

4. Il diritto alla prova. I criteri che presiedono all'ammissione della prova nel processo penale

Come già detto, la scelta compiuta dal legislatore per un modello di processo di stampo prettamente accusatorio impone che siano le parti a ricercare le fonti di prova e a chiedere al giudice l'ammissione del relativo mezzo di prova. In tal senso alle parti è riconosciuto il **diritto alla prova**, che rappresenta un aspetto essenziale del diritto di difesa. Tale diritto compendia essenzialmente il potere positivamente riconosciuto a ciascuna della parti di: *a)* ricercare le fonti di prova; *b)* chiedere l'ammissione del relativo mezzo; *c)* partecipare alla sua assunzione; *d)* proporre una valutazione del risultato al momento delle conclusioni.

Il diritto alla prova si manifesta, innanzitutto, nel **diritto di ricercare le fonti di prova e di ottenerne l'ammissione**: l'art. 190 c. 1 c.p.p. prevede infatti che *“le prove sono ammesse a richiesta di parte. Il giudice provvede senza ritardo con ordinanza escludendo le prove vietate dalla legge e quelle che manifestamente sono superflue o irrilevanti”*; nessuno meglio di ciascuna parte è in grado di comprendere quali siano gli elementi idonei a convincere il giudice circa la bontà delle proprie affermazioni.

Il potere di **ammissione della prova** compete invece al giudice che, nel suo concreto esercizio, deve attenersi ai seguenti criteri: *a)* la prova deve essere **pertinente**, cioè riguardare l'esistenza del fatto storico indicato nell'imputazione, o comunque uno dei fatti indicati nell'art. 187 c.p.p.; *b)* la prova **non** deve essere **vietata dalla legge** (v. art. 220 c.p.p.); *c)* la prova **non** deve essere **superflua**, cioè sovrabbondante, ossia convergere verso l'acquisizione al processo di un medesimo risultato conoscitivo cui mirano una pluralità di altri mezzi di prova, in quanto, in siffatti casi, la sua assunzione sarebbe inutile; *d)* la prova deve essere **rilevante**, tale cioè che il suo probabile risultato sia idoneo a dimostrare l'esistenza del fatto da provare.

Tale disposizione, dunque, plasma e limita in maniera decisa il potere che compete al giudice in ordine alla ammissione dei mezzi di prova: la prova pertinente deve fare ingresso nel processo, a meno che non sia manifestamente superflua o irrilevante, ovvero si ponga in contrasto con un esplicito divieto legale; la presenza dell'avverbio *manifestamente* sta dunque a significare che, **in caso di dubbio sull'utilità o la rilevanza di una prova, il giudice ha il dovere di disporre l'ammissione**, risolvendosi la sua valutazione in una mera verifica di segno negativo. Il giudizio di ammissibilità non investe pertanto l'attendibilità della prova, riservata al momento successivo della valutazione.

Quegli stessi criteri di cui si è appena detto dovranno guidare il giudice anche nel provvedere sulla **eventuale revoca delle ordinanze ammissive**, laddove, in ragione delle sopravvenute acquisizioni probatorie, gli sviluppi dell'istruttoria rendano manifestamente inutile o irrilevante la prova precedentemente ammessa. In questi casi, tuttavia, la revoca del provvedimento è subordinata al fatto che siano state *“sentite le parti in contraddittorio”* (190 c. 3 c.p.p.).

Il principio dispositivo, cui mostra di ispirarsi il codice di procedura penale con l'art. 190 c.p.p., risulta tuttavia temperato dal riconoscimento di **poteri di iniziativa probatoria officiosi**, a carattere integrativo, esercitabili dal giudice nelle ipotesi in cui il quadro probatorio introdotto dalle parti impedisca al processo di assolvere al meglio la sua funzione di accertamento (si vedano in particolare gli artt. 422 c. 1, 441 c. 5 e 507 c.p.p.).

Il diritto alla prova, come detto, ricomprende anche il **diritto di partecipare all'assunzione del mezzo di prova**. Ciò si coglie, essenzialmente, con riferimento alle prove dichiarative (ad esempio la testimonianza), la cui assunzione in dibattimento avviene nelle forme dell'esame incrociato, nel corso del quale l'escussione del dichiarante è condotta e scandita dalle domande formulate dalle parti, nella sequenza dell'esame, controesame e riesame (v. sub VII.4.4); al giudice è riconosciuta soltanto una funzione di stimolo e controllo, finalizzata essenzialmente a coniugare il confronto tra le parti con le esigenze dell'accertamento.

Nell'ipotesi delle **prove precostituite**, come i documenti, l'ammissione coincide necessariamente con l'acquisizione al processo del dato probatorio: viene dunque a mancare un'autonoma fase di assunzione.

Occorre poi tener conto che vi sono dei **fatti che possono essere conosciuti dal giudice senza necessità di uno specifico accertamento**, risultando pertanto superflua l'ammissione e l'esperimento di un qualsiasi mezzo di prova; ci si riferisce ai *fatti notori* e ai *fatti pacifici*.

Il **fatto notorio** è un fatto che *appartiene al normale patrimonio di conoscenze di una determinata cerchia sociale e che può essere perciò conosciuto nella sua distinta identità storica dal giudice senza la necessità di ulteriori verifiche in punto di prova* (ad es.: un terremoto, un'alluvione, la svalutazione monetaria, uno sciopero nei servizi pubblici etc.).

Il **fatto pacifico** è invece un fatto privato, che non appartiene al bagaglio conoscitivo della collettività, ma che ciononostante non necessita di prova in quanto, affermato da una parte, è ammesso esplicitamente o implicitamente dall'altra, che non ne contesta l'esistenza.

Infine, il diritto alla prova si sostanzia nel **diritto ad ottenere una valutazione** degli elementi probatori introdotti da ciascuna parte nel processo. In tal senso, al giudice è chiesto di palesare nella motivazione della sentenza il percorso argomentativo che ha condotto alla decisione finale, evidenziando il momento valutativo e le ragioni per le quali determinate prove sono state ritenute attendibili ed altre no, sì da dare a ciascuna parte la possibilità di sottoporre eventualmente a critica il *dictum* attraverso i mezzi d'impugnazione previsti dalla legge.

5. La tipicità dei mezzi di prova e le prove atipiche

I mezzi di prova espressamente disciplinati dal codice di rito non rappresentano un numero chiuso: il codice del 1988, infatti, non ha recepito il principio di *tassa-*

tività dei mezzi di prova, pure presente nel progetto preliminare, ammettendo invece che anche le c.d. prove *atipiche* o *innominate* possano fare ingresso nel processo in presenza di determinate condizioni.

Dispone al riguardo l'art. 189 c.p.p. che “*quando è richiesta una prova non disciplinata dalla legge, il giudice può assumerla se essa risulta idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti e non pregiudica la libertà morale della persona. Il giudice provvede all'ammissione, sentite le parti sulle modalità di assunzione*”. Spetta dunque al giudice il compito di vagliare preliminarmente, caso per caso ed in concreto, sentite le parti, l'ammissibilità di tali prove, sia sotto il profilo dell'idoneità all'accertamento che in ordine alle modalità di assunzione.

La prima condizione che deve ricorrere perché la prova atipica possa fare ingresso nel processo è che la stessa sia **idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti**: ciò che è presunto con riferimento alle prove tipiche, e che giustifica la loro positiva regolamentazione, va invece verificato caso per caso nell'ipotesi di prova atipica. Inoltre, ancorché adeguata all'accertamento dei fatti, la prova atipica non può comunque essere usata per violare libertà fondamentali: essa pertanto **non deve pregiudicare la libertà morale della persona**.

Esempi ricorrenti di prove atipiche sono il riconoscimento dell'imputato effettuato in udienza dal testimone, le videoriprese, la ricognizione fotografica.

6. Il principio del contraddittorio nella formazione della prova

Il principio del contraddittorio nella formazione della prova viene generalmente inteso secondo un duplice significato, oggettivo e soggettivo: da un lato, quale metodo cognitivo di accertamento giudiziale dei fatti (art. 111 c. 4 Cost.) e, dall'altro, quale diritto dell'imputato a confrontarsi con il proprio accusatore (art. 111 c. 3 Cost.).

Sotto il primo profilo (**contraddittorio in senso oggettivo**), l'art. 111 c. 4 Cost. contiene una prescrizione di natura oggettiva, diretta a regolare il funzionamento del processo penale: si afferma infatti che “*il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova*”. Il principio del contraddittorio è dunque qui inteso come metodo di conoscenza, ossia quale **strumento processuale funzionale ad assicurare la genuinità della prova**.

Il **contraddittorio in senso soggettivo** trova invece esplicito riconoscimento nel comma 3 dell'art. 111 Cost., laddove si afferma che l'imputato ha “*la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico*”; a tale prescrizione fa eco la seconda parte dell'art. 111 c. 4 Cost. che, introducendo un esplicito divieto probatorio, sancisce la inutilizzabilità, ai fini dell'emissione di una sentenza di condanna, delle “*dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore*”. Si riconosce così all'imputato il **diritto a confrontarsi con il proprio accusatore**: si tratta di una previsione che va a collegarsi direttamente con l'art. 24

Cost. e quindi con il diritto di difesa e che risulta funzionale alla tutela dell'imputato; il principio del contraddittorio, così come enunciato in chiave soggettivistica, si atteggia dunque quale garanzia individuale.

Il principio del contraddittorio soffre tuttavia di alcune **eccezioni** che sono specificatamente indicate nel comma 5 dell'art. 111 Cost.: la prova è utilizzabile, anche se si è formata fuori dal contraddittorio, quando l'imputato vi consente, ovvero quando la stessa non è ripetibile in dibattimento “*per accertata impossibilità di natura oggettiva*”, ovvero “*per effetto di provata condotta illecita*”.

Nel dettaglio, il contraddittorio può essere derogato quando vi è il **consenso dell'imputato**: la clausola in oggetto si riferisce principalmente ai riti deflativi del dibattimento (giudizio abbreviato, patteggiamento, decreto penale di condanna) e trova la sua *ratio* giustificatrice nell'esigenza dell'economia dei giudizi, pure essa di rilevanza costituzionale. L'imputato può infatti decidere di rinunciare al contraddittorio ed al dibattimento con un notevole risparmio di tempo ed ottenendo “in cambio” uno sconto di pena.

La seconda deroga riguarda l'*accertata impossibilità di natura oggettiva*, e fa riferimento essenzialmente ai casi di **non ripetibilità della prova in dibattimento** per ragioni di carattere obiettivo, ovvero indipendenti dalla volontà del dichiarante. Il riferimento è essenzialmente all'istituto delle letture delle precedenti dichiarazioni disciplinato dall'art. 512 c.p.p. quando la non ripetibilità delle medesime dipende da “*fatti o circostanze imprevedibili*” al momento della loro assunzione (v. sub VII.4.5.3.).

Ultima eccezione è prevista nell'ipotesi in cui la mancata attuazione del contraddittorio costituisca effetto di **provata condotta illecita**. Il legislatore in questo caso si riferisce al fenomeno intimidatorio, alla violenza, minaccia o subornazione, cui sia stato sottoposto il dichiarante in vista della sua deposizione in dibattimento, affinché il medesimo non deponga o deponga il falso, e che potrebbe avere come effetto quello di inquinare la genuinità della prova. Pertanto, qualora all'esito di un giudizio sommario il giudice ritenga provata la violenza, la minaccia o la subornazione, le precedenti dichiarazioni transiteranno nel fascicolo per il dibattimento (attraverso il veicolo delle letture), presumendosi “più affidabile” quanto in precedenza riferito, posto che il contraddittorio, in siffatti casi, potrebbe attuarsi solo in modo formale e quindi in maniera non efficace. La deroga al contraddittorio, allora, dovrà considerarsi soltanto apparente, perché si deroga al metodo ma si persegue lo stesso fine, che consiste nel sottoporre al giudice contributi probatori genuini ed utili ai fini della decisione, ferma ovviamente la loro valutazione in punto di attendibilità e credibilità (v. sub VII.4.4.3.1.).

7. L'onere della prova e la presunzione di innocenza

In termini generali, quando si parla di onere della prova si allude al disposto dell'art. 2697 c.c. in base al quale “*chi vuol fare valere un diritto in giudizio, deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento*”.

Calato nell'ambito del processo penale, l'onere della prova assume una connotazione del tutto peculiare, che si modella in ragione delle finalità cui esso aspira e che obbedisce all'esigenza primaria di ridurre l'inevitabile scarto tra verità storica e verità processuale. Inoltre, nel processo penale le parti non sono sostanzialmente equivalenti nelle loro posizioni soggettive contrapposte, in quanto è solo l'imputato che può ricevere dalla decisione un pregiudizio nel suo diritto più importante, quello della libertà personale. In secondo luogo, non va sottaciuto che il pubblico ministero non interviene nel processo al deliberato scopo di ottenere la condanna dell'imputato, essendo suo compito quello di ricercare elementi di prova anche a favore di quest'ultimo (art. 358 c.p.p.), ovvero chiedere l'assoluzione laddove il quadro probatorio non consenta una sicura affermazione di colpevolezza. Ma senz'altro ciò che segna una rottura decisiva rispetto all'impianto processualcivilistico è il disposto dell'**art. 27 Cost.**, a mente del quale "*l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva*".

Orbene, la norma costituzionale appena richiamata introduce una presunzione (*iuris tantum*) di non colpevolezza che è destinata ad assistere l'imputato fino a che il procedimento penale non si chiuda: nel processo penale, dunque, è il pubblico ministero a dover dar prova della reità dell'imputato, mentre quest'ultimo non è tenuto a dimostrare la propria innocenza, secondo un meccanismo analogo a quello tracciato dall'art. 2729 c.c., in base al quale "*le presunzioni legali dispensano da qualunque prova coloro a favore dei quali esse sono stabilite*". Da quanto detto discende che siffatto onere non possa trovare cittadinanza nel processo penale.

8. L'ambito di applicabilità della normativa dettata in tema di prove

Eletta la via di riservare un apposito libro alle prove e di collocarlo nella prima parte del codice di rito (subito dopo il libro relativo agli atti processuali), in omaggio ad un disegno di compattezza e di regolamentazione unitaria del sistema delle prove, ci si deve chiedere se le disposizioni ivi contenute possano o debbano trovare applicazione anche al di là delle aree processuali tecnicamente destinate alla formazione del materiale probatorio, quali sono, in particolare, la fase del dibattimento e quella dell'incidente probatorio.

Sul punto il prevalente orientamento ritiene che di tali disposizioni, specie per quanto attiene ai principi generali, debba farsi uso anche nell'udienza preliminare ed in fase di indagini – in quest'ultimo caso quantomeno quando il giudice per le indagini preliminari è chiamato ad intervenire nell'adempimento del suo tipico compito di garanzia dei diritti e delle libertà fondamentali –, a condizione ovviamente che esse non risultino implicitamente o esplicitamente incompatibili (ad esempio con riferimento alle misure cautelari).

9. La testimonianza

Stando alla definizione tradizionale, la testimonianza è la dichiarazione giudi-

ziale di colui che riferisce fatti di cui abbia avuto esperienza e che siano oggetto di prova nel processo.

La testimonianza riveste senz'altro un ruolo centrale nell'ambito dell'istruttoria dibattimentale, rappresentando la *prova regina* per la ricostruzione dei fatti su cui il giudice è chiamato a pronunciarsi.

Consapevole di tanto, il legislatore riconosce la **capacità di testimoniare** a qualunque persona (196 c.p.p.): qualsiasi individuo abbia avuto cognizione dei fatti oggetto di prova può essere chiamato a deporre, senza che a tal riguardo possano assumere rilievo le qualità psico-fisiche del medesimo. Al giudice è comunque riconosciuto il potere di disporre, anche d'ufficio, “*gli accertamenti opportuni con i mezzi consentiti dalla legge*” (vedi la perizia), al fine di saggiare l'attendibilità del dichiarante.

9.1. L'incompatibilità a testimoniare

Il principio della generale capacità a testimoniare di cui si è appena detto non ha tuttavia portata assoluta, andando incontro al limite previsto dall'art. 197 c.p.p. in tema di incompatibilità a testimoniare: il legislatore **vieta di assumere come testimoni** specifici soggetti che, in ragione della situazione in cui si trovano o si sono trovati, potrebbero essere condizionati rispetto all'esito del giudizio.

Nel dettaglio, la disposizione su richiamata fa divieto di assumere come testimoni: *a*) i **coimputati del medesimo reato** o le **persone imputate in un procedimento connesso** a norma dell'art. 12 c. 1 lett. *a*) c.p.p. (concorso, cooperazione colposa, condotte indipendenti che hanno determinato l'evento), salvo che nei loro confronti sia stata pronunciata sentenza irrevocabile di proscioglimento, di condanna o di applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 c.p.p.; *b*) le **persone imputate in un procedimento connesso** a norma dell'art. 12 c. 1 lett. *c*) c.p.p. **o di un reato collegato** a norma dell'articolo 371 c. 2 lett. *b*) c.p.p., prima che nei loro confronti sia stata pronunciata sentenza irrevocabile di proscioglimento, di condanna o di applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 c.p.p., sempre che gli stessi non abbiano reso in precedenza dichiarazioni concernenti la responsabilità di terzi.

Per consolidato orientamento giurisprudenziale la normativa appena analizzata si riferisce a tutti coloro che già rivestono la **qualifica formale di imputati ed indagati**; non si applica, dunque, a colui che solo potenzialmente potrebbe essere imputato in un procedimento connesso o collegato, ma nei confronti del quale non è stata esercitata l'azione penale, né sono mai state avviate le indagini preliminari.

c) il **responsabile civile** e la **persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria**; *d*) coloro che nel medesimo procedimento svolgono o hanno svolto la funzione di **giudice, pubblico ministero** o loro **ausiliario** (ad esempio cancelliere), nonché il **difensore** che abbia svolto attività di investigazione difensiva e coloro che hanno formato la documentazione delle dichiarazioni e delle informazioni assunte ai sensi dell'art. 391-ter c.p.p.

L'art. 197 c.p.p., in quanto pone un'eccezione al generale dovere di rendere testimonianza fissato dalla legge, è considerato norma di stretta interpretazione: **le ipotesi di incompatibilità sono pertanto solo quelle tassativamente indicate**, essendo preclusa qualsiasi applicazione analogica delle medesime.

Nel caso di violazione delle regole sull'incompatibilità, le dichiarazioni eventualmente rese sono da considerare **inutilizzabili** ex art. 191 c.p.p. per violazione di un divieto probatorio.

9.2. L'oggetto, i limiti e le modalità di assunzione

Secondo il disposto dell'art. 194 c.p.p., *“il testimone è esaminato sui fatti che costituiscono oggetto di prova”*. È dunque l'art. 187 c.p.p. che delinea l'**oggetto** della testimonianza: essa verterà sui fatti che si riferiscono all'imputazione, alla punibilità, alla determinazione della pena o di una misura di sicurezza e all'applicazione di norme processuali, nonché sui fatti da cui dipende la responsabilità civile derivante dal reato, laddove vi sia costituzione di parte civile. L'art. 194 c. 2 c.p.p. prevede inoltre che l'esame possa *“estendersi anche ai rapporti di parentela e di interesse che intercorrono tra il testimone e le parti o altri testimoni nonché alle circostanze il cui accertamento è necessario per valutarne la credibilità”*.

Le domande formulate devono avere ad oggetto **fatti determinati** ed il testimone **non può esprimere valutazioni o apprezzamenti personali** *“salvo che non sia impossibile scinderli dalla deposizione sui fatti”* (art. 194 c. 3 c.p.): al testimone, in sostanza, è chiesto solo di riferire in merito agli eventi di cui è a conoscenza, essendogli preclusa qualsiasi valutazione in ordine agli stessi. Si ritiene, tuttavia, che il divieto di esprimere apprezzamenti personali non trovi applicazione nel caso in cui il testimone sia **persona particolarmente qualificata**, laddove i fatti in ordine ai quali venga esaminato siano inerenti alla sua attività, poiché in siffatti casi la valutazione personale risulta inscindibile dal fatto medesimo, che è stato necessariamente percepito attraverso il filtro delle conoscenze tecniche e professionali del dichiarante.

Per quanto attiene ai **limiti**, l'art. 194 c.p.p. vieta la **testimonianza sulla moralità dell'imputato** – *“a meno che non si tratti di fatti specifici, idonei a qualificarne la personalità in relazione al reato e alla sua pericolosità sociale”* (comma 1) –, mentre la deposizione sui **fatti che servono a definire la personalità della persona offesa** dal reato può ammettersi soltanto qualora il fatto dell'imputato debba essere valutato in relazione al comportamento della vittima (comma 2).

Infine, è fatto divieto di rendere testimonianza sulle **voci correnti nel pubblico** (art. 194 c. 3 c.p.p.).

In ordine invece alle **modalità di assunzione**, la testimonianza è resa nelle forme dell'**esame incrociato** (v. sub VII.4.4.).

Completa la disciplina l'**art. 188 c.p.p.**, a mente del quale *“non possono essere utilizzati, neppure con il consenso della persona interessata, metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione”* (cioè la facoltà di reagire volontariamente e libera-

mente agli stimoli: si pensi alla tortura) “*o ad alterare la capacità di ricordare*” (incidendo sulla facoltà di scelta del dichiarante in ordine alla sua volontà di narrare o meno il fatto: si pensi all’ipnosi o alla narcoanalisi) “*o di valutare i fatti*” (determinando un condizionamento psichico: si pensi alla macchina della verità): si tratta di un divieto probatorio che opera oggettivamente, a prescindere dal consenso dell’interessato, che pertanto non può assumere alcuna rilevanza.

9.3. Gli obblighi del testimone

Il testimone ha innanzitutto l’**obbligo di presentarsi** al giudice (art. 198 c.p.p.). E difatti, in base all’art. 133 c.p.p., se il testimone, regolarmente citato, non si presenta senza addurre un legittimo impedimento, il giudice può ordinarne l’accompagnamento coattivo a mezzo della polizia giudiziaria e, se del caso, condannarlo al pagamento di una somma a favore della cassa delle ammende, nonché alle spese alle quali la mancata comparizione ha dato causa.

Egli deve inoltre **attenersi alle prescrizioni date dal giudice** per le esigenze processuali e deve **rispondere (secondo verità)** alle domande che gli sono rivolte (art. 198 c.p.p.). L’obbligo di deporre può essere infatti derogato soltanto in particolari situazioni, positivamente regolamentate dal legislatore (v. *infra*): in tutti gli altri casi, la reticenza e la falsità sono sanzionate dall’art. 372 c.p.

Prima che inizi l’esame il giudice avverte il testimone dell’obbligo di dire la verità e lo informa della responsabilità penale conseguente alla sua violazione, invitandolo a leggere la formula d’impegno “*consapevole della responsabilità morale e giuridica che assumo con la mia deposizione, mi impegno a dire tutta la verità e a non nascondere nulla di quanto è a mia conoscenza*” (art. 497 c. 2 c.p.p.).

Se nel corso dell’esame il testimone rende dichiarazioni contraddittorie, incomplete o contrastanti con le prove già acquisite, “*il giudice glielo fa rilevare rinnovandogli, se del caso, l’avvertimento previsto dall’art. 497 comma 2. Allo stesso avvertimento provvede se un testimone rifiuta di deporre fuori dai casi espressamente previsti dalla legge*” (art. 207 c.p.p.).

In caso di *reticenza*, se il testimone persiste nel rifiuto di rispondere nonostante l’ammonimento del giudice, è disposta l’immediata trasmissione degli atti al pubblico ministero perché proceda a norma di legge: questi, ricevuto il verbale di udienza, darà inizio alle indagini dirette ad accertare se sussista o meno l’illecito.

Nell’ipotesi di *dichiarazioni contraddittorie, incomplete o contrastanti* con le prove già acquisite, la trasmissione degli atti alla Procura della Repubblica avviene invece al momento della decisione che definisce la fase processuale in cui il testimone ha prestato il suo ufficio, a meno che il pubblico ministero non chieda immediatamente copia del verbale di udienza.

È comunque sempre fatto divieto di “*arrestare il testimone in udienza per reati concernenti il contenuto della deposizione*” (art. 476 c. 2 c.p.p.).

9.3.1. L’obbligo di deporre e la facoltà di non rispondere

In deroga all’obbligo di rispondere secondo verità tratteggiato dall’art. 198 c.p.p., il codice di rito disciplina alcune specifiche ipotesi nelle quali al testimone è riconosciuta la facoltà di astenersi in via generale dal deporre ovvero di non ri-

spondere a singole domande: ci si riferisce, segnatamente, al privilegio contro l'autoincriminazione (art. 198 c.p.p.), alla facoltà di astensione riconosciuta al testimone prossimo congiunto dell'imputato (art. 195 c.p.p.) e al segreto professionale (art. 200 c.p.p.).

In questi casi non siamo in presenza di divieti probatori, ma di semplici **esenzi** **facoltative dall'obbligo di deporre**, per cui nell'eventualità in cui il testimone si risolve a rispondere non si verificherà nessuna ipotesi di inutilizzabilità.

9.3.1.1. Il privilegio contro l'autoincriminazione

Un primo significativo limite all'obbligo di deporre è rappresentato dal privilegio contro l'autoincriminazione. Secondo quanto prescritto dall'art. 198 c. 2 c.p.p. *“il testimone non può essere obbligato a deporre su fatti dai quali potrebbe emergere una sua responsabilità penale”*.

Durante l'esame può infatti accadere che le parti formulino domande che potrebbero indurre il testimone ad *“autoincolparsi”* di qualche reato; vigente l'obbligo di verità, in siffatti casi, il dichiarante verrebbe a trovarsi nell'alternativa tra il mentire o il tacere e l'autoincriminarsi, con buona pace quindi del diritto di difesa. Al fine dunque di evitare una tale evenienza, il legislatore ha riconosciuto al testimone la facoltà di non rispondere sui fatti dai quali potrebbe emergere una sua responsabilità penale.

Il codice non prevede tuttavia che il testimone debba essere avvertito della facoltà di non rispondere, né tanto meno impone alle parti il divieto di formulare domande autoincriminanti; d'altro canto il testimone è libero, se crede, di rispondere. Tuttavia, se decide di rispondere, deve farlo osservando l'obbligo di dire la verità.

Nel caso in cui il testimone renda **dichiarazioni autoindizianti**, trova applicazione la regola generale dell'art. 62 c.p.p. e quindi il giudice dovrà interrompere l'esame ed avvertire il soggetto che *“a seguito di tali dichiarazioni potranno essere svolte indagini nei suoi confronti”*, invitandolo a nominare un difensore.

Quanto al valore probatorio delle precedenti dichiarazioni, il codice prevede una inutilizzabilità relativa, nel senso che le stesse non saranno utilizzabili nei confronti della persona che le ha rese (art. 63 c. 1 c.p.p.).

9.3.1.2. Il testimone prossimo congiunto dell'imputato

In base all'art. 199 c.p.p. *“i prossimi congiunti dell'imputato non sono obbligati a deporre”*. La *ratio* di tale facoltà di astensione dal deporre risiede nella **tutela del sentimento familiare**, che viene anteposto all'interesse della giustizia all'accertamento dei fatti: si vuol cioè evitare che il dichiarante si trovi nell'alternativa tra il dover rispondere ed il mentire per salvare il prossimo congiunto. È evidente pertanto che

di una siffatta alternativa – tra nuocere o mentire – non si terrà conto laddove gli stessi soggetti abbiano presentato denuncia, querela o istanza, o, addirittura, risultino persone offese dal reato.

Da un punto di vista definitorio, sono **prossimi congiunti** gli ascendenti, i discendenti, il coniuge, i fratelli, le sorelle, gli affini nello stesso grado, gli zii e i nipoti; fra i prossimi congiunti non si comprendono gli affini allorché il coniuge sia morto e non vi sia prole (art. 307 c. 4 c.p.). Sono inoltre assimilati ai prossimi congiunti, giusto il disposto dell'art. 199 c. 3 c.p.p. (come modificato dal d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 6): *a*) coloro che sono legati all'imputato da vincoli di adozione; *b*) chi, pur non essendo coniuge dell'imputato, come tale conviva o abbia convissuto con lui; *c*) il coniuge separato dall'imputato; *d*) la persona nei cui confronti sia intervenuta sentenza di annullamento, scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio o dell'unione civile tra persone dello stesso sesso contratti con l'imputato. Non vi rientra invece il convivente *more uxorio*.

Mentre nel primo caso la facoltà di astensione opera senza limiti, nelle ipotesi *sub b*), *c*) e *d*) essa opera limitatamente ai “*fatti verificatisi o appresi durante la convivenza coniugale o derivante da un'unione civile tra persone dello stesso sesso*”.

Tanto premesso, prima che inizi l'esame il giudice avverte le persone ammesse a testimoniare della facoltà di astenersi chiedendo loro se intendono avvalersene. L'avvertimento di cui si discorre è imposto a **pena di nullità**: ove omesso, dunque, le dichiarazioni saranno affette da nullità (relativa) e laddove il testimone abbia mentito non ricorrerà il reato di falsa testimonianza, per l'operare della causa di non punibilità prevista dall'art. 384 c.p. Nel caso in cui, invece, il testimone prossimo congiunto, ritualmente avvisato, abbia **rinunciato alla predetta facoltà**, non potrà poi rifiutarsi di rispondere, nel corso dell'esame, alle domande che gli vengono rivolte, né potrà invocare a suo favore l'art. 384 c.p.

9.3.1.3. Il segreto professionale

Con il riconoscimento del segreto professionale, il legislatore attribuisce a determinati testimoni, in ragione della professione svolta o dell'ufficio ricoperto, la **facoltà di non rispondere** a specifiche domande. Si tratta, anche in questo caso, di un'astensione dal deporre meramente facoltativa, spettando pertanto a tale dichiarante la valutazione circa l'opportunità di avvalersene.

L'art. 200 c.p.p. stabilisce infatti che “*non possono essere obbligati a deporre su quanto hanno conosciuto per ragione del proprio ministero, ufficio o professione, salvo i casi in cui hanno l'obbligo di riferirne all'autorità giudiziaria: a) i ministri di confessioni religiose, i cui statuti non contrastino con l'ordinamento giuridico italiano; b) gli avvocati, gli investigatori privati autorizzati, i consulenti tecnici e i notai; c) i medici e i chirurghi, i farmacisti, le ostetriche e ogni altro esercente una professione sanitaria; d) gli esercenti altri uffici o professionisti ai quali la legge riconosce la facoltà di astenersi dal deporre determinata dal segreto professionale*”.