

RIVISTA ITALIANA

DI

DIRITTO E PROCEDURA PENALE

FONDATA DA

GIACOMO DELITALIA

DIRITTA DA

B. PETROCELLI - G. BETTIOL - T. DELOGU
G. VASSALLI - P. NUVOLEONE - P. FRISOLI
G. BELAVISTA - G. GUARNIERI - G. SABATINI
G. D. PISAPIA - M. GALLO - G. CONSO
A. GRESPI - G. PEDRAZZI - G. DE LUCA
M. SINISCALCO - D. SHAGUSANO - R. BRIGOLA
V. CAVALLARI - G. F. GROSSO - G. LOZZI
G. MARINGOCI

NUOVA SERIE - ANNO XVII

1974



MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE

Pubblicazione trimestrale - Spedizione in abbonamento postale - Gruppo IV

totale, potendo essere legittimamente compiuti tutti quegli atti che non prevedono la sua partecipazione, la differenza con le altre perizie sfuma di evidenza e non sembra possa costituire un reale fondamento logico per il sacrificio di un diritto costituzionalmente garantito.

Né si vede, in ogni caso, perché gli eventuali intralci che la perizia psichiatrica può procurare al procedimento debbano ricadere sull'imputato. Sicuramente non si può accettare la singolare affermazione che essa sia un accertamento disposto nel suo interesse, con le gravi conseguenze che se ne traggono.

L'assunto giustifica la sconsigliata notazione che nel 1955, pur di fronte alla Costituzione repubblicana, si utilizzava ancora l'immagine di un imputato oggetto di considerazione paternalistica piuttosto che soggetto, anch'egli, di precisi ed inviolabili diritti; quasi che l'art. 24 secondo comma o 27 secondo comma Cost. non fossero solenni e vincolanti affermazioni di principi basilari del nostro sistema processuale e di vita.

Il processo penale sta tra l'altro a garantire che l'applicazione dell'ordinamento sostanziale avvenga nell'osservanza di certe regole formali che sottraggano il singolo alla discrezione o addirittura al possibile arbitrio del potere costituito. Ha una dimensione pubblica e sociale, per cui ogni accertamento che in esso s'articola non può considerarsi effettuato nell'interesse di questo o di quello, ma soltanto nella oggettiva prospettiva di una decisione per quanto possibile giusta.

Sembra proprio che non esistano ragioni che possano fare da valido supporto alla discriminazione operata dal sesto comma dell'art. 272 c.p.p. In definitiva, nella oggettiva carenza di motivi logici e coerenti, carenza sottolineata dalla palese infondatezza delle giustificazioni date nella relazione per una così grave incidenza su di un diritto costituzionalmente garantito, si deve concludere che il legislatore è caduto in un eccesso di potere, violando l'art. 3 Cost.

MASSIMO KROGH
magistrato

RITORNO AL SISTEMA DELLA PROVA LEGALE?

Nello scritto di AMODIO, *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza* (in questa Rivista, 1973, pp. 310-39), c'è un punto fondamentale sul quale concordo, ma al di là del quale la posizione dell'Autore, se non sarà precisa e chiara, mi sembra assai pericolosa. Sfortunatamente, i mai estinti fautori di metodi scolastici e pre-copernicani nel diritto probatorio, potrebbero trarre indubio (e, suppongo, all'Autore non gradito) conforto da scritti come questo.

Fatto sta che AMODIO è andato, mi pare, al di là del bersaglio quando si è fatto genericamente propugnatore di un ritorno alle regole di prova legale, mentre invece il summenzionato punto fondamentale, sul quale sono d'accordo, implica a mio giudizio tutt'altra cosa che un siffatto ritorno.

Entrambi riconosciamo cioè che, specie nel processo penale (ma anche in quello civile), si presenta l'esigenza di salvaguardare certi valori fondamentali (*privacy*, sviluppo della personalità, diritto di difesa ecc.) i quali, pur essendo, in linea di massima, estrinseci alla ricerca dei fatti rilevanti nel processo, possono essere tutelati in occasione del processo, e specialmente mediante l'esclusione di certe prove.

Le vecchie regole di prova legale si presentavano però come regole per una migliore ricerca della verità: il valore, che esse pretendevano di salvaguardare imponendosi al giudice in maniera vincolante, era dunque un valore di verità. Esse ritenevano il metodo deduttivo-dogmatico, la « verità » che, anziché essere sperimentalmente accertata nel caso concreto, si impone astrattamente ed *a priori* in forma di norma generale ed autoritaria. Quando noi invece diciamo che la prova offesa con violazione di norme costituzionali, sostanziali (ad esempio, art. 13 e seguenti Cost.) o processuali (ad esempio, art. 24 comma 2° Cost.), dev'essere esclusa e, se non esclusa, sarà inefficace (*op. cit.*, p. 338), non pretendiamo minimamente di affermare questa *exclusionary rule* come una regola di ricerca della verità. Siamo al contrario perfettamente consapevoli che si tratta di una norma il cui valore non è di verità, ma, ad esempio, di tutela di una sfera personale di libertà. Tale regola noi la accettiamo pur sapendo che sul piano probatorio, ossia sul piano della ricerca dei fatti, essa potrà implicare dei costi. Siamo pronti a pagare questi costi — la rinuncia all'utilizzazione di prove non necessariamente prive di forza probante — perché vogliamo ottenere in cambio un beneficio su piano diverso, ossia sul piano di certe garanzie dell'uomo che noi consideriamo non meno importanti dell'accertamento della verità nel processo, garanzie che possono appunto trovare una tutela nella regola legale di esclusione.

Sole dentro questi limiti mi trovo d'accordo; ed è un accordo che ho espresso in varie occasioni, e da ultimo, e più motivatamente, nel volume UNESCO da me curato insieme al collega parigino DENIS TALON, *Fundamental Guarantees of the Parties* (Giuffrè-Occiana, Milano-New York, 1973), pp. 759-66, 809-13.

Ritengo però che, nell'accettare, ed anzi propugnare, queste « nuove » regole di esclusione, noi dobbiamo essere ben chiari con noi stessi. Ammesso pure che si tratti, in senso lato ma tecnicamente impreciso, di un tipo di regole di prova legale, resta il fatto che sono regole aventi una funzione e ragion d'essere extra-probatoria. In senso proprio, non si tratta dunque affatto di un ritorno al vecchio e superato metodo della prova legale! Solo sulla base di questa chiarezza, potremo non cadere in pericolose generalizzazioni, come son quelle nelle quali AMODIO sembra invece incorrere nel suo pur giustificato, ed ammirovole, impegno di rendere il processo penale meno autoritario, più liberale e sociale.

Ma mentre ci accomuna questo intento di riforma in senso garantistico, disento invece nel modo più pieno dalla generalizzazione. Il metodo della prova legale ha dimostrato per secoli di essere tutt'altro che strumento di libertà e di avvicinamento del diritto, e del giudice, alle parti, ossia alla società.

È vero che AMODIO limita la sua generalizzazione a quelle che egli chiama regole « negative » di prova legale. In altre parole, AMODIO ammetterebbe e propugnerebbe soltanto regole inlese ad escludere determinate prove o ad attenuarne il valore persuasivo. Le sue regole di prova legale dovrebbero, insomma, operare soltanto in una direzione: per la libertà (dell'imputato). Ma che cosa direbbe AMODIO di chi, sulla scorta delle sue tesi, si facesse al contrario fautore di regole (o: anche di regole) legali « positive », tali cioè da vincolare il giudice a tenere per provato il fatto criminoso? Io non sono riuscito a trovare nel suo scritto, né riesco ad immaginare, alcuna giustificazione per la sua « prospettiva », che non sia una sua o nostra personale preferenza: sembra ammetterlo egli stesso, del resto, a pp. 322-23, dove si limita a parlare di una « prospettiva, che si vuol qui patrocinare ». (Né potrebbe giovare la presunzione d'innocenza, dato che si tratta, ovviamente, di presunzione non assoluta, la quale può combattersi con ogni tipo di prova e quindi anche, una volta ammessa, con le prove legali). Quella prospettiva è invero non soltanto immotivata, ma altresì difficilmente giustificabile: e comunque non meglio giustificabile dell'opposta prospettiva di colui che, magari in nome della persecuzione della criminalità — che, dopo tutto, può essere un'altra concezione della libertà, sia a livello individuale che a livello di società —, volesse, piuttosto, una riforma introduttrice di regole legali di segno positivo.

Un discorso diverso potrebbe farsi per ciò che concerne non le regole legali di ammissione e di valutazione, ma quelle di assunzione delle prove. La prescrizione per legge di una tecnica di assunzione delle prove può certamente incorrere in apriorismi e formalismi analoghi a quelli di certe regole di prova legale (i.e., di ammissione e valutazione), ma mi guarderei tuttavia dal mescolare cose tanto diverse.

Il ridicolo di certi formalismi come quelli prescritti, ad esempio, dagli articoli 233 e seguenti del cod. proc. civ. — giuramento ammesso dal giudice istruttore, con necessità peraltro di andare al collegio per la risoluzione di contestazioni, con ritorno quindi al giudice istruttore che « riceverà » il giuramento reso dalla parte « ammonita » e « giurante in piedi » e « a chiara voce » ecc. ecc. —, questo ridicolo, credo, parla da sé. Si tratta, semplicemente, di cose d'altri tempi: cose da legislatore fannullone, il quale non ha di meglio da fare che prescrivere, con apparente serietà, siffatte ludiche minuzie; cose da corti sfaccendate, che possono palleggiare il processo tra istruttore e collegio; cose, insomma, da processo dai

tempi lunghi, basato forse (ma neanche questo!) sui cicli annuali di seminazione e raccolta, ma non certo su quelli, vertiginosi, della vita contemporanea.

Ma è chiaro, comunque, che qui si tratta di qualcosa di ben diverso da una regola che esclude una prova (ad esempio, artt. 246 e 247 cod. proc. civ.) o che, una volta ammessa, la valuta *a priori* come piena (vincolante), sentipiena, e via discorrendo (ad esempio, artt. 2736 e 2738 cod. civ.). Che una tecnica legale dell'assunzione possa essere auspicata, dipende invero puramente e semplicemente dalla ragionevolezza della tecnica in concreto proposta (anch'io, ad esempio, sono favorevole, e non da oggi, oltreché in generale all'immediatezza nell'assunzione della prova testimoniale, alla tecnica dell'interrogatorio incrociato delle parti e dei testi, tecnica che ritengo utile sia dal punto di vista di una più efficace ricerca della verità, sia da quello della garanzia del contraddittorio). Ma questi problemi di tecnica dell'assunzione vanno nettamente distinti da quelli dell'ammissione e valutazione (anche se non mancano certi collegamenti, come quelli da me analizzati in *La testimonianza della parte*, Giuffrè, 1962, I, p. 127 ss.). Dire, come fa l'AMODIO, che si tratta in entrambi i casi di un unico fenomeno di « legalità della prova » (p. 314), mi sembra una ulteriore generalizzazione che non aiuta al chiarimento della nostra analisi e delle risposte critiche che, come studiosi del diritto e delle sue policies, ci spetta di dare.

Nella sua attuale formulazione ritengo, come ho detto, lo scritto di AMODIO sbagliato e pericoloso (ma, certamente, potrei invece essere io a sbagliare: è proprio questa in fondo la differenza fra la regola legale, ossia autoritaria, di prova, che non ammette l'errore, e la prova cosiddetta libera, basata cioè sul metodo del *trial and error* o, in termini più nostrani, del « provando e riprovando »). Ma lo scritto riflette tuttavia l'impegno di uno dei rappresentanti migliori di una generazione nuova di processualisti, impegno di studioso vero, proprio perché mosso da problemi reali e da una sentita, e giustificatissima, esigenza di riforma.

MAURO CAPPELLETTI

Ordinario di diritto processuale civile
nell'Università di Firenze