.

Si può dire, allora, che la giustificazione esterna serve a fondare le premesse in cui sia articolata la giustificazione interna.

Peraltro la struttura logica della giustificazione interna è profondamente diversa da quella della giustificazione esterna, perché diversi sono i tipi di argomento che adoperiamo nell’una e nell’altra giustificazione.

Per brevità possiamo dire che sono tre le strutture argomentative impiegate dal giudice del merito:

a) l’induzione che, note esperienze particolari ipotizzate generali perché ricorrenti, consente di desumerne massime di esperienza o criteri di valutazione (è questo l’argomento che produce conoscenze generali effettivamente nuove; le generalizzazioni ottenute vengono considerate “leggi scientifiche” quando risultino coerenti con le teorie comunemente accettate);

b) la deduzione che, nota la causa, consente di prevederne l’effetto (si tratta di un tipo di argomento che viene utilizzato per affermare l’esistenza di un fatto o di una situazione in virtù di un fatto o di una situazione che l’ha preceduto; quando la massima di esperienza garante dell’argomentazione corrisponde a una legge scientifica, la conclusione può essere affermata in termini di probabilità tanto elevata da poter essere assunta come certa);

c) l'abduzione che, noto l'effetto, consente di ricostruirne la causa (si tratta di un tipo di argomento che, anche quando faccia applicazione di leggi scientifiche, consente conclusioni soltanto in termini di possibilità; le leggi scientifiche, infatti, consentono, di regola, di affermare che, "dato l'evento x, seguirà l'evento y", ma raramente consentono di affermare che l'unica causa possibile dell'evento y è sempre e soltanto l'evento x).

L'argomentazione induttiva fonda la massima di esperienza (giustificazione esterna), che viene applicata (giustificazione interna) con un'argomentazione deduttiva o abduttiva.

In primo luogo si formula abduttivamente un'ipotesi di ricostruzione del fatto. Poi, per verificare se quest'ipotesi ricostruttiva è attendibile, si passa a un ragionamento di tipo deduttivo. Si traggono deduttivamente tutte le conseguenze necessarie dell'ipotesi abduttivamente formulata e si verifica se sono compatibili con fatti certi. Sono queste le prove; prove stringenti se la deduzione di cui consistono è garantita da una legge scientifica. Se l'argomento deduttivo è garantito solo da massime di esperienza, lo schema argomentativo si arricchisce ulteriormente, perché è necessario ricorrere anche alla giustificazione esterna, che, come già chiarito, consiste di un argomento di tipo induttivo.

Per tornare all'esempio, possiamo argomentare, a tale scopo, che abbiamo verificato che tutte le volte in cui è stato commesso un omicidio nel territorio di Canicattì, è risultato provato che quell'omicidio era stato ordinato dal capo mafia. E possiamo esibire queste esperienze ricorrenti a giustificazione (esterna) della massima secondo la quale "non è possibile commettere un omicidio a Canicattì senza ordine del capo mafia".

2. Un'esigenza di controllo può, quindi, porsi sia per quanto attiene al rapporto tra motivazione e oggetto della decisione, sia per quanto attiene al rapporto tra motivazione e dati processuali, sia per quanto attiene alla struttura logica della motivazione. E per tutti e tre questi profili si pone un problema di compatibilità tra esigenze di controllo e limiti del giudizio di legittimità.

Nel codice di procedura penale del 1930 era meno dettagliata la disciplina dell'obbligo di motivazione della sentenza, ma più estesi e penetranti i poteri di controllo riconosciuti alla Corte di Cassazione.

L'art. 474 si limitava, infatti, a richiedere "una concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto, su cui la sentenza è fondata". E l'art. 475 prevedeva la nullità della sentenza se la motivazione mancasse o fosse contraddittoria. Con questa formula il legislatore del 1930 aveva inteso limitare il sindacato della Corte di Cassazione sul vizio della motivazione, rispetto a quanto aveva consentito l'art. 144 del codice di procedura penale del 1913, che prevedeva l'annullamento della sentenza anche per insufficienza della motivazione. La Corte di Cassazione ribadì subito, però, l'esigenza di una motivazione argomentata, non meramente enunciativa (Cass., sez. II, 19 dicembre 1938, Orisi, Giust. pen., 1939, IV, 204, 60; Cass., sez. III, 5 aprile 1945, Siniscalchi, Giust. pen., 1947, III, 135, 107), e ben presto consentì di sindacare anche la motivazione che avesse omissivo di valutare elementi probatori e deduzioni difensive decisive.

Si riteneva, infatti, che si avesse vizio della motivazione in tre ipotesi: “1) quando il giudice abbia ommesso di indicare le ragioni del suo convincimento, 2) oppure le abbia indicate incorrendo in evidente errore logico-giuridico sì che le premesse da cui ha tratto la decisione possono considerarsi *sicut non essent* (mancanza di motivazione intrinseca); 3) ovvero quando, pur presentandosi la sentenza nel suo contesto motivata, sia stato ommesso l’esame di un fatto decisivo per il giudizio tale da indurre a ritenere che, se il giudice lo avesse esaminato, sarebbe pervenuto a una diversa decisione (mancanza di motivazione estrinseca)” (Cass., sez. I, 1 dicembre 1949, PELLICCIARI, *Riv. pen.*, 1950, II, 273; Cass., sez. I, 16 marzo 1949, DETTOR, *Giust. pen.*, 1949, III, 480, 363; Cass., sez. I, 20 novembre 1952, ANASTASI, *Rassegna Lattanzi*, Giuffrè, 1959, 605; Cass., sez. I, 6 luglio 1955, PANI, *Giust. pen.*, 1956, III, 86, 126; Cass., sez. I, 1 febbraio 1957, TINNIRELLO, *ivi*, 1957, III, 625; Cass., sez. I, 14 maggio 1960, GAGLIO, *Temi nap.*, 1961, II, 12; Cass., sez. I, 19 gennaio 1961, DI NOTO, *Cass. pen.*, 1961, 432; Cass., sez. II, 20 marzo 1963, TAVAGNINI, *Giust. pen.* 1964, III, 298; Cass., sez. I, 26 gennaio 1965, DEL SORDO, *Cass. pen.*, 1965, 1098; Cass., sez. 8 novembre 1966, NUCCI, *ivi*, 1967, 1057; Cass., sez. IV, 10 maggio 1968, CIONI, *ivi*, 1969, 686; Cass., sez. V, 20 giugno 1978, RISALITI, *Riv. pen.*, 1979, 171).

Questo orientamento giurisprudenziale si era affermato, secondo alcuni, come reazione sostanzialistica alla reintroduzione della pena di morte nel nostro ordinamento (L. GRANATA, *Il “vizio logico” e la esatta delineazione giuridica del ricorso in Cassazione sulla motivazione delle sentenze penali*, in *Giust. pen.*, 1954, III, p. 316), secondo altri anche come espressione di una concezione piramidale dell’organizzazione giudiziaria (AMODIO, *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Milano 1977, p.173 e s.). Risultò, comunque, valorizzato con l’avvento della Costituzione Repubblicana: sia perché la motivazione tende a rendere effettiva la garanzia del diritto di difesa (EVANGELISTA, *Motivazione della sentenza civile*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Milano 1977, p.146 e s.); sia perché la motivazione ha assunto anche una funzione di controllo democratico da parte della pubblica opinione sulle sentenze, pronunciate “in nome del popolo”, (AMODIO, *op. loc. cit.*). Quando nel 1987 fu approvata la legge delega per il nuovo codice di procedura penale, il vizio della motivazione, nella sua sistemazione giurisprudenziale, risultava articolato su tre possibili livelli: la mancanza totale o fisica della motivazione; la mancanza della motivazione in ordine a un punto decisivo, cui si riconducevano le ipotesi particolari della motivazione apparente o apodittica, della motivazione perplessa e del travisamento del fatto; la motivazione carente per illogicità ovvero per omessa considerazione di una prova o di una deduzione decisiva (Cass., sez. I, 27 aprile 1987, Mazzotta, m. 176241; Cass., sez. IV, 2 giugno 1983, MAMMARÀ, *Riv. pen.*, 1984, 411; Cass., sez. IV, 2 aprile 1982, SUMMA, *Giust. pen.*, 1983, III, 304).

Le prime due ipotesi individuavano entrambe vizi nel rapporto tra la motivazione e l’oggetto della decisione; la carenza per ommesso esame di una prova o di una deduzione decisiva individuava un vizio di estensione della motivazione; l’illogicità individuava un vizio della struttura logica della motivazione.

L’apparato concettuale così costruito era, però, oggetto di critiche, e anche di polemiche, già da tempo. Si discuteva in dottrina se fosse legittima la prassi giurisprudenziale adottata dalla Corte di Cassazione, che estendeva il suo controllo, non solo alla coerenza logica della giustificazione interna (applicazione delle massime di esperienza adottate), ma anche alla ragionevolezza e al fondamento della giustificazione esterna (scelta della massima di esperienza). Alcuni, infatti, ritenevano ineccepibile l’indirizzo giurisprudenziale inteso a saggiare l’idoneità delle premesse, oltre che la correttezza formale del ragionamento del giudice del merito (F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, 1985, p. 1029; SIRACUSANO, *Nuove prospettive per la cassazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, p. 669); altri, invece, ritenevano incompatibile il giudizio di legittimità con la verifica dei criteri adottati dal giudice del merito nella scelta della massima di esperienza (AMODIO, *op. loc. cit.*).

Le critiche più pertinenti, peraltro, non riguardavano tanto lo schema giurisprudenziale del vizio di motivazione, quanto le sue non infrequenti applicazioni distorsive, che portavano a un sindacato della Corte di Cassazione sul merito delle decisioni impugnate. Si riconosceva, quindi, che sarebbe possibile un controllo sulla motivazione non trasmodante in giudizio di merito; ma si constatava che la Corte di Cassazione non era propensa di fatto a una tale autolimitazione del suo potere.

Per questa ragione il codice di procedura penale del 1988, pur estendendo e rendendo più analitica, con gli artt. 192 e 546, la disciplina dell'obbligo di motivazione, ha ridotto l'ambito di deducibilità in cassazione del vizio di motivazione della sentenza di merito, assegnando rilevanza ai vizi della motivazione solo nel caso in cui risultino dal testo del provvedimento impugnato.

2.1 – Questo limite, peraltro, non incide sulla rilevanza dei vizi relativi alla struttura logica della motivazione, che per il loro accertamento richiedono un controllo di coerenza tutto interno alla motivazione (questa esigenza viene, comunque, ribadita da Cass., sez. I, 9 maggio 1995, Petta, m. 201467).

Si è affermato che, “poiché la mancata osservanza di una norma processuale in tanto ha rilevanza in quanto sia stabilita a pena di nullità, inutilizzabilità, inammissibilità o decadenza, come espressamente disposto dall'art. 606, comma primo, lett. c) c.p.p., non è ammissibile il motivo di ricorso in cui si deduca la violazione dell'art. 192 c.p.p., la cui inosservanza non è in tal modo sanzionata”, (Cass., sez. I, 21 maggio 1993, Germanotta, m. 195306).

Tuttavia l'art. 606 comma 1 lettera e) prevede espressamente il vizio d'illogicità, che la giurisprudenza sul codice abrogato aveva costruito come ipotesi di carenza della motivazione, e vi ricomprende anche quel vizio di contraddittorietà della motivazione che era invece distintamente considerato dall'art. 475 di quel codice (M. GARAVELLI, artt. 606-613, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. CHIAVARIO, UTET, VI, p.232; Cass., sez. I, 20 ottobre 1994, Candela, m. 200206), ma esige che sia evidente, vale a dire percepibile *ictu oculi* (Cass., sez. I, 28 ottobre 1993, Braccio, m. 196222).

La giurisprudenza ammette che il controllo della Corte di Cassazione sulla motivazione si estenda sia alla giustificazione esterna, attraverso il sindacato sulle massime di esperienza adottate, sia alla giustificazione interna, attraverso la verifica sulla correttezza logicogiuridica del ragionamento seguito dal giudice del merito (Cass., sez. I, 5 dicembre 1994, Colonnetti, m. 200238); ma esclude che sia proponibile una diversa lettura dei dati processuali (Cass., sez. VI, 30 novembre 1994, Baldi, m. 200842; Cass., sez. I, 27 luglio 1995, Chiadò, m. 202228) o una diversa interpretazione delle prove (Cass., sez. I, 5 novembre 1993, Molino, m. 196353, Cass., sez. un., 27 settembre 1995, Mannino, m. 202903), perché in nessun caso la Corte può sostituire le massime di esperienza adottate dal giudice del merito con quelle da essa prescelte (Cass., sez. VI, 18 gennaio 1995, Lusetti, m. 201355).

In questi limiti, secondo la giurisprudenza, si può considerare illogica la giustificazione interna quando “il giudice, partendo da premesse accettabili, sia pervenuto a conclusioni aberranti al lume della logica comune, sicché difetti ogni nesso razionale tra premesse e conclusioni” (Cass., sez. I, 1 aprile 1981, Feggi, m. 149489, Cass., sez. un., 13 dicembre 1995, Clarke, m. 203428, Cass., sez. I, 30 novembre 1995, Riggio, m. 203673). Si può considerare illogica la giustificazione esterna, quando il giudice adotti una massima di esperienza che contrasti “con il senso comune e con i limiti di una plausibile opinabilità di apprezzamento” (Cass., sez. I, 5 maggio 1967, Maruzzella, m. 105775, Cass., sez. VI, 26 ottobre 1968, Melis, m. 109948, Cass., sez. V, 22 febbraio 1971, Montanari, m. 118232, Cass., sez. II, 15 luglio 1980, Miranda, m. 147306, Cass., sez. II, 10 novembre 1981, Laraspata, m. 153164, Cass., sez. I, 20 gennaio 1983, Del Vecchio, m. 158300, Cass., sez. II, 24 febbraio 1983, Pelle, m. 160361, Cass., sez. IV, 14 marzo 1985, Chinello, m. 169129, Cass., sez. IV, 9 giugno 1986, Longhi, m. 174162, Cass., sez. IV, 4 luglio 1986, Falanga, m. 174516, Cass., sez. II, 21 dicembre 1993, Modesto, m. 196955) ovvero quando, risolvendo questioni di carattere scientifico, la motivazione assuma a premessa norme tecniche inesistenti o completamente errate (Cass., sez. IV, 9 giugno 1981, Acito, m. 150197).

Sia il controllo sulla giustificazione interna sia quello sulla giustificazione esterna risultano, così, compatibili con il giudizio di legittimità, perché non attengono alla decisione, ma solo alla sua giustificazione. Infatti può accadere che una decisione corretta risulti mal giustificata o, al contrario, che una decisione discutibile risulti correttamente giustificata (TARUFFO, *Il vertice ambiguo*, Bologna, 1991, p. 135 e s.). Il giudice di legittimità, quindi, non può formulare una propria ipotesi ricostruttiva del fatto né proporre massime di esperienza alternative a quelle adottate dal giudice del merito, per quanto plausibili e logicamente sostenibili (Cass., sez. VI, 4 dicembre 1995, Ficarra, m. 204123, Cass., sez. un., 19 giugno 1996, Di Francesco, m. 205621), ma deve limitarsi a controllare che l'ipotesi ricostruttiva formulata o accolta dal giudice del merito risulti coerentemente verificata sulla base di plausibili massime di esperienza.

Per quanto riguarda in particolare il controllo sulla giustificazione esterna, appare corretto il riferimento della giurisprudenza al "senso comune", e ai "limiti di una plausibile opinabilità di apprezzamento", fortemente criticato in passato da una parte della dottrina (AMODIO, *op. cit.*, p. 246), perché esso esprime l'esigenza di consentire alla Corte di Cassazione un giudizio di compatibilità tra la massima di esperienza adottata dal giudice del merito e il complesso delle conoscenze accreditate nel contesto sociale in cui la decisione giurisdizionale si inserisce.

Le valutazioni del giudice, invero, non possono essere espressione di opzioni personali o di singolari visioni del mondo, ma devono essere giustificate sulla base di esperienze e di valori che egli reputi universalmente condivisi. E la plausibilità dei criteri di decisione adottati dal giudice del merito deve essere verificata dalla Corte di Cassazione, il cui sindacato non può limitarsi solo alla constatazione dell'esistenza di una struttura argomentativa qualsiasi, come talora si propone, anche in giurisprudenza (Cass., sez. III, 27 novembre 1995, Beyzaku, m. 203272). Non sarebbe accettabile, infatti, che risultasse sottratta al sindacato di legittimità una decisione fondata, anziché su ragionevoli massime di esperienza, su "mere congetture", (Cass., sez. II, 5 luglio 1995, Buletto, m. 202368), come quando si affermi che è sempre colpevole chi, chiamato a giustificarsi, menta (Cass., sez. I, 17 febbraio 1986, BIZZICCHERI, in *Cass. pen.*, 1988, p. 495) ovvero quando, allo scopo di dimostrare la consapevole partecipazione di taluno a un'associazione di tipo mafioso, "si argomenti che, per il predominio esercitato dall'associazione criminosa sul territorio di commissione dei fatti specifici di reato, l'esercizio delle attività illecite da parte dei ricorrenti poteva essere possibile solo perché appartenevano al sodalizio" (Cass., sez. I, 20 giugno 1995, Giuffrida, m. 202925).

Può considerarsi manifestamente illogica per contraddittorietà, la motivazione in cui siano esposte ragioni "reciprocamente inconciliabili", in ordine a un medesimo fatto o complesso di fatti (Cass., sez. I, 7 febbraio 1985, MASCIA, *Giur. it.* 1985, II, c. 63, Cass., sez. V, 24 giugno 1996, Battaglia, m. 205549), di modo che il contrasto concettuale che infirma l'*iter* logico giuridico della sentenza ne rende incomprensibile la *ratio decidendi* (Cass., sez. IV, 10 luglio 1990, Spinosi, m. 185540); e anche la contraddittorietà è un vizio per sua natura deducibile solo dal testo della decisione impugnata (Cass., sez. I, 20 ottobre 1994, Lillo, m. 200206). Oltre al caso della contraddittorietà interna alla motivazione, la casistica giurisprudenziale presenta casi di contraddittorietà tra motivazione e dispositivo, tra capi distinti di una sentenza cumulativa, tra provvedimenti distinti adottati nel corso del processo (AMODIO, *op. cit.*, p. 249).

È noto che, secondo una risalente giurisprudenza, è il dispositivo a prevalere sulla motivazione in caso di contrasto tra queste due parti della sentenza (Cass., sez. IV, 21 aprile 1971, Zito, m. 118465, Cass., sez. I, 12 marzo 1992, Ceravolo, m. 190205). Tuttavia, mentre è certo che debba essere sempre il criterio della prevalenza del dispositivo a guidare l'interpretazione della sentenza divenuta irrevocabile (Cass., sez. IV, 31 maggio 1984, Apostoli, m. 165124), è da escludere, invece, che il contrasto tra motivazione e dispositivo possa essere sempre dedotto come motivo di ricorso per cassazione. Nella giurisprudenza, infatti, si è ritenuto che, solo quando sia denunciato come causa di erroneità o di incertezza del contenuto della decisione, tale contrasto possa essere inquadrato "nello schema del vizio di contraddittorietà della motivazione" (Cass., sez. V, 13 gennaio 1978, Bartomioli, m. 138078, Cass., sez. V, 19 febbraio 1974, Amorelli, m. 127568). E si è precisato che "l'eventuale contraddizione tra motivazione e dispositivo non è impugnabile, se quest'ultimo è conforme alla richiesta del soggetto processuale che si duole della prima, stante la carenza di un concreto e attuale interesse", (Cass., sez. I, 15 febbraio 1996, Musotto, m. 204078).

Discussa è, inoltre, la rilevanza dell'incompatibilità tra gli argomenti posti a fondamento delle decisioni relative a capi distinti della medesima sentenza, affermata dalla dottrina (AMODIO, *op. cit.*, p. 250), negata talora dalla giurisprudenza in ragione della sostanziale autonomia delle due decisioni unificate solo processualmente (Cass., sez. III, 5 dicembre 1969, Ranieri, m. 115445).

Giurisprudenza e dottrina sono concordi, infine, nell'escludere che sia riconducibile al vizio di contraddittorietà della motivazione il contrasto tra la sentenza e altri provvedimenti adottati nel corso del medesimo procedimento (AMODIO, *op. cit.*, p. 251; Cass., sez. II, 12 gennaio 1970, Maglione, m. 116420; Cass., sez. VI, 25 gennaio 1974, Dan, m. 127479). Non rileva, in particolare, il contrasto tra la sentenza d'appello e quella di primo grado (Cass., sez. II, 4 dicembre 1984, Vasta, m. 168637, Cass., sez. I, 12 luglio 1982, Scaramella, m. 156501, Cass., sez. I, 18 dicembre 1987, Berardi, m. 179467, Cass., sez. IV, 23 febbraio 1988, Arvonio, m. 179372) né tra la sentenza e un'ordinanza precedente (Cass., sez. VI, 10 ottobre 1972, Pillitteri, m. 122341, Cass., sez. VI, 14 dicembre 1968, Torrelli, m. 110093) o contestuale (Cass., sez. V, 20 ottobre 1967, Errichiello, m. 106280).

L'accertamento dell'illogicità, anche per contraddittorietà, non può avvenire, comunque, con riferimento a un brano singolo (Cass., sez. I, 15 novembre 1983, Fenzi, m. 162918) ovvero a un solo punto della motivazione isolatamente considerato (Cass., sez. II, 2 aprile 1982, Guzzardi, m. 157548) né mediante "l'artificiosa contrapposizione di concetti o di espressioni letterali, frammentariamente enucleati", (Cass., sez. IV, 21 febbraio 1974, Milazzo, m. 127648), ma richiede un esame dell'insieme delle argomentazioni logiche contenute nella sentenza (Cass., sez. II, 8 novembre 1982, Aveni, m. 158002, Cass., sez. II, 29 aprile 1982, Battisti, m. 155879). Il vizio, infatti, non sussiste quando la contraddizione sia dovuta solo a un errore materiale, superabile per via d'interpretazione (Cass., sez. IV, 20 aprile 1971, Ercoli, m. 119323, Cass., sez. V, 27 gennaio 1970, Rinaldi, m. 114496) e neppure "quando il contrasto si riscontri non nel ragionamento, ma solo nel modo in cui il medesimo è formulato, quando cioè l'uso di espressioni se non proprio ambigue per lo meno poco chiare determini una contraddizione solo apparente fra considerazioni che, interpretate nel loro vero significato, risultino invece perfettamente conciliabili" (Cass., sez. II, 18 ottobre 1972, Calla, m. 123449, Cass., sez. IV, 6 novembre 1970, Padeletti, m. 116399).

Dall'art. 547 risulta che la motivazione insufficiente non è invalida, ma deve essere corretta; e si può affermare che è insufficiente la motivazione nella quale una parte delle argomentazioni del giudice rimanga inespressa, benché ricostruibile per via interpretativa (Cass., sez. V, 24 gennaio 1994, AULICINO, *Cass. pen.*, 1995, p. 143, con riferimento a un caso in cui il giudice del merito aveva presupposto la notorietà di un fatto in un determinato ambiente, senza argomentarla). Rimane, comunque, difficile distinguere tra manifesta illogicità e insufficienza della motivazione (IACOVIELLO, p. 145).

2.2 – Neppure l'accertamento della mancanza totale o fisica della motivazione e della mancanza della motivazione in ordine a un punto decisivo risente della limitazione della rilevanza ai soli vizi desumibili dal testo della decisione impugnata.

Come si è detto, si tratta qui di un vizio che attiene al rapporto della motivazione con l'oggetto della decisione; ed è evidente che il divieto di accesso agli atti del procedimento riguarda gli atti istruttori, non le richieste delle parti dalle quali derivi un obbligo di pronuncia per il giudice.

In realtà le deduzioni delle parti, che, prospettando una diversa interpretazione delle prove assunte, possono incidere solo sulla motivazione, vanno distinte dalle richieste delle parti (ad esempio i motivi d'appello), che, individuando un punto della decisione, determinano per il giudice un autonomo dovere decisorio, la cui violazione comporta un vizio di omessa pronuncia (AMODIO, *op. cit.*, p. 221). D'altro canto la decisione del giudice non è interamente contenuta nel dispositivo della sentenza, in quanto proposizioni dispositive intermedie sono contenute anche nella motivazione (NAPPI, *Sentenza penale*, in *Enc. dir.*, vol. XLI, Milano, 1989, p. 1314), sicché può aversi un vizio di omessa pronuncia che si presenti nelle forme di un difetto della motivazione.

Deve, quindi, ritenersi che il divieto di rilevare vizi della motivazione non desumibili dal testo del provvedimento impugnato non operi in tutti i casi in cui il difetto di motivazione si risolva nell'omessa pronuncia su un punto della decisione, individuato dalla legge o dalle richieste delle parti.

Come ha ben chiarito la giurisprudenza, infatti, "si ha mancanza di motivazione ai sensi dell'art. 606, lett. e), c.p.p., non soltanto quando vi sia un difetto grafico della stessa, ma anche quando le argomentazioni addotte dal giudice a dimostrazione della fondatezza del suo convincimento siano prive di completezza in relazione a specifiche doglianze formulate dall'interessato con i motivi di appello e dotate del requisito della decisività; né può ritenersi precluso al giudice di legittimità, ai sensi della disposizione suddetta, l'esame dei motivi di appello al fine di accertare la congruità e la completezza dell'apparato argomentativo adottato dal giudice di secondo grado con riferimento alle doglianze mosse alla decisione impugnata, rientrando nei compiti attribuiti dalla legge alla Corte di Cassazione la disamina della specificità o meno delle censure formulate con l'atto d'appello quale necessario presupposto dell'ammissibilità del ricorso proposto davanti alla stessa Corte" (Cass., sez. II, 21 dicembre 1994, Loisi, m. 201268).

L'accertamento dei limiti dell'effetto devolutivo dell'impugnazione e dell'ambito della sua cognizione è, in realtà, imposto alla Corte di Cassazione dall'art. 606 comma 3 c.p.p., nella parte in cui definisce inammissibile il ricorso proposto per violazioni di legge non dedotte nei motivi d'appello (Cass., sez. I, 25 febbraio 1991, Pace, m. 187950, Cass., sez. IV, 24 giugno 1993, Foti, m. 195324). È, quindi, indiscusso in giurisprudenza che non sussiste o, comunque, non è rilevante la mancanza di motivazione in ordine a un motivo d'appello inammissibile per manifesta infondatezza (Cass., sez. V, 18 febbraio 1992, Cremonini, m. 189818, Cass., sez. I, 5 marzo 1991, Caldò, m. 186972) o per genericità (Cass., sez. II, 27 settembre 1984, Agrati, m. 167359, Cass., sez. II, 9 marzo 1985, Bo, m. 169973, Cass., sez. VI, 7 maggio 1987, Sambito, m. 176979, Cass., sez. IV, 13 ottobre 1989, Arfelli, m. 182634). Si ritiene, inoltre, che "il mancato esercizio, da parte del giudice d'appello, del potere di applicare una o più attenuanti, non è censurabile in sede di legittimità, né è configurabile al riguardo un obbligo di motivazione in assenza di una richiesta, oltre che nei motivi di appello, nel corso del giudizio di secondo grado" (Cass., sez. I, 12 ottobre 1995, Schirripa, m. 202675, Cass., sez. IV, 24 aprile 1995, Abate, m. 202026, Cass., sez. IV, 8 marzo 1993, Rodi, m. 194181, Cass., sez. I, 5 aprile 1993, Costantini, m. 194563).

Sicché deve concludersi che compete alla Corte l'esame non solo dei motivi d'appello, ma anche di tutte le richieste dalle quali derivava per il giudice del merito l'obbligo di una pronuncia che si assume omessa.

Del resto a questa stessa logica risponde anche l'art. 606/1 lettera d) c.p.p., che consente di dedurre quale autonomo *error in procedendo* la mancata assunzione da parte del giudice di una "controprova" decisiva dedotta dal ricorrente nel giudizio di merito (si ha "mancata assunzione" sia nel caso in cui la prova non venga ammessa sia nel caso in cui l'ammissione della prova venga revocata, purché si tratti di prova effettivamente acquisibile (Cass., sez. VI, 12 gennaio 1994, Laveneziana, m. 197968-197969). Anche l'accertamento di questo vizio della sentenza richiede, invero, l'esame degli atti.

Il senso della disposizione è evidente. Il controllo sulla correttezza della decisione non è più concentrato esclusivamente sulla manifestazione del convincimento del giudice, che si esprime nella motivazione, ma si indirizza anche al procedimento di formazione del convincimento del giudice.

Come si legge nella Relazione al Progetto preliminare, si è inteso valorizzare, quale parametro per una valutazione di correttezza della decisione, anche “il contraddittorio tra le parti, come garanzia di una corretta formazione del convincimento del giudice”, oltre agli obblighi “di pronuncia e di giustificazione, i quali tendono, invece, ad assicurare la correttezza della manifestazione di tale convincimento” (*ivi*, p. 133).

Anche in questa prospettiva, peraltro, rimangono da chiarire due problemi:

a) quale sia il rapporto tra l'impugnazione della sentenza a norma dell'art. 606 comma 1 lettera d) e l'impugnazione *ex art.* 586 dell'ordinanza che neghi l'ammissione della controprova;

b) quale debba essere il parametro di decisività della controprova non assunta.

Il primo problema dovrebbe trovare una risposta nella considerazione che l'impugnazione in cassazione dell'ordinanza concernente l'ammissione delle prove consentirà un controllo limitato alla motivazione, mentre l'impugnazione *ex art.* 606/1 lettera d) dovrebbe prescindere da questo limite.

Il secondo problema non pare risolto con l'affermazione che la decisività della controprova non assunta dovrà essere valutata in astratto (G. LATTANZI, *La Corte di Cassazione tra vecchio e nuovo processo penale*, in *Foro it.*, 1988, V, p. 459) o con giudizio *ex ante* (Cass., sez. I, 9 dicembre 1993, Chiericoni, m. 197837), perché occorrerà pur sempre riferirsi a un'ipotesi di ricostruzione dei fatti, al fine di verificare se la controprova avrebbe consentito una valida ricostruzione alternativa.

Esclusa la possibilità di riferirsi ad un'ipotesi alternativa prospettata dalla parte ricorrente, che richiederebbe un nuovo giudizio di merito sull'intera controversia (G. LATTANZI, *op. loc. cit.*), le ipotesi di riferimento utilizzabili sono due: quella espressa nell'imputazione e quella espressa nella motivazione della sentenza impugnata.

La giurisprudenza prevalente fa riferimento alla motivazione della sentenza impugnata (Cass., sez. I, 23 marzo 1992, Ambrisi, m. 190216, Cass., sez. I, 20 ottobre 1993, Sperotto, m. 196369, Cass., sez. II, 27 gennaio 1995, Amico, m. 200980), ma così inteso questo motivo di ricorso finisce per assimilarsi a quelli concernenti i vizi della motivazione, con un effetto praticamente abrogativo, come dimostrano le conclusioni della giurisprudenza prevalente (Cass., sez. I, 5 maggio 1992, Rendina, m. 190718, Cass., sez. VI, 12 gennaio 1994, LAVENEZIANA, *cit.*, Cass., sez. I, 17 gennaio 1995, Valenza, m. 200690). Probabilmente, quindi, occorrerebbe fare riferimento all'imputazione. Sicché, la Corte di Cassazione dovrebbe valutare, in sostituzione del giudice del merito, se la controprova fosse manifestamente superflua, vale a dire se tendesse a un risultato conoscitivo che palesemente risultasse già acquisito.

La motivazione non deve essere necessariamente esplicita su tutti i punti della decisione; la giurisprudenza ammette la legittimità, a determinate condizioni, della motivazione implicita e della motivazione *per relationem*.

Secondo la giurisprudenza, “si ha motivazione implicita quando i motivi della soluzione di una determinata questione debbono intendersi logicamente contenuti e indirettamente svolti nelle considerazioni e nelle ragioni esposte per dar conto della soluzione adottata rispetto ad altra questione, distinta dalla prima e la cui trattazione implica necessariamente, per imprescindibile presupposto logico, anche la trattazione della prima questione”, (Cass., sez. IV, 11 luglio 1983, Viola, m. 160321) o che comunque la comprenda, la assorba o la precluda (Cass., sez. V, 8 maggio 1967, Aveni, m. 104994). La motivazione, infatti, deve essere considerata unitariamente e la giustificazione di ciascun punto della decisione può essere desunta dall'intero contesto del discorso; sicché, ad esempio, la motivazione in ordine alla misura della pena può desumersi dalla narrazione e dalla valutazione dei fatti (Cass., sez. III, 2 maggio 1968, Coscianni, m. 108420).

Un tempo la giurisprudenza faceva largo ricorso alla tecnica della motivazione implicita per giustificare apodittici rigetti di richieste probatorie delle parti, soprattutto nel giudizio d'appello (Cass., sez. II, 11 luglio 1983, Tamiello, m. 163192). L'obbligo di provvedere "senza ritardo con ordinanza" sulle istanze di prova formulate dalle parti, imposto dall'art. 190 comma 1 c.p.p., esclude ora che il giudice possa riservarsi la decisione sull'istanza di parte intesa all'ammissione di una prova e ritenerla, poi, implicitamente respinta nella motivazione della sentenza (Cass., sez. VI, 1 febbraio 1996, Mazza, m. 204780). In un sistema in cui la prova si forma nel contraddittorio ed è ammessa prevalentemente su richiesta di parte, è indispensabile che la decisione del giudice sia immediata, così da consentire gli eventuali conseguenti adattamenti delle impostazioni di accusa o di difesa. Del resto, secondo quanto prevedono gli artt. 478 e 491, il giudice è tenuto a una decisione immediata su tutte le questioni incidentali o preliminari proposte dalle parti nel dibattimento. Un più esteso ricorso alla motivazione implicita viene, invece, riconosciuto oggi per la decisione di applicazione della pena su richiesta delle parti. Si ritiene, infatti, che possa essere implicita o, comunque, meramente enunciativa la motivazione circa l'insussistenza dei presupposti per l'applicazione dell'art. 129 c.p.p. (Cass., sez. un., 27 marzo 1992, Di Benedetto, m. 191135, Cass., sez. IV, 3 febbraio 1995, Halilovic, m. 201629, Cass., sez. un., 27 settembre 1995, Serafino, m. 202270, Cass., sez. IV, 1 febbraio 1996, Abbaco, m. 204428) ovvero sulla riconoscibilità delle circostanze attenuanti (Cass., sez. V, 17 novembre 1993, Gualandi, m.196621) e della sospensione condizionale (Cass., sez. V, 14 ottobre 1993, Pagano, m. 196303) richieste dalle parti.

Discussa è l'ammissibilità di una motivazione *per relationem*, che rinvii alla giustificazione espressa per un provvedimento o in un atto distinti; come accade, a esempio, quando la sentenza di appello richiami la motivazione della sentenza impugnata.

Vigente il codice abrogato, questo modo di motivare era riconosciuto legittimo dalla giurisprudenza sia nel rapporto tra sentenza d'appello e sentenza impugnata sia nel rapporto tra una decisione e la richiesta che l'abbia sollecitata (Cass., sez. VI, 15 maggio 1987, MARTINO, *Cass. pen.*, 1989, p. 420, con riferimento al decreto di autorizzazione all'intercettazione telefonica; Cass., sez. III, 17 luglio 1987, MARUCCIA, *Cass. pen.*, 1988, p. 2132, con riferimento a un decreto di sequestro).

Nel presupposto che "nella sentenza di appello le motivazioni di primo e di secondo grado, quando sono omogenee negli accertamenti e nei criteri di valutazione, costituiscono una sola entità logico giuridica" (Cass., sez. IV, 10 aprile 1987, Albanese, m. 176841), la giurisprudenza, in particolare, era concorde nel ritenere che la motivazione *per relationem* della sentenza emessa in grado di appello "è ammissibile a condizione che il giudice si pronunci sul fondamento, oppur no, dei motivi di gravame e, comunque, riesamini i punti devoluti con tali motivi: in difetto, il giudice si sottrae all'obbligo della valutazione critica della sentenza impugnata, con violazione del principio del doppio grado di giurisdizione" (Cass., Sez. I, 7 gennaio 1985, MAURO, *Riv. pen.* 1985, 892; v. anche Cass., sez. VI, 24 maggio 1988, Di Censo, m. 179273). Si affermava, così, che è legittima la motivazione *per relationem*, quando il gravame non abbia introdotto nuovi elementi (Cass., sez. I, 27 giugno 1989, Modeo, m. 182162) ovvero manchi della necessaria specificità (Cass., sez. II, 26 febbraio 1988, Savoca, m. 178611) e si precisava che "il controllo di legittimità della sentenza di appello, censurata sotto il profilo della difettosità della motivazione *per relationem*, comporta la necessità che il ricorrente indichi specificatamente le ragioni per le quali la *relatio* debba ritenersi *imperfecta* e cioè inadeguata rispetto a quanto dedotto in riesame col gravame di merito" (Cass., Sez. III, 12 gennaio 1982, PORTINARI, *Cass. pen.* 1984, p. 98).

La dottrina prevalente tende, invece, a considerare invalida la motivazione di una sentenza che richiami quella di un provvedimento adottato da giudici diversi (AMODIO, *op. cit.*, p. 231).

Il problema si è riproposto, con contrasti anche giurisprudenziali, dopo l'entrata in vigore del codice di procedura penale del 1988.

In una decisione, la Corte di Cassazione si è richiamata alla giurisprudenza formatasi con il codice abrogato e ha affermato che “la motivazione *per relationem* non è di per sé illegittima, ma solo a condizione che quella richiamata sia conosciuta o conoscibile dall’interessato” (Cass., sez. VI, 21 maggio 1990, Bonamore, Cass. pen., 1991, II, n. 152); in un’altra ha sostenuto, invece, che “nel sistema del codice attualmente vigente, improntato al massimo rispetto del diritto alla difesa e alla parità delle parti processuali, è inammissibile che un provvedimento del giudice possa, nella motivazione, fare semplice riferimento a un atto di parte, quale una richiesta del pubblico ministero” (Cass., sez. I, 25 marzo 1991, D’Errico, m. 186946).

Questo secondo orientamento giurisprudenziale è stato smentito, però, da una decisione delle sezioni unite della corte, nella quale si è fondatamente affermato che la motivazione di ogni provvedimento “che il giudice è chiamato a emettere su richiesta del pubblico ministero, senza sentire l’altra parte, può essere di adesione alle argomentazioni del richiedente” (Cass., sez. un., 26 febbraio 1991, BRUNO, Cass. pen., 1991, II, n. 151). E oggi è indiscusso che la motivazione *per relationem* è legittima in ogni caso in cui la motivazione richiamata sia conosciuta o conoscibile dall’interessato (Cass., sez. I, 23 febbraio 1994, Orsino, m. 196712; Cass., sez. I, 7 febbraio 1995, Magliocco, m. 200930), anche quando si tratti della richiesta motivata di una parte (Cass., sez. V, 9 ottobre 1996, Mannolo, m. 206337), se il giudice non si limiti a un mero rinvio, ma richiami gli argomenti addotti in modo da far emergere che essi sono stati criticamente valutati e recepiti e sempre che siano indicati espressamente gli elementi di fatto che giustificano la decisione (Cass., sez. II, 6 febbraio 1996, Filoni, m. 204734). In particolare nel giudizio d’appello si riconosce la legittimità della motivazione *per relationem*, quando “le censure formulate contro la sentenza di primo grado non contengano elementi ed argomenti diversi da quelli già esaminati e disattesi” (Cass., sez. IV, 18 novembre 1994, Mascolo, m. 200737, Cass., sez. IV, 8 marzo 1991, Lombardi, m. 187284, Cass., sez. VI, 18 settembre 1992, Sibillano, m. 192134). Si esclude invece che sia legittimo un tal modo di motivare “allorché il giudice investito del gravame si limiti a respingerlo e a richiamare la contestata motivazione del giudice di primo grado in termini assolutamente apodittici senza indicare i temi o problemi trattati, la soluzione offerta del provvedimento impugnato e la natura delle censure così non consentendo la conoscenza di quei temi e, conseguentemente, la valutazione, in sede di legittimità, dell’adeguatezza o meno delle risposte date, sia pure ‘*per relationem*’” (Cass., sez. IV, 22 dicembre 1995, Mahovic, m. 204175).

2.3 – Come s’è detto, con riferimento al rapporto tra la motivazione e i dati processuali, si pone sia il problema dei criteri di selezione dei dati disponibili sia il problema dei limiti del controllo di legittimità sull’estensione della motivazione.

Secondo la giurisprudenza formatasi nell’applicazione del codice abrogato, “per adempiere compiutamente l’obbligo della motivazione, il giudice del merito non è tenuto a prendere in esame espressamente e analiticamente tutte le circostanze e le argomentazioni dedotte dall’imputato, essendo sufficiente, e necessario, che il giudice medesimo enunci con adeguatezza e logicità quali circostanze o emergenze processuali si siano rese determinanti per la formazione del suo convincimento, in modo che risulti l’*iter* logico seguito per addivenire alla decisione adottata, la quale non deve lasciar spazio per una valida alternativa a quelle deduzioni difensive, che, pur non essendo state espressamente valutate, siano con essa incompatibili e devono, pertanto, ritenersi implicitamente disattese”, (Cass., sez. I, 19 dicembre 1986, Peri, MP 1762334); né deve omettere la valutazione di elementi che sarebbero stati decisivi, rendendo possibile una conclusione diversa (Cass., sez. I, 12 gennaio 1987, Trimboli, MP 176172). E questo orientamento giurisprudenziale risulta ora sostanzialmente confermato dall’affermazione che “il vizio di motivazione non può essere utilmente dedotto in Cassazione solo perché il giudice abbia trascurato o disatteso degli elementi di valutazione che, ad avviso della parte, avrebbero dovuto o potuto dar luogo a una diversa decisione, poiché ciò si tradurrebbe in una rivalutazione del fatto preclusa in sede di legittimità” (Cass., sez. I, 9 marzo 1995, Pischedda, MP 200705).

Con riferimento al problema dei limiti del controllo di legittimità, peraltro, in dottrina si era obiettato che questa tesi giurisprudenziale è contraddittoria, perché, pur ribadendo, da un canto, la libertà del giudice del merito nella scelta dei dati rilevanti per la decisione, consente, dall'altro, alla Corte di Cassazione di annullare "per difetto di motivazione la sentenza in cui il giudice del merito abbia trascurato di esaminare elementi", che la corte stessa ritenga decisivi (AMODIO, *op. cit.* p. 209).

Si era proposto, quindi, di limitare la rilevanza alle sole omissioni concernenti le prove di "discarico", che devono considerarsi "decisive *ex lege*" in virtù dell'art. 6 n. 3 lett. d) della Convenzione Europea sui Diritti dell'Uomo (AMODIO, *ivi*, p. 244).

Né l'obiezione né la proposta formulate da questa dottrina possono essere condivise.

Quanto all'obiezione, essa non considera che, nella costruzione giurisprudenziale del giudizio di legittimità, la decisività del dato trascurato (prova o deduzione di parte) non deve essere valutata in assoluto, bensì con riferimento alla stessa massima di esperienza, che il giudice di merito ha adottato. Libero e insindacabile rimane, quindi, il convincimento del giudice del merito nella scelta del criterio di ricostruzione e interpretazione dei fatti, sebbene temperato da un controllo sulla coerenza e completezza di applicazione della chiave di lettura da lui stesso adottata.

Quanto alla proposta, che era stata recepita nel Progetto Preliminare del 1978, essa adottava un concetto "formale" di prova decisiva, che, per un verso, non avrebbe esonerato il giudice di legittimità dall'esame del fascicolo processuale, per l'altro, sarebbe rimasto disancorato dall'effettiva rilevanza dei dati processuali. Anche una prova assunta su richiesta del pubblico ministero può essere omessa e risultare decisiva; e non si comprende perché una tale omissione non dovrebbe assumere rilevanza in un giudizio di legittimità che, comunque, esiga l'esame del fatto.

Con il codice vigente, quindi, nel prevedere che il giudice debba dar conto anche delle ragioni di inattendibilità delle prove contrarie a quelle poste a fondamento della decisione, si è eliminato il riferimento alle sole prove contrarie richieste dall'imputato, imponendo l'esame di tutte le prove che all'imputato siano risultate favorevoli, anche se indicate dal pubblico ministero.

Così delineata, la nuova disciplina consente di mantenere una qualche continuità con la precedente giurisprudenza in ordine ai criteri di selezione dei dati processuali cui la motivazione deve fare riferimento, posto che deve pur sempre considerarsi "prova contraria", rilevante solo quella "potenzialmente idonea a mettere in discussione il valore di quelle che hanno giustificato in concreto una determinata soluzione" (Cass., sez. V, 2 maggio 1983, Amitrano, Cass. pen., 1984, p. 2025).

I cambiamenti di giurisprudenza si sono resi, invece, necessari sul piano del controllo in cassazione della motivazione incompleta, dal momento che l'art. 606 lett. e) c.p.p. esige, come s'è visto, che, non solo l'illogicità, ma anche la mancanza della motivazione risulti dal testo del provvedimento impugnato. Con tale limite di controllo, infatti, risulta impossibile il sindacato anche sulla motivazione che abbia tralasciato prove decisive (G. LATTANZI, *op. cit.*, p. 453); e perciò la nuova disciplina è stata subito avvertita come troppo restrittiva, non solo dalla dottrina prevalente (F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, 1993, p. 961; P. FERRUA, *Studi sul processo penale*, Giappichelli, 1990, p. 121; G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Giappichelli, 1994, p. 344 e s.), ma anche dalla stessa giurisprudenza della Corte di Cassazione.

In realtà, la Corte ha subito preso atto che la nuova disciplina impedisce un controllo sulla completezza dell'esame delle prove, pur decisive (Cass., sez. VI, 22 aprile 1992, Verdelli, m. 194203; Cass., sez. VI, 26 maggio 1993, Menzio, m. 194911; Cass., sez. I, 20 dicembre 1993, Etzi, m. 196414; Cass., sez. I, 2 febbraio 1994, Kosa, m. 196998). E ha dichiarato manifestamente infondate alcune questioni di legittimità costituzionale dell'art. 606 lettera e), precisando che la violazione di legge concernente la motivazione assurge a rilievo costituzionale solo quando consiste nella sua totale omissione, mentre devono "escludersi dal rilievo costituzionale della motivazione ex art. 111 Cost. tutte le ipotesi di non puntuale, insufficiente e parzialmente illogica redazione della motivazione" (Cass., sez. VI, 13 marzo 1992, Bonati, m. 190883; Cass., sez. I, 11 ottobre 1993, Marsala, m. 196244; Cass., sez. IV, 26 novembre 1993, Maurizio, m. 197085; Cass., sez. I, 13 novembre 1995, Kanoute, m. 203126).

Non sono mancati, tuttavia, alcuni tentativi di attenuare le innegabili asperità della nuova disciplina del vizio della motivazione.

Un primo orientamento giurisprudenziale aveva tentato di distinguere tra mancanza e scorrettezza della motivazione, riconducendo il primo vizio all'art. 606 lettera c), che consente il ricorso per violazione di norme processuali (nel caso gli artt. 125 e 546 che impongono di motivare la sentenza), e, quindi, affrancandolo dal limite di rilevanza posto dall'art. 606 lettera e) (Cass., sez. I, 19 marzo 1991, Cinque, m. 186905). Ma questo itinerario interpretativo è parso impercorribile quando, in un'importante sentenza delle Sezioni Unite, si è rilevato come l'art. 569 comma 3 c.p.p., intendendo escludere la possibilità di dedurre con ricorso immediato per cassazione il vizio di motivazione, richiami solo le lettere d) ed e) dell'art. 606, implicitamente così confermando che nessun vizio della motivazione possa essere ricondotto alla disciplina dell'art. 606 lettera c) (Cass., sez. un., 26 febbraio 1991, BRUNO, *Cass. pen.*, 1991, II, n. 151; Cass., sez. VI, 1 aprile 1996, Martucci, m. 205656). E questa conclusione deve ritenersi sostanzialmente valida anche per tutti i vizi di motivazione delle ordinanze applicative di misure cautelari, benché ora l'art. 292 lettera c *bis*) c.p.p. sanzioni direttamente di nullità la mancata esposizione dei motivi per i quali sono stati ritenuti non rilevanti gli elementi di prova forniti dalla difesa.

Un secondo sforzo interpretativo si è andato, invece, operando sul vizio di travisamento del fatto, che, secondo una risalente giurisprudenza, si ha quando il giudice del merito abbia ammesso un fatto manifestamente escluso dagli atti del procedimento ovvero escluso un fatto manifestamente risultante dagli stessi atti (Cass., sez. II, 22 gennaio 1951, ROSSI, *Giust. pen.*, 1951, III, 213, 178; Cass., sez. un., 11 dicembre 1965, TARANTINI, *Riv. pen.*, 1966, II, 156; Cass., sez. I, 24 giugno 1982, Ciarniello, m. 155099).

Nella maggioranza delle decisioni si esclude, in realtà, che il travisamento del fatto sia denunciabile, stante la necessità che il vizio della motivazione risulti dal testo stesso del provvedimento impugnato (Cass., sez. I, 28 aprile 1992, Beneduce m. 190552; Cass., sez. I, 11 gennaio 1993, Nigro, m. 192997; Cass., sez. I, 21 dicembre 1992, Zuncheddu, m. 194803; Cass., sez. I, 6 febbraio 1995, Di Biasi, m. 201019; Cass., sez. I, 4 aprile 1995, Gheza, m. 201736; Cass., sez. II, 27 aprile 1995, Pisano, m. 201336; Cass., sez. VI, 31 ottobre 1995, Cuoco, m. 204645). Ma in altre decisioni si ammette la deducibilità del travisamento del fatto, purché esso risulti da un confronto tra il testo del provvedimento impugnato e le precedenti deduzioni della parte (Cass., sez. I, 1 giugno 1992, De Santis, m. 191279) o, comunque, risulti dal testo del provvedimento impugnato (Cass., sez. I, 16 ottobre 1991, Giordano, m. 190062; Cass., sez. I, 26 ottobre 1995, Lorenzi, m. 203251; Cass., sez. VI, 16 ottobre 1995, Pulvirenti, m. 203737; Cass., sez. II, 1 ottobre 1996, Giuffrida, m. 206277). E, secondo una più recente e significativa giurisprudenza, l'esigenza che il vizio della motivazione risulti dal testo del provvedimento impugnato condiziona la deducibilità del travisamento del fatto, ma non il suo accertamento, che richiede e consente il confronto tra la motivazione e gli atti del procedimento (Cass., sez. V, 16 ottobre 1992, D'Ammando, m. 193168; Cass., sez. VI, 25 gennaio 1993, Esposito, m. 193823; Cass., sez. II, 13 luglio 1993, Sgrò, m. 195253; Cass., sez. VI, 18 febbraio 1994, Goddi, m. 197861).

Sicché, mediante questa distinzione tra deduzione e accertamento del travisamento del fatto, si tende a consentire ancora il sindacato su quelle decisioni che, pur logicamente coerenti, siano in palese contrasto con gli atti processuali, in modo da evitare, come si legge in una recente massima, che il controllo di legittimità sulla motivazione si riduca a una verifica meramente formale (Cass., sez. II, 2 giugno 1994, Lin, m. 198324).

Più rigorosa è invece la giurisprudenza di legittimità che tende a imporre ai giudici del merito una più analitica esposizione del fatto, in modo da consentire alla Corte di Cassazione di compiere un controllo adeguato, benché limitato al solo testo del provvedimento impugnato. Si afferma, infatti, che “il giudice di merito deve assolvere l’obbligo di esporre gli elementi di fatto ritenuti e posti a fondamento del giudizio, perché alla ricostruzione storica della vicenda processuale il giudice di legittimità deve rifarsi nella valutazione dell’adeguatezza, congruità e logicità della motivazione del provvedimento impugnato, secondo la regola posta dall’art. 606, lett. e) c.p.p.; con la conseguenza che la completezza della cognizione del fatto si pone come ‘*conditio sine qua non*’ perché la Corte di Cassazione possa esercitare il suo ruolo di giudice di legittimità, sicché ove tale ricostruzione manchi o risulti frammentaria, si impone l’annullamento con rinvio del provvedimento medesimo” (Cass., sez. I, 6 aprile 1995, Lauro, m. 201284; Cass., sez. VI, 20 agosto 1992, Fiorito, m. 191732; Cass., sez. III, 12 maggio 1995, Stanghi, m. 202056; Cass., sez. III, 1 febbraio 1996, Zullo, m. 205394). E a questa impostazione si può ricondurre anche la tecnica suggerita alle parti dalla giurisprudenza civile, allorché afferma che “il controllo della congruità e logicità della motivazione, al fine del sindacato di legittimità su un apprezzamento di fatto del giudice di merito, postula la specificazione da parte del ricorrente – se necessario anche mediante la trascrizione integrale nel ricorso – della risultanza (parte di un documento, di un’affermazione del consulente tecnico, di una deposizione testimoniale, di una dichiarazione della controparte, ecc.) che egli assume decisiva e non valutata o insufficientemente valutata dal giudice, perché solo tale specificazione consente alla Corte di Cassazione – alla quale è precluso, salva la denuncia di *error in procedendo*, l’esame diretto dei fatti di causa – di delibare la decisività della risultanza non valutata, con la conseguenza che deve ritenersi inidoneo allo scopo il ricorso con cui, nel denunciare l’omessa valutazione da parte del giudice di merito di una circostanza decisiva, ci si limiti a rinviare alla prospettazione fatta negli atti di causa” (Cass., sez. II, 9 febbraio 1989, n. 796, m. 461815; Cass., sez. L, 15 febbraio 1992, n. 1860, m. 475744; Cass., sez. II, 13 luglio 1996, n. 6356, m. 498535).

Come si vede, si tratta di un confronto tra norme e giurisprudenza, tra esigenze di efficienza ed esigenze di giustizia, che si protrae da quasi un secolo e che, tuttavia, non sembra avere ancora raggiunto un ragionevole punto di equilibrio. In realtà il legislatore del 1988, escludendo la rilevanza dei vizi di motivazione non desumibili dal testo del provvedimento impugnato, ha compiuto una scelta dettata soprattutto dall’esigenza pragmatica di evitare un debordamento della Corte di Cassazione dai limiti del giudizio di legittimità. Ed è sul piano pragmatico che la giurisprudenza sta replicando, con i propri sforzi interpretativi intesi a superare le conseguenze più inique di un’interpretazione letterale dell’art. 606 lettera e) c.p.p.. Occorre considerare, infatti, che molto spesso la giurisprudenza è mossa da un’esigenza di razionalità, intesa ad arginare possibili arbitri volontaristici del legislatore, talora in nome di valori universalmente condivisi in contesti evolutivi più generali. Sicché non può negarsi che sia propria della giurisprudenza anche una prospettiva di emancipazione, oltre quella di conservazione che le è più naturale. Ed è in questa dialettica tra ragioni della continuità e volontà d’innovazione, tra universale e particolare, il fascino del nostro lavoro di giudici.

LESSICO E STRUTTURA DELLA PROVA PENALE

Relatore:

prof. Giulio UBERTIS

ordinario di diritto processuale penale nell'Università di Parma

SOMMARIO: 1. La sequenza probatoria (specialmente: elemento, fonte, mezzo e risultato di prova). – 2. Massime d'esperienza, leggi logiche e leggi scientifiche non probabilistiche. – 3. Rilevanza epistemologica della distinzione tra prova rappresentativa e prova critica. – 4. Prova in senso stretto e indizio. – 5. Indizio (anche con riguardo ai provvedimenti cautelari) e sospetto. – 6. Il procedimento probatorio. 7. – La conclusione probatoria. – 8. La valutazione dei fatti secondari e dell'inferenza dall'elemento al risultato di prova. – 9. La valutazione probatoria complessiva (e le funzioni specifiche della prova). – 10. Rinvio bibliografico.

1. La sequenza probatoria (specialmente: elemento, fonte, mezzo e risultato di prova).

Come sosteneva Ludwig WITTGENSTEIN nel suo *Tractatus logico-philosophicus* (1918; trad. it., Torino, 1968, § 4.116, p. 28), “tutto ciò che possa esser pensato può essere pensato chiaramente. Tutto ciò che può formularsi può formularsi chiaramente”.

Pare tuttavia che la validità di questa affermazione generale trovi difficoltà a essere riconosciuta in ambito giuridico, specialmente quando si tratti dell'argomento probatorio.

Infatti, è vero che il vocabolo “prova”, in campo giudiziario, viene impiegato senza ombra di dubbio con riferimento alla ricostruzione fattuale, come emerge limpidamente pure dall'art. 187 c.p.p., il quale (forse in maniera più didascalicamente ovvia che normativamente efficace) ribadisce il necessario riferimento di ciascun *oggetto di prova*, cioè di ogni singola affermazione da verificare, ai “fatti” volta a volta attinenti all'imputazione, alla punibilità e alla determinazione della pena o della misura di sicurezza (comma 1) ovvero all'applicazione di norme processuali (comma 2) oppure alla responsabilità civile derivante dal reato (comma 3). Ma è altrettanto vero che il medesimo termine è poi utilizzato in relazione ad “oggetti” tra loro differenti, creando la necessità, quando ci si imbatte in esso, di procedere mentalmente ad una “traduzione” per comprendere cosa esattamente il nostro interlocutore intende dire.

Per evitare la “babele” imperante in materia, occorre procedere ad un'indagine che consenta di individuare ciascuno dei referenti semantici dell'espressione “prova”, offrendo di essi non una nozione astratta (magari corredata da un'elencazione dei diversi significati assunti presso i vari autori), ma una “ridefinizione”. Bisogna, cioè, sia cogliere i differenti significati usualmente attribuiti alla “prova” – intesa *in senso lato* come quel meccanismo, quell'insieme di elementi ed attività aventi la funzione di consentire l'accertamento della verità di uno degli enunciati fattuali integranti il *thema probandum* – sia operarne una loro discriminazione ed attribuire a ciascuno di essi una denominazione il più possibile univoca e precisa.

Così, per un verso, e procedendo su di un piano il più possibile indipendente dai comportamenti volontari dei soggetti processuali, si riuscirà ad individuare ciascuno dei momenti in cui appare strutturalmente scindibile la *sequenza probatoria*, concepita come l'insieme delle componenti, che, nella loro successione, intervengono a costituire il fenomeno probatorio.

Per l'altro, sarà possibile individuare, all'interno del *genus* "prova in senso lato", le *species* "prova in senso stretto" ed "indizio" (ovvero, per usare un sinonimo processualciviltistico, "presunzione semplice"). Né sembra inutile segnalare che tale terminologia corrisponde all'impostazione del legislatore italiano, il quale, nel libro VI del codice civile, inserisce il capo IV ("Delle presunzioni") nell'ambito del titolo II dedicato alle prove, mentre tratta degli indizi nell'art. 192 c.p.p., all'interno del titolo (il I del libro III del codice di rito penale), in cui sono raccolte le "disposizioni generali" sulle prove.

Comunque, ribadendo che in questo contesto continueremo a riferirci alla prova in senso lato, il primo e, dal punto di vista della sua centralità gnoseologica, più importante momento costitutivo della sequenza probatoria è l'*elemento di prova*, rappresentato da ciò *che*, introdotto nel procedimento, può essere utilizzato dal giudice come fondamento della sua successiva attività inferenziale (per esempio: dichiarazione testimoniale, caratteristica dell'oggetto sequestrato, espressione contenuta in un documento, e così via).

Il soggetto o l'oggetto *da cui* può derivare al procedimento almeno un elemento di prova è la *fonte di prova*, che a sua volta può essere tanto *personale* (come nel caso del teste) – ed in tale eventualità si parla anche di *organo di prova* – quanto *reale* (come nell'ipotesi del documento).

L'attività *attraverso cui* viene introdotto nel procedimento almeno un elemento di prova è il *mezzo di prova* (testimonianza, confronto, perquisizione, intercettazione telefonica, e così via) (1).

Sulla base dell'elemento di prova in tal modo ottenuto (o di più elementi di prova; nell'ipotesi, ad esempio, in cui vengano reperite impronte digitali sull'arma del delitto, sarà necessario disporre pure delle impronte digitali dell'imputato per potersi procedere all'analisi dattiloscopica di comparazione), si svolgerà il *procedimento intellettuale* del giudice, il cui esito sarà rappresentato da una proposizione costituente il vero e proprio *risultato di prova* (da non confondere con la conclusione probatoria raggiunta al termine della valutazione probatoria e di cui si tratterà *infra*, § 7).

Sarà solo allora che, nel *momento decisivo*, potrà effettuarsi il *controllo* di veridicità dell'iniziale affermazione probatoria attraverso il *confronto* tra enunciati fattuali. E l'oggetto di prova potrà considerarsi provato quando si sarà verificata la coincidenza tra affermazione probatoria e risultato di prova; si dirà pertanto che, in sé e per sé (ma salva la valutazione dei *fatti secondari*, cioè dell'insieme costituito dagli elementi, dalle fonti e dai mezzi di prova, nonché dai fatti notori), "la prova è riuscita", nel senso che ha dato esito positivo. Nell'ipotesi, invece, di non coincidenza tra risultato di prova ed affermazione probatoria, ci si esprimerà affermando che "la prova è mancata, fallita", intendendo con ciò sostenere che prova vi è stata, ma ha dato esito negativo: sebbene vada chiarito, più specificamente, che ciò potrà avvenire sia quando l'esperimento probatorio si sarà rivelato vano perché da esso non si è derivato nulla di fruibile per la ricostruzione fattuale (ad esempio, perché il teste non ha ricordato o non ha riferito alcunché di utile) sia quando si saranno conseguiti risultati incompatibili rispetto all'oggetto di prova. E proprio il ritenere esperita la prova indipendentemente dalla constatazione di (non) coincidenza tra oggetto e risultato di prova ha consentito il riconoscimento in ambito decisivo del *principio di acquisizione processuale*, secondo cui il giudice può utilizzare quanto processualmente emerso anche a fini diversi da quelli cui aspiravano le parti che ne avevano sollecitato l'introduzione nel procedimento.

Quanto al lessico normativo, è facilmente constatabile che lo stesso codice di procedura penale sembra seguire, almeno in via generale, l'impostazione qui delineata per le accezioni di "elemento" (cfr. art. 65 comma 1, 86 comma 2, 192 comma 3, 375 comma 3, 421 comma 2, 500 comma 4 e 512-bis c.p.p.), "fonte" (v. art. 55 comma 1, 65 comma 1, 332, 346, 347 comma 1, 348 in rubrica e comma 3, 353 comma 2, 357 comma 1, 364 comma 5, 371 comma 2 lett. c, 375 comma 3, 417 lett. c, 429 comma 1 lett. d, 434 e 435 commi 1 e 2 c.p.p.), "mezzo" (si pensi agli art. 505, 507 e 510 in rubrica c.p.p.) e "risultato" (secondo quanto emerge dagli art. 192 comma 1, 360 comma 5 e 506 c.p.p.) "di prova".

2. Massime d'esperienza, leggi logiche e leggi scientifiche non probabilistiche.

Tra gli strumenti conoscitivi utilizzati dal giudice nella sua attività di ricostruzione del fatto assumono una importanza particolare le cosiddette massime d'esperienza. Si è fondatamente ritenuto, infatti, che negare l'impiego delle massime d'esperienza significa rendere impossibile al giudice ogni riflessione e scelta, conducendolo all'emissione di una decisione razionalmente ingiustificabile ovvero solipsisticamente intuitiva, se non addirittura alla più completa afasia. Attualmente, poi, è lo stesso legislatore a chiarire come l'art. 192 comma 1 c.p.p. implichi che nella motivazione della pronuncia debba comparire l'"indicazione dei criteri di valutazione (massime d'esperienza) utilizzati per vagliare il fondamento della prova" (2).

Per comprenderne la natura, giova comunque rilevare che la generalizzazione effettuata con la massima d'esperienza viene ottenuta attraverso l'individuazione di caratteri "comuni" presupposti come presenti in eventi passati assunti come dati di partenza, con l'esclusione (o la svalutazione) appunto di quei casi che potrebbero smentire siffatta generalizzazione. Pertanto, l'assolutizzazione degli elementi iniziali, mancando un accordo sulla loro scelta, non può evitare il rischio di essere confutata da almeno un'altra massima d'esperienza (magari opposta).

D'altronde, se la forza esplicativa della massima d'esperienza non è maggiore di quella posseduta dalla somma dei casi precedenti presi in considerazione, la generalizzazione così ottenuta non può essere idonea a fondare senza incertezze la conclusione inferenziale concernente un evento che, per definizione, ha il carattere della novità. Qualora, invece, si volesse sostenere che la circostanza nuova su cui verte l'indagine sarebbe inclusa nella massima d'esperienza, si presupporrebbe ciò che dovrebbe essere esclusivamente oggetto della suddetta inferenza.

La massima d'esperienza, dunque, non potendosi trasformare l'*id quod plerumque accidit* nell'*id quod semper necesse*, può pertanto fungere solo da premessa maggiore di un procedimento gnoseologico di cui l'elemento sotto esame costituisce la premessa minore, ma la cui conclusione si caratterizza per la sua ipoteticità congetturale carente di univocità e sempre soggetta a falsificazione. Il ragionamento costruito con l'impiego delle massime d'esperienza avrebbe quindi una struttura argomentativa in forma di sillogismo, aristotelicamente definibile come dialettico o retorico, la cui conclusione, fondata su premesse probabili, sarebbe parimenti soltanto probabile.

Funzione precipua delle massime d'esperienza è dunque quella topico-euristica: esse, consentendo il ricorso ad una pluralità di prospettive ritenute significative per l'indagine, forniscono al giudice una serie di *tópoi* utilizzabili quali premesse per la soluzione dei diversi problemi che si trova a dover affrontare.

In maniera nettamente diversa si pone la questione relativa all'uso delle leggi logiche in ambito giudiziario. Trattandosi, infatti, di conoscenze intrinsecamente universali, esse non possono essere disapplicate nel corso dello svolgimento processuale. Altrimenti, il giudice finirebbe per incorrere nella incomunicabilità delle proprie decisioni: non è certamente nuovo il rilievo che la contraddittorietà interna della motivazione oppure quella tra motivazione e dispositivo o tra capi di una medesima sentenza rendono incomprensibile il provvedimento per la coesistenza di argomentazioni e/o di comandi incompatibili.

Meno lontana da quella relativa alle massime d'esperienza appare invece la tematica concernente le leggi scientifiche, considerando però che d'ora in avanti con quest'ultima locuzione ci si riferirà esclusivamente (salvo diversa ed esplicita indicazione) alle "leggi scientifiche non probabilistiche" (o "universali"). L'impiego di leggi probabilistiche, infatti, mentre da una parte (se effettuato in sede di valutazione concernente l'accettabilità di un'ipotesi ricostruttiva della regiudicanda in base agli elementi gnoseologici processualmente disponibili) condurrebbe il giudice all'uso di calcoli numerici analoghi a quelli utilizzati nei sistemi di prova legale; dall'altra, non potrebbe offrire una garanzia conoscitiva sostanzialmente differente da quella originata dalle massime d'esperienza, cui pertanto tali leggi vanno equiparate sotto questo profilo.

Tuttavia, gli stessi argomenti impiegati per contestare l'“assolutezza” di una massima d'esperienza potrebbero essere utilizzati anche nei confronti di una legge scientifica di forma universale, dato che entrambe sembrerebbero fondarsi, in ultima istanza, su un procedimento induttivo concludentesi con una generalizzazione di dati empirici. Non a caso, emerge spesso in dottrina la tendenza ad includere nella nozione di massima d'esperienza le leggi scientifiche.

Non si può peraltro evitare di rilevare una loro differenza strutturale. Essa consiste nella peculiarità delle leggi scientifiche di essere inserite in (e giustificate da) un sistema di asseriti generalmente accettato, a differenza delle massime d'esperienza che vengono riconosciute come sussistenti o no ciascuna indipendentemente dalle altre. Come conseguenza di siffatta particolarità, le leggi scientifiche si sottraggono alle limitazioni delle generalizzazioni meramente empiriche; per effetto del loro riferimento ad un apparato nomologico o teorico, infatti, esse non sono formulate unicamente sulla base dei dati sperimentali e giustificano quindi la loro validità su argomenti diversi da quelli costituiti dall'elencazione degli esempi che le suffragano empiricamente.

Inoltre, mentre le massime d'esperienza possono non soltanto essere utilizzate, ma, in maniera razionalmente giustificabile, anche costruite o reperite dall'organo giudicante richiamandosi al bagaglio delle proprie osservazioni (pure professionali), le leggi scientifiche sono indipendenti dal caso concreto oggetto dell'indagine, così che non è consentito al giudice di riconoscerle come tali (e quindi applicarle) secondo la ritenuta opportunità di desumere un particolare risultato da una determinata circostanza.

E se per questo aspetto la situazione è analoga a quella dello storico, non ci si può esimere dall'aggiungere che per il giudice penale il vincolo all'osservanza delle leggi scientifiche – che per lui, nonostante la loro determinatezza socio-storica, assumono la funzione di premesse “certe” del ragionamento – trova il suo fondamento anche in ambito costituzionale. Sostenere il contrario, invero, implicherebbe almeno, qualora le leggi scientifiche influissero sulla determinazione della fattispecie, violare il principio di tassatività di quest'ultima, scaturente dall'art. 25 comma 2 Cost..

3. Rilevanza epistemologica della distinzione tra prova rappresentativa e prova critica.

Per definire i caratteri del fenomeno probatorio, non sono mancati fin dall'antichità i tentativi di operare una classificazione all'interno del sistema probatorio, attraverso l'impiego di differenti parametri.

Trattasi peraltro di tipologie in gran parte desuete ed inutilizzabili nella concreta vita giudiziaria, lasciate come sono ad un arbitrio soggettivistico correlato ad un approccio meramente descrittivo e carente di referenti pragmatici, riducendosi ad una sterile elencazione di definizioni lessicali, per di più variabili da individuo a individuo.

Ne deriva che, pure quando vengono usate con scopi più attenti agli aspetti gnoseologici della questione, gli stessi termini oppositivi con cui le prove vengono scriminate in dirette o indirette, immediate o mediate, generiche o specifiche, storiche o logiche, artificiali o inartificiali, e così via, assumono significati anche divergenti a seconda della prospettiva assunta dai diversi autori, se non addirittura da una stessa persona all'interno dello sviluppo del proprio pensiero.

Si rischia così di obliterare che alle parti (ed al giudice, anche in vista del controllo in sede di eventuale impugnazione) non interessa sapere su quale tipo di prova (logica, diretta, artificiale, storica, ecc.) si basa la concreta decisione sulla regiudicanda, ma importa che essa abbia fondamenta tali da essere intersoggettivamente comunicabile e razionalmente sostenibile e che non tragga alimento da meri pregiudizi o supposizioni irrazionalistiche. Senza nemmeno perdere di vista che questa esigenza è diretta pure a garantire la funzione non solo endoprocedurale, ma anche extraprocedurale della motivazione dei provvedimenti giudiziari, prescritta dall'art. 111 Cost. e collegata a quella partecipazione popolare all'amministrazione della giustizia (art. 102 comma 3 Cost.), che non può essere limitata alla sola previsione dei giudici popolari nelle corti d'assise e che si connette alla proclamazione secondo cui "la sovranità appartiene al popolo" (art. 1 comma 2 Cost.), nel nome del quale "la giustizia è amministrata" (art. 101 comma 1 Cost.).

In ogni caso – pure non tralasciando la menzione di talune distinzioni presupposte dal sistema codicistico (come quella tra prova "precostituita" e prova "costituenda", cui il codice di procedura penale del 1988 esplicitamente si ispira: sebbene imperfettamente, come rilevato *supra*, nota 1) od usualmente impiegate dagli operatori giudiziari (come quella tra fonti di prova "personali" e "reali") oppure storicamente più rilevanti ed ancora utilizzate nel lessico giuridico (come quella tra prova "libera" e prova "legale") –, conviene evidenziare che, per essere veramente feconda e non semplicemente nomenclatoria, un'attività classificatrice del fenomeno probatorio andrebbe finalizzata a chiarire aspetti epistemologici del medesimo tali da conseguire risultati efficaci nell'ambito della concreta esperienza giudiziaria.

In questa prospettiva, e soprattutto allo scopo d'individuare gli strutturali caratteri discretivi della prova in senso stretto rispetto all'indizio, un indubbio rilievo pare assumere la distinzione tra prova rappresentativa e prova critica, pur senza dimenticare la connessione tra esse, come quando l'attività critica si sviluppa, ad esempio, sulla base di una testimonianza.

Tuttavia, ciò che in questa sede importa rilevare attiene al differente rapporto in cui si pongono l'elemento ed il risultato di prova: risiede in ciò lo strutturale carattere discreto tra i due tipi di prova.

Nella *prova rappresentativa* l'elemento raffigura, "facendolo presente", il risultato di prova, cosicché l'inferenza dall'uno all'altro appare "automatica"; nella *prova critica*, invece, ciò che viene delineato dall'elemento di prova è palesemente diverso dal risultato di prova da confrontare con l'affermazione probatoria ed a quest'ultimo si perviene attraverso una più consapevole e manifesta mediazione intellettuale.

Procedendo ad una esemplificazione (e supposta come positivamente superata la questione relativa alla valutazione dei fatti secondari implicati dall'esperimento probatorio cui per ipotesi ci si riferirà), si può immaginare che l'oggetto di prova sia costituito dall'incontro dell'imputato con la vittima all'ora del delitto T e nell'abitazione X di quest'ultima.

Se un teste deponesse di essersi allontanato da tale luogo in quel periodo temporale mentre imputato e vittima vi si trattenevano ulteriormente, "automatica" apparirebbe l'inferenza di un risultato di prova conducente, nel momento decisivo, alla verifica dell'iniziale affermazione probatoria. Qualora, invece, un teste dichiarasse che l'imputato si trovava in un diverso luogo Y nello stesso momento T, questo elemento di prova dovrebbe essere collegato (attraverso il risultato rappresentativo intermedio che "l'imputato si trovava in Y") al principio indubitabile che nega l'ubiquità prima di poter pervenire ad un risultato di prova idoneo ad ottenere una decisione sulla (in)fondatezza dell'iniziale affermazione probatoria.

Nonostante la differente complessità della struttura inferenziale, caratteristica comune alle due prove e la *necessità* della conclusione. La loro distinzione, pertanto, concerne non la "qualità logica" dell'attività esercitata, ma l'"immediatezza logica" della conoscenza conseguita.

4. Prova in senso stretto e indizio.

In relazione al medesimo oggetto di prova concernente l'incontro dell'imputato con la vittima all'ora del delitto T e nell'abitazione X di quest'ultima, può ora ipotizzarsi che un teste dichiari di aver visto l'imputato posteggiare la propria vettura nell'autorimessa pertinente al suddetto immobile in tale lasso di tempo. L'elemento di prova così conseguito non sarebbe tuttavia idoneo a rendere certa l'inferenza conducente ad un risultato di prova che confermi l'effettuazione dell'incontro in questione.

Si avrebbe solo la "sicurezza" che l'imputato era nei pressi della casa in cui è stato commesso il delitto, ma i motivi atti a giustificare tale evento ed adducibili dall'accusato potrebbero essere innumerevoli. La stessa massima d'esperienza secondo cui "chi posteggia la propria automobile nell'autorimessa altrui, ha normalmente un appuntamento con il proprietario della stessa" potrebbe essere smentita da un'altra massima, per la quale "la disponibilità dell'autorimessa altrui è normalmente concessa a chi deve effettuare senza difficoltà di posteggio una commissione di interesse comune nel palazzo di fronte". L'esistenza dell'incontro tra imputato e vittima sarebbe quindi sostenibile solo per effetto di un procedimento inferenziale, la cui conclusione sarebbe soltanto *possibile*.

Se per differenziare la prova rappresentativa da quella critica ci si era riferiti ad una diversa complessità della mediazione logica, ora questo rilievo non è più sufficiente per individuare la differente "qualità" dell'attività intellettuale impiegata nell'ultima ipotesi, esemplificatrice di ciò che viene denominato "indizio" (o "presunzione semplice"). Rispetto alla prova rappresentativa, adesso si è in presenza non soltanto di un mutamento nella struttura gnoseologica, ma di una variazione della natura della conoscenza, che consente di discriminare l'ipotesi dell'indizio dalle precedenti.

La distinzione tra prova in senso stretto (tanto critica quanto rappresentativa) ed indizio (o presunzione semplice) concerne la *modalità logica* della conclusione successiva all'inferenza fondata sull'elemento di prova. È questo che riteniamo essere il fondamentale elemento distintivo tra *prova in senso stretto* ed *indizio*. Ambedue vengono impiegati per la verifica di un enunciato fattuale integrativo del *thema probandum*, ma soltanto nella prima il passaggio dall'elemento al risultato di prova è univocamente determinato.

Ciò avviene perché nella prova in senso stretto la conclusione inferenziale si ottiene utilizzando esclusivamente leggi logiche o scientifiche non probabilistiche, mentre nell'indizio vi è l'applicazione di massime d'esperienza (cui vanno assimilate – come detto precedentemente – le leggi scientifiche probabilistiche), cosicché per quest'ultimo vi è carenza di validità logica.

Né i termini della questione vengono mutati dall'inserimento nel dibattito giuridico della nozione, ora di moda, della cosiddetta abduzione (intesa come forma di ragionamento che, noto l'effetto, consente di risalire alla causa). Anche per essa, invero, la conclusione "*b* (rientrante nella classe *y*) è conseguenza di *a* (rientrante nella classe *x*)" o è necessaria perché si dispone di una legge del tipo "*y* è conseguenza soltanto di *x*" o è possibile perché, partendo da una legge come "*x* implica *y*" si fruisce del passaggio intermedio costituito dalla mera generalizzazione empirica, cioè da una massima d'esperienza, del tipo "*y* normalmente è conseguenza soltanto di *x*".

Appare tuttavia evidente che, mentre durante l'esperimento probatorio non si può ancora sapere se si otterrà una prova in senso stretto (critica o rappresentativa) o un indizio (perché, ad esempio, il teste può rendere dichiarazioni differenti da quelle attese), tale incertezza non sussiste più una volta conseguito l'elemento di prova: fissata la premessa della relativa inferenza, infatti, si è ormai in grado di definire come necessario o come soltanto possibile il risultato di prova.

E poiché la conclusione inferenziale si riverbera inevitabilmente sui momenti anteriori, potrebbe allora procedersi ad un "raddoppiamento" di tutta la terminologia concernente i fatti secondari ed il risultato di prova, allo scopo di evidenziare la loro appartenenza ad una sequenza probatoria in senso stretto o ad una indiziaria. Ciò tuttavia genererebbe un appesantimento lessicale operativamente inutile appunto per l'impossibilità di sapere *prima* dell'espletamento della prova con quale tipo di fonte o di mezzo di prova si ha a che fare.

Risulta, invece, opportuno distinguere linguisticamente le premesse, gli sviluppi e le conclusioni del procedimento intellettuale del giudice.

In questa prospettiva, l'elemento di prova (in senso lato) costituisce il *genus* al cui interno si collocano le *species* dell'*elemento probatorio* e dell'*elemento indiziario* (o presuntivo), a seconda che ci si riferisca, rispettivamente, alla prova in senso stretto o all'indizio (o presunzione semplice); così come nell'ambito del *genus* rappresentato dal risultato di prova (in senso lato) si differenziano le *species* del *risultato probatorio* e del *risultato indiziario* (o *presuntivo*) quali conseguenze, rispettivamente, di un'*inferenza probatoria* o di un'*inferenza indiziaria* (o *presuntiva*).

Così, tra l'altro, si risolve una ricorrente ambiguità lessicale, evitando di confondere il termine "indizio" (o "presunzione semplice") con una qualsiasi delle sue componenti. Non solo: si riescono pure a superare le difficoltà ermeneutiche che caratterizzano la disciplina tanto degli indizi in campo penale quanto delle presunzioni semplici in ambito civile, le cui qualifiche di "gravità", "precisione" e "concordanza", previste rispettivamente dagli art. 192 comma 2 c.p.p. e 2729 comma 1 c.c., mancano di un sicuro referente cui applicarsi, data la pluralità di quelli volta a volta proposti. Si può infatti sostenere senza incorrere in ambiguità che gli indizi sono *precisi* quando sono considerati certi i relativi *elementi* indiziari, dopo che siano state positivamente superate le valutazioni sia di affidabilità concernenti le fonti di prova da cui sono tratti sia di attendibilità riguardanti i mezzi di prova attraverso cui sono pervenuti al procedimento; sono *gravi* quando le *inferenze* indiziarie impiegate per ciascuno di essi utilizzano massime d'esperienza dotate di un alto grado di fondatezza, generando quindi un'elevata intensità persuasiva di ogni singolo strumento gnoseologico indiziario; sono *concordanti*, quando i loro *risultati* indiziari, basati su distinti elementi indiziari, confluiscono verso una ricostruzione unitaria del fatto cui si riferiscono.

5. Indizio (anche con riguardo ai provvedimenti cautelari) e sospetto.

Un'ulteriore problema si pone con riguardo all'impiego di uno strumento gnoseologico quale il *sospetto*, situato, lungo la scala della "intensità persuasiva", ad un gradino ancora più basso di quello su cui si colloca l'indizio.

Tuttavia, non appare possibile effettuare una distinzione tra indizio e sospetto in una maniera rigorosa come quella tra prova in senso stretto e indizio, essendosi già da tempo rilevata la labilità dei confini tra essi: in ambedue i casi, infatti, dall'elemento che si pone alla base dell'inferenza può trarsi soltanto una conclusione incerta.

È invero solo su base "quantitativa" che può fondarsi la distinzione tra indizio e sospetto, riconoscendo che il dato di partenza del secondo costituisce, per così dire, un anello più lontano o più debole dell'elemento indiziario lungo la catena che può condurre alla verifica dell'oggetto di prova.

Né ci si può illudere di risolvere semplicisticamente la questione con affermazioni secondo cui il sospetto sarebbe basato non su dati concreti, ma su procedimenti intuitivi dell'organo procedente. Se non si vuol sostenere che quest'ultimo possa agire in conformità a proprie fantasticherie od oniriche rivelazioni, è evidente che anche il più esile sospetto non possa che trarre spunto da elementi concreti. Non va confusa, cioè, la scarsa persuasività di questi ultimi con la loro inesistenza: è piuttosto il riconoscimento della prima a far risaltare il bisogno di un'indagine accurata per suffragare con nuove risultanze le iniziali inferenze.

In questo senso, non si è mancato di assimilare il sospetto ad una vera e propria ipotesi di ricerca, negando recisamente che su di esso possa fondarsi il convincimento del giudice.

Coerentemente con tale impostazione, dunque, il legislatore, quando usa il termine “sospetto” in maniera almeno indirettamente correlata all’impiego del vocabolo “indizio”, mostra non di riconoscere loro un’efficacia persuasiva “qualitativamente” differenziata, ma di voler determinare nell’organo procedente una graduazione comportamentale nella salvaguardia dei valori eventualmente lesi dall’attività investigativa. Così, mentre ai sensi dell’art. 116 comma 1 norme att. c.p.p. è sufficiente il “sospetto di reato” per effettuare le pur necessarie indagini anteriormente alla sepoltura di un cadavere, per il suo disseppellimento, evidentemente più incidente sul sentimento di pietà verso i defunti, il comma successivo del medesimo articolo richiede l’esistenza di “gravi indizi di delitto”.

Ma è proprio in tale disposizione (come negli artt. 63 comma 1, 207 comma 2, 267 comma 1, 273 comma 1, 275 comma 3, 292 comma 2 lett. c, 312, 384 comma 1, 705 comma 1 c.p.p. e 220 norme coord. c.p.p.) che si palesa uno slittamento del vocabolo “indizio” verso una sua accezione distinta da quella presente nell’art. 192 comma 2 c.p.p. Nelle ipotesi citate, infatti, esso risulta collegato solo indirettamente all’attività di verifica di un addebito (nei casi suddetti, tra l’altro, normalmente non ancora definito in tutti i suoi elementi e quindi provvisorio), poiché serve ad individuare una premessa o per lo svolgimento di eventuali indagini o per l’applicazione di una misura (pre)cautelare personale o per l’emanazione di un provvedimento estradizionale richiesto in assenza di una sentenza irrevocabile di condanna. In tali evenienze, l’“indizio” muta la propria funzione, perché mira a soddisfare esigenze connesse a sviluppi intermedi del procedimento penale senza essere finalizzato alla fissazione del fatto oggetto del medesimo.

Esso, quindi, pur designando una prova in senso lato, non ne individua la specie secondo la peculiare modalità logica della conclusione inferenziale, ma si riferisce ad uno strumento conoscitivo legalmente dotato, indipendentemente dal suo “statuto” gnoseologico, di efficacia provvisoria, riservando ad altro momento una più meditata considerazione concernente il suo successivo impiego ai fini della ricostruzione fattuale. Così, appunto per la sua connotazione temporaneamente indipendente da quest’ultima, non si può aprioristicamente sapere, ad esempio, se quanto designato come “indizio” dall’art. 273 comma 1 c.p.p. ed usato nell’ambito del procedimento cautelare sarà successivamente utilizzato per la verifica della regiudicanda. Tra l’altro, con l’inquadramento sistematico qui presentato si evita sia di dover paradossalmente ritenere che per applicare una misura cautelare personale siano necessari indizi, ma non siano sufficienti prove in senso stretto (secondo un’interpretazione, meccanicamente letterale ma non condivisibile, tesa ad assimilare in un’unica nozione di “indizio” quelli previsti per l’adozione di misure cautelari personali e quelli contemplati dall’art. 192 comma 2 c.p.p.); sia di dover ipotizzare una ingiustificabile “conversione” degli uni nelle altre, qualora tanto il provvedimento cautelare quanto la pronuncia definitiva si fondino sui medesimi dati, riconosciuti da quest’ultima come costitutivi di prove in senso stretto.

6. Il procedimento probatorio.

Se “provare” significa anche compiere le attività volte a sottoporre all’organo procedente gli elementi di prova reputati utili ai fini della pronuncia, un’indagine in materia non può prescindere dal ricordare l’intima connessione che in ambito giudiziario sussiste tra la sequenza probatoria e il *procedimento probatorio*, attraverso il quale si provvede all’*ammissione* e all’*assunzione* (complessivamente integranti l’*acquisizione*) delle fonti e/o dei mezzi di prova.

Vanno quindi ricondotti all'interno di una visione unitaria tutti i singoli momenti in cui si svolge il procedimento probatorio, indipendentemente dalle varie delineazioni e denominazioni attribuite ad ognuno di essi dai diversi autori od utilizzate dal legislatore. Ad esempio, il comportamento volto ad affermare l'esistenza di una fonte di prova reputata utile alla ricostruzione giudiziale integra una *indicazione probatoria*, normalmente associata alla contestuale *richiesta probatoria* (che la rubrica dell'art. 493 c.p.p. chiama "richiesta di prova", impiegando tale ultimo vocabolo in senso lato, senza pertanto individuare a quale momento della complessa sequenza probatoria ci si debba riferire). Questa, inoltre, può essere accompagnata dalla *offerta probatoria*, peculiare della prova precostituita e materialmente consistente nel *deposito* di cose o nella *produzione* di documenti (si pensi all'art. 396 comma 1 c.p.p.); l'offerta è comunque sottoposta alla "ratifica" giudiziale rappresentata dall'emanazione di un espresso provvedimento probatorio ammissivo, poiché è esclusa dal nuovo sistema processuale la possibilità di una commistione tra le fasi ammissiva ed assuntiva tale da risolvere l'ammissione della fonte di prova reale in un comportamento e disciplina formale libera.

Inoltre, nonostante si tratti di considerazione almeno implicitamente compresa nelle precedenti enunciazioni, conviene segnalare come il procedimento probatorio concerna l'immissione nel patrimonio utilizzabile per la decisione degli elementi temporalmente iniziali della complessa sequenza probatoria, non della prova in sé (che nemmeno potrebbe venire ad esistenza in mancanza di essi); e ciò conformemente alla concreta esperienza giudiziaria, dove le questioni attinenti all'acquisizione probatoria non vertono mai su "prove", bensì riguardano *se* e *come* una persona possa rendere dichiarazioni, un oggetto possa essere sequestrato, una intercettazione telefonica possa essere compiuta, e così via.

Infine, va rilevato che la distinzione tra sequenza e procedimento probatorio non esclude l'esistenza di una loro intima connessione. In questa prospettiva, mentre può sostenersi che la sequenza (con particolare riguardo ai suoi momenti costituiti dalla fonte, dal mezzo e dall'elemento di prova, dato che il procedimento intellettuale fondato su quest'ultimo ed il momento decisivo esulano dall'acquisizione probatoria) rappresenta la "materia" disciplinata dalla "forma" del procedimento, occorre riconoscere che sono proprio le regole procedurali (e la loro concretizzazione ad opera dei soggetti che partecipano all'attività probatoria) a determinare il proprio "oggetto". Esse, consentendo o negando l'inserimento (di ciò che l'interessato desidera far rientrare nella categoria) della fonte e/o del mezzo di prova – e quindi dell'elemento di prova – tra quanto può essere impiegato per la pronuncia, condizionano lo stesso espletamento, e pertanto la stessa esistenza, di una "prova": dal punto di vista giuridico, infatti, un fenomeno asseritamente probatorio che non si realizzasse internamente all'esperienza giudiziaria sarebbe soltanto un'inconoscibile un'entità mitologica.

7. La conclusione probatoria.

Proseguendo verso la fine del nostro compito "ridefinitorio", pare superfluo rilevare che il momento più impegnativo per il giudice è quello in cui deve provvedere a individuare, tra quanto acquisito in sede istruttoria, ciò che ritiene adeguato a fondare la decisione.

È nell'ambito di questa tematica che si inserisce la disamina del giudizio assertorio di conclusione probatoria, vertente sull'idoneità e la sufficienza sia dei fatti secondari (elementi, mezzi e/o fonti di prova, fatti notori) sottoposti all'attenzione del giudice che dei conseguenti risultati di prova e delle relative inferenze a servire per il definitivo giudizio di verità sull'affermazione rappresentativa della *res in iudicium deducta* e fondativa della domanda giudiziale (3).

È a seguito di questo giudizio di conclusione probatoria che la "prova" come strumento gnoseologico diventa "prova" come epilogo conoscitivo, denominato *conclusione probatoria* e posto alla base della ricostruzione giudiziale del fatto.

Ciò accade perché tale conclusione è costituita da quello stesso enunciato che al livello della singola struttura probatoria integrava il risultato di prova e che ora viene positivamente valutato secondo il criterio della sua concreta efficacia persuasiva, dopo che volta per volta si sono accertate, ad esempio, l'affidabilità del testimone o l'autenticità del documento oppure l'attendibilità dell'esperimento giudiziale o la sufficiente chiarezza dell'impronta lasciata sull'oggetto sequestrato, come pure la fondatezza dell'inferenza nel passaggio dall'elemento preso in considerazione al risultato di prova e la compatibilità di quest'ultimo con quelli ottenuti da oltre acquisizioni probatorie.

E, a livello legislativo, che la parola "prova" si riferisca palesemente a ciò che il giudice valuti persuasivamente efficace emerge, a titolo esemplificativo, dagli art. 487 comma 4 e 530 commi 2 e 3 c.p.p..

8. La valutazione dei fatti secondari e dell'inferenza dall'elemento al risultato di prova.

Riguardo al momento della valutazione probatoria, si rende ora necessario distinguere analiticamente il vaglio di ciascuna prova da quello effettuato in relazione all'insieme delle risultanze istruttorie.

Anzitutto, infatti, giova ricordare che, quando si era trattato della sequenza probatoria, si era parlato di "prova riuscita" nel caso di coincidenza tra oggetto di prova e risultato di prova, ma si era fatta salva la *valutazione dei fatti secondari*. In quella sede, si era evidenziato come l'esito della prova dipenda dal mero confronto di enunciati; adesso, si deve porre attenzione al valore che si attribuisca alle premesse di tale confronto. Infatti, preliminarmente all'operazione inferenziale relativa al passaggio dall'elemento al risultato di prova, occorre esaminare il grado di attendibilità della fonte e/o del mezzo di prova, nonché la comprensibilità dell'elemento di prova. Non conviene nemmeno procedere all'inferenza che conduce dall'elemento al risultato di prova se si ritiene, ad esempio, che il teste non sia affidabile (secondo i vari profili della sua sincerità, delle sue capacità percettive, mnemoniche ed espressive, delle sue reazioni alle modalità di conduzione dell'esame diretto e del controesame, della costanza e della coerenza interna delle dichiarazioni rese, ecc.) o che il documento non sia autentico o che l'esperimento giudiziale non sia stato sufficientemente riprodotto della situazione oggetto d'indagine o che i contorni dell'impronta siano troppo confusi per poterla adeguatamente decifrare.

Inoltre, pure quando l'elemento di prova sia reputato idoneo alla successiva inferenza, esso dovrà comunque essere almeno interpretato, anche solo al livello "minimo" (di cui normalmente non si ha consapevolezza) della comprensione linguistica. Senza obliterare la necessità di una "traduzione" – solo illusoriamente non intessuta di elementi valutativi – dal linguaggio comune o tecnico-scientifico (qualora l'elemento di prova sia fornito da un testimone o da un perito) a quello più specificamente giuridico.

Infine, per la scelta di derivare una conclusione probatoria da un singolo esperimento conoscitivo, è possibile che l'esame dei relativi fatti secondari implichi un loro rapportarsi a momenti di altre sequenze probatorie. Ad esempio, può essere necessario determinare l'affidabilità di una fonte di prova attraverso il raffronto tra differenti strumenti gnoseologici, applicando nella sua accezione più specifica la cosiddetta "tecnica della riprova" e quindi effettuando eventuali "controlli incrociati" o verificando l'esistenza di "elementi di riscontro".

In ogni caso, tuttavia, per adempiere al proprio compito valutativo, l'organo procedente deve sostanzialmente operare su base argomentativa, con ampio impiego delle massime d'esperienza, dato che nell'analisi delle "circostanze qualificanti" concernenti i fatti secondari sono poco di ausilio le leggi logico-scientifiche.

Sulla base delle considerazioni esposte in questo paragrafo, allora, non si può certo disconoscere un fondamento alla tesi di chi ritenga la ricostruzione fattuale operata in sede giudiziaria comunque soggetta al dubbio, potendosi derivare la convinzione che sia impossibile discriminare tra prova in senso stretto e indizio.

Occorre tuttavia precisare che una conclusione così radicale si pone solo apparentemente in contraddizione con quanto precedentemente sostenuto *supra*, § 4. La distinzione tra prova in senso stretto e indizio è stata infatti operata esaminando la *struttura* degli strumenti gnoseologici impiegati per la ricostruzione fattuale ed è stata individuata nella diversa natura dell'inferenza basata sull'elemento di prova, mentre la mancata differenziazione si evidenzia ad un livello che è relativo ai *singoli fattori* strutturali conseguiti in sede di acquisizione probatoria. La distinzione, cioè, emerge quando si concentra l'attenzione non su quanto ottenuto attraverso il procedimento probatorio, bensì sulla disamina del procedimento intellettuale del giudice, dopo averne individuate le premesse.

D'altronde, quando si pone in dubbio, ad esempio, l'affidabilità di un teste oculare o l'autenticità di un documento, si dice che la decisione che ne facesse uso sarebbe fondata (non su "indizi", ma) su "prove ingannevoli" o addirittura "false", certamente senza parlare di "processo indiziario". A questa locuzione, invece, si ricorre quando ci si riferisce non alla credibilità della fonte di prova, all'inattendibilità del mezzo di prova od all'insufficiente comprensione dell'elemento di prova, bensì alla mancanza di un criterio che consenta di trarre, dagli elementi di prova emersi, conclusioni sicure sulla sussistenza del fatto e/o sulla responsabilità dell'imputato.

Ed in proposito va aggiunto che la decisione implica non solamente l'individuazione del tipo di *inferenza* impiegata nel passaggio *dall'elemento al risultato di prova* per sapere se ci si trova in presenza di una prova in senso stretto o di un indizio, ma, in quest'ultima ipotesi, esige pure una valutazione del grado di fondatezza della massima d'esperienza impiegata al fine di chiarire l'intensità persuasiva dell'indizio, il quale appunto deve essere "grave", ai sensi dell'art. 192 comma 2 c.p.p..

9. La valutazione probatoria complessiva (e le funzioni specifiche della prova).

Nonostante l'esame dei fatti secondari e dell'inferenza applicata a ciascuna prova possa svolgersi, come si è visto nel corso del precedente paragrafo, anche attraverso il raffronto di momenti appartenenti a sequenze probatorie diverse, si è tuttavia già avuto occasione di accennare alla distinguibilità tra questa fase ed una successiva, sebbene dialetticamente collegata.

Quest'ultimo stadio dell'attività giudiziale concerne la *valutazione probatoria complessiva*, caratterizzata non dalla disamina dei singoli esperimenti gnoseologici, bensì dall'utilizzo combinato dell'intero patrimonio conoscitivo giudiziale ai fini dell'emissione della pronuncia.

E giova rilevare come tale valutazione complessiva vada effettuata comunque, indipendentemente dalla circostanza che i risultati di prova conseguiti al termine dell'attività istruttoria consentano la formulazione di diverse ipotesi ricostruttive del fatto. Pure quando ci si trovi in presenza di più prove convergenti, ad esempio, verso una conclusione di condanna (o, al limite, si tratti di una sola prova, impiegando ancora il vocabolo nella sua accezione "in senso lato"), compete al giudice decidere se l'insieme dei singoli risultati non goda di un'efficacia persuasiva così labile da farla ritenere insufficiente per la pronuncia "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. 530 comma 2 c.p.p.).

Essenziale è che il giudice tenga conto in sentenza di tutti i dati disponibili, svolga un ragionamento internamente coerente e formuli una decisione non contrastante con le prove acquisite, secondo i caratteri peculiari di ogni corretta ricostruzione fattuale.

Se nel *contesto di ricerca* la prova viene acquisita per controllare la fondatezza delle ipotesi iniziali costituenti il “motore” dell’indagine, potendo pertanto indurre una modifica delle medesime nel corso dell’attività istruttoria, nella prospettiva del provvedimento conclusivo del processo risaltano allora due altre funzioni probatorie specifiche.

Riguardo alla prima, le prove, nel *contesto di giustificazione*, rappresentano gli elementi attorno a cui si articolano le argomentazioni fungenti da supporto per l’accoglimento dell’ipotesi ricostruttiva del fatto ritenuta più convincente dal giudice.

Con riferimento alla seconda, viene in rilievo la circostanza che, se la possibilità di giustificare è un elemento di determinazione della scelta concreta, nel *contesto di decisione* il campo delle alternative è definito dalle ipotesi ricostruttive che abbiano superato la verifica ottenuta dal confronto con i risultati tratti dalle prove acquisite; in sede di logica della scelta, la prova rappresenta il necessario riferimento per l’individuazione dell’ipotesi più attendibile, dovendosi privilegiare quella dotata di un maggiore grado di conferma probatoria rispetto a quella in minor misura o per nulla suffragata dagli esiti istruttori o addirittura smentita dagli stessi.

10. Rinvio bibliografico.

Per un iniziale approccio ai temi della prova e del giudizio e per ulteriori riferimenti, si segnalano, in ordine cronologico e limitatamente alle opere italiane edite in forma di volume: G. U. SABATINI, *Teoria delle prove nel diritto giudiziario penale*, Catanzaro, 1909-1915; N. FRAMARINO DEI MALATESTA, *La logica delle prove in criminale*, Torino, 1912; S. MESSINA, *Il regime delle prove nel nuovo codice di procedura penale*, Milano, 1914; C. LESSONA, *Trattato delle prove in materia civile*, Firenze, 1914-1924; F. CARNELUTTI, *La prova civile, Parte generale (Il concetto giuridico della prova)*, Roma, 1915; E. FLORIAN, *Delle prove penali*, Milano, 1924; G. R. PISTOLESE, *La prova civile per presunzioni e le c.d. massime di esperienza*, Padova, 1935; G. CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione (1937)*, Padova, 1964; C. FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova, 1940; P. SARACENO, *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, Padova, 1940; G. DE STEFANO, *Il notorio nel processo civile*, Milano, 1947; F. BENVENUTI, *L’istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953; V. GIANTURCO, *La prova indiziaria*, Milano, 1958; D. SIRACUSANO, *Studio sulla prova delle esimenti*, Milano, 1959; A. GIULIANI, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, 1961; F. CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963; M. MASSA, *Contributo all’analisi del giudizio penale di primo grado*, Milano, 1964; M. TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970; P. DE LALLA, *Logica delle prove penali. Introduzione - Archeologia - Semantica normativa - Logica inquisitoria*, Napoli, 1973; M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974; M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975; G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, 1979; B. CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991; M. MENNA, *Logica e fenomenologia della prova*, Napoli, 1992; *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di G. Ubertis, Milano, 1992; M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano, 1992; N. MANNARINO, *Le massime d’esperienza nel giudizio penale e il loro controllo in Cassazione*, Padova, 1993; G. UBERTIS, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Torino, 1995; T. MAZZARESE, *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, Torino, 1996; B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, Milano, 1996.

(1) Si ritiene invece che l’introduzione, durante i lavori preparatori della riforma processuale del 1988, della differenziazione tra “mezzi di prova” e “mezzi di ricerca della prova” (poi

trasfusa nella distinzione tra i titoli II, e III del libro III del codice di procedura penale) sia contraria all'esigenza di evitare l'impiego di concetti superflui quando non addirittura oscuri. In proposito, basti rammentare come nello stesso codice di procedura penale la locuzione "mezzi di ricerca della prova" venga utilizzata unicamente nella denominazione del titolo III del libro III e come la *Relazione prog. prel. c.p.p.* (in G.U., 24 ottobre 1988 n. 250, *Suppl. ord.*, n. 2, p. 59, dove vengono riprodotte le argomentazioni contenute nella relazione al precedente progetto preliminare del 1978) sostenga, da un lato, che i mezzi di ricerca della prova concernerebbero le prove precostituite e, dall'altro, che essi non sarebbero "di per sé fonti di convincimento, ma solo rend[erebbero] possibile l'acquisizione di cose materiali, tracce o dichiarazioni dotate di attitudine probatoria". Il documento, però, classica prova precostituita per eccellenza, viene inserito tra i mezzi di prova, mentre non si considera che neppure il mezzo di prova "testimonianza" è di per sé fonte di convincimento, consentendo esclusivamente l'acquisizione di una dichiarazione dotata di attitudine probatoria, gnoseologicamente non dissimile dall'enunciazione ricavabile dal cosiddetto mezzo di ricerca della prova "intercettazione telefonica". Né giustifica l'introduzione di una nuova categoria normativamente ed epistemologicamente irrilevante la constatazione che i mezzi di ricerca della prova si baserebbero sul fattore sorpresa (unica argomentazione di una qualche fondatezza contenuta nella citata relazione a sostegno della proposta distinzione).

(2) *Relazione prog. prel. c.p.p.*, cit., p. 61, dove peraltro (e conviene segnalarlo per evitare equivoci con quanto verrà esposto successivamente) viene impiegata una nozione lata di massima d'esperienza, comprensiva anche delle leggi scientifiche: non vi è dubbio alcuno, infatti, che – volendo salvaguardare "il raccordo tra convincimento del giudice e obbligo di motivare" (*ivi*, p. 61) – pure queste ultime debbano essere indicate in motivazione quando costituiscano "criteri" di valutazione probatoria.

(3) Va, tuttavia, ricordato come un giudizio di "concludenza" (per così dire "provvisoria" rispetto a quella "definitiva", peculiare della decisione terminativa del procedimento penale) si abbia anche riguardo ad ogni provvedimento giudiziale, per il quale occorra valutare l'idoneità e la sufficienza delle risultanze procedimentali ai fini della decisione (si pensi, ad esempio, all'ipotesi di cui all'art. 292 comma 2 lett. c c.p.p., in tema di motivazione dell'ordinanza che dispone misure cautelari).

PROVA E LESSICO PROCESSUALE:
SOSPETTO, INIZIO, PROVA;
TEMA, FONTE, OGGETTO DI PROVA;
AMMISSIONE, ASSUNZIONE

Relatore:

prof. Luigi Paolo COMOGLIO

ordinario di diritto processuale comparato nell'Università di Pavia

SOMMARIO: 1. Introduzione. Linguaggio giuridico e termini tecnici, nella disciplina processuale. – 2. Il sistema delle prove, nel modello accusatorio delineato dal c.p.p. del 1988. – 3. (Segue) Prove, mezzi di prova e accertamento dei fatti. – 4. (Segue) Prove, fonti, elementi di prova, indizi, ed altre variazioni semantiche, nell'assunzione o nell'acquisizione probatoria. – 5. Prova e ricerca della verità, nella revisione inquisitoria del modello accusatorio, dopo il 1992. – 6. Rilievi conclusivi.

1. Introduzione. Linguaggio giuridico e termini tecnici, nella disciplina processuale.

Quando, nelle attività di interpretazione e di applicazione del dato normativo, si pone l'accento sul "senso" fatto "palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse", nonché sull'"intenzione del legislatore" (1), non si compiono operazioni di pura analisi grammaticale e sintattica, che possono ben dirsi comuni a qualsiasi espressione "comunicativa" dei segni o dei simboli grafici appartenenti alla *lingua* e al *linguaggio* corrente (2). Si affrontano, invece, operazioni intellettive di maggiore complessità, le quali tengono conto delle caratteristiche proprie del *linguaggio giuridico*, da ritenersi come tale *specialistico*, *settoriale* e *tecnico*, in quanto riferito al diritto, alle norme ed alle loro fonti di produzione (3).

La constatazione è del tutto ovvia. E non è meno ovvio, anzi è del tutto naturale, che quel *linguaggio giuridico* assuma, a fondamento delle proprie strutture portanti, "parole", "simboli" o "segni" grafici, appartenenti alla lingua comune. Non è così scontato, invece, il dire che l'*uso giuridico* del linguaggio o della lingua corrente comporti, *sempre e necessariamente*, variazioni grammaticali o sintattiche, rispetto all'*uso comune* di quei medesimi "segni". Vero è, semmai, il contrario. Mentre non mutano, apprezzabilmente, le regole morfologiche o sintattiche con cui si organizzano razionalmente le "frasi" del discorso normativo, quel che *varia* – spesso, in modo marcato – è il *lessico giuridico*, ossia l'insieme dei vocaboli, dei sinonimi e delle locuzioni che, in quel *linguaggio tecnico* e *settoriale*, sono utilizzati graficamente in funzione di un loro specifico *significato* (4).

Da tale punto di vista, nell'interpretazione normativa non hanno un rilievo particolare l'analisi grammaticale e l'organizzazione sintattica degli *enunciati* (o, se si preferisce, delle *frasi*), in armonia con le regole del linguaggio corrente. Assume, invece, una grande rilevanza – perlopiù, con un'incidenza decisiva sulla corretta ricostruzione del pensiero e dell'"intenzione" del legislatore – l'analisi delle *proposizioni giuridiche*, in cui i singoli *enunciati* ed i loro eventuali sinonimi, pur tratti dal linguaggio corrente, acquisiscono un loro *significato compiuto*, spesso non coincidente con quello che contraddistingue i medesimi *enunciati* nell'uso comune.

Si tratta, allora, di riservare al *linguaggio giuridico* in genere – e, per quanto qui interessa, al *linguaggio processuale* in particolare – una peculiare analisi, semantica e sintattica (5), delle *proposizioni* con cui, attraverso la frequente combinazione di *termini comuni* e di appositi *termini tecnici*, il legislatore esprime le funzioni precettive o prescrittive delle diverse norme.

Con queste essenziali avvertenze:

1) talvolta, il *lessico giuridico* comprende termini che designano una certa realtà ontologica, non diversamente da come la si rappresenta nel linguaggio comune; tali termini si dicono perciò *fattuali*, poiché l'identificazione del loro *significato compiuto*, nel contesto di determinate *proposizioni*, non presuppone alcuna qualificazione o relazione giuridica, ma rinvia a nozioni naturalistiche di comune esperienza (6);

2) spesso, però, quel *lessico* si serve di termini o di sintagmi (7), il cui precipuo *significato* non può prescindere (anzi, dipende) da giudizi o da valutazioni riferibili a norme giuridiche; si parla, quindi, più correttamente di *termini normativi* (8);

3) sono, dunque, *giuridici* – perché propri dell'*uso giuridico* (o, nel caso nostro, dell'*uso processuale*) – quei *termini*, dell'una o dell'altra categoria, che entrano a far parte di un determinato *linguaggio* (e del relativo *lessico*) *tecnico-giuridico*, concorrendo a identificare nelle diverse norme, al di là dei rischi di possibile *ambiguità* o di intrinseca *vaghezza* (9), il “senso” fatto “palese” dal *significato proprio delle parole*, secondo la loro “connessione” letterale e logica” (10).

2. Il sistema delle prove, nel modello accusatorio delineato dal c.p.p. del 1988.

Tutto ciò premesso, se si intende affrontare il nostro tema da un punto di vista strettamente teorico (o *lessicale*) – come la sua formulazione sembra suggerire – si corre il pericolo di un'indagine puramente *nominalistica* (11), che si attenga alla “superficie” morfologica dei confronti fra termini diversi e loro sinonimi, senza attingere “in profondità” alla *sostanza* ed all'eventuale evoluzione dei loro variabili *significati*.

È proprio il rischio che non vorrei correre, avventurandomi in un'analisi terminologica priva di finalità “propositive”.

Mi preme, piuttosto, tentar di rispondere ad un triplice interrogativo pratico:

A) se, nella disciplina del settore prescelto (vale a dire, nel diritto probatorio del nuovo processo penale), la riscontrabile *varietà* dei *termini tecnico-giuridici* utilizzati sia sempre coerente con i principi ispiratori della riforma “accusatoria”;

B) se, nel *lessico* adottato dal legislatore, i numerosi *termini normativi* nonché i loro sinonimi o le corrispondenti variazioni semantiche, siano muniti – al pari dei pochi *termini fattuali*, che saltuariamente si incontrano – di *significati* sufficientemente univoci, da scongiurare quanto più possibile ogni dannosa *ambiguità*;

C) se, infine, quei loro *significati* possano aver subito modificazioni o rettifiche contenutistiche, dopo il 1992, in seguito alla “rivisitazione” inquisitoria del metodo dialettico e dialogico di formazione della prova, prospettato *ab origine* dal legislatore del 1988.

Poiché quel modello “accusatorio”, in ogni suo pregio o difetto, è propriamente italiano e non è mai stato tributario diretto delle esperienze di *common law*, non essendo per nulla un “ricalco” dei modelli stranieri pur presi ad esempio (ma ben lontani dalle nostre tradizioni), il necessario punto di partenza continua ad essere la legge-delega del 16 febbraio 1987, n. 81. Quest'ultima, infatti, si proponeva di attuare nel processo penale “i caratteri del sistema accusatorio”, non certo desumendoli da “astratte modellistiche”, bensì costruendoli su *principi e criteri* già presenti nel diritto positivo (o comunque adeguandoli ad essi) (12).

Sicché i valori primari della riforma, da prendere qui in considerazione, sono essenzialmente:

- l’attuazione dei *principi costituzionali*;
- l’adeguamento delle strutture giudiziarie alle garanzie del “giusto processo” ed alla tutela dei diritti inviolabili della persona, in forza delle convenzioni internazionali ratificate dall’Italia;
- la massima semplificazione del processo;
- l’adozione del *metodo orale*;
- la partecipazione dell’accusa e della difesa, su basi di parità, in ogni stato e grado del procedimento;
- la facoltà, riconosciuta al p.m, alle altre parti, ai difensori e alla persona offesa, di *indicare elementi di prova* e di presentare memorie in ogni stato e grado del procedimento, con obbligo conseguente per il giudice di provvedere in merito “senza ritardo” e comunque entro termini prestabiliti (13).

Ne derivano, fra gli altri, alcuni corollari sistematici di grande importanza:

a) anzitutto, la marcata distinzione tra la funzione accusatoria del p.m. (che è “parte” in senso tecnico, ma pur conserva l’imparzialità propria di un organo *super partes*, avendo il dovere di svolgere *accertamenti* anche su fatti favorevoli all’indagato) (14) e il potere giurisdizionale di decisione (che, nell’adozione di misure cautelari, nell’incidente probatorio ed in chiusura delle indagini preliminari, spetta esclusivamente al g.i.p., subentrato al g.i. della tradizione inquisitoria);

b) in secondo luogo, la specifica disciplina della materia della *prova*, in cui è garantito al p.m. e alle parti private il c.d. *diritto alla prova* (15), ossia non soltanto il *diritto di chiedere*, ma anche il *diritto di ottenere l’ammissione e l’acquisizione dei mezzi di prova richiesti*, tranne quando ricorrano “casi manifesti” di *estraneità* e di *irrilevanza* (16);

c) inoltre, il carattere *eccezionale* dell’*iniziativa probatoria d’ufficio*, riconosciuta al giudice nei soli casi stabiliti dalla legge (17);

d) infine, la *centralità* del dibattimento e del contraddittorio orale avanti al giudicante, come sede naturale di formazione della *prova* in senso pieno (18), cui funge da unica alternativa anticipatoria – nel corso delle indagini preliminari, destinate all’assicurazione delle sole *fonti di prova*, od anche nell’udienza preliminare (19) – *l’incidente probatorio* dinanzi al g.i.p.

L’*intenzione* del legislatore – resa manifesta dalle Relazioni ai progetti del c.p.p. (20) – è dunque ferma nel consacrare il “legame inscindibile tra *prova* e *dibattimento*”, chiave di volta del modello accusatorio.

Ma si precisa che:

- i *mezzi di prova*, disciplinati negli artt. 194-243 c.p.p. (Libro III, Titolo II: testimonianza, esame delle parti, confronti, riconoscizioni, esperimenti giudiziali, perizia, documenti), sono tutti caratterizzati dall’“attitudine ad offrire al giudice risultanze probatorie direttamente utilizzabili in sede di decisione”, e quindi hanno in quel giudice il loro naturale destinatario;

- i *mezzi di ricerca della prova*, disciplinati negli artt. 244-271 (Libro III, Titolo III: ispezioni, perquisizioni, sequestri, intercettazioni di conversazioni o comunicazioni), non sono di per sé *fonti di convincimento* ma servono quali strumenti per *acquisire* “cose materiali, tracce o dichiarazioni dotate di attitudine probatoria” (21); e quindi hanno come possibili destinatari anche il p.m. e la p.g., nei limiti previsti dal codice.

Se ne desume che quei *mezzi di prova* – suscettibili di *assunzione* e di *acquisizione* dinanzi al giudice investito di una giurisdizione piena sulla regiudicanda (nel dibattimento ed, ancor prima, nell'incidente probatorio) – danno origine a *prove* (dirette o storiche) *in senso proprio* le quali – differenziandosi dalle *prove indirette* (o critiche) (22) – *sono idonee e sufficienti a fondare anche da sé sole il convincimento del giudice* nella pronuncia della decisione. La funzione non direttamente conoscitiva, ma strumentalmente acquisitiva, dei *mezzi di ricerca della prova* garantisce, invece, la possibilità di assicurare al processo sia *prove in senso proprio* (ad es., documenti), sia *elementi di prova reale* ovvero *indizi*, sui quali è consentito al giudice “costruire” *prove indirette* oppure *critiche* per tramite di argomentazioni induttive e probabilistiche (23).

Il legislatore, comunque, è ben consapevole degli “usi linguistici fluttuanti” (ad es., “prova”, “fonte” o “mezzo” di prova), cui è esposto il lessico probatorio. Egli cerca, ad ogni costo, una *razionalizzazione terminologica*, operando in modo consapevole una specie di “degradazione lessicale”, o (se si preferisce) una “graduazione tipologica” dei veicoli probatori, che tendenzialmente contempla:

– anzitutto, la *prova* e il *mezzo di prova* in senso pieno, come appannaggio del dibattimento e della fase anticipatoria ad esso assimilabile (incidente probatorio, *ex artt.* 392-398 c.p.p.);

– indi, la *fonte di prova* l'*elemento di prova* utilizzabile “ai fini della decisione”, la *circostanza* “utile ai fini delle indagini”, quali possibili *oggetti* delle attività di “ricerca” e di “acquisizione” probatoria nella fase delle indagini preliminari o nel corso dell'udienza preliminare dinanzi al g.i.p.;

– infine, gli *atti tipici* del p.m. (consulenze, accertamenti tecnici ripetibili e non, individuazione di persone o di cose, assunzione di informazioni, interrogatorio di persona imputata in un procedimento connesso: artt. 359-363, 377), quali *atti omologhi* dei *mezzi di prova* veri e propri, suscettibili di assunzione nel dibattimento e nell'incidente probatorio.

Lo stesso legislatore, però, tende a negare che siffatta “degradazione” o “graduazione” lessicale abbia conseguenze così drastiche, da sottrarre le fasi predibattimentali ad una disciplina probatoria non meno rigorosa e completa di quella dell'incidente dinanzi al g.i.p. o del dibattimento dinanzi all'organo giudicante. Dando per ammesso che, pure nelle manifestazioni di giurisdizione semi-piena durante le indagini preliminari, il convincimento del giudice debba comunque uniformarsi ai *parametri generali*, fissati per le *prove* in senso proprio dagli artt. 187-271 del Libro III, il legislatore tutt'al più ipotizza che gli *elementi* o le *fonti di prova*, acquisibili al di fuori (e prima) del giudizio dibattimentale, non possano mai dirsi – come tali – *direttamente ed immediatamente utilizzabili* in quel giudizio ai fini della decisione (24).

3. (Segue) *Prove, mezzi di prova e accertamento dei fatti.*

Nel cercare una risposta attendibile ai quesiti “protocollari” che ho inteso enunciare poc'anzi (*retro*, § 2, *sub A-B*), occorre chiedersi se all'intenzione dichiarata dal legislatore abbiano, poi, fatto seguito riscontri normativi coerenti.

C'è motivo di dubitarne.

Le direttive della legge-delega, comunque, mostrano di voler perseguire una fondamentale “logica di sistema”, allorquando (ad es.) menzionano:

– le voci *prova* e *mezzi di prova*, riferite contestualmente a fattispecie tipiche (testimonianze, esami, confronti, ricognizioni, esperimenti, perizie), in rapporto all'incidente probatorio, al dibattimento e alle decisioni sul merito delle imputazioni (25);

– le singole *prove tipiche* del giudizio (esame delle parti, dei testi e dei periti; perizia e ricerca peritale; testimonianza) (26);

– l'*acquisizione*, l'*ammissione* e l'*assunzione* di tali *prove* (27);

- le valutazioni preliminari del giudice sull'*ammissibilità*, sulla *rilevanza* e sulla *pertinenza* delle medesime (con i rispettivi *contrari*: inammissibilità, irrilevanza, estraneità, e così via) (28);
- l'*accertamento* dibattimentale e decisorio dei *fatti* oggetto di prova (29);
- l'*utilizzazione probatoria* “agli effetti del giudizio”, “nel giudizio” o “ai fini decisorii” (30);
- i sintagmi *fonte di prova*, *elemento di prova*, *elemento acquisito*, *elemento utile ai fini della decisione*, *elemento utile alla ricostruzione del fatto*, riferiti con precisione alle attività del p.m. e della p.g. nel corso delle indagini preliminari, od anche alle attività istruttorie ammissibili nell'udienza preliminare (31);
- l'*assunzione* di alcuni *atti omologhi*, del p.m. o della p.g., ripetibili e differibili (oppure irripetibili o non differibili), sotto forma di *interrogatorio* e di *informazione* (perlopiù *sommaria*) (32).

In tale tessuto tendenzialmente omogeneo, si colgono tuttavia isolate (ma non per questo meno significative) smagliature. I sintagmi *elemento di prova* ed *elemento acquisito* non sono affatto un'esclusiva della disciplina probatoria nelle indagini preliminari e nel corso dell'udienza dinanzi al g.i.p. ma vengono anche ricollegati ai fondamenti della *decisione* del giudice dibattimentale (sia essa di condanna o di assoluzione) e, in ogni caso, ai fondamenti delle pronunzie del g.i.p. nell'esercizio delle manifestazioni di giurisdizione “semipiena”, consentite durante le indagini preliminari (33). La voce *accertamento* non è soltanto propria dell'istruzione dibattimentale, ma si applica pure al potere-dovere del p.m. di “compiere indagini in funzione dell'esercizio dell'azione penale” e, quindi, al suo potere-dovere di “accertare fatti specifici” (ivi compresi “gli elementi favorevoli all'imputato”) (34). La voce *interrogatorio*, come “strumento di difesa” del fermato e dell'arrestato, o comunque del soggetto sottoposto ad una misura di custodia cautelare, è pure riferibile non soltanto all'indagato, ma anche all'imputato come tale (attesa la fluttuante distinzione fra l'imputato vero e proprio e la persona sottoposta ad indagini preliminari) (35). Infine, il termine *testimonianza*, tipico del *mezzo di prova* dibattimentale, talvolta viene usato anche come riferimento alle “dichiarazioni” rese dall'indagato o da una persona “informata dei fatti” nel corso delle indagini preliminari (36).

Un posto a sé meritano invece, in quel medesimo quadro, tre altre espressioni. La prima – di grande importanza sistematica, come vedremo più avanti – è il sintagma *ricerca della verità*, che compare nella delimitazione dei poteri d'ufficio del giudice dibattimentale, aventi per oggetto la potestà di “indicare alle parti temi nuovi o incompleti” *utili a tale ricerca* (37). La seconda (*indizio*) e la terza (*sospetto*) non hanno direttamente a che vedere con la disciplina della prova, né quindi vanno ad integrare altre nozioni, che sono tecnicamente ben più precise nel linguaggio del codice (38), ma attengono, da un lato, all'*indiziato* e quindi all'*indizio di reità* o di *colpevolezza*, sul quale deve fondarsi l'adozione di una misura cautelare personale (39), e, dall'altro, ai presupposti tecnici della *rimessione del giudizio* (40).

Vale, ora, la pena di tentare – sia pure a grandi linee, e con sommarie esemplificazioni – un'analisi più circostanziata del lessico probatorio adottato dal c.p.p. Ma, beninteso, senza alcuna ambizione di completezza, onde non appesantire il discorso con esercizi puramente verbali.

Lo spunto iniziale più curioso, e indubbiamente più ricco di implicazioni sistematiche, viene fornito dal menzionato sintagma *ricerca della verità* (cui corrisponde, in alternativa, l'espressione *accertamento della verità*), chiavi di volta dei modelli prevalentemente inquisitori, a giustificazione dei poteri di indagine spettanti anche d'ufficio al giudice (41) Mentre, come si è visto poc'anzi, la legge-delega non rinuncia in assoluto a far uso di quel sintagma, nell'ambito dei poteri suppletivi del giudice dibattimentale (42), il legislatore delegato si mostra ben più cauto e, nella versione definitiva del codice, cede al timore di qualsiasi concessione surrettizia ai canoni del vecchio rito, espungendo con cura ogni traccia residua di quel medesimo sintagma (43). L'idea che le norme sull'*oggetto della prova* (44) siano giustificate dall'esigenza di cancellare del tutto la deprecata *iperbole* del previgente art. 299 (45) conduce, quindi, a due significative movenze testuali:

– da un lato, nell'art. 506, c. omma 1°, scompare ogni accenno ai “temi nuovi od incompleti *utili alla ricerca della verità*”, ma il potere integrativo del giudice dibattimentale (46), in ordine all'esame dei testimoni e delle parti private, viene opportunamente correlato, con una formula diversa (e meno impegnativa), all'indicazione di “temi di prova nuovi e più ampi, *utili per la completezza dell'esame*” stesso;

– dall'altro, nell'art. 189, il giudice può ammettere ed assumere una prova non disciplinata dalla legge (ossia una *prova atipica*) “se essa risulta idonea ad assicurare l'*accertamento dei fatti*”, ma non più, come invece si diceva nella norma corrispondente del progetto preliminare, “se essa risulta idonea ad assicurare l'*accertamento della verità*” (47).

Ma che significa, in particolare, *accertamento*? Nel processo penale, di solito, *si accertano i fatti* oggetto di prova (48), le *circostanze di fatto* (utili ai fini delle indagini) (49), le *tracce* o gli *effetti materiali* del reato (50), e così via. Ovviamente, in senso più ampio, *si accerta* pure il *reato* o il *delitto* in quanto tale (51), e *si accertano* altre *circostanze*, soggettive o processuali, comunque rilevanti per l'esito del giudizio (52). Invece, la voce *accertamenti* designa perlopiù una pluralità concatenata di atti di accertamento e di indagine, di competenza della p.g. o del p.m. (53), ma talvolta si riferisce anche ad un complesso di indagini istruttorie, direttamente disposte dal giudice, o dall'autorità giudiziaria in genere (54).

E che significato ha, poi, la voce *prova*? La risposta, in relazione agli artt. 187-193, dipende in gran parte dal significato che si voglia attribuire alla voce *mezzo di prova* (artt. 194-243), quale sintagma ben differenziato da quello che designa, a sua volta, i *mezzi di ricerca della prova* (artt. 244-271). Sappiamo che, nella riconosciuta polisemia del termine, la nozione di *prova* come *dimostrazione di un fatto* esprime plasticamente la sua funzione specifica, ovvero la sua strumentale idoneità ad accertare la verità dei fatti rilevanti per la decisione, mentre la nozione di *prova* come *giustificazione* vale a sottolinearne la capacità di offrire al giudice i criteri di scelta razionale fra le diverse asserzioni fattuali, enunciate dalle parti, onde stabilire quale di esse (a differenza delle altre), nel contesto della pronuncia finale, possa dirsi vera (55).

Ma, se *prova* è, in accezione generale, ciò che serve a “confermare” (o, per converso, a “falsificare”) ciascuna di tali asserzioni, ne consegue che, con maggior specificità, è *mezzo di prova* tutto ciò che serve a provare la verità o la falsità di un'affermazione sui fatti, vale a dire qualsiasi *elemento* idoneo a procurare la *conoscenza* di quei fatti; mentre è *prova*, in senso stretto, il *risultato* che scaturisce dall'*assunzione* o dall'*acquisizione*, nonché dalla *valutazione*, dei singoli *mezzi di prova* nel processo. Insomma, è lecito intendere per *prova*, come *risultato*, la *dimostrazione ormai raggiunta* – o, se si preferisce, l'avvenuto *accertamento* – di quel fatto controverso e incerto, che costituiva l'oggetto del *thema probandum* ed il fine specifico dei *mezzi di prova* all'uopo richiesti, ammessi, assunti od acquisiti (56).

Nell'ambito degli usi lessicali più precisi, che attengono alla *prova* come tale (57) o al *mezzo di prova* (58), la nozione di *prova* come *strumento* o come *mezzo di conoscenza del fatto* sembra numericamente prevalere su quella ontologica di *prova* come *risultato probatorio* (o come *dato conoscitivo*) utilizzabile nella decisione. Peraltro, quando tende ad emergere quest'ultima nozione – come, ad es., accade con le attività di *valutazione* decisoria o con la disciplina dei poteri integrativi del giudice nel dibattimento (59) – il linguaggio del codice si fa più esplicito, menzionando in modo univoco i *risultati acquisiti* o i *risultati delle prove assunte*, oppure parlando di *prova raggiunta*.

4. (Segue) Prove, fonti, elementi di prova, indizi, ed altre variazioni semantiche, nell'assunzione o nell'acquisizione probatoria.

Si tratta, però, di vedere se quegli usi terminologici confermino – ed, in caso positivo, sino a qual punto – il fondamentale rapporto di “corrispondenza” fra la *prova* in senso pieno (o il *mezzo di prova* in senso proprio) e il dibattimento orale, struttura portante del modello accusatorio.

Ora, è fuori dubbio che il termine *prova* sia riferito, in misura preponderante, alle *attività istruttorie* di acquisizione o di assunzione, ed a quelle conseguentemente *decisorie*, del giudice come tale (60). Il riferimento si fa ancor più netto, quando il destinatario della prova e delle attività ad essa correlate sia il *giudice del dibattimento orale* (61). Tale riferimento è, poi, analogamente caratterizzato, quando le *prove* siano quelle che, nell'udienza preliminare, le parti sono legittimate a chiedere al g.i.p. (e quest'ultimo può ammettere), a carico o a discarico, se sia “manifesta” oppure “evidente” la loro “decisività” “ai fini dell'accoglimento della richiesta di rinvio a giudizio”, o “ai fini della pronuncia della sentenza di non luogo a procedere”, prevista dall'art. 425 (62).

Tuttavia, non mancano situazioni in cui lo stesso termine *prova* sia menzionato, in accezione tecnica, al fine di individuare l'oggetto delle attività investigative svolte dal p.m. nel corso delle indagini preliminari (63). Né mancano situazioni in cui quel termine *prova*, pur riferito ai *risultati probatori* delle indagini preliminari svolte dalla p.g. e dal p.m., venga a designare gli elementi decisori, utilizzabili a giustificazione della scelta di un procedimento alternativo, dinanzi al giudice (64).

Che la correlazione fra *prova* e *giudizio* non sia dunque così coerente per quanto appaia tendenzialmente seguita dal legislatore, è suffragato da ulteriori rilievi. Il sintagma *fonti di prova*, non diversamente dalle indicazioni della legge-delega (65), si riferisce perlopiù agli *atti investigativi* (di “ricerca”, di “individuazione” e di “assicurazione”) compiuti, nel corso delle indagini preliminari, dalla p.g. (66) e dal p.m. (67). Ma esso viene anche ricondotto ad *atti giurisdizionali tipici* del g.i.p. in chiusura di tali indagini, allorquando questi disponga il rinvio a giudizio (con decreto recante, fra l'altro, “l'indicazione sommaria delle *fonti di prova* e dei fatti cui esse si riferiscono”) oppure revochi una sentenza di non luogo a procedere, per la sopravvenienza o per la scoperta di *nuove fonti di prova* che, da sole o unitamente a quelle già acquisite, possono determinare il rinvio a giudizio” (68). Del resto, le *fonti di prova*, assieme agli *elementi di prova esistenti*, sono oggetto di comunicazione all'indagato, all'arrestato o al fermato, se non ne derivi pregiudizio per le indagini, nel contesto di un *atto tipico* dell'“autorità giudiziaria”, qual è l'“interrogatorio nel merito” (69).

Non basta. Il sintagma *elementi di prova* – che a volte accoglie, come possibile variante, il termine *risultati* – non si attaglia soltanto, in linea di massima, alla fase delle indagini preliminari (70), ma designa anche il materiale probatorio da sottoporsi alla cognizione del g.i.p. nel corso dell'udienza preliminare (71) e non è affatto estraneo alla disciplina delle prove assunte ed acquisite nel dibattimento (72) ovvero alle prove utilizzabili in determinati modelli di giudizio (73) e di procedimento speciale (74). Non diversamente, l'espressione *informazioni* (spesso qualificata dall'aggettivo *sommario*) – che pur rappresenta uno dei veicoli primari di conoscenza per la p.g. e per il p.m. durante le indagini preliminari (75) – designa altresì *lato sensu* gli accertamenti probatori, consentiti nell'udienza preliminare davanti al g.i.p. (76), nonché gli accertamenti istruttori ammissibili in fasi specifiche del giudizio e nei procedimenti camerali (77).

Non sono di soverchio aiuto, per la coerente chiarezza del lessico, i termini *acquisizione* e *assunzione*. Il primo dovrebbe, correttamente, indicare l'apprensione materiale, o l'assicurazione al processo, delle prove *precostituite* di natura reale o documentale, formatesi *extra iudicium* (e addirittura anche in un diverso procedimento) o comunque provenienti *aliunde*, e quindi *prodotte* in giudizio (78). Il secondo, invece, dovrebbe riguardare la *formazione endoprocedurale* delle prove *costituende* (testimonianza, esame delle parti, confronti, ricognizioni, esperimenti giudiziali, perizia), che vanno *richieste ed ammesse*, nel contraddittorio orale dinanzi al giudice dell'incidente probatorio o dinanzi al giudice del dibattimento (79). Tuttavia, il codice parla talvolta anche di *acquisizione*, riferendosi in modo globale a *prove* (precostituite o costituende) *già acquisite ed assunte* in giudizio (80), ma con ciò intendendo, sia pur impropriamente, riferirsi all'*acquisizione* ed all'utilizzabilità decisoria dei rispettivi *risultati*: tant'è che, in quei casi, *acquisizione* ed *assunzione* possono addirittura coesistere (con quali giustificazioni, non si sa!) nel medesimo contesto normativo (81). Ma si parla, infine, di *acquisizione* anche in rapporto a *dichiarazioni* rese dai testimoni (al soggetto che le "acquisisce") (82), o in rapporto a *dichiarazioni* rese prima del dibattimento dai soggetti informati e dalle persone sottoposte ad indagine (nel qual caso, però, ciò che viene propriamente *acquisito*, ai fini decisori, è il contenuto dei documenti in cui quelle dichiarazioni siano state verbalizzate) (83).

Né tantomeno contribuisce alla coerenza del linguaggio la nuova categoria dell'*inutilizzabilità*, applicata dall'art. 191 – come sanzione rilevabile ed invocabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento – alle *prove illegittimamente acquisite* (84). Il fenomeno, infatti, si manifesta in tre principali forme:

a) talvolta, l'esistenza di quella sanzione si desume, *a contrario*, da previsioni di *limitata utilizzabilità* di determinati atti od elementi di prova già acquisiti (85);

b) altre volte, si configurano specifici *divieti di acquisizione* e di conseguente *utilizzazione* (86), i quali operano come vere e proprie "regole di esclusione" *ex post* di quanto già acquisito al processo in violazione di quei divieti (87);

c) in ulteriori fattispecie, sussistono addirittura *divieti preventivi di assunzione o di acquisizione*, i quali si riverberano *ex ante* sulla stessa ammissibilità delle prove (88).

L'esemplificazione si chiude con la voce *indizi* (cui, salvo errore, non fa da riscontro speculare, in alcuna parte del codice, la voce "sospetto"). Esso – nell'accezione tradizionale, che lo riferisce alla commissione del reato, al fatto-reato, al delitto od alla colpevolezza – integra ontologicamente l'elemento probatorio minimo, sul quale, a seguito di una cognizione puramente sommaria, si fondano i provvedimenti cautelari di natura interinale e provvisoria (89). A livello tecnico-probatorio, invece, *l'indizio* dovrebbe identificare il *fatto noto e certo*, dal quale – per mezzo di presunzioni – sia consentito risalire induttivamente alla conoscenza di un *fatto ignorato* (90). Senonché – con uno stravolgimento alquanto singolare di prospettive – l'art. 192, comma 2°, riferisce agli *indizi* le qualificazioni di "gravità", di "precisione" e di "concordanza" che il sistema civilistico riferisce per contro, assai più correttamente, alle *presunzioni* in sé, ossia alle operazioni logiche dell'*inferenza induttiva* che permette di *risalire dal fatto noto a quello ignorato* (91). L'art. 192, apparentemente, dimostra di confondere il c.d. *dato indiziante* di partenza – cioè, il *fatto noto* o, nel linguaggio giuridico tedesco, la c.d. *Vermutungsbasis*, che sono oggettivamente neutri (ed, in quanto *certi*, non tollerano altre aggettivazioni qualificative) – con la stessa operazione del *presumere*, nei confronti della quale ha unicamente senso imporre i requisiti di "gravità", di "precisione" e di "concordanza". Gli *indizi*, insomma, nel lessico probatorio del c.p.p., finiscono con il sovrapporsi alle *presunzioni*, diventandone dei meri sinonimi, in linea con le tradizioni linguistiche dell'uso corrente, che spesso racchiudono in una sola espressione definitoria (con intenti svalutativi) il rango, comunemente ritenuto inferiore, delle c.d. *prove indiziarie* (92).

5. Prova e ricerca della verità, nella revisione inquisitoria del modello accusatorio, dopo il 1992.

Alla luce di questa, sia pur superficiale, verifica terminologica, è ora agevole rispondere ai tre quesiti “protocollari”, enunciati *supra* nel § 2 (*sub A-B-C*).

La risposta, evidentemente, è negativa per i primi due, mentre è ancora in sospeso per il terzo. In altre parole, mentre pare dimostrato che il lessico prescelto dal legislatore del 1988 non sia sempre coerente con la logica “pura” del modello accusatorio e non risulti così univoco, da evitare in più occasioni rischiose ambiguità di significato, rimane ancora da chiedersi se i ritocchi normativi del 1992 e i reiterati interventi della Corte Costituzionale, nel medesimo arco di tempo, abbiano potuto modificare o rettificare il contenuto di quei significati “a rischio”.

A quest’ultimo quesito occorre rispondere in senso parzialmente affermativo. Più che di intervenute modifiche o di vere rettifiche, si tratta semmai di conferme o di rafforzamenti di alcuni significati da reputarsi già impliciti nella stessa logica positiva del modello “accusatorio” che il legislatore del 1988 volle dichiaratamente adottare (ad immagine e somiglianza, invero assai approssimativa, dell’*adversary system* di *common law*).

Sono purtroppo noti gli eventi storici che, nel 1992, provocarono la crisi del nuovo rito, denunziandone la piena inadeguatezza nei confronti della repressione dei più efferati delitti ascrivibili alla criminalità organizzata (ed, in particolare, a quella mafiosa o camorristica) (93). E si deve, anzitutto, alla Corte Costituzionale – poi, seguita “a ruota” dal legislatore con il d.l. 8 giugno 1992, n. 306 (94) – il merito indubbio di aver liberato quel nuovo modello da pericolosi equivoci, pur assestandogli notevoli “colpi” demolitori, nell’ottica di un recupero di talune sue componenti “inquisitorie”.

L’“inversione di marcia”, se così può dirsi, prende le mosse dalla *testimonianza indiretta* degli ufficiali e degli agenti di p.g. (cui l’art. 195, comma 4°, come s’è già visto, inibiva di “deporre sul contenuto delle dichiarazioni acquisite da testimoni”) (95). La norma è del tutto irragionevole – secondo la Corte – poichè:

– da un lato, discrimina eccezionalmente gli appartenenti alla p.g., in palese contrasto con le regole generali, considerandoli all’uopo incapaci di testimoniare (e, quindi, meno affidabili di un teste comune), nonché persino inidonei a rendere una deposizione *indiretta* che, se resa da chiunque altro, sarebbe pienamente utilizzabile in caso di morte, di infermità o di irreperibilità del teste-fonte (96);

– dall’altro, rinuncia *a priori* ad un apporto di conoscenze, assicurato alla p.g. nel corso delle indagini preliminari e nell’immediatezza degli accadimenti storici, il cui significato probatorio potrebbe quasi sempre rivelarsi “fondamentale per l’accertamento” dei fatti rilevanti ai fini del giudizio.

Le notazioni più sintomatiche sono due. Sul piano lessicale, si confermano le critiche alla norma ed alla direttiva 31 della legge-delega, ove il “testimone”-fonte, di cui la p.g. abbia “acquisito” le dichiarazioni, non va inteso in senso restrittivo e tecnico-formale (art. 194), ma assume un significato generico e atecnico, quale persona in grado di “riferire circostanze utili” (art. 362). Il che, in termini di *qualità* della prova (o, meglio, della fonte di prova predibattimentale) così “recuperata” a pieno titolo per il giudizio, accentua la portata “dirompente” della pronuncia di incostituzionalità. Sul piano sistematico, poi, la *testimonianza indiretta* della p.g. non smentisce affatto il *metodo orale* nella formazione della prova in dibattimento – principio informatore del codice – poichè essa va comunque *assunta* nel contraddittorio del giudizio dibattimentale, senza sottrarsi alle regole dell’esame e del controesame, stabilite dagli artt. 498-500.

Vi è, poi, la vicenda che ha coinvolto in correlate dichiarazioni di illegittimità – dinanzi alla Corte – sia l’art. 500, comma 3° (nel testo d’origine), sia gli artt. 513 e 519, 2° comma (97). La prima norma (98) è stata sacrificata, sull’altare dell’art. 3 Cost., a tal punto da scompaginare, letteralmente, il sistema del c.d. “doppio fascicolo” (del p.m. e del giudice dibattimentale), sancito dagli artt. 431 e 433, quale chiave di volta della differenziazione “accusatoria” fra le conoscenze delle parti e quelle del giudice (99). Nel rendere acquisibili al fascicolo per il dibattimento (art. 431), e quindi pienamente rilevanti come *prova* in tale sede per l’accertamento dei fatti, ove già utilizzate per le “contestazioni” ai sensi del 1° comma dell’art. 500, le dichiarazioni rese dal teste al p.m. durante le indagini preliminari, la Corte enuncia alcune incisive proposizioni:

– l’oralità e l’immediatezza del dibattimento sono bensì criteri-guida, ma non sono regole assolute;

– il metodo orale non costituisce, di per sé, il “veicolo esclusivo di formazione della prova nel dibattimento”, poiché “fine primario e ineludibile del processo penale non può che rimanere quello della *ricerca della verità*” (100);

– sebbene il modello accusatorio prescelga “la dialettica del contraddittorio dibattimentale” quale “criterio maggiormente rispondente” a quel “fine primario”, esiste nel codice anche un *principio di non dispersione dei mezzi di prova*, il quale impone il pieno recupero, per il dibattimento (e per il relativo fascicolo), di atti compiuti o di prove acquisite nella fase predibattimentale, che sarebbero comunque insuscettibili di una compiuta “surroga” ad opera di *prove costituite* nel contraddittorio orale (101);

– sarebbe, quindi, un’“irragionevole preclusione alla ricerca della verità”, quanto più si fa pressante “l’esigenza della difesa della società dal delitto”, impedire che le *dichiarazioni comunque rese* dal testimone al p.m. nelle indagini preliminari (o addirittura al g.i.p. nell’udienza preliminare), una volta introdotte nel dibattimento attraverso il “veicolo delle contestazioni”, possano essere “compiutamente utilizzate” dal giudice per l’accertamento dei fatti, soprattutto quando questi abbia motivo di ritenerle “così pienamente veritiere da dover disattendere la difforme deposizione resa in dibattimento” (102).

Le stesse considerazioni valgono, ad ogni effetto, anche per l’art. 513, 2° comma, poiché, alla luce dei principi analizzati, è “irragionevole” ammettere, da un lato, la lettura in dibattimento delle dichiarazioni rese dall’imputato al p.m. o al g.i.p. nelle fasi predibattimentali, ove costui sia contumace o assente oppure rifiuti di sottoporsi ad esame, ed escludere, dall’altro, un’analogha lettura delle dichiarazioni rese anteriormente da persone imputate di reati connessi (art. 210), quando queste si avvalgano della facoltà di non rispondere (103).

L’illegittimità dell’art. 519, comma 2°, fornisce inoltre le premesse per l’ulteriore transito alle rilevanti questioni, insorte a proposito dell’art. 507. Ma – è bene ricordarlo – le conclusioni cui perviene la Corte non sono sostanzialmente “eversive”, mirando invece a rafforzare gli aspetti “dispositivi” del modello accusatorio e il diritto alla prova delle parti. È incongruo – si sottolinea – disciplinare l’ipotesi delle nuove contestazioni in dibattimento, consentendo all’imputato (e, per di più, nemmeno riconoscendo alle altre parti private o al p.m.) la *sola possibilità* di “chiedere l’ammissione di *nuove prove* a norma dell’art. 507”, senza salvaguardare anche in tale ipotesi, sui nuovi elementi emersi nel corso dell’istruzione dibattimentale (art. 516), l’ulteriore esercizio, pieno e paritario, del diritto alla prova, sancito dagli artt. 190 e 493.

Infatti, sono palesi i limiti previsti dall’art. 507:

- l’*ammissione* e l’*assunzione* di *nuove prove* non corrispondono ad alcun *diritto* delle parti di richiederle (e di ottenerle) (104), poiché soggiacciono al potere discrezionale del giudice del dibattimento, il cui esercizio può bensì essere da loro sollecitato, ma rimane in ogni caso una sua prerogativa d’ufficio;
- l’integrazione istruttoria è consentita, soltanto *dopo* che sia terminata “l’acquisizione delle prove” richieste ed ottenute dalle parti nel dibattimento;

– i *nuovi mezzi di prova* possono essere disposti solo se risultino *assolutamente necessari* (105).

Su questi limiti, nonché sui loro riflessi sistematici, finiscono con il convergere le opinioni della Corte di Cassazione e quelle della Corte Costituzionale (106), disilludendo chi aveva vagheggiato un ideale modello accusatorio, assai distante dalla realtà normativa.

Nella giurisprudenza di legittimità, il quadro concettuale dell'art. 507 è ormai chiaro:

– il potere d'ufficio del giudice è una manifestazione, sia pur eccezionale, del principio inquisitorio, in armonia con i criteri-guida del nuovo sistema (107) e con il fine irrinunciabile della *ricerca della verità* (108);

– quel potere non può quindi essere, oggettivamente, limitato alle sole *prove sopravvenute o scoperte*, ma ricomprende *qualsiasi prova non ancora assunta od acquisita* (109);

– quel medesimo potere, di natura suppletoria, presuppone comunque l'inerzia, anche totale, delle parti (110) e non può nemmeno essere, soggettivamente, limitato o impedito dalle eventuali *decadenze o preclusioni*, che siano nel frattempo maturate in danno delle stesse parti ed abbiano provocato la perdita del loro diritto alla prova (111).

Rincarare la dose, con argomenti addirittura sofisticati, la Corte Costituzionale (112), traendo dall'art. 507 lo spunto per consacrare in modo definitivo alcune drastiche conclusioni sulla realtà positiva del modello accusatorio:

1) non esiste un vero e proprio *monopolio dispositivo* delle parti sulla *prova*, giacché sarebbe incompatibile con il principio di legalità e con l'obbligatorietà dell'azione penale (artt. 25, 101 e 112 Cost.) “concepire come disponibile”, anche dal solo punto di vista probatorio, “la tutela giurisdizionale assicurata dal processo penale”; tant'è che neppure nei riti speciali l'eventuale accordo di parte giunge mai a vincolare nel merito la decisione del giudice;

2) il fine fondamentale di quel processo rimane, dunque, la *ricerca della verità*, quale esigenza di “accertamento del fatto storico necessario per pervenire ad una giusta decisione”;

3) suo corollario inevitabile è il *principio di non dispersione degli elementi di prova* che siano già stati validamente acquisiti, in situazioni di sostanziale irripetibilità, durante le fasi predibattimentali (o che vengano acquisiti, a maggior ragione, in taluno dei riti speciali);

4) il “metodo dialogico di formazione della prova” nel dibattimento orale va inteso come un'opzione tecnica di maggiore idoneità al *pieno accertamento* dei fatti controversi, ma non può intendersi come “strumento per far programmaticamente prevalere” sulla *verità reale* (o storica) una *verità formale*, risultante dal mero “confronto dialettico fra le parti”;

5) d'altronde, il rigoroso regime delle *decadenze* e delle *preclusioni*, che contraddistingue l'esercizio del diritto alla prova delle parti, è una garanzia fondamentale di lealtà e di eguaglianza del contraddittorio, ma non può trasformarsi in un ostacolo per i poteri di accertamento d'ufficio, spettanti al giudice nei casi contemplati dalla legge.

L'evoluzione del sistema viene, infine, suggellata dal legislatore del 1992, il quale – come è noto – dà ampio spazio al *principio di non dispersione*, preoccupandosi di favorire, per l'accertamento dei fatti nel dibattimento orale, la *piena utilizzabilità* di atti irripetibili o di *elementi di prova* comunque acquisiti al di fuori del giudizio, nel corso delle fasi anteriori o addirittura in altra sede giurisdizionale, senza attribuire una particolare incidenza alla volontà o all'eventuale accordo di parte. Il ruolo inquisitorio del giudice, in definitiva, riceve un supporto ulteriore, negli spazi delineati dalla legge processuale (113).

6. *Rilievi conclusivi.*

Come si diceva poc'anzi (114), l'ultimo quesito “protocollare”, enunciato a suo tempo (115), riceve dall'evoluzione in esame una risposta sostanzialmente affermativa.

Non fu coerente, né univoco, *ab initio* il lessico processuale in materia di prova, allorché si coniarono nel 1988 accurate differenziazioni di termini o di sintagmi, al fine di separare dal regime dibattimentale della *prova* in senso proprio e pieno una specie di “limbo”, non facilmente definibile, di *fonti* o di *elementi probatori*, che *prove* ancora non fossero (o, addirittura, che *prove* non fossero mai capaci di divenire, ai fini decisori). A maggior ragione oggi, dopo la “rivisitazione” inquisitoria del modello, operata a più mani dalla giurisprudenza e dal legislatore, resta confermata – sul piano della *qualità* degli effetti processuali, senza nulla togliere all’omogeneità (peraltro, indubitabile) degli intenti teorici – la conclusiva inconsistenza di un “distinguo” operante, in via tendenziale, a livello puramente dogmatico (116).

Se, come si era premesso, per *prova* in senso tecnico occorre intendere qualsiasi *dato dimostrativo* e *conoscitivo* di fatti incerti, che sia idoneo a fondare, *anche da sé solo*, il convincimento del giudice nel momento della decisione (117), il rafforzato *principio di non dispersione* ed i ritocchi apportati al meccanismo delle *contestazioni* o ai *limili di lettura degli atti* nel dibattito concorrono a ribadire alcuni punti-cardine:

1) le *prove* formatesi (od acquisite) dinanzi al g.i.p. nell’incidente probatorio e nel dibattito orale dinanzi al giudice del merito sono, in senso relativo (e non già in senso assoluto), le sole utilizzabili nella deliberazione della decisione (art. 526);

2) le *fonti* e gli *elementi di prova*, o comunque i *risultati* probatori, che siano acquisiti in seguito ad attività di indagine svolte nel corso delle fasi preliminari (o addirittura in seguito ad attività istruttorie di altri procedimenti), non sono mai privi, come tali, dell’idoneità ad essere “legittimamente acquisiti” nel dibattito (*ex art. 526*), quando siano connotati da specifici requisiti di *irripetibilità* o siano comunque introdotti nel giudizio orale attraverso il veicolo delle *contestazioni* ammissibili nell’esame di parti e di testi;

3) loro sostanziale assimilabilità alle *prove* in senso proprio e pieno (*supra sub 1*) viene consacrata, inoltre, dalla loro compiuta utilizzabilità decisoria, quali *prove* sufficienti *ex se* a fondare il libero convincimento del giudice, sia nelle sentenze di non luogo a procedere, pronunziate dal g.i.p. in chiusura dell’udienza preliminare (118), sia nei provvedimenti che definiscono i riti procedurali alternativi (ove, tutt’al più, la volontà di parte incide abdicativamente sul metodo di formazione della prova, ma non rende giammai *disponibili* in senso proprio i risultati di quest’ultima) (119).

L’intrinseca relatività di quel lessico, in definitiva, non permette più di avallare alcuna artificiosa graduazione fra *prove*, per così dire, “di serie A” e *prove* “di serie B”. Le variazioni semantiche e le sfumature terminologiche – pur apprezzabili nell’ottica del sistema – non riescono ormai più a dissimulare la tendenziale convergenza dei concetti-base, nell’unitarietà dei fini perseguiti.

(1) Cfr. il principio generale sancito dall’art. 12, comma 1°, delle disp. prelim. al c.c..

(2) Mentre per *lingua* s’intende un sistema comunicativo di segni o di simboli espressivi, propri di un determinato idioma nazionale, per *linguaggio* s’intendono perlopiù tutti i fenomeni linguistici, propri di un determinato idioma (socialmente e storicamente qualificato), attraverso i quali si realizza la facoltà umana del “comunicare” agli altri le volizioni o le conoscenze individuali, rendendone oggettivamente ostensibile (e percepibile dagli altrui sensi) il contenuto soggettivo. Il *linguaggio*, in sostanza, identifica le diverse formule organizzatorie della parola o del “segno” linguistico e grafico in genere, le quali – attraverso la creazione di “unità significative” (= proposizioni o frasi), ordinate in modo particolare (secondo regole precostituite di *grammatica* e di *sintassi*) – sono, a loro volta, analizzabili o scomponibili, in virtù delle stesse regole, da chi intenda ricostruirne il contenuto *effettivo*, al di là del dato morfologico esterno. Cfr., sui diversi concetti, ad es., le voci *Lingua* e *Linguaggio*, in *Dizionario enciclopedico italiano*, vol. VII, Treccani, Roma, 1970, pp. 33-35. A proposito della *lingua* degli atti processuali, cfr. ad es. l’art. 109 c.p.p..

(3) Cfr., in argomento, per tutti, A. BELVEDERE, *Linguaggio giuridico*, in *Digesto*, IV Edizione, *Disc. priv., sez. civ.*, vol. XI, Torino, 1994, pp. 21-31, sp. pp. 21-24; Id., *Il linguaggio del codice civile: alcune osservazioni*, in *Trattato di dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, vol. 21, Torino, 1987, pp. 5-44 sp. pp. 5-7. 19 ss..

(4) Il *lessico*, quindi, prende in esame le parole e i termini non soltanto sotto il profilo della loro rappresentazione grafica o fonologica (c.d. *significante*), ma pure nell'ottica del loro *uso specifico* (c.d. *significato*). Sul punto, ancora BELVEDERE, *Linguaggio giuridico*, cit., p. 22 (ed ivi riferimenti ulteriori).

(5) Mentre la *semantica* è scienza del linguaggio che studia il rapporto variabile fra i termini e i loro significati (spesso abbinati ad usi metaforici o traslati degli stessi termini), la *sintassi* si occupa delle formule organizzatorie, o delle regole combinatorie, applicabili agli enunciati ed alle proposizioni di un determinato tipo di linguaggio.

(6) Si pensi, ad es., al termine *morte* ovvero ai sintagmi *identità personale e identità fisica* (cfr., per l'imputato, gli artt. 66, 68 e 69 c.p.p.), nonché ai termini *assenza e impedimento*, nel confronto con il termine *contumacia* (artt. 486-488 c.p.p.).

(7) Cfr. ad es., da un lato, il termine *giudicato* (Libro X, Titolo I, artt. 648-654 c.p.p.); dall'altro, i sintagmi *misura cautelare* (Libro IV, artt. 272-325 c.p.p.) e *incidente probatorio* (artt. 392-404 c.p.p.). Si noti che per *sintagma* s'intende, di solito, un sostantivo accompagnato da un aggettivo di qualificazione, o da un sostantivo di apposizione, o comunque una *unità sintattica* (a più componenti) dotata di una particolare autonomia di significato. Cfr., al riguardo, la voce *Sintagma* in *Dizionario enciclopedico italiano*, vol. XI, Treccani, Roma, 1970, p. 332; nonché BELVEDERE, *Linguaggio giuridico*, cit., p. 24.

(8) Sul punto, BELVEDERE, *op. ult. cit.*, pp. 23-24.

(9) La prima rimanda all'eventuale coesistenza di più significati distinti, tutti egualmente riconducibili (in astratto) alla medesima proposizione normativa, ma (in concreto) di difficile identificazione; la seconda, invece, implica una ineliminabile incertezza nell'uso del medesimo termine, se riferito a determinate fattispecie (piuttosto che ad altre). Cfr. ancora BELVEDERE, *op. ult. cit.*, pp. 29-31; Id., *Il linguaggio del codice civile*, cit., pp. 32-37.

(10) Si riveda il principio ermeneutico generale, sancito dall'art. 12, comma 1°, delle disp. prelim. al c.c..

(11) Per la quale (se così posso esprimermi) a conti fatti varrebbe, adattandolo, il detto “...*nomina nuda tenemus*”, reso celebre da U. ECO, *Il nome della rosa*, Milano, 1987, p. 503.

(12) Sull'art. 2, comma 1°, della legge, cfr., in motivazione, Corte cost. 28 gennaio 1991, n. 88, in *Foro it.*, 1991, I, 1004-1005 (sull'art. 125 disp. att., coord. e trans. c.p.p.); Corte cost., 26 marzo 1993, n. 111, *ivi*, 1993, I, 1356-1362, *sub* n. 5).

(13) Cfr., in proposito, l'art. 2, comma 1°, nn. 1-2-3.

(14) Si veda l'art. 358, in relazione agli artt. 50 e 326 c.p.p..

(15) Cfr. l'art. 190, in relazione agli artt. 493 e 495 c.p.p..

(16) Cfr. l'art. 2 comma 1°, n. 69, della l. 16 febbraio 1987, n. 81. Per opportuni richiami sul tema, si veda, volendo, il mio studio *Prove ed accertamento dei fatti nel nuovo c.p.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, pp. 113-147, sp. pp. 120-121, 133-138.

(17) Così si esprime, in armonia con la c.d. “regola dispositiva”, l'art. 190, comma 2°, nel possibile raffronto con gli artt. 195, comma 2°, 224, comma 1°, 422, comma 1°, 495, comma 1°, 506, 507, 511, comma 1°, c.p.p..

(18) Ovviamente, la chiave di volta del modello orale è fornita dall'art. 526 c.p.p., ove si stabilisce che “il giudice non può utilizzare ai fini della deliberazione *prove diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento*” (il corsivo è aggiunto).

(19) Sul rapporto fra gli artt. 392-393 e gli artt. 416-433 c.p.p., nonché sulla dichiarata ammissibilità dell'incidente probatorio anche nella fase dell'udienza preliminare, onde garantire l'effettività del diritto all'assunzione tempestiva di *prove non rinviabili*, cfr., da ultimo, Corte cost., 10 marzo 1994, n. 77, in *Foro it.*, 1994, I, 1657-1659.

(20) Cfr., soprattutto, la Relazione al progetto preliminare, in *Gazz. uff.*, 24 ottobre 1988, n. 250, Suppl. ord. n. 2, pp. 58-60.

(21) Cfr., su questi punti, la Relazione cit., p. 59.

(22) Si tratta delle c.d. *prove indiziarie* o *presuntive*, cui, per definizione, fanno difetto l'idoneità e la sufficienza a fondare *singolarmente* la decisione del giudice (cfr. l'art 192, comma 2°, c.p.p., sulla *gravità*, sulla *precisione* e sulla *concordanza* di una necessaria pluralità di *indizi*; cfr. altresì, in raffronto, l'art. 2729, comma 1°, c.c., sulle presunzioni semplici). Per approfonditi riferimenti, mi permetto di rinviare al mio contributo su *Le prove*, in *Trattato di dir. priv. it.*, diretto da P. Rescigno, vol. 19, Torino, 1985, pp. 165-168, 317-325; nonché a M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Nozioni generali, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, già diretto da Cicu e Messineo e continuato da L. Mengoni. III, 2, 1, Milano, 1992, pp. 414 ss., 426 ss., 443-453.

(23) La Relazione al prog. prelim., p. 59, ad es., menziona "l'acquisizione di un indizio" oppure (con una certa ambiguità) "l'apprensione materiale di una *res* sulla quale si può fondare il convincimento del giudice".

(24) Cfr. ancora la Relazione ult. cit., p. 59.

(25) Cfr. l'art. 2, nn. 11, 40, 69, 70, 75.

(26) Cfr. l'art. 2, nn. 10, 40, 47, 73.

(27) Cfr. l'art. 2, nn. 40, 69, 72, 73, 75, 76.

(28) Cfr. l'art. 2, nn. 69 e 73.

(29) Cfr. l'art. 2, n. 22.

(30) Cfr. l'art. 2, nn. 31, 36, 76.

(31) Cfr. approfonditamente l'art. 2, nn. 31, 44, 52, 59, 70.

(32) Cfr. l'art. 2, nn. 5, 31, 76.

(33) Si veda l'art. 2, nn. 3, 26 e 59.

(34) Cfr. l'art. 2, n. 37.

(35) Si veda l'art. 2, nn. 5, 6 e 47.

(36) È l'ipotesi contemplata dall'art. 2, n. 31, a proposito delle dichiarazioni rese alla p.g. da tali soggetti, e dapprima non utilizzabili nel giudizio nemmeno attraverso la *testimonianza* della stessa p.g. (ma oggi, con l'intervenuta dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 195, comma 4°, c.p.p., pienamente ammissibili: cfr. Corte cost., 31 gennaio 1992, n. 24, in *Foro it.*, 1992, I, 1052-1057).

(37) Si veda l'art. 2, n. 73. Sul punto, cfr. il mio studio *Prove ed accertamento dei fatti*, cit., pp. 122-123.

(38) Ad es., il concetto di *indizio*, presente nell'art. 192, comma 2°.

(39) Cfr., ades., sul *grave indizio di colpevolezza*, l'art. 275, comma 3°, c.p.p..

(40) Cfr. l'art. 2, nn. 32 e 59, nonché l'art. 2, n. 17 (ove si parla di *legittimo sospetto*, accanto ai "gravi e oggettivi motivi di ordine pubblico").

(41) Si vedano, ad es., nel c.p.p. del 1930, gli artt. 299, comma 1°, 348, comma 1°, 368, comma 3°, 455, comma 2°, 457, commi 1°-2°. Si segnala pure il § 244-II della StPO tedesca, ove compare, a supporto dei poteri d'ufficio del giudice, l'espressione equivalente "*Erforschung der Wahrheit*".

(42) Cfr. ancora l'art. 2, n. 73, ove si parla del potere del presidente o del pretore di "indicare alle parti temi nuovi od incompleti utili alla ricerca della verità".

(43) Proprio la Relazione al prog. prelim. (pag. 60) non aveva mancato di richiamarsi all'art. 2, n. 73, della legge-delega, rifiutando di "accreditare l'idea che il nuovo processo non tenda all'accertamento della verità...".

(44) Cfr. l'art. 187 c.p.p..

(45) Ove, al 1° comma. si stabiliva che: "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*" (corsivo aggiunto). Sul punto, cfr. la Relazione al prog. prelim., cit., p. 60; nonché, sui problemi connessi a tale norma, il mio vol. *Il principio di economia processuale*, II, Padova, 1982, pp. 163-167.

(46) Il riferimento è pure al pretore, in virtù del rinvio generale, contenuto nell'art. 567, comma 1°.

(47) Cfr. il *Progetto preliminare del c.p.p.*, in *Speciale Documenti Giustizia - I*, Roma, 1988, pp. 114-115. Secondo la Relazione al medesimo progetto, cit., in *Gazz. uff.*, 24 ottobre 1988, n. 250, Suppl. ord. n. 2, p. 60, l'ammissibilità delle prove atipiche – già esclusa nel Progetto di riforma del 1978 – pone a carico del giudice l'obbligo di vagliarne *a priori* l'affidabilità, "sul piano della genuinità dell'accertamento", e la non lesività, nei riguardi della libertà morale della persona; il che permette di "evitare eccessive restrizioni ai fini dell'accertamento della verità, tenuto conto del continuo sviluppo tecnologico che estende le frontiere dell'investigazione, senza mettere in pericolo le garanzie difensive".

(48) Cfr., ad es., in rapporto all'art. 187, gli artt. 18, comma 1°, 189, 218, comma 1°, 253, comma 1°, 358, 505, 521, comma 2°, 651-654.

(49) Cfr., ad es., gli artt. 69, comma 2° (morte dell'imputato), 194, comma 2° (circostanze necessarie per valutare la credibilità del teste), 200, comma 3° (veridicità delle notizie), 239 (provenienza dei documenti), 248, comma 2°, 358, 537, comma 1° (falsità di un atto o di un documento), 660, comma 2° (impossibilità dell'esazione di una pena pecuniaria), 675, comma 1° (falsità di un documento), 687, comma 1° (morte della persona a cui carico esistono iscrizioni nel casellario).

(50) Cfr. l'art. 244, comma 1°, in tema di ispezioni.

(51) Cfr., ad es., gli artt. 103, comma 1°, lett. a), 270, comma 1°, 348, comma 3°, 676, comma 3°.

(52) Cfr., da un lato, gli artt. 70-71, 283, comma 5°, 313, comma 1°, 679, comma 1°, 713, comma 1°; dall'altro, in rapporto al 2° comma dell'art. 187, gli artt. 81, comma 1°, 87, comma 1°, 95, comma 4°, 294, comma 2°, 491, comma 1°, 511, comma 4°, 604, comma 4°, 670, comma 1°.

(53) Cfr., ad es., con riguardo alla p.g., gli artt. 349, comma 2° (sui rilievi dattiloscopici, fonografici e antropometrici), 354, commi 2°-3°, 357, comma 2°, lett. f); con riguardo al p.m., gli artt. 305, comma 2°, 358, 359, comma 1°, 360, commi 1°-5°, 373, comma 1°, lett. e).

(54) Si vedano, in proposito: gli artt. 70-71, 72, comma 1°, 196, comma 3°, 200, comma 2°, 227, comma 4°, 256, comma 2°, 313, comma 2°, 420, comma 2°, 421, comma 1°, 619, comma 3°, 703, 704, comma 2°, 714, comma 4°.

(55) Per un raffinato quadro lessicale, comprensivo di ulteriori suddivisioni, cfr. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., pp. 413-421.

(56) Sul punto, con ampi riferimenti comparativi (ad es., alla contrapposizione fra *evidence* e *proof*, nei sistemi di *common law*), ancora TARUFFO, *op. ult. cit.*, pp. 421-423.

(57) Cfr., ancora, gli artt. 187-193.

(58) Entro gli artt. 194-243 e 392-404, cfr. soprattutto gli artt.: 194, comma 1°, 200, comma 3°, 202, comma 3°, 207, comma 1°, 397, comma 1°, 398, commi 2°-5°, 401, comma 5°, 402, comma 1°, 403, 404.

(59) Cfr., ad es., l'art. 192, comma 1°, l'art. 506, comma 1°, e l'art. 539, comma 2°.

(60) Si vedano, ad es., gli artt.: 17, comma 1°, lett. d), 26, comma 1°, 38, comma 3°, 70, commi 2°-3°, 71, comma 4°, 274, comma 1°, lett. a), 346 (in relazione all'art. 392), 422, comma 2° (in relazione al g.i.p.).

(61) Si vedano soprattutto gli artt.: 467, comma 1°, 468, comma 4°, 479, comma 1°, 490, 493, commi 1°-3°, 495, commi 1°-2°-4°, 496, 500, comma 4°, 505, 506, comma 1°, 507, 523, 526, 530, commi 1°-3°, 539, comma 2°, 546, comma 1°, lett. e), 552, commi 1°-2°, 599, comma 3°, 603, commi 1°-2°-4°, 606, comma 1°, lett. d), 627, comma 2°, 630, comma 1°, lett. c), 637, comma 3°, 654, 666, comma 5°.

(62) Cfr. l'art. 422, comma 2°.

(63) Cfr., ad es., l'art. 274, comma 1°, lett. a) (ove si include, fra le esigenze cautelari a supporto di misure cautelari personali, il "concreto pericolo per l'acquisizione o la genuinità della prova"), e

l'art. 371, comma 2°, lett. b)-c), in cui si parla di *prova* e di *fonte* di prova di uno o di più reati, al fine di reputare collegate le indagini di uffici diversi del p.m.

(64) È il caso del giudizio immediato, ricollegabile all'*evidenza* della *prova* acquisita nel corso delle indagini preliminari (art. 453, comma 1°).

(65) Cfr. ancora l'art. 2, nn. 31 e 52.

(66) Cfr., soprattutto, l'art. 346 c.p.p., ove si differenziano “gli atti di indagine preliminare necessari ad assicurare le *fonti di prova*” e l'assunzione delle “*prove* previste dall'art. 392”. Si vedano altresì gli artt. 55, comma 1°, 347, comma 1°, 348 (*assicurazione delle fonti di prova*), 353, comma 2°, 357, comma 1° (*individuazione delle fonti di prova*).

(67) Si vedano gli artt. 364, comma 5°, 388, comma 2°, e 417, comma 1°, lett. c) (indicazione delle fonti di prova acquisite, nella richiesta di rinvio a giudizio).

(68) Cfr., rispettivamente, gli artt. 429, comma 1°, lett. d), 434 e 435, commi 1°-2°.

(69) Cfr. l'art. 65, comma 1°, e l'art. 388, comma 2°.

(70) Si riveda l'art. 65, comma 1°. In aggiunta, cfr. gli artt. 267, comma 2° (risultati dell'intercettazione di conversazioni o di comunicazioni), 270, comma 1° (idem), 271, comma 1° (idem), 291, comma 1° (presupposti di emissione delle misure cautelari personali), 347, comma 1° (elementi raccolti dalla p.g.), 348 commi 1°-3° (idem), 349, comma 4° (idem), 360, comma 5° (risultati degli accertamenti tecnici disposti dal p.m.), 388, comma 2° (interrogatorio dell'arrestato o del fermato), 410, comma 1° (elementi di prova indicati dalla persona offesa che si opponga alla richiesta di archiviazione).

(71) Cfr. l'art. 421, comma 2°, inc. iniz. (ove si giustappongono i *risultati* delle indagini preliminari e gli *elementi di prova* che legittimano la richiesta di rinvio a giudizio).

(72) Si veda l'art. 512-*bis* (aggiunto dall'art. 8, comma 2-*bis*, del d.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv. in l. 7 agosto 1992, n. 356) ove si stabilisce che la lettura dei verbali di dichiarazioni rese dal cittadino residente all'estero sia disposta dal giudice, su richiesta di parte, “tenuto conto degli *altri elementi di prova acquisiti* (corsivo aggiunto).

(73) Cfr., sulla revisione delle sentenze di condanna, gli artt. 631 e 641.

(74) Cfr., nel procedimento di esecuzione, l'art. 666, comma 2°; nel procedimento avanti al magistrato di sorveglianza, per la grazia richiesta dal detenuto o dall'internato, l'art. 681, comma 2°; nel procedimento di estradizione per l'estero, l'art. 707.

(75) Cfr., da un lato, gli artt. 203, 350, commi 1°-3°, 351, 357, comma 2°, lett. b); dall'altro, gli artt. 362, 371, comma 1°, 371-*bis*, comma 3°, lett. c), 372, comma 1°, 373, comma 1°, lett. d).

(76) Cfr. l'art. 422, comma 1°. Se il giudice non ritiene di poter decidere allo stato degli atti, egli può indicare alle parti “temi nuovi o incompleti sui quali si rende necessario acquisire *ulteriori informazioni* ai fini della decisione”; in tale contesto, il p.m. e i difensori sono abilitati a produrre documenti e a chiedere l'audizione di testimoni e di consulenti tecnici o l'interrogatorio delle persone imputate in un procedimento connesso (art. 210).

(77) Si vedano gli artt. 41, comma 3° (decisione sulla dichiarazione di ricusazione), 48, comma 1° (decisione sulla rimessione del processo), 77, comma 3° (nomina di curatore speciale per la parte civile), 681, comma 2° (istruttoria della domanda di grazia), 693 (informazioni sull'insolvibilità per le spese), 703, comma 3°, e 704 (accertamenti sulla richiesta di estradizione), 730-731 (accertamenti per il riconoscimento di sentenze penali straniere).

(78) Vanno richiamati qui, al riguardo, gli artt. 234-238, 238-*bis*, 240-243, e 353, comma 1°.

(79) Cfr., ad es., gli artt. 392-393, 467, comma 1°, 496, 497-510.

(80) Le espressioni usate sono perlopiù: *prove acquisite* e *acquisizione probatoria*. Cfr., ad es., gli artt. 191, comma 1°, 207, comma 1°, 274, comma 1°, lett. a), 507, 723, comma 1°.

(81) È emblematico l'art. 507 – norma di focale importanza, nel ridisegnato ruolo “attivo” del giudice dibattimentale (cfr. *infra*, § 5) – che, con la rubrica *Ammissione di nuove prove*, così statuisce: “Terminata l'*acquisizione delle prove*, il giudice, se risulta assolutamente necessario, può disporre anche di ufficio l'*assunzione di nuovi mezzi di prova*” (corsivo aggiunto).

(82) Era il caso dell'art. 195, comma 4° – poi dichiarato illegittimo da Corte cost., 31 gennaio 1992, n. 24 (in *Foro it.*, 1992, I, 1052-1057) – circa il divieto, posto a carico degli ufficiali e degli agenti di p.g., di deporre “sul contenuto delle dichiarazioni acquisite da testimoni”.

(83) Cfr., ai fini delle c.d. *contestazioni* nell'esame dei testimoni e delle parti private, gli artt. 500, comma 4°, e 503, comma 5°.

(84) Secondo l'art. 191, comma 1°, “le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate”.

(85) Cfr., ad es., gli artt. 26, comma 2°, 54, comma 3°, 228, comma 3°, 238, comma 4°, 270, commi 1°-3°, 403-404, 500, commi 3°-4°, 503, commi 3°-5°, 511, comma 5°, 729, comma 1°.

(86) Cfr. gli artt. 203, 238, commi 1°-4°, e 240.

(87) Cfr., ad es., gli artt. 63, commi 1°-2°, 64, comma 2°, 103, comma 7°, 188, comma 1°, 191, comma 1°, 195, commi 3°-7°, 254, comma 3°, 267, comma 2°, 271, commi 1°-2°, 333, comma 3°, 350, comma 7°, 360, comma 5°, 407, comma 3°.

(88) Cfr., ad es., gli artt. 62, 194, comma 3°, 195, comma 6°, 197, 200, 201, 234, comma 3°, 238, 240, 343 commi 2°-4°, 401, comma 6°, 514, commi 1°-2°.

(89) Cfr., ad es., gli artt. 63, comma 1° (indizi di reità e dichiarazioni indizianti), 207, comma 2° (indizi di reato a carico del teste falso, reticente o renitente), 267, comma 1°, 292, lett. c), 312 (indizi a supporto di misure cautelari e provvisorie), 384, comma 1° (fermo), 705, comma 1° (elementi di decisione sulla richiesta di estradizione).

(90) Tale è l'impostazione più razionale del problema, nel processo civile, a proposito delle presunzioni sancite dagli artt. 2727 c 2729 c.c. Sul tema: ancora TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., pp. 443-453; e il mio contributo su *Le prove*, in *Trattato di dir. priv. it.*, diretto da Rescigno, cit., 19, Torino, 1985, pp. 317-322.

(91) Cfr. il raffronto fra l'art. 2727 e l'art. 2729, comma 1°, c.c..

(92) In senso critico, sul punto, cfr. ancora il mio studio *Prove ed accertamento dei fatti*, cit., in *Riv. trim. dir. proc. pen.*, 1990, pp. 125-126, 139-142; nonché il volume di P. FERRUA, *Studi sul processo penale*, Torino, 1990, pp. 105-108. Su questo e su altri profili della disciplina probatoria, presi in esame nel testo, rinvio altresì a V. GREVI, *Libro III - Prove*, in CONSO-GREVI, *Profili del nuoro c.p.p.*, III ed., Padova, 1994, pp. 189-248, sp. pp. 209 ss..

(93) Basti pensare alla strage di Capaci del 23 maggio 1992 (in cui perse la vita, fra gli altri, il magistrato-simbolo Giovanni Falcone) od alle stragi siciliane di poco successive (in cui però, fra gli altri, il magistrato Paolo Borsellino).

(94) “Modifiche urgenti al nuovo c.p.p. e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa”, conv. in l. 7 agosto 1992 n. 356. Le modifiche più significative, introdotte nel c.p.p., trovano riscontro negli artt. 117-118, 190-bis, 210, 238, 238-bis, 295, 347-351, 357, 360, 370, 373, 405-407, 431, 468, 500, 511-bis, 512, 512-bis, nonché in alcune norme di attuazione. Per altri richiami sul tema, cfr. lo studio mio (e di V. ZAGREBELSKY), *Modello accusatorio e deontologia dei comportamenti processuali nella prospettiva comparatistica* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, pp. 435-492, sp. pp. 436-441.

(95) Cfr. anche l'art. 2 n. 31, secondo periodo, della legge-delega, coinvolto nella declaratoria di illegittimità, pronunciata da Corte cost., 31 gennaio 1992, n. 24 (in *Foro it.*, 1992, I, 1052-1057, con nota di G. DI CHIARA).

(96) Cfr. gli artt. 195, commi 1°-3°, e 196, comma 1°.

(97) Cfr., rispettivamente, Corte cost., 3 giugno 1992, n. 255, 3 giugno 1992, n. 254, e 3 giugno 1992, n. 241, in *Foro it.*, 1992, I, 2012-2032, con note di G. DI CHIARA, *L'inquisizione come “eterno ritorno”: tecnica delle contestazioni ed usi dibattimentali delle indagini a seguito della sentenza 255/92 della Corte Costituzionale*, 2013-2023, e di G. FIANDACA, *Modelli di processo e scopi della giustizia penale*, 2023-2026. Sulla sentenza n. 255/92, cfr. altresì: FERRUA, *La sentenza costituzionale n. 255 del 1992: declino del processo accusatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, pp. 1455 ss.; P. GAETA, *Controriforma o “etica della verità” nel processo penale? Note sulla valenza probatoria delle deposizioni extradibattimentali “difformi”*, in *Giur. it.*, 1993, I, 1,

1859 ss.; G. ILLUMINATI, *Principio di oralità e ideologie della Corte Costituzionale nella motivazione della sentenza n. 255 del 1992*, in *Giur. cost.*, 1992, pp. 1973 ss..

(98) Essa così disponeva *ab origine* (nell'ambito delle contestazioni ammesse durante l'esame testimoniale, con riferimento alla possibilità di servirsi per tale scopo delle dichiarazioni in precedenza rese dal teste al p.m. e contenute nel suo fascicolo): "La dichiarazione utilizzata per la contestazione, anche se letta dalla parte, *non può costituire prova dei fatti in essa affermati*. Può essere valutata dal giudice per stabilire la credibilità della persona esaminata" (corsivo aggiunto).

(99) Sul punto, per tutti, M. NOBILI, *Concetto di prova e regime di utilizzazione degli atti nel nuovo c.p.p.*, in *Foro it.*, 1989, V, 274-284, sp. 282. Per una puntuale riconferma dell'importanza sistematica di tale separazione di fascicoli, cfr. anche Corte cost., 9 marzo 1992, n. 91, *ivi*, 1992, I, 1700-1704, sulla questione di legittimità dell'art. 469 c.p.p..

(100) La Corte si richiama qui, espressamente all'art. 2, n. 73, della legge-delega (cfr. i passi della motivazione in *Foro it.*, 1992, I, 2020-2021). In termini analoghi, già avevo avuto occasione di sottolineare la centralità (e l'ineludibilità) del basilare principio della "ricerca della verità" – in linea con gli accenni della Relazione al progetto preliminare – nel mio studio *Prove ed accertamento dei fatti*, cit., in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, pp. 129-133.

(101) Si vedano: gli artt. 392-404 (sulle prove indilazionabili assunte nell'incidente probatorio); gli artt. 431 lett. b-c, e 512 (sui verbali degli *atti irripetibili* compiuti dal p.m. o dalla p.g. nella fase delle indagini preliminari, nonché sulla lettura in dibattimento degli *atti assunti* dal p.m. o dalla p.g., durante quella fase e dal g.i.p. nel corso dell'udienza preliminare, quando, per fatti o circostanze imprevedibili, ne sia *divenuta impossibile la ripetizione*); gli artt. 500, comma 4° (versione d'origine, sull'acquisibilità al fascicolo dibattimentale delle "dichiarazioni assunte" dal p.m. o dalla p.g. "nel corso delle perquisizioni ovvero sul luogo e nell'immediatezza del fatto", ove utilizzate per le "contestazioni nell'esame testimoniale") e 503, comma 5° (versione d'origine sull'analogia acquisibilità delle "dichiarazioni assunte" dal p.m., cui il difensore della parte dichiarante aveva il diritto di assistere).

(102) Cfr., per queste citazioni, la motivazione in *Foro it.*, 1992 I, 2020-2027.

(103) Cfr., nella motivazione, Corte cost., n. 254/92, in *Foro it.*, 1992, I, 2028-2031.

(104) Si rammenti la dizione dell'art. 2, n. 69, della legge-delega.

(105) Cfr. la motivazione di Corte cost., 3 giugno 1992, n. 241, cit., in *Foro it.*, 1992, I, 2031-2032. Ad ulteriore commento: L. GIULIANI, *Modificazione dell'imputazione in dibattimento e diritto alla prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, pp. 1128 ss.; T. RAFARACI, *Nuove contestazioni e diritto alla prova dinanzi alla Corte Costituzionale*, in *Foro it.*, 1993, I, 1777-1784; M. SCAPARONE, *Nuove contestazioni e principio di ragionevolezza*,

in *Giur. cost.*, 1992, pp. 1865 ss.; M. TORNATORE, *Modifica dibattimentale dell'imputazione e diritto alla prova*, in *Cass. pen.*, 1993, 1061.

(106) Si vedano: da un lato Cass. sez. un. pen., 6 novembre 1992, ric. Proc. rep. Trib. Pordenone c. Martin, in *Foro it.*, 1993, II, 65-70; dall'altro, Corte cost., 26 marzo 1993, n. 111, *ivi*, 1993, I, 1356-1362 (la quale ha dichiarato non fondata la questione di incostituzionalità dell'art. 507). Per un approfondimento dei temi connessi, cfr., sulla prima pronuncia: E. APRILE, *L'art. 507 c.p.p. tra principio dispositivo delle parti, terzietà del giudice del dibattimento e poteri officiosi di iniziativa istruttoria, dopo la sentenza del 6 novembre 1992 delle sezioni unite penali della cassazione*, in *Nuovo dir.*, 1993, 100; A. BASSI, *Principio dispositivo e principio di ricerca della verità materiale: due realtà di fondo del nuovo processo penale*, in *Cass. pen.*, 1993, 1370; F. M. IACOVIELLO, *Processo di parti e poteri probatori del giudice*, *ivi*, 1993, 286; L. G. LOMBARDO, *Principio dispositivo e poteri officiosi del giudice penale: osservazioni sull'art. 507 c.p.p.*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, pp. 1268-1290; L. MARAFIOTI, *L'art. 507 c.p.p. al vaglio delle sezioni unite: un addio al processo accusatorio e all'imparzialità del giudice dibattimentale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, pp. 829-849. Sulla seconda pronuncia: FERRUA, *I poteri probatori del giudice dibattimentale: ragionevolezza delle Sezioni Unite e dogmatismo della Corte Costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, pp. 1065-1084; E. RANDAZZO, *L'interpretazione dell'art. 507 c.p.p. dopo le decisioni delle Sezioni Unite e della Corte Costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1993, 2235; G. SPANGHER, *L'art. 507 c.p.p. davanti alla Corte costituzionale: ulteriore momento nella definizione del "sistema accusatorio" compatibile con la Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1993, pp. 919 ss.; C. VALENTINI REUTER, *La Corte Costituzionale alle prese con l'art. 507 c.p.p., ovvero: ritorno al futuro*, *ivi*, 1993, pp. 922 ss..

(107) Cfr. l'art. 2 n. 73, inc. fin., della legge-delega e l'art. 190, comma 2° c.p.p..

(108) Da qui peraltro – secondo la Corte di Cassazione – non discendono argomenti decisivi, in quanto, seppur non possa disconoscersi che il modello processuale italiano non sia affatto “indifferente” ad una *giusta decisione* in epilogo al giudizio (come sarebbe invece, nella tradizione, il modello accusatorio puro, unicamente interessato a garantire la correttezza della dialettica del dibattimento, quale ne sia poi l'esito decisorio), la ricostruzione del fatto e la ricerca della verità si attuano con le sole modalità e forme disciplinate dalla legge, sì da non escludere, in presenza di interessi prevalenti, l'eventuale inutilizzabilità di prove anche decisive.

(109) Cioè, qualsiasi prova *non disposta* in precedenza, sia essa preesistente o sopravvenuta, conosciuta o sconosciuta prima. La Corte argomenta, in proposito, dall'art. 603, commi 1°-2°, ove, ai fini della rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello, si distingue fra “prove già acquisite nel dibattimento di primo grado”, “nuove prove”, “nuove prove sopravvenute o scoperte dopo il giudizio di primo grado”.

(110) Cui l'art. 493, comma 3°, attribuisce il diritto alla prova anche per le “prove sopravvenute o scoperte” dopo il maturare delle preclusioni previste nell'art. 468. Di conseguenza, la formula “terminata l'acquisizione delle prove”, nell'art. 507, indica soltanto il momento cronologico iniziale per l'esercizio del potere del giudice, ma non significa affatto che tale potere sia ammissibile solo quando un'attività di acquisizione probatoria sia effettivamente avvenuta in precedenza.

(111) Che la decadenza delle parti non possa riverberarsi negativamente sui poteri del giudice, si desume infatti – secondo la Corte di Cassazione – dagli artt. 468 e 493, in forza dei quali “quella che diventa inammissibile... non è la prova ma la richiesta come atto di esercizio del diritto alla prova”.

(112) Si veda, nella motivazione, la sentenza n. 111/93 in *Foro it.*, 1993, I, 1358-1361.

(113) Fra le norme modificate o introdotte dal d.l. n. 306/92, fanno spicco: gli artt. 190-*bis*, 238 e 238-*bis* (in cui si regola l'acquisibilità, per fini di prova dei fatti, delle sentenze irrevocabili o dei verbali di prove assunte in altri procedimenti o in procedimenti connessi); gli artt. 347-351 e 360 (in cui si rafforza il regime degli atti probatori, tipici o atipici, della fase delle indagini preliminari, comunque utilizzabili nel giudizio in casi di irripetibilità); l'art. 500 (in cui, conformemente agli indirizzi costituzionali esaminati *supra* nel testo, si ridisciplina l'utilizzazione piena di talune prove

predibattimentali, già introdotte nel dibattimento attraverso il veicolo delle “contestazioni”); gli artt. 511-bis, 512 e 512-bis (in cui si amplia la possibilità di lettura nel dibattimento dei verbali di prove assunte in altri procedimenti o degli atti assunti anche dalla p.g., oltretché dal p.m. e dal g.i.p., quando ne sia sopravvenuta l’irripetibilità).

(114) Cfr. *retro*, § 5, all’inizio.

(115) *Retro*, § 2, all’inizio.

(116) Già lo si era previsto – per così dire, in epoca non sospetta – nella dottrina del dopo-codice (cfr., ad es., le acute considerazioni di NOBILI, *Concetto di prova e regime di utilizzazione degli atti*, cit., in *Foro it.*, 1989, V, 276; e si riveda, volendo, il mio studio *Prove ed accertamento dei fatti*, cit., in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, pp. 144-145).

(117) Arg. ex artt. 192, comma 1°, e 546, comma 1°, lett. e), c.p.p..

(118) Cfr. gli artt. 129, 424 e 425 c.p.p..

(119) Si pensi, ad es., al giudizio abbreviato (art. 442), all’applicazione della pena su richiesta delle parti (artt. 444-445), al procedimento per decreto penale di condanna (art. 460).

EVIDENZA E IMMEDIATEZZA DELLA PROVA

Relatore:

dott. Carmelo RINAUDO

giudice del Tribunale di Roma

SOMMARIO: PARTE I: 1. Nozione di immediatezza: percezione, ritenzione e rappresentazione come momenti del procedimento di formazione della prova. – 2. Fase della valutazione: la formazione della prova in dibattimento. Sistema accusatorio puro e sistema misto. La funzione di ricerca della verità obiettiva: A) Disponibilità della prova; B) Utilizzazione di informazioni pre-dibattimentali; C) Deroghe al principio dell'oralità o unica strategia di accertamento. Rinvio. – 3. L'evidenza in particolare: momento di valutazione del risultato probatorio. – 4. Ritorno al problema: A) Disponibilità delle prove: potere-dovere di completezza. Potere sostitutivo del giudice: principio dell'intervento giudiziale. Riferimenti normativi. – 5. B) Acquisizione di attività predibattimentali: criteri ispiratori. – 6. C) L'oralità come criterio guida: il principio della verità obiettiva ed il corollario della non dispersione dei mezzi di prova del processo giusto e della non superfluità. – 7. Significativi interventi della Corte Costituzionale. – 8. In particolare: le vicende dell'art. 500 c.p.p. e l'art. 507 come norma di chiusura del sistema. – PARTE II: 9. Estensione della regola di giudizio: fatto, mezzi di prova, questione di diritto. Evidenza e certezza. – 10. Evidenza ed archiviazione: inidoneità dell'accusa. – 11. La regola dell'evidenza e la funzione di filtro dell'udienza preliminare: la novella 8 aprile 93 n. 105. – 12. Evidenza della prova e giudizio "de libertate". – 13. Il presupposto dell'evidenza nella scelta del rito immediato e la decidibilità nel rito abbreviato. – 14. Un caso emblematico: conversione in abbreviato, regressione in immediato, annullamento: conflitti di competenza ex art. 28 2° comma c.p.p. – 15. Conversione in abbreviato: identità persona fisica fra G.I.P. e G.U.P.. Pretesa incompatibilità ex art. 34 2° comma c.p.p.. Infondatezza. Sent. Corte Cost. 12 novembre 1991 n. 407. – 16. L'interrogatorio dell'indagato in funzione del giudizio di evidenza: orientamenti interpretativi e giurisprudenza.

PARTE I

1. La nozione di immediatezza, astrattamente concepita, descrive il rapporto di successione continua, da un punto di vista consequenziale e temporale, fra un accadimento e la percezione che di esso può aver avuto l'osservatore.

Tale definizione può assumere diversi significati allorché la si voglia adattare alla specifica tematica concernente l'assunzione e la conseguente valutazione dei fatti probatori.

Giova a tal fine ricordare quali siano i termini attraverso i quali si articola il procedimento dimostrativo.

In proposito, l'art. 187 c.p.p. dispone che "sono oggetto di prova i fatti che si riferiscono all'imputazione, alla punibilità e alla determinazione della pena o della misura di sicurezza... i fatti dai quali dipende l'applicazione di norme processuali... inoltre... i fatti inerenti alla responsabilità civile derivanti dal reato".

A parte la distinzione del *thema probandum*, quel che occorre puntualizzare è l'individuazione, da una parte, del fatto e, dall'altra, dello strumento destinato ad assumere questo come oggetto suscettibile di divenire prova in base alla valutazione del giudice.

Fatto, strumento o mezzo di prova e valutazione del giudice sono gli elementi di una trilogia che, a seconda della prospettiva dalla quale vengono esaminati, danno luogo alla diversificazione del concetto di immediatezza.

Questa, infatti, può essere intesa come una particolare relazione di tempo e di luogo tra lo accadimento di un fatto e la *percezione* che di esso ha avuto lo strumento utilizzato per la sua assunzione.

In tale accezione, la nozione finisce con il riguardare uno dei criteri che, secondo le regole empiriche elaborate dalla giurisprudenza, attiene alla valutazione di maggiore attendibilità o credibilità della fonte di prova. Ma può anche costituire il presupposto di fatto che legittima l'attuazione di determinate iniziative (es. flagranza).

L'immediatezza, oltre che come percezione, può servire per indicare una particolare condizione della fonte medesima e, cioè, la durata della *ritenzione del fatto* rispetto al momento per cui sorge il problema della sua rappresentazione. Se tale circostanza è pressoché ininfluyente per le fonti costituite da registrazioni fotografiche, foniche, documentali, impronte ed altri sistemi capaci di "impressionare" il fatto, può invece assumere un certo rilievo quando trattasi di un soggetto che venga a trovarsi in particolari situazioni personali, emotive o "cautelari" (es. c.d. pentiti sottoposti ad un programma speciale di protezione).

Anche questo secondo aspetto della nozione, logicamente conseguente al primo, finisce con il riguardare un criterio valido solo per accertare l'affidabilità o credibilità della fonte stessa.

Il concetto di immediatezza acquista una determinante estensione quando si viene a considerare l'ulteriore sviluppo del "procedimento probatorio": quello riguardante il momento della *rappresentazione* del fatto veicolato dal mezzo in funzione della sua successiva valutazione da parte dell'organo che, sulla base di essa, deve emettere la decisione cui è diretto il procedimento di acquisizione.

2. Ma ecco che qui viene subito in evidenza la peculiarità del nuovo sistema processuale che tende a prediligere tale momento ed a destinarlo alla formazione della prova sulla base del contraddittorio fra le parti.

Infatti, mentre prima la funzione del P.M. e della polizia giudiziaria era quella di preconstituire prove direttamente utilizzabili per la decisione, invece, secondo il nuovo codice, di regola, le parti dispongono solo dell'udienza dinnanzi al giudice per poter "costruire" la prova: in particolare, il P.M. e la Polizia Giudiziaria debbono limitarsi ad assumere "informazioni" ai fini dell'esercizio dell'azione penale il cui inizio viene spostato in avanti al termine di un procedimento di indagine investigativa che deve tendere alla massima completezza.

Al giudice viene riservato un ruolo di controllo della compiuta esplicazione dell'azione penale e, successivamente, quello di garantire l'osservanza delle regole che disciplinano la competizione fra le parti rispetto alle quali, secondo lo schema di un sistema accusatorio puro, dovrebbe conservare un atteggiamento d'indifferenza circa il conseguimento della verità materiale o obiettiva.

Già le S.U. della Cassazione (Sent. 6 Novembre-21 Novembre 1992 n. 11227), decidendo in margine all'art. 507 c.p.p., ebbe a negare che il nuovo codice processuale "non tenderebbe alla ricerca della verità". Ma, ancor più decisamente, la stessa Corte Costituzionale ha voluto affermare (Sent. n. 255 del 1992 e n. 111 del 1994) che sebbene "il sistema accusatorio positivamente instaurato ha prescelto la dialettica del contraddittorio dibattimentale quale criterio maggiormente rispondente all'esigenza di ricerca della verità... il fine primario ed ineludibile del processo penale non può che rimanere quello della ricerca della verità".

Sottesa a tale categorica affermazione della Corte è la considerazione dei principi che in detta materia scaturiscono dalla normativa costituzionale (che, in sequenza logica, possono essere indicati nell'osservanza della legalità, della uguaglianza e dell'obbligatorietà dell'azione penale) i quali verrebbero violati ove il processo penale fosse capace di assicurare soltanto un giudizio fondato sulla "verità - processuale" scaturente dall'autonoma iniziativa delle parti contrapposte.

Lì dove tale risultato appare essere esaustivo del senso di giustizia ci si viene a trovare di fronte ad ordinamenti giuridici improntati ad una disciplina decisamente liberaleggiante dei rapporti autorità-individuo evidenziata dalla discrezionalità dell'azione penale, come nel sistema *common-law* anglo americano, ovvero ad assetti statali "troppo deboli per interessarsi dei problemi di convivenza sociale dei suoi sudditi".

Quel che va rilevato è, quindi, la connaturale esigenza dell'"ordinamento effettivamente vivente" ad attuare il sistema accusatorio in modo che il processo penale possa essere indirizzato alla conoscenza della verità obiettiva.

Seguendo tale prospettiva deve essere, anzitutto, affrontato il problema che concerne la definizione del potere dispositivo delle parti nel contesto del contraddittorio dibattimentale, anche alla luce degli interventi della Corte Costituzionale.

Come pure va compreso in tale ottica il reiterato intervento della Corte inteso ad ampliare il campo del giudizio con l'acquisizione dell'attività pre-dibattimentale.

Non può essere, infine, trascurato il significato delle numerose varianti al sistema dell'oralità a suo tempo introdotta dallo stesso legislatore autore della novella codicistica.

3. Prima di affrontare tali tematiche conviene richiamare una nozione che riguarda anch'essa il procedimento di formazione della prova che attiene, in ordine logico, proprio al momento conclusivo costituito dalla valutazione dei fatti rappresentati o, comunque, acquisiti.

Intendiamo riferirci al *concetto di evidenza* che, seguendo l'impostazione descrittiva fin qui data alle varie fasi del "procedimento probatorio", consiste in un rapporto diretto tra il fatto ed il giudice e si sostanzia nella forza significativa del fatto addotto da una determinata fonte e denota il grado di significazione ad esso attribuita dall'osservatore.

Non riguarda invece una qualità obiettiva o, comunque, legata alla maggiore forza probatoria di una certa fonte in quanto nel nostro ordinamento (art. 192 c.p.), una volta esaurito il procedimento di ammissione ed acquisizione degli elementi di giudizio, il giudice gode del principio del *libero convincimento* inteso come libertà di valutazione dimostrativa dei fatti senz'altro limite che non sia quello dell'obbligo della motivazione (artt. 125 c.p.p. e 111 della Costit.).

Perciò, l'evidenza non scaturisce da fatti rappresentati da una particolare fonte.

Costituisce, invece, una regola di giudizio che, prescindendo dalla natura di quest'ultima, si esprime in una semplice valutazione soggettiva inerente una determinata situazione che una volta verificata *obbliga* il giudice a pervenire a precisi risultati di merito o processuali.

4. A) Inseriti, così, i due concetti su cui stiamo scorrendo – l'immediatezza e l'evidenza – nello schema d'ordine costituito dal procedimento di formazione della prova, bisogna passare a meglio inquadrarli nel sistema processuale soffermandoci, per il primo di essi, all'aspetto che concerne l'*oralità* del contraddittorio dibattimentale attraverso il quale viene "formata" la prova da sottoporre al vaglio del giudice.

La comprensione della reale portata e funzionalità del contraddittorio e dell'oralità-immediatezza del rito che lo rappresenta impone, anzitutto, l'esatta definizione dei poteri di cui le parti realmente dispongono in funzione dell'obiettivo cui deve intendersi finalizzato il processo (verità formale o sostanziale): in altre parole, occorre comprendere l'estensione del campo entro il quale si svolge o può essere contenuto lo svolgimento orale del processo.

Ora, una volta vista in funzione del raggiungimento della verità obiettiva (v. punto 2), la disponibilità della prova da parte del P.M. e della difesa non può dar luogo né ad un esercizio apparente (e men che mai, discrezionale di fatto) dell'azione penale, né un'attività difensiva meramente formale svolta nell'indifferenza del giudice.

Il potere dispositivo delle parti deve, invece, svolgersi nel modo più ampio e puntuale possibile al fine di accertare ogni elemento che appaia utile al raggiungimento dell'effettiva conoscenza di un fatto.

Quindi, tale facoltà non può essere intesa come libertà di autodeterminazione processuale bensì come potere-dovere di completezza.

Consegue che, ove dal contraddittorio le parti non riescano a far emergere tutti gli elementi possibili o ipotizzabili capaci di guidare il giudizio conclusivo proprio di una determinata fase processuale o finalizzata alla emissione di un certo provvedimento, è naturale riconoscere al giudice, un generale “potere-dovere di integrazione, anche d’ufficio, delle prove per l’ipotesi in cui la carenza o insufficienza, per qualsiasi ragione, dell’iniziativa delle parti impedisca (al dibattimento) di assolvere la funzione di assicurare la piena conoscenza da parte del giudice dei fatti oggetto del processo onde consentirgli di pervenire ad una “giusta decisione” (Corte Cost. n. 241 del 1992).

Tale premessa di carattere logico-giuridico trova svolgimento nella normativa sia da un punto di vista generale sia sotto un aspetto più specifico.

Per un verso, infatti, va tenuto conto dell’art. 189 c.p.p., che finalizza l’assunzione delle prove non disciplinate dalla legge “all’accertamento della verità”.

Rileva, in proposito, anche l’art. 190 2° comma c.p.p. che, subito dopo aver previsto l’assunzione della prova della parte, fa una enunciazione di carattere generale riguardo la prova *ex officio*.

Venendo alle indicazioni normative di carattere particolare confermate del principio di “intervento giudiziale” nell’immediatezza del contraddittorio basta far riferimento a talune significative previsioni normative.

Prima fra tutte è quella del combinato disposto degli artt. 421 4° comma e 422 c.p.p. laddove, terminata la discussione, ove il giudice ritenga di non poter decidere “allo stato degli atti”, può indicare alle parti temi nuovi o incompleti.

Va, poi, preso in considerazione l’art. 508 che prevede la possibilità che il giudice disponga perizie alla sola condizione di ritenerle “rilevanti”.

Di particolare incidenza sul tema è la disciplina degli artt. 511 e 511-*bis* c.p.p. che consentono al giudice “anche d’ufficio” di dare lettura di determinati atti e cioè di quelli contenuti nel fascicolo del dibattimento (n. 1), dei verbali di dichiarazioni normalmente dopo l’esame della persona che le ha rese (n. 2), della relazione peritale (n. 3), di dichiarazioni orali di querela o istanza (n. 4 art. 511), ovvero i verbali di prova di altri procedimenti (art. 511-*bis* in riferimento all’art. 238 c.p.p.).

Il quadro viene completato, anche da un punto di vista sistematico, dall’art. 603 c.p.p. che riconosce addirittura al giudice d’appello la facoltà di procedere alla rinnovazione della attività dibattimentale quando lo ritenga “assolutamente necessario”: evidentemente in funzione del raggiungimento della verità obiettiva.

Appare, quindi, del tutto ininfluenza la mancata riproduzione nel nuovo codice della enunciazione dell’art. 299 del previgente codice di rito che faceva esplicito obbligo per il giudice di “compiere tutti e soltanto quegli atti che... appaiono necessari per l’accertamento della verità”.

La previsione dell’ingresso del giudice nel processo di formazione della prova è, infatti, chiaramente destinata a *garantire la massima estensione possibile dell’attività di accertamento attribuita*, in primis *all’iniziativa delle parti contrapposte*. Funzione, questa, che, per altro verso, accompagna fin dall’inizio l’andamento delle indagini perché “nulla venga sottratto al controllo di legalità” (Corte Cost. n. 88 del 1981) ed alla possibilità di contribuire alla più approfondita e completa conoscenza giudiziale: infatti, il codice prevede un’articolata serie di controlli fin dall’esplicazione dell’attività investigativa condotta dal P.M..

Si fa riferimento al potere del G.I.P. di non accogliere le richieste di archiviazione disponendo nuove indagini (art. 409 4° comma c.p.p.; così art. 415 c.p.p. *ex sent.* Corte Costituzionale n. 409 del 1990; art. 554 2° comma *ex sent.* Corte Cost. n. 445 del 1990); alla facoltà della P.O. di opporsi alla richiesta di archiviazione indicando l’oggetto dell’investigazione suppletiva (art. 410 c.p.p.); il potere di evocazione del Procuratore Generale contro l’inerzia del P.M. (art. 412 1° comma, art. 410 1° comma, art. 409 3° comma, art. 412 2° comma, art. 413 2° comma); al potere del G.I.P. di ordinare la formulazione dell’imputazione.

5. B) Ma, a ben vedere, il nuovo codice di rito sia nelle disposizioni originarie sia in quelle sopravvenute anche a seguito dei principi affermati dalla Corte Cost. (v. d.l. 8 giugno 1992 n. 306 in tema di criminalità mafiosa convertito nella l. 7 agosto 1992 n. 356), presenta una copiosa normativa che, consentendo l'utilizzazione come prova delle precedenti acquisizioni pre-dibattimentali, dimostra di avere scelto fin dall'inizio l'adozione di un sistema misto in cui l'oralità "non è regola assoluta bensì criterio-guida" il quale ammette la possibilità di acquisire *aliunde* significativi elementi che altrimenti andrebbero dispersi.

Certo, tale "recupero" non può essere indiscriminato e deve ispirarsi a precisi criteri che sembrano unitariamente riferirsi all'*esistenza o al sopravvenire di una circostanza obiettiva o valutativa sottratta alla volontà di una singola parte*: vuoi che dipenda dal *consenso* di entrambe, come nel caso del rito abbreviato (art. 438 1° comma c.p.p.), dall'acquisizione al fascicolo del dibattimento dei verbali di prove di altro procedimento (incidente probatorio o dibattimentale) o dei verbali dei quali sia intervenuta lettura in dibattimento (art. 238 c.p.p.), vuoi che derivi dal *contraddittorio* tipico dell'incidente probatorio (art. 392 c.p.p.), sia che nasca imprevedibilmente da una situazione di *sopravvenuta irripetibilità* configurata, quasi come regola generale correttiva dell'oralità (art. 512 c.p.p.), come pure quando scaturisca dall'*accertata difformità* da parte del giudice fra le dichiarazioni rese in dibattimento dai testi e quelle raccolte dalla P.G. o dal P.M. e contenute nel fascicolo del P.M. (art. 433 c.p.p.) secondo la disciplina di cui all'art. 500 3° e 4° comma c.p.p.; oppure nel caso in cui siffatto contrasto venga accertato rispetto alle parti private (imputato compreso) le cui dichiarazioni rese precedentemente alla P.G. o al P.M. – limitatamente alle ipotesi in cui il difensore aveva diritto di assistere – possono essere assunte nel fascicolo del dibattimento dopo che (come per i testi) sono state utilizzate per le contestazioni.

Una volta assunti nel fascicolo del dibattimento, sia quelli *originariamente acquisiti ex art. 431*, sia gli atti "*recuperati*" *ex art. 433 c.p.p.* (in esso immessi secondo i criteri dianzi enunciati a titolo indicativo), come pure quelli *aliunde esistenti* (verbali di prove di altro procedimento: art. 238 e 511-*bis* c.p.p.; ovvero "gli atti assunti dalla P.G., dal P.M. o dal giudice nel corso dell'udienza preliminare: artt. 422 e 512 c.p.p.), gli atti stessi debbono essere letti dal giudice ai sensi degli artt. 511 e 511-*bis* c.p.p. per poter produrre gli effetti di prove che sono loro propri (credibilità o prova del fatto).

6. C) Si può quindi fondatamente osservare come sia stata la considerazione dello "*ordinamento effettivamente vigente*" a determinare non solo il legislatore a definire e, poi, precisare (con novelle ispirate al richiamo del giudice costituzionale) l'estensione del sistema accusatorio, ma pure la Corte Costituzionale stessa a modificare la portata normativa di rito ispirandosi a principi desumibili dalla Costituzione e tutti inquadrabili nel canone di "*costituzione materiale sotteso dagli artt. 24 e 112 Cost. che può sinteticamente essere riassunto come l'esigenza fondamentale dello Stato... di assicurare l'effettivo e concreto esercizio della giurisdizione penale*" (Sent. Cost. n. 24 del 1992).

Peraltro, lo stesso principio di obbligatorietà contiene un implicito riferimento di concretezza laddove impone al P.M. il dovere di inquadrare e definire una determinata ipotesi accusatoria spingendo l'azione penale fino al massimo grado di completezza e di espansione investigativa assicurata dal possibile intervento investigativo del G.I.P.

"Concretezza e massima conoscenza possibile" è l'obiettivo che sembra essere stato perseguito dal legislatore nel momento in cui ha voluto dare ingresso all'iniziativa istruttoria della parte privata (art. 38 disp. att. cod. proc. penale) consistente nella facoltà di "svolgere investigazioni per ricercare ed individuare elementi di prova a favore del proprio assistito e di conferire con le persone che possono dare informazioni".

Facoltà che, secondo il disegno di legge governativo del 22 luglio 1994, viene dilatata poi, nel riconoscere al difensore il potere di presentare direttamente al giudice elementi che egli reputa rilevanti ai fini della decisione da adottare; di far inserire la documentazione così presentata nel fascicolo del P.M.. Dando, quindi, ingresso alla sua attività investigativa nel fascicolo del dibattimento con il meccanismo delle contestazioni *ex art. 500 c.p.p.* (art. 20 del disegno).

Innovazione questa che, a parte i possibili profili di incostituzionalità (vds. per taluni riferimenti desumibili dalle sent. Corte Cost. n. 24 del 1992; n. 407 del 1994...) pone gravi problemi di integrazione sia con l'istituzionale potere investigativo del P.M. sia con la funzione di controllo da parte del *giudice* circa l'esercizio del potere di assunzione "informativa"!

In base alla stessa esigenza fondamentale del sistema processuale che ha ispirato il legislatore ad apprestare idonei strumenti per prevenire e correggere l'inazione o l'esercizio apparente dell'azione penale, si impone l'esigenza di garantire che anche nelle fasi successive del processo l'azione non prosegua in modo soltanto apparente o pretestuoso sì da poter pervenire ad una sorta di verità processuale.

7. I principi cardine del sistema sono stati chiaramente individuati dalla Corte Costituzionale che ha riscritto il "principio della disponibilità della prova" e, quello collegato, dell'oralità descrivendoli semplicemente come criterio-guida per giungere alla verità obiettiva. Garante di tale risultato è solo il giudice il quale non si presenta come semplice spettatore rispetto al risultato e come semplice garante dell'osservanza delle regole processuali che disciplinano la competizione fra le parti: egli, invece, viene visto come un attento osservatore con il compito di intervenire nella costruzione della prova in presenza di particolari situazioni indicative del *disinteresse*, dell'*impossibilità* o dell'*accordo* fra le parti a recuperare elementi informativi o probatori altrimenti inutilizzabili.

Costituiscono, allora, corollario di siffatto ragionamento il principio del *processo giusto*, quello della *non dispersione dei mezzi* di prova e della *non superfluità dell'attività giurisdizionale* attraverso i quali il giudice Costituzionale ha recuperato al processo una serie di "dati informativi" non acquisibili con il metodo dell'oralità ed ha consentito al giudice di intervenire attivamente nel processo di formazione della prova.

In verità, su tale piano la Corte Costituzionale ha operato in sinergia con il legislatore ordinario che, peraltro, già originariamente aveva previsto ampie deroghe all'immediatezza ed alla disponibilità della prova.

Ma, così compresi, tali interventi non si presentano affatto derogatori in quanto rappresentano lo svolgimento di uno stesso principio fondamentale che risiede nell'imperativo di ricercare la verità obiettiva.

Come già si evince dalla stessa impostazione originaria del codice, infatti, le pretese deroghe si pongono, invece, in funzione sussidiaria rispetto al metodo principale di acquisizione probatoria in quanto intervengono solo successivamente, di regola, nel momento in cui le parti dimostrano di non volere o non potere avvalersi di elementi comunque scaturenti dalle indagini ovvero di non volersi o non potersi ulteriormente attivare nella loro ricerca.

Abbiamo, infatti, evidenziato come già per il legislatore l'assunzione probatoria sussidiaria fosse condizionata da circostanze obiettive o valutative sostanzialmente sottratte alla volontà di una singola parte (vds. Sent. Corte Cost. n. 111 del 1993 e Cass. S.U. 6 novembre 1992 n. 11227).

Il giudice Costituzionale ha continuato in tale opera di ricostruzione anche alla luce del più ampio criterio di ricerca della verità obiettiva e di quello più specifico di non dispersione dei mezzi di prova.

Così, la condizione dell'*irripetibilità* degli atti, adottata dall'art. 195 per le dichiarazioni *de relato* assunte dai testi in caso di loro morte, infermità ed irreperibilità della fonte primaria, è servito alla Corte per ricomprendere fra le ipotesi che si richiamano a tale condizione la testimonianza indiretta assunta dalla P.G. ritenuta prima inutilizzabile ai sensi del soppresso 4° comma (Sent. Corte Cost. 24 del 1992).

Così come per la declaratoria di illegittimità dell'art. 199 1° comma c.p.p. in relazione all'impossibilità, per astensione sopravvenuta, di acquisire le dichiarazioni del prossimo congiunto che prima non si era astenuto rendendo certe dichiarazioni (Sent. Corte Cost. n. 179 del 1994).

Per quanto riguarda la sentenza n. 198 del 1994 la Corte, con riferimento all'art. 238 c.p.p., ha ammesso l'acquisizione di un atto, assunto in *altro processo* nelle forme dell'*incidente probatorio* anche nei confronti di imputati i cui difensori non abbiano partecipato alla loro assunzione. Solo nel caso in cui nel diverso procedimento l'imputato non aveva acquistato la qualità di imputato.

Ancora all'*impossibile ripetizione* si ispira la sentenza n. 17 del 1994 che, rigettando la questione, interpreta le norme di cui agli artt. 238 e 512 c.p.p. nel senso che consentano di assumere le documentazioni di atti realizzati nell'ambito dello stesso procedimento ma derivanti a giudici persona fisica diversa.

Ad analoga situazione si riferisce la decisione con la quale la Corte dichiara l'illegittimità dell'art. 513 2° comma c.p.p. nella parte in cui non consente la lettura delle dichiarazioni rese al P.M. o al G.I.P. dagli imputati di reato connesso o probatoriamente collegato qualora compaiano ma si avvalgano della facoltà di non rispondere dando così luogo ad una sopravvenuta impossibilità di ripetizione dell'atto. (Corte Cost. n. 254 del 1994).

8. Collegata al sopravvenire di una evenienza obiettiva (costituita dall'accertato contrasto fra una dichiarazione resa in dibattimento rispetto ad un'altra contenuta nel fascicolo del dibattimento) è la ragione dell'applicazione del principio di "non dispersione" in occasione dell'intervento sull'art. 500 c.p.p..

La primitiva possibilità di recupero probatorio delle dichiarazioni rese dai testi, peraltro, limitato a quelle effettuate nel corso delle perquisizioni ovvero sul luogo e nella immediatezza del fatto, era stata ritenuta ingiustificata dalla Corte che, con sentenza n. 255 del 1992 ne aveva dichiarato l'illegittimità in via interpretativa.

Interveniva il legislatore che introduceva la formula attualmente in vigore la quale, però, suscitava ulteriori reclami di incostituzionalità nella parte in cui riteneva che, per l'utilizzazione probatoria delle dichiarazioni predibattimentali occorreva la ricorrenza di altri elementi che ne confermavano l'attendibilità (Corte Cost. 9-16 giugno 1994 n. 241).

In questa occasione veniva significativamente rilevato come ogni *regola di esclusione di elementi di prova* che sia suggerita da canoni ispiratori della disciplina processuale non elevata al rango di norme costituzionali deve tener conto dell'*opposto principio dell'utilizzabilità* con riguardo alla funzione stessa della giurisdizione.

Anzi, la Corte finisce con il propugnare una espansione del principio di non dispersione quando, in occasione di analoghe pronunce di rigetto del ricorso contro il 1° e 4° comma dello stesso art. 500, ha ritenuto che la denuncia presentata da un privato (diversa da quella raccolta dalla P.G. e dal P.M.; raccolta in apposito verbale) può essere solo recuperata con la riconosciuta possibilità di porre domande al fine di evidenziare il contrasto con le successive deposizioni dibattimentali. (Sent. 21-28 novembre 1994 n. 407): in particolare viene riconosciuto un generale potere di domanda delle parti che, come afferma anche la relazione al progetto preliminare, "deve esplicitarsi in tutta la sua latitudine utilizzando, perciò, ogni precedente acquisizione".

Il limitato recupero così consentito alle dichiarazioni orali o alle denunce fatte pervenire dalla parte privata rispetto a quello ampio loro concesso quando vengono recepite in un verbale raccolto dalla P.G. (o dal P.M.), consente una breve digressione per puntualizzare quanto sia ancora ampia, nell'orientamento della Corte, la distinzione fra il regime dell'*atto privato* costituito dalla denuncia non verbalizzata e quello compiuto da soggetti istituzionali per la ritenuta particolare affidabilità di questi (che ne consente l'acquisizione probatoria), ciò al fine di avviare un discorso sulla novellazione in corso tesa ad ampliare l'attività investigativa di acquisizione dichiarativa dei privati (vds. disegno di leggi governative già citati e Sent. n. 24 del 1992 e 241 del 1994).

Rappresenta, infine, una norma di chiusura del sistema l'art. 507 c.p.p. già presa in considerazione dalle Sezioni Unite della Cassazione (Sent. 6-21 novembre 1992 n. 11227) che, in base alla sentenza interpretativa di rigetto della Corte Costituzionale n. 111 del 1993, consente al giudice di disporre l'assunzione di mezzi di prova anche in funzione di "supplenza dell'inerzia delle parti" al fine di "evitare assoluzioni o condanne immeritate": non essendo conforme al compito del giudice, chiamato ad assicurare la *ricerca della verità obiettiva*, che tale potere sia contenuto come ritiene il ricorrente al caso di prova "nuova" e non anche esteso ai casi di decadenza o di omesse iniziative delle parti.

PARTE II

9. Al punto 3 abbiamo enunciato quello che, da un punto di vista gnoseologico, costituisce, in generale, la nozione tipica della regola di giudizio dell'*evidenza* che, secondo quanto ritenuto, determinerebbe l'obbligo per il giudice (o di altro organo chiamato ad accertare la sussistenza di quella condizione) di adottare una particolare decisione.

Tralasciando ogni riferimento all'ampiezza, estensione o diversificazione del concetto, che ha peraltro sempre accompagnato l'evolversi di ogni sistema processuale, ed alle profonde implicazioni che esso ha dal punto di vista della filosofia del diritto, non può trascurarsi di fare un cenno a talune diverse significazioni dell'*evidenza* capaci di far meglio intendere l'aspetto che a noi interessa.

Va subito detto che l'*evidenza* non può riguardare i mezzi di prova perché, come detto, il nostro ordinamento non conosce strumenti di prova privilegiati.

Essa attiene al fatto rappresentato dai mezzi di prova, vale a dire, a delle ipotesi probatorie.

Va fatta, allora, un'importante precisazione: non bisogna attribuire a determinati fatti, anche se provengono da fonti altamente rappresentative (es. confessione, esperimenti, ispezioni, ecc.), una significazione di per se maggiore di altre o, tanto meno, di *evidenza*. In via di principio, perché costituirebbe lesione del libero convincimento del giudice che può soffrire limitazioni, soltanto in via indiretta, attraverso il divieto di utilizzare un certo mezzo (in assoluto o in determinate condizioni) sulla base di specifiche previsioni che vanno sotto il nome di "*regole di esclusione*".

Quindi può dirsi che, secondo il nostro ordinamento, mentre il processo logico-giuridico del *convincimento* è libero, quanto alle *fonti* di prove, se non è consentito privilegiarle, è, invece, possibile limitarle in base a precise regole.

In pratica, se pure la confessione (oltre che la flagranza) consente l'adozione del giudizio direttissimo, non può essa nello stesso tempo costituire fonte di prova idonea, sicuramente, a giustificare la *decidibilità allo stato* degli atti ovvero l'affermazione di un *giudizio di evidenza* che consentirebbe il rito immediato.

Possono, infatti, scaturire aspetti che rendono necessari ulteriori approfonditi accertamenti anche per la presenza di altri contrastanti elementi. In sostanza, in siffatte ipotesi, ci si viene a trovare di fronte ad una situazione di immediata percezione dei fatti da parte di una fonte rappresentativa caratterizzata soltanto dalla capacità di offrire una particolare agilità e sicurezza di valutazione.

Inoltre, la nozione non può neppure avere attinenza alle questioni di diritto in quanto è ovvio che il giudice "non può abdicare alla sua funzione giurisdizionale adducendo la complessità della questione giuridica".

Così come essa non può essere identificata con il termine di semplice "certezza" da cui la nozione di *evidenza* si distingue perché, a differenza della prima, che può anche essere il *lento e sofferto risultato* della complessa valutazione di una situazione probatoria affollata di elementi dalla significazione contrastante, quella di *evidenza* è caratterizzata dal prevalere di elementi oggettivi e storici che facilitano l'*immediata e pronta formazione di convincimento del giudice*.

Certamente, il termine in parola è inquadrabile, piuttosto, nella più ampia enunciazione legislativa di *regole valutative* di determinate situazioni caratterizzate dall'*urgenza* della decisione: trattasi di espressione analoga a quelle già conosciute anche nel vecchio codice che vanno dall'affermazione del "fondato dubbio" o "apparenza di fondamento" al "fondato motivo" alla "sufficienza di indizi" come ai "gravi indizi di colpevolezza": che possono essere di varia gradazione e che vanno, perciò, comunemente dette prove "*leviores*" ed "*efficaciores*".

10. La prima implicazione della regola dell'evidenza si presenta nel momento in cui il giudice è chiamato a valutare le determinazioni del P.M. in ordine all'esercizio dell'azione penale.

Emblematica è la vicenda della formulazione dell'attuale art. 125 disp. att. c.p.p. che, insieme all'art. 408 c.p.p., disciplina la definizione di tale fase processuale.

In proposito, la direttiva n. 50 della legge delega ha adottato la formula della "manifesta infondatezza" per definire il grado di inidoneità dei dati informativi a consentire l'archiviazione. Nozione analoga a quella della precedente delega del 1974 (punto n. 34 e 41) e del relativo progetto preliminare; conforme all'interpretazione comune del presupposto che legittimava la cessazione dell'azione penale secondo il codice abrogato (art. 74 del 1930).

La norma introdotta nel progetto preliminare (art. 115) collegava l'archiviazione all'"insufficienza" degli elementi raccolti "al fine della condanna" e, quindi, ad un giudizio sull'esito finale del processo che mal si adatta alla provvisorietà della fase, suscettibile di ulteriori acquisizioni probatorie dopo la richiesta di rinvio (art. 419 3° comma c.p.p.), dopo il rinvio al giudizio (art. 430 c.p.p.), nel corso dell'udienza preliminare, oltretutto nel corso del dibattimento.

Le decise critiche, sollevate anche dal C.S.M., determinavano l'attuale stesura dell'art. 125 che, sopprimendo la qualificazione "manifesta", limitava l'infondatezza dell'idoneità "a sostenere l'accusa in giudizio".

Anche tale formulazione è stata oggetto di critiche tanto da provocare un'eccezione di illegittimità costituzionale con la quale si è sostenuto che l'anzidetta limitazione avrebbe consentito al P.M. di archiviare anche la *notitia criminis* la cui infondatezza non fosse "manifesta", autorizzandolo, addirittura, a non iniziare l'azione penale "anche se l'inidoneità a sostenere l'accusa concerne solo i dati riguardanti l'elemento soggettivo di un reato la cui materialità risulta in modo incontrovertibile": violando, così, il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, oltre che la legge delega.

In proposito, la Corte Costituzionale, con sentenza n. 88 del 1991, ha pronunciato sentenza di rigetto ritenendo che l'infondatezza cui fanno riferimento gli artt. 125 disp. att. e 408 c.p.p. deve continuare ad essere considerata "manifesta" a meno di voler collegare necessariamente tale attributo ad un'assenza di indizi talmente evidente da precludere fin dall'inizio ogni attività di indagine. E ciò, per la semplice considerazione che la situazione in cui si trova il P.M., nel momento in cui ritiene di avanzare la richiesta, costituisce il momento finale di una attività caratterizzata dalla *completezza garantita* di indagini "complete" e talvolta integrate da investigazioni suppletive (art. 409 e 413 c.p.p.): sì che il P.M. si trova a risolvere la alternativa tra esercizio dell'azione penale ed archiviazione in una condizione "simile a quella che in precedenza conduceva, all'esito dell'istruzione, alla pronuncia di una sentenza di non doversi procedere".

Appare, pertanto, conseguenziale riconoscere un certo accostamento fra l'"insostenibilità dell'accusa" e la "evidenza" dell'innocenza prevista nella primitiva formulazione dell'art. 425 c.p.p. che, prima ancora dell'eliminazione dello attributo dell'evidenza, si riteneva consentisse il proscioglimento anche in presenza di elementi probatori a carico: lo si desumeva dal successivo art. 434 c.p.p. che consentiva la revoca del proscioglimento in considerazione di nuove fonti di prova da valutarsi, appunto, "unitamente a quelle già acquisite".

Accostamento tanto più giustificato in quanto la regola di giudizio della infondatezza deve essere anche considerata, nella definitiva formulazione dell'art. 125, non più nell'ottica del risultato dell'azione ovvero della condanna bensì in rapporto alla sostenibilità dell'accusa, tenendo anche conto delle attività integrative che appaiono esperibili dopo la richiesta di rinvio a giudizio.

11. Il richiamo alla situazione probatoria rilevante per la decisione del rinvio a giudizio o del proscioglimento *ex art.* 425 c.p.p. porta a considerare brevemente un problema che aveva appassionato la dottrina ed impegnato la giurisprudenza: trattasi della funzione di “filtro” rispetto all’attività di indagine del P.M. onde evitare che l’indiziato possa essere rinviato a giudizio sulla base di un’accusa infondata.

Viene qui in considerazione l’immanente principio, più volte richiamato dalla Corte Costituzionale, della non superfluità del processo.

Orbene, si è ritenuto che tale funzione non poteva essere adeguatamente svolta perché il requisito dell’evidenza probatoria costituiva uno sbarramento rispetto alle accuse, caratterizzate dalla carenza, insufficienza o contraddittorietà della prova, che il P.M. aveva portato avanti pur in una situazione processuale che non consentiva di fare una prognosi di ulteriori significative acquisizioni.

In altre parole, si diceva che l’udienza preliminare avrebbe potuto assolvere a tale funzione solo nel caso in cui si potesse ritenere che la regola di giudizio sottesa all’art. 425 c.p.p. sia la stessa dell’archiviazione.

L’efficienza funzionale dell’udienza preliminare sarebbe assai scarsa se il “controllo” fosse limitato alla sola prova negativa dell’innocenza: infatti, ritenendo che la regola dell’evidenza non consente di prosciogliere l’imputato raggiunto da prova carente, insufficiente o contraddittoria il G.U.P., in tali casi, sarebbe costretto a disporre il rinvio a giudizio lì dove il P.M. avrebbe potuto richiedere ed ottenere la archiviazione.

Si è, così, suggerito in dottrina ed è stato accolto in parte in giurisprudenza il correttivo di allargare la nozione di evidenza fino a comprendere qualsiasi valutazione circa la *sostenibilità dell’accusa nella fase successiva*: in base ad un giudizio di rigorosa prevedibilità di ulteriori sviluppi delle indagini.

Concetto, quindi, non contenutistico ma meramente funzionale e processuale che finisce con l’accumunare le regole di giudizio valide per l’archiviazione, per il rinvio a giudizio e per il giudizio immediato in aderenza al principio di non-superfluità del processo.

È questa la ragione che ha consigliato il legislatore a sopprimere il termine “evidenza” con la l. 8 aprile 1993 n. 105 la cui entrata in vigore è stata favorevolmente accolta dalla stessa Corte Costituzionale che, consapevole delle problematiche interpretative, ha riconosciuto come tale scelta legislativa abbia rafforzato “chiaramente il potere valutativo del giudice della udienza preliminare, così che quest’ultima possa funzionare da filtro di maggiore consistenza rispetto al dibattimento” (Corte Cost. n. 88 del 1991).

12. Tale soluzione legislativa per effetto della quale il rinvio a giudizio può essere disposto solo sulla base di un “accertamento positivo della colpevolezza dell’imputato” (Sent. Sez. 5 n. 00895 del 17 marzo 1994), ha determinato l’adozione di una diversa soluzione giurisprudenziale circa l’obbligo del giudice del riesame di valutare la permanenza dei “gravi indizi di colpevolezza” di cui al 1° comma dell’art. 273 c.p.p. in materia di misure cautelari.

Prima della novella 8 aprile 1993 n. 105, infatti, si riteneva che in materia “*de libertate*” non fosse precluso al giudice del riesame la rivalutazione del presupposto delle misure cautelari anche dopo il rinvio a giudizio dell’imputato, purché, in assenza di cause sopravvenute, non fossero state adottate nell’ambito del medesimo procedimento statuizioni fondate sul riconoscimento implicito o esplicito della sussistenza di tali indizi.

In particolare, tale possibilità, esclusa per il giudizio immediato (che presuppone l’accertamento sull’evidenza della prova), era consentita nel caso in cui il giudizio fosse stato disposto con il decreto di cui all’art. 429 c.c.p. fondato unicamente sul presupposto della “non evidenza della non-colpevolezza” (Cass. Sez. VI 02750 del 14 ottobre 1992 e Cass. I Sez. 00878 del 31 marzo 1992).

Cambiato il quadro normativo riguardo il precitato art. 425 c.p.p., la Cassazione è tornata sull'argomento ritenendo preclusa la rivalutazione dei gravi indizi anche in relazione ad un ordinario rinvio a giudizio disposto ex art. 429 e 425 c.p.p. (Sez. V del 17 marzo 1994).

13. Ciò posto, deve essere preso, senz'altro, in considerazione il rito immediato (art. 453 c.p.p.) la cui adozione è condizionata principalmente dalla valutazione circa l'evidenza della prova quanto è proposto dal P.M..

Sia detto, per inciso, che il codice adotta il termine "prova" per indicare quello che, più propriamente, costituisce un mero dato informativo addotto dal P.M. che richiede il giudizio; eccetto, evidentemente, l'ipotesi della accusa fondata su atti irripetibili o su incidenti probatori. Infatti, nel nuovo codice, si è spezzata quella continuità di prove dalla istruttoria al dibattimento che caratterizzava, invece, il vecchio sistema inquisitorio e che, in tale circostanza, avrebbe consentito al giudice di esprimere un giudizio prognostico e non solo (come quando si tratta di elementi di per sé non ancora probanti) a carattere di diagnosi.

Orbene, la dottrina e la giurisprudenza sono sostanzialmente concordi nel ritenere che il concetto di *evidenza* utile per l'instaurazione del rito immediato sia diverso da quello di *decidibilità* allo stato degli atti che consente, invece, di proseguire con il rito abbreviato.

La ragione di tale diversificazione risiede, anzitutto, nella considerazione che il giudizio immediato abbia lo scopo di scavalcare la udienza preliminare per poter così pervenire all' "*immediata*" fissazione dell'udienza dibattimentale.

Si verifica una situazione processualmente analoga, sul piano degli effetti, a quella che viene a determinarsi quando, in esito all'udienza preliminare, il G.U.P. decida di ordinare il *rinvio a giudizio*; per cui, a ben vedere, la valutazione "processuale" del G.I.P. che accoglie il giudizio immediato è sostanzialmente identica a quella che fa il G.U.P. della udienza preliminare che dispone il giudizio.

Se tale è la funzione della richiesta del P.M., alla consistenza della prova che appare evidente non può essere data una estensione diversa o maggiore di quella che occorre per il rinvio a giudizio.

Infatti, come detto, l'attributo in oggetto non attiene alla valenza probatoria dei fatti rappresentati ma alla *capacità di incidere sul convincimento del giudice con immediatezza e semplicità*: tant'è, che l'art. 454 c.p.p. configura un preciso spazio temporale entro il quale il P.M. deve poter rappresentare gli elementi di prova. La mancata esplicazione della facoltà entro 90 giorni dalla iscrizione della notizia determina una sorta di presunzione di non evidenza. Significativa è, in proposito, la relazione al progetto preliminare che fa riferimento ad "indagini comunque contenute nello spazio di 90 giorni".

Può, pertanto, fondatamente dirsi che il livello probatorio valido per l'instaurazione del giudizio immediato equivale a quello idoneo a determinare l'emissione del decreto che dispone il giudizio.

La regola dell'evidenza consiste, quindi, in una delibazione interlocutoria sulla sostenibilità dell'accusa in dibattimento che è speculare rispetto alla regola di giudizio sottesa all'art. 125 disp. att. che disciplina l'archiviazione in riferimento all'art. 408 c.p.p..

Appare, quindi, chiara la profonda differenza con la regola della c.d. decidibilità allo stato degli atti costituente il presupposto del rito abbreviato (art. 438 c.p.p.), altrimenti definito rito dell'alternanza inquisitoria: quest'ultimo, infatti, implica una completezza investigativa capace di sostenere un *giudizio definitivo di innocenza o colpevolezza* rispetto al momento processuale, cronologicamente anteriore, dove l'evidenza deve garantire solo il passaggio "immediato" alla fase dibattimentale.

Si comprende allora il senso degli espliciti enunciati giurisprudenziali che identificano l'evidenza della "prova" non con la sicurezza della condanna (o dell'assoluzione) tipica della decidibilità bensì con la "fondatezza dell'accusa per la presenza di una base di discussione non controversa pur se astrattamente controvertibile" (Cass. Sez. I num. 05355 del 26 maggio 1993); o avvertono che "l'evidenza della prova... non può essere ritenuta inesistente per il solo fatto che nel successivo dibattimento il Tribunale abbia proceduto all'assunzione di altri mezzi.

Infatti, una cosa è l'evidenza della prova... sulla cui sussistenza è sempre possibile il sindacato del Collegio giudicante" ed altra è "la definitività della prova stessa posta a base della affermazione di responsabilità" (Sezione III n. 04635 del 6 maggio 1993). Ecco perché il codice non prevede, durante il rito abbreviato, la possibilità di svolgere alcuna attività istruttoria tipica delle situazioni non definitive di accertamento salvo il caso "eccezionale e pertanto non estensibile ed altri casi, del giudizio abbreviato derivante dalla conversione del giudizio direttissimo" (Cass. Sez. VI n. 09748 del 9 settembre 1994): deroga, forse, ammessa per compensare l'assenza dell'udienza preliminare nel procedimento direttissimo.

Ancora più specificamente, la Sezione I, con decisione del 4 maggio 1994 n. 05168, ha sancito che, al di fuori del caso di cui allo art. 452 2° comma c.p.p., "nell'ordinario giudizio abbreviato l'assunzione di mezzi di prova è inammissibile anche in appello e persino nella ipotesi in cui il giudice lo ritenga assolutamente necessario".

14. Tale problematica ora definita nel senso da noi descritto in base alla sentenza della S.U. della Cass. in data 6 dicembre 1991, era emersa in un caso rimasto famoso dove, in un primo momento, il P.M. aveva chiesto al G.I.P. di emettere decreto di citazione per il giudizio abbreviato e, poi, l'imputato la sua conversione in abbreviato (art. 458 c.p.p.). Senonché il G.I.P. chiamato riteneva di non accogliere la richiesta dell'imputato per la ritenuta indecidibilità e disponeva, invece, di dare corso all'originaria proposta di immediato.

Il giudice del dibattimento, così investito del rito immediato ravvisava contraddittoria la soluzione del G.I.P. ritenendo che la delibazione sull'evidenza implicava la decidibilità; quindi, dopo aver annullato il decreto e le successive ordinanze, rimetteva gli atti al G.I.P..

Quest'ultimo, allora, elevava conflitto con il giudice del dibattimento *ex art. 28 2° comma c.p.p.*

La Corte di Cassazione interessata del contrasto, ha negato la possibilità di assimilare le due nozioni ed ha sostenuto che il giudice il quale abbia disposto il giudizio immediato non è tenuto a procedere al giudizio abbreviato "perché la verifica dell'evidenza... non comporta necessariamente anche la verifica della decidibilità".

Più in particolare, è stato poi detto sullo stesso argomento che "in tema di giudizio immediato non è consentito al giudice del dibattimento alcun sindacato sulla valutazione del giudice per le indagini preliminari circa l'evidenza della prova, così come non è previsto l'annullamento del decreto di giudizio immediato per la mancanza di una prova evidente" (Cass. Sez. VI n. 05154 del 4 maggio 1992).

15. Sulla stessa linea si colloca un'altra vicenda processuale con la quale, precedentemente, era stato affrontato il problema della compatibilità del giudice che ha disposto il giudizio immediato a celebrare il giudizio abbreviato a seguito della conversione consentita dall'art. 458 c.p.p..

La controversia trae origine dalla interpretazione sostenuta dal Tribunale il quale aveva ritenuto di attribuire alla locuzione "*giudizio*" un significato riduttivo limitato ad indicare solo il giudizio che si estrinseca nel "*dibattimento*". Per cui, ritenendo che la somma in oggetto non preveda il caso dell'incompatibilità del giudice che ha disposto il giudizio immediato a partecipare al "giudizio" abbreviato (dove non c'è dibattimento e rispetto al quale, perciò, non dovrebbe parlarsi di "giudizio" nell'eccezione del ricorrente), ha ravvisato profili di illegittimità costituzionale "dato che il giudizio reso nel rito abbreviato potrebbe ritenersi condizionato dalla valutazione circa l'evidenza della prova già effettuata ai fini dell'introduzione del giudizio immediato".

Interessante è il ragionamento seguito dalla Corte Costituzionale per disattendere la censura in quanto: anziché contestare la presunta identità del concetto di evidenza e di decidibilità (ritenuto invece dal ricorrente) e/o limitarsi a rigettare l'eccezione dovendosi interpretare la norma nel senso della previsione dell'incompatibilità (in quanto giudizio non è sinonimo di dibattimento) ha confermato la legittimità della norma spiegandone la *ratio* in funzione della (erronea) presunzione di identità fra la nozione di evidenza e di decidibilità allo stato degli atti (Corte Cost. 12 novembre 1991 n. 401).

16. L'immediata e pronta formazione del convincimento che caratterizza la nozione di "evidenza" assume una particolare connotazione nella disciplina del giudizio immediato dove, accanto alla cennata (v. punto 13) *presunzione di non-evidenza*, desumibile dall'art. 454 c.p.p. (nel caso di esercizio entro 90 giorni), va individuato il *presupposto dell'interrogatorio* dello indagato.

A ben vedere l'aspetto temporale e quello della contestazione dei fatti rappresenta il riflesso di quello che abbiamo visto essere la sostanza del concetto costituente la regola di un giudizio che deve essere celermente espresso sulla base del materiale informativo raccolto a conclusione di una determinata fase processuale.

L'interrogatorio dovrebbe, perciò, essere sicuramente visto, in funzione del giudizio di evidenza, quale atto che consente di verificare la *completezza* delle indagini eseguite ed esperibili dal P.M.: si presenta, così, come atto ricapitolativo con il quale si contesta all'indagato il punto terminale delle indagini.

Il problema che si pone è, allora, quello di stabilire se la condizione che la persona "sia interrogata" implichi o meno il richiamo ad uno specifico interrogatorio del P.M. eseguito nelle forme di cui all'art. 54 c.p.p..

Per chi ritiene che la funzione dell'interrogatorio sia quella di ricapitolare tutta l'attività investigativa fino a quel momento condotta, è inammissibile qualsiasi sua equiparazione con precedenti contestazioni del fatto avvenuta in altri momento processuali.

Soluzione che discenderebbe dal principio di non superfluità del processo ben potendo essere sopravvenute circostanze tali che, ove tempestivamente contestate, avrebbero potuto far negare l'evidenza.

Per altri, invece, il problema si pone considerando il diverso contenuto dell'interrogatorio propriamente detto e altre forme di audizione dell'interessato.

In tale ottica non potrebbero essere utilizzate le dichiarazioni eventualmente rese dall'indagato nell'udienza di convalida, sia perché la loro lettura è consentita solo eccezionalmente (art. 514 c.p.p.), sia perché l'esame dell'indagato da parte del G.I.P. non è vero interrogatorio ("sente") e non è neppure atto necessario (art. 391 n. 3) e non debbono essere osservate le regole di cui all'art. 54 c.p.p. (vds. Sent. Corte d'Appello Venezia 4 gennaio 1991: BELTRAMI in *Giurisp. di Merito*, II, 1991, p. 810).

Secondo la giurisprudenza dominante, invece, sarebbe consentita l'equiparazione con precedenti forme di contestazione del fatto.

In particolare, si ritiene sufficiente "che l'indagato sia stato interrogato sui fatti dai quali emerge l'evidenza della prova 'comunque' e cioè non necessariamente del P.M. ma anche dal G.I.P. in sede di convalida di arresto o fermo" con le modalità di cui agli artt. 64 e 65 c.p.p. (vds. Cass. Sez. V del 4 maggio 1992 n. 05160).

Sul presupposto che la norma di cui all'art. 453 1° comma non imponga uno specifico interrogatorio da parte del P.M. si afferma che la stessa "confessione" resa nell'interrogatorio di convalida – *nell'ipotesi in cui si possa ritenere tale confessione alla stregua di una prova evidente* – è condizione sufficiente a richiedere il giudizio immediato senza necessità che esso debba precedere ad un diverso interrogatorio" (Cass. Sez. VI del 4 dicembre 1992 n. 11625).

Più specificamente, sul presupposto che l'evidenza della prova sia "*implicita nella flagranza*" e che "la convalida dell'arresto ed il conseguente rito direttissimo richiedono una prova stringata del fatto-reato e di più immediata percezione di quella necessaria per il giudizio immediato", troverebbe piena giustificazione la "fungibilità dell'interrogatorio per la convalida ed il direttissimo con quella per il giudizio immediato, sempre che vi sia stata la corretta contestazione delle modalità di flagranza" (Cass. Sez. VI del 9 settembre 1994 n. 09748).

L'INIZIATIVA PROBATORIA DEL GIUDICE DIBATTIMENTALE

Relatore:

dott. Pietro LIGNOLA

presidente di sezione del Tribunale di Roma

1. È opinione diffusa che l'entrata in vigore dell'attuale codice di procedura penale abbia segnato il passaggio dal rito inquisitorio al rito accusatorio: l'espreso dettato della legge delega imponeva, del resto, la attuazione nel processo penale del sistema accusatorio.

Il modello tipico del processo accusatorio comporta la disponibilità della prova e tende quindi ad escludere, o quanto meno a rendere del tutto marginali, poteri di iniziativa del giudice: la funzione di questi è limitata alla vigilanza sul corretto esercizio dei poteri spettanti alle parti ed alla verifica dell'adempimento degli oneri loro incombenti.

Nella realtà del diritto vigente le cose stanno in maniera assai diversa. Il processo penale italiano non ha una struttura rigidamente accusatoria: la stessa legge delega subordina l'attuazione del sistema accusatorio a quella dei principi costituzionali e la limita enunciando che il processo ha funzione di ricerca della verità e disponendo espressamente l'attribuzione al giudice del potere di disporre l'assunzione di mezzi di prova (direttiva n. 73).

2. Nel testo del codice, tuttavia, il principio dispositivo è solennemente affermato nell'art. 190.1, a norma del quale "le prove sono ammesse a richiesta di parte".

Il potere del giudice di escludere prove richieste è assai ristretto: esso si riduce ai casi di inammissibilità per ragioni formali, a quelli di illegittimità per divieto legale ed a quelli di manifesta superfluità o irrilevanza.

Il potere di ammettere prove di ufficio si configura come eccezionale nel disposto dell'art. 190.2, che lo limita ai soli casi stabiliti dalla legge.

In tema di assunzione, il principio dispositivo si attua con la *cross examination*; esso è enunciato nell'art. 498.1 ("le domande sono rivolte direttamente dal P.M. e dal difensore che ha chiesto l'esame del testimone") e nei richiami fatti a tale norma dall'art. 501.1 per l'esame dei periti e consulenti tecnici e dall'art. 503.2 per l'esame delle parti private.

3. Tali drastiche affermazioni di principio non coincidono con l'effettivo tessuto normativo.

Poteri di iniziativa assai ampi sono riconosciuti al giudice dall'art. 507, che recita: "Terminata l'acquisizione delle prove, il giudice, se risulta assolutamente necessario, può disporre anche d'ufficio l'assunzione di nuovi mezzi di prova".

L'interpretazione dell'art. 507 ha dato luogo a notevoli contrasti, risolti infine dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con sentenza 6-21 novembre 1992 n. 11227 e dalla Corte Costituzionale con sentenza 24-26 marzo 1993 n. 111.

La Cassazione ha ritenuto che le parole “terminata l’acquisizione delle prove”, con le quali esordisce l’art. 507, indichino il momento iniziale e non il presupposto per l’esercizio del potere del giudice, con la conseguenza che l’ammissione d’ufficio è possibile anche quando nessuna prova sia stata precedentemente acquisita per l’inerzia delle parti; che per “prova nuova” deve intendersi qualsiasi prova non disposta precedentemente e non solo quella sopravvenuta o scoperta dopo la scadenza del termine utile per la tempestiva richiesta di parte e che quindi l’assunzione *ex art. 507* può essere disposta anche su richiesta di una parte decaduta per non aver esercitato tempestivamente il proprio diritto.

La Corte Costituzionale ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell’art. 507, aderendo alla interpretazione delle sezioni unite e specificando in motivazione che una interpretazione più restrittiva sarebbe incostituzionale. Ciò preclude, in sostanza, la possibilità di adottare, nella pratica giudiziaria, una interpretazione diversa da quella che le due Corti hanno indicato.

4. I poteri previsti dall’art. 507 solo apparentemente si collegano al disposto del secondo comma dell’art. 190.

Quest’ultima norma, come si è notato, attribuisce natura eccezionale alla ammissione di prova di ufficio.

Al contrario, con riferimento all’art. 507, la Corte Costituzionale ha sostenuto che il potere di iniziativa del giudice del dibattimento può essere definito suppletivo, ma non eccezionale: tale potere è necessario ad assicurare la funzione conoscitiva del processo, discendente dal principio di legalità, ed a scongiurare la incompatibilità del sistema con i principi costituzionali.

Su tali premesse la Corte è giunta a negare espressamente che un principio dispositivo in materia di prova trovi riscontro nella normativa positiva.

5. L’unica chiave che può aprire la strada alla composizione in un ordinato sistema dottrinale delle evidenti contraddizioni sin qui riscontrate è la individuazione dello stadio processuale in cui è “terminata l’acquisizione delle prove” come momento iniziale per l’esercizio del potere suppletivo di ammissione *ex officio*.

Tale momento viene a segnare la linea di cesura tra due fasi distinte della istruzione dibattimentale: la prima, ordinaria, nella quale l’ammissione delle prove è regolata dall’art. 190 e vige, quindi, un sia pur temperato principio dispositivo; la seconda, suppletiva e quindi eventuale, nella quale opera in via esclusiva il disposto dell’art. 507 e vige, quindi, l’opposto principio della ricerca officiosa della verità.

6. Lo sdoppiamento dell’istruzione dibattimentale, non privo di elementi di irrazionalità, non emerse alla consapevolezza dei compilatori del codice, che infatti posero l’art. 507 in scarsa evidenza, collocandolo addirittura prima delle norme relative alle letture.

Esso appare tuttavia necessitato, in un sistema costituzionale che non consente la subordinazione all’arbitrio delle parti dell’esito dell’azione penale, dalla velleità legislativa di adattare alla nostra tradizione giuridica istituti propri del diritto anglosassone.

Causa principale di questo macchinoso sistema è la separazione del fascicolo del P.M. da quello del dibattimento e la conseguente totale ignoranza in cui verte inizialmente il giudice circa le emergenze delle indagini preliminari; può accadere così che si perdano intere udienze per procedere alla assunzione di prove la cui superfluità o irrilevanza, non essendo manifesta, non era riconoscibile dall’“ingenuo” giudicante e si renda poi necessario ricominciare “*ab novo*” disponendo l’assunzione di nuove prove che le parti avevano ommesso di richiedere e che risultano poi le sole veramente utili ai fini della decisione.

Del resto la “ingenuità” imposta al giudicante comporta altre e ben più gravi conseguenze, prima fra le quali al rarissima operatività, fino alla conclusione del dibattimento, della norma di garanzia di cui al primo comma dell’art. 299.

7. Tracciamo ora un quadro sommario dei poteri eccezionali di iniziativa *ex officio* spettanti al giudice nella fase regolata dall'art. 190.

La normativa regolante gli atti preliminari al dibattimento contiene una sola norma che prevede un potere di impulso di ufficio relativo alla formazione della prova.

Trattasi dell'art. 468.5, secondo cui "Il Presidente in ogni caso dispone di ufficio la citazione del perito nominato nell'incidente probatorio a norma dell'art. 392 comma 2°".

La norma rientra nel principio generale per cui la perizia può essere disposta anche d'ufficio (artt. 508.1 e 324); evidentemente l'esame del perito potrà essere disposto anche d'ufficio, allo scopo di consentire la lettura della relazione peritale (art. 511.3); la lettura a sua volta potrà essere disposta d'ufficio (art. 511.1), essendo la relazione contenuta nel fascicolo per il dibattimento (art. 431 lett. d).

8. Il codice non attribuisce al giudice, nella fase degli atti introduttivi, alcun potere di iniziativa in materia istruttoria; va notato, tuttavia, che in tale fase il giudice verifica la composizione del fascicolo per il dibattimento.

L'art. 491.4 c.p.p., secondo cui "il giudice provvede in merito agli atti che devono essere acquisiti al fascicolo per il dibattimento ovvero eliminati da esso", non prevede espressamente la richiesta di parte né l'impulso di ufficio; tuttavia appare evidente dal sistema che acquisizione od eliminazione di atti possono essere disposte dal giudice anche sua sponte; trattandosi di correggere eventuali errori od omissioni del G.U.P., cui spettava l'iniziativa di determinare la composizione del fascicolo in conformità delle tassative disposizioni dell'art. 431.

L'esperienza dimostra la necessità, specie in alcuni grandi uffici giudiziari, di un accurato controllo del fascicolo per il dibattimento, allo scopo di unirvi, se mancanti, gli atti relativi alla procedibilità dell'azione penale (art. 431 lett. a), i documenti che costituiscono corpo del reato (art. 235), i verbali di sequestro del corpo del reato e delle altre cose pertinenti al reato (art. 431 lett. f), dei quali è agevole ipotizzare l'esistenza; si potrà, quindi, procedere all'accertamento della ubicazione dei reperti ed alla loro eventuale acquisizione. Se poi gli atti di cui alle lettere b), c) e d) dell'art. 431 fossero stati allegati in copia informale, si procederà alla loro sostituzione con gli originali in possesso del P.M.

Queste attività hanno un notevole rilievo di impulso probatorio: non si dimentichi che la lettura degli atti contenuti nel fascicolo per il dibattimento viene disposta dal giudice anche d'ufficio (art. 511.1) e che in mancanza di iniziativa probatoria delle parti, le emergenze di quel fascicolo rappresentano l'unica possibile base di partenza della iniziativa probatoria suppletiva del giudice.

9. Nel corso del dibattimento non mancano casi eccezionali di poteri istruttori primari del giudice.

La perizia, come già accennato, è il principale mezzo di prova che può essere disposto dal giudice anche d'ufficio. Manifestazioni particolari di questo potere di iniziative sono gli accertamenti sulla capacità dell'imputato di stare in giudizio (art. 70) e sulla capacità dei testi (art. 196.2) e l'acquisizione di documenti, note e pubblicazioni consultate dai periti e consulenti tecnici in sede di esame (art. 501.2).

Rilevanti poteri spettano al giudice anche in tema di lettura di atti. Oltre che degli atti contenuti nel fascicolo per il dibattimento, cui si è già fatto cenno, il giudice dispone anche d'ufficio la lettura dei verbali degli atti indicati nell'art. 238 (art. 511 *bis*).

Va ancora ricordato il potere di acquisire di ufficio qualsiasi documento proveniente dall'imputato: l'ipotesi è abbastanza frequente specie in tema di reati finanziari, allorché i funzionari che rendono testimonianza siano in possesso delle dichiarazioni fiscali dell'imputato.

10. Notevole rilevanza ha il potere del presidente di rivolgere, anche su richiesta di altro componente del collegio, domande ai testimoni, ai periti, ai consulenti tecnici ed alle parti private già esaminate (art. 506.2).

Tale potere costituisce un correttivo al principio dispositivo che regola l'assunzione della prova. Il suo uso si rende spesso necessario perché le parti, a conoscenza degli atti contenuti nel fascicolo del P.M., non sempre si rendono conto dello stato di inferiorità del giudice che, ignorando quegli atti, fatica a comprendere il significato delle deposizioni quando domande e risposte non siano abbastanza chiare e complete.

Nutro seri dubbi, peraltro, sulla ammissibilità di domande attinenti a circostanze non incluse nei capitoli di prova e che non siano emerse nel corso dell'esame condotto dalle parti: si verte, in tal caso, nell'ambito di una prova nuova che potrebbe essere disposta solo ai sensi dell'art. 507.

11. Merita autonoma considerazione il potere di ufficio, riconosciuto al giudice dall'art. 195.2, di disporre l'esame delle persone cui il teste "*de relato*" si sia riferito per la conoscenza dei fatti.

La *ratio* della norma è evidentemente quella di impedire che, nell'inerzia delle parti, una testimonianza indiretta rilevante ai fini del decidere diventi inutilizzabile.

Il caso in esame non va comunque confuso con quello, più generico, dei testi di risulta.

Nella testimonianza indiretta il teste assunto non ha conoscenza diretta dei fatti su cui ha deposto e riferisce di averli appresi da altra persona. Il teste di risulta è invece persona che il teste escusso abbia riferito essere a conoscenza di fatti anche da lui direttamente conosciuti ovvero di fatti sui quali non sia stato in grado di rendere testimonianza neanche indiretta.

L'esame della persona dalla quale il teste escusso dichiara di aver appreso i fatti va disposto anche immediatamente e, nel caso vi sia istanza di parte, ogni qualvolta non sia manifestamente irrilevante; per la ammissione di ufficio sarà necessaria e sufficiente la rilevanza dei fatti.

L'ammissione dei testi di risulta potrà invece essere disposta, se assolutamente necessaria, ai sensi dell'art. 507.

12. Sembra opportuno, a questo punto, determinare l'esatto significato dell'espressione "terminata l'acquisizione delle prove" e così individuare il preciso momento in cui, esaurito l'esercizio del diritto delle parti alla prova, subentra il potere suppletivo del giudice.

Il diritto delle parti alla prova non si esaurisce infatti con la ammissione ed assunzione delle prove indicate ai sensi dell'art. 468 e 493, in quanto dalla interpretazione sistematica delle norme contenute negli artt. 430, 493.3 e 603.2 si ricava il principio che le parti hanno, in qualsiasi stadio del dibattimento, diritto a chiedere la ammissione di prove sopravvenute o comunque non potute indicare in precedenza, ad esempio perché non conosciute.

La mancata espressa previsione della possibilità di esercitare tale diritto nel corso della istruzione dibattimentale dipende, con ogni evidenza, dalla illusione del legislatore (vedi l'art. 509) che sarebbe stato possibile anche nella realtà concentrare il dibattimento in una unica udienza.

Appare ovvio che l'acquisizione di tutte le prove, cui le parti hanno diritto rientra nella prima fase della istruzione dibattimentale, sicché dovrà trovare applicazione analogica l'art. 495.4.

Solo all'esito dell'acquisizione delle nuove prove cui le parti hanno diritto, il giudice potrà esercitare i poteri di cui all'art. 507: la assoluta necessità dei nuovi mezzi di prova potrebbe infatti venir meno ove le ulteriori prove acquisite avessero dato sufficiente completezza al quadro probatorio.

13. Le parti non hanno diritto all'ammissione dei nuovi mezzi di prova di cui all'art. 507, come chiaramente risulta dalla espressione "il giudice... può disporre".

Le parti hanno tuttavia facoltà di sollecitare il provvedimento del giudice, come risulta dalla dizione "*anche* d'ufficio" e come emerge ancor più chiaramente dall'art. 151.1 disp. att., a norma del quale "Nel caso previsto dall'art. 507 del codice, il giudice dispone l'assunzione dei nuovi mezzi di prova secondo l'ordine previsto dall'art. 496 del codice, se le prove sono state richieste dalle parti".

Quando l'iniziativa di parte è carente, il giudice può stimolarla. Questo è il senso della norma prevista dall'art. 506.1, per cui "Il presidente, anche su richiesta di altro componente del collegio, in base ai risultati delle prove assunte nel dibattimento a iniziativa delle parti o a seguito delle letture disposte a norma degli artt. 511, 512 e 513, può indicare alle parti temi di prova nuovi o più ampi, utili per la completezza dell'esame".

Il potere di ufficio può naturalmente essere esercitato anche nell'ipotesi di totale inerzia delle parti.

A riprova di ciò l'art. 151.2 disp. att. stabilisce che "quando è stato disposto di ufficio l'esame di una persona, il presidente vi provvede direttamente stabilendo, all'esito, la parte che deve condurre l'esame diretto".

14. Più frequente resta tuttavia l'ipotesi che l'ammissione dei nuovi mezzi di prova sia stata richiesta da una delle parti, ipotesi che fa sorgere il problema dei limiti di ammissibilità della prova richiesta.

Si è già visto come la sentenza 11227/92 delle S.U. ha rimosso due limiti che erano stati precedentemente ipotizzati in relazione all'espressione "terminata l'acquisizione delle prove" ed in relazione alla novità dei mezzi di prova.

Restano, peraltro, ed assumono maggiore incisività i limiti nascenti dall'esigenza che i nuovi mezzi di prova siano assolutamente necessari.

Si legge invero nella sentenza delle Sezioni Unite che le parti, quando sollecitano l'esercizio dei poteri del giudice *ex art. 507*, non possono fondare su quei poteri, delimitati dalle parole "se risulta assolutamente necessario", un affidamento certo. L'assoluta necessità in tanto può dirsi esistente, in quanto il mezzo di prova risulti dagli atti del giudizio e la sua ammissione appaia decisiva.

Si aggiunge poi nella sentenza che al giudice non è dato avvalersi dell'art. 507 per verificare solo una propria ipotesi ricostruttiva sulla base di mezzi di prova non dotati di sicura conclusione e che all'ammissione di una prova nuova *ex art. 507* il giudice non potrebbe non far seguire l'ammissione anche delle eventuali prove contrarie.

15. Considerando in generale il concetto di assoluta necessità mi sia innanzitutto consentito dissentire da quanti ritengono pleonastico l'aggettivo "assoluta", notando che la necessità è assoluta o non è.

L'aggettivazione nella nostra lingua può avere una funzione rafforzativa ispirata a criteri emotivi anziché logici e questo avviene appunto nel caso di specie.

L'aggettivo non compariva nel codice del 1930, che al 2° comma dell'art. 457 subordinava l'assunzione dei nuovi mezzi di prova al riconoscimento della semplice necessità; nella prassi applicativa però il concetto di necessità venne a stemperarsi sino alla definizione dei poteri di ufficio come "poteri discrezionali"; ora la aggettivazione della norma vigente richiama l'interprete ad un maggior rigore, configurando il potere di ammissione di ufficio come una *extrema ratio*, adoperabile solo qualora il giudice si ritrovi impossibilitato ad uscire da uno stato di dubbio. Con ciò si è voluto evitare che il giudice ceda alla tentazione di usurpare le funzioni istituzionalmente riservate alla pubblica accusa.

Vi è, fra l'altro, una forte esigenza che il processo sia sollecitamente definito: essa deve cedere di fronte alla possibilità di una agevole ricerca di verità indispensabili per un fondato giudizio, ma non anche di fronte al tentativo di accertare circostanze marginali la cui incidenza sul giudizio non sia sicura.

Non può non condividersi, quindi, l'esortazione all'organo giudicante affinché faccia un uso misurato ed accorto del potere istruttorio, esercitandolo solamente quando sia indispensabile aggiungere ad un quadro probatorio incompleto i tasselli necessari per pronunciare un giudizio.

16. Qualche chiarimento richiede il requisito che "il mezzo di prova risulti dagli atti del giudizio", incluso ad opera della Suprema Corte nel concetto di assoluta necessità.

Tale espressione appare ineccepibile quando il nuovo mezzo di prova sia disposto d'ufficio in assenza di qualsiasi richiesta di parte.

Quando invece il nuovo mezzo di prova sia richiesto da una delle parti sembra più corretto esigere, come faceva il codice del 1930 nel già citato art. 457, che l'esistenza del mezzo risulti dimostrata in modo certo; nulla osta infatti a che la parte istante fornisca tale dimostrazione all'atto della richiesta.

17. La importante affermazione della S.U. secondo cui alla ammissione di una prova nuova *ex art. 507* il giudice non potrebbe non far seguire l'ammissione anche delle eventuali prove contrarie è stata considerata una forzatura sia per la mancanza di un riferimento normativo che per la difficoltà di stabilire il momento nel quale la prova contraria deve essere richiesta.

Non condivido le critiche, anche se mi sembra doveroso distinguere, ancora una volta, fra prove disposte ad istanza di parte e prove disposte *ex officio*.

Quando una delle parti sollecita l'esercizio del potere del giudice il diritto alla prova contraria, che discende insopprimibilmente dal diritto di difesa e dal principio del contraddittorio, appare del tutto ovvio.

Non è corretto asserire la mancanza di riferimenti normativi, atteso che la dizione "anche d'ufficio", contenuta nell'art. 507, consente implicitamente la sollecitazione di tutte le parti, senza effettuare alcuna distinzione e quindi nemmeno quella fra prova diretta e prova contraria e che l'art. 151.1 disp. att., rinviando per l'assunzione all'ordine previsto nell'art. 496 del codice, suppone che i nuovi mezzi di prova siano stati richiesti da tutte le parti e non solo da una di esse. I riferimenti normativi sono del resto nel sistema: basti controllare il n. 3 lett. d, della Convenzione di Roma per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e la direttiva 75 della legge delega.

Non mi sembra, d'altra parte, lecito dubitare che, anche nella ipotesi di opposizione alla richiesta di controparte, la subordinata di prova contraria debba seguire immediatamente onde consentire al giudice una decisione contestuale.

Qualche difficoltà sembra sorgere nella ipotesi che la prova sia disposta *ex officio*; ma l'inerzia delle parti e l'iniziativa del giudice dovrebbero garantire la neutralità della prova, confermata dalle particolari modalità di assunzione: all'esame provvede il presidente, che all'esito stabilisce a chi il teste sia favorevole, attribuendo all'altra parte il vantaggio del controinterrogatorio.

Va considerato, d'altra parte, che nella ordinanza *ex art. 507* dovranno comunque essere specificati i fatti oggetto di prova e ciò consente alla parte che ritenga a lei sfavorevole il nuovo mezzo di prova di chiedere immediatamente che si proceda all'ammissione di ufficio anche della prova contraria.

18. La specificazione dei fatti oggetto della prova assume importanza assai maggiore nel caso che il nuovo mezzo di prova venga richiesto dalle parti.

La genericità della indicazione delle circostanze su cui deve vertere l'esame non è, secondo la prevalente giurisprudenza, motivo di inammissibilità della prova richiesta ai sensi dell'art. 468 perché la controparte, a conoscenza degli atti contenuti nel fascicolo del P.M., è in grado di esercitare il diritto di prova contraria.

Analoga tolleranza non è possibile quando la richiesta di prova sollecita i poteri di cui all'art. 507.

In tal caso, infatti, la parte istante deve porre il giudice nelle condizioni di poter positivamente valutare la sussistenza del requisito della assoluta necessità e ciò non è possibile quando le circostanze su cui deve vertere l'esame non siano sufficientemente specificate.

La mancanza o la genericità dei capitoli di prova comporta, quindi, la inammissibilità della richiesta di nuovi mezzi di prova ai sensi dell'art. 507.

LE FORME DELL'ESAME TESTIMONIALE.
LE CONTESTAZIONI.
LA FORMAZIONE PROGRESSIVA DEL FASCICOLO
DEL DIBATTIMENTO

Schede sintetiche a cura del:

dott. Elvio FASSONE

presidente di sezione del Tribunale di Torino

A. L'esame testimoniale

– Fasi dell'esame: tre (di cui due eventuali).

Funzione dell'esame diretto: il deducente postula che l'esaminato dirà la verità, giovevole al suo assunto, ed intende comunicarla al giudice, che la ignora.

Funzione del contro-esame: il contro-esaminatore postula che l'esaminato non abbia detto compiutamente la verità, ed intende ribaltare l'apparente verità fornita dall'esame diretto.

Funzione della replica: il deducente ritiene che il contro-esame abbia posto in luce apparenti smagliature, dovute essenzialmente alla tecnica di escussione (od alla incapacità dell'esaminato di reggere alle domande suggestive), e mira a riequilibrare gli esiti del mezzo di prova nel suo complesso.

– Caratteri delle tre fasi.

Nell'esame diretto e nella replica non possono essere rivolte né domande suggestive né domande che possono nuocere alla sincerità delle risposte (in seguito = "nocive").

Nel contro-esame non possono essere rivolte domande nocive.

In ciascuna delle fasi vigono le regole deontologiche alla cui osservanza è preposto il controllo del presidente (art. 499 commi 4 e 6).

L'esaminatore diretto, pertanto, fruisce della replica ma si inibisce le domande suggestive. Il controesaminatore versa nella situazione speculare.

– Tipi di domanda e connotati dell'esame.

La domanda suggestiva ("*leading question*", o domanda che conduce) indirizza il teste a dichiarare circostanze che egli non enuncia spontaneamente. Suoi connotati (non esclusivi) sono l'implicazione o presupposizione; l'indebito soccorso o supplenza alla memoria; la manifesta indicazione dell'obiettivo al quale l'esaminatore vuole condurre l'esaminato.

La domanda "nociva" contiene una pressione psicologica volta a far dire al teste cosa diversa da quella che direbbe spontaneamente.

"Genuinità delle risposte" (art. 499 comma 6): salvezza del sentimento di paternità della risposta in capo a chi la fornisce.

"Sincerità delle risposte" (art. 499 comma 2): corrispondenza tra la rappresentazione del reale posseduta dall'esaminato e la proposizione da lui enunciata.

“Lealtà dell’esame” (*rectius*: di chi lo conduce): adesione al codice deontologico che deve ispirare il mezzo di prova, complessivamente inteso ad ottenere risposte spontanee e sincere.

– Eccezioni alla conduzione dell’esame ad opera delle parti:

- a) esame testimoniale del minore (art. 498 comma 4);
- b) esame disposto d’ufficio ai sensi dell’art. 507 (art. 151 norme att.);
- c) processo di pretura (art. 567 comma 4) (sull’accordo delle parti).

– Questioni processuali.

Esame della stessa persona richiesto da due o più parti. Lo si effettua unitariamente. Inizia l’esame il pubblico ministero, lo si prosegue nell’ordine di cui all’art. 493 comma 2. Ogni deducente conserva la facoltà del contro-esame e le relative potestà.

Possibilità di condurre l’esame al di fuori delle circostanze dedotte nella lista *ex art.* 468: deve ritenersi sussistente, alla luce della sempre minore specificità richiesta nella deduzione. Deve ritenersi, peraltro, che se una parte assume che il teste le serve solamente per un determinato tema di prova, e poi sostituisce il tema con un altro, l’esame su questo è inammissibile, avendo privato la controparte del diritto alla controprova, e avendola esposta a temi a sorpresa.

– Giurisprudenza.

“La formulazione di domande tramite il capitolo di prova si risolve in una mera ripetizione di una testimonianza predisposta nel suo complesso, e rende pertanto agevole ed unilaterale la risposta, ponendosi così in contrasto con l’art. 499 comma 3, che vieta di porre domande che tendano a suggerire le risposte” (fatispecie in tema di rigetto di ricorso avverso ordinanza e sentenza di condanna del giudice di appello, che aveva dichiarato l’inutilizzabilità delle deposizioni testimoniali rese a conferma dell’alibi dell’imputato, su capitoli di prova analitici) (Cass. I, 21 gennaio 1992, *CP* 1993, p. 1796, n. 1070).

“L’art. 499 comma 6 affida al presidente del collegio il potere di dirigere l’istruttoria dibattimentale e di stabilire caso per caso la pertinenza e l’utilità delle domande, né è sufficiente il dissenso del difensore al riguardo per qualificare come illegittimo l’intervento regolatore del presidente: infatti l’esame incrociato non può essere identificato con la libertà, scevra da ogni vincolo, di muovere domande a valutazione esclusiva della difesa”.

“A chi conduce il contro-esame non possono essere inibite domande che tendono a suggerire le risposte, neppure in virtù del potere presidenziale di intervenire per assicurare la genuinità e la sincerità delle risposte, tutelate dalla regola generale di cui al comma 6 dell’art. 499” (Cass., III, 3 giugno 1993, *CP* 1995, p. 79, n. 58).

“La valutazione della pertinenza e della rilevanza delle domande, in sede di esame e di contro-esame, è rimessa al prudente ed insindacabile apprezzamento del presidente, o del pretore” (Cass., I, 23 giugno 1993, *Rv.* 194, 367).

“Le regole per l’esame ed il contro-esame debbono trovare applicazione anche nel caso di istruzione dibattimentale in sede di appello” (Cass. *ult. cit.*). Per conseguenza, solo dopo che sono stati esauriti l’esame ed il contro-esame delle parti, il presidente può rivolgere direttamente domande alle persone già esaminate (Cass., II, 22 settembre 1992, *CP* 1994, p. 1545, n. 928) (*contra* Cass., I, 30 aprile 1992, *Riv. pen.* 1993, p. 479).

“Il giudice può ammettere i testimoni a rendere dichiarazioni spontanee integrative delle risposte date alle domande e pertinenti al tema di prova, sia nel corso dell’esame incrociato, sia in un momento successivo, quando il teste di sua iniziativa ritenga di presentarsi di nuovo a deporre, e in entrambi i casi può legittimamente utilizzarle per la formazione del proprio convincimento” (Cass., V, 9 giugno 1993, *CP* 1995, p. 96, n. 81).

“Sono utilizzabili (sebbene assunte in modo non regolare) le dichiarazioni testimoniali assunte non secondo le prescrizioni di cui all’art. 498 c.p.p., ma mediante semplice conferma, a richiesta del presidente, delle dichiarazioni già rese in dibattimento, davanti ad un precedente collegio venuto meno per la morte di uno dei componenti” (Cass., I, 11 maggio 1992, CP 1994, p. 125, n. 101).

“Deve ritenersi valido e processualmente utilizzabile il riconoscimento operato in udienza dalla persona offesa, nel corso dell’esame testimoniale, nei confronti dell’imputato presente” (Cass., I, 11 maggio 1992, CP 1994, p. 125, n. 101).

– Accorgimenti tecnici e tattici.

Cfr. C. CARNEVALI, *L’esame dibattimentale: tecniche, strategie, casistica*, in *Quaderni del C.S.M.*, 1993, p. 179.

G. MALERBA, *L’esame dibattimentale: tecniche, strategie, casistica*, *ivi*, p. 201).

L. CARLI, *Tecniche di interrogatorio in sede dibattimentale* (Relazione al C.S.M. nel II corso di aggiornamento professionale per i magistrati delle Procure circondariali sulle tecniche di indagine; 24-28 gennaio 1994).

– Dottrina.

AVANZINI, *L’esame dibattimentale delle fonti di prova personali*, in *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di Ubertis, 1992, p. 72.

FRIGO, *Commento all’art. 499 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, V, Torino 1991, p. 254.

SELVAGGI, *Esame diretto e contro-esame*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino 1990, p. 280.

COMOGLIO, *Modello accusatorio e deontologia dei comportamenti processuali nella prospettiva comparatistica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1993, p. 435.

CUCCHI, *Rito accusatorio e cross-examination inglese: un confronto ravvicinato*, in *Giust. pen.*, 1991, III, c. 257.

DE FRANCHIS, *Cross-examination*, in *Dig. disc. pen.*, vol. III, Torino 1988, p. 279.

FANCHIOTTI, *La testimonianza nel processo adversary*, Milano 1988, p. 281.

GAMBINI, *La cross-examination dell’imputato nel processo penale inglese: limiti ed inconvenienti*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1975, p. 1217.

WELLMAN, *The art of cross-examination*, Londra 1936, IV ed.

B. Le dichiarazioni

– Sollecitazione rivolta all’esaminato, consistente nel sottoporli sue precedenti dichiarazioni difformi, al fine di produrre coerenze tra le versioni o spiegazione della diversità.

– Natura e qualità della dichiarazione utilizzabile per la contestazione: le sole dichiarazioni provenienti dalla persona esaminata, presenti nel fascicolo del P.M..

Sono utilizzabili anche se assunte in procedimento diverso e poi acquisite al fascicolo per il dibattimento; anche se assunte ai sensi dell’articolo 430 c.p.p.. Non sono utilizzabili le dichiarazioni assunte dal P.M. dopo il deposito della documentazione dell’attività integrativa di indagine, *ex art. 430 comma 2*.

– Valore della dichiarazione utilizzata per la contestazione.

1) Nella formulazione originaria del codice: meno valore “screditante” della dichiarazione dibattimentale (efficacia probatoria indiretta) (art. 500 comma 3). Acquisibilità al fascicolo per il dibattimento solo per talune specifiche dichiarazioni (assunte nel corso delle perquisizioni, ovvero sul luogo e nell’immediatezza del fatto).

2) A seguito della sentenza 3 giugno 1992 n. 255 della Corte Costituzionale: acquisibilità nel fascicolo per il dibattimento, e conseguente piena utilizzabilità.

3) A seguito della legge 7 agosto 1992 n. 356:

* acquisibilità, e possibilità di essere valutata come prova, se sussistono altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità (art. 500 comma 4) (efficacia potenzialmente completa);

** acquisibilità e possibilità di essere valutata come prova, anche in assenza di "corroboration", quando risultano turbative della testimonianza (art. 500 comma 5) (efficacia direttamente completa);

*** acquisibilità e idoneità a costituire prova, quando è stata assunta dal giudice dell'udienza preliminare (art. 500 comma 6) (efficacia iperbolicamente completa);

**** efficacia limitata alla valutazione della credibilità delle dichiarazioni dibattimentali, quando non è affiancata da altri elementi di prova, e non si versa in alcuna delle ipotesi di cui ai commi 5 e 6 (art. 500 comma 3) (efficacia parziale).

– Possibile dissociazione degli effetti: anche le dichiarazioni che non possono essere acquisite al fascicolo per il dibattimento possono essere sempre utilizzate per contestare le difformità, e per operare l'efficacia indiretta sulle dichiarazioni dibattimentali (cfr. *infra* Corte Cost. 28 novembre 1994 n. 407).

– Dichiarazioni utilizzabili per le contestazioni: quelle rese precedentemente dalla persona esaminata (testimone, perito, consulente tecnico, imputato, altra parte privata, imputato ai sensi dell'art. 210), e contenute nel fascicolo del Pubblico Ministero.

Utilizzabilità ai fini delle contestazioni (quanto all'imputato) di tutte le dichiarazioni da lui rese in precedenza. Acquisibilità al fascicolo per il dibattimento delle sole dichiarazioni alle quali il difensore aveva diritto di assistere, assunte o dal P.M., o dalla polizia giudiziaria per delega, o dal G.I.P. in sede di convalida, interrogatorio della persona in stato di custodia cautelare, dell'imputato nell'udienza preliminare. Conseguente esclusione (e limitata utilizzazione ai soli fini della contestazione, con mera efficacia indiretta) delle dichiarazioni spontanee rese alla P.G. *ex art.* 350 comma 7; delle dichiarazioni rese in sede di presentazione spontanea, assunta *ex art.* 374 comma 1; delle dichiarazioni rese dall'imputato (e per quanto occorra, anche dal coimputato) prima di assumere la qualità di persona sottoposta alle indagini, e perciò senza l'assistenza del difensore.

Utilizzabilità anche se le dichiarazioni sono state rese in altro procedimento, purché acquisite al fascicolo del P.M., quale formato *ex art.* 433.

– Giurisprudenza costituzionale

“Non è fondata, in riferimento agli artt. 3, 24, 25 e 101 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 500 comma 4 c.p.p., nella parte in cui subordina all'esistenza di altri elementi di prova, capaci di confermarne l'attendibilità, l'utilizzabilità come prove delle dichiarazioni precedentemente rese dal testimone nel corso delle indagini preliminari, ed utilizzate nel dibattimento per le contestazioni” (Corte Cost. 16 giugno 1994 n. 241).

“Non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 500 commi 1 e 4 c.p.p., sollevata in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., nella parte in cui non consente che, per contestare il contenuto della deposizione testimoniale, le parti possano servirsi della denuncia scritta presentata dal testimone all'autorità giudiziaria, con successiva eventuale acquisizione al fascicolo per il dibattimento” (Corte Cost., 28 novembre 1994 n. 407).

– Giurisprudenza di legittimità.

“Al fine di poter valutare, come prova dei fatti in esse affermati, le dichiarazioni acquisite a seguito delle contestazioni – allorquando risultino situazioni che hanno compromesso la genuinità dell’esame testimoniale – non è richiesto che tale compromissione derivi necessariamente da un fatto attribuibile all’imputato: qualunque situazione, desumibile persino dalle stesse modalità della deposizione, può essere liberamente apprezzata dal giudice, che è soltanto tenuto ad esternare il suo convincimento con motivazione esente da vizi logici” (Cass., I, 18 giugno 1993, *CP* 1995, p. 369, n. 295).

“In virtù del generale rinvio operato dall’art. 598 c.p.p., il diritto delle parti di contestare il contenuto di una dichiarazione sulla base delle dichiarazioni precedentemente rese, e contenute nel fascicolo del P.M., deve poter essere esercitato anche nell’istruzione dibattimentale in sede di appello, a nulla rilevando che le dichiarazioni non siano nella materiale disponibilità del P.M. presso il giudice d’appello, posto che il fascicolo del P.M. di prime cure è nella disposizione giuridica di tutte le parti” (Cass. III, 3 giugno 1993, *CP* 1995, p. 79, n. 58).

“I verbali degli interrogatori resi dall’imputato al P.M. ed al G.I.P. possono essere acquisiti integralmente al fascicolo processuale *ex* art. 503 qualora, per l’elevato numero di contestazioni mosse all’imputato nel corso dell’esame dibattimentale, sia impossibile l’individuazione delle frasi non oggetto delle contestazioni stesse” (Cass. I, 23 giugno 1993, *CP* 1994, p. 3031, n. 1882).

C. La formazione progressiva del fascicolo del dibattimento

1) Atti che entrano nel fascicolo del dibattimento a seguito del decreto che dispone il giudizio:

1/a) atti relativi alla procedibilità dell’azione penale (tra gli stessi deve essere inclusa l’attestazione, prevista dall’art. 337 comma 4 c.p.p., della data e del luogo di presentazione della querela, come pure quella dell’avvenuta identificazione del querelante: Cass., V, 16 febbraio 1993, *CP* 1994, p. 2766, n. 1742; nonché atti relativi all’esercizio dell’azione civile.

“Il legislatore, nel consentire la possibilità di dare lettura dei verbali delle dichiarazioni orali di querela ai soli fini dell’accertamento dell’esistenza della condizione di procedibilità (art. 511 comma 4), ha preso in considerazione l’atto di querela esclusivamente sotto il suo aspetto formale, e cioè quale presupposto di validità del rapporto processuale; peraltro, quando per fatti o circostanze imprevedibili, risulti impossibile la ripetizione del contenuto dell’atto di querela, deve trovare applicazione l’art. 512 c.p.p., intendendosi per ‘atti assunti dalla P.G.’ non solo gli atti formati a seguito di attività diretta di tale autorità, ma anche gli atti semplicemente ricevuti dalla stessa” (Cass., V, 2 dicembre 1993, *CP* 1994, p. 2111, n. 1321).

1/b) verbali degli atti non ripetibili compiuti dalla polizia giudiziaria, al riguardo: L’obbligo di verbalizzazione degli atti indicati nell’art. 357 comma 2 c.p.p. non è prescritto a pena di nullità, sicché è da ritenere che, qualora la loro documentazione sia avvenuta in altro modo, essa può far parte del fascicolo del P.M., sempre che non facciano difetto i requisiti sostanziali, da individuarsi essenzialmente nella stretta contiguità spazio-temporale (compatibile con le esigenze della pratica) fra la loro redazione ed il verificarsi dei fatti che ne formano oggetto, e nella certa provenienza, attestata da apposita sottoscrizione, dal pubblico ufficiale abilitato che ne figura autore (Cass. I, 14 giugno 1993, *CP* 1994, p. 2143, n. 1339; Cass. I, 3 febbraio 1993, *CP* 1994, p. 1879, n. 1147; Cass. V, 18 giugno 1991, *ivi* 1992, p. 92, n. 68) (fatispecie in tema di sommarie informazioni non verbalizzate, ma semplicemente sintetizzate nell’informativa di reato).

– Sono stati considerati irripetibili dalla giurisprudenza:

- * i rilievi fotografici relativi ad un assembramento di persone integrante illecito penale;
- * rilievi fotografici eseguiti dalla P.G. sui veicoli coinvolti in un sinistro;

* il processo verbale di constatazione della Guardia di Finanza, limitatamente allo stato della documentazione fiscale, e comunque nella parte in cui contiene constatazione di fatti; con esclusione della parte in cui contiene valutazioni degli operanti, accertamenti tecnici, dichiarazioni di terzi o dell'indagato;

* verbali di inventario allegati alle relazioni del curatore fallimentare;

* il verbale degli ispettori del lavoro, quando contenga la descrizione di cose, di tracce o di luoghi suscettibili di modifica nel tempo, per eventi naturali o per comportamenti umani;

* l'autopsia disposta dal P.M. con l'osservanza delle forme di cui all'art. 360;

* l'individuazione di persona (ma vi è contrasto, in quanto l'atto di individuazione può essere sempre rinnovato, attraverso una ricognizione);

* i rilievi fotografici sulla persona; le rilevazioni antropometriche;

* la consulenza tecnica disposta dal P.M. ai sensi dell'art. 360 c.p.p., quando l'indagato non si sia avvalso della facoltà di richiedere incidente probatorio;

* il verbale di prelevamento di campioni per analisi (ma la questione è controversa: il prelievo viene compiuto prima dell'insorgere di indizi di reità a carico di un soggetto, e quindi non è attuato con l'osservanza delle garanzie previste dal codice, ai sensi dell'art. 220 disp. att.; pertanto non può dirsi compiuto dalla P.G. nel regime di garanzia dettato dal codice, e si ritiene debba ricondursi piuttosto alla categoria degli atti extra-processuali, sottoposti alla disciplina propria dei documenti);

* il verbale delle analisi dei campioni prelevati (se conformi al disposto dell'art. 223 disp. att.);

* il verbale di sequestro, con esclusione della parte riprodotte dichiarazioni di terzi;

* il verbale di perquisizione, personale o reale;

* il verbale di ispezione locale, personale o reale effettuata dalla P.G. di propria iniziativa o per delega;

* le attività di pedinamento e di appostamento, se adeguatamente verbalizzate;

* i verbali delle operazioni di predisposizione degli impianti di ascolto e di controllo delle conversazioni telefoniche e delle loro registrazioni.

Sono stati esclusi dalla nozione di atti irripetibili:

* gli accertamenti tecnici "distruttivi", cioè gli accertamenti effettuati dalla P.G., che rendono non più ripetibile l'accertamento stesso per esaurimento del campione o per distruzione dell'oggetto (art. 117 disp. att.): in tale evenienza la P.G. deve investire della questione il P.M., affinché questi valuti se procedere *ex art.* 360 c.p.p.;

* le sommarie trascrizioni del contenuto delle conversazioni telefoniche intercettate;

* gli atti, od il contenuto parziale degli atti, indicati per esclusione nella sezione degli atti considerati irripetibili.

Sulla nozione di "atti non ripetibili" (e la differenza rispetto a quella di "atti non rinviabili") cfr.:

– artt. 360 c.p.p., 117 e 223 disp. att..

– "Sono atti non ripetibili quelli mediante i quali la polizia giudiziaria prende diretta cognizione di fatti, situazioni o comportamenti umani dotati di una qualsivoglia rilevanza penale, e suscettibili, per loro stessa natura, di subire modificazioni, o addirittura di scomparire in tempi più o meno brevi" (Cass. I, 14 giugno 1993, *cit.*).

1/c) i verbali degli atti non ripetibili compiuti dal pubblico ministero (vale, tendenzialmente, quanto detto *sub* 1/b);

1/d) i verbali degli atti assunti nell'incidente probatorio e di quelli assunti all'estero a seguito di rogatoria (quanto a questi ultimi, si precisa che la relativa lettura deve considerarsi ammissibile solo in quanto la stessa sia ammissibile in relazione al contenuto degli atti ed alle modalità di acquisizione);

1/e) il certificato del casellario giudiziale e gli altri documenti indicati nell'art. 236;

1/f) il corpo del reato e le cose pertinenti al reato.

2) Atti che entrano nel fascicolo a seguito dell'ammissione disposta negli atti introduttivi del dibattimento:

2/a) documenti ammessi (art. 495 c.p.p.);

2/b) verbali di prove di altro procedimento penale, nei termini di cui all'art. 238 comma 1, 2 e 3;

2/c) verbali di dichiarazioni assunte in altri procedimenti, al di fuori delle ipotesi di cui ai commi 1, 2 e 3 dell'art. 238, quando le parti vi consentono;

2/d) sentenze irrevocabili, nei termini di cui all'art. 238-bis;

2/e) documentazione di atti di un procedimento penale compiuti da un'autorità giudiziaria straniera (art. 78 comma 1 disp. att.);

2/f) atti non ripetibili compiuti dalla polizia straniera, quando le parti vi consentono, ovvero dopo l'esame dell'autore degli stessi (art. 78 comma 2 disp. att.);

2/g) il verbale dell'udienza dibattimentale (art. 515).

3) Atti che entrano nel fascicolo a seguito di lettura, conseguente a fatti accertati nel corso del dibattimento:

3/a) verbali di atti ad irripetibilità sopravvenuta ed imprevedibile, assunti dalla P.G., dal P.M. o dal G.I.P. nell'udienza preliminare (art. 512 c.p.p.);

3/b) verbale di dichiarazioni rese dal cittadino straniero residente all'estero, qualora non citato, ovvero citato e non comparso (su prudente valutazione del giudice, tenuto conto degli altri elementi di prova acquisiti);

3/c) verbali di dichiarazioni rese al P.M. od al G.I.P. da imputato contumace, o assente, o che rifiuta di sottoporsi ad esame (art. 513 comma 1);

3/d) verbale di dichiarazioni rese da persona imputata in procedimento connesso o collegato, se non è possibile ottenerne la presenza al dibattimento, o se si avvalga della facoltà di non rispondere (art. 513 comma 2);

3/e) relazione peritale, dopo l'esame del perito (art. 511 comma 3).

4) atti che entrano nel fascicolo a seguito di contestazione:

4/a) verbali di dichiarazioni testimoniali rese alla P.M., utilizzati per le contestazioni, e confortati da altri elementi di prova (art. 500 comma 4);

4/b) verbali di dichiarazioni testimoniali rese alla P.G. od al P.M., utilizzati per le contestazioni, quando risultano fatti che hanno turbato la genuinità della deposizione dibattimentale (art. 500 comma 5);

4/c) verbali di dichiarazioni testimoniali rese al G.I.P. a norma dell'art. 422 (art. 500 comma 6);

4/d) verbali di dichiarazioni rese dall'imputato al P.M., od alla P.G. su delega, alle quali il difensore aveva il diritto di assistere (art. 503 comma 5);

4/e) verbali di dichiarazioni rese al G.I.P. da persona in stato di custodia cautelare, o dall'arrestato o dal fermato nell'udienza di convalida, o dall'imputato in sede di udienza preliminare (art. 503 comma 6, in relazione agli artt. 294, 391, 422);

4/f) verbali di dichiarazioni rese da persona imputata di reato connesso, alle quali il difensore aveva il diritto di assistere (art. 503 comma 5, richiamato dall'art. 210 comma 5).

5) Atti che entrano nel fascicolo ai limiti effetti delle contestazioni, se sono stati utilizzati a tale fine:

5/a) verbali di dichiarazioni rese dall'indagato alla P.G., non su delega, alla presenza del difensore (art. 350 comma 1);

5/b) verbali di dichiarazioni rese spontaneamente dall'indagato alla P.G. (art. 350 comma 7);

5/c) verbali di dichiarazioni rese da testimoni al P.M. od alla P.G., quando non sono confortate da altri elementi di prova;

5/d) verbali di dichiarazioni rese in altri procedimenti, acquisite al di fuori delle situazioni di cui all'art. 238 comma 1, 2 e 3, quando non vi è il consenso delle parti alla loro piena utilizzazione (art. 238 comma 4).

– La categoria degli atti inseriti nel fascicolo per il dibattimento non coincide con la categoria degli atti utilizzabili ai fini della decisione.

Atti che vi sono inseriti ne possono venire espunti, a seguito di incidente *ex* art. 491 (e reciprocamente).

Atti che vi sono inseriti, lo sono ai limitati fini dell'efficacia indiretta, o "screditante" (v. par. che precede).

Gli atti facenti parte del fascicolo diventano utilizzabili solo dopo la lettura. La lettura di verbali di dichiarazioni è disposta solo dopo l'esame della persona che le ha rese, a meno che l'esame sia divenuto impossibile (art. 512), o esso non sia stato ammesso (art. 190-*bis*): pertanto, se l'esame non ha luogo, l'inclusione dell'atto nel fascicolo non produce di per sé la sua utilizzabilità.

I POTERI INTEGRATIVI E SURROGATORI DEL GIUDICE PER L'UDIENZA PRELIMINARE E DEL GIUDICE DEL DIBATTIMENTO

Relatore:

dott. Aniello NAPPI

magistrato di appello applicato al Massimario della Corte di Cassazione

1. Il problematico rapporto tra i poteri processuali delle parti e del giudice si esprime nella contrapposizione tra principio dispositivo, che affida alle parti sia la definizione dell'oggetto della controversia sia la formazione della prova, e principio inquisitorio, che valorizza l'iniziativa officiosa del giudice. Questa contrapposizione ha assunto, soprattutto nel passato, notevoli implicazioni ideologiche. Taluni hanno presentato, infatti, il principio dispositivo come proprio dei sistemi politici liberali e il principio inquisitorio come proprio dei sistemi politici autoritari (TARELLO, DAMASKA). Altri, in particolare nell'ambito della tradizione socialista democratica, hanno sostenuto che solo la funzione direttiva del giudice può supplire alle inevitabili carenze difensive delle parti più povere, e quindi più deboli, del processo (MENGER).

Oggi tende a prevalere una prospettiva epistemologica (TARUFFO), che considera il processo soprattutto come strumento di conoscenza, destinato a un accertamento dei fatti, che, almeno nel processo penale, trascende gli interessi individuali delle parti. E in questa prospettiva l'alternativa tra principio dispositivo e principio inquisitorio viene riproposta come questione metodologica, in funzione di un'impostazione razionale del processo, risultando, così, almeno in parte sottratta alla tradizionale contrapposizione tra autorità e libertà, che l'aveva caricata di significati ideologici.

Il processo penale è destinato ad accertare se sia stato commesso un fatto per il quale le norme di diritto penale sostanziale comminano una pena.

Il pubblico ministero afferma che l'imputato ha commesso un fatto riconducibile a una delle fattispecie astratte descritte dal codice penale. E il processo è destinato a verificare se questa asserzione sia vera, se l'enunciato formulato dal pubblico ministero nell'elevare l'imputazione corrisponda ai fatti. In questo senso si può dire che il processo è destinato alla ricerca della verità (FERRUA). Ma "verità" è una parola rischiosa, perché è capace di evocare concetti carichi di implicazioni ideologiche, come, a esempio, quelli di "Natura" o di "Essere", mentre deve risultare chiaro che, quando definiamo la "verità", noi parliamo soltanto del rapporto tra una descrizione e il suo oggetto, quali che siano le nostre opzioni metodologiche circa i criteri per accertare se un enunciato descrittivo sia vero, per conoscere, cioè, i fatti cui esso pretende di corrispondere.

Nel processo penale, dunque, si discute circa l'attendibilità dell'affermazione di colpevolezza dell'imputato in ordine al fatto descritto nell'imputazione. E tutto ciò che è rilevante, tutto ciò che è idoneo a questa verifica dovrebbe costituire prova, perché, com'è stato ben detto, dal punto di vista della logica, "la rilevanza non è propriamente una qualità della prova ma un carattere costitutivo di essa" (TARUFFO).

Il discorso sulla rilevanza della prova, peraltro, è più complesso di quanto potrebbe apparire dalla sua definizione solo in termini di idoneità all'accertamento del fatto descritto nell'imputazione. Oggetto della prova può certamente essere un fatto che le norme di diritto sostanziale individuano come elemento costitutivo del reato ovvero come circostanza aggravante o attenuante. Ma oggetto di prova può essere anche un fatto secondario, dal quale è possibile desumere per via inferenziale conclusioni in ordine al fatto principale, quello direttamente

riconducibile alla qualificazione giuridica. E in questo secondo caso il giudizio di rilevanza della prova implica una valutazione non solo sull'idoneità a provare il fatto secondario, ma anche sulla possibilità di trarre da questo fatto, ove provato, conclusioni in ordine al fatto principale (TARUFFO). Sicché la rilevanza di una prova dipende non solo dalla sua pertinenza ai fatti descritti nell'imputazione, ma anche dal più ampio contesto ricostruttivo della vicenda in cui quel fatto si inserisce.

In realtà, il procedimento probatorio richiede innanzitutto la formulazione di almeno un'ipotesi di ricostruzione della vicenda oggetto di giudizio. E quando si formula un'ipotesi del genere si adopera quel tipo di argomentazione che è detto *abduttivo*, perché consente di risalire dall'effetto alla causa.

Assumendo che una vicenda consiste di una pluralità di eventi, ciascuno dei quali può avere le cause più disparate, le argomentazioni *abduttive*, intese a spiegare e ricostruire la vicenda, operano su due livelli (ECO). A un primo livello consentono di tentare un'elencazione di tutte le possibili cause di ciascun evento, delimitando, così, l'ambito delle ipotesi proponibili per la ricostruzione della vicenda. A un secondo livello consentono di selezionare, tra quelle proponibili, l'ipotesi di ricostruzione della vicenda che appare più probabile in una determinata prospettiva di coordinamento tra le diverse possibili cause della pluralità di eventi. Si traggono, poi, deduttivamente tutte le conseguenze necessarie dell'ipotesi ricostruttiva *abduttivamente* formulata e si verifica se sono compatibili con le evidenze, vale a dire i fatti certi o indiscussi.

Questo schema argomentativo è comune a tutte le attività di ricerca che tentano di ricostruire un evento partendo dalle sue conseguenze: oltre all'attività giudiziaria, la storia, l'archeologia e la stessa medicina (C. GINZBURG, G. MANETTI, P. DESIDERI, G. PUCCI, P. VINEIS).

Sia nei sistemi di *common law* sia in quelli continentali, quindi, è oggi diffusa la concezione del "giudizio di fatto come scelta dell'ipotesi razionalmente più attendibile tra diverse ricostruzioni possibili dei fatti della causa" (TARUFFO). E poiché è evidente, come si è già accennato, che la valutazione di rilevanza di una prova dipende dall'ipotesi ricostruttiva dei fatti nella quale la prova si inserisce, per questa ragione il principio dispositivo, che affida alle parti l'iniziativa probatoria, appare oggi più rispondente ai criteri di razionalità condivisi. Se l'orizzonte del giudice definisce ciò che è probabile, infatti, l'orizzonte delle parti deve definire ciò che è possibile, perché quanto maggiori sono le possibilità suggerite al vaglio critico del giudice dal confronto delle parti, tanto maggiori sono le probabilità che il processo si concluda con una sentenza giusta.

2. Nel vigente codice di procedura penale il rapporto tra giudice e parti è regolato con una dichiarata preferenza per il principio dispositivo.

Nella fase delle indagini preliminari e nell'udienza preliminare l'iniziativa probatoria è integralmente nella disponibilità delle parti, che svolgono senza contraddittorio le proprie attività investigative, sebbene sia previsto l'intervento della difesa ad alcuni atti della polizia giudiziaria e del pubblico ministero. Lo stesso incidente probatorio può essere ammesso solo su richiesta delle parti e tutti i riti dell'alternativa inquisitoria sono costruiti come giudizi allo stato degli atti, che non ammettono integrazioni probatorie.

In queste fasi sono previste solo due deroghe al principio dispositivo.

La prima è posta a tutela del principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale e consente al giudice per le indagini preliminari di ordinare ulteriori attività investigative al pubblico ministero che abbia richiesto un'archiviazione ritenuta prematura. La seconda tende a salvaguardare la funzione di filtro dell'udienza preliminare e consente al giudice di sollecitare in questa fase l'iniziativa probatoria delle parti indicando "temi nuovi o incompleti sui quali si rende necessario acquisire ulteriori informazioni ai fini della decisione" (art. 422).

Nella fase del dibattimento filo conduttore della disciplina della prova è, appunto, l'idea che il processo sia destinato alla verifica di contrapposte ipotesi ricostruttive dei fatti. La verifica non riguarda più, come nel codice abrogato, l'ipotesi ricostruttiva dei fatti formulata dal giudice, ma riguarda le diverse ipotesi ricostruttive proposte dalle parti.

Principio cardine di questa impostazione è una presunzione di ammissibilità e di completezza della prova richiesta dalle parti (NAPPI).

La presunzione di ammissibilità della prova richiesta dalle parti deriva dai parametri che l'art. 190/1 detta al giudice per la decisione sulle istanze di prova, stabilendo che devono essere escluse, oltre alle prove vietate dalla legge, "quelle che manifestamente sono superflue o irrilevanti".

La presunzione di completezza della prova ammessa su richiesta di parte deriva dalla disposizione per cui l'ammissione della prova d'ufficio a opera del giudice è eccezionale ed è possibile soltanto nei casi espressamente previsti dalla legge (art. 190/2).

Quest'ultima presunzione ha due scopi. Per un verso tende a garantire che siano effettivamente verificate le ipotesi di ricostruzione del fatto formulate dalle parti. Per altro verso tende a garantire l'imparzialità del giudice, impedendogli di destinare il processo alla verifica di un'ipotesi ricostruttiva da lui stesso formulata. Il giudice, pertanto, non può ammettere d'ufficio una prova assumendone semplicemente la rilevanza, ma deve previamente accertare che ricorra alcuna delle ipotesi tassative in cui la legge lo consente.

Esamineremo distintamente le deroghe al principio dispositivo previste per la fase dell'udienza preliminare e per la fase dibattimentale.

3. L'udienza preliminare consente di regola un'attività di istruzione solo documentale.

Secondo quanto prevede l'art. 421/3, effettuata la costituzione delle parti, il giudice ammette "gli atti e i documenti" che le parti stesse gli producono.

Gli "atti" sono quelli compiuti dal pubblico ministero dopo il deposito della richiesta di rinvio a giudizio e le eventuali memorie dei difensori (art. 121) o dei consulenti di parte (art. 233/1; Corte Cost., 30 maggio 1991, n. 238); i documenti sono quelli di formazione extraprocessuale, che ogni parte potrà produrre.

Compiuta questa attività di istruzione documentale, si apre la discussione, che inizia con l'illustrazione da parte del pubblico ministero dei risultati delle indagini preliminari e delle prove che giustificano la richiesta di rinvio a giudizio. Dopo l'esposizione del pubblico ministero, l'imputato può chiedere di essere sottoposto all'interrogatorio, che sarà condotto dal giudice, previa contestazione dell'imputazione e delle prove dell'accusa (art. 421/2, in relazione all'art. 65). All'interrogatorio, ove espletato, seguono le esposizioni delle altre parti, secondo un ordine che prevede come ultimo l'intervento del difensore dell'imputato, anche per le eventuali repliche.

Oltre a questo modello di svolgimento ordinario è prevista un'ipotesi di andamento anomalo dell'udienza preliminare, quando il giudice, terminata la discussione, ritiene di non poter decidere allo stato degli atti (art. 421/4).

La situazione, disciplinata dall'art. 422, è quella di una carenza delle indagini preliminari dovuta all'incompleto o mancato esame di un tema di prova, che rientri, comunque, nell'oggetto individuato a norma dell'art. 187 e non si estenda a nuovi addebiti (MOLARI).

Emblematiche in tal senso sono le situazioni che si presentano quando il pubblico ministero non ha verificato un alibi o, comunque, un'attendibile ipotesi alternativa di ricostruzione dei fatti proposta dall'imputato. Non si tratta, quindi, di ipotesi di insufficienza o di contraddittorietà della prova, che, secondo taluni, risulterebbero già risolte nel senso del rinvio a giudizio, in applicazione dell'art. 425 (Corte Cost., 15 marzo 1996, n. 71); ma si tratta di ipotesi di violazione del dovere di completezza delle indagini, che incombe sul pubblico ministero.

In questi casi il giudice, anziché dichiarare chiusa la discussione, indica alle parti i temi nuovi o incompleti sui quali occorre acquisire ulteriori informazioni ai fini della decisione.

Così stimolate, le parti possono produrre documenti e chiedere l'audizione di testimoni o consulenti tecnici e l'interrogatorio di persone imputate di un reato connesso o collegato (art. 422/1). Non potrebbero le parti chiedere l'ammissione di queste prove senza la previa sollecitazione del giudice. E questo limite al diritto alla prova è stato ritenuto compatibile con l'art. 24 Cost., essendo collegato alla regola di giudizio applicabile nell'udienza preliminare (Corte Cost., 8 febbraio 1991, n. 64), che, anche dopo le modifiche apportatevi dalla legge n. 105 del 1993, rimane pur sempre diversa rispetto alla regola di giudizio applicabile nel dibattimento.

In realtà la decisione conclusiva dell'udienza preliminare ha natura processuale (Corte Cost., 8 febbraio 1991, n. 64; Corte Cost., 15 marzo 1996, n. 71). La domanda del pubblico ministero, che introduce l'udienza non è volta a ottenere una pronuncia di merito sulla colpevolezza dell'imputato, bensì soltanto un decreto di rinvio a giudizio (FRIGO). E, di conseguenza, la stessa decisione del giudice dell'udienza preliminare non riguarda l'oggetto principale del giudizio, vale a dire l'esistenza del dovere del giudice di punire l'imputato, ma ha quale suo unico oggetto l'accertamento del corretto esercizio dell'azione penale (Corte Cost., 6 giugno 1991, n. 252), sebbene questo accertamento sia compiuto attraverso il paramento dell'infondatezza, ora anche non palese, dell'accusa. V'è, quindi, una diretta connessione tra i limitati poteri istruttori del giudice e delle parti e la natura processuale della decisione che conclude l'udienza preliminare.

Le prove, comunque, saranno ammesse solo se manifestamente decisive: ai fini della richiesta di rinvio a giudizio, quando si tratti di prove dedotte dal pubblico ministero o dalla parte civile; ai fini della pronuncia di sentenza di non luogo a procedere, quando si tratti di prove dedotte dall'imputato, dal responsabile civile o dalla persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria (art. 422/2).

Tale criterio di ammissione della prova, che non si applica all'interrogatorio cui l'imputato può chiedere, in ogni caso, di essere sottoposto (art. 422/3), è del tutto particolare.

Innanzitutto, diversificando radicalmente prove di carico e di scarico, configura la posizione delle parti come di onere in senso stretto (DOMINIONI) ed esige che ciascuna parte richieda soltanto e necessariamente le prove funzionali al proprio ruolo di accusa o di difesa, senza poter confidare in un ruolo ulteriormente suppletivo del giudice (CONTI-MACCHIA).

Si tratta, poi, di un criterio opposto a quello previsto per la fase dibattimentale, nella quale il giudice può escludere, oltre alle prove vietate dalla legge, solo quelle manifestamente irrilevanti o superflue.

Non si richiede, così, una particolare efficacia persuasiva della prova, ma si stabilisce un'inversione del criterio di ammissibilità delle prove: che si risolve in una sorta di presunzione di irrilevanza di prove ulteriori, parallela alla particolarità della regola di giudizio applicabile nell'udienza preliminare; e si spiega con l'oggetto dell'accertamento che il giudice compie in questa udienza, di norma allo stato degli atti.

L'inversione del criterio di ammissibilità della prova determina, inoltre, l'inapplicabilità in questa fase della disciplina dettata dall'art. 195/3 per la testimonianza indiretta, perché anche la testimonianza del teste di riferimento sarebbe ammissibile soltanto se manifestamente decisiva (*contra* FRIGO). Secondo la giurisprudenza, "il provvedimento di diniego di accertamenti supplementari giudicati superflui adottato da G.U.P. nel corso dell'udienza preliminare ai sensi dell'art. 422 non è impugnabile, non essendo previsto avverso di esso alcun mezzo di gravame" (Cass., sez. V, 24 gennaio 1992, RANIERI, *MP* 189821).

Un'ulteriore differenza rispetto alla fase dibattimentale è nel fatto che il giudice non può mai disporre d'ufficio l'ammissione della prova, salvo che nell'ipotesi prevista dall'art. 70/1, per il caso in cui occorra procedere a perizia ai fini dell'accertamento di un'eventuale incapacità dell'imputato che ne impedisca la cosciente partecipazione al processo (Cass., sez. I, c.c. 6 marzo 1995, INSANA). Sarebbe abnorme, d'altro canto, il provvedimento con il quale il giudice restituisse gli atti al pubblico ministero, invitandolo ad assumere una prova (Cass., sez. V, 11 febbraio 1994, BARBIERI, *MP* 196574).

Quando, per l'assunzione delle prove indicate dalle parti, si rende necessario il differimento dell'udienza, il giudice deve fissare la nuova data entro il termine di durata delle indagini preliminari e, ove questo termine sia già scaduto, entro il sessantesimo giorno dalla scadenza (art. 422/5).

In ogni caso, del differimento deve essere informato il procuratore generale presso la Corte di Appello (art. 422/4), per l'eventualità che la lacuna cui si deve il differimento sia addebitabile a negligenza del Pubblico Ministero.

L'escussione dei testi o dei consulenti e l'interrogatorio degli imputati non sono condotti dalle parti, come nel dibattimento, bensì dal giudice, cui le parti possono chiedere di porre domande ai dichiaranti.

Non è indicato l'ordine in cui le prove ammesse debbano essere assunte. Si è, così, ipotizzato che debba applicarsi analogicamente la disposizione dettata per il dibattimento dall'art. 496/1 (FRIGO).

In realtà, non può dubitarsi che, di regola, l'ordine di assunzione delle prove richiederà appunto l'esordio per il pubblico ministero e la conclusione per l'imputato. Ma è da ritenere che nell'udienza preliminare la valutazione in concreto dell'opportunità di un diverso ordine di assunzione delle prove spetti al giudice piuttosto che alle parti, all'accordo delle quali si affida, invece, l'art. 496/2 nel dibattimento.

Quanto all'interrogatorio previsto dall'art. 422/4, è da ritenere che si tratti qui di un intervento difensivo ulteriore rispetto a quello previsto dall'art. 421/2; e che, per questa ragione, esso vada espletato dopo l'escussione delle prove ammesse o, comunque, dopo la vana sollecitazione rivolta dal giudice alle parti circa i temi di prova nuovi o incompleti (FRIGO).

Ultimata questa fase di istruzione supplementare, le parti formulano ed illustrano le rispettive conclusioni e il giudice dichiara chiusa la discussione.

In conseguenza di Corte Cost., 10 marzo 1994, n. 77, è ora consentito l'espletamento dell'incidente probatorio anche quando si sia già aperta l'udienza preliminare. Tuttavia ciò non comporta che l'incidente probatorio possa essere considerato una fase, sia pure eventuale, dell'udienza preliminare, perché, trattandosi di un'anticipazione appunto incidentale del rito dibattimentale, condizionato alla non rinviabilità dell'assunzione di una prova, rimane estraneo alle finalità e ai metodi di questa udienza.

4. I poteri officiosi del giudice del dibattimento sono disciplinati con riferimento sia all'ammissione sia all'escussione della prova. Si tratta di poteri che, pur derogando al principio dispositivo, non ne contraddicono il fondamento razionale.

Come si è detto, infatti, la scelta per un processo di parti, ispirato al principio dispositivo, è giustificata dall'ormai diffusa consapevolezza che la ricostruzione di un evento del passato richiede sempre la selezione dell'ipotesi più probabile tra quelle possibili effettivamente formulate. Sicché risulta più efficace il processo che, affidando alle parti la formulazione delle ipotesi dettate dal loro interesse, consenta poi al giudice una selezione più informata e attendibile. Tuttavia, poiché è pur sempre il giudice che deve in ultima istanza effettuare la selezione, sarebbe irragionevole impedirgli di completare gli itinerari probatori che le stesse parti, dopo averli prospettati, abbiano omesso di percorrere integralmente. Le esigenze di razionalità che sorreggono la scelta per il principio dispositivo tendono, invero, ad arricchire la conoscenza che si esprime nel processo, mentre un tale limite ai poteri istruttori del giudice rischierebbe di rendere sterili le stesse iniziative probatorie delle parti. E in realtà, secondo un'autorevole dottrina processualcivilistica, di metodo inquisitorio è possibile parlare solo quando sia consentita l'utilizzazione del sapere privato del giudice nell'individuazione e nella selezione delle fonti di prova, come avviene quando è lo stesso giudice a formulare un'ipotesi ricostruttiva del fatto e a ricercare le fonti di prova utilizzabili per verificarla. Non si può definire inquisitorio, invece, il processo nel quale il potere istruttorio officioso del giudice può esercitarsi soltanto nell'ammissione delle fonti di prova emerse dal contraddittorio tra le parti ovvero dall'acquisizione delle fonti di prova da esse stesse indicate (A. PROTO PISANI).

4.1 – Quanto all'ammissione della prova, l'ipotesi più importante di intervento officioso del giudice è quella prevista dall'art. 507. Il giudice del dibattimento, terminata l'acquisizione delle prove richieste dalle parti, può disporre anche d'ufficio l'acquisizione di nuovi mezzi di prova che risultino assolutamente necessari. Le altre ipotesi di ammissione d'ufficio della prova a opera del giudice riguardano la perizia (artt. 70 e 224), il teste di riferimento (artt. 195/2 e 210/1), gli accertamenti sull'idoneità fisica o mentale del testimone (art. 196), i documenti provenienti dall'imputato (art. 237). Ed è evidente come si tratti sempre di poteri officiosi intesi a integrare iniziative probatorie già provenienti dalle parti, non presupponendo l'utilizzazione di un sapere privato del giudice.

Per la sua portata generale, riferibile a qualsiasi mezzo di prova, tuttavia, l'art. 507, che è stato oggetto delle dispute più accese, svolge un ruolo di clausola di chiusura del sistema, essendo destinato a operare quando il giudice rilevi che in concreto le prove già acquisite su richiesta di parte richiedano un'integrazione assolutamente necessaria ad assicurare la funzione conoscitiva del processo.

Come si desume dal richiamo all'art. 507 contenuto nell'art. 523/6, il criterio dell'assoluta necessità va inteso nel senso che, una volta superata, per una qualsiasi ragione, la presunzione di completezza delle prove richieste dalle parti, il giudice acquista la piena valutazione dell'ammissibilità delle prove (Cass., sez. III, 14 febbraio 1994, CRESCENTE, *MP* 197499): ammette solo le prove che ritiene effettivamente rilevanti, non essendo più tenuto a dimostrarne l'irrelevanza per escluderle (Cass., sez. VI, 8 novembre 1993, CAPIZZI, *MP* 196218).

Quanto al requisito della novità, esso va riferito alle prove effettivamente assunte (FERRUA). Sicché, possono essere ammesse anche prove dalle quali le parti siano state dichiarate decadute a norma dell'art. 468 (Cass., sez. II, 10 ottobre 1991, PAOLONI, *MP* 188498; Cass., sez. un., 6 novembre 1992, MARTIN, *MP* 191606-191607; Corte Cost., 26 marzo 1993, n. 111, *Cass. pen.* 1993, 2224).

L'opposta tesi sostenuta in passato da una parte della giurisprudenza (Cass., sez. III, 3 dicembre 1990, VENTURA, *Cass. pen.*, 1991, II, n. 154) e tuttora difesa da una parte della dottrina e da qualche isolata pronuncia della Corte di Cassazione (Cass., sez. I, 30 gennaio 1995, RIZZO, *MP* 201939, Cass., sez. I, 11 aprile 1994, DI PASSIO, *MP* 197842), non è condivisibile, come non è condivisibile l'interpretazione eccessivamente restrittiva dell'art. 507 su cui essa si fonda.

Ridotta all'essenziale, la tesi consta di due argomenti:

a) poiché l'art. 507 presuppone che sia terminata l'acquisizione delle prove richieste dalle parti, il giudice può ammettere d'ufficio nuove prove soltanto quando si sia effettivamente svolta un'istruzione dibattimentale a iniziativa di parte, non può ammettere prove d'ufficio quando le parti siano rimaste del tutto inerti;

b) il giudice non può ammettere d'ufficio prove dalle quali le parti siano decadute per intempestività della richiesta, perché l'art. 507, che si riferisce soltanto a prove "nuove", non può essere utilizzato per eludere le preclusioni in cui le parti siano incorse.

Entrambi gli argomenti sono infondati.

A) Il primo argomento, oltre che erroneo, è palesemente assurdo.

Se il potere officioso del giudice può essere esercitato soltanto in situazioni di "assoluta necessità", secondo la formula dell'art. 507, sarebbe ben strano impedirne l'esercizio proprio nelle ipotesi in cui più radicale è l'esigenza di un tale intervento, a causa dell'inerzia delle parti (Cass., sez. un., 6 novembre 1992, MARTIN, *cit.*).

Certo, in un sistema in cui il giudice non conosce gli atti delle indagini preliminari, è naturale che l'esercizio del suo potere istruttorio sia praticamente impossibile, quando dal fascicolo per il dibattimento non risulti neppure il più piccolo elemento di prova dal quale muovere per tentare una ricostruzione dei fatti controversi (Cass., sez. II, 23 ottobre 1991, MARINKOVIC, *MP* 188812). Anche perché è da ritenere che il giudice possa ammettere d'ufficio solo fonti di prova emergenti dagli atti a lui noti, non potendo egli utilizzare il suo sapere privato.

È, quindi, vero che questo potere residuale (FERRUA) può costituire solo un'*extrema ratio* (AMODIO) nella ricerca della verità.

Ma altro è dire che, per necessità, tale potere sarà difficilmente esercitabile in mancanza di un apporto anche minimo delle parti; altro è pretendere di imporre per via interpretativa un'innaturale rinuncia alla funzione conoscitiva che ogni processo deve avere, a maggior ragione quando è inserito in un ordinamento costituzionale ispirato al principio di legalità.

Le norme giuridiche vanno interpretate con ragionevolezza. E la ragionevolezza suggerisce che l'art. 507, quando indica l'esaurimento dell'istruzione dibattimentale come presupposto del potere officioso del giudice, vuole soltanto impedire che il giudice ostacoli o intralci le parti nell'esercizio del diritto alla prova; non vuole certo impedire al giudice di provvedere alle successive integrazioni della prova, che risultino assolutamente necessarie.

B) Con aspetti di maggiore attendibilità si presenta il secondo argomento, benché risenta del fatto che manca ancora una chiara consapevolezza circa i limiti del principio dispositivo nel nostro processo.

Si discute, invero, se il codice vigente abbia delineato un processo di parti: alcuni autori sostengono che il nuovo sistema probatorio è informato al principio dispositivo (AMODIO), altri lo negano (CONTI-MACCHIA, ILLUMINATI).

In realtà, non pare possa dubitarsi che l'art. 190 delinea un sistema probatorio improntato al principio dispositivo, laddove impone al giudice di ammettere tutte le prove richieste dalle parti, a meno che siano vietate dalla legge ovvero risultino manifestamente superflue o irrilevanti.

Questa presunzione di ammissibilità delle prove richieste dalle parti, benché soltanto relativa, esclude, invero, che possa essere il giudice a prefigurare gli itinerari probatori del processo.

Sono le parti che hanno l'onere di formulare le proprie ipotesi ricostruttive del fatto, verificandole nell'esercizio del diritto alla prova. E il sistema del doppio fascicolo, che pone il giudice del dibattimento in condizioni di "ingenuità", tende appunto a rendere effettivo il trasferimento sulle parti dell'onere di formulare le ipotesi che il processo dovrà verificare (AMODIO).

Tuttavia, il principio dispositivo ha nel nostro processo una funzione soltanto espansiva dei poteri delle parti, non ha una funzione preclusiva dell'accertamento dei fatti. Le parti dispongono della prova solo in positivo, nel senso che hanno diritto all'ammissione delle prove richieste; non ne dispongono in negativo, nel senso che la loro inerzia possa precludere l'ammissione di prove risultanti dagli atti e necessarie all'accertamento dei fatti. Ed è questa una conseguenza inevitabile, oltre che del principio di indisponibilità dell'oggetto del processo (art. 112 Cost.; CORDERO), anche dei criteri di razionalità che impongono di acquisire ogni prova necessaria all'accertamento del fatto. Sarebbe, infatti, irrazionale una norma che impedisse al giudice di acquisire una prova la cui esistenza risulti dagli atti, nonostante egli la ritenga necessaria ai fini della decisione.

Il principio dispositivo, la cui razionalità si è dimostrata, esige soltanto che siano le parti a definire l'ambito delle prove utili. E l'art. 507 stabilisce appunto che, acquisite le prove richieste dalle parti, il giudice può disporre anche d'ufficio l'assunzione di ulteriori mezzi di prova necessari alla decisione.

Certo, il parametro dell'assoluta necessità pone una presunzione di completezza delle prove richieste dalle parti. Ma si tratta di una presunzione soltanto relativa, che tanto più risulterà superata nelle ipotesi di inerzia delle parti.

È in questo contesto che deve essere interpretata la funzione della sanzione di decadenza che l'art. 493 commina alla parte che non abbia richiesto l'ammissione della prova dichiarativa entro i termini indicati dall'art. 468.

Si tratta, invero, di una preclusione che attiene alla richiesta della parte e non alla prova in sé, tendendo a contenere entro limiti ragionevoli il potere dispositivo delle parti in ordine alla prova, senza alcuna incidenza sul dovere del giudice di accertare i fatti.

L'art. 493, infatti, consente di derogare alla preclusione per le prove che la parte non aveva potuto indicare tempestivamente.

L'art. 507, invece, consente al giudice di ammettere d'ufficio qualsiasi prova "nuova", anche quella che le parti avrebbero potuto richiedere tempestivamente. Legittima, così, l'ammissione d'ufficio anche di prove dalle quali le parti siano decadute. E non sarebbe ragionevole distinguere tra il caso in cui la decadenza riguardi una prova richiesta tardivamente, che non sarebbe ammissibile, e il caso in cui la decadenza riguardi una prova non richiesta affatto, che sarebbe ammissibile *ex art. 507*.

Per questa ragione la giurisprudenza prevalente ha concluso che l'art. 507 consente al giudice di ammettere d'ufficio qualsiasi nuovo mezzo di prova che, sulla base degli atti disponibili, risulti necessario all'accertamento dei fatti; anche quando si tratti di prove dalle quali le parti siano, comunque, decadute (Cass., sez. I, 12 maggio 1995, BAGGI, *MP* 201540; Cass., sez. I, 6 marzo 1995, SANTOVITO, *MP* 201648; *contra* Cass., sez. VI, 4 febbraio 1992, LUCENTE, *MP*, 1992, m. 189383, che ritiene non ammissibile d'ufficio una prova dalla quale la parte sia decaduta per genericità dell'articolazione).

L'art. 507 e l'art. 151/1 disp. att. ammettono che il potere del giudice di integrare la prova carente sia sollecitato dalle parti, le quali non esercitano in questo caso il diritto alla prova loro riconosciuto dall'art. 190, trovandosi di fronte a un potere discrezionale del giudice (FERRUA). Tuttavia il giudice deve giustificare la decisione di ammettere o di escludere la prova richiesta, esibendo un'adeguata motivazione (Cass., sez. III, 6 febbraio 1995, SPINELLI, *MP* 201570, Cass., sez. III, 14 febbraio 1994, CRESCENTE, *MP* 197499), sindacabile in Cassazione, anche se in limiti più ristretti di quelli consentiti dall'art. 190 (Cass., sez. VI, 8 novembre 1993, CAPIZZI, *MP* 196218).

L'art. 507 è riferibile a qualsiasi mezzo di prova che non sia di per sé ammissibile d'ufficio (come la perizia o la testimonianza del teste di riferimento) e potrebbe, quindi, essere ammesso anche in mancanza del presupposto dell'assoluta necessità e prima che sia terminata l'acquisizione delle prove richieste dalle parti.

Non sembra, invece, riferibile la norma ai mezzi di ricerca della prova, nei limiti in cui essi presuppongano la formulazione di un'ipotesi ricostruttiva del fatto da parte del giudice. È da ritenere, quindi, che sequestri, ispezioni e perquisizioni possano essere disposti d'ufficio soltanto quando tendano alla ricerca di una cosa o di un documento la cui acquisizione sia per legge obbligatoria o la cui esistenza e collocazione risultino, comunque, dagli atti.

Argomentando, poi, dall'art. 523/6, che consente di interrompere la discussione per l'assunzione di nuove prove assolutamente necessarie, e in analogia con quanto la giurisprudenza asseriva con riferimento all'art. 469 codice abrogato (Cass., sez. II, 7 ottobre 1985, MISITI, in *Giust. pen.*, 1986, III, p. 420), è da ritenere che l'art. 507 possa trovare applicazione anche dopo la chiusura della discussione, quando il giudice, ritiratosi in camera di consiglio, si convinca di non poter decidere allo stato degli atti (Cass., sez. III, 5 dicembre 1990, MAFFIA, *Cass. pen.*, 1992, n. 1135; Cass., sez. III, 19 agosto 1993, POLUZZI, *MP* 195160).

4.2 – Quanto all'escussione della prova, i poteri officiosi del giudice del dibattimento sono disciplinati dall'art. 506, il quale prevede due distinte ipotesi di intervento del presidente del collegio giudicante.

Dispone innanzitutto l'art. 506/1 che, esaurita l'istruzione dibattimentale e a seguito delle letture eventualmente disposte, il presidente, anche su richiesta di altro componente del collegio, può indicare alle parti temi di prova nuovi o più ampi, utili per la completezza dell'esame.

Questa norma viene talora confusa con quella dettata dall'art. 507, che viene impropriamente richiamato per ammettere il nuovo esame di un teste già escusso (Cass., sez. I, 17 marzo 1994, SANSONE, *MP* 198612; Cass., sez. I, 10 agosto 1995, CAPRIOLI, *MP* 202303). Se ne distingue nettamente, invece, perché, mentre l'art. 507 consente l'ammissione di una nuova prova, l'art. 506 si riferisce solo a prove già ammesse ed escusse ed è destinato esclusivamente a consentire il completamento dell'esame tenendo conto delle ulteriori prove acquisite.

A norma dell'art. 507, quindi, il giudice introduce una nuova fonte di prova, anche se desumendone l'esistenza dagli atti; a norma dell'art. 506/1 introduce un tema nuovo o più ampio di prova per una fonte già escussa.

L'art. 506/2, d'altro canto, prevede che il presidente, anche su richiesta di altro componente del collegio, può rivolgere domande alle persone già esaminate.

Le domande possono riferirsi anche a temi non indicati dalla parte proponente (D. MANZIONE); e, secondo la giurisprudenza, il giudice può anche ammettere i testi a rendere dichiarazioni spontanee integrative delle risposte già date (Cass., sez. V, 9 giugno 1993, TISCIONE, *MP* 195826).

Rimane, peraltro, salva in ogni caso, la facoltà delle parti di concludere l'esame nell'ordine previsto; una facoltà che va riconosciuta a tutte le parti, non solo a quella che aveva richiesto l'ammissione della prova (Cass., sez. III, 11 gennaio 1994, DI SANTO, *MP* 198598).

5. Ho esordito ricordando come sia ancora carico di implicazioni ideologiche il tema del rapporto tra l'iniziativa probatoria delle parti e l'iniziativa istruttoria del giudice nel processo. Queste implicazioni ideologiche, che pure hanno una loro dignità culturale e storica, finiscono tuttavia per restituire un'immagine distorta del processo, presentandolo solo come forma di esercizio di un pubblico potere. E la conseguenza di una tale distorsione è lo snaturamento della funzione giurisdizionale.

In realtà il procedimento è la forma in cui si esprime ogni funzione, vale a dire ogni attività che assuma rilevanza giuridica non solo per l'atto che la conclude, bensì per l'intero insieme di operazioni che conducono a quell'atto.

Un'attività viene considerata funzione per esigenze di controllo e di partecipazione degli interessati; e il procedimento definisce le modalità del controllo e della partecipazione, tracciando l'itinerario dell'attività, nei suoi tempi e nelle sue forme.

Il procedimento giurisdizionale, che viene tradizionalmente definito processo, funzionalizza un'attività di conoscenza che si conclude con un accertamento incontrovertibile.

È indiscusso che nella tradizione liberale, in particolare, la giurisdizione è un sistema di giustizia legale, le cui decisioni devono essere giustificate sempre e soltanto in ragione della loro conformità a un sistema di norme e valori, che si assume precostituito all'intervento del giudice (MANGABEIRA UNGER). E per questa ragione si sostiene che nei sistemi liberaldemocratici la giurisdizione risponde a programmi normativi condizionali, che esigono l'accertamento di condizioni predeterminate per giustificarne le decisioni; non può rispondere a programmi normativi di scopo, che esigono la scelta dei mezzi più idonei al raggiungimento dei fini prefissati (LUHMANN). Sicché si può concludere che nella rilevanza dell'attività cognitiva in sé risiede la differenza tra l'attività giurisdizionale e l'attività amministrativa.

Tuttavia, sino alla prima metà di questo secolo la cultura moderna ha assolutizzato il rapporto soggetto-oggetto, considerando il linguaggio e la comunicazione soltanto come mezzi per la trasmissione di conoscenze già acquisite autonomamente da ciascun soggetto. E ciò ha determinato paradossalmente una scarsa attenzione per i problemi della conoscenza nel processo.

In particolare nei paesi di tradizione continentale, una sorta di ottimismo epistemologico ha indotto a considerare indifferente il metodo di acquisizione della prova, supponendosi che il principio di evidenza consentisse al giudice di conoscere i fatti rilevanti, senza effettivi apporti delle parti.

Si è ritenuto che la funzione delle poche norme sulla prova fosse di mera garanzia della sfera di libertà individuale.

Oggi è sempre più diffusa la convinzione che lo stesso pensiero sia inevitabilmente strutturato in termini di argomentazione dialogica. Sicché il linguaggio e la comunicazione sono elemento costitutivo della conoscenza (APEL).

Su questa premessa culturale si fonda la valorizzazione del contraddittorio come garanzia di attendibilità delle conoscenze giudiziali. E in una prospettiva di tale genere finiscono per assumere un valore metodologico, non più soltanto morale o politico, le stesse norme che garantiscono la libertà e la dignità della persona nel processo: perché solo un confronto argomentativo autentico può assicurare l'attendibilità della giurisdizione.

È evidente come un simile contesto culturale restituisca dignità alla giurisdizione, legittimandone anche politicamente l'indipendenza. Spetta soprattutto ai pratici del diritto, ai giudici e agli avvocati, far sì che l'attività giudiziaria si ispiri anche nelle prassi a una cultura che valorizza il loro ruolo professionale.

BIBLIOGRAFIA

- E. AMODIO, *Il dibattimento*, in AA.VV., *Il nuovo processo penale*, Giuffrè, 1989, p. 83.
- K. O. APEL, *Etica della comunicazione*, Jaca Book, 1992.
- G. CONTI - A. MACCHIA, *Il nuovo processo penale*, II ed. Buffetti, 1990.
- F. CORDERO, *Procedura penale*, 3, Giuffrè, 1995.
- M. R. DAMASKA, *The face of justice and State authority*, trad. it., Il Mulino, 1991.
- P. DESIDERI, *La prova nell'oratoria giudiziaria e nella storiografia nel mondo antico*, in *Quaderni storici*, 1994, p. 43 e s.
- O. DOMINIONI, *Chiusura delle indagini preliminari e udienza preliminare*, in AA.VV., *Il nuovo processo penale*, Giuffrè, 1989, p. 55.
- O. DOMINIONI, *Giudice e parti nell'udienza preliminare*, in AA.VV., *L'udienza preliminare*, Giuffrè, 1992.
- U. ECO, *I limiti dell'interpretazione*, Bompiani, 1990.
- P. FERRUA, *Studi sul processo penale*, Giappichelli, 1990.

- P. FERRUA, *Studi sul processo penale, II, Anamorfofi del processo accusatorio*, 1992, Giappichelli.
- P. FERRUA, *I poteri probatori del giudice dibattimentale: ragionevolezza delle Sezioni Unite e dogmatismo della Corte Costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1065 e s.
- G. FRIGO, *Articoli 416-423*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, UTET, 1990, IV, p. 565.
- C. GINZBURG, *Aristotele, la storia, la prova*, in *Quaderni storici*, 1994, p. 5 e s.
- G. ILLUMINATI, *Giudizio*, in G. CONSO V. GREVI, *Profili del nuovo codice di procedura penale*, III ed., Cedam, 1993, p. 459 e s.
- MANGABEIRA UNGER, *Knowledge and Politics*, New York, 1975, trad. it., Bologna, 1984.
- G. MANETTI, *Indizi e prove nella cultura greca*, in *Quaderni storici*, 1994, p. 19 e s.
- D. MANZIONE, *Artt. 505-507*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, UTET, V, 1991, p. 377.
- A. MENGER, *Il diritto civile e il proletariato*, trad. it. di G. Oberloser, Torino, 1890.
- A. MOLARI, *Lineamenti e problemi dell'udienza preliminare*, in *Indice Penale*, 1988, p. 485.
- A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, V ed., Giuffrè, 1996.
- A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Jovene, 1994.
- G. PUCCI, *La prova di archeologia*, in *Quaderni storici*, 1994, n. 59 e s.
- G. TARELLO, *Dottrine del processo civile. Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*, 1989, Il Mulino.
- M. TARUFFO, *Modelli di prova e di procedimento probatorio*, in *riv. dir. proc.*, 1990, p. 420.
- M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, 1992, Giuffrè.
- P. VINEIS, *La prova in medicina*, in *Quaderni storici*, 1994, p. 75.

INTERFERENZE PROBATORIE: PROVE ACQUISITE IN ALTRI PROCEDIMENTI; ORALITÀ, IMMEDIATEZZA, CONTRADDITTORIO E RELATIVI COMPROMESSI

Relatore:

prof. Roberto E. KOSTORIS

straordinario di procedura penale nell'Università di Sassari

1. Il problema della circolazione probatoria tra processi.

Quello delle interferenze probatorie tra procedimenti diversi è un problema estremamente delicato, la cui importanza si accresce in un sistema che, come l'attuale, si muove nella logica della separazione dei processi; si può dire anzi che ne costituisce l'inevitabile risvolto "operativo".

In teoria si possono prospettare gli approcci più diversi a questa problematica. Le due soluzioni estreme – in concreto peraltro mai completamente realizzate – sarebbero di concepire i processi come spazi chiusi a qualsiasi apporto "esterno" o di ammettere un'indiscriminata circolazione probatoria tra i medesimi.

È chiaro che ogni scelta che si avvicini di più all'una o all'altra di queste opzioni presuppone a monte una diversa "cultura" in materia di prova e di accertamento. In un caso c'è più attenzione per certi "valori" di fondo nella formazione della prova (rispetto dell'oralità e del contraddittorio nella sua valenza difensiva, ma anche nella sua dimensione gnoseologica); nell'altro prevalgono obiettivi di economia processuale, di efficienza, di tensione all'accertamento di quella che viene definita al "verità materiale". In quest'ultimo caso il problema della trasferibilità della prova tra processi diversi si sposta dal piano dell'*ammissibilità* a quello dell'eventuale *attendibilità* della prova (il giudice dovrà solo valutare con maggior cautela i dati "esterni").

2. Le scelte del legislatore nell'impianto originario del codice.

A differenza del codice del 1930, il cui art. 466.2 consentiva la lettura in dibattimento degli atti di ogni procedimento (penale e civile) irrevocabilmente concluso, quando il presidente lo ritenesse "pertinente e utile", il nuovo codice adottava nel suo assetto originario soluzioni diversificate, in una duplice ottica di fondo: da un lato nella consapevolezza dell'importanza dello scambio e del trasferimento di materiale probatorio tra processi; dall'altro, però, con l'obiettivo di limitare quel trasferimento in omaggio al principio di oralità-immediatezza, perno della formazione della prova nel nuovo sistema. Come si legge nella Relazione al Progetto preliminare del codice, "Dopo aver fissato una serie di sbarramenti alla penetrazione dei risultati delle indagini del P.M. nella fase del dibattimento, una indiscriminata utilizzazione delle prove formate in altri processi avrebbe finito per operare una breccia non indifferente nel sistema" che voleva garantito il rispetto di quel principio.

Inserendo una norma *ad hoc* – l'art. 238 c.p.p. – nell'ambito della disciplina sulla prova documentale, il legislatore prevedeva in sintesi che:

a) fosse consentita l'acquisizione di verbali di prove di altro procedimento penale assunte nell'incidente probatorio o nel dibattimento, ovvero di verbali di cui fosse stata data lettura durante lo stesso, *a condizione che le parti vi consentissero*;

b) fosse ammessa anche senza consenso l'acquisizione di verbali di prove assunte in un giudizio civile definito con sentenza passata in giudicato;

c) fosse acquisibile anche senza consenso la documentazione di *atti non ripetibili*;

d) fosse comunque possibile l'utilizzazione per le contestazioni dibattimentali *ex artt. 500 e 505 c.p.p.* (nella loro disciplina originaria) dei verbali di prova di cui non era consentita l'acquisizione per effetto delle altre disposizioni.

Veniva così elaborato un sistema caratterizzato anzitutto da una soluzione "negoziale" per quanto riguardava l'ingresso di prove formate in altro procedimento nell'incidente probatorio o nel dibattimento, ivi compresi gli atti trasmigratori in quest'ultima sede attraverso il veicolo della lettura. Una soluzione che molti avevano ritenuto appagante: si sottolineava che queste prove erano state assunte con tutte le garanzie necessarie e che comunque il requisito del consenso poneva al riparo da qualsiasi documento per la parte, privata del diritto a elaborare (o rielaborare) la prova nel processo in corso. In un sistema incentrato sul principio di oralità, rafforzato dall'operare della regola che vieta la testimonianza indiretta (art. 195 c.p.p.), non era sembrato corretto privare le parti del potere di richiedere comunque la rinnovazione dell'atto, ove questa fosse stata ancora possibile.

Al contempo, era sancito il divieto di avvalersi degli atti compiuti in altri procedimenti durante le indagini preliminari dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero o dal giudice in sede di udienza preliminare: neppure il consenso delle parti sarebbe valso a far loro assumere valore probatorio nel processo *ad quem*; la loro utilizzazione dibattimentale restava circoscritta alla disciplina delle contestazioni (dunque, salvo molto limitate possibilità di allegazione al fascicolo per il dibattimento *ex artt. 500 comma 4 e 503 commi 5 e 6*, il loro impiego poteva avvenire nella sola prospettiva di sondare la credibilità della persona esaminata).

Una deroga era prevista per il caso in cui l'atto fosse non ripetibile: pur non essendo stato formato di regola nel contraddittorio ne veniva senz'altro ammessa l'acquisizione – indipendentemente dal consenso delle parti – in analogia a quanto previsto per gli atti omologhi compiuti nell'ambito dello stesso procedimento. Dal canto suo, l'art. 78 norme att. c.p.p. estendeva (e tuttora estende) tale possibilità con riferimento agli atti non ripetibili compiuti dalla polizia straniera, richiedendo in più il requisito del consenso delle parti o, in alternativa, l'esame testimoniale dell'autore dell'atto, anche mediante rogatoria all'estero in contraddittorio.

Una regola alquanto incongrua – rimasta peraltro inalterata anche nella "nuova" versione dell'art. 238 – ammetteva, infine, l'utilizzazione a fini probatori dei verbali di prove assunte in un giudizio civile definito con sentenza passata in giudicato.

Qui il legislatore riproponeva la vecchia disciplina dell'art. 466.2 del codice Rocco, richiedendo un requisito del tutto estrinseco rispetto all'atto probatorio, come la definitività dell'accertamento (l'esito del processo, infatti, nulla toglie o aggiunge alla prova come strumento di conoscenza), e non subordinando l'ammissione al consenso delle parti, che, invece, sarebbe stato qui più che mai necessario, data la presumibile diversità di parti nel giudizio civile e il diverso regime probatorio che in ogni caso caratterizza quest'ultimo.

3. I nuovi scenari: le alterazioni subite per effetto della "nuovella" del 1992.

La disciplina delineata era stata fatto oggetto di forti critiche per la sua scarsa funzionalità, soprattutto nei processi contro la criminalità organizzata, tra i quali – tenuto conto dello scarso favore con cui è disciplinato nel codice il fenomeno del cumulo processuale – si manifestano con maggiore frequenza le ipotesi di collegamento sul piano probatorio, essendo processi che spesso sono incentrati sulle stesse fonti di prova in relazione agli stessi fatti.

In particolare, la Commissione parlamentare antimafia aveva evidenziato come il requisito del doppio consenso per l'acquisizione degli atti compiuti negli altri processi poteva sortire effetti paralizzanti sulla funzionalità dell'istituto, valendo a far trasmigrare solo gli atti "inoffensivi". Di fronte al diniego di una delle parti diventava necessario reiterare gli atti già compiuti in altro procedimento, con dispendio di attività, allungamento dei tempi dibattimentali, talora (quando i testi sono detenuti in altri paesi) difficoltà nei rapporti internazionali e pericolo di una progressiva usura della fonte di prova.

Raccogliendo simili istanze, all'indomani delle stragi di Capaci e via D'Amelio, il d.l. 8 giugno 1992 n. 306 e la relativa legge di conversione 7 agosto 1992 n. 356 incidevano profondamente, oltre che su alcuni istituti nevralgici del codice, anche sulla disciplina del trasferimento delle prove tra processi.

Tuttavia, l'intervento del legislatore, concepito all'insegna della lotta alla criminalità organizzata, operava in realtà *mutamenti di carattere generale*, destinati a riflettersi per lo più sulla disciplina di *tutti* i procedimenti; una sola la modifica effettivamente ispirata in *subiecta* materia alla logica del "doppio binario": quella contenuta nel combinato disposto degli artt. 190-*bis* e 238.5 c.p.p..

Anzitutto veniva *eliminato il requisito del consenso* delle parti in ordine alla trasmigrazione di prove assunte in altro procedimento nell'incidente probatorio o nel dibattimento (senza menzionare più, tuttavia, i verbali letti nel corso di quest'ultimo) (art. 238.1). La conseguente diminuzione di garanzie veniva "compensata" con il *diritto delle parti di ottenere a norma dell'art. 190 c.p.p. l'esame della persona le cui dichiarazioni sono state acquisite* (art. 238.5). Questo diritto – esteso anche ai casi di dichiarazioni assunte in un giudizio civile irrevocabilmente concluso (art. 238.2) o rese nel procedimento *ad quem* in sede diversa dall'incidente probatorio o dal dibattimento (art. 238.4) – veniva, invece, *escluso in rapporto ai procedimenti per taluno dei reati indicati nell'art. 51.3 bis c.p.p.*, nel qual caso l'esame di un testimone o di un imputato di procedimento connesso o di reato collegato che abbia già reso dichiarazioni nel procedimento *a quo* era ammesso "solo se il giudice lo ritiene assolutamente necessario" (artt. 238.5 e 190 *bis*).

Si è poi specificato (art. 238.3) che tra gli atti non ripetibili di cui è senz'altro ammessa l'acquisizione nel processo *ad quem* figurano anche quelli che sono tali *per cause sopravvenute*.

Infine, *tutti i verbali diversi da quelli indicati, che riproducono dichiarazioni diventano utilizzabili con il consenso delle parti*, ma anche *se non vi è consenso possono essere impiegati per le contestazioni dibattimentali*, che ormai, per effetto delle modifiche intervenute con la stessa "novella" del 1992, agli artt. 500 e 503 c.p.p., costituiscono a loro volta un ulteriore canale di ingresso della prova nel processo.

Il legislatore nel 1992 ha anche inserito una nuova previsione, l'art. 238 *bis*, a mente del quale le sentenze irrevocabili, ferma la loro utilizzabilità ai fini del giudizio sulla personalità dell'imputato o dell'offeso, secondo la previsione generale dell'art. 326 c.p.p., possono essere acquisite "ai fini della prova di fatto in esse accertato", per essere valutate "a norma degli artt. 187 e 192.3".

4. *Segue: a) la nuova disciplina del trasferimento delle prove assunte in occasione di un incidente probatorio o del dibattimento. La sentenza costituzionale n. 198/1994.*

Passando ad esaminare più da vicino la disciplina sull'acquisizione dei verbali delle dichiarazioni rese nell'incidente probatorio o nel dibattimento nel processo *a quo* (art. 238.1), si è detto che in materia la mancanza del consenso avrebbe avvantaggiato non solo l'accusa, ma anche la difesa (entrambe essendo state prima impossibilitate ad ottenere il trasferimento della prova ad esse favorevole di fronte al diniego della parte avversa). E si è aggiunto come il diritto di ottenere *ex art. 190 c.p.p.* l'esame orale della persona che ha reso le dichiarazioni riprodotte nei verbali avrebbe sufficientemente compensato ogni eventuale diminuzione di garanzie. È forse questa una conclusione un po' troppo ottimistica, anche se la disciplina di cui stiamo parlando non ha nemmeno paragone con quella "speciale" prevista nel caso in cui si proceda per i reati di cui all'art. 51.3 *bis* c.p.p..

Occorre por mente al fatto che nell'ipotesi di cui si discute l'esame e i verbali vengono concepiti dal legislatore come due prove formalmente di uguale rango: spetterà al giudice scegliere tra l'una e l'altra. Da questo punto di vista, la situazione ricorda molto da vicino quella che si realizza nell'ambito dello stesso procedimento in rapporto all'esame dibattimentale del teste e alle sue precedenti dichiarazioni utilizzabili come prova – proprio a seguito della stessa "novella" del 1992 – attraverso il canale delle contestazioni, e alle quali non di rado si finisce per dare maggiore credito, se non altro perché raccolte a minor distanza dei fatti.

Si potrebbe obiettare che, mentre queste ultime sono state raccolte unilateralmente dalla polizia o dal pubblico ministero durante le indagini preliminari (circostanze che dovrebbe suscitare particolare cautela nella loro valutazione), quelle rese in un incidente probatorio o in un dibattimento, sono state assunte in contraddittorio, per cui anche attribuendo loro uguale valore (o valore prioritario) rispetto a quelle rese a viva voce nel processo *ad quem*, non si opererebbe alcuna lesione difensiva.

Sarebbe però un modo specioso di rispondere. Non basta, infatti, che nel procedimento *a quo* un contraddittorio si sia comunque realizzato; il contraddittorio non va inteso in senso oggettivo, ma soggettivo. Se le parti del processo *ad quem* erano diverse da quelle del processo *a quo* è evidente che l'ingresso di una prova alla formazione della quale esse non hanno partecipato ridonda in palese violazione del diritto di difesa. Non dimentichiamolo: nell'originaria formula dell'art. 238.1 il requisito del consenso alla trasmigrazione dell'atto valeva *anche* ad evitare pregiudizi di questo tipo.

Né ci si deve nascondere che il nuovo esame che dovrebbe compensare la mancanza del consenso sembrerebbe destinato a produrre proprio quell'"usura" della fonte di prova che si voleva evitare: ci sarebbe da domandarsi allora se in ciò non si possa cogliere già un'implicita svalutazione in ordine all'attendibilità di questa "seconda" prova, a tutto vantaggio della prima.

In sede di conversione del d.l. n. 306 era stata avanzata la proposta, poi rimasta lettera morta, di mantenere come regola per il trasferimento della prova il consenso, consentendo, peraltro, l'acquisizione *ex art. 238.1* anche a richiesta di una sola parte, alla condizione che la parte nei cui confronti si intendesse utilizzare la prova fosse stata parte anche nel procedimento *a quo*, salvo restando il suo diritto ad ottenere l'esame orale del dichiarante.

Una rinnovata sensibilità per la problematica è venuta poi dalla sentenza 198/1994 della Corte Costituzionale.

Pur avendo avuto riguardo esclusivamente all'ipotesi di prove assunte nell'incidente probatorio, ed affrontando una situazione del tutto particolare (l'impossibilità di assicurare il contraddittorio attraverso l'estensione dell'incidente a soggetti non ancora indagati al momento dell'assunzione della prova), la Corte, sulla base di un suo immediato precedente (sent. 181/1994), ha sostenuto che, eccezion fatta per la situazione limite indicata, la possibilità di acquisire la prova formata con incidente in altro procedimento deve essere subordinata al rispetto della regola – valida all'interno di ogni singolo procedimento – secondo la quale tale prova è utilizzabile soltanto nei confronti degli imputati i cui difensori hanno partecipato alla sua assunzione (art. 403 c.p.p.).

Per un verso, questo insegnamento implicitamente conferma che la possibilità per la parte di ottenere l'esame nel processo *ad quem* non è sufficiente a compensare il mancato contraddittorio nell'incidente quando non vi sia identità di parti nei due procedimenti; per altro verso, esso sembra accreditare un criterio interpretativo tale da trascendere la specifica materia trattata, essendo riferibile anche ad altre ipotesi di traslazione probatoria: l'esigenza che vi sia identità di parti, o, più esattamente, che la parte nei cui confronti verrà utilizzata la prova sia la stessa nei due procedimenti non è certo meno avvertibile in rapporto alle prove assunte in dibattimento o in giudizio civile irrevocabilmente concluso. Si potrebbe aggiungere che la stessa esigenza sembrerebbe riproporsi anche rispetto al compimento di un atto non ripetibile, laddove questo integri una formazione anticipata della prova (è il caso degli accertamenti tecnici di cui all'art. 360 c.p.p.).

Naturalmente si potrebbe obiettare che in questo modo verrebbero a restringersi eccessivamente le possibilità di trasferire le prove tra procedimenti diversi. Ma allora, per ovviare al sacrificio può derivare dalla dispersione della prova nelle ipotesi in cui non vi è quell'identità di parti, non sembrerebbe esserci altra scelta che procedere ad un ripensamento delle scelte legislative in tema di connessione, orientandosi a favore del processo cumulativo.

5. *Segue: b): l'oralità negata: la procedura differenziata per i procedimenti di cui all'art. 51.3 bis.*

Senza dubbio e senza paragone il *vulnus* più grave al contraddittorio e all'oralità nella formazione della prova si registra comunque in ordine alla previsione contenuta nell'art. 238.5 inciso iniziale, là dove esclude il diritto delle parti di ottenere l'esame delle persone le cui dichiarazioni sono state acquisite quando si proceda per taluno dei reati di cui all'art. 51.3 *bis* c.p.p. (reati di criminalità organizzata a più incisiva valenza mafiosa): in questo caso, come prevede l'art. 190 *bis*, espressamente richiamato, "l'esame è ammesso solo se il giudice lo ritiene assolutamente necessario".

Per la verità, il testo originario dell'art. 190 *bis* nel d.l. n. 306 era addirittura concepito con portata generale in rapporto a tutti i processi (per "evitare l'usura delle fonti di prova, limitando l'introduzione della prova orale ai casi di effettiva necessità"). Solo in seguito alle vivaci critiche levatesi in proposito si pensò di limitarla in sede di conversione in legge ai processi per reati di criminalità organizzata di tipo prevalentemente mafioso, facendo salvo negli altri casi l'operare della regola generale di cui all'art. 190 c.p.p. (ed è probabile che di fronte a questa *reformatio in melius* i problemi a cui abbiamo accennato in precedenza apparissero quasi inavvertiti).

Il legislatore ha dunque optato qui per la logica del "doppio binario", ma anche questa scelta suscita le più serie preoccupazioni.

Anzitutto, si può notare come si tratti di una scelta in definitiva del tutto isolata nel contesto di una riforma che, pur sotto l'egida della lotta alla criminalità organizzata, ha introdotto modifiche di portata generale al sistema del codice: in pratica si è istituito un "doppio binario" solo in materia probatoria.

Non si possono non avvertire i profili di incostituzionalità di questa scelta: anzitutto vi sono dubbi sull'effettivo rispetto della presunzione di non colpevolezza sancita all'art. 27.2 Cost.; inoltre appare violato l'art. 24 comma 2 Cost. ed anche gli artt. 6, 3 d) della *Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, e 14 n. 3 e) del *Patto internazionale sui diritti civili e politici* (come si evince anche analizzando la disciplina *de qua* alla luce dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo), poiché viene (di regola) escluso il controinterrogatorio dei testimoni e delle persone indicate dall'art. 210 c.p.p. che abbiano reso dichiarazioni in un altro procedimento.

Non solo il dibattimento non diventa luogo di formazione della prova, ma vede espropriata pure la sua funzione di luogo di verifica in contraddittorio del materiale assunto *aliunde*: non bisogna dimenticare che le dichiarazioni rese in altri procedimenti potrebbero essere state anche unilateralmente raccolte dalla polizia giudiziaria; e *aliunde*: non bisogna dimenticare che le dichiarazioni rese in altri procedimenti potrebbero essere state anche unilateralmente raccolte dalla polizia giudiziaria; e comunque si tratterà di dichiarazioni effettuate da persone che, salvo un'eccezionale ammissione dell'esame, né le parti né il giudice del processo *ad quem* avranno avuto di fronte a sé.

L'attuazione di una garanzia costituzionale come il diritto di difesa non può essere rimessa alla discrezionalità del giudice, ma deve trovare una tutela oggettiva. Tantopiù che in questo caso sembrerebbe di trovarsi di fronte ad un caso di discrezionalità libera. Qualunque sia la chiave di lettura che si intenda attribuire al parametro dell'"assoluta necessarietà" dell'esame (lo si voglia riferire alla singola prova, deducendolo dalla incompletezza o dalla contraddittorietà delle dichiarazioni verbalizzate, o al quadro globale del *thema probandum*, nell'ottica di acquisire elementi decisivi per l'accertamento, similmente a quanto prescritto, sia pure in altro contesto dall'art. 507 c.p.p.) esso appare comunque inaccettabile in quanto viola il diritto alla prova, come diritto delle parti all'esame orale in contraddittorio di chi ha reso dichiarazioni in un altro procedimento. Un diritto "centrale nel sistema", che non può essere conculcato, come ha precisato la stessa Corte Costituzionale (sent. 111/1993). Da questo punto di vista, l'art. 190-*bis* e l'art. 238.5 prima parte realizzano una delle più gravi menomazioni del principio che vorrebbe il dibattimento luogo privilegiato della formazione orale della prova.

Del resto, come è stato sottolineato, la formula contenuta nell'art. 190-*bis* appare del tutto fuori luogo. Se un teste ha detto cose rilevanti nel procedimento *a quo* e la parte vuole controinterrogarlo sullo stesso tema, l'escussione non può mai dirsi superflua. Oltre tutto, nel momento in cui è chiamato a decidere se ammettere o no l'esame il giudice ha una visione molto limitata del processo, conoscendo, oltre alla documentazione relativa alla prova dell'altro procedimento, solo gli atti inseriti in origine nel fascicolo per il dibattimento: l'unico giudizio che può ragionevolmente esprimere è dunque quello di manifesta superfluità o irrilevanza previsto dall'art. 190.1 c.p.p..

Al di là di tutto, questa disciplina sembra apertamente disconoscere l'efficacia gnoseologica del contraddittorio dibattimentale. Si continua a considerare quest'ultimo solo sotto il profilo delle garanzie difensive, dimenticando che la moderna epistemologia conferma che si tratta anche del mezzo meno imperfetto a disposizione per la ricerca della verità, per la corretta ricostruzione dei fatti; da questo punto di vista esso assume una forte impronta pubblicistica. Prescinderne, accontentandosi di una minore approssimazione al vero, proprio quando si procede per reati gravissimi diventa da questo punto di vista anche una questione di miopia legislativa.

In realtà, l'art. 190 *bis* e il rinvio che ad esso fa l'art. 238.5 costituiscono una chiara estrinsecazione di una visione del processo come strumento di repressione della criminalità, come strumento di scelte di politica criminale. Una visione che allontana il processo dalla sua funzione specifica di mezzo neutrale di accertamento. Gli interventi contro la criminalità organizzata vanno focalizzati altrove (in campo penale sostanziale, in ambito amministrativo ed economico), senza caricare il processo di funzioni spurie. I pericoli per l'incolumità delle persone da sottoporre a esame e per i loro familiari, le gravi difficoltà personali o organizzative connesse alla loro comparizione in dibattimento costituiscono problemi reali, ma risolvibili altrimenti (si pensi alle norme sulla protezione dei "pentiti", e, in particolare, per quanto ci interessa, alla nuova disciplina dell'esame "a distanza" prevista dall'art. 147 norme att. c.p.p.): non devono incidere su modelli di accertamento della verità strutturalmente diversi da quelli adottati per i processi "ordinari".

6. Segue: c) l'ingresso degli atti non ripetibili e dei verbali di dichiarazioni di cui all'art. 238.4 c.p.p..

Tornando all'analisi delle novità apportate dalla riforma all'art. 238, occorre aggiungere ancora qualche breve considerazione sugli atti che possono trasmigrare ai sensi dei commi 3 e 4 della norma in esame.

Nell'ambito degli atti non ripetibili – una categoria che, detto per inciso, la giurisprudenza tende spesso a dilatare al di là dei confini tradizionalmente assegnati a questo termine – figurano esplicitamente anche quelli che divengono tali “per cause sopravvenute”, chiarendo un dubbio che era sorto in rapporto alla formulazione originaria dell'art. 238.3.

Raffrontando tale dizione con quella che figura nell'art. 512 c.p.p. si è, tuttavia, rilevato che in questo caso il legislatore non sembrerebbe richiedere che l'impossibilità della ripetizione sia dovuta a fatti o circostanze imprevedibili, con la conseguenza aberrante che sarebbe dato ingresso in un altro procedimento ad atti che in quello di origine non potrebbero assumere valenza probatoria; resta però il dubbio che la divergenza sia frutto solo di un coordinamento difettoso.

In ordine alla previsione dell'art. 238.4, va rimarcato che i verbali degli atti diversi da quelli irripetibili, o relativi ad un procedimento civile con sentenza passata in giudicato, o formati nell'incidente probatorio o nel dibattimento di altro procedimento, in origine inutilizzabili come prova nel processo *ad quem*, ora vi possono avere ingresso previo consenso. La logica negoziale è stata confinata in questa materia, con una scelta che tuttavia non appare immune da incongruenza sistematica, poiché attraverso il trasferimento si ottiene un risultato che non è ammesso per gli atti compiuti nello stesso procedimento, posto che in tale contesto il consenso sarebbe ininfluenza ad attribuire ai medesimi valore probatorio.

Né sfugge, per altro verso, che qui – come già a proposito delle prove assunte nell'incidente o nel dibattimento nel testo originario dell'art. 238.1 – si presuppone che le parti acconsentono all'acquisizione di un singolo atto senza conoscere il contesto processuale in cui risulta inserito.

Infine, come si diceva, anche indipendentemente dal consenso, gli atti in discorso possono essere impiegati per le contestazioni, ed entrare per questa via nell'ambito del materiale probatorio utilizzabile nel processo *ad quem*. L'unica differenza tra le due forme di ingresso (con il consenso o mediante contestazione) sarebbe data dal fatto che nel secondo caso, oltre ad essere necessario il ricorrere delle circostanze indicate dagli artt. 500.4.5.6 e 503.4.5 c.p.p., sarebbe solo la singola dichiarazione contestata e non l'intero verbale dell'atto nel suo complesso ad acquistare valore probatorio.

7. Segue: d): l'acquisizione delle sentenze irrevocabili.

La riforma del 1992 ha introdotto, come si diceva, la nuova norma dell'art. 238 *bis*, prevedendo che “le sentenze divenute irrevocabili possono essere acquisite ai fini della prova di fatto in esse accertato”, essendo valutate “a norma degli artt. 187 e 192.3”.

Testo ambiguo e confuso, oltre che di pessima fattura lessicale; era migliore quello che figurava nel d.l. n. 306, dove si parlava di sentenze “liberamente valutate ai fini stabiliti dall'art. 187”.

Come si legge in una recente sentenza (Cass. 19 maggio 1994, Rapanà, 198107) la *ratio* della norma sarebbe quella di “non disperdere elementi conoscitivi acquisiti in provvedimenti che hanno comunque acquistato autorità di cosa giudicata”, libero restando il giudice di valutarli secondo il suo prudente apprezzamento.

Senonché, il tal modo si allude alle prove su cui la sentenza si è fondata; ad interessare sono dunque i materiali contenuti nei verbali del processo di cui quella sentenza ha costituito l'epilogo, non la sentenza in sé: la norma a cui allora fare effettivo riferimento è l'art. 238.1 e 3 (dal canto suo, l'irrevocabilità della sentenza sembra un requisito pleonastico, del tutto estrinseco rispetto al valore di una prova, anche se “tranquillizza” l'intangibilità della vicenda processuale a cui la prova si riferisce).

Meno convincente alludere ad un'efficacia probatoria della stessa sentenza in quanto tale, ritornando alla vecchia concezione della sentenza come documento, che, peraltro, proverebbe solo l'esistenza di un certo giudizio, o meglio, della pluralità dei giudizi (di fatto e di diritto) di cui si compone la motivazione, non i fatti su cui quei giudizi si fondano. L'art. 238 *bis* sembra confondere la decisione con le prove: la prima si fonda sulle seconde, ma non si identifica con esse. Lo avvertiva già CALAMANDREI: la sentenza di per sé non è una prova, contiene solo una valutazione delle prove raccolte; il ragionamento (anche in fatto) in cui si estrinseca la motivazione non è prova, ma un'argomentazione che sorregge un comando (la sentenza): potrà giovare, potrà risultare utile come repertorio dialettico, ma non ha nulla da spartire con il fenomeno probatorio.

Non a torto, dunque, si è rilevato che l'art. 238 *bis* contiene una finta norma, mai applicabile; la vera discenderebbe dall'art. 238 1. e 3.

8. *Le modalità di utilizzazione degli atti di un altro procedimento.*

Qualche rilievo conclusivo si impone ancora in ordine alle modalità concrete di ingresso dei verbali delle prove di altro procedimento.

L'art. 468.4 *bis* c.p.p., anch'esso introdotto dalla "nuovella" del 1992, prevede che la parte che intende chiedere l'acquisizione di quei verbali deve farne espressa richiesta al momento della presentazione della lista (strumento finora riservato solo alle prove orali): proprio perché può trattarsi di prove acquisite di fronte a parti diverse da quelle del processo *ad quem*, è importante che la parte nei cui confronti esse saranno utilizzate ne venga preavvertita. La decisione di ammissione consegue *ex art.* 495, ma prima, ai sensi del comma 3 della norma le parti potranno esaminare i documenti. Infine, anche d'ufficio, il giudice disporrà ai sensi dell'art. 511 *bis* c.p.p. che sia data lettura dei medesimi (dopo l'esame della persona che ha reso le dichiarazioni, ove esso abbia luogo).

Una disciplina quest'ultima pure introdotta dalla riforma, la quale appare significativa, perché indica che le prove di altri procedimenti seguono una disciplina diversa da quella prevista in via ordinaria per i documenti, in ordine ai quali, una volta intervenuta l'ammissione *ex art.* 495, non è necessaria la lettura, qui invece richiesta, per giunta integralmente e non attraverso semplice "indicazione".

Più complessa l'ipotesi in cui si chieda anche la citazione del soggetto che abbia reso le dichiarazioni raccolte nei verbali (citazione che può essere domandata anche da una parte diversa da quella che ha richiesto l'acquisizione dei medesimi). L'art. 468.4 *bis* dispone che la citazione è autorizzata solo dopo che in dibattimento il giudice ha ammesso l'esame *ex art.* 495. Dal canto suo, quest'ultima norma precede al comma 1 che il giudice provveda sulla richiesta di "nuova" assunzione *solo dopo aver acquisito la documentazione relativa alla prova dell'altro procedimento*: in sostanza, solo dopo che il giudice ha avuto modo di conoscere tale materiale. È una condizione che può avere senso solo ove sia richiesta una valutazione di "assoluta necessità" dell'esame (ipotesi che nella versione primitiva dell'art. 190 *bis* riguardava ogni processo, ma che oggi è limitata a quelli indicati dall'art. 51.3 *bis*); a meno di non ritenere implicito in questa disciplina un invito al giudice a considerare manifestamente superflua la prova orale (art. 190.1 c.p.p.) una volta in possesso di quella scritta.

LA LOGICA DEL GIUDIZIO: IL RAGIONAMENTO
INFERENZIALE, I FATTI NOTORI E
LA SCIENZA PRIVATA, LE MASSIME D'ESPERIENZA,
IL SILLOGISMO GIUDIZIALE

Relatore:

prof. Giulio UBERTIS

ordinario di procedura penale nell'Università di Parma

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Cenni storici. – 3. Questioni terminologiche. – 4. I contesti di decisione e di giustificazione – 5. Il contesto di ricerca e l'epistemologia giudiziaria. – 6. Massime d'esperienza, leggi logiche e leggi scientifiche non probabilistiche. Fatti notori. – 7. Prova in senso stretto (rappresentativa o critica) e indizio. – 8. La conclusione probatoria. – 9. Rinvio bibliografico.

1. Premessa.

“Logica del giudizio” è sicuramente un tema che non è enfatico riconoscere idoneo a fare, come si dice, “tremar le vene ai polsi”. Tanto più se un tale argomento debba essere sviluppato nell'arco di non più dei “canonici” tre quarti d'ora e, inoltre, sia inserito in un “corso di aggiornamento” per giudici: quindi, necessariamente rivolto a persone già ampiamente esperte della materia e desiderose di ottenere elementi conoscitivi utili per il proseguimento dell'esercizio della loro elevata funzione.

Di fronte ad un siffatto uditorio, il relatore ha dunque il compito non certo facile di offrire elementi di approfondimento su quanto costituisce l'esperienza quotidiana degli ascoltatori in modo da renderli più consapevoli delle difficoltà del loro lavoro, senza però incorrere nell'errore di effettuare uno svolgimento tematico astrattamente teorico, ma anzi riuscendo a fornire alcune prospettive concrete per le principali questioni che sorgono quando si deve giudicare.

2. Cenni storici.

Inizialmente, tuttavia, giova inserire il discorso, almeno sinteticamente, nella sua più adeguata prospettiva storica.

A questo proposito, va ricordato che, sebbene già presente in epoca anteriore, una consapevole ricostruzione del lavoro del giudice implicante una sua assimilazione a quello dell'applicazione del modulo sillogistico si raggiunge nel periodo illuministico, quando si perviene alla canonica formulazione della sentenza come di un atto costituito da una premessa maggiore contenente l'enunciazione di una norma giuridica, da una premessa minore relativa all'affermazione del verificarsi di quanto contenuto nella norma e da una conclusione con cui si fissa la conseguenza giuridica di tale accadimento.

Caratteristica comune di siffatta impostazione, nonostante i successivi aggiustamenti resi necessari da una maggiore presa di coscienza della problematica sottostante (per cui, ad esempio, si venne a sostenere una configurazione polisillogistica della sentenza, nella quale il sillogismo “finale” non sarebbe che la risultante di precedenti sillogismi “strumentali”), è rimasta la concezione di un’indagine su un “fatto” inteso come qualcosa di estraneo al lavoro di ricostruzione compiuto dal giudice e dalle parti. Anche quando si è inteso ridurre il sillogismo alla sua struttura essenziale, parlandosi di sussunzione del fatto al diritto, si è comunque mantenuta una dicotomia tra una storiografia dell’accaduto ed una storiografia del conveniente, che si aggiunge alla prima determinando l’esito della decisione.

Resta sempre oscuro il processo conoscitivo attraverso cui il giudice giunge alla reciproca posizione delle premesse del sillogismo, dalle quali solo può sgorgare automatica la conclusione. Ma è proprio su di esse che vertono i contrasti che oppongono tra loro le parti, i difensori, i testimoni, i periti, ecc.

È sulla base di analoghe osservazioni che si fondarono le affermazioni di coloro che sostennero il contenuto intuitivo, non sillogistico, della decisione giudiziaria, mentre soprattutto all’estero sorsero teorie programmaticamente antilogiciste generalmente collegate a concezioni irrazionalistiche, come le scuole del realismo giuridico nel mondo anglosassone e scandinavo o del diritto libero nel mondo tedesco. A tali correnti antisillogistiche possono infine essere aggiunte due altre impostazioni di pensiero, che traggono origine dal recupero e dalla parziale rifondazione di strumenti intellettuali già presenti in tempi lontani: ci si riferisce, ovviamente, alle teorie topica ed argomentativa del ragionamento giuridico.

Non è questa la sede per analizzare singolarmente tutti gli indirizzi dottrinari suindicati; sembra tuttavia opportuno indicare alcune ambiguità di fondo loro sottese.

3. *Questioni terminologiche.*

Ciò che non viene sufficientemente illuminato, quando si parla di “logica del giudizio”, è lo stesso oggetto del discorso, perché non si può negare che proprio “logica” e “giudizio” siano termini di per sé ambigui, in quanto riferentisi a concetti diversi, per di più aventi, per quanto riguarda il “giudizio”, anche uno specifico impiego tecnico-giuridico.

Iniziando il discorso dalla “logica”, ciò che normalmente viene sottaciuto è che il suo significato, derivando dal greco λογική, può indicare – almeno come sue accezioni fondamentali – sia la “scienza del pensiero” (rientrando pertanto nell’ambito della psicologia) sia la “scienza del discorso” (descrivendo e costruendo le regole del linguaggio).

Le conseguenze di tale ambiguità si riverberano sulle teorie proposte riguardo all’attività giudiziale. Alcune (quella sillogistica e, specularmente, quella topica ed argomentativa, nella misura in cui queste ultime, pur contrapponendosi, non definiscono la valenza precisa di tale antitesi) non chiariscono se intendono rappresentare soltanto il procedimento intellettuale attraverso cui si perviene al risultato della sentenza oppure lo schema esteriormente linguistico della medesima o ambedue. Altre (nel modo più palese ciò accade per la corrente del realismo giuridico americano) pongono in rilievo l’aspetto psicologista della decisione, che, però, appunto perché irrazionalmente impostato, non contribuisce efficacemente a rendere conto del procedimento impiegato dal giudice nel motivare il suo provvedimento.

Né la connessione tra “pensiero” e “linguaggio” può essere individuata nella concezione (peraltro comune alle citate teorie sul ragionamento giuridico) per la quale la decisione e la giustificazione del giudice avverrebbero nella sua mente, dovendo solo essere manifestate all’esterno: è, se mai, proprio questa “fallacia mentalistica” a generare gli insoddisfacenti esiti (descrittivistici o, all’opposto, irrazionalistici) delle ricordate teorie.

Senza considerare, poi, che siffatta loro impostazione rende inesplicabile, ad esempio, il *modus procedendi* degli organi collegiali, per i quali il “foro interno” di ciascun giudice verrebbe necessariamente espresso – e mediato – in camera di consiglio piuttosto che nella stesura della sentenza, come anche confermato da una ricerca psicologica in argomento.

Quanto al “giudizio”, esso può venire inteso: *a)* in senso tecnico- giuridico, come fase processuale (e, allora, la sua “logica” farebbe riferimento ai criteri informativi dell’ordine previsto dal legislatore per il suo svolgimento: ma non è questo il significato cui ci si riferirà nel corso di questa relazione); *b)* come attività di ricerca degli elementi su cui si fonda una deliberazione; *c)* come formazione di quest’ultima; *d)* come decisione; *e)* come espressione linguistica sanzionante la fine del procedimento.

4. I contesti di decisione e di giustificazione.

Una comprensione dell’attività giudiziale tale da evitare il viluppo di aporie in cui è venuto a trovarsi chi ha studiato l’argomento con strumenti che hanno ormai palesato i loro limiti esplicativi può aversi, anzitutto, attraverso la netta accettazione di una prospettiva comportamentistica nello studio della sentenza. Quest’ultima è un atto giuridico, un comportamento rilevante per il diritto e incidente sulla realtà non perché rappresentativo degli stati psicologici del giudice, ma perché veicolo di una decisione attraverso cui il giudice intende conseguire determinati effetti. La sua motivazione non è altro che il discorso con cui si intende giustificare il comando, utilizzando gli argomenti che si ritengono maggiormente idonei a difendere la sentenza di fronte alle parti, all’eventuale giudice dell’impugnazione ed al popolo nel cui nome la giustizia è amministrata ai sensi dell’art. 101 comma 1 Cost..

In secondo luogo, non è più possibile disconoscere che il ragionamento del giudice è intessuto di elementi non assimilabili ad una sola categoria: essi sono, a seconda dei casi, riconducibili a schemi non soltanto logico-formali, ma anche topici o valutativi o retorici.

Infine, occorre chiarire quali sono i piani su cui si svolge il lavoro del giudice e quali sono i loro reciproci rapporti ed interazioni. Da un lato, infatti, bisogna tenere conto dei livelli del pensiero e del linguaggio; dall’altro, non è sufficiente ricorrere alla differenza (sorta nell’ambito della filosofia della scienza) tra *context of discovery* e *context of justification* applicandola, senza le dovute specificazioni, all’analisi del giudizio.

Riguardo alla distinzione tra i ricordati contesti – al cui interno, si ribadisce, bisogna operare la differenziazione tra le attività intellettuali con cui si perviene alla decisione e alla motivazione ed i risultati linguistici attraverso i quali queste vengono espresse –, emerge l’arbitrarietà della tesi favorevole al riconoscimento di una irriducibile asimmetria tra i procedimenti decisorio e motivazionale. Anche su un piano più generale di quello giuridico, infatti, emerge che una separazione rigida tra decisione e motivazione non solo si pone in una direzione irrazionalistica (e quindi ripropone le difficoltà precedentemente ricordate), ma anche confonde un *prius* cronologico con un *prius* logico.

Dalla circostanza che la scelta precede la giustificazione (posto che ciò sia vero nella generalità dei casi: e bisognerebbe dimostrare di non essere fuorviati dal modello processuale, che ammette la *stesura* del dispositivo prima di quella della motivazione) non può *tout court* derivarsi che la prima sia indipendente dalla seconda.

Quando invero la persona che opera una opzione sa di doverla motivare (ed è la situazione tipica in cui si trova il giudice), non può prescindere completamente da tale obbligo e quindi già si trova il campo delle eventuali soluzioni ristretto a quello delle scelte ragionevolmente giustificabili: sarebbe costretta a rifiutare una scelta determinata, anche se magari conforme alle sue convinzioni, qualora non riuscisse ad argomentare favorevolmente in merito. Bisogna cioè non obliterare che, se la giustificazione fa perno sulla decisione, vale pure il contrario, almeno nella misura in cui la stessa possibilità di giustificare è un elemento di determinazione della scelta concreta. Se così si vuol dire, il giudice è “costretto” ad emettere il suo provvedimento decisorio anche in funzione della giustificazione che è tenuto a rendere al fine di dar conto del proprio operato.

In questa prospettiva, allora, può anche sostenersi che la relazione tra motivazione e dispositivo non dovrebbe più essere interpretata, sillogisticamente, come rapporto fra premesse e conclusioni, ma soltanto tra conclusioni: se il dispositivo deve essere inteso come il risultato linguistico dell'attività decisoria e la motivazione come quello dell'attività giustificativa della prima, della quale delimita l'ambito di scelta, appare evidente come ambedue le parti della sentenza non siano altro che le conclusioni di due procedimenti convergenti e tra loro strettamente connessi.

5. Il contesto di ricerca e l'epistemologia giudiziaria.

Ciò che tuttavia non viene considerato quando ci si limita a trattare della giustificazione e della decisione è un terzo livello sul quale opera il giudice, preliminare ai due indicati: quello euristico, che potrebbe definirsi come inerente al *contesto di ricerca*. E se per tale ambito potrebbe continuare ad impiegarsi il termine "logica", sembra più opportuno, anche per evitare ulteriori fraintendimenti, utilizzare quello di "epistemologia", cioè di analisi critica dei metodi e della validità della conoscenza: oggetto della "epistemologia giudiziaria" sono dunque i criteri e gli strumenti usati dal giudice per conseguire l'acquisizione – e quindi provvedere alla valutazione – del materiale fattuale, sulla cui base compiere le scelte decisorie.

Appare, d'altra parte, evidente come la necessità di parlare di un "contesto di ricerca" oltre a quelli di "di giustificazione" e "di decisione" sia la conseguenza dell'introduzione nell'ambito processuale della distinzione tra *context of discovery* e *context of justification*, poiché la sua trasposizione dall'ambito scientifico ha generato un mutamento semantico delle due locuzioni ed un radicale cambiamento delle questioni da esse implicate. Nella scienza, infatti, il *context of discovery* concerne i problemi del come si pervenga alla formulazione di un'ipotesi ed il *context of justification* i problemi del come questa ipotesi venga convalidata, senza che comunque una sua accettazione abbia mai carattere assolutamente definitivo; quando, invece, si tratta dei due contesti riferendoli all'attività giudiziaria, l'attenzione non è più volta al momento del sorgere di un'ipotesi, ma a quello dell'emanazione di un provvedimento finale. La "teorie dei due contesti" viene, per così dire, spostata "in avanti", tanto che il termine *discovery* viene tradotto dai giuristi con "decisione" anziché con "scoperta".

Ne deriva, pertanto, un "vuoto" concernente il periodo anteriore all'emanazione del provvedimento, venendo addirittura perso l'impiego del concetto di ipotesi. Non si rileva con sufficiente chiarezza che, anche nel processo, esiste un'ipotesi (iniziale) da verificare: quella, prospettata dell'attore nel processo civile e dal pubblico ministero in quello penale, su cui il giudice deve provvedere. Ed ugualmente si pone nel processo il problema del come avvenga la convalida, effettuata attraverso l'istruzione probatoria.

In conclusione, e schematicamente, mentre la sequenza scientifica (dove manca un "giudice" ed è quindi chi "scopre" che deve anche "giustificare") è: 1) contesto di scoperta e formulazione dell'ipotesi; 2) contesto di giustificazione ed eventuale convalida; la sequenza giudiziaria è: a) contesto di scoperta e formulazione dell'ipotesi (è il momento dell'istruzione primaria, in cui peraltro, se il suo risultato è "ipotesi" per il giudice, per la parte che la formula è già "decisione": non a caso si dice che la "domanda" della parte, è per quest'ultima il "modello" dell'auspicata sentenza) b) contesto di ricerca (è il momento dell'istruzione probatoria o secondaria, che si sviluppa davanti al giudice); c) contesto di decisione; d) contesto di giustificazione.

E sembra in ogni caso opportuno ribadire che un legame dialettico tra i contesti di ricerca, giustificazione e decisione sussiste sempre. Non solo la scelta e la motivazione finali avvengono sulla base degli esiti dell'indagine, ma quest'ultima, proprio perché svolta in funzione delle prime, non potrà non risentire dell'indirizzo che le viene impresso; concezione, questa, tanto più valida quanto più si osservi come nell'ambito giudiziario già siano dati, addirittura anche normativamente, i binari – sia sostanziali che processuali – del percorso da compiere, in fondo al quale il giudice avrà conosciuto il reale attraverso non una mera riflessione passiva, ma una cosciente sistematizzazione attiva. L'oggetto di dubbio, dal quale comunque scaturivano determinate ipotesi di soluzione (se non altro, quelle proposte dalle parti in causa) da sottoporre a verifica, sarà allora convertito nella ricostruzione di un fatto, definito nelle sue articolazioni e relazioni giuridicamente rilevanti.

Tra gli strumenti conoscitivi utilizzati dal giudice nella sua attività di ricostruzione del fatto assumono una importanza particolare le cosiddette massime d'esperienza. Si è fondatamente ritenuto, infatti, che negare l'impiego delle massime d'esperienza significa rendere impossibile al giudice ogni riflessione e scelta, conducendolo all'emissione di una decisione razionalmente ingiustificabile ovvero solipsisticamente intuitiva, se non addirittura alla più completa afasia. Attualmente, poi, è lo stesso legislatore a chiarire come l'art. 192 comma 1 c.p.p. implichi che nella motivazione della pronuncia debba comparire l'“indicazione dei criteri di valutazione (massime d'esperienza) utilizzati per vagliare il fondamento della prova” (1).

Per comprenderne la natura, giova comunque rilevare che la generalizzazione effettuata con la massima d'esperienza viene ottenuta attraverso l'individuazione di caratteri “comuni” presupposti come presenti in eventi passati assunti come dati di partenza, con l'esclusione (o la svalutazione) appunto di quei casi che potrebbero smentire siffatta generalizzazione. Pertanto, l'assolutizzazione degli elementi iniziali, mancando un accordo sulla loro scelta, non può evitare il rischio di essere confutata da almeno un'altra massima d'esperienza (magari opposta).

D'altronde, se la forza esplicativa della massima d'esperienza non è maggiore di quella posseduta dalla somma dei casi precedenti presi in considerazione, la generalizzazione così ottenuta non può essere idonea a fondare senza incertezze la conclusione inferenziale concernente un evento che, per definizione, ha il carattere della novità. Qualora, invece, si volesse sostenere che la circostanza nuova su cui verte l'indagine sarebbe inclusa nella massima d'esperienza, si presupporrebbe ciò che dovrebbe essere esclusivamente oggetto della suddetta inferenza.

La massima d'esperienza, dunque, non potendosi trasformare l'*id quod plerumque accidit* nell'*id quod semper necesse*, può pertanto fungere solo da premessa maggiore di un procedimento gnoseologico di cui l'elemento sotto esame costituisce la premessa minore, ma la cui conclusione si caratterizza per la sua ipoteticità congetturale carente di univocità e sempre soggetta a falsificazione. Il ragionamento costruito con l'impiego di massime d'esperienza avrebbe quindi una struttura argomentativa in forma di sillogismo, aristotelicamente definibile come dialettico o retorico, la cui conclusione, fondata su premesse probabili, sarebbe parimenti soltanto probabile.

Funzione precipua delle massime d'esperienza è dunque quella topico-euristica: esse, consentendo il ricorso ad una pluralità di prospettive ritenute significative per l'indagine, forniscono al giudice una serie di *tópoi* utilizzabili quali premesse per la soluzione dei diversi problemi che si trova a dover affrontare.

In maniera nettamente diversa si pone la questione relativa all'uso delle leggi logiche in ambito giudiziario. Trattandosi, infatti, di conoscenze intrinsecamente universali, esse non possono essere disapplicate nel corso dello svolgimento processuale. Altrimenti, il giudice finirebbe per incorrere nella incomunicabilità delle proprie decisioni: non è certamente nuovo il rilievo che la contraddittorietà interna della motivazione oppure quella tra motivazione e dispositivo o tra capi di una medesima sentenza rendono incomprensibile il provvedimento per la coesistenza di argomentazioni e/o di comandi incompatibili.

Meno lontana da quella relativa alle massime d'esperienza appare invece la tematica concernente le leggi scientifiche, considerando però che d'ora in avanti con quest'ultima locuzione ci si riferirà esclusivamente (salvo diversa ed esplicita indicazione) alle "leggi scientifiche non probabilistiche" (o "universali"). L'impiego di leggi probabilistiche, infatti, mentre da una parte (se effettuato in sede di valutazione concernente l'accettabilità di un'ipotesi ricostruttiva della regiudicanda in base agli elementi gnoseologici processualmente disponibili) condurrebbe il giudice all'uso di calcoli numerici analoghi a quelli utilizzati nei sistemi di prova legale; dall'altra, non potrebbe offrire una garanzia conoscitiva sostanzialmente differente da quella originata dalle massime d'esperienza, cui pertanto tali leggi vanno equiparate sotto questo profilo.

Tuttavia, gli stessi argomenti impiegati per contestare l'"assolutezza" di una massima d'esperienza potrebbero essere utilizzati anche nei confronti di una legge scientifica di forma universale, dato che entrambe sembrerebbero fondarsi, in ultima istanza, su un procedimento induttivo concludentesi con una generalizzazione di dati empirici. Non a caso, emerge spesso in dottrina la tendenza ad includere nella nozione di massima d'esperienza le leggi scientifiche.

Non si può peraltro evitare di rilevare una loro differenza strutturale. Essa consiste nella peculiarità delle leggi scientifiche di essere inserite in (e giustificate da) un sistema di asserti generalmente accettato, a differenza delle massime d'esperienza che vengono riconosciute come sussistenti o no ciascuna indipendentemente dalle altre. Come conseguenza di siffatta particolarità, le leggi scientifiche si sottraggono alle limitazioni delle generalizzazioni meramente empiriche; per effetto del loro riferimento ad un apparato nomologico o teorico, infatti, esse non sono formulate unicamente sulla base dei dati sperimentali e giustificano quindi la loro validità su argomenti diversi da quelli costituiti dall'elencazione degli esempi che le suffragano empiricamente.

Inoltre, mentre le massime d'esperienza possono non soltanto essere utilizzate, ma, in maniera razionalmente giustificabile, anche costruite o reperite dall'organo giudicante richiamandosi al bagaglio delle proprie osservazioni (pure professionali), le leggi scientifiche sono indipendenti dal caso concreto oggetto dell'indagine, così che non è consentito al giudice di riconoscerle come tali (e quindi applicarle) secondo la ritenuta opportunità di desumere un particolare risultato da una determinata circostanza. E se per questo aspetto la situazione è analoga a quella dello storico, non ci si può esimere dall'aggiungere che per il giudice penale il vincolo all'osservanza delle leggi scientifiche – che per lui, nonostante la loro determinatezza socio-storica, assumono la funzione di premesse "certe" del ragionamento – trova il suo fondamento anche in ambito costituzionale. Sostenere il contrario, invero, implicherebbe almeno, qualora le leggi scientifiche influissero sulla determinazione della fattispecie, violare il principio di tassatività di quest'ultima, scaturente dall'art. 25 comma 2 Cost..

Spesso accostato a quello delle massime d'esperienza è il tema dei fatti notori, magari in quanto ambedue considerati alla stregua di eccezioni al divieto, per il giudice, di usare la propria "scienza privata".

Ma – senza che sia pertanto necessario esaminare il problema relativo all'esatta nozione di "notorietà" oppure il suo eventuale collegamento con quella di "comune o media cultura" – la distinzione fondamentale tra i fatti notori e le massime d'esperienza (nonché le leggi logiche e scientifiche, anche probabilistiche) è che essi concernono accadimenti individuali, storicamente precisati (o precisabili) e non ipotizzate regole generali. Nell'ambito di una impostazione sillogistica della questione, si è così potuto affermare che i primi troverebbero posto soltanto nella premessa minore e le seconde in quella maggiore di un sillogismo.

Quando, però, si sia rilevato che, nonostante la loro tendenziale coincidenza, notorietà e verità sono da tenere distinte, allora non potranno sussistere esitazioni nel sostenere che, in caso di dubbio su un fatto di cui si sostenga la notorietà, quest'ultima non potrà evitare l'acquisizione probatoria tesa a verificare la sussistenza di esso. Né, d'altro lato, una pretesa notorietà potrà consentire al giudice di utilizzare un "fatto notorio", la cui conoscenza non sia stata enunciata in sede giudiziale: altrimenti, verrebbe meno la garanzia di un effettivo esercizio del contraddittorio, non consentendosi alle parti l'occasione per sollevare eventuali obiezioni in argomento.

Indipendentemente, quindi, dall'importanza che possa aver assunto in ordinamenti giuridici passati, attualmente la nozione di "fatto notorio" concerne l'affermazione (o la negazione) di un evento, la cui fondatezza può essere riconosciuta con maggiore facilità o più brevemente che per le altre asserzioni giudizialmente rilevanti.

7. Prova in senso stretto (rappresentativa o critica) e indizio.

Le massime d'esperienza, tuttavia, oltre a svolgere la loro funzione topico-euristica, assumono una particolare importanza per riuscire a risolvere una delle più ostiche questioni della scienza processuale: quella della discriminazione, nell'ambito delle prove in senso lato (cioè di tutti gli strumenti gnoseologici che consentono di accertare la verità di uno degli enunciati fattuali integranti il *thema probandum*), tra le prove in senso stretto e gli indizi (corrispondenti a quelle che dai processualciviltisti vengono denominate "presunzioni semplici").

Preliminarmente, però, occorre definire le nozioni di *elemento di prova* e di *risultato di prova*. Il primo è rappresentato da ciò che, introdotto nel procedimento, può essere utilizzato dal giudice come fondamento della sua successiva attività inferenziale (per esempio: dichiarazione testimoniale, caratteristica dell'oggetto sequestrato, espressione contenuta in un documento, ecc.); il secondo, è costituito dall'enunciato che si ottiene quale esito del procedimento inferenziale compiuto a partire dall'elemento di prova.

Ai nostri fini, è poi necessario precisare la distinzione tra prova rappresentativa e prova critica, pur senza dimenticare la connessione tra esse, come quando l'attività critica si sviluppa, ad esempio, sulla base di una testimonianza. Tuttavia, ciò che in questa sede importa rilevare attiene al differente rapporto in cui si pongono l'elemento ed il risultato di prova: risiede in ciò lo strutturale carattere discrezionale tra i due citati tipi di prova.

Nella *prova rappresentativa* l'elemento raffigura, "facendolo presente", il risultato di prova, cosicché l'inferenza dall'uno all'altro appare "automatica"; nella *prova critica*, invece, ciò che viene delineato dall'elemento di prova è palesemente diverso dal risultato di prova da confrontare con l'affermazione probatoria ed a quest'ultimo si perviene attraverso una più consapevole e manifesta mediazione intellettuale.

Procedendo ad una esemplificazione (e supposta come positivamente superata la questione relativa alla valutazione dei fatti secondari – cioè dell'insieme costituito dagli elementi, dalle fonti e dai mezzi di prova, nonché dai fatti notori – implicati dall'esperimento probatorio cui per ipotesi ci si riferirà), si può immaginare che l'oggetto di prova sia costituito dall'incontro dell'imputato con la vittima all'ora del delitto T e nell'abitazione X di quest'ultima.

Se un teste deponesse di essersi allontanato da tale luogo in quel periodo temporale mentre imputato e vittima vi si trattenevano ulteriormente, "automatica" apparirebbe l'inferenza di un risultato di prova conducente, nel momento decisivo, alla verifica dell'iniziale affermazione probatoria. Qualora, invece, un teste dichiarasse che l'imputato si trovava in un diverso luogo Y nello stesso momento T, questo elemento di prova dovrebbe essere collegato (attraverso il risultato rappresentativo intermedio che "l'imputato si trovava in Y") al principio indubitabile che nega l'ubiquità prima di poter pervenire ad un risultato di prova idoneo ad ottenere una decisione sulla (in)fondatezza dell'iniziale affermazione probatoria.

Nonostante la differente complessità della struttura inferenziale, caratteristica comune alle due prove è la *necessità* della conclusione. La loro distinzione, pertanto, concerne non la "qualità logica" dell'attività esercitata, ma l'"immediatezza logica" della conoscenza conseguita.

In relazione al medesimo oggetto di prova concernente l'incontro dell'imputato con la vittima all'ora del delitto T e nell'abitazione X di quest'ultima, può ora ipotizzarsi che un teste dichiari di aver visto l'imputato posteggiare la propria vettura nell'autorimessa pertinente al suddetto immobile in tale lasso di tempo. L'elemento di prova così conseguito non sarebbe tuttavia idoneo a rendere certa l'inferenza conducente ad un risultato di prova che confermi l'effettuazione dell'incontro in questione.

Si avrebbe solo la "sicurezza" che l'imputato era nei pressi della casa in cui è stato commesso il delitto, ma i motivi atti a giustificare tale evento ed adducibili dall'accusato potrebbero essere innumerevoli. La stessa massima d'esperienza secondo cui "chi posteggia la propria automobile nell'autorimessa altrui, ha normalmente un appuntamento con il proprietario della stessa" potrebbe essere smentita da un'altra massima, per la quale "la disponibilità dell'autorimessa altrui è normalmente concessa a chi deve effettuare senza difficoltà di posteggio una commissione di interesse comune nel palazzo di fronte". L'esistenza dell'incontro tra imputato e vittima sarebbe quindi sostenibile solo per effetto di un procedimento inferenziale, la cui conclusione sarebbe soltanto *possibile*.

Se per differenziare la prova rappresentativa da quella critica ci si era riferiti ad una diversa complessità della mediazione logica, ora questo rilievo non è più sufficiente per individuare la differente "qualità" dell'attività intellettuale impiegata nell'ultima ipotesi, esemplificatrice di ciò che viene denominato "indizio" (o "presunzione semplice"). Rispetto alla prova rappresentativa, adesso si è in presenza non soltanto di un mutamento nella struttura gnoseologica, ma di una variazione della natura della conoscenza, che consente di discriminare l'ipotesi dell'indizio dalle precedenti.

La distinzione tra prova in senso stretto (tanto critica quanto rappresentativa) ed indizio (o presunzione semplice) concerne la *modalità logica* della conclusione successiva all'inferenza fondata sull'elemento di prova. È questo che riteniamo essere il fondamentale elemento distintivo tra *prova in senso stretto* ed *indizio*. Ambedue vengono impiegati per la verifica di un enunciato fattuale integrativo del *thema probandum*, ma soltanto nella prima il passaggio dall'elemento al risultato di prova è univocamente determinato.

Ciò avviene perché nella prova in senso stretto la conclusione inferenziale si ottiene utilizzando esclusivamente leggi logiche o scientifiche non probabilistiche, mentre nell'indizio vi è l'applicazione di massime d'esperienza (cui vanno assimilate – come detto precedentemente – le leggi scientifiche probabilistiche), cosicché per quest'ultimo vi è carenza di validità logica.

Né i termini della questione vengono mutati dall'inserimento nel dibattito giuridico della nozione, ora di moda, della cosiddetta abduzione (intesa come forma di ragionamento che, noto l'effetto, consente di risalire alla causa). Anche per essa, invero, la conclusione "*b* (rientrante nella classe *y*) è conseguenza di *a* (rientrante nella classe *x*)" o è necessaria perché si dispone di una legge del tipo "*y* è conseguenza soltanto di *x*" o è possibile perché, partendo da una legge come "*x* implica *y*", si fruisce del passaggio intermedio costituito dalla mera generalizzazione empirica, cioè da una massima d'esperienza, del tipo "*y* normalmente è conseguenza soltanto di *x*".

Appare tuttavia evidente che, mentre durante l'esperimento probatorio non si può ancora sapere se si otterrà una prova in senso stretto (critica o rappresentativa) o un indizio (perché, ad esempio, il teste può rendere dichiarazioni differenti da quelle attese), tale incertezza non sussiste più una volta conseguito l'elemento di prova: fissata la premessa della relativa inferenza, infatti, si è ormai in grado di definire come necessario o come soltanto possibile il risultato di prova.

Risulta, allora, opportuno distinguere linguisticamente le premesse, gli sviluppi e le conclusioni del procedimento intellettuale del giudice.

In questa prospettiva, l'elemento di prova (in senso lato) costituisce il *genus* al cui interno si collocano le *species* dell'*elemento probatorio* e dell'*elemento indiziario* (o *presuntivo*), a seconda che ci si riferisca, rispettivamente, alla prova in senso stretto o all'indizio (o presunzione semplice); così come nell'ambito del *genus* rappresentato dal risultato di prova (in senso lato) si differenziano le *species* del *risultato probatorio* e del *risultato indiziario* (o *presuntivo*) quali conseguenze, rispettivamente, di un'*inferenza probatoria* o di un'*inferenza indiziaria* (o *presuntiva*). In questo modo, tra l'altro, si risolve una ricorrente ambiguità lessicale, evitando di confondere i termini "indizio" o "presunzione semplice" con una qualsiasi delle loro componenti.

8. La conclusione probatoria.

Finora ci siamo soffermati sulla struttura del fenomeno probatorio, individuando a tale livello l'incidenza delle massime d'esperienza sull'attività del giudice.

Va rilevato, però, che il momento più impegnativo per il giudice è quello in cui deve provvedere a individuare, tra quanto acquisito in sede istruttoria, ciò che ritiene adeguato a fondare la decisione.

È nell'ambito di questa tematica che si inserisce la disamina del giudizio assertorio di concludenza probatoria, vertente sull'idoneità e la sufficienza sia dei fatti secondari (elementi, mezzi e/o fonti di prova, fatti notori) sottoposti all'attenzione del giudice che dei conseguenti risultati di prova e delle relative inferenze a servire per il definitivo giudizio di verità sull'affermazione rappresentativa della *res in iudicium deducta* e fondativa della domanda giudiziale (2).

È a seguito di questo giudizio di concludenza probatoria che la "prova" come strumento gnoseologico diventa "prova" come epilogo conoscitivo, denominato *conclusione probatoria* e posto alla base della ricostruzione giudiziale del fatto.

Ciò accade perché tale conclusione è costituita da quello stesso enunciato che al livello della singola struttura probatoria integrava il risultato di prova e che ora viene positivamente valutato secondo il criterio della sua concreta efficacia persuasiva, dopo che volta a volta si sono accertate, ad esempio, l'affidabilità del testimone o l'autenticità del documento oppure l'attendibilità dell'esperimento giudiziale o la sufficiente chiarezza dell'impronta lasciata sull'oggetto sequestrato, come pure la fondatezza dell'inferenza nel passaggio dall'elemento preso in considerazione al risultato di prova e la compatibilità di quest'ultimo con quelli ottenuti da altre acquisizioni probatorie.

In ogni caso, tuttavia, per adempiere al proprio compito valutativo, l'organo procedente deve sostanzialmente operare su base argomentativa, con ampio impiego delle massime d'esperienza, dato che nell'analisi delle "circostanze qualificanti" concernenti i fatti secondari sono poco di ausilio le leggi logico-scientifiche.

Sulla base delle considerazioni fin qui esposte, allora, non si può certo disconoscere un fondamento alla tesi di chi ritenga la ricostruzione fattuale operata in sede giudiziaria comunque soggetta al dubbio, potendosene derivare la convinzione che sia impossibile discriminare tra prova in senso stretto e indizio.

Occorre tuttavia precisare che una conclusione così radicale si pone solo apparentemente in contraddizione con quanto precedentemente sostenuto *supra*, § 7. La distinzione tra prova in senso stretto e indizio è stata infatti operata esaminando la *struttura* degli strumenti gnoseologici impiegati per la ricostruzione fattuale ed è stata individuata nella diversa natura dell'inferenza basata sull'elemento di prova, mentre la mancata differenziazione si evidenzia ad un livello che è relativo ai *singoli fattori* strutturali conseguiti in sede di acquisizione probatoria. La distinzione, cioè, emerge quando si concentra l'attenzione non su quanto ottenuto attraverso il procedimento probatorio, bensì sulla disamina del procedimento intellettuale del giudice, dopo averne individuate le premesse.

D'altronde, quando si pone in dubbio, ad esempio, l'affidabilità di un teste oculare o l'autenticità di un documento, si dice che la decisione che ne facesse uso sarebbe fondata (non su "indizi", ma) su "prove ingannevoli" o addirittura "false", certamente senza parlare di "processo indiziario". A questa locuzione, invece, si ricorre quando ci si riferisce non alla credibilità della fonte di prova, all'inattendibilità del mezzo di prova od all'insufficiente comprensione dell'elemento di prova, bensì alla mancanza di un criterio che consenta di trarre, dagli elementi di prova emersi, conclusioni sicure sulla sussistenza del fatto e/o sulla responsabilità dell'imputato.

9. Rinvio bibliografico.

Sarebbe evidentemente eccessivo indicare tutti gli scritti che si sono occupati della logica del giudizio. Per un iniziale approccio all'argomento e per ulteriori riferimenti, si segnalano comunque, in ordine cronologico: P. CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, in *Riv. crit. scienze soc.*, 1914; G. R. PISTOLESE, *La prova civile per presunzioni e le c.d. massime di esperienza*, Padova, 1935; G. CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione* (1937), Padova, 1964; F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953; G. DE STEFANO, *Il notorio nel processo civile*, Milano, 1947; C. LEONE, *Contributo allo studio delle massime di esperienza e dei fatti notori*, in *Ann. Bari*, 1954; A. GIULIANI, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, 1961; S. PUGLIATTI, *Conoscenza*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961; M. MASSA, *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, Milano, 1964; G. DE LUCA, *Logica e metodo probatorio giudiziario*, in *Scuola pos.*, 1964; M. NOBILI, *Nuove polemiche sulle cosiddette "massime d'esperienza"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969; M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975; E. AMODIO, *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977; G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, 1979; *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di G. Ubertis, Milano, 1992; M. MENNA, *Logica e fenomenologia della prova*, Napoli, 1992; M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano, 1992; N. MANNARINO, *Le massime d'esperienza nel giudizio penale e il loro controllo in Cassazione*, Padova, 1993; G. UBERTIS, *La prova Penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Torino, 1995; T. MAZZARESE, *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, Torino, 1996; B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, Milano, 1996.

(1) *Relazione prog. prel. c.p.p.*, in G.U., 24 ottobre 1988 n. 250, *Suppl. ord.*, n. 2, p. 61, dove peraltro (e conviene segnalarlo per evitare equivoci con quanto verrà esposto successivamente) viene impiegata una nozione lata di massima d'esperienza, comprensiva anche delle leggi scientifiche: non vi è dubbio alcuno, infatti, che – volendo salvaguardare “il raccordo tra convincimento del giudice e obbligo di motivare” (*ivi*, p. 61) – pure queste ultime debbano essere indicate in motivazione quando costituiscano “criteri” di valutazione probatoria.

(2) Va, tuttavia, ricordato come un giudizio di “concludenza” (per così dire “provvisoria” rispetto a quella “definitiva”, peculiare della decisione terminativa del procedimento penale) si abbia anche riguardo ad ogni provvedimento giudiziale, per il quale occorra valutare l'idoneità e la sufficienza delle risultanze procedimentali ai fini della decisione (come nell'ipotesi di cui all'art. 292 comma 2 lett. c c.p.p.).