

LOREDANA GARLATI

“CONTRO IL SENTIMENTALISMO”.  
L’IMPIANTO INQUISITORIO DEL SISTEMA DELLE PROVE  
NEL C.P.P. DEL 1930

SOMMARIO: 1. Un’ideologia neppure tanto occulta. – 2. La regolamentazione delle prove nel codice del Trenta. - 2.1. La struttura del procedimento secondo il c.p.p. del Trenta: un rito misto con prevalenze inquisitorie. - 2.2. Quali e quante prove? – 3. Di alcuni principi generali: l’onere della prova. – 4. Prove e polizia giudiziaria. – 5. Prove alla prova. - 5.1 La perizia. - 5.2. La testimonianza. - 5.3. L’interrogatorio. – 6. Libero convincimento e libero arbitrio.

1. *Un’ideologia neppure tanto occulta*

Nell’affrontare una ricerca complessa, come quella sul sistema delle prove nel c.p.p. del 1930, occorre definirne preliminarmente i confini temporali e gli obiettivi.

Di codici processual-penali Rocco ne sono esistiti – lo ricordava Giuliano Vassalli – almeno due: quello originario, pensato dal ristretto *milieu* di giuristi che lo elaborarono; e quello che ha attraversato quasi mezzo secolo repubblicano subendo continue modifiche<sup>1</sup>. Questo saggio si occupa del ‘codice delle origini’, forgiato dal regime e applicato fino alla sua caduta, ancora privo delle modiche introdotte nel 1944. Seguendone l’*iter* progettuale e le modalità attuative nel decennio successivo alla sua promulgazione sarà possibile coglierne da un lato le linee ispiratrici, dall’altro le interpretazioni dottrinali e gli orientamenti giurisprudenziali precedenti alle trasformazioni imposte dalla Costituzione e recepite dalla novella del ’55, che aprì la stagione definita, con formula felice, da Ennio Amodio del ‘garantismo inquisitorio’<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> G. VASSALLI, *Introduzione a L’inconscio inquisitorio. L’eredità del codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, a cura di L. Garlati, Milano 2010, 15.

<sup>2</sup> E. AMODIO, *Motivazione II) Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. Dir.*, XXVII, Milano 1977, 181. Lo stesso VASSALLI (*Introduzione*, cit., 16) rilevava come la formula, pur se da taluni usata con sarcasmo e ironia, rispondesse pienamente alla realtà dei fatti. Precisava l’insigne penalista: «Siamo di fronte ad una realtà innegabile: il garantismo inquisitorio è quello che ci ha retto per più di 30 anni, dal 1955 al 1988». Il pensiero di Amodio ha avuto poi modo di articolarsi e svilupparsi, tra gli altri, nei saggi *Valori costituzionali e riforme processuali nel continente europeo*, in *L’influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, a cura di A. Pizzorusso, V. Varano, Milano 1985, 749; *Il ripudio del giudice investigatore ereditato dal sistema francese (1981)*, in *Processo penale*,

Il codice del '30 nasce con un'ideologia precisa<sup>3</sup>, che si cercherà al termine della parabola fascista di minimizzare in nome della asserita prevalenza di finalità dottrinali, quasi dimenticando che, invece, «il fascismo si era dato un processo penale a sua propria immagine, testimonianza e metro delle condizioni in cui costringeva la società italiana»<sup>4</sup>. Dietro il paravento dell'indirizzo tecnico-giuridico<sup>5</sup> e della presunta neutralità e apoliticità del diritto si celava il carattere statocentrico del diritto pubblico che ne legittimava, teorizzandola, l'impronta inquisitoria: un'ideologia e un'impronta che non potevano non incidere sul tema delle prove.

Basta leggere la relazione del 1929 del Guardasigilli al progetto preliminare per comprendere la logica sottesa all'impianto codicistico, in generale, e probatorio, in particolare. Nel funambolico tentativo di dimostrare che il testo che si andava a varare era opera nuova che insieme demoliva e ricostruiva, Alfredo Rocco affermava che esso non interrompeva la continuità della tradizione giuridica italiana pur innovandola<sup>6</sup>, rassicurando così al contempo nostalgici liberali e ardenti fautori della Rivoluzione fascista.

Celebre l'espressione con la quale il Ministro liquidava la presunzione di innocenza e ogni altra tendenza favorevole ai delinquenti come frutto di un sentimentalismo aberrante e morboso che tanto aveva indebolito la repressione e favorito il dilagare della criminalità<sup>7</sup>. Concetto espresso anche da Manzini, estensore materia-

*diritto europeo e common law*, Milano 2003, 116. Da ultimo, dello stesso autore, *Verso una storia della giustizia penale in età moderna e contemporanea*, in *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, a cura di D. Negri e M. Pifferi, [Collana per la storia del pensiero giuridico moderno], 93, Milano 2011, 333-45.

<sup>3</sup> Evidenzia la rottura ideologica (ma non tecnica) con il precedente codice del 1913, qualificato come 'liberale' e per questo incompatibile «con l'impronta dispotica del nuovo regime», P. FERRUA, *Dal codice di rito del 1913 al codice del 1930*, in *Diritto penale XXI secolo*, X, 2/2011, 445 e 446-51.

<sup>4</sup> M. SBRICCOLI, *Codificazione civile e penale*, ora in ID., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, tomo II, Milano 2009, 991.

<sup>5</sup> Il tecnicismo che connotò i codici del 1930 era, in realtà, protagonista di un'involuzione, ed appariva destinato a perdere «progressivamente le ragioni che avevano ispirato Arturo Rocco nel 1910 per assumere il senso di quelle già da allora prefigurate da Vincenzo Manzini» (M. SBRICCOLI, *Le mani in pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo*, ora in *Storia del diritto penale* cit., II, 1005).

<sup>6</sup> *Relazione del Guardasigilli al Progetto Preliminare di un nuovo Codice di Procedura Penale* [d'ora in poi R.P.P.], in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. VIII, Roma 1929, 7.

<sup>7</sup> R.P.P. cit., 7. È lo stesso 'morboso sentimentalismo' di cui era accusata la scuola classica, a dimostrazione di una qualche saldatura tra le teorie positiviste, nostalgicamente inquisitorie, e la concezione autoritaria propria del regime espressa nel tecnicismo giuridico. Si nota, infatti, una certa continuità di fatto e di uomini tra la scuola positiva e il codice del Trenta, generata sia dalla partecipazione di alcuni giuristi (quali Aloisi e Longhi) alla stesura del codice Finocchiaro-Aprile e al commento del codice Rocco, sia da una identità tra alcuni obiettivi enunciati dal rito positivista e «il *pathos* giustizialista del regime» (M.N. MILETTI, *Ritorno all'inquisizione. Scuola positiva e pulsioni autoritarie*

le di quel codice<sup>8</sup>, il quale, nel suo *Trattato* del 1931, sottolineava come il processo penale non rappresentasse una diatriba accademica per accertare astrattamente un punto controverso di diritto, né un'indagine etica tendente alla riprovazione o all'approvazione della condotta morale di un individuo, ma avesse come obiettivo fondamentale quello di realizzare la pretesa punitiva dello Stato contro l'imputato<sup>9</sup>. Al contrario, non vi era interesse alcuno – ad avviso del penalista friulano – alla proclamazione dell'innocenza o della rettitudine dell'incolpato. Egli difendeva tale assunto dalle zotiche declamazioni demagogiche rivolte contro il processo inquisitorio<sup>10</sup>: proclami, questi, frutto della fallita pseudo-democrazia, superficiale, paraloia e confusionaria<sup>11</sup>.

Lo scopo del processo, secondo Manzini, doveva essere eminentemente pratico, attuale e giuridico, sganciato dal principio di presunzione di innocenza («nulla di più goffamente paradossale, irrazionale»<sup>12</sup> e «incongruente»<sup>13</sup>) che contrastava, a detta dell'autore, con la ragion d'essere del processo: «se si deve presumere l'innocenza dell'imputato, chiede il buon senso, perché dunque si procede contro di lui?». E, al tempo stesso, il processo non poteva essere diretto alla tutela dell'innocenza, perché ciò sarebbe equivalso a dire che i sospetti di colpevolezza che dal pubblico ministero si elevavano contro gli indiziati sarebbero stati destituiti di fondamento, così come non sarebbe stata giustificabile la detenzione preventiva (tema spinoso allora come oggi): «idee antiquate, fallaci ed ingiuste, che più o meno coscientemente provengono da quel modo di pensare che, se poteva essere giustificato nei regimi assoluti e sotto il dominio straniero, nel nostro libero Stato è non solo erroneo, ma altresì insensato e maligno»<sup>14</sup>. «Finché vi è un procedimento

*nel processo penale italiano*, in *Diritto penale XXI secolo*, X, 2/2011, 483-90). Sostiene Sbriccoli che, sebbene nel sistema penale fascista alcuni principi della scuola positiva vennero accolti, seppur letti in chiave autoritaria, privati della patina di un liberalismo *sui generis*, fu paradossalmente l'abbandono dei «più insidiosi cascami del positivismo penale» ad impedire che l'allontanamento dalla civiltà giuridica non si trasformasse in una disastrosa barbarie (SBRICCOLI, *Le mani in pasta* cit., 1014).

<sup>8</sup> È lo stesso Manzini ad affermare pubblicamente di aver provveduto alla stesura del c.p.p. in soli tre mesi, dopo averne ricevuto l'incarico da Rocco nel 1926, e di aver lavorato in solitudine, procedendo poi ad una revisione nel '29 alla luce delle osservazioni del Ministro (V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale secondo il nuovo codice*, vol. I, Torino 1931, 96, nt. 2). Su questo *codex unius auctoris* si veda M.N. MILETTI, *La scienza nel codice. Il diritto processuale penale nell'Italia fascista*, in *L'inconscio inquisitorio* cit., 63-66.

<sup>9</sup> MANZINI, *Trattato* cit., I, 175-7.

<sup>10</sup> MANZINI, *Trattato* cit., I, 31.

<sup>11</sup> MANZINI, *Trattato* cit., I, 178.

<sup>12</sup> MANZINI, *Trattato* cit., I, 180.

<sup>13</sup> MANZINI, *Istituzioni di diritto processuale penale*, Padova 1934, 57. Sul nesso tra le posizioni dottrinali relative alla presunzione di innocenza e i diversi orientamenti politici nonché le varie influenze delle 'scuole' penalistiche cfr. MILETTI, *La scienza nel codice* cit., 84-94.

<sup>14</sup> MANZINI, *Istituzioni* cit., 56. Manzini porta alle estreme conseguenze e a compimento l'attacco sferrato dalla Scuola positiva italiana, da Garofalo e Ferri in particolare. Il primo definiva la

in corso non vi è né un colpevole né un innocente, ma soltanto un indiziato», tuonava la Relazione sul progetto preliminare, in perfetta simmetria con il pensiero di Manzini<sup>15</sup>.

Bettiol, riconoscendo che la nuova legislazione penale rifletteva il mutato clima politico e che si andava gradatamente verso forme inquisitorie, nelle quali l'imputato, a fronte di un aumento dei poteri del giudice, perdeva parte delle garanzie prima riconosciutegli, squarciava la falsa affermazione avanzata dai giuristi del tempo secondo i quali il nuovo rito riequilibrava le posizioni tra Stato e presunto reo nel rapporto processuale. Precisava infatti l'autore che la pretesa punitiva dello Stato (formula ricorrente e proposta con insistenza dalla letteratura del tempo, da tenere distinta dall'azione penale<sup>16</sup>) comportava inevitabilmente la necessità di accertare con ogni mezzo di prova la presenza di quegli elementi di fatto che davano vita alla pretesa stessa<sup>17</sup>.

Senza mezzi termini, invece, Gabrieli scriverà di un legislatore del 1930 che «a torto ha abbandonato il principio di presunzione di innocenza» ben presente «nel codice del 1913 ispirato ai principi più liberali»<sup>18</sup>.

Ancora più pungente Grispigni, «uno degli autori di maggior spessore e brillantezza della fase finale del positivismo penale in Italia»<sup>19</sup>, per il quale il codice del '30, nella volontà di reagire a presunti eccessi di garantismo, era caduto «nel molto più deplorabile eccesso opposto, perché ha menomati i diritti della difesa»<sup>20</sup>.

Le mosse di disimpegno verso tale presunzione, cui corrispondeva un ampliamento di intervento del giudice, furono salutate con favore da buona parte della magistratura, che si vedeva finalmente liberata da certi lacci posti a protezione dell'imputato e mortificanti per il potere giudiziario.

Le argomentazioni della magistratura sono ben sintetizzate dal Presidente della Corte d'Appello di Bologna Copelli, il quale non si limitava a riprodurre quasi pedissequamente le parole della Relazione, ma contrapponeva alla difesa dei di-

presunzione d'innocenza fino a sentenza definitiva una trita formula vuota e assurda, auspicando un'estensione della carcerazione preventiva e una riduzione ai minimi termini della libertà provvisoria (R. GAROFALO, *La detenzione preventiva*, in *La Scuola Positiva*, II, 1892, 199); il secondo, pur ammettendo l'esistenza di un qualche barlume di verità nella presunzione di innocenza, finiva tuttavia per considerarla illogica se applicata, ad esempio, ai recidivi (E. FERRI, *Sociologia criminale*, Torino 1900, 729-31).

<sup>15</sup> R.P.P. cit., 22.

<sup>16</sup> O. VANNINI, *Manuale di diritto processuale italiano*, Milano 1946, 24.

<sup>17</sup> G. BETTIOL, *La regola «in dubio pro reo» nel diritto e nel processo penale*, in *Rivista italiana di diritto penale*, IX (1937), poi in ID., *Scritti giuridici*, I, Padova 1966, 308-9.

<sup>18</sup> F.P. GABRIELI, *Istituzioni di diritto processuale penale con le recenti modificazioni legislative*, Roma 1946, 90.

<sup>19</sup> E. DEZZA, *Le reazioni del positivismo penale al codice Rocco*, in *Diritto penale XXI secolo*, anno X, 2/2011, 436.

<sup>20</sup> F. GRISPIGNI, *Diritto processuale penale*, Roma s.d., 42.

ritti individuali l'energica reazione della difesa sociale. «Da ciò l'ostracismo giustamente dato all'irrazionale e arcaico principio della *presunzione dell'innocenza dell'imputato* [...] causa costante dello spostamento d'equilibrio processuale a tutto favore del privato e a tutto pregiudizio della funzione punitrice dello Stato». Il legislatore fascista, a dire di Copelli, aveva così corretto il grossolano errore che vedeva nel Codice penale la legge che persegue i birbanti e nel codice di procedura la legge che protegge gli innocenti<sup>21</sup>.

Sono osservazioni espresse più o meno negli stessi termini da tutte le corti chiamate a pronunciarsi sul progetto: si rimarcava costantemente come il codice ripristinasse un rapporto armonico – infranto, viceversa, dalle passate gestioni politiche – tra la posizione del giudice e quella dell'imputato (così De Rubeis per la Corte d'appello di Catanzaro)<sup>22</sup> e mantenesse alto il prestigio della giustizia, evitando le superfluità, le cavillosità, le temerarietà processuali (in questo senso la Corte d'appello di Messina)<sup>23</sup>; si precisava che lo Stato fascista non era lo Stato patrimoniale, antagonista dell'interesse del singolo, ma lo Stato corporativo che delle energie dei singoli era moderatore, coordinatore e custode (espressione contenuta nella relazione della Corte d'Appello di Palermo)<sup>24</sup>.

Toni simili riecheggiano anche nelle osservazioni delle università: il mondo accademico si schierò quasi compatto a favore del progetto, tanto da arrivare ad affermare che i limiti da esso imposti all'abuso della difesa, divenuta il più delle volte non solo sterile ma «depravatamente teatrale», finivano per assumere un valore etico<sup>25</sup>.

Così si erano finalmente falciati tutti quegli istituti e quelle norme che costituivano un portato delle vecchie ideologie democratiche a garanzia del singolo contro lo Stato sopraffattore, come recitava l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano<sup>26</sup>.

Esce dal coro l'Ateneo maceratese, il quale, preoccupato per la pericolosa china imboccata, opponeva qualche formale riserva sull'effettività dello sbandierato riequilibrio fra Stato e individuo: «non dunque in omaggio allo aberrante sentimentalismo che la Relazione Ministeriale depreca e condanna, ma in omaggio agli interessi dello Stato, riteniamo che le garanzie dell'imputato debbono essere le più larghe possibili e che pertanto debbasi fare ogni riserva in confronto a quelle

<sup>21</sup> *Osservazioni e proposte sul progetto preliminare di un nuovo codice di procedura penale*, in *Lavori preparatori* cit., vol. IX, Roma 1930, 8-13. Il *topos* di un codice penale riservato ai birbanti e di uno di procedura penale per i galantuomini si trova espresso da Enrico FERRI, in *Lavori parlamentari del nuovo codice penale italiano. Discussioni alla Camera dei deputati*, Torino 1888, 33. Sul punto dissentì R. GAROFALO, *Il codice per i galantuomini*, estr. da *Nuova Antologia*, 1902, 5-11.

<sup>22</sup> *Osservazioni* cit., 30.

<sup>23</sup> *Osservazioni* cit., 33.

<sup>24</sup> *Osservazioni* cit., 33. Gli esempi tuttavia si potrebbero moltiplicare, dal momento che concetti identici attraversano le posizioni espresse dalla magistratura dell'intera Penisola.

<sup>25</sup> L'affermazione rientra tra le valutazioni effettuate dall'Università di Bari (*Osservazioni* cit., 41).

<sup>26</sup> *Osservazioni* cit., 49.

prospettate modificazioni che sembrano scostarsi dagli esposti principi», come l'esclusione del difensore dalla fase istruttoria o l'attribuzione della qualifica di parte al pubblico ministero<sup>27</sup>, temi sui quali a breve torneremo.

Meno flebili le voci di dissenso levàtesi dal mondo forense. Si temeva innanzitutto una compressione e uno svilimento del ruolo avvocatesco<sup>28</sup>. Timore corroborato da alcune valutazioni espresse su tale figura professionale<sup>29</sup>: da un lato l'avvocato fascista era considerato un ausiliario e un collaboratore della giustizia, come rammentato dal Segretariato del Partito Nazionale Fascista nel novembre del 1929, che invitava gli iscritti a non assumere la difesa di individui inequivocabilmente colpevoli di delitti ripugnanti o gravemente pericolosi per l'ordine sociale e politico; dall'altro non ci si faceva scrupolo di qualificare spregevole faccendiere quell'avvocato pronto a tradire il mandato di patrocinatore del diritto per divenire protettore della delinquenza<sup>30</sup>, recuperando pregiudizi e luoghi comuni sul ceto forense<sup>31</sup>.

L'impianto complessivo del codice dimostra che, nonostante l'asserito rispetto, il diritto di difesa era compromesso dalla struttura stessa del processo: il difensore doveva essere presente obbligatoriamente nel dibattimento, mentre era esclusa la sua partecipazione agli atti istruttori, che si configuravano come il momento cruciale nella formazione della prova, a dispetto dei proclami tesi a individuare nel dibattimento la fase più importante e decisiva del processo<sup>32</sup>.

Sono inoltre sufficienti le disposizioni relative alle modalità di esplicazione della difesa dibattimentale per certificare i limiti stringenti cui era soggetto il procuratore di parte. Una serie di vincoli erano stati introdotti in risposta ai supposti abusi dell'arte oratoria<sup>33</sup>. Per questa ragione, al difensore veniva contingentato il tempo

<sup>27</sup> *Osservazioni cit.*, 46.

<sup>28</sup> Per una rapida panoramica cfr. *Osservazioni cit.*, 68-165.

<sup>29</sup> La ridefinizione del ruolo dell'avvocato era iniziata all'alba del ventennio fascista, come ricostruito puntualmente da M.N. MILETTI, *Le ali ripiegate. Il modello di avvocato fascista nel codice di procedura penale italiano del 1930*, in *Acta histriae*, 16, 4, 2008, 619-36.

<sup>30</sup> MANZINI, *Trattato cit.*, vol. II, 427. Alla nt. 1, p. 427 della medesima opera si consulti la dichiarazione del segretario del Partito Nazionale Fascista, qui riprodotta parzialmente.

<sup>31</sup> R. BIANCHI RIVA, *L'avvocato non difenda cause ingiuste. Ricerche sulla deontologia forense in età medievale e moderna*, I: *Il medioevo*, Milano 2012. Le pagine che Manzini dedica alla figura del difensore sono illuminanti e si concludono con un giudizio di inutilità sulle trattazioni deontologiche, considerate per lo più incomplete. «Per condursi degnamente, il difensore non ha che da seguire i responsi della propria coscienza, i consigli dei suoi colleghi più reputati ed esperti e le regole della educazione morale. Il buon senso, la prudenza, la discrezione, la rettitudine, la civiltà sono cose che non si possono insegnare con un elenco di precetti o con la casistica» (V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale*, II, Torino 1931, 431).

<sup>32</sup> FERRUA, *Dal codice di rito cit.*, 446; M.N. MILETTI, «*Uno zelo invadente*». *Il rifiuto della pubblicità istruttoria nel codice di procedura penale del 1930*, in *Processo penale e opinione pubblica in Italia tra Otto e Novecento*, a cura di Floriana Colao, Luigi Lacchè e Claudia Storti, Bologna 2008, 227-62.

<sup>33</sup> Così MANZINI, *Trattato cit.*, II, 468.

di intervento, che non doveva superare la soglia fissata dal giudice (presumendo così nel magistrato una sorta di prescienza del contenuto della difesa e mortificandone comunque il libero svolgimento)<sup>34</sup>: disposizione che, prima di essere abrogata nel 1944 con il d. lgs. lgt. n. 288, era già nei fatti caduta in desuetudine. Lo sfioramento del tempo comportava come sanzione la perdita della facoltà di parola, di cui si era privati ad opera dello stesso magistrato<sup>35</sup>.

L'art. 468, inoltre, vietava di proseguire l'arringa difensiva in una udienza successiva e al tempo stesso impediva al difensore di rifiutare di iniziare ad esporre le proprie argomentazioni quando mancassero due ore alla fine dell'udienza, ripristinando indirettamente in tal modo il preciso limite temporale di tre ore, presente nel progetto preliminare, che Rocco assicurava di aver voluto escludere<sup>36</sup>. Anche il riconoscimento, a pena di nullità, del diritto dell'imputato e del difensore di avere l'ultima parola non solo era subordinato alla richiesta della parte, ma doveva esercitarsi in un brevissimo lasso temporale e andava utilizzato per effettuare dichiarazioni riguardanti esclusivamente l'oggetto della difesa (art. 468, ult. cpv.), aggiungendo argomenti del tutto nuovi o confutando quelli esposti dall'avversario. Era invece esclusa la possibilità di servirsi di questa opportunità a chiusura del dibattimento per svolgere una nuova o più completa difesa<sup>37</sup>.

La rete che imbrigliava l'intervento del difensore mirava ad evitare ogni inutile perdita di tempo e a rendere il processo spedito. Secondo Rocco non vi era pregiudizio nel costringere l'avvocato a parlare in uno scorcio di seduta: la vanità dell'avvocato di farsi ascoltare per più tempo da più persone non doveva prevalere

<sup>34</sup> Si trattava di una modifica rispetto alla previsione del progetto iniziale, come espresso dallo stesso Ministro. Questi aveva ritenuto opportuno rinunciare alla precisa limitazione delle tre ore di tempo inizialmente proposta, rimettendo ogni valutazione alla discrezione del magistrato preposto al dibattimento, il quale doveva agire tenendo conto dell'importanza della causa e delle questioni da trattare. Su esplicita ammissione del Guardasigilli, aveva egli invece rifiutato di cedere alle pressioni di quanti chiedevano un ugual intervento nei confronti del pubblico ministero, rivelando, anche in questi piccoli accorgimenti, una sperequazione tra le due posizioni (*Relazione del Guardasigilli al Progetto definitivo di un nuovo codice di procedura penale* [d'ora in poi R.P.D.], in *Lavori preparatori* cit., vol. X, Roma 1930, 64). Plaude a questa scelta Longhi, per il quale fortunatamente il guardasigilli non si era lasciato sedurre dal suggerimento di equiparare la posizione del p.m. e quella del difensore: «è davvero il caso di ripetere qui che la uguaglianza si realizza trattando diversamente cose disuguali [...] per l'oratore della legge non occorrono davvero tutti quei freni di arresto che per gli oratori delle parti si rivelano invece indispensabili» (S. LONGHI, *La difesa nel nuovo codice penale*, in *Rivista Penale*, 1931, p. 231).

<sup>35</sup> Cfr. le ulteriori limitazioni sancite dall'art. 470 e le precisazioni del ministro (R.P.P. cit., 93).

<sup>36</sup> Silvio Longhi precisava come Rocco avesse abbandonato la limitazione *ad horas*, più comune e prevista nel Progetto preliminare, a favore di una restrizione "ad udienza". «Nella realtà le esortazioni alla brevità e l'invito a concludere non sono comandi ma opere vanee», semplici pause che finivano per dare, alla ripresa, nuova lena e quasi maggior linfa oratoria al difensore (LONGHI, *La difesa* cit., pp. 230-1).

<sup>37</sup> R.P.P. cit., 92.

sull'interesse pubblico alla celerità dei giudizi<sup>38</sup>.

Si irrideva quell'«arte» declamatoria di cui l'avvocato spesso si era avvalso nel passato<sup>39</sup>, trasformando il suo intervento in un'esibizione da commediante e soffocando gli elementi di fatto e di diritto sotto coltri di parole, confusi da una «logorrea cialtronesca e istrionica» e da una «retorica vuota e fraudolenta», manifestazione di una inferiorità intellettuale e morale volta a suscitare inutili sentimentalismi (l'espressione, come si vede, è ricorrente)<sup>40</sup>. Alla vecchia oratoria non rimanevano che le conferenze, «passatempi per intellettualoidi piccoli-borghesi, tediosissimi bensì, ma del tutto innocui per gli interessi pubblici e per quelli dei privati che hanno il buon gusto e la prudenza di evitarli»<sup>41</sup>.

I diritti processuali dell'imputato erano dunque piegati alla finalità della difesa sociale, poiché, dirà ancora una volta il buon Manzini, lo Stato fascista, a differenza dello Stato democratico-liberale, non considerava la libertà individuale come un diritto, quanto piuttosto come una concessione accordata nell'interesse della collettività<sup>42</sup>. In perfetta sintonia, Alfredo Rocco, nel 1925, aveva reso ancor più esplicito il concetto, sostenendo che alla formula delle dottrine liberali, democratiche e socialiste, per le quali la società è per l'individuo, il fascismo aveva sostituito la massima «l'individuo per la società», con la differenza, rispetto alle prime, che il fascismo non annullava l'individuo nella società: lo subordinava<sup>43</sup>.

<sup>38</sup> R.P.P. cit., 92.

<sup>39</sup> Afferma Grisogni che il codice aveva giustamente represso gli eccessi scandalosi che costituivano una vergogna dei giudizi penali (F. GRISOGNI, *Sul progetto preliminare di un nuovo codice di procedura penale*, in *Scuola positiva*, 1930, 2).

<sup>40</sup> MANZINI, *Trattato cit.*, II, 470. Nella Relazione al progetto preliminare il Ministro ricollegava i rimedi escogitati per arginare una certa oratoria forense (intesa in senso dispregiativo e da contrapporre ad un'eloquenza sobria e austera) all'abolizione della giuria popolare: se con l'esistenza delle corti d'assise si poteva in qualche misura motivare la prolissità con la necessità di far comprendere ai giurati (digiuni di diritto e privi di competenze tecniche) i risultati del processo e le ragioni della difesa, la scomparsa della giuria popolare destituita di fondamento tali giustificazioni e restituiva all'argomentazione giuridica la prevalenza sull'esposizione narrativa: «Il giudizio non sarà più l'espressione monosillabica d'incontrollabili moventi psichici, bensì la manifestazione motivata d'una volontà informata all'elemento giuridico» (R.P.P. cit., 90). Cfr. MILETTI, *Le ali ripiegate cit.*, 626-9. Tuonava contro la precedente composizione della corte d'assise «morta per suicidio» per aver dimostrato «la sua assoluta insufficienza ad assolvere un compito per il quale era stata creata» F. PUJIA, *La nuova corte d'assise*, in *Rivista penale*, 1931, p. 238. Sulla trasformazione delle corti d'assise, da giuria popolare a collegio di assessori, si veda R. ORLANDI, *La riforma fascista delle corti d'assise*, in *L'inconscio inquisitorio cit.*, 225-40.

<sup>41</sup> MANZINI, *Trattato cit.*, II, 473.

<sup>42</sup> MANZINI, *Trattato cit.*, I, 183.

<sup>43</sup> Proseguiva Rocco sostenendo che la concezione fascista della libertà consisteva sì nel garantire all'individuo le condizioni necessarie per lo sviluppo delle sue facoltà, escludendo ogni forma di mortificazione della personalità individuale, «ma ciò non perché [lo Stato moderno] riconosca un diritto dell'individuo alla libertà superiore dello Stato, ma perché crede che lo sviluppo della personalità umana sia un interesse dello Stato... La libertà, pertanto, è data all'individuo e ai gruppi

Nel nuovo modello processuale, dunque, i principi del contraddittorio, dell'oralità, della difesa e della pubblicità venivano ridotti a meri orpelli. Si propagandava che il nuovo c.p.p., libero da formalismi, avrebbe consentito la vittoria della giustizia sostanziale su quella formale, tema ossessivo nella letteratura giuridica del tempo. Ma dietro il paravento della proclamata simmetria tra Stato e *reus* si celava, in modo neppure troppo velato, la volontà di approntare tutti gli strumenti perché gli interessi del primo prevalessero su quelli del secondo.

## 2. *La regolamentazione delle prove nel codice del Trenta*

Queste le linee ispiratrici in cui fu calata la disciplina delle prove, per comprendere la quale, tuttavia, non è sufficiente il mero riferimento alla regolamentazione legislativa.

Non basta infatti rifarsi alle disposizioni contenute nel II libro, quello dedicato all'istruzione formale, considerata la forma ordinaria del procedimento nella quale acquisire gli elementi probatori utili all'accusa (con la conseguenza che i precetti qui dettati si applicavano anche alle altre fasi qualora si trattasse di assumere la medesima specie di prova). Non è neppure possibile accontentarsi dello sterile elenco dei mezzi esperibili, anche se si tratta di una enumerazione capace di far discutere gli interpreti del tempo, divisi, ad esempio, sulla possibilità di ricomprendere tra le prove la perquisizione e il sequestro, da alcuni considerati strumenti volti alla raccolta e alla conservazione delle prove<sup>44</sup>, piuttosto che essere intesi essi stessi come mezzi di prova.

Alla domanda se si trattasse di un elenco tassativo e chiuso Florian dava risposta negativa, sostenendo che fosse ammesso ogni mezzo di prova non espressamente vietato dalla legge<sup>45</sup>. Per l'autore era la ricerca della verità materiale a escludere il requisito della tassatività: il codice del '30 si sarebbe limitato a disciplinare soltanto quelle prove che richiedevano particolari forme per essere assunte, rimettendo poi al giudice poteri amplissimi nella ricerca dei mezzi di prova, tanto da poter annoverare tra essi, ad esempio, la prova del sangue, quella dattiloscopica, cinematografica, fotografica, fonografica e così via<sup>46</sup>. Libera era la prova sia quanto all'oggetto che ai mezzi<sup>47</sup>.

nell'interesse sociale. Come tutti i diritti individuali, anche la libertà è una concessione dello Stato» (il passo è tratto dal celebre discorso tenuto a Perugia il 30 agosto 1925 da AL. ROCCO, *La dottrina del fascismo ed il suo posto nella storia*, Roma 1925, pp. 16-18, poi ripubblicato in ID., *Scritti e discorsi politici*, Milano 1928, III, 1099-1106).

<sup>44</sup> S. RANIERI, *Manuale di diritto processuale penale*, Padova 1956, 265.

<sup>45</sup> E. FLORIAN, *Diritto processuale penale*, Torino 1939, 302.

<sup>46</sup> RANIERI, *Manuale* 1956 cit., 250.

<sup>47</sup> FLORIAN, *Diritto processuale* cit., p. 288.

Recuperando una terminologia forgiata nell'età di mezzo, vi era chi distingueva tra prova generica e specifica<sup>48</sup>, una contrapposizione che per taluno poteva servire alla pratica, ma priva di base scientifica<sup>49</sup>. La prima sorgeva da elementi di carattere oggettivo, i quali, cadendo sotto la immediata percezione del giudice, influivano direttamente sulla formazione del convincimento. Tali erano ad esempio la perizia, l'interpretazione, il sequestro e la perquisizione (per quanti li consideravano mezzi di prova), l'ispezione giudiziale, da compiersi nel periodo istruttorio ed esperibile nei confronti di luoghi, cose e persone.

La prova specifica scaturiva invece da elementi soggettivi, operanti come fonte mediata di accertamento e di convincimento in quanto non percepiti dal giudice direttamente. Vi si annoveravano la ricognizione, intesa però da Manzini, più che come mezzo di prova, quale atto istruttorio informativo diretto ad assodare un presupposto e a valutare la credibilità di un elemento di prova; la testimonianza, l'interrogatorio dell'imputato, il confronto, rispetto al quale il codice del '30 manteneva il divieto già presente nel rito del '13 (che a sua volta aveva derogato all'art. 245 del c.p.p. del 1865) di fare cenno alle impressioni riportate dal giudice circa l'atteggiamento assunto dalle persone intervenute all'atto<sup>50</sup>.

Si distingueva inoltre tra prova positiva, atta a dimostrare l'esistenza di un fatto, e negativa, diretta ad attestare l'inesistenza di un fatto diverso da essa<sup>51</sup>, come proponeva l'art. 479, 2° comma, quando, in tema di proscioglimento, differenziava il difetto della prova positiva («manca del tutto la prova che il fatto sussiste o che l'imputato lo ha commesso») dalla presenza della prova negativa («vi è la prova che

<sup>48</sup> Ma altre sono le distinzioni proposte, «con risultati utili più alla teorica che alla pratica», come quella tra prove reali (in cui il mezzo di prova è una cosa, come un'arma, una ferita, un cadavere cc..) e personali (l'attività di una persona); tra prove storiche (tale sarebbe la testimonianza *de visu*, dove il mezzo di prova è rappresentativo dell'oggetto da provare) e critiche (gli indizi, in cui il mezzo di prova è tale da fornire notizie utili per dedurre il fatto da provare); dirette (se il mezzo di prova consente al giudice di accertare da sé il fatto da provare) e indirette (se il fatto da provare è conosciuto dal giudice attraverso altri fatti che lo rappresentano, come avviene nella perizia o nella testimonianza). Cfr. RANIERI, *Manuale* 1956 cit., 251.

<sup>49</sup> V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, III, Torino 1932, III, 151. Nella contrapposizione tra prova generica e specifica si avverte l'eco della tradizionale distinzione tra inquisizione generale e speciale propria del processo inquisitorio del maturo diritto comune: l'inquisizione generale mirava ad accertare l'effettiva perpetrazione di un reato (si esplorava, in altre parole, l'esistenza generica del delitto) e preparava la strada a quella speciale, che si apriva quando, raccolti sufficienti elementi contro un soggetto, si dirigeva la ricerca ad accertarne l'effettiva responsabilità: dall'appuramento del delitto si passava a quello del colpevole.

<sup>50</sup> Per la Cassazione invece qualunque circostanza poteva essere presa in considerazione: anche il contegno tenuto dall'imputato durante l'interrogatorio (Cassazione, 1ª sezione, 3 maggio 1939, in *Giustizia penale*, 1941, IV, 107). Cfr. anche FLORIAN, *Diritto processuale* cit., 304.

<sup>51</sup> Sulla prova legale negativa e le sue origini cfr. P. RONDINI, *Ex sententia animi tui. La prova legale negativa nell'età della codificazione*, Milano 2012.

il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso»)<sup>52</sup>.

Scorrendo la letteratura del tempo si percepisce una sorta di neutralità di giudizio: in tema di prova l'apporto interpretativo degli autori è quasi nullo, limitandosi essi ad una mera esegesi e ad un'asettica esposizione, in conformità ai canoni del tecnicismo giuridico, che comprimeva la dottrina entro lo schema del commentario. Diverso il discorso per la manualistica post bellica, e soprattutto per la visione carneluttiana delle prove, che rompe con l'impostazione tradizionale per offrire una nuova lettura, opinabile, certo, ma feconda di spunti di discussione, a partire dall'idea di prova non come dato statico ma dinamico, còlta nel suo divenire e distinta tra prova storica e critica.

Nella dottrina degli anni '30-'40 ci si richiama più che altro ai principi della lealtà o probità processuale<sup>53</sup>, di legittimità della prova, di immediatezza<sup>54</sup>, formule condivisibili nella loro astrattezza dogmatica, ma enunciate senza un guizzo di riflessione critica, e soprattutto sorvolando sulle ricadute immediate. Tali assunti, a detta dei maggiori studiosi del tempo, operavano soprattutto durante la fase istruttoria, la più complessa dell'intero procedimento secondo Aloisi.

Per tutte queste considerazioni, se si vuole penetrare a fondo la natura del regime probatorio accolto nel c.p.p. del '30, occorre scandire i diversi momenti in cui rilevava il concetto stesso di prova e ricostruire i segmenti di cui l'*iter* procedurale si componeva.

### 2.1. *La struttura del procedimento secondo il c.p.p. del Trenta: un rito misto con prevalenze inquisitorie*

Il rito del 1930, come è noto, distingueva tra una fase preliminare, destinata alla ricerca degli elementi occorrenti per l'inizio dell'azione penale (e che, recuperando una classica terminologia inquisitoria, si definiva processo informativo)<sup>55</sup>; l'istruzione vera e propria, a sua volta ripartita in formale e sommaria, avente per

<sup>52</sup> La prova negativa, ossia la dimostrazione dell'incolpevolezza, di regola non è possibile, preciserà Manzini, tanto che il pretenderla rappresenterebbe nella maggior parte dei casi un assurdo logico e una manifesta iniquità (MANZINI, *Trattato* cit., III, 148).

<sup>53</sup> In virtù di questo principio, i soggetti protagonisti del rapporto processuale erano chiamati a cooperare per l'attuazione della volontà della legge, tanto che il dovere di ricerca della verità imponeva di subordinare l'interesse individuale ad una sentenza favorevole all'interesse generale di avere una sentenza giusta, come dirà, tra gli altri, Eduardo MASSARI (*La probità processuale come dovere giuridico*, in *Annali di diritto e procedura penale*, 1932, 237). Cfr. anche GABRIELI, *Istituzioni* cit., 260.

<sup>54</sup> Il principio dell'immediatezza, che a detta di Gabrieli dominava il campo della prova in tutte le fasi del procedimento, si traduceva nella «integrale e diretta percezione, da parte del giudice, delle prove che devono concorrere a formare il suo convincimento. Al principio dell'immediatezza si possono ricondurre tutte le disposizioni le quali prescrivono che la prova deve essere assunta dal magistrato ovvero deve essere eseguita alla sua presenza e sotto la sua direzione» (GABRIELI, *Istituzioni* cit., 262).

<sup>55</sup> GABRIELI, *Istituzioni* cit., 217; U. ALOISI, *Manuale pratico di procedura penale*, Milano 1932, 268.

oggetto la valutazione degli elementi in base ai quali decidere se si dovesse o meno far luogo al giudizio; e il dibattimento, in cui avveniva la discussione delle prove e la pronuncia di una sentenza su di esse fondata.

È soprattutto sulla fase istruttoria, totalmente segreta<sup>56</sup>, che occorre soffermarsi.

La differenza tra istruzione formale e sommaria risiedeva non già, come vorrebbe il senso delle parole, in una maggior semplicità o rapidità della procedura, ma nel soggetto agente: giudice istruttore o pubblico ministero. Questi poteva procedere all'istruzione sommaria quando la prova fosse, a suo insindacabile giudizio, evidente<sup>57</sup>. La prova, in questo caso, non incideva ai fini del giudizio finale, ma rilevava nella scelta, mai neutra nelle conseguenze, della tipologia di rito da esperire: il p.m., infatti, quasi come organo di smistamento, si rendeva arbitro del destino del processo, avviandolo per una strada anziché per un'altra.

Realizzando la divisione tra sommaria e formale si era scelto di abbandonare il principio della separazione delle funzioni processuali, contraddicendo l'apoteigma invalso nella dottrina francese di un pubblico ministero uno e indiviso<sup>58</sup>, e si era introdotto uno dei più gravi vizi di costruzione del processo penale: infatti p.m. e giudice istruttore, con rilevante promiscuità funzionale, nella fase istruttoria cogestivano in segreto la raccolta delle prove nei confronti dell'imputato per assicurare una speditezza che non sempre si conciliava con le forme solenni del giudizio<sup>59</sup>.

Ad attenuare il senso di contaminazione tra funzioni si sottolineava che l'istruzione sommaria rappresentava l'eccezione (secondo la prescrizione dell'art. 389) e quella formale la regola (nei casi stabiliti dall'art. 295), ma era altresì vero che in quella formale toccava al p.m. investire il giudice istruttore dell'azione penale mediante richiesta (art. 296, 1° comma), vincolandolo sull'obbligatorietà di avvio, ma non circa il titolo di reato, che il g.i. poteva modificare secondo le risultan-

<sup>56</sup> La segretezza dell'istruzione «ha funzione di garanzia così per la regolare condotta del processo scritto e per la necessaria indipendenza del magistrato, come per la tutela del buon nome dei cittadini che può essere gravemente offuscata dalla propalazione delle accuse che formano oggetto del procedimento istruttorio» (ALOISI, *Manuale* cit., 284). Un modo, prosegue l'autore, per impedire sia la fuga di notizie sia per evitare processi mediatici: «la cronaca dei giornali quotidiani non sarà più nera o troppo nera come finora era stata con detrimento inevitabile della onorabilità di singoli cittadini che possono anche essere innocenti». Non sarebbe forse ingeneroso scorgere nelle parole dell'Aloisi anche un modo per depurare i giornali delle notizie in grado di turbare l'animo della popolazione italiana, una sorta di censura per non intaccare il clima di ottimismo e di ordine imperante nella patria fascista. La segretezza, per Manzini, era condizione imprescindibile per la scoperta dei colpevoli e per la raccolta delle prove (MANZINI, *Trattato* cit., III, 42).

<sup>57</sup> Cassazione, 1ª sezione, 29 febbraio 1932, in *Giustizia penale*, 1933, IV, 50.

<sup>58</sup> De Marsico riteneva che i caratteri dell'unità e indivisibilità fossero stati sostituiti, nel codice, dai criteri della dipendenza gerarchica e della specificazione delle competenze (A. DE MARSICO, *Lezioni di diritto processuale penale*, Napoli 1952, 71).

<sup>59</sup> Così G. DEAN - R. FONTI, *La giurisdizione penale*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, vol. I: *I soggetti e gli atti*, parte I: *I soggetti*, Torino 2009, 3.

ze istruttorie. Prima di questo momento, inoltre, il p.m. poteva compiere atti di investigazione e di conservazione; durante l'istruzione poteva avanzare richieste, assistere agli atti e prenderne visione in ogni stato del procedimento (art. 303). In altre parole, il p.m. prima del processo aveva funzioni di polizia giudiziaria *ex art. 232*<sup>60</sup> (una disposizione che mostra forse al meglio la tendenza all'ipertrofia della funzione del procuratore, finendo per attribuire alle fase preliminare investigativa i caratteri di un'istruttoria anticipata); nel processo svolgeva un'attività inquirente e requirente che diveniva esecutiva con l'esaurimento del processo stesso<sup>61</sup>.

L'azione consultiva del pubblico ministero finiva tuttavia per degenerare in giurisdizione per il carattere ibrido che egli incarnava<sup>62</sup>, assommando in sé, in senso lato, il ruolo di giudice (anche se la Relazione al progetto definitivo avvertiva che nessuno avrebbe osato sostenerlo<sup>63</sup>), di accusatore e di parte. Una parte che si voleva imparziale<sup>64</sup>, formula paradossale, secondo Carnelutti<sup>65</sup>, la cui intrinseca contraddizione in termini era artificiosamente superata da De Marsico, il quale asseriva che il concetto di parte fosse squisitamente giuridico e non espressione empirica di partigianeria<sup>66</sup>. Si trattava di una parte al tempo stesso *sui generis*, come sostenuto da Manzini<sup>67</sup> e ribadito nella Relazione al progetto definitivo<sup>68</sup>, tale in senso formale (in quanto interveniva nel processo per il soddisfacimento di un interesse altrui)<sup>69</sup>, pubblica, che non si contrapponeva a quella privata, ma la

<sup>60</sup> «La funzione della polizia giudiziaria va considerata nel p.m., che ne è il soggetto principale e dirigente» (MANZINI, *Istituzioni* cit., 148).

<sup>61</sup> GABRIELI, *Istituzioni* cit., 87; VANNINI, *Manuale* cit., 56; S. RANIERI, *Manuale di diritto processuale penale*, Padova 1957, 206-10.

<sup>62</sup> Tale natura 'spuria' del p.m., dipendente dal potere esecutivo, e al tempo stesso un po' parte e un po' magistrato (e in quest'ultima veste indipendente), era già stata contestata con riferimento al rito del 1865 da L. LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, Firenze 1895, 215. Nella Relazione al progetto definitivo del c.p.p. del Trenta si ammetteva che erano state avanzate richieste per togliere al p.m. il carattere di parte, ma esso «è troppo insito nella realtà della funzione, perché io possa indurmi a disconoscerlo», si giustificava il Ministro (*R.P.D.* cit., 22).

<sup>63</sup> *R.P.D.* cit., 22.

<sup>64</sup> L'imparzialità discendeva dal fatto che le pretese del p.m. erano dirette all'attuazione del diritto obiettivo, di un interesse pubblico e non personale.

<sup>65</sup> F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, I, Roma 1946, 160.

<sup>66</sup> DE MARSICO, *Lezioni* cit., 33.

<sup>67</sup> MANZINI, *Trattato* cit., II, 228, anche se la formula è presente già nell'ed. del *Trattato* del 1912.

<sup>68</sup> *R.P.D.* cit., 22. Era viva anche la discussione se il p.m. fosse organo giurisdizionale (G. VASSALI, *La potestà punitiva*, Torino 1942, 175), amministrativo (ALOISI, *Manuale* cit., 147 e sgg.; ALTAVILLA, *Manuale* cit., 137) o, come sostenuto da Giuseppe Sabatini, organo di giustizia, indipendente dal potere esecutivo e parte del potere giudiziario (GIUS. SABATINI, *Il pubblico ministero nel diritto processuale penale*, Napoli 1943), in contrasto con quanti sostenevano che il p.m. fosse dipendente dal governo dal momento che esercitava le sue funzioni sotto la vigilanza del Ministro di Giustizia, ed era «parte dell'ordine e non del potere giudiziario» (RANIERI, *Manuale* 1957 cit., 202). Cfr. anche MANZINI, *Istituzioni* cit., 146.

<sup>69</sup> Così MANZINI, *Trattato* cit., II, 228, in contrasto con la precedente dottrina, che vedeva nel

sovrastava (segno, scriverà Carnelutti, della persistente immaturità del sistema e di un'improprietà nominale che celava una gran confusione di idee)<sup>70</sup> e che, infine, aveva il dovere di ossequio alla verità e alla giustizia, dal momento che agiva nell'interesse dello Stato come ogni pubblico ufficiale<sup>71</sup>.

I poteri del p.m si dilatavano invece nell'istruzione sommaria, dove l'azione penale era da lui promossa mediante richiesta del decreto di citazione a giudizio (art. 396)<sup>72</sup>. Qui il p.m. fruiva di tutte le facoltà istruttorie proprie del g.i., come si è detto, senza che ciò finisse per alterarne la natura di parte, dal momento che egli non agiva «per fini personali, bensì per uno scopo eminentemente pubblico e che di conseguenza ha interesse ad agire soltanto quando tragga la convinzione della colpevolezza da elementi obiettivi, accuratamente vagliati»<sup>73</sup>.

In breve, il p.m. poteva compiere tutti gli atti (avessero questi ad oggetto l'accertamento della prova generica o quello della prova specifica) che spettavano al g.i. nell'istruzione formale (*ex art.* 391), tranne quelli che gli erano espressamente vietati (quindi, al pari del g.i., poteva limitare la libertà personale dell'imputato, decidere per il rinvio a giudizio o per il proscioglimento, compiere esperimenti giudiziari, perquisizioni domiciliari, ricognizioni, perizie, assunzione di interrogatorio dell'imputato e così via). Solo nel caso in cui la durata della custodia preventiva fosse superiore ai quaranta giorni senza che il p.m. avesse fatto richiesta di decreto di citazione a giudizio o di sentenza di proscioglimento, l'istruzione sommaria si trasformava in formale o si addiveniva alla scarcerazione dell'imputato, con conseguente accertamento dei motivi del ritardo dell'azione del p.m. e di una sua eventuale responsabilità *ex art.* 272, 2° comma.

Inoltre, la violazione della forma di istruzione, ossia la non osservanza dell'obbligo imposto dagli artt. 295 e 389 di procedere ora con rito formale ora con quello sommario a seconda dei presupposti di partenza, non comportava nullità, risolvendosi in un mero spostamento di attribuzioni tra organi giudiziari egualmente abilitati a compiere quegli stessi atti istruttori, sottolineandosi in questo modo ancor di più la promiscuità cui si faceva prima cenno.

p.m. una parte in senso sostanziale, che interveniva per soddisfare un interesse proprio (così, ad es., F. SIRACUSA, *Il pubblico ministero*, Torino 1929, 104 e sgg.; LUCCHINI, *Elementi cit.*, 214-5).

<sup>70</sup> CARNELUTTI, *Lezioni cit.*, I, 159.

<sup>71</sup> Precisa Ranieri che il p.m. e l'imputato erano sia parti nel processo che parti rispetto all'azione che vi era dedotta, a differenza di quanto avveniva nel rito civile, in cui si era soliti distinguere tra le due posizioni (RANIERI, *Manuale 1957 cit.*, 171).

<sup>72</sup> Il codice del Trenta recupera sul punto la nomenclatura del 1865 («ma con più esattezza», puntualizza Manzini), abbandonando invece quella del codice del 1913 che aveva preferito l'espressione *citazione diretta*. «Non si tratta, invero, di citazione diretta al giudizio, dal momento che prima deve esserci un'istruzione, seppure sommaria» (V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, IV, Torino 1932, 228, nt.1).

<sup>73</sup> GABRIELI, *Istituzioni cit.*, 247-8.

L'ultimo segmento processuale era costituito dal dibattimento, contrassegnato dai requisiti dell'oralità e della pubblicità. Il giudice del dibattimento decideva non solo in base a prove assunte oralmente davanti a lui, ma avvalendosi anche dei verbali di atti compiuti da altri soggetti in un momento anteriore al procedimento<sup>74</sup>. La disarmonica architettura del processo del '30 comportava, a detta di Manzini, che la semplice lettura dell'atto in cui la prova era contenuta (spesso il modo ordinario di procedere) diveniva «il mezzo con cui si oralizzano, cioè si rendono conformi ai principi del dibattimento, gli atti scritti»<sup>75</sup>, con conseguente «mortificazione della struttura accusatoria del dibattimento», a testimonianza, una volta di più, dello spirito autoritario della riforma fascista<sup>76</sup>.

In questo modo le prove, formatesi in uno stadio anteriore, si riversavano tali e quali nel dibattimento, che perdeva così la propria centralità<sup>77</sup>, ed erano alla mercé di un giudice prevenuto dalla lettura del fascicolo<sup>78</sup>. Una caratteristica che indurrà ad affermare che nel rito del '30 tornava ad avvertirsi, come nel lontano passato, più il fruscio della carta che il suono delle parole<sup>79</sup>.

L'utilizzabilità dibattimentale degli atti raccolti nell'istruttoria finiva per vanificare la separazione delle fasi processuali (autonome e al tempo stesso concatenate tra loro fino a formare un meccanismo complesso) e forgiava un'idea di unità dell'intero procedimento in cui, tuttavia, la fase precedente al giudizio era talmente preponderante da trasformare il dibattimento in una mera e il più delle volte spenta riproduzione di quanto già trasfuso negli atti<sup>80</sup>, quasi fosse «una sorta di semplice controllo di giudizi cristallizzati in momenti anteriori»<sup>81</sup>.

Manzini ribadiva con forza che il c.p.p. del '30 si ispirava ad un modello misto,

<sup>74</sup> «Nel sistema del nostro processo – precisa Florian – bisogna distinguere: in genere, nella prima fase del procedimento, nell'istruzione, prevale il metodo della scrittura [...]. Invece, nel dibattimento, quando tutto si avvia alla sintesi riassuntiva spesso drammatica, prevale l'oralità, che rappresenta il metodo normale» (E. FLORIAN, *Principi di diritto processuale penale*, Torino 1932, 66).

<sup>75</sup> MANZINI, *Trattato* cit., IV, 346.

<sup>76</sup> P. FERRUA, *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*, Milano 1981, 264-5.

<sup>77</sup> In questo senso F. CORDERO, *Ideologie del processo penale*, Milano 1966, 169.

<sup>78</sup> G. ILLUMINATI, *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, in *Enciclopedia Giuridica*, I, Roma 1989, 7.

<sup>79</sup> Il concetto di oralità nel processo del 1930 è ben espresso da Ferrua, il quale evidenzia come la polivalenza concettuale, assunta nella terminologia giuridica da tale espressione, richieda di specificarne la possibile accezione. Orali erano ai sensi dell'art. 138 del c.p.p. le deposizioni rese dai testimoni e dall'imputato, nel senso che costoro erano tenuti a rendere dichiarazioni "a viva voce", senza ricorrere ad altre forme di comunicazione. Al tempo stesso «l'art. 138 c.p.p. e le norme che ammettono la lettura in giudizio delle deposizioni istruttorie non si trovano in un rapporto di regola-eccezione, ma semplicemente operano in sfere distinte, seppur tra loro coordinate: l'uno concerne il momento di formazione della prova testimoniale; le altre attengono alla diversa problematica dell'acquisizione in dibattimento delle prove elaborate negli stadi anteriori del processo» (FERRUA, *Oralità del giudizio* cit., 279-81).

<sup>80</sup> G. CONTI - A. MACCHIA, *Indagini preliminari*, in *Enciclopedia Giuridica*, XIV, Roma 1989, 1.

<sup>81</sup> M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano 1974, 416.

con prevalenza del tipo inquisitorio nell'istruzione e del tipo accusatorio nel giudizio, nel quale l'imputato non era mero oggetto dell'investigazione e dell'accertamento giudiziale, come avveniva nell'inquisitorio, ma non era neppure completamente libero contraddittore in grado di lottare ad armi pari contro l'accusatore, come accadeva nel paradigma accusatorio<sup>82</sup>.

A ben guardare, però, i profili fin qui evidenziati sembrano mettere in discussione l'effettività del sistema misto, tale solo da un punto di vista formale<sup>83</sup>: i poteri di iniziativa probatoria del p.m. (che, come si è visto, godeva anche del monopolio dell'azione penale) e del giudice istruttore, uniti alla possibilità per l'autorità giudicante di decidere sulla base di atti scritti (sacrificando così anche il principio di immediatezza della prova), denunciano al contrario il prevalente carattere inquisitorio del rito.

## 2.2. Quali e quante prove?

Per fondare su basi più solide quest'ultima osservazione valgono alcune sottolineature.

Nella fase istruttoria, in logica ottemperanza alla sua segretezza, l'imputato non era assistito dal difensore<sup>84</sup>: proprio come sostenuto nell'archetipo inquisitorio, i giuristi del tempo in cui maturò la codificazione fascista invitavano a distinguere l'istituto della difesa da quello del difensore, precisando che solo la presenza di quest'ultimo risultava incompatibile con le esigenze delle indagini istruttorie e ribadendo come per la difesa fosse sufficiente la presenza dell'indagato<sup>85</sup>.

Il principio del contraddittorio su cui si reggeva il processo del 1930 si sostanziava

<sup>82</sup> Così MANZINI, *Trattato* cit., II, 278. «Io ritengo tuttavia, per una serie di considerazioni d'ordine generale, che questi vecchi schemi, pur conservando un notevole valore dommatico, abbiano perduto molta della loro primitiva importanza. Il procedimento penale si avvia verso l'adozione di un nuovo tipo, schiettamente italiano qual è il processo tecnico» (ALOISI, *Manuale* cit., 15). Per una rilettura della contrapposizione tra accusatorio/inquisitorio cfr. da ultimo E. DEZZA, *Accusa e inquisizione nell'esperienza italiana contemporanea*, in *Diritti individuali* cit., 101-16; P. COSTA, *Il modello accusatorio in Italia: fra 'attuazione della Costituzione' e mutamenti di paradigma*, ivi, 151-60.

<sup>83</sup> Esplicito Florian, quando afferma che il nuovo rito appare come un ritorno al processo inquisitorio della Chiesa piuttosto che un'eco lontana del processo accusatorio romano (FLORIAN, *Diritto processuale* cit., 300).

<sup>84</sup> Sul dibattito mai sopito sull'ammissibilità della presenza del difensore nella fase istruttoria cfr. M.N. MILETTI, *Ombre d'inquisizione. L'intervento della difesa nell'istruttoria penale italiana (1865-1913)*, in *QF*, 36 (2007), 902-55. Non mancano giustificazioni sociologiche a tale scelta, come evidenzia Alosi, secondo il quale la difesa si era risolta, nel codice del '13, in un privilegio per pochi agiati, mentre per la maggioranza della popolazione, sprovvista di mezzi economici adeguati, le norme del Finocchiaro-Aprile erano rimaste lettera morta. Così come non erano risparmiate critiche di ordine tecnico, precisando che il frazionamento imposto all'attività difensiva (nel senso di permettere al difensore di assistere solo a certi atti durante la fase istruttoria) finiva per far sfuggire allo stesso avvocato la visione d'insieme (ALOISI, *Manuale* cit., 288-90).

<sup>85</sup> Sugli interventi successivi alla caduta del fascismo cfr. C. STORTI, *Magistratura e il diritto di difesa nell'istruzione penale: il dibattito sui periodici giuridici (1955-1965)*, in *Diritti individuali* cit., 179-98.

nella massima *audiatur et altera pars*, ossia nel fatto che il giudice, nel suo compito di accertamento della verità, doveva sentire l'accusa e la difesa, mediante il concorso del pubblico ministero e dell'imputato, chiamato a difendere se stesso. Secondo una certa dottrina, infatti, il contraddittorio non implicava la necessità di un dibattito diretto tra accusa e difesa, ma presupponeva semplicemente la libera contrapposizione degli elementi di accusa e di discolta, che ben si realizzava nella fase dell'interrogatorio, con un istruttore garante di imparzialità nella raccolta delle prove: era infatti durante l'interrogatorio che si rendevano noti all'imputato gli elementi di prova sussistenti contro di lui e lo si invitava a giustificarsi indicando le prove a suo favore<sup>86</sup>.

Poche e precise parole di Gabrieli sembrano però suggerire scenari diversi: «l'istruzione formale ha prevalente carattere inquisitorio, perché è escluso il contraddittorio e perché l'attività istruttoria è demandata esclusivamente al giudice. Tale carattere si è accentuato rispetto al codice del 1913, perché nel codice del 1930 è stato escluso l'intervento *della difesa* [corsivo mio] anche per quegli atti rispetto ai quali era prima consentita (perizia, esperimenti giudiziali, ricognizioni, perquisizioni domiciliari)»<sup>87</sup>. Si può notare come la sottile distinzione tra difesa e difensore venga qui superata, a riprova di quanto essa fosse artificiosa.

Il codice del '30 recupera spesso, come a proposito della questione appena esaminata, l'eredità del farraginoso testo del 1865<sup>88</sup>: il rigido principio della segretezza viene ripristinato, eliminando quelle deroghe – peraltro anch'esse piuttosto timide, se confrontate con i primi progetti Finocchiaro-Aprile – che il codice del '13, «adeguandosi a notevoli correnti dottrinarie, che si ricollegavano ad una concezione liberale delle garanzie dell'imputato»<sup>89</sup>, aveva introdotto.

«È quasi superfluo avvertire come tale segretezza sia razionalmente giustificatissima data la necessità di indagare senza fornire all'imputato notizie che possano offrirgli il mezzo di sviare le ricerche, di cercare false prove, di preparare difese artificiali, di prevenire comunque l'opera del giudice»<sup>90</sup>.

<sup>86</sup> Cfr. per tutti MANZINI, *Trattato* cit., I, 200.

<sup>87</sup> GABRIELI, *Istituzioni* cit., 218. Cfr. MANZINI, *Trattato* cit., IV, 155.

<sup>88</sup> Non a caso, Lucchini individuò nella *zavorra inquisitoria* uno dei principali difetti del codice del 1865 (L. LUCCHINI, *I semplicisti (antropologi, psicologi e sociologi) del diritto penale*, Torino 1866, 254. Sul punto cfr. E. DEZZA, *Il primo codice di procedura penale del Regno dell'Italia unita*, in *Codici penali Codice di procedura penale del Regno d'Italia 1859-1889*, s.l., 2011, LI-CI, in particolare per la citazione qui richiamata si veda XCIII). Quel codice unitario, nato come un'affastellata revisione del testo del 1859, aveva già suscitato le veementi reazioni di Francesco Carrara, che vedeva nella sua distruzione l'unico modo per garantire il progresso della società civile (M.N. MILETTI, *La giustizia penale*, in *Enciclopedia italiana di scienze lettere e arti. Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, vol. III, Roma 2012, 467-9).

<sup>89</sup> GABRIELI, *Istituzioni* cit., 218.

<sup>90</sup> MANZINI, *Trattato* cit., IV, 156. Ciò finiva per far risultare persino d'intralcio la partecipazione attiva del difensore alla ricostruzione della vicenda probatoria Cfr. *R.P.P.* cit., 59.

E così si opera una discrasia fra costituzione della difesa, obbligatoria e attuata durante l'istruzione, fin dal primo interrogatorio dell'imputato, ed esercizio della difesa, facoltativa nella fase istruttoria e comunque mai esperibile attraverso un patrocinatore.

Anche in questo caso si avvertono suggestioni del passato: ad esempio, nel codice austriaco del 1803, modello adamantino di impianto inquisitorio, si riteneva superfluo l'avvocato, dal momento che la difesa dell'indagato era assunta direttamente dal magistrato, mallevadore di verità. Non sono distanti dalla visione asburgica le espressioni di Rocco quando afferma che l'assistenza del difensore agli atti istruttori configura un atto di sfiducia verso il giudice, che «nello Stato democratico-liberale rappresenta una delle tante applicazioni del principio generale individualistico di diffidenza verso le Autorità. Ma che nello Stato Fascista non può essere ammesso, perché contrasta con i principi fondamentali del Regime»<sup>91</sup>.

Sarà questo un tema ampiamente dibattuto nel Convegno di Bellagio del '53<sup>92</sup>, dove Pisapia metterà in luce che per affrontare seriamente il problema dell'intervento della difesa nell'istruttoria si sarebbe dovuto procedere ad una radicale riforma della struttura del processo<sup>93</sup>. I numerosi interventi sul punto, che non si ha qui modo di riprendere, si dipanavano dalla necessità di operare una preventiva scelta tra modello accusatorio o inquisitorio: solo dopo aver compiuto un'opzione così determinante si sarebbe potuto ragionare di conseguenza sul ruolo della difesa, del difensore e del giudice, con un Carnelutti tormentato<sup>94</sup> e un Battaglini fermo sulle posizioni del passato<sup>95</sup>, fino all'intervento radicale di Giovanni Conso che, sulla scia della proposta di Carnelutti, riteneva teoricamente risolutiva l'unificazione dell'istruttoria<sup>96</sup>.

Per di più nell'istruzione sommaria, che segnava «il culmine della degenerazione inquisitoria»<sup>97</sup>, non era nemmeno chiaro quando cessasse l'attività preliminare di polizia giudiziaria per dare inizio al rito<sup>98</sup> (diversamente da quanto avveniva nel rito formale, in cui il passaggio dalla fase degli atti preliminari all'istruzione era fissato chiaramente dalla legge e aveva luogo con la richiesta del p.m. al g.i. di procedere all'istruzione formale).

Quindi, «a formare le prove destinate ad entrare nel quadro decisorio era [...] direttamente il pubblico ministero, ossia la controparte dell'imputato [...]. La so-

<sup>91</sup> R.P.P. cit., 59.

<sup>92</sup> *Atti del Convegno Nazionale di alcune fra le più urgenti riforme della procedura penale*, Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa sociale, Milano 1954, 317-33.

<sup>93</sup> *Atti cit.*, 70 e 88-91.

<sup>94</sup> *Atti cit.*, 81-2.

<sup>95</sup> *Atti cit.*, 83.

<sup>96</sup> *Atti cit.*, 91-2.

<sup>97</sup> FERRUA, *Dal codice di rito cit.*, 451.

<sup>98</sup> GABRIELI, *Istituzioni cit.*, 216.

stituzione del pubblico ministero al giudice nella formazione delle prove supera nella scala delle perversioni processuali il modello inquisitorio»<sup>99</sup>.

Inoltre il 3° comma dell'art. 74 attribuiva al p.m. il potere di archiviare direttamente le denunce, le querele, le istanze manifestamente infondate, senza chiedere l'autorizzazione al giudice, prendendo anche in questo caso le distanze dal codice del '13. La modifica fu argomentata osservando come il controllo dell'istruttore si fosse rivelato, nei fatti, del tutto illusorio<sup>100</sup>.

Taluni insinuarono che il 3° comma dell'art. 74 si prestasse alla manovra politica di bloccare *ab origine* il processo penale laddove questo s'indirizzasse contro esponenti del partito al potere o soggetti da questo protetti<sup>101</sup>. L'ordine di archiviazione esauriva il procedimento penale, senza lasciare traccia alcuna nel casellario giudiziale, pur se l'imputato fosse stato colpito da un ordine di cattura.

Una certa preoccupazione sulla facoltà di archiviazione è rivelata da Francesco Pantaleo Gabrieli, il quale neppure troppo velatamente segnalava quanto fosse labile il confine tra esercizio di un diritto e arbitrio. Per ovviare a quest'ultimo, egli richiamava un generico, quanto universalmente valido, rispetto dei limiti imposti dalla legge: uno di questi consisteva nella manifesta infondatezza del rapporto, referto, denuncia ecc.<sup>102</sup>, tanto che Manzini poteva sostenere che il potere di archiviazione non solo non contraddiceva ma addirittura confermava il principio di necessità e di legalità del procedimento penale<sup>103</sup>.

L'infondatezza, pregiudiziale ad ogni altra questione circa la promovibilità dell'azione, poteva risultare o in linea di fatto (ad es. l'inconfutabilità dell'insussistenza materiale del fatto) o in quella di diritto (il fatto, anche nel caso in cui ne fosse provata l'esistenza, non era previsto dalla legge come reato)<sup>104</sup>. E non poteva essere confusa con motivi di opportunità (politica, morale ecc.) di procedere. «La legge, conferendo il potere d'archiviazione, ha voluto soltanto evitare il compimento d'atti inutili»<sup>105</sup>.

<sup>99</sup> FERRUA, *Dal codice di rito* cit., 451.

<sup>100</sup> R.P.P. cit., 21. Traspare dalla Relazione definitiva che qualche perplessità fosse emersa sul punto: si precisava infatti che, pur essendo stata generalmente lodata la riforma introdotta dall'art. 74, non erano mancate proposte per la conservazione dello *status quo*, con argomentazioni che, a detta di Rocco, non avevano convinto (R.P.D. cit., 23).

<sup>101</sup> Respinge con fermezza ogni sospetto Aloisi, strenuo difensore del diritto (che anzi per l'autore è un dovere) di archiviare da parte del p.m. (ALOISI, *Manuale* cit., 27). Carnelutti riteneva invece la formulazione dell'art. 74 (la norma prevedeva che il p.m. ordinasse la trasmissione degli atti all'archivio) «una frase di gergo, senza finezza né precisione [...] trasmettere gli atti all'archivio equivaleva, in fondo, a gettare il documento, contenente la notizia, nel cestino» (F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, II, Roma 1947, 46).

<sup>102</sup> GABRIELI, *Istituzioni* cit., 84-5.

<sup>103</sup> MANZINI, *Trattato* cit., IV, 12.

<sup>104</sup> ALOISI, *Manuale* cit., 27.

<sup>105</sup> MANZINI, *Trattato* cit., I, 210 e IV, 12.

Doveva inoltre essere una infondatezza manifesta: per questo motivo, prima dell'archiviazione, il p.m. poteva compiere, oltre ad atti di polizia giudiziaria, anche atti istruttori o disporre circa la libertà personale dell'imputato, dal momento che l'archiviazione poteva essere decretata nell'istruzione formale fino a che non vi fosse stata richiesta al giudice istruttore di procedere con rito formale (artt. 296 e 74) e nell'istruzione sommaria finché non vi fosse stata richiesta del decreto di citazione al presidente della corte di assise o del tribunale (artt. 396 e 74)<sup>106</sup>.

Ma, alla fine, ciò che rilevava era che la valutazione dell'evidenza fosse rimessa esclusivamente al criterio discrezionale del p.m., senza sindacato giurisdizionale né facoltà di reclamo del privato.

Nel 1944 la disposizione venne modificata, con una formula che Carnelutti non esitò a definire goffa se non indecorosa<sup>107</sup>. E così, pur riconoscendo i numerosi inconvenienti cui l'art. 74 aveva dato vita, soprattutto in un clima politico malsano in cui non pochi pubblici ministeri avevano trasmesso all'archivio notizie di reato nient'affatto manifestamente infondate, il rimedio introdotto di avvalersi del controllo del giudice non sembrava offrire migliori garanzie. In un sussulto di reminiscenza manzoniana, Carnelutti invitava a diffidare dei poteri taumaturgici della legge e a ricercare il rimedio ai mali non nelle norme ma negli uomini, nella loro educazione e rigore morale<sup>108</sup>: considerazione che rovesciava il canone illuministico secondo il quale era meglio vivere sotto buone leggi che sotto buoni principi.

Alla luce di quanto fin qui evidenziato, il nodo gordiano del tema delle prove nel rito del '30 è cercare di capire quando esse si formassero, il modo di acquisirle e di vagliarle, ma, ancor prima, si tratta di specificare a quale prova s'intende riferirsi: a quella necessaria ad avviare l'azione, ad archiviare, a spiccare un mandato di cattura, a rinviare a giudizio, a determinare una pronuncia di condanna, di assoluzione o di proscioglimento per insufficienza di prove?

Se dunque i mezzi di prova sono i medesimi, quante declinazioni sono possibili, quanta diversa forza devono assumere nei diversi momenti processuali?

Dice bene Florian: la prova circola lungo ed entro tutto il processo e pervade

<sup>106</sup> Precisa Aloisi che in entrambi i casi il criterio adottato era unico: il p.m. poteva esercitare il diritto di archiviazione fino a quando il rapporto processuale non fosse stato costituito nella sua interezza, cosa che avveniva con l'intervento del giudice. Fino a quel momento, sostiene il presidente di sezione della Cassazione, tutti gli atti esperiti, anche processuali, erano esclusivamente atti del pubblico ministero. «L'istruzione è sua e quindi è logico che ne possa disporre» (ALOISI, *Manuale* cit., 29-30).

<sup>107</sup> CARNELUTTI, *Lezioni* cit., II, 49. Il decreto legislativo n. 228 del 1944 recitava: «Il P.M., qualora reputi che per il fatto non si debba promuovere l'azione penale, richiede il giudice istruttore di pronunciare decreto. Il giudice istruttore, se non ritiene di accogliere la richiesta, dispone con ordinanza l'istruttoria formale. Nel caso preveduto nel comma precedente il pretore provvede parimenti con decreto, informandone il procuratore del Re, il quale può richiedere gli atti e disporre invece che si proceda».

<sup>108</sup> CARNELUTTI, *Lezioni* cit., II, 50.

tutte le sue fasi. Potranno variare eventualmente certe formalità, ma non il contenuto<sup>109</sup>. Ad avviso del penalista veneziano, inoltre, occorre distinguere tra oggetto di prova (ciò che si deve accertare nel processo), organo di prova (la persona fisica che nel processo reca o per mezzo della quale è recata la cognizione dell'oggetto di prova, come ad esempio un teste) e mezzo di prova, ossia l'atto mediante il quale si acquisisce la conoscenza del fatto di prova, come avviene con una deposizione<sup>110</sup>.

A chi è indirizzata la prova? A tutti i soggetti processuali, sostiene Florian, e non solo, come nel passato, al giudice. Ciò contraddiceva il vecchio aforisma per il quale *judici fit probatio*, non più accettabile<sup>111</sup>, secondo Florian, in un'epoca in cui il processo era concepito come rapporto giuridico fra più soggetti, ognuno dei quali interessato alla prova<sup>112</sup>.

Gli elementi per la prima volta contestati dall'accusa e le prove iniziali nascono insieme e parallelamente procedono. Da qui l'ampio campo della prova appare subito all'orizzonte del processo. In particolare assume un ruolo centrale l'art. 299, per il quale il giudice istruttore ha l'obbligo di compiere tutti gli atti necessari per l'accertamento della verità, caricando il processo, e in particolare la fase di acquisizione probatoria, di afflatti etici, ma al tempo stesso utilizzando una formula emblematica capace di esprimere la cifra culturale del legislatore fascista.

### 3. Di alcuni principi generali: l'onere della prova

Di grande delicatezza appare innanzitutto il tema dell'onere della prova, consistente nell'obbligo attribuito ad un soggetto processuale di provare ciò che afferma per evitare che rimanga privo di valore giuridico.

Se di regola tale onere spetta all'accusa, nel processo penale delineato dal c.p.p. del 1930 la questione non sembra avere una chiara soluzione: il giudice doveva tenere conto di tutti gli elementi positivi e negativi emergenti dalle varie fasi della procedura e da chiunque forniti, per poi raccogliarli, coordinarli e porli a base del proprio convincimento.

La dottrina fece del tema dell'onere della prova la cassa di risonanza per smar-

<sup>109</sup> FLORIAN, *Diritto processuale* cit., 276.

<sup>110</sup> FLORIAN, *Diritto processuale* cit., 277.

<sup>111</sup> La formula latina poteva corrispondere a verità in un tempo in cui, imperando il processo inquisitorio, ogni atto processuale si concentrava nel giudice. «Non può dirsi altrettanto oggidi» (FLORIAN, *Diritto processuale* cit., 295).

<sup>112</sup> FLORIAN, *Diritto processuale* cit., 295. «L'impostazione data dal Florian nello studio della sistematica delle prove si mantenne a lungo d'attualità vista l'incidenza del tema sulla dinamica tra modello inquisitorio e modello accusatorio di processo penale: l'individuazione di tutti i soggetti del processo come destinatari della prova era una scelta incompatibile con un modello inquisitorio» (P. CAMPONESCHI, *Florian, Eugenio*, in *DBI*, 48, Roma 1997, 326-8).

care il processo penale da quello civile, sottolineando come fosse da rifuggire una concezione privatistica della questione.

Interverrà in modo puntuale sul tema «uno strenuo difensore dei principi del diritto penale liberale durante la crisi che dal 1933 alla fine della guerra ha scosso le fondamenta stesse del pensiero penalistico»<sup>113</sup>, ossia Giuseppe Bettiol. L'autore sosteneva che nell'ambito penale non vi fosse ripartizione dell'onere tra le parti, ossia tra p.m. e imputato.

Al primo incombeva l'intero onere sostanziale, nel senso che era il p.m. a dover provare la presenza di tutti quegli elementi di fatto sui quali si fondavano la pretesa punitiva e l'inesistenza di elementi ostativi al sorgere della stessa, dimostrando non solo che l'imputato era autore del fatto ma anche che a suo favore non militavano circostanze di giustificazione o di esclusione di colpevolezza o di non punibilità<sup>114</sup>. Un principio logico e di buon senso più che una regola giuridica, suggeriva Manzini<sup>115</sup>. Da ciò conseguiva che l'accusa non era da respingersi nell'ipotesi in cui non si fosse fornita la piena prova, né che la prova incombesse esclusivamente sull'accusatore: non solo il p.m., ma anche il giudice avevano il compito di dimostrare la fondatezza delle imputazioni, senza rimettersi alla diligenza e all'abilità di altri<sup>116</sup>.

La regola dell'onere della prova non riguardava pertanto *chi* dovesse provare, ma *ciò* che doveva essere provato o meglio il *modo* attraverso il quale un fatto processualmente rilevante andava provato<sup>117</sup>.

Per Bettiol, l'onere sostanziale della prova nel processo penale era stabilito a svantaggio dell'organo dell'accusa e a favore dell'imputato. «Mentre i fatti costitutivi della pretesa punitiva devono essere positivamente accertati ai fini di una sentenza di condanna, per ammettere la presenza di un fatto impeditivo o estintivo non occorre che il fatto sia positivamente accertato, ma basta che sia fallita la prova della sua inesistenza». In tal modo egli ricollegava il tema dell'onere della prova a quello della formula, accolta nel c.p.p. del 1930, *in dubio pro reo*<sup>118</sup>.

<sup>113</sup> G. MARINUCCI, *Giuseppe Bettiol e la crisi del diritto penale negli anni Trenta*, in *QF*, 37, 2008, 325.

<sup>114</sup> BETTIOL, *La regola «in dubio pro reo»* cit., 315.

<sup>115</sup> *Onus probandi incumbit ei qui asserit*, ricorda MANZINI, *Trattato* cit., III, 148.

<sup>116</sup> MANZINI, *Trattato* cit., III, 149.

<sup>117</sup> BETTIOL, *La regola «in dubio pro reo»* cit., 314.

<sup>118</sup> L'autore respinge anche categoricamente l'idea che la formula *in dubio pro reo* mostri una sorta di *favor delinquentis* in contrasto con lo spirito della legislazione fascista. Per Bettiol il dubbio del giudice non poteva fittiziamente considerarsi alla stregua di una certezza, perché una modificazione del motivo informatore delle norme non comportava necessariamente una trasformazione dei criteri di applicazione delle norme stesse. La regola *in dubio pro reo* non aveva nulla a che vedere con determinati presupposti di carattere politico, come dimostrava il suo accoglimento in legislazioni anteriori alla Rivoluzione francese, sbandierata spesso dai commentatori di regime quale sentina di illegalità o emblema di una catastrofe per il diritto (BETTIOL, *La regola «in dubio pro reo»* cit., 307-17).

Quest'ultimo era considerato dai più un principio relativo all'interpretazione e alla valutazione della prova<sup>119</sup>: ciò, a detta di Florian, finiva per far rientrare dalla finestra quella presunzione di innocenza che sembrava cacciata dalla porta<sup>120</sup>, complice per di più l'art. 473. La norma disponeva che nel caso in cui, in fase di votazione per la formazione della sentenza, si fossero manifestate più di due opinioni, i voti dei giudici favorevoli alla pena più grave si univano a quelli espressi da quanti si erano pronunciati per la pena gradatamente più prossima alla più grave, fino a che si fosse venuta a formare una maggioranza. In ogni altro caso, quando su una questione si raggiungeva una parità di voti, prevaleva l'opinione più favorevole all'imputato.

Sembrava così sostenersi che in un codice frutto di precise ideologie politiche restava comunque spazio per regole dall'impronta liberale, forse per rendere meno indigesta quella sempre più marcata deriva inquisitoria verso la quale il codice spingeva.

Per Bettiol, invece, la dibattuta formula dell'*in dubio pro reo* non era regola legale di prova, poiché non riguardava l'interpretazione delle leggi, ma la decisione del giudice nel dibattimento (ossia, nel dubbio, il giudice aveva il dovere morale, non l'obbligo giuridico di attenersi alla conclusione meno sfavorevole all'imputato). L'art. 473, pertanto, non avrebbe fondato, secondo Bettiol, una presunzione di innocenza, come immaginava Florian, né tanto meno lo avrebbe fatto la regola dell'*in dubio pro reo*<sup>121</sup>. Quest'ultima si limitava ad esprimere le conseguenze che il giudice doveva trarre dalla mancata prova di un fatto processualmente rilevante (prosciogliendo l'imputato), senza che ciò intaccasse le fondamenta del sistema processuale. Se, ad onta di ogni attività inquisitoria compiuta, il magistrato si trovava in una situazione di incertezza, chi doveva assumere i rischi della mancata prova del fatto? L'imputato o l'organo di accusa?

Nel conflitto tra due interessi, quello dello Stato alla repressione penale e quello dell'indagato alla libertà individuale, era quest'ultimo a dover prevalere quando il magistrato dubitasse che il primo fosse veramente fondato. Non era questa una soluzione liberale, precisava con insistenza Bettiol per fugare ogni timore dei 'novatori' e per rimarcare le distanze rispetto alle precedenti tendenze 'politico-giuridiche'<sup>122</sup>. Era un esito che

<sup>119</sup> Bettiol evidenzia come nel diritto (e in quello processuale in particolare) ci si muova sempre nel campo del 'probabilistico' e che anche quella certezza che coincide con il convincimento del giudice è adesione ad una verità dei fatti dal momento che non esistono ragioni per far dubitare della verità del contrario, tenendo però presente che «il giudizio del magistrato è sempre un giudizio problematico e mai un giudizio logico assertorio (BETTIOL, *La regola «in dubio pro reo»* cit., 310).

<sup>120</sup> FLORIAN, *Diritto processuale* cit., 298.

<sup>121</sup> BETTIOL, *La regola «in dubio pro reo»* cit., 313.

<sup>122</sup> Si riporta qui di seguito una delle molteplici sottolineature, tese a dimostrare la discontinuità tra passato e presente, a riprova dell'intento di Bettiol di chiarire che, per quanto taluni istituti o precetti sembrassero un'eredità del codice del 1913, in realtà rispondevano ad una logica completamente diversa, fino a sostenere l'impossibilità di eliminare concetti che, seppur ricollegati all'età liberale, avevano in realtà origine consuetudinaria. Afferma Bettiol: «Non vi è traccia di liberalismo nella nuova legislazione

trovava possibilità di accoglimento anche in un codice di procedura penale autoritario, come quello del 1930, senza che ciò ne scardinasse o contraddicesse i postulati di fondo.

#### 4. *Prove e polizia giudiziaria*

L'origine di molti difetti del sistema probatorio del codice processual-penale Rocco si annidava nel ruolo e nell'operato della polizia giudiziaria<sup>123</sup> che, a dire del Ministro, era stata sottoposta dal precedente codice a impedimenti e controlli capaci di paralizzarne ogni attività<sup>124</sup> e a cui il nuovo rito restituiva invece dignità: l'operato della polizia giudiziaria costituiva «la fase più importante del processo informativo» ed era svolta da «benemeriti pubblici ufficiali, assidui quanto preziosi ausiliari del magistrato»<sup>125</sup>. La libertà di apprezzamento e di azione che il c.p.p. del '30 ripristinava si estendeva fino a prevedere una sorta di immunità processuale: gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria non potevano infatti essere perseguiti per fatti integrativi materialmente di un reato riconducibili all'esercizio della loro funzione coercitiva<sup>126</sup>.

Significativa in questo senso è, ad esempio, una sentenza del maggio del 1932 della 2<sup>a</sup> sez. della Cassazione, per la quale la perquisizione personale compiuta dalla polizia giudiziaria con *eccessivo rigore* non perdeva il suo carattere di legalità qualora il pubblico ufficiale non avesse usato la necessaria diligenza e sempre che la perquisizione fosse diretta all'«impossessamento» di una prova<sup>127</sup>. La sentenza, mostrando un chiaro distinguo tra mezzi di prova e mezzi di ricerca della prova, affermava la validità ed utilizzabilità della prova ottenuta anche quando il mezzo per raggiungerla non avesse integrato criteri di diligenza, in perfetta coerenza con la finalità, qui più volte enunciata, di un processo diretto ad assicurare alla giustizia i colpevoli e che, in nome di questo supremo fine, riconosceva ai suoi protagonisti la più ampia libertà di azione.

Così, a fronte di una norma che per taluni moralizzava tutto il sistema probato-

italiana perché talune coincidenze di carattere formale tra un codice ispirato alle ideologie liberali e un codice fascista non devono far dimenticare che il motivo informatore delle norme è in ciascuna delle due legislazioni diverso e diverse sono quindi le loro giustificazioni razionali» (BETTIOL, *La regola «in dubio pro reo»* cit., 307).

<sup>123</sup> Da non confondere con la polizia di sicurezza: quella giudiziaria, infatti, era chiamata a svolgere attività di repressione, intervenendo solo a seguito di violazione della legge penale e al fine di scoprire i colpevoli; la polizia di sicurezza era invece impegnata in un'attività di prevenzione.

<sup>124</sup> GABRIELI, *Istituzioni* cit., 276.

<sup>125</sup> ALOISI, *Manuale* cit., 269.

<sup>126</sup> Un'ampia digressione si ritrova in ALOISI, *Manuale* cit., 32-7.

<sup>127</sup> *Annali di diritto e procedura penale*, 1934, 1394-7. In un altro caso, si precisava come l'atto di ricognizione compiuto dagli ufficiali di polizia giudiziaria senza l'osservanza delle prescritte formalità fosse valido, dal momento che l'art. 225 c.p.p. le richiedeva per quanto possibili (Cassazione, 1<sup>a</sup> sezione, 14 gennaio 1933, in *Giustizia penale*, 1933, IV, 866).

rio vietando l'uso processuale di scritti anonimi (art. 141), una serie di pronunce ribadiva che non era preclusa alla polizia giudiziaria disporre indagini sulla scorta di una delazione anonima<sup>128</sup>.

Fermo restando che una denuncia anonima costituiva pur sempre una *notitia criminis*, sulla cui base il p.m. poteva non già avviare un procedimento penale, ma procedere ad investigazioni sui fatti denunciati, l'art. 141 stabiliva che gli scritti anonimi non potevano essere uniti agli atti del procedimento, né se ne poteva fare un uso processuale, a meno che non costituissero corpo del reato o provenissero dall'imputato: bastava quest'ultima precisazione a legittimare un'indagine della polizia giudiziaria volta a tale accertamento. Nel caso di esito positivo, lo scritto, non più anonimo, poteva essere usato processualmente<sup>129</sup>.

Affermare, come faceva l'articolo in questione, che l'anonimo non potesse essere unito agli atti non significava che non potesse essere esaminato, dal momento che il giudice non era in grado di escludere *a priori* la provenienza del documento dall'imputato. Scopo dell'articolo era di impedire che il documento anonimo acquistasse *sic et simpliciter* rango probatorio, mentre il divieto di unire lo scritto anonimo agli atti processuali tendeva ad impedire che esso in qualche modo influisse sulla formazione del convincimento del giudice<sup>130</sup>.

Era questa l'interpretazione che alla fine si era imposta, anche sulla scia della lettura offerta dallo stesso Guardasigilli e dal Manzini, in sede di elaborazione del codice, per porre fine ad una serie di obiezioni mosse all'interno della Commissione Parlamentare, divisa tra il voler l'anonimo sempre falso e calunnioso e il ritenere la formulazione della norma contraddittoria e pericolosa: la soluzione intermedia adottata dal codice, di un atto che non figura nel processo scritto ma serve al giudice istruttore o al p.m., rischiava di creare *dossier segreti*<sup>131</sup>.

<sup>128</sup> V., ad esempio, Cassazione, 1<sup>a</sup> sezione, 27 maggio 1932, in *Giustizia penale*, 1932, IV, 928. Una soluzione accolta con favore da Francesco Pantaleo Gabrieli. Questi insisteva sul fatto che, se le indagini della polizia svolte in base allo scritto anonimo ad essa trasmesso pervenivano ad accertare e a raccogliere altri elementi legittimi di prova, l'autorità giudiziaria si poteva giovare di detti elementi (GABRIELI, *Istituzioni cit.*, 118).

<sup>129</sup> Si trattava dell'ennesima situazione in cui «non è possibile una separazione netta tra polizia e pubblico ministero, nel senso che questi possa, sì, trasmettere la denuncia anonima alla pubblica sicurezza, ma poi disinteressarsene. Disporre indagini di polizia giudiziaria non significa "fare uso processuale": e questo, e non altro, è il divieto posto dall'articolo 141» (GABRIELI, *Istituzioni cit.*, 118). È però significativa una pronuncia della Cassazione in cui da un lato si insisteva sul fatto che non era precluso alla polizia giudiziaria disporre indagini sulla scorta di una delazione anonima, dall'altro si enunciava che la violazione del divieto di ogni uso processuale degli scritti anonimi non importava nullità (Cassazione, 1<sup>a</sup> sezione, 27 febbraio 1933, in *Annali di diritto e procedura penale*, 1934, 598 e in *Giustizia penale*, 1933, 985).

<sup>130</sup> Così GABRIELI, *Istituzioni cit.*, 118.

<sup>131</sup> *Atti della Commissione parlamentare*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, XI, Roma 1930, 94-8.

L'unico strumento in grado di attribuire valore probatorio ad elementi (ad es. una lettera minatoria o un libello famoso) che, in quanto non sottoscritti, non ne possedevano intrinsecamente alcuno, era la perizia: si subordinava così la spendibilità degli scritti anonimi ad una certezza raggiunta mediante operazioni tecniche.

La p.g. era sì chiamata a svolgere le investigazioni preliminari (prendendo notizia dei reati, assicurando le prove, ricercando i colpevoli e raccogliendo quant'altro potesse servire all'applicazione della legge penale, secondo quanto recitava l'art. 219), ma queste finivano per assumere un incisivo ruolo probatorio. E proprio la raccolta delle prove nella fase investigava (non a caso nell'art. 219 non ricorreva il termine *ricerca*, ma *assicurazione* delle prove) poneva a confronto due necessità contrapposte e ugualmente importanti: da un lato l'urgenza di non disperdere gli elementi probatori, dall'altro il pericolo di travalicare i confini operativi assegnati alla polizia.

L'art. 225 riconosceva agli ufficiali di polizia giudiziaria la possibilità di procedere a sommario interrogatorio dell'arrestato, a sommarie informazioni testimoniali e ai necessari atti di ricognizione, ispezione e confronto sia in caso di flagranza sia quando vi fosse urgenza di conseguire le prove del reato e di conservarne le tracce. Simili prerogative sollevavano qualche perplessità in una parte della dottrina, per la quale si trattava di compiti spettanti in via esclusiva al giudice in ragione della sua imparzialità, condizione prima per assicurare la veridicità delle deposizioni rese ed escludere ogni pericolo di abuso.

Processi clamorosi, si ricorderà nel Convegno di Bellagio del 1953, avevano offerto lo spunto a critiche, anche aspre, sui metodi adottati dagli organi di polizia giudiziaria nelle indagini dirette a scoprire gli autori del reato, tanto da rendere improcrastinabile una riforma della legislazione processuale che fosse comunque scevra da pregiudizi nei confronti dell'operato della polizia e tenesse in debito conto il prezioso contributo offerto in ogni tempo nella lotta contro «quel tremendo male sociale che è il delitto»<sup>132</sup>.

A prescindere da ciò, sembrava trapelare un certo pudore o un disagio da parte del legislatore di fronte alla gravità dei poteri concessi alla polizia giudiziaria. Ne è una spia linguistica la preferenza concessa alla formula 'sommarie informazioni', usata con riferimento alle deposizioni testimoniali, piuttosto che il più esplicito termine interrogatorio: un espediente lessicale dietro il quale celare, vanamente, l'essenza vera dell'atto. In un prudente ordinamento del processo, lamenterà Carnelutti, dovrebbe essere interdetto alla polizia l'esame dei testimoni oltre gli stretti limiti necessari: «una cattiva abitudine della polizia giudiziaria è quella di voler compiere da sé un'istruzione preliminare da presentare poi al pubblico ministero o al giudice, con che essa usurpa poteri non suoi»<sup>133</sup>.

La polizia giudiziaria, invece, secondo le disposizioni del c.p.p. del 1930, aveva la

<sup>132</sup> Atti cit., 44.

<sup>133</sup> F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, IV, Roma 1949, 17.

possibilità di procedere ad una vera istruzione preliminare, anticipando più o meno tutto quello che più tardi avrebbe fatto il pubblico ministero. L'esperienza infatti insegnava che una testimonianza formatasi una prima volta, e documentata, difficilmente avrebbe potuto essere mutata<sup>134</sup>. Il processo veniva dunque plasmato in sede di indagini di polizia: la vera piaga del sistema erano proprio le sommarie informazioni, dal momento che in istruttoria si richiedeva (per non dire si imponeva) che imputato e testimoni ripetessero quanto già dichiarato, per esempio, al maresciallo dei carabinieri.

Gli atti qui indicati erano svolti dagli ufficiali di polizia giudiziaria di propria iniziativa, avvalendosi di tutte le potestà necessarie per il loro compimento: oltre all'arresto in flagranza, alla raccolta degli elementi di prova generica (il fatto) e specifica (gli autori e i compartecipi), la polizia era chiamata ad assicurare il corpo e le tracce di reato, ad effettuare accertamenti, rilievi segnaletici (tra questi la dattiloscopia, ossia l'individuazione delle impronte digitali<sup>135</sup>), fotografici, intercettazioni o impedimenti di comunicazioni telefoniche, o altre operazioni tecniche *ex art.* 223, potendo costringere con la forza qualunque persona, in particolare l'indiziato di reato, ad assoggettarsi a quanto ritenuto indispensabile per l'esecuzione dei rilievi stessi, in particolare all'antropometria, da imporre anche coattivamente per giungere all'identificazione personale.

Forte della sua matrice positivista, Aloisi non mancava di sottolineare come il contributo della polizia giudiziaria dovesse diventare sempre più tecnico e scientifico: grande dispiego di mezzi idonei e particolari capacità soggettive rappresentavano il perfetto connubio per una efficace lotta contro il crimine. «L'argomento è tra quelli che più attrae: tutti sentiamo che il successo della lotta contro il delitto dipende e dipenderà sempre più in avvenire dal progresso dei mezzi tecnici, con i quali sapremo accertare il delitto e identificare il delinquente»<sup>136</sup>: una sorta di profezia del ruolo preponderante (ma non sempre decisivo) delle cd. prove scientifiche.

<sup>134</sup> Puntualizza Aloisi che comunque l'attività della polizia giudiziaria era di semplice informazione preliminare, essendo proibito il compimento di una vera e propria istruzione, affidata agli organi di giustizia: «e perciò quando dagli stessi ufficiali ed agenti siasi adempiuto all'obbligo di riferire all'Autorità giudiziaria il risultato delle indagini e delle prove raccolte, può dirsi terminato quel lavoro di preventiva assicurazione della prova che spetta precisamente alla polizia giudiziaria e deve subentrare il lavoro di controllo e di elaborazione che è compito dell'Autorità giudiziaria» (ALOISI, *Manuale cit.*, 276).

<sup>135</sup> In una sentenza del 1937 si ribadiva come l'apprezzamento del valore probatorio delle impronte digitali importasse un'indagine di fatto sottratta al sindacato della Corte di Cassazione. Interessante la motivazione: «Comunque, non può affermarsi che gli accertamenti dattiloscopici forniscano una prova soltanto sussidiaria, la quale, in mancanza di altro, debba interdire il giudice di formarsi un suo convincimento. La legge penale non assegna limiti a detto convincimento né distingue tra prove indiziarie o dirette, e prove principali o secondarie, potendo tutte ugualmente servire alla ricerca della verità e dare al giudice la certezza del fatto che occorre stabilire» (Cass., 2ª sezione, 15 novembre 1937, in *Annali di diritto e procedura penale*, 1939, 1040-46).

<sup>136</sup> ALOISI, *Manuale cit.*, 271.

Rilevava stupito Carnelutti che il codice si era premurato nell'art. 226 di porre delle precise restrizioni in capo alla polizia giudiziaria in tema di prova documentale (vietandole di aprire un plico postale o telegrafico o di sequestrare corrispondenze esistenti presso gli uffici, anche se rappresentassero corpo di reato)<sup>137</sup>, mentre non aveva a sufficienza sottolineato (e forse non aveva voluto farlo) l'eccezionalità del potere di raccogliere le informazioni testimoniali. Perché consentirlo, ad esempio, nel caso di flagranza? Una situazione che, se poteva giustificare l'immediato arresto dell'imputato, non legittimava una raccolta di prove anticipata rispetto all'intervento del giudice, dal momento che la flagranza riguardava la certezza del reato, non il pericolo di dispersione delle prove, come precisato dall'art. 225 che distingueva tra le due posizioni.

Ma soprattutto la blanda formula dell'urgenza di raccogliere le prove (fondamento e presupposto dell'iniziativa di polizia) apriva spiragli di ampio intervento, anziché restringerli come avrebbe dovuto<sup>138</sup>. A ben guardare l'urgenza, anziché carattere di eventualità, finiva per assumere quello della 'necessità': il rischio di perdita di elementi probatori non poteva mai essere escluso. Ne conseguiva, in pratica, che, indipendentemente dall'importanza del fatto, l'istruzione cominciava con le sommarie informazioni raccolte nell'ambiente della polizia giudiziaria e lì spesso vi prendeva lo stampo definitivo.

Sempre nel convegno di Bellagio si riconobbe come nella prassi la polizia raccogliesse in ogni caso l'interrogatorio dell'imputato. E si auspicò che, al contrario, tali informazioni, private dell'intrinseco valore probatorio, fossero riferite dagli agenti e dagli ufficiali in via testimoniale, attribuendo alla sola autorità giudiziaria il potere di interrogare l'indagato, con una serie di ricadute a cascata sul fermo di accertamento.

In quella sede congressuale si formarono due tendenze: vi era chi propendeva per la radicale abolizione dell'interrogatorio della p.g. come mezzo di prova (tra questi ritroviamo Giuliano Vassalli<sup>139</sup>), denunciando nei fatti l'avvenuto tradimento dello spirito dell'art. 225 (l'eccezione si era trasformata in regola), e chi riteneva che tale interrogatorio dovesse essere mantenuto con una serie di garanzie (tra questi possiamo annoverare Francesco Carnelutti, autore tuttavia di una proposta foriera di numerose polemiche<sup>140</sup>).

<sup>137</sup> Si trattava, a detta di taluni, di una limitazione diretta a circondare delle maggiori garanzie possibili il segreto epistolare, a sua volta tutelato dal codice penale.

<sup>138</sup> CARNELUTTI, *Lezioni cit.*, II, 79-80.

<sup>139</sup> *Atti cit.*, 58-9.

<sup>140</sup> Per Carnelutti occorre vietare che i rapporti e gli atti di polizia cadessero sotto gli occhi del giudice in fase dibattimentale. Pratica pericolosissima, dirà il giurista, quella di confrontare le deposizioni rese in udienza con quelle rilasciate in sede istruttoria e alla polizia: il giudice non avrebbe dovuto sapere nulla di quanto accaduto prima (*Atti cit.*, 51). Una proposta che suscitò tuttavia le

Carnelutti, in realtà, aveva nel passato manifestato non poche perplessità sul punto. Pur definendo il codice un testo lastricato di buone intenzioni, egli vi aveva rilevato la sopravvivenza di pratiche coercitive volte ad estorcere la confessione nella fase preliminare del processo: «il rispetto della libertà dell'imputato, in particolare quando chi lo interroga sia convinto ch'egli nasconde la verità e tanto più se lo scoprirla costituisca per lui un successo personale, esige nell'interrogante un'alta educazione morale, che negli agenti e spesso anche negli ufficiali della polizia giudiziaria, allo stato attuale della civiltà, è difficile pretendere o, almeno, trovare»<sup>141</sup>.

Nuvolone, in una posizione quasi intermedia, proponeva di disporre che la confessione resa davanti agli ufficiali di polizia giudiziaria acquistasse valore di prova soltanto in quanto confermata ai magistrati<sup>142</sup>. Non mancava chi, come Lelio Basso, sosteneva che il problema non fossero solo gli interrogatori violenti di polizia (che egli poteva affermare d'aver sperimentato di persona), ma il costume della magistratura che obbligava in qualche misura l'imputato a mantenersi nei binari del primo interrogatorio di polizia<sup>143</sup>.

Di contro, si sosteneva che l'imputato, reo confesso davanti alla polizia, era solito ritrattare non appena si rendeva conto della debolezza delle prove raccolte contro di lui, attribuendo la sua prima confessione a violenze o pressioni esercitate sulla sua persona. Pertanto, di fronte al divario tra verbale della polizia e ritrattazione, il giudice aveva il dovere di insistere e di richiamare l'imputato<sup>144</sup>.

## 5. Prove alla prova

### 5.1. La perizia

Nell'impossibilità di dare conto in maniera compiuta ed approfondita dei numerosi profili attinenti al tema delle prove, mi limiterò ad accennare a specifici aspetti relativi ai singoli mezzi probatori.

Un capitolo a sé meriterebbe la questione della perizia<sup>145</sup>, che taluni ritenevano, più che una prova vera e propria, un elemento sussidiario per la valutazione di una

veementi opposizioni di quasi tutti i presenti al Convegno del '53, i quali obiettarono che la soluzione carneluttiana violava il principio del libero convincimento e ancorava ancor di più il giudice all'interrogatorio svolto dalla polizia.

<sup>141</sup> CARNELUTTI, *Lezioni cit.*, II, 237.

<sup>142</sup> *Atti cit.*, 60.

<sup>143</sup> *Atti cit.*, 54.

<sup>144</sup> *Atti cit.*, 63.

<sup>145</sup> Cfr. A. BORETTINI, *La perizia nel processo penale*, Padova 1940.

prova<sup>146</sup>, o un'indagine tecnica diretta ad illustrarne il valore<sup>147</sup>. Altri, come Florian, la consideravano non un generico aiuto offerto al giudice nell'accertamento dei fatti, né un mezzo di prova subordinato, ma mezzo di prova vero e proprio, diretto a portare alla cognizione del giudice un oggetto di prova<sup>148</sup>.

È una disputa appassionata quella che verte sulla definizione giuridica della perizia, una discussione che non risparmia neppure gli elementi di differenziazione tra perizia e testimonianza.

Se tanto il testimone quanto il perito deponevano in base a percezioni sensorie e ad un giudizio astratto da essi compiuto intorno a tali percezioni, la perizia, tuttavia, per i più, non era assimilabile alla testimonianza, dal momento che il testimone esponeva al giudice impressioni o elementi rappresentati e mnemonici relativi al passato, od osservazioni ricevute, mentre il perito riportava induzioni derivate oggettivamente, secondo massime logiche e di esperienza, da fatti accertati<sup>149</sup>.

Per altri la mera distinzione tra un testimone, chiamato a narrare fatti e non a esprimere un giudizio, e un perito, che esprime giudizi ma non narra fatti, è fallace: «quando, ad esempio, il giudice vuol sapere se l'imputato, in un certo momento, era ubriaco, può valersi d'un testimone o d'un perito, i quali entrambi gli esprimono un giudizio, spesso con le medesime parole»<sup>150</sup>. La vera differenza risiede invece nel fatto che il perito osserva, mentre il teste è osservato e che il perito è soggetto di un potere, il teste di un dovere. «Il vero è che, tra perizia e testimonianza la differenza è macroscopica quando, nel processo, il perito si procura delle esperienze mentre le esperienze del testimone sono acquisite fuori dal processo; ma quando, dopo aver osservato, è osservato a sua volta, cioè sottoposto a interrogazione, il perito dal testimone non si distingue più [...]. Come questi egli è frugato dal giudice: il quesito peritale non differisce dall'interrogazione testimoniale se non in quanto precede anziché seguire l'esperienza del perito»<sup>151</sup>.

O ancora, il teste riferisce su cose comuni avvenute in concreto; il perito su cose per conoscere le quali è necessario un corredo di specifiche cognizioni tecniche. Per questo il perito è persona fungibile, il teste no<sup>152</sup>.

Al di là delle considerazioni tradizionali, per le quali il giudice aveva la facoltà,

<sup>146</sup> GABRIELI, *Istituzioni* cit., 280; VANNINI, *Manuale* cit., 92.

<sup>147</sup> MANZINI, *Trattato* cit., III, 287. Per Carnelutti il perito deduce o fornisce gli elementi per dedurre per incarico del giudice e per questa ragione egli è un mezzo di integrazione dell'attività del giudice, giungendo così ad escludere il valore probatorio della perizia, dal momento che il perito opererebbe nel campo della «posizione della regola d'esperienza», mentre le fonti di prova servirebbero per «la posizione del fatto» (F. CARNELUTTI, *La prova civile*, 2 ed., Roma 1947, in particolare 70-82).

<sup>148</sup> FLORIAN, *Diritto processuale* cit., 348.

<sup>149</sup> MANZINI, *Trattato* cit., III, 286; RANIERI, *Manuale* 1956 cit., 261.

<sup>150</sup> CARNELUTTI, *Lezioni* cit., II, 179.

<sup>151</sup> CARNELUTTI, *Lezioni* cit., II, 180.

<sup>152</sup> FLORIAN, *Diritto processuale* cit., 348-9.

non l'obbligo, di disporre la perizia nelle sole ipotesi in cui vi fosse necessità di cognizioni specifiche di determinate scienze ed arti<sup>153</sup>, qui preme evidenziare la soppressione della figura del perito di parte prevista dal codice del 1913<sup>154</sup> a favore di un soggetto la cui investitura era ad appannaggio esclusivo del giudice istruttore. Alle parti era invece consentito ricorrere ad un consulente tecnico, nominato a loro spese entro tre giorni dalla notifica di avvenuto deposito della perizia in cancelleria. L'intervento del consulente a perizia avvenuta precludeva alla parte di partecipare all'esame tecnico attraverso un esperto di fiducia: è evidente come nella fase istruttoria l'imputato fosse davvero sprovvisto di tutele di fronte alla costruzione del castello accusatorio.

Non già perito, ma difensore, il consulente non poteva assistere alla perizia o prendere visione degli atti istruttori; gli era invece permesso esaminare i pareri, la relazione e i verbali peritali e di averne copia. Inoltre gli si permetteva di svolgere osservazioni scritte riguardanti la perizia ufficiale, da depositare, a cura dei difensori, nella cancelleria del giudice cinque giorni prima dell'inizio del dibattimento.

Proprio in ragione della sua natura, non era richiesto al consulente di parte alcun giuramento (a differenza di quanto disposto per i periti), dal momento che, in quanto difensore, non era tenuto all'obbligo della veridicità, ma solo ad un impegno morale e professionale di non esporre circostanze false, il che «non implica necessariamente anche l'obbligo di esporre il vero, quando questo può nuocere al suo assistito»<sup>155</sup>.

Si nota, quindi, che il c.p.p. del 1930 non opera una mera modifica terminologica, ma di sostanza, come emerge anche dalle conseguenze di tale impostazione: a questo consulente-difensore tecnico, che compiva affermazioni senza il vincolo del giuramento, il magistrato doveva prestare fede negli stessi limiti in cui credeva all'avvocato.

Come rileva Florian, il consulente tecnico si trovava in una situazione di inferiorità, «difetto al quale dovrebbe portarsi senza indugio riparo, giacché la pratica non di rado ci mostra che il consulente tecnico, malgrado tutto, riesce a scoprire e correggere eventuali errori del perito, servendo così agli scopi della giustizia penale»<sup>156</sup>.

Nuovamente le carte si mescolano quando si afferma che il p.m., il quale è parte, patrocinando direttamente la propria causa nel caso di istruzione sommaria, «assu-

<sup>153</sup> Rimarca Gabrieli che con tale formula si limitava implicitamente il campo della perizia, «per cui a tutto quello che esorbita dai predetti confini il magistrato deve sopperire con la propria cultura» (GABRIELI, *Istituzioni* cit., 281), ferme restando le ipotesi in cui fosse la legge a vietare espressamente la perizia (v. nt.164). Ribadiva la Cassazione che il non uso di una simile facoltà (rimessa al prudente arbitrio del giudice) non costituiva motivo di nullità (nel caso di specie, era stata rigettata istanza di perizia psichiatrica: Cassazione, 1<sup>a</sup> sezione, 23 dicembre 1931, in *Annali di diritto e procedura penale*, 1934, 217-21).

<sup>154</sup> Scelta salutata con favore da GABRIELI, *Istituzioni* cit., 279-80.

<sup>155</sup> MANZINI, *Trattato* cit., III, 338.

<sup>156</sup> FLORIAN, *Diritto processuale* cit., 365.

me esso medesimo il perito nell'istruzione sommaria e non ha difensori di alcuna specie»<sup>157</sup>; nell'istruzione formale invece il p.m. può assistere alle operazioni peritali, che si svolgono sotto la direzione del giudice, proponendo istanze e richieste.

La sommatoria di funzioni in capo al p.m. rende palese lo sbilanciamento che si realizza nella fase istruttoria, sede naturale deputata alla perizia<sup>158</sup>, dal momento che, di regola, nel dibattimento non si eseguivano perizie nuove, ma si utilizzavano i risultati di quelle acquisite nella fase precedente, mediante la mera lettura delle relazioni peritali, ammessa incondizionatamente, e prevedendo l'intervento personale dei periti solo per chiarimenti, sottratti tuttavia ad ogni discussione.

Conferma questa linea una pronuncia della Cassazione, la quale ribadiva che il disporre la perizia nel dibattimento costituiva provvedimento eccezionale, ammesso soltanto quando risultassero gravi e fondati indizi che la rendevano necessaria. Tale valutazione spettava insindacabilmente al giudice di merito: principio ribadito di fronte a possibili contestazioni e obiezioni che individuavano nella perizia un mezzo di ricerca e, pertanto, per la sua funzione, sottratto al potere discrezionale del giudice, sia nel momento in cui questi decideva di usarlo sia nelle fasi successive alla sua formazione<sup>159</sup>.

De Marsico più di altri evidenzia la stortura del sistema che, nell'intento di eliminare le interminabili polemiche fra periti a cui aveva dato luogo il codice Finocchiaro-Aprile, aveva finito da un lato per attribuire autorità esclusiva al parere tecnico di una sola persona, individuata dal giudice senza garanzia alcuna di competenza, dall'altro per ridurre a ruolo ancillare l'operato del consulente tecnico di parte<sup>160</sup>. L'unilateralità nella formulazione dei quesiti da sottoporre al perito riduceva l'investigazione scientifica il più delle volte ad una formalità che diminuiva la funzione del contraddittorio e negava la complessità dell'esperienza tecnica<sup>161</sup>.

Perfino la Commissione parlamentare aveva consigliato di consentire al consulente tecnico di assistere alla perizia con limitate facoltà di sottoporre osservazioni e richieste al perito<sup>162</sup>, senza però ottenere soddisfazione, per fedeltà a quella ferrea logica che demarcava gli spazi del perito, sorta di giudice tecnico, e del consulente tecnico, vero e proprio difensore: come il difensore non poteva assistere alla

<sup>157</sup> GABRIELI, *Istituzioni* cit., 280.

<sup>158</sup> Sebbene non vi fossero disposizioni che esplicitamente ammettevano o escludevano la possibilità di nominare consulenti tecnici nella istruzione sommaria, non vi erano ragioni per negare questa opportunità, in virtù del principio generale secondo il quale nell'istruzione sommaria si osservavano le norme stabilite per l'istruzione formale per quanto applicabili.

<sup>159</sup> Cassazione, 1<sup>a</sup> sezione, 28 luglio 1933, in *Annali di diritto e procedura penale*, 1934, 111.

<sup>160</sup> DE MARSICO, *Lezioni* cit., 40. Sulla stessa linea GRISPIGNI, *Diritto processuale* cit., 42.

<sup>161</sup> Il perito, nominato d'ufficio dal giudice con il criterio della specializzazione tra persone da lui reputate idonee, non poteva essere ricusato dalle parti, le quali, a loro volta, erano sufficientemente garantite dalla possibilità di controllo esercitato dai propri consulenti.

<sup>162</sup> *Atti della Commissione parlamentare* cit., 165.

perizia, identica preclusione doveva valere anche per il consulente.

Era stato esplicito Rocco nella relazione, allorché aveva affermato che il problema della perizia non era tanto legato ad una difficoltà nel dettare le norme processuali («tutti i sistemi sinora adottati dalla legislazione italiana e straniera sarebbero buoni»), quanto da difetti umani, riferibili alla lealtà e alla veridicità dei periti («l'insincerità dei periti si risolve in un inganno teso alla giustizia: in un delitto»). L'unico rimedio per ovviare a tali vizi consisteva, per il Ministro, nel sottrarre agli esperti di parte la qualifica di periti, dal momento che «oggi, come è indubitato, i periti principalmente interessati a travisare la verità sono quelli di parte»<sup>163</sup>.

Vivace dibattito suscitò l'esclusione di perizie per stabilire la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità dell'imputato e in generale le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche<sup>164</sup>. Con tale disposizione si voleva evitare l'introduzione nel processo di conoscenze dai risultati incerti<sup>165</sup>, espressione di un palpabile scetticismo del legislatore verso indagini psicologiche a fatica riconosciute come dotate dei requisiti di scientificità<sup>166</sup>. È qui trasfuso il fardello ideologico della prolusione sassarese di Arturo Rocco, che mirava a recuperare il più schietto senso giuridico del penale, liberato da ogni possibile aderenza e contiguità con le cd. materie ausiliarie, dall'antropologia alla psicologia (solo nel momento in cui era possibile intendere la psichiatria come espressione dell'arte medica essa poteva essere tollerata): chiaro sbarramento all'incursione nel rito fascista delle dottrine positivistiche, che avevano elevato proprio la perizia a «simbolo dell'erosione del diritto ad opera di altri saperi»<sup>167</sup>, lasciando così «irrealizzato il sogno di un processo penale interamente improntato all'analisi bio-psichica del delinquente»<sup>168</sup>. Una mèta alla quale la scuola positiva aveva lungamente teso<sup>169</sup>.

<sup>163</sup> R.P.P. cit., 62.

<sup>164</sup> Oltre alle tre ipotesi qui indicate (previste dagli artt. 108 e 133 c.p.), la legge vietava espressamente la perizia, ex art. 314 c.p.p., nei casi di abitualità (artt. 102.104 c.p.) e professionalità nel reato (art. 105 c.p.). Se il giudice ordinava la perizia psichiatrica, proponeva al perito anche il quesito sulla pericolosità dell'imputato, sempre che l'accertamento di tale circostanza fosse prescritto dalla legge per l'applicazione di una misura di sicurezza. Ma accanto alla perizia psichiatrica avrebbe dovuto prendere posto, a detta di taluni, anche quella psicologica, «giacché interessa conoscere nel nostro campo non solo i pazzi ben definiti ma anche gli individui che possono non esserlo» (FLORIAN, *Diritto processuale* cit., 361).

<sup>165</sup> Così BORETTINI, *La perizia* cit., 139.

<sup>166</sup> Di parere ovviamente opposto FLORIAN, per il quale l'antropologia criminale, la psicopatologia forense, la medicina legale, la psicologia giudiziaria «sono scienza viva e palpitante» (FLORIAN, *Principi* cit., 17).

<sup>167</sup> M.N. MILETTI, *La follia nel processo. Alienisti e procedura penale nell'Italia postunitaria*, in *Acta histriae*, 15, 1 2007, 329.

<sup>168</sup> MILETTI, *La follia* cit., 342.

<sup>169</sup> Sulle speranze degli esponenti della scuola positiva di levare il processo a banco di prova delle loro teorie e di reimpostare «il rito penale attingendo alle scienze antropologiche e sociologiche» cfr. M.N. MILETTI, *Ritorno all'inquisizione* cit., 455-92.

Estromesso l'ausilio di un perito, era il giudice, *peritus peritorum*<sup>170</sup>, che tornava a farla da padrone in questo non facile campo. Ogni qual volta si rendeva necessario ricavare elementi di prova indagando l'animo e la mente umana, il giudice operava da sé. Ciò dimostrava come non fosse necessario il possesso di specifiche competenze in ambiti attinenti alla sfera della personalità dell'imputato: una opzione che tuttavia costituiva, a detta di alcuni, un evidente errore «in quanto non è dimostrato che in tutti questi casi non sia necessario l'intervento di un tecnico per l'accertamento della verità»<sup>171</sup>.

Tornava quindi a brillare la fiducia nelle capacità introspettive del giudice, che la retorica positivista aveva tentato di appannare quando «aveva cominciato a dipingere il processo penale non più come indagine sul delitto, ma come analisi della personalità del delinquente»<sup>172</sup>.

Non a caso, fortemente deluso sarà Grispigni, uno fra i maggiori esponenti della scuola positiva criminologica italiana. Egli lamentava come da un lato non si chiedesse al magistrato alcuna conoscenza delle discipline riguardanti il profilo bio-psichico dell'imputato, ma al tempo stesso gli si vietasse il ricorso ad esperti, vanificando i progressi negli studi sulla personalità<sup>173</sup>. Cieca ottusità, dal momento che il giudice era chiamato non solo ad applicare delle pene, ma anche delle misure di sicurezza, adeguate alla pericolosità sociale (ma accertata da chi?) del reo<sup>174</sup>. Tale gravissima limitazione – aggiungeva Florian – rischiava di vulnerare la prova proprio in quella nuovissima materia delle misure di sicurezza, che risultavano così una scommessa vinta a metà, visto il mancato coordinamento tra disposizioni sanzionatorie e meccanismi di accertamento della responsabilità<sup>175</sup>.

Si discuteva inoltre sul potere della Cassazione di annullare una decisione del giudice di merito fondata su errori di ordine scientifico o su deduzioni contrarie alla comune e diffusa esperienza. Un paio di pronunce avevano infatti invalidato, per difetto di motivazione, sentenze che escludevano nell'imputato il vizio di mente in contrasto con la conclusione di due perizie giudiziali, senza che il giudice

<sup>170</sup> «Non già nel senso che si pretenda di attribuirgli una capacità tecnica superiore a quella dei periti (il che sarebbe manifestamente contraddittorio), ma in quanto ha la capacità di valutare le conclusioni dei periti in relazione all'oggetto della prova e agli scopi del processo» (MANZINI, *Trattato* cit., III, 316).

<sup>171</sup> RANIERI, *Manuale* 1956 cit., 261-2.

<sup>172</sup> MILETTI, *La follia* cit., 323.

<sup>173</sup> GRISPIGNI, *Diritto processuale* cit., 42.

<sup>174</sup> Insiste Grispigni sul fatto che non bastasse il libero convincimento di una persona, anche la più onesta ed intelligente, ma che fosse necessario il giudizio di un esperto; anche alla luce della dimostrata fallacia delle testimonianze quali fonti di prova si era reso sempre più necessario l'impiego di mezzi tecnici per l'accertamento oggettivo dei fatti, che solo una persona adeguatamente preparata poteva maneggiare (GRISPIGNI, *Diritto processuale* cit., 27).

<sup>175</sup> FLORIAN, *Diritto processuale* cit., 353-4.

fosse stato in grado di contrapporre alla perizia argomentazioni convincenti<sup>176</sup>.

La questione poneva problemi spinosi, sia sul limite posto dalle indagini scientifiche alla libertà del giudice, sia sull'indiretto riconoscimento alla Cassazione del potere di ingerirsi nell'indagine di fatto, poiché i principi della scienza psichiatrica, non consacrati nella legge, non costituivano una norma giuridica<sup>177</sup>. Soprattutto era possibile ricavare dalla pronuncia l'indicazione che, se il giudice aveva il potere di valutare il parere dell'esperto, non poteva però sostituirsi ad esso.

Per Florian il giudice era vincolato alle risultanze della perizia: «fu certamente una esagerazione del metodo del libero convincimento quella di rendere il giudice indipendente dal responso peritale; il che scredita il lavoro del perito»<sup>178</sup>.

## 5.2. La testimonianza

Incuriosisce, con riguardo alla prova testimoniale, un cospicuo numero di sentenze in tema di testimonianza dei prossimi congiunti (agli effetti penali lo erano gli ascendenti e i discendenti, il coniuge, i fratelli, le sorelle, gli affini nello stesso grado, gli zii e i nipoti), i quali in via generale avevano facoltà di astenersi dal deporre, tranne nel caso in cui fossero denunciati, querelanti, parti civili o quando il reato fosse stato commesso in danno di un altro prossimo congiunto dell'imputato o di uno dei computati (art. 350)<sup>179</sup>. A meno che – precisava la norma codicistica – la prova del reato non si potesse ottenere altrimenti: l'interesse pubblico si riteneva in questo caso prevalente su qualsiasi considerazione di sentimento, di riguardo o di opportunità. Le varie pronunce sul tema puntualizzavano l'insindacabilità della valutazione del giudice di merito su tale 'impossibilità probatoria'.

Per di più talune sentenze, dopo aver ribadito che i prossimi congiunti avevano la capacità di deporre come testimoni *ex art. 348* e godevano della facoltà di astenersi *ex art. 350* (una vera eccezione al principio dell'obbligo di testimoniare), puntualizzavano che non vi era nullità se il giudice, quantunque ne ricorressero gli

<sup>176</sup> Cassazione, 15 dicembre 1936, in *Giustizia penale*, 1937, II, 181 e 3 gennaio 1937, in *Giustizia penale*, 1937, IV, 448; Cassazione, 2ª sezione, 3 giugno 1940, in *Giustizia penale*, 1941, IV, 334.

<sup>177</sup> Questione dibattuta in E. ONDEI, *Alcuni aspetti del controllo di legittimità sul giudizio di fatto*, in *Annali di diritto e procedura penale*, 1939, 1039-46.

<sup>178</sup> FLORIAN, *Diritto processuale* cit., 364.

<sup>179</sup> «Tale è la legge che ci governa: ma tale non sembra essere, se la funzione del processo penale non fosse gravemente fraintesa, la legge che ci dovrebbe governare», sintetizza Carnelutti. Al principio ispiratore dell'art. 350, per il quale *nemo tenetur detegere turpitudinem suam*, qui interpretato in senso estensivo, secondo la convinzione che rivelare un delitto è esporre chi l'ha commesso a un grave e inevitabile danno della libertà e dell'onore, occorre invece opporre l'idea che «il grave nocimento nella libertà e nell'onore è che il delitto sia stato commesso, non che sia rivelato ai fini della sua punizione, che vuol dire ai fini della redenzione del reo» (CARNELUTTI, *Lezioni* cit., II, 174).

estremi, non avesse informato gli interessati di una simile possibilità<sup>180</sup>.

In questo mancato avvertimento, apparentemente innocuo, si cela un atteggiamento prevaricatore e gelosamente custode della supremazia acquisita dallo Stato rispetto all'individuo, unito alla volontà di introitare dichiarazioni di scienza quasi irrinunciabili. Si nota un certo parallelismo con la soppressione dell'obbligo, imposto al giudice dal codice del 1913, di avvertire l'imputato che, nonostante il suo eventuale rifiuto di rispondere, si sarebbe proceduto oltre nell'istruzione<sup>181</sup>.

Allo stesso tempo, non era vietato (e questa litote pare esprimere una non casuale cautela) tenere conto delle dichiarazioni stragiudiziali rese dai prossimi congiunti dell'imputato ad estranei o alla stessa polizia giudiziaria e da questi riferite in qualità di testimoni al dibattimento<sup>182</sup>, indicando il soggetto da cui l'affermazione proveniva<sup>183</sup>. Si risolveva così, in senso affermativo, la mai sopita polemica sull'utilizzabilità delle testimonianze *de auditu* o *de relato* che aveva incendiato le pagine delle pratiche criminali del tardo diritto comune<sup>184</sup>. La Suprema Corte riteneva che i prossimi congiunti, divisi tra il recar danno ad un proprio parente o sottrarsi all'obbligo di dire la verità, superavano ogni possibile conflitto di coscienza nel momento in cui

<sup>180</sup> L'art. 350 c.p.p. sanciva che il giudice, se ne fosse il caso, *doveva* avvertire le persone predette della facoltà di astenersi dal deporre, facendo menzione dell'avvertimento nel processo verbale. Alla luce di una mera esegesi del testo normativo, risultava in capo al giudice un obbligo, e non una mera facoltà, di avvisare i congiunti della possibilità di sottrarsi alla deposizione, qualora, su basi discrezionali, egli ne rilevasse gli estremi. La trasgressione dell'obbligo, tuttavia, non solo non produceva conseguenze sull'autorità giudiziaria, ma rendeva comunque utilizzabili le dichiarazioni rese da soggetti che, se avvertiti, avrebbero anche potuto scegliere di non fare affermazioni di alcun tipo. Sul punto cfr. MANZINI, *Trattato* cit., III, 224. «L'obbligo dell'avvertimento è caduto», ribadiva invece la giurisprudenza, a differenza di quanto previsto dal codice abrogato. Prosegue la corte nel suo ragionamento asserendo che l'art. 350 imponeva sì detto obbligo, ma aggiungeva al tempo stesso le parole "se ne è il caso" (Cassazione, 2ª sezione, 23 maggio 1934, in *Annali di diritto e procedura penale*, 1934, 357).

<sup>181</sup> Cfr. sul punto L. GARLATI, *Silenzio colpevole, silenzio innocente. L'interrogatorio dell'imputato da mezzo di prova a strumento di difesa nell'esperienza giuridica italiana*, in *Riti, tecniche, interessi. Il processo penale tra Otto e Novecento*, a cura di M.N. MILETTI, Milano 2006, in particolare 337-56.

<sup>182</sup> Significativa, perché espressione di una difforme presa di posizione rispetto al costante orientamento giurisprudenziale di utilizzare sempre e comunque le dichiarazioni dei prossimi congiunti rese alla polizia giudiziaria, è la sentenza della Cassazione, 24 marzo 1943, in *Rivista penale*, 1945, 146. La Suprema Corte riteneva nulla la sentenza di condanna pronunciata sulla sola base delle deposizioni stragiudiziali rese dai congiunti (nel caso la moglie e il fratello dell'imputato) ritenendo le stesse "prove irrualmente acquisite". Per di più i parenti non erano stati avvertiti della facoltà di astensione.

<sup>183</sup> Cassazione, 1ª sezione, 11 aprile 1932, in *Annali di diritto e procedura penale*, 1933, 323; Cassazione, 2ª sezione, 10 febbraio 1933, in *Rivista penale*, 1933, 1471 e in *Annali di diritto e procedura penale*, 1933, 712.

<sup>184</sup> Pacifica la posizione di Carnelutti, per il quale, se il testimone narra non ciò che egli ha veduto, ma ciò che gli altri gli hanno narrato di aver veduto, si realizza una testimonianza della testimonianza perfettamente valida (CARNELUTTI, *Lezioni* cit., II, 2178).

decidevano di dire la verità fuori dal processo, palesando circostanze che avrebbero potuto invece tacere, avendone dalla legge il permesso. Per questo, nessun ostacolo si frapponeva alla possibilità di tener conto di tali dichiarazioni, seppure riferite in udienza da altri.

Lo stesso valeva per le sommarie informazioni raccolte dalla p.g. e trasfuse nei verbali e nei rapporti di polizia, liberamente valutabili dal giudice. In questo modo si aggravava, ancora una volta, un divieto di legge attraverso un artificio logico: bastava infatti che una fonte di prova vietata comparisse in un atto processuale per costituire oggetto di libera valutazione da parte del giudice<sup>185</sup>.

In base ad un ragionamento più diretto Gabrieli sosteneva la legalità del riferimento, da parte di ufficiali di polizia giudiziaria, alle notizie e informazioni ottenute, nel corso delle prime indagini, da quei prossimi congiunti dell'imputato detentori della facoltà di astenersi dal deporre in giudizio<sup>186</sup>. Ed è ancor più esplicito Manzini quando afferma che, «se ai detti congiunti interessava non fare alcuna dichiarazione, dovevano tacere con tutti, mentre la legge non può tener conto dei loro capricci e pentimenti»<sup>187</sup>.

Voce dissenziente è quella di Florian, per il quale i terzi non dovrebbero riferire le informazioni apprese dai prossimi congiunti, anche se «la giurisprudenza è andata quasi sempre in contrario avviso»<sup>188</sup>.

Oltre a questo profilo, una sentenza del '35 mostra con chiarezza lo sbilanciato rapporto tra prova formata in fase istruttoria e momento dibattimentale, laddove afferma la possibilità di dare lettura nel dibattimento delle deposizioni testimoniali rese in istruttoria da persona che risulti assente dal Regno, senza che occorra verificare se il teste abbia oppure no la possibilità di tornare o se abbia o meno la volontà di farlo. Si tratta della specificazione di un principio normativo più generale, secondo il quale dei testimoni assunti anche senza giuramento nell'istruzione dal giudice, dal p.m o, su richiesta del magistrato, da ufficiali di polizia giudiziaria, poteva essere chiesta, anziché la citazione, la lettura delle dichiarazioni in dibattimento (e il medesimo criterio valeva per l'interrogatorio dell'imputato)<sup>189</sup>.

Così come, se da un lato si affermava l'illegalità della deposizione di testimoni su voci correnti in quanto incontrollabili nell'origine e nella consistenza (diversa-

<sup>185</sup> Cassazione, 24 febbraio 1934, in *Giustizia penale*, IV, 1934, c. 622. In altri casi la Corte ricorse ad un diverso espediente, modificando la natura delle dichiarazioni rese da soggetti che in un secondo momento si erano avvalsi della facoltà di non deporre: da prove testimoniali queste venivano declassate a meri indizi e, come tali, sempre valutabili dal giudice (Cassazione, 18 novembre 1932, in *Giustizia penale*, IV, 1933, c. 749).

<sup>186</sup> GABRIELI, *Istituzioni* cit., 261. Il principio dell'ammissibilità di deposizioni *de relato* è accolto come massima generale e non solo con riferimento alle deposizioni dei prossimi congiunti.

<sup>187</sup> MANZINI, *Trattato* cit., III, 223.

<sup>188</sup> FLORIAN, *Diritto processuale* cit., 327.

<sup>189</sup> Cassazione, 2<sup>a</sup> sezione, 19 giugno 1935, in *Annali di diritto e procedura penale*, 1936, 67-8.

mente dalle deposizioni, perfettamente legali, su fatti di pubblica notorietà)<sup>190</sup>, dall'altro la violazione del divieto di interrogare il testimone su queste voci correnti non produceva nullità.

Si distingueva invece nettamente la posizione dell'imputato da quella del testimone laddove si sanciva che gli imputati di uno stesso reato non potevano essere assunti, a pena di nullità, come testimoni, anche se fossero stati prosciolti, a meno che il proscioglimento non fosse stato pronunciato in giudizio per non aver commesso il fatto (art. 348). Le deposizioni di un coimputato avevano carattere di interrogatorio e non di testimonianza e la stessa regola valeva per le dichiarazioni di imputati di un reato connesso.

La regola si giustifica alla luce del fatto che la prova testimoniale trova la propria ragion d'essere nella presunzione di verità della deposizione resa da chi non abbia un interesse personale nel fatto, presunzione destinata a venir meno nei confronti di correi o di autori di reato connesso. Il soggetto prosciolto, infatti, «può avere interesse ad occultare la verità per il timore di provocare nuovi mezzi di prova che autorizzino, a suo carico, la riapertura dell'istruzione», e lo stesso dicasi per il condannato, «interessato a deporre il falso per mettere in essere nuovi elementi di prova al fine di poter chiedere la revisione del processo. Ma a prescindere da questi motivi, vi è sempre il timore legittimo che permanga nelle persone suddette un sentimento di solidarietà con gli imputati dello stesso reato [...] timore che scuote sensibilmente la presunzione della loro credibilità»<sup>191</sup>.

Allo stesso tempo, però, il divieto *ex* art. 348 non impediva al giudice di trarre elementi utili ai fini probatori dalla deposizione stessa: affermare che la deposizione del coimputato non aveva valore di testimonianza non significava che essa dovesse considerarsi inesistente. Il giudice poteva svolgere deduzioni logiche o coordinare quanto dichiarato dal coimputato con altre frazioni di prova per ricavare indici critici di giudizio.

Anche la giurisprudenza di Cassazione diede ampio spazio a tale apprezzamento discrezionale, ritenendo che l'art. 348 non vietasse al giudice di desumere argomenti convincenti dalle parole del coimputato, ma, al contrario, seppur con una certa prudenza, gli riconoscesse piena libertà di apprezzamento degli elementi emersi dagli interrogatori: «il divieto di assumere come testimonianza il coimputato non è di ostacolo alla facoltà del giudice di trarre dall'interrogatorio dell'imputato

<sup>190</sup> La giurisprudenza aveva cercato di distinguere, con esiti non sempre felici, tra notorietà e voce corrente: la seconda, incontrollabile, era assimilata al pettegolezzo; la prima invece poteva costituire oggetto di valutazione perché attendibile, essendo penetrata nella convinzione sociale come fatto vero (Cassazione, 19 giugno 1933, in *Giustizia penale*, IV, 1934, c. 344; 29 gennaio 1932, in *Giustizia penale*, IV, 1932, c. 946).

<sup>191</sup> GABRIELI, *Istituzioni* cit., 311.

un'attendibile prova della colpevolezza del medesimo o di altri coimputati»<sup>192</sup>.

In questo modo, le dichiarazioni dei coimputati assurgevano a fonte di convincimento del giudice in quanto atti processuali liberamente vagliabili dal giudice: la lettera della norma era salva, ma lo spirito tradito. Sebbene si ribadisse che le parole in questione non equivalevano ad una testimonianza<sup>193</sup>, di fatto esse venivano assunte come tali.

Infine, se da un lato spettava in via esclusiva e incensurabile al giudice esprimersi sull'attendibilità dei testi<sup>194</sup>, tanto da poter decidere di avvalersi della deposizione di persone generalmente considerate non affidabili, come le dichiarazioni rese da fanciulli alla polizia giudiziaria<sup>195</sup>, le regole sulla valutazione della testimonianza consentivano al magistrato di trarre elementi probatori su cui formare il proprio giudizio anche dal rifiuto del teste di deporre: la sottrazione a tale obbligo aveva 'potenzialità espressiva' e nessuna disposizione di legge vietava di tenerne conto<sup>196</sup>.

### 5.3. L'interrogatorio

L'interrogatorio dell'imputato, autentico perno del processo, poteva aver luogo durante tutto l'arco del procedimento: nella fase di polizia giudiziaria, subito dopo l'arresto, nell'istruzione formale e nella sommaria, nel dibattimento e in fase di esecuzione.

Dubbia la sua natura: mezzo di prova<sup>197</sup>, strumento di difesa dell'imputato<sup>198</sup> o fonte di prova<sup>199</sup>?

Per Massari l'interrogatorio costituiva una prova a sé, inconfondibile con ogni altra; per Florian era sia mezzo di difesa che di prova, aspetti inscindibili, come si argomenta dall'obbligo imposto al giudice istruttore *ex art.* 368 d'investigare su quanto detto dall'imputato<sup>200</sup>, mentre, per Manzini, se l'imputato confessava, l'interrogatorio, pur mantenendo il carattere formale di istituto di difesa, perdeva

<sup>192</sup> GABRIELI, *Istituzioni* cit., 312.

<sup>193</sup> Cassazione, 21 maggio 1937, in *Giustizia penale*, IV, 1937, c. 618; 8 novembre 1935, in *Rivista penale*, 1936, 1216.

<sup>194</sup> Cassazione, 2 dicembre 1938, in *Rivista penale*, 1939, 105.

<sup>195</sup> Cassazione, 5 dicembre 1941, in *Massimario della Rivista penale*, 1942, 106.

<sup>196</sup> MANZINI, *Trattato* cit., III, 277.

<sup>197</sup> Non ha dubbi in questo senso G. FOSCHINI, *L'imputato. Studi*, Milano 1956, 54.

<sup>198</sup> Per Bettiol l'interrogatorio consiste in un'attività diretta a sollecitare l'imputato affinché adduca argomenti contrari all'accusa (G. BETTIOL, *La correlazione tra accusa e sentenza nel processo penale*, Milano 1936, 102). Sull'interrogatorio quale mezzo di difesa cfr. Gu. SABATINI, *Principi di diritto processuale penale*, Città di Castello 1931, 373-5; VANNINI, *Manuale* cit., 102 (per il quale l'interrogatorio è un mezzo di prova indiretto e mezzo di contestazione); MANZINI, *Trattato* cit., IV, 342.

<sup>199</sup> Per Altavilla l'interrogatorio è mezzo di difesa, mezzo di prova e fonte di prova (E. ALTAVILLA, *Manuale di procedura penale*, Napoli 1934, 238).

<sup>200</sup> FLORIAN, *Diritto processuale* cit., 315.

quello sostanziale, trasformandosi in un elemento di prova indiziaria<sup>201</sup>; posizione condivisa da Gabrieli<sup>202</sup>. De Marsico rifiutava invece l'idea che esso fosse atto di istruzione e di difesa dell'imputato, premessa delle altre prove che in base all'interrogatorio si raccoglievano, e rivendicava, piuttosto, a quest'ultimo lo *status* di mezzo di prova<sup>203</sup>, in ciò confortato dalle elaborazioni svolte da Carnelutti.

Se è vero che nel dibattimento era prescritto l'obbligo di procedere all'interrogatorio dell'imputato *ex art.* 441, tanto per l'istruttoria quanto per il dibattimento tale previsione era corredata da nullità relativa, per cui poteva anche omettersi se il p.m. o il difensore o l'imputato non lo avessero richiesto. Un'anomalia non plausibile, che dimostra ancora una volta come ogni regola, attraverso la sapiente combinazione dei dati codicistici, potesse trovare una smentita o un forte ridimensionamento<sup>204</sup>.

Ma, come era proprio della logica inquisitoria, anche il codice del 1930 ribadiva la centralità della parola dell'imputato, considerato 'principe delle prove': «egli non costituisce soltanto la *res iudicanda*, ma entra pure a comporre la *res iudicans*; in altre parole è insieme la materia e uno strumento del giudizio [...]. Non v'è nel processo penale una prova più preziosa della testimonianza dell'imputato»<sup>205</sup>. La considerazione ripercorre vecchie strade che volevano l'imputato *testis contra se*, al tempo stesso fonte e mezzo di prova e che vedevano nella confessione non solo un *coronamento della prova* ma anche il *principio dell'espiazione*<sup>206</sup>. Ricorrono con frequenza termini simili nelle *Lezioni* carneluttiane: espiazione, pentimento, redenzione (si badi, non emenda). Espressioni senz'altro influenzate dalle convinzioni religiose dello studioso, il quale mostra, in queste pagine, un'evidente oscillazione tra desideri di apertura e ferma difesa di impostazioni inquisitorie. Si sarebbe forse già potuto presagire da questi scritti che affidare a Carnelutti la presidenza della commissione incaricata di progettare la riforma del processo negli anni '60 ne avrebbe determinato il fallimento: troppo distanti le posizioni del giurista dalle istanze montanti nella processual-penalistica del tempo, come lascia intendere, col consueto

<sup>201</sup> MANZINI, *Trattato* cit., III, 372.

<sup>202</sup> GABRIELI, *Istituzioni* cit., 328.

<sup>203</sup> A. DE MARSICO, *Lezioni di diritto processuale penale*, Napoli 1938, 199-200.

<sup>204</sup> Cfr. FLORIAN, *Diritto processuale* cit., 315-6.

<sup>205</sup> CARNELUTTI, *Lezioni* cit., II, 235.

<sup>206</sup> Da questa affermazione trae spunto una lunga riflessione di Carnelutti – che veleggia verso lidi insidiosi – circa l'uso della tortura in tempi remoti. Nelle sue *Lezioni* l'autore, pur plaudendone l'abolizione come segnale di civiltà, cerca in qualche modo di attenuare quell'alone di barbarie che la circondava, precisando che essa non fosse solo mezzo per conoscere la verità (questo sì, impiego e finalità crudeli), ma perseguisse anche uno scopo penitenziale: più che la prova, con la tortura si cercava il pentimento. Un errore, aggiunge l'autore, dal momento che il pentimento, quale atto di libertà, non può essere ottenuto con la coercizione fisica, ma pur sempre «un errore meno grave che non sia oggi, quando a mezzi coercitivi per ottenere la confessione dell'imputato si ricorre con il solo scopo di ottenere una prova» (CARNELUTTI, *Lezioni* cit., II, 237).

garbo, Vassalli, protagonista indiscusso di quella e delle stagioni a venire<sup>207</sup>.

Tornando al nostro tema, Massari, in un lungo saggio dedicato alla probità processuale come dovere giuridico, sostiene il diritto dell'imputato a mentire<sup>208</sup>, in pieno contrasto con quella ricerca e con quell'onere di verità che invece Foschini poneva in capo all'indagato<sup>209</sup>. Massari, sostenendo che il codice espressamente indicava i casi di mendacio punibile, riteneva – in base ad un'implicita ma rigorosa applicazione del principio di legalità – che vi fosse libertà laddove vi era silenzio della legge. Pertanto, fuori dei casi previsti, la legge non vietava all'imputato di essere reticente o anche di mentire.

L'art. 367, riconoscendo all'imputato la facoltà di non rispondere, palesava la scelta della legge di non riconnettere a tale contegno alcuna conseguenza di disfavore. Soluzione isolata, come dimostra la dottrina del tempo<sup>210</sup>, così come lo era la tesi secondo la quale, se non si poteva ipotizzare un vero e proprio diritto alla bugia in capo all'indagato, occorreva riconoscere che il suo obbligo di dire la verità rivestiva un valore meramente etico e morale, a differenza di quanto accadeva agli altri soggetti di prova<sup>211</sup>.

Su questa scia, la dottrina ricavava dalle norme codicistiche l'impossibilità di considerare l'imputato come testimone in causa propria o in un reato connesso, in virtù di un aspetto dogmatico del processo che impedisce una sovrapposizione tra funzioni distinte ed autonome, quali quella di parte (l'imputato) e di soggetto di prova. Secondo Massari, occorreva distinguere tra la dichiarazione di colui la cui responsabilità era oggetto di accertamento da parte del giudice e la dichiarazione di scienza (di carattere cogente) di colui che forniva al giudice l'accertamento: un

<sup>207</sup> VASSALLI, *Introduzione* cit., 11.

<sup>208</sup> E. MASSARI, *La probità processuale come dovere giuridico*, in *Annali di diritto e procedura penale*, 1932, 237-45.

<sup>209</sup> FOSCHINI, *L'imputato* cit., 52.

<sup>210</sup> Valga per tutti l'affermazione di Aloisi, per il quale l'imputato, durante l'interrogatorio, ha l'obbligo di rispondere e di dire la verità, esplicita negazione del diritto di mentire. «A noi desta sorpresa» – prosegue l'autore – «che si sia potuto seriamente sostenere che l'imputato abbia viceversa il diritto di non rispondere al giudice e, peggio ancora, di mentire per difendersi. Eppure questo fu l'orientamento legislativo di tutte o quasi tutte le legislazioni processuali penali sorte sotto l'influenza di quell'individualismo ad oltranza che oggi costituisce per noi un ciclo storico completamente superato [...]. Se il silenzio è tollerato, la menzogna è punita» (ALOISI, *Manuale* cit., 21-2). «Secondo noi di un diritto di non rispondere o peggio ancora di mentire, non può assolutamente parlarsi»: ancora più categorico FOSCHINI, *L'imputato* cit., 51.

<sup>211</sup> GABRIELI, *Istituzioni* cit., 261 e 330. Per Carnelutti sussiste un obbligo in capo all'imputato di dire la verità, così come per il testimone. Tale obbligo avrebbe il potere di aiutare l'indagato a vincere la naturale riluttanza a rivelarsi sincero: «se dunque nella fase attuale della legislazione un dovere dell'imputato di rispondere secondo verità all'interrogazione del giudice non esiste, noi non possiamo ritenere questa fase come il punto di arrivo nella evoluzione del diritto penale» (CARNELUTTI, *Lezioni* cit., 169).

ibridismo che basta da solo a spiegare la perplessità degli studiosi<sup>212</sup>. Per non parlare del fatto che vi sarebbe per l'imputato un interesse profondo che renderebbe l'attestazione sospetta ogni oltre dire<sup>213</sup>.

Non così per Carnelutti, che svolge le proprie considerazioni muovendo da presupposti alquanto atecnici. Sostiene infatti l'autore che l'imputato è il testimone principale, perché, quando confessa, narra di aver commesso il reato<sup>214</sup>.

Tale premessa giustifica per Massari l'assenza di giuramento posto a carico dell'imputato: una diversa opzione sarebbe stata moralmente in contrasto con la libertà di parola assicurata a questi, ma anche con l'economia dei mezzi di prova qualora si ritenesse che il soggetto chiamato a prestarlo non fosse vincolato all'obbligo di dire la verità. Il giudice doveva rimanere libero nell'apprezzare tali dichiarazioni, dal momento che l'interesse imperioso e incoercibile dell'imputato ad assicurarsi l'impunità lo induceva a dire tanto il vero quanto il falso ed era pertanto impossibile assoggettare il giudice ad una dichiarazione giurata priva del carattere fondamentale proprio della testimonianza<sup>215</sup>.

Si avverte qui l'eco di dottrine lontane, espresse da Beccaria nel suo celeberrimo *pamphlet*, dove si denunciava l'assurdità del giuramento imposto a chi nutrive il massimo interesse ad essere falso, mettendo l'imputato di fronte alla terribile scelta di essere un cattivo cristiano o di concorrere alla propria rovina<sup>216</sup>. Una soluzione positivizzata per la prima volta nell'art. 6 della *Leopoldina* e nella *Norma interinale* di Giuseppe II, risalenti al medesimo 'glorioso' (per il penale) 1786 ed ispirate dalla identica matrice ideologica.

Sottilmente critica la posizione di Carnelutti, per il quale la differenza tra il trattamento riservato all'imputato e quello del testimone «non può non sorprendere qualsiasi intelletto spregiudicato: perché mai al secondo e non al primo si impone di dire la verità? Perché all'imputato e non al testimone si riconosce il diritto di tacere o di mentire?». Secondo il giurista questa disparità si fondava su una errata concezione della pena, concepita come un male anziché come un bene: «si pensa che l'imputato si esponga a un male confessando e che perciò gli nuoccia far conoscere anziché nascondere il reato [...]. Se per fornire al giudice la prova, non ci si fida della libertà del terzo, tanto meno si può dar credito a quella dell'imputato»<sup>217</sup>.

<sup>212</sup> E. MASSARI, *Convieni considerare l'imputato come un testimone in causa propria?*, in *Annali di diritto e procedura penale*, 1933, 850.

<sup>213</sup> FLORIAN, *Diritto processuale* cit., 313 e 326.

<sup>214</sup> CARNELUTTI, *Lezioni* cit., II, 216.

<sup>215</sup> MASSARI, *Convieni considerare l'imputato come un testimone* cit., 851.

<sup>216</sup> C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di G. Francioni - L. Firpo, Milano 1984, § XVIII, p. 70.

<sup>217</sup> CARNELUTTI, *Lezioni* cit., II, 169.

## 6. *Libero convincimento e libero arbitrio*

Come emerge da queste note, è la libertà di apprezzamento discrezionale il nocciolo duro del sistema probatorio elaborato nel 1930. Superati sia il sistema di prove legali che il principio *juxta alligata et probata*<sup>218</sup>, restava rimesso al potere insindacabile del giudice l'apprezzamento sulla utilità o meno di assumere un testimone al dibattimento, rigettando eventuali istanze della difesa, o di limitare le liste dei testimoni depositate dai difensori *ex art.* 415. Si trattava di una riduzione obbligatoria per il giudice nell'ipotesi in cui ricorressero precise circostanze (testimonianze non ammissibili per legge o non pertinenti), ma anche qualora il numero dei testi apparisse sovrabbondante: un'operazione che finiva con il condizionare fortemente la formazione della prova. Il decreto di riduzione, infatti, motivato (ma la motivazione non doveva necessariamente consistere nella specificazione della ragione della riduzione, «essendo sufficiente un semplice accenno alle necessità o all'opportunità della medesima»<sup>219</sup>), non veniva notificato alle parti, che potevano prenderne conoscenza in cancelleria<sup>220</sup>, ed era inoppugnabile, anche se revocabile<sup>221</sup>.

Il convincimento formato sulla base dell'esame delle risultanze tecniche, documentali, dalla inchiesta orale e da ogni fonte di prova era incensurabile, tanto che la Suprema Corte poteva intervenire solo nel caso di processo d'indagine inficiato da vizio logico o da erronei criteri di diritto. La difesa dell'intima convinzione aveva indotto il legislatore a fissare rigidi confini al proprio intervento: il codice doveva limitarsi a indicare le prove e le modalità di assunzione; la convinzione del giudice restava invece libera perché indipendente dal numero e dalla qualità delle prove. Il principio del libero convincimento, benché ne mancasse un'apposita formulazione, «traspira da tutto il sistema»<sup>222</sup>: un principio troppo spesso sbandierato come apoteosi dell'autonomia logica del decidente, ovvero come prerogativa d'un sistema probatorio intriso di ideali liberali ed avverso all'autoritarismo delle prove legali, e che merita invece qualche riflessione.

Un'attenta analisi dei modelli probatori rivela come certi preconcetti siano ormai da smantellare. Perché se il sistema delle prove legali, spesso presentato come simbiotico col modello inquisitorio, finiva in alcuni casi per aprire spazi di garanzia

<sup>218</sup> «Il sistema delle prove legali o prove privilegiate, che imponeva al giudice una specie di logica ufficiale, era stato da un pezzo condannato dalle nostre leggi di procedura e al principio della verità legale, inerente a codesto sistema, era stato sostituito quello della verità reale» (ALOISI, *Manuale cit.*, 205).

<sup>219</sup> MANZINI, *Trattato cit.*, III, 248.

<sup>220</sup> Cassazione, 1<sup>a</sup> sezione, 15 giugno 1932, in *Rivista penale*, 1933, 1060; 20 gennaio 1934, in *Annali di diritto e procedura penale*, 1934, 491.

<sup>221</sup> Cassazione, 2<sup>a</sup> sezione, 13 ottobre 1933, in *Annali di diritto e procedura penale*, 1934, 445.

<sup>222</sup> FLORIAN, *Diritto processuale cit.*, 309.

all'imputato, il malinteso modo di concepire il libero convincimento nel codice del 1930 finì per giustificare ogni deviazione da percorsi procedurali già debolmente tracciati, come se «il libero convincimento potesse sterilizzare la violazione delle norme»<sup>223</sup>. La trionfale messa al bando delle prove legali e l'euforica esaltazione della piena libertà espressiva del giudice non nascondono le tante perplessità sull'*an* e sul *quomodo* nella formazione degli elementi probatori da valutare.

Lo stesso Grispigni dirà che, se il principio del libero convincimento rappresentava un indubbio, rilevante progresso, non metteva però al riparo dal pericolo che la sovranità del giudice nel valutare le prove si convertisse – nelle mani d'un magistrato incapace o incompetente – in sovranità dell'ignoranza<sup>224</sup>.

Il feticcio della verità materiale<sup>225</sup> (equiparata da Vannini alla verità reale<sup>226</sup>), la cui ricerca incarna lo scopo del processo penale, diveniva il momento centrale dell'accertamento e rendeva indifferente la legalità del metodo probatorio, sacrificato alla discrezionalità del giudice. L'ampliamento di quest'ultima comportava l'inevitabile metamorfosi della regola del libero convincimento in arbitraria interpretazione delle regole del procedimento probatorio. Esso perdeva così la funzione di garanzia di civiltà assegnatagli dall'illuminismo franco-italiano e dalla scuola classica<sup>227</sup>, per divenire strumento coercitivo entro un sistema autoritario. L'unico limite alla discrezionalità del giudice nella libera valutazione della prova era dato dalla certezza e dall'evidenza della stessa, ma, senza voler creare sofismi inutili, verrebbe da chiedersi: se la prova è già certa ed evidente dove si esprime allora l'apprezzamento del giudice?<sup>228</sup>

Non bastano le rassicurazioni della dottrina che *libero* non significa *arbitrario*. Si tenta, ad esempio, di spiegare che, al contrario, il giudice non incontrava altro vincolo nella valutazione delle prove che la coscienza della responsabilità delle proprie funzioni, un insieme di doveri intellettuali, etici, sociali<sup>229</sup>. Il convincimento – aggiungevano ancora i suoi fautori – non andava inteso quale sommatoria

<sup>223</sup> A. SCALFATI, D. SERVI, *Premesse sulla prova penale*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, vol. II: *Prove e misure cautelari*, Parte I: *Le prove*, Torino 2009, 8.

<sup>224</sup> GRISPIGNI, *Diritto processuale* cit., 27.

<sup>225</sup> «Nel campo della giustizia penale [...] non è ammissibile che la verità resti, in tutto o in parte, fuori o contro la sentenza del giudice, a meno che questa parte di verità inesplorata non coincida con quella che l'irrimediabile angustia degli umani mezzi d'indagine non riesce, e non può riuscire talora, a raggiungere» (DE MARSICO, *Lezioni* cit., 173).

<sup>226</sup> VANNINI, *Manuale* cit., 22.

<sup>227</sup> La citazione è di A. BARGI, *Cultura del processo e concezione della prova*, in *La prova penale*, trattato diretto da A. Gaito, vol. I: *Il sistema della prova*, Torino 2008, 37.

<sup>228</sup> Non risolve il bisticcio teorico neppure Manzini, per il quale «l'evidenza non ha bisogno di prova, perché è essa medesima prova. Provare l'evidente è impresa da idioti»; ma al tempo stesso il giurista friulano è costretto a spiegare, in modo non del tutto convincente, perché vi sono numerosi articoli del codice che prendono in considerazione l'evidenza della prova (MANZINI, *Trattato* cit., III, 152).

<sup>229</sup> DE MARSICO, *Lezioni* cit., 174.

materiale delle prove acquisite ma come risultante della logica coordinazione di tutti gli elementi raccolti per la ricerca del vero. Giustificazioni non persuasive, giacché la vera cifra del sistema probatorio è data non dal fraseggio retorico ma dalle applicazioni pratiche.

Neppure conforta che il principio del libero convincimento trovasse garanzia nell'obbligo della motivazione, «pietra angolare e criterio di orientamento nella scelta e nella valutazione delle prove»<sup>230</sup>, così che il giudice ricavava il proprio apprezzamento dai fatti esaminati e non da elementi psicologici interni. Si tratterebbe – rifletteva ancora, in questo senso, Manzini – d'un parametro intermedio tra due eccessi, vale a dire l'obbligo per il magistrato di giudicare *juxta alligata et probata* e quello che lo autorizza invece a decidere *secundum conscientiam*<sup>231</sup>.

Ad ulteriore contenimento delle potenziali insidie insite nel criterio *de quo*, Vannini precisava che il tema del libero convincimento non doveva intendersi in modo sentimentale, come voce dell'anima che tranquillizza la coscienza del giudice, quanto piuttosto come razionale e sistematico apprezzamento degli effettivi elementi di prova<sup>232</sup>. Dal suo canto, la Cassazione aveva ribadito che non bastava una convinzione di colpevolezza dell'imputato radicata nella coscienza del giudice per legittimarne la condanna: occorre prove dichiarate e dimostrate<sup>233</sup>.

Vero invece che tale sistema tendeva ad essere integrato e via via sostituito dalla ricerca e dalla valutazione scientifica dei dati sperimentali<sup>234</sup>, così come non va sottaciuto che autorevoli correnti dottrinali auspicavano il ripristino, entro certi limiti, del sistema delle prove legali.

Al giudice si riconosceva il potere di liberarsi degli ostacoli frapposti alla dimostrazione della verità, superando gli intralci normativi posti dal procedimento probatorio. Secondo Bettiol il libero convincimento garantiva la ricerca della verità materiale meglio del sistema legale, in cui più elevata era la possibilità di errore, dal momento che nel secondo il giudice era tenuto a scegliere una valutazione operata *a priori* dal legislatore anche nell'ipotesi in cui egli non fosse personalmente convinto della attendibilità dei risultati raggiunti<sup>235</sup>. La fiducia nella razionalità del giudice finì per far trattare quasi con sospetto le pur scarse norme in materia di

<sup>230</sup> DE MARSICO, *Lezioni* cit., 174.

<sup>231</sup> MANZINI, *Trattato* cit., I, 187-8.

<sup>232</sup> VANNINI, *Manuale* cit., 90.

<sup>233</sup> Cassazione, 2<sup>a</sup> sezione, 5 aprile 1938, in *Rivista italiana di diritto penale*, 1939, 291.

<sup>234</sup> Si era giunti a formulare l'assunto che la libertà del giudice di apprezzare si collocava in una prospettiva inversa ai progressi della scienza (BORETTINI, *La perizia* cit., 101). Espressamente Florian sosteneva che nell'obbligatorietà del giudizio peritale potrebbe forse riscontrarsi un pallido riflesso delle prove legali; «ma noi non dobbiamo fare del dogmatismo, o peggio, del bigottismo processuale» (FLORIAN, *Diritto processuale* cit., 364).

<sup>235</sup> BETTIOL, *La regola «in dubio pro reo»* cit., 311.

prova, come ampiamente illustrato da Massimo Nobili in un noto volume<sup>236</sup>.

Osservazione interessante, che per di più si lega ad una questione da sempre complessa nel sistema probatorio: il valore e il peso degli indizi, struttura – di fatto – portante e al tempo stesso problematica della prova legale. La dottrina, come sappiamo, cercò in vari modi e vanamente di imbrigliare in apparentemente rigide classificazioni l'incidenza degli indizi ai fini del giudizio.

La più recente letteratura storico-giuridica dedicata allo studio del processo penale e dei sistemi di prova evidenzia come nell'archetipo inquisitorio la gestione degli indizi consentisse al libero convincimento di insinuarsi nel blocco delle prove legali fin quasi a scardinarlo, e come, nel contempo, essa presenti risvolti delicati anche in un processo fondato sulla certezza morale del giudice. L'indizio, di per sé incerto ai fini della prova<sup>237</sup>, racchiude un *quid* che isolatamente considerato è inerte, ma che può diventare operativo non appena lo si connetta con altri elementi, costringendo il giudice ad un'operazione di induzione con cui trarre da un fatto noto un fatto ignoto<sup>238</sup>.

È evidente che il codice non poteva dettare disposizioni che indicassero al magistrato «la via da seguire nella ordinazione degli elementi probatori raccolti» o nell'utilizzo degli indizi (che non si esita a definire prova più che fonte di prova), e che invece rimettesse alle «leggi della logica non scompagnata dalle leggi della psicologia»<sup>239</sup> la capacità di guidare l'autorità giudiziaria nella costruzione dell'accusa. Proprio la «prova indiziaria»<sup>240</sup> rischiava di rendere il convincimento del giu-

<sup>236</sup> NOBILI, *Il principio* cit., 221-266.

<sup>237</sup> Dirà Manzini che la forza probante degli indizi sotto l'aspetto puramente logico è nulla, in quanto il sillogismo di cui si compone è dato da due premesse di cui una problematica (la premessa maggiore, fondata sull'esperienza o sul senso comune) e l'altra assertoria (la premessa minore, consistente nella circostanza indiziante accertata in fatto). Non si può pertanto trarre una conclusione provata, ma nel diritto processuale la forza probante degli indizi è pari a quella di ogni altro elemento di prova (MANZINI, *Trattato* cit., III, 366-67).

<sup>238</sup> Appare significativo che alcuni autori annoverino la confessione, mezzo di prova a carico e che, di regola, scaturisce dall'interrogatorio dell'imputato, tra gli indizi e che sia tale (senza mutarsi in testimonianza) anche quando contiene la chiamata di correo (art. 389). «La confessione perché possa funzionare come circostanza indiziante dev'essere giudiziale» (GABRIELI, *Istituzioni* cit., 277): una concezione totalmente differente rispetto ad un passato remoto che considerava la confessione *regina probationum*, come sottolinea Manzini, per il quale essa è una prova insufficiente che va integrata con altri elementi e comunque sempre un elemento di prova da classificarsi nella categoria degli indizi (MANZINI, *Trattato* cit., III, 371-5). Altrettanto sostiene RANIERI, *Manuale* 1956 cit., 256, per il quale la confessione non è mezzo di prova, dal momento che va controllata dal giudice sulla base di altre prove. Come conciliare tuttavia queste elaborazioni teoriche con l'affermazione che in caso di confessione vi è una prova evidente, tanto da autorizzare il p.m. a procedere con istruzione sommaria?

<sup>239</sup> GABRIELI, *Istituzioni* cit., 278.

<sup>240</sup> È netto Ranieri nel precisare che con i mezzi di prova non si debbono confondere gli indizi: «non è prova l'indizio, ma ciò che il giudice desume dai suoi ragionamenti e dalle sue illazioni per

dice pericolosamente contiguo all'arbitrio, allontanando così la certezza morale dalla verità sostanziale.

La libertà della prova, svincolata dai rigidi canoni ermeneutici della prova legale, diveniva espressione del potere e della potenza del giudice, quasi affrancato dal rispetto di regole, e rivelava una «teorizzazione 'inquisitoria' del principio»<sup>241</sup>. Ricerca della verità materiale (fine specifico del processo), lotta al formalismo e difesa sociale (fine generico) giustificavano gli ampi varchi che si aprivano dinanzi al giudice non solo in fase di apprezzamento, ma anche nell'acquisizione delle prove<sup>242</sup>, con drastico svilimento del contraddittorio.

Alla luce di quanto fin qui esaminato, risulta ancor più sorprendente l'atteggiamento della dottrina all'indomani della caduta del regime. Quando si discusse se la fine del fascismo avrebbe dovuto trascinare con sé anche il codice di procedura penale, figlio diretto di quella cultura, voci di insigni giuristi si levarono a difenderlo, convinti che sarebbero bastati pochi ritocchi per adattare il rito vigente ai nuovi valori costituzionali e al mutato clima politico<sup>243</sup>.

E così, una modifica dopo l'altra, quel codice è sopravvissuto alla sua stessa storia, continuando a proiettare le sue ombre di inquisizione fino a tempi a noi prossimi, e forse persino oltre l'oggi.

i quali forma il suo convincimento, non sul fatto certo dal quale muove, ma su quello controverso» (RANIERI, *Manuale* 1956 cit., 268).

<sup>241</sup> NOBILI, *Il principio* cit., 221. «Anche in tema di convincimento del giudice si giunge al ripudio di ogni orientamento di tipo accusatorio ed alla esaltazione di un nuovo "spirito inquisitorio" che contrassegna l'attività probatoria e processuale nel suo complesso» (ivi, 261).

<sup>242</sup> NOBILI, *Il principio* cit., 249.

<sup>243</sup> L. GARLATI, *Novità nel segno della continuità: brevi riflessioni sulla processual penalistica italiana di ieri e di oggi*, in *Diritti individuali* cit., 285-306; M.N. MILETTI, *Un vestito per Cenerentola. L'identità del diritto processuale penale all'alba della Repubblica*, in *Diritti individuali* cit., 363-93.