

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto processuale penale

LE VULNERABILITÀ DELLA PROVA
DICHIARATIVA, IL TEMPO DEL
PROCESSO PENALE E LA CRISI DEL
PRINCIPIO D'IMMEDIATEZZA

RELATORE
Chiar.mo Prof.

ALBERTO MACCHIA

CORRELATORE
Chiar.mo Prof.

FILIPPO DINACCI

CANDIDATO

Gian Marco Albanesi

Anno accademico 2021/2022

*A Mamma e Papà,
che non hanno mai smesso di credere in me.*

*Ad Andrea,
senza il quale non sarei giunto sin qui.*

*Ai miei Amici,
sempre presenti, nel migliore dei modi.*

INDICE

INTRODUZIONE.....	VI
1. CAPITOLO I – ACCUSATORIETÀ, ORALITÀ ED IMMEDIATEZZA	
1.1. Considerazioni storiche e critiche sul modello accusatorio.....	1
1.2. Alcune premesse riguardo il principio di oralità.....	7
1.3. L'immediatezza in crisi e l'usura della fonte di prova.....	12
2. CAPITOLO II – L'IRRIPETIBILITÀ	
2.1. Il perimetro dell'irripetibilità e la definizione di atto irripetibile.....	23
2.2. L'irripetibilità sopravvenuta ex art. 512, in particolare l'irripetibilità della fonte di prova testimoniale.....	29
2.3. Un particolare caso di irripetibilità sopravvenuta: l'impossibilità di rinnovazione della prova testimoniale in appello e l' <i>overturning</i> sfavorevole, alla luce della crisi del principio d'immediatezza.....	43
3. CAPITOLO III – L'INCIDENTE PROBATORIO	
3.1. L'incidente probatorio, l'originaria eccezionalità dell'istituto e la deroga al principio di immediatezza.....	51
3.2. L'Incidente Probatorio in relazione agli accertamenti tecnici irripetibili.....	60
3.3. L'Incidente Probatorio per l'assunzione della prova dichiarativa.....	67
3.4. L'incidente probatorio "speciale": la testimonianza del soggetto debole e l'esame protetto.....	73

4. CAPITOLO IV – LA PROVA DICHIARATIVA	
4.1. L’escussione del testimone e la sua centralità nel processo penale. Aspetti generali della disciplina.....	79
4.2. Le contestazioni nell’esame testimoniale ed il regime di utilizzabilità delle precedenti dichiarazioni del testimone.....	88
4.3. L’attendibilità del testimone e la vulnerabilità della memoria.....	97
4.4. Altre insidie per la memoria. L’effetto compliance.....	109
4.5. L’esame protetto del soggetto debole. La complessità della formazione della prova dichiarativa del testimone vulnerabile.....	118
4.6. L’interrogatorio e l’esame dell’imputato.....	128
4.7. <i>Nemo tenetur se detegere</i> : il diritto al silenzio ed il valore della confessione.....	145
5. CONCLUSIONI E CONSIDERAZIONI FINALI	
5.1. Crisi <i>del</i> modello o crisi <i>nel</i> modello?.....	154
5.2. Una possibile terza via: l’oralità digitale.....	156
5.3. Una cura necessariamente trasversale.....	158
6. BIBLIOGRAFIA.....	160
7. RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI.....	169
8. RINGRAZIAMENTI.....	175

INTRODUZIONE

A sottolineare la ricaduta sostanziale delle disposizioni processuali, già ventitré anni fa, ritroviamo un profetico TULLIO PADOVANI¹. Così, da un lato, egli sottolineava che se tutte le altre branche dell'ordinamento possono vivere nella dimensione extraprocessuale, il diritto penale prende vita solamente nel processo; dall'altro, nel riscontrare un crescente fenomeno di *processualizzazione del diritto penale*, rilevava il costante e graduale affievolimento del dogma di strumentalità del diritto processuale rispetto al diritto sostanziale, diritto processuale trasformatosi da “servo muto”, a “servo loquace”, a “socio paritario” per divenire infine “socio tiranno” del diritto sostanziale.

Il lavoro che segue si propone di analizzare le problematiche afferenti alla fragilità della prova dichiarativa, in stretta correlazione con la sempre più rilevante crisi del principio di immediatezza riscontrata dalla stessa Corte costituzionale². Muovendo i passi da un'analisi di carattere generale sui principi fondamentali del processo penale, si esamineranno la categoria dell'irripetibilità –in grado di cristallizzare il contributo dichiarativo– e l'istituto dell'incidente probatorio –che poco conserva della sua originaria connotazione eccezionale–, per poi discendere in una disamina di tutti quegli eventi e fattispecie suscettibili di cagionare danno all'affidabilità della fonte di prova testimoniale.

¹ T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *L'indice penale* 1999, n. 2, 527 ss.

² Corte cost., ud. 20 maggio 2019, dep. 29 maggio 2019, n. 132

CAPITOLO I

ACCUSATORIETÀ, ORALITÀ ED IMMEDIATEZZA

1.1 – CONSIDERAZIONI STORICHE E CRITICHE SUL MODELLO ACCUSATORIO

Prima di addentrarsi in analisi specifiche, è opportuno muovere i passi partendo dal percorso storico del processo penale nel nostro ordinamento. Non tanto per dilungarsi in una sterile narrazione degli eventi che hanno condotto il processo penale nel luogo in cui si trova oggi, quanto per meglio apprezzare i tratti più critici, profondi e sommersi che caratterizzano i nostri giudizi penali. Irrinunciabile è un cenno alla piattaforma inquisitoria del processo penale, inaspettatamente sopravvissuta –considerata la coesistenza con la Carta Costituzionale– sino al 1989, anno di entrata in vigore del vigente codice Vassalli: la traccia e la genetica del defunto rito inquisitorio prese parte con il codice Rocco del 1930, codificazione profondamente impregnata dei tratti tipicamente totalitari ed autoritari del regime di quegli anni. E così, sino all'avvento del rito accusatorio, il Pubblico Ministero (con l'istruzione sommaria) ed il Giudice istruttore (con l'istruzione formale) «preconfezionavano» le prove nella segretezza, prove che successivamente avrebbe utilizzato il giudice del dibattimento per la decisione sulla colpevolezza dell'imputato. A ben vedere, anche nel vecchio rito si rinviene l'esistenza del contraddittorio, pur con un'accezione sostanzialmente differente rispetto a come viene inteso oggi: nell'architettura inquisitoria il contraddittorio è *sulla* prova, prova già formata nella fase dell'istruzione e *sulla* quale si concentra l'apporto critico delle parti processuali. In tale logica si valorizzava l'essenza scritta del processo penale, in un modello entro il quale il compito del giudice è quello di

«leggere e capire il processo» e l'attività dialettica del difensore prende vita solo successivamente alla lettura degli atti processuali³. Al contrario, l'odierno codice processuale è imperniato attorno al contraddittorio *per* la prova: in tal senso (con le dovute eccezioni, come si avrà modo di esporre) la prova non è formata in maniera unilaterale ed anteriormente al dibattimento, ma prende vita durante il contraddittorio dibattimentale, momento nel quale le parti concorrono, in condizioni di parità, *per* la formazione degli elementi probatori⁴. Così, mentre nel vecchio rito il giudice assumeva il ruolo di garante della regolarità processuale –corredato dell'onniscienza rispetto al materiale probatorio già formato–, nel processo accusatorio il giudice assume un atteggiamento contemplativo rispetto alle parti, alle quali sono demandate tutte le attività che afferiscono alla formazione della prova, in una logica di impermeabilità del dibattimento rispetto agli atti investigativi delle indagini preliminari (da qui il modello del c.d. doppio fascicolo, art. 431).

A ben vedere, la parola “contraddittorio” non compare mai nella legge delega per il nuovo codice di procedura penale. Lo spirito riformatore che ha dato vita al rito accusatorio dava per acquisito il metodo del contraddittorio, ed anzi, poneva enfasi su di un elemento ulteriore, più distintivo e chiarificatore: l'adozione del “metodo orale”⁵. Ed infatti è precisamente l'oralità a far emergere il differente atteggiarsi del contraddittorio nel nuovo rito, che rigetta la formazione unilaterale e segreta della prova ed eleva il dibattimento a centro assoluto del processo, contrapposto alla defunta fase dell'istruzione probatoria ora “degradata” al ruolo di *indagini preliminari*: basti rammentare la previsione

³ G.B. (ITTA) MADIA, *La storia dell'eloquenza*, 1959, 134

⁴ L'espressione «dal contraddittorio sulla prova al contraddittorio per la prova» si rinviene per la prima volta in G. VASSALLI, *Il diritto alla prova nel processo penale*, in *Riv. Italiana di dir. e proc. Penale* 1968, 3. Sul contraddittorio “in senso forte” si veda anche D. SIRACUSANO, *Vecchi sistemi e nuovi modelli per l'attuazione di un processo di parti*, in *Legislazione penale*, 1989, 84

⁵ G. CONSO, *Introduzione alla legge delega del 1987*, in G. CONSO-V. GREVI-G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati. La direttiva della delega per l'emanaazione del nuovo codice*, 1990

di cui all'art. 477, la quale stabilisce continuità temporale fra le udienze qualora il procedimento non possa definirsi in unica udienza⁶. Eppure, è esattamente questa disposizione a farsi rivelatrice di come, nella realtà materiale, lo spirito originario del legislatore imperniato attorno all'oralità sia andato perduto (o forse non sia mai venuto ad esistenza), profondamente appesantito da prassi, giurisprudenza ed esigenze processuali⁷, circostanza recentemente esplicitata anche dal Giudice delle leggi, il quale, in una nota pronuncia, afferma come la realtà sia «Assai lontana dal modello ideale immaginato dal legislatore. I dibattimenti che si concludono nell'arco di un'unica udienza sono l'eccezione; mentre la regola è rappresentata da dibattimenti che si dipanano attraverso più udienze, spesso intervallate da rinvii di mesi o di anni»⁸. Ed effettivamente è agevole rilevare come, nel nostro momento storico, la fase delle indagini non sia realmente così compressa e “strumentale” rispetto al dibattimento (non è inappropriato definirla *ipertrofica*) e si vada moltiplicando il ricorso a riti che elidono la fase dibattimentale, od anche, in una prassi sempre più frequente, l'imputato concordi sull'acquisizione al fascicolo dibattimentale degli atti investigativi dietro promessa di vedersi riconosciute le attenuanti generiche⁹. Si aggiungono, a manifestare una certa “insofferenza” verso il modello accusatorio puro, ora il proliferare dei casi di ricorso all'istituto dell'incidente probatorio, ora talune pronunce della Corte costituzionale, rese anche in tempi meno recenti¹⁰. Comprensibili –il più delle volte condivisibili– sono le preoccupazioni,

⁶ G. SPANGHER, *Oralità, contraddittorio, aspettative di verità*, in D. NEGRI-R. ORLANDI, *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, 2017, 45

⁷ V.A. BERNASCONI, *Commento all'art. 477 c.p.p.*, in A. GIARDA-G. SPANGHER, *Commentario al codice di procedura penale*, vol. II, 2010, 6226

⁸ Corte cost., ud. 20 maggio 2019, dep. 29 maggio 2019, n. 132

⁹ Così F. VERGINE, *Indagini e dibattimento: il singolare funzionamento della clessidra*, in *Dir. Penale e processo*, n. 9/2020, 1160, nominando quale “abbreviato atipico” la pratica dell'acquisizione concordata dalle parti degli atti investigativi al fascicolo per il dibattimento

¹⁰ Tre pronunce, trenta anni fa, scossero dalle fondamenta la c.d. “regola d'oro” del processo accusatorio: si vedano Corte cost., 3 febbraio 1992, n. 25; 3 giugno 1992, n. 254 e n. 255.

a mente di quanto poc'anzi menzionato, che scaturiscono da una simile realtà materiale. Dietro ai maggiormente “rumorosi” rischi (reali o supposti) per le garanzie dell'imputato si cela un'ombra ben più inquietante ed insidiosa: il pericolo che la prova (in particolare la prova dichiarativa, come si avrà modo di esplicitare più avanti), apporto indefettibile a cui si abbevera il giudizio penale, finisca per non sopravvivere in modo integro sino al momento dibattimentale, ivi giungendo profondamente lacerata, logora e priva di quella genuinità di cui dovrebbe farsi portatrice.

Dalla formulazione originaria delle disposizioni del vigente codice processuale si può ricavare quella che la dottrina ha evocativamente definito “regola d'oro” del processo accusatorio: tutto l'apporto probatorio di natura dichiarativa può essere utilizzato per la decisione solo e solamente ove assunto attraverso l'esame incrociato (salvo le ipotesi eccezionali tassativamente previste), mentre le dichiarazioni raccolte in modo unilaterale –quand'anche utilizzate per muovere contestazione al soggetto escusso in dibattimento– rimangono fuori dal patrimonio gnoseologico che il Giudice può utilizzare per fondare la propria decisione¹¹. Tale visione del processo penale, in un contesto storico ancora impregnato di inquisitorialità, non incontrò il favore di tutte le voci (a ben vedere, tutt'oggi esiste chi ritiene l'esame incrociato il sistema «meno efficace» per l'assunzione della prova dichiarativa¹²) e sin dall'entrata in vigore del nuovo codice processuale è stata a più riprese attinta da numerosi affondi della giurisprudenza, ai quali spesso è seguito un intervento del legislatore volto a “recuperare” le garanzie offerte dalla *regola d'oro*. Pur non essendo questa la sede opportuna per addentrarsi in digressioni narrative della storia del processo

¹¹ La locuzione «regola d'oro del processo accusatorio» appartiene a P. FERRUA e compare in numerose sue opere. Una su tutte, si veda P. FERRUA, *Il “giusto processo”*, III ed., 2017, 2

¹² Da ultimo, P. DAVIGO, in M. COLIMBERTI, *Accusa e difesa non sono pari rispetto alla verità. Intervista a Piercamillo Davigo*, in *Riv. Arel*, n. 2/2016, il quale ritiene il metodo dell'esame incrociato inadatto al recupero dei ricordi dalla mente del testimone, in quanto potrebbe ingenerare in quest'ultimo confusione.

penale, chi scrive si limiterà a riportare, sinteticamente, gli eventi più “dirompenti” sull’assetto del processo accusatorio. In un primo momento fu la Corte costituzionale, con due sentenze¹³, a demolire quella regola di esclusione probatoria che precludeva l’utilizzabilità delle dichiarazioni raccolte unilateralmente da p.g. e p.m.: secondo il Giudice delle leggi, il principio di *non dispersione della prova* (peraltro non espressamente costituzionalizzato) risulterebbe violato dall’impossibilità di recupero delle dichiarazioni precedenti utilizzate per le contestazioni, oltre all’irragionevole nocimento che tale regola di esclusione arrecherebbe al «fine ultimo del processo penale», identificato nella ricerca della verità. A tali pronunzie è seguito un “artificioso” tentativo di recupero garantista rappresentato dalla l. 7 agosto 1997 n. 267¹⁴ (inerente all’utilizzabilità delle dichiarazioni del coimputato) e dalla (naufragata) commissione Bicamerale istituita con legge costituzionale n. 1 del 24 gennaio 1997¹⁵, successivamente al quale non si è fatta nuovamente attendere la scure della Corte costituzionale: dopo ordinanze di rimessione di otto diversi giudici di merito, la nuova formulazione dell’art. 513 subisce la declaratoria di incostituzionalità, ed il Giudice costituzionale –richiamandosi peraltro a sua stessa giurisprudenza recente– ripristina la possibilità di recupero delle dichiarazioni del coimputato silente, in coerenza con quanto previsto per l’esame dei testimoni. La pronuncia costituzionale, nonostante fosse portatrice di un intervento certamente meno sconvolgente rispetto alle tre declaratorie

¹³ Le già menzionate Corte cost., 3 febbraio 1992, n. 25 e 3 giugno 1992, n. 254

¹⁴ L’intervento di riforma interveniva sull’art. 513, precludendo l’utilizzabilità delle dichiarazioni rese in indagini preliminari dall’imputato o coimputato avvalsi del diritto al silenzio nel dibattimento. La previsione era bilanciata dalla possibilità di ricorrere all’incidente probatorio per esaminare i coimputati prima del dibattimento. A causa della sua ristretta operatività e della disposizione transitoria che disponeva l’applicabilità della nuova formulazione ai procedimenti in corso, la riforma è stata guardata con non poco sospetto: si veda, sul punto, V. GREVI, *Sull’applicabilità del nuovo articolo 513 c.p.p. nei processi in corso*, in *Dir. Pen. e processo* 1997, 1505

¹⁵ Il progetto di riforma costituzionale era ispirato dal tentativo di costituzionalizzare i principi di oralità, concentrazione dibattimentale ed immediatezza. Parte dell’impostazione di tale tentativo di riforma si rinviene nell’odierna formulazione dell’art. 111 Cost., da ultimo novellato con l. cost. 23 novembre 1999, n. 2

d'incostituzionalità del 1992, venne accolta con fermo dissenso tanto dalla dottrina¹⁶ quanto dallo stesso legislatore¹⁷: basti pensare che le Camere penali, come gesto di dura reazione alla decisione, proclamarono sette giorni di astensione dalle udienze in segno di protesta, tacciando la pronuncia di aver «sprofondato la difesa in un abisso». In questo momento storico il legislatore reagisce con forza: l'atmosfera del 1992, esacerbata dalle stragi di mafia e dalle vicende processuali di *Mani pulite*, si è diradata ed ha lasciato il posto ad un atteggiamento di reazione verso le pronunce della giurisprudenza costituzionale, la quale, nel caso di specie, non ha censurato le originarie disposizioni del codice Vassalli ma una norma approvata dallo stesso Parlamento¹⁸. Nel particolare, l'esplicitarsi del menzionato atteggiamento reattivo viene ad esistere con la riforma costituzionale che porta all'introduzione nella Carta dei principi del "giusto processo"¹⁹, restituendoci l'odierna formulazione dell'art. 111 Cost.: in uno spirito simile a quello della fallita Bicamerale del 1997 viene costituzionalizzato in maniera univoca il principio del contraddittorio *per* la prova, oltre all'inutilizzabilità delle dichiarazioni di chi si sottrae volontariamente all'esame incrociato²⁰ ed al principio della c.d. ragionevole durata. La nuova formulazione dell'art. 111 troverà attuazione poco più di un anno dopo con la l. 1° marzo 2001 n. 63, il cui fulcro è rappresentato dalle modifiche all'art. 500 del codice di rito. Dell'odierno assetto delle contestazioni

¹⁶ Per un'analisi critica della sentenza, si veda G. GIOSTRA, *Quale contraddittorio dopo la sentenza 361/1998 della Corte Costituzionale?*, in *Questione giustizia* 1999, n. 2, 197; nonché l'intervento di Magistratura Democratica, *Appello per un intervento sul processo penale dopo la sentenza n. 361/1998 della Corte costituzionale*, *ivi* 1998, n. 4, 1020

¹⁷ In tal senso, si veda P. FERRUA, *Il "giusto processo"*, 13

¹⁸ Così P. FERRUA, *Il "giusto processo"*, 13

¹⁹ L. Cost. 23 novembre 1999, n. 2

²⁰ A ben vedere, la disposizione manifesta dei tratti d'ispirazione eminentemente garantista. Così l'art. 111, comma quarto: « Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. *La colpevolezza dell'imputato* non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore». Quindi, almeno dal punto di vista Costituzionale, non un'inutilizzabilità assoluta, ma solamente relativa alla prova della colpevolezza dell'imputato

di cui all'art. 500 se ne darà conto nei capitoli successivi, in questa sede è sufficiente riportare come, dopo nove anni dalle declaratorie d'incostituzionalità del 1992, la regola di esclusione probatoria delle dichiarazioni formate unilateralmente antecedenti al dibattimento sia nuovamente rientrata, e stavolta a pieno titolo, nel codice processuale.

1.2 – ALCUNE PREMESSE RIGUARDO IL PRINCIPIO DI ORALITÀ

A mente di quanto menzionato nel precedente paragrafo, almeno a giudizio di chi scrive, fra i principi del c.d. “giusto processo” l'aspetto più problematico non sembra essere rappresentato dal principio di formazione della prova in contraddittorio. Invero, successivamente al “conflitto” tra giurisprudenza costituzionale e legislatore conclusosi con le riforme del 1999 e del 2001, chi scrive ritiene che l'elemento contraddittorio, inteso come contraddittorio in senso forte²¹, possa darsi per acquisito nell'architettura odierna del giudizio penale. Al contrario, v'è un costante germogliare di posizioni (dottrinali e giurisprudenziali) contrastanti per quanto afferisce al principio di oralità, abitualmente studiato ed affrontato congiuntamente al principio di immediatezza. Del secondo se ne tratterà più approfonditamente nel paragrafo successivo, mentre –per quanto possa apparire quantomeno inconsueta una trattazione separata dei due principi– in questa sede ci si soffermerà sul principio di oralità.

Per definire, almeno in prima approssimazione, il concetto di oralità, è agevole muovere i passi dal suo *doppelgänger*: la scrittura. La scrittura è stata, per secoli, l'elemento centrale dei giudizi (penali e civili) del nostro continente

²¹ Il contraddittorio in “senso forte” corrisponde al già menzionato contraddittorio *per* la prova, contrapposto al contraddittorio in “senso debole” o contraddittorio *sulla* prova

ed affonda le proprie radici nel secolare brocardo «*quod non est in actis, non est in mundo*», espressivo della strada tracciata dal diritto canonico sin dal secolo undicesimo²². Il tratto che distingue i due differenti *medium*, scrittura e oralità, si scorge con facilità esaminando la posizione dell'ascoltatore: egli, nel primo caso, ben potrà leggere e comprendere quanto rappresentato dall'atto in esame, mentre solo nel secondo sarà in grado di interagire e percepire a tutto tondo quanto promana dalla fonte di prova. Ivi risiede la definizione di oralità: può esservi oralità solo ove le parti possano porre direttamente le proprie domande alla fonte di prova, la quale, a viva voce, restituirà le risposte, od anche, riprendendo le parole di dottrina autorevole, significa oralità la «comunicazione del pensiero mediante la pronuncia di parole destinate ad essere udite»²³.

Vale la pena spendere alcune parole sulla stessa ragione storica di esistere del principio di oralità ed effettuare un'analisi delle sue origini, quantomeno per operarne una demistificazione e scongiurarne la fascinazione. Il metodo orale, come già menzionato, è rimasto sconosciuto e non praticato dalle giurisdizioni continentali per secoli, per la semplice ragione che non era ritenuto in alcun modo utile. Anzi, in tempi più remoti, dai giuristi continentali il metodo inquisitorio era considerato il più “nobile” e congeniale alla ricerca della verità, venendo posto in costante contrapposizione con le giurisdizioni che si avvalevano della giuria, tacciate di essere “primitive”²⁴: è precisamente per rispondere all'esigenza del *jury trial* tipico degli ordinamenti anglosassoni e di *common law* che si deve ricorrere al metodo orale. In tali sistemi la componente laica dei giudici ha un'accezione ben distinta dal modello continentale dello scabinato: la giuria popolare ha il monopolio della decisione delle questioni di fatto, e rende la propria decisione con un verdetto *non motivato*, mentre il giudice

²² INNOCENTIUS P. III, *Lateranense IV*, anno Christi 1215, Cap. XXXVIII, in J.D. MANSI, *Sacrorum conciliorum nova et amplissima collectio*, Vol. 22°, Graz, 1961

²³ P. TONINI-C.CONTI, *Manuale di procedura penale*, 22° ed., 2021, 259

²⁴ F. CORDERO, *Procedura penale*, 2012, 596

togato, con sentenza, statuisce sulle questioni di diritto. Di più, i laici del *jury trial* non erano in possesso di alcuna conoscenza delle materie giuridiche, ed almeno in tempi remoti ne era elevato il tasso di analfabetismo, e tanto è sufficiente per comprendere agevolmente l'esigenza di una procedura orale: i laici non sanno leggere e non conoscono il diritto, mai potrebbero confrontarsi con gli atti scritti di un procedimento, pertanto è indefettibile che il testimone – e, a ben vedere, anche l'operatore di polizia: ad oggi, negli ordinamenti di *common law*, è lo stesso operatore che ha posto in essere l'atto di sequestro del corpo del reato ad esibirlo platealmente nell'aula di udienza– si rechi e deponga oralmente in udienza affinché i laici siano posti in condizione di raggiungere il verdetto. Alla luce di ciò, congiuntamente all'assenza dell'obbligo motivazionale del verdetto (a ben vedere, il verdetto reso si sostanzia in un semplice *guilty-not guilty*), risulta certamente più agevole rigettare ogni pretesa di raffinatezza²⁵ del metodo orale che ha origine dal *jury trial*, metodo processuale da sempre avversato dai giuristi continentali, i quali, in epoca medievale, causticamente respingevano il modello della giuria «che lascia[va] il verdetto decisivo di una causa nelle mani di una dozzina di campagnoli analfabeti»²⁶. Operata la dovuta “demitizzazione” del principio di oralità, appare evidente come la funzione dello stesso, nel nostro ordinamento processualpenalistico, abbia natura differente rispetto a quella del *jury trial* all'anglosassone. Ben distinta dal contraddittorio (può esistere contraddittorio pur in assenza di oralità: si pensi alla prova assunta nel procedimento di incidente probatorio), l'oralità, congiuntamente all'immediatezza, risponde all'esigenza di trasportare la deposizione testimoniale davanti al giudice, affinché egli possa

²⁵ Delle origini «non particolarmente nobili» del principio di oralità: A. MACCHIA, *La prova dichiarativa. La giurisprudenza della Corte costituzionale, della Corte E.d.u. e delle Sezioni Unite della Corte di cassazione a confronto. Il valore nei procedimenti civili, amministrativi e disciplinari della prova dichiarativa assunta nel procedimento penale*, in *Cassazione Penale* 2020, n. 12, 4435

²⁶ Così lo storico R. VAN CAENEGEM, *I signori del diritto. Giudici, legislatori e professori nella storia europea*, 1991, 104

apprezzarla in tutte le sue espressioni (verbali e non verbali) ed in completa tridimensionalità, così da poter accuratamente valutare l'attendibilità della fonte di prova testimoniale. Pur in tale differente accezione, l'oralità non è scevra da criticità, e pure conosce i suoi detrattori. Se da un lato consente all'organo giurisdizionale di percepire direttamente la fonte di prova, è innegabile che, almeno nel nostro ordinamento, l'esigenza di escutere oralmente tutti i testimoni comporti un apprezzabile dilatazione temporale delle udienze: il metodo orale promana dalle realtà anglosassoni, ove è frequente il ricorso a pratiche di giustizia negoziata (invero, estremamente frequente: il 90% dei procedimenti penali vengono definiti con la pratica del *plea bargaining*, equivalente all'italiana applicazione della pena su richiesta delle parti *ex art. 444*). Non mancano voci che ne rilevano il singolare atteggiarsi dell'oralità tra il giudizio di merito ed il giudizio di appello: ed infatti, se da un lato si rinvencono norme (quali l'*art. 190-bis*) e pronunce²⁷ che sembrano voler restringere l'operatività del principio di oralità nel giudizio di prime cure, dall'altro, dapprima la stessa giurisprudenza²⁸, seguita dal legislatore²⁹, paiono voler allargare a dismisura le ipotesi di rinnovazione della prova testimoniale in grado d'appello, con la conseguente espansione dell'oralità più nel giudizio di gravame (come se ne darà conto nel successivo capitolo) che in quello di merito³⁰. Peraltro non manca chi, muovendo dalle considerazioni storiche poc'anzi effettuate, rileva (provocatoriamente) come l'oralità sia, almeno nei sistemi di *civil law*, un elemento addirittura nocivo, ora per la dilatazione temporale che comporta, ora per le sollecitazioni che l'esame incrociato produrrebbe sulla genuinità della

²⁷ Da ultimo: Corte cost., ud. 20 maggio 2019, dep. 29 maggio 2019, n. 132

²⁸ Cass., **sez. un.**, 28 aprile 2016, n. 27620, imp. Dasgupta; **sez. un.**, 19 gennaio 2017, n. 18620, imp. Patalano

²⁹ La l. 23 giugno 2017, n. 103 ha introdotto nel codice di rito il comma *3-bis* dell'*art. 603*, di cui se ne riporta il testo: «Nel caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, il giudice dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale»

³⁰ A. MACCHIA, *La prova dichiarativa*, 4427-4428

fonte di prova incalzata dalle parti³¹. Tale visione, asserendo che le pressioni sul testimone valgono solamente ad alterarne la memoria, propone un cambiamento radicale delle modalità di escussione della fonte di prova testimoniale, valorizzando una sorta di “liberalizzazione” completa dell’esame filtrato tipico dell’incidente probatorio per l’escussione del soggetto particolarmente vulnerabile: così l’interrogatorio si svolgerebbe alla sola presenza del giudice, il quale dovrebbe filtrare le domande poste dalle parti –separate dalla fonte di prova, magari da un vetro-specchio– e valutarne tempestivamente l’ammissibilità, e tutto in un luogo diverso dalle aule di giustizia, considerate anch’esse una fonte di inutile sollecitazione per il testimone³². A giudizio di chi scrive, non convince la soluzione proposta: oltre alle innegabili difficoltà materiali di attuazione di simili modalità, appare inevitabile il rischio che il giudice, svolgendo egli stesso l’esame, possa formare il proprio convincimento interno e dirigere –con o senza coscienza– le domande sulla base di quest’ultimo. A voler operare un’analisi lucida, pur essendo innegabile l’influenza culturale –se non, addirittura, l’autofascinazione– degli ordinamenti di *common law* (uno su tutti: quello Statunitense) sul nostro, ai fini della valutazione di credibilità del testimone il metodo orale appare ancora la soluzione migliore, *rectius* la migliore che risulta possibile percorrere. Del pari, è altrettanto vero che attenersi al metodo orale comporta alcuni dei sacrifici summenzionati, tuttavia non bisogna cadere nella tentazione di ascrivere le patologie del sistema all’architettura del sistema stesso: così, in modo provocatorio, sarà più agevole notare come non sia l’oralità *ex se* (architettura del sistema) a porsi come problematica, ma –a titolo esemplificativo– le richieste pretestuose di rinnovazione dell’istruttoria dibattimentale *ex art. 525 comma secondo* (patologia del sistema), sovente poste da certa difesa al solo fine strumentalmente dilatorio per il procedimento.

³¹ J. NIEVA-FENOLL, *La discutibile utilità degli interrogatori delle parti e dei testimoni (qualche riflessione sull’oralità in tempo di pandemia)*, in *Questione giustizia* 28 settembre 2020, 10

³² J. NIEVA-FENOLL, *La discutibile utilità degli interrogatori*, 10-11

1.3 – LA CRISI DEL PRINCIPIO D’IMMEDIATEZZA E L’USURA DELLA FONTE DI PROVA

Sebbene considerato non scindibile dal principio di oralità³³, differente è l’esigenza a cui risponde il principio d’immediatezza. Una definizione soddisfacente del principio in esame si può rinvenire nella giurisprudenza costituzionale: ove vi sia un rapporto privo di intermediazioni tra l’assunzione della prova e la decisione, può dirsi attuato il principio d’immediatezza³⁴. Diretta attuazione di tale principio si riscontra nel codice di rito in più disposizioni, dal momento che il legislatore ha inteso, da un lato, assicurare un contatto diretto tra il giudice e la fonte di prova (artt. 514 e 526), dall’altro, disporre come indefettibile l’identità tra il giudice che ha assunto la prova ed il giudice che renderà la decisione nel merito (art. 525, comma secondo). Così, delineato il quadro, si può agevolmente apprezzare come i due principi, oralità ed immediatezza, operino in maniera complementare per assicurare che la valutazione di credibilità della fonte di prova testimoniale avvenga con la maggior accuratezza possibile³⁵. Un primo profilo interessante da analizzare è la portata del principio: siamo di fronte ad una disposizione di rango costituzionale o meno? La dottrina non è uniforme sul punto, ed a ben vedere entrambi gli orientamenti fondano su ragioni solide. Sgombriamo il campo dalle aderenze che oralità ed immediatezza presentano con il contraddittorio: come già specificato, ben può esistere assunzione probatoria in contraddittorio pur in difetto del binomio oralità-immediatezza, congiuntamente all’espressa costituzionalizzazione (seppur con le dovute eccezioni) del principio del

³³ R. ZIZANOVICH, in G. LATTANZI-E. LUPO, *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, vol. IV, 2020, 805

³⁴ Corte cost., ord. 9 marzo 2007, n. 67

³⁵ P. TONINI-C.CONTI, *Manuale di procedura penale*, 22° ed., 2021, 259

contraddittorio per la formazione della prova di cui all'art. 111 comma quarto della Costituzione.

Un'analisi della disposizione letteraria di cui al terzo comma dell'art. 111 Cost. sembra suggerire che il binomio oralità-immediatezza abbia portata costituzionale: viene in rilievo l'espressione «[...] abbia la facoltà, davanti *al* giudice, di interrogare o far interrogare [...]», ove la preposizione *al* sembra riferirsi non ad *un* qualsiasi giudice, potenzialmente differente da quello del dibattimento, ma precisamente *al* giudice che dovrà assumere la decisione³⁶. Appare tuttavia arduo poter affermare con certezza che il principio di immediatezza abbia portata costituzionale: già il giudice delle leggi ha avuto modo di stimolare una visione più flessibile dell'immediatezza³⁷ (attraverso l'introduzione di "deroghe ragionevoli"), ed altra parte della dottrina ritiene di dover rigettare la portata costituzionale del principio³⁸; ora in ragione delle stesse disposizioni presenti nel codice di rito, le quali ne introducono espresse deroghe che rispondono a particolari esigenze di "conservazione" della prova (una su tutte: la previsione di cui all'art. 190-*bis*), ora rilevando come la stessa Corte costituzionale non si sia mai espressa in maniera netta sulla costituzionalizzazione dell'immediatezza, da considerarsi piuttosto quale "valore *tradizionale* del processo" da porre in relazione –quindi, bilanciare– con tutto il coacervo di valori che discendono dalla stessa Costituzione³⁹, data anche la sua indubbia indipendenza dal principio di formazione della prova in contraddittorio⁴⁰. Di talché, esclusa la portata costituzionale del principio, per meglio perimetrarne l'operatività occorre muovere i passi dalla giurisprudenza convenzionale della corte Edu, precisando che l'immediatezza non sembra

³⁶ O. MAZZA, voce *Contraddittorio (principio del)*, in *Enc. del diritto*, ann. VII, Giuffrè, 2014, 207

³⁷ Corte cost., ud. 20 maggio 2019, dep. 29 maggio 2019, n. 132

³⁸ A. MACCHIA, *La prova dichiarativa*, 4427, 4435

³⁹ Corte cost., ord. 9 marzo 2007, n. 67; sent. 24 ottobre 2001, n. 399

⁴⁰ Corte cost., n. 431 del 2001

neppure poter assurgere a principio convenzionalmente imposto, già in ragione della formulazione letterale delle disposizioni ad esso afferenti, le quali espressamente si riferiscono ad «un tribunale terzo ed imparziale»⁴¹. Invero, è stata la Corte EDU, con la sentenza *Dan c. Moldavia*, a ravvivare il dibattito in merito al principio d'immediatezza: la Corte ritenne di condannare la Moldavia, precisando che, a mente dei principi sul “giusto processo”⁴², nel caso di appello della sentenza di assoluzione da parte del solo Pubblico Ministero si debba necessariamente rinnovare l'assunzione delle stesse prove testimoniali⁴³, per poter porre in essere una pregnante e piena valutazione della credibilità dei testimoni. Anche il nostro codice di rito, per il tenore letterale della disposizione (art. 525), esplicita il principio di immediatezza come una regola fondamentale, ponendolo in stretta correlazione con il principio d'immutabilità del giudice: la giurisprudenza più risalente⁴⁴ ha financo precisato che la differente identità tra il giudice che ha assunto la prova ed il giudice che delibera dà luogo a nullità assoluta, determinandosi in tal senso una condizione d'incapacità del giudice. Peraltro, con una successiva pronuncia, la Corte di cassazione ha ulteriormente confermato la portata di tale principio⁴⁵, precisando in modo deciso che il mutamento della persona fisica del giudice impone la necessaria rinnovazione del dibattimento: malgrado ciò, successivamente alla pronuncia, si è assistito ad una disomogenea considerazione del principio d'immutabilità del giudice, situazione che ha dato causa ad orientamenti difformi in merito all'effettiva necessità di rinnovare il dibattimento in caso di mutamento della persona del giudice. Nelle more di tale disomogeneità, prima la Corte costituzionale, poi i giudici di legittimità, hanno reso due nuove pronunzie, nel tentativo di

⁴¹ Art. 6, § 1 della Convenzione e.d.u.

⁴² Art. 6, § 2 e 3 della Convenzione e.d.u.

⁴³ Corte e.d.u., *Dan c. Moldavia*, 5 luglio 2011, ric. n. 8999/07

⁴⁴ Cass., sez. III, 4 ottobre. 1994, Tini, in *Foro Italiano, Repertorio 1995*, voce *Procedimento penale davanti al pretore*, n. 53

⁴⁵ Cass., **sez. un.**, 15 gennaio 1999, n. 2, pres. Zucconi Galli Fonseca, rel. Papadia, imp. Iannasso; di seguito solo “Sent. *Iannasso*”

attualizzare e razionalizzare il principio di immediatezza alla luce delle necessità materiali dettate dai giudizi penali nel nostro ordinamento. Nel primo caso, il Giudice delle leggi ha reso una determinazione dai tratti peculiari: nel rigettare il ricorso, ha ritenuto opportuno, in un *obiter dictum* ad ampia portata, esplicitare la necessità per il legislatore di *a)* introdurre deroghe ragionevoli al principio di immediatezza, tali da consentire la prosecuzione del giudizio davanti ad un collegio differente senza dover procedere alla rinnovazione e *b)* adoperarsi con interventi strutturali per favorire «la concentrazione temporale dei dibattimenti» per scongiurare che il principio di immediatezza si riduca a «mero simulacro», in ragione del rischio, originato dalla dilatazione temporale, che il giudice addivenga alla decisione fondandosi principalmente sulla lettura delle trascrizioni⁴⁶. Non sorprende l'atteggiamento critico di certa dottrina, la quale evidenzia come tale pronuncia si risolva in mere indicazioni al legislatore, in una sorta di sentenza c.d. *monito*, la quale tuttavia non manifesta alcun contrasto della disciplina con il dettato Costituzionale e, oltre alle menzionate indicazioni, non fornisce al legislatore le reali soluzioni percorribili per mitigare gli effetti del problema⁴⁷. A tale indirizzo, in conformità, è seguita la celebre pronuncia di legittimità nota come sentenza *Bajrami*⁴⁸. In questa sede, i Giudici di legittimità hanno precisato alcuni aspetti non pienamente approfonditi dalla precedente sentenza *Iannasso*⁴⁹, ed a mente della pronuncia 132 del 2019 della Corte costituzionale hanno precisato che, fermo il principio di immutabilità del Giudice, in caso di mutamento del collegio compete alla persona del nuovo giudice decidere sull'opportunità di procedere alla rinnovazione dell'istruttoria, dovendosi valutare la riassunzione delle prove a mente dei criteri di cui agli artt.

⁴⁶ Corte cost., ud. 20 maggio 2019, dep. 29 maggio 2019, n. 132

⁴⁷ P. FERRUA, *Il sacrificio dell'oralità nel nome della ragionevole durata: i gratuiti suggerimenti della Corte costituzionale al legislatore*, in *Archivio Penale* 2019, n. 2, 1 ss.

⁴⁸ Cass., **sez. un.**, 30 maggio 2019, n. 41736, imp. Bajrami

⁴⁹ **Sez. un.**, 15 gennaio 1999, n. 2, pres. Zucconi Galli Fonseca, rel. Papadia, imp. Iannasso

190 e 495: in tal senso, il nuovo giudice deciderà di rinnovare l'istruttoria solo qualora non ritenga la riassunzione delle prove non manifestamente superflua od irrilevante. Anche in questo caso non sono mancate voci critiche dalla dottrina, la quale ha ritenuto che, alla luce della *ratio* su cui poggia l'istituto della rinnovazione, una simile impostazione frustrerebbe eccessivamente la percezione diretta del giudice nei confronti della fonte di prova testimoniale⁵⁰. Se ne ricava un quadro profondamente distante dal rito accusatorio puro teorizzato dal legislatore (si rimanda alle considerazioni sull'art. 477, § primo del presente capitolo) più di trenta anni fa, anni durante i quali, per esigenze materiali, inevitabilmente si è concretizzata l'esigenza di attenuare e ridimensionare la portata del principio di immediatezza attraverso eccezioni dai confini più tenui e sfumati, confini che potranno essere adattati alle esigenze dei singoli processi⁵¹; ed in tale contesto risuonano voci della dottrina che stimolano una visione meno dogmatica del binomio oralità-immediatezza⁵². Tale elasticità si riscontra appieno nella summenzionata sentenza *Bajarmi*: in questa sede i Giudici supremi hanno specificato che, in ogni caso, considerato il notevole sacrificio temporale che deriverebbe dalla rinnovazione dell'istruttoria in caso di mutamento del collegio giudicante, può darsi luogo alla rinnovazione solo ove l'interessato indichi le specifiche «ragioni tali da imporre la rinnovazione». Alcune voci autorevoli hanno avuto modo di rilevare come un simile approccio, pur considerato *ex se* ragionevole, rischierebbe di sovvertire la logica di ammissione delle prove originariamente indicata dal codice. Invero, nella stessa pronuncia, la Corte di cassazione ha specificato che per dar luogo alla

⁵⁰ Su tutte, due voci autorevoli a tal proposito: P. FERRUA, *La lenta agonia del processo accusatorio a trent'anni dall'entrata in vigore: trionfante nella Carta costituzionale, moribondo nel mondo reale*, in *Processo pen. e Giustizia* 2020, 10; M. BARGIS, *Il principio di immediatezza nel caso di mutata composizione del giudice: dai responsi della Corte costituzionale, Sezioni unite e Corti europee alle prospettive de iure condendo*, in *Sistema Penale* 2020, fascicolo 4, 41

⁵¹ Sull'elasticità dei confini si veda P. FERRUA, *Teorie della prova: dialogo con Franco Cordero*, in *studiosiprocessopenale.it*, 2020, 13

⁵² R. GERMANO, *L'immediatezza e le sue contraddizioni: perché i principi non sono dogmi*, in *Riv. it. Dir. e proc. penale* 2020, 152

rinnovazione non è sufficiente che la fonte di prova testimoniale abbia manifestato un cattivo ricordo dei fatti; così, per l'ammissibilità della richiesta di rinnovazione non sarebbe sufficiente veder rispettato il mero criterio di non superfluità della prova, bensì sarebbero richieste ulteriori «specifiche esigenze»: in tal senso, imporre l'onere della prova della sussistenza di tali esigenze in capo alla parte che richiede la rinnovazione equivarrebbe ad addossarle una sorta di *probatio* diabolica⁵³, in particolare considerato che non si rinvencono, nelle disposizioni processuali, *quali* esigenze dovrebbero considerarsi indispensabili⁵⁴. Ciò darebbe vita ad una logica “rovesciata”, per la quale il giudice difficilmente potrebbe effettivamente conoscere la sussistenza delle stesse esigenze –difficilmente pronosticabile dalla mera rilettura dei precedenti verbali– senza prima aver proceduto all'escussione della fonte di prova testimoniale⁵⁵. A tutt'oggi il nodo dell'immediatezza è ancora da sciogliere, e si somma all'ulteriore problematica oggetto del presente scritto: il rischio di usura per la fonte di prova. Una chiave di lettura sul punto si ottiene dall'analisi dell'art. 190-*bis* del codice di rito, richiamato in parte (non formalmente ma nel contenuto) dalla già menzionata sentenza *Bajrami*: nei procedimenti per determinati delitti (si rimanda all'art. 51 comma terzo, e successivamente il legislatore ha esteso la previsione ai reati sessuali) non può procedersi nuovamente all'esame –già svolto in incidente probatorio o nel dibattimento– di persone già esaminate, qualora le stesse non debbano deporre su fatti o circostanze diverse da quelle oggetto delle dichiarazioni precedenti, ferma la facoltà del giudice di ammettere nuovamente l'esame qualora egli lo ritenga

⁵³ *Mutatis mutandis*, il pensiero è stato espresso da P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, II ed., 2017, 125, in merito alla prassi applicativa dell'art. 190-*bis*

⁵⁴ Si veda, sul punto, la proposta della Comm. Gratteri per le proposte normative in tema di lotta alla criminalità organizzata, in *unitelmasapienza.it*, 49. Seppur più risalente, ma con la stessa accezione P. RENON, *Mutamento del giudice penale e rinnovazione del dibattimento*, Giappichelli, 2008, 302

⁵⁵ M. DANIELE, *L'immediatezza in crisi. Mutazioni pericolose ed anticorpi accusatori*, in *Sistema Penale* 2/2021, 60

necessario sulla base di *specifiche esigenze*. Una piccola incisa: a ben vedere, ed è il caso di precisarlo, un tentativo del legislatore di razionalizzare la portata dei principi d'oralità ed immediatezza è passato esattamente per l'art. 190-*bis*⁵⁶. Nel particolare, muovendo dalle "indicazioni" della sentenza Costituzionale n. 132 del 2019, il legislatore riteneva di dover estendere la disciplina dell'articolo in esame a tutti i procedimenti di competenza del tribunale monocratico, ogniquale si fosse verificato il mutamento della persona del giudice, nei fatti trasformando in regola quanto ad oggi si pone come norma eccezionale. Ciò detto, la formulazione dell'art. 190-*bis* sembra presentare gli stessi profili problematici di quanto espresso nella summenzionata sentenza *Bajrami*: da un lato è condivisibile l'indirizzo del legislatore, teso a preservare la fonte di prova testimoniale dall'inquinamento del contributo probatorio oggetto delle dichiarazioni, dall'altro appare attuale una problematica di legalità processuale, atteso che la norma non si spinge sino a delineare il perimetro delle richiamate *specifiche esigenze*. Così il giudice, come rilevava certa dottrina più risalente, si troverebbe ad affrontare un compito naturalmente estraneo alle proprie funzioni, dovendo «supplire al difetto di determinatezza della fattispecie»⁵⁷. Ad ogni modo, l'art. 190-*bis* esprime in sé l'esigenza di preservare la fonte di prova testimoniale dal rischio di compromissione della propria integrità che deriverebbe da ripetute escussioni dibattimentali, od anche, in altri termini, tende a proteggere la stessa fonte di prova dall'*usura* a cui sarebbe altrimenti esposta. Così, sembra innegabile che il ripetere gli eventi di escussione della fonte di prova dichiarativa possano cagionare danno alla genuinità della stessa: si avrà modo di riscontrare, nei capitoli successivi⁵⁸, come le occasioni di suggestione ed inquinamento dei ricordi del testimone prendano vita sin dalle primissime fasi

⁵⁶ D.d.l. C-2435 del 13 marzo 2020, art. 5

⁵⁷ R. ORLANDI, *Inchieste preparatorie nei procedimenti di criminalità organizzata: una riedizione dell'inquisitio generalis?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1996, 570

⁵⁸ V. cap. IV, § 4°

delle indagini preliminari –durante le quali il soggetto viene escusso in sommarie informazioni testimoniali dal Pubblico Ministero (art. 362) o dalla Polizia Giudiziaria (art. 351), od anche dal difensore a mente dell’art 391-*bis* e ss.– e proseguano anche nel dibattimento, nella cui sede il testimone è inevitabilmente sottoposto a notevoli sollecitazioni da parte degli interroganti, siano essi i difensori o l’organo inquirente. Beninteso, tali sollecitazioni intervengono su di un terreno che, come menzionato, risulta già profondamente depauperato dal trascorrere del *tempo*, probabilmente l’ostacolo più possente che si frappone tra il processo e la sua funzione di ricerca della verità. Di talché assistiamo a dibattimenti la cui apertura è dichiarata a distanza di mesi (talvolta anni) dalla commissione del fatto-reato, dibattimenti che sovente si dipanano in più e più udienze distanziate fra loro da un notevole lasso di tempo a tutto danno del principio di massima concentrazione a cui dovrebbe tendere un modello processuale imperniato attorno al binomio oralità-immediatezza: anche qualora non si verifici mutamento della persona del giudice, ove più udienze si succedano a notevole distanza di tempo fra loro, risulterà arduo affermare che si stia dando piena attuazione ai due summenzionati principi, e non risulta infondato il timore che certa dottrina nutre nei confronti di una simile frammentazione, la quale rischia di risolversi in una decisione fondata maggiormente su una rilettura dei verbali delle escussioni testimoniali poste in essere tempo addietro⁵⁹. Ne discende che le reiterate escussioni della fonte di prova ed il trascorrere del tempo siano le due maggiori fonti a dar causa all’usura della prova stessa: il tempo, in quanto il testimone non può essere considerato un’*inerte res loquens* pronta a riferire agli interroganti con esattezza l’intero suo patrimonio mnestico (tenendo ben distinti i concetti di esattezza e genuinità: ben potrebbe la fonte di prova deporre con genuinità e riferire informazioni inesatte); e le sollecitazioni che derivano dalle escussioni reiterate, le quali inevitabilmente

⁵⁹ G. GIOSTRA, *Appunto per una giustizia non solo più efficiente, ma anche più giusta*, in *Politica del diritto*, n. 4/2021 , 4, nt. 5

influenzano ed attingono alla «conformazione del feto della memoria»⁶⁰. Non stupisca la locuzione «usura della fonte di prova», la quale non è sconosciuta alla giurisprudenza relativa precisamente alla disciplina di cui all'art. 190-*bis*: in più occasioni, la Corte di cassazione ha avuto modo di precisare che la preclusione di nuove escussioni di cui alla norma in esame «si giustifica dall'esigenza di prevenire l'usura delle fonti di prova», e se in tempi più risalenti tale disciplina operava esclusivamente per i procedimenti di criminalità organizzata⁶¹, l'introduzione del successivo comma 1-*bis* ed il riferimento alla persona offesa «in condizione di particolare vulnerabilità» conferma tanto l'esistenza del problema quanto la sensibilità del legislatore allo stesso: così si scongiura la reiterazione dell'escussione tanto del testimone nei procedimenti di criminalità organizzata, quanto della persona offesa da reati sessuali, sino ad estendere la tutela al soggetto in stato di particolare vulnerabilità, oltre ogni dubbio esposto ai condizionamenti ed alle sollecitazioni tipiche dell'escussione dibattimentale⁶².

L'analisi sin qui effettuata restituisce un quadro indubbiamente bisognoso di una profonda razionalizzazione dei principi di oralità ed immediatezza, razionalizzazione che, a giudizio di chi scrive, dovrebbe incontrare un unico limite. Un depauperamento eccessivo della portata del binomio oralità-immediatezza, oltre al sacrificio che imporrebbe alle garanzie dell'imputato, rischierebbe di compromettere la stessa ricerca della verità: così, a meno di deprecabili involuzioni inquisitorie (le quali ad oggi, peraltro, oggettivamente non si rinvergono) difficilmente potrà il giudice operare una compiuta valutazione della credibilità in difetto di oralità, e non convince la tesi,

⁶⁰ G. GIOSTRA, *Appunto per una giustizia*, 2.

⁶¹ In ragione dei particolari pericoli che discendono dalla fattispecie del reato, fra cui gli eventi intimidatori che potrebbero indurre il testimone a mutare la propria versione dei fatti: si veda Cass., sez. I, 12 giugno 2001, n. 29826

⁶² Da ultimo: Cass., sez. III, 29 novembre 2019, n. 10374

seppur provocatoria, di chi vorrebbe estendere a dismisura la pratica dell'esame filtrato⁶³ e trasferire il momento dell'escussione fuori dall'aula di giustizia.

Una notazione conclusiva merita il recente tentativo del legislatore⁶⁴ di razionalizzare il giudizio penale, in particolar modo intervenendo sulla durata degli stessi, non agendo in maniera organica sui principii del processo ma dando vita a quella che sembra essere una sorta di *prescrizione processuale*. Sostanzandosi in una «scadenza sanzionata»⁶⁵ per l'organo inquirente, il nuovo art. 344-*bis* introduce una forma innovativa di improcedibilità, la quale interviene in caso di mancata definizione del giudizio di appello nel termine di due anni o del giudizio di cassazione nel termine di un anno. A latere (almeno a giudizio di chi scrive) dell'illogicità nel ritenere, da parte del legislatore, che sia sufficiente disporre un termine assistito da sanzione perché lo stesso sia rispettato –quasi bastasse obbligare l'organo procedente alla velocità così che, per ciò solo, tutti i giudizi divengano prodigiosamente ed improvvisamente veloci–; non è mancata la manifestazione di critica da parte della dottrina, ora per gli effetti dirompenti, a tutto danno per la persona offesa (la quale si vedrebbe costretta a rinnovare in sede civile la pretesa risarcitoria), del «dissolvimento del processo in presenza di un reato non estinto»⁶⁶, ora per il danno che ne deriverebbe a carico dell'imputato a cui sarebbe preclusa una pronuncia di proscioglimento nel merito, in particolare nel caso di sentenza di assoluzione impugnata dal Pubblico Ministero⁶⁷. Così, la riforma *Cartabia* sembrerebbe, ancora una volta, confermare l'esistenza sempre più attuale del fenomeno

⁶³ J. NIEVA-FENOLL, *La discutibile utilità degli interrogatori*, 10-11

⁶⁴ L. 27 settembre 2021, n. 134, art. 2, in seguito solo “riforma *Cartabia*”

⁶⁵ A. GERARDI, in AA. VV., *Il giusto processo tra modello Europeo e resistenze interne*, 2022, 279

⁶⁶ Documento critico della riforma *Cartabia* di M. DANIELE-P. FERRUA-R. ORLANDI-A. SCALFATI-G. SPANGHER, *Sulla disciplina delle improcedibilità*, pubblicato su varie testate giornalistiche, fra cui *Questione giustizia*, 6 settembre 2021

⁶⁷ F. GIUNCHEDI, *Il regime progressivo dell'improcedibilità e le questioni intertemporali*, in *Proc. penale e giustizia* 1/2022, 252

(teorizzato, in tempi ormai risalenti, da certa dottrina⁶⁸) di *processualizzazione* del diritto penale, il quale «si sta conformando e plasmando, nelle sue stesse strutture, secondo moduli processuali»⁶⁹.

⁶⁸ K. VOLK, *Diritto penale ed economia*, in *Riv. trimestrale di dir. pen. economico* 1998, 487

⁶⁹ T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *L'Indice penale* 2/1999, 540

CAPITOLO II

L'IRRIPETIBILITÀ

2.1 – IL PERIMETRO DELL'IRRIPETIBILITÀ E LA DEFINIZIONE DI ATTO IRRIPETIBILE

È l'art. 431 comma primo, alle lettere *b)* e *c)*, a disporre che, fra gli altri atti, vengano introdotti nel fascicolo per il dibattimento tutti gli atti irripetibili posti in essere nella fase delle indagini preliminari, siano essi atti propri della Polizia Giudiziaria, del Pubblico Ministero o del difensore. Da ciò si può ricavare come la categoria degli atti non ripetibili si ponga in una posizione differenziata rispetto all'architettura sistematica del processo accusatorio: per particolari esigenze (principalmente di conservazione e non dispersione della prova⁷⁰) il legislatore ha ritenuto di dover sottrarre tale categoria alla formazione della prova in contraddittorio e consentirne l'acquisizione diretta al fascicolo per il dibattimento, talché rendendo l'atto irripetibile idoneo a *crystallizzare* un risultato probatorio direttamente utilizzabile in dibattimento e non esposto al rischio di "usura" rappresentato dallo scorrere del tempo. Dall'analisi completa di tutto il coacervo normativo che riguarda la categoria dell'irripetibilità emerge l'assenza di una definizione univoca e tassativa di "atto irripetibile", pertanto il dibattito dottrinale (e le pronunce giurisprudenziali) nel corso degli anni si è concentrato nel tentativo di delineare compiutamente i confini entro i quali un atto può dirsi effettivamente non ripetibile, anche in ragione del fatto che in un modello processuale che apprezza la centralità del momento dibattimentale per la formazione della prova l'atto irripetibile rappresenta una deroga agli stessi

⁷⁰ A. SCCELLA, *Tutela del contraddittorio e utilizzazione di prove formate in altri procedimenti*, in R. E. KOSTORIS, *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, 2002, 92

principi cardine di sistema: oralità, immediatezza e contraddittorio vengono *travolti* dall'atto irripetibile, il quale, incorporando materiale conoscitivo a carattere squisitamente probatorio, supera le barriere rappresentate dalla separazione delle fasi processuali e transita direttamente dal fascicolo del Pubblico Ministero al fascicolo dibattimentale. In ragione di ciò, sgombriamo immediatamente il campo da tutti quegli istituti che, pur derogando ai principi di oralità ed immediatezza, mantengono intatto il contraddittorio fra accusatore ed accusato: le fattispecie –delle quali, più compiutamente, si darà conto nel successivo capitolo– rappresentate dall'incidente probatorio (art. 392) non si caratterizzano *ex se* per irripetibilità ma rispondono ad esigenze di non rinviabilità della prova, pertanto, trattandosi di atti “programmabili” dalle parti e da svolgersi in (seppur attenuato e differito) contraddittorio, non spiegano nel dibattimento gli effetti e le criticità tipiche dell'atto irripetibile. In tal senso, è opportuno tenere distinti i concetti di non rinviabilità dell'atto e non ripetibilità dello stesso, posto che essi in talune situazioni ben potrebbero coesistere e compenetrarsi. La non rinviabilità dell'atto è caratterizzata dall'urgenza: l'atto indifferibile, seppur astrattamente ripetibile (si pensi all'esame testimoniale di cui alla lett. *b*), comma primo, art. 392), non può essere rinviato ad una fase processuale successiva a meno di accettare il rischio della perdita (o non fruibilità) dell'apporto probatorio che scaturisce dalle circostanze in cui si trova l'oggetto della prova⁷¹. In altri termini, non provvedere con speditezza al compimento dell'atto indifferibile pregiudicherebbe, prima dell'eventuale possibilità di ripetizione dell'atto, la sua stessa possibilità di esecuzione: per tale ragione, parte della dottrina ritiene di poter sussumere sotto la categoria di “indifferibilità” tanto gli atti non ripetibili quanto quelli non rinviabili⁷².

⁷¹ A. BASSI, *Alcune riflessioni in materia di atti irripetibili alla luce della novella n. 356/92*, in *Cass. Pen.* 1994, 2112

⁷² M. ROSSI, *La nozione giuridica dell'irripetibilità*, in *Arch. nuova proc. penale*, n. 1-1993, 5

Merita analisi anche la scelta del legislatore di non stringere la nozione di irripetibilità entro un perimetro ben definito. Non poche sono le anime della dottrina ad aver prontamente contestato questa impostazione –e che ritenevano necessaria una specificazione precisa di quali atti ricomprendere nella categoria⁷³–, principalmente in ragione dei rischi, per la tenuta del principio del contraddittorio, rappresentati dalla conseguente possibilità di un’interpretazione eccessivamente ampia del concetto di irripetibilità: certa dottrina⁷⁴, particolarmente critica della scelta del legislatore, financo ha affermato che una simile impostazione favorirebbe esegesi che “piegano” la nozione di irripetibilità alle necessità dettate dallo specifico oggetto del singolo processo, eludendo la separazione delle due fasi processuali. Altra parte della dottrina, in maniera più equilibrata e condivisibile –almeno a giudizio di chi scrive–, si è espressa in senso contrario all’elencazione tassativa degli atti irripetibili⁷⁵, rilevando come –pur risolvendo la problematica del “perimetro”– l’approccio tassativo-restrittivo avrebbe rischiato di svuotare la norma della propria funzionalità conservativa della prova. Ad ogni buon conto, molteplici sono stati i tentativi di categorizzare e perimetrare la categoria dell’irripetibilità da parte della dottrina, ed ogni visione presentata, pur sciogliendo alcuni nodi, non è esente da criticità. Spesso si sono delineati orientamenti che vorrebbero una sostanziale identità fra atti “a sorpresa” (si pensi alle perquisizioni *ex art. 247*) ed atti irripetibili⁷⁶, in ragione del fatto che tali atti *a sorpresa* sono principalmente rivolti

⁷³ G. FRIGO, *Commento all’art. 431 c.p.p.*, in M. CHIAVARIO, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. IV, 1990, 723; l’autore, pur condividendo la scelta di non *tipizzare* gli atti del Pubblico Ministero, ritiene opportuno che si fosse proceduto ad una determinazione precisa degli atti ascrivibili alla categoria dell’irripetibilità

⁷⁴ G. FRIGO, *Commento all’art. 431 c.p.p.*, *loc. ult. cit.*; si veda anche D. GROSSO, *L’udienza preliminare*, 1991, 263, per il quale sarebbe opportuna una puntuale determinazione degli atti irripetibili

⁷⁵ C. CESARI, *L’irripetibilità sopravvenuta degli atti d’indagine*, 1999, 5

⁷⁶ F. M. IACOVIELLO, *Contro l’attuale teoria degli atti irripetibili*, in *Cass. pen.* 1996, 3003; pur non condividendone l’impostazione, l’autore rileva come la formazione del fascicolo per il dibattimento si risolva, nei fatti, in una sistematica inclusione di tutti gli atti c.d. “a sorpresa” ed esclusione degli atti a contenuto schiettamente dichiarativo

all'assicurazione della fonte di prova (od anche alla ricerca del *corpo del reato* e delle cose pertinenti ad esso), tuttavia non considerando che non v'è sempre corrispondenza tra sorpresa ed irripetibilità. In astratto, rileva certa dottrina, un atto caratterizzato dall'elemento della sorpresa ben potrebbe essere ripetibile⁷⁷, al contrario, nel sistema processuale si possono rinvenire atti espressamente qualificati come irripetibili (si pensi alla relazione tra l'art. 360 e l'art. 117 disp. att.) che pure non presentano alcun tratto dell'elemento sorpresa, ora in ragione del fatto che vengono posti in essere anche ove manchi l'individuazione della persona sottoposta alle indagini (ed è il caso dell'accertamento tecnico irripetibile compiuto senza che alcun soggetto sia stato raggiunto da indizi di reità), ora in quanto la stessa disciplina prevede la necessaria partecipazione della persona sottoposta alle indagini all'atto da porre in essere⁷⁸. Tutto ciò premesso, la soluzione più bilanciata e ragionevole sembra ancora essere quella offerta da una pronuncia della giurisprudenza (non più recente) di legittimità⁷⁹, ove la Suprema Corte, in Sezioni Unite, ha avuto modo di rendere quantomeno più nitidi i confini sfocati della categoria dell'irripetibilità, ciò anche alla luce dei principi del "giusto processo" introdotti, con la modifica dell'art. 111 Cost., dalla riforma del 2001. In tal pronuncia, i giudici di legittimità, nell'estendere le proprie determinazioni sui principi di diritto interessati, hanno affrontato la tematica dell'irripetibilità originaria, pur senza attingere all'area di interesse dell'irripetibilità sopravvenuta (della quale se ne darà conto nel prossimo paragrafo, unitamente alla trattazione afferente all'art. 512). La Suprema Corte ha indicato un approccio di tipo contenutistico: in linea generale ha rigettato qualsiasi catalogazione fondata sul "tipo" di atto (in ragione del fatto che tale approccio rischierebbe di qualificare come irripetibili atti che in realtà non hanno

⁷⁷ F. M. IACOVIELLO, *Op. Cit.*, 3004

⁷⁸ C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti d'indagine*, 47

⁷⁹ Cass., **sez. un.**, 17 ottobre 2006, n. 41281, pres. Marvulli, rel. Brusco, imp. Greco; di seguito indicata solamente con "Sent. Greco"

questa caratteristica) per concentrarsi esclusivamente sul contenuto incorporato nell'atto. I giudici di legittimità preliminarmente liberano il campo da due "errori" nei quali l'interprete non deve cadere: da un lato, si evidenzia come non sia dirimente il contesto in cui l'atto è stato posto in essere (diversamente non potrebbero esistere atti ripetibili: il contesto di escussione in sommarie informazioni testimoniali non sarebbe in alcun modo riproducibile in dibattimento), dall'altro non deve farsi riferimento alla mera possibilità di descrizione in dibattimento delle attività svolte (in tal caso tutti gli atti sarebbero ripetibili, considerato che ben potrebbe narrarsi in dibattimento l'attività già descritta, ad esempio, nel verbale d'arresto); congiuntamente a ciò, la Corte di Cassazione precisa che –come già rilevato da certa dottrina⁸⁰– l'interprete non deve dare rilievo ad eventuali tratti di indifferibilità o "sorpresa" dell'atto, e che, in ogni caso, rimangono sempre originariamente ripetibili i contenuti di tipo dichiarativo, anche qualora incorporate nel verbale di un atto qualificato come irripetibile⁸¹ (si pensi alle dichiarazioni assunte dalla Polizia Giudiziaria nel corso della perquisizione). Secondo la pronuncia in esame, ai fini della qualificazione dell'atto come irripetibile, è dirimente che lo stesso incorpori un risultato (a carattere probatorio) ulteriore rispetto alla mera attività di indagine, e che lo stesso risultato non sia riproducibile in dibattimento senza che ciò comporti una perdita dell'informazione probatoria od una perdita della genuinità dell'informazione stessa⁸². Così, a titolo esemplificativo, sarà ripetibile la relazione di servizio della Polizia Giudiziaria che nel corso di un pedinamento osserva la persona sottoposta alle indagini consegnare sostanza stupefacente, diversamente sarà atto non ripetibile l'arresto ed il sequestro della sostanza: come detto, tale approccio pone attenzione particolare all'attività ed al contenuto dell'atto (l'arresto non può essere riprodotto in dibattimento, diversamente ben

⁸⁰ C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti d'indagine*, 32

⁸¹ Sent. *Greco*, 5

⁸² Sent. *Greco*, 6

può essere descritta l'attività di pedinamento), specificando così che «la nozione di atto non ripetibile non ha natura ontologica, ma va ricavata dalla disciplina processuale»⁸³. Non è mancato chi ha tacciato la pronuncia di aver definito il concetto di irripetibilità in maniera tautologica⁸⁴, ritenendone i principi di diritto non risolutivi delle problematiche interpretative; del pari, altra dottrina⁸⁵ ha ritenuto eccessivamente fragile l'interpretazione fornita dai giudici di legittimità, in ragione del fatto che il “vaglio” dell'irripetibilità sarebbe sottoposto ad una dimostrazione (ritenuta ardua) della perdita di genuinità che deriverebbe dalla narrazione dell'atto in dibattimento in luogo dell'acquisizione del verbale al fascicolo dibattimentale. A tal proposito, chi scrive non può esimersi dal rilevare come tali preoccupazioni espresse dalla dottrina –biasimevole dei principi di diritto esplicitati dal giudice di legittimità– non siano di pregio, risultando una simile critica al limite del pretestuoso. Invero, il doppio criterio di non ripetibilità in dibattimento e rischio di perdita dell'informazione o della genuinità è più che soddisfacente per delineare il perimetro della categoria dell'irripetibilità, ed esprime precisa coerenza con la logica di sistema che esige temperamento tra il principio di conservazione della prova ed il principio del contraddittorio. Così, è *ictu oculi* evidente come, ad esempio, le conversazioni acquisite dall'organo procedente in sede di intercettazione ambientale o telefonica non siano in alcun modo riproducibili in dibattimento senza incorrere nella perdita di parte del contenuto probatorio: la semplice “narrazione” in dibattimento delle informazioni assunte risulterebbe in ogni caso diversa da quanto originariamente rilevato con l'intercettazione. Del pari, si pensi all'ipotesi dei rilievi di cui all'art. 354, commi secondo e terzo: in tal caso ben potrebbero descriversi in dibattimento le risultanze emerse dagli atti posti in essere, tuttavia, per loro

⁸³ Sent. *Greco*, 8

⁸⁴ M. NIGRO, *Atti irripetibili e limiti ai poteri probatori del giudice*, in *Dir. Pen. e Processo* 2007, 1171

⁸⁵ L. SURACI, *L'atto irripetibile*, 2012, 235

stessa natura, ciò comporterebbe un'apprezzabile perdita della genuinità ed affidabilità dell'informazione probatoria incorporata nell'atto⁸⁶.

2.2 – L'IRRIPETIBILITÀ SOPRAVVENUTA EX ART. 512, IN PARTICOLARE L'IRRIPETIBILITÀ DELLA FONTE TESTIMONIALE

Preliminarmente all'analisi della disciplina afferente all'irripetibilità sopravvenuta occorre inquadrare la funzione delle letture dibattimentali in generale. Una soddisfacente definizione della lettura data dalla dottrina è quella di «vettore endodibattimentale»⁸⁷ del contenuto probatorio formatosi esternamente al contraddittorio dibattimentale. Invero, seppur già presente nel fascicolo per il dibattimento, per essere utilizzato a finalità probatorie l'atto necessita in ogni caso di un vaglio ulteriore⁸⁸, vaglio da effettuarsi in contraddittorio per mezzo della lettura (più precisamente lettura-acquisizione, specie differente dalla lettura-contestazione di cui agli artt. 500-503) in dibattimento dell'atto stesso: solo in tal caso il contenuto probatorio potrà essere utilizzato dal giudice per la propria pronuncia. La lettura può essere disposta anche d'ufficio dal giudice, e lo stesso, qualora *a)* le parti non ne facciano richiesta o *b)* non vi sia disaccordo in merito al contenuto dell'atto o ancora *c)* i benefici derivati dall'eventuale lettura non giustifichino il dispendio temporale che ne conseguirebbe⁸⁹, può procedere, a mente del comma quinto dell'art. 511,

⁸⁶ Sent. Greco, 7

⁸⁷ N. VENTURA, in G. SPANGHER, *Trattato di procedura penale*, vol. IV, 2009, 387

⁸⁸ G. ILLUMINATI, in P. FERRUA-F.M. GRIFANTINI-G. ILLUMINATI-R. ORLANDI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in P. FERRUA, *La prova nel dibattimento penale*, 2010, 147

⁸⁹ P. BRONZO, *Il fascicolo per il dibattimento. Poteri delle parti e ruolo del giudice*, 2017, 174. Parte della dottrina si è espressa in senso contrario: L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione, teoria del garantismo penale*, 1989, 774, in questa sede l'autore manifesta il rischio che la pratica dell'indicazione possa condurre i giudici a decidere senza realmente conoscere il contenuto degli atti indicati

alla mera indicazione degli atti utilizzati per la decisione. L'obbligo-possibilità di lettura si estende anche ai verbali degli atti irripetibili. In ogni caso, come menzionato nel paragrafo precedente, costituisce oggetto di prova dei verbali solamente l'attività irripetibile incorporata in essi, e non gli elementi ulteriori concretizzatisi in mera attività ordinaria di indagine. Nel particolare, la giurisprudenza di legittimità ritenne che il verbale di perquisizione e sequestro di sostanza stupefacente fosse idoneo a provare il rinvenimento della sostanza stessa, ma non tutti gli altri elementi desumibili da esso, quale, ad esempio, la destinazione della sostanza sequestrata all'attività di spaccio: la prova della sussistenza dell'illecita attività di cessione potrà essere raggiunta esclusivamente attraverso l'escussione dibattimentale degli agenti di Polizia Giudiziaria che hanno compiuto l'atto di perquisizione e sequestro⁹⁰. Del pari, potrà essere data lettura della relazione afferente all'accertamento sul DNA limitatamente alla parte relativa all'estrazione del materiale genetico, mentre si dovrà procedere all'escussione testimoniale dell'esperto per la parte concernente l'interpretazione del profilo genetico e l'attività di comparazione dello stesso con il profilo già acquisito dall'organo procedente⁹¹.

Analizzata la categoria delle letture dibattimentali in generale, è di primario interesse, in ordine all'oggetto centrale del presente scritto, soffermarsi su quelle letture che scaturiscono dalla sopravvenuta impossibilità di ripetizione dell'atto, disciplinate dall'art. 512 del codice di rito. È lo stesso lemma "sopravvenuta" a delineare una sostanziale differenza rispetto alla non ripetibilità *ex se* dell'atto, differenza evidenziata anche dalla costruzione normativa: l'irripetibilità *originaria* è disciplinata dall'art. 431 ed attiene la stessa formazione del fascicolo dibattimentale, nel quale si introducono gli atti già irripetibili al momento del loro compimento⁹²; mentre l'art. 512 disciplina

⁹⁰ Cass., sez. III, 24 maggio 2007, n. 35376; sez. VI, 12 marzo 1996, n. 7045

⁹¹ Cass., sez. II, 30 maggio 2019, n. 41414

⁹² L. SURACI, *L'atto irripetibile*, 2012, 165

un'irripetibilità di diversa specie, intervenuta a fascicolo già formato (ed a dibattimento inoltrato) e che modifica irrimediabilmente le caratteristiche di un atto (pur *ab origine* ripetibile) rendendone impossibile la ripetizione. La possibilità offerta dall'art. 512 ha portata derogatoria dei maggiori principi fondanti del processo accusatorio, per tale ragione, nell'ammettere la richiesta di lettura degli atti la cui ripetizione è divenuta impossibile, il giudice dovrà operare una verifica della sussistenza degli elementi animata da «criteri di elevato rigore»⁹³. Alcune precisazioni in ordine ai poteri del giudice nell'ambito in esame: la lettura può essere disposta solamente su iniziativa di parte; e nella valutazione dei presupposti per la sua ammissibilità il giudice non è vincolato ai motivi dell'istanza presentata dalla parte che ha richiesto la lettura, ben potendo egli accogliere (o respingere) la richiesta fondandosi su motivi diversi rispetto a quelli presentati dalla parte⁹⁴. Quanto al primo aspetto, pur rinvenendosi dottrina che si esprime in senso contrario⁹⁵, la giurisprudenza di legittimità ha precisato che le letture in esame non presentano alcuna aderenza con il potere officioso del giudice di ammettere nuove prove *ex art. 507*, pertanto le due fattispecie debbono rimanere distinte e non sussiste, per l'organo giurisdizionale, la possibilità di disporre d'ufficio e *motu proprio* le letture di cui all'art. 512 in difetto di esplicita richiesta di parte⁹⁶. Ulteriore specificazione merita anche la locuzione "altri atti assunti dalla Polizia Giudiziaria". In merito ad ampiezza e portata della previsione, i giudici di legittimità⁹⁷ hanno avuto modo di precisare che essa si estende anche all'atto di querela presentato (in tal caso, equiparabile

⁹³ G. ICHINO, *Gli atti irripetibili e la loro utilizzabilità dibattimentale*, in G. UBERTIS, *La conoscenza del fatto nel processo penale*, 1992, 157

⁹⁴ Cass., sez. I, 20 giugno 2000, n. 10026

⁹⁵ D. POTETTI, *L'art. 512 c.p.p. fra richiesta della parte ed iniziativa del giudice ex art. 507 c.p.p.*, in *Cass. Pen.*, 2005, 878 ss.

⁹⁶ Cass., sez. VI, 14 aprile 2003, n. 23807

⁹⁷ Numerose le pronunce in tal senso: Cass., Sez. V, 28 ottobre 1997, n. 11402; Cass. Sez. IV, 28 gennaio 1997, n. 6106; Cass., Sez. VI, 14 aprile 2003, n. 23807; Sez. II, 6 novembre 2007, n. 9168

ad atto “formato”⁹⁸) alla Polizia Giudiziaria, in tutti quei casi in cui il querelante si sia reso irreperibile; ciò, pur essendo l’atto di querela già presente nel fascicolo dibattimentale (art. 431, c. 1, lett. a)), in deroga alla previsione di cui all’art. 511 c. 4, in base alla quale può essere data lettura dell’atto di querela limitatamente alle necessità di verifica delle condizioni di procedibilità. La visione in senso ampio della locuzione “altri atti” è stata condivisa anche dalla Corte Costituzionale⁹⁹ e da parte della dottrina¹⁰⁰, pur riscontrandosi, in tal senso, voci dissenzienti, le quali hanno ritenuto che le dichiarazioni del querelante debbano essere in ogni caso assunte nella pienezza del contraddittorio¹⁰¹. In ragione della genericità della locuzione “altri atti” permangono dubbi in ordine alla possibilità di lettura degli atti verbalizzati in modo sintetico o meramente annotati¹⁰², tuttavia, parte della dottrina, ritiene preferibile una soluzione più restrittiva ed in linea con lo «spirito informatore»¹⁰³ del processo accusatorio. Come specificato dalla norma, la sopravvenienza che dà causa all’irripetibilità deve presentare i caratteri dell’imprevedibilità. A tal proposito, la verifica dell’imprevedibilità (ma anche della non ripetibilità) va effettuata secondo un «giudizio di prognosi postuma»¹⁰⁴ e valutata *ex ante*, con riguardo non ad evenienze meramente ipotetiche, bensì ad elementi di cui la parte, sulla quale incombe l’onere di provare imprevedibilità delle circostanze ed irripetibilità dell’atto¹⁰⁵, poteva concretamente esserne a conoscenza. È previsto un rigore elevato per quanto attiene alla verifica della sussistenza dell’imprevedibilità: il giudice dovrà accertare la sussistenza di una situazione oggettivamente imponderabile venuta

⁹⁸ L. SURACI, *L’atto irripetibile*, 2012, 171

⁹⁹ Corte Cost., 12 aprile 1996, ord. n. 114

¹⁰⁰ A. BASSI, *Alcune riflessioni in materia di atti irripetibili alla luce della novella n. 356/92*, in *Cass. Pen.* 1994, 2115

¹⁰¹ G. GARUTI, *Utilizzabilità delle dichiarazioni orali di querela*, in *Riv. it. dir. e procedura penale* 1996, 865

¹⁰² G. CASCONI, in G. LATTANZI-E. LUPO, *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, vol. IV, 2020, 750

¹⁰³ G. ICHINO, *Gli atti irripetibili*, 161

¹⁰⁴ Cass., sez. I, 17 ottobre 2011, n. 45862

¹⁰⁵ Cass., sez. II, 16 giugno 2009, n. 29949

ad esistenza in seguito all'acquisizione dell'atto e secondo l'*id quod plerumque accidit* obiettivamente non prevedibile¹⁰⁶, ciò in quanto è precluso il ricorso alle letture di cui all'art. 512 in tutti quei casi in cui la parte, in un comportamento negligente –se non anche specificatamente finalizzato ad evitare una *discovery* del fascicolo anticipata–, abbia ommesso di attivare utilmente la procedura dell'incidente probatorio per cristallizzare il contenuto dell'atto¹⁰⁷. A tal proposito, merita menzione una visione dottrinale che ha avuto modo di rilevare come la definizione di “imprevedibilità” possa risultare eccessivamente indeterminata¹⁰⁸: nel particolare, una voce di tale dottrina rileva come, ove l'atto sopravvenuto irripetibile fosse un atto proprio del Pubblico Ministero ma possa essere utilizzato dalla difesa, ed il Pubblico Ministero stesso abbia ommesso di ricorrere all'incidente probatorio, verrebbe a crearsi una situazione paradossale per la quale la difesa si vedrebbe costretta a rinunciare al materiale probatorio a proprio favore, in ragione di una scelta operata dal Pubblico Ministero¹⁰⁹. Pertanto, in tale specifica situazione, la stessa dottrina propone come soluzione l'utilizzabilità (per mezzo della lettura di cui all'art. 512) dell'atto a favore della difesa, permanendo preclusa la stessa possibilità al Pubblico Ministero. In ordine alla sussistenza dell'imprevedibilità la giurisprudenza ha ritenuto l'avanzata età anagrafica del testimone *ex se* non sufficiente a renderne prevedibile l'irripetibilità, a meno della contestuale presenza di patologie gravi che rendano oggettivamente pronosticabile l'intervenire del decesso dello stesso testimone prima che lo stesso possa venire escusso in dibattimento¹¹⁰; del pari, nel caso di morte del testimone in seguito a lesioni personali, non può darsi lettura delle

¹⁰⁶ Cass., sez. I, 28 settembre 1993, Berisa, in *Cass. Pen.* 1995, 2943

¹⁰⁷ C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta*, 178

¹⁰⁸ L'elasticità del concetto di “imprevedibilità” è ritenuta eccessiva da più voci: si veda, in tal senso, G. UBERTIS, *Giudizio di primo grado*, in *Digesto delle discipline penali*, vol. V, 535; dello stesso avviso G. ILLUMINATI, *Il nuovo dibattimento: l'assunzione diretta delle prove*, in *Foro it.* 1988, n. 5, 360

¹⁰⁹ F.M. IACOVIELLO, *Contro l'attuale teoria degli atti irripetibili*, in *Cass. pen.* 1996, 3002

¹¹⁰ Cass., sez. IV, 3 marzo 2016, n. 24668; sez. VI, 13 dicembre 2013, n. 11905/14; sez. III, 10 novembre 2011, n. 44051

dichiarazioni predibattimentali ove, a mente di un giudizio *ex post*, emerga la prevedibilità dell'esito letale delle lesioni inferte e la parte non si sia attivata per richiedere utilmente l'incidente probatorio¹¹¹. Un'ultima considerazione in merito al requisito dell'imprevedibilità. Come già menzionato, per scongiurare un ricorso improprio all'istituto, qualora la parte avesse potuto utilmente richiedere l'assunzione della prova in incidente probatorio e non si sia attivata, non sarà possibile dare lettura degli atti ai sensi dell'art. 512. Ciò detto, ben potrebbe verificarsi la "tempesta perfetta" nella quale la parte abbia utilmente presentato la richiesta di incidente probatorio e la stessa sia stata rigettata dal Giudice per le Indagini Preliminari, e solo successivamente a tale eventualità la fonte di prova sia divenuta irripetibile: come dovrà pronunciarsi il giudice in ordine alla richiesta di lettura *ex art.* 512? Il problema è stato affrontato dalla dottrina già in un momento risalente, immediatamente successivo all'entrata in vigore del nuovo codice processuale. Per meglio apprezzare le considerazioni dottrinali sul punto, occorre rammentare che nella sua formulazione originaria l'art. 512 prevedeva la possibilità di lettura delle sole dichiarazioni rese al Pubblico Ministero ed al Giudice per l'Udienza Preliminare¹¹². In tale contesto (non essendo ancora stata introdotta la disciplina afferente alle c.d. investigazioni difensive) la dottrina ha espresso preoccupazione in ordine al rigetto della richiesta di incidente probatorio avanzata dal difensore della persona sottoposta alle indagini: a mente dell'abrogato art. 38 disp. att. c.p.p. il difensore ben poteva svolgere proprie autonome investigazioni, tuttavia le risultanze di quest'ultime non assurgevano al rango di prove e ne era certamente esclusa la lettura in dibattimento dallo stesso art. 512. Di talché, qualora il difensore avesse motivo di ritenere una pronosticabile futura irripetibilità della

¹¹¹ Cass., sez. III, 27 settembre 2007, n. 40194

¹¹² ART. 512 nella sua formulazione originaria: Il giudice, a richiesta di parte, dispone che sia data *lettura degli atti assunti dal Pubblico Ministero e dal Giudice* nel corso della udienza preliminare quando, per fatti o circostanze imprevedibili, ne è divenuta impossibile la ripetizione.

fonte di prova, e si fosse visto rigettare la richiesta di incidente probatorio, non avrebbe potuto altro che «consegnare il teste all'accusatore»¹¹³ e stimolare l'organo inquirente all'assunzione di informazioni di cui all'art. 362, così da poter successivamente richiedere la lettura del verbale formatosi. Tale nodo è stato sciolto dal legislatore con l'introduzione nel codice di rito delle c.d. investigazioni difensive¹¹⁴: a mente dell'odierna formulazione dell'art. 512 è possibile dare lettura anche dei verbali formati dal difensore nelle attività di cui agli artt. 391-*bis* e ss., in un apprezzabile riequilibrio di poteri delle parti rispetto all'assetto originale del codice processuale. Ad ogni buon conto, permarrebbe il problema della sopravvenuta irripetibilità in seguito alla richiesta di incidente probatorio rigettata dal Giudice per le Indagini Preliminari, anche a mente dell'inoppugnabilità dello stesso provvedimento di rigetto¹¹⁵: in tal caso difficilmente l'irripetibilità potrà dirsi imprevedibile –considerato che la stessa parte aveva proposto istanza di incidente probatorio–, pertanto, difettando il requisito dell'imprevedibilità, in un'ottica di massimo rigore, le letture di cui all'art. 512 sarebbero precluse ed il materiale probatorio verrebbe irrimediabilmente disperso. In realtà, come già affermato da parte della dottrina più risalente¹¹⁶, qualora la parte si sia effettivamente attivata per richiedere l'incidente probatorio e l'istanza sia stata rigettata dal Giudice, si dovrebbe comunque ammettere la lettura delle dichiarazioni a mente dell'art. 512. Tale assunto è stato confermato dalla giurisprudenza di legittimità: in tale contesto, i Giudici supremi si sono espressi nel senso che il provvedimento di rigetto dell'istanza di incidente probatorio incorpori *in sé* l'affermata sussistenza

¹¹³ P. FERRUA, *Il ruolo del Giudice nel controllo delle indagini e dell'udienza preliminare*, in *Il nuovo rito penale: atti del convegno di Sanremo, 10-12 marzo 1989*, Latina, 1989, 146 ss.

¹¹⁴ La L. 7 dicembre 2000, n. 397, ha introdotto il titolo VI *bis* del libro V del codice di rito, disciplinando l'attività di investigazione dei difensori delle parti private

¹¹⁵ A ben vedere, la giurisprudenza più recente, limitatamente ad alcuni casi, ha ammesso l'impugnabilità del provvedimento di rigetto: a tal proposito si veda *infra*, cap. III, § 4

¹¹⁶ P. FERRUA, *La formazione delle prove nel nuovo dibattimento: limiti all'oralità e al contraddittorio*, in *Politica del diritto* 1989, 253

dell'imprevedibilità¹¹⁷. L'orientamento è indubbiamente condivisibile: è autoevidente come il Giudice per le Indagini Preliminari, rigettando la richiesta di incidente probatorio, abbia esplicitato la propria convinzione in merito all'insussistenza del rischio potenziale di irripetibilità della fonte di prova, pertanto, non potendo ascriversi alle parti un atteggiamento negligente, le stesse potranno richiedere che sia data lettura delle dichiarazioni rese a mente dell'art. 512.

Riguardo al requisito dell'impossibilità: essa dev'essere insuperabile, assoluta ed irreversibile, non potendosi concretizzare in una "mera difficoltà" di ripetizione dell'atto in dibattimento¹¹⁸, considerato che in tal caso si darebbe vita ad una deroga non compatibile con i lineamenti fondamentali del rito accusatorio. Il *quantum* dell'oggettiva impossibilità è ben esplicitato dalle determinazioni della giurisprudenza e della dottrina in merito all'ipotesi di testimone irreperibile: in tal caso, pur essendo possibile –congiuntamente alla presenza dell'imprevedibilità– procedere alla lettura delle dichiarazioni *ex art.* 512, si ritiene che preventivamente si debba verificare l'assoluta impossibilità di ripetizione estendendo al testimone la disciplina prevista per l'irreperibilità dell'imputato, financo disponendo nuove ricerche per il testimone regolarmente citato e non comparso in dibattimento¹¹⁹. In giurisprudenza¹²⁰ è possibile, sul punto, rinvenire un orientamento anche più rigido e restrittivo: congiuntamente alle nuove ricerche di cui all'art. 159, il giudice dovrebbe esperire ogni accertamento necessario in merito alla causa dell'irreperibilità, in modo puntuale e rigoroso e, ove necessario, effettuare le stesse verifiche anche in ambito internazionale. Il riferimento alla ricerca della causa d'irreperibilità del

¹¹⁷ Cass., sez. I, ud. 21 giugno 1995, dep. 18 luglio 1995, n. 8004, imp. Sakouhi ed altri

¹¹⁸ Cass., sez. II, 6 novembre 2012, n. 45286; sez. I, 14 ottobre 1999, n. 13765

¹¹⁹ S. RENZETTI, *Art. 512 c.p.p.: una lettura garantista nel rispetto del principio del contraddittorio*, in *Cass. Pen.* 2006, 147

¹²⁰ Cass., sez. I, 26 novembre 2015, n. 14243/16; 23 ottobre 2014, n. 46010; sez. V, 18 gennaio 2017, n. 13522

testimone rappresenta un aspetto importante della disciplina afferente all'irripetibilità sopravvenuta: perché possa darsi luogo alle letture in esame, in ogni caso, la condizione d'irripetibilità del testimone non deve derivare da fatti addebitabili alla parte che chiede le letture, e neppure da fatti propri del soggetto da esaminare, ciò in conformità con quanto disposto dal comma 4 dell'art. 111 Cost. ed a mente dell'art. 526 comma 1-*bis*¹²¹. Anche la giurisprudenza concorda, in un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 512, con l'assunto secondo cui l'impossibilità di ripetizione non debba essere imputabile alla parte richiedente e neppure alla libera scelta della fonte testimoniale di non sottoporsi all'escussione dibattimentale, fermo il requisito di libertà della scelta stessa, la quale non deve essere coartata da condizionamenti in qualsiasi modo violenti od illeciti sul testimone¹²². Di talché, per quanto afferisce all'irreperibilità del testimone, il giudice dovrà compiutamente accertare che tale condizione derivi dalla libera scelta della fonte di prova di sottrarsi all'escussione in dibattimento¹²³. Ulteriore aspetto d'interesse per la pertinenza con la prova testimoniale e con gli interventi del legislatore riguarda il trattamento delle precedenti dichiarazioni del prossimo congiunto dell'imputato. Come noto, a mente dell'art. 199, i prossimi congiunti dell'imputato – intendendosi in tal senso (a mente dell'art. 307 cod. pen., comma quarto) ascendenti, discendenti, coniuge, fratelli e sorelle, zii e nipoti, nonché altri soggetti ad egli legati da vincolo di adozione– possono astenersi dal sottoporsi all'escussione dibattimentale, avvalendosi della facoltà di non rispondere. L'orientamento odierno, derivante da una pronuncia del giudice delle leggi¹²⁴

¹²¹ D. NEGRI, in C. CESARI-M. DANIELE-M.L.A. DI BITONTO-A. CAMON-D. NEGRI-P.P. PAULESU, *Fondamenti di procedura penale*, 2019, 588

¹²² Cass., sez. V, 3 giugno 2019, n. 49426; sez. III, 8 luglio 2004, n. 38682

¹²³ Cass., sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 12374

¹²⁴ Corte cost., 25 ottobre 2000, n. 440; la pronuncia è successiva al mutamento dell'art. 111 Cost.; in precedenza, con la sent. n. 179 del 16 maggio 1994, il Giudice delle Leggi aveva ritenuto possibile dare lettura delle dichiarazioni predibattimentali del congiunto avvalso della facoltà di non rispondere

(alla quale la giurisprudenza di legittimità si è prontamente uniformata¹²⁵), non ammette la lettura delle precedenti dichiarazioni del congiunto che si sia sottratto all'esame, in ragione del fatto che –come menzionato in precedenza– tale determinazione deriva da una libera scelta della fonte testimoniale, e non dà causa ad un'impossibilità di ripetizione di tipo oggettivo.

Prima di proseguire oltre, vale la pena spendere alcune considerazioni in ordine al tipo di atti dei quali può darsi lettura qualora sia sopravvenuta una causa d'irripetibilità degli stessi. Nella formulazione odierna, l'art. 512 dispone che possa darsi lettura degli atti assunti da Pubblico Ministero e Polizia Giudiziaria –purché questi ultimi, come menzionato, siano atti compiutamente verbalizzati, non potendo darsi lettura di atti annotati o verbalizzati per sunto¹²⁶–, dal Giudice nelle more dell'udienza preliminare e dai difensori delle parti private. L'elencazione è da ritenersi tassativa¹²⁷, in ragione dell'eccezionalità della norma: lo spirito accusatorio del codice di rito vuole scongiurare ogni utilizzo “elusivo” della disposizione in esame finalizzato all'aggiramento delle ordinarie regole d'esclusione probatoria¹²⁸. Il profilo è di interesse in quanto tale novero degli atti di cui può darsi lettura, specificatamente in ragione della tassatività che impone un *numerus clausus* delle fattispecie, ha recentemente interessato la Giurisprudenza costituzionale. Per meglio apprezzare la portata della pronuncia del Giudice delle leggi occorre partire dall'analisi dei fatti afferenti al giudizio *a quo*. Il giudizio di merito prende vita in ragione delle dichiarazioni rese, in sede di interrogatorio di garanzia, da un soggetto tratto in arresto in flagranza di reato da due pubblici ufficiali. Davanti al giudice per le indagini preliminari, dopo aver ricevuto rituale avvertimento previsto dall'art. 64 co. 3 lett. c), l'imputato

¹²⁵ Cass., sez. II, 19 gennaio 2004, n. 9588

¹²⁶ G. ICHINO, *Gli atti irripetibili*, 161

¹²⁷ L'assunto è condiviso dalla giurisprudenza di legittimità: si veda Cass., sez. VI, 4 dicembre 2002, n. 3388/03

¹²⁸ F.M. GRIFANTINI, *Utilizzabilità in dibattimento degli atti provenienti dalle fasi precedenti*, in P. FERRUA, *La prova nel dibattimento penale*, 2010, 227

rendeva dichiarazioni eteroaccusatorie nei confronti degli stessi agenti che avevano eseguito l'arresto. In ragione di ciò si instaura un separato giudizio a carico di questi ultimi, nelle more del quale viene ammesso, su richiesta del Pubblico Ministero, l'esame dibattimentale del propalante –ormai condannato in via definitiva– in qualità di “testimone assistito” a mente dell'art. 197-*bis*, considerato il rapporto di collegamento probatorio (art. 371, co. 2) che intercorre tra i due procedimenti¹²⁹. Il dichiarante, tuttavia, diviene irreperibile, ed accertata l'assoluta impossibilità di ripetizione in dibattimento delle dichiarazioni rese al giudice per le indagini preliminari, il Pubblico Ministero richiede l'acquisizione a fascicolo dibattimentale dell'apporto dichiarativo. In ragione della menzionata tassatività degli atti di cui può darsi lettura *ex art. 512*, il giudice di merito, riscontrando l'opposizione della difesa dei due imputati, rimette gli atti alla Corte costituzionale per la sospetta illegittimità della norma censurata, la quale non prevede che possa darsi lettura degli atti assunti dal giudice per le indagini preliminari. Di talché, il Giudice delle leggi, in un *overruling* rispetto ad altre decisioni rese sulla stessa fattispecie¹³⁰, ritenendo di non poter procedere ad interpretazione costituzionalmente conforme –in ragione della formulazione tassativa dell'art. 512–, interviene con declaratoria d' illegittimità costituzionale della norma censurata, nella parte in cui non prevede che possa darsi lettura per irripetibilità sopravvenuta degli atti assunti dal giudice per le indagini preliminari¹³¹. Non può non condividersi la determinazione della Consulta: prescindendo dalla natura eminentemente difensiva dell'interrogatorio, appare senz'altro irragionevole l'esclusione degli atti assunti dal g.i.p. dal novero degli atti di cui può darsi lettura *ex art. 512*, ciò anche in ragione del fatto che la

¹²⁹ Non è questa la sede opportuna per approfondire l'analisi delle norme che regolano compiutamente l'apporto dichiarativo dell'imputato. Della disciplina afferente alle fattispecie di connessione e collegamento probatorio, in stretta correlazione con le dichiarazioni rese dall'imputato, se ne darà conto nel cap. IV, §§ 6 e 7

¹³⁰ Corte cost., 12 marzo 2003, n. 164; 8 febbraio 2006, n. 112

¹³¹ Corte cost., 23 settembre 2020, n. 218

presenza del giudice della cautela è in grado di offrire indubbie maggiori garanzie rispetto all'interrogatorio condotto dal solo Pubblico Ministero. Corollario di tale assunto, come precisato dal Giudice delle leggi, è che l'individuazione del momento in cui il dichiarante assume, con pienezza, la veste di testimone –con conseguente possibilità di lettura delle dichiarazioni per sopravvenuta irripetibilità– ben può risalire alle indagini preliminari (avendo egli ricevuto rituale avvertimento previsto dall'art. 64, co. 3 lett. c)), e non rileva la circostanza che il proponente non sia stato ancora sottoposto all'esame dibattimentale. Alle medesime determinazioni giunge la gran parte della dottrina¹³², la quale, peraltro, non manca di rilevare l'illogicità del limbo in cui si trovano le dichiarazioni nel caso di specie: ne si impedisce la lettura ex art. 512 in ragione del soggetto destinatario –il giudice per le indagini preliminari–, mentre la qualifica soggettiva del dichiarante –testimone assistito in quanto imputato collegato– preclude il recupero del contributo dichiarativo ex art. 513¹³³. Non mancano, tuttavia, voci di senso contrario: v'è chi, partendo dall'assunto –in se oggettivamente condivisibile– che l'ingresso della figura del testimone assistito nel codice di rito abbia dato causa ad apprezzabile disorganicità e mancanza di coordinamento tra le disposizioni¹³⁴, ritiene che una simile decisione, valutata potenzialmente nociva per lo stesso principio del contraddittorio, possa assicurare una qualche «copertura legale ad una inappropriata scelta di inazione [nel particolare, la mancata attivazione, da parte del p.m., per l'incidente probatorio], giacché consente allo stesso organo [precedente] il ricorso per irreperibilità accidentale della fonte dichiarativa ad

¹³² E. APRILE, *La lettura per sopravvenuta impossibilità di ripetizione ex art. 512 c.p.p. è possibile anche per le dichiarazioni rese dall'imputato di reato collegato citato in dibattimento come testimone*, in *Cass. pen.* 2021, n. 1, 213

¹³³ G. COTTI, *La lettura per sopravvenuta impossibilità di ripetizione ex art. 512 c.p.p. è possibile anche per le dichiarazioni rese dall'imputato di reato collegato citato in dibattimento come testimone*, in *Cass. pen.* 2021, n. 11, 3615

¹³⁴ L. IANNONE, *La Consulta amplia le letture per irripetibilità accidentale degli atti predibattimentali. Un rimedio con effetti collaterali pregiudizievoli?*, in *ilpenalista.it*, 1° dicembre 2020, 2

una formale lettura di accuse»¹³⁵. A giudizio di chi scrive, tale assunto non può essere condiviso. Si è già dato conto di come il ricorso alle letture in esame sia possibile solo qualora la parte richiedente non abbia negligenemente (od anche dolosamente) ommesso di attivarsi per richiedere l'assunzione della testimonianza in incidente probatorio, talché non si comprende come l'ingresso degli atti assunti dal giudice per le indagini preliminari nel novero degli atti di cui può darsi lettura *ex art. 512* costituirebbe un *placet* all'inerzia del Pubblico Ministero che omette di richiedere l'incidente probatorio. Non si dubita dell'effetto dirompente sul diritto al contraddittorio delle letture per sopravvenuta irripetibilità: l'accusato, per ragioni a lui non imputabili, si troverà (qualora si debba dar lettura di dichiarazioni a suo carico) sfornito della possibilità di confrontarsi con l'accusatore; tuttavia la norma in esame costituisce uno strumento di recupero indispensabile del quale neppure un rito di ispirazione accusatoria può far a meno, salvo voler ammettere (con conseguenze allarmanti: si pensi ai procedimenti per reati associativi di criminalità organizzata) la sacrificabilità di tutti i contributi di natura dichiarativa dei quali si rende impossibile la ripetizione in dibattimento.

Ulteriore fattispecie di preminente importanza, in ragione del tema centrale del presente scritto, correlata alle letture di cui all'art. 512, è costituita dall'amnesia del testimone. Con riguardo alla giurisprudenza, è orientamento uniforme e consolidato quello di ammettere il ricorso alle letture per sopravvenuta impossibilità di ripetizione ove il testimone sia impossibilitato a recuperare il proprio ricordo, purché tale condizione discenda da un'infermità che abbia cause patologiche o traumatiche. Due pronunce della Corte costituzionale fissano i limiti di operatività dell'art. 512 ove si verifichi amnesia del testimone: in un caso, il Giudice delle leggi ha senz'altro ritenuto

¹³⁵ L. IANNONE, *La Consulta amplia le letture per irripetibilità accidentale degli atti predibattimentali*, 3

ammissibile il ricorso alle letture in esame ove l'amnesia derivi da infermità, infermità che rientra tra le ipotesi di oggettiva impossibilità di ripetizione¹³⁶; successivamente, in un'ulteriore pronuncia, la stessa Corte ha specificato che la mera incapacità del teste a recuperare i propri ricordi, ove non imputabile a cause patologiche o traumatiche, non costituisce *ex se* impossibilità di ripetizione, difettando in tal caso il requisito dell'oggettività¹³⁷. In tal senso, la giurisprudenza di legittimità, conformemente a tali pronunce, ha confermato la possibilità di dare lettura delle dichiarazioni predibattimentali del testimone che dichiara, in sede di esame dibattimentale, di non essere in grado di ricordare nulla in merito ai fatti rilevanti, e che tale perdita della memoria sia dovuta ad un evento di tipo traumatico¹³⁸. Con riguardo alla memoria del testimone, uno degli argomenti centrali del presente scritto, merita menzione l'analisi che la dottrina ha operato in merito alla possibilità di ricorrere alle letture di cui all'art. 512. Una parte di essa, pur riconoscendo l'esistenza della problematica, non accoglie con favore la possibilità di superare la perdita della memoria del testimone attraverso le letture in esame, ritenendo comunque preferibile «affrontare i costi di una totale dispersione delle dichiarazioni predibattimentali»¹³⁹, non qualificandosi la mera difficoltà del testimone a ricordare come impossibilità *assoluta ed oggettiva*. Ciò detto, l'interpretazione del Giudice costituzionale, la quale vorrebbe questo genere di letture operative solo in presenza di cause patologiche o traumatiche, non è stata salutata con favore da altra parte della dottrina. Invero, si è rilevato come una tale impostazione non tenga conto di tutte quelle ipotesi di amnesia non direttamente dipendenti da infermità, quali le amnesie di tipo psicogeno e localizzate, amnesie che in realtà sovente si verificano ove il soggetto sia stato esposto ad avvenimenti traumatici, i quali ben

¹³⁶ Corte cost., 12 gennaio 1995, n. 20

¹³⁷ Corte cost., 21 novembre 2001, n. 375

¹³⁸ Cass., sez. II, 26 novembre 2010, n. 3315/11

¹³⁹ G. GIOSTRA, *Analisi e prospettive di un modello probatorio incompiuto*, in *Questione giustizia* 2001, 1132

possono aver dato causa ad un processo di rimozione del ricordo¹⁴⁰: in tal senso, non è agevole affermare che non si versi in ipotesi di impossibilità *assoluta ed oggettiva*, nondimeno certa dottrina si è espressa in senso contrario alla possibilità che questo tipo di amnesie possano dar vita alle letture di cui all'art. 512, prefigurandosi, in tal caso, l'esposizione al rischio di una strumentalizzazione surrettizia della disposizione per introdurre gli atti di indagine nel dibattimento¹⁴¹.

2.3 – UN PARTICOLARE CASO DI IRRIPETIBILITÀ SOPRAVVENUTA: L'IMPOSSIBILITÀ DI RINNOVAZIONE DELLA PROVA TESTIMONIALE IN APPELLO E L'OVERTURNING SFAVOREVOLE, ALLA LUCE DELLA “CRISI” DEL PRINCIPIO D'IMMEDIATEZZA

*Grande è la confusione sotto il cielo*¹⁴². Chi scrive non può esimersi dal rilevare come, nel corso degli anni, ora gli interventi del legislatore, ora le pronunce di legittimità (tuttavia, come già menzionato, anche una pronuncia del Giudice delle leggi), si siano succeduti nel tentativo di dare maggior coerenza sistematica ed operativa tanto al principio di immediatezza di cui all'art. 525, quanto alla previsione del codice di rito afferente alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello (art. 603); interventi i quali, inevitabilmente, più volte hanno finito per infrangersi come onde contro i possenti ed ineluttabili scogli rappresentati dall'arcinota lentezza dei giudizi nel nostro ordinamento. Occorrerà, pertanto, effettuata un'analisi dell'odierno

¹⁴⁰ G. GULOTTA, *Strumenti concettuali per agire nel nuovo processo penale*, 1990, 135

¹⁴¹ G.L. FANULI, *Il «voto di memoria» nella prova dichiarativa (scenari psicologici e rimedi giuridici)*, in *Arch. Nuova procedura penale*, 03/2007, 11

¹⁴² La citazione è comunemente attribuita a Mao Tse-Tung; tuttavia, talvolta si ritiene che sia appartenuta a Confucio

atteggiarsi del principio d'immediatezza (indissolubilmente correlato al principio di oralità¹⁴³) nel capitolo precedente¹⁴⁴, valutarne l'operatività nel caso di prova dichiarativa sopravvenuta irripetibile da rinnovarsi nel giudizio di appello, a mente del nuovo comma 3-*bis* dell'art. 603.

Prima della novella del 2017¹⁴⁵ è opportuno prendere in considerazione una pronuncia del Giudice di legittimità, la quale, alla luce del successivo intervento sul punto del legislatore, appare quasi profetica delle volontà di quest'ultimo. L'intervento della Corte di cassazione¹⁴⁶ è, anche in questa sede, particolarmente singolare: con la pronuncia in esame, i giudici di legittimità si sono espressi nel senso di imporre, in linea con la giurisprudenza convenzionale della Corte E.d.u.¹⁴⁷, la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello in tutti quei casi in cui la sentenza impugnata, dal solo Pubblico Ministero e per ragioni afferenti alla prova dichiarativa, sia una sentenza di proscioglimento. In tal senso, ad avviso della suprema Corte, la rinnovazione dell'istruttoria si atteggia come indefettibile, almeno in tutti quei casi in cui il giudice abbia intenzione di riformare la sentenza impugnata in senso sfavorevole all'imputato, ed è precluso l'*overturning* a sfavore dello stesso qualora risulti oggettivamente impossibile la rinnovazione della prova dichiarativa. Non stupisca l'aggettivo "singolare": come per la già menzionata pronuncia della Corte costituzionale¹⁴⁸, anche in questo caso le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno, in maniera inconsueta, avvocato a sé stesse le prerogative proprie del legislatore (fra l'altro, anticipandolo), quasi a voler operare un bilanciamento delle posizioni delle parti

¹⁴³ R. ZIZANOVICH, in G. LATTANZI-E. LUPO, *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, vol. IV, 2020, 805

¹⁴⁴ Cfr. cap. I, § 3

¹⁴⁵ C.d. Riforma *Orlando*, legge 23 giugno 2017, n. 103

¹⁴⁶ Cass., **sez. un.**, 28 aprile 2016, n. 27620, imp. Dasgupta

¹⁴⁷ Numerose le pronunce della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in tal senso: oltre alla già menzionata *Dan c. Moldavia*; si riporta anche *Lorefice c. Italia*, 29 giugno 2017

¹⁴⁸ Corte cost., ud. 20 maggio 2019, dep. 29 maggio 2019, n. 132

processuali¹⁴⁹. A tale pronuncia, un anno dopo, segue l'intervento del legislatore del 2017¹⁵⁰, il quale, fra le altre cose, introduce il comma 3-*bis* dell'articolo 603. La previsione sembra ricalcare integralmente quanto stabilito dalla sentenza *Dasgupta*: ove il Pubblico Ministero proponga appello avverso la sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, il giudice deve disporre la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale. Non sono tardate, comprensibilmente, le voci critiche avverso tale disposizione: seppure salutata con favore da certa parte della dottrina¹⁵¹ (in linea con quanto pronunciato nella sentenza *Dasgupta*); altra parte ha avuto modo di rilevare come tale disposizione, contrastando con l'atteggiarsi tipicamente "cartolare" del giudizio di appello, rischi di trasformare quest'ultimo in un vero e proprio *novum iudicium*¹⁵². Di talché, altra parte della dottrina ha ritenuto la disposizione di frustrare il principio di parità delle parti. Definito, in tal senso, «a tutto danno del Pubblico Ministero»¹⁵³, non passa certo inosservato come il summenzionato comma 3-*bis* sia evocativo della riforma *Pecorella*¹⁵⁴, e vada a concretizzarsi in un nuovo tentativo di ostacolare, per quanto possibile, il percorso del Pubblico Ministero che intenda impugnare la sentenza di merito che proscioglie l'imputato; introducendo nei fatti quella che sembra essere una preclusione di valutazione della prova che opera esclusivamente *favor* imputato: la diretta

¹⁴⁹ A. MACCHIA, *Impugnazioni penali fra riforme legislative e interpretazioni giurisprudenziali*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 26 settembre 2019, 5

¹⁵⁰ C.d. Riforma *Orlando*, legge 23 giugno 2017, n. 103

¹⁵¹ D. CHINNICI, *Contraddittorio e giudizio di appello. Ortodossia europea, resistenze interne e graduali aperture in attesa del "sigillo" del legislatore*, in NEGRI-ORLANDI, *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, 2017, 187

¹⁵² G. SPANGHER, *La riforma Orlando della giustizia penale: prime riflessioni*, in *Diritto penale contemporaneo* 2016, n. 1, 92

¹⁵³ A. MACCHIA, *Impugnazioni penali*, 6

¹⁵⁴ Legge 20 febbraio 2006, n. 46. La c.d. riforma *Pecorella*, introducendo modifiche all'art. 593 del codice di rito, limitava gravemente le possibilità di appello del Pubblico Ministero, precludendo la possibilità per quest'ultimo di proporre impugnazione avverso le sentenze di proscioglimento. La novella, seppur in alcune sue parti ancora in vigore (ad es. comma primo art. 533), nella parte che limita le possibilità di appello del Pubblico Ministero è stata raggiunta da tre declaratorie di incostituzionalità: si vedano Corte cost., 26 febbraio 2007, n. 26; 20 luglio 2007, n. 320; 4 aprile 2008, n. 85

conseguenza che discende da una simile impostazione si traduce nell'onere, per il giudice dell'impugnazione, di rinnovare la prova dichiarativa qualora intenda riformare la sentenza di assoluzione, onere che non sussiste, al contrario, nel caso in cui in sede di appello lo stesso giudice ritenga di riformare una sentenza di condanna in senso assolutorio¹⁵⁵. Così sembra delinarsi una portata "asimmetrica" del principio di immediatezza, il quale in taluni casi –ove la sentenza impugnata sia sfavorevole per l'imputato– può rimanere sullo sfondo, mentre ove sia stata impugnata sentenza di proscioglimento si assiste ad un'exasperazione dello stesso principio, ciò anche alla luce di un pensiero più risalente della giurisprudenza di legittimità, la quale esprimeva come, in caso di *overturning* in appello, occorra una motivazione "rafforzata"¹⁵⁶, la quale non solo espliciti le ragioni della condanna ma giunga sino a confutare, in modo penetrante, le argomentazioni dell'impugnata pronuncia di proscioglimento.

Effettuate tali considerazioni introduttive a carattere generale, è ora di interesse trattare i fatti e le pronunce afferenti ad una particolare vicenda processuale, la quale, definita con sentenza di legittimità dalle Sezioni Unite¹⁵⁷, ha rimodellato l'operatività dell'art. 603, comma 3-*bis*, precisando quale percorso deve seguire l'interprete in caso di impossibilità oggettiva di rinnovazione della prova dichiarativa in appello. Analizziamo brevemente i fatti. L'imputato, in grado di merito, viene assolto in quanto l'unica fonte di prova testimoniale viene considerata non credibile dal giudice. Su impugnazione del Pubblico Ministero, pur omettendo la rinnovazione della prova testimoniale – contrariamente al principio *Dasgupta*–, si verifica l'*overturning* sfavorevole per l'imputato, il quale viene condannato e propone ricorso per cassazione. La Corte di legittimità, conformemente alla summenzionata regola *Dasgupta*, a mente

¹⁵⁵ A. MACCHIA, *Liberò convincimento del giudice, dalle prove legali al ragionevole dubbio. Le regole europee*, in *Cassazione Penale* 2022, n. 6, 2069-2070

¹⁵⁶ Cass., **sez. un.**, 12 luglio 2005, n. 33784; **sez. un.**, 30 ottobre 2003, n. 45276

¹⁵⁷ Cass., **sez. un.**, ud. 30 settembre 2021, dep. 30 marzo 2022, n. 11586, pres. Cassano, rel. Fidelbo, imp. Sadik e altri, d'ora in avanti "Sent. *Sadik*"

della quale è precluso l'*overturning* sfavorevole in appello se non rinnovata la prova dichiarativa decisiva, annulla con rinvio. Anteriormente alla celebrazione del giudizio di rinvio entra in vigore il comma 3-*bis* dell'art. 603, il quale, precisiamo, è ritenuto applicabile al giudizio *de qua* in quanto, a mente del principio *tempus regit actum*, è intervenuto successivamente all'appello della sentenza di merito ma anteriormente all'instaurarsi del giudizio di rinvio. Nel nuovo giudizio d'appello il giudice si trova impossibilitato a rinnovare la prova dichiarativa decisiva, in quanto la stessa fonte di prova è deceduta, tuttavia, ricorrendo alle letture di cui all'art. 512, questi ritiene il teste pienamente attendibile, in ragione di un confronto operato tra le dichiarazioni predibattimentali e quelle rese nel dibattimento di primo grado, pronunciando sentenza di condanna. L'imputato propone nuovamente ricorso presso le giurisdizioni superiori, giungendo così alla pronuncia di interesse: il giudice di legittimità, nel rigettare il ricorso, precisa che ove la pronuncia sfavorevole all'imputato si fondi su «elementi ulteriori, idonei a compensare il sacrificio del contraddittorio»¹⁵⁸ sarà possibile la *reformatio in peius* della sentenza di primo grado di proscioglimento, anche qualora si versi in oggettiva impossibilità di rinnovare la prova dichiarativa. In buona sostanza, i giudici di legittimità prendono in modo netto le distanze dalle determinazioni della sentenza *Dasgupta*, e fondano la propria decisione sul fatto che *a)* non si rinviene, nell'impianto normativo, un'esplicita regola di preclusione dell'*overturning* in caso di impossibilità assoluta di rinnovare la prova dichiarativa e *b)* è la stessa Costituzione, all'art. 111, comma quinto, a prevedere la possibilità per il legislatore di derogare al contraddittorio nei casi di impossibilità oggettiva. Ciò detto, chi scrive intende fare proprie alcune perplessità sollevate dalla dottrina, la quale ha avuto modo di rilevare come la pronuncia in esame non riesca a sciogliere i nodi relativi all'impossibilità di rinnovazione. Da un primo punto di

¹⁵⁸ Sent. *Sadik*

vista, si noti come il menzionato comma 3-*bis*, pur non risolvendosi in una preclusione assoluta dell'*overturning* nel caso in esame, sia formulato in modo «lapidario»¹⁵⁹ e non ammetta deroghe, risultando arduo, in tal senso, affermare che la previsione in esame non si risolva *nei fatti* in una preclusione della condanna dell'imputato prosciolti in primo grado. Di più, è lo stesso art. 111 Cost., comma quinto, a stabilire che le menzionate deroghe al contraddittorio debbano essere stabilite dalla *legge* (e solamente dalla legge), e tali deroghe non si rinvencono in alcun modo nell'art. 603 comma 3-*bis*¹⁶⁰. A supporto di tale assunto si richiama una pronuncia già menzionata della Corte costituzionale¹⁶¹, nella quale il giudice delle leggi, nel “raccomandare” al legislatore l'introduzione di opportune deroghe al principio di immediatezza per rispondere alle esigenze di ragionevole durata dei processi, specifica che l'introduzione delle stesse deroghe spetta in via esclusiva al legislatore, e non all'interprete. Oltre a ciò, altro profilo problematico della pronuncia afferisce alla sussunzione della summenzionata disposizione normativa sotto l'alveo del diritto al contraddittorio. Invero, tanto la giurisprudenza convenzionale della Corte Edu¹⁶², quanto autorevole dottrina¹⁶³, ritengono che la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello sia da ricondursi al binomio oralità-immediatezza e non al principio del contraddittorio: le prove da rinnovare, seppur presenti in forma di trascrizione, sono state già assunte nel contraddittorio

¹⁵⁹ M. GIALUZ-A. CABIALE-J. DELLA TORRE, *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, in *Diritto Penale contemporaneo* 2017, n. 3, 188

¹⁶⁰ M.T.M. RUBERA, *Nei casi di impossibilità oggettiva, ribaltamento in appello dell'assoluzione possibile anche senza rinnovare l'istruzione, purché vi siano “garanzie compensative”*, in corso di pubblicazione in *Processo penale e giustizia*, 8-9

¹⁶¹ Corte cost., ud. 20 maggio 2019, dep. 29 maggio 2019, n. 132

¹⁶² Al *leading case*, in merito alla rinnovazione in appello, di *Dan c. Moldavia* del 2011, è seguito un secondo giudizio che ha visto le stesse parti contrapposte: in Corte E.d.u. 10 novembre 2020, *Dan c. Moldavia (c.d. Dan 2)*, §§ 51 e 52, la Corte fa menzione del *principle of immediacy* in questi termini

¹⁶³ Una voce su tutte: A. MACCHIA, *Linee evolutive del sistema d'appello alla luce della giurisprudenza nazionale e sovranazionale*, in *Cass. pen.* 2017, n. 6, 2136: l'autore, nell'analizzare la sentenza *Dasgupta*, precisa come il comma 3-*bis* dell'art. 603 afferisca ad oralità ed immediatezza

delle parti nel giudizio di merito, pertanto, nell'eventualità, la loro rinnovazione riguarderebbe la necessità di soddisfare le esigenze di oralità ed immediatezza del giudice dell'impugnazione, il quale non ha materialmente assistito all'escussione della fonte di prova¹⁶⁴. Eppure, con riguardo alla necessità di preservare l'immediatezza, chi scrive segnala che meriterebbe considerazione il mezzo della videoregistrazione: pur in difetto della possibilità d'intervenire direttamente nell'escussione, attraverso la fissazione della stessa su un supporto multimediale, il giudice ben potrebbe percepire tutti gli aspetti comportamentali del testimone –paraverbali e non verbali– ed operare una compiuta valutazione della credibilità della fonte di prova¹⁶⁵. In ogni caso, la soluzione della videoregistrazione ancora non sembra trovare sufficiente condivisione da parte della giurisprudenza: a tal proposito, si evidenzia una recente pronuncia di legittimità afferente al tema della rinnovazione della prova testimoniale in appello¹⁶⁶, pronuncia nella quale la Suprema corte ha ritenuto comunque indefettibile la rinnovazione dell'esame (nel particolare, della persona offesa) già svolto e videoregistrato in sede di incidente probatorio, valutando il materiale videoregistrato come irrilevante.

Un'ultima notazione sulla pronuncia in esame. I giudici di legittimità pongono l'accento sui poteri d'istruttoria officiosi del giudice dell'impugnazione ex art. 603 comma terzo, almeno qualora egli ritenesse di dover dar causa ad un *overturning* sfavorevole per l'imputato. In tal senso, non possono non condividersi le preoccupazioni espresse da una parte della dottrina. Uno stimolo eccessivo verso il ricorso alla rinnovazione d'ufficio, unito al *placet* della Corte di cassazione in merito al recupero delle dichiarazioni predibattimentali del teste

¹⁶⁴ M.T.M. RUBERA, *Nei casi di impossibilità oggettiva*, 10-11

¹⁶⁵ In merito alla videoregistrazione del dibattimento: R. APRATI, *Una diversa modulazione del principio di immediatezza: riflessioni sulla proposta Gratteri*, in *Cass. Pen.* 2016, n. 10, 3533; R. APRATI, *Il distanziamento sociale: un nuovo paradigma per il processo penale?*, in *Sistema penale* 2021, n. 2, 131

¹⁶⁶ Cass., sez. III, 3 luglio 2020, n. 24597

assente, oltreché al rischio di svuotamento del principio dispositivo¹⁶⁷ sembra quasi suggerire al giudice di operare un'autonoma ricerca della prova orientata verso la condanna del già assolto imputato, in una logica evocativa del defunto rito inquisitorio: l'aspetto paradossale è che tale assetto interpretativo ha avuto causa da una disposizione, il comma 3-*bis* dell'art. 603, predisposta dal legislatore in un'ottica di tutela per l'imputato prosciolto in primo grado, il quale, fra le altre cose, in caso di sopravvenienze probatorie derivanti dall'istruttoria officiosa del giudice dell'impugnazione, si troverà sfornito della garanzia di un ulteriore grado di giudizio di merito, potendo esclusivamente ricorrere al giudice di legittimità¹⁶⁸.

¹⁶⁷ In merito al rischio per il principio dispositivo, per un invito alla cautela rispetto al ricorso alla rinnovazione officiosa del giudice, si veda M. BARGIS, *Brevi riflessioni sulla pronuncia delle sezioni unite relativa all'art. 603 comma 3 bis c.p.p. nell'ipotesi in cui sia impossibile rinnovare la prova per decesso del dichiarante*, in *Sistema Penale*, 6 giugno 2022

¹⁶⁸ M.T.M. RUBERA, *Nei casi di impossibilità oggettiva*, 16-17

CAPITOLO III

L'INCIDENTE PROBATORIO

3.1 – L'INCIDENTE PROBATORIO, L'ORIGINARIA ECCEZIONALITÀ DELL'ISTITUTO E LA DEROGA AL PRINCIPIO DI IMMEDIATEZZA.

L'istituto dell'incidente probatorio, venuto ad esistenza con l'entrata in vigore del nuovo codice di diritto processuale, risponde all'esigenza di anticipare e cristallizzare la prova considerata "non rinviabile" alla fase antecedente al dibattimento. Invero, si rammenta, una delle maggiori innovazioni introdotte dal codice del 1988, rispetto al precedente processo inquisitorio, è il c.d. principio di separazione delle fasi e delle funzioni processuali: se nel vecchio rito a modello inquisitorio vi era commistione tra la fase delle indagini ed il momento del dibattimento, l'introduzione del processo accusatorio demarca una chiara cesura tra la fase investigativa e la fase strettamente processuale¹⁶⁹, in ossequio alla visione dialettica del processo penale ed alla centralità del dibattimento. La previsione di una tale separazione impone, pertanto, che il momento di elezione per l'assunzione della prova sia da ricercarsi nel dibattimento, essendo l'attività delle indagini (fase connotata da un maggior grado di "inquisitorialità" e di primaria signoria del Pubblico Ministero e della Polizia Giudiziaria) quasi completamente sottratta agli interventi del difensore della persona sottoposta alle indagini, il quale interviene in maniera sporadica, per singoli atti.

In tale contesto l'originaria funzione dell'incidente probatorio è esattamente quella di anticipare il regime squisitamente dibattimentale di formazione della prova alla fase delle indagini preliminari, dando vita ad un

¹⁶⁹ L. SURACI, "L'incidente Probatorio", 2017, 15

“incidente processuale” finalizzato alla sola assunzione della prova nel rispetto del principio del contraddittorio e con la partecipazione necessaria delle parti processuali (seppur con sacrificio del principio di immediatezza), attraverso l’intervento del Giudice per le Indagini Preliminari¹⁷⁰ e limitatamente alle prove considerate “indifferibili” e non rinviabili in ragione di situazioni di particolare “fragilità” della prova stessa che ne comprometterebbero l’effettività qualora si dovesse attendere sino alla fase dibattimentale per la sua assunzione. Si pensi all’assunzione della testimonianza dell’infermo o della persona sottoposta a violenza, minaccia o promessa di danaro, ovvero alla perizia su cose, luoghi o persone soggette a modificazione inevitabile, ovvero ancora alla ricognizione non rinviabile alla fase del dibattimento per ragioni di urgenza: fattispecie tutte connotate da un preminente pericolo di distruzione od inquinamento¹⁷¹.

A rimarcare il carattere originariamente eccezionale dell’istituto, nella formulazione dell’art. 392, è anche la tassatività delle fattispecie e delle situazioni che ammettono il ricorso all’incidente probatorio. Sebbene ispirato dalla necessità di assumere la prova considerata non rinviabile, dal catalogo previsto nell’art. 392 emerge il tratto polifunzionale dell’istituto, predisposto ad assolvere sin dall’origine esigenze complesse, in alcuni casi anche prescindendo dalla non ripetibilità dell’atto¹⁷² e senza che siano necessari i requisiti di non rinviabilità od urgenza, fermi comunque i parametri di pertinenza e rilevanza della prova posti dall’art. 190 del codice di rito. Da un’analisi dei casi di ammissibilità dell’incidente probatorio si delineano due categorie di fattispecie.

¹⁷⁰ G. DE ROBERTO, *Incidente probatorio*, in *Enc. Giur.*, XVI, Roma, 1989, 8

¹⁷¹ G. DE ROBERTO, *Incidente Probatorio*, 3

¹⁷² P. DI GERONIMO, *L’ Incidente Probatorio*, 2000, 8

In una prima categoria, vi sono quei mezzi di prova che possono essere assunti nell'incidente probatorio in presenza dei *casi tassativi di non rinviabilità al dibattimento*¹⁷³:

1. Per quanto riguarda le testimonianze ed i confronti tra persone ove ricorrano le circostanze di cui alle lettere *a)* e *b)* dell'art. 392 co. 1° (intendendo per confronto quello tra chi ha reso dichiarazioni discordanti), l'incidente probatorio può essere instaurato qualora vi sia fondato motivo di ritenere che il testimone (seppur ancora potenziale) rischi di non poter essere esaminato nella fase del dibattimento per infermità od altro grave impedimento; ovvero qualora vi sia ragione di ritenere che la persona da esaminare sia stata esposta a *condotta illecita*, come violenza, minaccia od offerta di denaro, affinché testimoni il falso¹⁷⁴ (art. 392, co. 1°, lett. *a)*, *b)*, *e)*).
2. Per ciò che afferisce agli atti probatori a contenuto tecnico, l'art 392 co. 1° lett. *f)* consente di instaurare l'incidente probatorio per perizie ed esperimenti giudiziali per i quali la prova riguarda persone, cose o luoghi soggetti a modificazione inevitabile, rinvenendosi motivo di non rinviabilità nella potenziale deteriorabilità dell'oggetto della prova che verrebbe a determinarsi dovendo attendere la fase dibattimentale¹⁷⁵.
3. Ultima fattispecie sussumibile nella categoria dei casi tassativi di non rinviabilità a dibattimento è quella prevista dalla lettera *g)*, co. 1° dell'art 392, caso della ricognizione non rinviabile a dibattimento per particolari ragioni di urgenza, ciò al fine di

¹⁷³ P. TONINI-C. CONTI, *Manuale di Procedura Penale*, 21° ed, 598

¹⁷⁴ G. CONSO-V. GREVI-M. BARGIS, *Compendio di Procedura Penale*, 2016, 543

¹⁷⁵ S. SAU, *sub. art. 392 c.p.p.*, in A. GIARDA-G. SPANGHER, *Codice di procedura penale commentato*, V ed., 2017, 998

salvaguardare i risultati dal pericolo di dispersione del ricordo, considerate da parte della dottrina in ogni caso urgenti e non rinviabili¹⁷⁶, dottrina che ritiene tali ricognizioni non limitate alle ricognizioni di persona, ma anche a cose ed altre entità sensoriali¹⁷⁷.

Alla seconda categoria appartengono invece altri mezzi di prova che possono essere assunti nell'incidente probatorio alla sola condizione che il Pubblico Ministero o la persona sottoposta alle indagini ne abbiano fatto richiesta al giudice per le indagini preliminari. In tali casi, fermi i requisiti di pertinenza e rilevanza della prova, non sono necessariamente richieste le connotazioni di non rinviabilità od urgenza. Questa categoria, ampliata nel corso del tempo con le innovazioni normative succedutesi, nel tentativo del legislatore di arginare le problematiche esposte nei precedenti capitoli, è andata gradualmente ad allargarsi e a spostare il baricentro dell'istituto in esame. Invero, dopo un primo periodo in cui si ricorse in modo più timido all'incidente probatorio, si è giunti ad un allontanamento dalle logiche originarie¹⁷⁸ per arrivare ad un utilizzo molto più estensivo e "disinvolto" dell'istituto, sino a ricomprenderne, per ragioni di opportunità, situazioni e fattispecie *ex se* pur rinviabili. Appartengono a questa categoria:

1. L'esame della persona sottoposta alle indagini su fatti concernenti la responsabilità altrui, l'esame dell'imputato (o della persona sottoposta alle indagini) in un procedimento connesso o collegato e l'esame del testimone di giustizia (art 392, co. 1°, lett. c) e d)). La ratio di tale previsione risiede in una presunzione legislativa di non rinviabilità, in ragione del fatto che i soggetti

¹⁷⁶ E.N. LA ROCCA, *L'incidente probatorio*, in A. GAITO, *La prova penale*, 2008, 296

¹⁷⁷ S. SAU, *sub. art. 392 c.p.p.*, 999

¹⁷⁸ F. VERGINE, *Incidente probatorio ed udienza preliminare tra autonomia ed interferenze*, in *Diritto penale e processo* 2007, 1945

da esaminare, per la loro particolare posizione, potrebbero essere agevolmente indotti a non ripetere in dibattimento le dichiarazioni già rese, avvalendosi della facoltà di non rispondere¹⁷⁹.

2. Al comma secondo dell'articolo 392 vi è un'ipotesi del tutto autonoma: al fine di scongiurare il rischio di dover sospendere il dibattimento per un tempo più lungo di sessanta giorni, il Pubblico Ministero o la persona sottoposta alle indagini hanno facoltà di richiedere che sia assunta in incidente probatorio la perizia c.d. *di lunga durata*, caratterizzata per particolare difficoltà e complessità, la quale, se calata nel dibattimento, ne provocherebbe una temporanea paralisi. È questa una delle ipotesi in cui il mezzo di prova deve essere necessariamente assunto in incidente probatorio prescindendo dalla situazione di urgenza¹⁸⁰.
3. Altra situazione per la quale si deve procedere attraverso l'incidente probatorio a prescindere dall'effettiva urgenza è il compimento della perizia coattiva, consistente in atti idonei ad incidere sulla libertà personale quali, a titolo esemplificativo, prelievi sanguigni, salivari e dei capelli per gli esami del DNA. Tale disposizione è esterna all'art. 392, ed è stata introdotta dalla legge n. 85 del 2009.
4. Altro caso non previsto all'interno dell'art. 392 e per il quale non è necessaria la sussistenza del requisito di non rinviabilità è previsto dall'art 391-*bis* al comma 11. Frutto della disciplina per le investigazioni difensive, consente al difensore della persona sottoposta alle indagini di richiedere di assumere la testimonianza

¹⁷⁹ G. CONSO-V. GREVI-M. BARGIS, *Compendio di Procedura Penale*, 543

¹⁸⁰ P. TONINI-C. CONTI, *Manuale di Procedura Penale*, 599

- o l'esame di coloro i quali, in sede di intervista svolta dal difensore stesso, si siano avvalse della facoltà di non rispondere.
5. Ulteriore fattispecie ricompresa nel presente raggruppamento è costituita dalla deposizione del soggetto vulnerabile, al comma 1-*bis* dell'art. 392: tale disposizione sarà affrontata in modo esaustivo nei paragrafi successivi.

A mente di quanto esposto, è di agevole rilevabilità la natura polifunzionale dell'istituto in esame: l'originaria eccezionalità; che vedeva il baricentro dell'incidente probatorio nella necessità di anticipare la prova non rinviabile, ora per le innovazioni normative, ora per la giurisprudenza ordinaria e costituzionale succedutasi nel corso degli anni; ha gradualmente ceduto il passo ad un impiego più diffuso dell'istituto, ormai imperniato attorno a molteplici esigenze. In particolare, l'incidente probatorio è ormai divenuto lo strumento processuale di elezione per assicurare l'effettività del diritto alla prova delle parti, considerata sovente preminente rispetto al principio di immediatezza, andando a scongiurare che l'assunzione di una prova particolarmente complessa possa comportare un eccessivo sacrificio alla concentrazione del dibattimento¹⁸¹.

Un primo segno di questa impostazione si è concretizzato con una pronuncia di incostituzionalità del 1994, nella quale la Corte costituzionale ha ritenuto costituzionalmente illegittimi gli artt. 392 e 393 nella parte in cui non consentono che l'incidente probatorio possa essere richiesto anche nella fase dell'udienza preliminare¹⁸². La pronuncia di incostituzionalità ha pertanto aperto all'utilizzo dell'istituto, nato originariamente per aver luogo nella fase delle indagini preliminari, anche nella successiva fase dell'udienza preliminare. Le maglie della norma si sono ulteriormente allargate con una seconda pronuncia

¹⁸¹ P. DI GERONIMO, *L'Incidente Probatorio*, 5

¹⁸² Corte cost., 23 febbraio 1994, n. 77

della Corte costituzionale¹⁸³, con la quale il giudice delle leggi ha precisato che la richiesta di incidente probatorio può essere avanzata anche successivamente alla conclusione delle indagini preliminari, almeno ove vi sia concreto pericolo di dispersione della prova. Ad avviso della Corte costituzionale l'incidente probatorio è preordinato all'assunzione delle prove non rinviabili al successivo momento del dibattimento, pertanto la preclusione all'esperimento dell'incidente probatorio nella fase che intercorre tra l'avviso di conclusione delle indagini e l'effettivo instaurarsi del dibattimento risulta priva di ogni ragionevole giustificazione, oltretutto lesiva del diritto alla prova¹⁸⁴. Successivamente a tali pronunce ha preso vita una visione dell'incidente probatorio imperniata non più solamente sul requisito di non rinviabilità od urgenza, quanto piuttosto sulla necessità di scongiurare che l'oggetto della prova (seppur in astratto rinviabile) possa perdere la sua effettività, quali che siano le ragioni. Invero, successivamente alla pronuncia della Corte Costituzionale nel 1994, dopo una prima fase di scarsa utilizzazione dell'istituto, si è realizzata un'inversione di tendenza in ragione della convinzione per cui il diritto alla prova debba prevalere sul principio di immediatezza¹⁸⁵. Ne consegue un'apprezzabile attenuazione crescente della tassatività dei casi¹⁸⁶ che originariamente rimarcava il carattere eccezionale dell'istituto, anche alla luce dell'attività del legislatore che ha ritenuto di estendere la possibilità di ricorrere all'incidente probatorio a tutta una serie di ipotesi espressamente svincolate dal requisito di non rinviabilità della prova¹⁸⁷: in tal senso si è assistito all'istituzione di una sorta di doppio regime in materia di presupposti di ammissibilità dell'incidente probatorio, entro il quale le previsioni originarie rimangono

¹⁸³ Corte cost., 8 maggio 2009, n. 146

¹⁸⁴ G. LATTANZI-E. LUPO, *Codice di Procedura Penale, rassegna di giurisprudenza e dottrina*, Vol. III, ed. 2020, 363-364

¹⁸⁵ P. TONINI-C. CONTI, *Manuale di Procedura Penale*, 598

¹⁸⁶ M. PISANI-A. MOLARI-V. PERCHINUNNO-P. CORSO, *Manuale di Procedura Penale*, 371

¹⁸⁷ G. LATTANZI-E. LUPO, *Codice di Procedura Penale, rassegna di giurisprudenza e dottrina*, Vol. III, ed. 2020, 375

sottoposte alla *conditio sine qua non* dell'indifferibilità per l'ammissione alla procedura, mentre per le disposizioni originatesi dalla legislazione novellistica si sono gradualmente attenuate le barriere di eccezionalità originariamente caratteristiche dell'istituto¹⁸⁸.

Ulteriore aspetto di preminente interesse, nella logica di bilanciamento delle contrapposte esigenze delle parti processuali, è l'istituto del differimento previsto dall'articolo 397 del codice di rito. La possibilità di anticipare l'assunzione della prova alla fase delle indagini preliminari, essendo assicurata anche alla difesa della persona sottoposta alle indagini, inevitabilmente dà luogo ad un effetto secondario: l'espletamento dell'incidente probatorio produce una *discovery* del fascicolo del Pubblico Ministero, la quale, in taluni procedimenti, ben potrebbe pregiudicare il proseguire delle indagini¹⁸⁹. In ragione di ciò, l'art. 397 appresta una tutela a salvaguardia dell'attività investigativa, di carattere squisitamente cautelare e riservata all'area di pertinenza del Pubblico Ministero, disponendo che questi possa chiedere il differimento dell'incidente probatorio ove l'esecuzione ne pregiudichi uno o più atti delle indagini preliminari. Per sua natura, il meccanismo del differimento opera in modo unidirezionale ed è ammesso solo rispetto alle indagini poste in essere dal Pubblico Ministero esposte al rischio di vedersi vanificate dalla *discovery* della persona sottoposta alle indagini. L'istituto in esame, peraltro nella prassi di uso infrequente, nel frapporre un ostacolo alla conoscenza degli atti d'indagine (e quindi, collateralmente, alla strategia dell'inquirente), risponde principalmente all'esigenza di fronteggiare uno sfruttamento strumentale dell'incidente probatorio da parte della persona sottoposta alle indagini, effettuato con l'unica reale finalità di conoscere lo stato delle indagini: sul punto, la dottrina rileva come l'istituto del differimento scongiuri «il rischio che l'incidente probatorio

¹⁸⁸ K. LA REGINA, *Incidente Probatorio*, in *Tratt. Spangher*, vol. III, 2009, 561 ed anche G. DI CHIARA, *Incidente Probatorio*, *Enc. Dir.*, IV Aggiorn., 2000, 550

¹⁸⁹ P. DI GERONIMO, *L'Incidente Probatorio*, 132

possa essere strumentalmente usato per aprire tasselli nel panorama delle indagini e permettere all'indiziato di anticipare e frustrare le mosse investigative del Pubblico Ministero»¹⁹⁰. Alla luce di quanto esposto, può rilevarsi *ictu oculi* come l'istituto del differimento possa porsi in aperto contrasto con il diritto alla prova (ratio primaria dell'incidente probatorio) della persona sottoposta alle indagini, la quale ben potrebbe veder frustrata la sua necessità di ricorrere all'istituto di anticipazione della prova, anche qualora «il pregiudizio per le indagini non sia stato artatamente creato dallo stesso indagato»¹⁹¹. Per tale ragione, se da un lato la persona sottoposta alle indagini non viene a conoscenza del contenuto integrale dell'istanza di differimento (ciò in ragione di preservare la riservatezza delle indagini) sino all'udienza, dall'altro la norma impone maglie ben strette perché la richiesta possa considerarsi ammissibile: il Pubblico Ministero deve presentare l'istanza nel termine di due giorni dalla richiesta di incidente probatorio (a mente del termine di cui all'art. 396 comma 1), istanza che deve indicare compiutamente gli atti ai quali l'incidente probatorio arrecherebbe pregiudizio (dovendosi trattare di attività investigative ancora da porre in essere e rispetto alle quali l'incidente risulti un fattore direttamente pregiudicante¹⁹², e non di atti già compiuti¹⁹³) e le cause del pregiudizio stesso; in ultimo, *conditio sine qua non* perché possa concedersi il differimento è che lo stesso non pregiudichi l'assunzione della prova. In tal senso, la dottrina, ispirata dal principio del *favor rei*¹⁹⁴, è concorde nel ritenere che il diritto alla prova della

¹⁹⁰ A. MACCHIA, *L'incidente probatorio*, in *Cass. pen.*, 1989, 1604; sul punto, rileva G. DE ROBERTO, *Op. Cit.*, come «se, per un verso, si richiede il rispetto del diritto alla prova come posizione prevalente rispetto ad ogni ulteriore esigenza, diviene necessario, per un altro verso, prevenire il pericolo che l'indagato possa incunearsi, facendo pretestuosamente appello all'esercizio di tale diritto, nel panorama complessivo delle indagini, così anticipando la conoscenza dell'attività compiuta dalla p.g. e dal p.m., una conoscenza da rinviare al termine delle indagini preliminari»

¹⁹¹ P. DI GERONIMO, *Incidente Probatorio*, cit., 133

¹⁹² A. MACCHIA, *L'incidente Probatorio*, in *Cass pen.* 1990, 1604

¹⁹³ K. LA REGINA, *Incidente Probatorio*, 621

¹⁹⁴ V. GREVI, *Funzioni di garanzia e funzioni di controllo del giudice nel corso delle indagini preliminari*, in AA. VV., *Il nuovo processo penale. Dalle indagini al dibattimento*, 1989, 40 e anche A. MACCHIA, *L'Incidente probatorio*, 1604

persona sottoposta alle indagini non possa conciliarsi con le esigenze di segretezza del pubblico ministero, dovendo queste ultime necessariamente cedere il passo alla salvaguardia del diritto alla prova il cui bilanciamento è assicurato dalla presenza di un organo giurisdizionale.

3.2 – L’INCIDENTE PROBATORIO IN RELAZIONE AGLI ACCERTAMENTI TECNICI IRRIPIETIBILI

Ulteriore aspetto di interesse, nell’ottica del sacrificio dibattimentale e dei principi di oralità ed immediatezza, nonché in ragione del particolare rapporto funzionale con l’istituto dell’incidente probatorio, è costituito dall’art. 360, il quale disciplina l’esecuzione degli accertamenti tecnici non ripetibili. Generalmente gli accertamenti tecnici (disciplinati dall’art. 359), attività del Pubblico Ministero svolta nella fase delle indagini preliminari, sono caratterizzati da ripetibilità e non sono idonei a produrre risultanze probatorie spendibili in dibattimento, pertanto, nel quadro del processo accusatorio, l’organo inquirente può procedere al loro compimento senza necessità di coinvolgere la persona sottoposta alle indagini¹⁹⁵. Tuttavia, taluni accertamenti, per loro proprie caratteristiche o per circostanze di fatto che li caratterizzano, non possono essere ripetuti in dibattimento o rinviati. Per tale ragione il legislatore ha ritenuto di dover formulare una disciplina differente (in rapporto di genere a specie con quanto previsto dall’art 359), sì da consentire al Pubblico Ministero di poter introdurre nel fascicolo per il dibattimento i risultati probatori che emergerebbero da un accertamento tecnico altrimenti non ripetibile. La caratteristica di irripetibilità dell’accertamento, a mente dell’art. 360, è costituita

¹⁹⁵ G. CONSO-V. GREVI-M. BARGIS, *Op. Cit.*, 500

dal fatto che gli atti da porre in essere riguardino persone, cose o luoghi «il cui stato è soggetto a modificazione». La disposizione in esame va coordinata inoltre con gli artt. 116 (Indagini sulla morte di una persona per la quale sorge il sospetto di reato) e 117 Disp. Att.: nel primo caso, l'art. 116 dispone che il Pubblico Ministero ordini l'esame autoptico, nei modi di cui all'art. 360, della salma la cui morte si sospetta essere conseguenza della commissione di un reato; mentre l'art. 117 prevede che si applichino le disposizioni di cui all'art. 360 in tutti quei casi in cui l'esecuzione dell'accertamento tecnico determini modificazioni di cose, luoghi o persone tali da non renderlo nuovamente ripetibile.

L'accertamento tecnico irripetibile è, pertanto, una forma di anticipazione della prova "atipica", il cui esperimento è demandato al Pubblico Ministero e che comporta il contemperamento di contrastanti esigenze. Da un lato, vi è l'interesse di assicurare la non dispersione della fonte di prova, prova che, in questo caso, non potrebbe essere assunta nelle forme dell'incidente probatorio; dall'altro permane la necessità di garantire alla persona sottoposta alle indagini (ovvero, come si vedrà, anche meramente "raggiunta da indizi di reità") il diritto alla difesa; pertanto, il codice predispone un doppio "livello" di garanzie. Il Pubblico Ministero è obbligato a dare avviso alla persona sottoposta alle indagini dell'imminente accertamento (è idoneo anche un avviso informale, quale, ad esempio, la mera comunicazione telefonica al difensore¹⁹⁶), così che l'interessato sia messo in condizione, in un contraddittorio che non prevede la presenza del giudice, di partecipare all'accertamento e formulare osservazioni e riserve che riterrà opportune. L'omissione di tale avviso dà luogo a nullità intermedia, deducibile sino alla pronuncia della sentenza di primo grado¹⁹⁷ a mente dell'art. 178 comma primo, salvo che la consulenza sia stata acquisita al fascicolo del dibattimento con consenso delle parti o salvo che, pur avendo

¹⁹⁶ Cass., sez. I, 11 febbraio 2000, n. 4453

¹⁹⁷ Cass., sez. III, 11 ottobre 2012, n. 46715

tempestivamente eccetto la nullità, il giudice abbia ravvisato la penale responsabilità dell'imputato fondandosi su argomentazioni senza attingere a quanto emerso nelle more dell'accertamento tecnico¹⁹⁸. L'ulteriore livello di garanzia apprestato per la persona sottoposta alle indagini consiste nella possibilità per la stessa di chiedere che l'accertamento tecnico si svolga con le forme e le modalità dell'incidente probatorio, stimolando in tal senso l'ingresso di un soggetto terzo ed imparziale (il giudice per le indagini preliminari, che provvederà a nominare il proprio esperto) nel contraddittorio. Spetta alla sola persona sottoposta alle indagini (e non anche alla persona offesa, che pure deve essere avvisata) formulare la "riserva" (art. 360 comma quarto) di incidente probatorio, a fronte della quale il Pubblico Ministero dovrebbe in ogni caso prestare acquiescenza, salvo che gli accertamenti, qualora fossero differiti, non possano più essere utilmente compiuti. È evidente come una tale formulazione normativa si presti al suo uso strumentale da parte della persona sottoposta alle indagini, la quale ben potrebbe formulare una riserva pretestuosa con l'unico fine di ritardare o compromettere l'attività del Pubblico Ministero: per tale ragione, con la l. n. 103 del 2017, il legislatore ha novellato l'art. 360 introducendo il comma 4-*bis*, in forza del quale la riserva di incidente probatorio non seguita, nel termine di dieci giorni, dall'effettiva richiesta, perde di efficacia: ciò scongiura che il Pubblico Ministero possa desistere dall'accertamento, compromettendo in tal senso l'acquisizione della prova a causa di un «vero e proprio abuso del diritto di difesa»¹⁹⁹ posto in essere dalla persona sottoposta alle indagini. Pertanto, da ultimo, spetta interamente al Pubblico Ministero valutare se effettivamente l'acquisizione della prova sia indifferibile tale da non poter concedere alla persona sottoposta alle indagini di svolgere l'accertamento in incidente probatorio, tuttavia un comportamento "sleale" del Pubblico Ministero non resterebbe senza conseguenze: a mente del quinto comma

¹⁹⁸ Cass., sez. IV, 22 aprile 2015, n. 24445

¹⁹⁹ P. TONINI-C. CONTI, *Op. Cit.*, 575

dell'articolo in esame, qualora l'organo inquirente, malgrado la riserva sia stata formulata e non ricorrano le condizioni per l'indifferibilità, disponga comunque l'esecuzione dell'accertamento, i risultati di quest'ultimo non potranno essere utilizzati nel dibattimento. Si tratta in ogni caso di un'inutilizzabilità relativa: le risultanze dell'accertamento potranno comunque trovare utilizzo procedimentale nelle stesse indagini preliminari (ad esempio affinché il Giudice per le indagini preliminari disponga misure cautelari), nell'udienza preliminare e nei riti speciali che comportano l'elisione della fase dibattimentale. È opportuno precisare che in caso di erronea supposizione di non rinviabilità da parte del Pubblico Ministero si viene a creare una dicotomia in merito al trattamento probatorio di quanto emerso dall'accertamento: qualora la riserva di incidente probatorio sia stata formulata ed il Pubblico Ministero abbia comunque proceduto i risultati saranno totalmente inutilizzabili²⁰⁰, e non sarà possibile procederne all'acquisizione neppure attraverso l'escussione del consulente tecnico²⁰¹; se, al contrario, pur mancando il requisito di indifferibilità, non sia stata formulata riserva, sarà comunque possibile recuperare quanto emerso dall'accertamento avvalendosi dell'esame del consulente²⁰². Parimenti, in tema di accertamenti tecnici irripetibili, può verificarsi un'inversione di ruoli quando è lo stesso difensore della persona sottoposta alle indagini a chiederne l'esperimento. Invero, la disciplina delle investigazioni difensive (art. 391-*decies*, co. 3 e 4, che disciplina l'utilizzazione dei documenti formati nelle investigazioni difensive) prevede che il difensore, qualora si tratti di accertamenti tecnici irripetibili, debba avvisare il Pubblico Ministero per

²⁰⁰ R.E. KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, 1993, 300; in disaccordo L. VIGNA, *Gli accertamenti medico legali disposti dal p.m. nella fase delle indagini preliminari*, in G. VASSALLI, *La medicina legale ed il nuovo codice di procedura penale*, 1989, 69

²⁰¹ Cass., Sez. I, 27 febbraio 1990, Panico, in R. GUARINIELLO, *Il processo penale nella giurisprudenza della Corte di cassazione*, 1994, 72, secondo cui le risultanze assurgerebbero al rango di prova vietata e da escludere a mente dell'art. 468 comma 2

²⁰² G. LO VECCHIO, *L'accertamento tecnico irripetibile ex art. 360 c.p.p.: note minime su schemi normativi e utilizzazione dibattimentale in una specie di consulenza preprocessuale del magistrato requirente*, in *Cass. Pen.* 1995, 332

l'esercizio delle facoltà, in quanto compatibili, previste dall'art. 360. Ciò detto, parte della dottrina²⁰³ (pur non mancando posizioni in senso contrario²⁰⁴), in ossequio al principio di parità delle parti, ritiene che anche il difensore, ferme le conseguenze di inutilizzabilità delle risultanze, possa comunque vincere il veto del Pubblico Ministero che abbia formulato riserva di incidente probatorio.

In forza delle garanzie predisposte dall'art. 360 deriva una conseguenza che interessa le modalità di acquisizione a dibattimento delle risultanze dell'accertamento, di evidente rilevanza per il sacrificio che comporta al principio di immediatezza: mentre (come successivamente si avrà modo di esaminare) in caso di escussione del testimone in incidente probatorio lo stesso deve essere, di regola ed ove possibile, nuovamente escusso in dibattimento, la giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di precisare che ove l'atto di consulenza venga inserito nel fascicolo del dibattimento (art. 431, c. 1, lett. c)) le sue risultanze sono utilizzabili indipendentemente dall'esame del consulente²⁰⁵, salvo che la relazione incorpori anche elementi di carattere ripetibile. Particolari profili di interesse, per quanto riguarda le garanzie apprestate dal legislatore, occorrono in tutti quei casi (non infrequenti, considerata anche la previsione dell'esame autoptico di cui all'art. 116 Disp. Att.) in cui l'accertamento irripetibile debba svolgersi senza che vi siano ancora soggetti iscritti nel registro delle persone sottoposte alle indagini. La giurisprudenza ha avuto modo di precisare l'obbligo del rispetto delle garanzie anche nei confronti del soggetto "comunque raggiunto da indizi di reità"²⁰⁶: invero, nella prassi, non è infrequente la pratica del ritardo "strategico"

²⁰³ F. GIUNCHEDI, *Decisività e limiti degli accertamenti tecnici irripetibili*, in *Archivio Penale*, 2020 n. 1, 16; di pari avviso T. RAFARACI, *Art. 11 [Art. 391-decies] l. 397/2000*, in M. CHIAVARIO-E. MARZADURI, *La difesa penale. Commento alle leggi 7 dicembre 2000 n. 397, 6 marzo 2001 n. 60, 29 marzo 2001 n. 134 e alle successive modifiche*, 2003, 240.

²⁰⁴ F. FOCARDI, *Estesa anche alle parti private la possibilità di compiere attività tecniche irripetibili*, in L. FILIPPI, *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, 2001, 391.

²⁰⁵ Cass., sez. IV, 17 luglio 2019, n. 38583

²⁰⁶ Cass., sez. II 26 aprile 2018, n. 34745; sez. V, 8 ottobre 2014, n. 5581/15

dell'iscrizione a registro della persona sottoposta alle indagini, pertanto, comportando ciò l'impossibilità di partecipazione del difensore all'accertamento, la giurisprudenza di legittimità ha abbracciato la conclusione secondo cui anche il soggetto non iscritto al registro delle persone sottoposte alle indagini debba essere raggiunto dall'avviso di espletamento dell'accertamento tecnico irripetibile, precisando in ulteriori pronunce²⁰⁷ che nulla rileva l'iscrizione della notizia a Mod. 45 od a carico di ignoti. È evidente come, qualora il Pubblico Ministero non abbia ancora individuato la persona nei cui confronti si procede, i risultati degli accertamenti saranno comunque utilizzabili in dibattimento nei confronti della persona che successivamente assumerà le qualità di imputato: invero, qualora non sussistano indizi di reità a carico di alcun soggetto, l'unica garanzia del diritto di difesa è costituita dall'avviso del deposito del verbale dell'atto di accertamento irripetibile, il quale deve essere notificato al difensore del soggetto successivamente raggiunto da indizi di reità²⁰⁸. Parte della dottrina non ha mancato di prospettare una possibile soluzione al vuoto di contraddittorio che verrebbe a crearsi in mancanza dell'addebitabilità degli indizi di reità, auspicando in tal caso la previsione dell'ingresso nell'accertamento irripetibile di un «consulente difensivo “a futura memoria”, che indossi anche solo e semplicemente le vesti di *discussant*»²⁰⁹, non mancando tuttavia di evidenziare come lo stesso Pubblico Ministero non dovrebbe, almeno secondo la lettera della legge, sottrarsi alla ricerca degli elementi a discarico della persona sottoposta alle indagini²¹⁰.

Ulteriore questione di preminente interesse per quanto afferisce alle garanzie della persona sottoposta alle indagini risiede nel tracciare il confine tra “meri rilievi” e vero e proprio accertamento tecnico, considerata la possibilità di

²⁰⁷ Cass., sez. IV, 4 maggio 2021, 16819

²⁰⁸ P. TONINI-C. CONTI, *Op. Cit.*, 574

²⁰⁹ F. GIUNCHEDI, *Decisività e limiti degli accertamenti tecnici irripetibili*, 19

²¹⁰ N. FUSARO, *Delitti e condanne. Prova scientifica e ragionevole dubbio*, in *Osservatorio del processo penale*, 2009, 4-5

controllo che la persona sottoposta alle indagini ha su quest'ultimo. La questione, da ultimo, è stata affrontata dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 239 del 26 settembre 2017. Nel caso di specie, il giudice rimettente ha sollevato dubbi di legittimità costituzionale in ragione del fatto che l'art. 360 non preveda di estendere le garanzie proprie degli accertamenti tecnici irripetibili anche alle attività di rilievo delle tracce biologiche per la determinazione del profilo genetico (DNA), considerato che gli stessi non dovrebbero considerarsi come “meri rilievi” in ragione del fatto che l'espletamento richiede «il rispetto di severi protocolli cautelari», finalizzati in particolare a scongiurare la possibilità di inquinamento e contaminazione delle tracce: per ciò solo, ad avviso del giudice *a quo*, tali operazioni non sarebbero qualificabili come “meramente esecutive” e richiederebbero l'estensione del regime di garanzia previsto dall'art. 360²¹¹. I dubbi del giudice rimettente appaiono più che fondati: l'attività di raccolta delle tracce biologiche finalizzata al confronto di profili genetici è effettivamente caratterizzata da particolare delicatezza e complessità, e l'esecuzione di tali operazioni nelle more delle garanzie predisposte dall'art. 360 ben potrebbe scongiurare potenziali esiti distruttivi, per l'integrità della prova, che deriverebbero dalla contaminazione del materiale biologico²¹². Invero, parte della dottrina (condivisibilmente, ndr) sostiene che il rilievo delle tracce biologiche meriti sempre di essere assoggettato alle garanzie proprie degli accertamenti tecnici irripetibili, particolarmente in ragione del rischio connesso alla contaminazione ed alla potenziale produzione di una falsa prova *a carico*²¹³. Ciò detto, nel (seppur non in maniera univoca) fare chiarezza sul punto, il

²¹¹ Ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale della Corte d'Assise d'appello di Roma, sez. III, 28 settembre 2016

²¹² Secondo Cass., sez. V, 27 marzo – 7 settembre 2015, n. 36080 (su ricorso Sollecito e Knox), non si può dare «valore indiziario agli esiti dell'indagine genetica [...] frutto di *non ortodossa* procedura di raccolta e repertazione»

²¹³ R. VALLI, *La consulta interviene sulla nozione di “rilievo” aprendo una zona grigia nella determinazione dei confini di applicabilità dell'art. 360 c.p.p.*, in *Dir. Pen. Contemporaneo*, n. 4/2018, 59

Giudice delle leggi ha precisato che i rilievi di materiale biologico, quando consistenti in mere operazioni esecutive e non caratterizzate da un *quid pluris* di attività valutativa, non sono soggetti alle garanzie dell'art. 360, individuando esattamente nell'attività valutativa afferente all'operazione la demarcazione tra "meri rilievi" (non assoggettati a garanzia alcuna) e veri e propri accertamenti tecnici.²¹⁴

3.3 – L'INCIDENTE PROBATORIO PER L'ASSUNZIONE DELLA PROVA DICHIARATIVA

Di particolare interesse in ragione dell'argomento centrale trattato nel presente scritto è l'analisi delle disposizioni che disciplinano il ricorso all'istituto in esame per l'assunzione della prova dichiarativa: la c.d. *cross examination* è momento topico e centrale del processo accusatorio, personificandosi nell'esame e nel controesame di testimoni e, talvolta, parti processuali l'essenza dei principi di oralità ed immediatezza. In ragione, pertanto, del ruolo primario che rivestono le dichiarazioni rese dalla viva voce della persona sottoposta all'esame, numerosi sono i casi in cui è possibile (se non indefettibile) il ricorso all'incidente probatorio per l'assunzione della prova dichiarativa²¹⁵, ritenendo il legislatore di dover rispondere alla necessità di scongiurare, per quanto possibile, l'inquinamento della fonte di prova più peculiare del processo penale. Per quanto riguarda l'assunzione di testimonianze, sin dall'originaria formulazione, l'art. 392 c. 1 prevede due distinte ipotesi, di cui alle lettere *a)* e *b)*.

²¹⁴ Corte cost., sent. 26 settembre 2017, n. 239

²¹⁵ L. SURACI, *L'incidente Probatorio*, 2017, 68

Nel primo caso di cui alla lett. a) è stabilito che, su richiesta del pubblico ministero o della persona sottoposta alle indagini, si possa procedere all'assunzione in incidente probatorio della testimonianza resa dalla persona ove vi sia fondato motivo di ritenere che la stessa non potrà essere esaminata nel dibattimento per infermità o altro grave impedimento. Tale previsione, sospinta dalle esigenze di conservazione della prova testimoniale esposta al rischio di non poter essere assunta in dibattimento, rientra tra i c.d. *casi tassativi di non rinviabilità*, dal momento che il codice ancora la possibilità di anticipare l'assunzione della testimonianza alla fondata previsione di indifferibilità. Analizzando il requisito dell'infermità non si deve aver riguardo tanto alla gravità *ex se* della malattia che affligge il potenziale testimone, quanto alla sua effettiva idoneità a pregiudicare l'assunzione della testimonianza in dibattimento²¹⁶: vi rientrano tutti i casi di preventivabile morte del teste, ma anche le patologie che, pur non idonee a cagionare la morte del teste, sono tali da poter pregiudicare la possibilità di effettuare la deposizione in futuro²¹⁷, quali tutte le condizioni neurologiche in grado di compromettere la memoria e degenerare i ricordi compromettendo l'efficacia della testimonianza. Ne sono esempio di scuola il teste gravemente ammalato ma anche quello in età avanzata, pur non essendo in questo ultimo caso sufficiente il fattore dell'età *ex se*, dovendosi esaminare anche le effettive condizioni di salute del teste, come precisato dalla stessa Corte di Cassazione²¹⁸, secondo la quale pronuncia l'avanzata età non rende prevedibile l'impossibilità di ripetizione delle dichiarazioni rese salvo che, al momento dell'escussione ed in ragione di particolari patologie ingravescenti, non fosse pronosticabile che la vita del dichiarante non sarebbe giunta sino alla celebrazione del dibattimento²¹⁹.

²¹⁶ K. LA REGINA, *Incidente Probatorio*, 562

²¹⁷ S. SAU, *Art. 392*, cit., 4898

²¹⁸ Cass., sez. IV, 3 marzo 2016, n. 24688

²¹⁹ G. LATTANZI-E. LUPO, *Codice di procedura penale*, vol. III, 375

Ancora, è ammessa la richiesta di assumere la testimonianza in incidente probatorio del soggetto danneggiato da lesioni personali (idonee a metterne in pericolo la sopravvivenza sino al dibattimento) che abbia reso dichiarazioni utili alla polizia giudiziaria o al Pubblico Ministero²²⁰. In ognuna delle fattispecie sopra illustrate è indefettibile rammentare che ove il potenziale perimento del teste fosse in astratto prevedibile dalle parti, e queste non avessero utilmente chiesto l'esame in incidente probatorio, le dichiarazioni precedentemente rese non possono aver accesso alla lettura di cui all'art. 512. Rimangono al contrario pacificamente escluse dal novero di cui alla lettera *a*) dell'art. 392 c. 1 tutte quelle ipotesi nelle quali il soggetto soffre patologie che incidono sulle capacità di locomozione²²¹ (ben potendo far ricorso all'esame *a domicilio* di cui all'art. 502), nonché le situazioni in cui sia prevedibile l'insorgenza di patologie aggressive verso l'udito o la parola²²², predisponendo il legislatore l'assunzione del testimone di cui all'art. 119. Ulteriore fattispecie prevista dalla lettera *a*) della disposizione in esame è la sussistenza di un *grave impedimento* potenzialmente idoneo a pregiudicare l'assunzione della testimonianza in dibattimento. In questa sede il legislatore ha ritenuto di ricorrere ad un paradigma generale, senza restringerne eccessivamente il campo di applicabilità. La portata indeterminata ed ampia della definizione di "grave impedimento" valorizza il ruolo primario della testimonianza nel processo accusatorio²²³, ampliandone i confini di operatività e, financo, inducendo parte della dottrina a qualificare la fattispecie in esame come *locus minoris resistentiae* della norma²²⁴. La previsione del grave impedimento ha in comune con la precedente ipotesi l'indifferibilità dell'assunzione della prova testimoniale per causa propria del testimone, tuttavia, in questo caso, il pericolo non scaturisce direttamente dalle condizioni

²²⁰ Cass., sez. I, 9 maggio 1995, n. 5168

²²¹ P. RENON, *L'incidente probatorio nel procedimento penale*, 2000, 72

²²² G. CONSO-V. GREVI, *Commentario breve al codice di procedura penale*, 2018, 1689

²²³ L. SURACI, *op. cit.*, 66

²²⁴ K. LA REGINA, *op. cit.*, 564

di salute del potenziale testimone. L'esempio di più comune uso è l'imminente trasferimento all'estero della persona, o anche l'escussione della persona che non abbia fissa dimora, considerati i rischi legati all'irreperibilità del testimone.

La seconda ipotesi di cui alla lettera *b*) riguarda parimenti l'assunzione di una testimonianza, differenziandosi dalla lettera *a*) principalmente per un presupposto. Invero, nella casistica precedentemente esaminata, la problematica del deperimento probatorio riguardava lo stesso mezzo di prova, dirigendosi la previsione normativa a salvaguardarne la sua ripetibilità, mentre nel caso di cui alla lettera *b*) la finalità è tutelare la fonte di prova e preservarne la sua genuinità²²⁵ da azioni nocive volte ad impedirne la deposizione in dibattimento o distorcerne il tenore *contra veritatem*²²⁶. La disposizione in esame consente alle parti di richiedere l'assunzione della testimonianza in incidente probatorio qualora vi sia fondato motivo di ritenere che il potenziale testimone sia esposto a condotta illecita (indifferentemente può trattarsi di una condotta violenta o minaccevole, ma anche di offerta di denaro o altre utilità) affinché egli si sottragga all'esame testimoniale ovvero deponga il falso. La ratio della norma è solo parzialmente autoevidente: se da un lato è *ictu oculi* riscontrabile l'esigenza di preservare l'apporto testimoniale da fattori che ne compromettano la genuinità, parte della dottrina²²⁷ ritiene che fra gli obiettivi primari della disposizione risieda anche l'esigenza di tutelare la stessa vita del dichiarante, in ragione del fatto che una volta assunta la sua testimonianza in incidente probatorio perirebbe l'interesse a porre in essere azioni perturbatrici nei confronti del teste potenziale; di più, seppur dalla formulazione della norma sembra apparire che la condotta illecita debba rivolgersi esclusivamente alla persona del dichiarante, la dottrina è (ragionevolmente, ndr) uniforme²²⁸ nel

²²⁵ P. DI GERONIMO, *L'Incidente Probatorio*, cit., 32

²²⁶ C. MORSELLI, *L'Incidente Probatorio*, cit., 2000, 65

²²⁷ P.L. VIGNA, in M. CHIAVARIO, *Commento al codice di procedura penale*, vol. IV, 1991, 476; S. SAU, *L'Incidente Probatorio*, 2001, 138

²²⁸ K. LA REGINA, in G. SPANGHER, *Trattato*, III, 566 s.

ritenere che violenza e minaccia conservano la stessa attitudine coercitiva della volontà anche laddove aggressive non del solo dichiarante, ma anche nei confronti di altre persone ad egli particolarmente vicine (per vincoli di parentela, amicizia, affetto o solidarietà) od anche avverso i suoi beni patrimoniali. In ordine all'ammissibilità della richiesta, la dottrina è compatta nell'escludere il rilievo di astratte presunzioni di pregiudizio fondate sulla tipologia di reato per cui si procede o sulla personalità della persona sottoposta alle indagini (come, ad esempio, eventuali precedenti penali a suo carico), dovendo la richiesta esser sorretta da un quadro sintomatico realmente idoneo a pregiudicare la genuinità della prova²²⁹ e non da elementi astratti e meccanicamente dedotti dal titolo di reato o dalla pericolosità e condotta di vita dell'imputato²³⁰. Non manca in dottrina chi, tuttavia, ritiene eccessivo l'onere di dimostrare gli elementi concreti propri della previsione normativa rispetto alla finalità che l'incidente probatorio è destinato a perseguire, rischiando di comprometterne irragionevolmente la sua utilità, con riferimento particolare ai processi di crimine organizzato: in tali ipotesi il pericolo di inquinamento della fonte di prova scaturisce tipicamente dal tipo di reato per cui si procede, ed anche ove «il rischio di inquinamento risulti *per tabulas*, non sarà certamente agevole allegare la presenza di quegli elementi "concreti e specifici" assunti dal legislatore come condizioni ineludibili per il ricorso all'assunzione anticipata della prova»²³¹. Particolare attenzione deve riservarsi al momento in cui le condotte illecite debbono venire ad esistenza: posto che la giurisprudenza postula di valutare l'imprevedibilità dei fatti in riferimento non al momento dibattimentale ma a quello delle indagini preliminari²³², la dottrina si divide sul quando la condotta coercitiva o subornante debba intervenire perché la richiesta di incidente probatorio possa considerarsi

²²⁹ C. MORSELLI, *L'Incidente Probatorio*, 90; M. BARGIS, *Incidente Probatorio*, 348

²³⁰ G. DI CHIARA, *Incidente Probatorio*, 548

²³¹ G. DE ROBERTO, *Incidente Probatorio*, cit., 8, in L. SURACI, *L'incidente probatorio*, 75

²³² Cass., Sez. I, 11 Novembre 1992, Betancor, C.E.D., n. 193437

ammissibile. Un'impostazione ritiene che la condotta illecita, consistente in atti dal carattere inequivocabilmente minaccioso, debba essere già venuta ad esistenza anteriormente alla richiesta²³³ (senza alcuna preclusione in ordine alla fonte da cui sono desumibili tali circostanze); tuttavia, altra parte della dottrina, ritiene sufficiente «la mera potenzialità dell'intervento del *quid* perturbatore, purché ancorata alla specificità e concretezza dei dati a sostegno della prognosi»²³⁴, adottando un approccio meno restrittivo in ordine ai presupposti idonei a fondare la richiesta di incidente probatorio ed in sostanza ammettendo di potervi ricorrere anche in assenza del requisito dell'attualità, senza che la condotta violenta o l'offerta di denaro siano ancora intervenute. In tale prospettiva, ispirata specificatamente dalle indagini per reati di criminalità organizzata, si rinviene un orientamento dottrinale che da rilievo alla forza intimidatoria (intrinseca alla tipologia di reato) non dimostrabile attraverso le allegazioni, esplicitando un'esigenza di tutela massima avverso l'inquinamento della prova ed ammettendo il ricorso all'incidente probatorio anche ove la condotta illecita sia ragionevolmente prevedibile²³⁵.

Di particolare interesse, in relazione all'ipotesi di cui alla lettera *a*) dell'art. 392 c.1 e per la trattazione del principio d'immediatezza, è la disciplina delle letture in dibattimento delle dichiarazioni assunte nell'incidente probatorio. Riguardo alla previsione di cui alla lettera *a*), la Corte di Cassazione²³⁶ ha portato di nuovo in evidenza il carattere eccezionale dell'istituto ed il sacrificio che comporta per il principio di immediatezza, pur garantendo un contraddittorio pieno nell'assunzione delle dichiarazioni: ad avviso della Corte delle dichiarazioni raccolte in sede di incidente probatorio, pur se inserite nel fascicolo per il dibattimento, se ne può dare lettura in dibattimento solo successivamente

²³³ P.L. VIGNA, in *Commento Chiavario*, vol. IV, 466

²³⁴ G. DI CHIARA, *Op. Cit.*, 548

²³⁵ G. BIONDI, *L'Incidente Probatorio nel processo penale*, 2006, 18

²³⁶ Cass. Sez. I, 17 maggio 2019, n. 21731

alla rinnovazione dell'esame della persona che le ha rese, salvo che si proceda per uno dei reati di cui all'art. 190-*bis*. Intendendo per quanto possibile preservare il principio di immediatezza, la Corte deriva la pronuncia dalla disciplina di cui all'art 511 c. 2, a mente del quale la lettura dei verbali delle dichiarazioni è disposta solo successivamente all'esame della persona che le ha rese. Le parti dovranno, ove possibile, procedere ad una nuova escussione della fonte, al contrario, qualora si fosse realmente concretizzato il pericolo per cui è stato richiesto l'incidente probatorio, ben potrà darsi lettura dei verbali già formati.

3.4 – L'INCIDENTE PROBATORIO “SPECIALE”: LA TESTIMONIANZA DEL SOGGETTO DEBOLE E L'ESAME PROTETTO

Per la particolare complessità che lo caratterizza, e per l'ulteriore tratto di polifunzionalità dell'istituto in esame che ne deriva, si è ritenuto opportuno dedicare all'analisi del comma 1-*bis* dell'art. 392 un separato paragrafo, anche e non limitatamente in ragione del fatto che la sua trattazione richiede di prendere in considerazione tutto il coacervo normativo afferente al c.d. esame protetto del testimone vulnerabile. A tal proposito, il legislatore ha introdotto più disposizioni in un arco temporale tra il 1996 ed il 2015, dando luogo a difetti di coordinamento, improprietà terminologiche e disorganicità²³⁷ nel costruire un impianto normativo in grado di contemperare le esigenze di protezione dei soggetti deboli con il principio di immediatezza. La primaria ragion d'essere della disposizione in esame è di duplice natura: da un lato vi è l'esigenza di tutela dei soggetti deboli verso la loro sovraesposizione allo stress ed alle sollecitazioni

²³⁷ P. TONINI-C. CONTI, *Op. Cit.*, 736

tipiche del dibattimento che vanno a concretizzarsi, in particolar modo, nell'esecuzione dell'esame incrociato; dall'altro, ritenuta preminente dalla dottrina²³⁸, risiede la necessità di saggiare la credibilità e l'attendibilità del soggetto esaminato, che sia egli persona offesa dal reato o testimone²³⁹, nel momento in cui la memoria non ha ancora subito le deformazioni proprie causate da situazioni di vulnerabilità in concorso con il trascorrere del tempo. Con l'introduzione del comma 1-bis in esame, ad opera della l. n. 66 del 1996, il legislatore, in un primo momento, ha inteso sottrarre il minore di sedici anni dall'ordinario esame incrociato dibattimentale per quei procedimenti aventi ad oggetto delitti in materia di violenza sessuale, disponendo che si proceda in incidente probatorio prescindendo dalla condizione di non rinviabilità della prova: ciò ha dato causa alla c.d. *tecnica del catalogo*²⁴⁰, in forza della quale, ove si proceda per taluno dei reati indicati e la persona da esaminare sia un minore di sedici anni, l'esame deve sempre svolgersi in incidente probatorio. Il catalogo dei reati è stato gradualmente ampliato dal legislatore, il quale ha introdotto anche delitti estranei alla sfera della violenza sessuale (quali, ad esempio, i maltrattamenti in famiglia ex 572 cp o gli atti persecutori ex 612-bis cp) ed ha elevato il requisito soggettivo dell'età della persona da esaminare in incidente probatorio (il soggetto debole "minore infrasedicenne" è divenuto "infradiciottenne", a seguito della l. 69 del 2019). Ciò detto (ad indice della disarmonia degli apporti del legislatore, ndr), da ultimo, con il Dlgs 212 del 2015, il legislatore ha ritenuto di abbandonare la c.d. tecnica del catalogo, per

²³⁸ P. TONINI-C. CONTI, *Op. Cit.*, 600

²³⁹ L.G. VELANI, *Le modifiche apportate in materia di incidente probatorio: le innovazioni in tema di audizione di minorenni e della persona offesa maggiorenne, nei casi ex art. 392 comma 1-bis c.p.p.*, in E. MARZADURI-F. GIUNTA, *La nuova normativa sulla sicurezza pubblica*, 2010, 598 s.; S. RECCHIONE, *La vittima cambia il volto del processo penale: le tre parti "eventuali", la testimonianza dell'offeso vulnerabile, la mutazione del principio di oralità*, in *Diritto Penale Contemporaneo* 16 gennaio 2017, 72: è ragionevole affermare che l'espressione generica "persona minorenni" non si riferisca esclusivamente alla persona offesa dal reato, ma anche al soggetto che rivesta la sola qualità di testimone.

²⁴⁰ G. LATTANZI-E. LUPO, *Codice di procedura penale*, vol. III, 398

abbracciare un approccio che pone l'accento sulla maggior tutela del soggetto da esaminare: l'appena menzionato decreto legislativo ha introdotto il secondo periodo del comma 1-*bis* dell'art. 392, a mente del quale, qualunque sia il reato per cui si procede, la persona che versa in «condizione di particolare vulnerabilità» deve essere esaminata in incidente probatorio, ricavando il concetto di vulnerabilità dall'art. 90-*quater*, sul quale è opportuno soffermarsi in ragione della sua sottoposizione alle costanti evoluzioni giurisprudenziali e normative. La vasta ed indeterminata nozione di vulnerabilità contribuisce a ridurre il carattere eccezionale dell'istituto e conseguentemente anche la portata del principio di immediatezza²⁴¹: oltretutto all'età, la quale non è un parametro da intendersi riferito esclusivamente al minore degli anni diciotto (ben potendo essere vulnerabile, in ragione dell'età, anche la persona anziana), e la deficienza psichica (può considerarsi infermità rilevante quella idonea a compromettere le capacità di reazione del soggetto da esaminare alle tensioni proprie del dibattimento), vengono a rilievo le modalità e le circostanze del fatto per cui si procede, quali la commissione dello stesso con violenza alla persona, con odio razziale, con finalità di discriminazione ovvero la riconducibilità del fatto ad ambiti di crimine organizzato o di terrorismo. Da una simile impostazione, in seguito all'intervento del menzionato Dlgs 212/2015, la dottrina ricava la distinzione tra soggetti con vulnerabilità presunta (persone offese da specifici reati indicati negli artt. 351, 392, 398 e 489), per i quali il sistema appresta il trattamento differenziato in maniera automatica, e soggetti a vulnerabilità atipica (per fatti estranei al già citato "catalogo" di reati), dovendo in tal caso il richiedente indicare le particolari ragioni della vulnerabilità per cui si richiede l'esperimento dell'incidente processuale.

Nell'ottica del sacrificio del dibattimento è di interesse esaminare il regime dibattimentale delle dichiarazioni rese dal soggetto debole in incidente

²⁴¹ G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, 2020, 383

probatorio. L'originaria ratio del comma 1-*bis* in esame risiedeva nella volontà di tutela del minore dalla sua esposizione al dibattimento²⁴², ciò nonostante, mancando una specifica disposizione sul punto, inizialmente si riteneva di dover sottoporre le dichiarazioni del minore alla regola generale secondo cui le prove assunte con le forme dell'incidente probatorio devono essere nuovamente acquisite, ove ciò sia possibile, in sede dibattimentale. L'evidente aporia data dal contrasto tra le esigenze di tutela e la necessità di ripetere le dichiarazioni in dibattimento ha portato il legislatore ad affrontare e risolvere il tema con la l. 269 del 1998: introducendo il comma 1-*bis* dell'art. 190-*bis*, si è consentito al giudice di rigettare la richiesta di acquisizione dibattimentale della testimonianza del minore ove ciò non risulti necessario. L'intervento non è scevro da problematiche ulteriori, limitandosi il legislatore ad affrontare la sola ipotesi del soggetto minorenni e mancando di coordinamento con tutte le altre disposizioni e situazioni in cui il testimone viva uno stato di particolare vulnerabilità: materialmente, anche dopo l'intervento del 1998, la persona offesa maggiorenne dai reati di cui all'art 190-*bis* avrebbe dovuto comunque ripetere l'esame in dibattimento a mera richiesta delle parti, a sola condizione che la prova non apparisse manifestamente superflua od irrilevante²⁴³. In ultimo, con il già menzionato dlgs 212/2015, con l'introduzione di un ulteriore periodo nel comma 1-*bis* dell'art. 190-*bis*, il legislatore ha esteso l'applicabilità del regime di cui al primo comma alla persona offesa in condizione di particolare vulnerabilità, rendendo così, finalmente, effettiva la tutela del dichiarante vulnerabile.

Ulteriore aspetto di preminente interesse è lo spazio di discrezionalità del giudice in ordine all'ammissibilità della richiesta di incidente probatorio speciale. Il tema, che vede la dottrina divisa in più orientamenti distinti, ha vissuto approcci giurisprudenziali che sono mutati nel corso degli anni. Secondo

²⁴² On. A. VIGNERI, *Relazione alla Comm.ne Affari Costituzionali della Camera*, 18 luglio 1995

²⁴³ G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, 382 e G. CONSO-V. GREVI-M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, 575 s.

un'impostazione più restrittiva, parte della dottrina vorrebbe come indefettibile, unitamente ai requisiti già posti dal comma 1-*bis* art. 392, il requisito di non rinviabilità della prova²⁴⁴, a mente del fatto che l'art. 393 comma 1 lett. c) non prospetta distinzione alcuna nell'imporre al richiedente l'obbligo di indicare le circostanze che «rendono la prova non rinviabile a dibattimento». Una visione meno restrittiva dell'ammissibilità²⁴⁵, suffragata da alcune pronunce giurisprudenziali abbastanza risalenti²⁴⁶, vuole che il giudice debba pur procedere ad una verifica dei requisiti soggettivi delle persone da esaminare, non essendo comunque vincolato dall'obbligo di accogliere la richiesta. L'approccio meno restrittivo in assoluto ritiene invece sufficiente che il reato per cui si procede rientri tra le fattispecie della norma e che il soggetto da esaminare sia un minore²⁴⁷, prospettando in tal caso una certa "presunzione per legge di non rinviabilità", ritenendo in tal senso il Pubblico Ministero non gravato da alcun onere di motivazione in merito alla sussistenza dei requisiti di urgenza. Dirimenti, in tal senso, sono le pronunce giurisprudenziali succedutesi nel corso del tempo: l'orientamento attuale²⁴⁸ ritiene di escludere la sussistenza di qualsiasi potere discrezionale in capo al giudice, dovendo egli operare valutazioni solamente in ordine alla qualifica processuale dei soggetti (inteso che l'istanza deve promanare da un soggetto processuale legittimato), alla pendenza del procedimento nella fase delle indagini preliminari (o in udienza preliminare), all'appartenenza del reato per cui si procede fra quelli indicati dalla norma e alla sussistenza dei requisiti di vulnerabilità della persona da esaminare. Ciò da

²⁴⁴ P. BARTOLO, *I profili processuali*, in F. COPPI, *I reati sessuali. I reati di sfruttamento dei minori e riduzione in schiavitù per fini sessuali*, Giappichelli, 2007, 284

²⁴⁵ L. IAFISCO, *Art. 13 l. 3 agosto 1998, n. 269, Commenti articolo per articolo*, in *Leg. Pen.* 1999, 130

²⁴⁶ G.i.p. Varese, 23 febbraio 1999, *Foro ambr.* 1999, 182; Trib. Verona, 8 aprile 2004, *Giur. Merito* 2004, 1805

²⁴⁷ P.L. VIGNA, *Op. cit.*, IV, 487 e anche D. PRETTI, *L'incidente probatorio*, in F. ALVINO-D. PRETTI, *Le indagini preliminari. Tra fonti disciplinari e prassi applicative*, 2017, 314, ritenendo il giudice tenuto all'assunzione anticipata della prova

²⁴⁸ Cass., sez III, 10 ottobre 2019, n. 47572; conforme in motivazione alla n. 34091 del 2019

intendersi, come successivamente precisato dalla Corte costituzionale²⁴⁹, anche qualora l'assunzione della testimonianza riguardi la persona minorenni non offesa dal reato: nel ribadire l'assenza di discrezionalità del giudice in punto di accoglimento della richiesta di incidente probatorio "speciale", il Giudice delle leggi ha condiviso l'approccio della consolidata giurisprudenza di Cassazione²⁵⁰, che a più riprese ha ritenuto abnorme l'ordinanza di rigetto del G.i.p. motivata dal difetto dei motivi di urgenza, sconfessando così, collateralmente, l'orientamento maggioritario di dottrina e giurisprudenza che ritiene l'ordinanza di rigetto dell'istanza di incidente probatorio non impugnabile in forza del principio di tassatività delle impugnazioni di cui all'art. 586.

²⁴⁹ Corte cost., 5 febbraio 2021, n. 14

²⁵⁰ Già citata Cass., sez III, 16 maggio 2019, n. 34091, in ordine al profilo processuale dell'impugnabilità del provvedimento di rigetto della richiesta di incidente probatorio

CAPITOLO IV

LA PROVA DICHIARATIVA

4.1 – L’ESCUSSIONE DEL TESTIMONE E LA SUA CENTRALITÀ NEL PROCESSO PENALE. ASPETTI GENERALI DELLA DISCIPLINA.

Preliminarmente all’analisi compiuta della disciplina afferente all’esame dei testimoni, occorre soffermarsi sugli aspetti (tipici del rito accusatorio) che riguardano l’ammissione degli stessi. In ossequio al principio di parità delle parti, ispirato da un’impostazione di garanzia per l’imputato, il codice di rito dispone un preciso ordine per l’assunzione delle prove in dibattimento: l’art. 496 prevede che l’istruzione dibattimentale inizi con l’assunzione delle prove richieste dal Pubblico Ministero, e successivamente si proceda all’assunzione di quelle richieste dal difensore dell’imputato (precisamente, secondo la formulazione letterale, “richieste da altre parti). Ciò discende primariamente dalle scelte sistematiche di ripartizione dell’onere della prova²⁵¹, in ragione delle quali spetta al Pubblico Ministero, organo inquirente, l’onere di provare la colpevolezza dell’imputato, rimanendo così egli esposto al rischio della mancata prova; tuttavia è pure autoevidente in tale impostazione la posizione ragionata di vantaggio strategico dell’imputato, il quale, considerato che si procederà prima con l’assunzione delle prove a suo carico e successivamente di quelle a discarico, conserva sempre la possibilità di «giocare le sue carte solo dopo che l’accusa abbia esaurito l’escussione delle prove a carico»²⁵², salvo che le parti non concordino un differente ordine di assunzione delle prove. Ciò è vero anche qualora le parti abbiano richiesto l’esame dello stesso testimone, per cui, a mente

²⁵¹ A. DIDI, *Principio di disponibilità e ordine nella formazione della prova dibattimentale*, in *Giust. Pen.*, 1995, n. 3, 491

²⁵² G. CONSO-V. GREVI-M. BARGIS, *Compendio di Procedura Penale*, VIII ed., 742

dell'art. 496, sarà comunque il soggetto inquirente ad iniziare l'esame. A mente di quanto esposto, si segnala un'evidente "stortura" logica del sistema che la giurisprudenza non ha mancato di far emergere²⁵³: nonostante sia posto a presidio dei principi dell'onere della prova e del *favor rei*, l'ordine indicato dall'art. 496 ha natura meramente ordinatoria e la sua violazione non è assistita da alcuna sanzione processuale, stante il principio di tassatività delle nullità, pur essendosi parte della dottrina espressa in senso contrario²⁵⁴ e ritenendo che la violazione dell'ordine di assunzione comporti nullità *ex art. 178 lett. c)*.

La prima fase dell'assunzione della prova testimoniale è rappresentata dall'esame diretto, unica fase necessaria. In questa sede, la parte che ha chiesto l'assunzione della prova procede ad esaminare il testimone al fine di dimostrare la correttezza della propria tesi²⁵⁵, nel perimetro delle circostanze indicate nella lista testimoniale di cui all'art. 468, potendo comunque l'esame estendersi tanto alle circostanze ulteriori che emergono dalle dichiarazioni del testimone, quanto ad ulteriori circostanze di cui l'accertamento è necessario al fine della valutazione di credibilità del testimone. Ricade nell'area dell'esame anche l'escussione testimoniale effettuata dal soggetto portatore di interessi comuni alla parte che ha chiesto l'ammissione della prova²⁵⁶ (si pensi, ad esempio, alla posizione del difensore di parte civile rispetto al Pubblico Ministero: entrambi rappresentano l'interesse a sostenere l'accusa in giudizio), anche qualora non avesse egli stesso chiesto l'assunzione del mezzo di prova.

All'esame segue il controesame, momento eventuale al quale la parte potrebbe ben decidere di non procedere in ordine alle sue determinazioni di

²⁵³ Cass., sez. VI, 3 ottobre 2018, n. 3609/10 e anche Cass, sez. VI, 22 ottobre 2009, n. 9072/10

²⁵⁴ G. GIANZI, *Esame diretto e controesame dei testimoni*, in *Enc. Dir.*, vol. III, 1999, 592

²⁵⁵ F. CALLARI, *L'assunzione della testimonianza sulla scena del processo penale: individuazione dei ruoli, tra giudice e parti, nella conduzione dell'esame dibattimentale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 2013, n. 4, 1873

²⁵⁶ A. AVANZINI, *L'Esame dibattimentale delle fonti di prova personali*, 1992, 61

strategia processuale. La principale funzione del controesame, svolto dalla parte contrapposta a chi ha proceduto all'esame, risiede nell'ingenerare dubbio in ordine alla credibilità del testimone ed alla veridicità dei fatti dallo stesso rappresentati²⁵⁷, per tale ragione questa fase si caratterizza, come si vedrà successivamente, da una più ampia libertà per le parti nella sua esecuzione: a titolo esemplificativo, l'art. 499 comma 3 dispone che le domande suggestive siano vietate nella fase dell'esame, pertanto, non menzionando la norma il controesame, è ragionevole ritenere che le stesse domande suggestive siano consentite in questa fase, anche e soprattutto in ragione del ruolo di "sollecitazione" che riveste nei confronti del testimone esaminato. Il controesame, come confermato dalla più recente giurisprudenza²⁵⁸, può vertere su tutte le circostanze indicate nella lista testimoniale e non è da considerarsi limitato a quanto domandato in sede di esame, dovendosi diversamente ammettere l'impossibilità di porre domande afferenti ai punti omessi in sede d'esame; del pari, come per l'esame, può estendersi a tutte le circostanze necessarie per verificare la credibilità del testimone.

Fase ulteriore è costituita dal riesame, effettuato, successivamente al controesame, dalla stessa parte che ha svolto l'esame diretto, la quale ha in questa sede interesse a correggere o limitare eventuali risultanze negative emerse in sede di controesame. In ossequio al principio generale di parità delle parti, alcuna dottrina²⁵⁹ sostiene che controesame e riesame possano alternarsi in repliche ulteriori e successive senza limiti particolari, almeno finché non possa ritenersi esaurito ogni profilo probatorio rilevante.

L'esame incrociato della fonte di prova dichiarativa è quindi lo strumento più idoneo a realizzare il principio di formazione della prova in

²⁵⁷ P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, 2017, 115

²⁵⁸ Cass., sez. VI, 27 aprile 2018, n. 54424

²⁵⁹ G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in P. FERRUA, *La prova nel dibattimento penale*, 2010, 115

contraddittorio²⁶⁰, ed i tre distinti segmenti sopra elencati rappresentano una delle maggiori novità del nuovo codice di rito. Il legislatore ha così sottratto al giudice il monopolio della prova²⁶¹, scegliendo di sottoporre quest'ultima al vaglio della critica delle parti, le quali, nelle forme tipicamente dialettiche del contraddittorio, con l'escussione del testimone ritrovano lo strumento più opportuno per dare vita ad una sintesi dei fatti ricostruita attraverso la contrapposizione delle opposte visioni di parte inquirente e difensore. A tutto ciò, nel quadro tracciato dal modello accusatorio, il giudice non prende (*rectius* non dovrebbe prendere, almeno di regola) parte: mentre nel defunto rito inquisitorio l'allora interrogatorio dibattimentale era di sua completa signoria, senza che vi fossero limiti o divieti nella formulazione delle domande, nell'odierno sistema processuale il giudice rimane organo terzo ed imparziale, al quale compete solo la verifica che l'accusa sia sostenibile nel giudizio.

L'articolo 498, primo comma, specifica che durante l'esame «le domande sono rivolte direttamente dal Pubblico Ministero o dal difensore che ha chiesto l'esame del testimone». L'uso dell'avverbio “direttamente” da parte del legislatore, all'apparenza tautologico, segna un'evidente cesura con il precedente modello inquisitorio²⁶²: invero, prima del 1989, era il presidente (od il pretore) a porre direttamente le domande al testimone, anche dietro eventuale proposta delle parti, parti alle quali non era concesso rivolgersi direttamente al testimone e che partecipavano, pertanto, ad un esame interamente filtrato dalla presenza del giudice. Una regola generale per lo svolgimento dell'esame, nella sua interezza, dettata dall'art. 499 dispone che lo stesso si debba svolgere su, testualmente, “fatti specifici”, ciò al fine di consentire tanto un controllo di pertinenza e rilevanza del quesito posto dalla parte che sta svolgendo l'esame

²⁶⁰ G. LATTANZI-E. LUPO, in *Codice di Procedura Penale, rassegna di giurisprudenza e dottrina*, Vol. IV, 2020, 689

²⁶¹ E. SELVAGGI, *Esame diretto e controesame*, in *Dig. D. Pen*, IV, 1990, 281

²⁶² E. RANDAZZO, *Insidie e strategie dell'esame incrociato*, 2012, 8

(così da non appesantire eccessivamente l'esame o, surrettiziamente, trarre in inganno il soggetto esaminato), a mente del fatto che le domande non pertinenti al *thema probandum* sono vietate²⁶³, ma anche a presidio della genuinità della deposizione, scongiurando che il testimone possa riportare una versione "preconfezionata" dei fatti avvalendosi della possibilità di svolgere una narrazione fluida²⁶⁴. Ulteriore regola generale, applicabile a tutte le fasi dell'esame, risiede nel divieto assoluto di porre domande c.d. nocive, intendendosi quelle domande idonee a compromettere la sincerità delle risposte (art. 499, comma 2). Le domande nocive sono tutte quelle che aggrediscono la sincerità del testimone, il quale, pur volendo rispondere sinceramente, non si trova nelle condizioni di esprimere il suo "genuino pensiero"²⁶⁵: ne sono un esempio le domande poste in modo intimidatorio, suadente, subornante o accattivante, le domande suscettibili di indurre il testimone in inconsapevole errore²⁶⁶, nonché tutte quelle domande che celino un surrettizio ammonimento, essendo l'unico richiamo ammesso quello formale ad opera del presidente del collegio ex art. 207²⁶⁷. Il divieto di porre domande nocive, come precisato dalla giurisprudenza²⁶⁸, opera nei confronti di tutte le parti processuali e anche nei confronti del giudice. Opinione diffusa in dottrina è che, a differenza della domanda suggestiva (come si vedrà in seguito), la domanda nociva sia in assoluto vietata in ogni forma di interrogazione, anche nella fase delle indagini preliminari²⁶⁹, e se non tempestivamente censurata determini l'inutilizzabilità

²⁶³ G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione*, 111

²⁶⁴ G. FRIGO, in M. CHIAVARIO, *Commento al codice di procedura penale*, vol. V, 111

²⁶⁵ P. FERRUA, *Lacune ed anomalie nelle regole dell'esame incrociato*, in *Proc. Penale e giustizia*, 2016, 3

²⁶⁶ P. FERRUA, *La testimonianza nell'evoluzione del processo penale Italiano*, in *Studi sul processo penale*, vol. II, *Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino, 1992, 102

²⁶⁷ P. TONINI-C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, ed. 22, 2021, 735

²⁶⁸ Cass., sez. III, 18 gennaio 2012 n. 7373

²⁶⁹ P. FERRUA, *Lacune ed anomalie*, 3

delle risposte a mente degli artt. 188 e 191, essendo le stesse derivate da una lesione della libertà di autodeterminazione del testimone.

Di differente natura è, invece, la disposizione di cui al comma terzo dell'art. 499. Con tale previsione, il legislatore ha ritenuto di dover escludere la possibilità, per la parte che ha chiesto la citazione del testimone (e per quella che ha un interesse comune), di porre allo stesso domande che “tendono a suggerire le risposte” in sede di esame, e quindi di ricorrere alle c.d. “domande suggestive”. È suggestiva la domanda che direziona, in maniera surrettizia, il testimone verso una risposta che gli viene suggerita da chi sta svolgendo l'esame²⁷⁰. A tal proposito, parte della dottrina ritiene poi di dover assimilare alla domanda suggestiva la domanda c.d. “trabocchetto”, ovvero quella formulata su presupposti certamente falsi e formulata al fine di indurre il soggetto esaminato alla menzogna e minare la sua credibilità²⁷¹. Riguardo all'utilizzabilità delle risposte del testimone sottoposto a domanda suggestiva non dovrebbero sussistere, almeno ad avviso della giurisprudenza, particolari sanzioni processuali²⁷², a mente del principio di tassatività delle nullità, riconnettendo così la violazione del divieto di domande suggestive interesserebbe la sola valutazione di credibilità del testimone, ricadendo così sulla controparte processuale l'obbligo di eccepire l'eventuale violazione in sede di gravame. Al contrario, sul punto, la dottrina risulta divisa: secondo alcuni²⁷³ la domanda suggestiva posta in sede di esame dovrebbe sottostare allo stesso trattamento sanzionatorio della domanda nociva, secondo l'orientamento maggioritario, invece, non determinando la domanda suggestiva violazione alcuna della libertà di autodeterminazione, la stessa non è da sanzionarsi con l'inutilizzabilità²⁷⁴. La

²⁷⁰ P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, 2017, 118

²⁷¹ G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione*, 119

²⁷² Cass., sez. IV, 6 febbraio 2020, n.15331; ulteriori pronunce conformi quali sez. III, 42568/2020 e 17725/2019; sez. I, 13387/2013

²⁷³ G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione*, 121.

²⁷⁴ P. FERRUA, *Lacune ed anomalie*, 7

domanda suggestiva posta in sede di esame risulta particolarmente insidiosa per la parte contrapposta a quella che procede ad interrogare il testimone: nella prassi comune, a seguito dell'opposizione verbale, il giudice tende ad autorizzare colui che ha posto la domanda suggestiva ad una "riformulazione" della stessa, a sola condizione che egli non reiteri il suggerimento già dato al testimone. Conseguenza diretta di questo approccio, considerato illogico da certa dottrina²⁷⁵, è che l'avvenuta percezione da parte del teste del suggerimento non sia più eliminabile da una semplice riformulazione della domanda. Eppure, nella prassi giudiziaria, è comune il ricorso a domande suggestive (e divagazioni) in sede di esame, domande che le parti, richiamate dal giudice, tentano costantemente di giustificare con la necessità di vagliare l'attendibilità del testimone; domande delle quali il giudice è solito consentire la riformulazione, nonostante le stesse linee guida del *Laboratorio permanente esame e controesame*²⁷⁶ tendano ad escluderne la possibilità. Ciò detto, la portata del divieto di domande suggestive è più ristretta rispetto a quanto riguarda la domanda nociva. Come menzionato, la domanda suggestiva è vietata solamente nella fase dell'esame diretto, e non nel controesame (e neppure nelle escussioni effettuate durante le indagini preliminari²⁷⁷, considerato che la norma in esame riguarda solo il dibattimento): in tale fase non è ipotizzabile un'adesione psicologica del testimone con la parte che procede al controesame, anzi, generalmente si procede al controesame nei confronti del teste c.d. "ostile", pertanto è opinione condivisa che in questa sede la suggestività della domanda sia strumentale a vagliare la credibilità del teste, primaria finalità del controesame stesso²⁷⁸. L'indubbio ruolo della domanda suggestiva posta in sede

²⁷⁵ E. RANDAZZO, *La prova dichiarativa e prassi applicative*, in *L'esame incrociato*, *Officina del diritto*, 2011, 17

²⁷⁶ Linee guida La.P.E.C., art. 2: «*La domanda vietata e non ammessa non può essere riproposta dalla parte che l'ha formulata, anche se correttamente riformulata*»

²⁷⁷ Cass., sez. III, 22 novembre 2018, n. 13729/19

²⁷⁸ P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, 120

di controesame è saggiare la reazione del testimone e, ove possibile, farlo cadere in contraddizione: in tal senso, è pure ammissibile la già menzionata domanda c.d. “trabocchetto”, «in quanto si riferisca ai fatti che il testimone conosca e sia in grado di confermare o di smentire»²⁷⁹. La giurisprudenza²⁸⁰ è consolidata e uniforme sul punto, considerando che se da un lato il legislatore ritiene di evitare, a beneficio della genuinità della prova, che lo stesso soggetto conduttore dell’esame diretto possa anche suggerire le risposte al teste esaminato con intenti manipolatori, dall’altro ha voluto lasciare più libertà alla parte che conduce il controesame, alla quale è demandato il ruolo di sondare la credibilità del testimone anche attraverso domande provocatorie o suggestive. In ragione di ciò, parte della dottrina²⁸¹ ritiene che la possibilità di ricorrere alla domanda suggestiva debba estendersi anche alla fase del riesame, qualora il testimone di cui si è chiesta l’escussione si riveli, successivamente al controesame, “ostile” alla stessa parte che ha condotto l’esame in prima battuta.

Durante l’escussione testimoniale, l’ordinario ruolo del giudice risiede nel verificare la correttezza nello svolgimento dell’esame e delle contestazioni, verificando in particolare che con queste non si introducano surrettiziamente nel dibattito dichiarazioni precedentemente rese dal soggetto esaminato, come si vedrà successivamente. Il giudice deve (*rectius* dovrebbe) contenere i suoi interventi nei limiti delle competenze di direzione e vigilanza, agendo come “parte imparziale” e disinteressata a qualsiasi tesi preconcepita, non assumendo alcuna iniziativa istruttoria ad eccezione di quanto previsto dagli artt. 506 e 507 e solo successivamente al termine delle altre fasi. Ad ogni buon conto è frequente, nella prassi applicativa, che l’intervento del giudice si anticipi anche alle fasi precedenti, per necessità di chiarimenti incidentali sulle dichiarazioni

²⁷⁹ P. FERRUA, *Lacune ed anomalie*, 3; in senso contrario G. GULOTTA, *Divieto di domande suggestive anche per il giudice*, Commento a Cass., Sez. IV, 6 febbraio 2020, n. 15331, in *Sistema Penale*, 1° luglio 2020, 15

²⁸⁰ Cass., sez. III, 3 giugno 1993, Tettamanti, *Cass. Pen.* 1995, 79

²⁸¹ P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, 120

rese dal testimone, ponendo domande che egli ritiene «utili ai fini della cognizione senza occuparsi della loro liceità e senza che le parti osino opporsi»²⁸², con l'effetto collaterale, a giudizio di alcuna dottrina, di condizionare irrimediabilmente la genuinità delle risposte del testimone e di sottrarre la conduzione dell'esame alle parti²⁸³. Tuttavia, in taluni casi (quali l'esame del minore o l'udienza preliminare) è egli stesso a svolgere l'esame, e le parti devono limitarsi a stimolare le domande attraverso di lui. In tale situazione, è controversa l'applicabilità della regola relativa alle domande suggestive (fermo, in ogni caso, il divieto di porre domande nocive anche in capo al giudice). L'orientamento maggioritario vorrebbe il divieto non operante per il giudice, considerato che lo stesso dovrebbe poter rivolgere al testimone tutte le domande ritenute utili per l'accertamento della verità²⁸⁴ ed escludendo, in ragione della terzietà dell'organo giurisdizionale, qualsiasi configurabilità di intese occulte tra lo stesso giudice ed il testimone²⁸⁵. Altra parte della giurisprudenza²⁸⁶, recentemente, si è mostrata più sensibile all'influenza penetrante (considerato il ruolo di direzione del dibattimento) che la domanda suggestiva del giudice esercita sul soggetto esaminato, ritenendo così il divieto operativo anche nei confronti dello stesso, dovendo egli assicurare la genuinità delle risposte (a mente del comma 6, art. 499) e presidiare il divieto di porre domande che possano nuocere alla sincerità del testimone. Tale impostazione è (ragionevolmente, ndr) condivisa dalla dottrina²⁸⁷, la quale ritiene che il ricorso alla domanda suggestiva da parte del giudice (in special modo quando si procede all'esame della persona offesa) ben possa pregiudicare l'attendibilità del

²⁸² G. GULOTTA, *Divieto di domande suggestive anche per il giudice*, cit. 16

²⁸³ E. RANDAZZO, *Op. Cit.*, 14

²⁸⁴ Cass., sez. III, 15 aprile 2015, n. 21627

²⁸⁵ Cass., sez. I, 17 settembre 2014, n. 44223; conforme sez. III, 20 maggio 2008, n. 27068

²⁸⁶ Cass., sez. IV, 6 febbraio 2020, n. 15331

²⁸⁷ N. GALANTINI, *Il divieto di domande suggestive è imposto anche al giudice*, in *sistemapenale.it*, 1° giugno 2020; e anche P. TONINI-C. CONTI, *Op. Cit.*, 734

soggetto che si sta esaminando, esponendo la motivazione fondata su tali dichiarazioni al rischio di risultare radicalmente viziata.

4.2 – LE CONTESTAZIONI NELL’ESAME TESTIMONIALE ED IL REGIME DI UTILIZZABILITÀ DELLE PRECEDENTI DICHIARAZIONI DEL TESTIMONE.

Successivamente alle modifiche apportate dalla l. n. 63 del 2001 (attuazione del “giusto processo”), in seguito al travagliato succedersi di interventi normativi e pronunce di incostituzionalità²⁸⁸ di cui si è dato conto nel capitolo I, con la riscrittura dell’art. 111 Cost. il legislatore ha ritenuto di perimetrare tassativamente a specifici casi la possibilità di formare la prova in difetto del contraddittorio. Corollario di tale assunto risiede nel fatto che, a mente dell’art. 500, comma secondo, le dichiarazioni rese dal testimone nelle indagini preliminari possono essere «valutate [solamente] ai fini della credibilità del teste». L’analisi della disciplina afferente le contestazioni, unita all’esame delle sue proprie prassi applicative, ben consente di vagliare l’effettiva tenuta della separazione delle fasi propria del processo accusatorio, considerata l’idoneità delle contestazioni ad “introdurre” nel dibattimento (sotto forma di lettura per le contestazioni, ed in alcuni casi specifici anche attraverso l’acquisizione) degli elementi formati nella fase delle indagini preliminari²⁸⁹ e, pertanto, in taluni casi, neutralizzare la supposta «impermeabilità del dibattimento rispetto al

²⁸⁸ Corte Cost., 3 giugno 1992, n. 255, ove la Corte ha dichiarato l’incostituzionalità della passata formulazione dell’art. 500 comma 3 e 4, nella parte in cui non prevede l’acquisizione al fascicolo per il dibattimento le dichiarazioni precedentemente rese dal testimone, nel caso in cui queste siano state utilizzate per le contestazioni di cui al comma primo e secondo.

²⁸⁹ G. LATTANZI-E. LUPO, *Op. Cit.*, 702

materiale raccolto in assenza della dialettica tra le parti»²⁹⁰. La disciplina attuale è da coordinarsi, in prima battuta, con gli articoli 526 e 514. L'art. 526, nel suo primo comma, subordina l'utilizzabilità delle prove (in questa sede, dichiarazioni) ai fini della deliberazione della sentenza alla loro legittima acquisizione (fattispecie, come si vedrà, da tenere ben distinta dalla lettura) nel dibattimento; mentre l'art. 514, nel disciplinare le letture vietate in dibattimento, dispone che non possono essere acquisiti mediante lettura (*rectius*, la lettura non costituisce "legittima acquisizione") i verbali delle dichiarazioni rese precedentemente, fatta eccezione per i casi espressamente menzionati dalla norma. Larga parte della dottrina²⁹¹ ha avuto modo di inquadrare il combinato disposto dei due articoli in una «fondamentale norma di chiusura», che opera, in coerenza con la nuova formulazione dell'art. 111 Cost., in modo da vietare espressamente la possibilità di fondare la colpevolezza dell'imputato sulla base delle precedenti dichiarazioni non regolarmente acquisite a dibattimento. Tuttavia, altra parte della dottrina²⁹², non ha mancato di esplicitare la propria perplessità sul punto, in particolar modo riguardo alla formulazione del nuovo comma 1-*bis* dell'art. 526: in tal senso, la presenza nel sistema normativo di una simile ipotesi di esclusione di valore probatorio potrebbe indurre a considerare che, per le situazioni in cui manchi una previsione altrettanto esplicita, il divieto di utilizzazione non operi, così (paradossalmente) ammettendo la possibilità di utilizzazione ai fini probatori di ogni altra dichiarazione a sola condizione che la stessa sia stata calata nella dialettica dibattimentale, pur non essendo stata acquisita a dibattimento. L'evidente ambiguità normativa, unita all'infelice formulazione del comma in esame, il quale fa riferimento all'esame «da parte dell'imputato» (fattispecie del tutto sconosciuta al codice), porta pertanto a

²⁹⁰ Corte Cost., 14 febbraio 2002, n. 36.

²⁹¹ M. NOBILI, sub *art. 514*, in *Commento al codice di procedura penale*, coord. da M. CHIAVARIO, vol. V, 1991, 441

²⁹² G. ILLUMINATI, in G. CONSO-V. GREVI-M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, ed. VIII, 2016, 731

ritenere che l'art. 526 operi solamente come norma di chiusura, con l'effetto di rendere in ogni caso inutilizzabili le dichiarazioni di chi si è sempre sottratto al contraddittorio, anche qualora le stesse siano state regolarmente acquisite a dibattimento nei casi previsti dal codice.

Fatte le dovute precisazioni, la contestazione si realizza nella lettura, durante l'esame del testimone, di un *brano* che incorpora una dichiarazione precedentemente resa dal soggetto esaminato, dichiarazione che risulta essere difforme rispetto a quanto ha dichiarato il testimone durante l'esame. In tal modo la parte che conduce l'esame pone in risalto la presenza di un contrasto tra quanto dichiarato ora e quanto riportato sul brano, con una duplice finalità: mettere in evidenza la poca credibilità del teste agli occhi del giudice (prassi che si realizza, solitamente, in sede di controesame del teste c.d. "ostile") ovvero, qualora l'assunzione sia stata chiesta dalla parte che sta svolgendo l'esame, stimolare il dichiarante al recupero di un ricordo o anche ad una rettifica rispetto a quanto dichiarato in precedenza²⁹³. La dottrina individua due categorie di letture degli atti in dibattimento: la lettura-acquisizione, che introduce in modo pieno gli atti precedentemente formati nel dibattimento (attraverso, appunto, l'acquisizione al fascicolo) e la lettura-contestazione, il cui unico fine è effettuare il vaglio di credibilità del teste ponendo in rilievo la difformità con quanto precedentemente dichiarato. L'iniziale impostazione del legislatore era imperniata sul modello della lettura-contestazione, il quale, dopo lo stravolgimento causato dalle sentenze Costituzionali del 1992²⁹⁴, è stato riconfermato e ripristinato dalla già citata l. 63 del 2001, per effetto della quale le dichiarazioni utilizzate nelle contestazioni concorrono esclusivamente alla valutazione di credibilità del teste,

²⁹³ G. ILLUMINATI, *Ammisione e acquisizione*, 126

²⁹⁴ La Corte costituzionale dichiarò l'illegittimità dell'art. 500 in ragione dei principi di ricerca della verità, non dispersione della prova e libero convincimento del giudice, pertanto il legislatore, con la novella del d.l. 306 del 1992, introdusse la possibilità di acquisizione probatoria delle dichiarazioni utilizzate per le contestazioni, scuotendo profondamente gli equilibri del sistema. Se ne è dato conto nel Cap. I, § 1°

e mai possono essere in tal senso acquisite al fascicolo per il dibattimento: ciò comporta che ove il giudice dovesse ritenere il testimone non attendibile, egli sarà comunque impossibilitato ad utilizzare le precedenti dichiarazioni oggetto di contestazione, financo il dichiarante riconoscesse di averle rese e ne asserisse la falsità²⁹⁵. Per le contestazioni sono utilizzabili tutte le dichiarazioni precedentemente rese dal testimone esaminato, dovendosi comprendere tra queste anche le dichiarazioni assunte dal giudice in udienza preliminare²⁹⁶, dal Pubblico Ministero e dalla Polizia Giudiziaria ed i verbali di sommarie informazioni testimoniali (atto “di elezione” per effettuare le contestazioni) di cui all’art. 351. Anche le dichiarazioni raccolte nel corso delle investigazioni difensive rientrano tra gli atti utilizzabili per le contestazioni, indifferentemente che siano state raccolte dal difensore della persona sottoposta alle indagini o della persona offesa, purché siano state assunte nel rispetto delle formalità prescritte dall’art. 391-ter²⁹⁷. La giurisprudenza prevalente (per quanto afferisce all’esame delle parti) ritiene che anche le dichiarazioni incorporate dall’atto di denuncia-querela possano essere utilizzate al fine delle contestazioni nell’esame della persona offesa, trattandosi di dichiarazioni rese in precedenza dalla stessa²⁹⁸. La stessa giurisprudenza ammette in modo pacifico che possano utilizzarsi per le contestazioni anche le risultanze dell’attività integrativa di indagine (art. 433), successivamente all’accoglimento delle richieste istruttorie, purché le parti siano state messe in condizione di visionarle ed estrarre copia²⁹⁹; questa impostazione ha trovato ulteriore legittimazione anche dalla Corte

²⁹⁵ Cass., sez. II, 17 marzo 2016, n. 13910; pur non mancando pronunce secondo cui le precedenti dichiarazioni difformi dovrebbero sostituirsi a quanto dichiarato in dibattimento, in questo senso Cass., sez. IV, 24 settembre 2013, n. 43992

²⁹⁶ D. MANZIONE, in *Commento Chiavario*, 285

²⁹⁷ A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, 10° ed., 2007, 361

²⁹⁸ Cass., sez. II, 2 maggio 2019, n. 25526; 27 ottobre 1999, n. 14318; sez. VI, 17 novembre 2011, n. 4689/12

²⁹⁹ Cass., sez. III, 11 aprile 2001, n. 21379; sez. I, 13 novembre 1995, n. 12306; sez. II, 28 marzo 1995, n. 6726

Costituzionale, la quale ha precisato³⁰⁰ che, trattandosi di atti confluiti nel fascicolo del Pubblico Ministero, gli atti di indagine integrativa non trovano un regime di utilizzabilità differenziato rispetto agli altri atti presenti nello stesso fascicolo; ciò a fronte di un orientamento dottrinale più restrittivo³⁰¹ secondo cui le risultanze d'indagine svolte successivamente all'apertura del dibattimento possono dar luogo solamente alla richiesta di assumerne le relative prove, escludendo che il Pubblico Ministero possa avvalersi, ai fini delle contestazioni, degli atti formati nelle indagini integrative.

Riguardo alle modalità di attuazione, è opportuno precisare che le dichiarazioni utilizzate per la contestazione devono provenire dallo stesso soggetto che le ha rese, non consentendo la disciplina di opporre al testimone in esame dichiarazioni rese da terzi³⁰² e predisponendo il codice strumenti differenti qualora emerga contrasto tra dichiarazioni rilasciate da soggetti differenti³⁰³. La contestazione, al fine di evitare la potenziale suggestione del testimone, deve svolgersi su circostanze su cui il testimone abbia già deposto, e ciò anche in ragione della logica per cui fine della contestazione è, fra gli altri, quello di indurre il testimone alla rettifica delle dichiarazioni difformi rispetto a quanto già riferito³⁰⁴; sul punto, la giurisprudenza di legittimità³⁰⁵, pur confermando che la contestazione debba svolgersi solo successivamente alla deposizione del testimone sulle stesse circostanze, ha precisato che la violazione di tale regola non importa nullità od inutilizzabilità dell'atto, bensì origina una mera irregolarità da eccepire nell'immediatezza dell'assunzione probatoria affinché colui che conduce l'esame possa porre le domande in modo corretto.

³⁰⁰ Con Sent. 3 aprile 1996, n. 95

³⁰¹ G. FRIGO, in *Commento Chiavario*, IV, 709

³⁰² D. NEGRI, in CESARI-DANIELE-DI BITONTO-CAMON-NEGRI-PAULESU, *Fondamenti di procedura penale*, 2019, 571

³⁰³ Gli artt. 211 e 212 disciplinano, per tale necessità, l'istituto del confronto

³⁰⁴ G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione*, 126

³⁰⁵ Cass., sez. I, 19 giugno 2002, n. 33361

Preliminarmente occorre precisare che, quale norma di chiusura, l'art. 526 al comma 1-bis dispone che, comunque siano acquisite, le dichiarazioni contenute nel fascicolo del dibattimento non possono fondare la condanna dell'imputato qualora la parte che le ha rese si sia sempre e volontariamente sottratta all'esame. La disposizione è stata a più riprese tacciata di eccessiva unilateralità³⁰⁶, considerato che perimetra l'inutilizzabilità delle dichiarazioni solo qualora risultino sfavorevoli all'imputato mentre sembra, dando vita ad un'evidente aporia, consentire la paradossale possibilità di avvalersi *favor* imputato delle dichiarazioni di chi, successivamente all'esame del difensore, rifugga con volontà l'esame dell'organo inquirente³⁰⁷: alcuni autori, nella critica della disposizione, l'hanno definita espressione di «*feticismo garantistico*»³⁰⁸. Ciò detto, la regola generale di cui all'art. 500, comma secondo, secondo la quale le precedenti dichiarazioni dei soggetti esaminati trovano utilizzabilità al solo fine delle contestazioni, prevede alcune eccezioni. È lo stesso art. 111 della Costituzione, al comma quinto, a disporre che la legge regola i casi in cui è possibile formare la prova all'esterno del contraddittorio, e per quanto afferisce alla disciplina relativa alle contestazioni vi ritroviamo due ipotesi: il consenso dell'imputato e la "provata condotta illecita". Per quanto riguarda la prima possibilità, è nuovamente opportuno effettuare alcune specificazioni. La formazione della prova all'esterno del dibattimento è ammessa, a mente dell'art. 500 ult. comma, "su accordo delle parti", le quali possono concordare l'acquisizione al fascicolo del dibattimento degli atti che incorporano le dichiarazioni rese in una fase antecedente a quest'ultimo. È di agevole individuazione la discrasia letteraria che intercorre tra il codice di rito e la disposizione generale della Costituzione: nel primo caso si fa menzione di

³⁰⁶ P. FERRUA, *Una garanzia «finale» a tutela del contraddittorio: il nuovo art. 526 comma 1-bis c.p.p.*, in AA.VV., *Giusto Processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova*, 2001, 521

³⁰⁷ P. FERRUA, *Una garanzia «finale»*, 528

³⁰⁸ F. CORDERO, *Procedura penale*, 9° ed., 2012, 716

“accordo fra le parti”, mentre nel secondo caso si parla di “consenso dell’imputato”. Avendo riguardo all’intero quadro sistematico, si può desumere che non sia sufficiente il mero consenso dell’imputato, bensì occorra un accordo tra questi e l’organo inquirente, diversamente si potrebbe (erroneamente) ritenere che le dichiarazioni acquisite dal difensore nell’esecuzione delle investigazioni difensive di cui all’art. 391–*bis* e seguenti potrebbero essere introdotte nel fascicolo del dibattimento dietro la mera volontà dell’imputato, circostanza espressamente preclusa dalla stessa disciplina (art. 391–*decies*). Ciò detto, la norma in esame concede alle parti la facoltà di accordarsi perché elementi originariamente inidonei ad assurgere al rango di prova possano essere introdotti nel fascicolo dibattimentale, elementi sui quali il giudice ben potrà fondare il proprio libero convincimento. Divisa è la dottrina sull’effettiva obbligatorietà dell’esame del testimone qualora le parti ritengano di concordare l’acquisizione delle precedenti sue dichiarazioni: per taluni³⁰⁹ l’accordo incorporerebbe una rinuncia al mezzo di prova, e per ciò solo l’acquisizione diverrebbe sostitutiva, mentre altri, in un’ottica squisitamente formalista, sarebbe comunque obbligatorio procedere all’esame del testimone³¹⁰, considerando la possibilità consentire alle parti di elidere integralmente l’esame con i verbali precedentemente formati un «sovvertimento del canone costituzionale probatorio»³¹¹.

Passando all’analisi dell’eccezione costituita dalla c.d. “condotta illecita” si nota l’analogia con quanto disposto dall’art. 392 c. 1 lett. *b*), ed in effetti la previsione di cui all’art. 500, comma 4, la ricalca testualmente. La reale differenza tra l’ipotesi per cui si ricorre all’incidente probatorio ed il caso di acquisizione al fascicolo del dibattimento risiede nell’effettiva realizzazione

³⁰⁹ G.M. BACCARRI-C. CONTI, *Una nuova espressione del metodo dialettico: l’acquisizione concordata di atti di indagine*, in *Dir. Pen. e Proc.* 2003, 873

³¹⁰ M.L.A. DI BITONTO, *Profili dispositivi dell’accertamento penale*, 2004, 182

³¹¹ Cit. F.M. GRIFANTINI, *Utilizzabilità in dibattimento degli atti provenienti dalle fasi precedenti*, in P. FERRUÀ, *La prova nel dibattimento penale*, 2010, 223

della condotta minaccevole o subornante: nel primo caso il testimone è solamente esposto alla condotta illecita, la quale non si è ancora verificata, nel secondo caso la minaccia o subornazione è già stata effettivamente posta in essere, e la disposizione in esame si pone a rimedio della condotta distorsiva del contraddittorio³¹². Una doverosa precisazione: le disposizioni sulla condotta illecita non trovano applicazione in tutti quei casi in cui la condotta è posta in essere *dal* testimone³¹³, ma solo ove la stessa si realizzi *sul* testimone. Invero, come specificato in seguito, il particolare trattamento delle precedenti dichiarazioni in questo caso è volto a tutelare l'autonomia di scelta e la libertà di autodeterminazione del testimone³¹⁴, pertanto, qualora egli decida di mentire o tacere, pur commettendo il reato di falsa testimonianza, le dichiarazioni precedenti non sarebbero comunque acquisite al fascicolo per il dibattimento. Considerata la portata della disposizione, idonea ad introdurre nel fascicolo del dibattimento atti propri delle indagini preliminari, è opportuno soffermarsi su quel procedimento incidentale che vede luce qualora vi sia ragione di ritenere che il testimone sia stato esposto a condotta illecita. Secondo la giurisprudenza, la condotta, che peraltro non deve necessariamente provenire dallo stesso imputato³¹⁵, è sufficiente che si integri di qualsiasi atto o comportamento idoneo a compromettere la libertà morale del dichiarante, ben potendo realizzarsi, in taluni casi, anche in modo implicito e attraverso condizionamenti morali³¹⁶ od economici³¹⁷; escludendo tuttavia qualsiasi ipotesi di sudditanza psicologica del testimone e di timore reverenziale "autoindotto", ciò in ragione del fatto che in questi ultimi casi, trattandosi comunque di scelta autonoma ed indipendente del

³¹² V. GREVI, *In tema di accertamento incidentale sulle illecite interferenze del testimone a norma dell'art. 500 commi 4 e 5 c.p.p.*, in *Cass. Pen.*, 2005, 3840

³¹³ Corte Cost., 12 novembre 2002, n. 453

³¹⁴ Cass., sez. II, 4 marzo 2005, n. 12481

³¹⁵ Cass., sez. V, 11 dicembre 2018, n. 13176/19; sez. II, 12 luglio 2018, n. 39716

³¹⁶ Nel contesto tipico della criminalità organizzata, si veda Cass., sez. I, 30 giugno 2011, n. 1898

³¹⁷ Trattandosi di vittime di violenza sessuale, si veda Cass., sez. III, 1° dicembre 2011, n. 2696/12

dichiarante, non si verifica quella distorsione tipica della libertà di autodeterminazione che la norma vuole scongiurare³¹⁸. La portata penetrante della disposizione in esame emerge anche in relazione alla selezione delle dichiarazioni che, in seguito all'accertata esistenza delle condotte intimidatorie o subornanti, vengono acquisite al fascicolo dibattimentale: la giurisprudenza ha precisato che oggetto di acquisizione non è solamente il brano difforme, ma l'intero verbale contenente le dichiarazioni contestate, e ciò in ragione del fatto che ove il teste sia rimasto silente manca la deposizione nella sua interezza, mentre ove abbia comunque reso dichiarazioni le stesse si presumono inquinate dalla condotta illecita³¹⁹. Il procedimento incidentale per l'accertamento dell'effettiva commissione della condotta illecita sul testimone prende vita su richiesta di parte, ed il giudice, a mente del comma 5 dell'articolo 500, procede a svolgere senza formalità tutti gli accertamenti necessari per verificare la sussistenza degli elementi e decide «senza ritardo». Vi è ampia libertà di forme nell'assunzione di tali elementi: considerata la particolare contingenza dei tempi dibattimentali non si ritengono applicabili gli stessi limiti tipici dell'assunzione vera e propria della prova³²⁰, potendo il giudice attivarsi (secondo la giurisprudenza maggioritaria³²¹) anche d'ufficio e non essendo richiesto, in merito alla sussistenza di tali elementi, lo standard probatorio “dell'oltre ragionevole dubbio”: la giurisprudenza prevalente³²², in forza della formulazione della norma (“*anche* per le circostanze emerse nel dibattimento”, art. 500, c. 4), ha ammesso che il convincimento del giudice in merito alla sussistenza della condotta illecita possa fondarsi anche sul mero contengo del

³¹⁸ Cass., sez. II, 14 dicembre 2018; n. 7290/19, conforme 13 giugno 2014, n. 37848

³¹⁹ Cass., sez. II, 8 febbraio 2019, n. 6287; concorde C. CONTI, *Principio del contraddittorio e utilizzabilità delle precedenti dichiarazioni*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2001, 598

³²⁰ V. GREVI, *In tema di accertamento*, 3855

³²¹ Cass., sez. VI, 22 ottobre 2014, n. 49031; conforme Cass., sez. I, 29 novembre 2017, n. 47741/18

³²² Cass., sez. V, 16 novembre 2018, n. 8545/19; 2 dicembre 2011, n. 16055/12; sez. VI, 5 aprile 2017, n. 22555; 23 novembre 2011, n. 18065/12

testimone o sulla sua ritrattazione su quanto precedentemente dichiarato. Non manca, tuttavia, parte della dottrina dissenziente, secondo la quale i «concreti elementi» non possono tradursi in meri sospetti o vaghe ragioni, e sarebbe richiesta comunque una soglia minima di accertamento, non potendosi quest'ultimo risolvere in una mera attività percettiva del giudice³²³ e tantomeno fondarsi sul mero contegno del testimone, in ragione del fatto che tale impostazione neutralizzerebbe completamente il divieto di utilizzazione delle precedenti dichiarazioni³²⁴.

4.3 – L'ATTENDIBILITÀ DEL TESTIMONE E LA VULNERABILITÀ DELLA MEMORIA

Di particolare importanza è l'analisi della disciplina afferente agli atti formati nella fase delle indagini preliminari in tutti quei casi ove il teste, per qualsiasi motivo, dichiara di “non ricordare”. Non è raro che ciò accada, principalmente in ragione del fatto che il momento dibattimentale viene ad esistere mesi, se non anni, dopo l'apertura delle indagini preliminari, ed in tale fase le parti processuali dovranno necessariamente tentare di recuperare quanto precedentemente dichiarato dal testimone perché egli lo rinnovi durante l'escussione dibattimentale. A mente di quanto disposto dall'art. 500, le precedenti dichiarazioni del testimone possono essere utilizzate (ordinariamente) solo ai fini delle contestazioni, tuttavia, nel caso in cui il testimone manifesti problematiche a recuperare dal proprio patrimonio mnestico i fatti oggetto di esame, il ricorso della parte che conduce l'esame allo strumento

³²³ P.P. PAULESU, *Falsa testimonianza e disciplina delle contestazioni: una messa a punto sui confini della “provata condotta illecita”*, in *Cass. Pen.* 2003, 3753

³²⁴ C. CONTI, *Questioni controverse in tema di prova dichiarativa a quattro anni dalla l. 63 del 2001*, in *Cass. Pen.* 2005, 679

delle contestazioni presenta l'ingombrante criticità di introdurre nel dibattimento dichiarazioni non formate in contraddittorio, con il rischio, in taluni casi, di tradursi in una mera rilettura dell'atto da parte dell' "interrogante" seguita dalle ripetute conferme, in senso affermativo, della verità delle dichiarazioni da parte del soggetto esaminato: qualora questo accada, ed il ricorso alle contestazioni non sia ben perimetrato, si correrebbe il rischio di "svuotare" completamente il dibattimento della sua primaria ragion d'essere, ovvero la formazione della prova in contraddittorio.

Sgombriamo subito il campo da uno strumento che il codice processuale offre alle parti (e allo stesso testimone) per rievocare informazioni, almeno apparentemente, irrecuperabili dalla memoria della persona escussa: la consultazione di documenti in aiuto alla memoria di cui all'art. 499, comma quinto. La norma consente al testimone di visionare, al fine di ravvivare il proprio ricordo sui fatti oggetto d'esame e dietro autorizzazione del presidente, «documenti da lui redatti», bene inteso che tali sono sia i documenti fisicamente redatti dal testimone (quali, ad esempio, un'agenda) ma anche i verbali di sommarie informazioni testimoniali dallo stesso sottoscritti³²⁵. In tal modo atti formati durante la fase delle indagini preliminari vengono introdotti nel dibattimento, e non suscita sorpresa rilevare che parte della dottrina³²⁶ guardi all'istituto con diffidenza, ritenendo che possa agevolmente prestarsi ad abusi e distorsioni del principio del contraddittorio, in particolare qualora la dichiarazione del testimone si traduca in una lettura integrale del documento oggetto di consultazione³²⁷. Ad ogni buon conto, l'elemento di prova assunto nel

³²⁵ Cass., sez. II, 1° aprile 1999, in C.E.D. *Cass.* n. 213308; anche C. FANUELE, *Le contestazioni nell'esame testimoniale*, 2005, 153, secondo cui l'espressione «documenti da lui redatti» di cui all'art. 499 c. 5 è da interpretarsi in senso estensivo, ivi comprendendo anche i documenti ai quali il testimone ha «contribuito a far redigere», e quindi anche i verbali di sommarie informazioni testimoniali da lui sottoscritti

³²⁶ A. AVANZINI, *L'esame dibattimentale delle fonti di prova personali*, in G. UBERTIS, *La conoscenza del fatto*, 1992, 70

³²⁷ G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione*, 109

dibattimento rimane la dichiarazione verbale del testimone, mai il documento, il quale non viene acquisito al fascicolo dibattimentale³²⁸. La giurisprudenza ha avuto modo di perimetrare la portata della disposizione, precisando che la lettura di cui all'art. 499 c. 5 non può sostituirsi al ricordo, ma deve essere strumentale al richiamo della memoria del testimone³²⁹: non essendo consentita la lettura integrale del documento, e non potendo le dichiarazioni in esso incorporate essere, per ciò solo, acquisite a dibattimento, qualora nonostante la consultazione il testimone continui a non ricordare –richiamandosi solo e solamente a quanto oggetto di lettura– verrebbe meno il mezzo di prova³³⁰, anche considerato che se così non fosse la consultazione del documento si risolverebbe in un'ipotesi di lettura di atti vietata. Unica eccezione in tal senso è costituita dalla consultazione dei documenti che incorporano dati c.d. anonimi: si pensi ad accertamenti contabili complessi, dati numerici o anche a numeri telefonici. La prassi applicativa vede il ricorso frequente all'istituto ora in esame durante l'escussione di ufficiali ed agenti di Polizia Giudiziaria, in tal caso è riconosciuto un limite invalicabile per la memoria del testimone, pertanto lo stesso potrà dar conto dei dati *anonimi* presenti nel documento attraverso una pur pedissequa rilettura degli stessi. Del pari, al testimone escusso in un procedimento penale per rapina, sarà consentito consultare i propri documenti per richiamare alla propria memoria il numero di targa dell'auto dei rapinatori (senza che ciò realizzi una lesione al principio del contraddittorio), mentre non sarà consentita una mera rilettura dell'atto sull'intera dinamica della rapina stessa³³¹. L'autorizzazione alla consultazione compete al presidente, e si ritiene che non occorra necessariamente l'impulso di una parte: egli può disporre l'autorizzazione anche

³²⁸ G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione*, 110, nt. 104

³²⁹ Cass., sez. IV, 29 ottobre 1999, n. 6504

³³⁰ Cass., **sez. un.**, 24 gennaio 1996, n. 2789

³³¹ G.L. FANULI, *Il «vuoto di memoria» nella prova dichiarativa (scenari psicologici e rimedi giuridici)*, in *Arch. Nuova procedura penale*, 03/2007, 6

d'ufficio³³² e senza formalità. La disposizione in esame necessita opportuno raccordo con quanto previsto dall'art. 514, in merito di letture dibattimentali vietate. Pur disponendo una regola generale che vieta la lettura, fra le altre cose, di verbali di Polizia Giudiziaria, il comma secondo contiene espresso rimando alla disciplina delle letture in aiuto alla memoria. Quanto può sembrare una non necessaria ripetizione si rivela di centrale necessità per la tipologia di attività propria delle indagini preliminari: in tale fase agenti ed ufficiali di p.g. svolgono attività di collaborazione, ed i verbali degli atti posti in essere, oltre a coinvolgere più soggetti, vengono sottoscritti generalmente da un superiore gerarchico (si pensi al Comandante di Stazione dei Carabinieri che stanno svolgendo le indagini), pertanto si potrebbe (erroneamente) ritenere che autorizzato alla consultazione dei documenti, a mente dell'art. 499 c. 5, sia solamente il soggetto che li ha sottoscritti. In realtà, come rilevato anche dalla dottrina³³³, l'art. 514 c. 2 si riferisce a «verbali ed altri atti di documentazione», e non ai «documenti da lui redatti» di cui all'art. 499 c. 5, pertanto, come anche confermato dalla giurisprudenza di legittimità³³⁴, e consentito che l'agente o l'ufficiale di Polizia Giudiziaria consultino i verbali delle attività alle quali hanno preso parte. Anche in tal caso è piuttosto uniforme, la giurisprudenza, nel ritenere che la consultazione non possa risolversi nella mera integrale rilettura dell'atto³³⁵ (costituendo prova solamente l'escussione del testimone), tuttavia non mancano posizioni controverse in senso contrario, suscettibili di vanificare il divieto di lettura disposto dallo stesso art. 514: in un caso la giurisprudenza di legittimità³³⁶ ha affermato che, qualora l'attività di indagine si sia caratterizzata per una particolare complessità e molteplici acquisizioni documentali, la

³³² Cass., sez. IV, 11 novembre 2004, n. 48258

³³³ S. CORBETTA, in A. GIARDA-G. SPANGHER, *Codice di procedura penale commentato*, II, 2017, 2521

³³⁴ Cass., sez. IV, 29 ottobre 1999, n. 6504

³³⁵ Cass., **sez. un.**, 24 gennaio 1996, n. 2789; conforme Cass., sez. IV, 29 ottobre 1999, n. 6504

³³⁶ Cass., sez. V, 5 dicembre 2014, 15613/15

consultazione può realizzarsi anche nella lettura integrale del verbale che riporta i dati.

Analizzata la disciplina delle consultazioni in aiuto alla memoria, occorre ora soffermarsi sull'atteggiarsi delle contestazioni nel caso in cui il teste affermi di "non ricordare". Come già accennato, lo svolgersi della contestazione presuppone che vi sia difformità tra quanto il teste ha dichiarato in dibattimento e quanto riportato negli atti formati precedentemente ad esso; ciò potrebbe indurre a ritenere che per dar luogo a contestazione il teste debba effettivamente dichiarare un qualche "contenuto minimo" in merito ai fatti oggetto di esame, ovvero, come pure taluno afferma «se il precedente serve per valutare la credibilità del deponente, deve esservi un contenuto da valutare e questo deve apparire difforme da quanto dichiarato in precedenza»³³⁷. In realtà la giurisprudenza di legittimità ritiene, pacificamente, che la divergenza può ritenersi sussistente non solo ove il testimone effettivamente renda dichiarazioni in disaccordo con quanto già formato, ma anche qualora lo stesso dichiari di non ricordare i fatti³³⁸. In ragione di quanto menzionato, nonostante il generale principio di esclusione secondo cui le precedenti dichiarazioni del testimone non possano trovare ingresso nel dibattimento, la "perdita di memoria" del testimone può prestare il fianco ad un recupero sostanziale delle dichiarazioni rese anteriormente al dibattimento: ferma la regola generale per la quale a costituire oggetto di prova è la dichiarazione dibattimentale del testimone, sovente la giurisprudenza di legittimità ha ammesso un materiale recupero delle precedenti dichiarazioni nei casi in cui il testimone, pur non ricordando, successivamente alla contestazione affermi l'indubbia verità di quanto già dichiarato, con il sostanziale effetto di originare l'acquisizione al fascicolo dibattimentale di

³³⁷ C. DI MARTINO-T. PROCACCIANTI, *La prova testimoniale nel processo penale*, 2010, 323

³³⁸ Cass., sez. II, 4 marzo 2015, n. 13927; conforme 21 febbraio 2012, n. 10483

dichiarazioni non assunte in contraddittorio³³⁹. Tale orientamento interpretativo, aspramente criticato dalla dottrina per il ritenuto sostanziale aggiramento dell'art. 500 comma secondo³⁴⁰ (atteso che, nei fatti, la dichiarazione non resa in contraddittorio trova ingresso nel dibattimento dietro mera conferma del testimone), è ritenuto valido anche per i riconoscimenti fotografici³⁴¹: anche in mancanza di ricognizione dibattimentale, ove il testimone confermi che il precedente riconoscimento effettuato abbia avuto esito positivo, ma non fosse in condizione di reiterarlo a causa del decorso temporale, le risultanze dell'atto formato nelle indagini preliminari troverebbero comunque ingresso nel dibattimento. È evidente, alla luce di quanto esposto, come quei confini apparentemente invalicabili del dibattimento vengano ora sempre più a sbiadirsi in tutti quei casi in cui la parte ricorra alle contestazioni c.d. "in aiuto alla memoria", pertanto è indefettibile operare un vaglio accurato di tutte quelle fattispecie in cui il testimone che si esamina si discosta, in tutto o in parte, da quanto affermato nella fase delle indagini preliminari. Con ordine, l'eventualità che sembra suscitare meno dubbi, almeno ad avviso di certa dottrina³⁴² e di chi scrive, è rappresentato dal testimone che pur riconoscendo di aver reso determinate dichiarazioni smentisca le stesse in dibattimento, affermando avvenimenti e circostanze in maniera difforme rispetto a quanto precedentemente dichiarato. Se così non fosse, e si ammettesse l'idoneità probatoria della precedente dichiarazione (difforme) del testimone, ci troveremmo a fare i conti con una destrutturazione completa del modello accusatorio³⁴³ che svuota di significato l'art. 500, richiamando una simile impostazione l'agire tipicamente inquisitorio del codice abrogato. Ciò

³³⁹ Cass., sez. V, 22 ottobre 2018, n. 9849/19; sez. II, 8 maggio 2018, n. 35428; 28 febbraio 2017, n. 17089; 21 febbraio 2012, n. 10483

³⁴⁰ P. FERRUA, *Il giusto processo*, 2012, 103

³⁴¹ Oltre alla già citata Cass., sez. V, 22 ottobre 2018, n. 9849/19 si veda anche Cass., sez. II, 7 maggio 2019, n. 20489

³⁴² M.L. Busetto, *Le contestazioni alla deriva*, in *Archivio Penale* 2019, n. 1, 2

³⁴³ F. CORDERO, *Ideologie del processo penale*, 1966, 199

nonostante, non sono mancate pronunce giurisprudenziali in senso contrario, le quali, a ben vedere, hanno determinato profondi scossoni nell'intero sistema. È nel 2012 che, per la prima volta, dopo gli scossoni del 1992, la giurisprudenza di legittimità ammette l'utilizzabilità probatoria del c.d. "precedente difforme"³⁴⁴: nel caso di specie il testimone, pur ammettendo di aver reso *quella specifica* dichiarazione, esplicitamente disconosceva la veridicità del riconoscimento fotografico effettuato durante la fase delle indagini preliminari. Nondimeno, la Corte nomofilattica riteneva di dover rigettare il ricorso, sul fondamento di una supposta «ragionevole interpretazione» dell'art. 500 del codice di rito. In quest'ottica la Corte ha argomentato sostenendo che la contestazione, accertata l'inattendibilità della fonte di prova testimoniale, perderebbe di significato se non fosse (per ciò solo) consentito di acquisire a dibattimento (testuale, «tenersi conto a fini probatori») la precedente dichiarazione del testimone. Con tale pronuncia la Suprema Corte appare vestita delle prerogative tipiche del Giudice delle leggi quando egli si esprime con sentenza manipolativa³⁴⁵: evocando il principio di non dispersione della prova – il quale, rammentiamo, non trova copertura costituzionale –, il Giudice di legittimità sembra sovvertire quella regola di esclusione (almeno apparentemente) granitica posta dall'art. 500, specificando che l'esclusione dal dibattimento del precedente difforme comporterebbe «un vano dispendio di attività processuale». In una successiva pronuncia, dal tenore differente (in punto formale) ma che incorpora risultati materialmente identici, lo stesso risultato di utilizzo del precedente difforme è stato reso possibile dall'applicazione "estensiva" del concetto di "conferma" dibattimentale. Centrale momento del giudizio in analisi si ritrova nell'esame testimoniale della persona offesa, la quale in questa sede ritratta e disconosce le sue precedenti dichiarazioni. In tal

³⁴⁴ Cass., sez. V, 19 dicembre 2012, n. 13275/13

³⁴⁵ D. NEGRI, R. ORLANDI, *Peripezie del contraddittorio: dalla caduta fragorosa al muto declino*, in *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, 2017, 8

caso, la Suprema Corte non si spinge sino ad affermare che, nonostante la ritrattazione, le dichiarazioni precedenti debbano comunque far ingresso nel dibattimento; piuttosto ritiene di dover qualificare quella ritrattazione come un «maldestro tentativo di ridimensionamento»³⁴⁶. Il ricorso viene così rigettato, dando avallo alla motivazione di merito, la quale aveva qualificato il “tentativo di ridimensionamento” alla stregua di una conferma, in ragione dell’«atteggiamento dibattimentale della testimone nei confronti delle contestazioni»: in tal senso la regola generale di cui all’art. 500 non risulta (almeno formalmente) neppure messa in pericolo, considerato che il testimone ha “confermato” –seppur in maniera quantomeno poco ortodossa– le sue precedenti dichiarazioni, tuttavia permane la sensazione che si sia operato piuttosto un aggiramento di quella regola di esclusione, dando spazio alla violazione del divieto di utilizzazione probatoria del precedente difforme³⁴⁷. Difatti sorprende il tenore della massima enunciata in tale pronuncia, sostanzialmente identica ad una precedente sentenza di legittimità che aveva accolto il ricorso ed annullato la condanna per fatti sovrapponibili³⁴⁸: il Giudice di legittimità, nel caso specifico, ritenne di annullare la condanna sul presupposto più equilibrato per cui ove il testimone –pur non negando di aver reso *quelle specifiche* dichiarazioni in indagini preliminari– in dibattimento dichiarare esplicitamente di aver mentito, le precedenti dichiarazioni non possono (ragionevolmente) ritenersi confermate, diversamente si dovrebbero «illogicamente considerare “non confermate” le precedenti dichiarazioni solamente laddove il testimone si trincerò dietro la radicale negazione [...] di averle mai rese». È su tale impostazione che la giurisprudenza ha ritenuto di conformarsi, precisando che, in ossequio alla regola di esclusione delle precedenti dichiarazioni, qualora il testimone non “confermi” quanto dichiarato

³⁴⁶ Cass., sez. II, 17 marzo 2016, n. 13910

³⁴⁷ M.L. Busetto, *Le contestazioni alla deriva*, in *Archivio Penale* 2019, n. 1, 13

³⁴⁸ Cass., sez. III, 17 febbraio 2015, n. 20388

nelle fasi antecedenti al dibattimento, le stesse precedenti dichiarazioni non possono essere valutate con finalità probatoria; quantunque, alla luce delle pronunce di legittimità analizzate, appare quantomeno ondivago³⁴⁹ il concetto di “conferma”, il cui significato costituisce snodo fondamentale per comprendere se le precedenti dichiarazioni, seppur veicolate attraverso l’escussione testimoniale, possano dirsi acquisite al fascicolo dibattimentale.

Fissato il principio, seppur talvolta cedevole, per cui le precedenti dichiarazioni debbono essere confermate per trovare ingresso nel dibattimento, occorre ora analizzare una delle situazioni più comuni che interessano l’escussione del testimone, nonché di preminente interesse per il presente elaborato. È il caso del teste che, pur non riuscendo a recuperare dalla propria memoria le informazioni necessarie per rispondere alla parte che lo interroga, dichiara di ricordare di aver reso dichiarazioni, ed in particolare si intesta la veridicità di quanto precedentemente affermato nella fase delle indagini preliminari; situazione che potremmo riassumere in un «se [al tempo] così ho detto, allora è vero» in risposta alla parte che sta conducendo l’esame. Si tenga anzitutto presente che l’orientamento pressoché unanime della giurisprudenza³⁵⁰ si risolve nell’ammettere che in tale situazione ben può ravvisarsi conferma dibattimentale, anche qualora il teste si limiti a dichiarare il ben noto «se l’ho detto, allora è così». Tale interpretazione –in senso ampio– del concetto di “conferma” dibattimentale ha iniziato a prendere forma da una pronuncia di legittimità³⁵¹: nel caso di specie il teste, premettendo di non ricordare, ha confermato di aver reso dichiarazioni alla Polizia Giudiziaria secondo verità; ed in forza di ciò la Suprema Corte ha ritenuto le dichiarazioni come confermate,

³⁴⁹ Cass., sez. III, 17 febbraio 2015, n. 20388 e Cass., sez. II, 17 marzo 2016, n. 13910; in quest’ultimo caso, pur ribadendo l’inutilizzabilità ai fini probatori delle precedenti dichiarazioni (qualora non confermate dal testimone), la ritrattazione del testimone è stata degradata a «maldestro tentativo di ridimensionamento» e conseguentemente valutata alla stregua di una conferma.

³⁵⁰ Cass., sez. II, 28 febbraio 2017, n. 17089; 13 luglio 2011, n. 31593

³⁵¹ Cass., sez. IV, 9 marzo 2009, n. 18977

pur risolvendosi la conferma in «termini laconici». Di fronte a questa impostazione, autorevole dottrina ha espresso in modo incisivo un ben fondato timore: ammettere l'ingresso nel dibattimento dietro mera "conferma di aver detto il vero" del soggetto esaminato ben potrebbe mettere in pericolo la tenuta del modello accusatorio, assottigliando quelle supposte "impenetrabili" barriere erette dal principio del contraddittorio. Invero, in tal caso, taluno³⁵² considera l'oggetto della dichiarazione del teste "immemore" non i fatti rilevanti per il processo, ma fatti diversi: il testimone dichiara di avere, al tempo, riferito alla Polizia Giudiziaria i fatti rilevanti secondo verità, che tra l'accaduto ed il narrato al tempo delle indagini vi è identità, ma non è in grado di recuperare dalla propria memoria quanto realmente interessa al processo; sollevando in tal modo il dubbio sull'effettiva ossequiosità del principio del contraddittorio ove si introducano nel fascicolo dibattimentale le precedenti dichiarazioni del testimone (pur veicolate, formalmente, dalla sua escussione) che, non ricordando, si limita ad affermare la verità di quanto precedentemente dichiarato. In ossequio a questo principio, la dottrina più garantista³⁵³, nell'apprensione del pericolo di una "svolta inquisitoria" del rito accusatorio, ha sottolineato come un simile approccio possa aprire ad un ingresso indiscriminato nel dibattimento delle dichiarazioni del teste "immemore", ribadendo la doverosità di respingere qualsiasi tentativo di recuperare dichiarazioni formate fuori dal contraddittorio, seppur attraverso il richiamo dibattimentale del testimone che le ha rese. A fronte di tali comprensibili preoccupazioni, certa dottrina³⁵⁴ ha (come si vedrà, non senza riserve) ritenuto comunque ammissibile il recupero ed utilizzo probatorio –seppur *per relationem* e mediato dall'escussione dibattimentale– delle precedenti dichiarazioni, sostenendo che il soggetto escusso, il quale affermi di ricordare di aver reso *quelle specifiche* dichiarazioni in indagini preliminari, e

³⁵² D. POTETTI, *Le contestazioni al testimone reticente o che non ricorda*, in *Cass. Pen.* 2003, 2617

³⁵³ F. CORDERO, *Procedura penale*, 9° ed., 2012, 718

³⁵⁴ P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, I, *Struttura e procedimento*, 2017, 163

congiuntamente confermi che le stesse dichiarazioni furono rese liberamente e secondo verità, si rende in un certo qual modo «garante» dello stesso contenuto dichiarativo. La *conditio sine qua non* che si pone per la piena utilizzabilità probatoria delle dichiarazioni “confermate” risiederebbe, pertanto, in una «esplicita assunzione di responsabilità» da parte del dichiarante, il quale dovrebbe, in maniera manifesta, intestarsi la volontà di assumere una posizione di garanzia rispetto a quanto dichiarato prima del dibattimento: in mancanza di tale condizione, qualora il teste (come pure spesso accade) si limitasse ad affermare l’arcinoto «se ho detto così è vero», resterebbe preclusa la possibilità di acquisire il contenuto dichiarativo ai fini probatori³⁵⁵. La soluzione, seppur accettabile e condivisibile, presenta ad ogni buon conto alcune criticità. In primo luogo, viene in rilievo uno degli aspetti tensivi tipici dell’escussione dibattimentale del testimone che fatica a ricordare: come potrebbe il dichiarante, una volta portato a conoscenza dei riflessi penalistici che potrebbero originarsi dalle sue dichiarazioni, esplicitamente negare di aver reso dichiarazioni secondo verità agli organi inquirenti? In tale contesto, il soggetto escusso, opportunamente sollecitato dall’interrogante, è ben cosciente del fatto che non intestarsi la verità di quanto dichiarato nella sua escussione di sommarie informazioni potrebbe esporlo ad un procedimento per il reato di cui all’art. 371–bis c.p., pertanto risulta evidente come un simile approccio favorisca ora la parte che per prima ha assunto le dichiarazioni precedenti³⁵⁶ (ben potendosi trattare dell’organo inquirente o del difensore nelle more dell’art. 391–bis), ora il soggetto che procede all’esame diretto. Ed effettivamente è alla fase del controesame che afferisce il secondo ordine di criticità: una rilettura pedissequa delle dichiarazioni precedenti, seguita da ripetute conferme da parte del dichiarante, lascerebbe il controesame svuotato della sua primaria ragion d’essere, vale a dire il vaglio e la prova di resistenza della credibilità del

³⁵⁵ P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, 162, nt. 158

³⁵⁶ G.L. FANULI, *Il «vuoto di memoria» nella prova dichiarativa*, 10

testimone, e ciò, a ben vedere, per due ordini di ragioni opposte. Da un lato, a mente del già menzionato approccio della giurisprudenza sul punto, il controesaminatore resterebbe totalmente disarmato: considerato che il testimone ammette di non ricordare i fatti rilevanti per il processo, ma solo di aver reso precedenti dichiarazioni secondo verità, risulterà decisamente arduo mettere alla prova la sua credibilità³⁵⁷. Dall'altro lato, agli antipodi di questo punto di vista, si potrebbe financo ritenere che il controesaminatore occupi una posizione di estremo vantaggio: il testimone, non ricordando i fatti, non potrebbe in alcun modo sostenere la propria credibilità, e le sue dichiarazioni finirebbero per essere certamente compromesse dall'esame incrociato³⁵⁸. È dalla stessa dottrina che, a fronte delle molteplici criticità esposte, giunge quella che sembra essere la soluzione più equilibrata e condivisibile: rimettendosi alla prudente valutazione di credibilità operata dal giudice, si ritiene che questi, pur potendo recuperare la precedente dichiarazione del testimone, nell'ambito di valutazione della prova non dovrebbe rimettersi esclusivamente alle stesse (solamente "confermate" *per relationem* in dibattimento), ma impiegarla come riscontro strumentale ad altre prove³⁵⁹. Merita menzione, quantomeno per la visione radicale, la soluzione proposta da certa dottrina per ricorrere alla "perdita di memoria" del testimone: avvalersi della lettura per sopravvenuta impossibilità di ripetizione di cui all'art. 512. Della disciplina che afferisce alle letture di cui al menzionato articolo se ne è dato conto nel capitolo II, in questa sede è opportuno comunque rammentare come, pur essendo ammesso il ricorso all'art. 512 per perdite di memoria causate da eventi patologici o traumatici imprevedibili, lo stesso (come precisato anche dalla Consulta³⁶⁰) non può dirsi qualora lo smarrimento del ricordo sia causato

³⁵⁷ Si vedano le già citate Cass., sez. II, 28 febbraio 2017, n. 17089; 13 luglio 2011, n. 31593

³⁵⁸ M.L. Busetto, *Le contestazioni alla deriva*, 8

³⁵⁹ P. Ferrua, *Il contraddittorio nella formazione della prova a dieci anni dalla sua costituzionalizzazione: il progressivo assestamento della regola e le insidie della giurisprudenza della Corte europea*, in *Archivio Penale* 2008, n. 3, 15

³⁶⁰ Corte Cost., ord. 19 gennaio 1995, n. 20

dal mero decorso del tempo, difettando totalmente il requisito dell'imprevedibilità³⁶¹.

4.4 – ALTRE INSIDIE PER LA MEMORIA. L'EFFETTO COMPLIANCE.

Come si è avuto modo di constatare, una delle maggiori insidie per l'attendibilità della prova dichiarativa è rappresentata dall'inesorabile trascorrere del tempo. Nella nostra realtà è comune che i testimoni siano chiamati a comparire in dibattimento quando ormai sono trascorsi mesi, se non anni, dai fatti oggetto del processo. Tale aspetto, ad avviso di taluno³⁶², da causa ad una criticità (pur squisitamente formale, all'apparenza) non trascurabile: è il nostro codice di rito a disporre, al comma primo dell'articolo 198, che il testimone deve «rispondere secondo verità alle domande che gli sono rivolte», ulteriormente precisando, al comma secondo dell'articolo 497, che «Il presidente avverte il testimone dell'obbligo di dire la verità». Come conciliare tali assunti con l'intrinseca fallacità della memoria, esposta ora al trascorrere del tempo, ora agli innumerevoli condizionamenti che promanano dall'esterno? In tal senso, la norma processuale rappresenta ciò che può sembrare una contraddizione: il testimone, trascorso del tempo, sottoposto alla pressione emotiva tipica del dibattimento, intimorito dalle sanzioni penali per l'infedele testimonianza, incalzato dalle parti processuali, financo sentendosi quasi "investito" del ruolo di giudice ove ritenesse la propria testimonianza determinante, difficilmente riuscirà a rappresentare in dibattimento la verità *astratta e pura*. Egli si troverà pertanto di fronte ad un bivio quasi paradossale: intestandosi l'obbligo di verità

³⁶¹ Cass., sez. I, 28 marzo 1997, n. 2993

³⁶² M. PINO, *Quanto è affidabile un testimone?*, in *La testimonianza nel processo penale: profili sostanziali e criticità tra psicologia e diritto*, 2017

si assume l'onere di una condotta che non può porre in essere, comportandosi così da falso testimone; ove al contrario decidesse di tacere diverrebbe un testimone reticente. In entrambi i casi, almeno all'apparenza, il testimone si espone al rischio di sanzioni penali. Alla luce di ciò, il testimone escusso potrà sì rispondere secondo verità, ma essa sarà pur sempre la *sua* verità, e non la verità *in assoluto*. Sul punto, certa autorevole dottrina³⁶³ ha avuto modo di rilevare come ciò che il contraddittorio può garantire non è la verità delle risposte, bensì la loro sincerità: in tal senso, sgombrato il campo dal pesante dogma della “ricerca della verità” imposta al giudice, si vuole porre l'accento sulla netta separazione che sussiste tra *genuinità* del testimone e verità delle sue risposte. È lo stesso codice che manifesta il rischio di inquinamento della memoria del testimone, disponendo con il primo comma dell'art. 497 il divieto dell'esame congiunto di più testimoni, e corroborando il tutto con la previsione di cui all'art. 149 disp. att. (peraltro sovente disattesa, anche in ragione del fatto che la sua inosservanza non importa nullità od inutilizzabilità della testimonianza³⁶⁴), che prevede il divieto di comunicazione fra testimoni e periti prima delle rispettive deposizioni. La norma menzionata tutela la genuinità della testimonianza da quei condizionamenti che attingono al pensiero ed alla memoria del testimone, i quali ben potrebbero derivare dall'opportunità di interloquire con altri soggetti informati sui fatti (rischio più che concreto, come manifesta certa letteratura sul punto³⁶⁵), manifestando così che l'ordinamento conosce e si propone di fronteggiare questo ordine di problematiche.

³⁶³ G. GIOSTRA, *Appunto per una giustizia non solo più efficiente, ma anche più giusta*, in *Politica del diritto*, n. 4/2021

³⁶⁴ Cass., sez. VI, 21 marzo 2010, n. 21748

³⁶⁵ F. GABBERT, A. MEMON, D.B. WRIGHT, *Memory Conformity: Disentangling the Steps toward Influence During a Discussion*, in *Psychonomic Bulletin & Review*, 13, 2006, 480 ss; gli autori ricreano, seppur artificialmente, una situazione di analoga contaminazione del pensiero tra testimoni, rilevando come il ricordo ben possa essere distorto dal mero colloquio tra persone informate

Come analizzato in precedenza, il nostro modello processuale è ispirato (fra gli altri) al principio di concentrazione dibattimentale. Si è già dato conto di come, nella concezione originaria di processo accusatorio, il legislatore del 1988 avesse in mente una realizzazione pratica ben differente da quanto si riscontra oggi nelle aule di giustizia. Nel pensiero “primordiale” del nuovo codice, ispirato dall’esperienza Statunitense, si rinvenivano indagini snelle e quasi “adombrate” dalla fase dibattimentale, la quale, a segnalare l’avvenuto distacco dal precedente modello inquisitorio (in cui le indagini conservavano un’importanza primaria, e si disconosceva l’importanza della formazione della prova in contraddittorio), acquisiva una posizione di supremazia assoluta: le prove vengono assunte da un unico giudice ed in un’unica udienza, al termine della quale l’organo giurisdizionale rende immediatamente la propria pronuncia. Tuttavia, nonostante la pur encomiabile visione, di rado attualmente se ne riscontra la realizzazione puntuale. Si assiste ad una reale “superfetazione” delle indagini preliminari, le quali acquisiscono un ruolo primario nel procedimento penale e, nei fatti, quasi non soffrono tempo per quanto attiene ai profili di utilizzabilità dei risultati³⁶⁶. In tutto ciò si inserisce la fase dibattimentale, men che meno “concentrata”, come il codice vorrebbe: l’iniziale idea dell’unica udienza si vede frammentata in più momenti, e non è raro che trascorran molti mesi tra l’assunzione delle varie prove ed il momento decisorio del giudice, così che alla distanza tra percezione dei fatti e momento della narrazione (per il testimone) si somma il *vulnus* di una non meno deleteria frammentazione dei momenti conoscitivi del giudice³⁶⁷.

È in tale contesto che si inserisce il pericolo di suggestione per il testimone. Suggestione che, a ben vedere, può avvenire in ogni fase del procedimento, tanto durante le indagini preliminari (da parte degli organi

³⁶⁶ F. VERGINE, *Indagini e dibattimento: il singolare funzionamento della clessidra*, in *Diritto penale e processo*, n. 9/2020, 1158

³⁶⁷ G. GIOSTRA, *Appunto per una giustizia*, 4, nt. 5

inquirenti o del difensore nello svolgimento delle attività di cui all'art. 391–*bis*) quanto durante il dibattimento, che pure presenta tensioni e stress non trascurabili per il testimone. È coerente affermare che la suggestione del testimone possa avvenire in una fase anteriore a quella del dibattimento: a latere del condizionamento “mediatico”, sempre più pericolosamente incisivo nella realtà attuale, è pure presente l'attività degli organi inquirenti (od anche, a ben vedere, del difensore che svolge attività di indagini difensive), la quale, pur tesa alla ricerca della verità, ben può condizionare l'*animus* del testimone, financo conducendolo alla formazione dei c.d. “falsi ricordi”³⁶⁸. Autorevoli accademici³⁶⁹, pur non riferibili tanto all'ambito giuridico quanto a quello psicologico, hanno avuto modo di affrontare i risvolti che i condizionamenti degli organi inquirenti originano nella memoria del testimone. Si prendano, a titolo esemplificativo, le vicende relative all'esame in sommarie informazioni testimoniali della persona che la Polizia Giudiziaria supposeva aver assistito a fatti rilevanti: a seguito di un interrogatorio della durata di quattordici ore, durante il quale (almeno inizialmente) il testimone affermava di non ricordare (nel particolare, la presenza di una delle persone sottoposte alle indagini nel luogo oggetto dei fatti), emerge un verbale poco più lungo di una pagina. Nel menzionato verbale è *ictu oculi* rilevabile come gli organi inquirenti si siano compiutamente adoperati per “risvegliare” il ricordo del testimone (eppure, come emergerà nel dibattimento, con tecniche e domande non poco suggestive³⁷⁰), il quale, nella fase finale del lungo interrogatorio, affermerà di ricordare i fatti rilevanti e confermerà di aver percepito la presenza della persona sottoposta alle indagini nel luogo oggetto dei fatti, seppur, come appreso

³⁶⁸ E.F. LOFTUS, *Leading questions and the eyewitness report*, in “*cognitive psychology*”, 7, 560–572: lo studio getta luce su come l'apporto di informazione successivo all'evento possa distorcere i ricordi dell'evento stesso

³⁶⁹ G. MAZZONI, *Si può credere ad un testimone? La testimonianza e le trappole della memoria*, 2003

³⁷⁰ Si veda, per le specificazioni dei fatti, Cass., sez. V, 19 luglio 2004, n. 31523, afferente alle vicende processuali dell'omicidio di Marta Russo

successivamente, tale ricordo sia stato recuperato dal testimone (che pure, in quel contesto, risultava “investito” della responsabilità tipica di un teste determinante) attraverso un non meglio specificato «processo ricostruttivo»³⁷¹. Eppure, nonostante il rischio di inquinamento della fonte di prova che rappresentano le domande suggestive poste nella fase delle indagini preliminari, la giurisprudenza di legittimità non ritiene di dover in alcun modo sanzionarne la pratica³⁷², e ciò per un duplice ordine di motivazioni: da un lato, il codice processuale (art. 499, c. 2) dispone il divieto di domande suggestive solo relativamente alla fase dell’esame (e non delle indagini preliminari o del controesame), pertanto si ritiene che la disposizione non spieghi i suoi effetti per le domande poste dagli agenti di p.g.; dall’altro – in modo, pur parzialmente, condivisibile – la già citata giurisprudenza ammette il ricorso alla domanda suggestiva da parte degli organi inquirenti anche in ragione del fatto che gli stessi, nella fase delle indagini preliminari, debbono (con ogni mezzo) assicurare le fonti di prova come disposto dal comma terzo dell’art. 348.

Ulteriore elemento di danno per l’integrità dei ricordi del testimone è costituito dal poc’anzi menzionato inquinamento che promana dalle fonti di informazione di massa, un genere di contaminazione, peraltro in costante crescita nei tempi attuali, che si può definire “mediatica”. È lo stesso codice di rito, nel riconoscere il divieto di acquisizione della testimonianza *hearsay* già noto all’esperienza anglosassone³⁷³, a disporre (art. 195 c. 3) l’inutilizzabilità delle dichiarazioni “per sentito dire”, manifestando ragionevole diffidenza verso le stesse. Malgrado ciò, oltre al rischio concreto rappresentato dalla contaminazione “più vicina” al testimone, la quale ben potrebbe originarsi dal contesto sociale o familiare in cui egli è inserito³⁷⁴ (si pensi ai c.d. “pettegolezzi”

³⁷¹ P. STRATA, *Le false memorie*, in *Annali online di Ferrara – IUSS*, vol. 1, 2007, 53–54

³⁷² Fra le diverse pronunce, si veda Cass., sez. III, 29 ottobre 2008, n. 43837

³⁷³ A. MACCHIA, *Liberò convincimento del giudice, dalle prove legali al ragionevole dubbio. Le regole europee*, in *Cassazione Penale*, n. 6/2022, 2044

³⁷⁴ G. MAZZONI, *Psicologia della testimonianza*, 2011, 23

in una ristretta realtà cittadina ed alla pubblica opinione), non possono sottovalutarsi quei fenomeni di “contagio” mnemonico rappresentati dall’informazione di massa: martellanti servizi giornalistici di cronaca nera, che spasmodicamente (qualora gli operatori rinvenivano un particolare interesse del pubblico per il tema) riportano interviste e dichiarazioni delle parti processuali; nonché dai sempre più popolari *talk show* nei quali gli operatori, ammantati da una supposta “esperienza”, si arrogano il ruolo di analizzare (sempre a favore di telecamera) tutti gli elementi processuali ed extraprocessuali afferenti alla vicenda di interesse, dando causa ad un fenomeno che taluno non ha esitato a definire (e non si può che convenire) «inespugnabile <*subornazione mediatica*> impermeabile ad ogni contraddittorio»³⁷⁵, compromettendo così ora la serenità di giudizio del giudice – esposto all’incessante pressione mediatica –, ora la genuinità dello stesso contributo testimoniale. Gli effetti di tale ritualità distruttiva si sono manifestati più volte nel nostro ordinamento. Si pensi a quando i giudici, nelle more del noto procedimento per i fatti del «Mostro di Firenze» a carico di Pietro Pacciani, ritennero inattendibile l’apporto di uno dei testimoni: sarebbe stato impossibile asserire la verità e l’esattezza (e si badi, non la genuinità) di un riconoscimento, alla luce del clamore mediatico e delle suggestioni popolari formatesi a carico dell’imputato³⁷⁶, imponendo così di rinunciare, con sacrificio per le parti processuali, al contributo testimoniale. In altra circostanza, di nuovo in ragione della morbosità mediatica che aveva afflitto gli eventi, i giudici ritennero di non dover procedere alla rinnovazione di due testimonianze in ragione dell’indebita influenza che i testimoni avevano subito nella spettacolarizzazione giornalistica dei fatti, a tal punto che i due soggetti (i quali, nelle more della vicenda processuale, si erano lasciati andare ad interviste e dichiarazioni presso la stampa) non furono ritenuti in grado di «distinguere tra ciò che le stesse avevano effettivamente visto quella mattina

³⁷⁵ G. GIOSTRA, *Appunti per una giustizia*, 6

³⁷⁶ Corte di assise d’appello di Firenze, 13 febbraio 1996, in *Foro.it*, 1997, 2, c. 65 ss.

[nell'immediatezza dei fatti, ndr] e quello che in seguito ricordavano di avere visto»³⁷⁷; ciò con apprezzabile sacrificio per la difesa dell'imputato, parte che aveva chiesto la rinnovazione delle dichiarazioni testimoniali. In tale ultimo caso, viene in evidenza un ulteriore ordine di problematiche: se pure il recupero delle dichiarazioni del testimone nel giudizio di merito ha una sua logicità, quali strumenti possono fronteggiare la suggestione del teste, qualora questa intervenga nelle more del giudizio di primo grado? Non sembra logico, nel quadro sistematico, poter ammettere l'utilizzabilità probatoria delle dichiarazioni rese in indagini preliminari, potendosi le stesse utilizzare esclusivamente per le contestazioni: nel caso di specie teorizzato saranno le parti ad effettuare le opportune contestazioni, ed il risultato sarà precipuamente quello di dover rinunciare al contributo testimoniale in ragione della sua provata inattendibilità, con grave sacrificio imposto al contraddittorio in fase di merito, «sede "fisiologica"» del contraddittorio³⁷⁸ e fase di elezione per l'assunzione delle prove. Alla luce di quanto asserito, a mente del fatto che la memoria del testimone può essere (coscientemente o meno) influenzata nella fase delle indagini preliminari, appare quasi tautologico affermare che altrettanto ben possa avvenire durante l'escussione dibattimentale. Il dibattimento è permeato da tensioni considerevoli, tensioni rispetto alle quali giudice e parti processuali possono ben dirsi "anestetizzati" ed assuefatti, tuttavia altrettanto non può affermarsi per il testimone: egli è generalmente estraneo alle aule di giustizia, ignora la ritualità processuale (la quale ai suoi occhi ben può apparire come indecifrabile) ed inevitabilmente teme le conseguenze che potrebbero prendere vita dalle sue dichiarazioni. Si pensi, ad esempio, all'effetto quasi dirompente che potrebbe esercitare l'arcinoto "*le contesto*" pronunciato da una parte

³⁷⁷ Cass., sez. V, 21 giugno 2016, n. 25799; pronuncia che ha ritenuto legittima la decisione della Corte d'assise d'appello territoriale di non rinnovare l'istruttoria dibattimentale, in ragione dell'esorbitante esposizione mediatica dei fatti afferenti all'omicidio di Chiara Poggi

³⁷⁸ A. MACCHIA, *Libero convincimento del giudice*, 2072

processuale nei confronti del testimone³⁷⁹, il quale ben potrebbe percepire l'espressione con un'accezione negativa, quando all'opposto la stessa è l'unico strumento a disposizione delle parti che tentano di rievocare un ricordo; o ancora, si consideri l'idoneità a sollecitare una rottura dell'equilibrio mnestico del testimone in buona fede delle affermazioni dubitative, ad esempio “È sicuro di non ricordare altro? Non sta sbagliando?”: il testimone raggiunto da simili espressioni (indubbiamente evocative del suo più grande incubo: la falsa testimonianza) difficilmente conserverà la propria lucidità, anche considerato che a porre le domande durante l'escussione sono i difensori od il Pubblico Ministero, soggetti per i quali è inevitabile, da parte del testimone, nutrire un naturale timore riverenziale³⁸⁰.

Con riguardo al summenzionato timore riverenziale, si noti che nel contesto del dibattimento (a ben vedere, anche nella fase delle indagini preliminari: si veda nt. 385 e quanto esposto successivamente), congiuntamente alle numerose insidie, opera al massimo grado il c.d. effetto *compliance*. È possibile tradurre l'espressione in italiano con “effetto di compiacenza”. Psicologia giuridica e parte della dottrina³⁸¹ hanno avuto modo di rilevare come vi sia la tendenza, in taluni testimoni, di conformarsi con quanto astrattamente si ritiene il proprio interlocutore voglia sentirsi dire. Si badi come, in tale contesto, da parte del testimone non v'è alcuna intenzione nociva od elusiva: il dichiarante *vuole* incontrare l'aspettativa di colui che lo sta esaminando, ed in un gesto di estrema collaborazione è portato a conformare le proprie dichiarazioni sul modello che, in modo più o meno subliminale, viene ad egli presentato. È molto comune che tali distorsioni si verificano nelle more delle operazioni di riconoscimento svolte in sede investigativa: il desiderio del testimone di mostrarsi collaborativo e competente con l'autorità procedente

³⁷⁹ D. CARPONI SCHITTAR, *Esame e controesame. Teoria e tecnica*, 2012, 205

³⁸⁰ P. TONINI, C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, 22° ed., 1137

³⁸¹ G. GIOSTRA, *Appunti per una giustizia*, nt. 8

prevarica il ricordo reale, portando il dichiarante a selezionare il soggetto da riconoscere (il quale, dagli investigatori, è dato per scontato come presente nella rosa di alternative presentate) quand'anche egli fosse insicuro o dubbioso nei confronti della propria memoria³⁸². L'effetto *compliance* è amplificato qualora il dichiarante –più o meno coscientemente– riesca a percepire tutti i segnali verbali e non verbali dell'interrogante³⁸³: qualora questi segnali fossero distinti come negativi, sarà il c.d. «*bias* dell'intervistatore» a condizionare ulteriormente il testimone, inquinando in modo profondo il contributo testimoniale, financo dando causa ad una reale alterazione del patrimonio mnestico del dichiarante stesso³⁸⁴. L'effetto *compliance* sprigiona il massimo della sua nocività nei contesti ove il testimone risulta particolarmente vulnerabile e suggestionato, precipuamente in ragione dell'aver assistito (in modo traumatico) alla commissione del fatto-reato. Fra le vicende giudiziarie avvenute nel nostro paese, si rammenti del caso (tristemente noto nella cronaca nera³⁸⁵) in cui il testimone, sopravvissuto all'omicidio della propria moglie e di altri tre soggetti e ferito quasi mortalmente, al suo risveglio in ospedale viene a più riprese e per più giorni interrogato dagli investigatori. Gli stessi investigatori, almeno inizialmente, non ricavarono una descrizione univoca dell'aggressore, delineando il testimone solo tratti somatici generici, quali colore della pelle, acconciatura ed altezza³⁸⁶. Successivamente a ripetuti colloqui (peraltro non videoregistrati: dell'importanza della videoregistrazione dei contributi testimoniali se ne darà compiutamente conto nel paragrafo successivo), a distanza di giorni dalla prima escussione, il testimone, sollecitato a più riprese

³⁸² L. LOMBARDI, *L'accuratezza del ricordo*, in G. GULOTTA, *Linee guida nazionali. L'ascolto del minore testimone*, 2014, 44

³⁸³ G. GULOTTA, *Innocenza e colpevolezza sul banco degli imputati*, 2018, 270

³⁸⁴ G. MAZZONI, *Si può credere ad un testimone? La testimonianza e le trappole della memoria*, 2003, 89

³⁸⁵ Ci si riferisce alle vicende note giornalmente con il nome di «Strage di Erba»

³⁸⁶ F. MANTI-E. MONTOLLI, *Il grande abbaglio. Controinchiesta sulla strage di Erba*, 2020, 80-81. Prime dichiarazioni di Mario Frigerio, rese alla p.g. il 15 dicembre 2006 presso l'ospedale S. Anna di Como

dall' investigatore –il quale, peraltro, stava procedendo all'escussione su propria iniziativa e non su delega del Pubblico Ministero– in maniera incontrovertibilmente suggestiva³⁸⁷ con il nome del supposto autore del fatto-reato³⁸⁸, stravolgerà la versione dei fatti resa in precedenza ed affermerà di aver riconosciuto senza dubbio alcuno il proprio vicino di casa come la persona che lo aveva aggredito: principalmente su tali dichiarazioni (ritenute da taluno profondamente contaminate), confermate dal testimone in dibattimento, si fonderà il convincimento dei giudici che pronunceranno sentenza di condanna nei confronti degli imputati.

4.5 – L'ESAME PROTETTO DEL SOGGETTO DEBOLE. LA COMPLESSITÀ NELL' ASSUNZIONE DELLA PROVA DICHIARATIVA DEL TESTIMONE VULNERABILE.

Delle regole generali afferenti all'esame protetto se ne è trattato nel precedente capitolo (per le particolari aderenze con la disciplina dell'incidente probatorio), pertanto in questa sede ci si soffermerà sulle criticità tipiche che riguardano l'escussione testimoniale del soggetto debole, con particolare attenzione all'esame del minore: tale è la combinazione di fattori che maggiormente porta ad emergere gli elementi più problematici relativi alla formazione della prova ed al sacrificio dibattimentale. Preliminarmente ed in maniera sintetica occorre gettare luce sull'ambito di applicabilità dell'esame protetto, che nel corso dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale è andato gradualmente ad accrescersi. Come già menzionato nel capitolo precedente,

³⁸⁷ S. PANZA-P. D'AMICO, *Erba, analisi di un delitto. Una strage imperfetta*, 2011, 47

³⁸⁸ S. PANZA-P. D'AMICO, *Op. Cit.*, 48-52. Dichiarazioni rese al Lgt. Gallorini il 20 dicembre 2006 presso l'ospedale S. Anna di Como

attualmente è possibile procedere nelle forme dell'esame protetto per minorenni e maggiorenni, siano essi persona offesa o testimone, per tutti i procedimenti che hanno ad oggetto il noto "catalogo" di reati; congiuntamente a ciò è previsto che si possa procedere all'escussione protetta per chiunque versi in condizione di "particolare vulnerabilità" a mente dell'art. 90-*quater*, ciò prescindendo dal menzionato "catalogo". Un tale assetto, come utilmente rileva certa dottrina, permane afflitto da difetti di coordinamento tra le disposizioni di interesse (specificatamente per quanto riguarda l'elencazione dei reati oggetto di esame protetto), nonché origina un reale "vuoto di contraddittorio", considerato che per le situazioni di particolare vulnerabilità (art. 498, c. 4-*quater*) sottratte al contraddittorio "ordinario" non sono previste specifiche disposizioni che regolino le modalità dell'escussione³⁸⁹. L'esame protetto è svolto, come disposto dall'art. 498 comma 4-*bis*, secondo le modalità di cui all'art. 398. Il primo tratto distintivo consiste nel "filtro" del giudice: il soggetto debole non viene esaminato e controesaminato dalle parti, in quanto l'esame è condotto direttamente dal presidente «su domande e contestazioni proposte dalle parti». Tale è il primo livello di protezione apprestato dal codice, predisposto in modo che il giudice, avvalendosi nell'eventualità di un familiare del soggetto escusso o di un esperto di psicologia infantile, possa maggiormente tutelare la personalità del soggetto debole e scongiurare la suggestionabilità³⁹⁰, comunque tenendo presente che, trattandosi di un mezzo di prova, anche l'esame protetto è teso a saggiare l'attendibilità del testimone. Ferme le previsioni dell'esame filtrato, ove il presidente ritenga l'esame diretto non nocivo della serenità del testimone, egli stesso può disporre che l'escussione prosegua nelle forme ordinarie, così da contemperare le esigenze di tutela della persona con la necessità di non

³⁸⁹ P. TONINI, C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, 22° ed., 737

³⁹⁰ P. TONINI, C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, 22° ed., 738

dispersione del patrimonio cognitivo dell'escusso³⁹¹. Oltre al filtro del giudice, è prevista dal comma 5-*bis* dell'art. 398 la possibilità di svolgere l'assunzione della prova in luogo diverso dal tribunale (quali, ad esempio, strutture specializzate o l'abitazione della persona interessata all'assunzione della prova) con l'obbligo di videoregistrare le dichiarazioni testimoniali. Si impone il ricorso alla videoregistrazione in ragione dell'importanza di documentare le espressioni verbali e non verbali³⁹² (particolarmente rivelatrici) del soggetto debole, unitamente alla necessità di alleggerire il sacrificio al principio d'immediatezza originato dalla necessità di assumere la prova in presenza di un giudice differente da quello del dibattimento³⁹³; tuttavia parte della dottrina ritiene la disposizione afflitta da «sostanziale inutilità», ciò in ragione del fatto che il legislatore non prevede alcuna sanzione di inutilizzabilità degli atti assunti senza rispettare le forme di documentazione prescritte³⁹⁴. Da precisare che, in merito all'applicabilità della protezione offerta dal luogo diverso, la giurisprudenza ritiene che, per quanto riguarda la fase dibattimentale, la disposizione sia operativa alla sola condizione che il soggetto versi in stato di particolare vulnerabilità (pertanto non rileva la natura del reato per cui si procede)³⁹⁵, a differenza di quanto previsto per l'incidente probatorio, fattispecie che vede la norma operativa limitatamente ai reati di "violenza alla persona". Ulteriore livello di protezione è rappresentato dall'impiego del c.d. vetro-specchio con impianto citofonico. Da ultimo, il comma 4-*quater* dell'art. 498, introdotto dal già menzionato Dlgs 212 del 2015, dispone che, qualora lo ritenga necessario e ricorrano le condizioni di particolare vulnerabilità del dichiarante, il giudice, su

³⁹¹ G. GIOSTRA, *Profili giuridici della testimonianza del minore*, in L. DE CATALDO NEUBURGER, *Testimoni e testimonianze "deboli"*, 2006, 141

³⁹² D. PRETTI, *L'incidente probatorio*, in F. ALVINO, D. PRETTI, *Le indagini preliminari. Tra fonti disciplinari e prassi applicative*, 2017, 331

³⁹³ A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, 10° ed., 2007, 379

³⁹⁴ M. BARGIS, *Sub art. 14*, in *l. 15 febbraio 1996, n. 66 (Norme contro la violenza sessuale)*, in *Leg. Pen. 1996*, 514

³⁹⁵ Corte Cost., 9 maggio 2001, n. 114

richiesta delle parti, dispone l'adozione di (ulteriori) modalità protette. Tali modalità non sono predeterminate dal codice, pertanto è lasciata al giudice libertà in ordine all'individuazione delle stesse. A tal proposito, certa dottrina non ha potuto non riscontrare la lacunosità della previsione normativa: da un lato, e non se ne comprende la *ratio*, il ricorso alle protezioni di cui al comma 4-*quater* è approntato solamente per la persona offesa (e non per il testimone vulnerabile) e la formulazione letteraria risulta eccessivamente generica, considerato che l'espressione «specifiche esigenze» si presenta come difficilmente circoscrivibile³⁹⁶; dall'altro il ricorso alla videoregistrazione (di cui, più compiutamente, se ne tratterà in seguito) è facoltizzato e non sanzionato da inutilizzabilità, dando causa in tal senso ad un ulteriore sacrificio per il principio di immediatezza³⁹⁷.

Come già menzionato, le maggiori criticità dell'esame protetto possono rilevarsi nell'analisi dell'esame del minore, in particolare nelle more di procedimenti per violenza sessuale che vedono la persona offesa in età infantile o preadolescenziale. Si pensi al celebre racconto dello Psicologo Jean Piaget, che sino all'età di quindici anni conservò in maniera vivida e dettagliata il ricordo di un tentativo di rapimento ai suoi danni avvenuto tredici anni prima: talmente era intenso il ricordo nella sua memoria che egli rammentava il disperato tentativo della sua *baby-sitter* che, frapponendosi tra lui ed il rapitore, veniva percossa e graffiata sul volto. Il ricordo rimase così intatto fin quando fu la stessa *baby-sitter* a confessare di aver mentito: tale è la testimonianza lapidaria di come, a causa delle suggestioni esterne, un soggetto in età infantile possa facilmente costruire e sviluppare falsi ricordi³⁹⁸, evidenziandosi in tal senso un apprezzabile

³⁹⁶ C. DI MARTINO, T. PROCACCIANTI, *La prova testimoniale nel processo penale*, 2° ed., 2010, 187

³⁹⁷ L. ALGERI, *Lo statuto del testimone vulnerabile tra esigenze di protezione della vittima "dal" processo e necessità di garantire il diritto alla prova "nel" processo*, in *Diritto penale e processo*, 2020, 129

³⁹⁸ M. VANNUCCI, *Quando la memoria ci inganna*, 2008, 82

rischio per la formazione della prova in tutti quei procedimenti penali che vedono la vittima, soggetto debole ed in età infantile (e per ciò solo agevolmente suggestionabile), quale unico testimone del fatto-reato. In ragione di ciò, a mente della peculiare importanza che in taluni procedimenti riveste la testimonianza del minore, è lo stesso codice di rito a riconoscere una sostanziale corrispondenza di valore probatorio tra le dichiarazioni del soggetto adulto e quelle del soggetto minore. Permane, tuttavia (comprensibilmente, ndr), parte della dottrina³⁹⁹ che, in ragione della particolare suggestionabilità del minore, ritiene eccessivamente restrittivo l'orientamento della giurisprudenza di legittimità sull'idoneità a testimoniare del soggetto minore: invero, detta suggestionabilità verrebbe in rilievo solamente ove assuma tratti patologici, tipici delle personalità isteriche ed immature⁴⁰⁰. Ciò detto, è autoevidente l'esistenza di profonde differenze materiali tra le due fattispecie. Gli studi di psicologia giuridica hanno avuto modo di evidenziare come i bambini, rispetto agli adulti, siano dotati non di *minori* ma di *differenti* capacità cognitive rispetto agli adulti⁴⁰¹: mentre l'adulto costruisce la propria narrazione in conseguenza del ricordo che conserva, il bambino riesce a far riaffiorare alla propria memoria il ricordo stesso solo con l'attività di narrazione⁴⁰² attraverso una "progressione dichiarativa"; narrazione che, se sollecitata dalle aspettative e dalle suggestioni dell'interrogante, oltre a risultare falsa contaminerà e distorcerà irrimediabilmente quello stesso ricordo che la origina. Invero, sono le stesse linee guida redatte dalla SINPIA a segnalare come sia sempre attuale il rischio dell'induzione di falsi ricordi nel minore, sollecitando un'indagine approfondita della reale origine dei primi racconti della persona offesa, così da escludere la

³⁹⁹ G. GULOTTA, *La suggestionabilità dei bambini: uno studio empirico*, in *Psicologia e giustizia*, 2004 n. 5

⁴⁰⁰ Cass., sez. III, ud. 4 ottobre 2007, dep. 21 novembre 2007, n. 42981, Rv. 238065-01

⁴⁰¹ P. TONINI, C. CONTI, *Considerazioni sulla psicologia della testimonianza*, in *Manuale di procedura penale*, 22° ed., 2021, 1139

⁴⁰² A. BALABIO, *Il falso ricordo*, in G. GULOTTA, *Linee guida nazionali. L'ascolto del minore testimone*, 2014, 67

presenza di elementi suggestivi⁴⁰³. Le dichiarazioni rese saranno, pertanto, inevitabilmente influenzate dall'affidamento che il minore matura nei confronti di chi lo ascolta e dall'atteggiamento dello stesso, in particolare per la naturale tendenza del bambino a conformarsi con quanto l'intervistatore (attraverso il linguaggio verbale e non verbale) esteriorizza: la c.d. "tendenza alla conformità" non è sconosciuta agli studiosi della materia, i quali pongono l'accento sull'effetto distruttivo, per l'attendibilità della dichiarazione del minore, scatenato dall'introdurre nell'intervista dei dettagli di cui l'intervistatore è già a conoscenza, i quali ben potrebbero indurre il minore a modificare il proprio racconto per conformarlo con quanto l'intervistatore vorrebbe "sentirsi dire"⁴⁰⁴. È per tale ragione che l'intervistatore deve evitare, con ogni mezzo, il ricorso a stimoli suggestivi, i quali compromettono irrimediabilmente la delicata fase della rievocazione che, come menzionato, risulta fondamentale nel recupero del ricordo; stimoli suggestivi che il soggetto intervistato ben potrebbe cogliere dalla mera riproposizione delle domande, circostanza che il minore sovente interpreta come un riscontro negativo implicito ed impulso a "modificare" la narrazione resa⁴⁰⁵. È infatti accertato che il soggetto in età infantile sarà portato a dare risposte in corrispondenza a ciò che egli ritiene al meglio possa soddisfare l'aspettativa dell'adulto intervistatore⁴⁰⁶, e sono le stesse linee guida della Carta di Noto ad imporre, oltre al divieto di ricorrere a stimoli suggestivi, di esplicitare le metodologie scientifiche utilizzate dall'intervistatore⁴⁰⁷, così da consentire al giudice di valutare la correttezza e l'affidabilità del metodo impiegato e di

⁴⁰³ Società Italiana di Neuropsichiatria dell'Infanzia e dell'Adolescenza, *Linee guida in tema di abuso su minori*, 2007

⁴⁰⁴ GARVEN, WOOD, MALPASS, SHAW, *More than suggestion: the effect of interviewing techniques from the McMartin preschool case*, in *Journal of applied psychology*, 1998 n. 83/3, 347-359

⁴⁰⁵ S.J. CECI, BRUCK, *The suggestibility of the child witness: a historical review and synthesis*, in *Psychological bulletin*, 1993 n. 3, 403-439

⁴⁰⁶ L. DE CATALDO NEUBURGER, *L'idoneità del minore a rendere testimonianza*, in A. FORZA-P. MICHIELIN-G. SERGIO, *Difendere, valutare e giudicare il minore*, 2001

⁴⁰⁷ Carta di Noto, documento guida per la raccolta delle dichiarazioni del minore vulnerabile, nato dal convegno "Abuso sessuale sui minori e processo penale", Noto, 9 giugno 1996, art. 21

conseguenza verificare l'attendibilità del contributo dichiarativo. Unitamente a ciò lo stesso documento avverte l'intervistatore circa la dannosità che comporta trasmettere al minore l'impressione di dubitare della sua testimonianza⁴⁰⁸, oltre alla necessità, al fine di ridurre al minimo la contaminazione, di non ricorrere ad interrogatori ripetuti⁴⁰⁹. Altro elemento di pericolo nella fattispecie di interesse è rappresentato dall'influenza esercitata sul minore dall'ambiente che lo circonda. Il fenomeno del c.d. "contagio dichiarativo" (noto anche ove a testimoniare siano soggetti adulti) è particolarmente intenso ove si proceda per reati sessuali commessi a danno di minori, considerata la particolare preoccupazione che questi destano nella comunità e negli stessi genitori delle persone offese: inevitabilmente la notizia arriva a diffondersi tra le famiglie (si pensi al contesto scolastico), ed il conseguente spasmodico approfondimento para-investigativo della comunità ben potrebbe produrre l'inquinamento delle testimonianze⁴¹⁰. Dal quadro delineato emergono numerosi elementi problematici: a latere del rischio di contaminazione delle dichiarazioni nella fase predibattimentale (che pure, come si vedrà, costituisce una delle criticità centrali), il legislatore non può non approntare delle soluzioni protettive verso il soggetto debole, il quale risulterebbe altrimenti attinto dal fenomeno della c.d. "vittimizzazione secondaria" proprio delle tensioni dibattimentali; ciò senza trascurare la necessità di contemperamento con i diritti dell'imputato, al quale, per la natura particolare del testimone, è preclusa la possibilità di ricorrere all'ordinario confronto tra accusatore ed accusato che caratterizza l'esame incrociato.

Tutto ciò premesso, nonostante il sacrificio del principio d'immediatezza che comporta, pochi dubbi suscita l'audizione del minore in sede *proto-*

⁴⁰⁸ P. TONINI, C. CONTI, *Considerazioni*, in *Manuale*, 1144

⁴⁰⁹ Carta di Noto, art. 8

⁴¹⁰ A. BALABIO, M. LIBERATORE, L. LOMBARDI, *Vicende giudiziarie a confronto: analisi di dieci casi italiani di presunto abuso sessuale collettivo*, in G. GULOTTA, *Fatti e fattoidi negli abusi sessuali collettivi sui minori*, 2016, 178

dibattimentale e di incidente probatorio, considerato che in tali circostanze l'imputato può comunque esercitare (quand'anche mediato dal giudice) il proprio diritto alla difesa. Permane, tuttavia, la possibilità per gli organi inquirenti di ascoltare il minore in sede pre-dibattimentale, durante la fase delle indagini preliminari. Quale che sia la scelta operata dal Pubblico Ministero, questa spiegherà effetti peculiari e dovrà essere operata con la massima accuratezza in relazione alle circostanze che interessano il fatto-reato. Qualora si deciderà di procedere all'audizione unilaterale le dichiarazioni del minore produrranno solamente effetti endofasici e non saranno utilizzabili nel dibattimento, tuttavia sulla base di esse ben potranno essere emesse eventuali misure cautelari e non si darà causa alla *discovery* del fascicolo del Pubblico Ministero, eventualità che potrebbe rivelarsi particolarmente rischiosa qualora il fatto-reato si sia consumato nel contesto intrafamiliare e la persona offesa intrattenga rapporti quotidiani con la persona sottoposta alle indagini. Al contrario si avrà *discovery* del fascicolo qualora l'autorità procedente riterrà di ricorrere immediatamente all'audizione del minore in incidente probatorio, ma in tal caso, oltre alla piena utilizzabilità delle dichiarazioni, si avrà la massima contrazione degli eventi in cui il minore viene intervistato, con conseguente ridotta esposizione dello stesso agli stimoli suggestivi e maggiore attendibilità delle dichiarazioni rese⁴¹¹. È la stessa giurisprudenza di legittimità a riconoscere la peculiare importanza delle prime dichiarazioni rese dal minore, ritenendole in assoluto le più attendibili in quanto non inquinate da fattori esogeni, precisando tuttavia l'opportunità di indagare sulla «genesi delle prime narrazioni» per escludere qualsivoglia presenza di *falsi ricordi*⁴¹². Pertanto, nell'ottica del sacrificio dibattimentale che comporta l'audizione unilaterale, considerato il rischio di suggestione del minore nonché la particolare importanza delle

⁴¹¹ S. RECCHIONE, *L'esame del minore persona offesa in reati sessuali*, in *L'esame incrociato*, *Officina del diritto*, ottobre 2011, 80

⁴¹² Cass., sez. III, 8 marzo 2007, n. 121

primitissime dichiarazioni (generalmente, come detto, le più genuine) che vengono rilasciate all'autorità procedente, è lo stesso codice processuale a disporre (art. 398, c. 5-*bis*) la documentazione aggravata delle dichiarazioni rese dal minore. La documentazione aggravata, consistente generalmente nella videoregistrazione dell'intervista, riveste particolare importanza anche nelle fonti sovranazionali: il Consiglio d'Europa si è espresso energicamente in tal senso⁴¹³ quando il soggetto intervistato è un minore, ed il ricorso al mezzo della videoregistrazione è, dalle istituzioni Europee, financo ritenuto idoneo a formare materiale pienamente utilizzabile ai fini probatori in alcuni procedimenti per reati a danno dei minori⁴¹⁴. Si ritiene che la documentazione in forma aggravata costituisca il miglior mezzo per una corretta e piena attuazione del diritto di difesa dell'imputato, il quale, analizzando la dichiarazione nella sua interezza (e non incorporata in verbali sintetici) ben potrà rilevare in che modo l'intervistatore ha posto le domande e condotto l'esame del minore, ed eventualmente far emergere le circostanze che hanno generato nel minore un falso ricordo. Ad avviso di autorevole dottrina⁴¹⁵ (pienamente condiviso da chi scrive), il mezzo della videoregistrazione rappresenta un ragionevole contemperamento delle esigenze di tutela del soggetto debole con il diritto alla difesa dell'imputato, consentendo allo stesso un'analisi piena e pregnante (seppur *ex post*) delle modalità di svolgimento dell'esame; nonché, a beneficio dell'efficienza processuale, il materiale videoregistrato ben potrebbe essere utilizzato come prova nel caso in cui la difesa scelga di percorrere la strada del giudizio abbreviato (art. 438). Getta luce sull'importanza della videoregistrazione dei colloqui una (non più recente) pronuncia della

⁴¹³ Linee guida del comitato dei ministri del Consiglio d'Europa sulla giustizia a misura del minore, adottate il 17 novembre 2010 dal Comitato dei Ministri nella riunione 1098, par. 6.5

⁴¹⁴ Direttiva dell'Unione Europea sulla repressione della tratta degli esseri umani, approvata il 14 dicembre 2010, art. 15 comma quarto

⁴¹⁵ S. RECCHIONE, *L'esame del minore*, in *L'esame incrociato*, *Officina del diritto*, ottobre 2011, 85

giurisprudenza di legittimità afferente ad un noto caso di cronaca giudiziaria che ha interessato il nostro Paese, e di preminente interesse per quanto riguarda l'esame del soggetto minore (nel particolare in età infantile): è l'inquietante vicenda giudiziaria giornalmisticamente nota come «Diavoli della bassa modenese», all'interno della quale si dipanano un'attività di indagine ed una sequenza processuale che ruotano attorno a supposti delitti sessuali a danno di più minori, caratterizzati dall'esecuzione rituale e di gruppo, ciò unitamente alle misure cautelari di allontanamento dei vari bambini dalle proprie famiglie. Come ben documentato, ora dagli atti processuali, ora dal giornalismo di inchiesta, l'intera attività dell'organo procedente si basò esclusivamente su elementi dichiarativi dei minori, i quali furono intervistati dagli esperti facendo ampio ricorso a stimoli e domande suggestive, talvolta anche esplicitamente stimolando la risposta del minore ed indirizzandola verso quanto l'intervistatore riteneva corretto⁴¹⁶. In ragione di quanto menzionato, la Corte di Cassazione ritenne di rigettare i ricorsi del Pubblico Ministero avverso le assoluzioni pronunciate dalla Corte di Appello. Nel particolare, la Corte territoriale ritenne di pronunciare assoluzione nei confronti degli imputati in ragione della mancata videoregistrazione delle audizioni unilaterali dei minori, considerato che in tal modo non fosse possibile conoscere le modalità di intervista ed escludere che durante le audizioni non fossero intervenuti stimoli suggestivi da parte degli intervistatori; la Suprema Corte⁴¹⁷, condividendo le determinazioni della sentenza impugnata, di nuovo evidenziò l'importanza della documentazione aggravata dei colloqui, ritenendo dirimente, ai fini del (mancato) raggiungimento della prova che « non esiste un reperto documentale afferente alle uniche informazioni selettive: le prime dichiarazioni dei piccoli, quelle cioè

⁴¹⁶ Non è tale la sede opportuna per approfondire i fatti specifici che riguardano la summenzionata vicenda. Per ulteriori specificazioni, si veda la pregnante attività di documentazione svolta da A. RAFANELLI e P. TRINCIA, in *Veleno*, Podcast di *Repubblica*, al link lab.gedidigital.it/repubblica/2017/veleno

⁴¹⁷ Cass., sez. IV, ud. 3 dicembre 2014, dep. 23 gennaio 2015, n. 3279-15

più genuine e meno aperte al dubbio di contaminazioni e suggestioni». A mente di quanto esposto è evidente la centralità che la documentazione aggravata deve (o dovrebbe) rivestire, ciò nonostante parte della dottrina non ha ommesso di rilevare come la mancanza di sanzioni processuali specifiche finisca per facoltizzare l'attività di videoregistrazione, relegando la norma ad una «sostanziale inutilità»⁴¹⁸; e da ultimo l'atteggiamento "timido" del legislatore verso l'introduzione nel processo penale delle forme di documentazione aggravata è confermato anche dal riferimento alla registrazione dei contributi testimoniali nella nuova legge delega per la riforma del processo penale⁴¹⁹, permanendo nella formulazione della norma lemmi di carattere "esonerativo".

4.6 – L'INTERROGATORIO E L'ESAME DELL'IMPUTATO

In ragione delle peculiari differenze che intercorrono, nell'alveo dell'apporto dichiarativo, tra il testimone "puro" e l'imputato, vale la pena effettuare un'analisi della posizione di quest'ultimo. Tutte le garanzie ed i diritti apprestati per l'imputato si estendono anche al soggetto che riveste la qualità di persona sottoposta alle indagini, e l'assunto è confermato sia in modo espresso dall'art. 61, sia dalla disciplina specifica per l'interrogatorio della persona sottoposta alle indagini nella fase predibattimentale. Così, in espresa rottura rispetto al precedente rito di natura inquisitoria, l'interrogatorio, prima che uno strumento teso ad assicurare un apporto gnoseologico direttamente dalla persona nei cui confronti vengono svolte le indagini, è considerato uno strumento di

⁴¹⁸ M. BARGIS, *Sub art. 14, in l. 15 febbraio 1996, n. 66 (Norme contro la violenza sessuale)*, in *Leg. Pen.* 1996, 514

⁴¹⁹ L. 27 settembre 2021, n. 134, art. 1, comma 8, lett. a) e b)

difesa a favore di quest'ultima⁴²⁰. Così è predisposta la massima tutela per la libertà di autodeterminazione e la dignità dell'interrogato: egli interviene libero –a meno che sussista un oggettivo pericolo di fuga o di violenza– anche ove si trovi già in stato di detenzione (art. 64, comma primo) e la sua volontà dichiarativa non può essere coartata con “metodi o tecniche” idonei a compromettere l'autodeterminazione dell'interrogato od alterarne le capacità valutative (art. 64, comma secondo). La dottrina è concorde nel ritenere che l'espressione “metodi” debba riferirsi ad ogni genere di condizionamento, psicologico o fisico, che il conduttore dell'interrogatorio imponga sulla volontà dell'interrogato⁴²¹, la quale non deve in alcun modo subire condizionamenti (*rectius*, dovrebbe: in un'occasione la giurisprudenza di legittimità ha affermato che il ricorso a «metodi investigativi» nel corso dell'interrogatorio non ne compromette la validità, purché siano rispettate le garanzie previste dall'art. 294⁴²²); mentre trattasi di “tecniche” in riferimento all'impiego di strumenti finalizzati all'estrazione di informazioni che prescindano dalla volontà del soggetto interrogato, quali l'ipnosi, la narcoanalisi (c.d. “siero della verità”) od il *lie-detector* (macchina della verità): in tale seconda ipotesi si rigetta ogni apprezzamento in merito al margine di errore dei summenzionati strumenti, a mente del fatto che l'apporto dichiarativo dell'interrogato non può prescindere dalla volontà dello stesso⁴²³. Di talché emerge una disciplina ispirata alla massima tutela per la posizione dell'interrogato, sintetizzata efficacemente dalla locuzione di autorevole dottrina «dall'interrogatorio si potranno ottenere dichiarazioni soltanto se e nei limiti in cui l'indagato decida liberamente di renderle»⁴²⁴, disconoscendosi la legittimità di qualsivoglia strategia tesa ad

⁴²⁰ O. DOMINIONI, in E. AMODIO-O. DOMINIONI, *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, vol. I, 1989, 402

⁴²¹ G.P. VOENA, in G. CONSO-V. GREVI, *Profili del nuovo codice di procedura penale*, 1996, 78

⁴²² Cass., sez. VI, 22 gennaio 1992, n. 143

⁴²³ O. DOMINIONI, in *Commentario*, vol. I, 402

⁴²⁴ P. TONINI-C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, 22° ed., 2021, 125

indebolire la libertà di autodeterminazione dell'interrogato. A conferma di ciò vi è l'indisponibilità del divieto di cui al comma secondo dell'art. 64: non potrà farsi ricorso ai menzionati "metodi o tecniche" neppure qualora la persona interrogata presti il proprio consenso. Onere dell'autorità procedente è informare l'interrogato in merito alle proprie facoltà ed al regime di utilizzabilità del suo apporto dichiarativo (comma terzo, lett. *a*) e *b*): oltre alla facoltà di non rispondere alle domande –il silenzio può essere tanto integrale quanto selettivo– è dato avviso alla persona interrogata che le dichiarazioni versate nel verbale dell'interrogatorio potranno, in ogni caso, essere utilizzate nei suoi confronti, essendo l'interrogatorio atto "garantito" al quale il difensore della persona sottoposta alle indagini, a presidio del rispetto dei limiti imposti dal codice di rito, ha diritto di assistere⁴²⁵. Non stupisce, pertanto, l'assoluta inutilizzabilità delle dichiarazioni rese in assenza degli avvertimenti di cui alle lett. *a*) e *b*) dell'art. 64 comma terzo, inutilizzabilità che si estende, come confermato dalla giurisprudenza di legittimità⁴²⁶, anche all'apprezzabilità dell'apporto dichiarativo al fine della valutazione di sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza per l'applicazione di misure cautelari: in tal senso, mancando i dovuti avvertimenti, l'autorità procedente potrà servirsi delle dichiarazioni dell'interrogato al solo fine di trarvi la notizia di reato⁴²⁷. A porre l'accento sulla natura eminentemente difensiva dell'interrogatorio è stata anche la stessa Corte costituzionale⁴²⁸, nel rimarcare la differenza che intercorre tra interrogatorio ed esame dibattimentale (vero e proprio mezzo di prova): il primo si svolge nella fase delle indagini preliminari ed è espressamente previsto affinché l'imputato possa operare un esercizio effettivo del diritto di difesa, mentre l'esperimento

⁴²⁵ P. TONINI-C. CONTI, *Manuale*, 125, nt. n. 125. Come se ne darà conto, il difensore ha sempre diritto di assistere all'interrogatorio del p.m. (art. 364), ed è prevista la sua presenza obbligatoria ed irrinunciabile qualora l'interrogatorio sia svolto dalla p.g. (art. 350)

⁴²⁶ Cass., **sez. un.**, 24 settembre 2003, n. 5052/04

⁴²⁷ Cass., sez. V, 30 settembre 2009, n. 45016

⁴²⁸ Corte cost., 24 maggio 1991, n. 221

del secondo, che prende vita nella fase dibattimentale, rimane una scelta personale dell'imputato, il quale potrà valutare se sottoporsi all'esame incrociato o mantenere il silenzio in ragione della propria posizione processuale. Di talché è lo stesso art. 65 a far emergere la strumentalità dell'istituto rispetto all'esercizio del diritto di difesa dell'imputato: a mente del primo comma, l'autorità procedente è tenuta a comunicare all'interrogato il fatto che ad egli è attribuito. La comunicazione, pur non risolvendosi nella differente contestazione dell'imputazione propria del giudizio di merito⁴²⁹ (la quale è formulata solo ad indagini concluse), non dovrebbe limitarsi alla mera enunciazione dei fatti: la dottrina⁴³⁰ maggioritaria ritiene che l'autorità debba esplicitare all'imputato ogni rilievo accusatorio ed elemento di contesto contingente al fatto contestato, financo ritenendo, di nuovo a rimarcare l'essenza eminentemente difensiva dell'interrogatorio, che in caso di ulteriori indagini (successive all'interrogatorio già svolto) additive di elementi a carico dell'imputato si debba procedere ad un nuovo interrogatorio, così da porre questi in condizione di esporre all'autorità le proprie determinazioni sui nuovi elementi.

Prima di inoltrarci nella trattazione dell'interrogatorio di polizia (art. 350), di preminente interesse in ragione del peculiare regime di utilizzabilità delle dichiarazioni, è appena il caso di addentrarsi, seppur sinteticamente, nel *mare magnum* rappresentato dalle ipotesi di connessione e collegamento. Come se ne darà conto, se da un lato l'imputato non è tenuto al rispetto dell'obbligo di verità, dall'altro, il suo esame dibattimentale *ex art. 503* costituisce una fonte di prova a tutti gli effetti: da qui la necessità, per il legislatore, di delimitare gli spazi di operatività delle dichiarazioni rese *erga alios* dall'imputato. Un buon

⁴²⁹ Così R.E. KOSTORIS, in M. CHIAVARIO, *Commento al codice di procedura penale*, vol. I, 1991, 331, secondo il quale la contestazione ben può concretizzarsi in una «imputazione fluida», formulata secondo gli elementi acquisiti dall'autorità sino al momento dell'interrogatorio. Si veda, sulla differente natura di contestazione *ex art. 65* ed imputazione Cass., sez. V, 21 aprile 1999, n. 10518

⁴³⁰ O. DOMINIONI, in *Commentario*, vol. I, 407

punto di partenza è costituito dall'art. 64, comma terzo, lett. c): in sede di interrogatorio l'imputato deve essere avvertito che, qualora dovesse rendere dichiarazioni su fatti altrui, egli sarà chiamato ad assumere l'ufficio di testimone su tali dichiarazioni, salve le previste cause d'incompatibilità. Così, ove l'imputato si limiti ad esprimere contenuto dichiarativo *a carico* di terzi, e questi non risultano, in ragione del fatto attribuitogli, in rapporto di connessione o collegamento con i fatti per cui si procede, l'imputato assumerà a pieno titolo il ruolo di persona informata sui fatti (prima del dibattimento) e di testimone (durante il dibattimento), e conseguentemente su tali fatti sarà tenuto all'obbligo di verità: ferme in ogni caso le garanzie a tutela dell'autoincriminazione, la giurisprudenza di legittimità ha precisato che le dichiarazioni *erga alios* raccolte, nel caso di specie, restano comunque utilizzabili anche qualora il soggetto interrogato non abbia ricevuto gli avvertimenti di cui alle lett. a) e b) del comma in esame⁴³¹. Indefettibile è invece l'avvertimento di cui alla lett. c): l'interrogato deve essere posto in condizione di conoscere, con pienezza, che qualora dovesse rendere dichiarazioni che coinvolgono altri soggetti «prima o poi potrà diventare un testimone»⁴³²; per tale ragione, in quest'ultima ipotesi, l'omesso avvertimento è sanzionato con l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese e con l'impossibilità, per l'interrogato, di assumere l'ufficio di testimone, almeno fin quando è pendente il procedimento a suo carico. Particolare complessità caratterizza, all'opposto, la disciplina afferente alle dichiarazioni contro terzi per i quali sussista un qualsiasi rapporto di *connessione* o *collegamento* con il procedimento oggetto dell'interrogatorio. In tale situazione l'art. 197 (puntualmente richiamato nell'art. 64, comma terzo, lett. c)) stabilisce alcune ipotesi di *incompatibilità* a rendere testimonianza, in conseguenza della quale le dichiarazioni rese nell'interrogatorio saranno sottoposte ad un trattamento

⁴³¹ Da ultimo Cass., sez. VI, 5 aprile 2018, n. 21315

⁴³² P. TONINI-C. CONTI, *Manuale*, 127

differenziato. Procedendo schematicamente, le ipotesi di incompatibilità ad assumere l'ufficio di testimone sono così suddivise.

1. C.d. connessione *forte*, art. 12 lett. *a*): trattasi di coimputati per il medesimo reato e situazioni assimilabili, quali l'ipotesi di cooperazione colposa nel reato, di concorso nel reato ovvero di condotte indipendenti che hanno concorso a causare un unico evento.
2. C.d. connessione *debole* o teleologica, art. 12 lett. *c*): gli imputati connessi hanno commesso un reato per eseguire od occultare un altro reato. Un esempio "di scuola" è il furto dell'auto successivamente utilizzata per commettere il reato di rapina.
3. C.d. *collegamento* probatorio, art. 371, co. 2, lett. *b*): gli imputati sono "collegati" qualora abbiano commesso reati in occasione di altri reati, od al fine di assicurare al colpevole il profitto, il prezzo, il prodotto o l'impunità (si pensi al furto d'auto ed al successivo riciclaggio o ricettazione), oppure ancora abbiano commesso reati in danno reciproco od anche qualora la prova di uno dei reati influisca sulla prova dell'altro reato collegato.

In tutti i casi l'incompatibilità cessa dopo l'irrevocabilità della sentenza, fatta eccezione per la situazione di cui al n. 1 ove non sia stata pronunciata assoluzione per non aver commesso il fatto o perché il fatto non sussiste. Ove invece sussista l'incompatibilità a testimoniare il codice di rito prevede che l'imputato connesso o collegato sia esaminato in dibattimento con una procedura differenziata rispetto all'ordinaria *cross-examination*, nota anche come testimonianza assistita. Tale disciplina (art. 210) risponde ad una duplice esigenza: da un lato si vuole garantire il maggior apporto gnoseologico possibile al giudizio, dall'altro, considerata la particolare prossimità dei fatti tra procedimenti connessi –ed il pregiudizio che potrebbe derivare, dal loro accertamento, per il soggetto esaminato–, deve comunque assicurarsi all'imputato esaminato una

posizione di maggior garanzia rispetto al teste “puro”. Di talché, a mente dell’art. 210 co. 3, l’imputato in qualsiasi modo connesso o collegato chiamato ad assumere l’ufficio di testimone è esaminato con la necessaria assistenza del difensore: così, fermi gli obblighi di presentarsi e di verità sul fatto altrui, la presenza del difensore assicura, oltre al rispetto formale della disciplina, che l’imputato non incorra in dichiarazioni autoaccusatorie, posto che, in ogni caso, le dichiarazioni raccolte in sede di testimonianza assistita non possono mai essere utilizzate contro chi le ha rese (art. 197-*bis*, co. 5). Ad ogni buon conto, la presenza e lo spazio di manovra del difensore nella testimonianza assistita non risultano circoscritte e limitate come nell’interrogatorio. In questa sede, come suggerisce la formulazione letterale della norma, il difensore è titolare del diritto di partecipare all’esame, potendo in tal senso, secondo dottrina maggioritaria, rivolgere domande al dichiarante⁴³³: l’attività del difensore nella testimonianza assistita consisterebbe in un vero e proprio controesame a tutto vantaggio del soggetto esaminato⁴³⁴, così da scongiurare pregiudizi per quest’ultimo. In ogni caso, il legislatore tende a guardare con sospetto le dichiarazioni promananti dall’imputato connesso o collegato, il quale ragionevolmente ha tutto l’interesse ad alleggerire la propria posizione processuale magari a danno del proprio coimputato. Così, in ogni caso di connessione o collegamento, le dichiarazioni rese dal testimone assistito, oltre all’ordinaria valutazione della credibilità del dichiarante, necessitano di essere riscontrate da altri elementi probatori emersi nel procedimento per poter essere apprezzate come prova, come disposto dall’art. 192 co. 3. In una simile architettura normativa non possono non condividersi le osservazioni critiche mosse da certa dottrina. Invero, la disciplina dell’incompatibilità non contribuisce a garantire un maggior apporto dichiarativo da parte dell’imputato in connessione “forte” –il quale conserva, in

⁴³³ A. AVANZINI, *L’esame dibattimentale delle fonti di prova personali*, in G. UBERTIS, *La conoscenza del fatto nel processo penale*, 1992, 61

⁴³⁴ L. D’AMBROSIO, in *Commento Chiavario*, vol. II, 552

ogni caso, la facoltà di non rispondere ad alcuna domanda e rimane esente dall'obbligo di verità, mentre la posizione dell'imputato in connessione "debole", oltre ad esporsi alla perdita del diritto al silenzio in sede di interrogatorio (luogo sfornito della presenza di garanzia di un giudice), vede dei confini estremamente sfumati in merito alla facoltà di tacere sui fatti a proprio carico, la cui ampiezza è modulata dall'autorità sulla singola domanda⁴³⁵. Di più, strettamente dipendente dall'ampiezza del diritto al silenzio dell'imputato connesso debole è lo stesso diritto al contraddittorio dell'altro imputato: così questi rischia di perdere la possibilità di confrontarsi con il teste assistito, il quale, a proprio vantaggio, ben potrebbe rendere dichiarazioni *contra alios* ma trincerarsi dietro il silenzio sugli aspetti i quali, seppur legati al fatto proprio, risulterebbero determinanti per l'accertamento del fatto altrui⁴³⁶. Ne consegue una disciplina estremamente complicata, la quale, nel tentativo di garantire un maggior apporto probatorio dichiarativo al giudizio penale, non è comunque riuscita ad operare un equilibrato bilanciamento tra il diritto al silenzio ed il diritto al contraddittorio⁴³⁷.

Esplorata la disciplina relativa a connessione e collegamento, è opportuno soffermarsi sulla fattispecie di interrogatorio della persona sottoposta alle indagini più comunemente impattante sulle vicende del dibattimento, vale a dire il c.d. interrogatorio di polizia disciplinato dall'art. 350, anche a mente del fatto che, nella maggior parte dei casi, l'interrogatorio investigativo viene delegato dal Pubblico Ministero alla stessa Polizia Giudiziaria. La norma configura tre distinte fattispecie: l'assunzione di informazioni, consistente in buona sostanza in sommarie informazioni testimoniali nei confronti dell'indagato garantite dalla presenza del difensore; l'assunzione di informazioni "sul luogo o nell'immediatezza del fatto", raccolte dalla Polizia giudiziaria in

⁴³⁵ P. TONINI-C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, 2012, 283

⁴³⁶ P. TONINI-C. CONTI, *loc. ult. cit.*

⁴³⁷ G. ANDREAZZA-A. BALSAMO, *La prova dichiarativa*, in *Giur. di merito*, 2006, 1622

occasione del fermo di indiziato di delitto (art. 384), utilizzabili al solo fine di immediata prosecuzione delle indagini –a mente dell’assenza del difensore– e di cui ne è vietata ogni documentazione; e le dichiarazioni spontanee, queste sì utilizzabili in dibattimento sebbene solo per muovere contestazioni, considerata anche in questo caso l’assenza del difensore⁴³⁸. Nel primo caso, le modalità generali per lo svolgimento dell’interrogatorio sono già disciplinate dall’art. 64 e la persona sottoposta alle indagini interviene libera. Perché intervenga la disciplina specifica di cui alla norma in esame non occorre che sia già intervenuta la formale iscrizione della persona interrogata al registro delle notizie di reato, bensì deve aversi riguardo all’effettiva posizione sostanziale del soggetto, dovendosi in ogni caso procedere a mente dell’art. 350 anche qualora siano emersi «elementi concreti di colpevolezza» tali da poter ragionevolmente ritenere la persona interrogata responsabile per la consumazione del reato⁴³⁹. Un primo tratto distintivo è caratterizzato dalla presenza del difensore: nel caso di interrogatorio condotto dal Pubblico Ministero è sì disposto l’obbligo di avvisare il difensore (art. 364, co. 3), tuttavia, a differenza della fattispecie in esame, la sua presenza non è obbligatoria. Invero, per l’assunzione di informazioni dalla persona sottoposta alle indagini, la presenza del difensore è obbligatoria ed irrinunciabile al fine di assicurare al soggetto interrogato le più ampie garanzie, e si avrà nullità assoluta dell’atto qualora questo si compia in assenza del difensore⁴⁴⁰, fermo che, a mente della giurisprudenza di legittimità, tale nullità non investe le dichiarazioni *erga alios* nei confronti degli altri coimputati, non essendo pregiudicato in tal senso il diritto alla difesa di questi⁴⁴¹. Ulteriore fattispecie disciplinata dall’art. 350 è l’assunzione di dichiarazioni, da parte della

⁴³⁸ M. CERESA GASTALDO, *Premesse allo studio delle dichiarazioni spontanee rese alla polizia giudiziaria dalla persona sottoposta alle indagini*, in *Riv. it. dir. e proc. penale* 2000, 544

⁴³⁹ Cass., sez. IV, 19 novembre 2019, n. 48778

⁴⁴⁰ P.P. PAULESU, in A. GIARDA-G. SPANGHER, *Codice di procedura penale commentato*, V ed., 2017, 4238

⁴⁴¹ Cass., sez. I, 21 aprile 1993, pres. Rizzo, in *Arch. nuova proc. pen.* 1993, 786

persona sottoposta alle indagini, “sul luogo o nell’immediatezza del fatto”. Considerata la naturale assenza del difensore (si pensi al ladro colto in flagranza, od anche ai momenti immediatamente successivi alla cessione di sostanza stupefacente durante un’operazione controllata) sono escluse la possibilità di documentare tali dichiarazioni e la loro utilizzazione nel dibattimento. Le dichiarazioni in esame potranno essere utilizzate dall’organo procedente limitatamente alle necessità dettate dalla prosecuzione delle indagini, mentre l’esito dell’attività svolta dalla Polizia Giudiziaria in funzione di tali dichiarazioni (e mai le dichiarazioni stesse) potrà formare oggetto di testimonianza da parte del soggetto che ha svolto le indagini⁴⁴². A tal proposito, è appena il caso di fare menzione del divieto di testimonianza indiretta imposto sulle dichiarazioni dell’imputato: in generale tutelato dall’art. 62, ed in particolare, per le dichiarazioni raccolte dalla Polizia Giudiziaria, dall’art. 195 comma quarto, il divieto in esame fonda la sua giustificazione nella necessità di tutelare il contraddittorio per la formazione della prova⁴⁴³. Tuttavia, il divieto opera solamente per le dichiarazioni a contenuto strettamente narrativo, e non per le c.d. manifestazioni comportamentali⁴⁴⁴ o qualora le stesse dichiarazioni costituiscano corpo del reato (si pensi alle fattispecie di calunnia o favoreggiamento)⁴⁴⁵. Ultima fattispecie della disposizione in esame è costituita dalle dichiarazioni spontanee rese dalla persona sottoposta alle indagini alla

⁴⁴² Cass., sez. IV, 24 settembre 2008, n. 41040; sez. II, 5 febbraio 2008, n. 1722; 13 dicembre 2006, n. 42451

⁴⁴³ P. TONINI-C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, 22° ed., 2021, 295

⁴⁴⁴ V. Cass., sez. I, 4 giugno 2002, n. 24222; sez. V, 1° dicembre 2011, n. 7127/12.

Trattasi delle c.d. *res gestae*: dichiarazioni essenzialmente prive di contenuto narrativo rivolte al soggetto chiamato a testimoniare, quali minacce, offese, avvertimenti e manifestazioni comportamentali in generale. Si pensi, ad esempio, alla persona che in esecuzione dell’arresto esprima grida di avvertimento quali «La polizia! La polizia!» (v. Trib. Milano, 8 ottobre 1991, Belloli, in *Giur. Merito* 1993, 162). Si veda anche Cass., sez. V, 20 settembre 2017, n. 53181, nel caso di specie i giudici di legittimità hanno ritenuto legittima la confessione dell’imputato manifestatasi dalla descrizione di gesti e comportamenti. In dottrina, v. E. APRILE, *Limiti del divieto di testimonianza sulle dichiarazioni dell’imputato o dell’indagato: un chiarimento da parte della Corte costituzionale*, in *Nuovo diritto* 1993, 760

⁴⁴⁵ P. TONINI-C. CONTI, *loc. ult. cit.*, 296

Polizia Giudiziaria. Preliminarmente all'utilizzabilità delle suddette dichiarazioni occorre perimetrare con precisione la definizione di spontaneità della dichiarazione: l'apporto dichiarativo non deve essere in alcun modo "sollecitato" dalla p.g. –le dichiarazioni c.d. sollecitate non sarebbero neppure utilizzabili *favor* imputato⁴⁴⁶–, a mente del fatto che in tal caso è imposta l'applicazione di tutte le garanzie tipiche dello schema dell'interrogatorio⁴⁴⁷; di più, l'effettiva natura spontanea e libera delle dichiarazioni abbisogna di accertamento in concreto da parte del giudice⁴⁴⁸, posto che le summenzionate dichiarazioni potranno effettivamente ritenersi prestate in modo libero e volontario solo ove l'agente di Polizia Giudiziaria abbia esplicitato la propria qualifica al soggetto dichiarante⁴⁴⁹. In caso di effettiva spontaneità della dichiarazione la stessa potrà trovare uso nel dibattimento solo limitatamente all'ipotesi di cui all'art. 503 comma terzo, talché, pur non contribuendo all'apporto probatorio, potranno utilizzarsi le dichiarazioni spontanee dell'imputato al fine di muovere contestazioni durante il suo esame. Non incontra limite, al contrario, l'utilizzabilità procedimentale della dichiarazione spontanea: così, pur in difetto dell'avvertimento del diritto al silenzio e della presenza del difensore, le dichiarazioni in esame potranno utilizzarsi per la disposizione di misure cautelari e nel giudizio abbreviato –ivi dotate di piena efficacia probante⁴⁵⁰, nonché per l'autorizzazione di intercettazioni ambientali o telefoniche⁴⁵¹.

⁴⁴⁶ Cass., sez. II, 12 gennaio 2017, n. 3930

⁴⁴⁷ M. CERESA GASTALDO, *Le dichiarazioni spontanee dell'indagato alla polizia giudiziaria*, 2002, 69

⁴⁴⁸ Cass., sez. III, 19 novembre 2013, n. 2627/14

⁴⁴⁹ Cass., sez. VI, 24 febbraio 2003, n. 13623; sez. II, 31 marzo 1998, n. 2204. Sul carattere spontaneo della dichiarazione v. G. GAETA, *Dichiarazioni dell'indagato provocate da agenti infiltrati: la libertà di autodeterminazione quale canone di utilizzabilità*, in *Cass. Pen.* 2000, 974

⁴⁵⁰ Cass., sez. II, 3 aprile 2017, n. 26246; sez. VI, 2 dicembre 2004, n. 4152/05; sez. I, 3 febbraio 1992, n. 491

⁴⁵¹ Cass., sez. II, 1° luglio 2005, n. 30113

Transitando alla fase dibattimentale, è di interesse esaminare la disciplina afferente all'esame delle parti private, almeno per quanto inerisce alla posizione dell'imputato disciplinato dall'art. 503 del codice processuale. L'esame dell'imputato –in generale, l'esame delle parti private–, a differenza del defunto rito inquisitorio, costituisce a tutti gli effetti un mezzo di prova, le cui risultanze sono pienamente utilizzabili dal giudice per fondare la propria decisione⁴⁵². Pur facendo parte del novero dei mezzi di prova, l'istituto in esame presenta alcune peculiarità: da un lato, non è necessaria l'indicazione dell'imputato nelle liste testimoniali, non potendosi considerare l'esame della parte una prova “a sorpresa” (a meno di esame su fatto altrui: in tal caso, come precedentemente esposto, la disciplina applicabile è assimilabile alla testimonianza)⁴⁵³; dall'altro, nonostante quanto disposto dall'art. 190, difficilmente il giudice potrà escludere il mezzo di prova in esame per manifesta superfluità o rilevanza⁴⁵⁴. Trattasi di un atto eventuale, subordinato ad impulso o consenso della parte da esaminare: corollario della volontarietà è la garanzia del diritto al silenzio dibattimentale per l'imputato⁴⁵⁵, oltre al divieto di disporre l'accompagnamento coattivo di quest'ultimo qualora si sottragga all'esame stesso⁴⁵⁶. La non coercibilità dell'esame dibattimentale dell'imputato ne esplicita la differenza rispetto all'interrogatorio: quest'ultimo, reso nella fase procedimentale, è considerato un mezzo di difesa predisposto *favor* imputato; l'esame, vero e proprio mezzo di prova, mai potrebbe assumere connotati di coercibilità, a meno di ammettere nel dibattimento l'esistenza di uno strumento tipicamente inquisitorio, monopolio del giudice e contrastante con la stessa logica del rito accusatorio⁴⁵⁷. Prescindendo dalle modalità attraverso le quali l'imputato presta consenso, la

⁴⁵² E. SELVAGGI, *Esame diretto e controesame*, in *Digesto disc. Pen.*, vol. IV, 1990, 283

⁴⁵³ G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione*, 129

⁴⁵⁴ F. CORDERO, *Procedura penale*, 730

⁴⁵⁵ Corte cost., 24 maggio 1991, n. 221

⁴⁵⁶ M.L.A. DI BITONTO, *Le dichiarazioni dell'imputato*, in *Giur. it.* 2017, 2009

⁴⁵⁷ Corte cost., 24 maggio 1991, n. 221

scelta di sottoporsi all'esame dev'essere piena e consapevole, e si ritiene che – seppur non espressamente disposto dalla norma– l'imputato possa avvalersi del silenzio in modo selettivo, rispondendo solamente ad alcune domande⁴⁵⁸. La volontà del legislatore di poter introdurre nel modo più pieno possibile l'apporto dichiarativo dell'imputato è esplicitata dalle peculiari regole che riguardano la testimonianza indiretta, tradizionalmente esclusa nell'esame del teste "puro". Invero, nell'esame dell'imputato si è ritenuto di dover escludere l'applicabilità di quest'ultima regola, così da arricchire il giudizio di tutta la conoscenza che promana dalle dichiarazioni dell'imputato, quandanche rese nella forma della testimonianza indiretta⁴⁵⁹. Ancora a proposito del silenzio, è controversa la questione della sua valutabilità. Se nessun dubbio interviene sull'obbligo di farne menzione nel verbale (art. 209), la dottrina maggioritaria ritiene che il silenzio dell'imputato possa essere valutato come argomento di prova sfavorevole per quest'ultimo e, pur non potendo fondare l'affermazione della penale responsabilità, può essere valutato e concorrere con gli altri elementi probatori ai fini della decisione⁴⁶⁰. Al contrario, altra parte minoritaria della dottrina ritiene di dover escludere la valutabilità del silenzio dell'imputato quale argomento di prova, non ritenendo compatibile con le garanzie proprie dell'imputato la possibilità di valutarne il silenzio –atteggiamento non collaborativo eminentemente difensivo– come argomento di prova a questi sfavorevole⁴⁶¹. L'esame si svolge secondo le cadenze ordinarie, anche per quanto riguarda le contestazioni con le dichiarazioni rese precedentemente al dibattimento. Così, oltre al verbale dell'interrogatorio, saranno utilizzabili per le contestazioni anche le dichiarazioni spontanee (purché versate in un vero e

⁴⁵⁸ G. CIANI, *L'esame delle parti: profili strutturali e valenza probatoria*, in *Cass. pen.* 1994, 2267

⁴⁵⁹ S. BUZZELLI, *Il contributo dell'imputato nella ricostruzione del fatto*, in *Riv. it. dir. e procedura penale* 1990, 906

⁴⁶⁰ F. CORDERO, *Procedura penale*, 731; v. anche S. BUZZELLI, *Il contributo dell'imputato nella ricostruzione del fatto*, 906

⁴⁶¹ G. CIANI, *L'esame delle parti*, 2270; O. MAZZA, *Esame delle parti private*, in *Enc. del diritto*, Annali, 2008, vol. II, 215

proprio verbale, non in una nota informativa⁴⁶²) rese dall'imputato limitatamente alle contestazioni finalizzate a valutare la credibilità del soggetto che depone⁴⁶³, non potendo queste essere acquisite al fascicolo per il dibattimento; mentre potranno del pari utilizzarsi le dichiarazioni rese "sul luogo o nell'immediatezza del fatto solo qualora queste siano state rese in presenza del difensore⁴⁶⁴. Con riguardo alle problematiche afferenti le dichiarazioni *erga alios*, assume interesse l'obbligatorietà, per il giudice, di rivolgere all'imputato esaminato l'avvertimento di cui all'art. 64, terzo comma, lett. c). Una voce della dottrina non sembra concordare con la sussistenza di tale obbligatorietà⁴⁶⁵: secondo tale argomentazione l'imputato esaminato sul fatto proprio mai potrebbe assumere l'ufficio di testimone in relazione a dichiarazioni rese *erga alios*, essendo queste ultime da considerarsi inscindibili dallo stesso contributo testimoniale che promana dall'imputato. La questione è stata affrontata anche dalla Corte costituzionale, la quale ha reso una pronuncia di senso differente. Secondo il Giudice delle leggi l'interrogatorio e l'esame dell'imputato sarebbero, per così dire, "sovrapponibili", di talché l'avvertimento in questione sarebbe, in via interpretativa, dovuto anche in sede di esame, « sul presupposto dell'esistenza di una consistente serie di dati sostanziali che depongono per l'appartenenza dei due atti processuali – l'interrogatorio, da un lato, e l'esame, dall'altro – ad un medesimo 'genus'»⁴⁶⁶. In ogni caso, la giurisprudenza di legittimità sembra attestarsi su di una posizione diversa, a mente della quale le dichiarazioni nei confronti del coimputato rese in sede di esame sarebbero in ogni caso utilizzabili anche in difetto dell'avvertimento di cui all'art. 64 co.3 lett. c), dovendo considerarsi applicabile tale disciplina (a mente del tenore letterale della

⁴⁶² Cass., sez. II, 28 febbraio 2017, n. 18285

⁴⁶³ E.M. CATALANO, *Riflessione breve sul regime di utilizzabilità delle dichiarazioni spontanee*, in *Cass. pen.* 1996, 1234

⁴⁶⁴ Cass., sez. V, 5 marzo 1997, n. 3396

⁴⁶⁵ M.L.A. DI BITONTO, *Le dichiarazioni dell'imputato*, 2013

⁴⁶⁶ Corte cost., ord. 4 giugno 2003, n. 191

disposizione) solamente all'interrogatorio e non all'esame, sede di elezione per l'acquisizione probatoria ove trovano piena attuazione le garanzie difensive⁴⁶⁷. Ulteriore peculiarità che interessa l'esame dell'imputato è costituita dal destino delle precedenti dichiarazioni di quest'ultimo qualora utilizzate per muovere contestazione. Nel caso del testimone "ordinario", come noto, le precedenti dichiarazioni restano patrimonio gnoseologico esterno al fascicolo del dibattimento; mentre qualora le dichiarazioni precedenti appartengano all'imputato –e siano state utilizzate per le contestazioni– queste confluiscono, a pieno titolo, nel fascicolo dibattimentale, purché si tratti di dichiarazioni rese nelle more di atti ai quali il difensore aveva il diritto di assistere. La garanzia della presenza del difensore è tale da poter ammettere la piena utilizzabilità probatoria di tali dichiarazioni⁴⁶⁸, pur permanendo nella dottrina voci in dissenso con tale assunto. Invero, la partecipazione del difensore all'interrogatorio sembrerebbe essere piuttosto passiva e limitata, non potendo affermarsi che egli partecipi alla formazione della prova⁴⁶⁹; di più, si porrebbe un problema ancora maggiore qualora tale apporto incorpori dichiarazioni *contra alios*: consentendone l'acquisizione si priverebbe il soggetto investito dalle dichiarazioni dell'imputato della possibilità di esercitare il proprio diritto alla formazione della prova in contraddittorio⁴⁷⁰. Quest'ultima problematica è stata affrontata dalla Corte costituzionale, la quale, in maniera equilibrata, ha precisato che non possono acquisirsi a fascicolo dibattimentale le dichiarazioni dell'imputato rese *contra alios* prima del dibattimento, potendo queste essere utilizzate limitatamente alla valutazione di credibilità del teste e confluire nel fascicolo per il dibattimento solo dietro consenso del coimputato interessato

⁴⁶⁷ Cass., sez. V, 21 dicembre 2016, n. 4475/17; 18 marzo 2014, n. 46457; 20 settembre 2013, n. 7595/14; 23 febbraio 2012, n. 12976; 11 febbraio 2009, n. 9737; sez. I, 6 giugno 2007, n. 34560

⁴⁶⁸ G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione*, 134

⁴⁶⁹ S. BUZZELLI, *Il contributo dell'imputato nella ricostruzione del fatto*, 905

⁴⁷⁰ G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione*, 135

(oltre alle ordinarie ipotesi previste dagli artt. 500 e 512)⁴⁷¹. Ad ogni modo, delle dichiarazioni dell'imputato precedenti al dibattimento se ne può dare lettura a mente dell'art. 513. La norma in esame è stata oggetto di un tormentato duello, senza esclusione di colpi, tra il legislatore e la Corte costituzionale, nelle more della *svolta inquisitoria*⁴⁷² del 1992 già esaminata nel presente elaborato⁴⁷³ che si riassumerà brevemente, e non sorprende che la problematica afferisca all'aggravata disciplina dei procedimenti connessi. Nella sua formulazione originaria, l'art. 513 non prevedeva la possibilità di dare lettura delle precedenti dichiarazioni eteroaccusatorie dell'imputato qualora questi, nel dibattimento, si fosse avvalso del diritto al silenzio. Dapprima intervenne la Corte costituzionale, la quale, dichiarando l'illegittimità dell'art. 513 co. 2⁴⁷⁴, introdusse la possibilità per il giudice di disporre la lettura dei verbali contenenti le summenzionate dichiarazioni anche in caso di imputato rimasto silente. Seguì così l'intervento del legislatore, nel tentativo di subordinare tale acquisizione al consenso delle parti interessate⁴⁷⁵, tuttavia, dopo neppure un anno, calò ancora la scure della Corte costituzionale a smantellare le nuove disposizioni in materia⁴⁷⁶. Ne conseguì, sino alla riforma sul c.d. giusto processo del 2001 che, fermo il diritto al silenzio dell'imputato connesso, qualora a questi venissero contestate le dichiarazioni precedentemente rese, queste ultime sarebbero state acquisite al fascicolo dibattimentale, a prescindere dalla natura *contra sé* o *contra alios*. Nell'odierna formulazione l'istituto di cui all'art. 513 costituisce un meccanismo di recupero dell'apporto dichiarativo reso dall'imputato nel corso delle indagini preliminari, strumento attivabile dal giudice qualora l'imputato risulti assente

⁴⁷¹ Corte cost., 1° luglio 2009, n. 197. In questo caso sembra dello stesso avviso anche la giurisprudenza di legittimità: v. Cass., sez. III, 12 maggio 2015, n. 50435; sez. II, 12 febbraio 2014, n. 19618

⁴⁷² La locuzione appartiene a P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, III ed., 2012, 3

⁴⁷³ V. cap. I, § 1°, pp. 5-6

⁴⁷⁴ Corte cost., 3 giugno 1992, n. 254

⁴⁷⁵ L. n. 267 del 1997

⁴⁷⁶ Corte cost., 2 novembre 1998, n. 361

ovvero ritenga di non sottoporsi all'esame incrociato. Parte della dottrina giustifica la disposizione attraverso un certo «principio di autoresponsabilità»⁴⁷⁷, a mente del fatto che l'imputato, come disposto dall'art. 64, è posto a conoscenza del fatto che le sue dichiarazioni predibattimentali sempre potranno essere utilizzate contro di lui. La possibilità di esercizio selettivo del diritto al silenzio da parte dell'imputato induce a ritenere che possa disporsi la lettura delle dichiarazioni non solo in caso di rifiuto dell'esame, ma anche ove l'imputato rifiuti di rispondere alle singole domande: rileva la dottrina⁴⁷⁸ –e concorda la giurisprudenza di legittimità⁴⁷⁹– come risulterebbe profondamente illogica una soluzione di senso contrario, ove l'imputato potrebbe scongiurare la lettura delle proprie dichiarazioni sottoponendosi all'esame e contemporaneamente rifiutandosi, sin dall'inizio, di rispondere alle domande. Se le dichiarazioni oggetto di lettura possono sempre essere utilizzate *contra se*, per l'utilizzo *contra alios* si ritiene necessario –salvo quanto disposto dall'art. 500 co. 4 e le dichiarazioni rese in incidente probatorio od in udienza preliminare alla presenza dell'imputato contro il quale si debbono utilizzare– che la parte interessata dalle dichiarazioni nocive presti il proprio consenso, il quale, a mente della giurisprudenza di legittimità, può anche essere implicitamente desunto dalla mancanza di opposizione all'acquisizione al fascicolo dibattimentale⁴⁸⁰. In ogni caso, nell'odierna formulazione, se le dichiarazioni predibattimentali promanano da imputati in procedimenti in rapporto di connessione forte (ed in applicazione analogica anche per i casi di connessione debole e collegamento⁴⁸¹), per disporne

⁴⁷⁷ F.M. GRIFANTINI, *Utilizzabilità in dibattimento degli atti provenienti dalle fasi precedenti*, in P. FERRUA-F.M. GRIFANTINI-G. ILLUMINATI-R. ORLANDI, *La prova nel dibattimento penale*, 2010, 277

⁴⁷⁸ V. GREVI, *Facoltà di non rispondere delle persone esaminate ex art. 210 e lettura dei verbali di precedenti dichiarazioni*, in *Riv. it. dir. e procedura penale* 1992, 1129

⁴⁷⁹ Cass., sez. II, 28 giugno 2005, n. 30121

⁴⁸⁰ Cass., sez. V, 8 luglio 2011, n. 47014; 29 gennaio 2014, n. 9867; 19 gennaio 2015, n. 13895

⁴⁸¹ S. CORBETTA, in A. GIARDA-G. SPANGHER, *Codice di procedura penale commentato*, vol. II, 5° ed., 2017, 2511

la lettura occorre il consenso della parte interessata, posto che, in caso di processi plurisoggettivi e consenso prestato solo da alcuni imputati, le dichiarazioni oggetto di lettura non potranno essere utilizzate contro coloro che non hanno prestato il consenso⁴⁸². Ove le precedenti dichiarazioni siano state rese da un imputato in procedimento separato (non ricorrendo, quindi, alcuna ipotesi di collegamento o connessione), non rileva se l'esame verta sul fatto proprio o sul fatto altrui: in tal caso l'imputato ha l'obbligo di presentarsi in ogni caso e, salve l'ipotesi di cui all'art. 512 ed all'art. 500 co. 4, ove il soggetto esaminato si avvalga della facoltà di non rispondere potrà disporsi la lettura delle precedenti dichiarazioni dietro l'accordo delle parti, accordo che, secondo autorevole dottrina⁴⁸³, dovrà interessare la totalità delle parti e non solo la parte contro la quale la dichiarazione potrà trovare utilizzo ai fini probatori.

4.7 – *NEMO TENETUR SE DETEGERE*: IL DIRITTO AL SILENZIO ED IL VALORE DELLA CONFESIONE

Preliminarmente all'analisi delle disposizioni vigenti in tema di diritto al silenzio, vale la pena spendere alcune parole in merito all'evoluzione storica dello stesso. Non occorre spostarsi eccessivamente a ritroso nel tempo per riscontrare come nel nostro ordinamento, anche in momenti successivi al periodo totalitario fascista, possano rinvenirsi pensieri critici nei riguardi del diritto al silenzio: così, in una fallacia secondo la quale l'imputato colpevole avrebbe tutto l'interesse a tacere mentre l'innocente non ne avrebbe ragione, considerata la propensione di quest'ultimo a rendere il maggior numero di argomenti a

⁴⁸² M.L.A. DI BITONTO, *Profili dispositivi dell'accertamento penale*, 2004, 190

⁴⁸³ G. ILLUMINATI, in G. CONSO-V. GREVI-M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, 8° ed, 2016, 737

dimostrazione della propria innocenza⁴⁸⁴, la posizione dell'imputato silente veniva guardata con estrema diffidenza. Invero, secondo tale visione che affonda le proprie radici nel pensiero giuridico della prima età moderna –durante la quale, fra l'altro, l'imputato era chiamato a difendersi personalmente e senza l'assistenza di un difensore⁴⁸⁵–, il silenzio dell'imputato veniva considerato alla stregua di una rinuncia a confutare le prove, atteggiamento financo considerato da taluni autodistruttivo⁴⁸⁶. In epoca inquisitoria l'imputato veniva considerato «depositario di una verità da spremere»⁴⁸⁷, e potrebbe stupire come, in tempi relativamente neppure remoti, la prassi del c.d. “interrogatorio avanzato” venisse considerata, pur non legittimandola espressamente, accettabile. Ancor prima dell'esperienza legata agli anni del terrorismo, durante i quali riaffiorarono prassi deviate di “tortura giudiziaria” posta in essere ai danni dei brigatisti rossi⁴⁸⁸, è possibile rinvenire una voce dottrinale⁴⁸⁹ che nel rigettare la tortura come mezzo per ottenere la confessione pare partire da argomentazioni le quali, almeno a giudizio di chi scrive, non possono non apparire inquietanti: in tale contesto non sarebbe la necessità di tutelare la libertà di autodeterminazione dell'imputato ad imporre il rigetto delle pratiche di tortura, bensì l'impossibilità di ottenere da quest'ultime la garanzia di verità delle dichiarazioni rese in conseguenza della tortura inflitta. Si arriva così ad affermare un pensiero secondo il quale ove esistesse un mezzo in grado di garantire l'attendibilità delle dichiarazioni, magari imponendo il minor grado possibile di sofferenza fisica, non vi sarebbero ragioni per delegittimarne o scoraggiarne la messa in campo. La medesima voce dottrinale, successivamente, rettificò le proprie statuizioni,

⁴⁸⁴ G. FOSCHINI, *Sistema del diritto processuale penale*, vol. I, Milano, 1956, 384

⁴⁸⁵ N. MATTEUCCI, *Le origini del costituzionalismo moderno*, in L. FIRPO (diretta da), *Storia delle idee politiche, economiche e sociali*, vol. IV, t. I (*L'età moderna*), 1980, 558

⁴⁸⁶ J.H. LANGBEIN, *The origins of adversary criminal trial*, Oxford, 2003, 62

⁴⁸⁷ F. CORDERO, *Procedura penale*, 1987, 19

⁴⁸⁸ P. GONNELLA, *La tortura in Italia. Parole, luoghi e pratiche della violenza pubblica*, 2013, a proposito dell'omicidio del generale Statunitense James Dozier. Per ulteriore documentazione in merito, si veda anche M.R. PRETTE, *Le torture affiorate*, 1998, 346

⁴⁸⁹ F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, vol. II, 1947, 168

attestandosi su una posizione che, per quanto più moderata, ammetterebbe il ricorso ad una forma di *vis modica* finalizzata ad ottenere la confessione dell'imputato: talché dovrebbero ritenersi ammissibili dei mezzi coercitivi della libera autodeterminazione, purché «non tormentosi» oltreché efficaci oltre ogni dubbio⁴⁹⁰. Tali posizioni esprimono segnatamente la massima diffidenza verso il silenzio dell'imputato, ed in un'epoca ancora impregnata di spirito inquisitorio giungono ad essere legittimati da un Magistrato inquirente che prese parte ad una nota vicenda giudiziaria: nel caso di specie i giudici di legittimità riconobbero la natura non libera della confessione resa dall'imputato –estorta con minaccia–, ed il Pubblico Ministero, richiamando l'orientamento dottrinale poc'anzi esplicitato, durante la requisitoria sostenne che «tutti i detenuti più o meno vengono percossi, specie se si ostinano a negare», legittimando il ricorso alla menzionata *vis modica* in forza dell'opinione di «un grande giurista⁴⁹¹ che arriva ad ammettere una qualche moderata violenza purché non provochi troppi danni»⁴⁹². Un'ultima considerazione storica, per meglio apprezzare il valore del diritto al silenzio conquistato progressivamente, deve svolgersi in relazione alla presenza del difensore durante l'interrogatorio dell'imputato. Come se ne darà conto, anche questa è una conquista relativamente recente, conquista realizzatasi peraltro in un momento storico ove l'interrogatorio, oltre ad essere un mezzo di difesa, si poneva come pieno e pregnante mezzo di prova. Nell'abrogato codice

⁴⁹⁰ F. CARNELUTTI, *A proposito di tortura*, in *Riv. dir. proc.* 1952, 234

⁴⁹¹ Ci si riferisce, di nuovo, a F. CARNELUTTI

⁴⁹² La vicenda in esame riguarda il noto omicidio di Annarella Bracci, avvenuto il 18 febbraio 1950, e vide in qualità di imputato Lionello Egidi. Nel caso di specie, con Egidi in custodia cautelare, la Polizia giudiziaria si avvale di due agenti provocatori per simulare le conseguenze della violenza a cui sarebbe stato sottoposto l'imputato se non avesse confessato. Per la pronuncia di legittimità, si veda Cass., sez. I, 14 dicembre 1957, imp. Egidi, in *Riv. it. dir. e procedura penale* 1958, 567. Il caso è stato analizzato, sia in epoca recente che risalente, da alcune voci della dottrina: si veda T. RAFARACI, *Vis modica ed altri espedienti. La polemica sugli interrogatori duri al processo per la morte di Annarella Bracci*, in D. NEGRI-M. PIFFERI, *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, 2011, 112; in epoca più risalente si veda G. CONSO, *Considerazioni sul processo Egidi*, in *Riv. it. dir. e procedura penale* 1958, 567

Rocco, l'art. 304-*bis*⁴⁹³ enumerava gli atti ai quali il difensore dell'imputato aveva diritto di assistere. Così, durante l'istruzione formale –ma non nelle more dell'istruzione sommaria: giurisprudenza di legittimità ritenne non applicabile l'obbligo di avviso al difensore per lo svolgimento della perizia⁴⁹⁴– il difensore poteva assistere ad esperimenti giudiziari (art. 312 c.p.p. abr.), perizie (art. 314 ss. c.p.p. abr.), perquisizioni domiciliari (art. 332 ss. c.p.p. abr.) e ricognizioni (art. 360 ss. c.p.p. abr.); mentre l'interrogatorio non viene mai menzionato. Di più: neppure era disposto l'obbligo di avviso al difensore in caso di interrogatorio “sommario” –particolare fattispecie predisposta per le situazioni di urgenza o di arresto in flagranza– svolto dalla Polizia giudiziaria (art. 225 c.p.p. abr). In tale clima di sfiducia verso la presenza del difensore durante gli atti istruttori intervenne la Corte costituzionale, dichiarando l'illegittimità dell'art. 304-*bis* c.p.p. abr. nella parte in cui «esclude il diritto del difensore dell'imputato di assistere all'interrogatorio»⁴⁹⁵, ed il conseguente intervento del legislatore⁴⁹⁶ introdusse le nuove disposizioni nel codice abrogato, disponendo così tanto l'obbligo di avviso al difensore nel caso di cui all'art. 225 c.p.p. abr., quanto il diritto del difensore di assistere all'interrogatorio dell'imputato: di talché durante l'interrogatorio, il difensore –pur non essendo la presenza finalizzata allo sviluppo di un vero e proprio contraddittorio– inizia ad acquisire l'odierno ruolo di garante e deterrente contro il ricorso a pratiche scorrette dell'autorità inquirente nei confronti dell'imputato⁴⁹⁷.

Dall'entrata in vigore del nuovo codice di rito, il diritto al silenzio ed a non rendere dichiarazioni *contra se*, espressione del brocardo *nemo tenetur se detegere*, è espressamente tutelato dall'art. 63. Nel suo primo comma, la

⁴⁹³ Introdotto dalla l. 18 giugno 1955, n. 517

⁴⁹⁴ Cass., sez. II, 31 maggio 1957, Degli Innocenti, in *Giust. pen.* 1957, III, 453

⁴⁹⁵ Corte cost., 16 dicembre 1970, n. 190

⁴⁹⁶ L. 18 marzo 1971, n. 62

⁴⁹⁷ V. GREVI, "Nemo tenetur se detegere". *Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Giuffrè, 1972, 123

disposizione tutela il soggetto che non ha ancora assunto la qualità di imputato: ove egli renda dichiarazioni autoindizianti dovrà prontamente interrompersi l'esame, avvertirlo che potranno essere svolte indagini nei suoi confronti ed invitarlo alla nomina del difensore. Il termine "esame" è utilizzato in modo atecnico: l'art. 63 non opera limitatamente all'esame dibattimentale, bensì trova applicazione in ogni momento dichiarativo, ivi incluso l'interrogatorio svolto indifferentemente dalla Polizia giudiziaria o dal Pubblico ministero⁴⁹⁸. Il mancato rispetto del presente comma conduce alla sanzione di inutilizzabilità delle dichiarazioni, limitatamente a quelle rese in senso sfavorevole per lo stesso dichiarante: conserveranno, al contrario, efficacia le dichiarazioni che incorporano elementi a discarico di quest'ultimo, nonché, a mente della giurisprudenza di legittimità, anche le dichiarazioni a discarico di terzi⁴⁹⁹. Trattandosi di inutilizzabilità relativa, sembrano potersi utilizzare senza limiti, pur se rese in difetto delle garanzie di cui al comma primo della disposizione in esame, le dichiarazioni rese *contra alios* dall'imputato: a latere di una singola pronuncia nella quale la Corte di cassazione ritenne di affermare l'inutilizzabilità *erga omnes* delle dichiarazioni rese in violazione del co. 1⁵⁰⁰, la totalità della giurisprudenza di legittimità si è orientata nella direzione opposta⁵⁰¹, affermando che ove il soggetto esaminato non abbia già assunto la qualità di imputato (fattispecie coperta dal comma secondo) sono da escludersi situazioni «patologiche»⁵⁰². Il secondo comma della disposizione in esame pone una sanzione di inutilizzabilità assoluta⁵⁰³, la quale copre con interezza il contributo dichiarativo del soggetto esaminato –incluse le dichiarazioni *erga alios*– qualora

⁴⁹⁸ R.E. KOSTORIS, in M. CHIAVARIO, *Commento al codice di procedura penale*, vol. I, 1991, 321; v. anche A. SANNA, *Dichiarazioni autoindizianti e loro inutilizzabilità*, in *Giur. it.* 1996, II, 175

⁴⁹⁹ Cass., sez. II, 24 settembre 2015, n. 43338; 1° ottobre 2013, n. 283/14

⁵⁰⁰ Cass., sez. II, 3 dicembre 2015, n. 50333

⁵⁰¹ Tra le molte, v. Cass., sez. II, 14 luglio 2016, 30965; sez. V, 28 maggio 2014, n. 43508

⁵⁰² Cass., sez. VI, 11 aprile 1994, n. 43508

⁵⁰³ Cass., **sez. un.**, 23 aprile 2009, n. 23868

questi, pur rivestendo la qualità di persona sottoposta alle indagini, sia stato esaminato come testimone. Il carattere *erga omnes* dell'inutilizzabilità in questione emerge dallo stesso tenore letterale della norma: a differenza del comma primo, per il quale le dichiarazioni rese sono inutilizzabili «contro la persona che le ha rese», alcuna limitazione è posta all'inutilizzabilità delle dichiarazioni assunte senza le garanzie difensive assicurate all'imputato⁵⁰⁴. Le disposizioni dell'art. 63 trovano applicazione anche nei casi di connessione e collegamento: in queste ipotesi, oltre alla garanzia della “testimonianza assistita”, assunto l'ufficio di testimone il dichiarante non potrà essere obbligato a deporre su fatti oggetto della propria responsabilità⁵⁰⁵.

Un'ultima notazione sul diritto al silenzio. Un'attuazione corretta ed organica del principio *nemo tenetur se detegere* postulerebbe –come se ne darà conto, il condizionale è d'obbligo– un bilanciamento tra il binomio diritto al silenzio-diritto a non autoincriminarsi e la massima attuazione del contraddittorio, principalmente per tutte le ipotesi di connessione e collegamento non a caso esaminate. Per meglio inquadrare la problematica occorre partire da un primo approccio di natura comparatistica con gli ordinamenti di stampo anglosassone, nei quali il diritto al silenzio assume una connotazione profondamente differente rispetto al nostro codice processuale. Prendendo a riferimento l'ordinamento Statunitense, è l'arcinoto V Emendamento della Costituzione a garantire il diritto al silenzio ed il diritto a non autoincriminarsi (*privilege against self-incrimination*) dell'imputato al quale, dopo la pronuncia *Miranda v. Arizona*⁵⁰⁶, devono essere rivolti i celebri –sì resi da una cultura cinematografica e narrativa “americanocentrica”– *Miranda warnings*⁵⁰⁷ dagli

⁵⁰⁴ Cass., sez. un., 9 ottobre 1996, n. 1282/97; da ultimo, sez. IV, 26 maggio 2015, n. 23306

⁵⁰⁵ E. APRILE-P. SILVESTRI, *Strumenti per la formazione della prova penale*, 2009, 43

⁵⁰⁶ Si veda *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966)

⁵⁰⁷ Una formula, *mutatis mutandis*, che assolve l'analoga funzione dei nostri avvertimenti di cui agli artt. 63 e 64. La formulazione varia da stato a stato. Si riporta quella più comune: «*You have the right to remain silent. Anything you say can be used against you in court. You have the*

agenti di polizia in sede di arresto o di interrogatorio, ma qui terminano le similitudini con il nostro ordinamento. Se il nostro codice processuale prevede anch'esso la possibilità, per l'imputato, di sottoporsi all'esame dibattimentale, egli non è tenuto a rispondere alle domande (anche in modo selettivo) e tantomeno soggiace ad un obbligo di verità: l'imputato conserva, seppur con alcuni limiti⁵⁰⁸, il "diritto di mentire". Al contrario, nell'ordinamento Statunitense, all'imputato che sceglie di sottoporsi all'esame è imposto in ogni caso l'obbligo di verità, e si ritiene perseguibile per *perjury* (il nostro reato di falsa testimonianza) financo il dichiarante che ritenga di esercitare un diritto al silenzio in maniera selettiva dopo aver accettato di sottoporsi all'esame⁵⁰⁹: ne discende che l'imputato, qualora ritenga di farsi esaminare e controesaminare, renderà dichiarazioni che avranno la stessa forza probante di quelle rese da un teste "puro". Ben diversa è la situazione dal nostro lato dell'oceano: se pochi problemi sorgono con riguardo alle dichiarazioni *erga alios* dell'imputato a carico di terzi non in posizione di connessione o collegamento; decisamente meno agevole è l'analisi del valore delle dichiarazioni del coimputato, dell'imputato connesso (debole o forte) e dell'imputato in collegamento probatorio. Già il comma terzo dell'art. 192 è sufficiente per far emergere la "diffidenza" con la quale il sistema si pone verso le dichiarazioni dell'imputato connesso o collegato –da sempre considerate, *ex se*, indebolite dalla posizione soggettiva del dichiarante–, disponendo che le sue dichiarazioni abbisognino di ulteriori elementi di riscontro in sede di valutazione della prova. Così, nel tentativo di bilanciare il diritto al silenzio con la necessità di garantire il maggior

right to talk to a lawyer for advice before we ask you any questions. You have the right to have a lawyer with you during questioning. If you cannot afford a lawyer, one will be appointed for you before any questioning if you wish. If you decide to answer questions now without a lawyer present, you have the right to stop answering at any time»

⁵⁰⁸ Se da un lato opera l'esimente di cui all'art. 384 c.p., dall'altro l'imputato non può spingersi, con le proprie dichiarazioni, sino a commettere i delitti di simulazione di reato (art. 367 c.p.) o calunnia (368 c.p.)

⁵⁰⁹ Si veda *Salinas v. Texas*, 133 S. Ct. 2174, 186 L. Ed. 2d 376

apporto dichiarativo al giudizio, assume rilevanza tutto il groviglio di fattispecie esaminate in precedenza, in un assetto che, almeno a giudizio di chi scrive, non può non dirsi disorganico ed artificiosamente complesso. A ben vedere, l'architettura appare siffattamente intricata da indurre a prendere in considerazione l'alternativa già rappresentata dagli ordinamenti di *common law*. Invero, per quanto possa apparire manichea la soluzione, imporre l'obbligo di verità sull'imputato, eventualmente restringendone l'operatività alla sola sede dell'esame dibattimentale ed ivi comunque riconoscendo il diritto al silenzio "selettivo", potrebbe rappresentare una valida via d'uscita dal labirinto delle connessioni e dei collegamenti nonché una strada percorribile per bilanciare tutti i principi confliggenti. La necessità di adattare una simile scelta alla sensibilità del nostro ordinamento è evidente, ed indubbiamente occorrerebbe modellare le disposizioni su tutte le necessità del caso e non limitarsi ad una trasposizione; considerato che non sarebbe accettabile "tradurre" nel nostro sistema previsioni così radicali senza preventivamente apportare i dovuti correttivi. Basti pensare, a titolo esemplificativo –nonché segnatamente per fugare ogni dubbio di suggestione, acritica passione o simpatia, da parte di chi scrive, per i sistemi di *common law*–, all'orientamento della Corte Suprema statunitense in merito alla confessione implicita: partendo dall'assunto che la mancata invocazione del diritto al silenzio dell'imputato equivalga ad implicita rinuncia a tale diritto, la Corte suprema ha rinvenuto un'ammissione di responsabilità dell'imputato fondando la propria decisione sul semplice fatto che questi, alle domande «Crede in Dio? Gli chiede perdono quando fa qualcosa di male? Gli chiederà perdono per quello che ha fatto?», avesse risposto con un semplice «sì»⁵¹⁰. Appare quindi evidente l'impossibilità di accogliere, nel nostro ordinamento, una scelta così radicale senza sottoporla ad un vaglio attento e scrupolosissimo; tuttavia, del pari, il disallineamento, la disorganicità e la inestricabilità dei cunicoli della

⁵¹⁰ È il contestato caso *Thompkins*: si veda *Berghuis v. Thompkins*, 560 U.S. 370 (2010)

disciplina afferente ai casi di connessione e collegamento dovrebbe, se non stimolare ad una totale revisione dell'intera architettura normativa, quantomeno indurre ad una riflessione sull'opportunità di apportarvi alcuni correttivi.

CONCLUSIONI E CONSIDERAZIONI FINALI⁵¹¹

5.1 – CRISI *DEL* MODELLO O CRISI *NEL* MODELLO?

Nelle more dell'elaborato si è dato conto delle problematiche che affliggono ed appesantiscono il processo penale nel nostro ordinamento, almeno per quanto afferisce alla prova dichiarativa ed ai temi più prossimi ad essa. Indubbiamente il fattore più “distruttivo”, in tutto il quadro esaminato, parrebbe essere il tempo. Ancor prima delle dilatazioni temporali che interessano il dibattimento, desta non poca preoccupazione il fenomeno crescente di “superfetazione” delle indagini preliminari, le quali, ora in ragione degli ostacoli che l'organo inquirente è cosciente di incontrare nel dibattimento, ora per difficoltà materiali ed organizzative, non paiono più conservare quella connotazione di speditezza e “marginalità” che dovrebbero rivestire rispetto al dibattimento. Così, oltre al danno che l'inesorabile scorrere del tempo arreca alla memoria del testimone, si è dato conto di come durante la fase delle indagini preliminari (eppure, a ben vedere, anche durante il dibattimento) sia presente un alto rischio di *contaminazione* della fonte di prova dichiarativa, a tal punto, in taluni casi, da generare falsi ricordi nella mente del futuro testimone. A latere di tutto ciò, in un'era nella quale le informazioni viaggiano a velocità mai prima d'ora riscontrate, si assiste ad un allarmante fenomeno di inquinamento mediatico ai danni dei procedimenti penali che hanno ad oggetto fatti sui quali si abbatte la sventura dell'interesse giornalistico. I meno giovani ricorderanno il fenomeno “sbatti il mostro in prima pagina”, l'omicidio di Marta Russo e l'inquietante vicenda nota come “Diavoli della bassa Modenese”; i più giovani hanno senz'altro vissuto il clamore mediatico e l'interesse morboso che

⁵¹¹ Le determinazioni che seguiranno, quando non accompagnate da una nota, devono considerarsi esclusiva espressione del pensiero di chi scrive.

suscitarono la “Strage di Erba” o l’omicidio di Chiara Poggi: viene da chiedersi –e la domanda è retorica– se in ognuno di questi casi l’organo giurisdizionale abbia reso la decisione in modo sereno, ovvero se non vi sia stata contaminazione e condizionamento dei ricordi di coloro chiamati all’ufficio di testimone.

Di talché il tentativo del legislatore di arginare, per quanto possibile, i danni che arrecano ai giudizi penali i fenomeni summenzionati. Dalle prime timide aperture verso l’istituto dell’incidente probatorio, che ad oggi poco conserva della sua originaria eccezionalità, negli ultimi quindici anni si è assistito ad un fenomeno che taluno⁵¹² ha nominato *ipertrofia* normativa, fenomeno che chi scrive (seppur in maniera cruda, ma anche icastica) non esiterebbe a definire *bulimia* di produzione normativa; una produzione incontrollata di disposizioni processuali e sostanziali, interventi che sembrano aver ulteriormente aggravato e complicato la vita del processo penale: si pensi ai vari “pacchetti sicurezza”, all’introduzione dell’art. 624-*bis* c.p. (furto in abitazione e furto con strappo), od anche, sul versante processuale, alle riforme *Orlando* e *Cartabia*. Interventi che nient’altro hanno prodotto se non una frammentazione crescente nei sistemi, la quale ha condotto a situazioni di estrema disorganicità.

Alle problematiche del tempo e della disorganica produzione normativa si aggiunge la crisi del principio di immediatezza, sempre più attinto da deroghe ed eccezioni poste dallo stesso legislatore (e malcoordinate con pronunce della giurisprudenza di legittimità) precipuamente in argine alle problematiche esaminate, si pensi, a titolo esemplificativo, al tentativo di estendere l’applicabilità dell’art. 190-*bis* a tutti i casi di mutamento della persona fisica del giudice⁵¹³ nei giudizi di competenza del tribunale monocratico. In tale contesto,

⁵¹² S. LORUSSO, *Ipertrofia normativa e declino del sistema processuale*, in *Diritto penale e processo* 2018, n. 3

⁵¹³ D.d.l. C-2435 del 13 marzo 2020, art. 5

l'immediatezza, con la sorella oralità, sembrano sempre più cedevoli e di difficile attuazione; mentre il principio di concentrazione del processo è ormai ridotto ad una chimera: emblematica la pronuncia della Corte costituzionale del 2019⁵¹⁴, nella quale il Giudice delle leggi non fa mistero di riscontrare «una realtà assai lontana dal modello immaginato dal legislatore [ove] i dibattimenti che si concludono nell'arco di un'unica udienza sono l'eccezione».

L'analisi prospettata potrebbe indurre a ritenere che vi sia un problema di natura sistematica, e che i principi fondamentali del processo penale abbisognino di un sostanziale “ammodernamento”. Così non sembra essere, almeno a giudizio di chi scrive: al netto degli interventi destabilizzanti del legislatore, più che ad un difetto strutturale dell'architettura normativa processuale, si è di fronte ad una serie di “patologie” che affliggono il sistema in alcune sue porzioni, a macchia di leopardo. Le disarmonie introdotte da una prassi applicativa oggettivamente distorta ed una normazione talvolta dissennata non debbono indurre a ritenere che il fulcro del problema risieda nei principi a cui si ispira il nostro modello processuale.

5.2 – UNA POSSIBILE TERZA VIA: L'ORALITÀ DIGITALE

Si è già dato conto delle possibilità che offrirebbero, nel processo penale, gli strumenti rappresentati dalle nuove tecnologie. Le contingenze della pandemia hanno ulteriormente contribuito all'emersione delle pratiche che coinvolgono il ricorso a videoregistrazione ed esame a distanza, a tal punto che alcune voci della dottrina⁵¹⁵ si sono spinte a considerare la possibilità di integrare

⁵¹⁴ Corte cost., 29 maggio 2019, n. 132

⁵¹⁵ R. APRATI, *Il distanziamento sociale: un nuovo paradigma per il processo penale?*, in *Sistema penale* 2/2021, 131. Il pensiero ha incontrato il favore di altre voci dottrinali, v. A. MACCHIA,

questo genere di ritualità anche in difetto della necessità emergenziale. Merita senz'altro considerazione la proposta di un verbale videoregistrato delle escussioni in dibattimento, il quale ben potrebbe assistere la decisione in caso di mutamento del giudice e necessità di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale: in tal senso, prima di procedere alla rinnovazione, per decidere in merito all'effettiva necessità di nuova acquisizione, il giudice ben potrebbe visionare le videoregistrazioni degli esami testimoniali⁵¹⁶. Di più, a tutto vantaggio dell'integrità della fonte di prova testimoniale, potrebbe sostenersi l'obbligatorietà di documentazione aggravata di tutte le escussioni in sommarie informazioni testimoniali od investigazioni difensive (assistita da inutilizzabilità, almeno limitatamente al dibattimento, anche per scongiurare ogni indebita pressione sul futuro testimone), ed incoraggiare la riproduzione (e non la lettura) del verbale qualora lo si utilizzi per muovere contestazioni: quale migliore opportunità per il giudice di valutare la credibilità del teste, se non quella di visionarne i comportamenti verbali e paraverbali manifestati in entrambi i momenti dichiarativi? Al contrario, seppur auspicabile è la possibilità di ricorrere all'udienza a distanza per tutte quelle attività che non coinvolgono l'assunzione di prove dichiarative, convince meno la spinta verso un ricorso diffuso all'esame testimoniale virtuale. La presenza digitale difficilmente può sostituire la presenza fisica del dichiarante, il quale, non essendo presente nella sua completa tridimensionalità, risulterà obiettivamente più difficile da valutarsi in merito alla credibilità: un ritardo nell'audio, il video "fuori *sync*" ed i naturali ed inevitabili (l'Italia è pur sempre uno dei paesi occidentali in maggiore difficoltà rispetto al c.d. *digital divide*) eventi di degradazione del segnale ben

Libero convincimento del giudice, dalle prove legali al ragionevole dubbio. Le regole europee, in *Cassazione Penale* 2022, n. 6, 2071

⁵¹⁶ R. APRATI, *Il distanziamento sociale*, 139

potrebbero indurre il giudice a vedere qualcosa che non c'è, od anche a non vedere qualcosa che c'è⁵¹⁷.

5.3 – UNA CURA NECESSARIAMENTE TRASVERSALE

Sembra impossibile rinvenire una soluzione unitaria alle problematiche esposte: la produzione delle norme non può prescindere dalle prassi applicative, e gli affondi della giurisprudenza –più o meno pregevoli– non possono supplire all'inerzia del legislatore, e neppure porre rimedio ad una normazione sempre più confusionaria. Auspicabile (seppur utopistico) sarebbe un intervento organico e trasversale, che interessi tanto la disciplina sostanziale quanto quella processuale penale, intervento tuttavia di difficile realizzazione senza preventivamente tentare di rinsaldare la larvata diffidenza reciproca che legislatore e potere giudiziario nutrono l'uno per l'altro. Non un ripensamento o rigetto dei principi alla base del sistema, ma un correttivo di tutte le disarmonie che ivi si affastellano e che coinvolga anche gli aspetti organizzativi della giurisdizione.

Due ultimi spunti di riflessione. Una delle ragioni per le quali si verifica la dilatazione temporale dei processi risiede nel numero dei processi stessi: nel nostro paese se ne celebrano tanti, forse troppi. Di talché, prima di ricorrere ai sempre più popolari “strumenti deflattivi”, perché non intraprendere la strada della depenalizzazione? A ben vedere, vi sono diverse fattispecie penali che potrebbero trovare nella sanzione amministrativa una tutela financo maggiore, con conseguente alleggerimento del carico che schiaccia gli uffici delle Procure. Si pensi alla fattispecie di cui all'art. 462 c.p.: è ancora ragionevole punire

⁵¹⁷ M. DANIELE, *L'immediatezza in crisi. Mutazioni pericolose ed anticorpi accusatori*, in *Sistema Penale* 2/2021, 65

penalmente chi falsifica un biglietto del trasporto pubblico? Considerato che sovente a commettere tale reato è il soggetto irreperibile o privo di documenti identificativi, potrà mai il beneficio che l'ordinamento trae dall'instaurazione del giudizio penale bilanciare il carico generato per la giurisdizione? La domanda, nuovamente, appare retorica.

Un'ulteriore ipotesi sulla quale varrebbe la pena spendere alcune parole afferisce all'istituto di cui all'art. 444. Potrebbe trarsi spunto dalla tradizione di *common law* (di nuovo, senza che ciò desti alcun sospetto di fascinazione o suggestione da parte di chi scrive per tali ordinamenti), nella quale l'applicazione dell'istituto del *plea bargaining* non incontra limitazioni rispetto al *quantum* della pena da applicare. Il pensiero è certamente audace ed a tratti provocatorio, tuttavia, oltre alla deflazione, si consideri che un ricorso più diffuso a tale istituto potrebbe generare, negli operatori del diritto, un mutamento radicale dell'atteggiamento con cui ad oggi questi si approcciano al processo: la possibilità di negoziare la pena con l'organo procedente ben potrebbe indurre difensori ed accusatori ad una prassi di maggior correttezza e *fair-play*, indispensabile nel caso di specie. Come ogni istituto "d'importazione" è indefettibile apportarvi correttivi affinché vi sia integrazione organica con il nostro ordinamento –si pensi alla necessità di coordinamento rispetto all'obbligatorietà dell'azione penale per il Pubblico ministero–, ma la possibilità merita senz'altro considerazione.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Giusto Processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova*, CEDAM, 2001
- AA. VV., *L'esame incrociato*, *Officina del diritto*, Giuffrè, ottobre 2011
- AA. VV., *Il giusto processo tra modello Europeo e resistenze interne*, Wolters Kluwer, 2022
- L. ALGERI, *Lo statuto del testimone vulnerabile tra esigenze di protezione della vittima "dal" processo e necessità di garantire il diritto alla prova "nel" processo*, in *Diritto penale e processo*, 2020
- F. ALVINO-D. PRETTI, *Le indagini preliminari. Tra fonti disciplinari e prassi applicative*, Giappichelli, 2017
- E. AMODIO-O. DOMINIONI, *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, vol. I, Giuffrè, 1989
- G. ANDREAZZA-A. BALSAMO, *La prova dichiarativa*, in *Giur. di merito*, 2006
- R. APRATI, *Una diversa modulazione del principio di immediatezza: riflessioni sulla proposta Gratteri*, in *Cass. Pen.* 2016, n. 10,
- R. APRATI, *Il distanziamento sociale: un nuovo paradigma per il processo penale?*, in *Sistema penale* 2021, n. 2
- E. APRILE, *Limiti del divieto di testimonianza sulle dichiarazioni dell'imputato o dell'indagato: un chiarimento da parte della Corte costituzionale*, in *Nuovo diritto* 1993
- E. APRILE-P. SILVESTRI, *Strumenti per la formazione della prova penale*, Giuffrè, 2009
- G.M. BACCARRI-C. CONTI, *Una nuova espressione del metodo dialettico: l'acquisizione concordata di atti di indagine*, in *Dir. Pen. e Proc.* 2003
- M. BARGIS, *Sub art. 14*, in *l. 15 febbraio 1996, n. 66 (Norme contro la violenza sessuale)*, in *Leg. Pen.* 1996
- M. BARGIS, *Il principio di immediatezza nel caso di mutata composizione del giudice: dai responsi della Corte costituzionale, Sezioni unite e Corti europee alle prospettive de iure condendo*, in *Sistema Penale* 2020, fascicolo 4
- M. BARGIS, *Brevi riflessioni sulla pronuncia delle sezioni unite relativa all'art. 603 comma 3 bis c.p.p. nell'ipotesi in cui sia impossibile rinnovare la prova per decesso del dichiarante*, in *Sistema Penale*, 6 giugno 2022
- A. BASSI, *Alcune riflessioni in materia di atti irripetibili alla luce della novella n. 356/92*, in *Cass. Pen.* 1994

- G. BIONDI, *L'Incidente Probatorio nel processo penale*, Giuffrè, 2006
- M.L.A. DI BITONTO, *Profili dispositivi dell'accertamento penale*, Giappichelli, 2004
- M.L.A. DI BITONTO, *Le dichiarazioni dell'imputato*, in *Giur. it.* 2017
- P. BRONZO, *Il fascicolo per il dibattimento. Poteri delle parti e ruolo del giudice*, CEDAM, 2017
- M.L. Busetto, *Le contestazioni alla deriva*, in *Archivio Penale* 2019, n. 1
- S. BUZZELLI, *Il contributo dell'imputato nella ricostruzione del fatto*, in *Riv. it. dir. e procedura penale* 1990
- R. VAN CAENEGEM, *I signori del diritto. Giudici, legislatori e professori nella storia europea*, Giuffrè, 1991
- F. CALLARI, *L'assunzione della testimonianza sulla scena del processo penale: individuazione dei ruoli, tra giudice e parti, nella conduzione dell'esame dibattimentale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 2013, n. 4
- F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, vol. II, Soc. Ed. Temi, 1947
- F. CARNELUTTI, *A proposito di tortura*, in *Riv. dir. proc.* 1952
- D. CARPONI SCHITTAR, *Esame e controesame. Teoria e tecnica*, Giuffrè, 2012
- E.M. CATALANO, *Riflessione breve sul regime di utilizzabilità delle dichiarazioni spontanee*, in *Cass. pen.* 1996
- L. DE CATALDO NEUBURGER, *Testimoni e testimonianze "deboli"*, CEDAM, 2006
- S.J. CECE, BRUCK, *The suggestibility of the child witness: a historical review and synthesis*, in *Psychological bulletin*, 1993 n. 3
- M. CERESA GASTALDO, *Premesse allo studio delle dichiarazioni spontanee rese alla polizia giudiziaria dalla persona sottoposta alle indagini*, in *Riv. it. dir. e proc. penale* 2000
- M. CERESA GASTALDO, *Le dichiarazioni spontanee dell'indagato alla polizia giudiziaria*, 2002
- C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti d'indagine*, Giuffrè, 1999
- C. CESARI-M. DANIELE-M.L.A. DI BITONTO-A. CAMON-D. NEGRI-P.P. PAULESU, *Fondamenti di procedura penale*, CEDAM, 2019
- G. DI CHIARA, *Incidente Probatorio*, *Enc. Dir.*, IV Aggiorn., 2000

- M. CHIAVARIO, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. I-IV-V, UTET, 1990-1991
- M. CHIAVARIO-E. MARZADURI, *La difesa penale. Commento alle leggi 7 dicembre 2000 n. 397, 6 marzo 2001 n. 60, 29 marzo 2001 n. 134 e alle successive modifiche*, UTET, 2003
- G. CIANI, *L'esame delle parti: profili strutturali e valenza probatoria*, in *Cass. pen.* 1994
- M. COLIMBERTI, *Accusa e difesa non sono pari rispetto alla verità. Intervista a Piercamillo Davigo*, in *Riv. Arel*, n. 2/2016
- G. CONSO, *Considerazioni sul processo Egidi*, in *Riv. it. dir. e procedura penale* 1958
- G. CONSO-V. GREVI-G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati. La direttiva della delega per l'emanazione del nuovo codice*, CEDAM, 1990
- G. CONSO-V. GREVI, *Profili del nuovo codice di procedura penale*, CEDAM, 1996
- G. CONSO-V. GREVI-M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, 8° ed., CEDAM, 2016
- C. CONTI, *Principio del contraddittorio e utilizzabilità delle precedenti dichiarazioni*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2001
- C. CONTI, *Questioni controverse in tema di prova dichiarativa a quattro anni dalla l. 63 del 2001*, in *Cass. Pen.* 2005
- F. COPPI, *I reati sessuali. I reati di sfruttamento dei minori e riduzione in schiavitù per fini sessuali*, Giappichelli, 2007
- F. CORDERO, *Ideologie del processo penale*, Giuffrè, 1966
- F. CORDERO, *Procedura penale*, 9° ed., Giuffrè, 2012
- M. DANIELE, *L'immediatezza in crisi. Mutazioni pericolose ed anticorpi accusatori*, in *Sistema Penale* 2/2021
- M. DANIELE-P. FERRUA-R. ORLANDI-A. SCALFATI-G. SPANGHER, *Sulla disciplina delle improcedibilità*, pubblicato su varie testate giornalistiche, fra cui *Questione giustizia*, 6 settembre 2021
- A. DIDI, *Principio di disponibilità e ordine nella formazione della prova dibattimentale*, in *Giust. Pen.*, 1995, n. 3
- C. FANUELE, *Le contestazioni nell'esame testimoniale*, CEDAM, 2005
- G.L. FANULI, *Il «vuoto di memoria» nella prova dichiarativa (scenari psicologici e rimedi giuridici)*, in *Arch. Nuova procedura penale*, 03/2007

- L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione, teoria del garantismo penale*, Laterza, 1989
- P. FERRUA, *Il ruolo del Giudice nel controllo delle indagini e dell'udienza preliminare*, in *Il nuovo rito penale: atti del convegno di Sanremo, 10-12 marzo 1989*, Latina, 1989
- P. FERRUA, *La formazione delle prove nel nuovo dibattimento: limiti all'oralità e al contraddittorio*, in *Politica del diritto* 1989
- P. FERRUA, *La testimonianza nell'evoluzione del processo penale Italiano*, in *Studi sul processo penale*, vol. II, *Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino, 1992
- P. FERRUA, *Il contraddittorio nella formazione della prova a dieci anni dalla sua costituzionalizzazione: il progressivo assestamento della regola e le insidie della giurisprudenza della Corte europea*, in *Archivio Penale* 2008, n. 3
- P. FERRUA-F.M. GRIFANTINI-G. ILLUMINATI-R. ORLANDI, *La prova nel dibattimento penale*, Giappichelli, 2010
- P. FERRUA, *Lacune ed anomalie nelle regole dell'esame incrociato*, in *Proc. Penale e giustizia*, 2016, 3
- P. FERRUA, *Il "giusto processo"*, III ed., Zanichelli 2017
- P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, II ed., Giappichelli, 2017
- P. FERRUA, *Il sacrificio dell'oralità nel nome della ragionevole durata: i gratuiti suggerimenti della Corte costituzionale al legislatore*, in *Archivio Penale* 2019, n. 2
- P. FERRUA, *La lenta agonia del processo accusatorio a trent'anni dall'entrata in vigore: trionfante nella Carta Costituzionale, moribondo nel mondo reale*, in *Processo pen. e Giustizia* 2020
- P. FERRUA, *Teorie della prova: dialogo con Franco Cordero*, in *studiosiprocessopenale.it*, 2020, 13
- L. FILIPPI, *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, CEDAM, 2001
- L. FIRPO, *Storia delle idee politiche, economiche e sociali*, vol. IV, t. I (*L'età moderna*), UTET, 1980
- G. FOSCHINI, *Sistema del diritto processuale penale*, vol. I, Giuffrè, 1956
- A. FORZA-P. MICHIELIN-G. SERGIO, *Difendere, valutare e giudicare il minore*, Giuffrè, 2001
- N. FUSARO, *Delitti e condanne. Prova scientifica e ragionevole dubbio*, in *Osservatorio del processo penale*, 2009
- F. GABBERT, A. MEMON, D.B. WRIGHT, *Memory Conformity: Disentangling the Steps toward Influence During a Discussion*, in *Psyconomic Bulletin & Review*, 13, 2006

G. GAETA, *Dichiarazioni dell'indagato provocate da agenti infiltrati: la libertà di autodeterminazione quale canone di utilizzabilità*, in *Cass. Pen.* 2000

A. GAITO, *La prova penale*, UTET, 2008

N. GALANTINI, *Il divieto di domande suggestive è imposto anche al giudice*, in *sistemapenale.it*, 1° giugno 2020

G. GARUTI, *Utilizzabilità delle dichiarazioni orali di querela*, in *Riv. it. dir. e procedura penale* 1996

GARVEN, WOOD, MALPASS, SHAW, *More than suggestion: the effect of interviewing techniques from the McMartin preschool case*, in *Journal of applied psychology*, 1998 n. 83/3

R. GERMANO, *L'immediatezza e le sue contraddizioni: perché i principi non sono dogmi*, in *Riv. it. Dir. e proc. penale* 2020

P. DI GERONIMO, *L' Incidente Probatorio*, CEDAM, 2000

M. GIALUZ-A. CABIALE-J. DELLA TORRE, *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, in *Diritto Penale contemporaneo* 2017, n. 3

G. GIANZI, *Esame diretto e controesame dei testimoni*, in *Enc. Dir.*, vol. III, 1999

A. GIARDA-G. SPANGHER, *Codice di procedura penale commentato*, Vol. II, 5° ed., Ipsoa, 2017

G. GIOSTRA, *Quale contraddittorio dopo la sentenza 361/1998 della Corte Costituzionale?*, in *Questione giustizia* 1999, n. 2

G. GIOSTRA, *Analisi e prospettive di un modello probatorio incompiuto*, in *Questione giustizia* 2001

G. GIOSTRA, *Appunto per una giustizia non solo più efficiente, ma anche più giusta*, in *Politica del diritto*, n. 4/2021

F. GIUNCHEDI, *Decisività e limiti degli accertamenti tecnici irripetibili*, in *Archivio Penale*, 2020 n. 1

F. GIUNCHEDI, *Il regime progressivo dell'improcedibilità e le questioni intertemporali*, in *Proc. penale e giustizia* 1/2022

P. GONNELLA, *La tortura in Italia. Parole, luoghi e pratiche della violenza pubblica*, DeriveApprodi, 2013

V. GREVI, *"Nemo tenetur se detegere". Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Giuffrè, 1972

- V. GREVI, *Facoltà di non rispondere delle persone esaminate ex art. 210 e lettura dei verbali di precedenti dichiarazioni*, in *Riv. it. dir. e procedura penale* 1992
- V. GREVI, *Sull'applicabilità del nuovo articolo 513 c.p.p. nei processi in corso*, in *Dir. Pen. e processo* 1997
- V. GREVI, *In tema di accertamento incidentale sulle illecite interferenze del testimone a norma dell'art. 500 commi 4 e 5 c.p.p.*, in *Cass. Pen.*, 2005
- G. GULOTTA, *Strumenti concettuali per agire nel nuovo processo penale*, Giuffrè, 1990
- G. GULOTTA, *La suggestionabilità dei bambini: uno studio empirico*, in *Psicologia e giustizia*, 2004 n. 5
- G. GULOTTA, *Linee guida nazionali. L'ascolto del minore testimone*, Giuffrè, 2014
- G. GULOTTA, *Fatti e fattoidi negli abusi sessuali collettivi sui minori*, Giuffrè, 2016
- G. GULOTTA, *Innocenza e colpevolezza sul banco degli imputati*, Giuffrè, 2018
- G. GULOTTA, *Divieto di domande suggestive anche per il giudice*, Commento a Cass., Sez. IV, 6 febbraio 2020, n. 15331, in *Sistema Penale*, 1° luglio 2020
- F. M. IACOVIELLO, *Contro l'attuale teoria degli atti irripetibili*, in *Cass. pen.* 1996, 3003
- L. IAFISCO, *Art. 13 l. 3 agosto 1998, n. 269, Commenti articolo per articolo*, in *Leg. Pen.* 1999
- L. IANNONE, *La Consulta amplia le letture per irripetibilità accidentale degli atti predibattimentali. Un rimedio con effetti collaterali pregiudizievoli?*, in *ilpenalista.it*, 1° dicembre 2020
- G. ILLUMINATI, *Il nuovo dibattimento: l'assunzione diretta delle prove*, in *Foro it.* 1988, n. 5
- R.E. KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, Giuffrè, 1993
- R. E. KOSTORIS, *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, Giappichelli, 2002
- J.H. LANGBEIN, *The origins of adversary criminal trial*, Oxford, 2003
- G. LATTANZI-E. LUPO, *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, vol. I-II-III-IV, Giuffrè, 2020
- S. LORUSSO, *Ipertrofia normativa e declino del sistema processuale*, in *Diritto penale e processo* 2018, n. 3
- G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Giappichelli, 2020
- G.B. (TITTA) MADIA, *La storia dell'eloquenza*, Dall'Oglio, 1959

- J.D. MANSI, *Sacrorum conciliorum nova et amplissima collectio*, Vol. 22°, Graz, 1961
- F. MANTI-E. MONTOLLI, *Il grande abbaglio. Controinchiesta sulla strage di Erba*, Teaser LAB, 2020
- C. DI MARTINO, T. PROCACCIANTI, *La prova testimoniale nel processo penale*, 2° ed., CEDAM, 2010
- E. MARZADURI-F. GIUNTA, *La nuova normativa sulla sicurezza pubblica*, Giuffrè, 2010
- O. MAZZA, *Esame delle parti private*, in *Enc. del diritto*, Annali, 2008, vol. II
- O. MAZZA, voce *Contraddittorio (principio del)*, in *Enc. del diritto*, ann. VII, Giuffrè, 2014
- G. MAZZONI, *Si può credere ad un testimone? La testimonianza e le trappole della memoria*, Il Mulino, 2003
- G. MAZZONI, *Psicologia della testimonianza*, Carocci, 2011
- A. MACCHIA, *L'incidente probatorio*, in *Cass. pen.*, 1989
- A. MACCHIA, *Linee evolutive del sistema d'appello alla luce della giurisprudenza nazionale e sovranazionale*, in *Cass. pen.* 2017, n. 6
- A. MACCHIA, *Impugnazioni penali fra riforme legislative e interpretazioni giurisprudenziali*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 26 settembre 2019
- A. MACCHIA, *La prova dichiarativa. La giurisprudenza della Corte costituzionale, della Corte E.d.u. e delle Sezioni Unite della Corte di cassazione a confronto. Il valore nei procedimenti civili, amministrativi e disciplinari della prova dichiarativa assunta nel procedimento penale*, in *Cassazione Penale* 2020, n. 12
- A. MACCHIA, *Libero convincimento del giudice, dalle prove legali al ragionevole dubbio. Le regole europee*, in *Cassazione Penale* 2022, n. 6
- A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, 10° ed., Giuffrè, 2007
- D. NEGRI-M. PIFFERI, *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, Giuffrè, 2011
- D. NEGRI-R. ORLANDI, *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, Giappichelli, 2017
- J. NIEVA-FENOLL, *La discutibile utilità degli interrogatori delle parti e dei testimoni (qualche riflessione sull'oralità in tempo di pandemia)*, in *Questione giustizia* 28 settembre 2020
- M. NIGRO, *Atti irripetibili e limiti ai poteri probatori del giudice*, in *Dir. Pen. e Processo* 2007
- R. ORLANDI, *Inchieste preparatorie nei procedimenti di criminalità organizzata: una riedizione dell'inquisitio generalis?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1996

- T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *L'indice penale* 1999, n. 2
- S. PANZA-P. D'AMICO, *Erba, analisi di un delitto. Una strage imperfetta*, Lampi di Stampa, 2011
- P.P. PAULESU, *Falsa testimonianza e disciplina delle contestazioni: una messa a punto sui confini della "provata condotta illecita"*, in *Cass. Pen.* 2003
- D. POTETTI, *L'art. 512 c.p.p. fra richiesta della parte ed iniziativa del giudice ex art. 507 c.p.p.*, in *Cass. Pen.*, 2005
- D. POTETTI, *Le contestazioni al testimone reticente o che non ricorda*, in *Cass. Pen.* 2003
- M.R. PRETTE, *Le torture affiorate*, Sensibili alle Foglie, 1998
- E. RANDAZZO, *Insidie e strategie dell'esame incrociato*, Giuffrè, 2012
- S. RECCHIONE, *La vittima cambia il volto del processo penale: le tre parti "eventuali", la testimonianza dell'offeso vulnerabile, la mutazione del principio di oralità*, in *Diritto Penale Contemporaneo* 16 gennaio 2017
- K. LA REGINA-G. SPANGHER, *Trattato di procedura penale*, vol. III-IV, UTET, 2009
- P. RENON, *L'incidente probatorio nel procedimento penale*, CEDAM, 2000
- P. RENON, *Mutamento del giudice penale e rinnovazione del dibattimento*, Giappichelli, 2008
- S. RENZETTI, *Art. 512 c.p.p.: una lettura garantista nel rispetto del principio del contraddittorio*, in *Cass. Pen.* 2006
- G. DE ROBERTO, *Incidente probatorio*, in *Enc. Giur.*, XVI, Roma, 1989
- M. ROSSI, *La nozione giuridica dell'irripetibilità*, in *Arch. nuova proc. penale*, n. 1-1993
- M.T.M. RUBERA, *Nei casi di impossibilità oggettiva, ribaltamento in appello dell'assoluzione possibile anche senza rinnovare l'istruzione, purché vi siano "garanzie compensative"*, in corso di pubblicazione in *Processo penale e giustizia*, 8-9
- A. SANNA, *Dichiarazioni autoindizianti e loro inutilizzabilità*, in *Giur. it.* 1996, II
- E. SELVAGGI, *Esame diretto e controesame*, in *Digesto disc. Pen.*, vol. IV, 1990
- D. SIRACUSANO, *Vecchi sistemi e nuovi modelli per l'attuazione di un processo di parti*, in *Legislazione penale*, 1989
- G. SPANGHER, *La riforma Orlando della giustizia penale: prime riflessioni*, in *Diritto penale contemporaneo* 2016, n. 1

- P. STRATA, *Le false memorie*, in *Annali online di Ferrara – IUSS*, vol. 1, 2007
- L. SURACI, *L'atto irripetibile*, CEDAM, 2012
- L. SURACI, *L'incidente Probatorio*, Pacini Giuridica, 2017
- P. TONINI-C.CONTI, *Manuale di procedura penale*, 22° ed., Giuffrè, 2021
- G. UBERTIS, *Giudizio di primo grado*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. V, 535
- G. UBERTIS, *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Giuffrè, 1992
- R. VALLI, *La consulta interviene sulla nozione di "rilievo" aprendo una zona grigia nella determinazione dei confini di applicabilità dell'art. 360 c.p.p.*, in *Dir. Pen. Contemporaneo*, n. 4/2018
- M. VANNUCCI, *Quando la memoria ci inganna*, Carocci, 2008
- G. VASSALLI, *Il diritto alla prova nel processo penale*, in *Riv. Italiana di dir. e proc. Penale* 1968
- G. VASSALLI, *La medicina legale ed il nuovo codice di procedura penale*, Giuffrè, 1989
- G. LO VECCHIO, *L'accertamento tecnico irripetibile ex art. 360 c.p.p.: note minime su schemi normativi e utilizzazione dibattimentale in una specie di consulenza preprozessuale del magistrato requirente*, in *Cass. Pen.* 1995
- F. VERGINE, *Incidente probatorio ed udienza preliminare tra autonomia ed interferenze*, in *Diritto penale e processo* 2007
- F. VERGINE, *Indagini e dibattimento: il singolare funzionamento della clessidra*, in *Dir. Penale e processo*, n. 9/2020
- K. VOLK, *Diritto penale ed economia*, in *Riv. trimestrale di dir. pen. economico* 1998

GIURISPRUDENZA

CORTE COSTITUZIONALE

16 dicembre 1970, n. 190
24 maggio 1991, n. 221
3 febbraio 1992, n. 25
3 giugno 1992, n. 254 e n. 255
23 febbraio 1994, n. 77
16 maggio 1994, n. 179
12 gennaio 1995, n. 20
12 aprile 1996, n. 114
2 novembre 1998, n. 361
25 ottobre 2000, n. 440
9 maggio 2001, n. 114
24 ottobre 2001, n. 399
21 novembre 2001, n. 375
14 febbraio 2002, n. 36
12 novembre 2002, n. 453
12 marzo 2003, n. 164
4 giugno 2003, n. 191
8 febbraio 2006, n. 112
26 febbraio 2007, n. 26
9 marzo 2007, n. 67
20 luglio 2007, n. 320
4 aprile 2008, n. 85
8 maggio 2009, n. 146
1° luglio 2009, n. 197
26 settembre 2017, n. 239
20 maggio 2019, n. 132
23 settembre 2020, n. 218
5 febbraio 2021, n. 14

CORTE DI CASSAZIONE PENALE

SEZIONI UNITE

- Sez. un.**, 24 gennaio 1996, n. 2789
Sez. un., 9 ottobre 1996, n. 1282/97
Sez. un., 15 gennaio 1999, n. 2, pres. Zucconi Galli Fonseca, rel. Papadia, imp. Iannasso
Sez. un., 24 settembre 2003, n. 5052/04
Sez. un., 30 ottobre 2003, n. 45276
Sez. un., 12 luglio 2005, n. 33784
Sez. un., 17 ottobre 2006, n. 41281, pres. Marvulli, rel. Brusco, imp. Greco
Sez. un., 23 aprile 2009, n. 23868
Sez. un., 19 gennaio 2017, n. 18620, imp. Patalano
Sez. un., 28 aprile 2016, n. 27620, imp. Dasgupta
Sez. un., 30 maggio 2019, n. 41736, imp. Bajrami
Sez. un., 30 settembre 2021, n. 11586, imp. Sadik e altri

SEZIONE PRIMA

- Sez. I**, 14 dicembre 1957, imp. Egidi, in *Riv. it. dir. e procedura penale* 1958, 567
Sez. I, 27 febbraio 1990, Panico, in R. GUARINIELLO, *Il processo penale nella giurisprudenza della Corte di cassazione*, 1994
Sez. I, 11 Novembre 1992, Betancor, C.E.D., n. 193437
Sez. I, 3 febbraio 1992, n. 491
Sez. I, 21 aprile 1993, pres. Rizzo, in *Arch. nuova proc. pen.* 1993, 786
Sez. I, 28 settembre 1993, Berisa, in *Cass. Pen.* 1995, 2943
Sez. I, 9 maggio 1995, n. 5168
Sez. I, ud. 21 giugno 1995, dep. 18 luglio 1995, n. 8004, imp. Sakouhi
Sez. I, 13 novembre 1995, n. 12306
Sez. I, 28 marzo 1997, n. 2993
Sez. I, 14 ottobre 1999, n. 13765
Sez. I, 11 febbraio 2000, n. 4453
Sez. I, 20 giugno 2000, n. 10026
Sez. I, 12 giugno 2001, n. 29826
Sez. I, 4 giugno 2002, n. 24222
Sez. I, 19 giugno 2002, n. 33361
Sez. I, 6 giugno 2007, n. 34560
Sez. I, 30 giugno 2011, n. 1898
Sez. I, 17 ottobre 2011, n. 45862
Sez. I, 17 settembre 2014, n. 44223
Sez. I, 23 ottobre 2014, n. 46010
Sez. I, 26 novembre 2015, n. 14243/16
Sez. I, 29 novembre 2017, n. 47741/18
Sez. I, 17 maggio 2019, n. 21731

SEZIONE SECONDA

- Sez. II, 31 maggio 1957, Degli Innocenti, in *Giust. pen.* 1957, III, 453
Sez. II, 28 marzo 1995, n. 6726
Sez. II, 31 marzo 1998, n. 2204
Sez. II, 1° aprile 1999, C.E.D. n. 213308
Sez. II, 27 ottobre 1999, n. 14318
Sez. II, 19 gennaio 2004, n. 9588
Sez. II, 4 marzo 2005, n. 12481
Sez. II, 28 giugno 2005, n. 30121
Sez. II, 1° luglio 2005, n. 30113
Sez. II, 13 dicembre 2006, n. 42451
Sez. II, 6 novembre 2007, n. 9168
Sez. II, 5 febbraio 2008, n. 1722
Sez. II, 16 giugno 2009, n. 29949
Sez. II, 26 novembre 2010, n. 3315/11
Sez. II, 13 luglio 2011, n. 31593
Sez. II, 21 febbraio 2012, n. 10483
Sez. II, 6 novembre 2012, n. 45286
Sez. II, 1° ottobre 2013, n. 283/14
Sez. II, 12 febbraio 2014, n. 19618
Sez. II, 13 giugno 2014, n. 37848
Sez. II, 4 marzo 2015, n. 13927
Sez. II, 24 settembre 2015, n. 43338
Sez. II, 3 dicembre 2015, n. 50333
Sez. II, 17 marzo 2016, n. 13910
Sez. II, 14 luglio 2016, 30965
Sez. II, 12 gennaio 2017, n. 3930
Sez. II, 28 febbraio 2017, n. 17089
Sez. II, 28 febbraio 2017, n. 18285
Sez. II, 3 aprile 2017, n. 26246
Sez. II, 26 aprile 2018, n. 34745
Sez. II, 8 maggio 2018, n. 35428
Sez. II, 12 luglio 2018, n. 39716
Sez. II, 14 dicembre 2018; n. 7290/19
Sez. II, 8 febbraio 2019, n. 6287
Sez. II, 7 maggio 2019, n. 20489
Sez. II, 2 maggio 2019, n. 25526
Sez. II, 30 maggio 2019, n. 41414

SEZIONE TERZA

- Sez. III, 3 giugno 1993, Tettamanti, *Cass. Pen.* 1995, 79
Sez. III, 4 ottobre 1994, Tini, in *Foro Italiano, Repertorio 1995*, voce
Procedimento penale davanti al pretore, n. 53
Sez. III, 11 aprile 2001, n. 21379
Sez. III, 8 luglio 2004, n. 38682
Sez. III, 8 marzo 2007, n. 121
Sez. III, 24 maggio 2007, n. 35376
Sez. III, 27 settembre 2007, n. 40194
Sez. III, ud. 4 ottobre 2007, dep. 21 novembre 2007, n. 42981, Rv.
238065-01
Sez. III, 20 maggio 2008, n. 27068
Sez. III, 29 ottobre 2008, n. 43837
Sez. III, 10 novembre 2011, n. 44051
Sez. III, 1° dicembre 2011, n. 2696/12
Sez. III, 18 gennaio 2012 n. 7373
Sez. III, 11 ottobre 2012, n. 46715
Sez. III, 19 novembre 2013, n. 2627/14
Sez. III, 17 febbraio 2015, n. 20388
Sez. III, 15 aprile 2015, n. 21627
Sez. III, 12 maggio 2015, n. 50435
Sez. III, 22 novembre 2018, n. 13729/19
Sez. III, 10 ottobre 2019, n. 47572
Sez. III, 29 novembre 2019, n. 10374
Sez. III, 3 luglio 2020, n. 24597

SEZIONE QUARTA

- Sez. IV, 28 gennaio 1997, n. 6106
Sez. IV, 29 ottobre 1999, n. 6504
Sez. IV, 11 novembre 2004, n. 48258
Sez. IV, 24 settembre 2008, n. 41040
Sez. IV, 9 marzo 2009, n. 18977
Sez. IV, 24 settembre 2013, n. 43992
Sez. IV, ud. 3 dicembre 2014, dep. 23 gennaio 2015, n. 3279-15
Sez. IV, 22 aprile 2015, n. 24445
Sez. IV, 26 maggio 2015, n. 23306
Sez. IV, 3 marzo 2016, n. 24668
Sez. IV, 17 luglio 2019, n. 38583
Sez. IV, 19 novembre 2019, n. 48778
Sez. IV, 6 febbraio 2020, n. 15331
Sez. IV, 4 maggio 2021, 16819

SEZIONE QUINTA

Sez. V, 5 marzo 1997, n. 3396
Sez. V, 28 ottobre 1997, n. 11402
Sez. V, 19 luglio 2004, n. 31523
Sez. V, 11 febbraio 2009, n. 9737
Sez. V, 30 settembre 2009, n. 45016
Sez. V, 8 luglio 2011, n. 47014
Sez. V, 1° dicembre 2011, n. 7127/12
Sez. V, 2 dicembre 2011, n. 16055/12
Sez. V, 23 febbraio 2012, n. 12976
Sez. V, 19 dicembre 2012, n. 13275/13
Sez. V, 20 settembre 2013, n. 7595/14
Sez. V, 29 gennaio 2014, n. 9867
Sez. V, 18 marzo 2014, n. 46457
Sez. V, 28 maggio 2014, n. 43508
Sez. V, 8 ottobre 2014, n. 5581/15
Sez. V, 5 dicembre 2014, 15613/15
Sez. V, 19 gennaio 2015, n. 13895
Sez. V, 27 marzo – 7 settembre 2015, n. 36080
Sez. V, 21 giugno 2016, n. 25799
Sez. V, 21 dicembre 2016, n. 4475/17
Sez. V, 18 gennaio 2017, n. 13522
Sez. V, 20 settembre 2017, n. 53181
Sez. V, 22 ottobre 2018, n. 9849/19
Sez. V, 16 novembre 2018, n. 8545/19
Sez. V, 11 dicembre 2018, n. 13176/19
Sez. V, 3 giugno 2019, n. 49426

SEZIONE SESTA

Sez. VI, 22 gennaio 1992, n. 143
Sez. VI, 11 aprile 1994, n. 43508
Sez. VI, 12 marzo 1996, n. 7045
Sez. VI, 4 dicembre 2002, n. 3388/03
Sez. VI, 24 febbraio 2003, n. 13623
Sez. VI, 14 aprile 2003, n. 23807
Sez. VI, 2 dicembre 2004, n. 4152/05
Sez. VI, 22 ottobre 2009, n. 9072/10
Sez. VI, 21 marzo 2010, n. 21748
Sez. VI, 17 novembre 2011, n. 4689/12
Sez. VI, 23 novembre 2011, n. 18065/12
Sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 12374
Sez. VI, 13 dicembre 2013, n. 11905/14
Sez. VI, 22 ottobre 2014, n. 49031
Sez. VI, 5 aprile 2017, n. 22555
Sez. VI, 5 aprile 2018, n. 21315
Sez. VI, 27 aprile 2018, n. 54424
Sez. VI, 3 ottobre 2018, n. 3609/10

GRADO D'APPELLO, GRADO DI MERITO, UDIENZA PRELIMINARE

Trib. Milano, 8 ottobre 1991, Belloli, in *Giur. Merito* 1993, 162

Corte di assise d'appello di Firenze, 13 febbraio 1996, in *Foro.it*, 1997, 2, c. 65 ss.

G.i.p. Varese, 23 febbraio 1999, *Foro ambr.* 1999, 182; Trib. Verona, 8 aprile 2004, *Giur. Merito* 2004, 1805

Ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale della Corte d'Assise d'appello di Roma, sez. III, 28 settembre 2016

ORDINAMENTI SOVRANAZIONALI ED ESTERI

Corte E.d.u., *Dan c. Moldavia*, 5 luglio 2011, ric. n. 8999/07

Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966)

Salinas v. Texas, 133 S. Ct. 2174, 186 L. Ed. 2d 376

Berghuis v. Thompkins, 560 U.S. 370 (2010)

RINGRAZIAMENTI

Dedico questo spazio alle persone che mi hanno aiutato e sostenuto nel mio percorso di studi come nella realizzazione di questo elaborato.

Un particolare e sentito ringraziamento va al mio Relatore, il Prof. ALBERTO MACCHIA, al quale esprimo tutta la mia riconoscenza per la fiducia accordatami nell'accettare di guidarmi in questo cammino, nonché per l'instancabile sostegno concessomi durante la realizzazione del lavoro: nonostante la ristrettezza dei tempi e la pausa estiva, mi ha garantito il miglior supporto che qualsiasi tesista possa desiderare. I suoi preziosi consigli pressoché giornalieri, l'assistenza nel reperimento delle fonti, la presenza costante e rassicurante sono stati essenziali per la stessa esistenza dell'elaborato. Congiuntamente ringrazio il Prof. MATTEO TULLIO MARIA RUBERA, il quale, "sulla fiducia", mi ha accordato l'accesso ad un Suo scritto in anteprima, rivelatosi determinante per la redazione del capitolo II afferente alla categoria dell'irripetibilità.

Ringrazio sinceramente i miei genitori, le persone che hanno reso possibile la realizzazione del mio percorso di studi, insieme a tutta la mia famiglia. Nonostante le difficoltà manifestatesi durante il mio percorso, non hanno mai smesso di credere in me e di rinnovare la loro fiducia nei miei confronti. Esprimo poi la mia più piena gratitudine ad ANDREA, mentore ed amico fraterno, parte integrante della famiglia, sempre pronto a tendere la mano per aiutarmi quando v'era più bisogno.

Con affetto ringrazio i miei amici, preziosissimi ed insostituibili compagni di viaggio, con i quali ho condiviso i momenti migliori, grazie ai quali ho superato i momenti peggiori: ELENA ed ALESSIO, MICHELE, ERIKA, CHRISTIAN, GIULIA E RINALDO. Le amiche e colleghe GIORGIA E GIULIA, i miei punti di riferimento nel *mare magnum* della facoltà. GIULIA, FABRIZIO ed ALESSANDRA, con i quali ho condiviso ogni progresso ed ogni sconfitta.

Questo traguardo appartiene anche a tutti voi.

