



# APPUNTI LUISS

Appunti Luiss

## Procedura Penale Progredita



Lezione 06 Marzo 2012

### **PRINCIPIO DI LEGALITA' DELLA PROVA**

In una sentenza della cassazione penale del 2002 (Franzese?), un medico viene condannato per omicidio colposo per non aver praticato le cure appropriate [reato omissivo improprio]. In sede di impugnazione la difesa sostiene che non era stata valutata adeguatamente la diagnosi, non essendo stato effettuato l'esame autoptico [ non si era dimostrato che, prestando le adeguate cure, il soggetto non sarebbe morto]. Le Sezioni Unite affermano che : " è sufficiente che ci siano serie probabilità che le cure potessero impedire l'evento per verificare il nesso di causalità tra omissione ed evento, attraverso la sussunzione sotto leggi statistiche secondo criteri di frequenza probabilistica"

Due le linee interpretative:

Se, mancata la diagnosi, l'evento si è comunque verificato, NON è necessaria la CERTEZZA ASSOLUTA.

E' necessario un grado di probabilità prossimo alla CERTEZZA.

Il primo orientamento è quello maggioritario, sviluppatosi in funzione della necessità di tutela del bene vita. Fa leva, ovviamente sulla TEORIA CONDIZIONALISTICA o della "condicio sine qua non" secondo cui l'agente può considerarsi autore dell'evento se, rimuovendo mentalmente la sua azione/omissione l'evento sarebbe venuto meno. D'altro canto un'omissione non sempre può considerarsi causativa dell'evento, per esempio l'articolo 40 del c.p. ci ricorda che "Non impedire un fatto che si ha l'obbligo giuridico di evitare equivale a cagionarlo.

Ad ogni buon conto, per verificare la sussistenza del nesso condizionalistico bisogna far riferimento al criterio della prognosi postuma o giudizio contro fattuale. Per effettuare questo tipo di verifica tuttavia, è necessario sapere se un determinato FATTO escluderebbe l'evento, cosa che nel caso di specie non accade. Proprio perché non sempre è possibile acquisire come parametro di confronto una legge scientifica assoluta, la giurisprudenza maggioritaria dopo il caso Franzese, ritiene che sia possibile servirsi anche di LEGGI STATISTICHE che abbiano un determinato grado di credibilità scientifica derivante dalla loro applicabilità pratica. D'altro canto questo modus operandi è coerente con il sistema giurisdizionale e garantistico ed impedisce che qualsiasi conseguenza possa essere ricondotta ad un determinato comportamento umano.

QUINDI :

Il nesso causale deve verificarsi alla stregua della teoria condizionalistica, anche servendosi di leggi statistiche

Il giudice deve verificare l'applicabilità delle stesse al caso concreto

Se la prova è insufficiente, contraddittoria o mancante, il giudice deve assolvere.

### **IL SISTEMA DELLE PROVE LEGALI**

Si parla in tal senso di "predeterminazione del valore della prova". Nel sistema processual-penalistico, il dogma della predeterminazione del valore della prova è stato superato con le rivoluzioni liberali che introdussero in alcuni ordinamenti la presenza della giuria: i giudici popolari formulavano i loro pareri sulla base delle valutazioni effettuate.

Nel nostro codice di procedura la norma cardine è ovviamente l'articolo 192 che, sancendo il principio del libero convincimento del giudice, si trasforma in principio di garanzia della giustizia popolare ma potrebbe diventare un'arma pericolosissima in mano ai giudici togati [es. la ricognizione informale non dovrebbe essere considerata prova in dibattimento perché carente dei requisiti di legge]-

#### **192 Valutazione della prova**

1. Il giudice valuta la prova dando conto nella motivazione (125-3, 606-1 lett. e) dei risultati acquisiti e dei criteri adottati.

2. L'esistenza di un fatto non può essere desunta da indizi a meno che questi siano gravi, precisi e concordanti (2729 c.c.).

3. Le dichiarazioni rese dal coimputato del medesimo reato o da persona imputata in un procedimento connesso a norma dell'art. 12 sono valutate unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità (210).

4. La disposizione del comma 3 si applica anche alle dichiarazioni rese da persona imputata di un reato collegato a quello per cui si procede, nel caso previsto dall'art. 371 comma 2 lett. b).

Tale articolo va coordinato con quanto disposto dall'art. 526 secondo cui "possono essere poste alla base della decisione solo le prove legittimamente acquisite

*Quali i principi costituzionali che vengono in considerazione?*

Art. 27.2 Presunzione di non colpevolezza, superabile solo con l'accertamento della fondatezza dell'accusa.

Art. 24.2 Inviolabilità della difesa + Art 13 Libertà personale : L'imputato ha diritto di difendersi, l'onere della prova è a carico dell'accusa, è titolare di una libertà morale e può avvalersi dello IUS TACENDI (Art.63-64) poiché se fosse obbligato a discolarsi si invertirebbe l'onere della prova (art. 14 Patto Onu)

Art. 13.4 (così come art.188 cpp e 64co2 cpp): tutela della libertà morale

Art.13.4: Provvedimenti provvisori (misure cautelari), " se non convalidati restano privi di ogni effetto". Ma cosa succede se nel frattempo è stato effettuato un interrogatorio o una perquisizione? Ci sono varie linee interpretative, per esempio in materia di intercettazioni con la sentenza 34/1973 è stata sostenuta la TEORIA DELLA PROVA INCOSTITUZIONALE.

**Lezione del 13 Marzo 2012****PROFILI COSTITUZIONALI**

CONTRADDITTORIO IN SENSO SOGGETTIVO =

Art. 111 co. 3 "Diritto di interrogare o fare interrogare il proprio accusatore"

[art. 6 CEDU, art. 14 P.I. diritti civili e politici, Emendamenti 5,6 costituzione americana "right to confrontation"]

Co. 4 " la colpevolezza dell'imputato non può essere mai provata...."

Libera scelta [no se minaccia] e volontaria [no se forza maggiore].

CONTRADDITTORIO IN SENSO OGGETTIVO =

Formazione della prova in presenza delle parti con possibilità di esame e contestazione (cross examination)

La differenza tra i due tipi di contraddittorio si spiega alla luce del fatto che essi rispondono ad esigenze diverse: il primo è posto a tutela di un diritto soggettivo ; il secondo è garanzia di attendibilità della prova. Tutto ciò che non è ammesso in contraddittorio non è prova (salva la disciplina delle contestazioni).

**Art. 111.5 Derghe al principio del contraddittorio**

Consenso dell'imputato

Non ci sono grossi problemi dal punto di vista del contraddittorio in senso soggettivo ma, si può prescindere da una completezza nell'accertamento dei fatti? Sì, solo in vista di scopi costituzionalmente garantiti.

[C. Costituzionale. In un giudizio abbreviato a richiesta complessa il teste a carico non compare. Secondo i giudici remittenti il giudizio abbreviato sarebbe incostituzionale e le precedenti dichiarazioni non potrebbero essere recuperate. Secondo la Corte invece, nel momento in cui la parte richiede di essere giudicata allo stato degli atti, acconsente all'utilizzo di tutti gli atti processuali

Il termine "consenso" dovrebbe intendersi come "richiesta" di ammissione probatoria di atti difensivi? Secondo la Corte il consenso viene dato non già in riferimento ad un singolo atto ma, in generale, per l'attivazione della procedura. Il principio di parità delle parti non è violato se si ammette che la fase delle indagini è di per sé fisiologicamente squilibrata a favore dell'accusa. Per cui, chi accetta di essere giudicato allo stato degli atti, accetta e richiede l'utilizzo di ogni mezzo probatorio.

Nella fase di acquisizione delle prove su richiesta di parte (art 493-495) non siamo invece in presenza di ragioni di economia processuale e non è esclusa l'escussione dibattimentale. Inoltre le parti possono concordare l'acquisizione ex art. 500.co 7.

ACCERTATA IMPOSSIBILITA' DI NATURA OGGETTIVA

E' l'ipotesi che ricorre nei casi di cui all'art. 512 (sentenza poltronieri, non prevedibile/non volontaria) e nei casi dell'art. 512 bis dichiarazioni di persone residenti all'estero. Questa disciplina deve fare i conti con la giurisprudenza CEDU.

In Italia si sono applicati i principi comunitari in una serie di casi.

Statunitense violentata, recupero dichiarazioni acquisite con rogatoria internazionale (violazione art. 6 CEDU).

Craxi, reato di corruzione e prove a carico costituite dalle dichiarazioni del presidente dell'ENI (violazione art. 6 CEDU)

Caso Bracci.

PROVATA CONDOTTA ILLECITA

I casi ricorrenti ex art. 500. Co 4 (subornazione del testimone) e art. 500. Co 3 (testimonianza parziale). Secondo Moscarini anche in questi casi c'è un contrasto costituzionale.

Procedura penale progredita

Lezione del 14 marzo 2012

(Rupera) **DISPOSIZIONI GENERALI SULLE PROVE**

Il termine prova viene dal latino "probus" ed è qualificabile come lo strumento attraverso il quale viene verificata la veridicità di un fatto.

**187 Oggetto della prova**

*Sono oggetto di prova i fatti che si riferiscono all'imputazione, alla punibilità e alla determinazione della pena o della misura di sicurezza*

Art. 133 c.p o pericolosità sociale.

*Sono altresì oggetto di prova i fatti dai quali dipende l'applicazione di norme processuali.*

Come per esempio le condizioni di procedibilità o gli avvisi.

*3. Se vi È costituzione di parte civile (76 s.), sono inoltre oggetto di prova i fatti inerenti alla responsabilità civile derivante dal reato (74; 185 c.p.).*

Solo se esercitata l'azione civile nel processo penale

Lo scopo del processo penale è stabilire se l'imputato debba o meno essere punito.

Accertamento del fatto

Interpretazione del diritto

Giudizio di conformità

**188 Libertà morale della persona nell'assunzione della prova**

Non possono essere utilizzati, neppure con il consenso della persona interessata, metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti (642).

La libertà morale è intesa come libertà di autodeterminarsi, ossia esprimere senza vincoli le proprie capacità mnemoniche o valutative.

[narcoanalisi, luci pulsate, lie detector] Sono strumenti vietati perché c'è, a livello costituzionale, un nucleo incoercibile della libertà personale (ovvero la libertà morale) che viene preordinato alle esigenze processuali.

### 189 Prove non disciplinate dalla legge

Quando È richiesta una prova non disciplinata dalla legge, il giudice può assumerla se essa risulta idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti (187) e non pregiudica la libertà morale della persona (642). Il giudice provvede all'ammissione, sentite le parti sulle modalità di assunzione della prova.

Le prove atipiche sono quelle non disciplinate dalla legge. Possono essere assunte ad alcune condizioni: non lesive della libertà morale/ idonee all'accertamento dei fatti/ concordando le modalità di acquisizione.

#### RIPRESE VISIVE:

soggetto privato(DOCUMENTI) = in luogo pubblico possono essere effettuate/ il luogo privato no.

Soggetto pubblico = sentenza c. costi 2006, distingue a seconda che siano comportamenti comunicativi o non comunicativi.

Comunicativi= intercettazioni, art. 266 ss.

Non comunicativi = luogo pubblico: sono utilizzabili come prove atipiche alle condizioni dell'art. 189.

Luogo privato: non sono utilizzabili

Luoghi riservati: deve esserci l'autorizzazione del giudice

[Sono ATTI non DOCUMENTI, perché posti in essere da un soggetto pubblico operante nel procedimento. Il documento si forma al di fuori del circuito giudiziario]

#### MODALITA' ATIPICHE di assunzione di prove tipiche

Per esempio le ricognizioni informali o i documenti in copia. La dottrina dice che non possono essere utilizzati, la giurisprudenza è di segno opposto.

### 190 Diritto alla prova

1. Le prove sono ammesse a richiesta di parte. Il giudice provvede senza ritardo con ordinanza (495) escludendo le prove vietate dalla legge e quelle che manifestamente sono superflue (190 bis, 4954) o irrilevanti (468).

2. La legge stabilisce i casi in cui le prove sono ammesse di ufficio (70, 195 224, 237, 507, 508, 511, 603).

3. I provvedimenti sull'ammissione della prova possono essere revocati sentite le parti in contraddittorio (495).

Il diritto alla prova si articola in due componenti: la facoltà di determinare l'ampiezza della procedura probatoria (disponibilità della prova) e il diritto ad un provvedimento acquisitivo. L'attività probatoria si articola in più fasi: l'individuazione, l'ammissione, l'assunzione, la valutazione, la decisione motivata.

Nel codice previgente il giudice istruttore provvedeva frequentemente all'assunzione di prove d'ufficio. Ora, con l'introduzione del sistema accusatorio, i casi di ammissione della **prova d'ufficio** sono limitati e circoscritti.

#### LIMITI ALL'ACQUISIZIONE

Rilevanti ( art. 187)

Non manifestamente superflue (esorbitanti)

Il diritto alla prova si giustifica alla stregua del principio del contraddittorio e del diritto di difesa. In alcuni casi però, il legislatore pone dei vincoli particolari.

#### **190 bis Requisiti della prova in casi particolari**

1. Nei procedimenti per taluno dei delitti indicati nell'art. 51, comma 3 bis, quando È richiesto l'esame di un testimone (194 s., 497 s.) o di una delle persone indicate nell'art. 210 e queste hanno già reso dichiarazioni in sede di incidente probatorio (392) ovvero dichiarazioni i cui verbali sono stati acquisiti a norma dell'art. 238, l'esame È ammesso solo se il giudice lo ritiene assolutamente necessario.

1-bis. La stessa disposizione si applica quando si procede per uno dei reati previsti dagli articoli 600-bis, primo comma, 600-ter, 600-quater, 600-quinquies, 609-bis, 609-ter, 609-quater, 609-quinquies e 609-octies del codice penale, se l'esame richiesto riguarda un testimone minore degli anni sedici

#### **191 Prove illegittimamente acquisite**

1. Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate.

2. L'inutilizzabilità è rilevabile anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento (185-4).

INUTILIZZABILITA' PATOLOGICA : non possono essere utilizzate le prove che violano DIVIETI stabiliti dalla LEGGE. E' una prescrizione che riguarda l'AN, non il QUOMODO.

Cosa si intende per "legge"? Secondo parte della dottrina solo la legge processuale poiché l'articolo 191 parla di illegittimità (irritualità) non di illiceità. Secondo altri verrebbero in considerazione anche le norme sostanziali e costituzionali.

INUTILIZZABILITA' DERIVATA : E' applicabile l'art. 185? Ci sono due teorie

Male captum bene retentum = non si propaga.

Frutti avvelenati dell'albero avvelenato = si propaga

C'è stata una sentenza di cassazione in merito ai rapporti tra perquisizione illegittima e successivo sequestro. Si è accolta la seconda teoria con un'eccezione: l'ipotesi in cui oggetto del sequestro sia il corpo del reato.

INUTILIZZABILITA' FISIOLOGICA: risponde al principio di separazione delle fasi per cui gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari possono essere utilizzati in dibattimento a determinati scopi e condizioni.

### 192 Valutazione della prova

1. Il giudice valuta la prova dando conto nella motivazione (125-3, 606-1 lett. e) dei risultati acquisiti e dei criteri adottati.
2. L'esistenza di un fatto non può essere desunta da indizi a meno che questi siano gravi, precisi e concordanti (2729 c.c.).
3. Le dichiarazioni rese dal coimputato del medesimo reato o da persona imputata in un procedimento connesso a norma dell'art. 12 sono valutate unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità (210).
4. La disposizione del comma 3 si applica anche alle dichiarazioni rese da persona imputata di un reato collegato a quello per cui si procede, nel caso previsto dall'art. 371 comma 2 lett. b).

Nella disciplina processual penalistica non abbiamo, in linea di massima, prove legali. Vigè il principio del libero apprezzamento del giudice.

Deve trattarsi di prove legittimamente acquisite

Deve essere redatta apposita motivazione, con specificazione dei criteri e dei risultati.

La motivazione costituisce un freno all'intuizione e si colloca normalmente nella fase valutativa in cui il giudice ripercorre il processo gnoseologico compiuto in funzione dalla valutazione dei fatti.

LEZIONE 20 Marzo 2012

### CONCEZIONE RELATIVISTICA DELLA PROVA

Come sappiamo gli elementi raccolti nella fase delle indagini preliminari non sono direttamente utilizzabili come prova in dibattimento ma possono essere finalizzati all'adozione di una serie di provvedimenti endoprocedimentali che esigono un fumus probatorio (perquisizioni, misure cautelari,)

Le regole generali del III libro si applicano anche alla fase delle indagini preliminari?

(Massimo Nobili) = Sì, valgono anche per le attività latu sensu probatorie.

(Vittorio Grevi) = Bisogna distinguere tra attività compiute dal pm/polizia giudiziari e attività svolte dal Gip. Nel primo caso abbiamo un apposito corredo di norme. Nel secondo caso, se interviene un organo giurisdizionale, i principi del III libro trovano applicazione.

Secondo Moscarini la prima tesi non è accoglibile in quanto il legislatore ha sempre distinto tra attività investigative e attività probatorie.

Es. Art 362, Assunzione di informazione da parte del Pm, si applicano solo le regole dettate dagli articoli riportati, non si applica la disciplina degli articoli 194-195 sulla testimonianza, non si applica il divieto di domande suggestive.

Sempre secondo Moscarini non si applica nella fase delle I.p. la disciplina dell'oggetto di prova ex art. 187, in quanto suddette indagini hanno uno spettro di applicazione più ampio. Si applica l'art. 188 sulla libertà morale, si applica l'art. 191 sui divieti di utilizzazione.

Secondo Grevi, quando il gip è chiamato a decidere sull'applicazione di un provvedimento endoprocedimentale, tutte le regole probatorie dovrebbero ritenersi ammissibili. Tuttavia, con l'introduzione della legge n.63/2001 sul Giusto Processo sono stati introdotti degli elementi di equivocità.

Es. Art. 273 come presupposto di applicabilità della misura cautelare richiede la sussistenza di "gravi indizi di colpevolezza" e annovera come criteri di valutazione degli stessi solo gli articoli 192 co 3-4, 271, 195 co7, 203. Questa disciplina non è stata felicissima: richiamare solo alcune regole ha quasi legittimato l'esclusione dell'utilizzazione delle altre. Proprio per questo si è sostenuto che suddetta legge abbia avuto un valore meramente semplificativo, non una valenza ad excludendum.

### Art. 189 Prove Atipiche

Es. Riprese visive, violazione dell'art. 14 costituzione? Dipende se si tratta di comportamenti comunicativi, in questo caso si applica la disciplina delle intercettazioni; se si tratta di comportamenti non comunicativi potrebbe esserci una violazione costituzionale

Sentenza: Ipnosi per recupero memoria->responsabilità disciplinare e civile del pm → non compatibile con l'art. 196 cpp (accertamenti sull'idoneità a testimoniare, no valenza probatoria)

Sentenza Prisco: Videoriprese in locale notturno → Riprese atipiche? Le SSUU dicono che le riprese effettuate in luogo pubblico sono prove atipiche se svolte da organi pubblici, utilizzabili nella misura in cui il contraddittorio si realizzi nella fase dell'assunzione. I luoghi in questione non possono essere considerati luoghi di privata dimora in quanto non c'è "una relazione stabile tra le persone e il contesto locale stesso".

LEZIONE 21 MARZO 2012

**Ancora sui Principi Generali**

Art. 190 Diritto alla Prova

Le prove sono ammesse su richiesta di parte (iudex iusta alligata et probata iudicare debet). Nel dibattimento le richieste di prova sono disciplinate dagli articoli 493-495.

In alcuni casi il giudice può attivarsi d'ufficio:

Perizia art. 224

Istruzione dibattimentale Art. 507 = è una norma generalissima richiamata anche in tema di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale ex art. 603 e nel giudizio abbreviato ex art. 421bis.

La Corte Costituzionale con sentenza 11/1993 ha affermato che: " il processo non può essere totalmente dispositivo perché finalizzato all'accertamento dei fatti. Se le parti rimangono inerti, è necessario l'intervento del giudice d'ufficio".

La dottrina ha aspramente criticato questo indirizzo: il giusto processo richiede la terzietà del giudice che risulterebbe compromessa se questi si attivasse in favore dell'accusa o della difesa.

Art. 190 co. 3 Non sono ammesse le prove vietate dalla legge, quelle manifestamente superflue (es. fatti notori) e quelle irrilevanti (non riferibili all'art. 187). E' necessario un provvedimento motivato del giudice che è emblematico della posizione privilegiata delle parti.

**Art.190bis** Casi Particolari: Per i reati di criminalità organizzata e contro la libertà sessuale si introduce il rischio di usura le testimone.

**Art. 191:** Le prove illegittimamente acquisite non possono utilizzarsi (es. testimonianza su voci correnti nel pubblico, art. 194 DIVIETO ASSOLUTO/ Testimonianza del pm, art. 197 FONTE, intercettazioni non autorizzate dal giudice, art. 271 MODALITA')

L'inutilizzabilità è cosa diversa dalla nullità in quanto può rilevarsi in qualsiasi stato e grado del procedimento ed è insanabile.

PROVA NULLA: mancanza del difensore ex art. 178, violazione di norme che attengono alla forma dell'atto. L'atto può essere rinnovato.

PROVA INUTILIZZABILE: testimonianza con ipnosi, violazione di divieto probatorio, mezzo di prova non riutilizzabile (inutilizzabilità patologica)

Ci si chiede se anche per l'inutilizzabilità sussista un principio di tassatività: secondo i più bisogna aver riguardo all'esistenza di un esplicito divieto probatorio, individuato il divieto NON deve esserci un'esplicita comminatoria.

Es. art. 499 Divieto di domande suggestive nell'esame diretto = non c'è una comminatoria di inutilizzabilità ma c'è un divieto. Si applica il 191.

I divieti possono derivare dalla legge sostanziale e costituzionale?

Cordero: L'art. 191 si riferisce solo al ccp

C. Costituzionale s. 34/1973 : si richiede il rispetto dei limiti costituzionali.

**Es. Perquisizioni contra legem che portano al corpo del reato, utilizzabili?**

Male captum, bene retentum: la perquisizione è illecita ma bisogna verificare l'oggettiva sequestrabilità.

Albero avvelenato: C'è stata una violazione dell'art. 14 della Costituzione, non è utilizzabile.

Le SSUU dicono: l'illegittimità si comunica al sequestro ex art. 185 ma se si tratta del corpo di reato, di per sé sequestrabile, il sequestro deve essere disposto.

**Art. 192 Valutazione della prova:** Non esiste una nozione di prova legale, la valutazione comporta un comportamento concludente del giudice penale non vincolato da valutazioni compiute in sede civile (tranne nei casi di cui agli art. 3 e 479 cpp).

Tuttavia non deve pensarsi ad un approccio di tipo intuitivo: *Amodio sostiene che " la decisione del giudice NON è un'attività libera. Per esempio l'art. 527, in materia di decisioni collegiali, detta un procedimento minuzioso. Il principio di motivazione, d'altro canto, è un ulteriore limite all'estro decisionale del giudice*

Lezione del 27 Marzo 2012

La Testimonianza

E' una dichiarazione di scienza con cui il testimone narra un fatto del passato, relativo ad elementi rilevanti ai fini del procedimento penale.

Secondo la **psicologia giudiziale**, tuttavia,

1. non sempre le persone sono in grado di memorizzare e riprodurre fedelmente determinati episodi;
2. non c'è sempre una totale coincidenza tra la percezione sensoriale ed il ricordo;
3. esistono inoltre particolari meccanismi di rimozione della memoria soggetta a fisiologico deperimento;
4. il testimone è chiamato a rievocare un ricordo a distanza di parecchio tempo
5. Everybody lies

Fondamentale è anche la disciplina costituzionale dell'art. 111: " Ognuno ha diritto di fare interrogare il proprio accusatore, nonché di ottenere la citazione di testimoni a discarico". L'art. 526 co1bis aggiunge poi che "la colpevolezza non può mai essere provata sulla base di..."

Il codice di procedura, oltre alla figura del testimone, conosce anche la figura del coimputato in reato connesso o collegato, il testimone assistito. Le tecniche di escussione del testimone sono poi quelle tipiche della Cross Examination, finalizzata all'accertamento della credibilità del teste e della veridicità del fatto.

**"NEMO TESTIS IN CAUSA PROPRIA"**

Il testimone è portatore di un interesse tale da legittimare il suo intervento in causa come parte in senso stretto, offeso o parte civile. Non anche nell'ipotesi in cui sia esso stesso imputato. E' costituzionale tale dicotomia? Sì, perché la dichiarazione dell'offeso dal reato è una vera e propria prova, mentre la posizione dell'imputato è differente. Con una sentenza del 1971 la Corte Costituzionale ha infatti affermato che non costituisce lesione del diritto di difesa, tale disparità, poiché prevale sempre l'esigenza di accertamento della verità processuale. Indi per cui, il principio del nemo testis vale per l'imputato che può essere sottoposto ad esame (ex art. 208) solo se lo chiede o vi consente (differentemente da quanto accadeva nel sistema inquisitorio).

Nel Patto internazionale dei diritti civili e politici art. 14 lett g. si afferma che l'imputato non può deporre contro se stesso ma ciò non toglie che la posizione del testimone possa essere assunta anche dallo stesso imputato. Il nostro legislatore non ha invece contemplato questa possibilità poiché si è voluto evitare che l'eventuale reticenza dell'imputato potesse essere valutata negativamente o meno dal giudice.

Il Diritto al Silenzio non è illimitato, ma trova un punto fermo nel diritto degli altri eventuali coimputati di confrontarsi con l'accusatore (si pensi anche degli avvertimenti dell'art. 64 cpp). E' ovvio che se non fosse contemplata la possibilità per l'accusato di richiedere un confronto con il proprio accusatore si verificherebbe un'intollerabile restrizione del diritto di difesa.

**ART. 194**

Il testimone deve essere sentito su fatti determinati ma è ammesso un discorso di tipo deduttivo. Non sono invece ammessi domande che concernono la moralità di terzi o su voci correnti nel pubblico o su apprezzamenti personali.

Voci correnti nel pubblico: non sarebbe valutabile la credibilità della fonte in quanto non identificata. La cassazione ha previsto alcune eccezioni (es. voci diffuse in una clinica medica tra una cerchia determinata di persone di cui si conoscevano le generalità)

Apprezzamenti: non hanno un contenuto logico-giuridico. Secondo la cassazione il divieto non opera nel caso in cui si tratti di una testimonianza professionale qualificata.

**ART. 195**

Si parla di TESTIMONIANZA INDIRETTA nell'ipotesi in cui l'oggetto della stessa è un fatto conosciuto de relato da altra fonte. Il teste di riferimento deve essere citato, anche d'ufficio, altrimenti non è utilizzabile la testimonianza, salvo che non sia morto, infermo o irreperibile. Tutto ciò perché la notizia è riportata fuori dal contraddittorio e ciò non va bene.

Gli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria non possono rivelare le notizie acquisite da testimoni confidenziali (verbalizzate ma non utilizzabili?!).

Non possono essere oggetto di testimonianza fatti coperti da segreto d'ufficio o professionale.

**ART. 196**

Capacità di deporre, in alcune ipotesi possono essere disposti appositi accertamenti

**ART. 197**

Incompatibilità a testimoniare: è una norma rivisitata con la legge sul giusto processo. L'incompatibilità è dovuta a due cause: l'interesse processuale nella causa, la necessaria separazione delle fasi. [Vedi Conso].

Lezione del 28 Marzo 2012

La legge 63/2001 sul giusto processo introduce nuovi elementi nel nostro sistema che si riflettono sull'attuale formulazione della disciplina della testimonianza e del diritto al silenzio.

Caso DE SIMONE (c'è nei materiali): Il denunciato denuncia il denunciante per calunnia: entrambi indagati. La cassazione si chiede se la persona offesa dal reato e indagata per calunnia al tempo stesso, possa o meno testimoniare. E' una testimonianza assistita? C'è un contrasto giurisprudenziale:

La veste di offeso è prevalente, può testimoniare.

La prima denuncia è già corroborata da altri elementi?

Le SSUU optano per una testimonianza assistita ma se nei confronti del denunciato per calunnia si emana un provvedimento di archiviazione l'incompatibilità cessa: aporia, l'indagato per calunnia è ricompreso teoricamente nell'art. 197 e a far cessare l'incompatibilità dovrebbe essere una sentenza.

Caso (sostanze stupefacenti):

Sentenza 2001: un ispettore del lavoro nel corso di un'inchiesta amministrativa raccoglie dichiarazioni di persone successivamente imputate. Possono essere, tali dichiarazioni, utilizzate nel processo penale? La cassazione richiama l'art. 220 delle disp. Att. : sì, se emergono indizi di reato in attività ispettive o di vigilanza.

La cassazione ha ridotto la portata dell'incompatibilità a testimoniare, ritenendo che la persona nei cui confronti sia stato emanato un non luogo a procedere possa deporre come testimone. D'altro canto tale sentenza non esclude una riapertura della vicenda giudiziaria in seguito all'emersione di nuove prove e l'art. 197 non fa alcun riferimento a tale formula.

I prossimi congiunti non sono obbligati a deporre salvo che siano querelanti o offesi. Rientra in senso ampio anche il rapporto di adozione, convivenza more uxorio, coppia di fatto, divorzio o annullamento.



Lezione del 17 Aprile 2012

[Moscarini]

### **Perizia e consulenza tecnica**

La disciplina della perizia sottende una situazione in cui il giudice, per risolvere una questione probatoria, necessita di competenze tecniche, scientifiche o artistiche. In questi casi deve ricorrere alla figura del perito, iscritto ad apposito albo. Il campo di applicazione di questa disciplina tende ad estendersi proporzionalmente allo sviluppo della scienza e della tecnologia: si pensi alle perizie genetiche per la tipizzazione del dna, al riconoscimento della voce attraverso particolari strumenti, la ricostruzione degli spostamenti di una persona attraverso le celle telefoniche, i riconoscimenti dei tratti di persona travisata. *[C'è un esempio del professor Rozzano: il trattato di T.-> quando si trattò di stabilire quale parte dell'America latina dovesse appartenere agli spagnoli, si tracciò un meridiano e si stabilì che tutto ciò che stava ad oriente spettava alla Spagna e il resto al Portogallo, sul presupposto che la terra fosse piatta. Quando venne effettuata la circumnavigazione di Capo Horn e si scoprirono le Filippine, estese sia ad occidente che ad oriente, si pose il problema di rivedere la precedente affermazione. Ciò dimostra che in alcuni casi è necessario avere competenze specifiche.]*

Le perizie tecniche-scientifiche pongono ulteriori problemi: si è ormai abbandonato l'approccio universalistico ed incontrovertibile delle scienze, ogni teoria scientifica risponde ad un approccio relativistico e dinamico. Dunque, l'affidamento a tali competenze è suscettibile di evoluzioni future.

#### **[DIVIETO UTILIZZARE LA PROPRIA SCIENZA PRIVATA]**

Anche nell'ipotesi in cui il giudice avesse determinate competenze, non potrebbe utilizzarle: è fatto divieto di utilizzo della scienza privata. C'è stato un caso in cui la cassazione ha annullato una sentenza del giudice di merito in cui, lo stesso, sulla base di alcuni rilievi fotografici, si era pronunciato sulla dinamica dell'incidente e sulla velocità di marcia. Ciò non è ammissibile perché il giudice eliderebbe la possibilità delle parti di far valere i rispettivi contraddittori. Il giudice può avvalersi solo delle massime di esperienza, proprie della collettività media in un determinato momento storico.

Il codice del 1930, art. 314, nella sua versione originaria, stabiliva che il giudice "poteva", in casi di necessità, nominare un perito. La scelta se disporre o meno la perizia era affidata alla discrezionalità del giudice ed apriva le porte alla scienza privata dello stesso. Con la Costituzione la situazione cambia: con una legge del 1985 si modificò tale articolo introducendo l'espressione perentoria "dispone" (uso dell'indicativo per imperativo). Sempre con la riforma dello stesso anno si ammetteva la possibilità per il difensore di parte di assistere agli atti istruttori.

**"Art. 220 -> La perizia è ammessa quando occorre svolgere indagini che richiedono competenze tecniche, scientifiche o artistiche."**

Il legislatore è intervenuto nel senso di ampliare il campo di applicabilità della perizia: l'espressione "quando occorre" è più ampio di "quando necessario". Questa norma ora consente di ricorrere alla perizia per verificare, per esempio, se un'opera d'arte sia attribuibile ad un artista piuttosto che ad un altro. Il riferimento alla competenze artistiche è rilevante anche in relazione all'art. 519 co.2 c.p. che definisce mai oscena l'opera d'arte.

**" Art. 221 -> Il perito è iscritto in appositi albi..."**

Mentre nel vecchio codice il perito era essenzialmente un ausiliario del giudice, ora si richiede che esso sia abilitato professionalmente e durante la formulazione dei quesiti possono partecipare le parti. **"I consulenti tecnici** sono nominati dalla parti (**Art. 233**) sia nei casi di perizia, sia nei casi in cui il giudice non abbia ritenuto di disporre la stessa."

#### **[AMMISSIBILITÀ DELLA PERIZIA E DISCREZIONALITÀ DEL GIUDICE]**

Ovviamente non è venuta totalmente meno la discrezionalità del giudice. Si pone infatti il problema della ammissibilità della perizia. Il giudice può astenersi dal disporre la perizia solo quando ritenga che la situazione in questione sia già dimostrata da altri mezzi [CRITERIO DI SUPERFLUITÀ DELLA PROVA]: es. la natura stupefacente di una sostanza è stata ritenuta tale sulla base della confessione dello stesso imputato.

Inoltre, l'articolo 359 cpp prevede la possibilità di accertamenti tecnici ripetibili ad opera di consulenti tecnici che non possono rifiutare la propria opera così come le parti, ex. art. 391sexies, possono prevedere la nomina di consulenti di parte nel corso delle indagini difensive. E' possibile in questi casi la citazione in dibattimento del consulente tecnico, sentito quindi secondo le regole della testimonianza: il giudice potrà recuperare così questo sapere tecnico-scientifico senza dover ricorrere ad una perizia d'ufficio.

*Es. Delitto di Perugia-> era stata svolta dai consulenti del p.m un'indagine genetica. In dibattimento l'accusa richiede la perizia ma il giudice ritiene sufficiente la consulenza tecnica istruttoria. In appello la difesa ha richiesto la rinnovazione dibattimentale ex art. 603 che consente l'assunzione di nuove prove se ritenute assolutamente necessario: il giudice d'appello ammette la perizia. La perizia ammessa in grado di appello ha smentito la consulenza tecnica e i due sono stati assolti.*

Ciò dimostra come la discrezionalità del giudice è notevole nel disporre la notizia ma, in caso di diniego in appello, difficilmente sarà possibile ricorso in cassazione: l'art. 606 parla di mancata assunzione di prova decisiva ma non c'è per la perizia un diritto alla prova, è una prova d'ufficio.

Secondo Moscarini la perizia è una prova dichiarativa, essa si risolve spesso in un'esposizione orale e nel libro settimo del codice, dopo la disciplina dell'esame dei testimoni, l'art. 501 parla dell'esame dei periti e dei consulenti tecnici, richiamando la disciplina dell'esame dei testimoni. C'è una peculiarità: il perito ha facoltà di consultare documenti e prove scritte acquisibili d'ufficio. E' una differenza rispetto alla deposizione del testimone che, può servirsi di note scritte, ma non può leggere e le note non possono essere acquisite.

La differenza tra perizia e testimonianza è la seguente: il testimone narra, il perito valuta. Lo stesso articolo 220 lo sottolinea: la perizia può consistere in un esame autoptico ai fini delle indagini o può essere finalizzata all'acquisizione di dati con successiva valutazione tecnica o scientifica. In alcuni casi il dato può essere acquisito per permettere al perito di effettuare una valutazione: *es. l'acqua contenuta negli acquedotti è contaminata da arsenico che determina la morte di un soggetto. Il perito è chiamato a valutare se l'arsenico rilevato nel cadavere può essere stato indotto dall'assunzione di acqua contaminata.*

Acquisizione di dati

Valutazione di dati

Formulazione di pareri.

Oggetto della perizia è qualsiasi circostanza accertabile con conoscenze tecniche/s/a. Non posso essere oggetto di perizia le valutazioni di tipo giuridico (IURA NOVIT CURIA). Né tanto meno le valutazioni del perito possono risolversi in una valutazione dell'imputazione: il perito non può decidere sulla colpevolezza o innocenza dell'imputato.

### **Perizia "obbligatoria":**

In alcuni casi la perizia serve ad accertare la capacità di partecipazione cosciente dell'imputato, è prevista dall'art. 71 cpp ed è seguita da accertamenti peritali semestrali.

L'art. 294 ter prevede poi che se è richiesta la sospensione di una misura custodiale per incompatibilità della stessa con le condizioni fisiche dell'imputato.

### **Perizie vietate :**

(Art. 220) Se l'accertamento del perito verte sulle condizioni psichiche dell'imputato deve tenersi conto dei casi di perizia non ammesse (abitudine nel reato, tendenza a delinquere). I disturbi della personalità non sono oggetto di indagine peritale, lo sono però le malattie mentali, sebbene la linea di demarcazione è poco netta. Si discuteva da tempo se ammettere o meno la perizia caratteriologica o criminologica: non la si ammette perché potrebbe trasformarsi in un'indagine introspettiva latamente finalizzata all'ottenimento di un'eventuale confessione, che minerebbe il diritto al silenzio dell'imputato. Potrebbe ammettersi in un processo penale bifasico in cui nella prima fase si accerti la colpevolezza e nella seconda si determini la pena da applicare. L'ultimo comma dell'articolo 220 ha una clausola di salvaguardia che ammette queste perizie in ambito penitenziario, cioè successivamente all'accertamento della colpevolezza.

[Consulenza tecnica del Pubblico Ministero, art. 359]

Anche il p.m. può avvalersi della consulenza che, però, di norma rimane di supporto alle sue indagini salvo che non venga disposta l'audizione dello stesso in dibattimento. Non c'è incompatibilità a deporre ex art. 197 cpp. Se l'accertamento tecnico è irripetibile si applicherà la disciplina dell'art. 360.

[Consulenti tecnici di parte, art. 233]

Anche questi possono essere citati e sentiti in dibattimento. Questi soggetti tuttavia devono essere inseriti nelle liste testimoniali delle parti, ex art. 468 cpp.

INCIDENTE PROBATORIO E PERIZIA: il principio di oralità.

La perizia può essere anticipata tramite incidente probatorio, ai sensi dell'art 392 quando lo stato di cose, luoghi o persone sia soggetta a modificazioni per cause naturali, quando comporterebbe una sospensione del processo superiore a sessanta giorni o nei casi previsti dall'art. 224bis. La differenza tra perizia dibattimentale e quella in incidente probatorio è la seguente: quella dibattimentale è disposta d'ufficio; nelle indagini preliminari non c'è un giudice investito della causa, il gip è un giudice ad acta, di conseguenza in questi casi occorre una richiesta di parte. La relazione peritale che si ha in incidente probatorio confluisce ex art. 431 nel fascicolo del dibattimento ma non viene meno il principio di oralità: il perito potrà essere sentito e citato dalla parte interessata oppure disposta d'ufficio ex art. 468. Quindi anche se ci sono state le garanzie dell'incidente probatorio, non viene meno il diritto di richiedere l'escussione orale in dibattimento. La presenza di una relazione peritale non pregiudica il diritto di escussione orale. Si ricordi anche l'art. 511 sulle letture consentite.

In udienza preliminare si può avere la perizia tramite incidente probatorio: la sentenza 77/1994 ha dichiarato infatti incostituzionali gli art. 392ss che non consentivano l'incidente probatorio in udienza preliminare. Del resto lo stesso articolo 422 prevede la possibilità del gup di disporre d'ufficio l'assunzione di prove e perizie: ci sono stati alcuni casi:

**Caso Franzoni**, perizia sulla capacità di intendere e di volere dell'imputata disposta in udienza preliminare. La ricostruzione della dinamica dell'omicidio è stata effettuata con un metodo particolare di analisi delle macchie di sangue: si sono così ricostruiti gli spostamenti dell'assassino sulla base delle tracce ematiche. Anche sulla base di questa prova la Franzoni è stata condannata. C'è però un aspetto particolare: si è detto che questo procedimento di ricostruzione rientra tra le prove atipiche, ammissibili se idonei ai fini della ricostruzione dei fatti e non lesivi della libertà morale del soggetto, a condizione che il giudice abbia sentito le parti. La difesa sosteneva nel caso concreto che il giudice non avesse sentito le parti. La Cassazione penale dice: "questa tipologia di indagini, proprio perché basata su leggi matematiche, fisiche, geometriche ampiamente collaudate, che non richiedono dunque un ulteriore vaglio di attendibilità" → non sono prove atipiche.

### **Lezione del 18 Aprile 2012**

#### **Moscarini**

#### **(...segue, Perizia)**

C'è una sentenza interessante della Corte D'appello dell'Aquila del 1999: "se si profila una questione di natura tecnico artistica è fatto divieto di ricorrere alla scienza privata del giudice". La cassazione avalla tale orientamento nel 2010: "il giudice non può sostituirsi al perito nella ricostruzione del fatto"[il caso dell'incidente stradale e dei rilievi fotografici].

Per il resto, ribadiamo che esiste un margine di discrezionalità nella scelta: può ritenere che nel caso di specie ci siano altre prove già sufficienti [principio di non superfluità della prova]. Cass. 2009: "La natura stupefacente di una sostanza è stata accertata sulla base della confessione dell'imputato".

Per quanto concerne le perizie sulla personalità dell'imputato (ex art. 71) ci sono due pronunce in antitesi: nel primo caso si ritiene obbligatoria la perizia, nel secondo la si esclude.

Nel caso di deposizione del minore invece, si ritiene che abbia un valore scarsamente rilevante. Si ritiene che in questi casi non si possa disporre una perizia psicologica per verificare la veridicità dei fatti.

La disposizione della perizia attiene ad una quaestio facti, dovrà valutare in altri termini se il fatto probans non possa essere verificato in altri modi. L'eventuale diniego non potrà essere sindacato in sede di legittimità se sorretto da adeguata motivazione.

Il giudice non è vincolato dal parere del perito: sarebbe altrimenti violata la regola del suo libero convincimento. Può disattenderla purchè ne dia conto in motivazione. In una sentenza del 2008 si legge che il giudice può preferire l'indagine svolta da un ctu piuttosto che quella del perito purchè ci sia adeguata motivazione. Ma ci si chiede: se il giudice non può far ricorso alla propria scienza privata, come può poi sindacare o disattendere l'operato del perito? Secondo Cordero potrebbe in queste ipotesi ripetere la perizia ma, secondo Moscarini, la questione non si risolve ma si posticipa.

1993 Corte Suprema USA: quando il giudice si trova davanti ad una teoria scientifica recente o nuova, può cercare dei riscontri ulteriori: ha riscontri empirici? È diffusa e accettata nella comunità scientifica? È già superata dai progressi della scienza?

### **I periti e le perizie ex art. 224bis**

Esiste un albo istituito presso il tribunale in cui sono iscritti gli esperti in medicina legale, balistica, chimica, infortunistica stradale etc. Il giudice tuttavia può scegliere anche un perito diverso, che abbia conoscenze più specifiche o non previste, disponendo ciò con ordinanza motivata. Il perito può essere ruscato negli stessi casi del giudice ed è tenuto ad astenersi negli stessi casi.

Il giudice dispone la citazione del perito e adotta tutti gli altri provvedimenti che si rendono necessari → si pone qui il problema dell'ammissibilità delle perizie genetiche per la tipizzazione del DNA di tipo coattivo. La questione era relativa alla Madonna di Civitavecchia: le tracce ematiche erano sintomatiche di un vero e proprio miracolo o si trattava di una truffa? Il giudice competente dispone la comparizione delle persone interessate e ne effettua il prelievo coattivo di sangue. Si ritenne successivamente che per disporre questi accertamenti fosse necessario introdurre una disciplina più garantista rispetto all'articolo 224 cpp. La corte costituzionale nella sentenza 238/1996 ritiene incostituzionale il suddetto articolo perché legittima prelievi coattivi che sono limitativi della libertà personale senza specificare i casi e i modi di applicazione dello stesso. Del 2009 con la legge numero 85 viene inserito l'art. 224bis "perizie relative ad accertamenti limitativi della libertà personale". Nei tredici anni che sono intercorsi dalla dichiarazione di incostituzionalità ci si chiedeva se la disciplina fosse applicabile anche ad accertamenti diversi, estrinseci, come la riproduzione fotografica previa immobilizzazione. La risposta è stata negativa.

Molto spesso tuttavia si ricorre ad espedienti di altro tipo: per esempio tramite la tipizzazione effettuata sulla base di residui di altro tipo (bicchieri, oggetti appartenenti all'imputato). C'è in questo modo una violazione del diritto al silenzio: il soggetto avrebbe diritto di non sottoporsi all'esame. Sono state inserite delle altre norme nel codice di procedura come per esempio l'articolo 349 co 2bis "prelievo di capelli o di saliva da parte della polizia giudiziaria, previa autorizzazione del pm, a fini IDENTIFICATIVI".

### **Critiche all'articolo 224bis**

La dottrina contesta la locuzione "accertamenti medici", ritenuta troppo generica ai fini della determinatezza della fattispecie. Per soddisfare l'esigenza di tassatività e determinatezza sarebbe stato necessario disciplinare oltre che i casi, anche i modi.

## **Lezione del 23 Aprile 2012**

### **Intercettazioni art. 266 ss**

Il tema delle intercettazioni si lega strettamente alle garanzie e ai limiti posti dalla costituzione, articolo 15. Il fenomeno delle intercettazioni viene definito come " *captazione occulta di una comunicazione tra più persone da parte di un terzo estraneo, mediante l'uso di strumenti tecnici*".

Possono essere ricompresi in questo novero anche l'ascolto clandestino di conversazioni telefoniche e i flussi di comunicazioni elettroniche e informatiche (art. 266bis) sebbene la giurisprudenza ritenga che in tal caso bisogna distinguere l'ipotesi in cui si utilizzi un mezzo che garantisca la privacy della comunicazione: se ciò non è, se non sono esclusi i terzi (captazione di segnale radio via etere), non rientra nel concetto di intercettazione. Si esclude dal concetto di intercettazione la comunicazione del contenuto di un colloquio a distanza che avvenga tra l'interlocutore ed un terzo (tipo se uno registra la conversazione che esso stesso fa con un'altra persona).

Bisogna tener presente anche che, nell'ipotesi di captazione occulta, un ulteriore diritto da tutelare è il diritto di difesa (art. 24 cost.): è necessario che il soggetto intercettato sia posto a conoscenza dell'attività di indagine e che questi possa partecipare alla formazione del materiale utile con il proprio contraddittorio.

Come mai si consentono queste limitazioni?

La giustificazione va rinvenuta nell'esigenza di accertamento e di prevenzione dei reati. Solo l'autorità giudiziaria può intervenire e solo se ci sia un fumus criminogeno. Bisogna tener conto anche di un'altra disposizione costituzionale: l'articolo 21, libera manifestazione del proprio pensiero, il diritto nel caso concreto di comunicare riservatamente a terzi il proprio pensiero.

La CEDU, art. 8, prevede che "ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza". Ciò implica un riconoscimento del diritto alla privacy, qualcosa di più ampio del diritto alla segretezza delle proprie comunicazioni. "non può esserci ingerenza da parte della pubblica autorità se ciò non è previsto dalla legge e preordinato ad una serie di scopi tassativamente previsti". Sempre la convenzione europea prevede la libertà di comunicazione.

#### Quali sono state le applicazioni pratiche di questi principi?

- La corte costituzionale italiana, nel 1973, dovette affrontare il problema di una questione incidentale sollevata in relazione ad una novella legislativa del 1969 n. 932 che aveva espressamente riconosciuto all'imputato il diritto al silenzio. Il giudice di merito sollevò la questione di legittimità costituzionale della disciplina in materia di intercettazioni che, consentendo di carpire tali flussi, avrebbe violato il diritto al silenzio. La corte respinge la questione operando un bilanciamento tra i valori contrapposti (**sentenza 34 del 1973**): "la compressione del diritto della libertà di comunicazione non resta affidato alla polizia giudiziaria ma presuppone l'intervento di un giudice che operi una ponderazione dei valori. E' indispensabile accertare se sussistono effettive esigenze di amministrazione della giustizia che si reputino indispensabili ai fini delle indagini in corso."

Il decreto di autorizzazione non impugnabile ma sindacabile, esso deve essere adeguatamente e motivato. Ci sarebbe una violazione della costituzione se si autorizzasse la divulgazione di comunicazioni non pertinenti al processo in corso. Le conversazioni assunte illegittimamente non possono essere utilizzate contro l'imputato, ne sarebbe violato il diritto di difesa. La corte comincia così ad introdurre il principio poi sublimato nell'art. 191 del cpp, anticipando l'enucleazione dell'inutilizzabilità come categoria generale distinta dalla nullità.

Per quanto concerneva il profilo della violazione del diritto al silenzio, la Corte afferma che "la garanzia del diritto di difesa non è pertinente alla fase istruttoria, la garanzia del diritto al silenzio si estrinseca unicamente nel contesto dell'interrogatorio dell'imputato, quando questi è posto a contatto diretto con l'autorità procedente deve essere garantito nel suo diritto a tacere. Le dichiarazioni di responsabilità spontanee comunicate ad altri non sono coperte da riserva di legge: il diritto al silenzio si tutela in funzione delle pressioni dell'autorità procedente in funzione della LIBERTA' DI AUTODETERMINAZIONE E DELLA LIBERTA' MORALE.

- La Corte Europea dei diritti dell'uomo ha invece fatto leva sul disposto normativo dell'articolo 8, fissando a partire da esso alcuni principi fondamentali.
  1. Le intercettazioni telefoniche, costituendo una forma di ingerenza nella vita privata e familiare del soggetto, sono ammesse solamente alle condizioni e per i fini specificati dalla legge.
  2. Le misure devono essere disciplinate dal diritto interno che garantisca da attentati arbitrari del pubblico potere nei confronti del singolo.
  3. C'è un'esigenza di PREVEDIBILITA': gli intercettabili devono poter prevedere che le loro comunicazioni potrebbero essere carpite. Il diritto interno deve indicare in maniera chiara in quali circostanze e a quali condizioni l'autorità competente possa adottare tali misure (definizione della categoria di persone intercettabili, natura dei reati, limite di durata, condizioni per la redazione dei verbali, modalità di comunicazione dei verbali all'autorità giudiziaria)
- La nostra disciplina normativa[articoli 266-271]  
Solo alcuni reati giustificano l'intercettazione, è necessaria la richiesta del pm e l'autorizzazione del giudice (salvi i casi di urgenza), è necessaria la sussistenza di "gravi indizi di reato" e le stesse devono essere "assolutamente indispensabili". Sono previsti limiti temporali e gestionali (impianti della procura della repubblica).

Il presupposto dei gravi indizi di reato non va inteso in senso probatorio ma in senso di effettiva consistenza degli elementi a disposizione che lascino presagire la commissione di un reato. Non sono i gravi indizi di colpevolezza previsti dall'articolo 273 (direzione soggettiva).

#### La Motivazione

E' un punto molto delicato, si richiede una motivazione molto puntuale e di chiara analisi. Se ne deve dedurre l'iter cognitivo e i risultati: la motivazione per relationem è ammessa solo se fa rinvio ad una motivazione a sua volta congrua.

L'intercettazioni ambientali, prevista dall'articolo 266, attraverso microspie, presuppongono, se svolte in luogo di privata dimora, fondato motivo di ritenere che in un certo contesto si stia svolgendo attività criminosa. Questo in quanto c'è la necessità di salvaguardare anche il diritto all'inviolabilità del domicilio. Ci si chiede se sia necessaria, in virtù della riserva di legge dell'art. 14, un'ulteriore autorizzazione ad introdursi nel domicilio per collocare le microspie. La giurisprudenza ritiene di no: il decreto autorizzativo vale per entrambe le attività.

Lezione del 02 Maggio 2012

(... segue **INTERCETTAZIONI**)

I canoni costituzionali sono riferibili agli articolo 15 cost. (riserva di legge/riserva di giurisdizione/obbligo di motivazione). Il diritto costituzionale può essere compreso solo nei limiti di un'effettiva esigenza di amministrazione della giustizia. Il provvedimento che autorizza le intercettazioni deve dare conto dell'esigenze suddette.

Il pm deve indicare le ragioni e i motivi che legittimerebbero l'autorizzazione ad intercettare un determinato soggetto. Il giudice esperisce una verifica sulla sussistenza degli stessi. Nei casi d'urgenza il provvedimento è adottato dal pm e successivamente convalidato dal gip. In caso di mancata convalida i risultati non sono utilizzabili. Bisogna tener presente che il gip non conduce le indagini, non conosce il quadro probatorio, è un giudice ad acta: in genere può solo far proprie le ragioni del pubblico ministero o comunque gli atti che gli sono sottoposti. Ciò spiega perché si ammette che la motivazione del provvedimento può essere fatta per relationem con riferimento agli altri atti allegati.

- ✓ **"Gravi indizi di reato"**: una probabilità significativa dell'esistenza di un reato, non della colpevolezza.

Si applica **l'articolo 203** cpp ( gli agenti di polizia giudiziaria non possono essere costretti a rivelare i nomi degli informatori confidenziali; se tali persone non sono state successivamente interrogate o sentite, le informazioni ricevute non possono essere utilizzate)

- ✓ Sulle intercettazioni ambientali, come abbiamo visto, ci sono regole specifiche dettate dallo stesso articolo 266 cpp. Se si tratta di luoghi di privata dimora, deve esserci il presupposto della probabile attività criminosa. Il problema concreto è capire cosa s'intende per " luogo di privata dimora", nozione privatistica [ il luogo in cui una persona ha la sede principale dei propri interessi] o nozione penalistica [luogo in cui si svolge un'attività privata/domestica/ lavorativa di tipo privato] ?

*Per esempio, nel caso Franzoni l'intercettazione è stata fatta in macchina, era luogo di privata dimora? Secondo i giudici no. Neppure la stanza di degenza dell'ospedale, le toilettes pubbliche.*

Come ci si introduce legittimamente nel luogo di privato domicilio? Secondo la giurisprudenza prevalente la copertura legislativa sarebbe costituita dallo stesso decreto che autorizza le intercettazioni. E' rispettata la riserva di legge e di giurisdizione dell'art. 14 Cost? Si.

- ✓ Non rientrano nel concetto di intercettazione le conversazioni registrate da taluno dei conversanti. [ *Es. registrazione o rivelazione del contenuto di una telefonata tra il soggetto-rivelante e la controparte, non è intercettazione è un DOCUMENTO che può comunque essere acquisito alle indagini*] La volontà di riservatezza deve emergere chiaramente e **"l'intercettazione è fatta coincidere con la captazione clandestina da parte di terzi con mezzi meccanici"**
- ✓

*Es. Comunicazioni tramite onde circolari (onde radio), no riservatezza perché non c'è uno strumento che tuteli la segretezza della conversazione (le onde radio possono essere captate per frequenza da chiunque).*

**Cosa succede se l'intercettazione è effettuata dal soggetto-parte ma su delega dell'autorità giudiziaria?**

- ✓ **Caso Torcasio:**

Se non c'è stata alcuna delega, la cassazione ritiene che non si tratti di intercettazione, non c'è una violazione del diritto alla segretezza delle comunicazioni. Il soggetto potrà poi deporre come testimone indiretto o preconstituire una prova da utilizzare in sede dibattimentale. Se c'è una delega della polizia giudiziaria bisogna prestare attenzione: la premessa del documento che si viene a creare è un'attività ATIPICA della polizia giudiziaria che pertanto deve conciliarsi con gli articoli 188 e 189 (libertà

morale e previo confronto in contraddittorio tra le parti). Ci sono anche altre norme: l'art. 62 e 63 sul nemo teneur se detergere, 195 cpp sulle dichiarazioni indirette delle persone informate sui fatti, l'art. 203 sugli informatori confidenziali.

Il sistema di intercettazione in questione non può essere utilizzato per aggirare tali divieti.

Con una sentenza del 2010 la Cassazione corregge il tiro: questa procedura può essere utilizzata se autorizzata nella forma dell'intercettazione di comunicazioni, con la prassi degli articoli 266 cpp e seguenti.

**Sentenza 220/2009** → Si è posto poi un incidente di costituzionalità circa la presunta violazione del diritto di difesa da parte di questa "tecnica": secondo la c.c. la questione è irricevibile, è stata sollevata sull'erroneo presupposto che questa procedura sia consentita, cosa che non è [ non può essere autorizzata o può esserlo solo dal giudice, non dalla polizia giudiziaria

### ➤ Dati esterni delle conversazioni telefoniche

Sentenza 81/1983 Per quanto riguarda la visualizzazione dei tabulati telefonici non in chiaro (durata,data,utenze interessate),la Corte Costituzionale ha ritenuto che l'acquisizione di tali dati esterni non si tratta di intercettazioni in senso stretto, non c'è una presa di visione del contenuto della conversazione, nondimeno, poiché si tratta di dati comunque riservati, possono essere acquisiti con atto motivato dell'autorità giudiziaria nel rispetto della riserva dell'art. 15.

Per quanto concerne invece le videoriprese (si ricordi caso Prisco) occulte bisogna distinguere tra comportamenti comunicativi (si) e comportamenti non comunicativi (prove atipiche). Bisogna distinguere tra luoghi pubblici/aperti al pubblico (si videoripresa) o luoghi privati (no ripresa senza autorizzazione se comunicativi).

Ci sono una serie di sentenze della Cassazione che riguardano i casi in cui l'intercettazione venga condotta con impianti diversi da quelli della procura della Repubblica: in motivazione della richiesta devo indicarsi i motivi di indisponibilità delle apparecchiature ordinarie. Si ammette la possibilità delle procedure di : la conversazione viene registrata sia dalla procura che presso il commissariato.

Altra procedura è quella dell'installazione nell'ipotesi di conversazioni estero→italia: se le chiamate estere vengono istradate sul una linea nazionale, le intercettazioni non richiedono l'osservanza delle rogatorie internazionali. Deve essere redatto il "brogliaccio d'ascolto", ossia il primo verbale, già utilizzabile in sede investigativa o cautelare.

La regola del contraddittorio è posticipata: dopo la formazione del verbale il pm entro cinque giorni lo deposita nella cancelleria del pm, per il tempo necessario alle parti per prenderne cognizione ( c'è l'avviso di deposito).

Successivamente viene indetta una procedura camerale durante la quale vengono stralciate le parti irrilevanti o vietate, alla presenza del giudice, pm e difensori.

Poi si procedere alla trascrizione definitiva nelle forme della perizia.

Sentenza C. Costituzionale 2008 → l'articolo 268 è illegittimo nella parte in cui non prevede che nel caso in cui il pm chieda una misura cautelare sulla base di una intercettazione, il difensore non possa ottenere una registrazione su nastro magnetico della comunicazione.

---

Questo appunto fa parte di un progetto S.L.F. & M.R. grazie all'encomiabile lavoro della nostra collaboratrice S.C.- Per maggiori info consulta il nostro sito [www.salvatorelucianofurnari.in](http://www.salvatorelucianofurnari.in)