

UNIDADE I

Leitura Obrigatória

TONINI, La prova penale, p. 91 a 95

PAOLO TONINI

LA PROVA PENALE

Quarta edizione



CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI
2000

CAPITOLO II

I MEZZI DI PROVA

SOMMARIO: 1. Mezzi di prova tipici ed atipici. – 2. La testimonianza: a) *Considerazioni generali.* – b) *Oggetto e forma della deposizione.* – c) *La testimonianza indiretta.* – d) *L'incompatibilità a testimoniare.* – e) *Il privilegio contro l'autoincriminazione.* – f) *Il testimone prossimo congiunto dell'imputato.* – g) *La violazione degli obblighi del testimone.* – h) *Il segreto professionale.* – i) *Il segreto d'ufficio e di Stato.* – l) *L'esame incrociato.* – 3. L'esame delle parti: a) *Considerazioni generali.* – b) *L'imputato ed il coimputato nel medesimo procedimento.* – c) *Le parti private diverse dall'imputato.* – d) *L'imputato di un procedimento connesso o collegato, che si svolga separatamente.* – e) *Il riscontro delle dichiarazioni del coimputato e dell'imputato connesso.* – f) *La sentenza della Corte costituzionale n. 361 del 1998.* – g) *Origine storica e portata del diritto a confrontarsi con l'accusatore.* – 4. Confronti, ricognizioni ed esperimenti giudiziali. – 5. La perizia: a) *Considerazioni generali.* – b) *Il consulente tecnico di parte.* – c) *Il consulente tecnico del pubblico ministero.* – 6. La prova documentale: a) *Documento e "documentazione".* – b) *La definizione di documento.* – c) *Il valore probatorio del documento contenente dichiarazioni.* – d) *Il documento anonimo.* – e) *La disciplina di determinati documenti.* – f) *L'uso di atti di altri procedimenti.*

1. MEZZI DI PROVA TIPICI ED ATIPICI

Con l'espressione "mezzo di prova" si vuole indicare quello strumento processuale che permette di acquisire un elemento di prova. Il codice prevede sette mezzi di prova tipici, e cioè regolamentati dalla legge nelle loro modalità di assunzione (artt. 194-243). Essi sono la testimonianza, l'esame delle parti, il confronto, la ricognizione, l'esperimento giudiziale, la perizia e il documento. Le modalità di assunzione sono predisposte in maniera tale da permettere al giudice ed alle parti di valutare nel modo migliore la credibilità della fonte e l'attendibilità

dell'elemento di prova che si ricava dall'esperimento del singolo mezzo. I mezzi di prova tipici sono considerati dal codice idonei a permettere l'accertamento dei fatti.

Il codice non impone la tassatività dei mezzi di prova; al contrario, consente che possano essere assunte prove atipiche, e cioè non regolamentate dalla legge ⁽¹⁾. Tuttavia è possibile ammettere una prova atipica soltanto se questa è idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti e non pregiudica la libertà morale della persona. Occorre che il giudice senta le parti sulle modalità di assunzione della prova prima di decidere con ordinanza sulla richiesta di ammissione (art. 189). Il codice permette che nel processo penale si utilizzino quegli eventuali nuovi metodi di acquisizione degli elementi di prova che il progresso scientifico e tecnologico potrà elaborare in futuro. Tuttavia, vieta che ciò avvenga in base ad una scelta solitaria del giudice presa a cose fatte; al contrario, impone a tale soggetto di sentire le parti sulla richiesta di ammissione di un singolo mezzo di prova atipico ⁽²⁾.

In base all'art. 189 la prova atipica può essere ammessa se presenta due requisiti. In primo luogo deve essere «idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti»; ciò vuol dire che deve essere in concreto capace di fornire elementi attendibili e di permettere una valutazione sulla credibilità della fonte di prova (persona o documento). In secondo luogo, il mezzo di prova atipico deve assicurare la «libertà morale» della persona-fonte di prova; e cioè, deve lasciare integra la facoltà di determinarsi liberamente rispetto agli stimoli. Per tali motivi si ritiene comune-

⁽¹⁾ L'adesione esplicita al principio di non tassatività dei mezzi di prova ad opera del legislatore del 1988 ha sedato l'annoso dibattito dottrinale, sviluppatosi sotto la vigenza del codice Rocco, in ordine alla sussistenza di questo o dell'opposto principio di tassatività, attesa l'assenza di una previsione normativa *ad hoc*. Per una disamina delle diverse opinioni manifestate in proposito, si veda ZAPPALÀ, *Il principio di tassatività*, Milano, 1982.

⁽²⁾ Come affermato nella *Relazione al progetto preliminare*, l'articolo 189 si pone come una «scelta intermedia» tra gli opposti principi di atipicità e tassatività dei mezzi di prova, diretta a contemperare l'esigenza di tutela del diritto di difesa con quella tesa ad evitare i rischi di irrigidimento del sistema, nell'ottica dei prevedibili sviluppi tecnologici. Per un quadro generale, si veda AMODIO, *Liberato convincimento e tassatività*, 5 s.; RICCI, *Le prove atipiche*, 524.

mente che nel processo penale non si possano utilizzare la narcoanalisi, l'ipnosi o la c.d. macchina della verità (lie detector).

Le modalità di assunzione della prova atipica non sono previste dalla legge (poiché appunto si tratta di un mezzo non regolamentato) bensì sono prescritte dal giudice dopo aver sentito le parti (*Relaz. prog. definitivo*, p. 181). Quando una parte chiede di ammettere un mezzo di prova atipico deve essere messo in atto il procedimento appena menzionato. Naturalmente l'ordinanza del giudice, che accoglie o respinge la richiesta, è controllabile mediante l'impugnazione della sentenza (art. 586, comma 1).

Può essere fatto l'esempio di un mezzo di prova che fino ad una determinata data era atipico e che successivamente è diventato tipico. L'art. 7, comma 2, del decreto legge 8 giugno 1992, n. 306, ha introdotto l'esame a distanza per mezzo del collegamento audiovisivo (art. 147-*bis* disp. att., modificato successivamente dalla legge 7 gennaio 1998, n. 11). Si tratta di una modalità di assunzione dell'esame dei "collaboratori di Giustizia", che non era prevista fra i mezzi di prova regolati dal codice. Nei mezzi di prova tipici il dichiarante deve essere presente fisicamente in aula; mentre nell'esame a distanza la presenza fisica non è richiesta in quanto prevalgono le esigenze di protezione della persona che collabora con la Giustizia (imputato o testimone in relazione a fatti di criminalità mafiosa).

Ebbene, prima del giugno del 1992 il giudice avrebbe potuto ammettere l'esame a distanza seguendo la procedura indicata nell'art. 189 c.p.p.; da quest'ultima data l'esame a distanza è diventato una modalità tipica dei mezzi di prova dichiarativi nei casi indicati dall'art. 147-*bis* disp. att.

In verità, la nozione di "prova atipica" non è pacifica di essa possono essere date almeno tre definizioni. In un primo significato è atipica quella prova che mira ad ottenere un risultato diverso da quelli perseguiti dai mezzi di prova tipizzati dal codice. La atipicità consiste nel risultato e non nelle modalità di assunzione. In questo senso sarebbe più opportuno parlare di prova "innominata", e cioè non corrispondente a nessuno dei mezzi tipici individuati dal codice^(?).

(?) In proposito, si veda per tutti NOBILI, *sub* art. 189, in *Commento*, II, 398.

Oggi difficilmente si pone un problema di prova innominata perché i mezzi di prova tipici sembrano idonei a raggiungere tutte le varietà di risultati probatori⁽⁴⁾. Una volta si portava, come esempio, la ricognizione di voce; nel nuovo codice essa è prevista nell'art. 216, nel quale si fa obbligo di osservare le disposizioni sulla ricognizione di persone «in quanto applicabili». Se fosse mancata questa previsione normativa, si sarebbe dovuta applicare la procedura prevista dall'art. 189.

In un secondo significato è atipica quella prova che si svolge con modalità diverse da quelle previste da un mezzo tipico⁽⁵⁾. Qui la atipicità consiste nella diversa modalità di svolgimento. Ad esempio, la testimonianza presuppone la presenza del dichiarante in aula. Se questi è sentito mediante un collegamento audiovisivo, si ha una modalità atipica di svolgimento di un mezzo, che tuttavia è tipico. In tal caso occorre applicare la procedura di cui all'art. 189, se non si rientra in uno dei casi previsti dall'art. 147-bis disp. att.

In un terzo significato è atipica quella prova che mira ad ottenere, mediante un mezzo di prova tipico (ad esempio, la testimonianza), il risultato di un diverso mezzo, esso pure tipico (ad esempio, la ricognizione di persone). Siamo in presenza di una prova che è stata definita «anomala»⁽⁶⁾ e che viene utilizzata ampiamente dalla prassi giudiziaria. Spesso un testimone è chiamato in dibattimento ad «identificare» informalmente una persona (ad esempio, l'imputato) senza le modalità che devono essere osservate per la ricognizione. La prassi è ritenuta legittima dalla giurisprudenza, che non la considera una prova atipica e, pertanto, non impone l'osservanza del procedimento previsto dall'art. 189⁽⁷⁾.

⁽⁴⁾ Affermazione, questa, frequente già sotto la vigenza del codice Rocco; si vedano MALINVERNI, *Principi*, 496; ZAPPALÀ, *Il principio*, 215. Nonostante tale assunto, la giurisprudenza, sia precedente sia successiva al 1988, spesso ha fatto ricorso alla nozione di prova «atipica» per giustificare l'inserimento nel materiale decisivo di qualsiasi elemento ritenuto utile all'accertamento del fatto, a prescindere dalla sua legittimità: ciò è avvenuto, e tuttora avviene, attraverso una dilatazione dell'ambito di operatività del principio del libero convincimento del giudice, esteso dalla fase della *valutazione* a quella della *ammissione* dell'elemento probatorio; sul punto, NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974, 250 s.; CORDERO, *Diatribi sul processo accusatorio*, in *Ideologie*, 219; AMODIO, *Libertà e legalità della prova*, 311.

⁽⁵⁾ Per l'indicazione di questa diversa nozione di atipicità e per il rilievo che solo la precedente è quella «propria», si veda NOBILI, *sub art.* 189, 398-399.

⁽⁶⁾ Così, CAVINI, *Il riconoscimento informale*, 838.

⁽⁷⁾ Con riguardo al riconoscimento effettuato da un testimone in dibattimento, la Corte di cassazione afferma che tale riconoscimento non deve considerarsi quale «ricognizione» vera e propria, bensì quale «atto di identificazione diretta» (Cass., sez. V, 17 febbraio 1998, Roberto, in *Guida dir.*, 1998, 21, 75; in analoghi termini, Cass., sez. I, 28 marzo 1997, Galasso, in *CED 207218*; Cass., sez. IV, 18 luglio 1996, Gagliardi, in *Dir.*

Come abbiamo accennato, la atipicità in questo caso consiste nell'usare un mezzo di prova, che persegue un determinato risultato, per ottenere invece il risultato di un diverso mezzo di prova, esso pure tipico. Infatti l'esame testimoniale ha la finalità di permettere di valutare l'attendibilità del dichiarante mediante lo strumento dell'esame incrociato nello scontro dialettico delle parti.

Viceversa, la ricognizione ha la finalità di attivare complessi meccanismi della memoria che richiedono che il dichiarante sia tenuto nella situazione psichica più tranquilla, fuori dalla pressione dell'esame incrociato. Il controllo di attendibilità è assicurato dallo svolgimento del mezzo di prova. Il giudice è l'unico legittimato a porre le domande; deve chiedere al "ricognitore" di descrivere la persona da riconoscere e di dichiarare se sia stato chiamato in precedenza ad effettuare una ricognizione della stessa; la persona da riconoscere è posta tra almeno altre due «il più possibile somiglianti, anche nell'abbigliamento» (art. 214).

Dalle considerazioni che abbiamo sviluppato si può ricavare che mediante la prova "anomala" si effettua qualcosa di simile ad una truffa delle etichette. Se al teste si chiede di identificare informalmente una persona, l'elemento di prova che se ne ricava sarà forse utilizzabile (perché così afferma la giurisprudenza), ma certamente il giudice non dispone dello strumento per valutarne l'attendibilità, poiché non ha seguito le modalità idonee a verificare tale dato. Se il giudice fondasse la decisione sulla base del risultato della identificazione informale, la motivazione sarebbe illogica in quanto non avrebbe accertato correttamente un punto ritenuto indispensabile dal codice, quale è l'attendibilità della prova utilizzata (art. 546, comma 1, lett. e)⁽⁸⁾.

pen. proc., 1997, 7, 835; Cass., sez. II, 26 luglio 1996, Manai, in *Arch. n. proc. pen.*, 1996, 304), ovvero quale mero «accertamento di fatto» la cui attitudine probatoria deve essere vagliata – si badi bene – in termini di attendibilità del teste e non di affidabilità del ricognitore (Cass., sez. V, 28 gennaio 1998, Barone, in *Guida dir.*, 1998, 16, 139; Cass., sez. IV, 4 maggio 1996, Perez, in *Arch. n. proc. pen.*, 1996, 817; Cass., sez. VI, 13 marzo 1996, Pennente, *ivi*, 1996, 817; Cass., sez. I, 22 aprile 1993, Novembrini, in *Cass. pen.*, 1995, 1944).

(⁸) Sulla utilizzabilità del riconoscimento effettuato senza il rispetto delle formalità procedurali previste dalla legge, v. Cass., sez. V, 16 maggio 1996, Sala, in *CED* 204851, secondo cui il vizio di inutilizzabilità della prova sussiste solo laddove la prova medesima sia stata assunta in violazione di «divieti stabiliti dalla legge» e non di semplici «formalità», quali quelle in esame. Per una più ampia panoramica, vedasi la giurisprudenza riportata *infra*, § 4, *Confronti, ricognizioni ed esperimenti giudiziali*.