

Il nostro sistema processual-penalistico si fonda, come noto, sul principio del contraddittorio nella formazione della prova.

Si ritiene, in sostanza, che la verità si possa meglio accertare laddove le funzioni processuali siano ripartite tra soggetti che abbiano interessi contrapposti i quali si confrontano, in condizioni di parità, davanti ad un giudice terzo ed imparziale al quale spetti soltanto di decidere sulla base delle prove ricercate dall'una o dall'altra delle parti.

In tale sistema la scelta operata dal giudice tra le diverse ricostruzioni del fatto storico è stimolata dal contraddittorio tra soggetti spinti da interessi contrapposti.

Da un lato la pubblica accusa cui incombe l'onere di provare la reità dell'imputato, dall'altro invece la difesa cui spetta quantomeno di insinuare nel giudicante il dubbio circa la mancanza di credibilità delle fonti o l'inattendibilità delle prove addotte a sostegno dell'imputazione, ovvero l'esistenza di fatti favorevoli al proprio assistito (ad esempio, di una causa di giustificazione o di non punibilità).

L'accoglimento di un sistema improntato sul principio dialettico porta evidentemente con sé talune evidenti conseguenze anche sotto il profilo probatorio.

I poteri di ricerca, ammissione, assunzione e valutazione della prova non possono essere attribuiti ad un unico soggetto, ma devono essere suddivisi e ripartiti tra il giudice, l'accusa e la difesa in modo che nessuno di essi possa abusarne.

E' necessario cioè che i poteri di ciascun soggetto nel processo siano bilanciati da quelli concessi agli altri.

In tal senso può dirsi sancito un vero e proprio principio di "legalità processuale in materia probatoria" che dato luogo, alla fine degli anni ottanta, all'introduzione nel nostro codice di procedura penale vigente di un libro, il terzo appunto, interamente dedicato alle "prove", con lo scopo dichiarato di mettere al centro del sistema accusatorio del nostro processo penale proprio la disciplina degli atti probatori.

Una disciplina che mira a rafforzare il principio di legalità della prova già costituzionalizzato all'art. 111 della nostra carta costituzionale, attribuendo alle parti il potere di ricercare le fonti e di chiedere al giudice l'ammissione del relativo mezzo di prova, in condizioni di parità e nelle stesse condizioni davanti ad un giudice terzo ed imparziale.

Nel codice di procedura penale vigente tali poteri vengono compiutamente individuati e distribuiti tra le parti del processo dall'art. 190 c.p.p. il quale definisce in chiave tipicamente accusatoria il procedimento probatorio e, capovolgendo la logica inquisitoria fondata sull'iniziativa officiosa del giudice, riconosce alle parti un vero e proprio "diritto alla prova".

Le richieste formulate dall'accusa e dalla difesa sono valutate dal giudice in base ai medesimi criteri della "pertinenza" e "rilevanza" della prova (art. 190 comma 1 c.p.p.).

Gli elementi ricavati sono sottoposti alla medesima valutazione di attendibilità.

Non conta il soggetto processuale dal quale proviene la richiesta di assumere un determinato mezzo di prova.

Quel che conta è il grado con cui l'elemento che se ne ricava, resiste al vaglio del contraddittorio operato dalle parti in causa le quali partecipano direttamente alla formazione della prova esercitando il diritto di esaminare e controesaminare.

Il "diritto alla prova" è un'espressione che comprende in sé il potere, spettante a ciascuna delle parti, di:

ricercare le fonti di prova;

chiedere l'ammissione del relativo mezzo;

partecipare alla sua assunzione;

ottenere dal Giudice una valutazione in ordine al valore di tale mezzo al momento della decisione.

Esso è una tipica manifestazione del diritto di difesa che discende dall'art. 24 comma 2 della Costituzione.

Un diritto a *difendersi provando*, di ricerca della prova, diritto di controesame e diritto all'ammissione delle c.d. controprove.

Da una prima lettura della norma appare evidente la natura tipicamente accusatoria che si è voluta dare al principio, sancendo espressamente che "*le prove sono ammesse a richiesta di parte*" con esclusione di quelle vietate dalla legge e di quelle manifestamente infondate.

Il secondo comma, invece, riconosce un autonomo e residuale potere probatorio del giudice, esercitabile anche d'ufficio.

Il coordinamento dei due segmenti normativi offre la possibilità di verificare concretamente il tentativo di contemperare il diritto alla prova con la funzionalità del modello, che potrebbe risultare effettivamente compromessa dalle richieste sovrabbondanti o illecite in mancanza di un rigoroso controllo del giudice.

La disposizione, stabilendo che le prove sono ammesse su richiesta delle parti, inequivocabilmente costruisce l'impianto sull'attivismo delle parti, rappresentante la premessa per rendere concreto il contraddittorio ed effettiva la struttura dialogica nella formazione della prova nonché la partecipazione diretta dell'interessato e del suo difensore.

La scelta adottata non lascia spazio a critiche laddove affidandosi all'attivismo delle parti necessariamente riconosce come possibile la loro inerzia, capace di impedire l'accertamento legale del fatto e delle responsabilità, essenza dell'attività giurisdizionale.

Il Legislatore ha così ritenuto di prevedere al secondo comma dell'art. 190 c.p.p., la legittimazione in senso generale, di meccanismi di acquisizione della prova ex officio, senza individuare le ipotesi, né stabilire specifici presupposti dell'intervento del giudice,

ma rimettendo la scelta alla specifica disciplina legislativa.

Assodata l'esistenza nel nostro ordinamento di un vero e proprio diritto, tipizzato e codificato, financo elevato a valore costituzionalmente garantito delle parti di avvalersi di questo essenziale strumento, occorre ora soffermarsi su quelli che sono gli aspetti sostanziali di tale potere.

Così come, di contro, occorre valutare quali siano gli elementi sui quali il giudice deve fondare il proprio giudizio di ammissibilità.

L'art. 190 c.p.p. prevede sia *“il diritto delle parti di ottenere la prova”* sia il diritto *“all'iniziativa e al potere di disporre circa il materiale probatorio che verrà acquisito e valutato”*.

In quanto prerogativa delle parti il diritto all'ammissione della prova risulta tutelato dalla nostra Carta Costituzionale solo ed esclusivamente come diritto alla *“prova contraria”* ossia come diritto dell'imputato all'ammissione di tutte le prove a scarico.

È quanto espressamente sancito nell'art. 111 comma 3 della Costituzione laddove, con riferimento alla posizione del solo imputato, viene proclamata *“(...) la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore (...)”*.

Senza tale garanzia, infatti, il contraddittorio, che nasce peraltro dal diritto del pubblico ministero a chiedere l'ammissibilità delle prove a carico, sarebbe lesa e verrebbe eliminata la garanzia strumentale che fonda l'equilibrio del rapporto di contraddittorio.

Il diritto dell'imputato di controprovare trae il proprio fondamento sul principio di presunzione di innocenza sancito dall'art. 27 della medesima carta costituzionale.

Quello di innocenza costituisce una presunzione legale, seppure relativa, che in quanto tale presuppone la necessità per l'accusa di provare compiutamente la reità dell'imputato.

Spetta al pubblico ministero fornire prova dettagliata e specifica:

dell'esistenza di un determinato fatto storico;

della sua commissione da parte dell'imputato;

della perfetta coincidenza tra quel fatto ed una delle fattispecie di reato codicisticamente sanzionate;

dell'esistenza di tutti gli elementi soggettivi ed oggettivi che caratterizzano la fattispecie di reato che ritiene di ravvisare nella condotta addebitata all'imputato;

dell'assenza di condizioni di che si frappongano alla concreta possibilità di punizione dell'imputato.

Ove l'accusa non assolva all'onere probatorio esistente a suo carico provando la reità dell'imputato "*al di là di ogni ragionevole dubbio*" non potrà il Giudicante che determinarsi all'assoluzione dello stesso (art. 530 comma 2 c.p.p.).

A fronte di tale onere, grande ed imponente, dell'accusa, il Legislatore garantisce all'imputato il diritto di difendersi controprovando.

In un solo caso l'onere della prova incombe sull'imputato ossia quando viene addotta l'esistenza di una scriminante ossia di una causa di non punibilità.

Analogo diritto alla controprova si rinviene nel codice di procedura penale all'art. 495 relativamente a ciascuna delle parti e quindi come facoltà riconosciuta, in tale caso, anche all'accusa.

Dispone infatti il secondo comma di tale norma che, ove siano stati ammessi i mezzi di prova richiesti dall'accusa, l'imputato ha diritto all'ammissione delle "prove indicate a discarico sui fatti oggetto delle prove a carico" (art. 495 comma 2 c.p.p.).

Analogo diritto spetta al pubblico ministero "in ordine alle prove a carico dell'imputato sui fatti costituenti oggetto delle prove a discarico" (art. 495 comma 1 c.p.p.).

In base a tali disposizioni, la parte avversa ha quindi diritto all'ammissione della prova

avente ad oggetto il medesimo fatto del quale, ad esempio, asserisce l'inesistenza o la verifica con modalità differenti.

Ma se v'è un preciso diritto delle parti alla prova, v'è d'altra parte sicuramente un dovere giudiziale d'ammissione.

Dispone a tal riguardo l'art. 190 c.p.p. che, a fronte della richiesta proveniente dalle parti, spetti al giudice provvedervi *“senza ritardo con ordinanza escludendo le prove vietate dalla legge e quelle che manifestamente sono superflue o irrilevanti”*.

Tale inciso si pone evidentemente come limite per il Giudicante il quale potrà escludere le prove richieste, soltanto laddove esse siano “vietate dalla legge”, ossia quelle per cui esista un espresso divieto in ordine all'oggetto o al soggetto della prova, ovvero risultino in concreto “manifestamente superflue” o “irrilevanti”.

Non occorre che la “rilevanza” o la “non superfluità” risultino con assoluta evidenza.

È sufficiente il dubbio, e cioè la *non manifesta* irrilevanza o superfluità (art. 190 comma 1 c.p.p.).

In definitiva, il riconoscimento del diritto alla prova implica un limite al potere discrezionale esercitabile dal giudice nel respingere la richiesta di ammissione di un mezzo di prova.

La necessità che la prova sia introdotta a richiesta di parte è espressa con la locuzione “principio dispositivo in materia probatoria”, secondo cui la parte dispone dell'iniziativa volta all'ammissione del mezzo di prova.

Si tratta di una regola che nel processo penale a talune eccezioni.

Stabilisce infatti il secondo comma dell'art. 190 c.p.p. *“la legge stabilisce i casi in cui le prove sono ammesse d'ufficio”*.

Le ipotesi nelle quali in cui è consentito al giudice introdurre mezzi di prova non richiesti dalle parti costituiscono quindi una deroga al principio dispositivo e sono previste

espressamente dalla legge.

È il caso, ad esempio, del potere di integrazione probatoria spettante al giudice ai sensi dell'art. 507 c.p.p.

Parametri di ammissibilità della prova sono costituiti, come richiesto dall'art. 190 c.p.p., soltanto dai divieti probatori e dalla pertinenza della prova richiesta al *thema decidendum*.

E infatti, il diritto alla prova non può autorizzare scenari di assoluta disponibilità delle parti.

Innanzitutto perchè l'oggetto del processo non è un oggetto disponibile ed anzi è proprio la sua assoluta indisponibilità a coincidere con la ragion d'essere del processo, cioè nell'esigenza pubblicistica di accertare la responsabilità e punire i colpevoli secondo un procedimento legale di accertamento nel rispetto del cosiddetto "giusto processo".

In un secondo luogo, una totale disponibilità delle parti non coinciderebbe con lo scopo politico del processo che non autorizza poteri dispositivi incondizionati ed anzi sottrae alle parti ogni possibile condizionamento della vicenda.

Allo stesso modo, vi si oppone decisamente la commistione tra il potere di decidere (attribuito al giudice) e il potere di scegliere i poteri probatori utili alla decisione (compito invece delle parti), perchè il primo è evidentemente caratterizzato da imparzialità, terzietà e neutralità rispetto alle scelte probatorie, mentre il secondo, per definizione, fonda su opzioni per una o per un'altra tesi da provare.

La scelta del diritto alla prova, o più in generale di un processo di parti, risiede nell'esigenza di rendere la decisione del giudice autenticamente imparziale evitando ogni possibile pre-convincimento del medesimo, che inevitabilmente su chi sceglie le strategie probatorie da utilizzare.

Questo è invece compito delle parti che non hanno doveri di imparzialità ma, all'opposto, debbono rappresentare in contraddittorio tesi diverse per poter determinare la sintesi che

costituisce il prodotto più vicino alla verità, meta auspicata e da raggiungere seguendo le regole probatorie.

I poteri del giudice, dunque, sono legittimati dalla necessità di regolamentare la contesa ovvero di contrapporsi all'inerzia delle parti.

Il suo ruolo diventa logico e riceve una piena giustificazione dall'essenza stessa del sistema dal momento che si contraddistingue per due aspetti: il potere di ammettere le prove e il potere rappresentato dall'escludere quelle vietate dalla legge, evidenziato da corollari sistematici dell'art. 190 c.p.p., individuati nell'art. 189 c.p.p., riguardo alle prove tipiche e nell'art. 191 c.p.p., riguardo alle prove vietate.

Le prove atipiche sono previste dall'art. 189 c.p.p. che respinge il principio di tassatività in materia di prova e pone limiti all'ingresso di prove innominate solo in rapporto all'inidoneità ad assicurare l'accertamento dei fatti o l'eventuale pregiudizio per la libertà morale della persona.

Tale disposizione stabilisce infatti che quando è richiesta una prova non disciplinata dalla legge il giudice può assumerla se essa risulta idonea ad *“assicurare l'accertamento dei fatti e non pregiudica la libertà morale della persona. Il giudice procede all'ammissione, sentite le parti sulle modalità di assunzione della prova”*.

Le prove vietate, invece, sono disciplinate dall'art. 191 c.p.p., che, tenute distinte dalle prove illecite, perseguono il concetto di ammissibilità della prova.

Si tratta, più precisamente, delle prove illegittimamente acquisite.

Quello circa l'illegittima acquisizione della prova è giudizio che si fa discendere dal mancato rispetto di talune regole stabilite dal codice di rito a presidio del diritto di difesa tecnica spettante all'imputato e costituzionalmente garantito dall'art. 111 della Costituzione.

La violazione di cui all'art. 191 c.p.p. è sanzionata con la inammissibilità della prova e

determina l'invalidità dell'atto acquisitivo.

Tale norma dispone che *“le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate. E l'inutilizzabilità è rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento”*.

Il divieto probatorio, quindi, si colloca in un momento che precede l'acquisizione, che è regolata da autonome disposizioni che delineano un modello di condotta per i soggetti processuali, la cui osservanza è tutelata da prescrizioni di nullità.

E' il caso, ad esempio, delle dichiarazioni indizianti di cui tratta l'art. 63 c.p.p. che fa onere all'autorità giudiziaria od alla polizia giudiziaria di avvertire la persona non sottoposta alle indagini che rende dichiarazioni dalle quali emergono indizi di reità a suo carico, di interromperne l'esame e di informarla che a seguito di tali dichiarazioni potranno essere svolte indagini nei suoi confronti invitandola a nominare un difensore.

Le dichiarazioni rese da tale soggetto prima di tale avvertimento *“sono inutilizzabili”*.

Altrettanto inutilizzabili sono le dichiarazioni resa dalla persona che sin dall'inizio avrebbe dovuto essere sentita in qualità di imputato o di persona sottoposta alle indagini.

L'art. 191 c.p.p., quindi, riveste un particolare rilievo, poiché serve a definire il concetto di prova in senso processuale e, proprio per la sua proiezione sulla decisione, introduce il concetto di inutilizzabilità già presente nel codice del 1930, ma in una dimensione non sanzionatoria, assunta solo successivamente quale conseguenza di particolari vizi dell'atto.

La ragione di questi poteri conferiti al giudice sta nella necessità di concentrare sul giudice un metodo per cui le parti chiedono, stimolano la decisione che è, in ogni caso, del giudice.

Le richieste delle parti devono essere sottoposte al suo vaglio, consentendogli di provvedere all'ammissione dei mezzi probatori.

L'attività di ammissione di prove del giudice, dunque, necessita di un'assoluta asetticità rispetto alla scelta strategica, ossia all'impostazione tendente ad ottenere una ricostruzione fattuale ben precisa.

Bisogna tutelare l'imparzialità e la terzietà del giudice, garanzia fondamentale e strumentale al bisogno di eguaglianza.

A questo fine si pone il potere dovere di non ammettere le prove vietate dalla legge e quelle, per così dire, inutili.

È possibile poter riconoscere e delineare, sommariamente, quali sono i divieti deducendoli dalla scelta dell'oggetto di prova.

Infatti, possono essere rapportabili sia al tema di prova, come già indicato riguardo all'art. 191 c.p.p., oppure al mezzo di prova e ancora in relazione al mezzo di ricerca della prova. Assumono, ancora, particolare rilievo i divieti costruiti in rapporto al momento della valutazione o comunque a quello successivo alla fase dell'acquisizione.

E' il caso, ad esempio, della testimonianza indiretta di cui all'art. 195 c.p.p.

Quando il testimone si riferisce, per la conoscenza dei fatti, ad altre persone, il giudice, a richiesta di parte, dispone che queste siano chiamate a deporre o disporre d'ufficio l'esame, pena l'inutilizzabilità delle dichiarazioni relative a fatti di cui il testimone non abbia avuto conoscenza diretta.

Tali dichiarazioni non potranno costituire oggetto di valutazione da parte giudice ai fini della decisione.

Egli ha l'onere, ove necessario, di scinderne dalle altre dichiarazioni eventualmente rese dal medesimo testimone per averne avuto conoscenza diretta.

Ad essi deve aggiungersi il divieto di cui all'art. 188 c.p.p., che tutela le libertà morali della persona nell'assunzione della prova e che fa capo ad un principio generale di tutela della dignità della persona umana.

La norma fa esplicito riferimento anche al principio di “autodeterminazione” analogamente a quanto avviene nell’art. 64 c.p.p. con riferimento all’interrogatorio della persona sottoposta alle indagini.

Da ultimo, un ulteriore divieto è rinvenibile nella violazione dell’art. 187 c.p.p. concernente l’oggetto della prova.

La norma individua nell’imputazione, nella procedibilità e nella determinazione della pena o della misura di sicurezza i termini entro cui deve essere rigorosamente mantenuto l’accertamento nelle sue varie fasi.

Nel processo penale italiano a delineare l’oggetto della prova, ossia il tema probandum, è l’art. 187 c.p.p.

Tale norma indica quali fatti possono essere oggetto di prova nel processo penale e, quindi, delimita il potere di accertamento giudiziale.

Può costituire oggetto di prova, in primo luogo, il fatto descritto nell’imputazione, e cioè il fatto storico addebitato all’imputato (art. 187, comma 1 c.p.p.).

Sono fatti da provare anche quelli concernenti la punibilità, quelli permettono di quantificare la sanzione penale ed ancora quelli dai quali dipende l’applicazione di norme processuali (art. 187, comma 2 c.p.p.).

Si tratta, ad esempio, dei fatti che si rendono utili al fine di stabilire la credibilità di un testimone (art. 194, comma 2 c.p.p.) o che servono a provare, ad esempio, se un teste è stato minacciato (art. 500, commi 4 e 5 c.p.p.).

Ove vi sia stata costituzione di parte civile sono inoltre oggetto di prova i fatti inerenti alla responsabilità civile derivante da reato.

Tale norma, che apre il terzo libro del codice di procedura penale, risulta fortemente innovativo rispetto alla vecchia formulazione (voluta dal sistema inquisitorio) che vedeva

il giudice istruttore compiere “*tutti e soltanto quegli atti necessari per l'accertamento della verità*”.

Nella nuova disciplina delineata dal codice di procedura vigente è il criterio della pertinenza a regolare lo sviluppo dell'attività probatoria e i fatti che riguardano imputazione, punibilità e applicabilità delle misure di sicurezza e delle pene sono gli unici ad essere oggetto di prova.

Con tale norma viene quindi sancito il principio per cui non ogni conoscenza può essere oggetto di prova, ma solo quelle utili all'accertamento del fatto e alle ulteriori questioni ad esso connesse.

Sembra, dunque, sussistere nell'ordinamento un divieto implicito per le prove estranee all'oggetto di prova.

Queste trovano nel *thema decidendum* uno sbarramento processuale e, quindi, sono da ritenere inammissibili prima e, se introdotte contro tale divieto, inutilizzabili dopo.

Non possiamo non tenere in considerazione l'art. 190 bis c.p.p., il quale introduce una eccezione al diritto alla prova.

Non vi è più un diritto delle parti all'ammissione della prova, non vietata dalla legge e pertinente al tema della prova, ma l'evento probatorio dibattimentale diventa un evento eccezionale collegato a fatti eccentrici rispetto alla logica che dovrebbe informare il contraddittorio.

Limitata ai soli procedimenti per reati di criminalità organizzata di tipo mafioso ed estesa successivamente ai reati sessuali commessi su minori o con violenza, questa eccezione è applicabile solo per le dichiarazioni rese nel contraddittorio con la persona nei cui confronti saranno utilizzate ovvero per le dichiarazioni i cui verbali sono stati acquisiti a norma dell'art. 238 c.p.p., che ammette l'acquisizione da altri procedimenti di verbali di prove ripetibili solo quando debbano essere utilizzate nei confronti di chi abbia

partecipato alla loro formazione.

La norma prevede in sostanza, che nei procedimenti sopra indicati, quando l'esame di un testimone o di uno tra i soggetti indicati nell'art. 210 c.p.p. e queste hanno già reso dichiarazioni in sede di incidente probatorio o in dibattimento nel contraddittorio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni medesime saranno utilizzate ovvero dichiarazioni in cui verbali sono stati acquisiti a norma dell'art. 238 c.p.p., l'esame è ammesso *“solo se riguarda fatti o circostanze diversi da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni ovvero se il giudice o talune delle parti lo ritengono necessario sulla base di specifiche esigenze”*.

Chiariti quali sono i criteri sulla scorta dei quali è possibile valutare le prove ne discende che ogni diversa valutazione, non improntata ai suddetti criteri, in fatto e in diritto, non solo esula dal potere del giudice ma contravviene al diritto alla prova delle parti, concretizzando una violazione di legge che vizia la relativa pronuncia del giudice.

Proprio al fine di garantire alle parti di operare un controllo circa l'effettivo rispetto di tale vincolo da parte del giudice, il Legislatore ha volutamente deciso di adottare la forma scritta per il provvedimento di ammissione della prove.

Scelta, questa, ancora più significativa in un contesto, come quello del processo penale italiano, nel quale prevale l'oralità.

Non a caso infatti il provvedimento ammissivo delle prove è un'ordinanza e, dunque, un provvedimento che, seppure concisamente, ha una motivazione sì da consentire alle parti di operare un effettivo controllo della validità delle ragioni che hanno sorretto la valutazione di ammissibilità.

Stabilisce, infatti, l'art. 495 comma 1 c.p.p. *“Il giudice, sentite le parti, provvede con ordinanza all'ammissione delle prove a norma degli articoli 190, comma 1, e 190 bis.”*

Allo stesso modo deve essere motivata anche l'ordinanza che esclude l'ammissione di

alcune prove e quella con la quale il Giudicante è chiamato a decidere in ordine alle eccezioni proposte dalle parti in ordine alla ammissibilità delle prove.

A maggior ragione, infatti, in questo caso il giudice sarà chiamato a motivare su un parametro ben stabilito dall'articolo 190 c.p.p. e quindi sulle ragioni che giustificano la ritenuta manifesta superfluità ed irrilevanza della prova.

Quando il giudice valuta le prove, non sottoponendosi unicamente ai divieti probatori ed alla pertinenza della prova richiesta al *thema decidendum* come vorrebbe il codice, ma va oltre, contravvenendo al diritto alla prova delle parti, egli concretizza una violazione di legge che vizia la relativa pronuncia.

Senza contare che così facendo il Giudicante finirebbe per anticipare un proprio giudizio sulla valutazione della prova medesima che deve necessariamente esprimere solo dopo che la prova sia stata esperita.

Il procedimento probatorio viene scandito dal codice di rito nei fondamentali momenti della ricerca, dell'ammissione, dell'assunzione e della valutazione della prova.

Nel codice del 1988 è stato estromesso il giudice dall'attività di ricerca delle prove, in quanto non si ritenne conferente con il modello accusatorio auspicato con tale riforma la riproposizione del giudice istruttore, prevista nel codice del 1930.

E dunque, l'attività di ricerca, produzione e formazione della prova spetta esclusivamente alle parti, le quali devono ricercare le fonti utili in modo da sostenere in giudizio la propria tesi.

L'onere più gravoso è però posto dal legislatore in capo alla parte che sostiene la reità dell'imputato.

Tale necessità trova il proprio fondamento nell'art. 27 comma 2 della Costituzione che come sappiamo afferma che *“l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna*

definitiva".

L'aver introdotto nel nostro ordinamento tale norma ha portato inevitabilmente al riconoscimento di una regola probatoria quale quella della presunzione legale di innocenza dell'imputato.

Quella di innocenza è una presunzione legale relativa, valida fino a che non sia stato provato il contrario.

Questo fa sì che la figura maggiormente rappresentativa di questa fase sia il pubblico ministero, sul quale incombe l'onere quindi l'onere della prova, cioè l'onere di convincere il giudice della reità dell'imputato.

Successivamente, al fine di confutare la tesi dell'accusa, è nell'interesse specifico dell'imputato ricercare sia le prove che possano convincere il giudice della non credibilità della fonte o della inattendibilità dell'elemento di prova a carico, sia quelle tendenti a dimostrare che i fatti si sono svolti in modo differente.

La fase immediatamente successiva, l'ammissione, è scissa in due momenti: quello della *richiesta* spettante in via esclusiva alle parti, le quali hanno l'onere di introdurre il mezzo di prova (c.d. onere formale della prova) e lo adempiono chiedendo l'esame di un testimone o l'acquisizione di un documento.

Il secondo momento, invece, è riservato al giudice e concerne il compito di decidere sull'ammissione o meno della prova, considerando i quattro criteri dell'art. 190 c.p.p.

L'*assunzione* delle prove, in particolare per quanto riguarda l'esame testimoniale, maggiore espressione nel processo del principio del contraddittorio nella formazione della prova, avviene col metodo dell'esame incrociato.

Spetta alle parti il diritto di rivolgere le domande al dichiarante secondo l'ordine indicato nell'art. 498 c.p.p..

Anche l'ordine stabilito per la assunzione delle prove non è casuale.

A cominciare è l'accusa cui incombe "l'onere della prova" in seno al processo penale.

Si prosegue, quindi, con l'assunzione di quelle richieste dalle altre parti con facoltà delle parti che l'abbiamo richiesto, di contro esaminare i testi avversari.

Spetta invece, al giudice sovrintendere allo svolgimento dell'esame al fine di assicurare la lealtà dello stesso, la pertinenza delle domande, la correttezza delle contestazioni e la genuinità delle risposte (art. 499 c.p.p.).

E' inoltre facoltà del giudice rivolgere domande ai testimoni, ai periti, ai consulenti tecnici, alle persone chiamate a testimoniare ai sensi dell'art. 210 c.p.p. ed alle altre parti "solo dopo l'esame ed il controesame".

Quello contenuto nell'art. 506 c.p.p. è da intendersi come limite per il giudicante alla possibilità di sostituirsi alle parti nell'esercizio del diritto alla prova.

Ciò perfettamente in linea con i principi propri di un ordinamento imperniato sull'attivismo delle parti nella ricerca della prova, in cui i poteri del giudicante, nell'ambito del procedimento di formazione della prova, sono appositamente circoscritti entro limiti ben precisi (si pensi, ad esempio, al residuale diritto alla prova riconosciuto al giudice dall'art. 190 c.p.p.).

Ed infine, al giudice compete la *valutazione* dell'elemento di prova raccolto, cosicché può ritenere non credibile il dichiarante e non attendibile la sua narrazione del fatto.

Il principio del libero convincimento non esime, però, il giudice dall'obbligo di motivare la sua valutazione.

In base all'art. 192 c.p.p., infatti, il giudice deve "*dare conto dei risultati acquisiti e dei criteri adottati*" nel valutare la credibilità e l'attendibilità delle prove.

La valutazione del giudice può avere ad oggetto soltanto l'area delle prove legittimamente ammesse ed acquisite, dunque utilizzabili.

L'obbligo di motivazione, citato nel 1 comma dell'art. 192 è a tal proposito fondamentale.

Esso, da un lato rappresenta un limite intrinseco alla libertà di convincimento del giudice, dall'altro si configura come premessa logica imprescindibile per l'esercizio del successivo controllo sulle linee di formazione di quel convincimento.

Se ne ricava la conclusione secondo cui il principio del libero convincimento sarà ancorato alla necessità di indicazione specifica dei risultati acquisiti e dei criteri adottati, onde evitare che lo stesso trasmodi in un uso arbitrario di tale principio.

Motivare vuol dire condurre un percorso logico-giuridico che porti il giudice ad apprezzare le prove disponibili indicando sì le prove poste a base della decisione, ma anche le ragioni per le quali il giudice non accetti le prove contrarie.

Ad ogni modo il giudice di merito potrà valutare le prove raccolte, organizzandole e dando a ciascuna di esse, come pure al loro complesso, il peso e il significato ritenuti più opportuni.

Non sarà adempiuto tale onere "della motivazione" ove il giudice si limiti ad una mera considerazione del valore autonomo dei singoli elementi probatori senza pervenire ad una valutazione unitaria della prova.

In base all'art. 192 comma 1 c.p.p. *"il giudice valuta la prova dando conto nella motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati"* e cioè delle regole di esperienza e delle leggi scientifiche che ha utilizzato.

L'obbligo di motivazione ha una fonte costituzionale nell'art. 111 comma 6 della Carta Costituzionale.

Ciò implica che il Giudice nella motivazione non possa trascurare di esaminare i risultati di una prova che appaia pertinente e rilevante, pena la possibilità per la parte di attaccare il provvedimento che si ritenga inficiato.

In particolare, per rendere effettivo il diritto delle parti alla valutazione della prova, il codice di procedura penale prescrive che nella sentenza il giudice debba indicare le prove

poste a base della decisione e le “ragioni per le quali ritiene non attendibili le prove contrarie” (art. 546 comma 1 lettera e) c.p.p.).

Grande rilevanza rivestono anche i commi successivi dell'art. 192 c.p.p.

Il secondo, in particolare, sancisce che “l'esistenza di un fatto non può essere desunta da indizi a meno che questi siano gravi, precisi e concordanti”.

Solo in quest'ultimo caso infatti essi diventeranno senz'altro idonei ad integrare la piattaforma di convincimento del giudice.

Gli indizi sono, in realtà, quelle circostanze note, non direttamente rappresentative del fatto da provare, che se prese in considerazione possono consentire di pervenire a conoscere l'esistenza di un fatto non noto indispensabile per la conclusione del giudizio.

La differenza tra prova e indizio non è quantitativa, nel senso che l'indizio è meno idoneo della prova ad assicurare l'accertamento dei fatti, ma qualitativa ed ontologica.

L'indizio acquista rilevanza quando plurimi indizi risultino gravi, precisi e concordanti.

Certo, parlare di indizi vuol dire parlare di prova indiziaria, racchiudendoli tutti, altrimenti se essi da soli potessero già considerarsi esaustivi, avrebbero lo stesso valore della prova.

La Suprema Corte tiene a precisare che la “gravità” dell'indizio “sta a denotare che il fatto noto deve avere una rilevante contiguità logica con il fatto ignoto”, mentre la “precisione” sta a significare che “il fatto noto deve essere indiscutibile, certo nella sua oggettività”.

Ritornando sui tre elementi fondamentali si può anche ricordare che per “gravità dell'indizio” si intende l'elemento che sia dotato di capacità dimostrativa determinata dalla notevole contiguità logica con il fatto ignoto da accertare, resistente alle obiezioni e convincente.

L'indizio può ritenersi preciso se il fatto noto si palesa certo storicamente, con carattere di

univocità, nel senso di esclusione di difforme o antitetica significazione alternativa. Infine, concordanti sono definibili gli indizi che non contrastano tra loro e con altri dati o elementi certi.

Altrettanto importante, a riguardo delle prove indiziarie, è l'indicazione del loro metodo di valutazione, caratterizzata dal massimo rigore e dalla più assoluta correttezza, sia per pervenire a quella certezza morale che costituisce il necessario presupposto logico di una sentenza di condanna, sia per neutralizzare nel contempo il pericolo della approssimazione a cui può appunto condurre la prova indiziaria.

In sede di applicazione, allora, il giudice procederà dapprima all'esame di ciascun indizio, identificando i collegamenti logici possibili, e accertandone la gravità e solo alla fine procederà alla sintesi finale, accertando l'esistenza o meno del fatto da provare.

Venendo al terzo comma, si guarda ai coimputati nel medesimo reato.

Si stabilisce che le dichiarazioni, di natura sostanzialmente testimoniale, provenienti da una di tali persone non possano venire valutate in sé, ma devono esserlo unitamente ad altri elementi di prova che ne confermino l'attendibilità.

In tema di prove, la disposizione di cui all'art. 192 c.p.p. non rappresenta un limite al principio della libera valutazione della prova da parte del giudice, ma costituisce soltanto una indicazione di carattere metodologico.

Infatti, nelle valutazioni delle risultanze processuali, la scelta che il giudice del merito compie in ordine al credito da prestare alle dichiarazioni rese nella fase delle indagini preliminari legittimamente acquisite nel processo, non è sindacabile in sede di legittimità quando la scelta sia stata fatta in base ad ineccepibili criteri logici e di metodo e sia suffragata da una motivazione convincente.

Questo articolo non fa altro che condurre ad una presunzione relativa di inattendibilità delle suddette dichiarazioni se non quando si riesca a comprovarne la credibilità, una vera

e propria deroga al principio del libero convincimento del giudice.

Tale deroga marcia di pari passo anche nel comma 4, che si richiama espressamente all'articolo precedente.

Si rende, quindi, necessario il controllo concreto di elementi di riscontro *ab externo*, senza i quali le dichiarazioni rese non potrebbero venire utilizzate ai fini della decisione.

Le parti esercitano ciascuna il proprio diritto di difendersi provando mediante il deposito delle liste testimoniali

L'art. 468 c.p.p. fa onere alle parti che intendono chiedere l'esame di testimoni, periti o consulenti tecnici nonché delle persone imputate in altro procedimento connesso o collegato di depositare in cancelleria la lista con l'indicazione delle circostanze su cui deve vertere l'esame.

Il deposito delle liste testimoniali ha principalmente la funzione di consentire a ciascuna delle parti processuali di conoscere tempestivamente i temi che le altre si propongono di fare oggetto di prova e i mezzi scelti a tal fine, in modo da evitare l'introduzione in dibattimento di prove a sorpresa.

Essa tende cioè ad informare entro termini ben precisi la controparte e ad assicurare un corretto uso del contraddittorio.

La presentazione della lista testimoniale determina infatti anche l'importante conseguenza di impedire alla controparte l'assunzione di informazioni dalle persone in essa indicate.

Dispone a tal riguardo l'art. 430 bis c.p.p. "*E' vietato al pubblico ministero, alla polizia giudiziaria e al difensore assumere informazioni dalla persona ammessa ai sensi dell'articolo 507 o indicata nella richiesta di incidente probatorio o ai sensi dell'articolo 468 e presentata dalle altre parti processuali (...)*".

Le informazioni assunte in violazione del divieto sono colpite da sanzione di inutilizzabilità.

La lista di cui all'art. 468 c.p.p. ha, quindi, la funzione di determinare l'ambito della discovery ma anche di garantisce, nel contempo, dall'introduzione nel giudizio di prove a sorpresa, in un'ottica intesa a recepire un principio proprio del processo accusatorio.

L'art. 468 stabilisce che la lista deve essere depositata in cancelleria, almeno sette giorni prima della data fissata "*a pena di inammissibilità*".

L'aver determinato un limite temporale alle parti nell'indicazione dei mezzi di prova di cui intendono servirsi, ossia "quello dell'apertura del dibattimento" è diretta conseguenza del fatto che la formazione della prova in dibattimento è soggetta a precise e rigorose regole per assicurare, nella tutela del contraddittorio e dei diritti della difesa, a ciascuna parte, e in modo particolare all'imputato, la possibilità di conoscere, prima del dibattimento, le prove che l'altra parte vorrà fare acquisire, onde preparare la propria linea di difesa ed eventualmente chiedere la prova contraria.

Le parti, quindi, possono legittimamente esercitare il diritto di depositare la propria lista testimoniale fino a sette giorni precedenti la data "*fissata per il dibattimento*".

Ci si riferisce alla data indicata nel decreto di citazione a giudizio, per le ipotesi di citazione diretta, e nel decreto di rinvio a giudizio, nelle ipotesi di procedimenti che scontano l'udienza preliminare.

Analoga facoltà spetta al persona offesa non ancora costituitasi parte civile e che trova il proprio fondamento nei diritti e nelle facoltà riconosciute alla persona offesa dall'art. 90 del codice di procedura penale.

Tale norma, in particolare, attribuisce alla persona offesa il diritto di "*indicare elementi di prova*", diritto, questo, nel quale potrebbe dirsi ricompresa la facoltà di indicare eventuali testi, periti e consulenti tecnici con le modalità ed i termini di cui all'art. 468 c.p.p.

Il termine di sette giorni stabilito per il deposito delle liste testimoniali di cui alla norma in questione dovrebbe considerarsi “intero e libero”.

Con tale locuzione ci si riferisce alla possibilità di non computare nel termine stabilito dalla norma a pena di decadenza il giorno e l’ora di inizio e fine del termine.

E’ quanto si fa discendere dalle regole dettate in via generale dall’art. 172 c.p.p. con riferimento ai termini processuali.

Stabilisce, in particolare, il quinto comma della norma in questione che *“quando è stabilito soltanto il termine finale, le unità di tempo stabilite per il termine si computano intere e libere”*.

La citazione dei testi indicati è autorizzata dal Presidente del Tribunale o della Corte d’Assisi con decreto con il quale si escludono le testimonianze vietate dalla legge e quelle manifestamente sovrabbondanti.

Ancora una volta la scelta del provvedimento non pare essere affatto casuale.

A dispetto dell’ammissione delle prove, rispetto alla quale il giudice provvede con ordinanza, la citazione dei testi “già ammessi” viene ordinata con decreto.

Solo il primo (decidere dell’ammissibilità o meno di taluna o tutte le prove richieste dalle parti) e non anche il secondo dei compiti attribuiti al giudicante (ossia quello di autorizzare la citazione di testi di cui è stato precedentemente ammesso l’esame) necessita di essere esercitato in modo tale da consentire alle parti, soprattutto a posteriori, un controllo circa il corretto esercizio di tale compito.

Non poche perplessità sovengono invece in ordine alla possibilità per il giudice di effettuare aprioristicamente una valutazione di rilevanza della prova testimoniale richiesta.

Il corretto esercizio di tale potere richiederebbe che il Giudice ammettesse tutte le prove richieste e, salvo escludere quelle vietate dalla legge, si riservasse poi di valutarne l'eventuale rilevanza ai fini della decisione solo in esito alla sua assunzione.

Oltre il termine indicato a pena di decadenza dal primo comma dell'art. 468 c.p.p. è sempre e comunque garantito il diritto alla controprova od il diritto di produzioni documentali.

Volendoci soffermare, in particolare, sulla possibilità di esercitare il diritto di indicare mezzi di "controprova" stabilisce il quarto comma dell'art. 468 c.p.p. che *"In relazione alle circostanze indicate nelle liste, ciascuna parte può chiedere la citazione a prova contraria di testimoni, periti e consulenti tecnici non compresi nella propria lista, ovvero presentarli al dibattimento"*.

Ancora una volta il Legislatore cerca di garantire l'effettività del contraddittorio nella formazione della prova garantendo all'imputato la possibilità di esercitare il diritto di controprovare presentando direttamente in udienza eventuali testi non compresi nella propria lista.

Tornando al contenuto della lista testimoniale, l'art. 468 comma 1 c.p.p. precisa che essa deve contenere *"l'indicazione delle circostanze su cui deve vertere l'esame"*.

Anche questa indicazione costituisce un limite posto a garanzia della regolarità del contraddittorio, consentendo a ciascuna delle parti in causa di conoscere aprioristicamente l'oggetto su cui verterà l'esame delle prove testimoniale richieste dalle altre parti.

