

UNIDADE I

Leitura Obrigatória

AMODIO, "Libero convincimento e tassalimtà...", p. 3 a 9.

RIVISTA ITALIANA
DI
DIRITTO E PROCEDURA
PENALE

FONDATA DA
GIACOMO DELITALA

DIRETTA DA
CESARE PEDRAZZI

NUOVA SERIE - ANNO XLII
1999



MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE

DOTTRINA

LIBERO CONVINCIMENTO E TASSATIVITÀ DEI MEZZI DI PROVA: UN APPROCCIO COMPARATIVO (*)

SOMMARIO: 1. La libertà di valutazione come espressione della razionalità del conoscere giudiziale. — 2. La teoria romantica della *preuve morale* e le sue degenerazioni. — 3. Il recupero della legalità probatoria nel nuovo codice di procedura penale italiano. Il problema della tassatività dei mezzi di prova. — 4. Un apparente paradosso: ricerca della legalità nel sistema italiano e tendenziale flessibilità probatoria nel processo di *common law*.

1. La libertà di valutazione come espressione della razionalità del conoscere giudiziale. — Il principio del libero convincimento, inteso come regola concernente la valutazione della prova penale da parte del giudice, costituisce indubbiamente uno dei pilastri della procedura penale del continente europeo. La *freie Beweiswürdigung* del sistema tedesco e l'*intime conviction* del processo penale francese sono concetti che esprimono lo stesso significato insito nella formula italiana del libero convincimento. La radice comune è quella del rifiuto di ogni limitazione della libertà di valutazione della prova, sottratta a qualsiasi meccanismo di preventivo dosaggio della sua persuasività stabilito a priori dal legislatore. Il valore ispiratore del principio sta nell'affrancamento del giudice dalle prove legali del processo medievale, bollate come strumenti di mortificazione della razionalità dell'accertamento giudiziale.

Gli ideali di libertà e di razionalità, rivendicati quale espressione dei principi naturali che collocano in primo piano l'individuo e il buon senso comune coesistente al suo agire, sono figli della cultura dell'illuminismo europeo. Peraltro, il passaggio dal piano del pensiero filosofico illuminista a quello della normativa processuale ha determinato, nell'Ottocento europeo, una radicale trasformazione della effettiva portata della regola attinente alla libera valutazione della prova. Alla libertà come supremazia della ragione si è gradualmente sostituita, nelle disposizioni dei codici di procedura penale di Francia, Italia e Germania e nella prassi, la nozione di libertà come primato della sfera emotiva. La storia di questa singola eterogenesi dei fini — alla quale non è stata finora riservata adeguata atten-

(*) Testo della relazione svolta al Convegno sul tema « La disciplina della prova nei Paesi dell'Unione Europea » tenutosi a Ischia nei giorni 2, 3, 4 luglio 1998.

zione — va brevemente riassunta per intendere le degenerazioni subite dalla regola del libero convincimento nell'esperienza processuale europea del novecento.

2. *La teoria romantica della preuve morale e le sue degenerazioni.* —

Dopo il trapianto dell'istituto della giuria — importato dall'Inghilterra sull'onda del fascino per le istituzioni giudiziarie di *common law* subito dagli uomini della rivoluzione francese — si è diffusa nel continente l'idea di una valutazione della prova affidata ai giurati in forza di un approccio puramente emotivo. La decisione della giuria, resa con un verdetto immotivato, ha fatto pensare ai giuristi continentali che il giudizio sull'imputazione fosse per sua intrinseca natura così fortemente radicato nella reazione istintiva alle prove da essere sottratto a qualsiasi forma di razionalizzazione, anche a quella astrattamente attuabile *a posteriori* mediante la motivazione. La catena logica giuria-verdetto immotivato-persuasione emotiva costituisce l'asse portante di quella che potrebbe essere definita la teoria romantica del libero convincimento.

La testimonianza più significativa di questo orientamento — non a caso definito *preuve morale o intime conviction* — si trova nel testo delle istruzioni ai giurati contenuto nelle norme del codice di procedura penale francese: « la legge non chiede conto ai giudici del modo in cui si sono convinti; essa non prescrive regole dalle quali far dipendere in modo particolare la pienezza o la sufficienza di una prova; essa prescrive ai giudici di interrogarsi nel silenzio e nel raccoglimento e di cercare, nella sincerità delle loro coscienze, quale impressione hanno avuto, sulla loro ragione, le prove a carico e quelle a discarico introdotte dalla difesa. La legge pone ai giudici un solo interrogativo, che racchiude la pienezza dei loro doveri: « *Avez-vous une intime conviction?* » (art. 363 c.p.p., e analogamente art. 498 c.p.p. italiano del 1865).

Il convincimento appare così fortemente collocato nel foro interno dell'inesprimibile e dell'irrazionale da spingere i legislatori processuali dell'Ottocento europeo a sancire il divieto di motivare in fatto per l'impossibilità materiale — subito trasferita dai giurati ai giudici professionali — di esplicitare un collegamento « leggibile » tra prove e risultati dell'accertamento giudiziale. Così gli artt. 195 e 165 del *code d'instruction criminelle* del 1808 richiedevano al giudice di esporre nella sentenza solo l'*énonciation des faits*, cioè i risultati dell'accertamento senza indicazione delle prove. E l'art. 267 della *Strafprozessordnung* tedesca, nel testo tuttora vigente risalente al 1877, si limita a richiedere, nella sentenza di condanna, la *tatsachenangabe*, cioè l'esposizione del fatto accertato. Analogamente nel codice sardo del 1847 non si richiedeva niente di più della « dichiarazione dei fatti di cui l'accusato è riconosciuto autore e complice » (art. 448).

La teoria romantica della *preuve morale*, con il correlativo divieto di

motivare in fatto, ha dato luogo a due fenomeni marcatamente negativi nella cultura processuale europea. Anzitutto, ha impedito la creazione di un diritto delle prove penali, in conseguenza della ritenuta refrattarietà del giudizio di fatto a qualsiasi regolamentazione normativa, inidonea ad incidere su un momento valutativo appartenente ad un terreno insondabile. In secondo luogo, ha dato la spinta alla nascita di un fenomeno degenerativo che ha reso possibile, in una cultura inquisitoria imperniata sulla figura del giudice *dominus* della prova nella ricerca della verità reale, l'uso della libertà del convincimento come strumento per giustificare il superamento di qualsiasi limite nella ammissione e nella assunzione delle prove. Nell'esperienza italiana del codice Rocco (1931-1989), il principio patrocinato dagli illuministi come impegno alla razionalità del giudizio è divenuto il veicolo funzionale a sottrarre l'accertamento del fatto ad ogni controllo.

Sul piano comparativo si deve quindi registrare una curiosa evoluzione di segno opposto tra l'Inghilterra e il continente europeo. Mentre nella *common law* la giuria ha dato luogo al sorgere di quel complesso reticolo di regole probatorie che va sotto il nome di *law of evidence*, regole sorte per prevenire i possibili errori valutativi dei giudici non professionali, al contrario nell'Europa continentale proprio la presenza dei laici nelle corti d'assise ha dato vita alla teoria della *intime conviction* che ha affrancato tutti i giudici, laici e togati, da qualsiasi limite legislativo nella valutazione della prova.

3. Il recupero della legalità probatoria nel nuovo codice di procedura penale italiano. Il problema della tassatività dei mezzi di prova. — Per superare gli esiti di un sistema che consegnava nelle mani del giudice la libertà di fare l'uso più illimitato e incontrollabile della prova, in tutto l'arco dei diversi momenti processuali (ammissione, assunzione, valutazione), il codice di procedura penale italiano entrato in vigore nel 1989 ha ricondotto il fenomeno probatorio nell'ambito della disciplina normativa, sottraendolo a quella sfera dell'irrazionale non governabile che aveva in passato consentito pesanti degenerazioni giurisprudenziali.

Il recupero della legalità probatoria è stato indubbiamente favorito anche dalla riflessione svolta dalla dottrina italiana sull'esperienza della *law of evidence* di *common law* e sui contenuti garantistici della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. L'aspirazione genuinamente garantistica del legislatore, impegnato a rendere effettivo il principio di imparzialità del giudice nel nuovo processo, ha trovato efficaci punti di riferimento nelle *exclusionary rules* del processo angloamericano e nel diritto alla prova della Convenzione europea.

La nuova cultura della legalità ha spinto anzitutto a creare un libro intero del codice, il terzo, tutto dedicato alle prove, quasi un *corpus* autonomo che racchiude il diritto delle prove penali. Inoltre, è stato inserito,

nella parte iniziale di questo libro, un gruppo di disposizioni generali che delineano i principi fondamentali del procedimento probatorio con riguardo all'ammissione (artt. 187 e 190), all'assunzione (art. 188) e alla valutazione delle prove (art. 192).

Proprio per superare qualsiasi equivoco, derivante dalla concezione irrazionalistica del libero convincimento, il legislatore ha attribuito alla motivazione, nell'art. 192 c.p.p., il ruolo di strumento per ancorare la valutazione della prova ai parametri razionali di un discorso giustificativo nel quale il giudice deve dar conto dei risultati acquisiti, cioè delle prove assunte nel procedimento, e dei criteri adottati, vale a dire delle massime di esperienza utilizzate per vagliare la persuasività delle risultanze probatorie. A sottolineare questo forte impegno legislativo verso un accertamento del fatto libero da fuorvianti suggestioni emotive, l'art. 546 comma 1, lett. e) c.p.p. stabilisce che la motivazione in fatto deve contenere « 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 ».

L'obiettivo del nuovo codice di impedire involuzioni giurisprudenziali capaci di far rivivere l'arbitrio del giudice nella acquisizione della prova, è testimoniato in modo ancor più significativo dalla nuova sanzione della inutilizzabilità (art. 191 c.p.p.). Qui è chiaramente percepibile l'eco delle exclusionary rules del processo penale statunitense. Si è scelta una sanzione forte per rendere incontrovertibile che i divieti probatori stabiliti dalla legge, i *beweisverboden* della dottrina tedesca, costituiscono veri e propri sbarramenti (*evidentiary barriers*) di fronte ai quali il giudice deve fermarsi nell'accertamento del fatto, con la conseguenza della perdita del dato probatorio in caso di violazione del precetto normativo.

Nel quadro del recupero della legalità si inserisce la problematica della tassatività dei mezzi di prova. Essa si riannoda ad una forte esigenza garantistica che vede con sfavore l'utilizzo di veicoli di convincimento non conoscibili preventivamente dall'imputato e, quindi, affidati interamente alle scelte dell'investigatore o al controllo compiuto *a posteriori* dal giudice.

Distaccandosi ancora una volta dal modello francese, nel quale continua ad operare la regola secondo cui « *les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve* » (art. 427 c.p.p.), il nuovo codice italiano ha imboccato una strada intermedia. Al giudice è consentito assumere prove atipiche, vale a dire non disciplinate dalla legge, con l'obbligo peraltro di accertare preventivamente la loro idoneità ai fini dell'accertamento e la loro attitudine a offrire un contributo conoscitivo tale da non pregiudicare la libertà morale della persona (art. 189 c.p.p.).

Si realizza così un sistema probatorio a struttura flessibile, capace cioè di dare ingresso a nuovi strumenti di convincimento proposti dall'e-

voluzione tecnologica, ammissibili, ad istanza di parte, solo quando ne sia accertata in concreto la oggettiva attendibilità sul piano dei risultati e la mancanza di qualsiasi attitudine lesiva con riguardo alla libertà morale della persona.

Prova atipica è certamente la registrazione fonografica di colloqui tra presenti realizzata ad opera di soggetti privati. Esclusa la sua riconducibilità al *genus* delle intercettazioni ovvero a quello delle informazioni testimoniali o dei documenti, questo strumento conoscitivo rivela la sua vera natura di prova non disciplinata dalla legge. Il pubblico ministero o il difensore che ne chiede l'acquisizione al giudice nelle indagini preliminari o nel dibattimento ha l'onere di dimostrare, da un lato, che il colloquio è avvenuto in condizioni tali da far salva la libertà morale dell'interlocutore, dall'altro, che la registrazione è stata effettuata in modo da garantire la genuinità della riproduzione fonografica. Trattandosi di prova preconstituita, non si tratterà dunque di stabilire le modalità di assunzione, ma di verificare che la prova abbia ingresso nel processo senza provocare inquinamenti nell'accertamento della volontà di chi ha reso le dichiarazioni.

Prova non disciplinata dalla legge e da assumersi sulla base dell'art. 189 c.p.p. deve essere considerata anche la individuazione di persona eseguita all'udienza dibattimentale. La prassi del rito abrogato registrava spesso la domanda rivolta ad un teste dal giudice del dibattimento circa la possibilità di riconoscere tra i presenti la persona protagonista dell'episodio riferito nella testimonianza. Nel nuovo sistema, che distingue nettamente l'individuazione informale attuata davanti al pubblico ministero (art. 361 c.p.p.) dalla ricognizione rigorosamente disciplinata dagli artt. 213 e 214 c.p.p., il solo modo di far entrare ritualmente nel processo una simile dichiarazione è quello che passa attraverso l'accertamento dei requisiti di attendibilità della prova e delle modalità di assunzione della stessa.

Occorre distinguere le ipotesi di preesistente individuazione extradibattimentale da quelle in cui non vi sia stata alcuna forma di riconoscimento ante iudicium. È da escludere, nel primo caso, che il teste possa essere chiamato a deporre solo per confermare l'identificazione compiuta nel corso delle indagini preliminari, a norma dell'art. 361 c.p.p., a richiesta del pubblico ministero. Non così, invece, quando il riconoscimento sia strettamente compenetrato con l'episodio criminoso, come accade nel caso in cui un ragazzo, soggetto passivo di atti di libidine, accompagnato da un genitore *in loco* subito dopo il fatto, si diriga decisamente verso una persona esclamando « è lui! » (il caso è tratto da Keane) ovvero nell'ipotesi in cui la vittima di una truffa, recatasi al posto di polizia per querelarsi, vedendo in un corridoio una persona fermata per altra causa la indichi al pubblico ufficiale come responsabile del reato appena subito. Qui la testimonianza-individuazione è certamente ammissibile dopo che il pub-

blico ministero avrà fatto narrare in dettaglio le circostanze del precedente riconoscimento. La domanda « la persona di cui ha parlato è presente in questa udienza? » potrà essere posta a chiusura della deposizione, previo provvedimento di ammissione a norma dell'art. 189 c.p.p.

Se invece non è avvenuta alcuna individuazione nelle indagini preliminari, né provocata né spontanea, il rischio della suggestione derivante dalla posizione che l'imputato assume nell'aula d'udienza svuota di attendibilità la prova e la rende pertanto in concreto inammissibile in base al parametro della « idoneità probatoria » stabilito dall'art. 189. Non è comunque escluso, anche se di remota applicazione nella pratica, che si possa disporre in questi casi la ricognizione al dibattimento con provvedimento che ordina procedersi all'assunzione dell'atto a porte chiuse (art. 472 c.p.p.).

4. Un apparente paradosso: ricerca della legalità nel sistema italiano e tendenziale flessibilità probatoria nel processo di common law. — Volendo dare uno sguardo comparativo alle tendenze emergenti nel nostro sistema e in quello di *common law*, si impone una considerazione all'apparenza paradossale. Mentre il processo penale italiano si muove verso la legalità probatoria — sia pure non senza oscillazioni che, dopo la bufera involutiva del 1992, hanno ora condotto alla importante affermazione del diritto al controesame nella riforma degli artt. 238, 403 e 513 c.p. p. (legge 7 agosto 1997, n. 267) —, nel processo penale statunitense si assiste ad una graduale attenuazione della portata delle exclusionary rules e delle regole probatorie di *common law*, nate con l'intento di offrire una adeguata prevenzione degli errori dovuti all'inesperienza dei giurati. Qualcuno ha persino parlato, non senza una certa esagerazione, di una law of evidence alla deriva, preconizzando la fine del processo adversary, destinato ad essere soppiantato da una procedura di accertamento basata sulla prova scientifica (Damaska). Il processo come laboratorio scientifico, affidato ad asettici operatori in camice bianco, era già stato teorizzato in Italia all'inizio del secolo dai giuristi della Scuola positiva, fortunatamente senza esito alcuno.

Non si può d'altra parte negare che la tendenza verso la destrutturazione della law of evidence sia chiaramente percepibile anche in Inghilterra. Con il Criminal Justice and Public Order Act 1994 è stata attenuata la portata della corroboration rule, essendosi abolito l'obbligo dal giudice di avvertire la giuria circa la necessità di riscontri per la pronuncia di un verdetto di colpevolezza basato sulla testimonianza del coimputato ovvero della vittima di violenze sessuali (sec. 32 e 33). Lo stesso Act ha poi introdotto norme che consentono, con una svolta definita inquisitoria e divenuta oggetto di infinite polemiche, di ricavare dal silenzio mantenuto dall'imputato nell'interrogatorio di polizia inferenze negative ai fini del giudizio di merito (sec. 34 e ss.).

Se si considera poi che in Inghilterra non vige il sistema delle *exclusionary rules*, essendo tradizionalmente consentito al giudice di escludere discrezionalmente le prove che avrebbero « *such an adverse effect on the fairness of the proceedings that the court ought not to admit* » (*Police and Criminal Evidence Act 1984*, sec. 78), si ha la possibilità di intendere quanto cammino abbia fatto il processo *adversary* sulla strada che conduce ad una maggiore flessibilità delle regole probatorie. È appena di qualche anno fa, del resto, la riforma che ha ampliato, sia pur con cautela, il regime dibattimentale delle letture di atti contenenti dichiarazioni rese nella fase anteriore al giudizio (*Criminal Procedure and Investigation Act 1996*, sec. 68).

Come si spiega, allora, la divaricazione tra il nostro « accusatorio all'europea » che muove verso la legalità probatoria e l'accusatorio blasonato dalle insegne della primogenitura che in Inghilterra e negli Stati Uniti d'America aspira alla flessibilità del regime probatorio?

A me sembra evidente che le direzioni opposte in cui marciano le due famiglie di sistemi processuali sia dovuta alla diversità dei punti di partenza. La *common law* aspira a rendere più snello e lineare un sistema probatorio cresciuto a dismisura nei secoli, tanto da diventare una selva quasi inestricabile di regole talvolta prive di valore pratico. Il nostro processo, di matrice continentale inquisitoria, ha invece un retroterra singolarmente povero di norme sulle prove e deve riempire tanti vuoti per controbilanciare la propensione dei giudici ad erodere il valore della imparzialità.

Non è quindi difficile prevedere che, muovendosi lungo percorsi antitetici, le due grandi famiglie che fanno capo alla tradizione continentale e a quella del rito *adversary*, possano giungere in futuro ad un omogeneo equilibrio tra libertà e legalità della prova tale da soddisfare le esigenze del garantismo unitamente all'interesse al pieno accertamento dei fatti di reato.

ENNIO AMODIO

Bibliografia.

- M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, 1974.
- D. SIRACUSANO, voce *Prova: III) nel nuovo codice di procedura penale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, 1991.
- E. ZAPPALÀ, *Il principio di tassatività dei mezzi di prova nel processo penale*, 1982.
- A. KEANE, *The modern law of evidence*, 1994.
- M.R. DAMASKA, *Evidence law adrift*, 1997.
- J. PRADEL, *Procédure pénale*, 1997.
- KLEINKNECHT, MEYER, GÖSSNER, *Strafprozessordnung*, 1995.