

## UNIDADE IX

Uberti, Giulio, *Diritto alla prova nel processo penale e Corte Europea de Diritto dell'uomo*, *Revista de diritto processuale*, 49(2): 489/503, 1994.

### DIRITTO ALLA PROVA NEL PROCESSO PENALE E CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO (\*)

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Verosimiglianza e pertinenza probatorie. — 3. Rilevanza probatoria e diritto alla prova contraria. — 4. Regole di ammissione (o di esclusione) probatoria e ricerca della verità. — 5. L'involuzione antigarantistica nella disciplina del diritto alla prova. — 6. La giurisprudenza in materia della Corte europea dei diritti dell'uomo. — 7. Considerazioni conclusive.

1. — Al "diritto alla prova" inteso, per quanto riguarda le parti private e secondo un'ormai celebre definizione, come « diritto di difendersi provando » (1) accennano tanto l'art. 6 3° comma lett. d Convenzione europea dei diritti dell'uomo (adottata a Roma il 4 novembre 1950, resa esecutiva con l. 4 agosto 1955 n. 848 ed entrata in vigore per l'Italia il 26 ottobre 1955) quanto l'art. 14 3° comma lett. e Patto internazionale sui diritti civili e politici (adottato a New York il 16 dicembre 1966, aperto alla firma il 19 dicembre 1966, reso esecutivo con l. 25 ottobre 1977 ed entrato in vigore per l'Italia il 15 dicembre 1978).

È vero che il riferimento a tale diritto è piuttosto implicito e limitato alla sola prova testimoniale (riguardando, con formulazioni quasi identiche nei due testi internazionali, il diritto ad interrogare o far interrogare i testimoni a carico e ad ottenere la citazione e l'interrogazione dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni di quelli a carico); ma è altrettanto vero che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha ormai da tempo chiarito come il precetto convenzionale sia da intendere alla stregua di una disciplina concernente un aspetto particolare ed esemplificativo della

(\*) Il presente lavoro, aggiornato al novembre 1993, fa parte di quelli redatti nell'ambito del Gruppo di lavoro costituito dal Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale per la presentazione di un contributo in relazione al III tema (« I movimenti di riforma della procedura penale e i diritti dell'uomo ») del XV Congresso dell'Associazione Internazionale di Diritto Penale, che si svolgerà a Rio de Janeiro dal 4 al 10 settembre 1994.

(1) G. Vassalli, *Il diritto alla prova nel processo penale* (1967), in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1968, p. 12.

più lata nozione di *giusto processo*, comunque applicabile ad ogni tipo di prova (2) ed incardinato sul rispetto della *dialettica probatoria*, riconoscendosi che la migliore approssimazione alla « realtà » (3) si ottiene soltanto garantendo il contraddittorio tra gli interessati.

Lascia allora stupiti la constatazione che nei più recenti documenti sui diritti dell'uomo redatti nell'ambito dell'Associazione Internazionale di Diritto Penale manchi ogni richiamo esplicito al diritto alla prova. Esso, infatti, non compare né nella risoluzione finale relativa ai lavori della terza sezione (dedicata a « La protezione dei diritti dell'uomo nella procedura penale ») del XII Congresso Internazionale dell'A.I.D.P., svoltosi ad Amburgo dal 16 al 22 settembre 1979; né nelle Raccomandazioni adottate a Toledo al termine del Colloquio preparatorio ivi tenutosi dal 1° al 4 aprile 1992 in relazione ai lavori della terza sezione (dedicata a « I movimenti di riforma della procedura penale e la protezione dei diritti dell'uomo ») del XV Congresso Internazionale dell'A.I.D.P., il cui svolgimento è fissato a Rio de Janeiro per il periodo dal 4 al 10 settembre 1994.

Se questa è la (in)sensibilità al problema dimostrata dai giuristi a livello internazionale, non può scandalizzare più di tanto il comportamento del legislatore italiano, il quale, dopo aver sancito il diritto all'ammissione della prova (4) in occasione della riforma processuale del 1988 (art. 190 c.p.p.), ha poi provveduto ad una sua sostanziale limitazione attraverso il successivo inserimento dell'art. 190-bis c.p.p. e la conseguente modifica dell'art. 495 1° comma c.p.p., avvenuti con l'art. 3 3° e 4° comma d.l. 8 giugno 1992 n. 306 conv. in l. 7 agosto 1992 n. 356 (cui si collega il successivo art. 7 1° comma, introduttivo dell'art. 468 4°-bis comma c.p.p.).

Nel tentativo di meglio chiarire i termini della questione, sembra allora doveroso sviluppare l'indagine su due piani distinti: per un verso, individuare a livello di sistema quali sono i limiti operativi dell'art. 190 c.p.p. e quelli introdotti dall'art. 190-bis c.p.p.; per l'altro, anche attraverso l'esame della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia, verificare quali siano il nucleo indefettibile della garanzia difensiva in oggetto ed il

(2) Per l'affermazione del principio, poi seguito dalle successive decisioni in argomento, cfr. Cour européenne des droits de l'homme, *Affaire Böhmisch. Arrêt*, Strasbourg, 6 mai 1985, p. 11, § 29.

(3) Per l'affermazione della necessaria applicazione in ambito processuale della concezione semantica della verità, v. G. Ubertis, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano 1979, pp. 91-92 nota 30, e, più ampiamente argomentando anche in merito alla soluzione della *questio iuris*, L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari 1989, p. 21 s., 40 s.

(4) Per il diritto all'ammissione della prova come uno dei profili in cui viene in rilievo il diritto alla prova, cfr. M. Taruffo, *Il diritto alla prova nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 1984, p. 78.

fondamento della incompatibilità con essa della recente innovazione legislativa.

2. - Anzitutto, va sottolineato, sebbene possa apparire ovvio, che "diritto alla prova" non significa "diritto all'ammissione di ogni prova". Come (quasi) sempre accade in ambito processuale, l'affermazione di un diritto della parte si inquadra nella dinamica del procedimento e va vista in funzione dello scopo di attuare la legge nel caso concreto: senza dimenticare che l'indagine non può che svolgersi nell'ambito delle coordinate definite dagli strumenti gnoseologici riconosciuti come tali, dato che pure « l'orizzonte istruttorio ha come limite l'epistemologia dominante » (5).

Un primo criterio per così dire restrittivo del diritto alla prova è dato quindi dall'esigenza che la « allegazione (positiva) del fatto proveniente dalla parte che chiede di essere ammessa a provarlo e che lo afferma come *storicamente già avvenuto* » (6) risponda a criteri di *verosimiglianza*, la cui sussistenza è evidentemente necessaria anche riguardo agli oggetti di prova eventualmente posti dall'organo procedente attraverso l'esercizio dei suoi autonomi poteri di ricerca della verità attribuitigli dall'ordinamento. L'oggetto di prova, cioè, deve sempre essere almeno ipoteticamente verificabile perché non in contrasto con il patrimonio conoscitivo determinato dall'insieme delle leggi logiche e scientifiche non probabilistiche od eccezionalmente (con funzione restrittiva della ricerca, come accade per gli artt. 2723 e 2724 n. 1 c.c.; 621 c.p.c.) delle massime di esperienza (7). Secondo un incisivo esempio, qualora « un pubblico ministero occultista affermi(i) che N abbia devastato le messi a P, scatenandogli sui campi fulmini e grandini, serviziosamente mandati da Satana, col quale aveva dei patti, e indic(h) i relativi testimoni (, sarebbe) una mossa oziosa; l'assunto non costituisce tema proponibile » (8); ma poiché il patrimonio epistemologico è storicamente determinato, « niente osterà a testimonianze o indagini peritali su simili "maleficia",

(5) F. Cordero, *Procedura penale*, Milano 1993, p. 532, dove per delimitare la sfera delle ipotesi di ricerca si richiede che esse rispondano al requisito individuato con l'aggettivo « probabile », sebbene utilizzato « in un senso diverso dal consueto, anche se morfologicamente esatto: "quod probari possit" ».

(6) P. Calamandrei, *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 1955, I, p. 171.

(7) Per le argomentazioni in base alle quali si ritiene quanto meno superfluo distinguere terminologicamente i due casi, parlando di "impossibilità" nel primo e riservando la qualifica di "verosimiglianza" al secondo, sia consentito rinviare a G. Ubertis, *La ricerca della verità giudiziale*, in AA.VV., *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di G. Ubertis, Milano 1992, p. 19-20 nota 76.

(8) F. Cordero, *Procedura penale*, Milano 1993, p. 532, da cui è tratta anche la citazione immediatamente successiva nel testo.

quando gli addetti al discorso scientifico riscoprono la categoria cosmologica del diabolico, elaborata dalla Scolastica, riaccreditando testi famosi come i 'Disquisitionum magicarum Libri sex' del gesuita Martino del Rio.

Tuttavia, un siffatto giudizio, che attiene all'aspetto specificamente storico dell'enunciato fattuale, va integrato con una ulteriore valutazione, attraverso cui si accerti la congruenza col *thema decidendum* dell'affermazione probatoria dedotta dalla parte, poiché *frustra probatur quod probatum non relevat*.

Trattasi dell'applicazione del criterio di *pertinenza*, in base al quale la richiesta di parte viene accolta quando si riconosce come sussistente la relazione (legislativamente individuata dall'art. 187 c.p.p.) tra singolo oggetto di prova e regudicanda: è quindi una valutazione a « carattere ipotetico nel senso che dà per provati i fatti, di cui si chiede la prova, e si concentra nel controllare se sarebbero idonei a produrre le conseguenze giuridiche vagheggiate delle parti » (9). Senza omettere, per un verso, che comunque non occorre che il rapporto tra affermazione probatoria e regudicanda « sia diretto ed immediato, potendo essere soltanto e perfino mediato (così una circostanza da provare può essere pertinente per stabilire la credibilità di un teste) » (10); per l'altro, che i requisiti della verosimiglianza e della pertinenza non valgono soltanto per la fase giudiziale: l'art. 187 c.p.p., infatti, adempie alla sua funzione di « criterio-guida per lo sviluppo dell'attività probatoria... (e) per la definizione dei suoi confini » (11) pure con riferimento alle indagini preliminari ed alla udienza preliminare. Altrimenti, il loro svolgimento sarebbe « ingovernabile » e la loro disciplina risulterebbe addirittura in gran parte « inapplicabile » (12).

In ogni caso, va evidenziato come i giudizi sia di verosimiglianza che di pertinenza risentano anche del momento procedimentale in cui vengono formulati. Non può invano negarsi che un'eventuale richiesta probatoria sia da respingere quando « esprime delle circostanze già sufficientemente accertate... (oppure) ritenute inidonee a dare un nuovo indirizzo all'indagine ».

(9) V. Andrioli, *Prova (diritto processuale civile)*, in Nss. Dig. it., XIV, Torino 1967, p. 273, usando peraltro il termine « rilevanza », analogamente al lessico impiegato da P. Calamandrei, *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, cit., p. 173, e da D. Siracusano, *Studio sulla prova delle esimenti*, Milano 1959, p. 56 (il quale precisa inoltre che si tratterebbe di una « rilevanza in diritto »).

(10) G. Leone, *Trattato di diritto processuale penale*, II, Napoli 1961, p. 181.

(11) V. Grevi, *Libro III - Prove*, in AA.VV., *Profili del nuovo codice di procedura penale*, direzione di G. Conso-V. Grevi, Padova 1993, p. 199.

(12) Per siffatte considerazioni, v. M. Nobili, sub art. 187, in AA.VV., *Commentario al nuovo codice di procedura penale*; coordinamento di M. Chiavario, II, Torino 1990, p. 391 ss.

ne » (13), cosicché « l'esperibilità di nuove indagini diminuisce progressivamente col procedere l'accertamento verso la decisione » (14): non è un caso, ad esempio, che gli artt. 507 e 523 6° comma c.p.p. pongano il parametro della « assoluta necessità » quale requisito per « nuove » acquisizioni probatorie, rispettivamente al termine dell'istruzione dibattimentale e dopo l'inizio della discussione finale.

3. — Aver proceduto alla delimitazione delle affermazioni probatorie con il loro vaglio effettuato attraverso i giudizi di verosimiglianza e di pertinenza lascia tuttavia ancora aperto il problema relativo all'ammissione delle fonti e/o dei mezzi con cui procedere alla verifica degli oggetti di prova indicati dalle parti o eventualmente individuati dall'organo procedente.

A questo proposito vengono in rilievo due prospettive complementari: una direttamente connessa agli aspetti metodologici ed allo sviluppo procedimentale, l'altra peculiarmente dipendente da specifiche e puntuali scelte normative.

In relazione al primo aspetto, la fonte e/o il mezzo di prova debbono superare una valutazione di *rilevanza* (15) prima che sia consentita una loro inserzione nel materiale conoscitivo dell'organo procedente. Occorre cioè riconoscere le loro *idoneità e necessità* con riferimento alla verificabilità dell'affermazione probatoria anteriormente ritenuta verosimile e pertinente.

Essi, infatti, sono rilevanti, *per un verso*, qualora siano idonei ad apportare elementi di prova da cui inferire proposizioni in grado di contenere o smentire l'affermazione probatoria cui intendono rapportarsi: si pensi, come referenti di diritto positivo, alla stessa formulazione dell'art. 189

(13) D. Siracusano, *Studio sulla prova delle esimenti*, cit., p. 190.

(14) D. Siracusano, *Studio sulla prova delle esimenti*, cit., p. 189.

(15) Di « giudizio di rilevanza... (come) valutazione di idoneità del mezzo di prova » parla anche G. Verde, *Prova in generale: b) teoria generale e diritto processuale civile*, in Enc. dir., XXXVII, Milano 1988, p. 620. Mentre in senso analogo D. Siracusano (*Studio sulla prova delle esimenti*, cit., p. 58) e M. Taruffo (*Studi sulla rilevanza della prova*, Milano 1967, p. 33) impiegano, rispettivamente, le terminologie « rilevanza in fatto » e « rilevanza in senso stretto », non avendo differenziato lessicalmente pertinenza e rilevanza. Ciò, invece, viene ad esempio effettuato da Giu. Sabatini, *Prova (diritto processuale penale e diritto processuale penale militare)*, in Nss. Dig. it., XIV, Torino 1967, p. 318, ma con risultati dissimili da quelli esposti nel testo, quanto meno perché entrambi i concetti vengono riferiti ad un medesimo « dato probante », senza chiarire se esso vada inteso come oggetto, elemento, fonte, mezzo o risultato di prova (per la distinzione semantica di tali locuzioni, cfr. sinteticamente G. Uberti, *Prova: II) teoria generale del processo penale*, in Enc. giur. Treccani, XXV, Roma 1991, pp. 4-5).

c.p.p. — che permette l'acquisizione di una prova (*requis: mezzo di prova*) atipica appunto soltanto se « risulta idonea ad assicurare l'accertamento » — e dell'art. 190 1° comma c.p.p., dove la nozione di "irrelevanza" attiene tanto alla "non pertinenza" quanto alla "irrelevanza per idoneità".

Per l'altro verso, però, i mezzi e/o le fonti di prova non devono essere ridondanti (gli artt. 190 1° comma, 468 2° comma e 495 4° comma c.p.p. impiegano i concetti di "superfluità" o di "sovraabbondanza"), nel senso che non sarebbero acquisibili quando non assolvessero ad una funzione diversa da quella di ribadire ciò che fosse già stato conseguito con prove precedenti (od ottenibile con successive, nell'ipotesi in cui il giudizio di rilevanza sia formulato in un unico contesto riguardo a più richieste e si decida di accogliere solo alcune).

Giova tuttavia notare come le valutazioni di verosimiglianza, pertinenza e rilevanza probatorie sembrino (ma solo in apparenza) operare in maniera almeno parzialmente diversa dal consueto in relazione all'esercizio del diritto alla prova contraria, espressamente previsto dagli artt. 468 4° comma e 495 2° comma c.p.p. e da ritenere riconosciuto a favore di tutte le parti, nonostante l'ultima disposizione citata nomini esclusivamente l'imputato ed il pubblico ministero (16). Invero, se per una tale prova non paiono discutibili né la verosimiglianza né la pertinenza del suo oggetto, già reputate sussistenti per la prova "diretta" — cosicché in tale prospettiva « acquisirla è un dovere per il giudice che procede ed un diritto per la parte che ne ha fatto richiesta » (17) — rimane da decidere la questione della sua rilevanza, sotto i profili sia della sua idoneità che della sua non-ridondanza: occorre infatti tanto accertare che dall'eventuale acquisizione "a prova contraria" delle fonti e/o dei mezzi di prova reclamati dalla parte possa ragionevolmente scaturire una smentita dell'ipotetico esito della "prova diretta" sia mantenere le attività istruttorie nell'ambito di quelle sufficienti a tale scopo.

(16) Secondo quando già altrove sostenuto (G. Ubertis, *Giudizio di primo grado (disciplina del) nel diritto processuale penale*, in *Dig. disc. pen.*, V, Torino 1991, p. 530) sulla base di un'interpretazione attenta sia alle indicazioni desumibili dal sistema (v. artt. 2 n. 3 l. 16 febbraio 1987 n. 81; 468 4° comma e 495 3° comma c.p.p.) che alla salvaguardia della norma da possibili censure di incostituzionalità ex art. 24 2° comma Cost.

(17) D. Stracusanò, *Prova: III) nel nuovo codice di procedura penale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma 1991, p. 8, conformemente a quanto rilevato, riguardo agli artt. 6 3° comma lett. d) Convenzione europea dei diritti dell'uomo e 14 3° comma lett. e) Patto internazionale sui diritti civili e politici, da M. Chiavario, *Processo e garanzie della persona*, II, *Le garanzie fondamentali*, Milano 1984, p. 101-102, e da G. Vassalli, *Il diritto alla prova nel processo penale*, cit.,

4. — Si è peraltro già avuto occasione di accennare alla circostanza che all'ammissione delle fonti e/o dei mezzi di prova non si provvede soltanto a seguito di una disamina metodologica influenzata dallo stadio dello svolgimento procedurale.

Infatti, a titolo esemplificativo, in relazione alle questioni relative al se un teste possa essere esaminato od un documento sequestrato si può invero parlare di *ammissione probatoria in senso lato*, come avviene tipicamente nell'art. 190 c.p.p., che, trattando dei « provvedimenti sull'ammissione della prova », si riferisce sia alle « prove vietate dalla legge » sia a « quelle che manifestamente sono irrilevanti o superflue ». Giova tuttavia distinguere, da un lato, le questioni in argomento scaturenti dall'esigenza che l'esperimento probatorio richiesto verta su un oggetto probatorio verosimile o pertinente oppure che esso sia rilevante; dall'altro, la problematica relativa al dovuto rispetto degli adempimenti previsti dal sub-procedimento ammissivo (18) (ad esempio, quello prescritto dall'art. 468 1° comma c.p.p.) oppure alla legittimità della fonte e/o del mezzo di prova in quanto tali (si pensi agli artt. 188, 197 e 240 c.p.p.).

È appunto con riguardo alle specifiche disposizioni del secondo tipo — implicanti un vaglio di mera legalità sulla conformità della richiesta del mezzo e/o della fonte di prova al sistema probatorio definito dall'ordinamento — che si impiega in maniera peculiare la locuzione *regole di ammissione probatoria* (o, in un'ottica rovesciata, di *esclusione probatoria*). Esse, unitamente a quelle di *assunzione probatoria* (19), formano la classe delle *regole di acquisizione probatoria*, a loro volta confluenti nell'insieme delle regole probatorie legali, comprensive pure delle regole di valutazione probatoria, altrimenti denominate "di prova legale" (20).

E come tutte le regole probatorie, anche quelle acquisitive rispondono ad una duplice esigenza, trovando fondamento in considerazioni di carattere

(18) Fenomenologicamente individuato come struttura autonoma da F. Corbi, *La disciplina dell'ammissione della prova nel processo penale*, Milano 1975, p. 226 s.

(19) Analogamente a quanto già rilevato, sebbene con diversa terminologia, da P. Cordero, *Dialogo sulle prove* (1964), in *Id., Ideologie del processo penale*, Milano 1966, p. 76, va segnalato che con il vocabolo "assunzione" si designano fenomeni diversi. Infatti, qualora si abbia riguardo ad una prova costituita, esso concerne le attività di ricerca ed immissione nel processo di una fonte di prova; mentre se ci si riferisca ad una prova costituenda, esso coincide con la "costituzione" dell'elemento di prova.

(20) Per le indicazioni essenziali concernenti la disparità di vedute classifichiatriche (forse in via di superamento) tra processualpenalisti e processualciviltisti nella delimitazione del concetto di "prova legale", cfr. G. Ubertis, *La ricerca della verità*

sia politico (o sostanziale) che epistemologico (o processuale) (21). Con il primo, ci si richiama al compito del legislatore di fissare un equilibrio tra l'interesse processuale alla verifica del *thema probandum* e la tutela di ben precisi diritti, magari costituzionalmente tutelati: ad esso sono riconducibili, ad esempio, tanto una regolamentazione delle attività investigative tale da contemperarle con la tutela dei segreti professionali, d'ufficio o di Stato quanto la prescrizione di specifiche cautele in materia di perquisizioni o di intercettazioni telefoniche. Con il secondo, ci si riferisce alle scelte legislative che determinano esplicitamente un metodo per la ricerca della verità, secondo ciò che accade quando si escludono mezzi di prova reputati poco attendibili (come la testimonianza dei coimputati) o si impongono particolari comportamenti (così occorre procurarsi, nelle ricognizioni personali, la presenza di almeno due persone il più possibili somiglianti, anche nell'abbigliamento, a quella sottoposta a ricognizione).

Appare allora evidente come le linee di un intervento legislativo in materia probatoria abbia gli argini segnati dalla rigorosa esclusione di mutamenti alle regole probatorie a fondamento epistemologico se l'assetto di quest'ultimo resta invariato, potendosi esclusivamente modificare l'equilibrio politico dei valori qualora ciò sia giustificato dalla trasformazione delle attività criminali. E nell'ambito di tale insieme di regole dotate di spiccate caratteristiche di tendenziale immutabilità rientrano quelle volte alla tutela della dialettica probatoria, che non solo ineriscono strettamente alla nozione di "giusto processo", ma anche si fondano sulla considerazione che « il metodo dialettico rappresenta finora quello migliore escogitato dagli uomini per stabilire la verità di enunciati fattuali, in qualsiasi campo e specialmente in quello giudiziario; chi ne compromette l'impiego non si avvede di porre a repentaglio lo stesso risultato che intende raggiungere » (22).

5. — Nell'impianto originario della riforma processuale del 1988, la norma fondamentale avente per oggetto il diritto alla prova era rappresenta-

(21) Per la loro originaria individuazione e per la successiva riproposizione in tempi più vicini, v. E. Amodio, *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, in Riv. it. dir. proc. pen. 1973, pp. 326, 329; M. Capelletti, *La testimonianza probatoria del sapere del sistema dell'oralità. Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, I, Milano 1962, p. 283 s. nota 1; G. Chiavenda, *La natura processuale delle norme sulla prova e l'efficacia della legge processuale nel tempo* (1912), in Id., *Saggi di diritto processuale civile* (1900-1950), I, Roma 1950, p. 255 s.; P. Nuvolone, *Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino*, in Riv. dir. proc. 1966, p. 470.

(22) G. Ubertis, *Ricostruzione del sistema, giusto processo, elementi di prova*, in Riv. it. dir. proc. pen. 1993, p. 313.

ta dall'art. 190 c.p.p. (che enunciava l'argomento fin dalla rubrica) ed in particolare dal suo primo comma, secondo cui « le prove sono ammesse a richiesta di parte. Il giudice provvede senza ritardo con ordinanza escludendo le prove vietate dalla legge e quelle che manifestamente sono superflue o irrilevanti ». Ad essa si affiancavano, a tutela dell'esercizio di tale diritto da parte dell'inquisito, gli artt. 38 art. c.p.p. e 222 coord. c.p.p., concernenti rispettivamente le facoltà dei difensori e degli investigatori privati in materia. Né a questo proposito può dirsi, per usare un eufemismo, che la disciplina fosse soddisfacente, tanto che le stesse Osservazioni ministeriali al progetto definitivo del c.p.p., nella parte inerente all'attuale art. 38 art. c.p.p., rilevavano che « tutta questa materia merita una autonomia e mediatà disciplina normativa ». Si è quindi ritenuto opportuno limitare la portata della norma alla sola enunciazione di principio ... riservando ogni futura disciplina sia ad una iniziativa legislativa *ad hoc* sia ad interventi integrativi del disegno di legge sull'ordinamento forense per ciò che concerne i doveri del difensore nel procedimento penale e in particolare nella fase delle indagini preliminari » (23); e stiamo ancora attendendo gli esiti di queste belle intenzioni.

Pertanto e nonostante tutto, può riconoscersi che i problemi maggiori dovuti alla denunciata lacuna normativa si riscontrino nell'ambito delle indagini preliminari, considerato che in tale fase — salvo che per le ipotesi di incidente probatorio (art. 392 c.p.p.) e di sequestro (art. 368 c.p.p.) — il diritto all'ammissione della prova è sostanzialmente vanificato dalla giurisprudenza, che lo riduce ad una mera sollecitazione al pubblico ministero volta a fargli assumere « tutti i dati utili » individuati dalla difesa (24). Con la conseguenza che l'inquisito dovrebbe "scoprire le proprie carte" nei confronti della controparte, la quale sarebbe in ogni caso arbitra di discrezionalmente acquisirle — normalmente in carenza di contraddittorio — dopo averle comunque "viste".

Tuttavia, il regime in questione, se lascia evidentemente dubbiosi (ancora un eufemismo!) sulla sua compatibilità con il principio della « partecipazione dell'accusa e della difesa su basi di parità in ogni stato e grado del procedimento » (art. 2 n. 3 primo periodo l. 16 febbraio 1987 n. 81), non pare inficiare definitivamente il diritto alla prova, almeno nella misura in cui sia possibile farlo valere in uno stadio successivo della procedura.

(23) Gio Lattanzi — E. Lupo, *Il nuovo codice di procedura penale annotato con le relazioni e con i lavori preparatori*, Milano 1991, p. 1173.

(24) Cfr. Cass., Sez. fer., 18 agosto 1992, Burratolo, in Riv. it. dir. proc. pen. 1993, p. 1169 s., con motivazione e con nota di A. Scelba; analogamente, G.i.p. Trib. Milano, 17 settembre 1990, Giovanni, in Giust. pen. 1991, III, c. 368 (in motivazione), con nota di S. Ramajoli.

Ciò che in effetti pareva potersi sostenere, considerato soprattutto l'originario art. 495 1° comma c.p.p. (richiamato per il giudizio d'appello dall'art. 603 2° comma c.p.p.), che imponeva al giudice dibattimentale di provvedere sulle richieste probatorie delle parti a norma del precedentemente ricordato art. 190 1° comma c.p.p. Senza dimenticare il già esaminato "diritto alla prova contraria" previsto dagli artt. 468 4° comma e 495 2° comma c.p.p. ed almeno parzialmente tutelato, nell'ipotesi di \* prova decisiva \* (25), quale autonomo motivo di ricorso per cassazione (art. 606 1° comma lett. d c.p.p.); l'ammissibilità di prove che la parte dimostri di non aver potuto indicare tempestivamente (art. 493 3° comma c.p.p.); l'assumibilità di nuove prove a richiesta di parte sia al termine dell'istruzione dibattimentale (art. 507 c.p.p.) che in sede di rinnovazione del dibattimento in appello (art. 603 c.p.p.); l'intervento della Corte costituzionale sull'art. 519 2° comma c.p.p., con il quale si è intesa garantire a tutte le parti la piena esplicazione del diritto in oggetto anche nell'ipotesi di modifica dell'imputazione in sede dibattimentale (26).

Siffatto quadro normativo è stato però gravemente deteriorato dall'art. 3 d.l. 8 giugno 1992 n. 306 conv. in l. 7 agosto 1992 n. 356 attraverso l'inserimento nel tessuto codicistico dell'art. 190-bis c.p.p. e la corrispondente modifica dell'art. 495 1° comma c.p.p.

In forza di tali interpolazioni legislative, nei procedimenti per taluno dei delitti indicati nell'art. 51 3°-bis comma c.p.p. — e quindi sulla sola base dell'ipotesi accusatoria, con conseguenti perplessità sull'effettivo rispetto della presunzione di innocenza prevista dagli artt. 27 2° comma Cost., 6 2° comma Convenzione europea dei diritti dell'uomo e 14 2° comma Patto internazionale sui diritti civili e politici (27) — vengono mutati i parametri cui il giudice deve ispirarsi nell'emanzazione del provvedimento di ammissione probatoria. In tali casi, non è più soltanto richiesto che gli oggetti di prova siano verosimili e pertinenti e che i mezzi e/o le fonti di prova siano rilevanti e non vietati dalla legge; attualmente, se concorrentemente l'esame di un

(25) Sul significato di tale "decisività", v. G. Ubertis, *La ricerca della verità giudiziale*, cit. p. 29-30, dove (nota 104) sono anche reperibili indicazioni bibliografiche relative alle critiche suscitate dalla formulazione dell'art. 606 1° comma lett. d c.p.p., poiché tale disposizione garantisce l'ammissione della prova richiesta, ma non la sua valutazione da parte del giudice (mentre ambedue i profili vengono indicati come caratteristici del diritto alla prova da M. Taruffo, *Note per una riforma del diritto delle prove*, in *Riv. dir. proc.* 1986, p. 259, cui si rinvia pure per ulteriori riferimenti bibliografici sulle diverse opinioni in argomento).

(26) Sent. cost. 3 giugno 1992 n. 241, in *Giur. cost.* 1992, p. 1857, con nota di M. Scaparone.

(27) Cfr. A. Nappi, *Guida al nuovo codice di procedura penale*, Milano 1992, p. 66.

testimone o di un imputato di reato connesso o collegato ex art. 210 c.p.p. le cui dichiarazioni siano state rese in sede di incidente probatorio o raccolte in verbali poi acquisiti ai sensi dell'art. 238 c.p.p., occorre che la richiesta probatoria sia ritenuta dal giudice « assolutamente necessaria » , senza che tale ulteriore requisito, formalmente rigoroso ma dai contorni tutt'altro che definiti (28), sia giustificato, come può accadere per la formulazione degli artt. 507 e 523 6° comma c.p.p., dalla circostanza che si ritirebbe ad un supplemento probatorio successivo all'ordinaria istruzione dibattimentale.

L'intervento dell'art. 3 d.l. 8 giugno 1992 n. 306 conv. in l. 7 agosto 1992 n. 356 opera infatti nel momento degli atti introduttivi del dibattimento, quando cioè si sta ancora provvedendo alla predisposizione degli elementi che consentiranno di verificare, nel vivo del contraddittorio, l'ipotesi accusatoria. La modifica incide sull'assetto dell'intera fase dibattimentale e sulla tutela del diritto consacrato dall'art. 24 2° comma Cost., in quanto non consente la piena esplicazione del diritto alla prova (29).

6. — Per accettare se anche a livello internazionale si ritiene che « non posseggono la stessa forza di verità le dichiarazioni rese al solo investigatore e quelle rese nel contraddittorio delle parti dinanzi ad un giudice imparziale ... (e che) non è possibilità affidare l'attuazione di una garanzia costituzionale alla discrezionalità del giudice, in quanto il diritto di difesa, proprio perché inviolabile, deve trovare una tutela oggettiva anche indipendentemente e 'contro' il giudice » (30) conviene esaminare ora quale sia la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in argomento.

La prima sentenza in materia risulta essere quella resa nel caso Kostovski il 20 novembre 1989. Nella specie, l'imputato era stato condannato sulla base delle dichiarazioni rese alla polizia da due persone rimaste anonime per timore di "rappresaglie", confermate da una di esse a due giudici istruttori e ribadite in dibattimento attraverso la testimonianza di questi

(28) Sulla difficoltà di individuarne i parametri valutativi, v. P.P. Rivello, *Commento all'art. 3 d.l. 8 giugno 1992 n. 306 conv. con modif. dalla l. 7 agosto 1992 n. 356*, in *Legislaz. pen.* 1993, p. 55.

(29) Per l'ormai pacifica riconduzione del diritto alla prova all'art. 24 2° comma Cost., cfr. L.P. Comoglio, sub art. 24, in AA.VV., *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, *Rapporti civili*, Artt. 24-26, Bologna-Roma 1981, p. 63; M. Taruffo, *Il diritto alla prova nel processo civile*, cit., p. 77; R. Tosi, sub art. 24, in AA.VV., *Commentario breve alla Costituzione*, direzione di V. Cristofolini, Padova 1990, p. 175; G. Vassalli, *Il diritto alla prova nel processo penale*, cit., p. 12.

(30) G. Ichino, *Alcuni spunti di riflessione sul tema delle indagini preliminari*,

ultimi e di un agente di polizia. In proposito, la Corte ha affermato che in linea di principio gli elementi di prova debbono essere acquisiti in pubblica udienza ed in contraddittorio, ma ha peraltro riconosciuto come legittima l'utilizzabilità di deposizioni risalenti alla fase istruttoria anteriore al dibattimento, a condizione che sia concessa « all'accusato un'occasione adeguata e sufficiente di contestare una testimonianza a carico e di interrogarne l'autore, al momento della deposizione o più tardi » (31); all'unanimità, ha quindi dichiarato sussistere la violazione dell'art. 6 1° e 3° comma lett. d) Convenzione europea dei diritti dell'uomo. E ad identica conclusione è giunta nel successivo caso *Windisch*, in cui pure la decisione dei giudici nazionali si era basata sulle dichiarazioni rese alla polizia (e confermate in dibattimento attraverso la deposizione di due agenti) da due persone rimaste anonime, le quali avevano anche provveduto ad una ricognizione dell'imputato senza che questi potesse vederle (32).

Seppure parzialmente diverso, il caso *Delta* ha avuto una uguale soluzione: qui si trattava di una condanna fondata su un verbale di polizia giudiziaria in cui erano state raccolte le dichiarazioni della vittima e di una sua amica, senza che la difesa avesse successivamente potuto controinterrogare nessuna delle due per la loro mancata comparizione in primo grado e la successivamente negata ammissione della loro testimonianza in appello (33). Ed analogamente ha recentissimamente deciso la Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Saidi* il 20 settembre 1993: la mancata possibilità di controinterrogare in una qualunque fase del procedimento i soggetti che avevano reso dichiarazioni a carico dell'imputato ha fatto sì che venisse riconosciuta all'unanimità la violazione dell'art. 6 1° e 3° comma lett. d) Convenzione europea dei diritti dell'uomo (34).

Più complesso appare il caso *Lindi*, in cui, nell'ambito di un'indagine sul traffico di stupefacenti, vennero autorizzate intercettazioni delle comunicazioni telefoniche dell'inquisito, con cui entrò contemporaneamente in contatto un agente infiltrato che agiva con un nome di copertura (35). La condanna del ricorrente si basava quindi sui processi verbali delle sue conversazioni telefoniche con l'agente infiltrato e sui rapporti di quest'ulti-

(31) Cour européenne des droits de l'homme, *Affaire Kostovski*. Arrêt, Strasbourg, 20 novembre 1989, p. 16, § 41.

(32) Cour européenne des droits de l'homme, *Affaire Windisch*. Arrêt, Strasbourg, 27 septembre 1990.

(33) Cour européenne des droits de l'homme, *Affaire Delta*. Arrêt, Strasbourg, 19 décembre 1990.

(34) Cour européenne des droits de l'homme, *Affaire Saidi c. France*. Arrêt, Strasbourg, 20 septembre 1993.

mo, di cui non era stata ammessa l'esame testimoniale in sede dibattimentale per mantenerne l'anonimato. Anche in questa occasione, tuttavia, sebbene con la maggioranza di otto voti a uno, è stata dichiarata la violazione dell'art. 6 1° e 3° comma lett. d) Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Apparentemente dissonante sembra a prima vista un altro gruppo di sentenze, con le quali invece è stata negata la sussistenza della violazione del diritto alla prova in ipotesi in cui pure l'imputato non aveva potuto controinterrogare i testi a carico in sede dibattimentale. Ma ciò non significa che la Corte europea dei diritti dell'uomo abbia in materia una giurisprudenza contrastante.

Infatti, nel caso *Isgro* la legittimità dell'operato dei giudici nazionali (in particolare, italiani) venne fondata, all'unanimità, non tanto sulla constatazione che, per la sua successiva irreperibilità, fosse risultato impossibile citare il soggetto che aveva reso le dichiarazioni a carico dell'imputato, quanto sulla circostanza che in sede istruttoria si fosse svolto un confronto fra i due (senza la presenza né del pubblico ministero né del difensore, ma) in concreto ritenuto adeguato alla salvaguardia delle esigenze difensive (36). Mentre nel caso *Asch* fu dichiarata, con sette voti contro due, la mancanza di violazione delle norme convenzionali perché le dichiarazioni a carico rese dal soggetto che in sede dibattimentale aveva esercitato la facoltà di astenersi dal deporre non erano affatto i soli e determinanti elementi probatori utilizzati per giungere alla sentenza di condanna (37). Ed analoga soluzione, con cinque voti contro quattro, ha avuto il caso *Arner*, in cui parimenti mancò all'imputato la possibilità di controinterrogare il soggetto che aveva reso le dichiarazioni a suo carico, considerato il peso assegnato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo all'esistenza di altri elementi di prova a sostegno dell'ipotesi accusatoria (38).

E come conferma a contrario della linea giurisprudenziale fin qui illustrata, può ricordarsi che nel caso *Unterperinger* venne appunto dichiarato all'unanimità che sussisteva la violazione dell'art. 6 1° e 3° comma lett. d) Convenzione europea dei diritti dell'uomo perché l'autorità giudiziaria nazionale, in presenza di molteplici elementi di prova, aveva essenzialmente fondato la propria decisione sulla lettura delle dichiarazioni a carico rese alla polizia giudiziaria da due persone che l'accusato non aveva potuto controinterrogare, perché si erano avvalse della facoltà di astenersi dal deporre in sede dibattimentale (39).

(36) Cour européenne des droits de l'homme, *Affaire Isgro*. Arrêt, Strasbourg, 19 février 1991.

(37) Cour européenne des droits de l'homme, *Affaire Asch*. Arrêt, Strasbourg, 26 avril 1991.

(38) Cour européenne des droits de l'homme, *Affaire Arner c. Autriche*.

7. — È peraltro evidente che la valutazione sulla importanza attribuita agli elementi di prova nell'ambito dell'attività decisoria possa essere operata solo *ex post*, secondo quanto effettivamente avviene per la Corte europea dei diritti dell'uomo, che svolge le proprie argomentazioni con diretto riferimento al caso sottoposto quando ormai sono esaurite tutte le « vie di ricorso interne » (art. 26 Convenzione europea dei diritti dell'uomo).

Emerge quindi anche in questa prospettiva il viluppo di contraddizioni in cui cadrebbe chi volesse sostenere la piena consonanza con i precetti di fonte internazionalistica di un giudizio di stretta necessità per l'ammissione probatoria in tutti i casi contemplati dall'art. 190-bis c.p.p. Infatti, se l'escisione dall'assunzione dibattimentale di chi abbia già depositato in sede di incidente probatorio con l'intervento delle parti può comunque ritenersi in grado di superare il vaglio degli organi deputati a garantire l'osservanza dei precetti contenuti nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, sicuramente un'analoga conclusione non può essere tratta per l'ipotesi relativa alle dichiarazioni i cui verbali siano stati acquisiti ai sensi dell'art. 238 c.p.p. Da un lato, il giudice non potrebbe certo sapere aprioristicamente se saranno o no essenziali per il suo futuro percorso argomentativo in sede decisoria le dichiarazioni anteriormente rese da persone, la cui attendibilità si chiede vanamente di verificare dibattimentalmente attraverso un esame in contraddittorio; dall'altro, il provvedimento di inammissibilità di quest'ultimo costituirebbe, secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, il presupposto di una futura inutilizzabilità delle medesime dichiarazioni: diventerebbe allora incomprensibile l'inutile previsione concernente la lettura delle dichiarazioni stesse *ex art. 511-bis c.p.p.* (40).

È invece chiaro a tutti che il fine perseguito dal legislatore del 1992 era quello non di conformarsi alle norme di fonte internazionalistica, ma di consentire l'introduzione dibattimentale di elementi di prova a carico fondativi della decisione finale, anche se assunti al di fuori dell'effettivo controllo delle parti direttamente interessate.

Strasbourg, 24 novembre 1986. Analogamente, Id., *Affaire Barberi, Mességué et Jabardo. Arrêt*, Strasbourg, 6 décembre 1988, p. 31, § 89, ha inserito, tra quanto considerato per giungere alla conclusione dell'intervenuta violazione dell'art. 6 1° comma Convenzione europea dei diritti dell'uomo, « soprattutto » la circostanza che « elementi di prova molto importanti non furono prodotti e discussi in maniera adeguata in udienza, in presenza degli accusati e sotto il controllo del pubblico » (nella specie, non fu possibile agli accusati porre domande ad una persona, le cui dichiarazioni erano state raccolte in loro assenza e date per lette in sede dibattimentale a causa della impossibilità di rintracciare tale soggetto).

(40) Si pronuncia per la superfluità di tale norma, ritenendo che i verbali in argomento sarebbero comunque da leggersi in base all'art. 511 c.p.p., P.P. Rivello, *Commento all'art. 8 d.l. 8 giugno 1992 n. 306 conv. con modif. dalla l. 7 agosto*

Ne deriva pertanto una palmare incompatibilità della relativa disciplina con i precetti degli Atti internazionali sui diritti dell'uomo ratificati dall'Italia, poiché « non è ammissibile che i testimoni a carico rimangano nell'ombra... (contraddicendo) l'esigenza di una prova aperta, controllata e lealmente esplorata » (41).

A ciò va inoltre aggiunto che una normativa come quella vigente si scontra anche con la forse insuperabile difficoltà di disciplinare adeguatamente i rapporti tra procedimenti in cui si osservano i dettami dell'art. 190 c.p.p. e quelli in cui bisognerebbe applicare le restrizioni del diritto alla prova previste dal successivo art. 190-bis c.p.p.: si pensi, a titolo soltanto esemplificativo, ai casi di connessione di procedimenti od all'applicazione degli artt. 238 e 238-bis c.p.p. quando unicamente il processo *a quo* concerna i delitti indicati nell'art. 51 3°-bis comma c.p.p.

Purtroppo, non sembra molto azzardato prevedere la tendenza ad ammettere una generale *vis attraxiva* della norma speciale rispetto a quella ordinaria, con il risultato di vedere fagocitata la seconda ad opera della prima e, quindi, di rendere spesso illusoria la distinzione fondata sul tipo di reato per cui si procede.

Invero, occorre riconoscere che il legislatore, come spesso accade, ha rifiutato di scegliere su quale tavolo giocare.

Se (erroneamente, ma in buona fede) riteneva che il regime speciale rispettasse il principio del "giusto processo", allora avrebbe dovuto modificare l'intero impianto codicistico; non si comprende infatti il motivo per cui non si debbano estendere a tutti i procedimenti regole dettate dalla loro maggiore aderenza allo scopo di meglio rendere giustizia. Se invece reputava che la nuova disciplina configgesse con il suddetto principio, la soluzione operativamente praticabile e giuridicamente corretta per l'Italia a livello internazionale sarebbe stata (ed è ancora), per un verso, di sancire l'assoluta "compartimentazione" dei procedimenti cui applicare l'art. 190-bis c.p.p.; per l'altro, quella di informare il Segretario generale del Consiglio d'Europa ed il Segretario generale delle Nazioni Unite sulla deroga agli obblighi convenzionalmente assunti e sui motivi che l'hanno ispirata, secondo quanto previsto dagli artt. 15 Convenzione europea dei diritti dell'uomo e 4 Patto internazionale sui diritti civili e politici.

GIULIO UBERTIS

Prof. ord. nell'Università di Parma

(41) G. Vassalli, *Il diritto alla prova nel processo penale*, cit., p. 17.