

CAPITOLO 2

Mezzi di prova

SOMMARIO: 1. La testimonianza: oggetto e limiti. – 2. (*segue*): la testimonianza indiretta. – 3. (*segue*): l'imputato che assume l'ufficio di testimone. – 4. (*segue*): i divieti di deporre e le esenzioni dal dovere di deporre. – 5. (*segue*): testimoni sospettati di falsità o reticenza; testimoni renitenti. – 6. L'esame delle parti. – 7. Confronti. – 8. Ricognizioni. – 9. Esperimenti giudiziali. – 10. La perizia: oggetto, ruolo del giudice e limiti. – 11. (*segue*): la nomina del perito. – 12. (*segue*): le operazioni peritali, il parere e l'esame del perito. – 13. (*segue*): il consulente tecnico. – 14. La prova documentale: oggetto e acquisizione. – 15. (*segue*): i verbali di prove di altri procedimenti. – 16. (*segue*): i divieti di acquisizione della prova documentale.

1. La testimonianza: oggetto e limiti

Il principio di pertinenza e rilevanza (art. 187 c.p.p.) è esplicitato, in materia di prova testimoniale, dall'art. 194, comma 1, c.p.p. a norma del quale il testimone è esaminato sui **fatti** che costituiscono **oggetto di prova**. Le parti fissano il *thema probandum* e su questo il teste viene, appunto, **esaminato**: non si tratta cioè di una narrazione libera bensì di singole risposte sollecitate da altrettante domande. Il racconto di un fatto da parte di un teste è impregnato di riferimenti temporali, spaziali e – non di rado – logici (deduzioni, induzioni); il metodo codicistico per fare emergere da questa fonte di prova ogni possibile capacità rappresentativa (del *thema*) è quello della escussione – dal latino *excutere*, scuotere – orale, condotta con il meccanismo della *cross-examination*: nell'esame (e nel controesame) del teste le parti processuali cercano – sotto il controllo del giudice, che vigila sulla correttezza del suo svolgimento (art. 499, comma 6, c.p.p.) – di acclarare i fatti, muovendo ciascuna dalla propria prospettiva (accusatoria o difensiva). È dunque su questo metodo di esame che riposano le *chance* per soppesare l'**attendibilità** del testimone, ossia l'esattezza, la precisione, la

non contraddittorietà dei suoi ricordi. Pertanto, **all'esame delle dichiarazioni** sul fatto oggetto di prova si connette – in stretta simbiosi – la verifica della credibilità del narratore: la portata conoscitiva della testimonianza postula – in conclusione – una narrazione su fatti **specifici** (art. 499, comma 1, c.p.p.), vagliata in contraddittorio per sondarne l'affidabilità. A conferma dell'importanza conferita all'oggetto della testimonianza e all'attendibilità della medesima, il codice prevede due **obblighi** in capo al testimone – *ex* art. 198, comma 1, c.p.p. – vale a dire quello di **presentarsi** a deporre e di **rispondere secondo verità** (entrambi penalmente sanzionati: cfr. art. 207 c.p.p. e artt. 366, comma 3, 372 c.p.).

Da queste regole generali discendono taluni corollari, in tema di **presupposti, oggetto e limiti** alla testimonianza:

a) in primis, ogni persona – compresi i minori e i malati – ha la **capacità di testimoniare** (art. 196, comma 1, c.p.p.); al fine di valutare le dichiarazioni del teste il giudice può comunque ordinare gli accertamenti opportuni a verificare l'idoneità fisica o mentale a rendere testimonianza (e, qualora tali accertamenti siano stati disposti prima dell'esame del teste, non ne precludono affatto l'assunzione: art. 196, commi 2 e 3, c.p.p.);

b) l'esame può estendersi anche ai **rapporti di parentela e di interesse** che intercorrono tra il testimone e le parti o altri testimoni, nonché alle circostanze il cui accertamento è necessario per soppesarne la **credibilità** (art. 194, comma 2, c.p.p.); una massima di esperienza attesta infatti un rapporto di proporzionalità inversa tra l'"interesse" (o il coinvolgimento) del teste per i fatti oggetto del processo e l'affidabilità delle sue dichiarazioni;

c) i fatti che concernono **la personalità** dell'imputato e dell'offeso dal reato possono costituire oggetto di deposizione solo in presenza di precisi presupposti, i quali fissano altrettanti **limiti** alla testimonianza; il teste **non può deporre** sulla moralità dell'imputato, salvo che si tratti di fatti specifici, suscettibili di qualificarne la personalità in relazione al reato e alla pericolosità sociale (art. 194, comma 1, c.p.p.); nemmeno può deporre sui fatti che servono a definire la personalità dell'offeso dal reato, ad eccezione del caso in cui il fatto dell'imputato debba essere apprezzato in relazione al comportamento della persona offesa (art. 194, comma 2, c.p.p.);

d) il testimone **può** essere esaminato solo su fatti **specifici** (art. 499, comma 1, c.p.p.) e **determinati** (art. 194, comma 3, c.p.p.): ne discende il divieto di deporre sulle voci correnti nel pubblico e di esprimere apprezzamenti personali (salvo che sia impossibile scindere questi ultimi dalla narrazione sui fatti: art. 194, comma 3, c.p.p.).

Quanto alle **modalità** dell'esame del testimone, vi è da rilevare che:

a) nell'**incidente probatorio** e nell'**istruzione dibattimentale** l'esame e il controesame sono condotti **dall'accusa e dalla difesa**; nell'esame sono vietate le domande che possono nuocere alla sincerità delle risposte (art. 499, comma 2, c.p.p.) e quelle a contenuto suggestivo (art. 499, comma 3, c.p.p.); viceversa, nel controesame possono essere poste domande screditanti, intese cioè a incrinare la credibilità del dichiarante (arg. ex art. 499, comma 3, c.p.p.);

b) nell'**udienza preliminare**, è il **giudice** che conduce l'audizione del teste (anche avvalendosi delle sollecitazioni provenienti dal pubblico ministero e dai difensori: art. 422, comma 3, c.p.p.).

Il giudice **valuta** la testimonianza dando conto, in motivazione, dei criteri adottati e dei risultati acquisiti (art. 192, comma 1, c.p.p.); e le precedenti dichiarazioni, lette dalle parti per le contestazioni nel corso dell'esame, possono essere utilizzate al (limitato) fine di soppesare la credibilità del teste (art. 500, comma 2, c.p.p.).

Occorre ribadire, infine, che, il principio del **contraddittorio** impone che la prova – ivi compresa, va da sé, quella testimoniale – sia acquisita alla presenza delle parti; **eccezioni**, costituzionalmente previste (art. 111 comma 5 Cost.), ammettono che il contraddittorio possa essere pretermesso per consenso delle parti (si pensi a taluni riti alternativi quali il “patteggiamento” o il giudizio abbreviato), per accertata impossibilità oggettiva (per es., di ripetere un atto delle indagini preliminari, ex art. 512 c.p.p.), per provata condotta illecita (per es., nel caso di teste coartato: art. 500, commi 4 e 5, c.p.p.). Oltre a queste deroghe, il codice ammette che i **verbali** delle prove di un **altro** procedimento penale possano essere acquisiti se si tratta di prove raccolte nell'incidente probatorio o nel dibattimento “alieni” (art. 238, comma 1, c.p.p.), e contempla, altresì, attenuazioni del contraddittorio nei processi di criminalità organizzata (art. 190 *bis* c.p.p.).

2. (segue): la testimonianza indiretta

Si è evidenziato come l'esame incrociato dibattimentale del testimone sia inteso a fornire, alle parti e al giudice, una rappresentazione orale del fatto e, al tempo stesso, elementi utili a verificare l'attendibilità del narratore; quando il testimone depone su fatti da lui percepiti **personalmente**, l'alternarsi delle domande (e delle eventuali contestazioni) consente ai protagonisti del processo di soppesare la precisione, l'esattezza e – in ultima analisi – la credibilità del teste il quale, attraverso le proprie risposte, veicola nel processo l'esperienza conoscitiva da lui vissuta in relazione al fatto

da accertare. Questo metodo di elaborazione della prova orale deve essere ricalibrato laddove il testimone si riferisca, nella risposta, a narrazioni **altrui**; nel momento in cui egli rappresenta un fatto conosciuto non in via personale e diretta ma attraverso il racconto di terze persone, ecco che la *cross-examination* e, con essa, il meccanismo delle contestazioni, smarriscono incisività: le domande non possono più concentrarsi sull'esperienza personale dell'esaminato in quanto egli evoca, nell'agone dibattimentale, racconti altrui. La testimonianza indiretta – o *de relato* – richiede, di conseguenza, particolari regole sotto il profilo della sua **utilizzabilità**.

Non viene in gioco, questa è la premessa, una questione di ammissibilità della testimonianza indiretta in quanto, sia le parti sia il giudice, devono **prima** percepire il racconto del teste per **poi** desumerne il riferimento, parziale o totale, a esperienze conoscitive di soggetti **terzi**, diversi dal narratore: in **tale** frangente la testimonianza *de relato* si è già “materializzata” nel processo e il problema si sposta quindi sulla sua utilizzabilità. Spetta alle parti – o all'iniziativa del giudice – chiedere la deposizione del **teste di riferimento** (cioè il soggetto evocato dal testimone nel corso del suo esame): l'art. 195 c.p.p. prevede che il giudice **debba** – ove richiesto (comma 1), oppure **possa** (ufficiosamente, e perciò a prescindere dalla istanza di parte: comma 2) – disporre l'esame della **fonte** dell'informazione. Di regola, le persone richiamate dal testimone vanno dunque esaminate e, pertanto, **l'inutilizzabilità colpisce**:

a) la deposizione *de relato* alla quale non faccia seguito l'esame del teste di riferimento (qualora le parti abbiano chiesto al giudice di chiamarlo a deporre); unica deroga riguarda i casi in cui l'esame appaia impossibile per morte, infermità o irreperibilità della persona (art. 195, comma 3, c.p.p.);

b) la deposizione di chi **si rifiuta**, oppure **non è in grado di indicare** la persona o la fonte da cui ha appreso la notizia dei fatti oggetto dell'esame (art. 195, comma 7, c.p.p.): l'impossibilità di verificare le dichiarazioni del teste di riferimento conduce, pertanto, ad estromettere dalla piattaforma probatoria la testimonianza *de relato*.

Vige, infine, il **divieto di esaminare i testimoni** su fatti appresi – in qualunque modo – da persone tenute al **segreto professionale** (art. 200 c.p.p.) o al **segreto d'ufficio** (art. 201 c.p.p.), salvo che le suddette abbiano deposto sugli stessi fatti o li abbiano in altro modo divulgati (art. 195, comma 6, c.p.p.).

Per gli **ufficiali** e **gli agenti di polizia giudiziaria** vale un divieto – analogo a quello appena esaminato – che, nella fattispecie, ha per oggetto le dichiarazioni acquisite dai «testimoni» – da intendersi in senso non rigoro-

samente tecnico bensì alla stregua di persone informate sui fatti – con le modalità **documentate in un verbale** ex artt. 351 (in tema di persone informate sui fatti, imputati in procedimento connesso o di reato collegato) e 357, comma 2 lett. a e b, c.p.p. (verbali di denuncia, querela, istanza presentate oralmente, nonché sommarie informazioni rese e dichiarazioni spontanee ricevute dalla persona nei cui confronti vengono svolte le indagini).

Ratio del divieto è evitare la vanificazione dell'esame del teste che, in fase di indagini, sia stato ascoltato dalla polizia giudiziaria, poiché l'eventuale deposizione di quest'ultima – sul contenuto di quanto percepito dal testimone – potrebbe prevalere sulla fonte di conoscenza diretta (in virtù della "presunzione di credibilità" del pubblico ufficiale che, si noti, svolge funzioni inquirenti nel medesimo procedimento); la disposizione è intesa altresì a evitare che il divieto di utilizzare atti (ripetibili) formati nel corso delle indagini preliminari venga aggirato tramite la deposizione della polizia giudiziaria sui fatti appresi dai «testimoni».

Il divieto in oggetto **non opera** invece nei casi in cui dichiarazioni di specie diversa da quelle sopra elencate siano state assunte dalla polizia giudiziaria «al di fuori di qualunque rapporto dialettico formale interno al procedimento, ovvero acquisite e documentate attraverso modalità diverse» da quelle di cui all'art. 195, comma 4, c.p.p. (questa è la conclusione della dottrina più autorevole); con una precisazione importante: l'eccezione al divieto in parola **non vale** per quei casi in cui, pur ricorrendone le condizioni, non siano state osservate le modalità di verbalizzazione prescritte – in altre parole, quando la polizia giudiziaria eluda tali modalità non provvedendo a redigere apposito verbale (così Corte cost., 30 luglio 2008, n. 305).

3. (segue): l'imputato che assume l'ufficio di testimone

La l. 1° marzo 2001, n. 63 ha dato attuazione ai principi costituzionali in materia di giusto processo (in particolare, per ciò che qui interessa, a quanto stabilito dall'art. 111, commi 3 e 4, Cost.) limitando – per un verso – il valore delle dichiarazioni accusatorie raccolte fuori del dibattimento e introducendo – per altro verso – imposizioni di carattere testimoniale nei confronti degli imputati che hanno collaborato, in fase di indagini, con il pubblico ministero, e ciò al fine di non "perdere" le precedenti dichiarazioni accusatorie. Ne è scaturita una disciplina, complessa e farragিনosa, il risultato della quale è stata una profonda modifica del modo di concepire la figura della principale parte del processo, ossia l'**imputato** e, in via com-

plementare, quella di una **fonte di prova**, vale a dire il **testimone**. In particolare, è stato ridotto il perimetro di una garanzia “storica” che connatura l'imputato: il **diritto al silenzio**; parallelamente, è risultata ampliata l'area dei **destinatari** degli **obblighi** tipici del **testimone**: quello di sottoporsi all'esame e di rispondere secondo verità (obblighi, lo ricordiamo, penalmente sanzionati). Va puntualizzato che l'art. 111 Cost. contempla il diritto al contraddittorio nella formazione della prova (comma 4) e quello dell'accusato di controesame le persone che rendono dichiarazioni a suo carico (comma 3, terzo periodo). Questi principi costituzionali postulano dunque necessità di contraddittorio tra accusato e accusatore (tanto è che la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore: comma 4, secondo periodo); essi non prevedono – al contrario – vincoli testimoniali in capo all'imputato (a tale conclusione perviene la dottrina più accreditata). Il legislatore ordinario del 2001 ha invece “attuato” i suddetti principi scegliendo l'opzione – non imposta costituzionalmente – di costruire in capo all'imputato un articolato regime di obblighi testimoniali. La ragione di ciò è di natura politico-criminale, essendo il nostro ordinamento penale profondamente pervaso da disposizioni e prassi ispirate alla “cultura” della premialità; l'obiettivo è fare sì che l'imputato – specie nei procedimenti che hanno per oggetto reati associativi – renda **dichiarazioni accusatorie** nei confronti degli altri **coimputati**: la collaborazione con l'organo delle indagini sarà poi premiata dal giudice con sostanziosi sconti di pena, previsti dalla legislazione penale speciale (soprattutto per i delitti di criminalità organizzata). Al perseguimento di questo obiettivo risulta funzionale la scelta legislativa di introdurre un meccanismo per il quale, una volta che l'imputato rende dichiarazioni – in sede di indagine – sul **fatto altrui** egli diviene, alla stregua di un vero e proprio testimone, **obbligato a deporre su quei fatti** (perdendo così il diritto al silenzio) nelle successive fasi del procedimento. Il legislatore ha di conseguenza modificato (e introdotto) una serie di istituti processuali, volti a realizzare lo scopo in parola.

In sintesi, la l. n. 63 del 2001 ha innovato – oltre alla connessione (art. 12 c.p.p.), alla riunione dei processi (art. 17 c.p.p.) e alle indagini collegate (art. 371 c.p.p.) – la disciplina dell'**interrogatorio** (art. 64 c.p.p.), dell'**incompatibilità a testimoniare** (art. 197 c.p.p.), dell'**esame dell'imputato in procedimento connesso** (art. 210 c.p.p.) e, contestualmente, ha concepito una nuova disposizione chiave, in materia di persone imputate o giudicate in un **procedimento connesso** o per reato collegato che assumono l'ufficio di **testimone** (art. 197 *bis* c.p.p.).

Le **figure di imputati** oggetto di attenzione sono:

a) quelle “classiche” di imputati “connessi” di cui all’art. **12, lett. a)**, c.p.p.: l’imputato correo o cooperatore in delitto colposo (art. 110 c.p.: concorso di persone nel reato) oppure coautore indipendente dell’evento;

b) quella di cui all’art. **12, lett. c)** c.p.p.: l’imputato in procedimenti **connessi** dove taluni reati sono stati commessi per eseguire o occultare gli altri;

c) quella di cui all’art. **371, comma 2, lett. b)** c.p.p. che si riferisce agli **indagati** – “parificati” agli imputati in virtù dell’art. 61 c.p.p. – in procedimenti **collegati**, per reati commessi in occasione di altri ovvero per conseguirne o assicurarne il profitto, il prezzo, il prodotto o l’impunità, o, ancora, per reati commessi da più persone in danno reciproco o, infine, per reati la cui prova sia comune.

Come possono costoro passare dallo *status* di imputato a quello di testimone? Occorre procedere in via “negativa” e individuare, preliminarmente, chi sono i soggetti **incompatibili** con l’**ufficio di testimone** (art. 197 c.p.p.):

a) i **coimputati nel medesimo reato** e gli **imputati in procedimenti connessi** (art. 12, lett. *a*, c.p.p.) sono incompatibili **fintanto che** non siano stati **irrevocabilmente** prosciolti o condannati (anche a seguito di applicazione di pena concordata, cioè di “patteggiamento”); l’incompatibilità riguarda anche i prosciolti, all’esito dell’udienza preliminare, con sentenza di non luogo a procedere (che, in quanto revocabile *ex* art. 434, comma 1, c.p.p., non vanta gli effetti preclusivi del giudicato) e, a maggior ragione, i destinatari di un provvedimento di archiviazione (che non impedisce nuove indagini: art. 414 c.p.p.);

b) gli **imputati in procedimento connesso** *ex* art. **12, lett. c)**, c.p.p. o “**collegato**” (art. 371, comma 2, lett. *b*, c.p.p.) sono anch’essi incompatibili fino al proscioglimento o condanna irrevocabili **a meno che**, dopo il rituale avvertimento, in sede di interrogatorio, di cui all’art. 64, comma 3, lett. *c*, c.p.p., rilascino dichiarazioni sul fatto altrui;

inoltre, per completezza (non rientrano nel tema dell’imputato-testimone), vanno segnalati:

c) il responsabile civile e il civilmente obbligato per la pena pecuniaria;

d) coloro che nel procedimento hanno svolto le funzioni di pubblico ministero e di giudice (e relativo personale ausiliario) nonché il difensore che abbia svolto attività investigativa (insieme a coloro che hanno collaborato a redigere la relativa documentazione);

e) gli agenti e gli ufficiali di polizia giudiziaria sul contenuto delle dichiarazioni loro rese dai testimoni e verbalizzate con le modalità di cui all'art. 195, comma 4, c.p.p.

Concepita in termini pressoché speculari all'art. 197 c.p.p., la disposizione sulle persone imputate o giudicate in un procedimento connesso o per reato collegato che assumono l'ufficio di testimone (art. **197 bis** c.p.p.) stabilisce:

1) che l'imputato correo, il cooperatore nel delitto colposo e il coautore indipendente dell'evento reato (**art. 12 lett. a** c.p.p.) possono essere sentiti come testimoni **solo quando** diviene **irrevocabile** la sentenza di proscioglimento o di condanna (anche a pena "patteggiata") pronunciata nei loro confronti;

2) che gli imputati di reati commessi al fine di eseguirne o occultarne altri (**art. 12, lett. c** c.p.p.) e gli indagati per reati collegati *ex art. 371, comma 2, lett. b*), c.p.p. possono essere sentiti come testimoni in due casi:

a) quando siano stati prosciolti o condannati con sentenza irrevocabile (anche a seguito di pena concordata);

b) qualora, ritualmente preavvertiti – *ex art. 64, comma 3, lett. c*), c.p.p. – che se renderanno dichiarazioni su fatti che concernono la responsabilità di **altri**, assumeranno, **in ordine a tali fatti**, l'ufficio di **testimone** (salve le incompatibilità di cui agli artt. 197 e 197 *bis* c.p.p.), rilascino deposizioni di tale natura; **in mancanza** dell'avvertimento suddetto le dichiarazioni eventualmente rese dalla persona interrogata su fatti che concernono la responsabilità di altri **non sono utilizzabili** nei loro confronti e la persona interrogata **non potrà** assumere, in ordine a detti fatti, l'ufficio di **testimone** (art. 64, comma 3 *bis*, c.p.p.). Dunque, come è stato osservato (dalla dottrina più accreditata), «colui che accetta il passo di collaborare con pubblico ministero o polizia non potrà interrompersi»; occorre tenere presente che il passaggio dalla garanzia del diritto al silenzio agli obblighi testimoniali può avvenire anche in un atto – quali le sommarie informazioni da parte dell'indagato (*ex art. 350* c.p.p.) – tipicamente "di polizia", in una fase, spesso iniziale, delle indagini dove il quadro accusatorio è ancora poco chiaro e in via di definizione; è pertanto legittimo chiedersi quanto possa essere consapevole – in simile contesto – la scelta di colui che, a seguito della decisione di rilasciare dichiarazioni sul fatto altrui, si troverà proiettato nel mondo degli obblighi testimoniali.

A chiusura del sistema fin qui descritto, l'art. **210, comma 6, secondo periodo**, c.p.p. – esame di persona imputata in un procedimento connesso

– offre una soluzione per quei casi in cui gli imputati di reati commessi al fine di eseguirne o occultarne altri (**art. 12, lett. c**, c.p.p.), e gli indagati per reati collegati *ex art. 371, comma 2, lett. b*, c.p.p., non siano mai stati interrogati in fase di indagini oppure non abbiano rilasciato dichiarazioni su responsabilità penali altrui. In sede di esame dibattimentale, il giudice li avverte dell'obbligo che assumeranno ove decidano di deporre sul **fatto altrui**; e se, rinunciando alla facoltà di non rispondere, costoro rilasciano dichiarazioni, diverranno **testimoni** e ad essi si applicherà la relativa normativa, prevista dal comma 5 dell'art. 210 c.p.p. (che rinvia, per l'appunto, alle disposizioni sulla testimonianza e sulle contestazioni nel corso dell'esame di cui all'art. 500 c.p.p.).

Nella prospettiva (conclusiva) dell'**esame dibattimentale** degli imputati in procedimento connesso, si può notare come l'**art. 210 c.p.p.** venga a tracciare una linea di confine tra due categorie di imputati, e ciò (sempre) con riferimento al passaggio dalla sfera di garanzia del diritto al silenzio a quella degli obblighi testimoniali:

1) l'esame dibattimentale di cui al comma 1 è riservato alla categoria dell'imputato correo, del cooperatore nel delitto colposo e del coautore indipendente dell'evento reato (**art. 12, lett. a**, c.p.p.) nei confronti dei quali «si procede o si è proceduto separatamente e che non possono assumere l'ufficio di testimone» (essi sono esaminati se lo chiedono oppure se acconsentono alla richiesta di una parte); per questa tipologia di imputati valgono ancora le “vecchie” garanzie del diritto al silenzio (v. art. 210, comma 4, c.p.p.): essi possono, di conseguenza, rilasciare dichiarazioni in fase d'indagine e, successivamente, avvalersi della facoltà di non rispondere in dibattimento (lo ricordiamo, possono essere sentiti come testi **solo dopo l'irrevocabilità** della sentenza che li riguarda); ai sensi dell'art. 210, comma 6, **primo periodo**, c.p.p. sono esaminati in questo modo **anche** gli imputati in procedimento connesso *ex art. 12, lett. c*, c.p.p. e quelli per reati collegati *ex art. 371, comma 2, lett. b*, c.p.p. **che non hanno reso** in precedenza dichiarazioni concernenti la responsabilità dell'imputato (ma essi sono destinatari dell'avviso di cui al secondo periodo del comma 6 dell'art. 210 c.p.p.);

2) la categoria residuale, cioè la meno protetta dal diritto al silenzio, è quella alla quale si applica la disciplina sulla “metamorfosi” da imputato a testimone: essa concerne gli imputati di cui all'art. 197 *bis*, comma 2, c.p.p. (cioè gli imputati in procedimento connesso *ex art. 12, lett. c*, c.p.p. e quelli per reati collegati *ex art. 371, comma 2, lett. b*, c.p.p.) **ai quali viene rivolto l'avvertimento**, in sede di interrogatorio durante le indagini, **di cui all'art. 64, comma 3, lett. c**, c.p.p.; avvertimento peraltro “reiterabile” dal giudice, nel **corso dell'esame dibattimentale**, nel caso costoro non avessero reso, in pre-

cedenza, dichiarazioni concernenti la responsabilità dell'imputato (art. 210, comma 6, **secondo periodo**, c.p.p.; diversamente, laddove avessero rilasciato tali dichiarazioni debbono, limitatamente ad esse, venire ascoltati con le forme e le modalità della testimonianza, *ex art.* 500 c.p.p.: costoro conservano pertanto il diritto al silenzio sul **fatto proprio**, ma non in relazione al fatto altrui).

L'art. 197 *bis*, commi 3, 4 e 5, c.p.p. prevede inoltre talune **garanzie** per gli **imputati** e per i **condannati** che assumono l'ufficio di testimone:

a) che l'obbligo testimoniale sorgesse dopo una sentenza di proscioglimento, o di condanna irrevocabile, oppure dopo l'avvertimento di cui all'art. 64, comma 3, lett. c, c.p.p., per la l. n. 63 del 2001 non faceva differenza alcuna: in tutti questi casi l'interessato **è assistito da un difensore** (comma 3); da ciò discende la locuzione "testimone assistito", con la quale si identifica la categoria spuria dell'imputato che depone sul fatto altrui; successivamente, la Corte costituzionale, con sent. n. 381 del 2006, ha escluso l'assistenza del difensore per i prosciolti, con sentenza irrevocabile, con la formula (piena) «per non aver commesso il fatto»;

b) i **condannati** in via definitiva sono **esentati** dal deporre sui fatti per i quali è stata pronunciata sentenza di condanna nei loro confronti se nel procedimento si erano avvalsi del diritto al silenzio (o avevano negato la loro responsabilità): la garanzia del *ne bis in idem* già "copre" eventuali dichiarazioni autoincriminanti sul fatto giudicato in via definitiva e l'art. 197 *bis*, comma 4, primo periodo, c.p.p. la reitera;

c) gli **imputati** in procedimento connesso *ex art.* 12, lett. c, c.p.p. o di un reato collegato (*ex art.* 371, comma 2, lett. b, c.p.p.) che rilasciano dichiarazioni sul fatto altrui – dopo aver ricevuto il rituale avvertimento di cui all'art. 64, comma 3, lett. c, c.p.p. – sono esentati dal deporre sui fatti che concernono la propria responsabilità in ordine al reato per cui si sta procedendo (o si è proceduto) nei loro riguardi;

d) le dichiarazioni di tutte le categorie di imputati e condannati di cui all'art. 197 *bis* c.p.p. **non sono mai utilizzabili** contro il dichiarante nel processo a suo carico, in sede di revisione o in (qualsiasi) giudizio civile o amministrativo sul fatto oggetto dei procedimenti o delle sentenze suddette.

Infine, alle dichiarazioni rese dalle persone che assumono l'ufficio di testimone viene estesa la regola della *corroboration* di cui all'art. 192, comma 3, c.p.p. e, pertanto, il giudice le deve valutare unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità (la Corte costituzionale – con la cit. sent. n. 381 del 2006 – ha escluso dall'applicazione di questa regola di giudizio le dichiarazioni dei prosciolti, in via definitiva, «per non aver commesso il fatto»).

4. (segue): i divieti di deporre e le esenzioni dal dovere di deporre

L'obbligo di testimoniare contemplato dall'art. 198, comma 1, c.p.p. patisce numerose e articolate deroghe, in buona sostanza riconducibili a due tipologie: quella dei **divieti** (espresi) **di assunzione della prova testimoniale** – la cui violazione comporta l'**inutilizzabilità** della prova stessa – e quella delle (meno rigide) **esenzioni dal dovere di deporre**.

Rientrano nel novero dei **divieti**:

a) l'applicazione del principio *nemo tenetur se detegere*, per il quale il testimone non può essere obbligato a deporre su fatti dai quali potrebbe emergere una sua responsabilità penale (art. 198, comma 2, c.p.p.; disposizione che va coordinata con la disciplina delle dichiarazioni indizianti di cui all'art. 63 c.p.p.);

b) quello che proscrive la testimonianza *de relato* sulle dichiarazioni dell'imputato: «le dichiarazioni comunque rese dall'imputato o dalla persona sottoposta alle indagini non possono formare oggetto di testimonianza» (art. 62 c.p.p.);

c) le situazioni di incompatibilità con l'ufficio di testimone elencate nell'art. 197 c.p.p.;

d) l'obbligo di astensione dal deporre per i pubblici ufficiali, i pubblici impiegati e gli incaricati di pubblico servizio su fatti conosciuti per ragioni del loro ufficio che devono rimanere segreti (art. 201 c.p.p.); il divieto cade qualora l'autorità giudiziaria ordini – dopo aver svolto gli opportuni accertamenti – di deporre (cfr. artt. 201, comma 2 e 200, commi 2 e 3, c.p.p.);

e) l'obbligo di astensione dal deporre per i pubblici ufficiali, i pubblici impiegati e gli incaricati di pubblico servizio su fatti coperti dal segreto di Stato (art. 202 c.p.p.); laddove la testimonianza di chi oppone il segreto sia ritenuta necessaria dall'autorità giudiziaria, questa deve chiedere conferma – circa l'effettiva sussistenza del segreto suddetto – al presidente del Consiglio dei ministri; l'assunzione di tale iniziativa dischiude due possibili scenari: se il segreto viene confermato – e il suo oggetto risulti «essenziale» (art. 202, comma 3, c.p.p.) per la definizione del processo – all'autorità giudiziaria è inibita l'acquisizione e l'utilizzazione (anche indiretta) delle notizie coperte dal segreto con conseguente dichiarazione di improcedibilità dell'azione penale «per l'esistenza del segreto di Stato»; nel caso opposto, sarà possibile assumere la testimonianza dei predetti soggetti (alla mancata conferma del segreto è equiparata l'omessa risposta entro trenta giorni dalla notificazione della richiesta al capo del Governo).

Ai sensi dell'art. 204 c.p.p., il segreto **non può avere per oggetto** fatti, notizie o documenti che concernono reati diretti all'eversione dell'ordinamento costituzionale nonché i delitti di cui agli artt. 285, 416 *bis*, 416 *ter* e 422 c.p.; se il testimone oppone il segreto il giudice può rigettare l'eccezione di segretezza (comma 2) e, contestualmente, definire la natura del reato; del provvedimento di rigetto è data comunicazione al presidente del Consiglio dei ministri il quale – in virtù dell'art. 66, comma 2, norme att. c.p.p., così come sostituito dalla l. n. 124 del 2007 – può confermare il segreto (qualora sia di Stato) «se ritiene che non ricorrano i presupposti», di cui all'art. 204, commi 1, 1 *bis* e 1 *ter*, c.p.p., in quanto «il fatto, la notizia o il documento coperto da segreto di Stato non concerne il reato per cui si procede»; pertanto, il provvedimento del giudice che respinge l'eccezione di segretezza assolve la stessa funzione della richiesta di conferma del segreto di Stato (*ex* art. 202, comma 2, c.p.p.): solo laddove il capo del Governo non confermi il segreto il giudice può disporre l'esame testimoniale della persona che lo ha opposto.

Nelle **esenzioni dal dovere di deporre** sono annoverate:

a) la facoltà di astensione dei prossimi congiunti *ex* art. 199 c.p.p. – estesa alle persone indicate nel comma 3 della cit. disposizione –, la quale rappresenta una forma di tutela della unità familiare (art. 29 Cost.), derogabile nel caso in cui gli stessi prossimi congiunti abbiano presentato denuncia, querela o istanza, ovvero siano essi stessi (o un loro prossimo congiunto) offesi dal reato: in questo caso l'obbligo di rendere testimonianza risulta inalterato;

b) l'obbligo di segreto professionale, il quale concerne i fatti che i soggetti previsti dall'art. 200 c.p.p. abbiano conosciuto in ragione del proprio ministero, professione o ufficio; se il giudice ha motivo di dubitare che la dichiarazione resa dai predetti soggetti – per esimersi dal deporre – sia infondata, provvede agli accertamenti necessari e, qualora da questi ultimi emerga l'infondatezza della *excusatio*, dispone l'assunzione della testimonianza; l'esenzione in oggetto si applica anche ai giornalisti professionisti (comma 3 della cit. disposizione) in relazione all'identità delle fonti dalle quali essi hanno avuto notizie, di carattere fiduciario, nell'esercizio della loro professione; trattasi tuttavia di una esenzione a raggio limitato poiché l'obbligo di deporre sopravvive qualora la notizia sia indispensabile per la prova del reato per cui si procede e la sua veridicità possa essere accertata solo attraverso l'identificazione della fonte informativa del giornalista;

c) l'impossibilità da parte del giudice di obbligare gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria, nonché il personale dipendente dalle agenzie per le

informazioni sulla sicurezza interna ed esterna, a rivelare i nomi dei loro informatori; laddove il giudice pervenga alla identificazione degli informatori potrà esaminarli come testimoni ma, se i suddetti non sono esaminati con le modalità della testimonianza, le informazioni da essi fornite non possono essere né acquisite né utilizzate; la sanzione della inutilizzabilità opera anche nelle fasi diverse dal dibattimento, se gli informatori non sono stati interrogati né assunti a sommarie informazioni (art. 203 c.p.p.); da segnalare che l'esenzione dal dovere di deporre non sembra operare qualora il procedimento riguardi i reati diretti all'eversione dell'ordinamento costituzionale nonché i delitti di cui agli artt. 285, 416 *bis*, 416 *ter* e 422 c.p. (art. 204 c.p.p.): tuttavia, il necessario "interpello preventivo" – da parte del giudice – del presidente del Consiglio dei ministri, previsto dall'art. 66 norme att. c.p.p. (disposizione esaminata poco sopra), potrebbe vanificare il precetto di cui all'art. 204, comma 1, c.p.p.

5. (segue): testimoni sospettati di falsità o reticenza; testimoni renitenti

Come anticipato, sul testimone grava l'obbligo di **presentarsi** all'autorità giudiziaria e quello di **rispondere secondo verità alle domande** che gli vengono rivolte (art. 198, comma 1, c.p.p.); di conseguenza non può, da un lato, rendere dichiarazioni contraddittorie, incomplete o contrastanti con le prove già acquisite (se lo fa, si espone alle possibili conseguenze previste dall'art. 207, comma 2, c.p.p.) e, dall'altro, rifiutarsi di deporre fuori dei casi previsti dalla legge (art. 207, comma 1, c.p.p.).

L'ordinamento, a differenza dell'abrogato codice di rito, non consente l'arresto del testimone in udienza per reati concernenti il contenuto – cioè la falsità o la reticenza – della deposizione (art. 476, comma 2, c.p.p.): *ratio* del divieto è quella di evitare forme di coercizione psicologica del testimone che possano conculcare la libertà di autodeterminazione. Il codice appresta soluzioni diversificate per i casi del testimone renitente e di quello che abbia rilasciato dichiarazioni sospette (di falsità o reticenza).

Qualora il teste **rifiuti di deporre** – fuori dei casi consentiti dalla legge: cfr. artt. 199-203 c.p.p. – il giudice, dopo avergli eventualmente rinnovato l'avvertimento (*ex* art. 497, comma 2, c.p.p.) sulle responsabilità previste dalla legge penale, deve (se il teste persiste nel rifiuto) disporre l'immediata trasmissione degli atti al pubblico ministero (art. 207, comma 1, c.p.p.) perché proceda a norma di legge (cfr. art. 366 c.p.); essendo la renitenza prontamente riscontrabile, la reazione è altrettanto «immediata».

Diverso il caso di dichiarazioni **false**; il giudice potrà disporre la trasmissione degli atti al pubblico ministero – affinché possa procedere per il delitto di falsa testimonianza (art. 372 c.p.) – solo **dopo la definizione** della fase processuale nella quale il testimone ha deposto: a differenza dell'ipotesi precedente, la valutazione del **contenuto** della testimonianza implica un'analisi complessiva, condotta alla luce delle altre risultanze dell'istruttoria dibattimentale; pertanto, solo all'esito del processo nel quale la testimonianza sospetta è stata resa, il giudice potrà decidere **se** informare il pubblico ministero del fatto e, quindi, trasmettergli i relativi atti per l'eventuale persecuzione del teste falso o reticente (art. 207, comma 2, c.p.p.).

6. L'esame delle parti

L'esame delle parti, di cui all'art. 208 c.p.p., prevede che **nel dibattimento** l'imputato, la parte civile che non debba essere esaminata come testimone, il responsabile civile e la persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria sono esaminati **se ne fanno richiesta** o vi **consentono**: ci si trova al cospetto di un atto che è realizzato solo **su impulso** di una parte e, pertanto, è **eventuale**. In conformità al principio del contraddittorio le parti processuali possono dunque apportare – su un piano di parità – le loro conoscenze attraverso dichiarazioni scrutinate con il metodo della *cross-examination* (l'art. 209, comma 1, rinvia infatti alle regole *ex art.* 499 c.p.p.); il perseguimento dello scopo della parità tra le parti processuali si può evincere anche dalla disciplina ritagliata per la **parte civile**: il suo esame è consentito quando «non debba essere esaminata come testimone» (art. 209, comma 1, c.p.p.) e ciò significa che il mezzo di prova in oggetto postula una **richiesta** della parte medesima oppure la sua **adesione** a una sollecitazione proveniente da altri; non trattandosi, in questo caso, di una testimonianza, la parte civile esaminata non è vincolata all'obbligo di verità.

L'**imputato** può partecipare alla elaborazione della prova attraverso lo strumento dell'**esame** dibattimentale, chiedendo – oppure consentendo – di venire esaminato e controesaminato; di conseguenza, l'**interrogatorio** è stato relegato nella fase delle indagini preliminari, quale **mezzo di difesa** a disposizione della persona sottoposta a indagini per addurre le proprie conoscenze, e, altresì, nell'udienza preliminare, nella quale l'**imputato** può chiedere – per l'appunto – di essere interrogato (anche con le forme, su istanza di parte, della *cross-examination*: v. art. 422, comma 4, c.p.p.). La vera e propria prova «va, però, acquisita al dibattimento» dove l'imputato-parte **può** «effettivamente offrire un suo cospicuo contributo» de-

cidendo di sottoporsi all'esame (testualmente, autorevole dottrina).

All'esame delle parti si applicano le regole richiamate dall'art. 209 c.p.p. e precisamente:

a) quelle in materia di oggetto e limiti della **testimonianza** (art. 194 c.p.p.) sono **estese** al mezzo di prova in parola; lo stesso vale per la garanzia contro l'**autoincriminazione** (art. 198, comma 2, c.p.p.); infine, lo si è anticipato, entrano in gioco le modalità dell'esame incrociato (art. 499 c.p.p.);

b) se è esaminata una parte **diversa dall'imputato** (parte civile, responsabile civile, civilmente obbligato per la pena pecuniaria) si applicano le disposizioni in materia di **testimonianza indiretta** (art. 195 c.p.p.) e, dunque, se la parte fa riferimento – per la conoscenza dei fatti – ad altre persone, il giudice deve disporre che le suddette fonti orali vengano chiamate a deporre, pena l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rilasciate dall'esaminato sui fatti appresi da altri; l'esame dell'imputato si sottrae a questa disciplina: le conoscenze *de relato* così introdotte possono, anche in assenza dell'esame della fonte di riferimento, essere valutate dal giudice;

c) con l'accettazione dell'esame, la parte sceglie di esporsi alle domande e alle contestazioni di chi conduce la *cross-examination*: ne consegue che il suo rifiuto di rispondere a una domanda è menzionato nel verbale e tale dato assurge ad argomento di prova, liberamente valutabile dal giudice (art. 209, comma 2, c.p.p.).

Lo studio della disciplina dettata per l'esame delle persone **imputate in un procedimento connesso** – *ex* art. 210 c.p.p. – presuppone l'inquadramento dell'istituto nel reticolo delle disposizioni di cui agli artt. 64, comma 3, lett. c (avvertimento nell'interrogatorio), 197 (incompatibilità con l'ufficio di testimone) e 197 *bis* c.p.p. (persone imputate o giudicate in procedimento connesso o per reato collegato che assumono l'ufficio di testimone): l'argomento è stato in precedenza trattato, con riferimento all'imputato-testimone, e ad esso si fa qui integrale rinvio. Ci si limita qui ad aggiungere:

a) la richiesta dell'esame delle persone imputate in un procedimento connesso può provenire dall'accusa, dalla difesa e dalle altre parti private;

b) la citazione di questi imputati avviene con le modalità previste per i testimoni: essi hanno pertanto l'obbligo di presentarsi e sono passibili di accompagnamento coattivo (art. 210, comma 2, c.p.p.);

c) è l'istituto in parola è preordinato – pur nell'intangibilità del diritto al silenzio riconosciuto agli imputati in un procedimento connesso di cui all'art. 12, lett. *a*, c.p.p. (imputato correo, cooperatore nel delitto colposo e

coautore indipendente dell'evento reato) – a trasformare gli imputati “connessi” in testi sul fatto altrui: è infatti prevista l'applicazione delle disposizioni in materia di testimonianza (artt. 194 e 195 c.p.p.) e di esame dibattimentale del teste (artt. 498, 499 e 500 c.p.p.): v. art. 210, comma 5, c.p.p.;

d) resta ferma, in ogni caso, la garanzia dell'assistenza difensiva, nel corso dell'esame, per tutte le categorie di imputati richiamate dalla norma in parola (art. 210, commi 3 e 6, primo periodo, c.p.p.).

7. Confronti

Il confronto è inteso ad accertare un determinato fatto attraverso la verifica di contrastanti dichiarazioni tra persone **già esaminate** o **interrogate**, sul presupposto che tra esse vi sia, appunto, disaccordo su fatti e circostanze **importanti** (art. 211 c.p.p.). È stato definito (da pregevole dottrina) un «alterco provocato» con il quale il giudice, dopo avere richiamato le dichiarazioni divergenti, domanda ai dichiaranti se le confermano o modificano (art. 212, comma 1, c.p.p.); qualora ciascuno dei soggetti ribadisca la propria versione, l'organo giudicante li invita alle reciproche contestazioni.

Per inscenare questo mezzo di prova occorrerebbero – sempre secondo la dottrina – «termini omogenei in valenza probatoria: non sono confrontabili, quindi, chi abbia fornito sommarie informazioni e il testimone escusso o la parte esaminata».

L'**ambito applicativo** del confronto, oltre alla fase dibattimentale, è quello delle indagini preliminari: o davanti all'organo giurisdizionale, nell'**incidente probatorio** (in presenza del presupposto di cui all'art. 392, comma 1, lett. e, c.p.p., quando cioè i dichiaranti hanno reso, in altro incidente probatorio o al pubblico ministero, versioni discordanti e vi sono fondati motivi di ritenere che le persone in questione non potranno essere esaminate al dibattimento per infermità o che le medesime siano esposte a violenza o minaccia), oppure ad opera del **pubblico ministero** (art. 364, comma 1, c.p.p.), nonché della **polizia giudiziaria** (in questo caso, come atto specificamente delegabile, *ex* art. 370, comma 1, c.p.p., al quale partecipa la persona sottoposta alle indagini, con la necessaria assistenza del difensore).

Un ruolo di primaria importanza è rivestito dal **verbale** nel quale è fatta menzione delle domande rivolte dal giudice, delle dichiarazioni rese dalle persone messe a confronto e di quanto altro è avvenuto durante il confronto (art. 212, comma 2, c.p.p.); in virtù di questi contenuti, sarebbe auspi-

cabile che la modalità di redazione del verbale fosse quella audiovisiva.

Con il codice di procedura penale del 1988 è stato rescisso l'ultimo legame tra i mezzi di prova dei confronti e delle ricognizioni; del resto, anche il codice del 1930, seppure accomunando queste ultime ai primi nel titolo dedicato all'istruzione formale (artt. 360-364 c.p.p. 1930) – e proprio in ciò consisteva il residuo cordone ombelicale –, aveva avvalorato il percorso storico di inequivocabile diversificazione tra due mezzi probatori la cui portata conoscitiva non risulta(va) riconducibile ad alcun comune denominatore.

8. Ricognizioni

Il tema della ricognizione di **persone** necessita un approccio che muova da più angolature. Basti pensare al complesso rapporto tra gli insegnamenti della psicologia cognitiva nel campo del riconoscimento di volti e la disciplina normativa adottata in materia dal codice; o, nello specifico, ai problemi connessi alla individuazione della sede processuale più idonea a raccogliere un elemento conoscitivo tanto alterabile – quanto lo è, in generale, la memoria – da non sopportare la dilazione temporale necessaria per giungere al dibattimento. La diffidenza nei riguardi dell'attendibilità dei risultati di un così particolare mezzo di prova, e l'esigenza di assicurare il rispetto di disposizioni volte a scongiurare esiti influenzati e precostituiti, hanno indotto il legislatore ad accentuare una regolamentazione minuziosa delle attività propedeutiche alla ricognizione e del relativo svolgimento: ciò con riguardo, soprattutto, al riconoscimento di persone.

La ricognizione si basa sul ricordo e sulla precedente esperienza del soggetto chiamato a effettuare il riconoscimento: il suo tasso di **affidabilità** è proporzionale alla puntuale osservanza di talune condizioni, che dovrebbero circoscrivere i rischi di ricordi erranei o di manipolazioni della traccia mnemonica. Rispetto al discorso testimoniale, l'atto ricognitivo è più aleatorio, in quanto vi influiscono variabili emotive. Le forme prescritte dagli artt. 213 e 214 c.p.p. mirano a ridurre la suddetta fallibilità. Ciò avviene anche attraverso un esame critico-comparativo – basato su uno scenario ove la persona da riconoscere viene esposta insieme a “compare” ad essa somiglianti – al culmine del quale il soggetto chiamato ad eseguire l’“esperimento” esprime un giudizio di coincidenza (o di divergenza) tra l'esperienza visiva originaria (il volto percepito al tempo dell'evento) e quella artificialmente riprodotta.

Il codice del 1988 ha innervato con talune prescrizioni l'impalcatura

normativa adottata dal previgente rito in materia. Lo scrupolo del legislatore nel tratteggiare i contenuti della disciplina di cui agli artt. 213 e 214 c.p.p. trapela dalla attenzione dedicata vuoi agli atti preliminari, vuoi all'allestimento dell'atto ricognitivo; esso non si esaurisce, tuttavia, in tali "rifiniture", poiché è sull'irrobustimento del regime delle **nullità** e sulla accentuata importanza della documentazione dell'atto che sono state giocate le *chance* per attrarre l'istituto nell'orbita della legalità probatoria.

È prevista una **sequenza** vincolata di **accertamenti preliminari** (art. 213, commi 1-3, c.p.p.): a pena di nullità, il giudice invita chi deve eseguire la ricognizione a descrivere la persona e gli chiede **se** vi siano state precedenti "occasioni" di riconoscimento, anche tramite fotografia; dopo di che, le fasi di **svolgimento** dell'atto sono anch'esse cadenzate (art. 214, comma 1, c.p.p.): reperimento delle "comparse" e invito alla persona da riconoscere a scegliersi il posto nel *line up* (la verbalizzazione di questi adempimenti è prescritta a pena di nullità: art. 214, comma 3, c.p.p.). Il sistema postula che il riconoscimento di persone avvenga **con queste** – e non con altre – **modalità**; il principio di legalità della prova non ammette la prassi dei così detti "atti di identificazione diretta", con i quali l'imputato viene individuato *de visu* – o, addirittura, tramite l'esibizione di una semplice foto – dal testimone (o dalla persona offesa) nell'udienza dibattimentale (e ciò, in spregio alle regole contemplate dagli artt. 213 e 214 c.p.p.).

La normativa sulle **altre ricognizioni** (art. 216 c.p.p.) si estende a ricomprendere le percezioni sensoriali **diverse da quella visiva** (acustica, olfattiva, tattile, gustativa), così realizzando un'apertura ad atti ricognitivi diversi, rispetto a quelli tradizionali, aventi per oggetto persone o cose; il giudice procede, in questi casi, osservando le disposizioni dell'art. 213 c.p.p., in quanto applicabili.

La ricognizione **di cose** (*ex* art. 215 c.p.p.) concerne invece **il corpo del reato** o altre cose **pertinenti** al reato; anche per questa tipologia di agnizione il giudice procede osservando le disposizioni dell'art. 213 c.p.p., in quanto applicabili.

Le modalità di svolgimento delle ricognizioni di cui agli artt. 215 e 216 c.p.p. vanno menzionate, a pena di **nullità**, nel verbale.

Una variante della ricognizione, con **forma libera** e **fuori del contraddittorio**, è l'atto investigativo della **individuazione** di cui all'art. 361 c.p.p.; «quando è necessario per l'immediata prosecuzione delle indagini», il pubblico ministero può procedere alla individuazione di persone, cose e quant'altro possa essere oggetto di percezione sensoriale, tramite la loro presentazione, diretta o in immagine, al soggetto chiamato al riconoscimento; l'atto d'indagine, che non è garantito dall'assistenza del difensore

dell'accusato, è in qualche modo speculari alla ricognizione effettuata con le garanzie della giurisdizione (nell'incidente probatorio oppure nell'istruttoria dibattimentale): esso confluisce, in quanto svestito di valore probatorio, nel fascicolo del pubblico ministero.

Infine, la ricognizione nell'**incidente probatorio** risulta esperibile quando «particolari ragioni di urgenza» non consentono di rinviare l'atto al dibattimento (art. 392, comma 1, lett. g, c.p.p.); trattasi di un presupposto piuttosto rigido, a causa del quale il meccanismo incidentale appare utilizzabile al prezzo di una forzatura interpretativa del criterio medesimo: giurisprudenza e dottrina hanno infatti individuato, nell'incidente probatorio, lo spazio processuale per eccellenza in cui allestire la ricognizione (al fine di fronteggiare il problema del deterioramento della memoria della persona chiamata a effettuare il riconoscimento).

9. Esperimenti giudiziali

Inteso ad accertare se un certo fatto «sia o possa essere avvenuto in un determinato modo», l'esperimento giudiziale (art. 218 c.p.p.) si realizza con l'allestimento di «eventi artificiali, simili al problematico: e può darsi che ne occorranne tanti; lo sperimentatore varia i dati finché l'esito confermi un'ipotesi» (così, pregevole dottrina). La sussistenza del **presupposto** (esigenza della verifica da compiere) e dello **scopo** (asseverazione dell'ipotesi) è discrezionalmente valutata dal giudice secondo i nessi di pertinenza e rilevanza – *ex art. 187 c.p.p.* – tra esperimento e *thema probandum*.

L'esperimento giudiziale «consiste nella riproduzione, per quanto è possibile, della situazione in cui il fatto si afferma o si ritiene essere avvenuto e nella ripetizione delle modalità di svolgimento del fatto stesso» (art. 218, comma 2, c.p.p.). La sua procedura di **attuazione** è indicata dall'ordinanza del giudice che contiene una succinta enunciazione dell'oggetto dello stesso, le coordinate spazio-temporali delle operazioni e l'eventuale designazione di un esperto per l'esecuzione di queste ultime (art. 219, comma 1, c.p.p.); la **documentazione** dello svolgimento dell'esperimento è affidata a rilevazioni fotografiche o cinematografiche (oppure ad altri strumenti o procedimenti: v. art. 219, comma 2, c.p.p.).

Si tratta di un istituto probatorio di “dominio” del giudice: l'attendibilità del suo risultato conoscitivo risente, in termini di proporzionalità diretta, del *facere* dell'organo giurisdizionale e, precisamente, delle sue professionalità, attenzione e acribia. Confortano questa conclusione un indice negativo e uno positivo; il primo attesta che, nel catalogo dei così detti “at-

ti omologhi” del pubblico ministero, non ne compare alcuno inteso ad identificare una attività conoscitiva corrispondente all’esperienza giudiziale: questo si assume solo davanti al giudice, nel dibattimento o nell’incidente probatorio; il secondo individua nell’organo giurisdizionale il soggetto deputato a tracciarne il concreto modello operativo: l’art. 219 affida «all’ordinanza che lo dispone ed ai provvedimenti che regolano lo svolgimento delle operazioni le *chance* per una buona riuscita dell’esperimento» (autorevole dottrina si è espressa in questi termini). Qui si rintracciano **similitudini** e **differenze** tra quest’ultimo mezzo di prova e la ricognizione di persone.

Entrambi sono **accomunati** dall’incisività del **ruolo del giudice**, proteso a ricostruire – secondo canoni di possibilità (cfr. artt. 218, comma 2, e 214, comma 1, c.p.p.) – una situazione di verosimiglianza con quella ipotizzata (messa a punto degli elementi caratterizzanti l’evento artificiale, allestimento della *identification parade* tra persone il più possibile somiglianti ai fini del riconoscimento); di conseguenza, l’**affidabilità** dei rispettivi risultati riposa, in buona parte, sul grado di aderenza tra riproduzione giudiziale ed evento ipotizzato (dinamica del fatto da ricostruire, identità della persona da riconoscere in mezzo a consimili). Vale invece a differenziare i due mezzi di prova la **regolamentazione** dei moduli riproduttivi; quello della ricognizione è improntato a una scansione logico-cronologica e ad una serie di regole e forme indefettibili, quello dell’esperimento giudiziale non è invece predefinibile, essendo lo sperimentabile «inesauribilmente vario» (così si è espressa pregevole dottrina). In conclusione, una tipologia tendenzialmente vincolata, in un caso, e una evanescente, nell’altro.

10. La perizia: oggetto, ruolo del giudice e limiti

«Ammessa» quando occorre **compiere indagini** o **acquisire informazioni** o **valutazioni** che richiedono «specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche», la perizia (art. 220 c.p.p.) fornisce al giudice – nei casi più ricorrenti – una valutazione di dati già acquisiti al processo. La tipologia peritale è compendiata (da autorevole dottrina) in tre possibili modelli: «il perito rileva dei fatti, usando tecniche operative specialistiche (ad esempio, analisi istologiche o esami radiografici); oppure espone massime d’esperienza, eventualmente elaborando teoremi su premesse ipotetiche, anziché empiricamente verificate; o ancora (è l’eventualità più frequente) combina la rilevazione dei dati alle massime, formulando conclusioni induttive»; dunque, l’incarico peritale non si risolve esclusivamente in **valu-**

tazioni ma può estendersi anche a **indagini** – di stretta competenza del perito – e a eventuali **dati** da acquisire. In ciò risiede la differenza con l'esperimento giudiziale, proteso alla "semplice" ricostruzione di un fatto, al fine di verificarne l'ipotetica dinamica.

Seppure rivisitata dal codice del 1988 all'insegna del diritto alla prova e, quindi, di un rilevante ruolo delle parti processuali, la disciplina della prova peritale resta contrassegnata dall'incisività delle prerogative dell'organo giurisdizionale. È, infatti, l'unico mezzo probatorio nel quale il giudice mantiene tutti i poteri che gli spettavano nel rito del 1930: non a caso la perizia può essere disposta **anche d'ufficio** (artt. 224, comma 1, e 508, comma 1, c.p.p.) e, nella delicata fase della **formulazione dei quesiti** – da sottoporre al perito all'atto del conferimento dell'incarico –, la mano del giudice è tutt'oggi fondamentale. Il momento della enucleazione del quesito (art. 226, comma 2, c.p.p.), spesso risolutivo per le conclusioni, vede interloquire, oltre al perito, gli eventuali consulenti tecnici, il pubblico ministero e i difensori (se presenti); al giudice il compito di distillare i frutti di questo dialogo preventivo. La posizione dei quesiti è l'atto più impegnativo per il giudice che deve, *in primis*, illustrare al perito il fatto e gli scopi dell'indagine peritale e, in secondo luogo, ricorrere all'esperienza del primo per ricavarne gli opportuni suggerimenti relativi sia alle operazioni che costui intende effettuare sia alla formulazione dei quesiti. L'affidabilità del responso peritale risente, in conclusione, del contenuto, della chiarezza e della precisione di questi ultimi; il virtuosismo del giudice è decisivo, analogamente a quanto accade nei contesti preparatori della ricognizione e dell'esperimento giudiziale.

La perizia **non può essere ammessa** per stabilire l'abitudine o la professionalità nel reato, la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità dell'imputato e in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche; la così detta perizia criminologica è invece ammissibile nella fase di esecuzione della pena, ai fini dell'applicazione delle misure alternative alla detenzione – istituti previsti dall'ordinamento penitenziario – e della liberazione condizionale (art. 176 c.p.); stessa possibilità è contemplata anche ai fini della misura di sicurezza (art. 220, comma 2, c.p.p.).

11. (segue): la nomina del perito

La nomina del perito spetta al giudice, che procede alla scelta attingendo tra gli iscritti ad appositi albi o tra persone fornite di particolari competenze nella specifica disciplina (art. 221 c.p.p.). L'*officium* di perito riveste

carattere di **obbligatorietà** – e al momento di conferire l’incarico il giudice lo avverte degli obblighi e delle responsabilità previste dalla legge (delitto di falsa perizia, *ex art. 373 c.p.*) – **salvo che** ricorra uno dei motivi di **astensione** di cui all’art. 36 c.p.p. (gli stessi previsti per il giudice), motivi, peraltro, da dichiarare obbligatoriamente da parte del perito medesimo (art. 223, comma 1, c.p.p.); il perito può presentare la dichiarazione di astensione o essere **ricusato** dalle parti – per i medesimi casi contemplati per il giudice (ad eccezione di quello di cui all’art. 36, comma 1, lett. *b*, c.p.p.) – prima che siano esaurite le formalità per il conferimento dell’incarico (art. 223, comma 2, c.p.p.); le dichiarazioni di astensione o di ricusazione possono essere presentate anche dopo tale momento – e comunque prima che il perito abbia rilasciato il proprio parere – laddove le ragioni che le legittimano sopravvengano (o risultino conosciute successivamente) al conferimento dell’incarico (comma 3 della cit. disposizione).

Sono inoltre previste delle cause di **incapacità** e di **incompatibilità** del perito; a pena di **nullità** non può prestare l’ufficio **chi è** (art. 222 c.p.p.): minorenni, interdetti, inabilitati o affetti da infermità mentale (cause di incapacità); interdetti (anche temporaneamente) dai pubblici uffici ovvero interdetti o sospesi dall’esercizio di una professione o di un’arte o, ancora, (se) sottoposti a misure di sicurezza personali o a misure di prevenzione (interdizioni legali); inoltre, chi non può essere assunto come testimone (o ha facoltà di astenersi dal testimoniare) o è chiamato a prestare l’ufficio di testimone o di interprete o, infine, è stato nominato consulente tecnico nello stesso procedimento o in uno connesso (cause di incompatibilità). E nei casi di **rinnovazione** di una perizia, già dichiarata nulla, il giudice cura – ove possibile – che il nuovo incarico sia affidato ad **altro** perito (art. 221, comma 1, c.p.p.): l’originario si era già espresso e, pertanto, non ha più “*virgin mind*” sulla materia oggetto di valutazione. Incapacità, incompatibilità e necessità di rinnovazione della perizia rappresentano altrettanti **limiti** alla **scelta del perito** da parte giudice.

Il perito nominato può infine essere **sostituito** in taluni casi, indici della *servitus iustitiae* cui è sottoposto il medesimo:

- a*) mancato rilascio del parere nel termine fissato;
- b*) mancato accoglimento della (sua) richiesta di proroga del termine suddetto;
- c*) negligenza nello svolgimento dell’incarico affidatogli.

Il giudice dispone con ordinanza, dopo avere sentito il perito, la sua sostituzione e può condannare il medesimo al pagamento di una somma a favore della cassa delle ammende; dopo la sostituzione, egli deve mettere

«immediatamente» a disposizione del giudice la documentazione e i risultati delle operazioni peritali già compiute (art. 231 c.p.p.).

12. (segue): le operazioni peritali, il parere e l'esame del perito

Come anticipato, la perizia può essere disposta anche su iniziativa ufficiosa del giudice; in ogni caso, l'organo giurisdizionale si pronuncia con un'ordinanza motivata che contiene la nomina del perito, la sommaria enunciazione dell'oggetto delle indagini, l'indicazione del giorno, dell'ora e del luogo fissati per la sua comparizione (art. 224, comma 1, c.p.p.). Conferimento dell'incarico e formulazione dei quesiti, adozione dei provvedimenti necessari per l'esecuzione della perizia, attività del perito, rilascio del parere (o della relazione scritta) da parte di quest'ultimo e suo esame dibattimentale: questi gli stadi nei quali si articolano le operazioni per l'assunzione del mezzo di prova in parola.

In via propedeutica al **conferimento dell'incarico**, il giudice accerta le generalità del perito e gli chiede se si trova in una delle condizioni previste dagli artt. 222 e 223 c.p.p. (incapacità, incompatibilità, motivi di astensione); dopo di che, una volta formulati gli avvertimenti – circa gli obblighi e le responsabilità previste dalla legge – lo invita a rendere una **dichiarazione rituale**, di impegno morale e giuridico ad adempiere l'ufficio perseguendo unicamente fini di verità (e a rispettare il segreto sulle operazioni), con la quale vengono “sacralizzati” conferimento e accettazione dell'incarico. Il giudice formula poi i **quesiti** secondo le modalità già descritte.

Si apre quindi una fase connotata da (vari) provvedimenti, funzionali allo svolgimento delle operazioni peritali del caso concreto. Essa **può** annoverare:

a) l'autorizzazione del perito – da parte del giudice – a prendere visione degli atti, dei documenti e delle cose prodotte dalle parti delle quali la legge prevede l'acquisizione al fascicolo per il dibattimento (art. 228, comma 1, c.p.p.);

b) l'autorizzazione (sempre giudiziale) del perito ad assistere all'esame delle parti e all'assunzione di prove, nonché a servirsi di ausiliari di sua fiducia per lo svolgimento di mere attività materiali (art. 228, comma 2, c.p.p.);

c) «**tutti gli altri** provvedimenti che si rendono necessari per l'esecuzione delle operazioni peritali» (art. 224, comma 2, c.p.p.); tra questi spiccano quelli intesi a consentire lo svolgimento di perizie per le quali è ne-

cessario «compiere **atti idonei ad incidere sulla libertà personale**» (art. 224 *bis* c.p.p. introdotto dalla l. 30 giugno 2009, n. 85). Nei procedimenti per delitti non colposi, per i quali è stabilita la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a tre anni, se le operazioni peritali necessitano il compimento di atti idonei ad incidere sulla libertà personale – quali il prelievo di capelli, di peli o di mucosa del cavo orale su persone viventi ai fini della determinazione del profilo del d.n.a. o, ancora, non meglio precisati «accertamenti medici» – e **non vi è il consenso** della persona da sottoporre all'esame del perito, il giudice, anche d'ufficio, ne dispone con ordinanza motivata l'**esecuzione coattiva**, laddove questa risulti **assolutamente indispensabile** per la prova dei fatti (art. 224 *bis*, comma 1, c.p.p.). Il provvedimento del giudice deve specificare – a pena di nullità – la tipologia di prelievo (o accertamento) da effettuare e le ragioni che integrano il requisito della assoluta indispensabilità per la prova dei fatti, nonché avvisare l'interessato della facoltà di farsi assistere da un difensore o da persona di fiducia (oltre ad una serie di ulteriori informazioni, di cui al comma 2 della cit. disposizione). La scelta della tecnica di accertamento da adottare nel caso concreto deve rispettare il principio della minore invasività (a parità di risultato) e, in ogni caso, l'operazione suddetta **non può** contrastare con espressi divieti di legge, mettere in pericolo la vita, l'integrità fisica o la salute della persona o del nascituro, provocare sofferenze di non lieve entità a chi la subisce o, *last but not least*, lederne la dignità e il pudore (commi 5 e 4 della cit. disposizione; cfr., altresì, l'art. 188 c.p.p.); infine, se la persona sottoposta al prelievo non è assistita dal difensore nominato, l'atto è nullo (comma 7).

L'**attività del perito** si svolge secondo predeterminate cadenze:

a) laddove si tratti di accertamenti suscettibili di essere svolti «immediatamente» il perito risponde – in termini “contestuali” – ai quesiti, con parere raccolto nel verbale (art. 227, comma 1, c.p.p.);

b) nei casi di «complessità dei quesiti» (comma 2), il perito può chiedere un termine (di novanta giorni) per le operazioni, prorogabile – per motivata necessità di compiere «accertamenti di particolare complessità» (comma 3) – anche più volte, per periodi non superiori a trenta giorni e, comunque, per una durata complessiva non superiore a sei mesi.

La dialettica tra le parti interessate può, nel corso dell'attività peritale, estendersi a questioni relative ai poteri del perito e ai limiti del suo incarico: se le operazioni non si svolgono alla presenza del giudice, quest'ultimo verrà investito della decisione sui punti suddetti, senza che ciò si traduca nella sospensione delle operazioni medesime (art. 228, comma 4, c.p.p.).

La fase finale delle operazioni coincide con il rilascio del **parere** che, previa autorizzazione del giudice e nel rispetto dei termini stabiliti, può anche essere compendiato in una **relazione scritta** (art. 227, comma 5, c.p.p.). Segnando una cesura con il “grafismo” inquisitorio, il codice predilige il contraddittorio **per la prova** (e **non sulla** prova): l’art. 511, comma 3, c.p.p. prevede infatti che la lettura della relazione peritale è disposta **solo dopo** l’esame del perito. L’esame del perito (fonte di prova **orale**) – al quale si applicano le disposizioni sulla *cross-examination* dei testimoni: v. art. 501 c.p.p. – precede dunque la lettura-acquisizione dell’elemento scritto; questa cadenza suggerisce che la relazione peritale assume valore probatorio solo successivamente all’esame del perito e che «prima di diventare prova questa relazione costituisce la piattaforma utilizzabile dalle parti per formulare domande e muovere contestazioni» al perito medesimo (in questo senso, autorevole dottrina).

13. (segue): il consulente tecnico

Figura ausiliaria del pubblico ministero e delle parti private, il consulente tecnico fornisce ai suddetti la propria collaborazione – esercitando i diritti e le facoltà previste dal codice – anche nell’ottica di salvaguardarne gli interessi processuali. Nominato dalle parti (art. 225 c.p.p.), esso patisce taluni limiti di incapacità e di incompatibilità del perito (*ex* art. 222 c.p.p., nelle ipotesi di cui alle lett. *a-d*).

La facoltà della parte (pubblica e privata) di nominare un consulente tecnico è riconosciuta non solo nel caso in cui sia stata disposta perizia ma pure «fuori dei casi di perizia» (art. 233 c.p.p.).

In relazione alle **attività peritali** (effettuate in incidente probatorio o nell’istruzione dibattimentale) il pubblico ministero e le parti private possono nominare propri consulenti tecnici in numero, per ciascuna parte, non superiore a quello dei periti (art. 225 c.p.p.); nomina dei consulenti e svolgimento della loro attività non possono ritardare l’esecuzione della perizia e il compimento delle altre attività processuali (art. 230, comma 4, c.p.p.). I consulenti tecnici possono **assistere** al conferimento dell’incarico del perito (e, in tale sede, hanno facoltà di presentare al giudice richieste, osservazioni e riserve, delle quali deve essere fatta menzione nel verbale) e **partecipare** alle operazioni peritali (proponendo al perito specifiche indagini e formulando osservazioni e riserve, delle quali deve darsi atto nella relazione peritale: art. 230 c.p.p.); se nominati **dopo l’esaurimento** delle operazioni peritali, essi possono analizzare le relazioni e chiedere al giudice

di essere autorizzati a esaminare la persona, la cosa e il luogo oggetto della perizia.

Anche quando **non sia** stata disposta **perizia**, ciascuna parte può nominare fino a due consulenti, i quali gestiranno direttamente gli accertamenti tecnici (art. 233); potranno comunque esporre al giudice il proprio parere, eventualmente presentando memorie a norma dell'art. 121 c.p.p. A richiesta del difensore, il giudice può autorizzare il consulente tecnico – di una parte privata – ad esaminare le cose sequestrate nel luogo in cui esse si trovano, ad intervenire alle ispezioni, ovvero ad esaminare l'oggetto delle ispezioni alle quali il consulente non è intervenuto (prima dell'esercizio dell'azione penale la suddetta autorizzazione compete al pubblico ministero la cui decisione, in caso di diniego, è opponibile davanti al giudice).

Infine, la nomina del consulente tecnico può preludere a una (successiva) perizia; qualora quest'ultima venga disposta, ai consulenti tecnici già nominati sono riconosciuti i diritti e le facoltà poco sopra esaminate (v. art. 230 c.p.p.) ma il loro numero non può essere superiore, per ciascuna parte, a quello dei periti (artt. 233, comma 2, e 225, comma 1, c.p.p.).

14. La prova documentale: oggetto e acquisizione

La prova documentale è contemplata dall'art. 234 c.p.p. secondo il quale è «consentita l'acquisizione di scritti o di altri documenti che rappresentino fatti, persone o cose mediante la fotografia, la cinematografia, la fonografia o qualsiasi altro mezzo»; dal tenore del testo si desume una definizione di documento ben più ampia di quella tradizionalmente intesa a circoscriverlo all'elemento grafico (o «scritto»): essa annovera ogni «entità» suscettibile di rappresentare fatti valutabili come prove. Inoltre, per «documenti» sono da intendersi esclusivamente quelli che sono stati **formati fuori** del procedimento penale; è fondamentale **distinguerli** dagli **atti** – cioè a dire le dichiarazioni e le varie operazioni compiute nel corso del procedimento – che vengono documentati o, in altre parole, riprodotti nella loro esatta identità tramite **verbali** (art. 134 c.p.p.), utilizzabili mediante le letture consentite (art. 511 c.p.p.). **Non è**, pertanto, prova documentale quella formata nel contesto del procedimento in corso: essa è **precostituita** al procedimento stesso e, come tale, proviene *ab externo* (di conseguenza, **sono** documenti i **verbali** di prove di **altri** procedimenti *ex* art. 238 c.p.p., e altrettanto lo sono le sentenze irrevocabili *ex* art. 238 *bis* c.p.p.).

In quanto **precostituita**, la prova documentale presenta profili di criticità nei riguardi del principio del contraddittorio; nel contraddittorio **per** la

prova accusa e difesa partecipano, si può affermare, con “pienezza” alla formazione della prova orale (testimonianza, esame delle parti, esame del perito); viceversa, il contraddittorio **sulla** prova vede gli antagonisti confrontarsi “solo” su un dato preesistente, ossia il documento.

Sulla base del canone di **pertinenza** e **rilevanza** sono regolamentate talune **ipotesi** di **ammissibilità** della prova documentale, e precisamente:

a) i documenti **costituenti corpo del reato**: ai sensi dell’art. 235 c.p.p. i documenti che costituiscono corpo del reato **devono** essere acquisiti indipendentemente dalla figura e dal ruolo di chi li ha formati o li detiene (per es., il difensore: v. art. 103, comma 6, c.p.p.; oppure dichiarazioni anonime che provengano comunque dall’imputato: v. art. 240, comma 1, c.p.p.); intuibile l’importanza rivestita da questi elementi conoscitivi ai fini della verifica del fatto;

b) i documenti relativi al **giudizio sulla personalità**: sono acquisibili i certificati del casellario giudiziale, la documentazione esistente presso gli uffici del servizio sociale e presso i tribunali di sorveglianza, le sentenze irrevocabili di qualunque giudice italiano e quelle straniere riconosciute, ai fini del giudizio sulla personalità dell’**imputato** o della **persona offesa dal reato** (qualora il fatto debba essere valutato in relazione al comportamento o alle qualità morali di questa); inoltre, allo specifico scopo di valutare la credibilità di un **testimone**, possono essere acquisite le sentenze (di cui sopra) e i certificati del casellario giudiziale (art. 236, commi 1 e 2, c.p.p.);

c) i documenti **provenienti dall’imputato**: può essere acquisito, anche d’ufficio, **qualsiasi** documento proveniente dall’imputato (compresi quelli che contengono dichiarazioni anonime, ai sensi dell’art. 240, comma 1, c.p.p.), pure nell’ipotesi che sia stato sequestrato presso altri o da altri prodotto.

15. (segue): i verbali di prove di altri procedimenti

La disciplina dell’acquisizione dei verbali di prove di altri procedimenti costituisce un punto particolarmente sensibile all’interno di un sistema imperniato sui valori dell’oralità e dell’immediatezza; l’ingresso nel processo di verbali di prove “alieni” reca infatti un *vulnus* al principio della partecipazione delle parti alla formazione della prova, **limitando** il raggio di azione del contraddittorio (e, quindi, del controllo) al **momento acquisitivo** della stessa. Per evitare una compromissione di tali capisaldi, la prova documentale andrebbe confinata – in teoria – nell’ambito di una valenza so-

stitutiva di quella dichiarativa, prevedendone tassativamente i casi di acquisizione. Il codice del 1988 aveva cercato di realizzare simili aspirazioni, ma, al tempo stesso, aveva introdotto una significativa eccezione al suddetto postulato, consentendo l'ingresso di verbali di prove di altri procedimenti; un'acquisizione condizionata, tuttavia, dal consenso delle parti. Questo presupposto rivestiva, nell'originaria formulazione dell'art. 238 c.p.p., un ruolo non trascurabile, poiché, subordinando alla volontà delle parti l'ingresso di verbali di prova di altro procedimento, consegnava loro il potere di esercitare una forma (seppur postuma) di contraddittorio: la valutazione sull'attinenza al *thema probandum* delle dichiarazioni da introdurre nel procedimento "di destinazione" (*ad quem*) – nonché il controllo da operare con riferimento all'originario procedimento *a quo* – sottintendeva la consapevolezza del **diverso peso probatorio** che la stessa fonte di prova assume a secondo dell'ambito processuale in cui la si colloca. Alla luce di quanto esposto, rappresentò una significativa regressione l'intervento legislativo "antimafia" del 1992 (l. 7 agosto 1992, n. 356) che aveva espunto (niente meno che) il requisito del consenso delle parti dal comma 1 dell'art. 238 c.p.p.

Con la l. n. 63 del 2001 il legislatore ha cercato di contemperare il principio del contraddittorio nella formazione della prova con l'esigenza di assecondare l'acquisizione dei verbali di altri procedimenti (sul presupposto implicito che questi, sovente, hanno per oggetto "preziose" dichiarazioni di collaboratori di giustizia).

L'importanza attribuita al **contesto** di formazione della prova "aliena" emerge con nitidezza: è ammessa l'acquisizione di verbali di prove di altro procedimento penale ove si tratti di prove assunte nell'**incidente probatorio** o nel **dibattimento** (art. 238, comma 1, c.p.p.). La ragione addotta per istituire questa sorta di "corridoio diplomatico" tra processi, a favore del materiale conoscitivo in parola, è la seguente: quegli atti si sono formati nella dialettica delle parti e, per ciò stesso, le garanzie di genuinità dei suddetti risulterebbero rispettate. Tuttavia, le parti del processo – nel quale devono essere valutati i verbali di quelle prove – ben possano essere rimaste estranee alla sede processuale della loro ammissione ed acquisizione "originarie": l'elaborazione dialettica della prova nel procedimento "di provenienza" – quando ad essa non abbiano partecipato i soggetti interessati all'esito della decisione nel processo "di destinazione" – risulta di conseguenza del tutto irrilevante; muove da tale consapevolezza l'opzione del legislatore del 2001 di tutelare il contraddittorio nel processo *ad quem* tramite la regola della **partecipazione del difensore**, all'**assunzione della prova** nell'incidente probatorio o nel dibattimento, quale condizione per

l'utilizzazione dei verbali «di dichiarazioni» – provenienti dalla sede aliena – contro l'imputato (art. 238, comma 2 *bis*, c.p.p.).

Per ciò che concerne l'acquisizione dei verbali di prove assunte in un giudizio **civile**, essa è ammissibile solo se la sentenza (civile) che lo ha definito è passata in **giudicato** (art. 238, comma 2, c.p.p.).

Quanto alla documentazione di atti connotati dalla **irripetibilità** nel procedimento *a quo* – evidente il riferimento ai verbali di atti d'indagine “a sorpresa” – il comma 3 dell'art. 238 ne ammette «comunque» l'acquisizione; e qualora la ripetizione dell'atto sia divenuta impossibile per fatti o circostanze sopravvenuti, l'acquisizione è ammessa se si tratta di «fatti o circostanze imprevedibili» (è percepibile l'assonanza con l'istituto di cui all'art. 512 c.p.p.).

Il **consenso dell'imputato** rappresenta – per i **casi residuali** – il presupposto per l'utilizzabilità dibattimentale delle «dichiarazioni» raccolte «al di fuori dei casi previsti dai commi 1, 2, 2-*bis* e 3» (art. 238, comma 4, c.p.p.), cioè in assenza di contraddittorio (si tratta, per lo più, dei verbali di dichiarazioni ripetibili del procedimento *a quo*); in **assenza del consenso** dell'imputato, la portata probatoria delle contestazioni delle precedenti dichiarazioni, rese nel procedimento *a quo*, è ricavabile dalla disciplina, complessivamente intesa, di cui agli artt. 500 e 503 c.p.p.; ciò vale dunque anche per le situazioni nelle quali è contemplata l'acquisizione, delle dichiarazioni in parola, al fascicolo del dibattimento (si allude alle ipotesi di deroga al contraddittorio di cui all'art. 500, commi 4, 5 e 6, c.p.p. e, altresì, a quelle previste dall'art. 503, commi 5 e 6, c.p.p.).

Il diritto delle parti di ottenere, ai sensi dell'art. 190 c.p.p., l'**esame delle persone** le cui dichiarazioni sono state acquisite dal procedimento d'origine viene confermato dal comma 5 dell'art. 238 c.p.p. La richiesta di esame non preclude il vaglio del giudice, in ottemperanza alla disposizione generale di cui all'art. 190 c.p.p., circa la non superfluità e la rilevanza dell'esame medesimo; occorre tuttavia evidenziare che è la griglia restrittiva frapposta, per i processi di **criminalità organizzata**, dall'art. 190-*bis* c.p.p. – richiamato dall'*incipit* del comma 5 dell'art. 238 c.p.p. – a costituire la limitazione più rilevante del contraddittorio.

Infine, le sentenze **penali irrevocabili** possono essere acquisite ai fini della **prova «di» fatto** in esse accertato e sono valutate a norma del principio di pertinenza e rilevanza nonché unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità (art. 238 *bis* c.p.p.); con logica e sintassi zoppicanti, il legislatore dell'emergenza “antimafia” (la norma è figlia della l. n. 356 del 1992) confonde «dato istruttorio, decisione, argomenti addotti dal motivante, cosa giudicata»; i «precedenti giudiziari servono a vari fini

ma non provano niente: l'eventuale apporto viene dal materiale là raccolto, comunque l'abbiano usato, bene o male; e bisogna pescarlo nei relativi verbali, a frammenti» (con queste parole pregevole dottrina liquida l'istituto).

16. (segue): i divieti di acquisizione della prova documentale

Sono codificati espressi **divieti di acquisizione** di talune prove documentali, la cui violazione comporta l'**inutilizzabilità** del dato probatorio; l'esplicito riferimento alla fase della acquisizione sottintende che vi sia stata una richiesta di parte – in sede di ammissione – di produrre il documento, rispetto alla quale sia stata eccepita (o rilevata) l'esistenza del divieto.

È vietata:

a) l'acquisizione di documenti che contengono **informazioni sulle voci correnti nel pubblico** intorno ai fatti di cui si tratta nel processo o sulla moralità in generale delle parti, dei testimoni, dei consulenti tecnici e dei periti (art. 234, comma 3, c.p.p.);

b) l'acquisizione – e qualunque modalità di utilizzazione – dei documenti che contengono **dichiarazioni anonime**, con l'eccezione, già esaminata, dei documenti che costituiscono corpo del reato o provengono comunque dall'imputato; il divieto concerne l'uso processuale dell'anonimo: pertanto, l'attività investigativa può ricevere impulso anche da una delazione anonima (art. 240, comma 1);

c) l'acquisizione di verbali di prove di altri procedimenti fuori dei casi previsti dall'art. 238, c.p.p.