

FRANCO CORDERO

UNIDADE XI

Leitura obrigatoria
CORDERO, Tre studi sulle prove penali,
p. 52-59

TRE STUDI
SULLE PROVE PENALI

1963/90



MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ - EDITORE - 1963

047601 PAVIA 01/63

1963/90

rifasi « ciò che si usa al fine di provare ». Quando si dice « prova inammissibile », l'accento cade sulla cosa, che la legge vieta d'addurre al processo, o sull'atto che non è consentito compiere; espressioni ricorrenti nella nomenclatura legislativa, quali « assicurare le prove »¹¹⁵, « assumere le prove »¹¹⁶, indicano fuor di dubbio i segni sensibili del reato.

Questa è l'accezione preferibile, a nostro avviso. Se il giudice incorre in errore nell'interpretare una testimonianza o un documento veridici, nasce un giudizio falso, ma non si dice, almeno nel linguaggio comune, che la prova sia falsa; quanto agli indizi, la formula « falsa prova » designa non già l'errato siltismo costruito sulla premessa d'una traccia genuina¹¹⁷, ma la cosa artificiosamente manipolata, indipendentemente dalla circostanza che il giudice sia stato ingannato.

§ 8. Il procedimento.

Il fenomeno probatorio si scinde in due aspetti: uno oggettivo, legato a cose od a persone, delle quali si dispone nel processo secondo le prescrizioni della legge; l'altro confinato nel mondo interiore dell'*homo iudicans*. In primo luogo, si agisce sulla realtà sensibile con una trama d'operazioni intese a una serie d'eventi, l'ultimo dei quali è psichico¹¹⁸; poi si svolge il filo di laboriose movenze inventive e sillogistiche, intese a fissare le « proposizioni protocollari » della decisione sulla *questio facti*; nel primo stadio si acquisisce e nel secondo si valuta la prova. Si è discorso di quest'ultimo momento nella misura strettamente necessaria a porre le premesse dell'indagine. Ora conviene fissare l'attenzione sugli atti volti a raccogliere od a creare la materia, su cui si esercita la riflessione del giudice.

Se si considera l'anatomia della fase del processo denominata « istruzione probatoria »¹¹⁹, la distinzione riesce subito chiara.

¹¹⁵ Ad esempio, gli artt. 219 e 227 c.p.p.

¹¹⁶ Art. 440 c.p.p.

¹¹⁷ *Supra*, nota 66.

¹¹⁸ Si allude alla percezione della cosa, del fatto o dell'atto da parte del giudice.

¹¹⁹ BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, 1953; SATTA, *Commentario*, cit., vol. II, pp. 4 s., 127 s.

Sono due gli elementi nei quali l'analisi scompone il fenomeno: una pronuncia a carattere decisivo-processuale, in cui consiste il provvedimento d'ammissione¹²⁰, e un'operazione, più o meno complessa, con cui la prova è formata o introdotta nel processo¹²¹. Accade in qualche caso che l'ammissione sia involuta nell'atto acquisitivo: così, il documento, esibito dalla parte o da un terzo, che il giudice alleggi puramente e semplicemente al fascicolo: la pronuncia ammissiva è implicita nel fatto che la cosa sia appresa e trattenuta¹²². Per lo più, lo stacco dei due momenti si risolve in una successione d'atti: altro è disporre che una persona sia interrogata, o commettere un incarico peritale; altro interrogare il teste o raccogliere il responso del perito.

Ammissione e acquisizione sono i termini consecutivi e giuridicamente concatenati d'una figura complessa, alla quale si addice la denominazione « procedimento »¹²³; ammessa la prova, sorge a carico del giudice il dovere d'acquisirla¹²⁴, un'ammissi-

¹²⁰ Il concetto di provvedimento ammissivo della prova traspare da molte norme; tra gli altri, v. gli artt. 415¹, 417, 420, 455¹, 456, 457², 466¹, 503².

¹²¹ In ciò consiste l'acquisizione. È appena il caso d'osservare che la discussione rappresenta un *posterioris* rispetto alla sequenza d'atti, che qui si considera.

¹²² V. però l'art. 466¹; vi si considera il documento « presentato dal pubblico ministero e dalle parti private e previamente ammesso ».

¹²³ GOLDSCHMIDT, *Prozess*, cit., p. 516; LÖWE-ROSENBERG, *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, 20^a ed., 1953, *Lief.* II, pp. 351 s.; FLORIAN, *Delle prove penali*, 1924, vol. I, p. 7; ALTORIO, *Efficacia di prove ammesse ed esperite in contratto con un divieto di legge*, in *Giur. it.*, 1960, I, 2, cc. 871 s.; CARPELLERCI, *Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, pp. 556 s.; *infra*, *Prove illecite*, §§ 2 e 3.

¹²⁴ La differenza tra le figure del procedimento e della fattispecie complessa risiede nel nesso giuridico (espresso in situazioni soggettive di dovere o di potere), che intercorre tra gli atti della serie; è opportuno soggiungere che non tutti i procedimenti sono riducibili alla nozione della fattispecie complessa: codesta *reductio* non è possibile nei casi in cui uno o alcuni atti d'una sequenza giuridicamente ordinata non condizionano l'effetto, che si vuol denominare « finale »: il processo costituisce un caso esemplare di procedimento inteso ad un atto (la decisione) autosufficiente *quoad effectum*.

sione invalida importa l'invalidità derivata dell'operazione acquisitiva¹²⁵.

Ciò non toglie che i due atti debbano essere studiati distintamente, oltre che sul piano della struttura, su quello della valutazione a cui soggiacciono. Il provvedimento ammissivo è invalido, in quanto abbia dato ingresso ad una prova, che non si sarebbe dovuta ammettere; con un'espressione ellittica si dice che prove del genere sono inammissibili¹²⁶. Altra è la valutazione di « rilevanza », che non discende da un paradigma legale ma concerne l'idoneità (apprezzata in sede logica) d'un apporto istruttorio a servire da strumento di verifica del *thema probandi*¹²⁷; l'ammissione d'una prova irrilevante è atto non tanto invalido quanto inutile, in base alla legge economica del *frustra probatur*.

Rispetto all'operazione acquisitiva, si debbono sceverare due ipotesi d'invalidità: supponiamo che la prova sia stata assunta in modo difforme da quello prescritto; l'imperfezione appartiene al ceppo delle nullità, sempre che la relativa previsione sia formulata dalle norme¹²⁸; è in gioco il *quomodo dell'atto*.

Ma vi è una questione che precede logicamente l'indagine sulla regolarità formale dell'assunzione; se la prova fosse stata ammessa malgrado il divieto di legge, l'atto acquisitivo, sebbene

¹²⁵ Sui vari aspetti della valutazione, a cui sono soggetti gli atti componenti la figura complessa del procedimento, DE VITI, *Note sui vizi della volontà*, cit., pp. 6 s.; nonché i nostri scritti *Riflessioni in tema di nullità assolute*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1958, pp. 238 s.; *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, ivi, 1961, pp. 694 s.

¹²⁶ *Infra*, *Prove illecite*, § 2.

¹²⁷ *Supra*, § 4.

¹²⁸ Il principio di tassatività, enunciato nell'art. 184 c.p.p., fissa un limite inesorabile: non è configurabile l'ipotesi d'una nullità facia o virtuale » (concetto largamente usato nella dottrina francese: LAMBERT, *Traité*, cit., p. 526; DARENNE, *Pergussions et saisies*, 1937, pp. 184 s.). Ulteriori riflessioni nel nostro scritto *Nullità per inosservanza del termine e « bisogno di tutela giuridica »*, in *Scuola positiva*, 1961, pp. 547 s. Dalla singola proposizione legislativa si desume la linea di confine fra nullità e mera irregolarità degli atti. L'art. 184 peraltro non esclude la più grave imperfezione denominata « insistenza »; sulla diagnosi di quest'ultimo fenomeno, v. il nostro scritto *L'« insistenza » della decisione giudiziaria*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1957, pp. 602 s.; *infra*, *Prove illecite*, § 9.

formalmente ineccepibile, sarebbe affetto da invalidità derivata; per intendere l'ovvia verità, conviene invertire i termini dell'antico ditirico: è inutile assumere le prove che non « rilevano » ai fini della decisione; ma è altrettanto certo che non « rilevano » le prove, che non si sarebbero dovute ammettere. In tali termini si definisce la nozione di irrilevanza processuale: la formula indica le prove, invalidamente ammesse o ammissibili ma irregolarmente acquisite (in quanto l'irregolarità si risolve in una nullità comminata dalla legge), delle quali è proibito valersi in sede decisoria.

Il fenomeno esige un'analisi capillare, su cui ritorneremo tra breve; per ora è sufficiente porre il concetto del procedimento probatorio; come ogni altro prodotto di un'attività giuridicamente regolata, la prova riesce efficace (e cioè processualmente rilevante) nella misura in cui è stato realizzato il modello legale¹²⁹. L'efficacia suppone una perfetta corrispondenza dell'atto alla fattispecie; e qui le fattispecie sono due: una concerne il provvedimento ammissivo, l'altra l'operazione acquisitiva; il nesso di dipendenza giuridica tra i due atti è tale, che il valido compimento del primo costituisce requisito di validità del secondo.

§ 9. Struttura dell'atto acquisitivo.

La distinzione da cui muovono gli svolgimenti ulteriori, si riferisce alla struttura dell'atto acquisitivo: a prove che precisano nella realtà extraprocessuale, si contrappongono quelle formate nel processo. Le prime consistono in una cosa¹³⁰; le altre traggono origine da un'attività svolta secondo il rito previsto dalle norme¹³¹. Anche l'atto probatorio esige d'essere provato;

¹²⁹ È accaduto che, nell'affrontare singoli problemi, non si rispettasse questo postulato (*Nullità, sanatorie, vizi innocui*, cit., pp. 703 s.).

¹³⁰ Ed eventualmente nel corpo di un uomo, che, a questi effetti (a parte i limiti statuiti in ragione del rispetto dovuto alla persona), viene in considerazione come una qualsivoglia res: v. *art. 310 c.p.p.*; in dottrina, DEL POZZO, *La libertà personale nel processo penale italiano*, 1962, p. 567.

¹³¹ Riesce evidente, sotto questo profilo, la distinzione tra il testimoniaio (fonte probatoria) e la testimonianza (prova).

a ciò si provvede con la documentazione nel verbale: si noti peraltro che il documento non limita la sua funzione a far presente quel che è avvenuto, ma costituisce un requisito d'esistenza giuridica dell'atto rappresentato ¹³².

La risposta del testimone implica un'interrogazione del giudice ¹³³. L'esperimento si risolve nell'artificiale riproduzione di un fatto « nelle condizioni in cui si afferma o si ritiene essere avvenuto » ¹³⁴. Quanto al confronto, s'intende come esso sia una specie della testimonianza e cioè una reiterazione dell'esame di persone già interrogate, in contraddittorio tra di loro ¹³⁵. Analoghi rilievi valgono in ordine alla ricognizione, il cui *proprium* va ricercato (oltre che nella messinscena prescritta dall'art. 360 c.p.p.) nel tema di prova: quel che si aspira ad ottenere è un giudizio d'identità tra la persona (o la cosa), che si esibisce perché sia riconosciuta, e quella di cui il teste conserva il ricordo a causa d'una precedente esperienza visiva.

La convenzione terminologica accolta ¹³⁶ induce ad un dubbio intorno alla classificazione della perizia nel novero delle prove. La questione non si pone, finché il perito riferisce un fatto percepito con determinati strumenti d'indagine ¹³⁷; ecco una testimonianza tecnica ¹³⁸, il cui carattere (in sede logica) non è snaturato dalla circostanza che l'oggetto sia stato percepito nell'adempimento d'un incarico giudiziale. Senonché, nel caso più frequente, il perito, oltre ad esporre ciò che ha percepito, inferisce un fatto da un altro secondo le regole della scienza; a rigor di termini, si dovrebbe dire che una situazione del genere si risolve,

¹³² Per varie osservazioni sull'argomento, v. CARNELUCCI, *Ispizione giudiziale non documentata*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, pp. 131 s.; CARPELLI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., vol. I, p. 148; *infra*, *Scrittura e oralità*, § 6, nota 67.

¹³³ Art. 349 c.p.p.

¹³⁴ Art. 312 c.p.p.

¹³⁵ Art. 364 c.p.p.

¹³⁶ *Supra*, § 7.

¹³⁷ Solanto in un simile caso è consentito ricorrere alla perizia, per conseguire il risultato proprio dell'ispezione.

¹³⁸ MICHELI, *Onere della prova*, cit., p. 159; PUGLIATTI, voce *Conoscenza*, cit., p. 115; FRANCHI, *Perizia civile*, cit., p. 55; DENTI, *Testimonianza tecnica*, cit., pp. 11 s. *Supra*, nota 39.

anziché nel costituire una prova, nell'apprezzarne una preesistente ¹³⁹.

Il fenomeno non appartiene all'acquisizione ma alla critica d'una prova già acquisita, a meno che si ripieghi sulla formula (incompatibile con un'esplicita direttiva del nostro ordinamento ¹⁴⁰) della testimonianza su un fatto non percepito ma indotto; al qual proposito, è facile obiettare che il perito pone il sillogismo probatorio, che il giudice formulerebbe senza ricorrere ad un ausiliare, se la massima d'esperienza non esorbitasse dal pa-

¹³⁹ DENTI, *Zur Abgrenzung des Sachverständigen von Zeugen im Zivilprozess*, in *Zeitschrift für deutschen Zivilprozess*, 1937, pp. 9 s.

¹⁴⁰ Si allude all'art. 349 c.p.p. A questo riguardo non condividiamo la critica radicale mossa da DENTI, *Testimonianza tecnica*, cit., pp. 13 s., alla massima secondo cui l'oggetto della deposizione è circoscritto alla sfera dei fatti percepiti. Indubbiamente, ogni testimonianza consiste nell'espressione verbale d'un giudizio; inoltre, l'intendimento degli oggetti percepiti e la traduzione del ricordo in parole presuppongono inferenze più o meno complesse (*supra*, § 2): la narrazione, per quanto immediato sia il linguaggio usato, si risolve pur sempre in una somma di deduzioni; supponiamo ancora (a titolo d'ipotesi assai dubbia) che la frase dell'art. 349, in cui è statuito il divieto d'apprezzamenti personali, riguardi esclusivamente i giudizi di valore (nel senso che il divieto degli « apprezzamenti personali » limiti l'interrogazione ad un fatto « veduto, udito, o comunque percepito » dal testimone, CARNELUCCI, *Lezioni*, cit., vol. II, 1947, p. 173; questa, a nostro avviso, è l'interpretazione che coglie nel segno).

Tutto ciò non smentisce il canone tradizionale sul tema e sui correlativi limiti della testimonianza. La distinzione tra testimone percipiente e deducente non tanto è « puramente accademica » (CARNELUCCI, *Sistema*, cit., vol. I, p. 690), quanto incerta, a meno che sia riferita alla forma verbale della deposizione, la quale, in sé e per sé, non riveste una grande importanza. Si consideri l'esempio, addotto dall'autore appena citato, della persona la quale « afferma che un contratto è stato concluso (...) perché ha letto il documento che lo rappresenta ». Il nocciolo del discorso non sta nella illazione contenuta nella prima frase (che vale quanto un innocuo pleonasmo), bensì nell'esperienza visiva rievocata con la seconda: non l'assunto che, se vi è un documento, debba essere stato stipulato il contratto documentato, ma l'affermazione d'aver visto il documento. L'osservazione è ovvia: non ci troveremo di fronte ad una testimonianza, se l'interrogato, anziché narrare le proprie percezioni, dicesse che è stato concluso un contratto. Rilievi non dissimili valgono per le *hypothetical questions* (ricordate da DENTI, *Testimonianza tecnica*, cit., p. 10), alle quali si risponde con la nuda enunciazione d'una massima d'esperienza.

trimonio della scienza comune. Tuttavia, se il responso del perito rappresenta l'unico veicolo d'una conoscenza utile ai fini decisori, sicché il giudicare presuppone un *consistere* da parte di un altro soggetto¹⁴¹, si spiega la comune tendenza a situare codesta dichiarazione nella classe delle prove¹⁴². L'importante è distinguere dalla testimonianza; ma la differenza specifica non è così sottile, che valga la pena indugiarsi; in un caso è rappresentata un'esperienza nata dalla percezione¹⁴³; nell'altro, quel che si afferma d'aver conosciuto e si fa palese al giudice, costituisce la conclusione d'un procedimento inferenziale¹⁴⁴, che riesce facile

¹⁴¹ È significativa la formula dell'art. 314 c.p.p., nella quale l'innovazione apportata dalla novella del 1955 (« il giudice dispone », anziché « può disporre la perizia ») sottolinea che il ricorso al perito è doveroso, ogni qualvolta « sia necessaria un'indagine che richieda particolari cognizioni di determinate scienze o arti ».

¹⁴² Quanto alla consulenza tecnica nel processo civile, v. SATTA, *Commentario*, cit., vol. I, p. 220; vol. II, p. 100.

¹⁴³ *Supra*, note 47, 49, 52.

¹⁴⁴ Appare eccessiva l'affermazione di CARNELUTTI, *Sistema*, cit., vol. I, p. 690, secondo cui la differenza non potrebbe essere colta se non « dal lato funzionale: il perito è un soggetto, il testimone un oggetto del processo; (...) la scienza del perito si forma *nel processo* e la scienza del testimone *fuori dal processo* ». Le possibili figure di perizia compaiono una triade: narrazione d'un fatto percepito nel processo (e qui l'osservazione poc'anzi riferita coglie nel segno); risposta ad una *hypothetical question*; illazione intorno ad un fatto arguito da un altro (ciò che rende problematico il giudizio del perito in un simile caso, supposta una massima d'esperienza meritevole d'incondizionata fiducia, è l'incompletezza delle premesse: senza questa lacuna, un'illazione correttamente formulata dovrebbe garantire l'infalibilità del risultato). Dei tre atteggiamenti si capisce che il terzo riveste il più accentuato rilievo pratico. A tal proposito, conviene indugiare per un istante sul carattere induttivo dell'operazione svolta dal perito (i medesimi rilievi valgono in ordine alla valutazione d'una qualsiasi prova critica): se le premesse sono sufficienti, e la massima d'esperienza è nota, il compito del perito consiste nel costruire una deduzione. D'altro lato, i momenti induttivi, intesi nel significato tradizionale di itinerari mentali con i quali dal noto si procede a ritroso verso l'ignoto, si riducono a ciò: dato un fatto attribuibile a una pluralità di cause, si suppone come effettiva ciascuna di quelle possibili, per poi trarre le conseguenze ed eliminare progressivamente le ipotesi smentite dai dati conosciuti (СОНЕН, *Introduzione alla logica*, trad. Pellicci, 1948, p. 46); si rimane, quindi, nel dominio della

distinguere da quelli (psicologicamente inavvertiti) sottintesi in ogni operazione mnemonica.

Gli esemplari di dispezione personale e reale previsti dal codice esorbitano dal quadro classificatorio: non si tratta di prove ma, come l'etimo della parola suggerisce, della ricerca visiva di una prova. Senonché, quando l'oggetto dell'*inspectio* è una « traccia » (proprio questa è la parola usata dall'art. 309 c.p.p.), che non è possibile captare fisicamente, in quanto si riduce all'aspetto di un luogo o d'una persona, diventa necessario fissare il ricordo di ciò che è stato percepito; si ricorre allora a una descrizione raccolta nel processo verbale ovvero alla riproduzione meccanica dell'immagine: l'ultimo atto della sequela consiste nella formazione d'una prova documentale.

Delle due categorie di prove — quelle che precisano al processo, e le altre che vi sono costituite — la seconda fornisce una più ampia casistica all'indagine intorno alle regole sull'ammissione e sull'acquisizione: di qui si svolgerà il seguito del discorso.

deduzione o meglio d'una pluralità di deduzioni costruite su premesse ipotetiche; la novità sta nell'atto inventivo, con cui è posta l'ipotesi. L'identità del ragionamento disgiuntivo a far conoscere il passato, dipende dalle premesse note: se non si sapesse quanto basta per verificare o confutare le varie supposizioni, e così circoscrivere l'arca delle scelte, le alternative rimarrebbero insolubili. Senza l'intuizione da cui nasce l'ipotesi, e le successive deduzioni, il metodo di baconiana memoria non ci farebbe progredire d'un solo passo sulla strada della conoscenza.