

INTRODUZIONE

Il tema dell'utilizzabilità degli atti assunti in sede ispettiva e di vigilanza ha condotto nel tempo all'affermarsi di numerose interpretazioni di cui oggi, nonostante le varie pronunce del Giudice delle Leggi e la coniazione di una normativa ad hoc, ancora si discute.

La materia è regolata dall'art. 220 disp. att. c.p.p., che presenta aspetti anfibi, riguardando aree giuridiche differenti (amministrativo e penale), e - per altro - nonostante l'apparente chiarezza della disciplina, rivela molti profili di incertezza. Come spesso accade, i settori giuridici regolati da una pluralità di fonti normative, sono equivoci, risultando complicato stabilire quale è il confine che segna il passaggio da un ambito all'altro.

Tali criticità si rinvergono, per l'appunto, anche nell'ambito tracciato dall'art. 220 disp. att. c.p.p. che tenta di disciplinare il rapporto tra attività amministrativa di accertamento e procedimento penale.

Secondo una classificazione tipica, nell'ambito della generale disciplina dell'attività di polizia è possibile distinguere tre distinte funzioni: quella di polizia amministrativa, quella di polizia di sicurezza e quella di polizia giudiziaria. La funzione di polizia amministrativa è costituita dall'insieme di norme che disciplinano l'attività di vigilanza ed osservazione delle condotte, allo scopo di verificare se i loro comportamenti siano o meno rispettosi delle leggi, dei regolamenti e degli atti amministrativi in generale. La funzione di polizia di sicurezza riguarda, invece, le norme che consentono agli organi pubblici di intervenire per impedire o, meglio ancora, per neutralizzare tutti i pericoli che possono danneggiare, anche solo potenzialmente, la collettività. La funzione di polizia giudiziaria, infine, per le finalità che persegue e gli strumenti giuridici di cui l'ordinamento la dota, assume natura e caratteristiche

proprie, le quali la fanno partecipe, entro dati limiti, dell'esercizio della funzione giudiziaria.

Come accennato, la prima conseguenza che l'art. 220 disp. att. c.p.p. collega all'insorgere degli indizi di reato è la mutazione del tipo di indagine. Sul punto non si dovrebbe profilare alcuna questione interpretativa.

Sia che l'attività d'indagine svolta abbia natura amministrativa oppure rivesta caratteristiche penali, incombe indifferentemente sull'organo procedente l'obbligo di redigere un verbale delle operazioni compiute. A seconda della funzione ricoperta dalla polizia (amministrativa o giudiziaria) muta radicalmente la natura dell'atto e la sorte ad esso riservata nell'ambito giudiziario. La soluzione è abbastanza agevole sia con riferimento agli atti compiuti al di fuori di ogni prospettiva, anche solo ipoteticamente collegabile ad un procedimento penale, sia con riferimento agli accertamenti instauratisi a seguito dell'individuazione di indizi di reato. Nel primo caso, non si pongono particolari problemi nel ricollegare questi atti al genus di cui all'art. 234, comma 1, c.p.p.: sono considerati documenti e, dunque, conformemente a quanto stabilito dal codice di rito, possono essere utilizzati anche in dibattimento. Nel secondo caso, invece, le condotte degli organi ispettivi devono essere qualificati come atti di polizia giudiziaria e, quindi, potranno trasmigrare solamente nel fascicolo del pubblico ministero diventando spendibili fuori dal dibattimento o nei giudizi alternativi, salvo l'irripetibilità. L'impiego processuale della documentazione redatta in sede ispettiva (i cd. "verbali di constatazione") dipende dal momento di esercizio della funzione amministrativa: bisogna, cioè, verificare se l'attività sia compiuta prima o dopo l'emersione di indizi di reato.

Si è stabilito che se l'accertamento amministrativo è compiuto anteriormente all'insorgenza di indizi non trova applicazione l'impianto penalistico. Pertanto, da un lato, non si applicheranno le garanzie difensive (fatta eccezione per quanto stabilito dall'art. 223, comma 1, disp. att. c.p.p., dall'altro, i verbali redatti durante l'accertamento avranno quindi natura "*documentale*" e, come tali, potranno essere sempre acquisiti ed utilizzati in ogni fase giudiziaria ai fini della decisione.

Discorso diverso deve essere fatto qualora contestualmente all'attività di accertamento amministrativo emergano indizi di reato. Da questo momento in poi sorge, nella Polizia Giudiziaria il dovere di condurre le indagini secondo le norme del codice di rito, con la conseguenza che tutto ciò che affiora nelle indagini preliminari potrà essere utilizzato, solamente, nel rispetto dei criteri indicati dalla normativa penale anche in termini di formazione della prova.

CAPITOLO PRIMO

I MEZZI DI PROVA

1.1 La testimonianza

L'articolo che definisce la testimonianza è l'art. 194 comma 1 c.p.p:
“Il testimone è esaminato sui fatti che costituiscono oggetto di prova”.

Il testimone, dunque, è un soggetto informato dei fatti, che viene chiamato nel corso del dibattimento per rendere delle dichiarazioni inerenti al fatto di reato, oggetto del processo.

Dall'art. 187 c.p.p. si deduce che la testimonianza è ammessa in riferimento a

- imputazione
- eventuali circostanze
- cause di giustificazione
- fatti riguardanti la responsabilità civile derivante dal reato.

Vi è, di contro, il divieto di testimonianza sulla moralità dell'imputato, sulle voci correnti nel pubblico o il divieto di apprezzamenti personali.

Il legislatore ha poi individuato nell'art. 191 c.p.p. la norma di riferimento cui devono essere ricondotte le prove acquisite in violazione dei divieti di legge le quali assumono i caratteri della inutilizzabilità e non di nullità.

Inoltre, vi è divieto di testimoniare per coloro che hanno svolto nel processo la funzione di giudice, pubblico ministero o ausiliario. L'articolo di riferimento è l'art. 194 c.p.p. secondo il quale il divieto probatorio di testimonianza risulta più esteso sotto il profilo soggettivo e *“chi fosse apparso in tale veste in un procedimento riunibile è un possibile testimone fino al momento in cui i procedimenti confluiscono”*¹.

Il divieto è esplicito anche per quanto riguarda il responsabile civile e il civilmente obbligato per la pena pecuniaria, mentre è ricavabile solo implicitamente dal sistema il divieto di assunzione del difensore quale testimone anche se tale affermazione solleva il problema della tassatività dei divieti.

Per ciò che riguarda le modalità di assunzione della testimonianza e quindi la disciplina dell'esame e del controesame, si tratta di norme non precettive ma tecniche², non sanzionabili quando violate con la sanzione dell'inutilizzabilità. Interessante è invece sottolineare le tipologie di domande idonee e le disposizioni a riguardo, spesso formulate sotto forma di divieto. Innanzitutto sono espressi dalla legge alcuni divieti volti a tutelare il soggetto che rilascia la testimonianza, quindi aventi funzione di garanzia. Tali sono l'art. 499 comma 4 c.p.p. che prescrive che l'esame del teste venga condotto senza ledere il rispetto della persona e l'art. 188 c.p.p. che dispone tecniche che non violino la libertà morale di quest'ultima. Di notevole interesse è anche il secondo comma dell'art. 499 c.p.p. che vieta di porre domande che tendano a sminuire la sincerità delle risposte mentre al terzo comma vieta le

¹ F. CORDERO, *sub. art. 197*, in *Codice di procedura penale*, Utet, Torino, 1990, p. 236.

² A. NAPPI, *Guida al nuovo codice di procedura penale*, II ed., Giuffrè, Milano, 1991, p. 141.

domande suggestive. Tali norme divergono sia per ambito di applicazione, sia sotto il profilo oggettivo. Le ipotesi del terzo comma sembrerebbero rientrare tra quelle individuate nel secondo, ma non è sempre possibile. La domanda vietata può risolversi in un ammonimento o in una sorta di intimidazione, al contrario la domanda suggestiva può non essere intimidatoria, pur essendo potenzialmente idonea a nuocere alla sincerità della risposta³. Le figure di cui al secondo comma possono quindi incidere sulla capacità di rielaborazione del vissuto quindi il divieto è applicabile anche al controesame, mentre le domande suggestive sono in quel contesto tese alla verifica dell'attendibilità dell'esaminato e della sincerità delle sue risposte.

L'art. 198 comma 2 c.p.p. prevede come “*Il testimone non può essere obbligato a deporre su fatti dai quali potrebbe emergere una sua responsabilità penale*”.

Tale tipo di garanzia peraltro evoca parallelismi con altri ordinamenti. È tipica, infatti, della tradizione di *common law* così come enucleato dal privilegio *against self-incrimination* codificato nel V Emendamento del Bill of Rights⁴. Il teste si trova in una situazione in cui, attraverso le domande dell'esame diretto e poi del controesame, si può trovare a rilasciare dichiarazioni compromettenti per sé. Anche nel caso in cui emerga una responsabilità penale per il soggetto, la tutela del principio *nemo tenetur se detegere* deve essere accordata. È poi lasciata alla

³ Cfr. N. GALANTINI, L'inutilizzabilità della prova nel processo penale, cit., p. 308.

⁴ Cfr. V. FANCHIOTTI, Lineamenti del processo penale statunitense, Giappichelli, Torino, 1987, pp. 117 e 127.

ragionevolezza dell'interprete l'estensione dell'operatività di tale locuzione legislativa.

Sebbene non si debba arrivare alla soglia di una confessione per potersi avvalere del diritto al silenzio, ma non basta neppure un generico sospetto di plausibile rilievo penale per tacere su certi particolari. L'onere del dichiarante è di prospettare ciò che è necessario e sufficiente al giudice perché si prospettino possibili compromissioni penali personali⁵. Gli elementi che devono emergere durante la deposizione devono essere oggettivamente rilevabili e idonei a giustificare il silenzio così da non verificarsi situazioni paradossali. Se vi fosse seguentemente una pressione con finalità coattive da parte del giudice e la dichiarazione venisse resa, essa sarebbe viziata e sanzionata con l'inutilizzabilità, quindi privata di effetti sotto i profili sostanziale e processuale.

Se la dichiarazione fosse falsa, non potrebbe in ogni caso costituire falsa testimonianza. È pur vero che l'esortazione del giudice non sempre integra una coazione e in tal caso le dichiarazioni potrebbero essere utilizzabili come spontanee. Un principio del nostro ordinamento è *nemo tenetur se detegere* e la norma si inserisce nel sistema in quanto tale principio è richiamato e salvaguardato anche da altre disposizioni sul piano sostanziale.

Ultima riflessione a riguardo necessita di essere fatta per ciò che concerne il raccordo da operare tra il secondo comma dell'art. 198 e l'art. 63 c.p.p. che regola la disciplina di utilizzabilità delle dichiarazioni indizianti rese alla polizia giudiziaria, applicabile anche alla fase del dibattimento. Anche l'art. 63 c.p.p. garantisce la

⁵ Cfr. P. DUBOLINO, T. BAGLIONE, F. BARTOLINI, *Il nuovo codice di procedura penale illustrato per articolo*, La Tribuna, Piacenza, 1988, p. 426.