Studi di diritto e procedura penale

1. *Leonardo Suraci, L'incidente probatorio*

Leonardo Suraci

L'incidente probatorio

Pacini Giuridica

© Copyright 2017 by Pacini Editore Srl

ISBN 978-88-6995-XXX-X

Realizzazione editoriale

Pacini Editore
Via A. Gherardesca
56121 Ospedaletto (Pisa)

Finito di stampare
presso le Industrie Grafiche della Pacini Editore Srl
Via A. Gherardesca • 56121 Ospedaletto • Pisa
Tel. 050 313011 • Fax 050 3130300
www.pacinieditore.it

Responsabile di redazione
Gloria Giacomelli

Fotolito e Stampa
IGP *Industrie Grafiche Pacini*

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633.
Le riproduzioni effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da AIDRO, Corso di Porta Romana n. 108, Milano 20122, e-mail segreteria@aidro.org e sito web www.aidro.org

INDICE

Introduzione ..... » 7

CAPITOLO PRIMO
LA FUNZIONE DELL'INCIDENTE PROBATORIO NEL SISTEMA PROCESSUALE PENALE

1. Il principio di separazione delle fasi ..... » 11
2. La funzione originaria dell'incidente probatorio ..... » 17
3. La polifunzionalità dell'incidente probatorio..... » 22
4. Irripetibilità "effettiva" (o "in concreto"), irripetibilità "potenziale" (o "in astratto") ed irripetibilità "normativa". La "contrastata" relazione tra indifferibilità e irripetibilità. ..... » 32

CAPITOLO SECONDO
L'IRRIPETIBILITÀ DELL'ATTO PROCESSUALE PROBATORIO.
L'INFLUENZA DELL'ART. 512 C.P.P. SULLE DINAMICHE INTERNE ALL'INCIDENTE PROBATORIO

1. La distinzione tra irripetibilità originaria ed irripetibilità sopravvenuta..... » 37
2. La fattispecie delineata dall'art. 512 c.p.p..... » 43
3. I fattori – programmabili o meno – pregiudicanti la rinnovazione della prova dichiarativa ..... » 47
4. La modificazione dell'oggetto quale fattore pregiudicante la rinnovazione di atti d'indagine..... » 54
5. L'imprevedibilità del fattore impeditivo della rinnovazione quale spartiacque tra doveri di acquisizione garantita e forme unilaterali di utilizzazione..... » 57

CAPITOLO TERZO
I CASI DI INCIDENTE PROBATORIO (ART. 392, COMMA 1 C.P.P.)

1. Introduzione ..... » 63
2. La testimonianza nell'ipotesi prevista dall'art. 392, comma 1 lett. a) c.p.p... » 65
3. La testimonianza nell'ipotesi prevista dall'art. 392, comma 1 lett. b) c.p.p .. » 69
4. L'esame della persona sottoposta alle indagini e dell'imputato in procedimento connesso..... » 77
5. Il confronto ..... » 88
6. La perizia e l'esperimento giudiziale ..... » 90
7. La ricognizione ..... » 107

CAPITOLO QUARTO
L'INCIDENTE PROBATORIO IN CASI PARTICOLARI

1. La perizia complessa (art. 392, comma 2 c.p.p.)..... » 111

2. La perizia *ex* art. 224-*bis* c.p.p. (art. 392, comma 2 c.p.p.) ..... » 112
3. I casi di incidente probatorio previsti dall'art. 392, comma 1-*bis* c.p.p..... » 116
4. L'incidente probatorio *ex* art. 391-*bis* c.p.p ..... » 127

CAPITOLO QUINTO
L'INSTAURAZIONE DELL'INCIDENTE PROBATORIO: PROFILI TEMPORALI

1. L'orizzonte temporale di operatività dell'istituto. L'incidente probatorio e le indagini preliminari. ..... » 137
2. L'incidente probatorio nell'ambito dell'udienza preliminare ..... » 140
3. Scadenza dei termini delle indagini preliminari e incidente probatorio. ..... » 146
4. L'incidente probatorio *ex* art. 391-*bis* c.p.p ..... » 149

CAPITOLO SESTO
L'INSTAURAZIONE DELL'INCIDENTE PROBATORIO: LA LEGITTIMAZIONE SOGGETTIVA

1. I soggetti legittimati alla proposizione della richiesta. La persona sottoposta alle indagini ..... » 153
2. Gli altri soggetti del procedimento. La persona offesa dal reato ..... » 156
3. Le altre parti private..... » 159
4. La tempestività della conoscenza di un'indagine quale presupposto per l'esercizio del diritto alla prova connesso all'incidente probatorio. Qualche appunto critico ..... » 162

CAPITOLO SETTIMO
LA DOMANDA DI INCIDENTE PROBATORIO

1. Il contenuto della richiesta ..... » 179
2. Il contraddittorio sulla richiesta ..... » 185
3. Il differimento dell'incidente probatorio ..... » 190
4. Il differimento dell'incidente probatorio *ex* art. 391-bis c.p.p..... » 194

CAPITOLO OTTAVO
LA DECISIONE DEL GIUDICE

1. La decisione del giudice sulla richiesta di incidente probatorio ..... » 197
2. L'abbreviazione dei termini in casi di urgenza..... » 203
3. La delega di incidente probatorio..... » 204

CAPITOLO NONO
L'ASSUNZIONE DELLA PROVA

1. L'udienza di assunzione della prova..... » 207
2. La *discovery* in incidente probatorio..... » 214

3. L'assunzione della prova ..... » 221
4. L'assunzione della prova in casi particolari ..... » 229
5. L'estensione dell'incidente probatorio ..... » 234

CAPITOLO DECIMO
GLI ATTI ASSUNTI MEDIANTE INCIDENTE PROBATORIO. FORME DI DOCUMENTAZIONE E PUBBLICITÀ

1. La documentazione degli atti assunti mediante l'incidente probatorio ..... » 237
2. La documentazione nei casi previsti dall'art. 398, comma 5-*bis* c.p.p ..... » 242
3. La pubblicità degli atti ..... » 244

CAPITOLO UNDICESIMO
LA PROVA ASSUNTA MEDIANTE L'INCIDENTE PROBATORIO

1. Il regime di utilizzabilità della prova in dibattimento. ..... » 249
2. L'art. 403, comma 1-*bis* c.p.p ..... » 256
3. Circolazione delle prove formate mediante incidente probatorio ed utilizzabilità ..... » 262
4. L'utilizzabilità della prova nelle fasi anteriori ..... » 265
5. L'efficacia dell'incidente probatorio nei confronti della parte civile ..... » 267

CAPITOLO DODICESIMO
LA RINNOVAZIONE, IN DIBATTIMENTO, DELL'ESPERIMENTO PROBATORIO RIPETIBILE

1. La ripetibilità della prova ..... » 271
2. Premessa: l'oralità e l'immediatezza nel processo penale ..... » 274
3. Una (improbabile) prospettiva d'esame dell'ipotesi di rinnovabilità probatoria: il principio di immutabilità del giudice (art. 525, comma 2 c.p.p.). ..... » 276
4. Un'altra (egualmente improbabile) prospettiva: la riforma della sentenza di assoluzione e l'obbligo di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in grado di appello ..... » 280
5. Le (possibili) coordinate normative entro cui collocare la problematica ..... » 288
6. Premesse di fondo per un'ipotesi ricostruttiva: il diritto di difesa ..... » 302
7. La rilettura dell'art. 190 c.p.p ..... » 308

Conclusioni ..... » 317

INTRODUZIONE

L'incidente probatorio ha costituito, come è noto, un istituto in qualche modo coessenziale al modello processuale introdotto a seguito della riforma del 1988.

La collocazione delle dinamiche formative della prova nella sede dibattimentale, quest'ultima caratterizzata dall'operatività del principio del contraddittorio e di quelli di oralità ed immediatezza, ha imposto la previsione di un meccanismo di recupero ed anticipazione delle garanzie partecipative nella fase preordinata, di regola, al conseguimento di risultati puramente investigativi.

La premessa era costituita da una ineliminabile nota caratterizzante dell'acquisizione probatoria: l'indifferibilità, la quale, reggendosi sul pronosticabile sopravvenire di fattori impeditivi, rendeva indispensabile l'immediata assicurazione dell'elemento probatorio.

Sebbene ampiamente studiato, l'incidente istruttorio non smette mai di offrire spunti di riflessione posto che, rispetto alla originaria – e strutturale, si potrebbe dire – funzione di cui si è detto ha acquisito contorni operativi sempre nuovi, divenendo un momento qualificato di connessione tra le diverse fasi del procedimento nella misura in cui ne sono stati ampliati i presupposti applicativi.

Infatti, sempre più indifferente rispetto al requisito della indifferibilità, la definizione della fattispecie introduttiva dell'incidente probatorio ha letteralmente ribaltato i rapporti di questo con il molto più blasonato dibattimento, divenendo esso il momento istruttorio per eccellenza, a discapito di una fase che, in maniera del tutto inattesa, ha finito per essere relegata ai margini della procedura.

Il ricorso all'istituto in alcuni ambiti della procedura – si pensi, per esempio, al settore delle investigazioni difensive – ha dato luogo, non v'è dubbio, ad una tanto palpabile quanto superflua forzatura sistematica, ma l'assunzione di un ruolo centrale nella dinamica processuale è potuta avvenire perché l'attenzione di tutti si è spostata dalle caratteristiche della prova alle esigenze della persona e l'incidente ha smesso – per forza di cose, potremmo dire – di guardare alle prime per concentrarsi in via preminente sulle seconde.

Il risultato che ne è conseguito è che determinati processi – e non certo di secondario rilievo, anzi, al contrario, si tratta dei più delicati in ragione dell'oggetto dell'imputazione e della qualità delle persone interessate – accedono

alla sede incidentale ed in questa, il più delle volte, esauriscono le esigenze di accertamento tipiche del futuro sviluppo processuale.

È, quello incentrato sulla confusione tra funzione accertativa e istanze di protezione, il nuovo volto del processo penale, di un processo in cui l'equilibrio tra valori di fondo si fa sempre più delicato e variabile.

Nell'ambito di un sistema processuale da sempre abituato al compromesso, lo studio dell'incidente probatorio conserva un proprio rilievo laddove l'analisi dei meccanismi che lo caratterizzano protende i propri risultati in direzione della ricerca di nuovi, complessivi punti di equilibrio che, senza forzature dei rigidi cardini costituzionali, aiutino il processo penale a conseguire con sempre maggiore efficacia i propri obiettivi.

CAPITOLO PRIMO

LA FUNZIONE DELL'INCIDENTE PROBATORIO NEL SISTEMA PROCESSUALE PENALE

SOMMARIO: 1. Il principio di separazione delle fasi. – 2. La funzione originaria dell'incidente probatorio. – 3. La polifunzionalità dell'incidente probatorio. – 4. Irripetibilità "effettiva" (o "in concreto"), irripetibilità "potenziale" (o "in astratto") ed irripetibilità "normativa". La "contrastata" relazione tra indifferibilità e irripetibilità.

1. *Il principio di separazione delle fasi.*

Con il nuovo codice di procedura penale, come è noto, si sarebbe dovuto – la coniugazione è indicativa del fatto che la giustizia penale ha vissuto una lunghissima fase patologica che ha deformato struttura e meccanismi del codice processuale[1] – introdurre nell'ordinamento nazionale un modello processuale ispirato ai principi del sistema accusatorio[2], un sistema, cioè, che « colto nella sua essenza [...] appare come una contesa tra due parti nettamente contrapposte – accusatore e accusato – risolta da un organo al di sopra di entrambe, con conseguente, netta distinzione delle tre fondamentali funzioni processuali: accusa, difesa e giudizio »[3].

---

[1] Sulle ragioni di essa v., innanzitutto, Spangher, *Riprendere la "lunga marcia" verso il rito accusatorio*, in *Dir. pen. e proc.*, 1995, 923. Denuncia, in relazione all'attuale codice di rito, la dispersione di molte delle originarie ambizioni sistematiche, in un eccesso di regole giustapposte confusamente, Negri, *L'imputato presente al processo. Una ricostruzione sistematica*, Torino, 2014, 3.

[2] « Che il nuovo processo penale debba operare all'insegna dei caratteri del c.d. "sistema accusatorio" » – faceva notare Tranchina, *Nostalgie inquisitorie nel « sistema accusatorio » del nuovo codice di procedura penale*, in *Leg. pen.*, 1989, 387 – « è discorso ormai tanto ripetuto da avere assunto, probabilmente, il senso di un vero e proprio luogo comune ». La sua entrata in vigore – mette in rilievo Giarda, *"Astratte modellistiche" e principi costituzionali del processo penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1993, 889 – avrebbe dovuto segnare per l'Italia « l'anno zero di un nuovo corso della corrispondente giustizia ».

[3] Conso, *Accusa e sistema accusatorio*, in *Enc. dir.*, I, 336. Ma v., altresì, Id., *Vero e falso nei principi generali del processo penale italiano*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1958, 291, ove ha cura di evidenziare come le origini di siffatto modello, costituente la prima forma di procedura criminale vera e propria, non a caso risalgano all'epoca in cui la sfera dell'illecito veniva esclusivamente valutata dal punto di vista dell'interesse privato, nulla essendo la sensibilità per l'interesse sociale. L'inquadramento generale del modello processuale è ribadito, poi, da Massa, *Aspetti della riforma del processo penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1963, 733.

Emblematico appare, sotto il profilo programmatico, l'art. 2, comma 1, l. 16 febbraio 1987, n. 81[4], secondo il quale il codice di procedura penale avrebbe dovuto attuare i principi della Costituzione ed adeguarsi alle norme delle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia e relative ai diritti della persona ed al processo penale, improntando il nuovo rito ai caratteri del sistema accusatorio, sebbene – la puntualizzazione era sintomatica di un orientamento teso alla realizzazione di un modello di codice ispirato non tanto ad una sorta di purezza concettuale, ma ad una commistione di valori tutti da variamente bilanciare – secondo i principi ed i criteri indicati dalla delega.

La riforma – « [n]el corso degli studi, dei dibattiti, dell'attività didattica, nonché di quella scientifica, [...] molti poss[o]no sostenere come il riferimento al termine "riforma" risulti tra quelli maggiormente utilizzati nell'elaborazione delle proprie argomentazioni. Le ragioni sono facilmente apprezzabili ove solo si rifletta che quando si ricorre a questo concetto – ovviamente pur sempre in riferimento a ciò che si intende riformare – si auspica un cambiamento destinato ad assicurare il miglioramento degli effetti prodotti dallo *status quo* »[5] – in senso accusatorio del processo penale, come tutti sanno, venne innanzitutto motivata sulla scorta della tradizionale migliore rispondenza di siffatto modello, rispetto all'impianto inquisitorio, agli schemi tipici di una società democratica, anche alla luce della convinzione che la giustizia della decisione fosse più compiutamente assicurata ogni qualvolta la prova scaturisse dalla dialettica processuale fra le parti piuttosto che dalla ricerca solitaria di un organo istruttore[6].

Inoltre, era profondamente avvertita l'esigenza di trovare un soddisfacente equilibrio tra garanzie individuali ed efficienza, alla luce della diffusa consape-

---

[4] Sulle ragioni – e sugli inconvenienti – di una delega analitica e particolareggiata, quale quella legislativa per un nuovo codice processuale, v. Lattanzi, Lupo, *La nuova legge delega per il codice di procedura penale: continuità e differenze di sistema*, in *Cass. pen.*, 1983, 181.

[5] La notazione è di Kalb, *La riforma possibile, anzi doverosa...*, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, 129. Sulla necessità di guardare, allorquando si utilizza l'espressione, alla sostanza e non alla tecnica legislativa, v. Massa, *Aspetti della riforma del processo penale*, cit., 729, il quale metteva in guardia da un utilizzo distorto del termine in relazione al processo penale: « [S]e, per avventura, si rifacesse l'intero codice, modificando soltanto qualche istituto, la riforma sarebbe totale per modo di dire, in quanto resterebbero fermi i principi generali che regolano attualmente il processo ».

[6] Mette in evidenza, infatti, Fiandaca, *Modelli di processo e scopi della giustizia penale*, in *Foro it.*, 1992, 2023, come « le forme del processo sono tendenzialmente influenzate, da un lato, dai modelli di Stato e dalle concezioni dominanti circa gli scopi della giustizia penale; e, dall'altro, dai modelli di organizzazione giudiziaria ». V., altresì, Lattanzi, Lupo, *La nuova legge delega per il codice di procedura penale: continuità e differenze di sistema*, cit., 183.

volezza che l'efficienza processuale non è « quella di un processo purchessia in funzione di una maggiore repressione: è efficienza di un processo che deve sì consentire di raggiungere dei risultati credibili anche nel senso della tempestività e dell'efficacia delle sanzioni, ma deve consentire di raggiungerli in modo "giusto" anche sul piano delle modalità di percorso »[7].

La forza persuasiva scaturente dalla portata per certi versi rivoluzionaria della riforma processuale faceva apparire pressoché scontato che quelli che venivano definiti inquisitorio ed accusatorio integrassero due sistemi processuali contrapposti perfettamente identificabili, dotati di caratteristiche essenziali – o, se si preferisce seguire una variante terminologica consolidata, di "principi generali" – sicuramente ed inequivocabilmente riconoscibili, e che il pregio più saliente della rinnovata codificazione processualpenalistica si compendiasse proprio nella sua professata e voluta matrice accusatoria.

D'altra parte, è stato detto bene, la storia del processo penale « è un po' la storia del loro alternarsi nelle legislazioni dei vari popoli e, a partire da un certo momento, del loro combinarsi in forme intermedie, caratterizzate da una maggiore incidenza ora dei principi dell'uno ora di principi dell'altro sistema »[8].

Quando, tuttavia, ci si chiede quale sia il complesso univoco ed implicitamente presupposto di elementi che consentono di distinguere, con appagante determinatezza analitica, siffatte irriducibili qualificazioni del processo penale[9] l'apparente precomprensione si dissolve, affiorano i dubbi e ci si trova di fronte – come sempre, nella rappresentazione iniziale di qualsivoglia dato problematico – ad una serie inesauribile di incertezze che è compito della dogmatica, quantomeno, rendere visibili e criticamente tollerabili[10].

Costituisce, infatti, un condivisibile approdo scientifico quello secondo cui « il riferimento al sistema accusatorio e al sistema inquisitorio conserva validità in quanto li si voglia considerare come modelli di organicità in sede logica o come criteri di politica criminale in sede legislativa o come metri di va-

---

[7] Kalb, *La riforma possibile, anzi doverosa...*, cit., 130. Il passaggio richiama quanto sottolineato da Chiavario, *Garanzie individuali ed efficienza del processo*, in *Il giusto processo (Atti del convegno presso l'Università di Salerno, 11-13 ottobre 1996)*, Milano, 1998, 54.

[8] Conso, *Vero e falso nei principi generali del processo penale italiano*, cit., 290.

[9] « La ricerca dei principi generali propri di una determinata materia » – evidenzia Conso, *Vero e falso nei principi generali del processo penale italiano*, cit., 289 – « è compito squisitamente scientifico ».

[10] Siffatte considerazioni sono svolte da Pierro, *Sistema accusatorio e sistema inquisitorio*, in *Dig. disc. pen.*, XIII, 320.

lutazione in sede positiva, oltrechè, naturalmente, come dati di ordine storico »[11].

Spostandosi sul terreno della realtà modellistica, invece, « non esiste un unico tipo di sistema accusatorio – il discorso vale ovviamente anche per quanto concerne quello inquisitorio – ma solo una serie di sistemi processuali storicamente individuati, che trovano un denominatore comune nel loro avviarsi su sollecitazione di un organo di parte che sostiene appunto l'accusa, ma che contengono tutti anche elementi di carattere inquisitorio »[12].

Sul piano generale, dunque, hanno ragione quanti si sforzano ancora oggi di fare notare come « [n]on esistono, a rigore, un processo accusatorio e un processo inquisitorio [ma] semmai – e la storia lo insegna – diversi tipi di *procedimentalizzazione* della risposta punitiva, dalle forme più rozze a quelle più sofisticate, e solo in questo senso la contrapposizione *accusatorio-inquistorio* ha valore »[13].

La schematizzazione teorica conserva, comunque, un ruolo essenziale dal momento che taluni canoni classificatori mantengono una permanente capacità identificativa del modello processuale al quale il nostro codice è ispirato, a partire dalla – di regola tendenziale sul piano pratico, ma netta sul piano teorico – separazione tra indagini preliminari e processo[14].

---

[11] Conso, *Accusa e sistema accusatorio*, cit., 336. V., inoltre, Tranchina, *Nostalgie inquisitorie nel « sistema accusatorio » del nuovo codice di procedura penale*, cit., 387. Infatti, Leone, *I punti centrali della riforma del processo penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1964, 8, invitava a tale proposito a « liberarsi dalla suggestione dei nomi [oltre che] dalla non errata, ma certamente non approfondita specie sotto l'aspetto di una critica ricostruzione storica, identificazione di procedimento accusatorio con regimi democratici e procedimento inquisitorio con regimi autoritari ».

[12] Leone, Mencarelli, *Processo penale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, 411. V., nello stesso senso, Camoglio, *Prove ed accertamento dei fatti nel nuovo codice di procedura penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, 119; Rizzo, *Esame e controesame*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. III, t. 1, 428. D'altra parte, ha ragione Pisapia, *Un nuovo modello di processo*, in *Leg. pen.*, 1989, 77, allorquando rileva che « ogni processo, anche a prescindere dalla sua struttura, va inquadrato nell'ordinamento politico e costituzionale del Paese in cui è destinato ad operare e viene poi modellato dagli usi e costumi che ne condizioneranno il funzionamento ».

[13] Garofoli, *Giudizio, regole e giusto processo. I tormentati itinerari della cognizione penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, 517.

[14] V., in riferimento a siffatta caratteristica imprescindibile, la teorizzazione di Cordero, *La riforma dell'istruzione penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1963, 714. Oltre che le riflessioni di Carnelutti, *Principi del processo penale*, Napoli, 1960, 107: « Per reagire contro codesta degenerazione del processo penale, consistente dunque in una ipertrofia della fase preliminare a detrimento della fase definitiva, bisogna prima di tutto chiarire la diversa funzione dell'una e dell'altra. *L'inchiesta preliminare non si fa per l'accertamento del reato ma soltanto per escludere una imputazione avventata* ». In senso critico rispetto ad una siffatta impostazione dei rapporti tra le fasi del procedimento penale v., nell'ambito del dibattito intorno alla riforma del codice del 1930, Leone, *I punti centrali della riforma del processo penale*, cit., 11.

« Nella fase delle indagini, non constando attività rilevanti sotto il profilo probatorio per la decisione finale [...] il pubblico ministero lavora in relativa solitudine; l'intervento della difesa è limitato ad acta; ancora più sporadico l'apparire di un giudice (denominato "per" le indagini preliminari: se ne coglie il ruolo eventuale di garanzia) »[15].

Il modello accusatorio presuppone, dunque, una chiara ed effettiva cesura tra le fasi dell'investigazione e del processo, la quale, sul piano della meccanica strutturale, viene tradotta nel sistema del c.d. "doppio fascicolo", distinguendosi così il compendio a disposizione delle parti e composto da tutti gli atti compiuti durante la fase investigativa, dal fascicolo strettamente processuale, comprensivo di pochi e predeterminati atti e destinato ad accrescersi a seguito dell'attività acquisitiva avolta durante la fase dibattimentale[16].

Principio di separazione delle fasi e sistema di duplicazione dei fascicoli sono, dunque, punti qualificanti del modello che viaggiano di pari passo poiché « [l]a presenza di un solo fascicolo che richiami a se tutti gli elementi del procedimento penale o, in alternativa, di due fascicoli (principali) – con altri sussidiari, magari – è l'indice dell'assetto dell'intero sistema processuale »[17].

L'opzione del legislatore per l'adozione di un sistema di formazione separata e autonoma dei fascicoli processuali ha rappresentato, pertanto, il profilo di maggiore innovatività del nuovo codice di procedura penale[18].

Ed infatti, « sebbene anche nel previgente codice di rito la fase del giudizio si qualificasse come connotata dai caratteri del contraddittorio, dell'oralità e della pubblicità, questi ultimi, tuttavia, si rivelavano puntualmente svuotati di significato al punto da configurare il dibattimento come pura "finzione di

---

[15] Colangeli, *Principio del contraddittorio*, in *Dig. disc. pen.*, X, 29.

[16] Evidenzia Ferraioli, *La separazione delle fasi: limiti e proiezioni di uno schema*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, II, Milano, 2000, 282, come il regime del doppio fascicolo rappresenti la proiezione, sul piano pratico-operativo, del principio di separazione delle fasi. Negli stessi termini v., inoltre, Lattanzi, *La formazione della prova nel dibattimento*, in *Cass. pen.*, 1989, 2299, secondo il quale lo sdoppiamento del fascicolo segna fisicamente la cesura tra le indagini preliminari ed il dibattimento. Oltre che, proprio da ultimo, Cecanese, *La vocatio in judicium e l'avviso all'indagato della possibilità di chiedere un rito alternativo*, in *Cass. pen.*, 2016, 394. V., in relazione alle problematiche concernenti i fascicoli processuali, Caputo, *Fascicolo nel diritto processuale penale*, in *Dig. disc. pen.*, V, 135.

[17] Fifi, *Fascicoli processuali*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. III, 505.

[18] Frigo, *Art. 431*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di Chiavario, IV, Torino, 1991, 713. Come evidenzia Molari, *L'incidente probatorio*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, III, *Il nuovo processo penale. Studi di diritto straniero e comparato*, Milano, 1991, 329, la caratteristica più importante del nuovo codice di procedura penale sta nella soppressione della fase istruttoria.

procedimento accusatorio" in quanto "preceduto da un'istruzione scritta e segreta" che riverberava tutta la sua influenza sul giudizio »[19].

« Il regime del "doppio fascicolo" veniva » – in altri termini – « a rassicurare circa la effettività della separazione funzionale delle fasi, secondo l'intento di impedire lo scadimento del progetto accusatorio, per via dell'impoverimento del dibattimento, così lungamente e largamente sperimentato nella vigenza del codice abrogato »[20].

La suddivisione degli atti riflette, come già detto, la tendenza verso la separazione netta tra due fasi, la quale, in un modello processuale accusatorio, « non ha il valore di premessa adottata per convenzione o per comodità di approccio, come tale priva di significato, ma denota l'inequivoca adesione a ben precise scelte ideologiche »[21].

Non è un caso, infatti, che la problematica relativa al nesso intercorrente tra l'attività investigativa e il giudizio abbia rappresentato da sempre il nodo cruciale di ogni discussione inerente ai diversi modelli processuali, poiché in esso è racchiusa l'essenza del metodo probatorio e, dunque, la chiave di accesso ad un determinato sistema, sia che si ispiri ai canoni del processo accusatorio che a quelli del processo inquisitorio[22].

Se « [i]l punto più delicato del problema del procedimento preliminare è quello della sua influenza sul processo definitivo » – si faceva osservare in

---

[19] Montagna, *Dialettica dibattimentale, limitazioni all'« oralità » e processo « giusto »*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, 1566. Rilevava, d'altro canto, Lozzi, *Letture testimoniali e diritto di difesa*, *ivi*, 1972, 883, come il principio del contraddittorio fosse definitivamente ed irrimediabilmente violato da un sistema di relazioni interfasiche che consentiva al giudice del dibattimento di decidere in base a quanto un altro magistrato avesse appreso segretamente. V., inoltre, Nobili, *Letture testimoniali consentite al dibattimento e libero convincimento del giudice*, *ivi*, 1971, 260, il quale individuava nella propensione a fare assumere alle prove formate durante la fase istruttoria un peso determinante una tendenza degenerativa del sistema processuale misto. Oltre che, in relazione ai lavori preparatori della legge di delega 3 aprile 1974, n. 108, Chiara, *L'incidenza dibattimentale delle attività compiute nelle precedenti fasi processuali secondo i lavori preparatori delle legge-delega*, *ivi*, 1975, 375; Ferrua, *Riforme processuali con aspirazioni accusatorie e pericoli di degenerazioni inquisitorie*, *ivi*, 1977, 880, il quale mette in evidenza come « [l]'esame dei lavori preparatori della legge-delega documenta quanto sia stata travagliata la ricerca degli strumenti idonei a rovesciare i tradizionali rapporti tra dibattimento e fasi anteriori, attribuendo al primo una netta preminenza sulle seconde ».

[20] Salidu, *Appunti in tema di incidente probatorio*, in *Scritti in onore di Antonio Cristiani*, Torino, 2001, 731.

[21] Ferraioli, *La separazione delle fasi: limiti e proiezioni di uno schema*, cit., 282. Ma v., fin da subito, Gallo, *La riforma del codice di procedura penale: una scelta consapevole*, in *Leg. pen.*, 1989, 82.

[22] Montagna, *Dialettica dibattimentale, limitazioni all'« oralità » e processo « giusto »*, cit., 1568.

un'ottica di censura rispetto al modello processuale precedente – « [è] chiaro [...] che se si vuole restituire al procedimento definitivo la sua funzione, anzi, oserei dire, la sua libertà e la sua dignità, bisogna avere il coraggio di tagliare il cordone ombelicale, che lo lega all'inchiesta preliminare »[23].

La relazione tipica che si instaura tra le due fasi nell'ambito di un modello di ispirazione accusatoria è tale, dunque, che l'una – dell'indagine – è preordinata alla verifica dei presupposti per l'esercizio dell'azione penale e, per questo motivo, è caratterizzata da atti dall'efficacia limitata per lo più all'interno della medesima[24]; l'altra – del giudizio – ruota intorno al principio di centralità del dibattimento, unica ed imprescindibile sede di formazione della prova.

« Anche se il codice del 1988 presenta qualche zona di "travaso" degli atti delle indagini preliminari nel dibattimento » – è stato notato – « la scelta accusatoria, di formazione della prova nell'oralità del dibattimento come "atteggiamento di fondo" del sistema e nel contraddittorio delle parti contrapposte avanti ad un giudice non pregiudicato da precedenti e proprie iniziative, appare formalmente dichiarata e sostanzialmente rispettata »[25].

2. *La funzione originaria dell'incidente probatorio.*

Nell'ambito della strutturazione complessiva del nuovo sistema processuale, è noto che l'incidente probatorio[26] avesse una funzione ben delineata la quale, esplicandosi in relazione « alla complessa tematica della formazione e dell'assunzione della prova »[27], esigeva la predisposizione di meccanismi delicati e complessi, coerenti con i tratti di essenzialità di un tema l'insieme di regole disciplinanti il quale « oltre ad essere componente irrinunciabile della le-

---

[23] Carnelutti, *Principi del processo penale*, cit., 109.

[24] Come ipotizzato, si è già visto, da Cordero, *La riforma dell'istruzione penale*, cit., 714; Carnelutti, *Principi del processo penale*, cit., 109. Per un quadro di sintesi delle diverse posizioni critiche v., invece, Nobili, *Letture testimoniali consentite al dibattimento e libero convincimento del giudice*, cit., 264.

[25] Morselli, *L'incidente probatorio*, Torino, 2000, 13.

[26] Pur costituendo, fa notare Renon, *L'incidente probatorio vent'anni dopo: un istituto sospeso tra passato e futuro*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, 1020, una delle più significative novità del nuovo sistema processuale, l'istituto appare oggi tra quelli più significativamente invecchiati, necessitante quindi di un profondo "restyling". Esso è denominato "incidente", evidenzia Corso, *Le indagini preliminari*, in *Procedura penale*, Torino, 2010, 423, in quanto « apre nelle indagini preliminari, e comunque prima del dibattimento, una parentesi avente finalità "probatoria" ».

[27] Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, Padova, 2000, 1.

gislazione processuale, è di autentico interesse "strategico", rivelatore del tasso di accusatorietà del sistema e delle opzioni epistemologiche che ne costituiscono l'ossatura ideologica »[28].

« Nelle intenzioni del legislatore » – infatti – « coerentemente con quello che era l'originario impianto codicistico, teso a garantire una netta distinzione tra la fase delle indagini preliminari e la fase dibattimentale deputata alla vera e propria formazione della prova nel contraddittorio delle parti, l'incidente probatorio appariva come parentesi eccezionale di formazione della prova nel contraddittorio delle parti in sede di indagini preliminari »[29].

« [N]ella sua parabola evolutiva » – non può, tuttavia, certamente negarsi – « è vergata la storia di un congegno che, venuto alla luce, non senza qualche sospettoso pregiudizio, con il primitivo impianto del codice del 1988, si è di seguito involuto, atrofizzandosi, all'indomani della svolta inquisitoria del 1992, per ritrovare nuova linfa, poi, allorché il legislatore ne ha riscoperto, dandovi opportuno seguito, le ampie potenzialità di sviluppo e l'intrinseca attitudine polifunzionale »[30].

Nel modello processuale precedentemente vigente, come è a tutti noto, non era previsto un istituto riconducibile allo schema dell'incidente probatorio, in quanto « non avrebbe avuto senso congegnare un meccanismo preordinato all'acquisizione della prova prima del dibattimento [poiché] la fase precedente il giudizio rivestiva un significato talmente preponderante da trasformare il dibattimento in "una spenta e il più delle volte formale riproduzione di quanto già trasfuso negli atti" »[31].

È ben chiaro, infatti, come « sotto il profilo strutturale, i sistemi processuali "con istruzione" partoriti dal modello napoleonico sconoscessero mecca-

---

[28] Cesari, *Prova (acquisizione della)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. II, 695.

[29] Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, Milano, 2000, XIX. « Nella netta scansione tra fase delle indagini preliminari e fase del processo, comportante la normale inutilizzabilità a fini di decisione delle acquisizioni della prima fase » – osserva De Roberto, *Incidente probatorio*, in *Enc. giur.*, XVI, 3 – « deve [...] cogliersi la ragione di fondo dell'incidente probatorio [l'esigenza di introdurre il quale] trova il suo fondamento, da un lato, nella previsione di un periodo di durata delle indagini preliminari attraverso il quale si consente l'utilizzazione di un arco temporale che può giungere fino ad un *plafond* di diciotto mesi dalla iscrizione del nome dell' "indagato" nel registro di cui all'art. 335, e, in alcune eccezionali ipotesi, estendersi fino a due anni [...]; dall'altro, nella impossibilità di utilizzazione dell'attività di indagine posta in essere valicando tale limite [...] ».

[30] Di Chiara, *Incidente probatorio*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, 546. Registrano una caduta di senso e di funzione dell'istituto, altresì, Ferraro, Piattoli, *L'incidente probatorio*, in *Indagini preliminari ed instaurazione del processo*, Torino, 1999, 357.

[31] La Regina, *Incidente probatorio*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, III, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, Milanofiori Assago, 2009, 551.

nismi riconducibili, in senso proprio, al paradigma dell'incidente probatorio [...] l'unicità del fascicolo processuale, destinato a fungere da ricettore delle risultanze dell'intera attività investigativo-probatoria e, insieme, da cordone ombelicale di raccordo tra tutte le fasi del processo, ha inibito l'insorgere di congegni deputati ad anticipare il *dies* di formazione della prova in contraddittorio »[32].

Anche nel codice previgente, a dire il vero, era individuabile un meccanismo acquisitivo della prova dotato di tratti di uniformità con l'odierno istituto – ci si riferisce, ovviamente, alla testimonianza a futura memoria, disciplinata dall'art. 357, comma 3 c.p.p. abr. – ma « [p]ur riscontrata una certa similitudine [...] i due istituti restano completamente distinti, sia per il diverso contesto generale in cui sono inseriti, sia perché l'incidente probatorio è una figura generale, applicabile a tutte le prove, indicate analiticamente dalla norma, non rinviabili al dibattimento, per cui la testimonianza si pone solo come una tra le varie fattispecie ipotizzabili »[33].

D'altra parte, la significatività dell'istituto era profondamente ridimensionata in ragione non soltanto del carattere frammentario di esso[34], ma anche perché non può non essere rimarcato « come, nel sistema del 1930, non sussistesse scarto, in termini di idoneità probatoria, tra l'ordinaria deposizione del teste in istruttoria e il contributo del dichiarante ivi sentito a futura memoria: entrambi gli apporti narrativi, documentati a verbale, confluivano nell'unico fascicolo, incrementando il compendio probatorio utilizzabile ai fini della decisione »[35].

Una volta affermatosi, nella configurazione del nuovo modello processuale, il principio della separazione tra la fase delle indagini preliminari – affidata al pubblico ministero ed alla polizia giudiziaria e finalizzata all'acquisizione di elementi necessari alle determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale – e la fase dibattimentale – sede naturale di formazione della prova – diveniva necessaria la previsione di un congegno normativo che consentisse l'acquisizione anticipata di prove suscettibili di dispersione[36], dal momento

---

[32] Di Chiara, *Incidente probatorio*, cit., 546.

[33] Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 3.

[34] La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 552.

[35] Di Chiara, *Incidente probatorio*, cit., 547.

[36] La rigida applicazione del principio della centralità del dibattimento, rileva Scagliola, *Il diritto alle contestazioni nell'incidente probatorio*, in *Giur. cost.*, 1991, 2409, può dar luogo a due inconvenienti: « gli elementi probatori effimeri, individuati durante le indagini preliminari, potrebbero andare dispersi, allorché la loro natura ne impedisca la conservazione fino al dibattimento; inoltre si corre il rischio che le prove vengano inquinate nel periodo compreso tra la loro individua-

che « durante lo scorrere dei mesi e degli anni occupati dalle indagini preliminari col seguito dell'udienza preliminare può venire materialmente meno lo stesso mezzo del quale è necessario muovere per estrarre la prova, quanto risultarne compromessa la sua idoneità rappresentativa »[37].

Difatti, « [a]ssorbita l'istruzione nel dibattimento, come impone lo stile accusatorio, nasce un problema tecnico: se gli atti compiuti dal pubblico ministero indagante costituissero materia valutabile a ogni effetto, saremmo davanti al vecchio rito sommario, ridenominato "indagini preliminari"; stando all'assioma, conta solo quel che avviene in contraddittorio, davanti al giudice, ma [stando così le cose] esistono prove effimere, da acquisire subito »[38].

La nuova strutturazione dei rapporti tra le su menzionate fasi del procedimento e la naturale inidoneità della prima a fungere, almeno ordinariamente, da segmento acquisitivo della prova ponevano sul tappeto, in altri termini, il problema di come attivare una procedura formativa di elementi probatori in presenza di circostanze tali da rendere l'acquisizione medesima indifferibile rispetto al dibattimento[39].

La soluzione, necessitata se solo si poneva attenzione al problema, è stata quella di costruire un congegno « del tutto nuovo rispetto allo scenario tradizionale del processo »[40] – l'incidente probatorio, appunto – in virtù del quale le prove suscettibili di dispersione in attesa dell'instaurazione del dibattimento possono essere assunte nel corso delle indagini preliminari mediante forme che, pur implicando il necessario sacrificio dei principi fondamentali tipici del processo accusatorio, garantiscono, sia pure con modalità più sfumate[41], il diritto delle parti al contraddittorio nella formazione della prova[42],

---

zione nelle indagini preliminari e la loro assunzione dibattimentale ». Sottolinea l'indispensabilità di un siffatto meccanismo, tra gli altri, Lozzi, *Indagini preliminari, incidenti probatori e udienza preliminare*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1989, 1284.

[37] Molari, *L'incidente probatorio*, cit., 330.

[38] Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2003, 866.

[39] Mette in evidenza, infatti, Di Chiara, *Incidente probatorio*, cit., 547, come l'esigenza di concepire un meccanismo anticipatorio di elaborazione della prova idoneo a trovare spazio nella fasi anteriori al dibattimento emerge in senso forte nel quadro del modello dell'inchiesta preliminare di parte messo a fuoco dal dibattito culturale degli anni Sessanta.

[40] Sau, *Art. 392*, in *Codice di procedura penale*, a cura di Giarda, Spangher, Milanofiori Assago, 2010, 4844.

[41] V., per questo appunto, Cesari, *Prova (Acquisizione della)*, cit., 720.

[42] Un'analoga funzione assolvono, sia pure nell'ambito di un frangente procedurale più avanzato, gli istituti disciplinati dagli artt. 467 e 554, comma 1 c.p.p. V., per una puntuale analisi di siffatte disposizioni e delle problematiche di ordine interpretativo e sistematico ad esse connesse, Iafisco, *Gli atti preliminari al dibattimento penale di primo grado*, Torino, 2009, 213; Garuti, *Il procedimento per citazione diretta a giudizio davanti al tribunale*, Milano, 2003, 163.

di talché « i relativi atti valgono come frammenti anticipati del dibattimento »[43].

Si individua nella procedura incidentale, dunque, « una sorta di anticipazione del dibattimento, mediante la quale, in uno con la salvaguardia delle prove, si cerca di realizzare la più saliente tra le garanzie dell'acquisizione giudiziale: la presenza di accusa e difesa davanti ad un giudice "terzo" nel momento stesso in cui si forma la prova »[44].

« Con l'incidente probatorio, quindi, il momento propriamente investigativo caratteristico delle indagini preliminari lascia eccezionalmente il passo ad un momento giurisdizionale, attraverso la creazione di un "incidente processuale" destinato alla sola formazione della prova, così anticipandone il regime di assunzione attraverso l'intervento del giudice (il giudice per le indagini preliminari, quale garante della prova) nel contraddittorio degli interessati »[45].

Ovviamente, l'esigenza di fronteggiare situazioni di pericolo per la formazione di elementi di prova – situazioni, in altri termini, strettamente connesse alla concretezza ed effettività del diritto delle parti alla prova – non poteva non accompagnarsi alla preoccupazione per la predisposizione di un meccanismo acquisitivo che, collocato nella fase tipicamente investigativa, richiamava alla memoria della cultura giuridica più sensibile ed attenta modelli formativi propri del codice appena abrogato, per cui, se non contenuto entro limiti ben precisi, rischiava di svuotare di significato la fase dibattimentale[46].

Da ciò, dunque, scaturiva la peculiare attenzione, esplicitata anche nel corso dei lavori preparatori[47], rispetto allo « scopo di scongiurare ogni palingenesi dell'antica istruzione formale attraverso un altrimenti possibile moltiplicarsi *ad libitum* delle acquisizioni probatorie *ante iudicium* »[48].

L'istituto, veniva inoltre messo in evidenza, poteva prestarsi ad un utilizzo pretestuoso da parte della difesa, la quale avrebbe potuto abusare del ri-

---

[43] Cordero, *Procedura penale*, cit., 866.

[44] Molari, *L'incidente probatorio*, cit., 331.

[45] De Roberto, *Incidente probatorio*, cit., 3.

[46] Approfondisce questi aspetti, di recente, La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 557. Già Lozzi, *Indagini preliminari, incidenti probatori e udienza preliminare*, cit., 1284, aveva evidenziato le « esigenze antitetiche » che avrebbero sollecitato il pubblico ministero ad avanzare richiesta di incidente probatorio: da un lato, questi avrebbe voluto evitare l'incidente per non anticipare alla difesa i risultati delle indagini; dall'altro, avrebbe desiderato che, se importanti, i medesimi risultati acquisissero fin da subito dignità di prova. Su questo ordine di problemi v., inoltre, Macchia, *L'incidente probatorio*, in *Cass. pen.*, 1989, 1600; Galasso, *L'incidente probatorio nel nuovo codice di procedura penale*, in *Giur. mer.*, 1990, 688; Di Chiara, *Incidente probatorio*, cit., 547.

[47] V., a tale proposito, Conso, Grevi, Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalla legge delega ai decreti delegati*, IV, *Il progetto preliminare del 1988*, Padova, 1990, 910.

[48] Di Chiara, *Incidente probatorio*, cit., 547.

corso all'incidente probatorio al fine di ottenere una prematura *discovery* dei risultati delle investigazioni e, quindi, comprometterne l'efficacia[49].

3. *La polifunzionalità dell'incidente probatorio.*

I timori e le riserve[50] che hanno accompagnato l'introduzione di un istituto costituente, come ampiamente visto, « l'ineludibile corollario del principio di "centralità del dibattimento" »[51] sono, dunque, tra gli elementi che stanno alla base della reiterata sottolineatura del suo carattere eccezionale – « [s]e l'incidente fosse molto frequente », si rilevava infatti, « il principio, per cui l'assunzione della prova viene riservata a dibattimento, risulterebbe compromesso e, surrettiziamente, attraverso una molteplicità di attività istruttorie, si reintrodurrebbe una forma di istruzione antecedente il dibattimento »[52] – e della predisposizione di una rigida disciplina, soprattutto per quel che concerne il profilo dei presupposti di ammissibilità, mentre il pericolo di un uso preordinato ad ostacolare la segretezza delle indagini è stato, invece, fugato mediante la previsione, contenuta già nella direttiva, della possibilità di dilazionare l'assunzione anticipata della prova richiesta dalla difesa.

Nell'ambito di un disegno processuale ispirato al principio della separazione delle fasi, è stato d'altra parte sottolineato anche al fine di ribadire la coerenza sistematica dell'istituto, « l'incidente probatorio trovava posto solo in quanto strumento tanto necessario quanto eccezionale, non potendo non rap-

---

[49] Mette in evidenza siffatto profilo di una riflessione dottrinale che affonda le proprie radici sulle considerazioni emerse nel corso dei lavori preparatori, La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 557. V., difatti, Conso, Grevi, Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalla legge delega ai decreti delegati*, IV, *Il progetto preliminare del 1988*, cit., 910.

[50] Evidenziate, tra i tanti, da Macchia, *L'incidente probatorio*, cit., 1600. Oltre che, in epoca più recente, da Quaglierini, *Le modifiche in tema di incidente probatorio*, in *Le nuove leggi penali*, Padova, 1998, 210; Sau, *Art. 392*, cit., 4844. Di « timori e riserve » parla anche, in relazione all'introduzione dell'incidente probatorio, Piattoli, *Incidente probatorio*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. I, 399.

[51] De Roberto, *Incidente probatorio*, cit., 3.

[52] Lozzi, *Indagini preliminari, incidenti probatori e udienza preliminare*, cit., 1285. V., anche, Bargis, *L'incidente probatorio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, 1350, la quale, tra l'altro, pone in evidenza la situazione di disparità in cui si trova la difesa rispetto al pubblico ministero nell'ambito della procedura incidentale. Le medesime osservazioni vengono ribadite in Id., *Incidente probatorio*, in *Dig. disc. pen.*, VI, 360. V., altresì, Di Chiara, *Incidente probatorio*, cit., 547; De Roberto, *Incidente probatorio*, cit., 5; Tonini, *L'incidente probatorio nell'udienza preliminare: nuove prospettive per il diritto di difesa*, in *Cass. pen.*, 1994, 1995. Anche se, alla luce delle numerose interpolazioni subite nel corso degli anni, non manca chi ritiene anacronistico insistere sulla natura eccezionale dell'istituto. V., infatti, Nacar, *Incidente probatorio, termini di esperibilità e sanzioni processuali ad essi collegate*, in *Dir. pen. e processo*, 2015, 1430.

presentarsi come eccezionale, rispetto alla scelta di sistema, la formazione della prova prima (e fuori) del dibattimento, nella fase delle indagini preliminari »[53].

Il legislatore, allora, non si è limitato, nella predisposizione dell'art. 392 c.p.p., a prevedere quale condizione indispensabile di proponibilità del rimedio istruttorio la generica connotazione di non rinviabilità al dibattimento della prova, concetto – definito, e non a torto, polisemantico e politematico[54] – invece evocato dalla direttiva n. 40 della legge di delega nella prospettiva delimitatrice di un fenomeno – tanto più marcato quanto più estesa si presenta, cronologicamente parlando, la fase propriamente investigativa[55] – di ipotizzabile dispersione probatoria[56].

Al fine di restringere i margini di discrezionalità del giudice per le indagini preliminari e rendere per questa via remota la possibilità di abusi sistematici[57], egli ha puntualizzato siffatta nozione mediante la tassativa[58] catalogazione dei mezzi di prova suscettibili di preventiva assunzione e la vincolante predeterminazione delle situazioni di fatto legittimanti l'instaurazione della procedura acquisitiva anticipata[59].

---

[53] Salidu, *Appunti in tema di incidente probatorio*, cit., 731.

[54] Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 42, il quale indica i diversi percorsi di analisi del concetto normativo. Esso, infatti, può essere analizzato nel senso: connotativo, partitivo e selettivo, devolutivo in linea bidirezionale, denotativo, locativo, eccettuativo e correttivo, iterativo e iperfasico, temporale, metonimico.

[55] Il rapporto di stretta connessione intercorrente tra il ricorso all'incidente probatorio e la durata delle indagini preliminari è messo in evidenza dalla generale dottrina. V., per tutti, Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 46.

[56] Faceva notare, in proposito, La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 559, come « [n]ella direttiva n. 40 della legge delega 1987, n. 81, l'incidente – che diviene "probatorio" per non rievocare i guasti del vecchio sistema neppure sotto il profilo nominalistico – risulta confinato entro una logica di eccezionalità, a presidio della quale viene dichiaratamente posta l'enunciazione dei mezzi di prova esperibili e della ragion d'essere dell'assunzione anticipata, ovvero la non rinviabilità dell'atto ». La centralità della nozione di atto non rinviabile rispetto all'istituto incidentale è posta in rilievo dalla generale dottrina. V., tra i tanti, Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 7; La Rocca, *L'incidente probatorio*, in *La prova penale*, diretto da Gaito, II, Milanofiori Assago, 2008, 214. V., più di recente, Id., *Incidente probatorio*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. VI, 290.

[57] Conso, Grevi, Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalla legge delega ai decreti delegati*, IV, *Il progetto preliminare del 1988*, cit., 910.

[58] Sottolinea il carattere tassativo dell'elencazione contenuta nell'art. 392 c.p.p., connaturato al connotato di eccezionalità dell'incidente probatorio, tra i tanti, Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 7. Ma v., anche, Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 51; Molari, cit., *L'incidente probatorio*, 331; Sau, *Art. 392*, cit., 4845.

[59] Il legislatore – nota Mastrogiovanni, *Le nuove regole per l'assunzione anticipata dei mezzi di prova*, in *Le innovazioni in tema di formazione della prova nel processo penale. Commento alla legge 7 agosto 1997, n. 267*, Milano, 1997, 21 – ha voluto evitare che l'assunzione anticipata della

« La tassatività dei *casi* » – è stato opportunamente ribadito – « rimarcava la eccezionalità dell'istituto, rivelandosi per sé nella dettagliata previsione dei *mezzi di prova*, dei quali si consentiva l'assunzione mediante l'incidente probatorio, e delle *situazioni*, la cui presenza giustificava il ricorso all'istituto »[60].

Ed infatti, la disposizione del codice processuale sopra citata prevedeva, nella sua versione originaria, che nel corso delle indagini preliminari[61] il pubblico ministero e la persona sottoposta alle indagini potessero chiedere al giudice per le indagini preliminari di procedere con incidente probatorio:

a) all'assunzione della testimonianza di una persona, quando vi è fondato motivo di ritenere che la stessa non potrà essere esaminata nel dibattimento per infermità o altro grave impedimento;

b) all'assunzione di una testimonianza quando, per elementi concreti e specifici, vi è fondato motivo di ritenere che la persona sia esposta a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità affinché non deponga o deponga il falso[62];

c) all'esame della persona sottoposta alle indagini su fatti concernenti la responsabilità di altri, quando ricorre una delle circostanze previste dalle lettere a) e b)[63];

d) all'esame delle persone indicate nell'art. 210 c.p.p., quando ricorre una delle circostanze previste dalle lettere a) e b)[64];

---

prova assumesse ampie proporzioni, perché, se così non fosse stato, il principio secondo cui l'assunzione della prova, in un impianto improntato al principio di accusatorietà, viene riservata al dibattimento sarebbe stato compromesso. « Così operando » – rileva, però, Quaglierini, *Le modifiche in tema di incidente probatorio*, cit., 214 – « il legislatore delegato ha finito per rendere angusto l'ambito oggettivo di applicabilità dell'istituto ».

[60] Salidu, *Appunti in tema di incidente probatorio*, cit., 732.

[61] La Corte costituzionale, con la sentenza 10 marzo 1994, n. 77, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 392 e 393 c.p.p., nella parte in cui non consentono che, nei casi previsti dalla prima di tali disposizioni, l'incidente probatorio possa essere richiesto ed eseguito anche nella fase dell'udienza preliminare. V., per un'analisi delle problematiche connesse all'estensione dell'ambito di operatività dell'incidente probatorio, La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 599; Cassibba, *L'udienza preliminare. Struttura e funzioni*, Milano, 2007, 319; Macchia, *Incidente probatorio e udienza preliminare: un matrimonio con qualche ombra*, in *Cass. pen.*, 1994, 1790; Tonini, *L'incidente probatorio nell'udienza preliminare: nuove prospettive per il diritto di difesa*, cit., 1995; Piattoli, *Incidente probatorio*, cit., 401. V., inoltre, in relazione al peculiare profilo costituito dall'operatività dell'estensione in discorso rispetto alle prove insuscettibili di irrimediabile dispersione, Lozzi, *L'ambito di operatività dell'art. 392 c.p.p.*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2003, 502.

[62] Evidenzia Di Chiara, *Incidente probatorio*, cit., 548, come l'approfondito dibattito dottrinale sulla fattispecie ne abbia segnalato i molteplici aspetti chiaroscurali.

[63] Le parole « quando ricorre una delle circostanze previste dalle lettere a) e b) », poste alla fine della presente lettera, sono state soppresse dall'art. 4, l. 7 agosto 1997, n. 267.

[64] Egualmente, le parole « quando ricorre una delle circostanze previste dalle lettere a) e b) »,

e) al confronto tra persone che in altro incidente probatorio o al pubblico ministero hanno reso dichiarazioni discordanti, quando ricorre una delle circostanze previste dalle lettere a) e b);

f) a una perizia o a un esperimento giudiziale, se la prova riguarda una persona, una cosa o un luogo il cui stato è soggetto a modificazione non evitabile;

g) a una ricognizione, quando particolari ragioni di urgenza non consentono di rinviare l'atto al dibattimento.

« È certo che l'istituto, fin dalla sua introduzione, è stato previsto per assolvere ad esigenze complesse, anche notevolmente diverse tra di loro, addirittura prescindendo per alcune ipotesi dalla logica della irripetibilità dell'atto, che comunque, ha mantenuto il suo ruolo tipizzante »[65].

Se, dunque, la funzione cautelare rispetto all'acquisizione della prova « ha costituito [...] il riferimento predominante per l'istituto, [...] fin dalla sua introduzione l'incidente probatorio è stato destinato a perseguire anche un'altra esigenza, non meno rilevante rispetto alla non dispersione della prova »[66].

Il pubblico ministero e la persona sottoposta alle indagini, aggiunge infatti l'art. 392, comma 2 c.p.p. con una previsione che si spinge decisamente oltre il concetto di prova non rinviabile delineato dalla legge di delega[67], possono altresì chiedere una perizia che, se fosse disposta nel dibattimento, ne potrebbe determinare una sospensione superiore a sessanta giorni[68].

---

poste anch'esse alla fine della presente lettera, sono state soppresse dall'art. 4, l. 7 agosto 1997, n. 267.

[65] Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, Padova, 2000, 8.

[66] Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 1.

[67] Evidenzia la fuoriuscita dai limiti fisiologici dell'incidente probatorio, fra gli altri, Bargis, *L'incidente probatorio*, cit., 1332. V., altresì, Id., *Incidente probatorio*, cit., 348. Oltre che, ancora, Di Chiara, *Incidente probatorio*, cit., 550, il quale sottolinea che la fattispecie in discorso è ispirata ad una *ratio* del tutto distinta da quella sottesa al catalogo di cui all'art. 392, comma 1 c.p.p. Si tratta, mette in rilievo Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 9, di un caso « del tutto diverso rispetto a quelli precedentemente esaminati, non sussistendo un pericolo di dispersione della prova nel caso di rinvio della sua assunzione al dibattimento ».

[68] In questo caso l'indifferibilità « dismette la veste di presupposto finalizzato a prevenire il pericolo di dispersione della prova, per assumere quella di connotazione "funzionale" a preservare la sede naturale della sua formazione ». Così La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 561. Ma, anche, Di Chiara, *Incidente probatorio*, cit., 550, secondo il quale la fattispecie dimostra come « l'orizzonte della polifunzionalità dell'incidente fosse tutt'altro che estraneo all'impianto originario dell'istituto »; Sau, *Art. 392*, cit., 4845. V., inoltre, Mastrogiovanni, *Le nuove regole per l'assunzione anticipata dei mezzi di prova*, cit., 35, per il quale la previsione tende a salvaguardare il principio della concentrazione processuale.

« [S]copo della norma è [evidentemente] la tutela del principio di concentrazione dibattimentale, che risulterebbe vanificato da un accertamento suscettibile di dispiegarsi per tempi lunghi, idoneo a dar luogo, nelle more, a una stasi del processo »[69].

Si può notare come in tutti i casi presi in considerazione dall'art. 392, comma 1 c.p.p., nella sua originaria formulazione, l'incidente probatorio tendeva a salvaguardare l'attitudine dimostrativa della prova in presenza di fattori esterni capaci di turbarne l'esplicarsi nel corso del tempo[70] e, nella comparazione e nel bilanciamento degli interessi in gioco « la natura delle situazioni poste a condizione di ammissibilità [...] poteva ragionevolmente giustificare, anche agli occhi di un critico esigente, la rinuncia all'astratta coerenza sistematica in favore del buon andamento e della buona riuscita del processo »[71].

Che questa fosse l'impronta che sul piano generale plasmava l'istituto, d'altra parte, è stato riconosciuto dalla Corte costituzionale, laddove ha avuto cura di precisare che, nel vigente sistema processuale, l'incidente probatorio è preordinato a consentire alle parti processuali, durante la fase delle indagini preliminari, l'assunzione di prove indispensabili per l'accertamento dei fatti, al fine di garantire l'effettività del loro diritto alla prova anche in relazione a prove che sarebbero altrimenti perdute in tutti quei casi in cui – secondo l'elencazione dell'art. 392 c.p.p. – si prevede che non siano differibili al dibattimento per le condizioni della persona da esaminare, o perché soggette a perdita di genuinità, ovvero perché il loro oggetto è inevitabilmente esposto a modificazione, o perché ricorrono particolari ragioni di urgenza, o, infine, perché il loro rinvio pregiudicherebbe la concentrazione del dibattimento[72].

---

[69] Di Chiara, *Incidente probatorio*, cit., 550. Evidenzia il carattere squisitamente processuale della norma e la funzione di essa rispetto alla salvaguardia del principio di concentrazione, tra gli altri, Mastrogiovanni, *Le nuove norme per l'assunzione anticipata della prova*, cit., 35.

[70] È chiaro che la funzione dell'incidente probatorio appare alterata per effetto delle modifiche che, nel corso del tempo, hanno via via ampliato le ipotesi di ricorribilità all'istituto a prescindere dalla sussistenza di presupposti riconducibili all'area operativa del requisito dell'indifferibilità. Così come realizza una forma di incidenza significativa sul punto l'orientamento giurisprudenziale che ritiene la prova liberamente utilizzabile e non necessariamente rinnovabile a prescindere dalla possibilità di nuova audizione del dichiarante in dibattimento. V., proprio di recente, Cass. pen., Sez. I, 1 agosto 2012, Nigro. In senso decisamente critico rispetto alla presa di posizione della Suprema Corte v., in particolare, Valentini, *Cronaca di una morte annunciata: l'incidente probatorio e il diritto alla prova*, in *Arch. pen.*, 2013, 267.

[71] Salidu, *Appunti in tema di incidente probatorio*, cit., 732.

[72] Corte cost., 10 marzo 1994, n. 77.

Già il tentativo di accomunare sotto l'unica connotazione dell'indifferibilità effettive esigenze di salvaguardia del materiale probatorio rispetto al rischio di dispersione e astratte analisi prospettiche in punto di tempistica della futura acquisizione dibattimentale costituisce una evidente forzatura della *ratio* dell'istituto in esame.

Ma l'incidente probatorio ha risentito pesantemente delle turbolenze che hanno via via interessato il nucleo essenziale del sistema probatorio uscito dalla riforma del 1988, tanto è vero che, a metà degli anni novanta, v'era in dottrina chi scriveva che « [p]er l'appassionato di archeologia normativa gli articoli 392 e seguenti del codice di procedura penale rappresentano curiosi e istruttivi reperti: testimoniano di un "c'era una volta" legislativo tanto cronologicamente vicino, quanto ormai culturalmente lontano. Narrano di un tempo in cui l'inchiesta preliminare doveva restare al di sotto del processualmente rilevante e la prova si doveva formare in dibattimento, salvo che fosse ad esso non rinviabile [...] L'incidente probatorio non è una regola che possiamo riconsiderare perché ha dato cattiva prova di sé. L'incidente probatorio costituisce una deroga al principio secondo cui è il dibattimento il luogo elettivo di formazione della prova. Esso è dunque tema accessorio, non ha autonomia concettuale e processuale: è un satellite del pianeta prova, e ne segue le sorti »[73].

Inoltre, l'istituto di cui si discute ha assunto, nel corso degli anni, una dimensione polifunzionale[74] che ha provocato un progressivo allontanamento dalle logiche che ne hanno connotato la genesi[75], espressa in primo luogo dalla riconduzione ad esso di uno scopo propriamente correttivo degli squilibri di sistema – e delle conseguenti disarmonie nella distribuzione dei poteri tra le parti processuali sul versante formativo della prova – scaturiti dall'attività creativa intrapresa dalla Corte costituzionale e realizzata attraverso gli interventi « fortemente invasivi »[76] dei primi anni novanta.

---

[73] Giostra, *La riforma dell'incidente probatorio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, 661. Ma v., anche, Ichino, *Alcuni spunti di riflessione sul tema delle indagini preliminari*, *ivi*, 1993, 695, la quale ritiene che le riforme degli anni novanta avessero privato di qualsiasi funzione l'istituto, potendo il pubblico ministero fruire di una pluralità di meccanismi di recupero degli atti unilaterali formati nel corso delle indagini preliminari.

[74] Macchia, *Nuove norme in materia di rinvio a giudizio, di udienza preliminare e di incidente probatorio*, in *Cass. pen.*, 1999, 335.

[75] Vergine, *Incidente probatorio ed udienza preliminare tra autonomia ed interferenze*, in *Dir. pen. e processo*, 2007, 1495.

[76] Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 16.

Evidenti ragioni di organicità sistematica rendono fuori luogo soffermarsi in questa sede sulle ragioni delle modifiche che il legislatore ha apportato alla disposizione in questione mediante l'eliminazione del presupposto dell'indifferibilità rispetto ai mezzi di prova costituiti dall'esame della persona sottoposta alle indagini e di soggetti indicati nell'art. 210 c.p.p.

Basta dire, sul punto, che tra le diverse modifiche apportate dalla l. 7 agosto 1997, n. 267, la revisione dell'art. 513, comma 2 c.p.p. aveva assunto una portata anche emblematica, poiché il nuovo criterio di recupero in giudizio delle dichiarazioni rese dall'imputato in procedimento connesso o collegato, fondato sull'accordo delle parti, « rappresentava [...] il tramite con cui il legislatore sembrava voler avviare un processo di reinterpretazione in chiave garantistica del fenomeno probatorio e – di riflesso – dell'impianto stesso del codice, in linea con gli auspici dei *conditores* del nuovo rito »[77].

L'intervento novellistico – il quale, sotto un profilo più strettamente politico, poteva essere letto « nel senso di un recupero di quel potere discrezionale nella scelta del modello più idoneo al soddisfacimento dei valori richiamati dalla Costituzione del quale la Corte costituzionale, attraverso un utilizzo eccentrico e distorto del principio di ragionevolezza, si era "appropriata", in tal modo abbozzando una sorta di autarchia nella predisposizione delle regole probatorie e dei principi informatori del giusto processo »[78] – non si poteva disinteressare dell'esigenza di predisporre meccanismi di protezione del principio di non dispersione dei mezzi prova, principio che, « forgia[to] dal nulla »[79] in forza di una concezione assolutistica della verità quale oggetto dell'accertamento processuale[80] e di una visione eccentrica del principio del libero con-

---

[77] Frioni, *Equilibrismi e improbabili simmetrie nella sentenza n. 361/1998 della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1999, 431.

[78] Frioni, *Equilibrismi e improbabili simmetrie nella sentenza n. 361/1998 della Corte costituzionale*, cit., 436.

[79] Mazza, *Il garantismo al tempo del giusto processo*, Milano, 2011, 5. Ritiene, invece, fuori discussione la presenza del principio di non dispersione nell'ambito del nuovo sistema processuale, alla luce dei principi enunciati dagli artt. 25, 101 e 112 Cost., Zaza, *Prime riflessioni sulla sentenza costituzionale n. 255 del 1992*, in *Giust. pen.*, 1992, I, 243.

[80] Sintetizza bene la relazione di derivazione del principio di non dispersione della prova dalla concezione della verità reale quale fine dell'accertamento processuale, Zaza, *Prime riflessioni sulla sentenza costituzionale n. 255 del 1992*, cit., 243: « Una volta che si affermi che il codice ha come scopo, sia esso l'unico o meno, la ricostruzione veridica di un accadimento, è inevitabile che si predispongano meccanismi normativi atti al recupero per il giudizio di tutti i mezzi di prova che alla verità possano condurre ».

vincimento del giudice[81], ha costituito « lo strumento con cui si è agito sul livello primario del processo penale, quello della prova, determinandovi una mutazione che l'ha fatto regredire a moduli che il legislatore aveva consegnato al passato »[82].

Pertanto, esso si era fatto carico di realizzare un soddisfacente equilibrio tra la linea di pensiero di una Corte costituzionale in preda a « nostalgie inquisitorie »[83] – particolarmente attenta, come abbiamo visto, all'elaborazione ed alla valorizzazione di quel canone[84], richiamato in Corte cost., 2 novembre 1998, n. 361[85] – ed il principio del contraddittorio, ampliando proprio i margini di operatività dell'incidente probatorio in relazione ai mezzi di prova costituiti dall'esame degli indagati su fatti concernenti la responsabilità di altri e dall'esame dei soggetti di cui all'art. 210 c.p.p.[86].

---

[81] V., per un'analisi del principio e delle sue molteplici, degeneranti letture, Nobili, *Storie di un'illustre formula: il "libero convincimento" negli ultimi trent'anni*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2003, 71, ove mette in evidenza come « fu in nome di quel principio e dei nuovi corsi complessivi che venne chiesta e ottenuta la testa di un codice varato dal potere parlamentare unanime ». Ma v., per uno studio più articolato, Id., *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974, 23. Nonché, per un quadro sintetico, Zaza, *Prime riflessioni sulla sentenza costituzionale n. 255 del 1992*, cit., 247. Con grande efficacia, Nobili, *Letture testimoniali consentite al dibattimento e libero convincimento del giudice*, cit., 258, rileva: « Nemmeno per il principio del convincimento libero esiste un significato neutrale; l'indagine storica insegna come esso – sia nella sua introduzione in un sistema giuridico, sia nei significati che poi gli sono via via attribuiti – è costantemente condizionato dal contesto delle ideologie politiche in cui si inserisce ».

[82] Dominioni, *Un nuovo idolum theatri: il principio di non dispersione probatoria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, 738. Ma v., anche, Mazza, *Giudizio di primo grado nel diritto processuale penale*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. I, 359.

[83] Tranchina, *Nostalgie inquisitorie nel « sistema accusatorio » del nuovo codice di procedura penale*, cit., 387.

[84] Elaborato dalla Corte costituzionale attraverso, fa notare Paulesu, *Falsa testimonianza e disciplina delle contestazioni: una messa a punto sui confini della « provata condotta illecita »*, in *Cass. pen.*, 2003, 3757, « una apodittica "trasfigurazione" delle deroghe codicistiche al metodo della "costruzione" dialettica della prova nel dibattimento ».

[85] Con la sentenza in discorso, come è noto, è stato dichiarato incostituzionale l'art. 513, comma 2, ult. periodo c.p.p. – nella versione modificata dalla l. 7 agosto 1997, n. 267 – nella parte in cui non prevedeva che, qualora il dichiarante rifiutasse o, comunque, omettesse in tutto o in parte di rispondere su fatti concernenti la responsabilità di altri già oggetto delle sue precedenti dichiarazioni, in mancanza dell'accordo delle parti, alla lettura si applicasse l'art. 500, commi 2-*bis* e 4 c.p.p.

[86] V., infatti, Dean, *Retrospettiva del "nuovo" art. 111 Cost.: Anamnesi del giusto processo penale*, in *Fisionomia costituzionale del processo penale*, a cura di Dean, Torino, 2007, 157, il quale rileva come con la riforma in discorso il Parlamento « si era dimostrato fattivamente solidale con la prospettiva ermeneutica inaugurata dalla Corte costituzionale ». V., altresì, Renon, *L'incidente probatorio « allargato » all'esame della Corte costituzionale: verso un contraddittorio senza oralità?*, in *Cass. pen.*, 2000, 3221; Nacar, *Incidente probatorio, termini di esperibilità e sanzioni*

Per effetto della rimodulazione dell'art. 392 c.p.p., dunque, era divenuto possibile proporre una richiesta preordinata all'assunzione dei menzionati mezzi di prova[87] a prescindere dalla ricorrenza di una effettiva condizione di non rinviabilità, di talché l'incidente probatorio sarebbe dovuto divenire il consueto mezzo di acquisizione in via anticipata di dati probatori presuntivamente esposti al rischio di dispersione[88].

Allo stesso modo, sarebbe eccessivamente dispendioso impegnarsi già in questa sede nell'analisi – a dir poco tortuosa, alla luce del complesso disegno legislativo che, attuato in poco meno di un ventennio, ha posto al centro del sistema incidentale una specifica figura (la vittima del reato) che versa in una condizione tipicamente qualificata (la particolare vulnerabilità) – delle esigenze di tutela delle quali il legislatore si è fatto carico tramite l'introduzione ed il reiterato aggiornamento dell'art. 392, comma 1-*bis* c.p.p., essendo sufficiente evidenziare come si sia inteso tutelare preponderanti interessi di ordine extra-processuale attraverso la creazione di un meccanismo incidentale « dai portali di accesso del tutto liberalizzati, e perciò attivabile anche a prescindere da ogni profilo di non rinviabilità della prova »[89].

---

processuali ad essi collegate, cit., 1425; Capone, *Incidente probatorio e tutela delle vittime del reato*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 345.

[87] Evidenzia Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 12, come la portata dell'intervento legislativo rendeva particolarmente evidente la rottura della *ratio* dell'istituto, in quanto il presupposto della non rinviabilità è stato conservato per la testimonianza, istituto strutturalmente assimilabile all'esame.

[88] V., sulla portata dell'innovazione legislativa, Scella, *Art. 4. L. 7 agosto 1997, n. 267*, in *Leg. pen.*, 1998, 33. Nonché, La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 579. Altrettanto chiaramente, sul punto, v. Frioni, *Equilibrismi e improbabili simmetrie nella sentenza n. 361/1998 della Corte costituzionale*, cit., 440, il quale rileva come, mediante l'espansione dell'istituto, « si era creduto di poter garantire in costanza di contraddittorio l'acquisibilità preventiva di dati conoscitivi che avrebbero potuto perdersi di fronte al silenzio dibattimentale del dichiarante ». Certo è che, alla luce della conformazione assunta dal modello processuale dopo gli interventi della Corte costituzionale su menzionati, appariva « patetico » lo scrupolo con cui l'incidente probatorio venne disciplinato al fine di garantirne l'eccezionalità. V., in questo senso, Giostra, *La riforma dell'incidente probatorio*, cit., 661, il quale riteneva l'istituto, in quel sistema, « un lusso garantistico, di cui il pubblico ministero si priva volentieri ». Ulteriori elementi di riflessione possono rinvenirsi, poi, in Vitale, *L'incidente probatorio per l'esame dei coimputati e degli imputati connessi o collegati*, in *Cass. pen.*, 2000, 1893. Oltre che in Piattoli, *Incidente probatorio*, cit., 403. Bisogna in ogni caso riconoscere come, osserva Iafisco, *Gli atti preliminari al dibattimento penale di primo grado*, cit., 219, « [s]olo al prezzo di una vistosa forzatura esegetica si può continuare a considerare tutte queste ipotesi di incidente probatorio come espressione del requisito di non rinviabilità della prova a dibattimento enucleato dalla primigenia versione dell'art. 392 c.p.p., salvo postularne una nozione così lata da privarla di qualsiasi rigore scientifico ».

[89] Di Chiara, *Incidente probatorio*, cit., 552. Il comma in discorso è stato aggiunto dall'art. 13, l. 15 febbraio 1996, n. 66 e poi modificato dall'art. 13, l. 3 agosto 1998, n. 269, dall'art. 15, l.

È sufficiente, in relazione a questi profili della disciplina normativa, richiamare l'osservazione di chi ha rilevato come le modifiche hanno istituito una sorta di doppio regime in materia di presupposti di ammissibilità dell'istanza di incidente probatorio, poiché, mentre per le previsioni rimaste indenni dalla legislazione novellistica l'indifferibilità costituisce ancora una *conditio sine qua non* per l'accesso alla procedura, per le altre si è assistito ad un abbattimento delle barriere inizialmente poste a presidio dell'eccezionalità dell'istituto[90].

La configurazione dell'incidente probatorio quale strumento utilizzabile in funzione surrogatoria dell'atto investigativo a carattere dichiarativo del difensore nell'ambito di un sistema – quello delle investigazioni difensive – che si caratterizza per il requisito della non coercibilità degli atti d'indagine – quindi, del necessario intervento dell'autorità giudiziaria « in chiave alternativa del "diritto di difendersi ricercando" »[91] – e, pertanto, la sua attivabilità anche al di fuori delle ipotesi di non rinviabilità al dibattimento dell'acquisizione probatoria[92], hanno infine aggiunto una fase ulteriore al processo di progressiva erosione dei connotati che ne avevano caratterizzato la disciplina originaria[93].

---

11 agosto 2003, n. 228, dall'art. 14, l. 6 febbraio 2006, n. 38, nonché, da ultimo, dall'art. 9, l. 23 aprile 2009, n. 38, dall'art. 5, l. 1 ottobre 2012, n. 172 e dall'art. 1, d. lgs. 15 dicembre 2015, n. 212.

[90] V., per questi rilievi, La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 561. V. inoltre, Di Chiara, *Incidente probatorio*, cit., 550, il quale, a tal proposito, parla di « liberalizzazione » dell'incidente probatorio.

[91] Di Chiara, *Incidente probatorio*, cit., 556.

[92] Infatti, l'art. 391-*bis*, comma 11 c.p.p. precisa che la richiesta di incidente probatorio può essere proposta "anche al di fuori" delle ipotesi previste dall'art. 391, comma 1 c.p.p., escludendo, pertanto, un vaglio di essa sotto il profilo dell'indifferibilità dell'acquisizione.

[93] Ruggiero, *Compendio delle investigazioni difensive*, Milano, 2003, 232, parla di « un altro duro colpo inferto al principio accusatorio, sia pur nobilitato dallo scopo di favorire l'esercizio delle attribuzioni difensive ». V., inoltre, Triggiani, *Le investigazioni difensive*, Milano, 2001, 322; oltre che, egualmente critico rispetto al generale fenomeno di estensione dei casi di attuazione di incidenti probatori, Lozzi, *Il giusto processo e i riti speciali deflativi del dibattimento*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 2002, 1164, il quale denuncia la lesione dei fondamentali principi del processo accusatorio. Rileva, invece, Parlato, *Le nuove disposizioni in materia di indagini difensive*, Torino, 2001, 77, come in questo settore normativo « sembra che il legislatore abbia raccolto, seppure in maniera riduttiva e parziale, gli auspici espressi da autorevole dottrina che – prima della stesura definitiva del testo della novella – aveva suggerito di liberalizzare l'accesso alla procedura, opportunamente semplificata, dell'incidente probatorio ». Non critica la scelta legislativa, anzi la definisce « più conforme al modello del processo *adversary*, nonché alla dislocazione delle posizioni soggettive e delle diverse funzioni », Frigo, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, in *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, a cura di Filippi, Padova, 2001, 231. Estremamente critico è, invece, Santoro,

4. *Irripetibilità "effettiva" (o "in concreto"), irripetibilità "potenziale" (o "in astratto") ed irripetibilità "normativa". La "contrastata" relazione tra indifferibilità e irripetibilità.*

La nota dell'irripetibilità costituisce, come è noto, una caratteristica peculiare e specializzante dell'atto processuale penale e gli effetti che ad essa l'ordinamento riconduce sono diversi e multiformi.

Se si presta attenzione ai profili di incidenza dell'irripetibilità sui meccanismi formativi di dati conoscitivi fruibili dalla giurisdizione, la capacità qualificativa di essa subisce però una notevole restrizione, venendo a costituire un carattere afferente agli atti a contenuto (in senso ampio) probatorio.

Nella sistematica di un codice processuale in cui, ai sensi dell'art. 187 c.p.p., costituiscono oggetto di prova i fatti dai quali dipende l'applicazione di norme processuali[94] appare chiaro, innanzitutto, che ogni qual volta si invocano sullo scenario processuale gli effetti dell'irripetibilità occorre offrire la rigorosa dimostrazione della sussistenza dei presupposti di fatto integranti la fattispecie – che è compito del legislatore delineare con chiarezza e completezza – che a quella nozione si richiami.

In secondo luogo, è coerente con il principio di legalità che sorregge la disciplina della prova nel nuovo processo penale – siffatto principio, è stato sottolineato in dottrina, esprime con proprietà ed efficacia l'impronta complessiva del nuovo codice poiché « senza riproporre un anacronistico regime di prove legali, afferma robustamente che il conoscere giudiziale – in quanto implica esercizio di potere – costituisce un'attività giuridicamente regolata: tale, perciò, da incontrare vincoli della più varia natura »[95] – che la produzione degli effetti dell'irripetibilità sia subordinata ad una valutazione, necessaria e preventiva ovvero eventuale e successiva, del giudice.

L'irripetibilità costituisce una categoria dogmatica che si presta ad operare, sulla base di una configurazione comunque unitaria, secondo diverse prospettive.

L'anomalia degli accertamenti tecnici irripetibili, in *Guida dir.*, 2001, 1, 82, il quale, dopo avere definito la scelta legislativa un « *vulnus* ai connotati essenziali del processo accusatorio », censura la decisione di deformare ulteriormente la funzione dell'incidente probatorio.

[94] Volendo approfondire l'analisi dell'art. 187 c.p.p. v., anche al fine di reperire un importante compendio bibliografico, Corvi, *Art. 187*, in *Codice di procedura penale*, a cura di Giarda, Spangher, Milano, 2010, 1791.

[95] Nobili, *Il "diritto delle prove" ed un rinnovato concetto di prova*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, II, Torino, 1990, 381.

Può essere irripetibile l'atto del procedimento già compiuto, ed allora si potrà parlare di irripetibilità "effettiva" (o, se si preferisce, "in concreto"), nel senso che l'atto è, nel momento della valutazione giudiziale concernente la ricorrenza della fattispecie specializzante, già esistente e connotato del profilo selettivo costituito dall'impossibilità di reiterazione nel corso del procedimento medesimo.

In questa ipotesi il materializzarsi del requisito dell'irripetibilità costituisce, sul piano effettuale, la premessa legittimante l'utilizzo di un modello acquisitivo di informazioni rilevanti diverso ed eccezionale rispetto a quello tipicamente impiegato nelle situazioni di ordinario evolversi della dinamica processuale, un modello del quale si esige l'applicazione in relazione ad un atto a valenza probatoria strutturalmente già composto e che, nei sistemi ispirati al principio di separazione delle fasi, non può che essere incentrato sul meccanismo comunicativo costituito dalla "lettura".

In questa evenienza, dunque, l'(accertamento della) irripetibilità costituisce il presupposto di una sequenza alternativa che, determinando una significativa evoluzione della valenza e della funzione di atti altrimenti strumentali alla realizzazione di altri e più ristretti obiettivi procedimentali, produce l'espansione dell'orizzonte cognitivo del giudice.

Fin qui si è detto dell'irripetibilità, ma merita di essere approfondita la questione se la valutazione di (ir)ripetibilità possa riguardare anche un atto non ancora compiuto, e, dunque, se possa configurarsi una irripetibilità soltanto "potenziale" (ovvero "in astratto") che, secondo uno specifico schema normativamente tipizzato, renda programmabile una specifica sequenza probatoria anche essa alternativa rispetto a quella ordinaria.

La risposta, a prima vista, non sembra che poter essere negativa dal momento che appare coessenziale al concetto di irripetibilità l'esistenza materiale di un atto che, essendo stato già compiuto, non può essere ulteriormente rinnovato nei frangenti della procedura preordinati alla formazione della prova.

Non sfugge, però, ad una più attenta riflessione come siffatta conclusione sia viziata dalle vicende che hanno caratterizzato il rapporto – ora di confusione, ora di supposta incompatibilità relazionale – tra il concetto di irripetibilità e quello, obiettivamente affatto diverso, di indifferibilità (o di non rinviabilità).

La necessità di distinguere i due concetti è stata più volte sottolineata dalla dottrina, la quale ha precisato che « [s]ul piano concettuale tali atti "irripetibili" vanno tenuti ben distinti dalle "prove non rinviabili" [...] perché nel mentre la "non ripetibilità" presuppone che l'atto non sia riproducibile come fenomeno o comunque perda la sua efficacia probatoria se procrastinato nel

tempo, la "non rinviabilità" della prova sta invece a significare che essa è per sua natura ripetibile e conserva intatta nel tempo la sua intrinseca valenza probatoria, ma fattori contingenti, quali il pericolo di dispersione o di inquinamento della stessa, o anche la prevedibile complessità dell'indagine ne rendono oltremodo problematica l'assunzione in dibattimento »[96].

L'indifferibilità costituisce, in altri termini, il connotato sintomatico di una situazione di urgenza, di una situazione, cioè, tale da rendere l'atto, alla luce di una valutazione da effettuarsi necessariamente *ex ante*, non rinviabile ad un frangente procedurale successivo[97].

Lo schema logico è, dunque, facilmente esemplificabile: l'indifferibilità, a differenza dell'irripetibilità, si relaziona alla fase tipicamente probatoria, di talché è in virtù di siffatta relazione che quest'ultima proietta al segmento antecedente i propri elementi di struttura ed la propria dimensione di efficacia.

Sul piano concettuale, dunque, il problema da affrontare attiene, in questa evenienza, alla tempistica del compimento dell'atto: non provvedendovi subito la sua realizzazione appare definitivamente compromessa così che, ancora

---

[96] V., tra gli altri, Galasso, *L'incidente probatorio nel nuovo codice di procedura penale*, cit., 690; Id, *Accertamenti tecnici non ripetibili e limiti di operatività*, *ivi*, 1991, 1141, da cui è tratta la citazione sopra riportata. Ma v., anche, D'Isa, *Osservazioni sulla disciplina del fascicolo per il dibattimento*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, 1102; Molinari, *Sui limiti di utilizzabilità degli atti di individuazione fotografica e personale compiuti dalla polizia giudiziaria*, in *Cass. pen.*, 1996, 194; Ichino, *Gli atti irripetibili e la loro utilizzabilità dibattimentale*, in *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di Ubertis, Milano, 1992, 113, la quale riconosce che l'atto non rinviabile può, eventualmente, essere anche non ripetibile; Iacoviello, *Contro l'attuale teoria degli atti irripetibili*, in *Cass. pen.*, 1996, 3005, secondo cui l'indifferibilità consegue ad una connotazione di irripetibilità di una determinata situazione; D'Andria, *Un tentativo di definizione degli atti non ripetibili*, *ivi*, 1992, 1350; Frigo, *Art. 431*, cit., 727. V., per un'opinione diversa, Bassi, *Alcune riflessioni in materia di atti irripetibili alla luce della novella n. 356/92*, in *Cass. pen.*, 1994, 2112, secondo il quale la non rinviabilità dell'atto al dibattimento costituisce un profilo di irripetibilità, potendosi soltanto in questo caso parlare, anzi, di irripetibilità "assoluta".

[97] V., in particolare, Bassi, *Alcune riflessioni in materia di atti irripetibili alla luce della novella n. 356/92*, cit., 2112, il quale lega il carattere dell'urgenza (e, quindi, dell'indifferibilità), al « concreto rischio di modificazione inevitabile della situazione di fatto *oggetto* della prova o di sopravvenienza di condizioni che possono incidere sulla acquisizione o sulla genuinità dell'esame dibattimentale del *soggetto* fonte di prova ». La relazione tra "indifferibilità" e "urgenza" è messa in evidenza, altresì, da Iacoviello, *Contro l'attuale teoria degli atti irripetibili*, cit., 3005; D'Andria, *Un tentativo di definizione degli atti non ripetibili*, cit., 1350. Ma v., poi, Sau, *Art. 392*, cit., 4847, per il quale la non rinviabilità trova la propria causa genetica nel binomio rischio di dispersione-urgenza. « Ad un livello non più che etimologico » – osserva Iafisco, *Gli atti preliminari al dibattimento penale di primo grado*, cit., 214 – « l'urgenza indica che un determinato atto deve essere compiuto con la massima sollecitudine possibile a causa di un'evenienza di tipo naturalistico che rende il suo svolgimento non differibile ».

prima che la possibilità di ripetizione, ne sarebbe pregiudicato il suo venire in esistenza[98].

Questo è vero, ma non sembra potersi negare che un atto può essere differibile (o, se si preferisce, rinviabile) ma, allo stesso tempo, irripetibile e, verificandosi tale evenienza, il problema di una valutazione di (ir)ripetibilità in astratto sembra porsi tutte le volte in cui la funzione conoscitiva dell'atto medesimo, materialmente rinviabile, può utilmente esplicarsi in un contesto tipicamente connotato da finalità investigative, ovvero da obiettivi probatori altrimenti irrealizzabili oppure realizzabili ma con risvolti intollerabili.

Senza contare, poi, i casi di irripetibilità "normativa" di un atto, ossia i casi creati dal legislatore al fine di garantire specifiche esigenze di protezione di figure particolarmente deboli: ipotesi definibili "normative" perché il compimento dell'atto è, se riguardato sul piano naturalistico, sia differibile che ripetibile, ma l'irripetibilità costituisce il risultato della scelta legislativa di chiudere gli spazi di reiterabilità nella sede dibattimentale mediante l'inserimento di rigidi sbarramenti nella procedura di ammissione della prova.

In tutti questi casi, ovviamente, il venire in esistenza dell'atto è sotto ogni profilo programmabile e, in ragione di questa caratteristica, non può trascurarsi la necessità di coniugare l'utilità attuale dell'atto ai fini dell'indagine ovvero la sua irripetibilità "normativa" con il bisogno di protezione degli interessi dei soggetti che, dell'atto medesimo, sono destinati a subire gli effetti nel frangente della sequenza procedimentale destinato ad ospitare la decisone finale e, per questa ragione, connotato da rilevanti garanzie partecipative.

Il giudizio di prevedibilità relazionato al carattere dell'irripetibilità dell'atto[99], se in via diretta riguarda un aspetto diverso da quello attinente alla

---

[98] Secondo Rossi, *La nozione giuridica dell'irripetibilità*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1993, I, 5, la categoria degli atti indifferibili sarebbe idonea, quale categoria base, a ricomprendere quelle degli atti non ripetibili e degli atti non rinviabili.

[99] Secondo Cesari, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, Milano, 2000, 37, dall'esame delle circostanze in cui la non rinviabilità è certamente ravvisabile è possibile astrarre una nozione di indifferibilità fondata su una sorta di giudizio prognostico relativo alla probabilità che un mezzo di prova non sia utilmente esperibile in fase dibattimentale. L'indifferibilità sarebbe, dunque, un « pericolo di irripetibilità ». Nello stesso senso v. Iafisco, *Gli atti preliminari al dibattimento penale di primo grado*, cit., 228. Significativa, altresì, l'analisi di Garuti, *Il procedimento per citazione diretta a giudizio davanti al tribunale*, cit., 164, secondo il quale, ove si acceda ad un'interpretazione del concetto di "non rinviabilità" di tipo sistematico, « occorre sottolineare come la "non rinviabilità" debba essere letta in una dimensione poliedrica, ovvero riferibile ad una pluralità di situazioni caratterizzate da una sorta di previsione talvolta di non riassumibilità e tal'altra di non utile riassumibilità, determinata da contingenti fattori di rischio – non attinenti alle caratteristiche intrinseche dell'atto – suscettibili di essere provati o presunti *ex lege* ».

sua rinviabilità[100], non può dirsi del tutto slegato da quest'ultimo o, addirittura, logicamente incompatibile con esso.

Entrambi possono coesistere e, nell'unitarietà di una valutazione finale sulla fattispecie costitutiva, assumere un ruolo fondamentale in virtù della significativa incidenza sulle modalità di formazione dell'atto, queste ultime essendo caratterizzate da garanzie partecipative assimilabili a quelle proprie della fase in cui l'atto stesso sarà destinato a dispiegare effetti decisivi.

È una fattispecie, questa, corrispondente ad una situazione normativa ben nota, lo schema logico sopra descritto facendo da sfondo, per esempio, alla disciplina degli istituti previsti dagli artt. 360 e 392 c.p.p.

In questi casi, infatti, la prognosi di non reiterabilità dell'atto determina la sostituzione del modello formativo squisitamente unilaterale, tipico degli atti dell'indagine preliminare, con quello aperto all'effettiva partecipazione dei soggetti del procedimento.

Irripetibilità effettiva, irripetibilità potenziale e irripetibilità normativa costituiscono, dunque, espressioni qualificative di un concetto unitario, accomunate come sono – una volta osservati i canoni di formazione partecipata imposti dalla legge nel secondo caso – dal medesimo regime di utilizzabilità dei relativi atti in prospettiva dibattimentale.

---

[100] Giunchedi, *Gli accertamenti tecnici irripetibili (tra prassi devianti e recupero della legalità)*, Torino, 2009, 36.

CAPITOLO SECONDO

L'IRRIPETIBILITÀ DELL'ATTO PROCESSUALE PROBATORIO. L'INFLUENZA DELL'ART. 512 C.P.P. SULLE DINAMICHE INTERNE ALL'INCIDENTE PROBATORIO

SOMMARIO: 1. La distinzione tra irripetibilità originaria ed irripetibilità sopravvenuta. – 2. La fattispecie delineata dall'art. 512 c.p.p. – 3. I fattori – programmabili o meno – pregiudicanti la rinnovazione della prova dichiarativa. – 4. La modificazione dell'oggetto quale fattore pregiudicante la rinnovazione di atti d'indagine. – 5. L'imprevedibilità del fattore impeditivo della rinnovazione quale spartiacque tra doveri di acquisizione garantita e forme unilaterali di utilizzazione.

1. *La distinzione tra irripetibilità originaria ed irripetibilità sopravvenuta.*

Allorquando si analizza un istituto – l'incidente probatorio – finalizzato alla formazione anticipata della prova nel processo penale e, tra le altre cose, ci si appresta ad approfondire il profilo concernente il regime di utilizzabilità dell'elemento probatorio formato in un contesto anticipato rispetto al dibattimento, non deve perdersi di vista il carattere cautelare di esso e, dunque, la circostanza che la programmazione dell'esperimento secondo modalità tipicamente garantite è stata resa possibile dalla concretizzazione di elementi legittimanti un giudizio di non rinviabilità – ovvero, per quanto già detto, di irripetibilità – dell'attività formativa della prova.

Gli effettivi sviluppi della vicenda probatoria sfuggono all'analisi dei protagonisti dell'incidente istruttorio, la prognosi iniziale ben potendo essere smentita dal reale evolversi degli accadimenti.

Quando ciò non accade – e, dunque, la prognosi stessa si è dimostrata corretta in ragione del sopraggiunto verificarsi dell'ipotizzato fattore pregiudizievole – si manifesta una situazione di irripetibilità (in concreto) dell'esperimento istruttorio che in qualche modo assorbe l'originario giudizio: irripetibilità non originaria – ossia intrinseca alla struttura ed alla finalità dell'atto – ma sopravvenuta, appunto, rispetto ad un pregresso momento acquisitivo programmato in ragione della prevedibilità di quel fattore.

Qualunque approfondimento concernente la tematica degli atti in generale irripetibili consente immediatamente di verificare come la classificazione che incontra i favori della dottrina e della giurisprudenza sia quella fondata sulla

distinzione, a cui si è già fatto cenno, tra irripetibilità originaria ed irripetibilità sopravvenuta[1].

Essa costituisce, si è giunti addirittura a dire, « [l]'unico dato sistematico pressoché certo che la dottrina ha ricavato sulla base della scarna previsione normativa »[2].

Nonostante le varianti terminologiche generalmente riscontrabili[3] – si parla, talvolta, di irripetibilità *ex ante* ed *ex post*[4], altre volte di irripetibilità intrinseca ed estrinseca[5], spesso di irripetibilità congenita[6] ed accidentale[7] – vi è « sostanziale concordanza nell'individuare lo spartiacque concettuale tra le due "figure", [essendo] l'una fondata sui connotati intrinseci degli atti, l'altra sul sopravvenire di accadimenti che ne compromettono la possibilità di rinnovazione »[8].

---

[1] Mette in rilievo siffatto dato classificatorio, nell'ambito di una dottrina unanimemente orientata in tal senso, Cesari, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., 14. Ma v., anche Buzzelli, *Le letture dibattimentali*, Milano, 2000, 71, la quale evidenzia come « [d]ottrina e prassi giurisprudenziale, pur con molte sfumature e con qualche variazione lessicale, introducono, in linea di massima, una dicotomia tra forme d'irripetibilità che si escludono a vicenda ».

[2] Nigro, *Atti irripetibili e limiti ai poteri probatori del giudice*, in *Dir. pen. e processo*, 2007, 1169.

[3] Anche se, avverte Cesari, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., 14, nt. 20, « alle diverse tecniche definitorie [*non*] corrispondano peculiari elementi differenziali nella distinzione tra le due categorie ».

[4] Grosso, *L'udienza preliminare*, Milano, 1991, 264. V., inoltre, Falato, *L'utilizzabilità delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari: sistemi di « recupero »*, in *Cass. pen.*, 1998, 1820.

[5] V., per esempio, Potetti, *Svolta restrittiva della Cassazione in tema di atto irripetibile*, in *Cass. pen.*, 1996, 1468, secondo il quale l'irripetibilità rilevante ai sensi dell'art. 431 c.p.p. « rappresenta un connotato intrinseco e originario dell'atto [poiché] l'irripetibilità derivante da circostanze estrinseche e sopravvenute trova il suo referente normativo nell'art. 512 c.p.p. ». Utilizzava siffatta terminologia, in precedenza, Santalucia, *Appunti in tema di atto irripetibile*, in *Giust. pen.*, 1990, 575.

[6] Ferrua, *La formazione delle prove nel nuovo dibattimento: limiti all'oralità e al contraddittorio*, in *Pol. dir.*, 1989, 246. La medesima opzione è ribadita in Id, *Studi sul processo penale*, II, *Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino, 1992, 95. Parla di irripetibilità "congenita", in relazione agli atti a sorpresa, D'Isa, *Osservazioni sulla disciplina del fascicolo per il dibattimento*, cit., 1102. Fa riferimento, sempre in chiave distintiva, ad una irripetibilità « strutturalmente congenita », Rivello, *Letture consentite e vietate*, in *Dig. disc. pen.*, VII, 406.

[7] In giurisprudenza, utilizza siffatta terminologia per distinguere le "categorie teoricamente enucleabili nell'ambito del concetto di irripetibilità", Cass. pen., Sez. I, 23 gennaio 1995, n. 5168.

[8] Cesari, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., 14. Secondo Ventura, *Le letture dibattimentali*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, IV, *Procedimenti speciali. Giudizio. Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, t. 2, *Giudizio. Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, Milanofiori Assago, 2009, 421, l'art. 512 c.p.p. sembra postulare una nozione di irripetibilità distinta da quella presupposta dall'art. 431

Sono oltremodo noti, d'altro canto, i referenti normativi di siffatta classificazione concettuale, costituendo le indicazioni contenute nell'art. 431 c.p.p. il punto di riferimento della prima e rinvenendosi nella fattispecie descritta dall'art. 512 c.p.p. il nucleo centrale della seconda.

La prima delle disposizioni richiamate, come si sa, si preoccupa di predisporre il modello di formazione del fascicolo per il dibattimento e, tra le altre cose, regola il profilo attinente alle modalità di individuazione degli atti ai quali è consentito di farvi parte fin dal momento della sua formazione, statuendo, in particolare, che in siffatto fascicolo devono essere raccolti i verbali degli atti non ripetibili compiuti dalla polizia giudiziaria, dal pubblico ministero e dal difensore[9].

Devono essere, altresì, inseriti nel fascicolo per il dibattimento i verbali degli atti compiuti mediante la metodologia tipica dell'incidente istruttorio, i quali, pertanto, su questo versante subiscono – ovviamente, per ragioni diverse e connesse alla peculiarità della meccanica formativa – un trattamento differenziato rispetto a quello riservato ad atti egualmente caratterizzati da una sopraggiunta situazione di irripetibilità.

---

c.p.p. e indirettamente richiamata dall'art. 511 c.p.p. La distinzione tra le due tipologie di irripetibilità è, come si è detto, generalmente condivisa in dottrina. V., fra tutti, Zappalà, *Prime note sugli atti utilizzabili per il giudizio nella legge delega del 1987 per il nuovo codice di procedura penale*, in *Leg. pen.*, 1988, 97; Siracusano, *Vecchi schemi e nuovi modelli per l'attuazione di un processo di parti*, in *Leg. pen.*, 1989, 86; Frigo, *Art. 431 c.p.p.*, cit., 724; Lozzi, *Indagini preliminari, incidenti probatori, udienza preliminare*, cit., 1281; Id., *I principi dell'oralità e del contraddittorio nel processo penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, 681; Grosso, *L'udienza preliminare*, cit., 265; Cantone, *Le ricognizioni informali di cose diventano atti irripetibili*, in *Cass. pen.*, 1995, 1296; D'Andria, *Un tentativo di definizione degli atti non ripetibili*, cit., 1350; Riccio, *Nuove letture fondamentali e forme « alternative » di acquisizione probatoria*, in *Dir. pen. e processo*, 1997, 8; Molinari, *Sui limiti di utilizzabilità degli atti di individuazione fotografica e personale compiuti dalla polizia giudiziaria*, cit., 196; Lorusso, *Il verbale di ispezione dei luoghi soggetti a modificazione come atto non ripetibile da inserire nel fascicolo per il dibattimento*, in *Cass. pen.*, 1995, 2191; Garuti, *Utilizzabilità delle dichiarazioni orali di querela*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1996, 864; Fanuele, *L'irripetibilità sopravvenuta delle dichiarazioni in precedenza acquisite: l'« accertata impossibilità di natura oggettiva » giustifica una deroga al principio del contraddittorio nella formazione della prova*, in *Cass. pen.*, 2001, 1524; Panzavolta, *Le letture di atti irripetibili al bivio tra « impossibilità oggettiva » e « libera scelta »*, *ivi*, 2003, 3976. In giurisprudenza v., di recente, Cass. pen., Sez. un., 17 ottobre 2006, n. 41281. Contro questa impostazione v., invece, Iacoviello, *Contro l'attuale teoria degli atti irripetibili*, cit., 3003.

[9] Le parole « e dal difensore » sono state aggiunte, come è noto, dall'art. 15, l. 7 dicembre 2000, n. 397. Sull'importanza della riforma della procedura di formazione, la quale accoglie risalenti auspici della dottrina, v., tra i tanti, Catalano, *Udienza preliminare: conclusione e formazione dei fascicoli*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, III, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, Milanofiori Assago, 2009, 955; Cuomo, *L'udienza preliminare*, Padova, 2001, 212.

La seconda fattispecie, infatti, è azionabile a dibattimento inoltrato e prevede che il giudice, a richiesta di parte, disponga che sia data lettura degli atti assunti dalla polizia giudiziaria[10], dal pubblico ministero, dai difensori delle parti private[11] e dal giudice nel corso della udienza preliminare[12] quando, per fatti o circostanze imprevedibili, ne è divenuta impossibile la ripetizione[13].

Ragionando sulla distinzione tra irripetibilità originaria e irripetibilità sopravvenuta, si è evidenziato che « [i]l punto di discrimine – d'ordine temporale – coincide con il momento in cui l'irripetibilità acquista consistenza: se si manifesta fin dall'inizio, essa è congenita, pertinente all'atto – o meglio, a un raggruppamento tipizzato di atti – e avvalora l'inclusione *ab origine* nel fascicolo processuale (art. 431 c.p.p.). L'irripetibilità *ex* art. 512 c.p.p. è, invece, in questa prospettiva, diversa per il contrasto notevole dei particolari costitutivi: non soltanto successiva al compimento dell'atto, ma anche sopravvenuta, poiché, turbando ogni previsione, interviene a modificare dall'esterno, e in maniera radicale, lo stato di partenza »[14].

La distinzione, si è osservato in dottrina, non appartiene all'empireo della dogmatica giuridica, poiché « [a]lla ricostruzione di una tipologia di atti da definire irripetibili in astratto, ai sensi dell'art. 431 c.p.p., fa riscontro, in ordine all'art. 512 c.p.p., il giudizio di non reiterabilità di un atto astrattamente ripetibile, in conseguenza di accidenti che ne impediscono la rinnovazione »[15].

---

[10] La previsione della possibilità di procedere alla lettura, *ex* art. 512 c.p.p., degli atti posti in essere dalla polizia giudiziaria, come è noto, è stata introdotta dall'art. 8, comma 2, d.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv., con modificazioni, in l. 7 agosto 1992, n. 356. Rileva Mazza, *Giudizio di primo grado nel diritto processuale penale*, cit., 376, come siffatta estensione « va ascritta all'opera di progressivo adeguamento della disciplina del giudizio al principio di non dispersione probatoria ».

[11] Quest'ultimo inciso è stato introdotto dall'art. 18, l. 7 dicembre 2000, n. 397.

[12] L'estensione del regime delineato dall'art. 512 c.p.p. agli atti assunti dal giudice nel corso dell'udienza preliminare è stata inserita nel passaggio dal progetto preliminare – il testo dell'art. 505 del quale si limitava agli atti assunti dal pubblico ministero – a quello definitivo sulla base della ritenuta "illogicità" della scelta di escludere, in presenza del medesimo presupposto – ossia, l'irripetibilità sopravvenuta – la lettura di atti assunti alla presenza e nel contraddittorio delle parti. V., sul punto, Conso, Grevi, Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale*, V, *Il progetto definitivo e il testo definitivo del codice*, Padova, 1990, 370.

[13] L'art. 2, d.l. 22 settembre 2006, n. 259, conv., con modificazioni, in l. 20 novembre 2006, n. 281, ha inserito il comma 1-*bis*, ai sensi del quale è sempre consentita la lettura dei verbali relativi all'acquisizione ed alle operazioni di distruzione degli atti di cui all'articolo 240 c.p.p.

[14] Buzzelli, *Le letture dibattimentali*, cit., 71. Nigro, *Atti irripetibili e limiti ai poteri probatori del giudice*, cit., 1169, evidenzia come la distinzione in discorso si fonda sull'analisi comparativa degli artt. 431 e 512 c.p.p., « consiste[ndo] in una classificazione di massima che distingue gli atti a seconda del momento in cui l'irripetibilità si manifesta ».

[15] Cesari, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., 15.

In essa, dunque, vengono condensati « la diversa funzione ed il rapporto di stretta complementarietà e reciproca esclusione, che connotano gli artt. 431 e 512 c.p.p., [i cui] rispettivi ambiti di incidenza sono disegnati proprio dal peculiare atteggiarsi dell'impossibile ripetizione dell'atto, che disegna le due "nicchie" distinte occupate dalla norma in esame, postulando, l'una, l'inserimento *ab initio* degli atti irripetibili nel fascicolo dibattimentale, l'altra, il recupero di atti che da quel fascicolo sono rimasti esclusi »[16].

L'art. 512 c.p.p.[17], in altri termini, delinea i parametri operativi di una fattispecie acquisitiva di atti tipici della fase pregressa al fascicolo per il dibattimento la quale è finalizzata a rendere i medesimi utilizzabili ai fini della decisione, e, nell'assumere siffatto proposito, « è indubbio che la norma incide su materiali per i quali si presume risolto a monte il quesito sull'irripetibilità [dal momento che] se si trovano nel fascicolo del pubblico ministero, non sono stati ritenuti irripetibili ai sensi dell'art. 431 c.p.p. ossia, stando ai criteri di quest'ultimo, devono ritenersi suscettibili di ripetizione »[18].

L'elemento qualificativo – la norma, a differenza dell'art. 431 c.p.p., il quale parla espressamente di "atti non ripetibili", fa riferimento ad atti d'indagine di cui è sopravvenuta l'irripetibilità – ed il dato di fattispecie costituito dalla previsione di un'iniziativa di parte alla quale è subordinata la possibilità di lettura[19] – a dispetto della possibilità di dare lettura anche d'ufficio degli atti contenuti nel fascicolo per il dibattimento *ex* art. 511 c.p.p.[20] – consentono

---

[16] Cesari, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., 16, la quale rileva che l'art. 512 c.p.p. « opera sul materiale che la griglia selettiva dell'art. 431 c.p.p. ha lasciato sullo sfondo ».

[17] « Fine della norma » – evidenzia Cavallaro, *L'applicabilità dell'art. 512 c.p.p. al caso in cui la salute psicologica del teste minorenne sia a rischio*, in *Cass. pen.*, 2002, 1064 – « è [...] quello di prevenire la perdita di utili strumenti di formazione del sapere giudiziale, causata dal sopraggiungere di fattori che ne impediscono la rinnovazione in dibattimento, e che sfuggono ad ogni valutazione di tipo prognostico ». Secondo Taormina, *Il regime della prova nel processo penale*, Torino, 2007, 463, la disposizione costituisce « il vero fulcro intorno al quale ruotano i pericoli per il nostro sistema processuale ». Di contrario avviso, invece, Bassi, *Alcune riflessioni in materia di atti irripetibili alla luce della novella n. 356/92*, cit., 2114, secondo il quale la norma costituisce una « valvola di sicurezza del sistema ».

[18] Cesari, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., 18. Ripercorre questo schema, poi, Buzzelli, *Le letture dibattimentali*, cit., 81.

[19] Sull'indispensabilità di una iniziativa di parte ai fini dell'attivazione del meccanismo acquisitivo disciplinato dalla norma v., in dottrina e fra gli altri, Cesari, *Dichiarazioni irripetibili e metodo dialettico: i problemi di una coesistenza difficile*, in *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo. Un itinerario attraverso la giurisprudenza*, a cura di Di Chiara, Torino, 2009, 251. In giurisprudenza v., di recente, Cass. pen., Sez. VI, 14 aprile 2003, n. 23807.

[20] Possibilità, sottolinea Buzzelli, *Le letture dibattimentali*, cit., 169, coerente con la circostanza che trattasi di materiale cartaceo già noto al giudicante perché giunto nel dibattimento con il fascicolo processuale ovvero tramite il canale riservato ai verbali di prove di altri procedimenti. An-

di pervenire ad una prima conclusione in ordine alla relazione di natura cronologica esistente tra le due ipotizzate tipologie di irripetibilità, nel senso che deve essere escluso che il giudice dell'udienza preliminare possa tenere conto, in sede di formazione del fascicolo dibattimentale, della sopravvenuta impossibilità di ripetizione che si sia eventualmente verificata già nel corso dell'udienza camerale[21].

L'atto, pertanto, deve, in questa evenienza e fatte comunque salve ipotesi di accordo tra le parti[22], essere inserito nel fascicolo di parte trasmesso al pubblico ministero, potendo il giudice dibattimentale prenderne conoscenza soltanto per effetto del perfezionamento del meccanismo acquisitivo descritto dall'art. 512 c.p.p.[23].

Posto, allora, che oggetto di lettura *ex* art. 512 c.p.p. possono essere soltanto atti collocabili nella sfera di quelli originariamente ripetibili, appare chiaro che la possibilità di procedere all'acquisizione dell'atto d'indagine è legata e dipende causalmente dalla ricorrenza materiale di fattori d'incidenza in assenza dei quali l'elemento valutativo sarebbe pervenuto al giudice del dibattimento mediante la normale attivazione di un corrispondente mezzo di prova.

Il perfezionamento della fattispecie acquisitiva delineata dall'art. 512 c.p.p. e fondata sull'impossibile ripetizione dell'atto per fatti o circostanze sopravvenute e non programmabili – ecco emergere, orbene, il rapporto intercorrente tra l'istituto acquisitivo e l'incidente formativo – determina, sul piano effettuale, una eccezionale possibilità di lettura che, quindi, si sostituisce all'impossibile – a causa dell'azione dei medesimi fattori impeditivi – operare del mezzo di prova.

---

che se, di recente, Cass. pen., Sez. III, 30 marzo 2016, n. 12795 ha precisato che l'acquisizione di un atto irripetibile al fascicolo processuale non soggiace a preclusioni o decadenze, per cui può essere disposta nel giudizio di appello qualora il giudice dell'udienza preliminare non l'abbia erroneamente disposta ovvero essa, pur disposta, non sia materialmente avvenuta.

[21] In questi termini Grosso, *L'udienza preliminare*, cit., 265. V., inoltre, Frigo, *Art. 431*, cit., 724, secondo il quale è sufficiente, al riguardo, « osservare che l'allegazione dei verbali [di atti di cui è sopravvenuta l'irripetibilità] al fascicolo [per il dibattimento] è condizionata (ai sensi dell'art. 515) dalla loro previa lettura, la quale può essere disposta – ovviamente – solo dal giudice del dibattimento, a richiesta di parte e previa verifica non solo della impossibilità di ripetizione dell'atto, ma altresì della natura imprevedibile dei fatti e delle circostanze che l'hanno determinata (art. 512) ».

[22] Sull'acquisizione concordata di atti al fascicolo per il dibattimento v., tra i più recenti contributi, Catalano, *Udienza preliminare: conclusione e formazione dei fascicoli*, cit., 1000; Cappa, *La discovery probatoria, l'elaborazione della prova e la prova "concordata" prima del dibattimento*, in *La prova penale*, diretto da Gaito, II, Milanofiori Assago, 2009, 342.

[23] Grosso, *L'udienza preliminare*, cit., 266.

2. *La fattispecie delineata dall'art. 512 c.p.p.*

L'art. 512, comma 1 c.p.p. disciplina una fattispecie acquisitiva strutturata in maniera complessa[24], mediante la quale si procede alla lettura di atti unilateralmente formati che, per fatti o circostanze imprevedibili, non sono suscettibili di ripetizione.

Merita un accenno la circostanza che, in relazione all'art. 512 c.p.p., sono stati evidenziati profili problematici – alla luce dell'esclusione, dal novero delle dichiarazioni suscettibili di lettura, di quelle rese al giudice per le indagini preliminari e dell'inquadramento dei rapporti con l'art. 513 c.p.p. – attinenti all'estensione dell'ambito soggettivo di operatività.

A questo proposito, la Corte costituzionale[25] ha ritenuto che la qualifica del dichiarante – nella prospettiva applicativa del regime delle letture e, quindi, di una utilizzazione processuale di atti formati con modalità estranee al contraddittorio – deve essere riguardata alla stregua della condizione processuale rivestita dal soggetto al momento in cui le dichiarazioni sono state rese, giacchè è proprio in funzione di questa condizione soggettiva che gli artt. 512 e 513 c.p.p. hanno rispettivamente calibrato la corrispondente disciplina delle letture.

Pertanto, l'art. 512 c.p.p. farebbe riferimento, secondo l'impostazione fatta propria dalla Corte, alla condizione delle persone informate sui fatti e che rivestiranno in dibattimento la qualità di testimoni, di talché appare consequenziale la mancata previsione delle dichiarazioni rese al giudice per le indagini preliminari nel corso delle indagini.

L'art. 513 c.p.p., invece, concernerebbe quella di soggetti a vario titolo ed in varia forma "compromessi" rispetto al tema del procedimento, e che perciò in sede dibattimentale assumeranno una qualità diversa da quella del testimone "puro"[26].

---

[24] « Si tratta » – osserva Renzetti, *Art. 512 c.p.p.: una lettura garantista nel rispetto del principio del contraddittorio*, in *Cass. pen.*, 2006, 141 – « di un meccanismo di acquisizione della prova estremamente delicato che impone al giudice il compimento di valutazioni di notevole complessità ». In senso critico rispetto alla fattispecie acquisitiva delineata dall'art. 505 prog. prel., definita « debole », v. Illuminati, *Il nuovo dibattimento: l'assunzione diretta delle prove*, in *Foro it.*, 1988, 360.

[25] Corte cost. (ord.), 8 marzo 2006, n. 112.

[26] V., sulle tematiche affrontate dalla Corte costituzionale, Rafaraci, *Dichiarazioni erga alios, letture e "impossibilità sopravvenuta": l'art. 513 c.p.p.*, in *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo. Un itinerario attraverso la giurisprudenza*, a cura di Di Chiara, Torino, 2009, 304; Di Chiara, *Dichiarazioni erga alios e letture acquisitive: i meccanismi di recupero del sapere preacquisito dall'imputato in procedimento connesso*, in *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto*

« Ci troviamo di fronte » – è stato sottolineato trasferendo l'analisi su un piano, quello della logica sistematica della disposizione, che non poteva non coinvolgere l'istituto acquisitivo dell'incidente probatorio – « ad una situazione astrattamente opposta rispetto a quella presa in considerazione dall'art. 392 c.p.p.: nel momento in cui l'atto deve essere compiuto, non esiste infatti alcun fondato motivo per ritenere che esso non sarà utilmente ripetibile in dibattimento per grave impedimento del teste o per modificazione intervenuta sulla persona, cosa o luogo »[27].

Costituendo il complesso degli elementi regolativi la premessa di fatto di un'ipotesi di lettura acquisitiva, va subito notato come, a differenza di quanto previsto dal combinato disposto degli artt. 431 e 511 c.p.p. – ricorrendo la tipologia di atti previsti dal primo, la lettura dei medesimi, ai sensi del secondo, può essere disposta d'ufficio – l'attivazione della sequenza presuppone un'iniziativa di parte e, sul tema, la Suprema Corte è stata rigorosa nel ritenere che il potere del giudice di disporre d'ufficio l'assunzione di nuovi mezzi di prova, previsto dall'art. 507 c.p.p., non comprende anche la possibilità di dare lettura degli atti *ex* art. 512 c.p.p. senza l'impulso della parte, non potendosi confondere la lettura con l'assunzione di nuove prove[28].

Analogo rigore, invece, non si è riscontrato in relazione all'interpretazione della nozione normativa di "atti assunti", intuitivamente dotata di un ruolo centrale nella misura in cui si presta ad incidere in maniera determinante sull'ampiezza del fenomeno acquisitivo regolamentato dalla disposizione.

Il problema si è posto in relazione ai casi in cui, per fatti o circostanze imprevedibili, risulti impossibile la ripetizione del contenuto dell'atto di querela da parte del suo autore, posto che la stessa non costituisce propriamente

---

al silenzio, a cura di Kostoris, Torino, 2002, 46; Sanna, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nei procedimenti connessi*, Milano, 2000, 163; Di Paolo, *Preziose puntualizzazioni sugli artt. 512 e 513 c.p.p.*, in *Giur. cost.*, 2006, 2569.

[27] Ichino, *Gli atti irripetibili e la loro utilizzabilità dibattimentale*, cit., 156.

[28] Cass. pen., Sez. VI, 14 aprile 2003, n. 23807. V., inoltre, Cass. pen., Sez. I, 20 giugno 2000, n. 10026, la quale ha puntualizzato che in tema di lettura di atti per sopravvenuta impossibilità di ripetizione, dopo la formulazione della richiesta di lettura, il giudice è investito della decisione in proposito senza essere vincolato alle ragioni esposte dalla parte a sostegno dell'istanza, la quale può, quindi, essere accolta o respinta anche per motivi diversi da quelli prospettati. In dottrina v., tra tutti, Cesari, *Dichiarazioni irripetibili e metodo dialettico: i problemi di una coesistenza difficile*, cit., 251; Buzzelli, *Le letture dibattimentali*, cit., 169, secondo la quale, sebbene l'art. 507 c.p.p. abbia spesso offerto lo spunto per giustificare l'attribuzione di prerogative *ex officio*, « [r]esta oscuro [...] come l'operatività di questa norma possa dilatarsi fino a ricomprendere l'area, lontana e rigorosamente delimitata, delle letture ». In senso contrario v., invece, Potetti, *L'art. 512 c.p.p. fra richiesta della parte e iniziativa del giudice ex art. 507 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2005, 878.

un atto formato dalla polizia giudiziaria ma, come è di tutta evidenza, integra il supporto documentale di un atto narrativo che ad essa è semplicemente destinato.

La Corte di cassazione, chiamata a pronunciarsi relativamente a siffatto profilo, ha preferito aderire ad un'interpretazione estensiva della nozione, chiarendo che anche in siffatte ipotesi deve trovare applicazione l'art. 512 c.p.p., dal momento che l'espressione legislativa deve intendersi riferita non soltanto agli atti formati a seguito di attività diretta delle autorità indicate nella norma, ma anche a quelli semplicemente ricevuti dalle stesse, quale è appunto una spontanea dichiarazione di querela[29].

Rimane in ogni caso fermo, ha precisato ancora la Corte, il principio secondo cui, sebbene la dichiarazione di querela si trovi già nel fascicolo per il dibattimento fin dal momento della sua formazione – lo prescrive, infatti, l'art. 431, comma 1 lett. a) c.p.p. – la lettura acquisitiva – la quale, appunto, è indispensabile al fine di consentire l'utilizzo a fini probatori di un atto la cui presenza nel fascicolo processuale e la cui lettura (art. 511, comma 4 c.p.p.) sono di regola finalizzate a consentire la verifica di ricorrenza della condizione di procedibilità – può essere disposta esclusivamente a richiesta di parte[30].

Quanto detto consente di intravedere, sul piano generale, il meccanismo di operatività della fattispecie disciplinata dall'art. 512 c.p.p.

« La norma » – è stato correttamente osservato – « è legata al recupero di atti ripetibili, ma accidentalmente colpiti da un'evenienza negativa, che ne compromette radicalmente il compimento dibattimentale »[31].

---

[29] Cass. pen., Sez. V, 28 ottobre 1997, n. 11402. Negli stessi termini v., poco prima, Cass. pen., Sez. IV, 28 gennaio 1997, n. 6106. Più di recente, invece, v. Cass. pen., Sez. VI, 14 aprile 2003, n. 23807; Sez. II, 6 novembre 2007, n. 9168. Tra le più risalenti v., inoltre, Cass. pen., Sez. V, 18 maggio 1993, Vitalini, la quale, dopo avere specificato che della querela-denuncia presentata alla polizia giudiziaria da persona poi resasi irreperibile può essere data lettura dal giudice ai sensi dell'art. 512 c.p.p., ha evidenziato che la norma in questione costituisce anche deroga al disposto dell'art. 511, comma 4 c.p.p., che consente la lettura dei verbali delle dichiarazioni orali di querela solo ai fini dell'accertamento dell'esistenza della condizione di procedibilità. L'interpretazione estensiva ha, tra l'altro, incontrato il favore della Corte costituzionale. V., in particolare, Corte cost. (ord.), 12 aprile 1996, n. 114. In dottrina, in senso critico rispetto all'esegesi estensiva della norma, v. Buzzelli, *Le letture dibattimentali*, cit., 91; Cesari, *Dichiarazioni irripetibili e metodo dialettico: i problemi di una coesistenza difficile*, cit., 253; Garuti, *Utilizzabilità delle dichiarazioni orali di querela*, cit., 865. Ritiene condivisibili, invece, le affermazioni di principio contenute nelle pronunce della Suprema Corte, Bassi, *Alcune riflessioni in materia di atti irripetibili alla luce della novella n. 356/92*, cit., 2115. In senso adesivo v., inoltre, Potetti, *L'art. 512 c.p.p. fra richiesta della parte e iniziativa del giudice ex art. 507 c.p.p.*, cit., 877.

[30] Cass. pen., Sez. VI, 14 aprile 2003, n. 23807.

[31] Cesari, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., 122.

L'irripetibilità, in altri termini, deve essere, oltre che sopravvenuta rispetto al momento di formazione dell'atto[32], assoluta, ossia tale da vanificare irrimediabilmente la possibilità di attivare in dibattimento il mezzo di prova corrispondente, ontologicamente, all'atto di indagine da recuperare.

Va sottolineato, sul punto, che la direttiva n. 76 della legge di delega imponeva, appunto, la predisposizione di una "specifica, diversa disciplina" in relazione agli atti di cui fosse sopravvenuta una "assoluta impossibilità di ripetizione".

L'indicazione normativa, tuttavia, è andata perduta già in fase di elaborazione dell'art. 505 del progetto preliminare[33], anche se la relazione al progetto, illustrando la disposizione come attributiva di piena efficacia probatoria agli atti assunti dal pubblico ministero "di cui è sopravvenuta un'assoluta impossibilità di ripetizione"[34], dimostrava di ritenere il requisito immedesimato nel congegno acquisitivo che si andava a predisporre.

Probabilmente l'aggettivo è apparso ridondante rispetto ad un'espressione qualificativa dal significato descrittivo notevolissimo[35], dal momento che « parlare di impossibilità "relativa" [...] a parte l'incoerenza concettuale, comporterebbe l'offuscamento della distinzione tra impossibilità e mera difficoltà di assunzione della prova »[36].

---

[32] Ichino, *Gli atti irripetibili e la loro utilizzabilità dibattimentale*, cit., 157.

[33] Critico rispetto alla dispersione di un dato descrittivo di notevole rilievo, tra gli altri, Nobili, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, 68. Egualmente, Bassi, *Alcune riflessioni in materia di atti irripetibili alla luce della novella n. 356/92*, cit., 2114, il quale ritiene che il legislatore delegato abbia attenuato la rigidità della direttiva. Per Ichino, *Gli atti irripetibili e la loro utilizzabilità dibattimentale*, cit., 156, l'omissione potrebbe integrare un difetto di conformità della norma rispetto alla legge di delega. Secondo Cesari, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., 127, invece, « non sembra [...] che la scomparsa dal testo dell'attributo "assoluta", che qualificava la non rinnovabilità dell'atto, sia un ostacolo esegeticamente insuperabile ».

[34] Conso, Grevi, Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati*, IV, *Il progetto preliminare del 1988*, Padova, 1990, 1149. La relazione ribadisce che la norma si riferisce a « tutti » gli atti del pubblico ministero, non essendovi validi motivi per ridurre la categoria degli atti utilizzabili in chiave probatoria. Secondo Bassi, *Alcune riflessioni in materia di atti irripetibili alla luce della novella n. 356/92*, cit., 2114, la natura aperta della categoria degli atti prevista dall'art. 512 c.p.p. è coerente alla sua *ratio* di « valvola di sicurezza del sistema [dal momento che essa] costituisce il necessario correttivo, avente *carattere generale*, al principio di oralità, volto a contemperare il rispetto del metodo orale con l'esigenza di evitare la perdita, ai fini della decisione, di quanto acquisito prima e fuori del dibattimento, che sia divenuto irripetibile in tale sede ».

[35] È questa l'opinione di Cesari, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., 127.

[36] Cesari, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., 127. V., inoltre, Cavallaro, *L'applicabilità dell'art. 512 c.p.p. al caso in cui la salute psicologica del teste minorenne sia a rischio*, cit., 1065. La dottrina è comunque unanime nel ritenere il carattere assoluto della situazione

Un significato, questo, che, in effetti, è stato nella sua essenza denotativa colto dalla giurisprudenza, la quale ha in più occasioni puntualizzato che la lettura di atti in dibattimento costituisce una deroga al principio generale della formazione della prova dibattimentale, per cui, non essendo l'art. 512 c.p.p. suscettibile di interpretazione analogica, deve escludersi una equiparabilità tra la sopravvenuta impossibilità di ripetizione dell'atto e la semplice difficoltà di assunzione della prova[37].

Quest'ultima potrebbe dirsi costituire una prima conclusione da considerare acquisita in relazione a qualsiasi tipologia di irripetibilità ed a prescindere da ulteriori approfondimenti concernenti la correlata nozione.

L'atto informativo potrebbe ritenersi connotato dalla nota dell'irripetibilità, in altri termini, soltanto se inciso da un fattore pregiudicante la sua reiterazione in termini di assolutezza; se, cioè, una volta verificatosi come entità storicistica non è più, storicamente parlando, suscettibile di verificazione.

Conclusione certamente condivisibile sul piano empirico ma non egualmente fondata sul terreno normativo, posto che il codice processuale conosce ipotesi di irripetibilità "normativa" che, se riguardate sotto il profilo storico-naturalistico, attengono a vicende acquisitive certamente reiterabili.

3. *I fattori – programmabili o meno – pregiudicanti la rinnovazione della prova dichiarativa.*

Le vicende pregiudicanti la rinnovazione dell'atto sono identificate mediante l'impiego di un'espressione normativa – fatti o circostanze – che « presuppone comunque l'esistenza di accadimenti materiali che ostacolano la ripetizione dibattimentale di un atto »[38].

---

pregiudicante. V., per esempio, Panzavolta, *Le letture di atti irripetibili al bivio tra « impossibilità oggettiva » e « libera scelta »*, cit., 3976, per il quale « la situazione impossibilitante deve essere insuperabile e irreversibile »; Fanuele, *L'irripetibilità sopravvenuta delle dichiarazioni in precedenza acquisite: l'« accertata impossibilità di natura oggettiva » giustifica una deroga al principio del contraddittorio nella formazione della prova*, cit., 1525.

[37] Cass. pen., Sez. VI, 20 settembre 1993, Capodicasa. In senso conforme v., inoltre, Cass. pen., Sez. I, 14 ottobre 1999, n. 13765.

[38] Cesari, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., 125, la quale si sofferma diffusamente sulle opzioni esegetiche praticabili rispetto alla formula normativa, precisando altresì che gli impedimenti alla rinnovazione devono essere tali da comportare una irripetibilità attuale e non futura. Ritiene superfluo il requisito dell'attualità, invece, Panzavolta, *Le letture di atti irripetibili al bivio tra « impossibilità oggettiva » e « libera scelta »*, cit., 3977, nt. 18, essendo ricompresso nel carattere dell'assolutezza. In senso critico rispetto all'espressione normativa v., poi, Taormina, *Il regime della prova nel processo penale*, cit., 463.

Al di fuori dei casi di irripetibilità "normativa" può senz'altro dirsi che è così, essendo l'ostacolo costituito da un fatto naturale o umano che si colloca in una dimensione diversa a quella configurata dal legislatore mediante la costruzione di fattori pregiudicanti di natura squisitamente giuridica.

È stata rivista, pertanto, la scelta operata dal vecchio codice processuale di stabilire in via preventiva i casi di irripetibilità sopravvenuta dell'atto[39], in modo da evitare l'introduzione di elencazioni tassative che avrebbero rischiato di irrigidire eccessivamente il sistema.

Anche se, per quel che concerne le prove dichiarative, il coordinamento sistematico tra l'art. 512 c.p.p. ed i casi di impossibilità di ottenere la deposizione del teste diretto ai sensi dell'art. 195, comma 3 c.p.p. consente di ravvisare le ipotesi di impossibilità di ripetizione rilevanti – le quali, trasferite sul terreno delle valutazioni *ex ante* proprie dell'incidente probatorio, divengono altrettante ipotesi di indifferibilità – in tutte le evenienze che colpiscono la fonte di prova, determinandone la scomparsa o il decesso ovvero compromettendone la capacità fisica o psichica a deporre[40].

Se la morte[41] e l'infermità[42] – quest'ultima da configurare secondo le ne-

---

[39] L'art. 462 c.p.p. abr. prevedeva la possibilità di dare lettura delle deposizioni testimoniali ricevute dal giudice o dal pubblico ministero in sede di istruzione, in caso di morte o assenza dal Regno, irreperibilità o inabilità.

[40] In questi termini v. Cesari, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., 128, secondo la quale il disposto dell'art. 392 c.p.p. costituisce uno strumento ermeneutico ambiguo al fine di ricostruire i casi concreti di impossibilità di ripetizione in quanto esso offre uno spettro più ampio di garanzia alle prove in pericolo, essendo diretto a preservare non soltanto il mezzo di prova in sé, nei casi in cui è a rischio la possibilità di acquisirlo in dibattimento, ma anche l'attendibilità del risultato cognitivo cui la prova è finalizzata. Prospetta la possibilità di individuare nelle ipotesi previste dall'art. 392 c.p.p. un criterio identificativo dei fatti e delle circostanze rilevanti *ex* art. 512 c.p.p., invece, Ardita, *La prevedibilità ex art. 512 c.p.p. dei fatti impeditivi della ripetizione della testimonianza in dibattimento. Il caso del minore affetto da grave forma di stress*, in *Cass. pen.*, 2002, 618. La necessità di una lettura coordinata tra gli artt. 512 e 195 c.p.p. è sottolineata anche dalla Corte costituzionale. V., soprattutto, Corte cost., 19 gennaio 1995, n. 20.

[41] V., in particolare, Cass. pen., Sez. I, 22 novembre 2002, n. 2596, secondo la quale la disposizione di cui all'art. 512 c.p.p. è applicabile anche in caso di morte del dichiarante dovuta a suicidio, evento che non può essere equiparato alla volontaria sottrazione all'esame di cui alla disposizione prevista dall'art. 526, comma 1-*bis* c.p.p., la quale presuppone, in ogni caso, la potenziale attuabilità dell'audizione. La massima è stata ribadita, più tardi, da Cass. pen., Sez. I, 7 aprile 2016, n. 13967. Ritiene assimilabile alla morte biologica la dichiarazione di morte presunta, in dottrina, Cesari, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., 131. Circa la possibilità di acquisire, in caso di morte del dichiarane, il verbale di assunzione di informazioni redatto dal difensore ai sensi dell'art. 391-*ter* c.p.p., v. Cass. pen., Sez. III, 27 settembre 2007, n. 40194.

[42] Deve tenersi presente che Corte cost., 19 gennaio 1995, n. 20 ha ritenuto che tra i fatti o circostanze imprevedibili rilevanti ai sensi dell'art. 512 c.p.p. è inclusa un'infermità del teste – da verificarsi sulla base di accertamenti che spetta al giudice del dibattimento valutare – determinante

cessarie puntualizzazioni concettuali di matrice giurisprudenziale[43] – non costituiscono evenienze pregiudicanti rispetto alle quali si sono poste particolari difficoltà interpretative – anche se, correttamente, è stato osservato che la seconda offre al giudicante più ampi margini di discrezionalità[44] – più di un interrogativo ha posto l'ipotesi costituita dall'irreperibilità.

Siffatta figura normativa, che in relazione alla figura del testimone deve essere ricostruita necessariamente in via interpretativa[45], riguardata rispetto alle esigenze di tipizzazione interne all'art. 512 c.p.p. si traduce nell'impossibilità di rintracciarlo al fine di ottenerne la comparizione in dibattimento[46].

---

un'assoluta amnesia sui fatti di causa. Paventava il rischio di una indebita estensione del concetto di irripetibilità sulla base dell'indirizzo interpretativo espresso dalla Corte, giungendo a ricondurvi anche la mera difficoltà di ricordare i fatti, Buzzelli, *Le letture dibattimentali*, cit., 94. Successivamente, e opportunamente, la Corte costituzionale ha invece escluso che integri una ipotesi di oggettiva impossibilità di procedere all'assunzione dell'atto la situazione del testimone che afferma di non essere in grado di rispondere perché non ricorda fatti o circostanze riferiti in precedenza. V., per questa significativa presa di posizione, Corte cost. (Ord.), 22 novembre 2001, n. 375.

[43] Secondo la Corte di cassazione, invece, il concetto di impossibilità di ripetizione degli atti, ai sensi dell'art. 512 c.p.p., non è ristretto alla non praticabilità materiale di reiterazione – la quale si verifica, ad esempio, in caso di morte o irreperibilità accertata del teste – ma è estensibile a tutte le ipotesi in cui una dichiarazione non può essere "utilmente assunta" per le peculiari condizioni di salute del soggetto che lo rendono non più escutibile. Sulla base di siffatto principio, la Corte ha ritenuto che uno stato morboso, sia pure avente origine non organica, consistente in una situazione di grave *stress* a seguito di violenze sessuali subite, renda non possibile l'esame diretto dibattimentale del teste per i danni irreversibili che ne potrebbero derivare. V., in questi termini, Cass. pen., Sez. III, 25 settembre 2000, n. 3059. Ma v., anche, Cass. pen., Sez. III, 10 ottobre 2007, n. 40195. In senso critico v., in dottrina, Cavallaro, *L'applicabilità dell'art. 512 c.p.p. al caso in cui la salute psicologica del teste minorenne sia a rischio*, cit., 1067. Per una ulteriore lettura v. Ardita, *La prevedibilità ex art. 512 c.p.p. dei fatti impeditivi della ripetizione della testimonianza in dibattimento. Il caso del minore affetto da grave forma di stress*, cit., 618. Esclude che gli stati emotivi possano incidere sulla leggibilità ai sensi dell'art. 512 c.p.p., in particolare, Cesari, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., 163. In senso inverso sembra orientato, invece, Santalucia, *Appunti in tema di atto irripetibile*, cit., 475.

[44] Cesari, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., 134. Ed infatti, proprio di recente la Suprema Corte ha attribuito rilievo, ai fini della lettura ai sensi dell'art. 512 c.p.p., al « grave pericolo per l'incolumità fisica o psichica di un teste ». V., in particolare, Cass. pen., Sez. III, 5 novembre 2009, n. 4404.

[45] Paulesu, *Irreperibilità del testimone e sopravvenuta irripetibilità delle sue precedenti dichiarazioni*, in *Cass. pen.*, 2005, 3822. Evidenzia la complessità della nozione, mancando un esplicito supporto normativo, a differenza di quanto previsto per l'imputato, Panzavolta, *Le letture di atti irripetibili al bivio tra « impossibilità oggettiva » e « libera scelta »*, cit., 3993.

[46] V., in questa direzione, Cesari, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., 140. Nonché Paulesu, *Irreperibilità del testimone e sopravvenuta irripetibilità delle sue precedenti dichiarazioni*, cit., 3823.

Essa, dunque, comprende sia l'ipotesi in cui non sia possibile effettuare la notificazione della citazione a comparire, sia il caso in cui, effettuata regolarmente quest'ultima, il testimone non compaia e non venga materialmente reperito al fine di procedere ad accompagnamento coattivo ai sensi dell'art. 133 c.p.p.[47].

Il profilo di maggiore problematicità che la qualificazione pone attiene all'entità delle ricerche da effettuare al fine di ritenere integrata la situazione impeditiva in esame, posto che un risalente orientamento riteneva che la sopravvenuta impossibilità di rintracciare il testimone – la quale, ove ricollegabile a fatti o circostanze imprevedibili, consente sul piano effettuale di dare lettura nel dibattimento delle dichiarazioni da questi rese alla polizia giudiziaria, al pubblico ministero o al giudice dell'udienza preliminare – non deve essere assoluta e può liberamente essere apprezzata dal giudice di merito, il quale ha soltanto l'obbligo di motivare le sue decisioni[48].

In applicazione del principio appena enunciato la Suprema Corte ha ritenuto legittimo che in dibattimento fosse data lettura delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari da un testimone il quale, secondo le informazioni fornite dalla polizia giudiziaria, risultava irreperibile, ed ha ritenuto corretta la motivazione circa la non necessità di ulteriori accertamenti al riguardo, alla luce dell'argomentazione secondo cui il concetto di irreperibilità

---

[47] Negli stessi termini v., in dottrina, Cesari, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., 140. Ma v., altresì, Conti, *Irreperibilità volontaria del dichiarante e utilizzabilità delle precedenti dichiarazioni*, in *Dir. pen. e processo*, 2003, 233; Paulesu, *Irreperibilità del testimone e sopravvenuta irripetibilità delle sue precedenti dichiarazioni*, cit., 3823; Panzavolta, *Il testimone irreperibile alla luce dei principi costituzionali*, in *Cass. pen.*, 2003, 3867. V., altresì, Id., *Le letture di atti irripetibili al bivio tra « impossibilità oggettiva » e « libera scelta »*, cit., 3995, ove definisce "teste irreperibile in senso stretto" quello per il quale la citazione non sia andata a buon fine; "teste irreperibile in senso lato" quello regolarmente citato ma non comparso. Ritiene opportuno estendere la rigorosa disciplina prevista per l'irreperibilità dell'imputato dagli artt. 159 e 160 c.p.p. anche al testimone, invece, Renzetti, *Art. 512 c.p.p.: una lettura garantista nel rispetto del principio del contraddittorio*, cit., 147.

[48] Cass. pen., Sez. II, 15 maggio 1996, n. 5495. V., in termini, Cass. pen., Sez. III, 21 maggio 1998, n. 7231; Sez. III, 21 maggio 1998, n. 7231. Ritiene, in contrasto con l'orientamento giurisprudenziale in esame, del tutto insufficiente la mera difficoltà di trovare un testimone, invece, Cesari, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., 142, la quale critica anche la scelta della Suprema Corte, manifestata, tra le altre, in Cass. pen., Sez. V, 3 maggio 1996, n. 8610, di includere nel concetto di irreperibilità del testimone idonea ad impedire l'operatività del divieto di cui all'art. 195, comma 3 c.p.p. non solo la nozione tecnica ricavabile dall'istituto previsto per l'imputato – impossibilità di rintracciare e citare – ma anche l'impossibilità di identificazione, che ne costituisce l'antecedente storico. Il timore, manifestato espressamente, è che la tesi, avanzata con riferimento all'art. 195, comma 3 c.p.p., si riverberi sull'ampiezza della nozione di irreperibilità rilevante ai sensi dell'art. 512 c.p.p.

riferibile al testimone non corrisponde a quello che opera in relazione all'imputato[49].

Seguendo la medesima traccia ermeneutica, la Suprema Corte ha ritenuto che sia legittimo considerare irreperibile un teste – con i conseguenti riflessi sul regime delle letture e dell'utilizzabilità in dibattimento delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari – quando, all'atto della notifica dell'avviso di fissazione dell'udienza, un parente riferisce della sua assenza e dell'impossibilità di reperire la persona interessata[50].

Di recente, però, la Corte ha adottato un indirizzo interpretativo maggiormente attento alle esigenze di salvaguardia dei principi fondamentali del processo accusatorio, chiarendo che l'acquisizione in dibattimento dei verbali di dichiarazioni per sopravvenuta impossibilità di ripetizione è subordinata al rigoroso accertamento dell'irreperibilità del testimone, da ritenere integrata soltanto previo espletamento di accurate ricerche[51].

Da ultimo, infine, la giurisprudenza si è arrestata su una posizione particolarmente garantistica, esigendo l'effettuazione infruttuosa non soltanto delle ricerche previste dall'art. 159 c.p.p. in relazione all'imputato, ma anche di tutti gli accertamenti congrui alla peculiare situazione personale del testimone, come risultante dagli atti processuali, da deduzioni specifiche delle parti o dall'esito dell'istruttoria nel giudizio[52].

Inoltre, la necessità di fare i conti con i principi costituzionali sul giusto processo[53], nella parte in cui consentono di derogare al principio del contrad-

---

[49] Cass. pen., Sez. II, 15 maggio 1996, n. 5495. Secondo Cass. pen., Sez. VI, 20 settembre 1993, Capodicasa, la lettura degli atti assunti nel corso delle indagini preliminari è consentita solo quando sussista una vera e propria impossibilità di ripetizione, cui non può certo essere equiparata la difficoltà di assunzione della prova per la temporanea assenza del testimone dal territorio dello Stato.

[50] Cass. pen., Sez. V, 18 dicembre 1996, n. 1203. Considera, ovviamente in senso critico, "sbrigativa" la pronuncia in discorso, in dottrina, Cesari, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., 141, nt. 49.

[51] V., in particolare, sebbene in relazione al caso del testimone residente all'estero ma con argomentazioni dotate di portata generale, Cass. pen., Sez. un., 25 novembre 2010, n. 27918. In precedenza v., inoltre, Cass. pen., Sez. II, 16 aprile 2010, n. 18669; Cass. pen., Sez. II, 27 maggio 2010, n. 22358; Cass. pen., Sez. II, 18 ottobre 2007, n. 43331.

[52] Così Cass. pen., Sez. VI, 15 giugno 2011, n. 24039. Oltre che, più di recente, Cass. pen., Sez. I, 8 aprile 2016, n. 14243; Cass. pen., Sez. VI, 6 febbraio 2014, n. 16445. Non ritiene necessarie le ricerche *ex* art. 159 c.p.p., trattandosi di un approfondimento finalizzato a garantire il pieno esercizio del diritto di difesa, Daniele, *Principi costituzionali italiani e ingerenze europee in tema di prova dichiarativa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, 1011.

[53] Fa notare, infatti, Renzetti, *Art. 512 c.p.p.: una lettura garantista nel rispetto del principio del contraddittorio*, cit., 141, come « la costituzionalizzazione dei principi sul giusto processo ha

dittorio qualora vi sia un'oggettiva impossibilità di formazione della prova seguendo siffatto metodo, ha imposto di interpretare l'art. 512 c.p.p.[54] anche alla luce dell'art. 526, comma 1-*bis* c.p.p.[55], il quale, come è noto, prevede che la responsabilità dell'imputato non possa essere provata sulla base delle dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'esame[56].

La chiave di lettura che è sul punto sembrava prevalere implicava, quale logica conseguenza, che l'irreperibilità del teste, la quale pure è connessa ad un atto volontario, non determinasse automaticamente l'inutilizzabilità delle precedenti dichiarazioni, ma costituisse un dato neutro che assume valenza ai fini dell'art. 526, comma 1-*bis* c.p.p. solo qualora fosse connotata dalla volontà di sottrarsi all'esame, quest'ultima desumibile o da prova diretta o da presunzione collegata all'avvenuta citazione per il dibattimento[57].

Più tardi, però, la Corte di cassazione ha puntualizzato che ai fini dell'operatività del divieto di cui all'art. 526, comma 1-*bis* c.p.p. non è necessaria la

---

tracciato un percorso esegetico dai cui binari è difficile deviare se si intende rispettare appieno il canone del contraddittorio nella formazione della prova».

[54] La norma, come è noto, non è stata modificata dalla legge di attuazione dei principi costituzionali in tema di giusto processo (l. 1 marzo 2001, n. 63), ma, evidenzia Renzetti, *Art. 512 c.p.p.: una lettura garantista nel rispetto del principio del contraddittorio*, cit., 142, ciò potrebbe essere dovuto al fatto che il legislatore «ha concentrato la propria attenzione su quelle norme che maggiormente sono state colpite da *tourbillons* involutivi diretti a travolgere l'assetto del nuovo processo penale, così come scaturito dalla riforma del 1989».

[55] La necessità di tenere conto della clausola contenuta in tale disposizione è evidenziata, fra gli altri, da Conti, *Irreperibilità volontaria del dichiarante e utilizzabilità delle precedenti dichiarazioni*, cit., 234. V., altresì, Paulesu, *Irreperibilità del testimone e sopravvenuta irripetibilità delle sue precedenti dichiarazioni*, cit., 3818. Mette in rilievo Panzavolta, *Il testimone irreperibile alla luce dei principi costituzionali*, cit., 3867, come l'irreperibilità si situa «al bivio» tra l'impossibilità di acquisire la prova dibattimentale quale deroga al principio del contraddittorio ed il divieto sancito dall'art. 111, comma 4 Cost. e dall'art. 526, comma 1-*bis* c.p.p.

[56] Cass. pen., Sez. II, 18 ottobre 2007, n. 43331. In termini analoghi, poco prima, si era espressa Cass. pen., Sez. I, 29 marzo 2007, n. 18848; nonché Sez. I, 20 giugno 2006, n. 23571. Ripercorre le tappe dell'evoluzione giurisprudenziale in materia, sia pure in relazione ad un arco di tempo di poco antecedente a quello in cui si collocano le decisione giurisprudenziali appena richiamate, Panzavolta, *Il testimone irreperibile alla luce dei principi costituzionali*, cit., 3866.

[57] Cass. pen., Sez. I, 20 giugno 2006, n. 23571. V., in precedenza, Cass. pen., Sez. VI, 8 gennaio 2003, n. 8384. Rileva Paulesu, *Irreperibilità del testimone e sopravvenuta irripetibilità delle sue precedenti dichiarazioni*, cit., 3823, come ai fini di un costituzionalmente corretto funzionamento del meccanismo, assume rilievo soltanto l'ipotesi di irreperibilità preordinata, non ascrivibile a situazioni di forza maggiore. Nello stesso senso v., inoltre, Renzetti, *Art. 512 c.p.p.: una lettura garantista nel rispetto del principio del contraddittorio*, cit., 145, la quale perviene alla medesima conclusione valorizzando la portata immediatamente precettiva dell'art. 111, comma 4 seconda parte Cost.

prova di una specifica volontà di sottrarsi al contraddittorio, ma è sufficiente la volontarietà dell'assenza del dichiarante, determinata da una qualsiasi scelta libera, ossia non inficiata da elementi esterni[58].

La non addebitabilità dell'impossibilità di ripetizione a fattori impeditivi esterni alla fonte di prova – situazione, questa, implicante una libera scelta, ossia un'opzione non coartata o condizionata da condotte illecite altrui – diviene, così, un elemento essenziale che incide sul regime di utilizzabilità dell'atto ma che, allo stesso tempo, si colloca all'esterno della fattispecie acquisitiva[59], la quale si completa, come si avrà modo di vedere, in virtù della ricorrenza del requisito ulteriore costituito dalla non attribuibilità alla parte processuale che chiede la lettura in virtù del combinato disposto degli artt. 111 Cost., comma 5 c.p.p. e 512 c.p.p.[60].

Ne segue, come logico corollario, che la situazione di irreperibilità del dichiarante andrebbe accertata volta per volta ed in concreto, rivelandosi costituzionalmente eccepibile qualsiasi tentativo di accreditare figure di irreperibilità intrinseche ad un particolare *status* del dichiarante[61].

---

[58] Cass. pen., Sez, II, 16 gennaio 2015, n. 1945.

[59] Ma v., in senso critico rispetto a siffatta ricostruzione, Panzavolta, *Le letture di atti irripetibili al bivio tra « impossibilità oggettiva » e « libera scelta »*, cit., 3986, ove la disposizione codicistica viene severamente censurata in quanto ritenuta di utilità « pressoché pari a zero », siccome destinata ad operare in un nucleo risibile di ipotesi. Il presupposto argomentativo, sviluppato poco prima, è che la libera scelta neutralizzi a priori l'operatività del meccanismo acquisitivo disciplinato dall'art. 512 c.p.p.

[60] Così, fra i tanti, Renzetti, *Art. 512 c.p.p.: una lettura garantista nel rispetto del principio del contraddittorio*, cit., 145. Per quel che concerne il profilo inerente l'efficacia dell'elemento di prova formato al di fuori del contraddittorio ed acquisito ai sensi dell'art. 512 c.p.p., invece, la giurisprudenza di legittimità si è, di recente, uniformata all'orientamento da tempo espresso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in punto di interpretazione dell'art. 6 CEDU, precisando che l'art. 526, comma 1-*bis* c.p.p. impedisce al giudice di fondare il giudizio di colpevolezza dell'imputato in via esclusiva o determinante su siffatti elementi. V., per esempio, Cass. pen., Sez. III, 15 giugno 2010, n. 27582; Cass. pen., Sez. I, 6 maggio 2010, n. 20254; Cass. pen., Sez. I, 23 settembre 2009, n. 44158. Si muove lungo una diversa prospettiva, la quale trae direttamente dall'art. 6 CEDU la norma specifica e dettagliata applicabile in via diretta e sul piano generale nel nostro ordinamento, Cass. pen., Sez. un., 25 novembre 2010, n. 27918. Per un'analisi di siffatti profili, presi in esame dalla sentenza appena citata, v. Silvestri, *Le Sezioni unite impongono rigore per l'acquisizione e l'utilizzazione delle dichiarazioni predibattimentali rese senza contraddittorio da persona residente all'estero*, in *Cass. pen*., 2012, 872.

[61] V., per questo rilievo, Paulesu, *Irreperibilità del testimone e sopravvenuta irripetibilità delle sue precedenti dichiarazioni*, cit., 3824, il quale richiama il filone giurisprudenziale che ha considerato legittima la lettura delle dichiarazioni da una cittadina straniera, entrata clandestinamente nel territorio dello Stato e dedita alla prostituzione. In giurisprudenza v., per tutte, Cass. pen., Sez. un., 25 novembre 2010, n. 27918.

Infine, la Corte di cassazione ha offerto ulteriori chiarimenti in relazione a due punti nevralgici del complesso meccanismo delineato dall'art. 512 c.p.p., precisando innanzitutto che l'onere di provare sia il carattere imprevedibile che quello oggettivo dell'impossibilità di assumere l'esame testimoniale incombe sulla parte che richiede la lettura delle dichiarazioni rese dal teste durante le fasi antecedenti al dibattimento[62]

Conclusione, questa, che appare di tutta evidenza contraddittoria rispetto all'ipotizzato inquadramento dei rapporti tra l'art. 512 c.p.p. e la norma di chiusura contenuta nell'art. 526, comma 1-*bis* c.p.p., posto che quel sistema relazionale non può, per ragioni di coerenza sistematica, che determinare un frazionamento dell'onere della prova, distribuendolo tra la parte che intende avvalersi della fattispecie acquisitiva e quella che, invece, pretende di attivare il correlato divieto di utilizzazione[63].

In secondo luogo, ha puntualizzato che la valutazione della non ripetibilità dell'atto o delle dichiarazioni che ne legittima la lettura, ai sensi dell'art. 512 c.p.p., anche se demandata in via esclusiva al libero convincimento del giudice di merito, deve essere ispirata a criteri di rigore e di logicità in quanto rappresenta una rilevante eccezione al principio di oralità del dibattimento[64].

4. *La modificazione dell'oggetto quale fattore pregiudicante la rinnovazione di atti d'indagine.*

L'art. 392, comma 1 lett. f) c.p.p., come già detto, dispone che nel corso delle indagini preliminari il pubblico ministero e la persona sottoposta alle indagini possono chiedere al giudice che si proceda con le forme dell'incidente probatorio all'effettuazione di una perizia[65] o di un esperimento giudiziale[66],

---

[62] Cass. pen., Sez. III, 8 luglio 2004, n. 38682. Sull'onere della prova in ordine alla natura dei fattori impeditivi, ai fini del perfezionamento del requisito dell'addebitabilità dell'assenza, v. Cass. pen., Sez. III, 2 marzo 2010, n. 12634. Nonché, più di recente, Cass. pen., Sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 12374.

[63] Panzavolta, *Le letture di atti irripetibili al bivio tra « impossibilità oggettiva » e « libera scelta »*, cit., 3991.

[64] Cass. pen., Sez. III, 14 aprile 2004, n. 24195. Di recente v., altresì, Cass. pen., Sez. II, 16 giugno 2009, n. 29949.

[65] V., in relazione a siffatto mezzo di prova, Rivello, *Perito e perizia*, in *Dig. disc. pen.*, IX, 469; Varraso, *La prova tecnica*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, II, *Prove e misure cautelari*, t. 1, *Le prove*, Milanofiori Assago, 2009, 225.

[66] Per un'analisi dell'istituto v., fra gli altri, Barone, *Esperimento giudiziale*, in *Dig. disc. pen.*, IV, 336; Id, *Esperimenti giudiziali*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, 604. Di recente, inoltre, v. Varraso, *La prova tecnica*, cit., 313; Allegro, *Esperimento giudiziale*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. III, 447.

se la prova riguarda una persona, una cosa o un luogo il cui stato è soggetto a modificazione non evitabile.

Mancando siffatto requisito, ovviamente, l'acquisizione corrispondente avverrà mediante l'attivazione di un atto di indagine preliminare[67] – consulenza tecnica ovvero, per quel che concerne l'esperimento giudiziale, un atto atipico – i cui esiti, se rilevanti, dovrebbero indurre la parte a sollecitare l'attivazione del corrispondente mezzo di prova.

Se però, del tutto imprevedibilmente, l'atto diviene irripetibile la documentazione del corrispondente atto di indagine si presta all'operazione acqusitiva disciplinata dall'art. 512 c.p.p..

E, si badi, trattandosi di prove di natura composita l'impossibilità può concernere sia le operazioni materiali di accertamento e rilievo che incidano su un oggetto oramai compromesso, sia l'apporto valutativo del consulente di parte il quale, pronunciatosi in fase di indagine, non sia più in condizioni di deporre in giudizio[68].

L'art. 392 c.p.p., che abbiamo visto costituire il referente normativo fondamentale ai fini della realizzazione di un solido legame tra atti investigativi non dichiarativi, non offre particolari indicazioni al fine di individuare la qualità o il grado di incidenza dell'evento modificativo sull'oggetto della prova, limitandosi a precisare che deve trattarsi di una modificazione "non evitabile".

Ed allora, dovendo l'interprete farsi carico del problema ermeneutico in questione, si può dire che in relazione all'esperimento giudiziale è possibile trarre un utile elemento ricostruttivo dall'orientamento giurisprudenziale secondo cui esso può essere disposto solo quando sia possibile riprodurre il fatto oggetto della prova "nelle condizioni in cui si afferma o si ritiene essere avvenuto", in quanto l'impossibilità di una sua ricostruzione in termini di sostanziale identità rispetto ai dati di riferimento rende del tutto inutile, se non addirittura fuorviante ai fini del giudizio, la verifica attuata mediante controllo sperimentale, con la conseguenza che non può disporsi un'operazione di cui già

---

[67] Secondo Cordero, *Procedura penale*, cit., 778, l'esperimento giudiziale non può essere effettuato nel corso delle indagini preliminari se non con le forme dell'incidente probatorio. Negli stessi termini v., inoltre, Varraso, *La prova tecnica*, cit., 315. Le ragioni di siffatta preclusione sono chiarite da Allegro, *Esperimento giudiziale*, cit., 450. In senso contrario v., invece, Cesari, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., 168, nt. 89. V., inoltre, Barone, *Esperimenti giudiziali*, cit., 605.

[68] Cesari, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., 165, la quale fa notare come, in quest'ultima ipotesi si versa in caso di sopravvenuta impossibilità di ripetizione della testimonianza.

preventivamente si conosca l'inutilizzabilità del risultato come mezzo di prova[69].

L'impossibilità di ricostruire il fatto in termini di identità rispetto ai dati di riferimento costituisce una circostanza neutralizzante che risulta integrata dalla modificazione di uno qualsiasi degli elementi caratterizzanti l'ipotetica ricostruzione dell'accadimento che abbia un'incidenza tale da rendere non più adeguabile ad essa la situazione attuale[70].

Se essa è prevedibile fin dal momento in cui si prospetta, in fase d'indagine, la rilevanza dell'operazione, la parte interessata non può fare altro che attivarsi al fine di provocare l'assunzione dell'atto mediante le forme dell'incidente probatorio, rimanendo altrimenti definitivamente compromessa la possibilità di fare valere la relativa risultanza in sede processuale.

Per quel che riguarda la consulenza tecnica, invece, oltre che nel caso di distruzione fisica del reperto al tempo del giudizio, si determina una situazione di non reiterabilità nei casi di sopravvenuta verificazione di fatti tali da incidere sull'oggetto dell'atto investigativo in modo da rendere impossibile un'attendibile effettuazione del corrispondete atto probatorio[71].

Si tratta, come è ovvio ed intuitivo, di aree di problematicità significative poiché implicanti valutazioni che si prestano ad incidere sulle potenzialità probatorie future di un atto d'indagine.

Ed infatti, in tema di acquisizioni probatorie dibattimentali, ha precisato emblematicamente la Corte di cassazione che quando, nel corso delle indagini preliminari, è stata eseguita una consulenza tecnica disposta senza l'intervento della difesa ed in condizioni di ripetibilità, il giudice del dibattimento – e, successivamente, il giudice di appello – è tenuto a disporre perizia qualora non si sia, nel frattempo, verificata una imprevedibile irripetibilità sopravvenuta, in mancanza non potendo, le acquisizioni conseguite con l'atto investigativo, essere riversate nel dibattimento e valutate come prova[72].

Negli stessi termini, in epoca meno risalente, è stato affrontato il tema dell'accertamento tecnico sul "dna" eseguito dalla polizia giudiziaria nel corso delle indagini preliminari ai sensi dell'art. 348 c.p.p.

---

[69] Cass. pen., Sez. II, 27 gennaio 1995, n. 2380.

[70] V., per questa sottolineatura, Cesari, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., 166.

[71] Come avviene, fa notare a titolo esemplificativo Cesari, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., 166, nel caso dell'analisi su campioni di sostanza stupefacente deterioratisi in maniera tale da non permettere di stabilire la quantità di principio attivo.

[72] Cass. pen., Sez. IV, 21 maggio 1998, n. 8217. V., inoltre, Cass. pen., Sez. VI, 30 ottobre 1995, n. 61, secondo cui un accertamento tecnico eseguito dalla polizia giudiziaria ed integrante atto ripetibile non può esser acquisito ed utilizzato per la decisione.

Infatti, la Suprema Corte ha stabilito che i risultati dell'atto d'indagine non possono essere utilizzati per la decisione a norma dell'art. 512 c.p.p. qualora l'analisi comporti una modificazione irreversibile delle cose oggetto di analisi e manchi il requisito della irripetibilità determinata da fatti e circostanze imprevedibili[73].

Sia pure incidentalmente, la Corte ha chiarito che l'accertamento, per essere acquisito al fascicolo del dibattimento, avrebbe dovuto essere eseguito sulla base delle disposizioni di cui agli art. 360 e 117 disp. att. c.p.p.[74].

5. *L'imprevedibilità del fattore impeditivo della rinnovazione quale spartiacque tra doveri di acquisizione garantita e forme unilaterali di utilizzazione.*

Il requisito centrale della meccanica acquisitiva delineata dall'art. 512 c.p.p. è costituito dall'imprevedibilità della situazione pregiudicante la rinnovazione dell'atto investigativo[75], non ricorrendo il quale si verifica una situazione di programmabilità dell'operazione acquisitiva di elementi di prova e, quindi, l'obbligo di procedere mediante la forma garantita dell'incidente probatorio.

La lettura dell'atto compiuto nella fase pregressa, cioè, è consentita soltanto quando l'impossibile reiterazione dibattimentale di esso trae origine da fatti o circostanze imprevedibili: essendo stati prevedibili i secondi, diviene impraticabile la prima in ragione dell'omessa attivazione della – ben più complessa – procedura disciplinata dagli artt. 392 ss. c.p.p.

La previsione del requisito in discorso – definito, in dottrina, sfuggente ed oscuro[76] – è legata alla necessità di assicurare un corretto impiego della

---

[73] Cass. pen., Sez. I, 14 febbraio 2002, n. 11886.

[74] Cass. pen., Sez. I, 14 febbraio 2002, n. 11886.

[75] Rileva correttamente Cesari, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., p. 177, come l'imprevedibilità « viene a costituire un attributo qualificante dell'irripetibilità della prova che fonda la lettura *ex* art. 512 c.p.p. ».

[76] Iacoviello, *Contro l'attuale teoria degli atti irripetibili*, cit., 3002, secondo il quale nell'ambito dell'art. 512 c.p.p. l'imprevedibilità pone in crisi la razionalità, e quindi la costituzionalità, della norma. Da più parti, in dottrina, è stata lamentata l'eccessiva elasticità del presupposto dell'imprevedibilità. V., tra i tanti, Illuminati, *Il nuovo dibattimento: l'assunzione diretta delle prove*, cit., 360; Ubertis, *Giudizio di primo grado*, in *Dig. disc. pen.*, V, 535; nonché Taormina, *Il regime della prova nel processo penale*, cit., 465, per il quale la norma, mediante la previsione di siffatto requisito, « continua ad aggiungere vuoto su vuoto ». Sulla conformità ai principi costituzionali di siffatto presupposto, quale ipotesi specificativa del requisito costituzionale dell'oggettività dell'impossibilità *ex* art. 111, comma 5 Cost., v., in dottrina, Panzavolta, *Le letture di atti irripetibili al bivio tra « impossibilità oggettiva » e « libera scelta »*, cit., 3983. Ma anche Renzetti, *Art. 512 c.p.p.:*

norma, neutralizzando il rischio di distorsioni utilizzative, ossia di pratiche funzionali all'elusione delle garanzie connesse all'acquisizione mediante le forme dell'incidente probatorio.

« Il meccanismo delle letture » – è stato osservato in ambito dottrinario – « in assenza di questo presupposto specifico, potrebbe essere attivato dalle parti per consentire l'acquisizione tardiva di elementi formati unilateralmente, malgrado esistessero, in fase di indagine, i presupposti per l'esperimento dell'incidente, che ne avrebbe consentito l'assunzione in contraddittorio »[77].

Infatti, nella relazione al progetto preliminare venne prospettato il pericolo che l'art. 505 prog. prel., ascendente dell'attuale art. 512 c.p.p., potesse essere usato dopo avere accuratamente evitato l'alea dell'incidente probatorio, ritenendosi che "[m]anovre del genere [sarebbero state], però, facilmente scoperte se l'impossibilità di ripetere l'atto al dibattimento fosse stata prevedibile nel corso delle indagini preliminari"[78].

In ogni caso, al fine di raggiungere un maggiore equilibrio tra le esigenze della ricerca della verità materiale, da un lato, e del diritto della difesa di partecipare alla costituzione della prova, dall'altro, era stato proposto, nel corso dei lavori preparatori, di aggiungere alla norma descrittiva della fattispecie acquisitiva una regola di giudizio che imponesse al giudice di valutare, appunto, l'atto d'indagine irripetibile secondo il suo prudente apprezzamento ovvero, recuperando la formula dell'art. 192, comma 3 c.p.p., unitamente alle prove ed agli indizi che ne confermassero l'attendibilità[79].

---

una lettura garantista nel rispetto del principio del contraddittorio, cit., 145. Sottolinea Cesari, *Dichiarazioni irripetibili e metodo dialettico: i problemi di una coesistenza difficile*, cit., 249, come il requisito « può plausibilmente essere lett[o] come connotato indispensabile di quella impossibile realizzazione del contraddittorio che legittima la lettura degli atti di indagine in dibattimento ». Ritiene l'imprevedibilità un requisito costituzionalmente non imposto, ma nemmeno interdetto, Paulesu, *Irreperibilità del testimone e sopravvenuta irripetibilità delle sue precedenti dichiarazioni*, cit., 3821.

[77] Cesari, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., 177. Sottolinea l'importanza del profilo dell'imprevedibilità nell'ottica impeditiva di eventuali abusi delle parti diretti ad eludere il ricorso all'incidente probatorio, altresì, Cavallaro, *L'applicabilità dell'art. 512 c.p.p. al caso in cui la salute psicologica del teste minorenne sia a rischio*, cit., 1065. V., inoltre, Falato, *L'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari: sistemi di « recupero »*, cit., 1821.

[78] Conso, Grevi, Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati*, IV, *Il progetto preliminare del 1988*, cit., 1149.

[79] Così il parere espresso dalla Corte di cassazione, in Conso, Grevi, Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati*, IV, *Il progetto preliminare del 1988*, cit., 1149.

Il sospetto che l'art. 512 c.p.p. potesse costituire un'occasione per snaturare il modello processuale appena elaborato era, come può notarsi, latente e il requisito dell'imprevedibilità avrebbe dovuto costituire lo strumento precauzionale necessario e sufficiente rispetto ai rischi di degenerazione del sistema, salvaguardando l'effettività di un istituto – l'incidente probatorio – altrimenti destinato al sicuro fallimento.

Ovvio infatti che, per potere funzionare, un meccanismo di recupero di atti investigativi che sia incentrato sull'imprevedibilità necessiti della predisposizione di uno strumento che consenta l'acquisizione anticipata della prova tutte le volte in cui si prospetti una vicenda idonea a rendere prevedibile l'operare di un fattore pregiudicante l'attivazione degli ordinari strumenti formativi della prova in dibattimento.

Siffatto strumento è stato individuato, come tutti sanno, nell'incidente probatorio, meccanismo « funzionale al recupero anticipato di prove che, normalmente ripetibili in dibattimento, minaccino – per ragioni visibili *ex ante* – di non esserlo più »[80].

La previsione di una fattispecie acquisitiva fondata sul carattere imprevedibile della causa dell'irripetibilità completa e rende coerente lo schema legislativo complessivo: « L'assenza di tali ragioni » – infatti – « comporta l'inserimento degli atti di indagine nel fascicolo del pubblico ministero, salvo successivo recupero mediante lettura quando, imprevedibilmente, le evenienze negative per ovviare alle quali l'incidente probatorio è stato congegnato, si siano comunque verificate »[81].

Posto che il controllo dei presupposti legittimanti la lettura *ex* art. 512 c.p.p. deve essere effettuato dal giudice dibattimentale[82], il criterio di valuta-

---

[80] Cesari, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., 78. Evidenzia Panzavolta, *Le letture di atti irripetibili al bivio tra « impossibilità oggettiva » e « libera scelta »*, cit., 3977, come l'imprevedibilità costituisca l'elemento « che mette in sinergia l'istituto in questione con l'incidente probatorio ». V., inoltre, Fanuele, *L'irripetibilità sopravvenuta delle dichiarazioni in precedenza acquisite: l'« accertata impossibilità di natura oggettiva » giustifica una deroga al principio del contraddittorio nella formazione della prova*, cit., 1522, la quale pone in rilievo la funzione antielusiva del requisito dell'imprevedibilità rispetto all'istituto dell'incidente probatorio.

[81] Cesari, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., 78. La coerenza del sistema è messa in evidenza, altresì, da Panzavolta, *Le letture di atti irripetibili al bivio tra « impossibilità oggettiva » e « libera scelta »*, cit., 3977, per il quale è ovvio che l'art. 392 c.p.p. definisca, con la sua casistica, un ulteriore limite negativo all'operatività dell'art. 512 c.p.p.

[82] Sottolinea la necessità che siffatta verifica sia effettuata con il « massimo rigore », in considerazione del fatto che l'art. 512 c.p.p. costituisce una norma derogatrice dei principi fondamentali del processo accusatorio, Ichino, *Gli atti irripetibili e la loro utilizzabilità dibattimentale*, cit., 157.

zione della ricorrenza del dato costitutivo dell'irripetibilità è stato individuato nella metodologia della c.d. "prognosi postuma".

L'operazione logica alla quale è chiamato il giudice presuppone, cioè, che questi « si cali nei panni del richiedente, si riporti ad un dato momento del passato e, tenendo conto delle circostanze di fatto allora note o conoscibili, stabilisca se l'evento che ha reso impossibile la ripetizione dell'atto si sarebbe potuto ragionevolmente prevedere »[83].

Se sul punto concernente il ricorso alla metodologia valutativa della prognosi postuma non sono riscontrabili contrasti in dottrina[84] ed in giurisprudenza[85], ha dato luogo a diversità di vedute, al contrario, l'individuazione dell'orizzonte temporale entro il quale dovrebbe dispiegarsi il giudizio propedeutico all'attivazione del meccanismo previsto dall'art. 512 c.p.p.

Infatti, secondo un primo orientamento, ai fini dell'operatività del disposto di cui all'art. 512 c.p.p., l'imprevedibilità dovrebbe essere valutata dal giudice con riferimento alle conoscenze di cui la parte poteva disporre fino alla scadenza del termine entro il quale avrebbe potuto chiedere l'incidente probatorio[86].

Diversamente, invece, si è ritenuto che la valutazione circa la prevedibilità dell'evento che impedisce la ripetizione dell'atto deve essere compiuta dal giudice di merito[87] con riguardo al tempo in cui l'atto stesso è stato assunto e, ovviamente, tenendo conto della concreta situazione esistente in siffatto momento, la quale deve essere tale da rendere probabile, secondo l'*id quod ple-*

---

[83] Cesari, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., 178. Ma v., altresì, Id., *Dichiarazioni irripetibili e metodo dialettico: i problemi di una coesistenza difficile*, cit., 243. Con limpidezza, Panzavolta, *Le letture di atti irripetibili al bivio tra « impossibilità oggettiva » e « libera scelta »*, cit., 3978, delinea il meccanismo nei termini per cui il giudice del dibattimento deve idealmente riportarsi al momento delle indagini preliminari in cui sarebbe stato alternativamente possibile esperire l'incidente probatorio per valutare se fosse stato probabile l'intervento dei fattori che avrebbero reso l'atto irripetibile.

[84] V., oltre agli autori già citati, Buzzelli, *Le letture dibattimentali*, cit., 82; Bassi, *Alcune riflessioni in materia di atti irripetibili alla luce della novella n. 356/92*, cit., 2115; Ichino, *Gli atti irripetibili e la loro utilizzabilità dibattimentale*, cit., 157; Paulesu, *Irreperibilità del testimone e sopravvenuta irripetibilità delle sue precedenti dichiarazioni*, cit., 3821; Fanuele, *L'irripetibilità sopravvenuta delle dichiarazioni in precedenza acquisite: l'« accertata impossibilità di natura oggettiva » giustifica una deroga al principio del contraddittorio nella formazione della prova*, cit., 1523.

[85] V., infatti, solo per citare le prese di posizione più recenti, Cass. pen., Sez. III, 13 febbraio 2007, n. 25110; Sez. II, 18 ottobre 2007, n. 43331; Sez. III, 28 settembre 2004, n. 41278.

[86] Cass. pen., Sez. III, 13 febbraio 2007, n. 25110.

[87] Essa, ovviamente, deve essere sorretta da motivazione adeguata e conforme alle regole della logica. Così, fra le tante, Cass. pen., Sez. III, 28 settembre 2004, n. 41278.

rumque accidit, l'intervento di fattori incidenti negativamente sulla ripetibilità[88].

Molto più ambiguamente, infine, un ulteriore orientamento ha individuato nelle indagini preliminari l'arco temporale di riferimento della valutazione attinente alla prevedibilità[89].

In ogni caso, il giudizio di prevedibilità o di imprevedibilità del fatto pregiudicante non deve basarsi su possibilità o evenienze astratte ed ipotetiche, ma su argomenti concreti che lascino pronosticare, secondo l'esperienza corrente, la praticabilità degli strumenti probatori dibattimentali[90].

Come è intuibile, il requisito dell'imprevedibilità e la sua concreta configurazione concorrono ad espandere, ovvero a restringere, gli ambiti di ricorribilità alla procedura disciplinata dall'art. 512 c.p.p. e, per converso, a modellare il perimetro del dovere di instaurare la concorrente dinamica incidentale.

Essendo la valutazione giudiziale del requisito soltanto successiva tutte le volte in cui si pone un problema di attivabilità del meccanismo delineato dalla norma, è chiaro che il connotato si presta ad essere variamente manipolato da un giudice che, compulsato ai sensi dell'art. 512 c.p.p., dovesse apparire particolarmente attento alle esigenze di conservazione di dati conoscitivi altrimenti suscettibili di dispersione.

---

[88] V., in questi termini e tra le più recenti, Sez. III, 28 settembre 2004, n. 41278. V., inoltre, Cass. pen., Sez. I, 23 gennaio 1995, n. 5168. In dottrina v., fra i tanti, Cavallaro, *L'applicabilità dell'art. 512 c.p.p. al caso in cui la salute psicologica del teste minorenne sia a rischio*, cit., 1065; Fanuele, *L'irripetibilità sopravvenuta delle dichiarazioni in precedenza acquisite: l'« accertata impossibilità di natura oggettiva » giustifica una deroga al principio del contraddittorio nella formazione della prova*, cit., 1522; Bassi, *Alcune riflessioni in materia di atti irripetibili alla luce della novella n. 356/92*, cit., 2115; Cesari, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., 195, la quale motiva il proprio assunto, oltre che alla luce del richiamo contenuto nell'art. 513 c.p.p., sulla base di argomenti di ordine pratico (« è sconsigliabile gravare le parti dell'onere di seguire passo per passo l'evoluzione delle indagini, per verificare che non sopraggiungano ragioni tali, da modificare l'iniziale prognosi di ripetibilità degli atti compiuti ») oltre che sui lavori preparatori (« A conforto di questa tesi può addursi anche l'intervenuta modifica del testo normativo nel passaggio dal progetto preliminare al testo definitivo del codice: l'art. 505 del progetto (l'attuale art. 512 c.p.p.), infatti, faceva espressa menzione di fatti e circostanze "imprevedibili durante lo svolgimento delle indagini preliminari". La caduta dell'inciso esplicativo potrebbe essere motivata proprio dall'intenzione di racchiudere l'accertamento entro margini cronologici più ristretti »).

[89] Cass. pen., Sez. II, 18 ottobre 2007, n. 43331. V., tra le più risalenti, Cass. pen., Sez. I, 11 novembre 1992, Betancor.

[90] Cass. pen., Sez. I, 11 novembre 1992, Betancor. In dottrina v., in relazione alla necessità che il controllo sulla pronosticabilità dell'evento impeditivo prenda a riferimento fattori concreti e specifici e non ipotesi astratte, non potendosi pretendere dalle parti illazioni su ogni possibile evenienza, prescindendo dagli elementi fattuali a loro disposizione, Cesari, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., 180.

La prevedibilità costituisce un elemento di fattispecie fluido il quale, in assenza di dati di fatto correlati a solidi supporti probatori, diviene variamente modellabile a seconda dell'orientamento culturale, del patrimonio di valori e della visione sistematica del giudicante.

Eppure, è su questo dato che l'incidente probatorio gioca la propria partita.

CAPITOLO TERZO

I CASI DI INCIDENTE PROBATORIO (ART. 392, COMMA 1 C.P.P.)

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La testimonianza nell'ipotesi prevista dall'art. 392, comma 1 lett. a) c.p.p. – 3. La testimonianza nell'ipotesi prevista dall'art. 392, comma 1 lett. b) c.p.p. – 4. L'esame della persona sottoposta alle indagini e dell'imputato in procedimento connesso. – 5. Il confronto. – 6. La perizia e l'esperimento giudiziale. – 7. La ricognizione.

1. *Introduzione.*

Come si è già avuto modo di rilevare, l'introduzione di un istituto finalizzato all'assunzione in via anticipata della prova non rinviabile è stato accompagnato da una significativa dose di timori e le riserve[1], fattori i quali si sono posti alla base della diffusissima tendenza a sottolineare il carattere eccezionale di esso e, parimenti, hanno indotto alla predisposizione di una rigida disciplina, soprattutto sul versante della puntuale definizione dei presupposti di ammissibilità.

Come già detto dalla dottrina più avveduta, « [p]roprio all'insegna del paradigma della non rinviabilità al dibattimento e, dunque, a tutela di una – qui fisiologica – esigenza di non dispersione dell'elemento di prova, si strutturava il nocciolo duro dell'incidente probatorio nel suo impianto d'origine, allocato nel primo volto dell'art. 392 comma 1 c.p.p. »[2].

Il legislatore, però, proprio sulla scorta dei timori e delle riserve ombreggianti sull'istituto, non si è limitato a prevedere, quale condizione indispensabile di proponibilità del rimedio istruttorio, la generica connotazione di non rinviabilità al dibattimento della prova, ma, al fine di restringere quanto più possibile i margini di discrezionalità del giudice per le indagini preliminari, ha puntualizzato il concetto trasmesso dal legislatore delegante mediante la previsione di tassatività[3] della catalogazione dei mezzi di prova suscettibili di pre-

---

[1] V., come già detto, Macchia, *L'incidente probatorio*, cit., 1600; Quaglierini, *Le modifiche in tema di incidente probatorio*, cit., 210; Piattoli, *Incidente probatorio*, cit., 399; Lozzi, *Indagini preliminari, incidenti probatori e udienza preliminare*, cit., 1285; Bargis, *L'incidente probatorio*, cit., 1350; Di Chiara, *Incidente probatorio*, cit., 547; La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 559.

[2] Di Chiara, *Incidente probatorio*, cit., 547.

[3] Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 7; Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 51; Di Chiara, *Incidente probatorio*, cit., 547.

ventiva acquisizione e la rigida predeterminazione delle situazioni di fatto legittimanti l'instaurazione della procedura acquisitiva anticipata.

« Si è ritenuto » – è stato detto nel corso dei lavori preparatori – « di dover passare da una enunciazione generica alla enucleazione si specifiche ipotesi proprio per adempiere alla prescrizione del legislatore delegante, scongiurando così – nei limiti possibili – il pericolo che l'uso dell'istituto esorbiti dall'eccezionalità »[4].

Ed infatti, come già visto, la disposizione contenuta nell'art. 392, comma 1 c.p.p. prevedeva, nella sua originaria formulazione, che nel corso delle indagini preliminari[5] il pubblico ministero e la persona sottoposta alle indagini – unici soggetti legittimati al riguardo – potessero chiedere al giudice per le indagini preliminari di procedere con incidente probatorio[6]:

a. all'assunzione della testimonianza di una persona, quando vi è fondato motivo di ritenere che la stessa non potrà essere esaminata nel dibattimento per infermità o altro grave impedimento;

b. all'assunzione di una testimonianza quando, per elementi concreti e specifici, vi è fondato motivo di ritenere che la persona sia esposta a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità affinché non deponga o deponga il falso;

c. all'esame della persona sottoposta alle indagini su fatti concernenti la responsabilità di altri, quando ricorre una delle circostanze previste dalle lettere a) e b);

d. all'esame delle persone indicate nell'art. 210 c.p.p., quando ricorre una delle circostanze previste dalle lettere a) e b);

---

[4] Conso, Grevi, Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalla legge delega ai decreti delegati*, IV, *Il progetto preliminare del 1988*, cit., 913.

[5] Come già anticipato, la Corte costituzionale, con la sentenza 10 marzo 1994, n. 77, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 392 e 393 c.p.p., nella parte in cui non consentono che, nei casi previsti dalla prima di tali disposizioni, l'incidente probatorio possa essere richiesto ed eseguito anche nella fase dell'udienza preliminare.

[6] I compilatori del codice processuale – mettono in rilievo, mediante il richiamo della relazione al progetto preliminare, Conso, Grevi, Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalla legge delega ai decreti delegati*, IV, *Il progetto preliminare del 1988*, cit., 913 – hanno ricondotto a quattro tipologie le situazioni in cui le diverse figure di atti probatori individuate dalla legge di delega risultano non rinviabili al dibattimento: la prova che, se differita, vedrebbe sopravvenire l'impossibilità di essere acquisita, la prova esposta ad inquinamento, la prova esposta a modificazione dell'oggetto su cui essa deve vertere e la prova le cui attività di acquisizione non sono compatibili con la concentrazione dibattimentale. La classificazione è ripresa da Galasso, *L'incidente probatorio nel nuovo codice di procedura penale*, cit., 690.

e. al confronto tra persone che in altro incidente probatorio o al pubblico ministero hanno reso dichiarazioni discordanti, quando ricorre una delle circostanze previste dalle lettere a) e b);

f. a una perizia o a un esperimento giudiziale[7], se la prova riguarda una persona, una cosa o un luogo il cui stato è soggetto a modificazione non evitabile;

g. a una ricognizione, quando particolari ragioni di urgenza non consentono di rinviare l'atto al dibattimento.

Il pubblico ministero e la persona sottoposta alle indagini, prevede inoltre l'art. 392, comma 2 c.p.p. con una norma estensiva dei casi di incidente e derogatoria della premessa assiologica che fa da sfondo alle predette ipotesi, possono altresì chiedere una perizia che, se fosse disposta nel dibattimento, ne potrebbe determinare una sospensione superiore a sessanta giorni[8].

Come già detto, nel corso degli anni il legislatore ha modificato l'art. 392 c.p.p., estendendo, mediante l'introduzione e la ripetuta rimodulazione del comma 1-*bis*, l'area di operatività dell'incidente probatorio a diverse ipotesi espressamente svincolate dal presupposto costituito dalla non rinviabilità della prova, contribuendo così alla collocazione dello stesso nell'ambito degli istituti processuali dal carattere multifunzionale.

2. *La testimonianza nell'ipotesi prevista dall'art. 392, comma 1 lett. a) c.p.p.*

L'assunzione della testimonianza mediante l'istituto che ci occupa può avvenire per salvaguardare esigenze di conservazione scaturenti dalla sussistenza di un fondato motivo circa il sopraggiungere di una situazione di inattivabilità differita del mezzo di prova per infermità o altro grave impedimento[9], ovvero

---

[7] Secondo Cordero, *Procedura penale*, cit., 867, deve ritenersi inclusa nel richiamo, sebbene implicitamente, anche l'ispezione, essendo troppo evidente la similitudine tra i due istituti.

[8] « L'art. 392 c.p.p. » – sottolinea Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 55 – « riassume la tipologia di singole ipotesi, la cui integrazione consente alle parti di chiedere al giudice che si proceda con incidente probatorio ».

[9] Fa notare Bargis, *Incidente probatorio*, cit., 348, come l'art. 390 del progetto preliminare non compendiasse l'ipotesi costituita dal grave impedimento, modifica aggiuntiva sopraggiunta in sede di progetto definitivo e ritenuta opportuna « posto che sotto l'etichetta di "grave impedimento" vanno a conglobarsi varie ipotesi di prevedibile non acquisizione dibattimentale della prova ». D'altra parte, rileva Galasso, *L'incidente probatorio nel nuovo codice di procedura penale*, cit., 691, come la proposta di modifica della norma tendesse proprio ad estendere l'ambito di operatività dell'istituto, fermi restando i rigorosi parametri che ne condizionavano l'applicazione. V., rispetto alla necessità di correggere la soluzione ipotizzata in sede di progetto preliminare circa i presupposti applicativi – ove si faceva riferimento ai fattori impeditivi costituiti dalla morte e dall'in-

perche ricorrono elementi concreti e specifici da cui scaturisce il fondato motivo di ritenere che la persona sia esposta a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità affinché non deponga o deponga il falso.

La prima situazione ricorre allorché le condizioni di salute del testimone, come documentate dalla parte interessata alla formazione anticipata della prova, lasciano intravedere il venire meno della fonte di prova in vista del dibattimento[10].

Oltre ai casi di preventivabile decesso della persona interessata, la situazione di infermità rilevante ricorre, altresì, quando sussiste un'alterazione psico-fisica che, sebbene non ritenuta idonea a cagionare la morte, è comunque tale da pregiudicare la futura effettuabilità della deposizione[11].

Secondo taluno, la fattispecie si presterebbe a ricomprendere anche la situazione di prevedibile irripetibilità connessa all'età particolarmente avanzata del testimone, anche se, non ricorrendo in questa evenienza un'infermità in senso stretto, è preferibile collocare l'ipotesi nell'ambito del "grave impedimento"[12].

Così delineati i tratti della fattispecie, correttamente si ritiene che il ricorso all'incidente probatorio sia precluso quando lo stato di infermità ricorrente consenta di prospettare una semplice difficoltà nell'ordinario espletamento dell'esperimento istruttorio, senza che, tuttavia, ne sia pregiudicata l'effettiva realizzazione[13].

Di talché, non pone alcun problema la prevedibile situazione di impossibilità del testimone di recarsi presso la sede del processo a cagione di una patologia che ne pregiudica le capacità di locomozione, potendo in siffatta evenienza applicarsi l'art. 502 c.p.p., il quale delinea, come è noto, i presupposti

---

fermità – le osservazioni espresse, per esempio, dalla Commissione sui maxiprocessi, dalla Facoltà di giurisprudenza di Parma e dal Consiglio dell'ordine degli avvocati di Torino, tutte riprodotte in Conso, Grevi, Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalla legge delega ai decreti delegati*, IV, *Il progetto preliminare del 1988*, cit., 913, ove i presupposti medesimi venivano definiti « eccessivamente rigorosi e non del tutto aderenti allo spirito della delega ».

[10] La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 562. V., inoltre, De Roberto, *Incidente probatorio*, cit., 6.

[11] La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 563. Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 25, richiama le patologie neurologiche che certamente portano ad una degenerazione dei ricordi, compromettendo l'efficacia della testimonianza. L'impostazione è condivisa da Sau, *Art. 392*, cit., 4849.

[12] Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 24.

[13] La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 559. V., inoltre, Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 61, il quale esclude dall'ambito operativo della norma « le mere infermità prive di *vis* ostativa ».

e le modalità operative dell'esame a domicilio di testimoni, periti e consulenti tecnici[14].

In ordine al profilo riguardante i presupposti oggettivi il cui verificarsi consente la deroga all'obbligo di procedere all'esame del teste o del consulente nel luogo in cui si celebra il processo, la norma chiarisce che deve ricorrere una situazione di impossibilità assoluta, tale cioè da non consentire alla persona di spostarsi a cagione di un impedimento che sia destinato a perdurare nel tempo – di talché, anche il differimento dell'udienza per procedere all'esame non potrebbe eliminare questa situazione di oggettiva impossibilità di assumere il mezzo di prova – ovvero che abbia carattere contingente ma sia comunque correlato ad una situazione di particolare urgenza[15].

Poiché l'esame deve svolgersi nel luogo ove si trova il teste ed esso, nella gran parte dei casi, coincide con un luogo di privata dimora, il legislatore ha previsto che l'esame – il cui svolgimento avviene, fatte salve le specifiche deroghe compendiate dall'art. 502, comma 2 c.p.p., secondo le regole generali – avvenga senza la presenza del pubblico e delle parti private, salvo che il giudice, a richiesta dell'interessato, autorizzi l'intervento personale dell'imputato[16].

In ogni caso, le parti sono rappresentate dai difensori.

L'esame a domicilio è disposto, a richiesta di parte[17], tramite ordinanza[18] dal giudice, il quale, a norma dell'art. 477, comma 3 c.p.p., dà comunicazione del giorno, del luogo e dell'ora dell'esame.

---

[14] La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 563; Sau, *Art. 392*, cit., 4849.

[15] V., in dottrina, Adorno, *Assunzione delle prove*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, IV, *Procedimenti speciali. Giudizio. Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, t. 1, *Giudizio. Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, Milanofiori Assago, 2009, 297; Sottani, *Dibattimento (profili pratici)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. III, 358, il quale evidenzia come costituisca una mera irregolarità il ricorso all'art. 502 c.p.p. al di fuori dei casi espressamente previsti; Luerti, *Art. 502 c.p.p.*, in *Atti processuali penali. Patologie, sanzioni, rimedi*, a cura di Spangher, Milanofiori Assago, 2013, 2742. In giurisprudenza, v. Cass. pen., Sez. VI, 2 marzo 2000, n. 6589, secondo la quale il ricorso alla disciplina di cui all'art. 502 c.p.p. deve ritenersi consentito in tutti i casi in cui, anche per ragioni contingenti e occasionali, viene a determinarsi una situazione di impossibilità assoluta (e quindi di legittimo impedimento) del teste a comparire nella pubblica udienza, con l'effetto che, in tale ipotesi, è legittimo escutere il teste nel luogo dove al momento si trova, escludendo la presenza del pubblico e dell'imputato (salvo che quest'ultimo abbia fatto richiesta in senso contrario) purché venga assicurato il contraddittorio con la presenza dei difensori. In caso contrario, puntualizza Luerti, *Art. 502 c.p.p.*, cit., 2743, l'atto è viziato da nullità di ordine generale a regime intermedio.

[16] D'Andria, *Art. 502*, in *Rassegna c.p.p. Lattanzi-Lupo*, VII, Milano, 2003, 199.

[17] Precisa Luerti, *Art. 502 c.p.p.*, cit., 2743, come esso non possa essere disposto d'ufficio dal giudice.

[18] Adorno, *Assunzione delle prove*, cit., 298.

Allo stesso modo, il ricorso all'incidente probatorio è da escludere nel caso in cui la situazione in concreto prospettata lasci intravedere l'insorgenza di patologie – sordità, mutismo ovvero sordomutismo – alla cui ricorrenza è correlato il ricorso ai rimedi di cui all'art. 119 c.p.p.

La seconda condizione compendiata dall'art. 392, comma 1 lett. a) c.p.p. è delineata mediante il riferimento al paradigma generale del grave impedimento, ipotesi che, « stante l'assenza di indicazioni di tipo contenutistico, ha ampliato i confini di operatività dell'istituto a tal punto da indurre una parte della dottrina a qualificare l'ipotesi in esame come il *locus minoris resistentiae* della norma »[19].

La spiegazione della previsione, ampia e dalla portata indeterminata, è stata individuata nella valorizzazione del ruolo primario che la testimonianza possiede nel processo accusatorio.

« In altri termini » – si è, infatti, rilevato – « il legislatore, muovendo da una logica di favore per l'acquisizione di questo mezzo di prova, ha conglobato sotto l'etichetta dell' "altro grave impedimento" una imprecisata serie di situazioni che hanno in comune con l'ipotesi dell'infermità la circostanza per cui il rischio di dispersione della testimonianza dipende da "causa propria dello stesso testimone", ma che si differenziano da quella perché il pericolo non è connesso alle condizioni di salute della persona »[20].

L'ampiezza della fattispecie ha reso necessarie « opportune messe a fuoco »[21] che hanno spinto la prassi applicativa a ritenerla integrata, sia pure con diverse sfumature ed in stretto collegamento con la previsione contenuta nell'art. 512 c.p.p., nell'ipotesi del testimone di cui è imminente il trasferimento all'estero[22], ovvero che risieda all'estero stabilmente[23] o, ancora, in re-

---

[19] La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 564. Viene ripresa la terminologia impiegata da Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 57. Ma v., altresì, Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 25.

[20] La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 564.

[21] Di Chiara, *Incidente probatorio*, cit., 548. Sottolinea l'esigenza di un'interpretazione in senso oggettivo del presupposto normativo, sganciato cioè da libere scelte del testimone, Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 11.

[22] Di Chiara, *Incidente probatorio*, cit., 548; La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 564, la quale precisa, in una logica di restringimento degli spazi di impiego dell'istituto, che occorrerebbe tenere comunque conto della lontananza del luogo di destinazione, della presumibile ampiezza del periodo di permanenza, della sussistenza di elementi che potrebbero permettere di rintracciare il testimone.

[23] Secondo De Roberto, *Incidente probatorio*, cit., 6, in questa evenienza l'incidente sarebbe attivabile soltanto ove si ritenesse che il soggetto fosse difficilmente propenso a recarsi in Italia per rendere la testimonianza. Per La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 565, invece, in questo caso il pericolo di dispersione attiene all'incertezza connessa alla sorte di un atto raccolto mediante rogatoria internazionale, essendo il rischio di una successiva dichiarazione di inutilizzabilità a giustificare

lazione al caso di irreperibilità permanente, ossia quella situazione – di cui sono indicatori sintomatici specifici profili attinenti alle condizioni di vita della persona quali, per esempio, l'assenza di una fissa dimora, la mancanza di documenti identificativi, il mancato svolgimento di una stabile attività lavorativa – che rende ragionevolmente prevedibile l'impossibile futuro reperimento del testimone[24].

3. *La testimonianza nell'ipotesi prevista dall'art. 392, comma 1 lett. b) c.p.p.*

La seconda ipotesi presa in considerazione dall'art. 392 c.p.p. concerne l'assunzione di una testimonianza nei casi in cui, per elementi concreti e specifici[25], vi è fondato motivo di ritenere che la persona sia esposta a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità affinché non deponga o deponga il falso.

Presupposto per l'esperimento dell'incidente probatorio è, dunque, « la fondata previsione che la prova, se non assunta subito e rinviata, possa risultare irreparabilmente "inquinata", con conseguente compromissione del suo valore dimostrativo »[26].

« Si tratta » – pertanto – « di una previsione che si differenzia dalle restanti, in quanto non previene il rischio di non ripetibilità della prova in dibattimento, bensì tende a salvaguardare la genuinità della stessa »[27].

In questo caso, cioè, « il problema del deperimento probatorio riguarda (più che il mezzo di prova), in primo luogo, la fonte di prova. Infatti, al momento in cui sorge il bisogno di tutela probatoria si è al cospetto di un proto testimone esposto all'azione nociva aliena (il diretto interessato o un suo so-

---

il ricorso all'incidente probatorio. In giurisprudenza v., soprattutto, Cass. pen., Sez. III, 1 dicembre 1993, Bisesi.

[24] V., in giurisprudenza, Cass. pen., Sez. VI, 30 gennaio 2004, Danesi, secondo la quale la condizione di cittadina extracomunitaria dedita alla prostituzione e non in regola con il permesso di soggiorno, la quale fornisca un domicilio precario ed un altrettanto precario recapito telefonico sono circostanze idonee a fondare un giudizio di probabile futura impossibilità di reperimento, rendendosi necessario il ricorso all'incidente probatorio.

[25] « Stando alle parole » – sottolinea Cordero, *Procedura penale*, cit., 867 – « questo riferimento esige prognosi più rigorose, rispetto alla lett. *a*, (dove basta un "fondato motivo", comunque arguito, anche fuori da "elementi concreti e specifici"), ma i due casi non sono ragionevolmente discernibili rispetto al periculum in mora: come talvolta succede, i codificatori hanno speso qualche parola più del necessario ».

[26] De Roberto, *Incidente probatorio*, cit., 8.

[27] Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 32; Sau, *Art. 392*, cit., 4850.

dale) al fine di impedirne la "deposizione" o distorcerne il tenore *contra veritatem* »[28].

La *ratio* della norma è, infatti, diversa da quella che sorregge il caso di cui all'art. 392, comma 1 lett. a) c.p.p.: « [s]e quest'ultimo, infatti, tende a prevenire il rischio della perdita di un contributo dichiarativo potenzialmente irripetibile per il venir meno della stessa fonte di prova, la fattispecie in esame tende, invece, a preservare l'apporto testimoniale dall'influenza di fattori che, inducendo uno stato di soggezione o di strumentalizzazione della persona, possono comprometterne la genuinità o addirittura l'acquisizione »[29].

La terminologia utilizzata dal legislatore per conformare la fattispecie richiama, come è di tutta evidenza, quella impiegata nell'ambito dell'art. 500 c.p.p., norma come è noto disciplinante il diverso istituto della contestazione probatoria.

La contestazione delle dichiarazioni rilasciate durante la fase delle indagini preliminari costituisce un segmento eventuale[30] del procedimento di acquisizione della prova in dibattimento, attivabile allorquando emerge un'ipotesi di contrasto fra la dichiarazione dibattimentale e la dichiarazione precedentemente resa.

La finalità della contestazione – tecnicamente consistente nella lettura della dichiarazione precedentemente resa dall'esaminato[31], nella parte in cui presenta elementi di difformità rispetto a quella resa dal testimone nel'ambito del dibattimento[32] – è duplice, ossia saggiare la credibilità del dichiarante mediante l'opposizione del precedente difforme e, quindi, consentire allo stesso di rettificare la dichiarazione resa in sede di esame ovvero, al contrario, di fornire una spiegazione della versione diversa, dal momento che « solo chi si ri-

---

[28] Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 65.

[29] La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 566. V., per un analogo inquadramento della *ratio legis*, Bargis, *Incidente probatorio*, cit., 348.

[30] Fanuele, *Contestazioni dibattimentali*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. III, t. 1, 222.

[31] Che non possano essere contestate dichiarazioni rese da soggetti diversi è opinione pacifica. V., per tutti, Fanuele, *Contestazioni dibattimentali*, cit., 222. In caso contrario, sottolinea Illuminati, *Il nuovo dibattimento: l'assunzione diretta delle prove*, cit., 359, la contestazione rischierebbe di essere trasformata in un meccanismo di critica sul risultato complessivo delle indagini preliminari. Ma v., invece, Tonini, *La prova penale*, Padova, 2000, 234, il quale fa rientrare nelle contestazioni c.d. non probatorie l'utilizzo di dichiarazioni provenienti da persone diverse. Negli stessi termini v., rispetto a siffatta tipologia di contestazione, D'Andria, *Art. 500*, in *Rassegna c.p.p. Lattanzi-Lupo*, VII, Milano, 2003, 180.

[32] La Marca, Sanlorenzo, *Contestazioni*, in *Dig. disc. pen.*, VI, App., 529. V., inoltre, Rivello, *L'istruzione dibattimentale: poteri di parte e poteri di ufficio*, in *Giudizio ordinario*, coordinati da Nosengo, Torino, 2002, 178.

veli costante nelle dichiarazioni o sappia rendere conto di ripensamenti e difformità, giustificando dimenticanze e incoerenze, si può reputare teste affidabile »[33].

Il giudice, pertanto, viene posto nelle condizioni di « osservare attentamente le reazioni del teste, anche nei c.d. tratti prosodici del discorso (tono della voce, atteggiamento psicofisico), spesso meno padroneggiabili delle espressioni verbali da chi mente »[34].

Sulla base di siffatte premesse, l'art. 500, comma 2 c.p.p. fissa la regola cardine – direttamente funzionale all'attuazione della "regola d'oro" del processo accusatorio[35] – secondo cui la dichiarazione utilizzata per la contestazione, anche se letta – ma non per questo allegabile al fascicolo dibattimentale[36] – dalla parte nel segmento contenente la circostanza sulla quale si afferma cadere la contraddizione[37], non può costituire prova dei fatti da essa affermati, potendo soltanto essere valutata dal giudice per stabilire la credibilità della persona esaminata.

Come è noto, la regola di esclusione concernente il precedente difforme subisce tre eccezioni, perfezionandosi le fattispecie relative alle quali, dunque, la dichiarazione utilizzata per la contestazione diviene pienamente fruibile dal giudice.

L'art. 500 c.p.p., come non ha mancato di osservare la Corte costituzionale, nella sua complessa struttura è ispirato all'esigenza di impedire che l'istituto delle contestazioni si atteggi alla stregua di meccanismo di acquisizione illimitato ed incondizionato di dichiarazioni raccolte prima e al di fuori del contraddittorio.

La Corte ha soggiunto come siffatta esigenza sia stata soddisfatta proprio dalla composita disciplina dettata dall'art. 500 c.p.p., mediante la previsione, da un lato, di un parametro di valutazione oggettivamente circoscritto delle dichiarazioni lette per le contestazioni e, dall'altro, di ipotesi di eccezionale uti-

---

[33] Cesari, *Prova (acquisizione della)*, cit., 704. V., inoltre, Adorno, *Assunzione delle prove*, cit., 318; Tonini, *La prova penale*, cit., 225; Luerti, *Art. 500 c.p.p.*, in *Atti processuali penali. Patologie, sanzioni, rimedi*, a cura di Spangher, Milanofiori Assago, 2013, 2731. In senso estremamente critico rispetto all'istituto, v. Murone, *Il regime delle dichiarazioni nel processo penale*, Milano, 2001, 265.

[34] Ferrua, *Studi sul processo penale*, II, *Anamorfosi del processo accusatorio*, cit., 104.

[35] Ferrua, *Il giusto processo*, Bologna, 2007, 107.

[36] Come mette in rilievo, al fine di assicurare l'effettività del principio del contraddittorio, Taormina, *Il regime della prova nel processo penale*, cit., 429.

[37] Ed esclusivamente in esso, ribadisce con forza Taormina, *Il regime della prova nel processo penale*, cit., 429.

lizzabilità *pleno iure*, tutte caratterizzate dall'esigenza di permettere la più ampia facoltà di prova, senza però compromettere i principi costituzionali[38].

Orbene, l'ipotesi che in questa sede interessa è presa in considerazione dall'art. 500, comma 4 c.p.p., ai sensi del quale quando, anche per le circostanze emerse nel dibattimento, vi sono elementi concreti per ritenere che il testimone è stato sottoposto a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità, affinché non deponga ovvero deponga il falso, le dichiarazioni contenute nel fascicolo del pubblico ministero precedentemente rese sono acquisite al fascicolo del dibattimento e quelle previste dal comma 3 possono essere utilizzate[39].

La norma si colloca nell'ambito della fattispecie derogatoria del principio generale della formazione della prova in contraddittorio fra le parti costituita dalla provata condotta illecita e persegue chiaramente l'obiettivo di fronteggiare eventuali fenomeni di inquinamento probatorio, specialmente nei processi di criminalità organizzata, ove maggiori sono le pressioni cui è esposto il testimone[40].

Detto questo, deve essere innanzitutto chiarito che la previsione di uno spazio acquisitivo riservato alla dichiarazione unilateralmente formata non priva di autonomia e rilevanza pratica la fattispecie delineata dall'art. 392 c.p.p., posto che, come è stato acutamente osservato seguendo una chiave di lettura che vede nell'art. 500 c.p.p. uno strumento residuale di salvaguardia delle acquisizioni probatorie, « [a]allorché già durante le indagini preliminari emergano elementi tali da far motivatamente ritenere che il teste sia sottoposto ad indebite pressioni, l'organo dell'accusa deve necessariamente procedere ad incidente probatorio, non potendo rinunciare a tale strumento in vista del successivo recupero in dibattimento delle dichiarazioni precedentemente rese »[41].

D'altra parte, « [l]a correttezza di tale assunto discende anche dal fatto che il tempestivo esperimento dell'incidente probatorio è finalizzato oltre che all'assunzione della prova, alla salvaguardia della persona del testimone dato che, una volta acquisita con valore pienamente probatorio la testimonianza,

---

[38] Corte cost. (ord.), 14 febbraio 2002, n. 36. Sottolinea Cesari, *Prova (acquisizione della)*, cit., 707, come l'art. 500 c.p.p. « è divenuto norma-contenitore per una serie di fattispecie sistematicamente eccentriche rispetto alle contestazioni, "cuore" della previsione ».

[39] V., per una sintesi delle problematiche poste dalla complessiva fattispecie derogatoria, Luerti, *Art. 500 c.p.p.*, cit., 2731. Ritiene ultroneo l'inciso finale della disposizione Murone, *Il regime delle dichiarazioni nel processo penale*, cit., 353.

[40] Adorno, *Assunzione delle prove*, cit., 330. V., negli stessi termini, Certosino, *Art. 500*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Gaito, Milanofiori Assago, 2012, 3202.

[41] Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 36.

viene in gran parte ridotto l'interesse dell'indagato ad intimidire il teste o ad attentare alla sua incolumità »[42].

Alla luce della *ratio* della previsione di cui all'art. 500 c.p.p., sul punto suscettibile di essere estesa alla fattispecie che si sta esaminando, correttamente si deve escludere, da un lato, che le condotte inquinanti dotate di rilievo siano esclusivamente quelle riferibili all'imputato[43], dall'altro che possa assumere rilevanza processuale la condotta illecita integrata dal comportamento del dichiarante, il quale, sebbene in assenza di condizionamenti esterni, tenga un contegno reticente ovvero dichiari circostanze false[44].

Allo stesso modo, merita di essere condivisa l'impostazione ermeneutica che, richiamando gli approdi della dottrina penalistica, estende l'ambito di operatività della fattispecie includendovi i casi in cui la condotta inquinante non abbia ad oggetto la persona del dichiarante, bensì il patrimonio di questi ovvero persone ad egli legate da vincoli di parentela o anche semplicemente affettivi[45].

La giurisprudenza ha, altresì, chiarito che le dichiarazioni predibattimentali del testimone, che abbia a ritrattare in ragione della "sudditanza psicologica" nei confronti dell'imputato, non sono acquisibili al fascicolo del dibattimento, perché la previsione dei casi in cui l'acquisizione è ammessa – per violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o altra utilità come strumenti di inquinamento probatorio della testimonianza – è tassativa[46].

---

[42] Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 36. In senso contrario v., però, La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 566, secondo la quale « sembra irrealistico pensare alla norma come a una sorta di "polizza di assicurazione", essendo del tutto evidente che il rischio di subire ritorsioni possa addirittura accrescersi proprio a seguito della testimonianza ».

[43] V., in relazione all'art. 500 c.p.p., Cass. pen., Sez. IV, 16 dicembre 2004, Flotta; Cass. pen., Sez. V, 22 settembre 2004, Capozza. In dottrina v., tra gli altri, Ferrua, *La regola d'oro del processo accusatorio: l'irrilevanza probatoria delle contestazioni*, in *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, a cura di Kostoris, Torino, 2002, 19; Adorno, *Assunzione delle prove*, cit., 330; Cesari, *Prova (acquisizione della)*, cit., 708. Nonché, in relazione all'incidente probatorio, Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 65; Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 23.

[44] V., in questo senso ed autorevolmente, Corte cost. (Ord.), 12 novembre 2002, n. 453. V., invece, nell'ambito della giurisprudenza di legittimità, Cass. pen., Sez. II, 4 marzo 2005, n. 12481, secondo cui in tema di testimonianza, la deroga al principio della formazione della prova in contraddittorio contenuta nell'art. 500, comma 4 c.p.p. si riferisce alle sole condotte illecite poste in essere "sul" dichiarante – quali la violenza, la minaccia o la subornazione – ma non a quelle realizzate "dal" dichiarante stesso, quale la falsa testimonianza anche nella forma della reticenza. Con specifico riferimento all'incidente probatorio v., in dottrina, Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 19.

[45] La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 567. V., in senso analogo, Molari, *L'incidente probatorio*, cit., 333.

[46] Cass. pen., Sez. II, 22 settembre 2011 n. 36478.

Il ragionamento si può spostare comodamente sul terreno dell'incidente probatorio, laddove l'esigenza di precisione connessa al carattere tassativo dei casi di incidente ha reso necessario definire in termini chiari e restrittivi i dati qualificativi degli elementi probatori posti a sostegno della richiesta, di talché è da escludere « l'ortodossia di ogni astratta presunzione di pericolo per la genuinità del contributo dichiarativo, meccanicamente tratta dalla pericolosità dell'imputato, dalla sua condotta di vita, dai suoi precedenti giudiziari, o, addirittura, dalla astratta tipologia del reato per il quale si procede »[47].

Infatti, « [i]l prospettato automatismo fra pericolo d'inquinamento probatorio e "tipo di reato" e di soggetti, a vario titolo, coinvolti – senza, quindi, la mediazione del relativo quadro sintomatico – se trovasse cittadinanza, finirebbe per postulare ed asseverare un pericolo *in re ipsa*, *ratione crimini set persona rum*. Il concetto di non rinviabilità dell'atto, così, verrebbe interpretato in chiave sostanzialista, agganciandolo alla specifica figura di reato, fino a risalire alla notizia di reato, i cui elementi a corredo raccolti dovrebbero, poi, in via ultronea, essere assunti a fondamento (si fa per dire) della richiesta di incidente probatorio »[48].

Anche se, deve porsi in evidenza, non manca in dottrina chi, ricalcando i motivi di perplessità esposti nelle note critiche contenute nel parere sul progetto preliminare espresso dal Consiglio Superiore della Magistratura[49], ha ritenuto come « l'onere di dimostrare l'esistenza di elementi concreti e specifici circa l'esposizione della persona a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità, risulti davvero eccessivo rispetto al fine che l'incidente probatorio è destinato a perseguire: rischiandosi di compromettere il ricorso all'istituto proprio con riferimento ai processi di criminalità organizzata, nei quali il pericolo di "inquinamento" della prova deriva di norma dal tipo di reato per cui si procede, dalle persone che ne sono coinvolte e dall'ambiente sociale in cui vivono ed operano imputato e testimoni. [Difatti] in tali ipotesi [...] ove pure il rischio di inquinamento della prova risulta *per tabulas*, non sarà spesso certamente agevole allegare la presenza di quegli elementi "con-

---

[47] Di Chiara, *Incidente probatorio*, cit., 548.

[48] Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 90. L'assunto interpretativo è proprio, altresì, di Bargis, *Incidente probatorio*, cit., 348, secondo la quale il parametro valutativo costituito dalla sussistenza di elementi concreti e specifici tende a delimitare l'ambito dell'ampliamento del concetto di non rinviabilità insito nella fattispecie.

[49] Conso, Grevi, Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalla legge delega ai decreti delegati*, IV, *Il progetto preliminare del 1988*, cit., 919.

creti e specifici'' assunti dal legislatore come condizioni ineludibili per il ricorso all'assunzione anticipata della prova »[50].

Sia pure nell'ambito di una previsione caratterizzata da « molteplici aspetti chiaroscurali »[51], è innanzitutto da escludere che la fattispecie imponga quale requisito tipico della condotta perturbatrice quello dell'attualità[52], dal momento che, nel rispetto della sua funzione cautelare, l'incidente probatorio « andrebbe esperito quando, pur ricorrendo significativi elementi sintomatici, l'intimidazione o l'offerta non sia ancora intervenuta »[53], per cui sarebbe sufficiente « la mera potenzialità dell'intervento del *quid* perturbatore, purché ancorata alla specificità e concretezza dei dati a sostegno della prognosi »[54].

L'accertamento della preventivabile alterazione del processo formativo della prova per effetto dell'azione di fattori di turbativa di natura esterna – al quale consegue, nella logica della verifica *ex post* che presidia il meccanismo contestativo, l'acquisizione al fascicolo processuale dell'intero verbale, sebbene parzialmente utilizzato per le contestazioni[55] ovvero, secondo alcune autorevoli voci dottrinarie, a prescindere dall'effettuazione di esse[56] e, rispetto all'istituto incidentale, la possibile attivazione di esso – avviene mediante l'impegno di un segmento valutativo – la cui attivazione prescinde, nell'ambito dell'art. 500 c.p.p., da qualsiasi iniziativa di parte[57] ed il cui svolgimento non

---

[50] De Roberto, *Incidente probatorio*, cit., 8. V., soprattutto, Maddalena, *L'incidente probatorio*, in *Profili del nuovo processo penale*, coordinati da Garavoglia, Padova, 1988, 108. Ma, in ordine a siffatti rilievi, v. la prospettiva di Molari, *L'incidente probatorio*, cit., 332.

[51] Di Chiara, *Incidente probatorio*, cit., 548.

[52] Come sembra richiedere, invece, Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 74, per il quale « mentre nei casi ordinari di prova testimoniale extraincidentale l'inattendibilità del teste è una condizione *ex post*, nell'ipotesi considerata [...] la fonte di prova si trova già (se non inquinata, di certo) "tarata", per avere subito concrete pressioni "affinché non deponga o deponga il falso" ».

[53] Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 35.

[54] Di Chiara, *Incidente probatorio*, cit., 548. Offre un quadro di sintesi delle diverse posizioni dottrinali sul tema, aderendo all'approdo esegetico meno restrittivo, La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 568, la quale richiama l'orientamento che ritiene di rinvenire un elemento di conferma della conclusione nei lavori preparatori. V., inoltre, Bargis, *Incidente probatorio*, cit., 348; La Rocca, *L'incidente probatorio*, cit., 220.

[55] Adorno, *Assunzione delle prove*, cit., 336.

[56] Cesari, *Prova (acquisizione della)*, cit., 708. In senso contrario v., però, Fanuele, *Contestazioni dibattimentali*, cit., 232, la quale evidenzia la collocazione sistematica della norma, nonché il possibile contrasto con il principio di cui all'art. 514 c.p.p. In giurisprudenza v., in senso adesivo alla prima tesi, Cass. pen., 15.6.2010, n. 27582.

[57] V., in dottrina, Fanuele, *Contestazioni dibattimentali*, cit., 233; Taormina, *Il regime della prova nel processo penale*, cit., 436. V., in senso critico rispetto ad una soluzione estranea alla logica accusatoria del sistema, Murone, *Il regime delle dichiarazioni nel processo penale*, cit., 360.

esige l'osservanza di specifici requisiti formali[58] – il cui oggetto è costituito dalla ricorrenza di elementi i quali, dotati del duplice requisito della concretezza e specificità, consentono di ritenere che il futuro testimone possa essere sottoposto a violenza o minaccia, ovvero interessato da prospettive di arricchimento, affinché non deponga ovvero deponga falsamente.

Così come il procedimento incidentale diretto ad accertare gli elementi concreti rilevanti nell'ambito della fattispecie delineata dall'art. 500, comma 4 c.p.p., anche il momento valutativo interno alla fattispecie di cui all'art. 392 c.p.p. non può essere delineato seguendo puntuali criteri connotativi e tipizzanti.

Ed allora, la riflessione non può spingersi al di là dell'osservazione secondo cui esso, incentrato come è sul paradigma costituito dalla ricorrenza di elementi concreti e specifici[59], deve fondarsi su parametri di ragionevolezza e di persuasività, nel cui ambito può assumere rilievo qualunque elemento sintomatico della possibile intimidazione del teste, purché sia connotato da precisione, obiettività e significatività[60], secondo uno "standard" probatorio che non può essere rappresentato dal semplice sospetto, ma neppure da una prova "al di là di ogni ragionevole dubbio" richiesta soltanto per il giudizio di condanna[61].

In giurisprudenza si è, sul punto, chiarito che in materia di misure cautelari personali non vale ad escludere l'esistenza delle esigenze di cui all'art.

---

[58] Adorno, *Assunzione delle prove*, cit., 332. V., inoltre, Fanuele, *Contestazioni dibattimentali*, cit., 233.

[59] Locuzione, fa notare Bargis, *Incidente probatorio*, cit., 348, che « non appa[re] congegnata in modo da sfuggire, nella prassi, a manipolazioni tese a relativizzarne il significato ».

[60] Puntualizza Cesari, *Prova (acquisizione della)*, cit., 708, come la formulazione normativa propria dell'art. 500, comma 4 c.p.p. lascia presumere un consapevole stacco semantico dall'idea di "prova", come conoscenza formata secondo specifiche regole legali di assunzione.

[61] V., in ambito giurisprudenziale ed in relazione ai diversi profili di problematicità della fattispecie derogatoria prevista dall'art. 500, comma 4 c.p.p., Cass. pen., 2.12.2011, n. 16055; Cass. pen., 19.5.2010, n. 25069; Cass. pen., 28.12.2009, n. 49579; Cass. pen., 22.1.2008, n. 5997; Cass. pen., 20.7.2005, n. 26904; Cass. pen., 1.3.2005, n. 7653; Cass. pen., Sez. VI, 7 giugno 2004, n. 31461. Con specifico riferimento alla nozione di "altra utilità" v., inoltre, Cass. pen., 30.6.2012, n. 1898. In dottrina v., invece, Bono, *Gli "elementi concreti" richiesti per ravvisare l'inquinamento della testimonianza*, in *Cass. pen.*, 2012, 4142; Todaro, *Note in tema di « provata condotta illecita » ai sensi dell'art. 500, commi 4 e 5, c.p.p.*, *ivi*, 2009, 593; Grevi, *In tema di accertamento incidentale delle illecite interferenze sul testimone a norma dell'art. 500 commi 4 e 5 c.p.p.*, *ivi*, 2005, 3830; Siracusano, *Contestazione al testimone e « provata condotta illecita »: un difficile banco di prova per la tenuta del principio del contraddittorio nella formazione della prova*, *ivi*, 2006, 2609. V., inoltre, Cesari, *Prova (acquisizione della)*, cit., 708; Fanuele, *Contestazioni dibattimentali*, cit., 233; Daniele, *Principi costituzionali italiani e ingerenze europee in tema di prova dichiarativa*, cit., 1008.

274 lett. a) c.p.p. la prospettata utilizzazione dell'incidente probatorio, quale strumento in grado di precludere ogni possibilità di inquinamento delle fonti di prova orale perché, comunque, l'espletamento della procedura di acquisizione anticipata della prova presuppone la presenza delle condizioni indicate nell'art. 392, comma 1 lett. b) c.p.p., che non coincidono di certo con le condizioni indicate dall'art. 274 lett. a) dello stesso codice, riguardanti, in via generale, esigenze attinenti alle indagini, in relazione a situazioni di concreto pericolo per l'acquisizione e la genuinità della prova[62].

Una gamma generica di evenienze che, ha puntualizzato la Corte di cassazione, non coincide con l'esigenza alla base dell'istituto dell'incidente probatorio[63].

4. *L'esame della persona sottoposta alle indagini e dell'imputato in procedimento connesso.*

L'art. 392, comma 1 lett. c) e d) c.p.p. compendiava due fattispecie « strutturate in guisa di concettuale *extensio* »[64] delle ipotesi prese in considerazione dalle fattispecie precedenti.

Difatti, la disposizione prevedeva che si potesse procedere con le forme dell'incidente probatorio all'esame della persona sottoposta alle indagini su fatti concernenti la responsabilità di altri[65] ovvero all'esame delle persone indicate nell'art. 210 c.p.p., allorché fosse formulabile una prognosi di non rinviabilità della prova a causa della ricorrenza delle vicende pregiudizievoli previste dalle lettere a) e b).

Dunque, « anche in ordine all'anticipata cristallizzazione del contributo narrativo [di siffatte categorie di soggetti] occorreva [...] che fosse formulabile

---

[62] Cass. pen., Sez. VI, 1 ottobre 1993, n. 2667.

[63] Cass. pen., Sez. VI, 1 ottobre 1993, n. 2667.

[64] Di Chiara, *Incidente probatorio*, cit., 548.

[65] Sulle perplessità suscitate dalla predeterminazione legislativa dell'oggetto dell'esame dell'indagato, circoscritto alle ipotesi di chiamata in correità, v. La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 580. V., inoltre, Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 43; Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 99, secondo il quale la formulazione della legge di delega « ha permesso al legislatore delegato di uscire dalla genericità e di chiudere la struttura aperta in cui aveva lasciato la problematica la direttiva parlamentare operando una scelta (di valore) selettiva ». In relazione alla fase dei lavori preparatori, durante la quale la soluzione normativa è stata sottoposta a severe critiche da parte, soprattutto, della Commissione sui maxiprocessi, v. Conso, Grevi, Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalla legge delega ai decreti delegati*, IV, *Il progetto preliminare del 1988*, cit., 915.

una prognosi di non rinviabilità della prova a causa di infermità o altro grave impedimento, ovvero in ragione del possibile insorgere di patologici elementi perturbatori *ab exstrinseco* idonei a incidere sulla genuinità del contributo storico-rappresentativo »[66].

Tuttavia, proprio in relazione all'ipotesi acquisitiva in discorso l'incidente probatorio ha svelato il volto di un meccanismo non semplicemente preordinato alla garanzia dell'acquisizione in contraddittorio di dati probatori a rischio di dispersione, ma funzionale al soddisfacimento di variegate esigenze di riequilibrio all'interno di un sistema processuale i cui congegni, complessi ed interdipendenti, sono apparsi facilmente deformabili e, in effetti, sono stati gravemente deformati in un determinato frangente storico.

Quello, per essere chiari, della svolta inquisitoria, in cui l'asserita mancanza di espliciti riferimenti nel contesto della Carta costituzionale ha posto il contraddittorio su un crinale cedevole rispetto, in particolare, al principio di non dispersione probatoria, correttamente definito dalla dottrina « lo strumento con cui si è agito sul livello primario del processo penale, quello della prova, determinandovi una mutazione che l'ha fatto regredire a moduli che il legislatore aveva consegnato al passato »[67].

Elaborato dalla Corte costituzionale attraverso « una apodittica "trasfigurazione" delle deroghe codicistiche al metodo della "costruzione" dialettica della prova nel dibattimento »[68], il principio di non dispersione probatoria è stato elevato al rango di criterio guida delle scelte processuali del legislatore ordinario[69] e, tramite esso, si è pervenuti, nel corso degli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore del nuovo codice processuale[70], ad un generale ribaltamento del modello di riferimento, del quale si è finanche compromessa la giustificazione razionale.

---

[66] Di Chiara, *Incidente probatorio*, cit., 548; Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 41.

[67] Dominioni, *Un nuovo idolum theatri: il principio di non dispersione probatoria*, cit., 738.

[68] Paulesu, *Falsa testimonianza e disciplina delle contestazioni: una messa a punto sui confini della « provata condotta illecita »*, cit., 3757. Infatti, fa notare Di Chiara, *L'inquisizione come « eterno ritorno »: tecnica delle contestazioni ed usi dibattimentali delle indagini a seguito della sentenza 255/92 della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1992, 2016, il principio di non dispersione probatoria costituisce un'iperbolica elevazione a principio di una elementare esigenza di conservazione.

[69] Sulla presa di posizione della Corte costituzionale v., tra le diverse impostazioni, quella di Cenci, *Una novellazione « rispettosa » della precedente giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1994, 1990.

[70] Anni caratterizzati dallo svilupparsi, secondo Todaro, *Note in tema di « provata condotta illecita » ai sensi dell'art. 500, commi 4 e 5, c.p.p.*, cit., 593, di una vera e propria « spirale inquisitoria ».

Ed infatti, se è vero che, una volta intrapresa la via dell'eliminazione dell'istruzione e della sua sostituzione con l'inchiesta preliminare sul presupposto che la prova dovesse formarsi in dibattimento, diventava criterio informatore indispensabile del nuovo modello quello della tendenziale ininfluenza, sulla decisione dibattimentale, degli atti compiuti durante la fase investigativa, non sarebbe stato possibile attribuire identico valore di prova agli elementi raccolti dal pubblico ministero in quella fase, senza contraddire le premesse logiche e deformare le strutture portanti del sistema.

Il percorso intrapreso dalla Corte costituzionale – investita da un'iniziale difficoltà di liberarsi di canoni interpretativi congeniali al vecchio sistema[71] – con una sequenza di sentenze per lo più connotate da una dimensione prevalentemente ideologica[72] ha invalidato le disposizioni del codice che escludevano dal novero delle prove utilizzabili dal giudice dibattimentale le dichiarazioni unilateralmente acquisite dall'autorità d'indagine[73].

« [U]n codice è sempre un congegno di precisione assai complesso, i cui delicati equilibri sono determinati da un sistema di contrappesi e interazioni, tale che ogni spostamento può avere ripercussioni su tutte le altre parti »[74], di talché – e la Corte costituzionale ne era pienamente consapevole – « per stravolgere gli equilibri di un processo tendenzialmente accusatorio, non è necessario fare granché; basta eliminare qualche divieto di lettura, per generare l'effetto domino desiderato. Il conseguente vacillare del principio della separazione delle fasi si riverbera necessariamente sul principio della separazione dei ruoli: un atto di indagine raccolto dal pubblico ministero che assuma dignità di prova altera irrimediabilmente le dinamiche processuali, e relega la difesa a mero contraddittore *in partibus* »[75].

---

[71] Riccio, *Per un nuovo progetto di giustizia penale*, in *Dir. pen. e processo*, 2006, 1193.

[72] Sottolinea questo aspetto, in relazione alla sentenza n. 255 del 1992, Illuminati, *Principio di oralità e ideologie della Corte costituzionale nella motivazione della sent. n. 255 del 1992*, cit., 1977. V., altresì, Taormina, *Il regime della prova nel processo penale*, cit., 464, il quale parla di « una corte costituzionale pervicacemente impegnata a distruggere il sistema, per evidente non condivisione ideologica ». Nonché, poi, Gianniti, *Spunti per una ricostruzione del sistema probatorio penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, 78.

[73] Mette in rilievo la « penosa situazione in cui versa[va] il sistema processuale [...] irrimediabilmente sfigurato nei suoi tratti distintivi », Presutti, *Indagini difensive e « parità delle armi »*, in *Studi in ricordo di G.D. Pisapia*, II, Milano, 2000, 610.

[74] Illuminati, *Principio di oralità e ideologie della Corte costituzionale nella motivazione della sent. n. 255 del 1992*, cit., 1974.

[75] Garofoli, *Giudizio, regole e giusto processo. I tormentati itinerari della cognizione penale*, cit., 516.

Pertanto, intervenendo su pochi punti la Corte ha colpito i meccanismi vitali del sistema processuale, determinando, come già detto, la « sostituzione, al modello dato, di un altro basato su principi diametralmente opposti »[76] nel cui ambito diveniva ancora più pressante l'esigenza di realizzare un compiuto modulo di intervento difensivo.

La dottrina processualpenalistica ha parlato apertamente, in relazione al percorso intrapreso dalla Corte costituzionale, di « acme dell'impegno controriformistico », rivolgendo severe critiche al processo di deformazione del sistema processuale introdotto – secondo alcuni troppo frettolosamente[77] – pochi anni prima[78].

In una prima occasione, come è noto, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 195, comma 4 c.p.p., nella parte in cui precludeva agli ufficiali ed agli agenti di polizia giudiziaria la possibilità di deporre in dibattimento sul contenuto delle dichiarazioni acquisite dai testimoni[79].

Si è trattato del « primo dei passi che hanno svuotato il sistema nato dalla riforma, restaurando vecchie tecniche inquisitorie »[80], essendo apparso immediatamente evidente che all'eliminazione del divieto di testimonianza indiretta degli organi di polizia[81] si associava lo svuotamento del principio generale stabilito dall'art. 500, comma 3 c.p.p., risultando privo di ragionevole giustificazione il mantenimento del diaframma di separazione delle fasi alla luce della

---

[76] Illuminati, *Principio di oralità e ideologie della Corte costituzionale nella motivazione della sent. n. 255 del 1992*, cit., 1974. Come evidenzia Taormina, *Come restituire il processo penale alla volontà del legislatore delegante*, in *Giust. pen.*, 1992, III, 398, « quando una crepa si forma nelle strutture portanti essa è destinata ad espandersi ed a travolgere ogni cosa ».

[77] Taormina, *Come restituire il processo penale alla volontà del legislatore delegante*, cit., 393.

[78] V., in particolare, Ubertis, *I diritti dell'uomo nel ventennale del codice di procedura penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, 1509. Nonché, inoltre, Spangher, *Un compleanno con molte – troppe – ombre*, in *Dir. pen. e processo*, 2009, 1193.

[79] Corte cost., 31 gennaio 1992, n. 24. Sulla testimonianza c.d. "indiretta", soprattutto in relazione all'evoluzione ed ai limiti del divieto rispetto alla polizia giudiziaria, v. Menna, *Prove dichiarative*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, II, *Prove e misure cautelari*, t. 1, *Le prove*, Milanofiori Assago, 2009, 120.

[80] Cordero, *Procedura penale*, cit., 680. Secondo Iacoviello, *Prova e accertamento del fatto nel processo penale riformato dalla Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1992, 2032, la sentenza costituzionale ha dato il « vero scossone » al sistema delle prove elaborato dal legislatore. V. inoltre, in senso critico rispetto alla pronuncia costituzionale, Dell'Anno, *Testimonianza indiretta di polizia giudiziaria e "ragionevolezza" inquisitoria*, in *Giust. pen.*, 1992, I, 305.

[81] Il quale, fa notare Peroni, *La testimonianza indiretta al vaglio della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, 695, consacra un coerente corollario di quella logica di separazione tra fase destinata alle investigazioni e sviluppi successivi all'azione penale, cui si è inteso improntare l'architettura del nuovo rito.

stretta correlazione esistente tra quel divieto ed il regime di efficacia probatoria degli atti utilizzati ai fini delle contestazioni[82].

Poco più tardi, infatti, è stata dichiarata l'incostituzionalità, per violazione dell'art. 3 Cost., dell'art. 513, comma 2 c.p.p., nella parte in cui non prevedeva che il giudice, sentite le parti, potesse disporre la lettura dei verbali delle dichiarazioni acquisite nel corso delle precedenti fasi dalle persone indicate nell'art. 210 c.p.p. qualora queste si fossero avvalse della facoltà di non rispondere[83].

Contestualmente, la Corte ha ritenuto costituzionalmente illegittimo l'art. 500, comma 4 c.p.p., nella parte in cui non prevedeva che il giudice del dibattimento potesse disporre l'acquisizione al relativo fascicolo, se utilizzate per le contestazioni, delle dichiarazioni precedentemente rese dal testimone e contenute nel fascicolo del pubblico ministero[84].

Siffatta sentenza ha sprigionato una vera e propria « forza scompaginante »[85], per effetto della quale « le "nostalgie inquisitorie" vengono a tal

---

[82] V., per questi rilievi, Gaeta, *Il divieto di testimonianza indiretta della polizia giudiziaria (art. 195, comma 4 c.p.p.)*, in *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova*, a cura di Tonini, Padova, 2001, 250. Nonché, in precedenza, D'Andria, *Gli effetti della declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 195 comma 4 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1992, 925.

[83] Corte cost., 3 giugno 1992, n. 254. V., sul regime delle letture dibattimentali e con un chiaro quadro di sintesi delle vicende che hanno coinvolto l'art. 513 c.p.p., Ventura, *Le letture dibattimentali*, cit., 424. V., altresì, Buzzelli, *Le letture dibattimentali*, cit., 63; Rivello, *Letture consentite e vietate*, cit., 405; Nobili, *Concetto di prova e regime di utilizzazione degli atti nel nuovo codice di procedura penale*, in *Foro it.*, 1989, V, 274. Sulla pronuncia della Corte costituzionale v., tra i tanti, Ferraioli, *Dubbi sull'acquisibilità delle dichiarazioni in precedenza rese dall'imputato (o coimputato) che rifiuti l'esame in dibattimento*, in *Giur. cost.*, 1992, 1949; Grevi, *Facoltà di non rispondere delle persone esaminate ex art. 210 c.p.p. e lettura dei verbali di precedenti dichiarazioni*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, 1123; Murone, *Deformazione della prova dibattimentale e lettura di interrogatori resi da imputati dello stesso reato o di reato connesso*, in *Giust. pen.*, 1992, I, 325; Mazza, *Giudizio di primo grado nel diritto processuale penale*, cit., 378.

[84] Corte cost., 3 giugno 1992, n. 255. Essa, è il rilievo di Di Chiara, *L'inquisizione come « eterno ritorno »: tecnica delle contestazioni ed usi dibattimentali delle indagini a seguito della sentenza 255/92 della Corte costituzionale*, cit., 2014, « pur investendo ciò che potrebbe *prima facie* una minuscola particella del sistema, [ha] dato luogo ad un vero e proprio collasso di alcuni tra i più rilevanti capisaldi del nuovo rito penale ». Plaude, invece, alla pronuncia della Corte costituzionale, in nome di una concezione "pragmatica" dell'immediatezza, da contrapporre alla concezione "massimalista" accolta dal nuovo codice, Tonini, *Cade la concezione massimalista del principio di immediatezza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, 1137. Sulle contestazioni nel corso dell'esame testimoniale v., fra gli altri, Adorno, *Assunzione delle prove*, cit., 318. V., anche, Fanuele, *Contestazioni dibattimentali*, cit., 221. V., volendo, anche Suraci, *L'istruzione dibattimentale*, in *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, diretto da Spangher, Marandola, Garuti, Kalb, II, *Misure cautelari. Indagini preliminari. Giudizio*, Milanofiori Assago, 2015, 1197.

[85] Di Chiara, *L'inquisizione come « eterno ritorno »: tecnica delle contestazioni ed usi dibatti-*

punto esaltate da dar luogo ad un regime per taluni aspetti deteriore rispetto al "garantismo inquisitorio" proprio del codice del 1930»[86].

Infatti, «il ribaltamento dei rapporti regola-eccezione in precedenza posti dall'art. 500, co. 3 e 4 c.p.p. conia di fatto un restaurato modello di processo penale in cui il diaframma tra fascicolo del pubblico ministero e fascicolo per il dibattimento – in termini di potenzialità probatoria del contenuto dell'uno e dell'altro – si assottiglia fino a scomparire, ricostituendo quel cordone ombelicale che la dicotomia tra procedimento e processo aveva inteso definitivamente rescindere»[87].

Dopo Corte cost., 2 novembre 1998, n. 361, con la quale è stato dichiarato incostituzionale l'art. 513, comma 2, ult. periodo c.p.p. – nella versione modificata dalla l. 7 agosto 1997, n. 267 – nella parte in cui non prevedeva che, qualora il dichiarante rifiutasse o, comunque, omettesse in tutto o in parte di rispondere su fatti concernenti la responsabilità di altri già oggetto delle sue precedenti dichiarazioni, in mancanza dell'accordo delle parti, alla lettura si applicasse l'art. 500, commi 2-*bis* e 4 c.p.p. e, quindi, è stato neutralizzato il tentativo del legislatore di ripristinare sia pure in linea tendenziale la trama del sistema processuale originario[88], ci si è resi definitivamente conto del fatto

---

mentali delle indagini a seguito della sentenza 255/92 della Corte costituzionale, cit., 2017. Per effetto di essa e, soprattutto, del d.l. n. 306 del 1992 – è la conclusione di Taormina, *Il processo di parti di fronte al nuovo regime delle contestazioni e delle letture dibattimentali*, in *Giust. pen.*, 1992, III, 460 – non esisteva atto del pubblico ministero o della polizia giudiziaria che non nasca con una predisposizione ad assumere piena rilevanza probatoria.

[86] Di Chiara, *L'inquisizione come «eterno ritorno»: tecnica delle contestazioni ed usi dibattimentali delle indagini a seguito della sentenza 255/92 della Corte costituzionale*, cit., 2019. Questi richiama la terminologia di Tranchina, *Nostalgie inquisitorie nel «sistema accusatorio» del nuovo codice di procedura penale*, cit., 387.

[87] Di Chiara, *L'inquisizione come «eterno ritorno»: tecnica delle contestazioni ed usi dibattimentali delle indagini a seguito della sentenza 255/92 della Corte costituzionale*, cit., 2019.

[88] V., tra i tanti che si sono espressi in senso critico rispetto alla pronuncia della Corte costituzionale, Ventura, *Escussione della prova e contraddittorio*, in *Giur. cost.*, 1998, 3183; Mazza, *Giudizio di primo grado nel diritto processuale penale*, cit., 381; Frigo, *Un'involuzione dell'impianto accusatorio con il pretesto di tutelare la difesa*, in *Guida al dir.*, 1998, 44, 61; Giostra, *Quale contraddittorio dopo la sentenza 361/1998 della Corte costituzionale?*, in *Quest. giust.*, 1999, 208. In direzione opposta si muovono le argomentazioni di Gemma, Pellati, *Processo e verità: un'altra decisione sostanzialmente coerente della Corte*, in *Giur. cost.*, 1998, 3153. Più articolate, invece, le posizioni di Grevi, *Dichiarazioni dell'imputato su fatto altrui, diritto al silenzio e garanzia del contraddittorio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, 821. Esse sono ribadite in Id., *Dichiarazioni dell'imputato su fatto altrui, facoltà di non rispondere e garanzia del contraddittorio*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, II, Milano, 2000, 327. V., ancora, Carcano, *Effetti di una dichiarazione di incostituzionalità annunciata*, in *Cass. pen.*, 1999, 56; Buzzelli, *L'art. 513 c.p.p. tra esigenze di accertamento e garanzia del contraddittorio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*,

che, in assenza di un'espressa e sufficientemente puntuale copertura costituzionale, sarebbe stato impossibile sottrarsi al modello di processo destrutturato[89] imposto dalle linee argomentative elaborate dalla Corte costituzionale e restituire, quindi, al contraddittorio in tema di prova un ruolo di autentico rilievo[90].

La sentenza poneva in gioco, con accenti più marcati rispetto al passato, un principio elementare di civiltà, ossia quello che esige che chi in un processo penale è accusato da taluno di aver commesso un reato deve avere la possibilità di difendersi da tale accusa ponendosi di fronte all'accusatore, sfidandolo a ripetere la sua versione e rivolgendogli le domande dirette a far emergere che costui non ha conosciuto, non ricorda o non descrive correttamente i fatti oppure ha un interesse a mentire e comunque non è persona le cui parole meritino di essere credute in un'aula di giustizia[91].

Ma era chiamata in causa, altresì, la discrezionalità del legislatore nelle scelte di natura processualpenalistica, in considerazione delle caratteristiche generali della riforma censurata dalla Corte.

Difatti, se tra le diverse modifiche apportate dalla l. 7 agosto 1997, n. 267 la revisione dell'art. 513, comma 2 c.p.p. aveva assunto una portata autenticamente di sistema – il criterio di recupero in giudizio delle dichiarazioni rese dall'imputato in procedimento connesso o collegato da essa introdotto assolveva ad una effettiva funzione riequilibrante – il legislatore era andato oltre la semplice reimpostazione degli spazi riservati alla lettura degli atti d'indagine, preoccupandosi di predisporre meccanismi di salvaguardia del principio di non dispersione dei mezzi prova.

1999, 307; Furgiuele, *L'articolo 513 c.p.p. fra conflitti ideologici e problemi di struttura*, ivi, 1999, 918. Esamina la pronuncia della Corte in relazione ai profili d'interesse per la dottrina costituzionalistica, invece, Zanon, *La Corte, il legislatore ordinario e quello di revisione, ovvero del diritto all'« ultima parola » al cospetto delle decisioni d'incostituzionalità*, in *Giur. cost*., 1998, 3169.

[89] Evidenzia Amodio, *La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo*, in *Cass. pen.*, 2003, 1420, come per "destrutturazione" debba intendersi il fenomeno che si manifesta là dove viene a corrompersi la coerenza del sistema in conseguenza della crescita, al suo interno, di norme intruse, rivelatrici di antinomie.

[90] L'intento di inserire nel testo della Carta Fondamentale i principi del giusto processo si era già manifestato nel corso dei lavori della Commissione parlamentare per le riforme costituzionali istituita con la legge costituzionale 24 gennaio 1997, n. 1. V., per un'analisi della proposta formulata sul tema dalla Commissione, Cecchetti, *I principi del "giusto processo" nel nuovo art. 111 della Costituzione. Origini e contenuti normativi generali*, in *Giusto processo, Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova*, a cura di Tonini, Padova, 2001, 50.

[91] Scaparone, *Diritto al silenzio e diritto al controesame del coimputato*, in *Giur. cost.*, 1998, 3148.

Si era fatto carico, cioè, della necessità di realizzare forme di equilibrio tra i risultati interpretativi della Corte costituzionale ed il principio del contraddittorio, individuando lo strumento utile alla realizzazione di siffatto risultato nell'estensione dei limiti operativi dell'incidente probatorio in relazione ai mezzi di prova costituiti dall'esame degli indagati su fatti concernenti la responsabilità di altri e dall'esame dei soggetti di cui all'art. 210 c.p.p., ossia proprio le figure problematiche coinvolte nella disciplina dell'art. 513 c.p.p.[92].

Nasceva da questa necessità di « reciproco bilanciamento [...] circa i rapporti tra liberalizzazione parziale dell'incidente probatorio e rigorosa risagomatura delle valvole di accesso alle letture acquisitive »[93] la rimodulazione dell'art. 392 c.p.p., per effetto della quale diveniva possibile proporre una richiesta preordinata all'assunzione dei menzionati mezzi di prova a prescindere dalla ricorrenza di una effettiva condizione di non rinviabilità, di talché l'incidente probatorio sarebbe dovuto divenire il consueto mezzo di acquisizione in via anticipata di dati probatori presuntivamente esposti al rischio di dispersione[94].

Logica di bilanciamento, si è detto, poiché « la novella, nel riplasmare tessere di primario rilievo del mosaico dei criteri di formazione della prova, riformulava in profondità l'art. 513 c.p.p., di fatto sbarrando la via alla rottura degli argini tra indagini e processo che aveva condotto all'abuso del ricorso al meccanismo delle letture acquisitive; a quel primo intervento faceva da *pendant* – quasi in funzione riequilibratrice, qui a tendenziale vantaggio dell'accusa – la disposta liberalizzazione dell'accesso all'incidente probatorio ogni qualvolta si trattasse di procedere all'esame della persona sottoposta alle indagini su fatti concernenti la responsabilità di altri [...] ovvero all'esame dei soggetti di cui all'art. 210 c.p.p. [...] »[95].

---

[92] Dean, *Retrospettiva del "nuovo" art. 111 Cost.: Anamnesi del giusto processo penale*, cit., 157.

[93] Di Chiara, *Incidente probatorio*, cit., 554.

[94] La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 579, non manca di fare notare come la modifica attuata dal legislatore della riforma « s'inquadr[asse] all'interno di una manovra tesa a recuperare una logica accusatoria ormai offuscata dalla tendenza a privilegiare [...] il recupero delle conoscenze acquisite in sede d'indagine ». Individua nell'eliminazione del riferimento ai canoni tradizionali di ammissibilità del'incidente non già un mutamento dell'essenza dell'istituto, bensì la mera introduzione di un caso di presunzione legale di sussistenza di essi, tra l'altro, Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 41. Negli stessi termini v. La Rocca, *L'incidente probatorio*, cit., 221, la quale parla di « presunzione assoluta del rischio acquisitivo ». V., in senso critico rispetto ad una soluzione che realizza « una non trascurabile distorsione che trascende il microsistema dell'incidente probatorio », Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 106.

[95] Di Chiara, *Incidente probatorio*, cit., 554.

« Ed in verità » – si è rimarcato – « dal punto di vista strutturale, si assiste, per le ipotesi contemplate dalle riferite lett. *c*) e *d*), ad una "detipizzazione" del *periculum in mora*, il quale assume contorni estremamente labili, tant'è che il richiedente non deve qualificare di volta in volta il concreto contenuto di detto pericolo, né dimostrare il *fumus boni iuris*: di conseguenza, l'attivazione del meccanismo discende necessariamente – quasi *ipso iure* – dalla relativa istanza di parte »[96].

Una volta vanificato l'effetto riequilibrante perseguito dalla riforma per effetto della già citata Corte cost., 2 novembre 1998, n. 361[97], si è dubitato della legittimità costituzionale del sistema così come ridisegnato dalla Corte: « ormai rotte le logiche di fondo sottese alla novella del 1997, grazie all'intervento manipolativo del giudice delle leggi sull'art. 513 c.p.p., il permanere, nel sistema, di una liberalizzazione settoriale dell'incidente probatorio (limitata, appunto, all'anticipata cristallizzazione dei soli contributi collaborativi *erga alios*) è idoneo [...] a generare squilibri indifendibili sotto il profilo della razionalità dell'assetto normativo nel quadrante del fenomeno probatorio »[98].

La Corte costituzionale, tuttavia, ha rigettato le questioni di costituzionalità con una sentenza[99] nella quale, muovendo dalla premessa secondo cui l'illustre precedente non ha in alcun modo inciso sull'istituto dell'incidente probatorio, che si colloca nella fase delle indagini preliminari e rimane deputato alla formazione anticipata, nel contraddittorio delle parti, di una prova soggetta a rischio di dispersione, i cui verbali sono destinati ad essere letti, e quindi uti-

---

[96] Vitale, *L'incidente probatorio per l'esame dei coimputati e degli imputati connessi o collegati*, cit., 1898.

[97] Per effetto delle statuizioni contenute nella sentenza, rileva La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 582, « gli incentivi all'uso dell'incidente probatorio come strumento ordinario di acquisizione dei mezzi di prova di cui alle lett. *c*) e *d*) persero gran parte del loro significato ».

[98] Di Chiara, *Incidente probatorio*, cit., 555. Secondo Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 48, invece, per effetto della sentenza costituzionale l'incidente *ex* art. 392, comma 1 lett. c) e d) c.p.p. sarebbe stato "implicitamente" ricondotto nell'alveo degli originari canoni di non rinviabilità della prova.

[99] Corte cost., 19 novembre 1999, n. 428. Pone in evidenza Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 50, la circostanza che essa sia tesa a mostrare la potenzialità garantista dell'incidente probatorio. Sembra condividere le asserzioni contenute nella pronuncia in discorso, ritenendo la modifica attuata con la riforma del 1997 in linea con i principi del giusto processo, Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 27. In senso critico v., invece, Vitale, *L'incidente probatorio per l'esame dei coimputati e degli imputati connessi o collegati*, cit., 1898, secondo il quale, per effetto della modifica apportata al sistema dalla sentenza 361 del 1998, « delle due l'una: o le ipotesi di incidente probatorio di cui si discute si considerano "irrazionali", in quanto *sine causa*, oppure le si trasformano in un "nuovo" istituto, sorretto da una *ratio* differente sia da quella introdotta dalla l. n. 297 del 1997, che da quella originariamente prevista dal codice del 1988 ».

lizzati, in dibattimento ove ricorrano le condizioni previste dall'art. 511, comma 2 c.p.p., ha ritenuto che dall'opera ricostruttiva intrapresa dalla Corte è emerso un sistema in cui risulta potenziata la facoltà di scelta delle parti in ordine al momento di formazione della prova di cui all'art. 392, comma 1 lett. c) e d) c.p.p.: ad esse è rimessa, infatti, la valutazione se attivare la formazione anticipata della prova mediante incidente probatorio, ovvero fare esclusivamente affidamento sulla sua assunzione in dibattimento, caratterizzato dalla contestuale attuazione dei principi del contraddittorio, dell'oralità e dell'immediatezza, e sulla residua possibilità di recuperare le dichiarazioni precedentemente rese mediante il meccanismo delle contestazioni disciplinato dall'art. 500, comma 2-*bis* c.p.p.

Nel quadro così delineato, pertanto, le questioni sono state ritenute infondate con riferimento ad entrambi i parametri evocati dai giudici rimettenti.

Quanto, infatti, alle censure di irragionevolezza complessiva del sistema, prospettate in relazione all'art. 3 Cost., la Corte ha evidenziato che l'assetto normativo venutosi a creare rafforza l'esercizio dei poteri dispositivi delle parti in materia di formazione della prova[100].

Parimenti infondate sono state ritenute le censure riferite alla violazione del principio di eguaglianza, sotto il profilo della supposta simmetria tra la posizione del teste e quella del coimputato o dell'imputato in procedimento connesso chiamati a rendere dichiarazioni concernenti la responsabilità di altri, e della conseguente irragionevole disparità tra i presupposti dell'incidente probatorio rispettivamente previsti per le due categorie di soggetti dall'art. 392 c.p.p.

Infatti, nella sentenza n. 361 del 1998, fa notare la Corte, la posizione processuale di tali soggetti è stata equiparata solo ai fini delle contestazioni nel corso dell'esame dibattimentale, in base alla constatazione che tali dichiarazioni sono contraddistinte dall'essere rivolte, e dall'essere destinate a valere, nei confronti di altri, ma nello stesso tempo è stata richiamata la distinzione tra le posizioni sostanziali dell'imputato in procedimento connesso – nonché

---

[100] Corte cost., 19 novembre 1999, n. 428. Né può ritenersi, continua la Corte costituzionale, che la menzionata sentenza abbia reso irragionevole la deroga ai principi dell'immediatezza e dell'oralità introdotta dal legislatore del 1997, in quanto la deroga rimane pur sempre giustificata dalle particolarità della prova in esame, caratterizzata dall'essere resa da soggetti aventi la qualità di coimputato o di imputato in un procedimento connesso e dall'avere per oggetto circostanze relative alla responsabilità di altri. La disciplina che, a prescindere dal presupposto della non rinviabilità al dibattimento, consente di assicurare anticipatamente la formazione di tale prova, rende invero le parti – e anche la difesa – maggiormente garantite anche nell'ipotesi in cui in dibattimento il dichiarante rifiuti di rispondere.

del coimputato chiamato a rendere dichiarazioni sul fatto altrui – e del testimone: a differenza del testimone, la persona sottoposta alle indagini e l'imputato in procedimento connesso, anche quando sono chiamati a rendere dichiarazioni su fatti concernenti la responsabilità di altri, non sono soggetti all'obbligo del giuramento, non commettono il delitto di falsa testimonianza ove affermino il falso o rifiutino di rispondere, sono assistiti dal diritto al silenzio[101].

Per quel che riguarda le censure sollevate con riferimento all'art. 24, comma 2 Cost., la Corte sottolinea che, una volta disposto l'incidente probatorio nel corso delle indagini preliminari, la persona sottoposta alle indagini può anticipatamente prendere cognizione delle dichiarazioni rese in precedenza dalla persona da esaminare, mentre se l'incidente viene disposto durante l'udienza preliminare la difesa ha facoltà di prendere visione, a norma degli artt. 419, commi 2 e 3 c.p.p., del complesso degli atti delle indagini preliminari[102].

I rimettenti, rimarca inoltre la Corte, non considerano che l'incidente probatorio può essere chiesto anche dalla persona sottoposta alle indagini, oltre che il diritto di difesa risulta certamente più garantito dai meccanismi che sovraintendono alla formazione anticipata della prova mediante incidente probatorio rispetto all'ipotesi in cui le dichiarazioni su fatti concernenti la responsabilità di altri vengano raccolte unilateralmente dal pubblico ministero, senza la partecipazione del difensore dell'indagato cui le dichiarazioni si riferiscono[103].

Il complesso delle argomentazioni utilizzate dalla Corte costituzionale, come è evidente ancorate ad una visione realistica del processo, ha fatto notare come « sembra che la Corte [abbia preso] atto, sebbene non esplicitamente, che il vigente processo penale ha ormai assunto una fisionomia disomogenea, non ancorabile cioè ad un comune e preciso denominatore »[104].

Conservato, dunque, il sistema di accesso all'incidente come delineato dalla riforma del 1997, merita soltanto di essere puntualizzato che la connotazione di tassatività dei relativi meccanismi non consente di ricondurre nell'ambito della fattispecie compendiata dall'art. 392, comma 1 lett. c) e d) c.p.p. la testimonianza assistita[105].

---

[101] Corte cost., 19 novembre 1999, n. 428.

[102] Corte cost., 19 novembre 1999, n. 428.

[103] Corte cost., 19 novembre 1999, n. 428.

[104] Vitale, *L'incidente probatorio per l'esame dei coimputati e degli imputati connessi o collegati*, cit., 1907.

[105] Sull'istituto v., tra gli altri, Carini, *Art. 197-bis*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Gaito, Milanofiori Assago, 2012, 1194; Menna, *Prove dichiarative*, cit., 145; Melchionda, *Ricognizioni e confronti*, in *Le prove*, coordinati da Marzaduri, II, *I singoli mezzi di prova e di ricerca della prova*, Torino, 1999, 259; Bellavista, *Confronto*, in *Enc. dir.*, VIII, 1043.

Ciò, tuttavia, non preclude la possibilità di un'acquisizione in via anticipata della prova nell'evenienza in cui dovessero perfezionarsi in concreto i presupposti previsti dall'art. 392, comma 1 lett. a) e b) c.p.p.[106].

5. *Il confronto.*

L'incidente probatorio può essere utilizzato al fine di procedere al confronto[107] tra persone che hanno reso dichiarazioni discordanti[108] in altro incidente probatorio[109] ovvero al pubblico ministero, sempre che ricorra taluna delle circostanze impeditive previste dall'art. 392, comma 1 lett. a) e b) c.p.p.[110].

Come è stato correttamente osservato, affinché sia possibile attivare la procedura incidentale non è necessario che le situazioni indicative di un pericolo di dispersione o inquinamento della fonte di prova riguardino tutti i soggetti coinvolti nell'atto probatorio, essendo sufficiente che una situazione di tal genere riguardi una soltanto delle persone interessate[111].

---

[106] V., in questi termini, La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 583; Di Chiara, *Incidente probatorio*, cit., 555, il quale auspica una liberalizzazione ad ampio spettro dell'incidente probatorio. In senso contrario, invece, v. Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 29.

[107] Sull'istituto v., in generale, Lorusso, *Confronti*, in *La prova penale*, diretto da Gaito, II, *Le dinamiche probatorie e gli strumenti per l'accertamento giudiziale*, Milanofiori Assago, 2008, 627; Menna, *Prove dichiarative*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, II, t.1, *Le prove*, Milanofiori Assago, 2009, 201; Bonzano, *I mezzi di prova*, in *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, diretto da Spangher, Marandola, Garuti, Kalb, I, *Soggetti. Atti. Prove*, Milanofiori Assago, 2015, 899; Catalano, *Confronti*, in *La prova penale*, a cura di Ferrua, Marzaduri, Spangher, Torino, 2013, 535; Manzione, *Confronto*, in *Dig. disc. pen.*, III, 57.

[108] La norma, a differenza di quanto previsto dall'art. 211 c.p.p., non prevede che la discordanza afferisca a "fatti e circostanze importanti" e ciò, secondo La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 584, può spiegarsi in ragione delle difficoltà che il richiedente potrebbe incontrare nella distinzione tra circostanze alla luce dell'importanza di esse, tenuto conto anche del fatto che il giudice non dispone, durante la fase delle indagini preliminari, di un proprio fascicolo. Sembra propendere per la soluzione opposta, alla luce di argomentazioni di ordine sistematico, Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 53.

[109] Nulla esclude che la discordanza tra le dichiarazioni emerga dal contenuto di un incidente disposto nello stesso procedimento penale. Limita l'ipotesi in discorso al caso di incidente disposto in un procedimento diverso, invece, De Roberto, *Incidente probatorio*, cit., 7.

[110] Specifica Di Chiara, *Incidente probatorio*, cit., 549, che la situazione di pericolo può riguardare anche uno soltanto dei soggetti coinvolti nell'atto probatorio. V., nello stesso senso, La Rocca, *L'incidente probatorio*, cit., 223.

[111] Sau, *Art. 392*, cit., 4862.

La formulazione della previsione normativa, come visto ancorata alla ricorrenza del requisito tipico dell'indifferibilità, conserva alla fattispecie un tratto di coerenza con la tradizionale impostazione dell'istituto.

La genericità del termine utilizzato per identificare i referenti soggettivi di essa – si parla, invero, di "persone" – consente senza tortuosità di collocarvi qualsiasi categoria di dichiarante[112].

Il carattere tassativo dei casi di incidente probatorio, invece, non consente di superare in via interpretativa il limite segnato dall'individuazione in termini restrittivi delle tipologie di contributi dichiarativi utilizzabili quali fonti produttive del sapere discordante[113].

Infatti, è stato posto in rilievo, « non si comprende la ragione per cui sia esclusa la possibilità di avanzare la richiesta d'incidente probatorio nel caso in cui la divergenza risulti da dichiarazioni rese in sedi diverse da una pregressa procedura incidentale o a soggetti diversi dal P.M. »[114].

« È del tutto evidente [...] che le dichiarazioni discordanti potrebbero emergere dinanzi al G.I.P. in occasione di procedimenti in camera di consiglio [...] o, ancora, in occasione dell'interrogatorio di garanzia. La stessa considerazione vale, del resto, per le dichiarazioni rilasciate alla polizia giudiziaria ai sensi degli artt. 350 e 351 c.p.p. o al difensore *ex* art. 391 *bis* c.p.p. »[115].

Al di là dell'evidente difformità di trattamento riservata ad atti dalla struttura analoga e parimenti idonei a fare emergere difformità rilevanti, la previsione pone certamente il pubblico ministero in una posizione privilegiata, anche perché « si deve considerare che laddove le discordanze emergessero da atti diversi [...] il magistrato potrebbe sempre espletare tali atti e, all'esito, verificare la necessità di procedere a confronto »[116].

Ed allora, sembra possibile individuare la *ratio* della soluzione normativa nella volontà di collocare su un versante di peculiare eccezionalità il ricorso ad un incidente probatorio di « secondo grado »[117], ossia finalizzato ad appianare le perplessità suscitate da atti acquisitivi pregressi dal risultato contra-

---

[112] La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 584. V., inoltre, Sau, *Art. 392*, cit., 4862.

[113] V., altresì, Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 53; Sau, *Art. 392*, cit., 4862.

[114] La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 584. In chiave critica rispetto all'opzione restrittiva fatta propria dal legislatore v., poi, Sau, *Art. 392*, cit., 4862.

[115] La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 584. Ma v., in senso egualmente critico, Di Chiara, *Incidente probatorio*, cit., 549; Molari, *L'incidente probatorio*, cit., 335.

[116] La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 584. Evidenzia la possibilità di un siffatto intervento, in chiave quasi sanante della lacuna legislativa, La Rocca, *L'incidente probatorio*, cit., 223. La stessa espressamente richiama Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 54, il quale ritiene, in ragione di ciò, che il problema sia meno grave di quanto sembri.

[117] Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 104.

stante, contrasti che non hanno trovato composizione mediante l'attivazione dei meccanismi interni alle indagini preliminari a disposizione del pubblico ministero, l'unico legittimato a disporre dell'intero compendio investigativo.

6. *La perizia e l'esperimento giudiziale.*

Rispetto alla perizia[118] e all'esperimento giudiziale[119], atti a contenuto probatorio di natura tecnica, il requisito dell'indifferibilità sembra sostanziarsi nella ricorrenza di elementi che rendono l'oggetto sul quale deve esplicarsi l'attività probatoria – una persona, una cosa o un luogo – idoneo a subire modificazioni non evitabili[120].

La connotazione tecnica delle operazioni e, anche, il carattere assolutamente assonante della terminologia impiegata rendono evidente la sostanziale complementarietà dell'istituto acquisitivo di cui si discute con la figura disciplinata dall'art. 360 c.p.p., consentendo, altresì, di cogliere nel dato normativo afferente al primo – e, in speciale modo, in relazione ai punti di intersecazione con la seconda – un'inedita giustapposizione del requisito dell'indifferibilità con quello dell'assoluta non rinviabilità[121].

---

[118] V., in generale, Varraso, *La prova tecnica*, cit., 215; Rivello, *La perizia*, in *La prova penale*, a cura di Ferrua, Marzaduri, Spangher, Torino, 2013, 399; Id., *Perito e perizia*, cit., 469; Curtotti Nappi, *La perizia*, in *La prova penale*, diretto da Gaito, II, *Le dinamiche probatorie e gli strumenti per l'accertamento giudiziale*, Milanofiori Assago, 2008, 591.

[119] V., sull'istituto, Melchionda, *L'esperimento giudiziale*, in *Le prove*, coordinati da Marzaduri, II, *I singoli mezzi di prova e di ricerca della prova*, Torino, 1999, 291; Varraso, *La prova tecnica*, cit., 313; Scomparin, *Esperimenti giudiziali*, in *La prova penale*, a cura di Ferrua, Marzaduri, Spangher, Torino, 2013, 559; Lorusso, *Esperimenti giudiziali*, in *La prova penale*, diretto da Gaito, II, *Le dinamiche probatorie e gli strumenti per l'accertamento giudiziale*, Milanofiori Assago, 2008, 637; Barone, *Esperimento giudiziale*, cit., 336.

[120] Come rilevato da Sau, *Art. 392*, cit., 4863, il motivo di non rinviabilità è, in questo caso, determinato dalla deteriorabilità dell'oggetto della prova.

[121] Cesari, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti d'indagine*, cit., 165, ritiene che il requisito legittimante sia individuabile nella mera irripetibilità. Ma v., anche, La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 585. In senso diverso v., invece, Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 46. Parla di deteriorabilità dell'oggetto di prova, tale da rendere l'atto non rinviabile in dibattimento, Di Chiara, *Incidente probatorio*, cit., 549. Così come, d'altra parte, Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 110, il quale ne individua la *ratio* nella necessità di prevenire un mutamento irreversibile idoneo ad inficiare il risultato di prova. Definisce "specifica" l'ipotesi di non rinviabilità presa in esame dalla norma, quantomeno in relazione alla perizia, De Roberto, *Incidente probatorio*, cit., 8, essendo connessa « per un verso, alla impossibilità di riprodurre l'accertamento tecnico al dibattimento e, per un altro verso, all'intrinseca inidoneità del mezzo di prova ad essere differito a tale fase ».

Norma, quella contenuta nell'art. 360 c.p.p., che, è stato detto, « rappresenta il difficile punto di equilibrio tra due opposte esigenze tipiche di un rito tendenzialmente accusatorio imperniato sulla separazione tra procedimento (fase dell'indagine) e processo (fase del giudizio): per un verso, garantire l'acquisizione probatoria essenzialmente in dibattimento, nel contraddittorio tra le parti, così da rispettare i fondamentali canoni dell'immediatezza e dell'oralità, salvaguardando l'autonomia della conoscenza giudiziale rispetto ai materiali investigativi; per altro verso, assicurare, nondimeno, la conservazione di taluni atti di indagine le cui caratteristiche risultino incompatibili con il principio anzidetto e la cui dispersione risulterebbe sperpero probatorio intollerabile ai fini di una adeguata completezza decisoria »[122].

Dotata di un indiscutibile rilievo, sistematico oltre che ideologico, la sua essenza dogmatica è concentrata nell'impiego di una formula normativa che ha costituito il punto di riferimento essenziale anche ai fini della costruzione dottrinale e giurisprudenziale della categoria degli atti irripetibili, ossia il riferimento, che figura anche nell'art. 392, comma 1 lett. f) c.p.p., a "persone, cose o luoghi il cui stato è soggetto a modificazione"[123].

La nozione di atto irripetibile è, nell'ambito di quelle utilizzate dal legislatore, senza dubbio una tra le più sfuggenti[124], soprattutto in ragione del fatto che di essa ha preferito non fornire una definizione, sebbene si trattasse di un concetto che ricorre in numerose e fondamentali norme del codice processuale.

La nozione di irripetibilità, si è detto, « costituisce una delle chiavi di volta dell'attuale modello processuale, che sul principio di separazione tra procedimento e processo ha generosamente e incautamente fondato i propri destini disegnando un sistema in cui il crisma dell'accusatorietà è dato dall'autonomia gnoseologica del giudizio rispetto alle attività che lo precedono »[125].

Infatti, la funzione assegnata al concetto di atto irripetibile nell'ambito del sistema è oltremodo chiara: esso, « in quanto dotato di dati cognitivi non

---

[122] Gaeta, *Art. 360*, in *Codice di procedura penale*, a cura di Giarda, Spangher, Milanofiori Assago, 2010, 4346. Ma v., anche, Id., *L'attività del pubblico ministero*, in *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, diretto da Spangher, Marandola, Garuti, Kalb, II, *Misure cautelari. Indagini preliminari. Giudizio*, Milanofiori Assago, 2015, 682.

[123] Fa notare, infatti, Gaeta, *L'attività del pubblico ministero*, cit., 683, come « la previsione normativa in questione appare un perenne cantiere in cui lavorano le definizioni di dottrina e giurisprudenza, spesso solo con sfumature linguistiche assai evanescenti o comunque malferme ».

[124] Cesari, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti d'indagine*, cit., 1, parla di nozione tra le più « evanescenti » dell'attuale impianto codicistico.

[125] Cesari, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti d'indagine*, cit., 7.

riproducibili come tali in sede dibattimentale, è destinato [...] ad evitare che tali elementi vengano sottratti al bagaglio di conoscenze del giudice del dibattimento medesimo »[126].

Intrattenersi sulle complesse problematiche che il tema pone sarebbe tanto interessante quanto fuori luogo, dovendo la trattazione soffermarsi sull'analisi dei punti di intersezione della disciplina degli accertamenti tecnici con quella dell'incidente probatorio[127].

Orbene, disciplinando gli accertamenti tecnici non ripetibili del pubblico ministero[128], l'art. 360 c.p.p. sembra ancorarsi alle coordinate operative tracciate dall'art. 359 c.p.p., ai sensi del quale il pubblico ministero, quando deve procedere ad accertamenti, rilievi – la norma distingue questi ultimi in segnaletici, descrittivi o fotografici – e ad ogni altra operazione tecnica per cui si rendano necessarie specifiche competenze, può nominare e avvalersi di consulenti[129], i quali possono essere autorizzati dallo stesso pubblico ministero ad assistere al compimento di singoli atti di indagine[130].

La linea ideale che lega le due disposizioni emerge, oltre che dalla semantica normativa, dalla struttura dell'art. 360, comma 1 c.p.p.

Disponendo che, quando gli accertamenti previsti dall'art. 359 c.p.p. riguardano persone, cose o luoghi il cui stato è soggetto a modificazione, il pubblico ministero deve dare avviso senza ritardo alla persona sottoposta alle indagini, alla persona offesa dal reato ed ai difensori del giorno, dell'ora e del

---

[126] Potetti, *Svolta restrittiva della Cassazione in tema di atto irripetibile*, cit., 1468. Come rileva Cesari, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti d'indagine*, cit., 68, la categoria degli "atti irripetibili" è stata coniata « allo scopo di evitare che le peculiari caratteristiche di determinati atti o evenienze eccezionali che li colpissero, potessero pregiudicare le esigenze dell'accertamento giudiziale ».

[127] In ogni caso, volendo approfondire la tematica, v., eventualmente, Suraci, *L'atto irripetibile*, Padova, 2012, 191.

[128] L'importanza delle attività di carattere tecnico-scientifico nell'ambito del processo penale è evidenziata dalla generalità della dottrina. V., tra i tanti, da Montagna, *Accertamenti tecnici, accertamenti personali occulti e prelievo del DNA*, in *La prova penale*, diretto da Gaito, II, Milanofiori Assago, 2008, 51. Ma v., da ultimo, Curtotti Nappi, Saravo, *L'approccio multidisciplinare nella gestione della scena del crimine*, in *Dir. pen. e processo*, 2011, 623.

[129] Essi, precisa la norma, non possono rifiutare la loro opera.

[130] Sottolineano l'ampia discrezionalità che la disposizione accorda la pubblico ministero circa l'effettuazione di accertamenti e rilievi, stante il mancato riferimento normativo a presupposti specifici, Poggi, Cavalera, *Gli accertamenti tecnici della polizia giudiziaria nell'indagine preliminare*, Padova, 2000, 311; Gaeta, *L'attività del pubblico ministero*, cit., 674. La genericità della disciplina delle attività tecniche del pubblico ministero previste dall'art. 359 c.p.p., soprattutto se relazionata alla possibilità che la relazione del consulente tecnico sia utilizzata, in determinate evenienze, come prova in ambito dibattimentale, è criticata da Montagna, *Accertamenti tecnici, accertamenti personali occulti e prelievo del DNA*, cit., 69.

luogo fissati per il conferimento dell'incarico[131], la disposizione sembra, infatti, dare per presupposto il complesso di facoltà e di doveri previsti dalla norma precedente.

Dall'ambito operativo di questa seleziona, però, una specifica tipologia di atti per accostare al compimento di essi, allorquando ricorra la nota essenziale costituita dall'irripetibilità[132], « una delicata armonia di ingranaggi processuali tra loro connessi con rigore logico, perlomeno nella previsione stratta »[133].

I semplici rilievi – ha più volte osservato, infatti, la Suprema Corte – ancorché siano prodromici all'effettuazione di accertamenti tecnici, non sono tuttavia identificabili con essi, per cui, pur essendo essi irripetibili, la loro effettuazione non deve avvenire nell'osservanza delle forme stabilite dall'art. 360 c.p.p., le quali sono riservate soltanto agli "accertamenti" veri e propri, se ed in quanto qualificati di per sé come irripetibili[134].

La distinzione, dunque, riveste un notevole significato dal momento che la riconducibilità dell'atto all'una anziché all'altra categoria, come abbiamo appena visto, fa sorgere – ricorrendo il requisito dell'irripetibilità – l'obbligo di attivazione di procedimenti acquisitivi diversamente configurati sotto il profilo delle garanzie partecipative.

---

[131] La norma prevede, inoltre, l'obbligo di avvisare i predetti soggetti della facoltà di nominare consulenti tecnici.

[132] Sul presupposto della scindibilità del requisito dell'irripetibilità rispetto a quello dell'indifferibilità, D'Andria, *Un tentativo di definizione degli atti non ripetibili*, cit., 1350, definisce l'indicazione contenuta nell'art. 360 c.p.p. fuorviante, poiché la norma si riferisce in realtà ad un'ipotesi di irripetibilità *ex lege*, assimilata agli atti di cui all'art. 431 c.p.p. ai fini della utilizzabilità in giudizio. Anche per Cesari, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., 39, l'art. 360 c.p.p. disciplina atti sostanzialmente non rinviabili, ma definiti irripetibili « a scanso di ogni equivoco sulla loro destinazione al fascicolo dibattimentale, malgrado l'origine predibattimentale e la mancanza del livello di contraddittorio che l'incidente *ex* art. 392 ss. c.p.p. comunque garantisce ». V., inoltre, Montagna, *Accertamenti tecnici, accertamenti personali occulti e prelievo del DNA*, cit., 68.

[133] Gaeta, *L'attività del pubblico ministero*, cit., 684.

[134] Cass. pen., Sez. I, 6 giugno 1997, n. 4017. Più di recente, sulla stessa linea, v.. Cass. pen., Sez. I, 30 novembre 2005, n. 45437; Cass. pen., Sez. III, 28 novembre 2009, n. 38087; Cass. pen., Sez. II, 26 febbraio 2015, n. 8607; Cass. pen., Sez. III, 16 aprile 2015, n. 15826. In tema di accertamenti tecnici fatti eseguire dal pubblico ministero – ha puntualizzato, poi, Cass. pen., Sez. III, 23 novembre 2004, n. 5460 – le garanzie difensive dettate, a pena di inutilizzabilità, dall'art. 360 c.p.p riguardano solo gli accertamenti tecnici "non ripetibili", mentre per quelli ripetibili nessun avviso il pubblico ministero è tenuto a dare all'indagato e al suo difensore. Fa notare, in dottrina, Montagna, *Accertamenti tecnici, accertamenti personali occulti e prelievo del DNA*, cit., 68, come « [l]'art. 360 c.p.p. menziona unicamente gli accertamenti previsti dall'art. 359 c.p.p., non i rilievi e le altre operazioni pure contemplate da quella norma. La distinzione diviene, dunque, rilevante ai fini dell'individuazione dell'ambito operativo dell'art. 360 c.p.p. ».

Posto, quindi, che « nessuna forma di assistenza difensiva è prevista per i semplici rilievi tecnici e per gli accertamenti tecnici ripetibili »[135], diviene essenziale l'individuazione degli elementi caratterizzanti due categorie concettuali[136] « la cui distinzione, apparentemente chiara e acquisita sul piano teorico, è alquanto oscura e difficile da tradurre nella pratica, dalla quale affiora un sottile *discrimen* non sempre percepibile »[137].

Non è in discussione, è ovvio, la figura dell'accertamento inteso quale categoria dogmatica[138].

Denotando, su un piano di teoria generale, qualsiasi processo orientato alla certezza, siffatta categoria, infatti, « suggerisce un processo che si snoda lungo le fasi dell'*inizio*, ove è predominante l'idea di incertezza che, per l'appunto, spinge a dover accertare un determinato fenomeno; lo *svolgimento*, stato mediano, rappresentato dall'attività di accertamento, definita "attività spirituale di chiarificazione della realtà", mediante gli strumenti a disposizione del sistema in cui opera l'accertamento; il *termine* che porta alla situazione di certezza "relativa" »[139].

Gli accertamenti di cui si discute, infatti, sono atti a valenza conoscitiva sistematicamente collocati nella sfera dell'atto processuale ed è proprio in relazione a questa dislocazione sistematica e nei limiti ad essa funzionali che va chiarita la relativa nozione.

A questo fine, non sembrano potersi individuare criteri più affidabili di quelli elaborati, soprattutto in relazione all'attività d'indagine della polizia giudiziaria, dalla giurisprudenza, la quale ha assunto, nel silenzio del legislatore e pervenendo a risultati che hanno incontrato il consenso sostanzialmente unanime della dottrina[140] – pur con alcune precisazioni circa la tendenza a dilatare

---

[135] Cass. pen., Sez. I, 9 febbraio 1990, n. 301.

[136] Osservano Poggi, Cavalera, *Gli accertamenti tecnici della polizia giudiziaria nell'indagine preliminare*, cit., 83, nt. 30, come l'obiettiva esistenza di una marcata differenziazione tra i due tipi di atti sia stata riconosciuta dalla pressoché totalità della dottrina, anche sulla base delle massime elaborate dalla Corte di cassazione.

[137] Lorusso, *L'esame della scena del crimine nella contesa processuale*, in *Dir. pen. e processo*, 2011, 264.

[138] Essa, come è noto, è stata studiata, in particolare, da Falzea, *Accertamento (Teoria generale)*, in *Enc. dir.*, I, 209. La voce è stata, poi, riversata in Id., *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, 1984, 59, ove si evidenzia che « [n]el suo significato corrente il termine accertamento denota ogni processo spirituale attivamente orientato verso la situazione spirituale della certezza ».

[139] Giunchedi, *Gli accertamenti tecnici irripetibili (tra prassi devianti e recupero della legalità)*, cit., 8.

[140] V., tra gli altri, Bonzano, *Attività del pubblico ministero*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, III, Torino, 2009, 319. Ma, anche, Giunchedi, *Gli accertamenti tecnici irripeti-*

oltremodo la nozione di rilievo al fine di espandere gli spazi operativi della polizia giudiziaria[141] – l'onere di delineare le caratteristiche di ciascuno degli istituti in discorso[142].

Fermo restando, allora, che è contrassegnato da un'ineliminabile margine di opinabilità qualsiasi tentativo di tracciare, tra di essi, una precisa linea di confine[143], sul piano generale si è riconosciuto[144] che il concetto di accertamento non comprende la constatazione o la raccolta dei dati materiali pertinenti al reato o alla sua prova – questi costituirebbero, invece, dei semplici rilievi – ma riguarda piuttosto lo studio e la elaborazione critica dei medesimi[145].

L'attività di individuazione e rilevamento di dati si risolve, quindi, in una operazione di natura prevalentemente materiale che può essere compiuta da soggetti diversi – il più delle volte dalla polizia giudiziaria[146] – ma che non per questo può ritenersi processualmente innoqua poiché su di essa, tutte le volte in cui il dato assume rilievo ai fini dell'accertamento, può innestarsi – e di regola si innesta – una successiva operazione di carattere marcatamente elaborativo.

È naturale, dunque, che si instauri una relazione funzionale tra il rilievo e l'accertamento[147], un rapporto talmente significativo sul piano processuale che

---

bili (tra prassi devianti e recupero della legalità), cit., 15. Nonché, da ultimo, Lorusso, *L'esame della scena del crimine nella contesa processuale*, cit., 264.

[141] V., in particolare, Curtotti Nappi, Saravo, *Sopralluogo giudiziario*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. VI, 595.

[142] La notazione è di Aprile, *Le indagini tecnico-scientifiche: problematiche giuridiche sulla formazione della prova penale*, in *Cass. pen.*, 2003, 4035.

[143] Come riconosce, tra gli altri, Scalfati, *Gli accertamenti tecnici dell'accusa*, in *Ind. pen.*, 1992, 130.

[144] In linea, d'altra parte, con le soluzioni prospettate dalla giurisprudenza costituzionale formatasi sotto il vigore del codice precedente. V., per tutte, Corte cost., 27 dicembre 1973, n. 185.

[145] V., per esempio, Cass. pen., Sez. III, 27 ottobre 1998, n. 5779. In dottrina v., tra gli altri, Montagna, *Accertamenti tecnici, accertamenti personali occulti e prelievo del DNA*, cit., 63; Scella, *Brevi osservazioni in tema di accertamenti tecnici, rilievi e tutela del diritto di difesa*, in *Cass. pen.*, 1990, 179; Lorusso, *L'esame della scena del crimine nella contesa processuale*, cit., 264; Curtotti Nappi, Saravo, *L'approccio multidisciplinare nella gestione della scena del crimine*, cit., 628.

[146] Il progressivo ampliamento del concetto di "rilievo" di cui all'art. 354, comma 2 c.p.p., con il conseguente ridimensionamento di quello correlato di "accertamento" e, per effetto di ciò, l'espansione continua dei poteri acquisitivi della polizia giudiziaria sulla scena del crimine, è stato messo in evidenza, da ultimo, da Curtotti Nappi, Saravo, *L'approccio multidisciplinare nella gestione della scena del crimine*, cit., 630.

[147] La sussistenza di una siffatta relazione è messa in evidenza, tra gli altri, da Lorusso, *L'esame della scena del crimine nella contesa processuale*, cit., 264. Il rischio del prodursi di effetti devastanti nella sfera giuridica dell'indagato, determinati da un'erronea attività di refertazione, considerata dalla giurisprudenza un mero rilievo, è, da ultimo, sottolineato da Gualtieri, *Diritto di di-*

il primo non può che costituire la premessa logico-funzionale del secondo e per questo motivo diviene evocabile, anche rispetto al rilievo, l'applicazione di ragguardevoli protocolli garantistici.

Si è voluto mettere in evidenza, ma il dato è di immediata percezione, come un concetto dalle premesse ricostruttive apparentemente semplici si ponga, nella realtà, al centro di complesse dinamiche probatorie in virtù dell'influenza determinante che l'attività di rilevazione e raccolta di dati rilevanti e le relative metodologie determina sui successivi processi elaborativi[148].

Detto questo, deve precisarsi che l'attività di "rilievo" deve essere tenuta distinta, sebbene ad essa assimilata dalla giurisprudenza sul piano delle conseguenze di ordine procedimentale, anche dal "mero accertamento", quest'ultimo consistente in una attività di elaborazione dei dati non richiedente particolari cognizioni tecnico-scientifiche[149].

Nell'ambito della categoria appena richiamata si delinea, quindi, il sottoinsieme costituito dal vero e proprio "accertamento tecnico", ossia l'operazione che consiste in un'attività di carattere valutativo effettuata utilizzando canoni tecnico-scientifici, in altri termini « una elaborazione che richiede particolari caratteristiche legate alla comprovata e titolata conoscenza di una materia »[150] e che, pertanto, non può che essere demandata ai consulenti tecnici[151].

Lo scopo certamente investigativo dell'atto[152] si coniuga con una potenzialità di impiego dell'elaborato del consulente tecnico che, fuoriuscendo dal

---

fesa e prova scientifica, in *Dir. pen. e processo*, 2011, 498. Ma, come già visto, la funzione propedeutica dei rilievi era stata sottolineata già sotto il vigore del codice abrogato dalla Corte costituzionale.

[148] Giunchedi, *Gli accertamenti tecnici irripetibili (tra prassi devianti e recupero della legalità)*, cit., 15, fa notare come « una repertazione di materiale biologico non corretta può non offrire quei risultati ottenibili con un'attività svolta in modo ortodosso ».

[149] In questo senso, in relazione all'attività di comparazione delle impronte digitali oggetto di prelievo con quelle già in possesso della polizia giudiziaria, v. Cass. pen., Sez. V, 17 marzo 2004, n. 23319.

[150] Giunchedi, *Gli accertamenti tecnici irripetibili (tra prassi devianti e recupero della legalità)*, cit., 15.

[151] La necessaria caratterizzazione su base tecnico-scientifica dell'attività valutativa che sostanzia l'accertamento tecnico è costantemente ribadita in giurisprudenza. V., proprio di recente ed in relazione agli accertamenti compiuti sul numero di telaio di un ciclomotore, Cass. pen., Sez. II, 10 luglio 2009, n. 34149. Nello stesso senso v., inoltre, Cass. pen., Sez. I, 31 gennaio 2007, n. 14852; Cass. pen., Sez. II, 5 giugno 2003, n. 27311. Nonché, in precedenza e tra le più risalenti, Cass. pen., Sez. III, 27 ottobre 1998, n. 5779; Cass. pen., Sez. II, 10 novembre 1992, n. 4523.

[152] Come mette in evidenza Montagna, *Accertamenti tecnici, accertamenti personali occulti e prelievo del DNA*, cit., 53, infatti, gli accertamenti tecnici sviluppati durante la fase delle indagini preliminari sono « atti finalizzati ad indirizzare le investigazioni, ad offrire al pubblico ministero

perimetro delineabile sulla base del quadro finalistico descritto dall'art. 326 c.p.p., investe direttamente la fase dibattimentale, di talché la norma assicura ai difensori ed ai consulenti tecnici eventualmente nominati il diritto di assistere, una volta disposto il compimento dell'atto[153], al conferimento dell'incarico – la previsione della facoltà di partecipazione a questa fase, alla luce del dovere di pluridirezionalità investigativa ed analogamente a quanto disposto dall'art. 226, comma 2 c.p.p. in relazione alla perizia[154], sembra dare per scontato che il pubblico ministero, nel formulare i quesiti, debba sentire i consulenti tecnici e i difensori presenti – di partecipare all'attività tecnica e di formulare osservazioni e riserve.

Al fine di assicurare l'instaurazione di questa forma peculiare di contraddittorio, l'art. 360, comma 1 c.p.p., come abbiamo visto, grava il pubblico ministero dell'obbligo di avvisare i soggetti interessati dei dati identificativi dell'atto di conferimento dell'incarico[155].

Il contenuto essenzialmente tecnico dell'accertamento e la connotazione tecnica del relativo contraddittorio giustificano l'avvertimento relativo alla facoltà di nominare consulenti tecnici, mentre la spendibilità in chiave probatoria delle relative risultanze ha determinato la scelta di applicare all'atto il doppio livello di garanzie difensive a favore della persona sottoposta alle indagini previsto dall'art. 364, comma 2 c.p.p.

La Suprema Corte, chiamata ad intervenire sul tema degli avvisi previsti dall'art. 360, comma 1 c.p.p., ha chiarito che essi sono dovuti in presenza di consistenti sospetti di reato che investano sia il profilo oggettivo che la sua attribuibilità soggettiva[156], a prescindere dalla formale iscrizione del soggetto nel registro degli indagati[157].

---

elementi utili per assumere le determinazioni inerenti l'esercizio dell'azione penale, ma potenzialmente idonei anche a fondare decisioni di merito ed incidentali».

[153] Nel silenzio della legge, deve ritenersi che l'atto dispositivo dell'accertamento abbia forma di decreto. Come osserva Giunchedi, *Gli accertamenti tecnici irripetibili (tra prassi devianti e recupero della legalità)*, cit., 114, un palinsesto argomentativo, anche minimo, consentirebbe resistenze maggiori in ordine all'eventuale disputa circa la decisione di procedere all'accertamento nonostante la riserva di promozione dell'incidente probatorio.

[154] In alternativa alla quale – rileva Gaeta, *Art. 360*, cit., 4348 – l'istituto fu immaginato, «considerato che esso – nell'efficacia, se non nelle garanzie – tende a divenire sostitutivo della prima».

[155] Sulle modalità di effettuazione dell'avviso v., per tutti, Gaeta, *Art. 360*, cit., 4368; Id., *L'attività del pubblico ministero*, cit., 691.

[156] Cass. pen., Sez. V, 21 dicembre 2010, n. 6237; Cass. pen., Sez. IV, 14 luglio 2008, n. 33404. V., ancora prima ed in senso conforme, Cass. pen., Sez. I, 10 maggio 2005, n. 24954; Cass. pen., Sez. I, 8 giugno 2004, n. 37072.

[157] Per siffatta precisazione v., da ultimo, Cass. pen., Sez. V, 21 dicembre 2010, n. 6237.

Infatti, qualora il pubblico ministero debba procedere ad accertamenti tecnici non ripetibili, ricorre l'obbligo di dare l'avviso al difensore solo nel caso in cui, al momento del conferimento dell'incarico al consulente, sia stata già individuata la persona nei confronti della quale si procede, mentre tale obbligo non ricorre nel caso in cui la persona indagata sia stata individuata successivamente, nel corso dell'espletamento delle operazioni peritali[158].

In linea di continuità con l'orientamento predetto si colloca, quindi, l'impostazione giurisprudenziale secondo cui il mancato avviso al difensore dell'inizio di tali operazioni non integra alcuna ipotesi di nullità qualora il difensore medesimo, nominato dalla persona sottoposta alle indagini successivamente al conferimento dell'incarico, non abbia comunicato al consulente d'ufficio di voler partecipare alle operazioni peritali anche mediante la nomina di un consulente di parte[159].

Per quel che concerne il profilo formale dell'adempimento informativo, la giurisprudenza ha puntualizzato che l'espressione utilizzata nell'art. 360 c.p.p. circa l'avviso del compimento di accertamenti tecnici non ripetibili alle parti private e ai loro difensori da parte del pubblico ministero identifica un meccanismo di comunicazione semplificato ed informale, di modo che – anche in ragione del carattere naturalisticamente improrogabile dell'accertamento da eseguire – può essere impiegato qualsiasi mezzo che sia ritenuto idoneo a procurare, in capo al destinatario, una conoscenza effettiva dell'atto.

In altri termini, l'esigenza di speditezza connaturata all'atto in discorso condiziona l'utile esperibilità dell'incombente, comportando, sotto il profilo delle garanzie processuali, che la partecipazione dei difensori all'accertamento sia consentita, ma non obbligatoria.

Traendo spunto da siffatte premesse, è stata ritenuta sufficiente a perfezionare la fattispecie informativa, addirittura, la comunicazione dell'avviso per telefono, mentre il telegramma di conferma previsto dall'art. 149 c.p.p. deve ritenersi obbligatorio, come elemento di validità, nei casi per i quali la legge stabilisce, con una significativa differenziazione lessicale, che sia "notificato avviso"[160].

---

[158] Cass. pen., Sez. IV, 23 febbraio 2010, n. 20591. Nello stesso senso v., in precedenza, Cass. pen., Sez. IV, 14 luglio 2008, n. 33404; Cass. pen., Sez. IV, 21 novembre 2003, n. 7202. Nota Giunchedi, *Gli accertamenti tecnici irripetibili*, cit., 111, come le prese di posizione della Corte di cassazione rischiano di dilatare i pericoli di pretestuosi difetti di partecipazione di indagati già individuati. Ma v., invece, Gaeta, *L'attività del pubblico ministero*, cit., 691, il quale ravvisa nel superamento dell'approccio formalistico che guardava alla formale iscrizione nel registro *ex* art. 335 c.p.p. una positiva evoluzione dell'ermeneutica giurisprudenziale.

[159] Cass. pen., Sez. I, 15 maggio 1996, n. 6293.

[160] Cass. pen., Sez. I, 11 febbraio 2000, n. 4453. In questo contesto normativo e giurisprudenziale

Sul piano sanzionatorio, invece, la Corte di cassazione ha richiamato la premessa per la quale l'omissione dell'avviso al difensore costituisce un'ipotesi di nullità assoluta e insanabile, ai sensi dell'art. 179 c.p.p., solo nei casi in cui ne è obbligatoria la presenza, per ritenere che, poiché tra questi casi non rientra l'ipotesi degli accertamenti tecnici non ripetibili disposti dal pubblico ministero – giacché l'art. 360, comma 1 c.p.p. prevede l'obbligo dell'avviso del difensore, ma non anche quello della presenza, in quanto l'assistenza al conferimento dell'incarico, la partecipazione agli accertamenti e la formulazione di osservazioni o riserve sono indicate come manifestazioni del diritto del difensore – l'omissione stessa costituisce una nullità a regime intermedio ai sensi dell'art. 180 c.p.p.[161].

Ne deriva che, qualora all'udienza di conferimento dell'incarico al consulente sia presente l'indagato (cioè la parte in senso tecnico), la nullità deve essere eccepita, a pena di decadenza, prima del conferimento dell'incarico stesso[162].

Lo snodo più problematico della disposizione in esame è costituito, però, dalla previsione, contenuta nell'art. 360, comma 4 c.p.p., della facoltà della persona sottoposta alle indagini di formulare, prima del conferimento dell'incarico peritale, riserva di promuovere incidente probatorio[163].

In questo caso, infatti, si produce un effetto paralizzante dell'iniziativa investigativa del pubblico ministero, il quale deve disporre che non si dia luogo agli accertamenti in vista dell'attivazione dello strumento formativo della prova ed optare, in caso di inerzia della parte privata ed al fine di evitare che il comportamento pretestuoso di questa si traduca in un rallentamento delle indagini, per una richiesta autonoma di incidente probatorio[164].

---

ziale, ha ragione Giunchedi, *Gli accertamenti tecnici irripetibili*, cit., 110, nt. 15, quando rileva che non è previsto un termine, ancorché minimo, a comparire.

[161] Così, in giurisprudenza, Cass. pen., Sez. II, 2 dicembre 2004, n. 27. Già in passato, la linea interpretativa era stata esposta in Cass. pen., Sez. VI, 15 ottobre 1996, n. 10688 ; Cass. pen., Sez. IV, 30 ottobre 1996, n. 10590 ; Cass. pen., Sez. IV, 6 dicembre 1996, n. 54. Più di recente v., invece, Cass. pen., Sez. I, 23 aprile 2013, n. 28459; Cass. pen., Sez. V, 16 marzo 2015, n. 11086, la quale ha individuato una causa di sanatoria nell'acquisizione concordata della relazione di consulenza.

[162] L'orientamento predetto è ribadito in Cass. pen., Sez. II, 2 dicembre 2004, n. 27; Cass. pen., Sez. VI, 15 ottobre 1996, n. 10688 ; Cass. pen., Sez. IV, 30 ottobre 1996, n. 10590 ; Cass. pen., Sez. IV, 6 dicembre 1996, n. 54.

[163] Rileva Giunchedi, *Gli accertamenti tecnici irripetibili*, cit., 70, come nessun problema ponga la mancata previsione di una facoltà di riserva a favore della persona offesa, dal momento che essa non è, in generale, dotata del potere di richiedere l'incidente probatorio.

[164] Evidenzia Gaeta, *Art. 360*, cit., 4374, come la riserva costituisca un meccanismo di riequilibrio a favore dell'indagato che non intenda abdicare alla garanzia giurisdizionale insita nell'esple-

L'unica possibilità di superare la riserva formulata dall'indagato è legata alla sussistenza del requisito dell'indifferibilità dell'accertamento, evenienza che deve ritenersi ricorrente quando la tempistica connessa all'instaurazione dell'incidente probatorio – ancorché rimodulabile per effetto di un eventuale provvedimento giudiziale di abbreviazione dei termini – non consentirebbe di compiere utilmente l'atto di natura tecnica[165].

La disciplina normativa appena tratteggiata consente, a questo punto, di intravedere nell'ambito della categoria generale degli accertamenti tecnici irripetibili la distinzione tra due specifiche tipologie di attività, tra loro diversificabili sulla base di un giudizio di sussistenza o meno di margini temporali utili a consentire l'instaurazione dell'incidente probatorio.

Nel caso degli accertamenti indifferibili, infatti, « l'esigenza di conservazione del dato prevale sulla garanzia del contraddittorio; sicché, se la difesa potesse paralizzare lo svolgimento dell'atto, verrebbe ad incrinarsi il diritto del [pubblico ministero] ad acquisire una prova non ripetibile »[166].

Lo svolgimento di accertamenti differibili, invece, sarebbe compatibile con l'instaurazione dell'incidente probatorio, di talché viene collocata nell'area dei poteri dispositivi della persona sottoposta alle indagini la scelta circa le modalità di formazione della prova da adottare nel caso concreto[167].

Se il pubblico ministero, nonostante l'espressa riserva ed in mancanza del requisito dell'indifferibilità[168], ha ugualmente disposto di procedere agli accer-

---

tamento della perizia. Ma v., altresì, Id., *L'attività del pubblico ministero*, cit., 684, ove, sempre in relazione alla riserva, chiarisce: « Si tratta di [...] di un meccanismo che, attraverso l'interlocuzione della difesa, esige che l'organo dell'accusa concentri la valutazione sull'effettiva indifferibilità degli accertamenti, rapportata ad un riferimento temporale e processuale prossimo, quale quello dell'incidente probatorio ».

[165] Come rileva, infatti, Bonzano, *Attività del pubblico ministero*, cit., 321, gli accertamenti tecnici irripetibili hanno per oggetto persone, cose o luoghi il cui stato è soggetto a modificazione talmente rapida da precludere l'attesa del tempo necessario per attivare le garanzie di un pieno contraddittorio nell'ambito della perizia. V., inoltre, Gaeta, *L'attività del pubblico ministero*, cit., 686, il quale ravvisa il presupposto per superare la riserva nel « massimo grado di urgenza, oltre il quale l'atto, se differito, non può più essere utilmente compiuto ». In giurisprudenza v., sul punto, Cass. pen., Sez. V, 24 settembre 2013, n. 43413, ove si fa rifermento alla necessità dell'immediata esecuzione dell'indagine tecnica, ossia all'effettiva impossibilità di effettuarla utilmente in un momento successivo con le identiche prospettive di risultato.

[166] Bonzano, *Attività del pubblico ministero*, cit., 322.

[167] In relazione all'irripetibilità di cui all'art. 117 disp. att. c.p.p., osserva Bonzano, *Attività del pubblico ministero*, cit., 323, come la non rinviabilità assume in questo caso carattere "funzionale", nel senso che può dipendere dall'indispensabilità del risultato ai fini dell'utile prosecuzione delle indagini.

[168] Fa notare Bonzano, *Attività del pubblico ministero*, cit., 317, nt. 70, che, sebbene l'art. 360, comma 5 c.p.p. non preveda nulla in tal senso, è ragionevole ritenere che il pubblico mini-

tamenti i relativi risultati non possono essere utilizzati nel successivo dibattimento[169].

La riserva costituisce, dunque, un adempimento di fondamentale importanza, la cui omissione produce significative conseguenze in punto di eccepibilità dell'utilizzabilità dell'atto, anche se, sul punto, le conclusioni prospettate in giurisprudenza mancano di univocità.

Secondo un primo orientamento, infatti, l'imputato che non abbia tempestivamente formulato riserva di promuovere incidente probatorio, ai sensi dell'art. 360, comma 4 c.p.p., decade dalla facoltà di eccepire, in un momento successivo, sotto il profilo dell'assenza del presupposto costituito dall'irripetibilità dell'atto, l'inutilizzabilità dell'accertamento disposto dal pubblico ministero[170].

Una tesi distinta ritiene, invece, che l'inutilizzabilità degli accertamenti tecnici disposti dal pubblico ministero sia sancita soltanto in relazione all'ipotesi di violazione dell'art. 360, comma 4 c.p.p., relativo, appunto, alla espressa riserva dell'indagato di richiedere l'incidente probatorio e all'assenza del presupposto della indifferibilità.

Negli altri casi, invece, la relazione del consulente è legittimamente inserita nel fascicolo per il dibattimento come atto irripetibile *ex* art. 431 c.p.p. ed è onere della parte eccepire che non si tratta di un atto di tale natura, formulando la relativa eccezione nel termine di cui all'art. 491 c.p.p., in mancanza della quale rimane fermo l'inserimento dell'atto e lo stesso è valutabile ed utilizzabile ai sensi del combinato disposto degli artt. 511 e 526 c.p.p.[171].

Nell'ambito di un quadro legislativo complessivamente proteso verso la tendenziale assimilazione degli atti delle investigazioni difensive agli atti del pubblico ministero, è stata introdotta la possibilità che anche i soggetti dell'investigazione privata compiano atti di natura irripetibile.

---

stero, qualora decida di superare la riserva formulata dall'indagato, debba motivare sul requisito dell'indifferibilità.

[169] L'art. 360, comma 5 c.p.p. stabiliva, nella versione originaria, che gli accertamenti compiuti in violazione della preclusione derivante dalla riserva di incidente probatorio fossero inutilizzabili "ai fini del giudizio". L'attuale testo è frutto della modifica attuata con l'art. 5, comma 1, d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, in l. 7 agosto 1992, n. 356. Pertanto, sottolinea Gaeta, *L'attività del pubblico ministero*, cit., 693, l'accertamento è pienamente utilizzabile nell'ambito dei riti differenziati e nella fase cautelare.

[170] In questi termini si esprimono Cass. pen., Sez. II, 11 novembre 2010, n. 43726; Cass. pen., Sez. I, 29 novembre 2007, n. 47502. V., in senso conforme, altresì, Cass. pen., Sez. I, 11 marzo 2003, n. 28979.

[171] Cass. pen., Sez. I, 27 febbraio 2004, n. 14912. V., negli stessi termini, Cass. pen., Sez. IV, 27 febbraio 2003, n. 14859; Cass. pen., Sez. V, 11 ottobre 2002, n. 41219.

La disciplina di essi, però, è "soltanto" enucleabile mediante la combinazione sistematica delle norme contenute negli artt. 391-*sexies*, 391-*septies* e 391-*decies* c.p.p.

La prima delle disposizioni citate, introdotta dall'art. 11, l. 7 dicembre 2000, n. 397, disciplina – a dire il vero, la norma regola soltanto il profilo attinente alla documentazione dell'atto, il potere di compiere il quale è dato per riconosciuto ed acquisito[172] – il c.d. "accesso ai luoghi" prevedendo che il difensore, il sostituto e gli ausiliari indicati nell'art. 391-*bis* c.p.p. possono effettuare un accesso[173] finalizzato a prendere visione dello stato dei luoghi e delle cose ovvero per procedere alla loro descrizione o, ancora, per eseguire rilievi tecnici, grafici, planimetrici, fotografici o audiovisivi.

L'art. 391-*septies* c.p.p., introdotto anch'esso dall'art. 11 della l. 397/2000, puntualizza che, qualora sia necessario – ovviamente al fine di compiere le medesime operazioni enunciate dall'articolo precedente con riferimento ai luoghi pubblici ed aperti al pubblico – accedere a luoghi privati o non aperti al pubblico[174], occorre acquisire il preventivo assenso da parte di colui che ne ha la disponibilità[175].

In mancanza di un atto dispositivo, l'accesso, su richiesta del difensore[176], deve essere autorizzato dal giudice mediante un decreto motivato[177],

---

[172] Confalonieri, *La ricostruzione della "scena del delitto" ad opera del difensore, ovvero nuovi profili del "sopralluogo giudiziario" della difesa"*, in *Dir. pen. e processo*, 2007, 809. Definisce "implicativa" questa tecnica normativa Ruggiero, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., 289.

[173] Fa notare Ventura, *Le indagini difensive*, Milano, 2005, 109, come i luoghi suscettibili di accesso difensivo non sono necessariamente quelli del commesso reato, ma qualsiasi luogo in cui è possibile reperire elementi utili alla difesa dell'assistito. Nello stesso senso v., inoltre, Lorusso, *L'esame della scena del crimine nella contesa processuale*, cit., 268, per il quale la disposizione « copre un'area più ampia di quella del sopralluogo in senso stretto, ben potendo l'accesso operato dalla difesa riguardare anche un luogo diverso dalla scena del crimine ».

[174] V., per una concisa esposizione delle nozioni utilizzate dal legislatore, Lorusso, *Investigazioni difensive*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, III, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, Milanofiori Assago, 2009, 522.

[175] Trattandosi di più persone, occorre acquisire il consenso di tutte. Così, correttamente, Ventura, *Le indagini difensive*, cit., 110. Nonché, ritenendo sottinteso il dato, Confalonieri, *La ricostruzione della "scena del delitto" ad opera del difensore, ovvero nuovi profili del "sopralluogo giudiziario" della difesa"*, cit., 815.

[176] Questi appare come l'unico soggetto legittimato a richiedere l'autorizzazione. Sono esclusi, quindi, gli altri soggetti dell'investigazione difensiva.

[177] In mancanza di qualsiasi precisazione circa il profilo temporale della procedura di rilascio, Confalonieri, *La ricostruzione della "scena del delitto" ad opera del difensore, ovvero nuovi profili del "sopralluogo giudiziario" della difesa"*, cit., 815 ritiene applicabile la regola generale stabilità dall'art. 121, comma 2 c.p.p.

inoppugnabile[178] e revocabile[179], nell'ambito del quale devono essere specificate le concrete modalità di effettuazione dell'atto, ossia i limiti temporali dell'accesso e le attività da svolgere[180].

Come si è avuto modo di dire, la disciplina complessiva dell'istituto dell'acceso autorizza i soggetti dell'investigazione difensiva a « prendere visione » dello stato dei luoghi e delle cose, a « procedere alla loro descrizione » ed « eseguire rilievi tecnici, grafici, planimetrici, fotografici o audiovisivi ».

Si tratta di un'attività finalizzata alla constatazione e raccolta di dati che, per i limiti strutturali che la connotano sotto il profilo delle potenzialità invasive e manipolative, non potrebbe comportare alcuna alterazione della configurazione del luogo e delle cose ivi esistenti[181].

La possibilità di compiere, in occasione dell'accesso ai luoghi, atti non ripetibili emerge da una disposizione apparentemente deputata a disciplinare, conformemente alla rubrica, l'utilizzazione della documentazione delle investigazioni difensive.

I riferimenti contenuti nell'art. 391-*decies* c.p.p. – non a caso ritenuta una delle disposizioni da cui più esplicitamente si coglie l'intensità della *voluta legis* di ampliare fin dove possibile i poteri di investigazione difensiva secondo la linea della *par condicio*[182] – consentono, infatti, al difensore di superare i

---

[178] Confalonieri, *La ricostruzione della "scena del delitto" ad opera del difensore, ovvero nuovi profili del "sopralluogo giudiziario" della difesa"*, cit., 816.

[179] Confalonieri, *La ricostruzione della "scena del delitto" ad opera del difensore, ovvero nuovi profili del "sopralluogo giudiziario" della difesa"*, cit., 816.

[180] Ventura, *Le indagini difensive*, cit., 110.

[181] Triggiani, *Le investigazioni difensive*, cit., 354. In questo senso v., inoltre, Ruggiero, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., 291; Confalonieri, *La ricostruzione della "scena del delitto" ad opera del difensore, ovvero nuovi profili del "sopralluogo giudiziario" della difesa"*, cit., 811, secondo la quale la norma autorizza la difesa « ad una mera osservazione esterna, constatazione, memorizzazione, ricerca e raccolta di dati materiali per poter compiere poi in una sede diversa lo studio e l'analisi ». La Suprema Corte ha, su un versante parzialmente diverso, chiarito che è da escludere che l'art. 391-*septies* c.p.p., nel prevedere la possibilità di accesso del difensore, su motivato decreto di autorizzazione del giudice, a luoghi privati o non aperti al pubblico, conferisca al medesimo difensore anche il potere di prendere visione e trarre copia di atti o documenti ivi custoditi. Il difensore può avere accesso, ai sensi dell'art. 391-*quater* c.p.p., solo alla documentazione in possesso della pubblica amministrazione mentre, con riguardo a quella detenuta da privati di cui questi rifiutino l'esibizione, può soltanto avanzare richiesta, ai sensi dell'art. 367 c.p.p., per l'adozione di un provvedimento di sequestro. V., in particolare, Cass. pen., Sez. II, 12 ottobre 2005, n. 42588. In dottrina v., invece, Cordero, *Procedura penale*, cit., p. 899, il quale, proprio in ragione della mancanza di poteri coattivi in capo al difensore, ritiene che le operazioni descritte dalla norma presuppongano la presenza del pubblico ministero o della polizia giudiziaria.

[182] Ciavola, *Può il difensore essere autorizzato a compiere in occasione dell'accesso ai luo-*

limiti imposti dalle disposizioni fin'ora esaminate[183], autorizzando interventi molto più penetranti ed incisivi che, andando oltre la mera osservazione, possono spingersi fino all'accertamento di natura tecnica e, quindi, alle attività di asportazione e prelievo a questo necessariamente connesse.

Sotto il profilo che qui interessa, l'art. 391-*decies* c.p.p. stabilisce che, fuori del caso in cui è applicabile l'art. 234 c.p.p.[184], la documentazione di atti non ripetibili compiuti in occasione dell'accesso ai luoghi, qualora sia stata presentata nel corso delle indagini preliminari o dell'udienza preliminare, deve essere inserita nel fascicolo per il dibattimento.

La particolare natura degli atti in discorso ha indotto il legislatore a prevedere meccanismi a struttura variabile finalizzati a consentire l'instaurazione di una peculiare forma di contraddittorio con il pubblico ministero ed a correlare ad essi modalità acquisitive in gran parte sganciate dal requisito della frammentarietà.

Il pubblico ministero, infatti, dispone, rispetto alle attività non riconducibili alla categoria dell'accertamento tecnico compiute in occasione dell'accesso ai luoghi[185], della facoltà di assistere al compimento dell'atto, sia personalmente che mediante il conferimento di una specifica delega alla polizia giudiziaria.

Non è tuttavia previsto, in relazione a questa tipologia di atti, l'obbligo del difensore di dare preventivamente avviso al pubblico ministero del loro compimento, di talché non è chiaro il meccanismo che potrebbe portare l'organo dell'accusa a partecipare ad un'attività il cui espletamento non deve essergli nemmeno comunicato[186].

---

ghi un accertamento tecnico non ripetibile se non sia anche indifferibile?, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, 923.

[183] Nell'ambito delle quali, osserva Siracusano, *Investigazioni difensive*, in *Enc. dir.*, Agg. I, 508, il legislatore *minus dixit quam voluti*.

[184] Analizza la clausola di riserva, fra i tanti, Palladino, *Art. 391-decies*, in *Codice di procedura penale*, a cura di Giarda, Spangher, Milano, 2010, 4836. Rileva Ventura, *Le indagini difensive*, cit., 176, come la clausola consenta di dare ingresso al fascicolo per il dibattimento, per effetto del provvedimento ammissivo pronunciato ai sensi dell'art. 495, comma 3 c.p.p., a qualsiasi supporto rappresentativo di fatti, persone o cose.

[185] Evidenzia, infatti, Focardi, *Estesa anche alle parti private la possibilità di compiere attività tecniche irripetibili*, in *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, a cura di Filippi, Padova, 2001, 383, come il legislatore abbia limitato il meccanismo di *discovery* alle ipotesi di atto irripetibile compiuto in occasione dell'accesso.

[186] La mancata previsione di un obbligo di comunicazione preventiva è stata criticata dalla generale dottrina. V., per esempio, Focardi, *Estesa anche alle parti private la possibilità di compiere attività tecniche irripetibili*, cit., 383, il quale definisce l'onere di partecipazione del pubblico ministero come « diabolico ». Egualmente critica la posizione di Parlato, *Le nuove disposizioni in mate-*

D'altra parte, non è compendiata, relativamente a siffatta tipologia di atti, una facoltà partecipativa delle parti private, di talchè queste, non avendo diritto di partecipare all'atto, né di conoscerne il risultato non avrebbero altra possibilità che quella, offerta dal sistema, di inviare al pubblico ministero una richiesta di partecipazione al compimento dell'atto, avendone avuto in qualche modo conoscenza[187].

Quando l'atto difensivo consiste in un accertamento tecnico non ripetibile[188], la geometria del sistema partecipativo cambia poichè il difensore ha l'obbligo di dare avviso dell'espletamento dell'attività tecnica al pubblico ministero, il quale può esercitare le facoltà previste dall'art. 360 c.p.p. nella misura in cui esse siano compatibili con la peculiare provenienza dell'atto[189].

Tra i profili di problematicità che la disciplina degli accertamenti tecnici irripetibili del difensore presenta assumono autonomo rilievo quello concernente i criteri di scelta dell'esperto al quale affidare il compimento dell'atto e quello afferente agli effetti dell'eventuale formulazione, da parte del pubblico ministero regolarmente avvisato, della riserva di promuovere incidente probatorio.

Relativamente al primo, infatti, il codice processuale non prevede né direttamente, né attraverso il rinvio all'art. 73 disp. att. c.p.p.[190], alcun limite al potere di scelta del tecnico incaricato di procedere all'accertamento tecnico, di talchè la parte potrebbe avvalersi di persone prive di adeguate competenze al

---

ria di investigazioni difensive, cit., 117. Secondo Tranchina, *L'investigazione difensiva*, in *Diritto processuale penale*, II, Milano, 2001, 170, l'obbligo di dare tempestivo avviso al pubblico ministero sarebbe implicitamente desumibile dalla previsione della facoltà di partecipare al compimento dell'atto. V., negli stessi termini, Lorusso, *Investigazioni difensive*, cit., 525. Secondo Ventura, *Le indagini difensive*, cit., 115, qualora l'atto investigativo sia suscettibile di determinare una modificazione irreversibile dei luoghi o delle cose, dovrebbero operare le garanzie previste dall'art. 360 c.p.p. per gli accertamenti tecnici irripetibili compiuti dal pubblico ministero.

[187] Focardi, *Estesa anche alle parti private la possibilità di compiere attività tecniche irripetibili*, cit., 383.

[188] Fa notare Triggiani, *Le investigazioni difensive*, cit., 368, come gli accertamenti tecnici irripetibili della difesa possano essere compiuti anche indipendentemente dall'accesso ai luoghi.

[189] Correttamente è stato osservato che, poiché l'avviso è funzionale alla partecipazione del pubblico ministero al procedimento, una sua eventuale omissione si risolverebbe in una nullità *ex* art. 178, lett. b) c.p.p., rilevabile nei termini e nei modi di cui all'art. 180 c.p.p. In questi termini v., tra gli altri, Triggiani, *Le investigazioni difensive*, cit., 370. V., inoltre, sempre sulla medesima linea interpretativa, Ventura, *Le indagini difensive*, cit., 118.

[190] La norma, come è noto, impone al pubblico ministero di scegliere i propri consulenti tecnici facendo tendenzialmente riferimento agli albi dei periti. Mette in evidenza Procaccino, *Consulenza tecnica*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. VI, 114, come all'inosservanza della disposizione, definita scarna e dimessa, la giurisprudenza non fa conseguire alcun effetto sul piano processuale.

fine di compiere atti in ipotesi suscettibili di determinare la definitiva dispersione di materiale probatorio.

Per ovviare ai possibili effetti dispersivi di un'attività tecnica posta in essere da figure che non dovessero offrire garanzie di adeguata competenza potrebbe ipotizzarsi il ricorso all'applicazione analogica della disposizione d'attuazione sopra richiamata, ma si tratterebbe di un'evidente operazione manipolativa del dato normativo[191].

Per quel che concerne il secondo dei dati problematici sopra evidenziati, deve premettersi che il richiamo all'art. 360 c.p.p. da parte dell'art. 391-*decies* c.p.p. non ha una portata generale, ma è parziale e soggettivo, ossia limitato esclusivamente ai poteri d'intervento del pubblico ministero, rimanendo la restante parte della disciplina dell'atto investigativo difensivo del tutto autonoma rispetto a quella dell'omologo atto d'indagine preliminare[192].

Ci si è chiesti, allora, se in presenza di una riserva il difensore possa egualmente procedere al compimento dell'atto difensivo ritenuto allo stesso tempo indifferibile – fatta salva, ovviamente, l'inutilizzabilità in dibattimento delle relative risultanze nel caso in cui la valutazione difensiva sullo specifico tema si sia dimostrata errata – ovvero se la riserva del pubblico ministero abbia l'effetto di paralizzare inderogabilmente l'effettuazione dell'atto[193].

La prima soluzione[194] appare preferibile non soltanto perché maggiormente aderente alla lettera della legge – la quale, come è di tutta evidenza, riconduce la clausola di compatibilità alle facoltà esercitabili dal pubblico ministero e non a quelle della difesa che alle prime siano connesse – ma anche in quanto costituisce l'unica in grado di evitare la dispersione di elementi di

---

[191] Focardi, *Estesa anche alle parti private la possibilità di compiere attività tecniche irripetibili*, cit., 396, il quale arriva a prospettare un dubbio di legittimità costituzionale del sistema normativo sul punto.

[192] Focardi, *Estesa anche alle parti private la possibilità di compiere attività tecniche irripetibili*, cit., 387.

[193] V., in questo senso, Triggiani, *Le investigazioni difensive*, cit., 370. Secondo Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2005, 535, il difensore può procedere nonostante la riserva, anche se « appare arduo affermare che la difesa possa superare la volontà della parte pubblica chiedendo una perizia in incidente probatorio ». Critica questo profilo della disciplina legislativa delle investigazioni difensive, altresì, Giunchedi, *Gli accertamenti tecnici irripetibili*, cit., 93, il quale, per quel che riguarda il dubbio ermeneutico in esame, sembra propendere per la soluzione restrittiva. Sulla problematica in discorso e sulle diverse soluzioni prospettabili v., altresì, Focardi, *Estesa anche alle parti private la possibilità di compiere attività tecniche irripetibili*, cit., 385.

[194] La quale è condivisa da Ruggiero, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., 360. Ma v., altresì, Ventura, *Le indagini difensive*, cit., 118; Parlato, *Le nuove disposizioni in materia di investigazioni difensive*, cit., 116.

prova in tutte le ipotesi in cui l'indifferibilità dell'atto non consente di attendere i tempi di attivazione dell'incidente probatorio.

Inoltre, essa appare l'unica effettivamente in linea con il principio costituzionale di parità delle parti dal momento che consente di evitare che l'intervento del pubblico ministero, necessariamente « calibrato sulla base di una selezione circa gli accertamenti che potrebbero apparire "necessari" (nella prospettiva dell'ufficio inquirente) per le determinazioni da assumere ai sensi dell'art. 326 c.p.p. »[195], possa "inquinare" il profilo finalistico di un atto che conserva in ogni caso una connotazione marcatamente difensiva.

7. *La ricognizione.*

Nella ricognizione il tema di prova, come è noto, consiste « nell'identificare qualcosa e cioè nello stabilire l'identità tra una persona o una cosa e quella nota sulla base di precedenti esperienze apprese da chi viene chiamato alla ricognizione »[196].

In stretta coerenza con siffatta nozione ed alla luce della formulazione ampia e generica dell'art. 392 c.p.p., la dottrina ritiene che il dato normativo afferente all'istituto in discorso ricomprenda non soltanto le ricognizioni di persona, ma anche quelle di cose, suoni ed altre entità sensoriali[197].

Essa, secondo la dottrina, sostanzia un esperimento intrinsecamente irripetibile[198] la cui sede tipica di realizzazione andrebbe individuata nell'incidente probatorio al fine di salvaguardare i risultati dal pericolo di rarefazione mnemonica[199] e, inoltre, di evitare le possibili contaminazioni scaturenti dal coin-

---

[195] Siracusano, *Investigazioni difensive*, cit., 509.

[196] Paola, *Ricognizioni*, in *Dig. disc. pen.*, XII, 218. L'importanza di essa è profondamente ridimensionata dall'orientamento giurisprudenziale che ritiene l'individuazione di persona effettuata nei locali di p.g. pienamente inquadrabile tra le prove atipiche di cui all'art. 189 c.p.p., pertanto pienamente utilizzabile qualora reiterato in sede dibattimentale mediante un riconoscimento effettuato durante l'esame dibattimentale. V., nell'ambito della costante giurisprudenza di legittimità, Cass. pen., Sez. II, 3 aprile 2015, n. 16773; Cass. pen., Sez. II, 20 gennaio 2015, n. 6505; Sez. VI, 27 gennaio 2015, n. 12501.

[197] Sau, *Art. 392*, cit., 4868.

[198] Melchionda, *Ricognizione (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XL, 539; Cordero, *Procedura penale*, cit., 867. Parla di « irripetibilità psicologica » dell'atto, quale prodotto della caratteristiche strutturali di esso, Di Chiara, *Incidente probatorio*, cit., 550. Diversamente, Ichino, *Gli atti irripetibili e la loro utilizzabilità dibattimentale*, cit., 163, esclude che la ricognizione sia irripetibile ovvero non rinviabile al dibattimento, sebbene riconosca che l'efficacia probatoria di essa sia tanto maggiore quanto più vicino nel tempo è l'espletamento dell'atto rispetto ala commissione del reato.

[199] Secondo La Rocca, *Incidente probatorio*, cit., 296, le ragioni d'urgenza ricorrendo le quali

volgimento del ricognitore nello svolgimento di atti investigativi logicamente assimilabili[200].

Tuttavia, l'implicazione logica consistente nella configurazione di un certo automatismo dell'instaurazione dell'incidente per ragioni connesse alle caratteristiche intrinseche dell'atto[201] è rifiutata da chi pone in evidenza la circostanza che le peculiarità dell'atto ricognitivo sono state prese in considerazione in occasione della predisposizione di un parametro abbastanza elastico di ammissibilità – le "particolari ragioni di urgenza" alle quali accenna l'art. 392, comma 1 lett. g) c.p.p. – in ogni caso correlato ad un necessario giudizio di non rinviabilità in concreto.

« Il legislatore » – è stato evidenziato – « seppure sembra aver preso in considerazione questa circostanza, conferendo alla formulazione della lett. *g*) un'estensione maggiore rispetto alle ipotesi contemplate nelle lett. *a*) e *b*), ha dimostrato di non considerarla, per sé sola, sufficiente ai fini del ricorso all'incidente probatorio, perché laddove avesse ravvisato nella ricognizione i tratti di un atto sempre indifferibile, si sarebbe limitato a prevederne, *sic et simplici-*

---

diviene esperibile l'incidente probatorio « sono insite nel pericolo di dispersione del ricordo, con la conseguenza che sono sempre da considerarsi urgenti e quindi non rinviabili al dibattimento le ricognizioni di persona in modo da consentire sempre il loro possibile svolgimento in sede di incidente probatorio ».

[200] Paola, *Ricognizioni*, cit., 219; La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 590; Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 52; Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 68. V., inoltre, De Roberto, *Incidente probatorio*, cit., 9. Secondo Curtotti Nappi, *La ricognizione*, in *La prova penale*, diretto da Gaito, II, *Le dinamiche probatorie e gli strumenti per l'accertamento giudiziale*, Milanofiori Assago, 2008, 623, sebbene la ricognizione debba appartenere, in quanto prova in senso stretto, alla fase dibattimentale, « la sede più appropriata per la sua assunzione appare l'incidente probatorio in quanto funzionale all'acquisizione delle prove non più differibili. Le ricognizioni, infatti, implicano memorie piuttosto labili, rispetto al fondo mnemonico testimoniale, sicché nei loro confronti l'esigenza di non allontanarsi troppo dal momento del fatto viene ad assumere un rilievo marcato ». V'è da dire, comunque, che la giurisprudenza esclude che tra l'individuazione *ex* art. 361 c.p.p. e la ricognizione vi sia un rapporto di alternatività. V., in particolare e tra le altre, Cass. pen., Sez. VI, 18 febbraio 1994, Goddi. Oltre che, di recente, Cass. pen., Sez. II, 19 febbraio 2009, Rizzi.

[201] Moscarini, *Ricognizione*, in *Enc. giur.*, XXVII, 3. Coniuga la nota dell'irripetibilità intrinseca dell'atto con una « evidente non rinviabilità » di esso, aprendo una prospettiva di liberalizzazione dell'incidente finalizzato allo svolgimento della ricognizione, Pansini, *Le ricognizioni*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, II, *Prove e misure cautelari*, t. 1, *Le prove*, Milanofiori Assago, 2009, 220. Durante i lavori preparatori, d'altra parte, sia il Consiglio giudiziario presso la Corte d'appello di Roma che il Consiglio Superiore della Magistratura – così come, tra l'altro, la facoltà di giurisprudenza di Pavia – avevano evidenziato l'inopportunità di circoscrivere il ricorso alla ricognizione ai soli casi di indifferibilità tipizzati dal legislatore. V., in particolare, Conso, Grevi, Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalla legge delega ai decreti delegati*, IV, *Il progetto preliminare del 1988*, cit., 911.

ter, la possibilità di assunzione anticipata, senza inserire ulteriori specificazioni »[202].

Operando su piani distinti, come già detto, irripetibilità ed indifferibilità costituiscono presupposti operativi di meccanismi acquisitivi diversi e, seguendo l'impostazione funzionalistica tradizionale dell'incidente probatorio – tra l'altro, come già detto, richiamata senza particolari esitazioni, sebbene con una formula dalle maglie larghe[203], dalla norma che ci occupa – non sembra potersi fare a meno della ricorrenza della seconda – la quale, quindi, impone lo svolgimento di un'indagine fattuale estrinseca rispetto alle caratteristiche tipiche dell'atto in sé – al fine di accedere all'assunzione anticipata del mezzo di prova[204].

---

[202] La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 591.

[203] I fatti dimostrativi della non rinviabilità invero, non sono predeterminati dalla legge, nemmeno attraverso il richiamo della fattispecie introduttiva concernente la testimonianza. Possono rientrarvi, fa notare Ichino, *Gli atti irripetibili e la loro utilizzabilità dibattimentale*, cit., 162, le circostanze afferenti alle predette fattispecie, così come l'esigenza di prosecuzione delle indagini in una certa direzione, senza correre il rischio che l'espletamento di una individuazione possa incidere sull'attendibilità di una successiva ricognizione. Inoltre, vi potrebbero rientrare i casi di prevedibile lunghezza della fase investigativa, idonea ad incidere negativamente sulla conservazione del ricordo. rischi di un uso improprio dell'istituto scaturenti da siffatta situazione di indeterminatezza normativa sono evidenziati, tra gli altri, da Bontempelli, *La ricognizione*, in *La prova penale*, a cura di Ferrua, Marzaduri, Spangher, Torino, 2013, 534.

[204] Dell'Anno, *Osservazioni in tema di individuazione e ricognizione di persona nel nuovo codice di procedura penale*, in *Cass. pen.*, 1991, 1900. V., altresì, Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 118, per il quale, al fine di evitare accessi abusivi alla procedura eccezionale dell'incidente avente ad oggetto una ricognizione, « è necessario rivendicare l'autonomia del presupposto che non è interno allo strumento prescelto della ricognizione, ma ad esso esterno ed assoggettato ad autonoma valutazione ». Pertanto, ritiene giustamente Bontempelli, *La ricognizione*, cit., 534, « [i]l giudice può accogliere la richiesta di incidente probatorio nei soli casi in cui siano accertati fatti, specificamente dimostrativi della suddetta situazione di non rinviabilità dell'atto al dibattimento ». Richiama, invece, i casi previsti rispetto alla testimonianza, per analogia, Tiberi, *Ricognizioni*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. III, t. 2, 1426.

CAPITOLO QUARTO

L'INCIDENTE PROBATORIO IN CASI PARTICOLARI

SOMMARIO: 1. La perizia complessa (art. 392, comma 2 c.p.p.). – 2. La perizia *ex* art. 224-*bis* c.p.p. (art. 392, comma 2 c.p.p.). – 3. I casi di incidente probatorio previsti dall'art. 392, comma 1-*bis* c.p.p. – 4. L'incidente probatorio *ex* art. 391-*bis* c.p.p.

1. *La perizia complessa (art. 392, comma 2 c.p.p.).*

La perizia costituisce « lo strumento che possiede, nell'ambito dell'incidente probatorio, un campo di applicazione più esteso rispetto agli altri mezzi di prova »[1], essendo possibile ricorrere alla procedura incidentale anche quando, statuisce l'art. 392, comma 2 c.p.p., l'effettuazione di essa in dibattimento ne determinerebbe una sospensione per un tempo superiore a novanta giorni[2].

In questa evenienza, il meccanismo introduttivo[3] prescinde dalla ricorrenza e dalla rappresentazione di esigenze legate a situazioni di indifferibilità dell'acquisizione ovvero di minaccia alla genuinità della prova, essendo correlato ad una necessità di natura squisitamente processuale che opera nella prospettiva della salvaguardia del principio di concentrazione dibattimentale[4] ed

---

[1] La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 592.

[2] Termine che ricomprende, tra l'altro, l'intero procedimento di effettuazione della perizia, ivi inclusa la fase del conferimento dell'incarico. V., sul punto, Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 60.

[3] Non condiviso, peraltro, da tutti già in sede di lavori preparatori. V., infatti, il parere del Consiglio dell'ordine degli avvocati di Torino e della Camera penale del Piemonte e della Valle d'Aosta, evocato in Conso, Grevi, Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalla legge delega ai decreti delegati*, IV, *Il progetto preliminare del 1988*, cit., 921, ove l'ipotesi è censurata come arbitraria: « Infatti, è il legislatore stesso che crea il presupposto della non rinviabilità ponendo un termine per l'effettuazione dell'atto [...]. E allora, tanto varrebbe attribuire al giudice del dibattimento la possibilità di prolungare motivatamente il termine regolamentare, in caso di accertata complessità dell'indagine ».

[4] Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 58, il quale mette in rilievo come la disponibilità di una perizia dotata di pieno valore probatorio consente alle parti ed al giudice dell'udienza preliminare di assumere con maggiore cognizione le proprie determinazioni. V., inoltre, La Rocca, *L'incidente probatorio*, cit., 223; Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 112; Nappi, *Guida al codice di procedura penale*, Milano, 2001, 312; Molari, *L'incidente probatorio*, cit., 338; Di Chiara, *Incidente probatorio*, cit., 550; Sau, *Art. 392*, cit., 4869.

al condivisibile scopo di consentire la reale gestibilità della fase centrale del processo[5].

Infatti, l'art. 508 c.p.p. regola la fase successiva all'ammissione della perizia in dibattimento secondo una rigida cadenza temporale alla quale la norma che ci occupa sembra volersi allineare[6], imponendo al perito di esporre il proprio parere già all'udienza di comparizione e solo eccezionalmente prevedendo la possibilità di un differimento dell'assunzione, da completare comunque entro un termine massimo di sessanta giorni.

Sebbene si tratti di un termine ordinatorio, è chiaro che la ricostruzione normativa del sistema acquisitivo della perizia ruoti semplicemente intorno alla prevedibile durata delle operazioni peritali[7]: prospettandosi, durante le indagini, una situazione di complessità tale da lasciar prevedere tempi di espletamento superiori a sessanta giorni – presupposto, peraltro, di facile realizzazione, posto che soltanto le perizie di minimo rilievo sono realizzabili in un termine inferiore[8] – l'effettuazione dell'incidente probatorio diviene doverosa.

2. *La perizia* ex *art. 224*-bis *c.p.p. (art. 392, comma 2 c.p.p.).*

Per effetto della modifica introdotta con l'art. 28, l. 30 giugno 2009, n. 85, l'art. 392, comma 2 c.p.p. prevede che l'incidente probatorio può essere disposto al fine di effettuare una perizia che comporti l'esecuzione di accertamenti o prelievi su persona vivente ai sensi dell'art. 224-*bis* c.p.p.

La norma, inserita nell'ambito della disciplina della perizia, stabilisce che quando si procede per delitto non colposo, consumato o tentato, per il quale la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a tre anni, per i delitti di cui agli artt. 589-*bis* e 590-*bis* c.p.[9] e negli altri casi espressamente previsti dalla legge, se per l'esecuzione della perizia stessa è necessario compiere atti idonei ad incidere sulla libertà personale, quali il prelievo di capelli, di peli o di mucosa del cavo orale su persone viventi ai fini della determinazione del profilo del DNA o accertamenti medici, e non vi è il consenso della persona da sottoporre all'esame del perito, il giudice, anche

---

[5] Conso, Grevi, Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalla legge delega ai decreti delegati*, IV, *Il progetto preliminare del 1988*, cit., 916.

[6] Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 112; Sau, *Art. 392*, cit., 4869.

[7] Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 61.

[8] Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 59.

[9] Ipotesi, queste ultime, aggiunte dall'art. 1, l. 23 marzo 2016, n. 41.

d'ufficio, ne dispone con ordinanza motivata l'esecuzione coattiva, a condizione che essa risulti assolutamente indispensabile per la prova dei fatti[10].

Apertamente ispirato alle statuizioni contenute in Corte cost., 9 luglio 1996, n. 238 – con la quale, come è noto, la Corte aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 224, comma 2 c.p.p. nella parte in cui consentiva al giudice di ordinare coattivamente la sottoposizione dell'indagato o di altri allo svolgimento di attività peritali idonee ad incidere sulla libertà personale senza prevedere i casi ed i modi in relazione a siffatte attività – il nuovo art. 224-*bis* c.p.p. regola il ricorso eventuale a mezzi di coercizione funzionali allo svolgimento di specifiche attività[11] – come già detto, esse sono costituite dal prelievo di capelli, di peli o di mucosa del cavo orale su persone viventi ai fini della determinazione del profilo del DNA o accertamenti medici[12] – intese quali fasi della procedura realizzativa di una perizia coattiva limitatamente fruibile[13].

L'obiettivo è, ovviamente, quello di superare i limiti insiti in una norma – l'art. 224, comma 2 c.p.p. – che, ha rilevato la Corte costituzionale con un'affermazione rafforzata dal « pressante invito »[14] rivolto al legislatore affinché si astenesse dal ricorso ad interventi coattivi, non soltanto è priva della previsione specifica delle misure che possono essere adottate dall'autorità giudiziaria per l'esecuzione delle operazioni peritale[15] – facendosi riferimento, con un'unica e indifferenziata locuzione, ad una serie indeterminata di provvedimenti, senza distinguere tra quelli incidenti e quelli non incidenti sulla libertà personale – ma presenta, altresì, assoluta genericità di formulazione e totale carenza di ogni specificazione al positivo dei casi e dei modi in presenza dei quali soltanto può ritenersi legittimo procedere all'esecuzione coattiva di

---

[10] V., per tutti e da ultimo, Bonzano, *I mezzi di prova*, in *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, diretto da Spangher, Marandola, Garuti, Kalb, I, *Soggetti. Atti. Prove*, Milanofiori Assago, 2015, 931.

[11] Sul carattere tassativo dell'oggetto dell'accertamento v., in particolare, Gaeta, *L'attività del pubblico ministero*, cit., 679.

[12] Non possono in alcun caso, precisa la norma, essere disposte operazioni che contrastano con espressi divieti posti dalla legge o che possono mettere in pericolo la vita, l'integrità fisica o la salute della persona o del nascituro, ovvero che, secondo la scienza medica, possono provocare sofferenze di non lieve entità. La violazione di siffatta disposizione determina, secondo Gabrielli, *La decisione del "prelievo" torna al giudice*, in *Guida dir.*, 2009, 30, 70, l'inutilizzabilità dei risultati dell'atto.

[13] Bonzano, *I mezzi di prova*, cit., 932.

[14] Ruotolo, *Il prelievo ematico tra esigenza probatoria di accertamento del reato e garanzia costituzionale della libertà personale. Note a margine di un mancato bilanciamento tra valori*, in *Giur. cost.*, 1996, 2151.

[15] Il che, specifica ulteriormente la Corte, accentua il contrasto con l'art. 13 Cost.

accertamenti peritali mediante l'adozione di misure restrittive della libertà personale[16].

L'esame della disposizione, sganciata come è sia dal presupposto generale di indifferibilità sia dall'esigenza di protezione della concentrazione del dibattimento, induce a guardare alla fattispecie come ad un'esperienza probatoria doppiamente eventuale del tutto priva di vincoli di ammissibilità: « La scelta di anticipare la formazione della prova » – è stato detto – « va individuata nell'oggetto della perizia: si tratta, invero, di accertamenti che incidono notevolmente sulla sfera personale dell'individuo, indagato ma anche persona estranea ai fatti, i quali possono essere eseguiti senza il loro consenso »[17].

Sicché, « il legislatore ne ha ammesso la assunzione con le forme dell'incidente probatorio per evitare di ripetere più volte un accertamento particolarmente invasivo sul piano psicologico e, ovviamente, fisico, ma pure che determina una compressione, sebbene di breve durata, della libertà personale quando viene eseguito contro la volontà dell'interessato »[18].

Fermo restando che il giudice non potrebbe attivare *ex officio* la procedura incidentale al fine di procedere all'espletamento dell'accertamento peritale, una volta instaurato l'incidente costituisce prerogativa autonomamente utilizzabile – quindi, a prescindere da qualsiasi richiesta di parte – quella di disporre e fare eseguire gli accertamenti coattivi, di talché il comma 2 della disposizione stabilisce che, oltre a quanto disposto dall'art. 224 c.p.p., l'ordinanza del giudice – che, evidentemente, non va tenuta distinta dal provvedimento inerente all'istanza di incidente – deve contenere, a pena di nullità:

a) le generalità della persona da sottoporre all'esame e quanto altro valga ad identificarla;

b) l'indicazione del reato per cui si procede, con la descrizione sommaria del fatto;

c) l'indicazione specifica del prelievo o dell'accertamento da effettuare e delle ragioni che lo rendono assolutamente indispensabile per la prova dei fatti;

d) l'avviso della facoltà di farsi assistere da un difensore o da persona di fiducia;

e) l'avviso che, in caso di mancata comparizione non dovuta a legittimo impedimento, potrà essere ordinato l'accompagnamento coattivo;

---

[16] Corte cost., 9 luglio 1996, n. 238.

[17] Nacar, *Incidente probatorio, termini di esperibilità e sanzioni processuale ad essi collegate*, cit., 1429.

[18] Nacar, *Incidente probatorio, termini di esperibilità e sanzioni processuale ad essi collegate*, cit., 1429.

f) l'indicazione del luogo, del giorno e dell'ora stabiliti per il compimento dell'atto e delle modalità di compimento.

Ovviamente, si tratta di un contenuto complesso e vincolante – lo dimostra, tra l'altro, la previsione della sanzione di nullità per i casi di violazione – che in qualche modo tempera i margini di discrezionalità relativi alla fase ammissiva, posto che la parte richiedente l'incidente probatorio, pur non dovendo dimostrare né l'indifferibilità dell'atto né la prevedibile complessità di esso, deve quantomeno specificare le ragioni per le quali la perizia richiesta comporta la necessità degli accertamenti di cui all'art. 224-*bis* c.p.p.

In caso contrario, il ricorso all'incidente probatorio non può che incanalarsi nell'ambito delle altre e diverse fattispecie delineate dall'art. 392 c.p.p., scandite dalla ricorrenza del requisito dell'indifferibilità ovvero del carattere complesso degli accertamenti.

Superata, sulla base delle indicazioni contenute nell'istanza, la fase dell'ammissione, diviene questione interna al compimento dell'atto la disposizione di accertamenti – da eseguire eventualmente con l'ausilio di mezzi di coercizione[19] – mediante l'ordinanza al cui contenuto si è appena accennato e che deve essere notificata almeno tre giorni prima di quello stabilito per l'esecuzione delle operazioni peritali all'interessato, all'imputato, al suo difensore ed alla persona offesa.

Il ricorso alla coercizione costituisce la caratteristica dell'esperimento istruttorio speciale e, eventualmente necessario, può operare ad un duplice livello.

Qualora la persona invitata a presentarsi per l'effettuazione delle operazioni peritali non compaia senza addurre un legittimo impedimento, il giudice può disporre che sia accompagnata, anche coattivamente, nel luogo, nel giorno e nell'ora stabiliti.

Se, pur comparendo o, comunque, procuratane la presenza, la persona rifiuta invece di prestare il proprio consenso agli accertamenti, il giudice dispone che essi siano in ogni caso eseguiti.

Le operazioni peritali[20], anche in questa evenienza particolare, devono essere eseguite nel rispetto della dignità e del pudore di chi vi è sottoposto e, in

---

[19] Secondo Nappi, *Sull'esecuzione coattiva della perizia ematologica*, in *Giur. cost.*, 1996, 2150, il criterio dell'indispensabilità dell'accertamento dovrebbe condizionare solo il provvedimento che disponga il prelievo coattivo in caso di rifiuto, dovendo l'ammissibilità della prova essere valutata con riferimento agli ordinari criteri di ammissione. L'osservazione, condivisibile rispetto alla perizia disposta in dibattimento, non sembra potersi applicare al diverso caso della perizia da svolgere mediante incidente probatorio.

[20] Il *deficit* di tassatività nella descrizione di esse è severamente censurato, soprattutto con riferimento alla formula "accertamenti medici" che compare nell'art. 224-*bis*, comma 1 c.p.p., da

ogni caso, a parità di risultato, devono essere prescelte le tecniche peritali meno invasive[21].

Il principio generale della minore invasività dell'atto implica, altresì, che l'uso di mezzi di coercizione fisica sia consentito per il solo tempo strettamente necessario all'esecuzione del prelievo o dell'accertamento, non potendo il vincolo superare il limite massimo delle ventiquattro ore.

L'atto è nullo se la persona sottoposta al prelievo o agli accertamenti non è assistita dal difensore nominato[22].

3. *I casi di incidente probatorio previsti dall'art. 392, comma 1*-bis *c.p.p.*

L'attuale formulazione dell'art. 392, comma 1-*bis* c.p.p. – norma introdotta dall'art. 13, l. 5 febbraio 1996, n. 66, ritenuto dalla dottrina « [i]l primo intervento nel segno della polifunzionalità dell'istituto »[23] con il quale il legislatore « ha tentato di dare una risposta al fenomeno degli abusi sessuali in danno dei minorenni non soltanto sul terreno del diritto sostanziale, ma anche sul versante processuale ed extraprocessuale »[24] – scaturisce da una sequenza di interventi correttivi che ne hanno progressivamente ampliato l'ambito applicativo sia sul piano oggettivo che sul versante soggettivo e che possono ricondursi all'art. 13, l. 3 agosto 1998, n. 269, all'art. 15, l. 11 agosto 2003, n. 228, all'art. 14, l. 6 febbraio 2006, n. 38, all'art. 9, d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 (convertito in l. 23 aprile 2009, n. 38), all'art. 5, l. 1 ottobre 2012, n. 172 e, infine, all'art. 1, d. lgs. 15 dicembre 2015, n. 212.

Secondo la disposizione del codice processuale in discorso, nei procedimenti per i delitti di cui agli articoli 572, 600, 600-*bis*, 600-*ter* e 600-*quater*,

---

Gabrielli, *La decisione del "prelievo" torna al giudice*, cit., 71, la quale parla apertamente di un'espressione « troppo evasiva per essere oggetto di letture univoche ».

[21] Manifesta fondate perplessità in relazione allo scarno regime sanzionatorio, quantomeno espresso, Gabrielli, *La decisione del "prelievo" torna al giudice*, cit., 70.

[22] In ordine al regime della nullità predetta v., ancora, Bonzano, *I mezzi di prova*, cit., 935, il quale distingue a seconda che l'assenza riguardi il difensore dell'imputato (nullità assoluta), delle altre parti (nullità a regime intermedio) ovvero di soggetti diversi (nullità relativa).

[23] La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 570. Aspramente critica rispetto ai profili processuali della riforma Conti, *Esteso l'istituto dell'incidente probatorio alla testimonianza di chi ha meno di sedici anni*, in *Guida dir.*, 1996, 9, 27, secondo la quale « le innovazioni recate all'istituto dell'incidente probatorio (articoli 13 e 14) costituiscono un singolare concentrato di velleitarismo e di incultura processuale ».

[24] Camaldo, Di Paolo, *La Corte costituzionale nega l'estensione dell'incidente probatorio per assumere la testimonianza del minorenne al di fuori dei procedimenti per reati sessuali*, in *Cass. pen.*, 2003, 870.

anche se relativi al materiale pornografico di cui all'art. 600-*quater*.1, 600-*quinquies*, 601,602, 609-*bis*, 609-*quater*, 609-*quinquies*, 609-*octies*, 609-*undecies* e 612-*bis* c.p. il pubblico ministero, anche su richiesta della persona offesa, o la persona sottoposta alle indagini possono chiedere che si proceda con incidente probatorio all'assunzione della testimonianza[25] di persona minorenne ovvero della persona offesa maggiorenne, anche al di fuori delle ipotesi previste dal comma 1.

La previsione, quantomeno nell'impostazione originaria, si inserisce in un sistema di fonti interne e internazionali che « tendono [...] a riconoscere alla persona offesa uno specifico apparato di tutela con riguardo al "danno criminale", per cui la vittima del reato diventa portatrice di un interesse squisitamente penale finalizzato alla repressione del fatto criminoso. Il panorama normativo e giurisprudenziale, in un quadro di produzione nazionale e sovranazionale e in un contesto ormai "multilivello" (O.N.U., Unione europea e Consiglio di Europa; Corte di giustizia delle Comunità europee e Corte europea dei diritti dell'uomo), registra una sempre più marcata attenzione verso i diritti e gli interessi processuali propri di coloro che subiscono il crimine, nell'acquisita consapevolezza di una netta differenziazione tra il ruolo del titolare del bene giuridico protetto e leso dal reato e quello di colui al quale la condotta illecita abbia cagionato un danno risarcibile »[26].

La peculiare attenzione rivolta dal legislatore ai reati in materia di violenza sessuale, soprattutto allorquando essi realizzano forme di violenza in

---

[25] In senso critico rispetto alla delimitazione dell'istituto speciale al mezzo di prova costituito dalla testimonianza v., in particolare, Bargis, *Commento alla l. 15.2.1996 n. 66 (Norme contro la violenza sessuale). Art. 13*, in *Leg. pen.*, 1996, 498; Capone, *Incidente probatorio e tutela delle vittime del reato*, cit., 353; Coppetta, *Il contributo dichiarativo del minorenne nell'incidente probatorio*, in *Il minorenne fonte di prova nel processo penale*, a cura di Cesari, Milano, 2015, 166, la quale riconosce comunque la parziale – soltanto parziale, però, essendo differenti le regole procedimentali applicabili – complementarietà dell'istituto con le regole speciali dettate per l'esame di imputati in procedimento connesso o collegato. V., negli stessi termini, Casibba, *La tutela dei testimoni vulnerabili*, in *Il "pacchetto sicurezza" 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, a cura di Mazza, Viganò, Torino, 2009, 318. Non ritiene che la mancata formale estensione sia ostativa all'ammissione di una ricognizione, confronto ovvero esperimento giudiziale, invece, Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 73.

[26] Canzio, *La tutela della vittima nel sistema delle garanzie processuali: le misure cautelari e la testimonianza "vulnerabile"*, in *Dir. pen. e processo*, 2010, 495, il quale richiama la Decisione quadro del Consiglio dell'Unione Europea 15 marzo 2001, n. 2001/220/GAI. Un quadro sintetico dei provvedimenti di carattere sovranazionale preordinati alla protezione della vittima del reato è offerto, al fine di delineare la nozione processuale di reati commessi "con violenza alla persona", dalla recentissima Cass. pen., Sez. un., 16 marzo 2016, n. 10959.

danno di minori[27] ha determinato l'intervento che, attuato con l'art. 13, l. 15 febbraio 1996, n. 66, ha reimpostato lo schema classico dell'incidente probatorio con speciale riferimento ai procedimenti per i delitti di cui agli artt. 609-*bis*, 609-*ter* 609-*quater*, 609-*quinquies* e 609 *octies* c.p., mediante l'inserimento di una peculiare ipotesi di incidente che, utilizzabile per l'assunzione della testimonianza del minore infrasedicenne, ha liberato il meccanismo introduttivo dalla necessaria operatività dei requisiti di ammissibilità incentrati sul presupposto dell'indifferibilità[28].

Mediante siffatto intervento, dunque, è stata conferita maggiore flessibilità alla disciplina dell'incidente[29] nella prospettiva di consentire l'acquisizione del contributo conoscitivo del minore – in origine soltanto infrasedicenne – fin dalle prime battute del procedimento penale[30].

La legislazione successiva ha inciso sulla disciplina originaria sia ampliando la previsione delle ipotesi di reato rilevanti[31], sia estendendo l'ambito

---

[27] Essi, fa tristemente notare, sebbene a distanza di un decennio dalla riforma, Caporale, *L'audizione dei minori in incidente probatorio: una questione di equilibri*, in *Arch. pen.*, 2015, 951, sostanziano un tema « assai delicato, di sempre maggior frequenza sullo scenario processuale e non solo, se si tiene conto anche del considerevole impatto mediatico ». L'esigenza di apprestare una tutela particolare al minore, anche in ambito processuale, è evidenziata da Spangher, *La protezione processuale del minore nel procedimento ordinario ed in quello minorile*, in *Studi in ricordo di G. D. Pisapia*, Milano, 2000, 703.

[28] Mette in rilievo Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 132, come il richiamo alle ipotesi previste dall'art. 392, comma 1 c.p.p. ha valore diadico, sia recettivo che avversativo e in via successiva e residuale.

[29] La Rocca, *Incidente probatorio*, cit., 297. Secondo Camaldo, Di Paolo, *La Corte costituzionale nega l'estensione dell'incidente probatorio per assumere la testimonianza del minorenne al di fuori dei procedimenti per reati sessuali*, cit., 872, la nuova ipotesi di incidente probatorio sarebbe caratterizzata da una presunzione *ex lege* di non rinviabilità della prova. V., inoltre, Caporale, *L'audizione dei minori in incidente probatorio*, cit., 954.

[30] Sau, *Art. 392*, cit., 4853.

[31] L'elencazione, sottolinea Caporale, *L'audizione dei minori in incidente probatorio*, cit., 969, è tassativa, sicché lo strumento probatorio speciale opera nei soli procedimenti per i rati indicati nell'art. 392, comma 1-*bis* c.p.p. Negli stessi termini v., solo per richiamare alcuni autori nell'ambito dell'unanime dottrina, Coppetta, *Il contributo dichiarativo del minorenne nell'incidente probatorio*, cit., 162; Rizzo, *Le modalità di « audizione protetta » del minore*, in *Cass. pen.*, 2014, 3812; Marandola, *Negata dalla Consulta l'estensione dell'incidente probatorio « incondizionato e protetto » al maggiorenne infermo di mente vittima di reati sessuali*, in *Giur. cost.*, 2003, 1761; Famiglietti, *La testimonianza del minore di sedici anni ed il raggiungimento della maggiore età*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, 290; Id., *Minori, infermi di mente e modalità di audizione protetta: equiparazione di soggetti deboli nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 2006, 447. Sembrava avere aperto una prospettiva diversa, invece, C. giust. CE, Grande Sezione, sent. 16 giugno 2005, causa C-105/03, la quale, come è noto, aveva correlato alle esigenze di protezione delle vittime vulnerabili la previsione della possibilità di ricorrere all'incidente probatorio. Siffatta presa di posizione

soggettivo di applicazione della norma mediante la previsione della possibilità di assumere, tramite lo strumento incidentale speciale[32], la testimonianza dei minori – anche ultrasedicenni – e dei maggiorenni che siano persona offesa del reato.

Da ultimo, seguendo un'impostazione ispirata ad una filosofia che sposta decisamente il baricentro del sistema di tutela nella direzione di un più marcato sacrificio dei principi ispiratori del processo accusatorio, il d. lgs. 18 dicembre 2015, n. 212 ha introdotto un nuovo periodo all'art. 392, comma 1-*bis* c.p.p. che, in relazione ad una figura soggettiva dai contorni molto sfumati la condizione qualificante della quale viene in qualche modo delineata dall'art. 90-*quater* c.p.p.[33], prevede la possibilità di ricorrere all'incidente speciale per assumere la testimonianza della persona offesa che versi in condizione di particolare vulnerabilità.

Introdotta anche essa dall'art. 1, l. 15 dicembre 2015, n. 212, la norma, come è noto, stabilisce che, agli effetti delle disposizioni del codice processuale penale, la condizione di "particolare vulnerabilità" della persona offesa è desunta, oltre che dall'età e dallo stato di infermità o di deficienza psichica,

---

era stata salutata con favore da Selvaggi, *L'incidente probatorio apre le porte all'audizione « protetta » senza limiti*, in *Guida dir.*, 2005, 26, 77. Secondo Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 99, la pronuncia aveva addirittura rimesso al giudice nazionale la possibilità di valutare le richieste di incidente probatorio speciale, ammettendole anche al di fuori dei limiti oggettivi stabiliti dalla norma processuale. Ma, nello stesso contesto, v. Frigo, *Solo un intervento del legislatore è idoneo a colmare la lacuna*, in *Guida dir.*, 2005, 26, 74, il quale ha escluso che la portata della disposizione processuale possa essere estesa in via interpretativa. Così, inoltre, Casibba, *La tutela dei testimoni vulnerabili*, cit., 314. Per alcune note critiche rispetto alla decisione della Corte di giustizia v., in generale, Luparia, *Una recente decisione della Corte di Giustizia sull'argomento delle ipotesi di audizione del minore in incidente probatorio*, in *Cass. pen.*, 2005, 3541. La stessa è invece condivisa, sebbene sul versante degli obiettivi di rafforzamento della tutela dei soggetti vulnerabili e con più di una perplessità sul piano metodologico, da Fabbricatore, *Caso Pupino: sul riconoscimento dell'efficacia diretta delle decisioni quadro*, in *Dir. pen. e processo*, 2006, 640.

[32] Privilegia siffatta espressione, rispetto a quelle di "incondizionato" ovvero "liberalizzato", Caporale, *L'audizione dei minori in incidente probatorio: una questione di equilibri*, cit., 974. La medesima puntualizzazione di ordine terminologico è proposta da Coppetta, *Il contributo dichiarativo del minorenne nell'incidente probatorio*, cit., 158. Ma v., altresì, Famiglietti, *La testimonianza del minore di sedici anni ed il raggiungimento della maggiore età*, cit., 291, che individua nella fattispecie un « procedimento probatorio speciale ». Diversamente, sul versante terminologico, v. Marandola, *I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e stalking*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 971, la quale definisce la fattispecie utilizzando la formula « incidente probatorio in deroga ».

[33] Ritenuta la disposizione più importante della riforma. V., in questo senso, Filippi, *Il difficile equilibrio tra garanzie dell'accusato e tutela della vittima dopo il D.Lgs. n. 212/2015*, in *Dir. pen. e processo*, 2016, 845.

dal tipo di reato, dalle modalità e circostanze del fatto per cui si procede. Si deve tenere conto, altresì, di una serie di circostanze indicative della relativa condizione, dovendosi valutare se il fatto è stato commesso con violenza alla persona o con odio razziale, se è riconducibile ad ambiti di criminalità organizzata o di terrorismo anche internazionale, o di tratta di esseri umani, se si caratterizza per finalità di discriminazione e se la persona offesa è affettivamente, psicologicamente o economicamente dipendente dall'autore del reato[34].

L'intervento normativo, il quale sembra incidere soltanto sul versante dell'ambito soggettivo di operatività dell'incidente, nella realtà introduce una ulteriore fattispecie differenziata difficilmente collocabile nel sistema complessivo della procedura speciale[35].

Ed infatti, se la *ratio* della novella e la collocazione sistematica inducono a rinvenire un necessario collegamento tra la fattispecie afferente alla persona offesa vulnerabile e il dato specializzante costituito dalla deroga rispetto alla necessaria ricorrenza delle situazioni di indifferibilità tipizzate – di talché, la ricorrenza e l'accertamento della predetta condizione autorizza senz'altro l'accesso alla procedura incidentale – la previsione generale contenuta nel primo periodo del comma 1-*bis* costringe a ritenere derogata, rispetto alle ipotesi di particolare vulnerabilità della vittima, la delimitazione ivi stabilita sul diverso terreno dei presupposti di carattere oggettivo, potendo dunque operarsi anche in ambiti procedimentali concernenti reati diversi[36].

Sembra, in altre parole, essersi completato un percorso che, ridisegnando il quadro complessivo dei valori di protezione sottesi alla procedura incidentale siccome sintetizzati nella nota qualificativa dell'indifferibilità, colloca la vittima del reato al centro del micro sistema incidentale e le esigenze di tutela di essa al vertice della gerarchia dei valori rilevanti.

L'inserimento dell'ipotesi specifica di incidente probatorio complessivamente delineata dall'art. 392, comma 1-*bis* c.p.p. realizza, come già detto, una severa inversione dello schema configurato per disegnare il rapporto tra dibat-

---

[34] Sulla nozione di "particolare vulnerabilità", accolta dal codice secondo una concezione lata, in chiave sia oggettiva che soggettiva, v. le considerazioni di Pascucci, *Le dichiarazioni del minore informato sui fatti dopo l'attuazione della direttiva 2012/29/UE*, in *Cass. pen.*, 2016, 3067. Secondo Filippi, *Il difficile equilibrio tra garanzie dell'accusato e tutela della vittima dopo il D.Lgs. n. 212/2015*, cit., 848, la norma allarga sensibilmente la categoria dei soggetti "particolarmente vulnerabili" e, quindi, le deroghe al processo accusatorio, destando perplessità circa il momento e la competenza ad accertare la situazione processuale predetta.

[35] Filippi, *Il difficile equilibrio tra garanzie dell'accusato e tutela della vittima dopo il D.Lgs. n. 212/2015*, cit., 848.

[36] V., soprattutto, Cisterna, *Oneri di informazione "pesanti" per i Pm e la polizia giudiziaria*, in *Guida al dir.*, 2016, 7, 75.

timento e indagini preliminari: « [s]e, infatti, si esclude la necessità di dimostrare l'indifferibilità o il rischio di inquinamento della prova, l'incidente probatorio dismette la veste di istituto eccezionale per assumere i connotati di strumento ordinario per l'assunzione della testimonianza di un minore [...] »[37].

Diviene, allora, essenziale soffermarsi sulla *ratio* della previsione introduttiva dell'istituto – ribadendo l'avvertenza, però, che le correzioni successive ne hanno modificato la funzione e profondamente contaminato la linearità assiologica soprattutto, ma non soltanto, sul terreno dell'ambito applicativo oggettivo[38] – al fine di verificare se il segmento istitutivo di esso sia scandito da rigidi automatismi – nel senso che, a fronte di una richiesta proveniente da taluno dei soggetti legittimati[39], non rimane altro da verificare che la corrispondenza dell'iscri-

---

[37] La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 571. Dubita della legittimità costituzionale della scelta legislativa, soprattutto in conseguenza dell'ampliamento dei casi di ricorso all'incidente speciale, La Rocca, *Incidente probatorio*, cit., 298.

[38] V., in particolare, Spangher, *Commento alla l. 269/1998. Le norme di diritto processuale penale*, in *Dir. pen. e processo*, 1998, 1233, secondo il quale: « Non sembra azzardato ipotizzare che, inevitabilmente, la previsione sembra porsi quale regola in caso di minore testimone, non apparendo il dato "sessuale" sufficiente per una differenziazione con altre ipotesi criminose che abbiano ad oggetto beni giuridici diversi ». Secondo Marandola, *I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e stalking*, cit., 971, la progressiva implementazione dei casi di incidente probatorio speciale ha modificato il quadro delle prospettive di tutela perseguite. V'è da dire, tuttavia, che la questione relativa alla legittimità costituzionale del divieto di assumere la testimonianza della vittima infrasedicenne al di fuori dei casi previsti dall'art. 392, comma 1-*bis* c.p.p. era stata rigettata dalla Corte costituzionale. V., in particolare, Corte cost., 18 dicembre 2002, n. 529, secondo cui se, da un lato, la speciale disciplina dettata per i reati a sfondo sessuale non è priva di giustificazione – essendo particolarmente pressante l'esigenza di proteggere la personalità del minore nell'ambito del suo coinvolgimento processuale e la genuinità della prova – dall'altro, siffatta esigenza di tutela, costituzionalmente rilevante, non rende costituzionalmente imposto il ricorso ad uno strumento di acquisizione anticipata della prova. V., poco prima, Corte cost., 9 maggio 2001, n. 114. Nell'ambito della giurisprudenza di legittimità, v. Cass. pen., Sez. III, 11 marzo 2008, Messina, la quale ha ritenuto di superare in via interpretativa i limiti imposti dall'art. 392, comma 1-*bis* c.p.p.

[39] La norma, come già detto, li individua nel pubblico ministero e nella persona sottoposta alle indagini. Saluta con favore la scelta, a fronte dell'ipotizzato, nel corso dei lavori preparatori, obbligo di instaurazione dell'incidente, Mulliri, *La legge sulla violenza sessuale. Analisi del testo, primi raffronti e considerazioni critiche*, in *Cass. pen.*, 1996, 753. Ferma, come evidenzia Bargis, *Commento alla l. 15.2.1996 n. 66 (Norme contro la violenza sessuale). Art. 13*, cit., 501, la legittimazione del difensore di questa, la persona offesa, in maniera non difforme da quanto previsto dalla regola generale, può soltanto inoltrare una richiesta al pubblico ministero affinché promuova l'incidente. Secondo Casibba, *La tutela dei testimoni vulnerabili*, cit., 316, la precisazione della possibile istanza della persona offesa è superflua, né si può ritenere che essa ponga in capo al pubblico ministero un obbligo di richiedere l'incidente speciale. In senso critico rispetto a siffatta soluzione v. Caporale, *L'audizione dei minori in incidente probatorio*, cit., 962, la quale ritiene che « [s]arebbe stato ragionevole attribuire un peso determinante alla volontà della persona offesa in

zione con taluna delle fattispecie richiamate e lo stato della persona da sentire – ovvero riservi al giudice margini di valutazione significativi, ancorché rispetto a presupposti diversi da quelli previsti dall'art. 392, comma 1 c.p.p.

Orbene, se, da un lato, il nostro codice non pone alcuna preclusione in materia di testimonianza, di talché nulla impedisce che un minorenne assuma la veste di testimone – con i limiti, ovviamente, fissati dall'art. 120 c.p.p. rispetto agli atti del procedimento e dall'art. 196, comma 2 c.p.p. rispetto alla verifica attinente alla capacità di assumere l'ufficio – dall'altro, le vicende di abuso sessuale in danno di minori si caratterizzano per il fatto che, di regola, esse non coinvolgono persone diverse dall'agente e dalla vittima, per cui la narrazione di quest'ultima diviene elemento di prova essenziale ed imprescindibile ai fini dell'accertamento[40].

« Non si può trascurare » – è stato ribadito in relazione ad una versione della norma oramai profondamente ristrutturata – « che la testimonianza del minore rappresenta un evento molto più complesso e specifico che, perciò, necessita di maggiore riflessione soprattutto con riferimento agli elementi e i fattori che la influenzano. Primo fra tutti, il tempo. Questo, può condizionare i ricordi, sia perché esso incide sulla capacità di trattenere i ricordi in memoria, sia perché col tempo i ricordi possono inquinarsi, arricchendosi di eventi autobiografici che finiscono con il contaminarsi, senza trascurare, poi, che il tempo interviene sul trauma subito e aiuta a ridurne gli effetti »[41].

L'ascolto del minore, dunque, « dovrebbe essere quanto più possibile, vicino agli accadimenti che lo hanno coinvolto [così] soddisfacendo a pieno sia i suoi bisogni di protezione, sia l'attendibilità delle sue dichiarazioni »[42].

---

questo senso orientata, sicché la possibilità di procedere all'ascolto del minore in via incidentale, sarebbe diventata obbligatoria tutte le volte che quest'ultima ne avesse fatto richiesta ». La soluzione è condivisa, in prospettiva, da Coppetta, *Il contributo dichiarativo del minorenne nell'incidente probatorio*, cit., 199.

[40] « *A fortiori* » – fa notare Caporale, *L'audizione dei minori in incidente probatorio*, cit., 959 – « il minore presunta vittima di abuso sessuale è portatore di dati testimoniali *necessari*: è una fonte di prova, dalla quale non si può prescindere per l'accertamento della responsabilità ». Il dato costituito dal carattere assolutamente decisivo e tendenzialmente infungibile del contributo del minore nei processi concernenti la peculiare tipologia di reati in argomento è posto in evidenza, nell'ambito di una generalizzata opinione, da Romeo, *Abusi sessuali su minori e dinamiche di acquisizione probatoria*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 1152.

[41] Caporale, *L'audizione dei minori in incidente probatorio*, cit., 960. Come rileva Giostra, *La testimonianza del minore: tutela del dichiarante e tutela della verità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, 1023, il contributo conoscitivo del minore è « deperibilissimo e manipolabilissimo ».

[42] Caporale, *L'audizione dei minori in incidente probatorio*, cit., 960.

È chiaro, pertanto, che il fondamento della scelta legislativa di cui si discute « è rinvenibile nella necessità di soddisfare una serie di interessi tra loro complementari »[43].

Sotto un primo profilo, « rileva la necessità di assicurare la genuinità della prova, perché l'incidente probatorio consente di ridurre il tempo intercorrente tra il fatto di reato e l'acquisizione del contributo dichiarativo e, quindi, di limitare quei fenomeni di rielaborazione e di rimozione che, stando agli approdi delle ricerche condotte dagli studiosi di psicologia dell'età evolutiva, caratterizzano la capacità mnestica del minore »[44].

Dunque, « [p]rima si cristallizza il contributo probatorio del minore, più lo si sottrae al pericolo di dispersione e di inquinamento, ineluttabilmente legato al trascorrere del tempo »[45].

Vengono in rilievo, inoltre, fondamentali e preponderanti interessi di rango extraprocessuale[46], essendo evidente « la necessità di tutelare la dignità e la riservatezza del minore attraverso un meccanismo che, in quanto destinato ad operare in un contesto non pubblico, lo protegge dal trauma dello *strepitus fori* »[47].

Lo scopo è, in altri termini, quello di rendere residuale la partecipazione dell'interessato alla fase dibattimentale[48] – evenienza suscettibile di produrre effetti traumatici sulla sua fragile psiche – e lo si persegue mediate un'estensione dell'istituto incidentale correlata ad una ridefinizione dell'ambito della *discovery* anticipata degli atti d'indagine[49] e ad una rimodulazione in termini oltremodo restrittivi dei parametri di ammissibilità della prova in dibattimento, quest'ultima realizzata attraverso la – non perfettamente coordinata, come è di tutta evidenza[50] – modifica dell'art. 190-*bis* c.p.p., il comma 1-*bis* del qua-

---

[43] La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 572.

[44] La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 572.

[45] Coppetta, *Il contributo dichiarativo del minorenne nell'incidente probatorio*, cit., 158. V., altresì, Spangher, *La protezione processuale del minore nel procedimento ordinario ed in quello minorile*, cit., 704.

[46] Di Chiara, *Incidente probatorio*, cit., 552.

[47] La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 572. Secondo Coppetta, *Il contributo dichiarativo del minorenne nell'incidente probatorio*, cit., 158, l'incidente probatorio « è stato elevato a strumento principe per ridurre gli effetti della vittimizzazione secondaria o da processo del testimone minorenne ». V., sulle problematiche connesse agli effetti primari e secondari del reato sulle vittime, Bandini, *Vittimologia*, in *Enc. dir.*, XLVI, 1008; Portigliatti Barbos, *Vittimologia*, in *Dig. disc. pen.*, XV, 314.

[48] Coppetta, *Il contributo dichiarativo del minorenne nell'incidente probatorio*, cit., 158; Sau, *Art. 392*, cit., 4854.

[49] Estesa dall'art. 392, comma 2-*bis* c.p.p. a tutti gli atti d'indagine.

[50] Lo mette in rilievo, efficacemente, Coppetta, *Il contributo dichiarativo del minorenne nel-*

le[51] estende il regime speciale ivi delineato ai procedimenti per uno dei reati previsti dagli artt. 600-*bis*, comma 1, 600-*ter*, 600-*quater*, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'art. 600-*quater.1*, 600-*quinquies*, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609 *quinquies* e 609-*octies* c.p., se l'esame richiesto riguarda un testimone minore degli anni sedici ovvero, in ogni caso, quando l'esame testimoniale riguarda una persona offesa in condizione di particolare vulnerabilità[52].

Trascurando di considerare le acute riflessioni che la dottrina ha svolto circa la trasmutazione degli obiettivi perseguiti dalla fattispecie speciale per effetto degli interventi modificativi in senso ampliativo[53], due finalità, dunque, sembrano sorreggere la previsione dell'istituto acquisitivo speciale, tra di loro « non [...] disgiunte, ma [che] vanno di pari passo, operano cioè sullo stesso versante, nel senso che più è tutelata la personalità del dichiarante, maggiore è l'affidabilità della prova »[54].

Ed allora, non può essere trascurato il fatto che l'insieme delle persone protette dalla disposizione permette di identificare una categoria – l'espressione fonti di prova vulnerabili, di matrice sociologica, fino a qualche tempo addietro « non rivest[iva], nell'ordinamento interno, un valore normativo, poiché neppure vi compar[iva], a differenza di quanto vale a livello euro-

---

l'incidente probatorio, cit., 173, criticando il difetto di coordinamento sia rispetto all'elencazione dei reati contenuta nell'art. 392, comma 1-*bis* c.p.p., sia in relazione all'ambito soggettivo di operatività dell'incidente probatorio speciale. V., inoltre, Casibba, *La tutela dei testimoni vulnerabili*, cit., 318, il quale vi individua un motivo di criticità rispetto all'effettività della tutela della fonte di prova vulnerabile.

[51] Comma aggiunto dall'art. 13, comma 2, l. 3 agosto 1998, n. 269 al fine – evidenzia Famiglietti, *La testimonianza del minore di sedici anni ed il raggiungimento della maggiore età*, cit., 293 – di ridurre la possibilità di un nuovo esame dell'adolescente in giudizio e, successivamente, modificato dall'art. 14, comma 1, l. 6 febbraio 2006, n. 38. Aveva fin dall'inizio evidenziato la lacuna normativa, idonea a vanificare l'efficacia della riforma, Conti, *Esteso l'istituto dell'incidente probatorio alla testimonianza di chi ha meno di sedici anni*, cit., 27. Ma v., tra i tanti, anche, Bargis, *Commento alla l. 15.2.1996 n. 66 (Norme contro la violenza sessuale). Art. 13*, cit., 500; Marandola, *I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e stalking*, cit., 971; Canzio, *La tutela della vittima nel sistema delle garanzie processuali: le misure cautelari e la testimonianza "vulnerabile"*, cit., 990. Con delle peculiarità d'impostazione v., però, rispetto ad una soluzione legislativa che, se non intenzionale, viene definita una *felix culpa*, Capone, *Incidente probatorio e tutela delle vittime del reato*, cit., 354.

[52] Ipotesi, l'ultima, introdotta dall'art. 1, d. lgs. 15 dicembre 2015, n. 212.

[53] Marandola, *I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e stalking*, cit., 971. Nonché, in particolare modo, Capone, *Incidente probatorio e tutela delle vittime del reato*, cit., 344.

[54] Coppetta, *Il contributo dichiarativo del minorenne nell'incidente probatorio*, cit., 159.

peo »[55] – abbastanza composita, nell'ambito della quale trovano collocazione personalità diversificate sotto il profilo anagrafico, sul versante della maturità in concreto, in relazione al grado di coinvolgimento nel fatto di reato e rispetto al complesso di dati normativi tipicizzati dall'art. 90-*quater* c.p.p. quali indici di particolare vulnerabilità della vittima del reato[56].

Sul piano soggettivo, infatti, la generica formulazione della norma, riferita alla testimonianza di persona minore[57], consente di ritenere che l'ambito di applicazione di essa riguardi non soltanto il minore offeso dal reato – anche se questa costituisce la situazione più ricorrente e indubbiamente più traumatica[58] – ma anche i minori che rivestano semplicemente la qualità di testimoni[59].

Inoltre, non contemplando limiti rispetto al contenuto della deposizione, la previsione consentirebbe l'audizione del minore – e, ovviamente, delle altre categorie soggettive di riferimento – in sede incidentale su qualsiasi circostanza, sebbene non direttamente collegata ai fatti oggetto di indagine[60].

Ancora, a differenza di quanto avveniva allorquando la disposizione conservava la propria formulazione iniziale – la disciplina dell'incidente probatorio speciale, come detto, non si estendeva ai soggetti maggiorenni affetti da infermità mentale vittime di abuso sessuale – l'incidente probatorio è ora esperibile anche quando si deve assumere la testimonianza di maggiorenne "persona offesa" da delitti indicati nell'art. 392, comma 1-*bis* c.p.p. e, quindi, ovvia-

---

[55] Casibba, *La tutela dei testimoni vulnerabili*, cit., 300. Sul carattere sfuggente dell'espressione v., poi, Capone, *Incidente probatorio e tutela delle vittime del reato*, cit., 348.

[56] « Benché » – rileva Casibba, *La tutela dei testimoni vulnerabili*, cit., 300 – « il nucleo concettuale dell'espressione [fonti vulnerabili] alluda a soggetti che patiscono una peculiare condizione di debolezza (che si aggrava quando siano pure vittime di taluni reati), vi rientrano, in effetti, gruppi eterogenei, quali i portatori di *handicap*, gli stranieri, le donne e i minori ».

[57] Vi sono ricompresi, dunque, anche i minori di anni quattordici, dotati di capacità a testimoniare *ex* art. 196, comma 1 c.p.p. Così, tra gli altri, Bargis, *Commento alla l. 15.2.1996 n. 66 (Norme contro la violenza sessuale). Art. 13*, cit., 498.

[58] Coppetta, *Il contributo dichiarativo del minorenne nell'incidente probatorio*, cit., 166: « Invero » – fa notare – « la consumazione di delitti fondata sullo sfruttamento del minore rappresenta un evento traumatico sicuramente più grave per la vittima, ma non risparmia nemmeno il semplice spettatore, se persona vulnerabile soprattutto a causa della giovane età ».

[59] V., nell'ambito di una estesissima posizione dottrinaria, Bargis, *Commento alla l. 15.2.1996 n. 66 (Norme contro la violenza sessuale). Art. 13*, cit., 497; La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 574.

[60] La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 574. V., inoltre, Coppetta, *Il contributo dichiarativo del minorenne nell'incidente probatorio*, cit., 170; Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 70; Conti, *Esteso l'istituto dell'incidente probatorio alla testimonianza di chi ha meno di sedici anni*, cit., 27, la quale evidenzia come la deposizione del minore può « concernere qualsiasi *thema probandum*, anche il più innocuo sotto il profilo della scabrosità dei fatti narrati ».

mente, anche del maggiorenne infermo di mente, sempre che sia persona offesa da uno dei suddetti delitti[61].

Infine, la fattispecie di nuovissima introduzione emancipa la procedura incidentale dall'oggetto del procedimento per assecondare esclusivamente concrete – dunque, da dimostrare – esigenze di protezione di persone offese in condizione di particolare vulnerabilità.

Il problema dell'ambito soggettivo di applicazione della fattispecie speciale, è bene ricordare, era stato affrontato dalla Corte costituzionale a fronte di una sequenza di questioni che ponevano dubbi di costituzionalità in relazione agli artt. 3 e 24 Cost.

I giudici della Consulta, nel dichiarare infondata la questione – attinente alla legittimità costituzionale dell'art. 392, comma 1-*bis* c.p.p., nella parte in cui non prevedeva che le disposizioni in essa previste si applicassero anche all'assunzione della testimonianza della persona inferma di mente – avevano affermato che la norma impugnata apparisse riconducibile ad una scelta del legislatore rispetto alla quale "non è possibile individuare ragioni costituzionali che ne impongano l'estensione al caso di teste infermo di mente, la cui situazione non è di per sé meccanicamente equiparabile a quella del teste minore infrasedicenne"[62].

Rigettata la tesi di una generalizzata presunzione di ricorrenza delle esigenze di protezione che hanno indotto il legislatore ad ampliare le possibilità di ricorso all'incidente probatorio[63], la Corte aveva, inoltre, escluso la lamentata violazione dell'art. 24 Cost., posto che la regola della formazione dibattimentale della prova appare, nell'attuale sistema processuale, idonea ad assicurare in linea di principio l'effettività del diritto di difesa della persona sottoposta a procedimento penale[64].

Sempre sul piano soggettivo, l'attuale strutturazione del dato normativo esclude la possibilità di estendere l'incidente probatorio al caso di testimonianza del maggiorenne infermo di mente che non sia, allo stesso tempo, persona offesa[65].

---

[61] Casibba, *La tutela dei testimoni vulnerabili*, cit., 302.

[62] Corte cost., 29 dicembre 2000, n. 583.

[63] Corte cost., 29 dicembre 2000, n. 583. V., in precedenza, Corte cost., 30 luglio 1997, n. 283.

[64] In questi termini v., soprattutto, Corte cost., 29 dicembre 2000, n. 583. V., in precedenza, Corte cost., 30 luglio 1997, n. 283. Nonché, a distanza di qualche anno, Corte cost., 18 dicembre 2002, n. 529; Corte cost., 1 aprile 2003, n. 108.

[65] Così, tra gli altri, Casibba, *La tutela dei testimoni vulnerabili*, cit., 316. Il carattere genera-

Alla luce della *ratio* complessiva della previsione speciale, è stato posto in rilievo come « il silenzio normativo [ponga] la previsione in contrasto con l'art. 3 Cost. Se l'interesse protetto è, qui, costituito dalla tutela della dignità della persona inferma di mente *ex* art. 2 Cost., il testimone maggiorenne affetto da tale patologia merita protezione indipendentemente dalla qualità di persona offesa da lui rivestita »[66].

L'analisi appena esposta dei complessivi profili della riforma dell'incidente probatorio lascia intravedere, dunque, margini sufficienti per giustificare la previsione di un ampio e non meramente formale controllo del giudice sulla richiesta, trattandosi non soltanto – e abbastanza semplicemente – di verificare la ricorrenza in concreto degli elementi soggettivi ed oggettivi della fattispecie introduttiva[67], bensì di calibrare l'ingresso alla procedura anticipata in considerazione della ricorrenza di effettive esigenze di tutela, probabilmente – ma non automaticamente – sussistenti rispetto ai minori – ed il grado di probabilità è più elevato quanto più ci si allontana dal compimento della maggiore età – e tutte da verificare rispetto alle altre categorie soggettive[68].

Pertanto, « quando, concretamente, non sussistono esigenze legate alla tutela dell'integrità psico-affettiva del minorenne o, ancor di più, della genuinità della prova, il rapporto tra regola ed eccezione dovrebbe tornare ad invertirsi e il dibattimento essere il contesto privilegiato per l'assunzione della testimonianza, sia pure nel rispetto di tutte le cautele per proteggere il minore »[69].

4. *L'incidente probatorio* ex *art. 391*-bis *c.p.p.*

Il difensore che agisca al fine di acquisire elementi investigativi a carattere dichiarativo non dispone, come è noto, di poteri coercitivi.

---

lizzato dell'esigenza di tutela di soggetti vulnerabili,, tra i quali vanno ricompresi gli infermi di mente, è invece sottolineato da Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 74.

[66] Casibba, *La tutela dei testimoni vulnerabili*, cit., 316.

[67] V., in senso critico rispetto ad un'interpretazione che, a dispetto di quanto previsto dall'art. 393 c.p.p., riduce il ruolo del giudice ad un mero adempimento notarile di presa d'atto dei contenuti di una richiesta vincolante, Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 132.

[68] Come nota Capone, *Incidente probatorio e tutela delle vittime del reato*, cit., 348, non ogni motivo di vulnerabilità richiede lo stesso trattamento.

[69] Caporale, *L'audizione dei minori in incidente probatorio*, cit., 955. Sembra prospettare un margine di discrezionalità valutativa, altresì, Mulliri, *La legge sulla violenza sessuale. Analisi del testo, primi raffronti e considerazioni critiche*, cit., 753. Nonché, nell'ambito di una diversa prospettiva ricostruttiva, Capone, *Incidente probatorio e tutela delle vittime del reato*, cit., 361. In senso contrario v., invece, Conti, *Esteso l'istituto dell'incidente probatorio alla testimonianza di chi ha meno di sedici anni*, cit., 27.

L'esame della disciplina complessiva delle investigazioni difensive come delineata dalla l. 7 dicembre 2000, n. 397, infatti, consente di collocare tra i principi ispiratori del sistema investigativo difensivo quello della "consensualità", non essendo conferita ai soggetti dell'investigazione privata la titolarità di mezzi di coazione in relazione ai casi in cui il compimento di un atto d'indagine richiede la necessaria collaborazione di determinati soggetti e, questa, non venga prestata[70].

Il difensore, dunque, non può obbligare la persona che ipotizza essere a conoscenza di circostanze utili alla difesa del proprio assistito ad aderire alla proposta di contatto investigativo, ancorché formulata con atto scritto, e, qualora sia riuscita a procurarsi la presenza fisica della fonte di prova nel luogo eventualmente concordato[71], non soltanto non è assistito da un potere impositivo, ma dovrà previamente avvertire l'informatore della facoltà di non rispondere.

Il *deficit* che assiste l'atto d'indagine difensivo sotto il profilo dei poteri coercitivi del difensore è compensato – come avviene, d'altra parte, in relazione a tutti gli atti d'indagine difensiva che coinvolgono situazioni giuridiche soggettive riferibili a persone estranee alla vicenda investigativa – dalla predisposizione di strumenti, di pertinenza di soggetti pubblici, che realizzano scenari alternativi rispetto all'omologo atto investigativo difensivo, comunque astrattamente idonei ad assicurare il medesimo risultato acquisitivo di dati conoscitivi rilevanti.

Mediante la predisposizione di strumenti acquisitivi alternativi, in altri termini, « il legislatore ha [...] voluto evitare che il diritto alla prova spettante alla difesa fosse completamente subordinato alla volontà collaborativa della persona informata »[72].

Entrambi compendiati nell'art. 391-*bis* c.p.p., la "audizione del pubblico ministero" e l'incidente probatorio sono istituti che mantengono intatta la loro tradizionale destinazione funzionale, essendo, la scelta tra i due, rimessa alla discrezionalità del difensore, « il quale compirà le proprie valutazioni sulla base della strategia difensiva adottata e, conseguentemente, del tipo di atto ritenuto più idoneo a perseguirla, anche se non sfugge come entrambi gli strumenti implichino per la difesa, sia pure in termini diversi, il rischio di una *discovery* anticipata delle proprie fonti, nella maggior parte dei casi neppure so-

---

[70] Può sul punto vedersi, eventualmente, Suraci, *Le indagini difensive*, Torino, 2014, 66.

[71] Presumibilmente, si tratterà dello studio professionale, ma nessuna norma impone che l'incontro investigativo avvenga necessariamente in questo luogo. V., negli stessi termini e tra i tanti, Parlato, *Le nuove disposizioni in materia di indagini difensive*, Torino, 2001, 60.

[72] Triggiani, *Le investigazioni difensive*, cit., 308.

stenuta da una precisa conoscenza circa il reale bagaglio di informazioni che queste possono apportare »[73].

Il primo, quale atto d'indagine, persegue finalità meramente investigative[74], mentre il secondo, costituente una parentesi processuale aperta nella fase investigativa, ha una funzione squisitamente probatoria, essendo finalizzato all'acquisizione anticipata di elementi di prova utilizzabili anche in sede dibattimentale e, pertanto, destinati a trovare ingresso fin dall'inizio nel fascicolo per il dibattimento, formato ai sensi dell'art. 431 c.p.p.[75].

L'intervento normativo attuato con la l. 7 dicembre 2000, n. 397 si inserisce, dunque, lungo un solco già tracciato sulla tendenza all'ampliamento dei casi di ricorso all'incidente probatorio, anche se l'istituto presenta delle peculiarità rispetto alla figura tradizionale.

Esso è, innanzitutto, attivabile in via esclusiva dal difensore, il quale, ritiene condivisibilmente parte della dottrina, è gravato semplicemente dall'onere di documentare la mancata attivazione degli strumenti tipici dell'investigazione difensiva su fonte dichiarativa per la causa specificamente contemplata dall'art. 391-*bis*, comma 10 c.p.p.[76].

L'opzione normativa di limitare l'accesso all'incidente probatorio "speciale" al solo difensore ha determinato, in una parte della dottrina, dubbi sotto il profilo della legittimità costituzionale in relazione al principio di parità delle parti[77], evidenziandosi come la disparità di trattamento rispetto alle richieste consentite al pubblico ministero « non si giustifica e non varrebbe obiettare

---

[73] Bortolin, *È rigettabile la richiesta di incidente probatorio avanzata nell'ambito di un'investigazione difensiva, ex art. 391-bis, comma 11 c.p.p.?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 2003, 1044.

[74] Esso è ritenuto, da Di Chiara, *Le linee prospettiche del "difendersi ricercando": luci e ombre delle "nuove" investigazioni difensive*, in *Leg. pen.*, 2002, 1-2, 15, un « palese sintomo di qualche residuo disorientamento dell'impianto delle investigazioni difensive ».

[75] Secondo Ventura, *Le indagini difensive*, cit., 93, invece, in sede di investigazioni difensive l'incidente probatorio costituisce uno strumento di indagine poiché consente al difensore di ottenere la collaborazione di coloro la cui attività è necessaria ai fini della sua investigazione.

[76] V., negli stessi termini, Triggiani, *Le investigazioni difensive*, cit., 322. Tuttavia il difensore della persona sottoposta alle indagini, nei casi contemplati dall'art. 392, comma 1, lett. c) e d) c.p.p., può anche astenersi da ogni forma di giustificazione. Secondo Ventura, *Le indagini difensive*, cit., 95, invece, il difensore deve indicare i fatti costituenti oggetto di prova e, sia pure sinteticamente, le ragioni della sua rilevanza ai fini della decisione.

[77] Bricchetti, *Legali al battesimo delle regole di documentazione*, in *Guida dir.*, 2001, 1, 48. Qualche perplessità sul punto e sotto lo stesso profilo traspare, anche, in Lozzi, *La realtà del processo penale, ovvero il "modello perduto"*, in *Quest. giust.*, 2001, 1103. V., inoltre, Ruggiero, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., 234. Santoro, *L'anomalia degli accertamenti tecnici irripetibili*, in *Guida dir.*, 2001, 1, 83, si chiede perché, in questo specifico ambito, non sia stata realizzata la tendenziale parità delle parti.

che, se la persona in grado di riferire circostanze utili per le indagini difensive eserciti la facoltà di non rispondere, il difensore deve essere messo in condizioni di acquisire le circostanze predette, dal momento che tale possibilità viene assicurata dalla richiesta di audizione davanti al pubblico ministero »[78].

Su quest'ultimo aspetto si appuntano, invece, i rilievi di chi esclude qualsiasi censurabilità costituzionale della normativa, « non [essendovi] ragione di alimentare tale dubbio, non essendo compatibili le situazioni soggettive del pubblico ministero e del difensore in relazione alla fonte dichiarativa: la facoltà in esame è accordata ai difensori (tanto dell'indagato quanto della persona offesa) poiché per essi soltanto esiste un limite all'acquisizione di elementi attraverso l'indagine, costituito dal diritto della fonte di rifiutare le informazioni e tale limite (idoneo a stabilire una disparità che comprometterebbe il diritto di difesa) viene, per così dire, compensato dalla possibilità di accedere attraverso il giudice alla fonte stessa addirittura nel contraddittorio con il pubblico ministero »[79].

Siffatta osservazione, al di là di ogni considerazione circa l'opportunità di ampliare ulteriormente gli spazi di intervento di un istituto che deroga ai principi fondamentali del processo accusatorio[80], sembra pienamente condivisibile e intrinsecamente idonea a diradare ogni dubbio sulla legittimità costituzionale della disciplina concernente le modalità di attivazione dell'istituto[81].

Cambiando il profilo dell'analisi, non sembra possa dubitarsi del fatto che l'istituto in questione, come quello previsto dall'art. 391-*bis*, comma 10 c.p.p., possa essere attivato anche nel caso in cui la persona informata sui fatti, anziché avvalersi del diritto al silenzio, abbia preferito addirittura rifiutare il contatto fisico con il difensore[82].

---

[78] Lozzi, *Il giusto processo e i riti speciali deflativi del dibattimento*, cit., 1161.

[79] Frigo, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., 232. V., inoltre, Biondi, *Può sindacare il giudice la rilevanza investigativa della deposizione da assumere ai sensi dell'art. 391-bis, comma 11, c.p.p.?*, in *Cass. pen.*, 2012, 1779.

[80] Da ultimo v., su questo aspetto, Bortolin, *È rigettabile la richiesta di incidente probatorio avanzata nell'ambito di un'investigazione difensiva, ex art. 391-bis, comma 11 c.p.p.?*, cit., 1050.

[81] Secondo Follieri, *Inoppugnabile l'ordinanza che nega l'incidente probatorio richiesto dal difensore ai sensi dell'art. 391-bis comma 11 c.p.p.?*, in *Cass. pen.*, 2003, 2713, il legislatore « ha evidentemente inteso garantire il diritto alla prova del difensore e del suo assistito, fornendo loro uno strumento attraverso il quale superare l'ostacolo costituito dal diniego di collaborazione dei terzi informati dei fatti ».

[82] Così, tra gli altri, Triggiani, *Le investigazioni difensive*, cit., 315, secondo il quale la diversa interpretazione, sia pure aderente alla lettera della norma, comporterebbe « un'inaccettabile disparità di trattamento rispetto alla persona che abbia accettato l'invito e abbia esercitato la facoltà prevista dall'art. 391 bis comma 3 lett. d) c.p.p. ». Manifesta dubbi in punto di attivabilità dell'incidente in caso di mancata presentazione dell'interpellato, invece, Bricchetti, *Legali al battesimo delle*

Se così non fosse, infatti, il difensore « vedrebbe elusi i suoi poteri di accertamento ed indagine, essendo sprovvisto dei poteri coercitivi previsti per il pubblico ministero dagli articoli 132 e 133 c.p.p. »[83].

Posto, in generale, che il difensore è gravato dall'onere di documentare il rifiuto di collaborare oppostogli dalla persona contattata, costituendo siffatto rifiuto il presupposto essenziale per attivare l'incidente[84], ci si è chiesti, però, se il ricorso allo strumento surrogatorio anche nell'ipotesi di mancata presentazione determini l'insorgenza dell'onere di produrre una dichiarazione resa dalla persona interpellata dalla quale si evinca come la mancata comparizione non sia dipesa da un legittimo impedimento, bensì da una scelta consapevole del soggetto stesso.

« [O]rientandosi in una simile prospettiva » – è stato, però, correttamente rilevato – « sarebbero evidenti i rischi derivanti dal subordinare l'ammissione della richiesta di incidente e, di conseguenza, l'esercizio del diritto alla prova ai variabili comportamenti di chi, dopo essersi rifiutato di comparire, potrebbe non essere affatto disposto a fornire la prova del proprio diniego »[85].

Merita di essere posto in rilievo, sul terreno della legittimazione soggettiva, che l'istituto è utilizzabile anche dal difensore della persona offesa, a differenza di quanto previsto dalla disciplina dell'incidente probatorio ordinario che, come è noto, è attivabile esclusivamente dal pubblico ministero e dalla persona sottoposta alle indagini[86].

Infatti, la dottrina che si è occupata di siffatto profilo della disciplina ritiene che il "difensore" al quale si riferisce l'art. 327-*bis* c.p.p. non è soltanto

---

regole di documentazione, cit., 46. Ritiene, poi, non attivabili gli istituti surrogatori in presenza di un radicale rifiuto della fonte a qualsiasi contatto con il difensore, Ruggiero, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., 222, il quale espone a sostegno della propria conclusione ragioni di ordine logico-sistematico e di natura teleologica.

[83] Di Maio, *Le indagini difensive*, cit., 231.

[84] Bortolin, *È rigettabile la richiesta di incidente probatorio avanzata nell'ambito di un'investigazione difensiva, ex art. 391-bis, comma 11 c.p.p.?*, cit., 1042.

[85] Bortolin, *È rigettabile la richiesta di incidente probatorio avanzata nell'ambito di un'investigazione difensiva, ex art. 391-bis, comma 11 c.p.p.?*, cit., 1042, la quale pone in rilievo le difficoltà di documentazione di un rifiuto opposto dall'interpellato che sia stato invitato per un colloquio informale. Ma v., sul punto, anche Ruggiero, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., 224, il quale ritiene che l'intervento sostitutivo dell'autorità giudiziaria non sia provocabile allorché il rifiuto sia stato opposto in sede di colloquio informale.

[86] Così, per tutti, Ventura, *Le indagini difensive*, cit., 94. V., inoltre, Frigo, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., 232, il quale individua nell'opzione estensiva un caso di deroga alla disciplina generale dell'istituto reso necessario dal fine "di riequilibrio" della disparità delle posizioni delle parti perseguito dal legislatore.

quello della persona sottoposta alle indagini, ovvero dell'imputato o condannato, ma anche quello delle altre parti del processo penale[87].

Inoltre, l'estesissima modellabilità dell'espressione "assistito" contenuta nell'art. 327-*bis* c.p.p., nella lettura della quale si impone, d'altro canto, un puntuale riferimento ai principi costituzionali del giusto processo, permette di configurare senza particolari sforzi esegetici una legittimazione al compimento di atti investigativi in capo alla persona offesa dal reato[88].

Coerentemente, deve ritenersi costituire una logica conseguenza della scelta legislativa quella secondo cui, nell'ambito dell'incidente probatorio richiesto dal difensore della persona offesa, questi potrà rivolgere direttamente alla persona esaminata le domande che le avrebbe rivolto nell'atto d'indagine altrimenti compiuto, in deroga alla previsione contenuta nell'art. 401, comma 5 c.p.p., il quale come è noto autorizza il difensore della persona offesa a chiedere al giudice di rivolgere domande alle persone sottoposte ad esame[89].

Una volta presentata l'istanza, il giudice adito manca di significativi margini di valutazione nella decisione afferente l'instaurazione dell'incidente istruttorio, costituendo, il relativo provvedimento di ammissione – e fatta salva la possibilità di un controllo meramente formale teso ad escludere eventuali ipotesi di inammissibilità – un atto dovuto[90].

Infatti, « [s]e varie sono le cause che potrebbero giustificare una pronuncia di inammissibilità da parte del giudice per le indagini preliminari in relazione all'istanza di incidente avanzata dalla difesa, *ex* art. 391-*bis*, co. 11 c.p.p., (vizi formali della richiesta, sussistenza di un decreto di segretazione, eventuale incompatibilità a testimoniare per uno dei soggetti di cui il difensore abbia chiesto l'audizione), risulta, invece, difficile individuare le possibili ragioni di un rigetto »[91].

---

[87] V., in questi termini e per tutti, Spangher, *Introduzione*, cit., 206.

[88] V., per questa conclusione e volendo citare solo alcuni autori, Spangher, *Introduzione*, cit., 206; Ruggiero, *Le investigazioni difensive della persona offesa dal reato*, in *Dir. pen. e processo*, 2002, 929; Tranchina, *L'investigazione difensiva*, in *Diritto processuale penale*, II, Milano, 2001, 161; Bernardi, *Le attività di indagine*, in *Dir. pen. e processo*, 2001, 208; Barbara, *Investigazioni difensive*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. VI , 307.

[89] V., per questa conclusione, Frigo, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., 234.

[90] In questi termini v., tra gli altri, Bortolin, *È rigettabile la richiesta di incidente probatorio avanzata nell'ambito di un'investigazione difensiva, ex art. 391-bis, comma 11 c.p.p.?*, cit., 1045. Nonché, da ultimo, Biondi, *Può sindacare il giudice la rilevanza investigativa della deposizione da assumere ai sensi dell'art. 391-bis, comma 11, c.p.p.?*, cit., 1780, il quale mette in evidenza come « qualunque sindacato di merito sulla necessità o opportunità dell'assunzione delle dichiarazioni costituisce un'indebita ingerenza dell'Autorità giudiziaria sulle scelte del difensore riguardanti la linea difensiva ».

[91] Bortolin, *È rigettabile la richiesta di incidente probatorio avanzata nell'ambito di un'investigazione difensiva, ex art. 391-bis, comma 11 c.p.p.?*, cit., 1044.

Secondo alcuni, dunque, un caso di legittimo rigetto (*rectius*: dichiarazione di inammissibilità) della richiesta di incidente probatorio dovrebbe ricorrere nell'ipotesi in cui il giudice sia stato reso edotto, a seguito di presentazione di apposite deduzioni da parte del pubblico ministero, a norma dell'art. 396 c.p.p., dell'emissione di un decreto di segretazione nei confronti della persona da esaminare.

In questo caso, infatti, « l'assunzione della prova a mezzo dell'incidente probatorio non potrà che essere posticipata alla scadenza del termine fissato nel decreto di segretazione del pubblico ministero »[92].

Più ampio sembra, invece, lo spazio valutativo rimesso al giudice per le indagini preliminari da chi, muovendo dalla premessa secondo cui la richiesta di incidente probatorio integra una forma di attuazione del diritto alla prova, i criteri di valutazione non possono che essere quelli menzionati nell'art. 190 c.p.p., per cui il giudice dovrebbe ammettere tutte le prove richieste, escludendo soltanto quelle vietate dalla legge e quelle manifestamente superflue e irrilevanti[93].

È stato, però, evidenziato come « il c.d. "vaglio sulla fondatezza" risulta già particolarmente problematico in relazione alle richieste di incidente probatorio "ordinario", dal momento che il giudice per le indagini preliminari non conosce gli atti del procedimento e viene a trovarsi nella condizione di dover verificare la manifesta rilevanza e la non superfluità della richiesta sulla base di un addebito che ancora non è stato definito in modo chiaro e preciso nell'imputazione. A maggior ragione, non pare davvero possibile che questi riesca a pervenire all'accertamento dell'insussistenza di tali requisiti di fronte ad un'istanza di incidente probatorio finalizzata al compimento di un atto di investigazione difensiva che non si è potuto realizzare e del quale risulta difficile, per lo stesso difensore, prognosticare il contenuto »[94].

È importante, tuttavia, rilevare come, fin da subito, la Corte di cassazione ha adottato un orientamento teso a ridimensionare la portata dell'obbligo del giudice per le indagini preliminari di aderire alla richiesta della difesa in ordine all'attivazione dell'incidente probatorio che ci occupa, avendo innanzitutto stabilito, sebbene si trattasse di una richiesta di incidente probatorio avanzata ai sensi dell'art. 391-*bis*, comma 11 c.p.p., che avverso l'ordinanza con la quale il giudice accoglie, dichiara inammissibile o rigetta la richiesta di inci-

---

[92] Triggiani, *Le investigazioni difensive*, cit., 324.

[93] Lozzi, *Il giusto processo e i riti speciali deflativi del dibattimento*, cit., 1162. Ma v., anche, Follieri, *Inoppugnabile l'ordinanza che nega l'incidente probatorio richiesto dal difensore ai sensi dell'art. 391-bis comma 11 c.p.p.?*, cit., 2714.

[94] Bortolin, *È rigettabile la richiesta di incidente probatorio avanzata nell'ambito di un'investigazione difensiva, ex art. 391-bis, comma 11 c.p.p.?*, cit., 1045.

dente probatorio non è prevista impugnazione e, ciò, sia in ragione del principio di tassatività delle impugnazioni di cui all'art. 568 c.p.p., sia per la natura dell'incidente probatorio, caratterizzato dall'esigenza di speditezza con cui tale fase deve essere espletata e che è incompatibile con i tempi necessari per il procedimento di impugnazione[95].

D'altro canto, continua la Suprema Corte, rimane altresì esclusa la possibilità di qualificare l'ordinanza di rigetto quale provvedimento abnorme, e, quindi, la possibilità di impugnazione immediata mediante ricorso in cassazione, dal momento che essa, a prescindere dalla eventuale erroneità della decisione del giudice o della relativa motivazione, non può definirsi avulsa dall'intero ordinamento processuale (c.d. abnormità strutturale) né adottata al di fuori dei casi consentiti e delle ipotesi previste, tanto da determinare una stasi irrimediabile del procedimento (c.d. abnormità funzionale)[96].

Occupandosi direttamente della questione afferente all'estensione del vaglio di ammissibilità della richiesta, inoltre, la Suprema Corte ha, successivamente, statuito che la richiesta di incidente probatorio non presupponga alcun automatismo, implicando una valutazione positiva del giudice circa l'effettiva rilevanza, ai fini investigativi, delle circostanze in relazione alle quali si vuole che la dichiarazione della persona in ipotesi informata sui fatti venga acquisita[97].

La presa di posizione della Corte di cassazione merita di essere severamente censurata poiché trascura di considerare la peculiarità dell'ipotesi di incidente probatorio introdotta dalla legge sulle investigazioni difensive, istituto eccezionalmente investito di una funzione suppletiva rispetto ad un'attività investigativa unilateralmente intrapresa ma resa impraticabile da una consapevole quanto legittima opzione della persona informata sui fatti.

Caratteristica, questa, che, così come rende l'istituto del tutto estraneo rispetto a qualsiasi esigenza di prospettazione di specifiche ragioni d'urgenza ed indifferibilità dell'acquisizione probatoria richiesta – come, del resto, confermato dalla lettera dell'art. 391-*bis*, comma 11 c.p.p. – allo stesso modo si presenta come idonea a sottrarlo ai generici modelli di funzionamento dei meccanismi introduttivi dell'incidente probatorio ordinario[98].

---

[95] Cass. pen., Sez. III, 23 maggio 2002, n. 20130. Nello stesso senso v., in dottrina, Ventura, *Le indagini difensive*, cit., 98, il quale riconosce, però, che la mancanza di un controllo circa la legittimità del provvedimento di rigetto della richiesta di incidente parainvestigativo violi il diritto di difesa.

[96] Cass. pen., Sez. III, 9 aprile-23 maggio 2002, n. 20130.

[97] Cass. pen., Sez. III, 14 dicembre 2011, n. 1399.

[98] Negli stessi termini v., in relazione all'applicabilità dell'art. 398 c.p.p., Biondi, *Può sinda-*

Posto, dunque, che il difensore si troverebbe di fronte ad un provvedimento avverso il quale non è proponibile, sebbene adottato illegittimamente, alcun mezzo di gravame, è evidente che, con una decisione insindacabile e particolarmente estesa sul piano delle possibilità di valutazione del giudice, si finirebbe per negare il compimento, sebbene in via indiretta, di un atto d'investigazione difensiva, vanificando in concreto una delle più importanti facoltà difensive previste dalla legge[99].

Ed allora, meritando di essere fermamente ribadita la necessità di circoscrivere alla ricorrenza dei requisiti di carattere formale il potere di sindacato del giudice, resta fermo l'auspicio di un intervento legislativo che introduca un rimedio opportunamente congegnato sotto il profilo temporale e procedurale, al fine di scongiurare eventuali intenti dilatori[100], pur convenendosi sul fatto che le individuate caratteristiche del provvedimento di rigetto di cui si discute – emesso al di fuori dei casi consentiti dall'ordinamento e lesivo di diritti costituzionalmente protetti – sembrano agevolmente configurare un'ipotesi di abnormità, con conseguente impugnabilità mediante ricorso per cassazione[101].

---

care il giudice la rilevanza investigativa della deposizione da assumere ai sensi dell'art. 391-bis, comma 11, c.p.p.?, cit., 1779.

[99] In senso egualmente critico rispetto alla citata sentenza v., altresì, Ruggiero, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., 78; Bortolin, *È rigettabile la richiesta di incidente probatorio avanzata nell'ambito di un'investigazione difensiva, ex art. 391-bis, comma 11 c.p.p.?*, cit., 1049. Allo stesso modo, Biondi, *Può sindacare il giudice la rilevanza investigativa della deposizione da assumere ai sensi dell'art. 391-bis, comma 11, c.p.p.?*, cit., 1780, evidenzia come qualsiasi sindacato sul merito della richiesta determina un'inammissibile ingerenza rispetto alle scelte del difensore in ordine alla propria linea difensiva. *Contra*, invece, Follieri, *Inoppugnabile l'ordinanza che nega l'incidente probatorio richiesto dal difensore ai sensi dell'art. 391-bis comma 11 c.p.p.?*, cit., 2718, la quale ritiene corretta la soluzione adottata dalla Suprema Corte.

[100] Follieri, *Inoppugnabile l'ordinanza che nega l'incidente probatorio richiesto dal difensore ai sensi dell'art. 391-bis comma 11 c.p.p.?*, cit., 2718.

[101] In questo senso, v. Bortolin, *È rigettabile la richiesta di incidente probatorio avanzata nell'ambito di un'investigazione difensiva, ex art. 391-bis, comma 11 c.p.p.?*, cit., 1049; Follieri, *Inoppugnabile l'ordinanza che nega l'incidente probatorio richiesto dal difensore ai sensi dell'art. 391-bis comma 11 c.p.p.?*, cit., 2711, limitatamente, però, al caso in cui il rigetto sia determinato dalla ritenuta mancanza del requisito dell'indifferibilità al dibattimento dell'assunzione della prova. Sull'abnormità quale vizio dell'atto processuale penale v., tra gli studi più recenti, Bellocchi, *L'abnormità*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, I, *Soggetti e atti*, t. 2, *Gli atti*, Milanofiori Assago, 2008, 469. Nonché, ancora, Nevoli, *Abnormità*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. VI, 1; Maffeo, *L'abnormità*, in *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, a cura di Marandola, Milanofiori Assago, 2015, 231.

CAPITOLO QUINTO

L'INSTAURAZIONE DELL'INCIDENTE PROBATORIO: PROFILI TEMPORALI

SOMMARIO: 1. L'orizzonte temporale di operatività dell'istituto. L'incidente probatorio e le indagini preliminari. – 2. L'incidente probatorio nell'ambito dell'udienza preliminare. – 3. Scadenza dei termini delle indagini preliminari e incidente probatorio. – 4. L'incidente probatorio *ex* art. 391-*bis* c.p.p.

1. *L'orizzonte temporale di operatività dell'istituto. L'incidente probatorio e le indagini preliminari.*

Il profilo concernente i limiti temporali di attivabilità dell'incidente probatorio emerge in relazione ad una sequenza di – oramai non più recentissime – prese di posizione della Corte costituzionale[1].

La richiesta – comunque necessaria in ragione dell'assoluta incompatibilità logica di un'iniziativa officiosa volta all'assunzione anticipata della prova, alla luce del principio di sistema indicato nell'art. 190 c.p.p., in base al quale i mezzi di prova sono nella piena disponibilità delle parti, che hanno l'onere di chiederne l'assunzione per dimostrare la fondatezza dei rispettivi assunti[2] – di attivazione dell'incidente istruttorio, stabilisce infatti l'art. 393, comma 1 c.p.p., deve essere presentata entro i termini stabiliti per la conclusione delle indagini preliminari e, comunque, in tempo sufficiente per l'assunzione della prova prima della scadenza dei medesimi termini[3].

Dunque, la procedura incidentale – alla quale non è, come già detto, consentito accedere senza l'iniziativa di parte, neppure quando l'assunzione del mezzo di prova può essere disposta d'ufficio nella fase dibattimentale[4] – era stata disegnata dal legislatore come « una parentesi che consentiva l'assunzione anticipata della prova in uno spazio temporalmente circoscritto alla fase delle indagini preliminari »[5].

---

[1] Corte cost., (ord.) 18 luglio 2002, n. 368.

[2] Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 81.

[3] Lo scopo della disposizione, rimarca La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 601, è quello di evitare pretestuose dilazioni degli spazi riservati allo svolgimento delle indagini preliminari. V., inoltre, Sau, *Art. 393*, in *Codice di procedura penale*, a cura di Giarda, Spangher, Milanofiori Assago, 2010, 4883.

[4] De Roberto, *Incidente probatorio*, cit., 9.

[5] La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 597.

Di talché, una volta decorsi i termini delle indagini, non rimaneva alternativa diversa da quella di attendere la fase degli atti preliminari al dibattimento al fine di poter usufruire della procedura acquisitiva delineata dall'art. 467 c.p.p.

Considerata sotto il profilo letterale ed alla luce, altresì, della specifica previsione sanzionatoria contenuta nel successivo comma 3 – l'inosservanza della disposizione concernente il termine è, infatti, sanzionata mediante la previsione di inammissibilità della richiesta – la norma sembrerebbe implicare sia che la richiesta abbia luogo nell'ambito dei termini previsti quali limiti di durata delle indagini preliminari – *ex* art. 405 c.p.p. ovvero, a seguito di proroga, ai sensi degli artt. 406 e 407 c.p.p.[6] – sia che il concreto espletamento dell'incidente sia contenuto all'interno del medesimo arco temporale[7].

La richiesta potrebbe, pertanto, essere formulata anche nella fase investigativa che segue alla disposizione di proroghe del termine per le indagini preliminari, ma «è possibile ravvisare una sorta di onere in campo al richiedente, giacché la richiesta deve essere presentata "in tempo sufficiente", ossia tale da consentire che la prova sia assunta prima della scadenza»[8].

In ogni caso, «[n]on è stata esclusa [...] la rilevanza di situazioni in cui la necessità di ricorrere all'istituto sorga proprio in prossimità della scadenza suddetta, o di ipotesi in cui l'iniziale stima del tempo occorrente per l'esaurimento delle operazioni di acquisizione della prova si riveli inesatta a causa di obiettive difficoltà emerse solo in corso di esecuzione»[9].

Il rigore della disposizione è, quindi, in parte temperato dalla previsione, contenuta nell'art. 393, comma 4 c.p.p., della possibilità di chiedere la proroga del termine delle indagini preliminari proprio al fine di procedere all'esecuzione di un incidente probatorio che, in ogni caso, sia stato richiesto nei termini[10].

---

[6] V., sul tema specifico e per tutti, Varraso, *Chiusura e avviso di conclusione delle indagini preliminari*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, III, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, Milanofiori Assago, 2009, 661; Marandola, Bronzo, *La chiusura indagini e l'udienza preliminare*, in *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, II, *Misure cautelari. Indagini preliminari. Giudizio*, Milanofiori Assago, 2015, 930.

[7] Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 90. Nonché, con pari chiarezza, Sau, *Art. 393*, cit., 4883.

[8] Caprino, *Art. 393 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Gaito, Milanofiori Assago, 2012, 2502.

[9] La Regina, *Incidente probatorio*, cit. 602.

[10] La norma, evidenzia Renon, *L'incidente probatorio oltre la fase delle indagini preliminari: un'ipotesi non consentita*, in *Cass. pen.*, 1993, 2134, nt. 4, «conferma implicitamente il principio

Il giudice, in presenza di una richiesta siffatta, provvede[11] con decreto motivato, concedendo la proroga per un periodo di tempo non predeterminato *ex lege* ma comunque nei limiti in cui essa sia indispensabile all'assunzione della prova[12], e soltanto se ed in quanto risulti – è evidente che il relativo onere probatorio grava sulla parte istante, la quale dovrà allegare oggettivi elementi ostativi[13] – che la richiesta di incidente probatorio non avrebbe potuto essere formulata anteriormente[14].

Nello stesso modo il giudice provvede, ovviamente su richiesta di parte, se il termine per le indagini preliminari scade durante l'esecuzione dell'incidente probatorio: evenienza che potrebbe verificarsi, come detto, alla luce di sopraggiunte complicazioni nelle operazioni acquisitive.

Come può notarsi, la norma attribuisce al giudice per le indagini preliminari una funzione di controllo sull'ammissibilità della richiesta che si estende anche al profilo concernente la tempestività della stessa, al fine di evitare – secondo un approccio improntato all'estrema cautela che già emerge dai lavori preparatori[15] – che l'incidente probatorio possa essere strumentalizzato dal pubblico ministero per ritardare pretestuosamente la chiusura delle indagini preliminari[16].

La disposizione non compendia particolari adempimenti procedurali connessi alla presentazione dell'istanza di proroga né in relazione al caso in cui il giudice intenda rigettare la richiesta di proroga.

---

generale per cui nel disegno del nuovo codice l'incidente probatorio non può aver luogo che nel corso della fase delle indagini preliminari».

[11] L'accertamento del giudice è, rileva De Roberto, *Incidente probatorio*, cit., 10, discrezionale ed insindacabile.

[12] Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 171. Nel termine predetto, rileva Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 90, deve essere ricompresa non soltanto la materiale acquisizione probatoria, bensì l'intero *iter* procedimentale nel quale si articola l'incidente probatorio.

[13] La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 602; Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 170.

[14] Sau, *Art. 393*, cit., 4884.

[15] La relazione al progetto preliminare del codice del 1988, in Conso, Grevi, Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalla legge delega ai decreti delegati*, IV, *Il progetto preliminare del 1988*, cit., 922, chiariva, a tale proposito, che la richiesta di proroga «possa essere presentata funzionalmente alla prima solo in limiti che garantiscano che l'incidente probatorio non sia richiesto in un momento e in un modo che lo rendano essenzialmente finalizzato a procrastinare pretestuosamente la chiusura delle indagini preliminari».

[16] De Roberto, *Incidente probatorio*, cit., 10, il quale, sul versante dell'indagato, collega l'assetto normativo al fine di evitare che questi possa «pretestuosamente attendere un'indagine preliminare avanzata – e, quindi, più ricca di dati da "scoprire" – prima di formulare la richiesta». V., inoltre, Bargis, *Incidente probatorio*, cit., 351.

Tuttavia, sebbene si tratti comunque di una domanda finalizzata ad ottenere una dilatazione dei termini delle indagini preliminari, non sembra condivisibile la tesi che ritiene applicabile all'ipotesi in discorso la previsione contenuta nell'art. 406, comma 5 c.p.p.[17], essendo la richiesta assoggettata ad una disciplina del tutto speciale anche, come già visto, in punto di legittimazione soggettiva.

Rimane fermo, ovviamente, che la richiesta di proroga di cui si parla può concorrere ed essere sostituita, essendovi ancora la possibilità ai sensi dell'art. 407 c.p.p., con una ordinaria richiesta la quale seguirà gli itinerari stabiliti dall'art. 406 c.p.p. e potrà essere sfruttata al fine di collocare nella fase investigativa prolungata l'espletamento dell'incidente[18].

Pur essendo finalizzata allo svolgimento dell'incidente probatorio, tuttavia, la proroga determina un effettiva estensione dei poteri investigativi del pubblico ministero durante il termine prorogato, il quale potrebbe cogliere la necessità di ulteriori indagini proprio alla luce dell'andamento e dei risultati dell'incidente[19].

Al fine di assicurare che il controllo sul superamento dei termini di durata massima delle indagini preliminari scaturente dalla proroga sia effettivo e pluridirezionale, l'art. 393, comma 3 c.p.p. stabilisce che del provvedimento di proroga sia data in ogni caso comunicazione al procuratore generale presso la corte di appello, il quale potrebbe disporre, ai sensi dell'art. 412 c.p.p., l'avocazione delle indagini preliminari a seguito del mancato esercizio dell'azione penale[20].

2. *L'incidente probatorio nell'ambito dell'udienza preliminare.*

Come si è già avuto modo di dire, il legislatore della nuova codificazione processuale penale aveva configurato l'incidente probatorio come una parentesi – connotata dalla garanzia dell'intervento della giurisdizione nel momento

---

[17] Sostenuta da Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 93; Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 173.

[18] Anzi, fa notare Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 90, il pubblico ministero ha tutto l'interesse a ricorrere alle proroghe ordinarie, avendo esse una durata maggiore.

[19] La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 604; De Roberto, *Incidente probatorio*, cit., 10. In senso contrario v., invece, Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 92; Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 171.

[20] *Contra*, invece, De Roberto, *Incidente probatorio*, cit., 10.

formativo della prova – del tutto eventuale e suscettibile ti trovare collocazione esclusivamente nella fase delle indagini preliminari[21].

Un meccanismo acquisitivo analogamente congegnato non era stato previsto rispetto alla fase dell'udienza preliminare, realizzandosi così un'interruzione del segmento cronologico idoneo ad ospitare il sistema formativo di prove non rinviabili che non aveva mancato di suscitare, già durante i lavori preparatori[22] e nei primi commentatori della nuova disciplina processuale, perplessità e riserve[23] sul piano generale[24] ovvero sul versante più propriamente riservato all'intangibilità dei diritti della difesa[25].

Nel corso dei lavori preparatori non si era infatti mancato di fare notare, con lo sguardo espressamente rivolto alla disciplina degli atti urgenti così come prefigurata dall'art. 461 prog. prel., che « ciò che può essere fatto immediatamente prima o immediatamente dopo l'udienza preliminare, non è consentito in tale sede, generando un vuoto normativo che lascia perplessi sul piano della coerenza sistematica »[26].

Così come, sotto altro profilo, si era posta in risalto la possibile efficacia deflativa dell'innesto dell'incidente probatorio nella fase intermedia, anche alla luce della considerazione di ordine generale che « una opportuna estensione del concetto di non rinviabilità permetterebbe di anticipare la definizione del processo alla udienza preliminare per tutti i casi in cui l'assunzione della prova renderebbe inutile il dibattimento, tanto da connotarsi, perciò stesso, in termini di non "rinviabilità" a quella fase »[27].

La disciplina legislativa del termine di proponibilità dell'incidente probatorio è stata ridimensionata, come già detto, dalla Corte costituzionale, la quale ha avuto modo di estendere l'ambito di operatività dell'istituto ben oltre l'oriz-

---

[21] Prospettava la possibilità di un superamento dei limiti normativamente previsti, mediante il ricorso all'applicazione analogica dell'art. 467 c.p.p., De Roberto, *Incidente probatorio*, cit., 5.

[22] V., infatti, Conso, Grevi, Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalla legge delega ai decreti delegati*, IV, *Il progetto preliminare del 1988*, cit., 916.

[23] Lo evidenzia Renon, *Limiti cronologici dell'incidente probatorio e diritto alla prova*, in *Giur. cost.*, 2001, 964.

[24] Grosso, *L'udienza preliminare*, cit., 277. V., altresì, l'approccio critico di Ichino, *Alcuni spunti di riflessione sul tema delle indagini preliminari*, cit., 704, la quale parlava, in relazione alla fase intercorrente tra l'esercizio dell'azione penale ed il rinvio a giudizio, di « fase muta ».

[25] Renon, *L'incidente probatorio oltre la fase delle indagini preliminari: un'ipotesi non consentita*, cit., 2133.

[26] V. soprattutto le osservazioni al progetto preliminare della Commissione sui maxiprocessi e della Corte di cassazione, richiamate in Conso, Grevi, Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalla legge delega ai decreti delegati*, IV, *Il progetto preliminare del 1988*, cit., 916.

[27] Conso, Grevi, Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalla legge delega ai decreti delegati*, IV, *Il progetto preliminare del 1988*, cit., 916.

zonte segnato dal termine delle indagini preliminari, rimediando per questa via ad una soluzione ritenuta tanto inspiegabilmente limitativa quanto incoerente e, in ultima analisi, colmando quella che, secondo la dottrina, costituiva una lacuna del sistema processuale[28].

« Ma poiché non si trattava di *casus omissis*, bensì di una scelta consapevole risalente ad una opzione di fondo dei compilatori che temevano pericolose estensioni istruttorie » – si è detto sul versante opposto – « l'innesto per mano dell'organo extralegislativo può essere ricostruito come una non trascurabile interferenza sull'identità del sistema varato, una manipolazione *ab extra* del codice genetico del modello processuale (fondato sulla distinzione ed autonomia delle fasi e delle relative funzioni) e, in definitiva, una riforma della riforma »[29].

In un primo momento, infatti, sono stati dichiarati costituzionalmente illegittimi gli artt. 392 e 393 c.p.p., nella parte in cui non consentono che, nei casi previsti dalla prima di tali disposizioni, l'incidente probatorio possa essere richiesto ed eseguito anche nella fase dell'udienza preliminare[30].

La Corte ha osservato che, essendo l'assunzione anticipata della prova volta a garantire l'effettività del corrispondente diritto delle parti e considerato che il presidente del collegio può assumere prove non rinviabili a norma dell'art. 467 c.p.p., la preclusione dell'esperimento dell'incidente probatorio nella fase dell'udienza preliminare sarebbe priva di ogni ragionevole giustificazione e lesiva dei diritti di azione e di difesa.

Argomentazione, quella che fa leva sulla garanzia del diritto di difesa, giustamente criticata in prospettiva funzionale e sistematica da chi non ha mancato di evidenziare come proprio il pubblico ministero sia, al contrario, « il soggetto che più di ogni altro esprime una "naturale" idoneità e capacità a trasformare la continuità investigativa [...] in continuità probatoria, attraverso la "conversione" dell'efficacia degli elementi *medio tempore* raccolti »[31].

---

[28] In questi termini v., infatti, De Roberto, *Incidente probatorio*, cit., 5; Grosso, *L'udienza preliminare*, cit., 277; Ichino, *Alcuni spunti di riflessione sul tema delle indagini preliminari*, cit., 704; Dean, *Nuovi limiti cronologici dell'incidente probatorio*, in *Giur. cost.*, 1994, 780; Molari, *L'incidente probatorio*, in *Indice penale*, 1989, 576.

[29] Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 172.

[30] Corte cost., 10 marzo 1994, n. 77.

[31] Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 180. Rinviene nella pronuncia costituzionale, alla luce dello stravolgimento della relazione intercorrente tra indagini preliminari e dibattimento, uno strumento realizzativo del diritto di difesa, seppure tardivo e parziale, Caselli Lapeschi, *L'incidente probatorio nell'udienza preliminare: un'opinione critica sull' "apertura" della Corte costituzionale*, in *Leg. pen.*, 1995, 97.

La preclusione medesima sarebbe, tra le altre cose, in contraddizione anche con la continuità che il legislatore ha assicurato all'attività d'indagine, prevedendo che essa possa proseguire sia dopo la richiesta di rinvio a giudizio, ai sensi dell'art. 419, comma 3 c.p.p., sia dopo il decreto che dispone il giudizio, secondo quanto previsto dall'art. 430 c.p.p.[32].

Al di là delle implicazioni teoriche di ordine generale e sistematico – messe in rilievo da chi, commentando la sentenza costituzionale, ha posto in evidenza che la Corte « ha fatto cadere una barriera teorica, non scritta espressamente nella legge di delega, ma ricavabile dal codice, secondo cui una "udienza" che si svolga prima del dibattimento sarebbe incompatibile con lo svolgersi, al suo interno, dell'incidente probatorio »[33] – il tenore del dispositivo della sentenza costituzionale – riferito all'intero disposto dell'art. 392 c.p.p. – e le puntualizzazioni esposte nella motivazione in ordine alla riconducibilità del caso di cui all'art. 392, comma 2 c.p.p. nell'ambito del concetto di prova non rinviabile hanno legittimato la conclusione secondo cui la relazione tra l'incidente e l'udienza preliminare potesse instaurarsi rispetto a tutti i casi compendiati dalla regola generale[34].

« Dunque » – è stato rilevato – « l'udienza preliminare ricomprende nel suo seno e riprende direttrici e destinazioni assai diverse e lontane da quelle di "partenza", di fase essenzialmente riservata al controllo giurisdizionale (appunto, non *de plano*, ma con apposita udienza) dell'azione penale esercitata dal pubblico ministero con la formulazione dell'imputazione attraverso il canale di un procedimento di esame "aperto" [...] della regiudicanda *ex actis* [...]. Nel disegno complessivo del codice, rimaneggiato dalla Corte Costituzionale, l'udienza preliminare "subisce" l'addizione dell'incidente istruttorio e di-

---

[32] Corte cost., 10 marzo 1994, n. 77. Analizzano le problematiche connesse all'estensione dell'ambito di operatività dell'incidente probatorio operato dalla Corte costituzionale, oltre agli autori già altrove citati, Caselli Lapeschi, *L'incidente probatorio nell'udienza preliminare: un'opinione critica sull' "apertura" della Corte costituzionale*, cit., 97; Tonini, *L'incidente probatorio nell'udienza preliminare: nuove prospettive per il diritto di difesa*, cit., 1995, il quale, tra l'altro, coglie dall'innesto dell'istituto nell'ambito dell'udienza preliminare un'opportunità per semplificare la farraginosa procedura di ammissione. Le argomentazioni della Corte costituzionale sono, nel complesso, condivise da Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 95. Critico, invece, il giudizio di Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 179, secondo il quale « la sentenza d'incostituzionalità riserverebbe incognite e conterrebbe possibili ripercussioni dirompenti, con il definitivo naufragio della centralità del dibattimento, svuotato della sua autentica ragion d'essere di garanzia di formazione della prova realizzata con le regole del modello accusatorio ».

[33] Tonini, *L'incidente probatorio nell'udienza preliminare: nuove prospettive per il diritto di difesa*, cit., 1996.

[34] Lozzi, *L'ambito di operatività dell'art. 392 c.p.p.*, cit., 502.

venta sede di cognizione e d'istruttoria extradibattimentale segnando, così, la sua metamorfosi rispetto alla originaria struttura selettiva »[35].

Trattandosi, peraltro, di un'integrazione realizzata a mezzo di una sentenza costituzionale di tipo additivo che immette l'operatività dell'istituto nell'ambito di una fase processuale che ha già un'autonoma regolamentazione, si sono imposte « non poche considerazioni circa il coordinamento tra la disciplina dell'udienza preliminare e quella dell'incidente probatorio, nonché sui profili attuativi di quest'ultimo »[36].

Era rimasto, in particolare, privo di disciplina sia l'aspetto concernente la necessaria o meno concomitanza tra lo svolgimento dell'udienza[37] e l'esperimento dell'incidente, sia il profilo relativo ai termini di proposizione della relativa richiesta.

Sul primo versante, è da ritenere che l'instaurazione dell'incidente probatorio dovrebbe determinare l'automatico effetto di sospendere l'udienza preliminare, il cui corso dovrebbe proseguire soltanto dopo l'esaurimento della fase incidentale: soluzione, questa, che consentirebbe innanzitutto di utilizzare le risultanze dell'esperimento istruttorio in vista dell'adozione del provvedimento conclusivo dell'udienza medesima[38].

Oltre ad essere corretta sotto un profilo sistematico e ricostruttivo del rapporto tra i due istituti, essa assicurerebbe anche il rispetto del principio di economia processuale, evitando che i risultati dell'incidente probatorio non siano conosciuti né dal giudice né dalle parti, precludendo a queste importanti scelte difensive in ordine alla scelta di eventuali riti alternativi[39].

L'impostazione, però, non incontra l'adesione della giurisprudenza di legittimità, ove si è ritenuto, al contrario, che la logica dell'innesto dell'incidente probatorio nell'ambito dell'udienza preliminare riposa sull'esigenza di impedire la dispersione di elementi di prova non rinviabili al dibattimento e non

---

[35] Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 173, il quale, in prospettiva critica, parla di udienza camerale acquisitiva « ad andamento protodibattimentale ». Pone problemi di coordinamento tra i diversi procedimenti acquisitivi di elementi di prova attivabili durante la fase dell'udienza preliminare, facendo riferimento all'incidente probatorio, all'attività d'indagine suppletiva ed al supplemento istruttorio *ex* art. 422 c.p.p., Caselli Lapeschi, *L'incidente probatorio nell'udienza preliminare: un'opinione critica sull' "apertura" della Corte costituzionale*, cit., 105.

[36] Piattolli, *Incidente probatorio*, cit., 402.

[37] Secondo Cass. pen., Sez. III, 9 maggio 1997, n. 2002, il procedimento incidentale di assunzione della prova può essere "completato" nell'udienza preliminare anche se iniziato nella fase precedente.

[38] Così, tra gli altri, Macchia, *Incidente probatorio e udienza preliminare: un matrimonio con qualche ombra*, cit., 1791.

[39] Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 100.

già nell'esigenza di arricchire il compendio probatorio a disposizione del giudice dell'udienza preliminare, esigenza, quest'ultima, eventualmente suscettibile di essere fronteggiata attraverso i rimedi integrativi previsti dagli artt. 421-*bis* e 422 c.p.p.[40].

L'incidente probatorio – puntualizza la Corte di cassazione – è un istituto destinato a proiettarsi sul dibattimento ed è, quindi, alla fase del giudizio che esso è chiamato idealmente e con intima *ratio essendi* a riconnettersi, costituendo, tra l'altro, mere evenienze di fatto che non incrinano la funzione sistematica dell'istituto le problematiche connesse alla eventuale utilizzabilità delle risultanze della procedura incidentale ai fini delle decisioni da adottare nell'ambito dell'udienza preliminare.

Pertanto, si è ritenuto che l'udienza preliminare e quella di incidente probatorio debbano seguire percorsi autonomi e, dunque, è stata esclusa l'abnormità del provvedimento con il quale il giudice abbia rigettato la richiesta finalizzata a condizionare la decisione sulla richiesta di rinvio a giudizio alla definizione della procedura incidentale[41].

In relazione, invece, ai termini, la dottrina ha individuato il momento iniziale nella notificazione o comunicazione del decreto di fissazione dell'udienza[42] ovvero nel deposito della richiesta di rinvio a giudizio[43], alla formulazione delle conclusioni essendo ancorato, invece, il termine finale[44].

Con la precisazione, sull'ultimo punto, che « l'effetto prodotto dalla sentenza n. 77 del 1994 è quello di consentire che l'incidente probatorio possa essere "richiesto ed eseguito anche nella fase dell'udienza preliminare", e questa

---

[40] Cass. pen., Sez. II, 12 marzo 2007, n. 10498. La decisione richiama esplicitamente Cass. pen., Sez. VI, 15 ottobre 2003, Imbronise, della quale condivide l'approdo e ripercorre addirittura la massima.

[41] Cass. pen., Sez. II, 12 marzo 2007, n. 10498.

[42] Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 98, il quale ritiene che, nei casi di urgenza che non consentono di attendere l'udienza preliminare, il giudice dovrebbe fissare un'apposita udienza in camera di consiglio.

[43] Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 179. Secondo Caprino, *Art. 393*, cit., 2502, ai fini del necessario coordinamento normativo tra la disciplina dell'incidente probatorio nell'udienza preliminare e le disposizioni che regolano lo svolgimento dell'udienza medesima, è ipotizzabile l'assimilabilità di detta ipotesi con quella concernente gli atti ed i documenti di cui parla l'art. 421, comma 3, ultima parte c.p.p., che impone la produzione e l'eventuale acquisizione prima dell'inizio della discussione. L'incidente probatorio nell'udienza preliminare può, pertanto, essere richiesto dal momento della presentazione della richiesta di rinvio a giudizio fino al momento dell'inizio della discussione *ex* art. 421, comma 3 c.p.p., oppure *ex* art. 422, comma 3 c.p.p.

[44] Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 98; Caprino, *Art. 393*, cit., 2502; Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 179; Macchia, *Incidente probatorio e udienza preliminare: un matrimonio con qualche ombra*, cit., 1791.

è comprensiva altresì dell'ipotesi in cu si dovesse instaurare una prosecuzione ex art. 422 c.p.p. »[45].

3. *Scadenza dei termini delle indagini preliminari e incidente probatorio.*

« [L]a tematica relativa all'incidente probatorio » – è stato acutamente osservato – « non solo attiene in modo specifico alle modalità di esercizio del diritto alla prova delle parti, ma interseca trasversalmente le "grandi questioni" di ordine sistematico concernenti i rapporti tra le fasi ed i soggetti nel procedimento penale, alla base di ogni progetto di realizzazione di un giusto processo »[46].

Ne è scaturita, pertanto, una certa attesa rispetto ai possibili riflessi del nuovo quadro normativo costituzionale sulla giurisprudenza della Corte, la quale, subito dopo l'inserimento dei principi del giusto processo nella Carta costituzionale, è tornata ad occuparsi dell'incidente probatorio, questa volta sul versante della compatibilità dell'istituto con le vicende successive alla scadenza dei termini di durata delle indagini preliminari.

A distanza di qualche anno dalla rinomatissima sentenza n. 77 del 1994, la Corte Costituzionale ha dichiarato infondata la questione relativa agli artt. 392 e 393 c.p.p., sollevata in riferimento agli artt. 3, 24 e 111 Cost., nella parte in cui non prevedono che la richiesta di incidente probatorio possa essere presentata nella fase delle indagini preliminari, anche quando i relativi termini sono già scaduti[47].

La Corte ha ribadito che la *ratio* dell'estensione operata dalla sentenza predetta va ricercata nell'esigenza di garantire l'effettività del diritto delle parti alla prova, la quale sarebbe irrimediabilmente perduta ove la necessità di assicurare una prova indifferibile sorga per la prima volta dopo la richiesta di rinvio a giudizio.

La prova che si vorrebbe assumere con incidente probatorio, dunque, deve essere esposta al rischio di irrimediabile dispersione, poiché, qualora si consentisse l'assunzione di prove non esposte al predetto rischio con incidente probatorio dopo la scadenza del termine per effettuare le indagini preliminari,

---

[45] Piattolli, *Incidente probatorio*, cit., 402.

[46] Renon, *Limiti cronologici dell'incidente probatorio e diritto alla prova*, cit., 964.

[47] Corte cost., (ord.) 18 luglio 2002, n. 368. Per un primo commento all'ordinanza della Corte costituzionale, v. Marzaduri, *Subordinata l'acquisizione anticipata a circostanze di effettiva indifferibilità*, in *Guida dir.*, 2002, 33, 81. Le precisazioni contenute nella citata sentenza sono state ribadite, poi, in Corte cost., (ord.) 15 luglio 2003, n. 249.

si finirebbe con il dilatare irragionevolmente i tempi del procedimento e alterare profondamente i rapporti tra la fase investigativa ed il giudizio[48].

L'ordinanza in questione, come è noto, affonda le proprie radici argomentative in Corte cost. (ord.), 9 maggio 2001, n. 118, la quale, dopo avere chiarito che nell'economia della sentenza n. 77 del 1994 era la concreta indifferibilità della prova, in relazione al pericolo della sua perdita irrimediabile, ad imporne l'assunzione anticipata, ha soggiunto che « da un lato, ove il pericolo di perdita irrimediabile della prova si profilasse nello spazio temporale tra l'avviso *ex* art. 415-*bis* c.p.p. e la citazione a giudizio, ovvero tra detto avviso e l'inizio della udienza preliminare, non potrebbe non essere assicurata alle parti, anche in tale fase, la facoltà di richiedere l'assunzione della prova in via incidentale; dall'altro sarebbe palesemente incongruo differire la *vocatio in jus* per l'assunzione di una prova par la quale non sia ravvisabile alcun pericolo nel ritardo »[49].

Si è sviluppato, dunque, un orientamento giurisprudenziale di livello costituzionale che ha prodotto un duplice effetto nel delicato panorama dei termini di esperibilità dell'incidente probatorio.

Da un lato, infatti, è stato notevolmente ampliato l'ambito di operatività dell'incidente probatorio sul versante temporale, consentendo il ricorso allo stesso in frangenti che si collocano comunque in epoche successive alla scadenza del termine di durata delle indagini preliminari, inaugurando un regime di continuità non più soltanto investigativa, ma probatoria che, di fatto, abroga le regole formali relative ai termini di proponibilità dell'istanza di incidente.

Dall'altro, invece, sono stati ristretti gli spazi di operatività dell'incidente probatorio instaurato dopo la scadenza dei termini per la conclusione delle indagini preliminari – anche, quindi, durante la fase dell'udienza preliminare – comportando, l'identificazione di essi nelle sole ipotesi in cui la prova da acquisire sia esposta al pericolo di un concreto, effettivo e irrimediabile pregiudizio, la sterilizzazione dei meccanismi ispirati a logiche di automatismo[50].

---

[48] Corte cost., (ord.) 18 luglio 2002, n. 368.

[49] Come notava Renon, *Limiti cronologici dell'incidente probatorio e diritto alla prova*, cit., 967, « [n]on è difficile cogliere il senso di queste parole. Al di là dei tentennamenti del giudice di merito, il principio affermato nella sent. n. 77 del 1994 va oltre i limiti della fattispecie appena allora analizzata: la necessaria tutela dei diritti delle parti costituzionalmente garantiti comporta che, ogni qualvolta vi sia un rischio di dispersione della prova, tale per cui la sua assunzione non possa essere rinviata al giudizio, l'accesso all'incidente non debba mai essere *a priori* negato ».

[50] Marzaduri, *Subordinata l'acquisizione anticipata a circostanze di effettiva indifferibilità*, cit., 82; Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 188, il quale, correttamente, esclude che i principi stabiliti dalla Corte costituzionale possano trovare applicazione relativamente all'incidente probatorio previsto dall'art. 391-*bis* c.p.p.; Renon, *Limiti cronologici dell'incidente*

Nelle occasioni appena esaminate, infatti, la Corte costituzionale ha fermamente ribadito, come già visto, che la possibilità di ricorrere allo strumento dell'incidente probatorio in una fase comunque successiva alla decorrenza dei termini investigativi stabiliti dal codice processuale – fase che, stando all'orientamento giurisprudenziale costituzionale, include anche il frangente successivo alla notificazione dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari[51] – è circoscritta alle prove suscettibili di essere esposte al rischio di irrimediabile dispersione, precisando che consentire l'assunzione mediante incidente probatorio di prove non esposte ad un siffatto rischio anche dopo la scadenza del termine delle indagini preliminari comporterebbe una profonda alterazione dei rapporti tra tale fase e il giudizio, oltre che un'irragionevole dilatazione della durata delle indagini e, quindi, dei tempi del procedimento[52].

Con la pronuncia appena richiamata, in altri termini, la Corte costituzionale – attraverso una declaratoria di illegittimità costituzionale che ha preferito soltanto annunciare[53] – ha individuato il punto di equilibrio tra l'esigenza di assicurare l'effettività del diritto delle parti alla prova e l'interesse alla concentrazione dei tempi del procedimento ponendo al centro della valutazione il concetto di "rischio di irrimediabile dispersione" della prova, per cui, non sussistendo il pericolo predetto, non c'è spazio per collocare l'incidente probatorio al di fuori del recinto segnato dai termini di durata delle indagini preliminari[54].

Sul versante della giurisprudenza di legittimità, la Suprema Corte, recependo gli insegnamenti della Corte costituzionale e facendo propri gli approdi

---

probatorio e diritto alla prova, cit., 968, il quale individua nell'ordinanza n. 118 del 2001 un atto di interpretazione autentica della precedente decisione. Critiche a queste conclusioni sono mosse, però, da Lozzi, *L'ambito di operatività dell'art. 392 c.p.p.*, cit., 502, per il quale «[n]on si comprende come una ordinanza di manifesta inammissibilità per difetto di motivazione sulla rilevanza, qual è l'ordinanza 118/2001, ed un'ordinanza di manifesta infondatezza, qual è l'ordinanza 368/2002, possano modificare il dato normativo così come risulta da una sentenza additiva di parziale declaratoria di illegittimità costituzionale». Anche secondo Macchia, *Incidente probatorio e udienza preliminare: un matrimonio con qualche ombra*, cit., 1792, la sentenza costituzionale del 1994 schiude le porta all'instaurazione dell'incidente probatorio in sede di udienza preliminare a prescindere dal requisito dell'indifferibilità.

[51] Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 190. *Contra*, invece, Taormina, *Diritto processuale penale. Teorie generali*, Torino, 2014, 140, il quale individua nell'elencazione degli atti contenuta nell'art. 415-*bis* c.p.p. delle ipotesi tassative.

[52] Le precisazioni contenute in Corte cost., (ord.) 18 luglio 2002, n. 368, sono state ribadite, poi, in Corte cost., (ord.) 15 luglio 2003, n. 249. Come già visto, le stesse sono state già enunciate in Corte cost., (ord.) 9 maggio 2001, n. 118.

[53] Renon, *Limiti cronologici dell'incidente probatorio e diritto alla prova*, cit., 867.

[54] V., in questi termini, La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 600.

restrittivi appena esposti, ha statuito che l'incidente probatorio può essere richiesto anche dopo la scadenza del termine di durata delle indagini preliminari e prima dell'instaurazione dell'udienza preliminare, ma soltanto se finalizzato all'acquisizione di una prova per cui sussista il concreto pericolo di dispersione[55].

4. *L'incidente probatorio* ex *art. 391*-bis *c.p.p.*

Il profilo concernente i limiti temporali di accessibilità si pone in termini peculiari in relazione alla proponibilità della richiesta di incidente probatorio *ex* art. 391-*bis* c.p.p. in epoca successiva alla scadenza dei termini di durata delle indagini preliminari ed è legato alle appena richiamate prese di posizione della Corte costituzionale.

A prima vista, le argomentazioni, tanto puntuali quanto condivisibili, svolte dalla Corte costituzionale dovrebbero portare ad includere l'ipotesi di incidente probatorio in discorso nel novero dei casi di non attivabilità, non potendosi dubitare che la funzione assegnata all'istituto ne legittima l'operatività a prescindere dalla sussistenza di esigenze di tutela della prova rispetto a fattori di possibile dispersione[56].

Un esame più approfondito della tematica conduce, tuttavia, a conclusioni opposte, in quanto occorre riflettere sul dato che l'investigante privato non sempre, anzi quasi mai, è in condizione di conoscere le scansioni temporali dell'indagine pubblica.

Inoltre, il reperimento di fonti a discarico e l'esigenza di formalizzazione del relativo contributo conoscitivo mediante il succedaneo dell'assunzione unilaterale tramite atti investigativi difensivi costituiscono attività assolutamente sganciate dai termini di durata delle indagini preliminari e in nessun modo influenzabili da essi.

L'attività investigativa del difensore, come è noto, non soggiace a limitazioni di carattere temporale[57].

L'art. 327-*bis*, comma 2 c.p.p. stabilisce, infatti, che la facoltà di svolgere investigazioni per ricercare ed individuare elementi di prova a favore del pro-

---

[55] Cass. pen., Sez. V, 17 luglio 2014, n. 35103.

[56] Anzi, l'art. 391-*bis*, comma 11 c.p.p. prevede espressamente che l'incidente parainvestigativo può essere sempre attivato, quindi, anche al di fuori delle ipotesi previste dall'articolo 392, comma 1 c.p.p.

[57] Nello stesso senso v., fra i tanti, Piziali, *Profili temporali dell'attività investigativa e regime di utilizzabilità*, in *Le indagini difensive*, Milano, 2001, 217.

prio assistito può essere attribuita in ogni stato e grado del procedimento, nell'esecuzione penale e per promuovere il giudizio di revisione.

« Un *range* temporale estremamente ampio » – è stato notato – « che va integrato con la possibilità – derivante dall'art. 391 *nonies* c.p.p. – di svolgere attività investigativa anche al di fuori e prima dell'instaurazione di un procedimento penale, nei limiti precisati dalla disposizione richiamata »[58].

L'assenza di limitazioni direttamente riferibili ai tempi dell'indagine difensiva non può essere sovvertita mediante l'estensione, all'attività della difesa, di limiti e cadenze riferite alle indagini del pubblico ministero.

A parte, infatti, la non riferibilità alla prima del complesso di valori tutelati mediante le seconde[59], è sintomatico che la legge sulle investigazioni difensive abbia lasciato inalterata la disciplina della proroga dei termini di durata delle indagini preliminari, precludendo al difensore qualsiasi potere di intervento relativamente ad un aspetto del procedimento che continua ad essere rimesso alla gestione esclusiva del pubblico ministero e del giudice per le indagini preliminari.

Arrestandosi, dunque, ad un'analisi superficiale si perverrebbe alla conclusione, manifestamente iniqua, che l'esercizio delle facoltà investigative del difensore, svincolato dalla determinazione normativa di precisi spazi temporali, sarebbe in realtà regolato, sotto siffatto profilo, dalle norme afferenti alla durata delle indagini preliminari, nella pratica rimesse alla gestione discrezionale ed unilaterale del pubblico ministero.

Il risultato sarebbe rappresentato da una forma occulta di disciplina del profilo temporale delle investigazioni difensive, tanto più grave in quanto regolata sulla base di scelte, ignorate dal difensore, pressoché arbitrarie e, occorre ricordare, illegittime della controparte.

Il pubblico ministero, infatti, avrebbe dovuto assumere le proprie determinazioni entro il termine di durata delle indagini preliminari stabilito, come si sa, dalla legge o, eventualmente, prorogato dal giudice[60].

Con una scelta del tutto arbitraria, può darsi consapevole e magari accompagnata da un atteggiamento ostruzionistico di fronte ad una richiesta di audizione, l'antagonista pubblico potrebbe bloccare l'accesso del difensore all'incidente e così paralizzare lo svolgimento dell'investigazione privata.

Il legislatore ha consapevolmente scelto di astenersi dal predisporre una disciplina dei tempi dell'indagine difensiva e, con tale scelta, è assolutamente

---

[58] Lorusso, *Investigazioni difensive*, cit., 497.

[59] Sul punto v., volendo, Suraci, *Le indagini difensive*, cit., 80.

[60] Varraso, *Chiusura e avviso di conclusione delle indagini preliminari*, cit., 661.

inconciliabile la presa di posizione della Corte costituzionale, evidentemente dovendosi circoscrivere la sua portata alle ipotesi di incidente probatorio diverse da quella prevista dall'art. 391-*bis* c.p.p.

Diversi sono i problemi che si pongono, invece, rispetto alla fase dell'udienza preliminare.

La Corte costituzionale, lo abbiamo detto, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 392 e 393 c.p.p. nella parte in cui non consentono che, nei casi previsti dalla prima di tali disposizioni, l'incidente probatorio possa essere richiesto ed eseguito anche nella fase dell'udienza preliminare.

Come emerge chiaramente dal dispositivo, la pronuncia della Corte è circoscritta ad ipotesi ben precise, normativamente definite, dalle quali esula la fattispecie introdotta dalla legge sulle investigazioni difensive, né potrebbe esservi ricompresa in virtù di una interpretazione analogica dell'art. 392 c.p.p., a causa del suo carattere eccezionale in quanto norma derogatoria del principio generale di immediatezza.

Ciò non significa, però, che l'incidente non possa operare in questa fase, poiché a confutare questa conclusione soccorrono, ancora una volta, la peculiarità funzionale dell'istituto ed il più volte richiamato principio di libertà dei tempi di svolgimento delle investigazioni difensive, in virtù del quale la disciplina dei profili temporali della richiesta di incidente non si presta ad assimilare le restrizioni stabilite dagli artt. 392 e 393 c.p.p.

Occorre aggiungere che soltanto in apparenza il ricorso all'incidente *ex* art. 391-*bis*, comma 11 c.p.p. nell'ambito della specifica fase intermedia potrebbe ritenersi irrilevante sotto il profilo delle strategie difensive, in quanto l'acquisizione del contributo dichiarativo sollecitato dall'imputato potrebbe rivelarsi fondamentale al fine di porre la parte in condizioni di valutare con cognizione di causa se accedere o meno ai riti alternativi.

Il pregiudizio che subirebbe, in caso contrario, il diritto di difesa, sarebbe grave e non sempre rimediabile attraverso la sollecitazione dei poteri di integrazione probatoria del giudice dell'udienza preliminare, ai sensi dell'art. 422 c.p.p., non necessariamente integrandosi una fattispecie di incompletezza investigativa ovvero non sempre caratterizzandosi, la prova richiesta, per un grado di persuasività tale da determinare un giudizio di evidente decisività.

CAPITOLO SESTO

L'INSTAURAZIONE DELL'INCIDENTE PROBATORIO: LA LEGITTIMAZIONE SOGGETTIVA

SOMMARIO: 1. I soggetti legittimati alla proposizione della richiesta. La persona sottoposta alle indagini. – 2. Gli altri soggetti del procedimento. La persona offesa dal reato. – 3. Le altre parti private. – 4. La tempestività della conoscenza di un'indagine quale presupposto per l'esercizio del diritto alla prova connesso all'incidente probatorio. Qualche appunto critico.

1. *I soggetti legittimati alla proposizione della richiesta. La persona sottoposta alle indagini.*

L'art. 392, comma 1 c.p.p. attribuisce la legittimazione ad avanzare al giudice per le indagini preliminari la richiesta di procedere mediante incidente probatorio al pubblico ministero ed alla persona sottoposta alle indagini.

In ordine alla legittimazione del pubblico ministero – il quale, avendo a disposizione l'intero compendio investigativo, gode di una posizione privilegiata rispetto a qualsiasi valutazione circa la necessità, o anche la semplice convenienza, di instaurare la procedura incidentale di acquisizione della prova – ci si è chiesti, in dottrina, se la relativa istanza possa essere proposta nell'ambito di un procedimento a carico di persone ignote[1].

Da un lato, si collocano quanti escludono siffatta possibilità in ragione dell'assoluta impossibilità di configurare gli elementi strutturali indispensabili per l'instaurazione di un contraddittorio effettivo[2].

Seguendo siffatta esegesi, « la piena tutela del contraddittorio è un'esigenza configurabile solo in presenza di un soggetto sottoposto ad indagini, in mancanza del quale non è nemmeno individuabile la persona portatrice dell'interesse alla formazione della prova in contraddittorio con l'accusa, per cui sarebbe completamente superfluo instaurare la complessa procedura dell'incidente probatorio che, come più volte ripetuto, ha il precipuo scopo di consen-

---

[1] Per una ricognizione delle posizioni espresse dalla dottrina v., soprattutto, La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 607.

[2] V., tra gli altri, De Roberto, *Incidente probatorio*, cit., 9, il quale perviene a siffatta conclusione, oltre che alla luce del dato normativo, anche sulla base del fatto che l'indagato e contraddittore necessario della procedura incidentale.

tire l'assunzione probatoria anticipata in piena attuazione del contraddittorio »[3].

Sul versante opposto, invece, v'è chi sostiene la tesi della possibile attivazione della fase incidentale, previa instaurazione di una singolare forma di contraddittorio che si esplica attraverso la designazione di un difensore d'ufficio[4].

La giurisprudenza non ha mai affrontato la questione ma, quantomeno in relazione alla prova di carattere tecnico, esclude sia la necessità di ricorrere alla procedura incidentale, sia l'obbligo di instaurazione di qualsiasi forma di contraddittorio con soggetti non ancora interessati al procedimento penale.

Infatti, costituisce un orientamento quanto mai consolidato quello secondo cui qualora il pubblico ministero debba procedere ad accertamenti tecnici non ripetibili *ex* art. 360 c.p.p., ricorre l'obbligo di dare l'avviso al difensore esclusivamente nel caso in cui, al momento del conferimento dell'incarico al consulente tecnico, sia già stata individuata la persona nei confronti della quale si procede, mentre tale obbligo non ricorre nel caso in cui la persona sottoposta alle indagini sia stata individuata successivamente nel corso dell'espletamento delle operazioni peritali[5].

Di talché, qualora la necessità di acquisire immediatamente una prova dovesse sorgere prima dell'individuazione di una persona da ritenere sottoposta alle indagini, il pubblico ministero dovrebbe utilizzare strumenti propriamente investigativi, salva la possibilità di attivare la procedura incidentale in un frangente successivo ovvero, al contrario, di utilizzare i canali acquisitivi previsti in relazione alle ipotesi di irripetibilità[6].

In relazione alla legittimazione della persona sottoposta alle indagini, merita in primo luogo di essere chiarito come, nel silenzio della norma sul punto, non vi sia dubbio che la richiesta possa essere proposta dal difensore, stante, altresì, il disposto dell'art. 99, comma 1 c.p.p., il quale, come è noto, estende al difensore medesimo i diritti e le facoltà che competono a quest'ultima[7].

Notevolmente problematica è, invece, la questione attinente alla possibilità che una richiesta siffatta possa provenire da un soggetto non ancora iscritto al registro di cui all'art. 335 c.p.p.

---

[3] Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 155.

[4] Renon, *L'incidente probatorio nel procedimento penale*, Padova, 2000, 169.

[5] Cass. pen., Sez. I, 15 maggio 1996, n. 6293.

[6] De Roberto, *Incidente probatorio*, cit., 9.

[7] V., nell'ambito di un'opinione dottrinaria unanime, La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 605.

Come è noto, l'art. 60 c.p.p. individua gli atti suscettibili di determinare l'assunzione della qualità di imputato da parte del soggetto al quale, per effetto di essi, viene mossa una contestazione.

Potendosi desumere senza dubbio che essa consegua esclusivamente all'emanazione di un atto a valenza imputativa[8], non si pongono particolari problemi ai fini dell'individuazione della persona interessata ad avanzare la relativa richiesta nella fase dell'udienza preliminare.

Manca, al contrario, una norma che identifichi in maniera certa il momento acquisitivo della qualifica procedimentale di persona sottoposta alle indagini, con la conseguenza di gravare l'interprete dell'onere di individuare il momento fondamentale per il passaggio dalla fase genericamente investigativa a quella, tipica e garantita, delle indagini preliminari.

In dottrina e giurisprudenza persistono sul punto perplessità interpretative, determinate proprio dalla mancanza di una norma processuale analoga a quella contenuta nell'art. 60 c.p.p., pur essendovi una sostanziale convergenza di vedute rispetto al profilo, fondamentale in punto di individuazione degli elementi costitutivi dello *status* di persona sottoposta alle indagini, attinente al rilievo da attribuire all'iscrizione nel registro generale delle notizie di reato.

Costituisce, infatti, dato pacificamente acquisito quello secondo cui lo stato soggettivo di indagato ha natura eminentemente sostanziale, cristallizzandosi in capo ad un soggetto a prescindere dalla formale iscrizione nel registro di cui all'art. 335 c.p.p.

Esclusa unanimemente, quindi, l'efficacia costitutiva dell'iscrizione *ex* art. 335 c.p.p., permane qualche perplessità circa l'individuazione di un criterio univoco e rassicurante di attribuzione della qualità procedimentale in questione, conferendosi rilievo, in giurisprudenza, ora allo svolgimento di investigazioni soggettivamente orientate, ora alla emersione di una notizia di reato soggettivamente qualificata[9].

---

[8] La figura è esaminata, tra i tanti, da Marzaduri, *Imputato e imputazione*, in *Dig. disc. pen.*, VI, 278. V., inoltre, Inzerillo, *Imputato e imputazione*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. III, t. 1, 729. Nonché, di recente, Montagna, *L'imputato*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, I, *Soggetti e atti*, t. 1, *I soggetti*, Milanofiori Assago, 2009, 481.

[9] Da ultimo, v. Cass. pen., Sez. VI, 17 febbraio 2003, n. 20510, la quale fa riferimento, sia pure in relazione all'insorgenza dell'obbligo di iscrizione nel registro delle notizie di reato, al concetto di « specifici elementi indizianti ». La dottrina, al fine di sottolineare la diversità di situazioni sostanziali compendiate nell'espressione "persona sottoposta alle indagini", ha ritenuto di dovere proporre all'interno di essa la seguente tripartizione:

1. « persona indicata come reo » ossia la persona alla quale è attribuito un fatto di reato in una *notizia criminis* qualificata;

La Corte costituzionale, nei casi in cui si è occupata della questione, ha, a sua volta, utilizzato concetti eccessivamente vaghi, facendo riferimento ad una « notizia di reato che si soggettivizzi », ovvero a « persone raggiunte da elementi indizianti »[10].

Ed allora, v'è da chiedersi se la richiesta di incidente probatorio possa essere avanzata da colui che, pur non essendo ancora iscritto nel registro di cui all'art. 335 c.p.p., sia comunque da ritenersi persona sottoposta alle indagini in senso sostanziale.

Esaminata la questione da un punto di vista teorico-formale, non sembra potersi dubitare della legittimazione di una siffatta, peculiare figura processuale, ferma restando la necessità di evidenziare i limiti di ordine pratico connessi alla soluzione prospettata, essendo evidentemente difficoltoso – e, ovviamente, facilmente contrastabile il relativo risultato – dimostrare la ricorrenza dello *status* legittimante la proponibilità dell'istanza[11].

2. *Gli altri soggetti del procedimento. La persona offesa dal reato.*

Diversa, invece, la posizione della persona offesa dal reato[12], la quale, ai sensi dell'art. 394, comma 1 c.p.p., può soltanto chiedere al pubblico ministero – eventualmente a mezzo del proprio difensore di fiducia[13] – di promuovere l'instaurazione dell'incidente probatorio, essendo priva di una facoltà di proposizione diretta della relativa istanza al giudice[14].

Pertanto, ha precisato la Suprema Corte, è affetta da abnormità l'ordinanza con cui il giudice, in esito all'udienza camerale fissata a seguito di opposizione della persona offesa alla richiesta di archiviazione, nel rigettare que-

---

2. « indiziato » ovvero la persona nei cui confronti vengono svolti atti d'indagine;

3. « quasi imputato », ossia la persona arrestata, fermata o sottoposta a misura cautelare.

[10] V., per esempio, Corte cost., 16 maggio 1949, n. 181.

[11] V., per questo ordine di rilievi, La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 609. Ritengono necessaria la formale iscrizione al registro delle notizie di reato, non essendo sufficiente una valutazione di mera probabilità di assunzione della qualifica di persona sottoposta alle indagini, Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 84; De Roberto, *Incidente probatorio*, cit., 9; Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 192.

[12] Definito da Cordero, *Procedura penale*, cit., 868, come « postulante inerme ».

[13] Così, tra gli altri, La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 610. In senso contrario v., invece, Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 88, il quale muove il proprio assunto dall'assenza di una disposizione che conferisca al difensore le medesime facoltà spettanti alla persona offesa.

[14] Il potere sollecitatorio deve ritenersi spettante, altresì, ai prossimi congiunti della persona deceduta in conseguenza del reato, agli enti ed alle associazioni rappresentativi degli interessi lesi dal reato, oltre che al legale rappresentante della persona minorenne o inferma di mente.

st'ultima, disponga l'assunzione di una testimonianza nelle forme dell'incidente probatorio su richiesta della persona offesa, spettando solo al pubblico ministero ed all'indagato il potere di proporre la richiesta[15].

Fermo restando, in ogni caso, che pur non avendo il potere di promuovere direttamente l'incidente probatorio, la persona offesa dal reato ha la facoltà, una volta che l'incidente sia stato disposto, di svolgervi le sue difese e di nominare un proprio consulente tecnico di parte che intervenga all'espletamento della prova[16].

« È da escludere che si tratti » – è stato posto in rilievo – « di *casus omissis*, poiché l'art. 392 c.p.p. (la cui rubrica s'intitola "casi") non intesta il potere di azionare con richiesta la procedura preacquisitiva alla persona offesa non per mera dimenticanza ma in quanto assoggettata ad un regime particolare (cioè, diversificato rispetto al quello riservato ai due soggetti primari) l'iniziativa della persona offesa che aspiri ad accedere al meccanismo *extra-ordinem*, secondo il trattamento fissato nella disciplina dell'art. 394 »[17].

« Il risultato interpretativo implicito » – dunque – « è anche l'esclusione di una concomitanza operativa dei due regimi, secondo la libera elezione della persona offesa nelle cui mani sarebbe affidata una scelta »[18].

La soluzione normativa di predisporre un « percorso sussidiario [...] attraverso lo strumento cooperatorio *ad hoc* dell'inoltro [al pubblico ministero] della richiesta di incidente probatorio, nell'implicito presupposto che la persona offesa può essere [...] depositaria di importanti elementi di cognizione »[19] è stata ritenuta da parte della dottrina coerente con l'impostazione complessiva dei rapporti tra siffatto soggetto procedimentale ed il pubblico ministero[20] ma, allo stesso tempo, è stata criticata da quanti vi individuano un residuo di paternalismo giudiziario incompatibile con la struttura di un processo di parti[21].

Essa, in ogni caso, compendia altresì una fase procedurale scandita dalla previsione contenuta nell'art. 394, comma 2 c.p.p. e secondo la quale, ove

---

[15] Cass. pen., Sez. III, 27 maggio 2010, B.F.

[16] Cass. pen., Sez. III, 13 maggio 2009, M.A.

[17] Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 196.

[18] Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 196.

[19] Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 198.

[20] Bresciani, *Persona offesa dal reato*, in *Dig. disc. pen.*, IX, 527. V., altresì, Sau, *Art. 394*, in *Codice di procedura penale*, a cura di Giarda, Spangher, Milanofiori Assago, 2010, 4895.

[21] Errico, *Rilettura dell'incidente probatorio per l'attuazione di un « processo giusto »*, in *Dal principio del giusto processo alla celebrazione di un processo giusto*, a cura di Cerquetti, Fiorio, Padova, 2002, 163. In senso critico v., altresì, La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 609.

l'inquirente non accolga la richiesta, deve pronunciare un decreto motivato da notificare alla persona offesa[22].

Diversamente, ossia nel caso in cui ritenga di dare seguito alle richiesta proposta dalla persona offesa, « devolverà la materia sottopostagli attraverso la richiesta preacquisitiva al giudice, promuovendo l'incidente istruttorio o pedissequamente rispetto a quella facendola propria o riformulandola (in entrambi i casi, secondo le forme stabilite dall'art. 393 c.p.p.) »[23].

Considerata l'inoppugnabilità del provvedimento di rigetto[24], la previsione di un obbligo di motivazione del decreto e della relativa notificazione sembra funzionale alla precostituzione di condizioni idonee a consentire alla persona offesa di cogliere i limiti della precedente richiesta, in vista della proposizione di una nuova istanza che, correttamente formulata, potrebbe provocare l'effettiva instaurazione della procedura incidentale.

Infatti, « il provvedimento reiettivo motivato [...] pone la persona offesa in grado di reiterare l'istanza per ribaltarne l'esito, attraverso la prospettazione di elementi di cognizione e la rappresentazione di argomenti diversi ed ulteriori rispetto ai pregressi, o riformulandoli proprio alla luce della parte motiva inserita nel dispositivo del provvedimento resistito (ripercorrendone con rilievi critici i passaggi) »[25].

Inoltre, il provvedimento del pubblico ministero potrebbe essere comunque censurato in sede di opposizione alla richiesta di archiviazione[26], anche se, è stato osservato, « tale intervento censorio, esulante dallo schema tipico della richiesta di prosecuzione delle indagini preliminari che esaurisce il quoziente di attività assegnata alla persona offesa, non fuoriesce dal carattere di una mera doglianza priva di reale incidenza sulla pregressa pronuncia di eiezione decretata dal pubblico ministero »[27].

Infine, è stato individuato un correttivo indiretto al potere insindacabile di rigetto del pubblico ministero nella previsione dell'art. 512 c.p.p.: « a fronte di una precisa richiesta di promuovere l'incidente da parte dell'offeso e del do-

---

[22] « Oltre al requisito di forma » – sottolinea Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 200 – « la norma prevede un adempimento materiale, affidando all'organo della reiezione il compito di provvedere a fare notificare il decreto emesso alla persona offesa istante, e così portarlo nella sua sfera cognitiva ».

[23] Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 194.

[24] De Roberto, *Incidente probatorio*, cit., 9. Nonché, negli stessi termini e tra gli altri, Di Chiara, *Incidente probatorio*, cit., 558, per il quale il decreto di diniego è da considerarsi terminativo dell'*iter* procedimentale, non essendo previsto un seguito.

[25] Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 200.

[26] De Roberto, *Incidente probatorio*, cit., 9.

[27] Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 202; Sau, *Art. 394*, cit., 4897.

vere di motivarne il mancato accoglimento, diventerebbe infatti difficile per l'accusa sostenere in sede dibattimentale che l'atto è divenuto irripetibile per fatti o circostanze imprevedibili, al fine di ottenerne la lettura ai sensi della norma citata »[28].

L'unica eccezione alla regola generale che inibisce alla persona offesa dal reato l'accessibilità diretta alla procedura incidentale scaturisce dalla lettura coordinata degli artt. 327-*bis* e 391-*bis*, comma 11 c.p.p., di talché deve ritenersi che l'istanza di incidente probatorio funzionale all'acquisizione di elementi di prova di carattere dichiarativo ai quali il difensore non ha potuto accedere a causa dell'esercizio della facoltà della persona intervistata di sottrarsi all'atto investigativo difensivo possa essere proposta anche dal difensore della persona offesa[29].

L'ampia modellabilità dell'espressione "assistito" contenuta nell'art. 327-*bis* c.p.p., nella lettura della quale si impone, tra l'altro, un puntuale riferimento ai principi costituzionali del giusto processo, permette infatti di configurare senza particolari sforzi esegetici una legittimazione al compimento di atti investigativi in capo alla persona offesa dal reato[30], alla quale non può – per ragioni di coerenza sistematica e di pienezza delle garanzie di effettività della funzione investigativa difensiva – che correlarsi la possibilità di accesso agli strumenti alternativi previsti dall'ordinamento.

3. *Le altre parti private.*

Posto che la mancata previsione di un potere sollecitatorio della parte civile è da ricondurre alle « caratteristiche di una fase che, come quella delle indagini, postulano l'assenza di parti in senso tecnico »[31], è ovvio che l'effetto estensivo scaturito dalla sentenza costituzionale n. 77 del 1994 avrebbe posto il problema dell'individuazione dei soggetti legittimati alla proposizione dell'istanza di incidente probatorio nella fase dell'udienza preliminare.

---

[28] Sau, *Art. 394*, cit., 4897.

[29] V., in questo senso ma tra tanti, La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 609.

[30] V., per questa conclusione ma nell'ambito di una dottrina unanime, Spangher, *Introduzione*, in *Dir. pen. e processo*, 2001, 206; Ruggiero, *Le investigazioni difensive della persona offesa dal reato*, *ivi*, 2002, 929; Tranchina, *L'investigazione difensiva*, cit., 161; Bernardi, *Le attività di indagine*, in *Dir. pen. e processo*, 2001, 208.

[31] Macchia, *Incidente probatorio e udienza preliminare: un matrimonio con qualche ombra*, cit., 1791.

Deve premettersi, tuttavia, che nessun dubbio sembra residuare in relazione alla legittimazione a svolgere investigazioni difensive – ed provocare, correlativamente, l'attivazione dei connessi istituti quali, appunto, l'indicente probatorio *ex* art. 391-*bis*, comma 11 c.p.p. – della persona danneggiata dal reato che non rivesta, allo stesso tempo, la qualifica di persona offesa.

Come è noto, il codice vigente « ha operato una netta distinzione tra i soggetti portatori di pretese non penali e quelli titolari, invece, di vere e proprie pretese penali, configurandoli in modo del tutto autonomo sia per quanto concerne i tempi di intervento sia per quel che attiene ai loro poteri processuali »[32].

Tuttavia, la funzionalizzazione delle attività difensive del danneggiato rispetto alla successiva costituzione di parte civile e, quindi, all'esercizio di poteri e facoltà processuali a quest'ultima riservati dall'ordinamento potrebbe, nel momento della formalizzazione del ruolo di parte processuale, tradurre un ipotetico limite di poteri d'indagine in un pericoloso vuoto di tutela, essendo l'effettività di tale ruolo svuotata dalla proiezione processuale del pregresso limite in relazione allo snodo fondamentale costituito dal diritto alla prova[33].

Sembra indiscutibile, dunque, la legittimazione della peculiare figura procedimentale in discorso a compiere atti di investigazione difensiva e, pertanto, a sviluppare secondo le cadenze processuali predefinite i percorsi d'indagine bloccati nel loro divenire dalle scelte delle persone coinvolte[34].

Così come non è certamente coerente con il modello investigativo difensivo, oltre che sistematicamente corretto, sottrarre la disponibilità degli strumenti surrogatori – quali appunto, l'incidente probatorio disciplinato dall'art. 391-*bis* c.p.p. – a qualsiasi altro soggetto investigativo[35].

Se vuole dirsi, in altri termini, che la legittimazione ad investigare *ex* art. 391-*bis* c.p.p. compendia automaticamente la fruibilità del rimedio previsto dal comma 11 della norma appena citata, discorso diverso deve farsi allorquando la tematica della legittimazione all'instaurazione dell'incidente probatorio è trattata al di fuori delle investigazioni difensive.

---

[32] Quaglierini, *Le parti private diverse dall'imputato e l'offeso del reato*, Milano, 2003, 7.

[33] La centralità del diritto alla prova rispetto alla configurazione di un potere investigativo difensivo della persona danneggiata dal reato è messa in rilievo da Piazzolla, *Ingiustificata disparità tra il legale costituito e quello incaricato*, in *Dir. e giustizia*, 2001, 42, 55; Andreano, *La parte civile si impone nel processo sostenuta dalle indagini difensive*, *ivi*, 2001, 42, 46.

[34] Diversamente, al di fuori della peculiare ipotesi in discorso, Bargis, *Incidente probatorio*, cit., 350.

[35] Di Chiara, *Incidente probatorio*, cit., 558.

Secondo un'autorevole corrente dottrinale, la questione relativa all'individuazione dei soggetti legittimati a formulare la richiesta di incidente probatorio nell'ambito dell'udienza preliminare dovrebbe essere affrontata adattando il modello offerto dall'art. 467 c.p.p., « tenendo conto della sostanziale omogeneità degli stadi processuali e della necessità di impedire che i protagonisti dell'udienza preliminare possano subire trattamenti discriminatori quanto al relativo diritto alla prova »[36].

Ed allora, « [l]legittimati a formulare la richiesta [...] saranno » – seguendo l'impostazione predetta – « tutti coloro che nell'udienza preliminare assumono la qualità di parte e che l'art. 421 individua nel tracciare l'ordine secondo il quale si svolge la discussione. Alla persona offesa non costituita parte civile spetteranno, invece, poteri partecipativi e di assistenza tecnica in ordine all'attività di assunzione probatoria, ma non una legittimazione propria a formulare la richiesta di incidente probatorio, giacché, a fase processuale ormai introdotta, lo *ius ad loquendum* in punto di prova non può che essere riservato a coloro che di quel processo siano parti »[37].

Allo stesso modo, si ritiene che non « possa trovare applicazione in sede di udienza preliminare neppure lo specifico potere sollecitatorio riconosciuto alla persona offesa dall'art. 394, considerato che una siffatta previsione si spiega solo in una fase nella quale non è consentita la costituzione di parte civile, mentre non avrebbe alcun senso dopo l'esercizio dell'azione penale »[38].

La problematica, è evidente, si sviluppa lungo un sentiero i confini del quale sono segnati da un dato normativo – a sua volta delineato dagli artt. 392, comma 1 e 394, comma 1 c.p.p. – che soffre della commistione tra l'istituto acquisitivo incidentale ed una fase ad ogni effetto processuale e caratterizzata dalla presenza di parti in senso formale.

Ed allora, se la reiterata insistenza sul carattere servente dell'incidente probatorio rispetto all'effettivo dispiegarsi del diritto di difesa – il quale, è ovvio, implica il configurarsi di una relazione con un soggetto che ne è titolare –

---

[36] Macchia, *Incidente probatorio e udienza preliminare: un matrimonio con qualche ombra*, cit., 1791.

[37] Macchia, *Incidente probatorio e udienza preliminare: un matrimonio con qualche ombra*, cit., 1791. V., altresì, Piattolli, *Incidente probatorio*, cit., 402.

[38] Macchia, *Incidente probatorio e udienza preliminare: un matrimonio con qualche ombra*, cit., 1791. Sembrano concordare con l'orientamento dottrinale sopra esposto Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 202; Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 85, sia pure limitatamente alla legittimazione della parte civile. Così come, altresì, Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 199; La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 610; Sau, *Art. 392*, cit., 4876; La Rocca, *L'incidente probatorio*, cit., 232; Piattolli, *Incidente probatorio*, cit., 402.

ha un significato di valore, non v'è dubbio che la legittimazione a promuovere l'iniziativa propulsiva debba inevitabilmente ricondursi a qualsiasi dei soggetti della situazione giuridica processuale protetta.

4. *La tempestività della conoscenza di un'indagine quale presupposto per l'esercizio del diritto alla prova connesso all'incidente probatorio. Qualche appunto critico.*

La previsione di una legittimazione in capo a soggetti diversi dal pubblico ministero – ed alla persona sottoposta alle indagini in particolare – rispetto all'instaurazione dell'incidente probatorio avrebbe dovuto essere coordinata con una rivisitazione dei tradizionali equilibri del processo penale sul versante del rapporto tra segretezza ed informazione, soprattutto a seguito della sequenza di interventi che ne hanno accentuato la funzione strumentale rispetto all'esercizio del diritto alla prova.

Infatti, « l'esercizio del diritto (alla prova, che si manifesta nella facoltà) di (e conclusivamente nel) chiedere l'incidente probatorio dipende [...] dall'essere e dal sapere di essere persona sottoposta alle indagini in un certo procedimento »[39].

Di talché, è stato messo in rilievo da chi ha sottolineato i rischi connessi alle limitazioni conoscitive inerenti alla pendenza dell'indagine, « [o]ccorre darne atto: i tempi e i limiti dell'informazione di garanzia, nonché la segretezza delle iscrizioni, sono imposti dalle direttive 35 e 38 della delega; ma che i loro riflessi sull'istituto in esame [l'incidente probatorio] si concilino col diritto alla prova e col criterio di parità tra accusa e difesa è, a dir poco, un interrogativo imbarazzante »[40].

Notazione indiscutibile, questa, che legittima lo svolgimento di seri rilievi rispetto ad un sistema che, al di fuori delle ipotesi di eventuale attivazione di procedure incidentali, non struttura strumenti destinati ad assolvere ad una funzione squisitamente conoscitiva, di modo che l'interessato, a prescindere da una

---

[39] Salidu, *Appunti in tema di incidente probatorio*, cit., 737. V., altresì, Presutti, *Autodifesa giudiziaria*, in *Enc. dir.*, Agg. I, 239: « Funzionale alla possibilità di esplicazione dell'autodifesa anche sotto il profilo del raccordo con la difesa tecnica ai fini dell'impostazione di una linea difensiva utile, è la previsione di mezzi idonei a rendere edotto l'imputato sia dell'esistenza di un procedimento a suo carico sia del fatto che gli è attribuito ». In senso critico v., con specifico riferimento all'incidente probatorio previsto dall'art. 392, comma 1-*bis* c.p.p., Caporale, *L'audizione dei minori in incidente probatorio*, cit., 974.

[40] Molari, *L'incidente probatorio*, cit., 344.

fatto conoscitivo a valenza imputativa ed in largo anticipo rispetto ad esso, possa sia attivare gli strumenti investigativi ritenuti funzionali all'attuazione di una definita strategia difensiva, sia promuovere l'instaurazione dell'incidente probatorio e, così, tutelare possibili prove a difesa rispetto al rischio di dispersione.

Se l'esigenza investigativa difensiva è in qualche modo salvaguardata attraverso il riconoscimento della possibilità di svolgere attività investigativa preventiva[41], la stessa cosa non può dirsi rispetto ai pericoli di dispersione ai quali si ricollega l'acquisizione probatoria anticipata, sebbene sia di tutta evidenza che la conoscenza dell'esistenza di un procedimento penale costituisca il normale presupposto dell'attivazione dell'incidente probatorio e sia altrettanto chiaro che, quanto più vicino al momento di emersione della notizia di reato si colloca il fatto conoscitivo, tanto maggiori saranno le opportunità acquisitive offerte all'indagato[42].

Ovviamente, anche siffatta esigenza deve trovare il necessario contemperamento con egualmente rilevanti obiettivi di efficacia delle investigazioni.

Infatti, come è stato messo in rilievo, « [n]on v'è dubbio che la più efficace tutela delle indagini si otterrebbe impedendo di dar notizia dell'esistenza stessa del procedimento: all'ombra del segreto totale l'opera dell'inquirente potrebbe sortire, in effetti, più consistenti e più rapidi risultati. Ma è altrettanto incontrovertibile che una soluzione così radicale comporterebbe un'inammissibile compromissione sia del diritto della collettività a conoscere il modo in cui viene amministrata la giustizia, che del diritto della persona sottoposta a procedimento penale ad apprestare un'efficace difesa »[43].

L'informazione è funzionale alla piena realizzazione delle finalità di un processo penale ispirato al principio del contraddittorio nella formazione della prova, oltre che strettamente correlata all'insediamento di un diritto di difesa costruito su solide basi ideologiche e dotato di un soddisfacente grado di effettività esplicativa[44].

---

[41] Dovendosi intendere con tale espressione, ai sensi dell'art. 391-*nonies* c.p.p., esclusivamente l'attività d'indagine strumentale alla tutela di una posizione ancora priva di rilevanza nell'ambito di un procedimento penale.

[42] V., per tutti, Nappi, *Indagini preliminari*, in *Enc. dir.*, Agg. V, 695. Metteva in rilievo questo aspetto, relativamente al sistema previgente e nella prospettiva di una riforma di esso, Massa, *Aspetti della riforma del processo penale*, cit., 744. V., inoltre, Leone, *I punti centrali della riforma del processo penale*, cit., 5, il quale, sempre nella medesima prospettiva, definiva l'avviso di procedimento « una garanzia democratica diretta a determinare la tempestiva possibilità di contraddittorio ».

[43] Giostra, *Segreto processuale (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur.*, XXVIII, 4.

[44] Mettevano in evidenza, al contrario, Lattanzi, Lupo, *La nuova legge delega per il codice di procedura penale: continuità e differenze di sistema*, cit., 186, come « [p]oichè le indagini prelimi-

Il relativo diritto, dunque, « costituisce una condizione essenziale di equità processuale, è il *prius* logicamente imprescindibile affinché l'accusato possa esercitare il proprio diritto di difesa, sia nella forma dell'autodifesa che in quella dell'assistenza tecnica »[45].

Come è stato messo in rilievo, infatti, « [d]ovrebbe essere interesse dello stesso ordinamento, in un processo di parti, la determinazione di identiche condizioni, avuto riguardo alla disciplina dell'*onus probandi*, perché l'iniziativa delle parti abbia a tradursi nel versamento all'interno del processo di ogni dato o circostanza onde consentire una valutazione giurisdizionale che postuli una rappresentazione dei fatti quanto più possibile rispondente alla realtà »[46].

Essa, dunque, « collocandosi su un piano diverso da quello preso in considerazione dall'art. 329 c.p.p., è strettamente funzionale all'esercizio delle più significative facoltà riconducibili all'area concettuale presidiata dal principio di inviolabilità del diritto di difesa (art. 24, co. 2, Cost.) »[47].

Nell'ambito dell'attuale sistema processuale l'avviso previsto dall'art. 415-*bis* c.p.p.[48] costituisce l'unico strumento di procedura necessario e realmente preposto all'assolvimento di una funzione informativa della persona sottoposta alle indagini[49].

---

nari della polizia e del pubblico ministero non sono destinate ad avere efficacia probatoria nel giudizio, viene meno una delle ragioni per le quali sono stati estesi i poteri del difensore anteriormente al dibattimento, e cioè la necessità che atti probatori sui quali può essere fondata la condanna dell'imputato siano assunti con la tutela più ampia possibile del diritto di difesa ».

[45] Casiraghi, *Il necessario bilanciamento tra i diritti alla conoscenza dell'accusa, alla pubblicità processuale e alla riservatezza*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di Balsamo, Kostoris, Torino, 2008, 198.

[46] Taormina, *Il processo di parti di fronte al nuovo regime delle contestazioni e delle letture dibattimentali*, cit., 449.

[47] Suraci, *Il sistema del doppio binario nell'ambito delle indagini preliminari*, in *Legislazione antimafia e sistema del doppio binario*, a cura di D'Ascola, Mollace, Reggio Calabria, 2009, 273. Sul segreto investigativo v., tra gli altri, Carli, *Indagini preliminari e segreto investigativo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, 762. Nonché, sul versante enciclopedico, Rivello, *Segreto (Profili processuali)*, in *Dig. disc. pen.*, XIII, 80; Giostra, *Segreto processuale (dir. proc. pen.)*, cit., 1.

[48] Peraltro, si tratta di un istituto di recente introduzione, essendo stato inserito nel sistema processuale italiano in occasione dell'intervento novellistico operato con la l. 16 dicembre 1999, n. 479. Sull'avviso di conclusione delle indagini preliminari v., per tutti, Varraso, *Chiusura e avviso di conclusione delle indagini preliminari*, cit., 694. L'istituto è esaminato, inoltre, da Sola, *Art. 415-bis*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Gaito, Milanofiori Assago, 2012, 2648; Cappa, *La discovery probatoria, l'elaborazione della prova e la prova "concordata" prima del dibattimento*, cit., 307; De Pascalis, *La disciplina dell'art. 415-bis c.p.p. tra diritto di difesa, completezza delle indagini e ragionevole durata del procedimento*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, 904.

[49] Esso, evidenzia Bonzano, *Avviso di conclusione delle indagini: l'effettività della discovery*

Si tratta, però, di un istituto che, compendiato nell'ambito di una norma dalla natura funzionalmente complessa[50] e sebbene direttamente connesso alla garanzia del diritto dell'accusato di essere informato celermente della natura e dei motivi dell'accusa[51], opera in una fase molto avanzata dell'esperienza procedimentale dell'indagato, dovendo essere notificato alla persona sottoposta alle indagini ed al difensore[52] addirittura quando il pubblico ministero ha ritenuto di non avere più nulla da dire, considerando conclusa l'attività di indagine e l'indagato meritevole di essere sottoposto al giudizio.

Infatti, l'avviso di conclusione delle indagini preliminari – la cui funzione è stata individuata dalla Corte costituzionale in quella di assicurare una fase di "contraddittorio" tra indagato e pubblico ministero, in ordine alla completezza delle indagini[53] – deve essere notificato alla persona sottoposta alle indagini ed al suo difensore soltanto qualora il pubblico ministero non intenda formu-

---

garantisce il sistema, in *Dir. pen. e processo*, 2009, 1281, « finisce molto spesso con l'essere il primo atto a fronte del quale l'indagato viene a conoscenza del procedimento a proprio carico ». « L'atto è finalizzato » – puntualizza Spangher, *La pratica del processo penale*, II, *Indagini preliminari e udienza preliminare. Il giudizio. Il procedimento dinanzi al tribunale in composizione monocratica*, Padova, 2014, 265 – « ad assicurare più efficacemente il diritto di difesa, fornendo all'indagato uno strumento per orientare l'indagine all'archiviazione ovvero per prevenire l'instaurazione del processo a suo carico, a rafforzare la completezza delle indagini di un processo effettivamente necessario, a favorire nel nuovo schema processuale la deflazione nella "nuova" udienza preliminare, attraverso un più meditato accesso ai riti premiali ».

[50] Caprioli, *Nuovi orizzonti del diritto di difesa nella fase pre-processuale: l'avviso di conclusione delle indagini preliminari*, in *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, a cura di Peroni, Padova, 2000, 270. L'espressione è ripresa da Ricci, *Garanzie difensive e limiti cronologici all'esercizio dell'azione penale: a proposito dell'art. 415-bis c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2002, 376. Nonché, successivamente, da De Pascalis, *La disciplina dell'art. 415-bis c.p.p. tra diritto di difesa, completezza delle indagini e ragionevole durata del procedimento*, cit., 907; Sola, *Art. 415-bis*, cit., 2651. V., infine, Capitani, *La difformità del fatto descritto nel decreto di citazione a giudizio rispetto a quello enunciato nell'avviso di conclusione delle indagini*, in *Dir. pen. e processo*, 2017, 59.

[51] Così, tra gli altri, Nuzzo, *La Corte costituzionale esclude l'avviso di conclusione delle indagini preliminari nei procedimenti speciali*, in *Cass. pen.*, 2002, 3736. Ma v., anche, De Pascalis, *La disciplina dell'art. 415-bis c.p.p. tra diritto di difesa, completezza delle indagini e ragionevole durata del procedimento*, cit., 905, la quale vi intravede anche una funzione attuativa del diritto dell'accusato, di rango costituzionale, di disporre del tempo e delle condizioni necessarie per preparare la sua difesa.

[52] Oltre che, nei casi previsti dall'art. 415-*bis*, comma 1 c.p.p. – come modificato dal d.l. 14 agosto 2013, n. 93, convertito in l. 15 ottobre 2013, n. 119 – al difensore della persona offesa ovvero, in mancanza, alla persona offesa medesima.

[53] Corte cost., (ord.) 19 novembre 2002, n. 460. Negli stessi termini v., altresì, Corte cost., (ord.) 12 dicembre 2012, n. 286. Sui profili affrontati dalla pronuncia costituzionale citata in precedenza v., soprattutto, Spangher, *Citazione diretta, imputazione coatta, art. 415-bis c.p.p.*, in *Giur. cost.*, 2002, 3825.

lare richiesta di archiviazione, ossia quando ha già maturato un convincimento nel senso del necessario approfondimento dibattimentale della vicenda sottoposta al suo esame[54].

Al di fuori di questo momento comunicativo – peraltro caratterizzato dalla progressiva precarizzazione, per mano giurisprudenziale, della cristallizzazione dell'oggetto del processo[55] – ed a prescindere, come già detto, dalle occasionali procedure incidentali che possono innestarsi nell'ambito del procedimento penale, comunque, la procedura non offre strumenti che, garantendo al cittadino una conoscenza in ordine all'apertura delle indagini da parte del pubblico ministero, lo pongano nelle condizioni ideali per attivarsi nella ricerca delle fonti di prova.

La conformazione normativa e la prassi hanno fatto emergere, infatti, l'assoluta inadeguatezza[56] della "comunicazione dell'iscrizione nel registro delle notizie di reato", disciplinata dall'art. 335, commi 3 e 3-*bis*, c.p.p.[57].

In occasione dell'intervento novellistico attuato con la l. 8 agosto 1995, n. 332, come è noto, è stato disciplinato il diritto di accesso al registro predetto[58], nell'intento di sopperire al *deficit* di informazione derivante dalla contestuale modifica dell'art. 369 c.p.p.

Il duplice intervento, da un lato, era diretto ad evitare le fughe di notizie connesse all'invio dell'informazione di garanzia, della quale veniva, quindi, scongiurata ogni possibile anticipazione, mentre, dall'altro, avrebbe dovuto

---

[54] A ciò deve aggiungersi l'esiguità del tempo posto a disposizione della persona sottoposta alle indagini per compiere attività d'indagine difensiva eventualmente preordinata ad influire sulle scelte del pubblico ministero in ordine all'esercizio dell'azione penale. Parla di « norma condivisibile in astratto, (la cui) utilità si è tuttavia rivelata limitata in concreto », infatti, Pezzella, *L'avviso di conclusione delle indagini in caso di imputazione iussu iudicis*, in *Dir. e giustizia*, 2003, 7, 54. Considerazioni critiche di eguale tenore e rispetto al medesimo profilo sono espresse, altresì, da Sammarco, *Tempo e condizioni delle investigazioni difensive. Un caso di inesistenza del giusto processo*, in *Dir. pen. e processo*, 2008, 525.

[55] V., infatti, Cass. pen., Sez. III, 27 aprile 2016, n. 17181, ove si è ritenuto fisiologico che il fatto descritto nell'atto imputativo sia diverso da quello sommariamente enunciato nell'avviso di conclusione delle indagini.

[56] « Valutata nel suo complesso » – è l'osservazione di Presutti, *Autodifesa giudiziaria*, cit., 239 – « anche la nuova disciplina appare inadeguata a mettere l'imputato nella condizione di approntare tempestivamente la propria linea (auto)difensiva ».

[57] Sull'istituto v., in generale, Aprati, *Notizia di reato*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, III, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, Milanofiori Assago, 2009, 97; Alvares, *Art. 335*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Gaito, Milanofiori Assago, 2012, 2228; Cerqua, *Registro delle notizie di reato*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. III, 1299.

[58] Sul regime di segretezza delle iscrizioni, caratteristica della disciplina antecedente alla riforma del 1995, v. Volpe, Ambrosoli, *Registro delle notizie di reato*, in *Dig. disc. pen.*, XII, 46.

consentire la conoscenza del procedimento sin dall'iscrizione della notizia di reato nell'omonimo registro[59].

A parte le restrizioni connesse alla previsione di specifici casi di esclusione – in relazione, in particolare, ai delitti di cui all'art. 407, comma 2, lett. a) c.p.p. – ed a prescindere dall'attribuzione al pubblico ministero di un generale potere di segretazione delle iscrizioni[60], non può non rilevarsi che la comunicazione è disposta solo su richiesta di soggetti dotati di peculiare qualificazione soggettiva.

La norma prevede, infatti, che la richiesta di comunicazione possa essere presentata dalla persona sottoposta alle indagini, dalla persona offesa e dai rispettivi difensori, di talché appare chiaro che la richiesta da parte della persona sottoposta alle indagini presupponga la previa conoscenza del procedimento a carico, o, quantomeno, un ragionevole sospetto circa l'avvio di una indagine soggettivamente orientata.

La circostanza che è rimesso alla parte l'onere di attivarsi con una richiesta, agendo più o meno per congetture, se non proprio a tentoni, vale a dire cercando di opinare se e dove (cioè, presso quale procura) possa essere aperta l'indagine, costituisce un'insuperabile fattore di crisi di un istituto che, a voler fare il caso limite, per avere certezza della risposta imporrebbe che la richiesta sia fatta in forma di circolare, cioè presentata a tutti gli uffici del territorio nazionale[61].

---

[59] Giostra, *I novellati artt. 335 e 369 c.p.p.: due rimedi inaccettabili*, in *Cass. pen.*, 1995, 3600, il quale rileva come la contestuale modifica dell'art. 335 c.p.p. dimostri la consapevolezza del legislatore circa la paradossalità delle conseguenze legate alle restrizioni introdotte in relazione all'invio dell'informazione di garanzia.

[60] Per un periodo non superiore a tre mesi e non rinnovabile. Il pubblico ministero, ai sensi dell'art. 335, comma 3-*bis* c.p.p., deve provvedere con decreto motivato in quanto sussistano specifiche esigenze connesse all'attività d'indagine.

[61] Poggi, Cavalera, *Gli accertamenti tecnici della polizia giudiziaria nell'indagine preliminare*, cit., 389. Per quest'ordine di rilievi v., anche, Giostra, *Segreto processuale (dir. proc. pen.)*, cit., 8. Critico sulla nuova disciplina delle modalità conoscitive di una indagine a carico da parte della persona sottoposta alle indagini, in relazione alla previsione – riferita all'art. 38 disp. att. c.p.p. – di una facoltà di intraprendere un'autonoma attività investigativa difensiva è stato, fin da subito, Nobili, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, cit., 22, il quale definisce l'art. 335 c.p.p. « disposizione allarmante e sintomatica, che integra comunque una insanabile contraddizione per un codice che però, contestualmente, vorrebbe affidare al difensore il compito di indaffararsi con le sue investigazioni private e parallele ». V., inoltre, Casiraghi, *Il necessario bilanciamento tra i diritti alla conoscenza dell'accusa, alla pubblicità processuale e alla riservatezza*, cit., 205, la quale evidenzia come, paradossalmente, « la norma rischia di pregiudicare anzitutto l'indagato estraneo al fatto addebitatogli, in quanto è prevedibile che costui difficilmente si attiverà per conoscere l'esistenza di un'accusa ».

Allo stesso modo, si è rivelato inadeguato l'istituto dell'informazione di garanzia previsto dall'art. 369 c.p.p.[62], il quale, per effetto della modifica apportata dall'art. 19, l. 8 agosto 1995, n. 332 – modifica che, si è osservato in senso critico, si colloca lungo una linea di politica legislativa la quale, « per impedire alcuni indesiderati effetti secondari dell'informazione di garanzia, conduce ad una sua progressiva sterilizzazione funzionale »[63] – deve essere inviata dal pubblico ministero alla persona sottoposta alle indagini ed alla persona offesa "solo" quando deve compiere un atto al quale il difensore ha diritto di assistere.

Mette in evidenza, siffatto profilo della disciplina normativa, la finalità di informazione in relazione al compimento del singolo atto, allo scopo di consentire la partecipazione allo stesso di un proprio difensore di fiducia, piuttosto che di informazione sull'esistenza di indagini[64].

Ma, allo stesso tempo, connota il limite fondamentale dell'istituto[65], in quanto si tratta di una comunicazione che è divenuta meramente eventuale e non necessariamente collocata nella fase di avvio dell'indagine preliminare con la conseguenza – che non poteva sfuggire agli osservatori – che « si può [...] verificare l'ipotesi di una assoluta mancanza di tale informativa, qualora non vengano mai compiuti atti garantiti dall'assistenza del difensore, così come può accadere che detta informativa giunga dopo molti mesi dall'inizio

---

[62] Sull'informazione di garanzia v., fra gli altri, Dubolino, *Informazione di garanzia*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. I, 413; Caraceni, *Informazione di garanzia*, in *Enc. dir.*, Agg. III, 700; Cervadoro, *Informazione di garanzia*, in *Dig. disc. pen.*, VII, 20; Gaeta, *L'attività del pubblico ministero*, cit., 616; Sola, *Art. 369*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Gaito, Milanofiori Assago, 2012, 2357; Bonzano, *Attività del pubblico ministero*, cit., 295.

[63] Così Giostra, *I novellati artt. 335 e 369 c.p.p.: due rimedi inaccettabili*, cit., 3597, il quale evidenzia, altresì, come « per scongiurare, anzi soltanto per "ritardare" le distorsioni giornalistiche in un numero pur sempre marginale di procedimenti, si comprime indiscriminatamente il diritto di difesa ». Rivello, *Il dibattimento nel processo penale*, cit., 46, a sua volta, definisce incongrua e contraddittoria la scelta del legislatore del 1995 di abrogare la facoltà di invio della comunicazione di garanzia prima del compimento di atti garantiti.

[64] Dubolino, *Informazione di garanzia*, cit., 416; Casiraghi, *Il necessario bilanciamento tra i diritti alla conoscenza dell'accusa, alla pubblicità processuale e alla riservatezza*, cit., 204. Si tratta, d'altra parte, di una funzione istituzionale l'attribuzione della quale emerge senza dubbio dalla relazione al progetto preliminare. V., infatti, Conso, Grevi, Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati*, IV, *Il progetto preliminare del 1988*, cit., 866.

[65] Rispetto al quale, fa notare Di Chiara, *L'inquisizione come « eterno ritorno »: tecnica delle contestazioni ed usi dibattimentali delle indagini a seguito della sentenza 255/92 della Corte costituzionale*, cit., 2019, « l'oleografica nozione di "erede della comunicazione giudiziaria" è quanto mai inopportuna ».

delle indagini, qualora il pubblico ministero decida di differire nel tempo il compimento di tali atti »[66].

Il discorso non cambia se si fa riferimento alla c.d. "informazione alla persone sottoposta alle indagini sul diritto di difesa"[67] introdotta dall'art. 19, l. 6 marzo 2001, n. 60, il quale ha inserito nel codice di procedura penale l'art. 369-*bis*.

Essa, infatti, deve essere notificata alla persona sottoposta alle indagini in occasione del compimento del primo atto a cui il difensore ha diritto di assistere e, comunque, prima dell'invito a presentarsi per rendere interrogatorio ai sensi del combinato disposto degli artt. 375, comma 3 e 416 c.p.p.

In ipotesi, dunque, l'informazione potrebbe addirittura seguire all'avviso di conclusione delle indagini preliminari.

Inoltre, l'avviso *de qua* non reca informazioni in ordine ai fatti contestati ed alla loro qualificazione giuridica, con la conseguenza che, al fine di disporre di una informazione concreta, idonea ad avviare un'indagine difensiva, ovvero l'avvio della procedura acquisita occorrerebbe comunque fare riferimento ad altri strumenti conoscitivi.

La prassi, in ogni caso, si è consolidata nel senso di incorporare in un unico atto gli avvisi di cui agli artt. 415-*bis* e 369-*bis* c.p.p.

Il giudizio d'insufficienza dei canali comunicativi della pendenza del procedimento contemplati dal codice, se vale ad evidenziare le difficoltà che questa lacuna può produrre sul piano della tempestiva attivazione di un'efficace attività preordinata all'avvio dell'incidente istruttorio, non implica, tuttavia, una sottovalutazione della delicatezza del problema, idonea a fondare l'auspicio di un ritorno al vecchio "avviso di procedimento".

Poi ribattezzato "comunicazione giudiziaria", come è noto esso era previsto dall'art. 304 del codice abrogato tra le innovazioni maggiormente caratte-

---

[66] Rivello, *Persona sottoposta alle indagini*, in *Dig. disc. pen.*, IX, 553. V., inoltre, Presutti, *Autodifesa giudiziaria*, cit., 239; Casiraghi, *Il necessario bilanciamento tra i diritti alla conoscenza dell'accusa, alla pubblicità processuale e alla riservatezza*, cit., 204; Nappi, *Indagini preliminari*, cit., 694, il quale ritiene incostituzionale l'attuale disciplina dell'avviso di garanzia, auspicando un ritorno al testo originario dell'art. 369 c.p.p. Nonché, poi, Taormina, *Il processo di parti di fronte al nuovo regime delle contestazioni e delle letture dibattimentali*, cit., 450. Nel corso dei lavori preparatori, siffatto pericolo era stato posto in evidenza dal Consiglio dell'ordine degli avvocati di Ancona, mentre il Consiglio dell'ordine degli avvocati di Torino aveva sottolineato – insieme alla Camera penale del Piemonte e della Valle d'Aosta – l'eccessivo margine di discrezionalità dell'inquirente circa la scelta del momento in cui inviare l'atto. V., per quest'ordine di rilievi, Conso, Grevi, Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati*, IV, *Il progetto preliminare del 1988*, cit., 867.

[67] Sul quale v., tra gli altri, Gaeta, *L'attività del pubblico ministero*, cit., 616; Sola, *Art. 369-bis*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Gaito, Milanofiori Assago, 2012, 2361.

rizzanti la "stagione del garantismo"[68]: "Sin dal primo atto di istruzione" – prevedeva la norma in discorso – "il giudice istruttore è obbligato ad inviare, a coloro che vi possono avere interesse come parti private, una comunicazione giudiziaria con indicazione delle norme di legge violate e della data del fatto addebitato, con invito ad esercitare la facoltà di nominare un difensore"[69].

La centralità dell'istituto rispetto all'effettiva esplicazione delle più opportune facoltà difensive, obiettivo intorno al quale ruotava anche il dibattito dottrinario dell'epoca, emergeva soprattutto dal notevole spessore delle questioni in esso affrontate, concernenti la natura – necessariamente probatoria o meno – dell'atto richiamato dalla norma[70], il contenuto dell'avviso ed il rigore contenutistico degli atti ritenuti equipollenti[71], l'idoneità funzionale del termine intercorrente tra la sua notificazione ed il compimento di atti d'istruzione[72], la ricorrenza dell'obbligo comunicativo rispetto agli atti istruttori della polizia giudiziaria[73], il perfezionarsi della prescritta qualificazione soggettiva[74], gli effetti dell'omessa o tardiva comunicazione[75], la definizione dell'ambito di destinatari[76].

---

[68] Di Chiara, *L'inquisizione come « eterno ritorno »: tecnica delle contestazioni ed usi dibattimentali delle indagini a seguito della sentenza 255/92 della Corte costituzionale*, cit., 2019.

[69] Relativamente all'istruzione sommaria, disponeva invece l'art. 390 c.p.p. abr.: "Per l'avviso di procedimento e la nomina del difensore dell'imputato nei procedimenti con istruzione sommaria, si osservano le disposizioni stabilite per l'istruzione formale, sin dagli atti di istruzione preliminare a norma degli articoli 231 e 232".

[70] In senso favorevole all'interpretazione estensiva della norma v., in ambito dottrinario, Dosi, *L'avviso di procedimento*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1970, 1105; Lozzi, *La comunicazione giudiziaria all'indiziato e all'imputato*, *ivi*, 1973, 365, secondo il quale « posto che con tale disposizione si è voluto portare a conoscenza dell'indiziato l'inizio di attività processuali nei suoi confronti da parte del magistrato e rendere subito possibile la nomina di un difensore di fiducia, detta *ratio* avvalora l'interpretazione per cui la comunicazione deve effettuarsi anche quando l'atto compiuto dal giudice istruttore o dal pubblico ministero o dal pretore non sia un atto di acquisizione probatoria ».

[71] Lozzi, *La comunicazione giudiziaria all'indiziato e all'imputato*, cit., 370, il quale ritiene accettabile la tesi della sostituibilità dell'avviso a mezzo di equipollenti « sempreché l'atto sostitutivo abbia i requisiti della comunicazione e, quindi, ne raggiunga le finalità ». Ma v., anche, Giarda, *Primi appunti sull'avviso di procedimento all'imputato e sulla sua eventuale omissione o intempestività*, in *Giur. it.*, 1971, II, 510.

[72] V., relativamente a siffatto profilo, Dosi, *L'avviso di procedimento*, cit., 1098. Nonché, Lozzi, *La comunicazione giudiziaria all'indiziato e all'imputato*, cit., 372.

[73] Secondo Lozzi, *La comunicazione giudiziaria all'indiziato e all'imputato*, cit., 377, l'omessa comunicazione rispetto a siffatta tipologia di atti poneva un problema di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 24, co. 2 Cost. V., inoltre, Barberini, *Incidenza della comunicazione giudiziaria sulla validità del processo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1979, 1146.

[74] V., sulle connesse problematiche, Di Trocchio, *Indiziato di reità e comunicazione giudiziaria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1978, 1135.

[75] Lozzi, *La comunicazione giudiziaria all'indiziato e all'imputato*, cit., 374.

[76] V., con speciale riferimento all'imputato infermo di mente, Kostoris, *Imputato infermo di mente e avviso di procedimento*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1983, 303.

In ogni caso, sia pure con diversi gradi di efficacia – soprattutto sul versante cronologico – l'ovvia conseguenza della comunicazione era data dal fatto che « l'imputato – allora tale sin dall'inizio della fase istruttoria – veniva immediatamente posto a conoscenza dell'inchiesta penale a suo carico, in tal modo potendo, se del caso, attivarsi mediante appositi interventi difensivi »[77].

Non ci si può nascondere che la collocazione dell'informazione sulla pendenza di un procedimento nella fase iniziale di esso darebbe vita ad un sistema in cui le facoltà difensive acquisirebbero prospettive di sicura ed impareggiabile efficacia.

Né è possibile ritenere che il problema dell'informazione medesima abbia subito un notevole ridimensionato in ragione della circostanza che nel corso delle indagini preliminari non vengono compiuti atti dotati di efficacia probatoria rispetto alla decisione sulla *res iudicanda*[78].

D'altra parte, già diversi anni addietro e con speciale riferimento alla situazione creatasi in conseguenza delle iniziative controriformistiche della Corte costituzionale, era stato evidenziata « [l]a imprescindibilità dell'informazione di garanzia per una effettiva attuazione del diritto alla prova in sede dibattimentale e per un efficace contrasto dell'attività inquisitoria del pubblico ministero »[79].

Se, infatti, « [i]n assenza di sostanziali poteri di introduzione della prova ad opera della giurisdizione sguarnire la potenzialità di una qualsiasi delle parti o addirittura privilegiarne una rispetto alle altre, significa mortificare l'effettività della giurisdizione »[80], in linea di principio « consentire amplissimi quanto logici poteri di indagine al pubblico ministero in funzione dell'esercizio dell'azione nonché dell'introduzione di temi e mezzi di prova in ambito

---

[77] Di Chiara, *L'inquisizione come « eterno ritorno »: tecnica delle contestazioni ed usi dibattimentali delle indagini a seguito della sentenza 255/92 della Corte costituzionale*, cit., 2019.

[78] Grevi, *Indagini preliminari ed incidente istruttorio nella progettazione del nuovo processo penale: dal pubblico ministero « giudice » al pubblico ministero « parte »*, cit., 1848.

[79] Taormina, *Il processo di parti di fronte al nuovo regime delle contestazioni e delle letture dibattimentali*, cit., 449. « Non è assolutamente possibile ignorare oltre » – si leggeva in Taormina, *Come restituire il processo penale alla volontà del legislatore delegante*, cit., 405 – « l'esigenza di porre in condizione il cittadino di conoscere, fin dall'inizio, la pendenza di indagini preliminari a suo carico ». V'è da notare, tuttavia, come ancora prima il rapporto tra l'istituto della comunicazione giudiziaria ed il diritto di difesa – inteso, quest'ultimo, come diritto di difendersi provando – era generalmente riconosciuto. V., infatti, Barberini, *Incidenza della comunicazione giudiziaria sulla validità del processo*, cit., 1148.

[80] Taormina, *Il processo di parti di fronte al nuovo regime delle contestazioni e delle letture dibattimentali*, cit., 449.

processuale e non fare altrettanto per la persona sottoposta alle indagini, non può che costituire un gravissimo pregiudizio per quella effettività »[81].

Fatta questa premessa, non si è mancato di porre in rilievo, in relazione – non a caso, considerata la delicatezza dei problemi che la materia pone – all'art. 38 disp. att. c.p.p. come essa fosse « la norma più negletta e inosservata nella parte in cui [...] conferisce alla possibilità di ricerca ed indicazione di elementi il doppio valore di inerenza all'esercizio del diritto alla prova ed allo svolgimento delle indagini preliminari che essa stessa contribuisce ad integrare, perché l'ordinamento ne blocca in partenza l'operatività *nascondendo* alla persona che si indaga nei suoi confronti, attraverso, appunto, una autorizzazione ad una totale pretermissione della spedizione dell'informazione di garanzia »[82].

Alla luce di siffatto ordine di rilievi, ed anche al fine di privare l'informazione di garanzia di una qualsiasi cifra imputativa, la conclusione non poteva che essere nel senso che « non sussistono alternative alla generalizzazione della spedizione di detto atto, nel senso che ciò debba coincidere con il compimento del primo atto d'indagine, diretto o delegato, del pubblico ministero »[83].

In altri termini, se lo svolgimento di attività d'indagine in funzione accusatoria « ha una pressoché esclusiva strumentalità dell'esercizio del diritto alla prova in sede dibattimentale »[84], rispetto a questo punto « l'attuazione della *par condicio* è assolutamente ineludibile ed è ormai troppo ovvio che ciò possa verificarsi solo determinando identiche condizioni anche per l'indagato e tra queste è premessa di ogni altra l'informazione sull'inizio di pendenza delle indagini in modo da consentire l'attuazione di una parallela attività investigativa in funzione difensiva »[85].

In caso contrario, e cioè nell'ipotesi in cui il pubblico ministero, in attuazione di un disegno tattico che l'attuale disciplina dell'informazione di garanzia gli consente di predisporre, rinunci a compiere atti garantiti, verrebbe a generarsi « un *gap* incolmabile tra le indagini a carico e gli interventi della di-

---

[81] Taormina, *Il processo di parti di fronte al nuovo regime delle contestazioni e delle letture dibattimentali*, cit., 450.

[82] Taormina, *Il processo di parti di fronte al nuovo regime delle contestazioni e delle letture dibattimentali*, cit., 450.

[83] Taormina, *Il processo di parti di fronte al nuovo regime delle contestazioni e delle letture dibattimentali*, cit., 450.

[84] Taormina, *Come restituire il processo penale alla volontà del legislatore delegante*, cit., 406.

[85] Taormina, *Come restituire il processo penale alla volontà del legislatore delegante*, cit., 406.

fesa, determinato non tanto dal ritardo quantitativo che la difesa accuserà in relazione all'attività già svolta dal pubblico ministero, quanto piuttosto dalla carenza di indagini difensive nel periodo cruciale immediatamente susseguente alla commissione o alla scoperta del fatto-reato »[86].

Soltanto una visione del processo penale che trascuri l'esigenza di assicurare le condizioni essenziali affinché il processo stesso possa realizzare il proprio scopo, tuttavia, può spingere a sollecitare l'introduzione di un istituto a finalità comunicativa destinato ad operare automaticamente fin dal momento della percezione della notizia di reato da parte del pubblico ministero e, sotto questo profilo, sono dotate di impareggiabile chiarezza, al fine di evidenziare le distorsioni che potrebbero derivare da una simile soluzione legislativa, le parole utilizzate da attenta dottrina in sede di commento dell'informazione di garanzia: « Fiorito nel "garantismo inquisitorio" come avviso di procedimento (art. 8, l. 5 dicembre 1969, n. 392), poi comunicazione giudiziaria, tutelava l'inquisito ignaro: i vecchi artt. 304 e 390 lo imponevano "sin dal primo atto d'istruzione" o preistruttorio, compiuto dal pubblico ministero ovvero, su ordine suo, dalla polizia (artt. 231 e 232 codice 1930); e stando alla formula [...] lo presupponevano persino le intercettazioni telefoniche. Insomma, garantismo fino al suicidio istruttorio »[87].

D'altra parte, merita di essere evidenziato che la previsione legislativa di un'immediata comunicazione dell'avvio del procedimento che abbia come destinatario la persona ad esso sottoposta, non può ritenersi essere opzione costituzionalmente imposta.

L'art. 111 Cost., nel riconoscere alla persona accusata di un reato il diritto di "essere informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico", specifica che l'informazione deve essere data "nel più breve tempo possibile", utilizzando una formula precisa nell'individuazione dell'obbligo informativo che grava sui pubblici poteri, ma relativamente indefinita sul piano della localizzazione temporale del relativo adempimento.

Il legislatore costituzionale ha, evidentemente, inteso ammettere ragionevoli margini di discrezionalità legislativa in ordine all'individuazione del momento di procedura – e, nell'ambito di essa, tenendo conto delle peculiarità dei diversi riti compendiati dal codice processuale – in cui collocare il prospettato strumento comunicativo, consapevole di lavorare ad una disposizione costituzionale che si colloca « nel punto di frizione tra il diritto di difesa dell'ac-

---

[86] Di Chiara, *L'inquisizione come « eterno ritorno »: tecnica delle contestazioni ed usi dibattimentali delle indagini a seguito della sentenza 255/92 della Corte costituzionale*, cit., 2019.

[87] Cordero, *Procedura penale*, cit., 811.

cusato e l'esigenza di segretezza delle indagini. Da una parte vi è l'indagato che ha interesse a conoscere quanto prima l'esistenza di procedimenti nei suoi confronti per potere raccogliere elementi a discarico che successivamente potrebbero disperdersi. Dall'altra parte vi è il pubblico ministero che, per svolgere indagini efficaci, deve poter compiere atti a sorpresa (perquisizioni, intercettazioni, ecc.)»[88].

Quest'ordine di considerazioni ha portato la dottrina più attenta a ritenere costituzionalmente consentita un'opzione legislativa che non collochi l'informativa a ridosso del momento acquisitivo della notizia di reato, facendo leva sull'impiego di una espressione che «non significa "immediatamente"», bensì «non appena l'avviso all'indagato è compatibile con l'esigenza di genuinità e di efficacia delle indagini»[89].

La Corte costituzionale ha, d'altra parte, avuto modo di occuparsi incidentalmente della questione in due occasioni, precisando che il diritto dell'imputato, costituzionalmente garantito, ad essere informato nel più breve tempo possibile dei motivi dell'accusa a suo carico possa essere variamente modulato in relazione alla peculiare struttura dei singoli riti alternativi.

Sulla base di siffatta premessa, ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 459 e 460 c.p.p., in riferimento agli artt. 3, 24 e 111 Cost., nella parte in cui non prevedono che il giudice per le indagini preliminari, anteriormente all'emissione del decreto penale di condanna, debba consentire l'intervento della difesa sia pure sotto il profilo della produzione di memorie difensive e di documentazione[90].

Ha ritenuto, altresì manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 459 c.p.p., in riferimento agli artt. 3, 24 e 111 Cost., nella parte in cui non prevede che la difesa sia posta in condizione di contraddire, a livello meramente cartolare, sulla richiesta del pubblico ministero di emissione del decreto penale[91].

Subito dopo la Corte ha, sullo stesso tema, ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 459 c.p.p., in riferimento

---

[88] Tonini, *La prova penale*, cit., 11. Nello stesso senso v., inoltre, Confalonieri, *Diritto ad essere informati riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa*, in *Dir. pen. e processo*, 2000, 1007. Secondo Marzaduri, *Appunti sulla riforma costituzionale del processo penale*, in *Scritti in onore di A. Cristiani*, Torino, 2001, 457, il riferimento cronologico al "più breve tempo possibile" non sembra impedire la considerazione di interessi contrastanti con quello dell'accusato, in una logica di bilanciamento tra valori coinvolti nella sequenza processuale.

[89] Tonini, *La prova penale*, cit., 11.

[90] Corte cost., (ord.) 15 gennaio 2003, n. 8.

[91] Corte cost., (ord.) 15 gennaio 2003, n. 8.

agli artt. 3, 24 e 111 Cost., nella parte in cui non prevede che, prima di chiedere al giudice per le indagini preliminari l'emissione del decreto di condanna, il pubblico ministero debba disporre la notifica all'indagato dell'avviso di cui all'art. 415-*bis* c.p.p.[92].

La presa di posizione della Corte costituzionale costituisce, pertanto, l'autorevole conferma della necessità di interpretare in maniera flessibile il dato costituzionale, rafforzandosi così la tesi che riconosce al legislatore ordinario un ambito rimesso a valutazioni ragionevolmente discrezionali.

È dotata di autonomo rilievo, volendo esaminare la problematica in prospettiva comparativistica, la circostanza che il legislatore costituzionale abbia optato per una formula normativa caratterizzata da una maggiore flessibilità interpretativa rispetto alla terminologia utilizzata nel Patto internazionale dei diritti civili e politici, adottato a New York il 16 dicembre 1966, l'art. 15 del quale riconosce ad ogni individuo accusato di un reato il diritto "ad essere informato "sollecitamente"[...] della natura e dei motivi dell'accusa a lui rivolta".

Letto con rigore letterale e logico, per vero, l'avverbio "sollecitamente" sembra poco disposto ad assimilare significati espressivi dell'attribuzione di un qualsiasi rilievo alle esigenze di tutela dell'investigazione preliminare del pubblico ministero, realizzandosi nella formula di sintesi un bilanciamento tra valori nell'ambito del quale il diritto di difesa, di cui l'obbligo informativo sul contenuto dell'accusa costituisce l'irremovibile premessa, risulta assolutamente privilegiato.

È, dunque, compito del legislatore ordinario attuare la riserva di legge prevista dell'art. 111, comma 3 Cost. in maniera da soddisfare il pressante invito all'equilibrio delle soluzioni che la formula costituzionale contempla, ciò implicando la consapevolezza che "nel più breve tempo possibile" non significa né troppo presto – si rischierebbe il suicidio istruttorio – né troppo tardi, per evitare il suicidio difensivo.

La delicatezza degli interessi in gioco spiega l'enorme difficoltà di pervenire a soluzioni soddisfacenti su un tema nel quale si misura l'equilibrio del sistema processuale penale.

Non è un caso, infatti, che la Commissione prevista dagli artt. 7 e 8, legge 16 febbraio 1987, n. 81, avesse previsto di correggere la disciplina dei tempi dell'invio dell'informazione di garanzia, disponendo che la comunicazione dovesse avvenire entro sessanta giorni dall'iscrizione nel registro delle notizie di reato.

---

[92] Corte cost., (ord.) 4 febbraio 2003, n. 32.

La conformazione della disciplina processuale sul punto è rimasta sostanzialmente invariata e ad essa deve guardare, il legislatore, al fine di apportare i correttivi richiesti non più, soltanto, dalla logica di un sistema che ha scelto di fare delle investigazioni difensive un momento centrale della dinamica ricostruttiva dei fatti, ma dal dovere di adeguamento delle norme interne agli obblighi derivanti dalle fonti di matrice comunitaria.

Infatti, l'art. 6 della direttiva 2012/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 maggio 2012, sul diritto all'informazione nei procedimenti penali, obbliga gli Stati membri ad assicurare che alle persone indagate o imputate "siano fornite informazioni sul reato che le stesse sono sospettate o accusate di avere commesso".

Alla previsione di un siffatto obbligo informativo, espressamente connessa alla garanzia dell'equità del procedimento, non è estranea la considerazione del profilo temporale della fattispecie, disponendo, la norma comunitaria, che le informazioni sul contenuto dell'ipotesi accusatoria siano date "tempestivamente", non potendo andare oltre il momento in cui il merito dell'accusa è sottoposto all'esame dell'autorità giudiziaria soltanto un'informazione di secondo livello, afferente, cioè, anche alla natura ed alla qualificazione giuridica del reato, oltre che alla natura della partecipazione allo stesso dell'accusato.

La struttura della norma sopranazionale, dunque, prospetta una graduazione del dovere informativo secondo una dinamica che sembra collocare il primo stadio in un frangente non necessariamente posto a ridosso della chiusura della fase investigativa.

Gli "angusti" tempi stabiliti per il recepimento della direttiva[93] hanno fatto sì che, con la l. 6 agosto 2013 n. 96, fosse conferita delega al Governo per l'adozione del decreto legislativo di attuazione, secondo le procedure, i principi ed i criteri di cui agli artt. 31 e 32, legge 24 dicembre 2012 n. 234.

L'approccio minimalista seguito dal legislatore mediante il d. lgs. 1 luglio 2014, n. 164 ha determinato l'introduzione di innovazioni dall'entità e portata davvero limitati e, soprattutto, poco congruenti rispetto alla strutturazione complessa degli obblighi nascenti dalla direttiva comunitaria, la quale sembra imporre, infatti, una frammentazione dei meccanismi di comunicazione della pendenza del procedimento, dovendo quella necessaria ed indispensabile – ma, allo stesso tempo, sufficiente rispetto all'attivazione delle facoltà difensive del-

[93] Gli Stati membri, infatti, avrebbero dovuto adottare le disposizioni attuative entro il 2 maggio 2014.

l'accusato – essere tipicizzata in relazione alle fasi propriamente iniziali della procedura.

È ovvio che la strutturazione e la dislocazione del meccanismo informativo non possono non relazionarsi alle peculiari e rafforzate esigenze di segretezza che determinate tipologie di procedimenti pongono, anche al fine di prevenire il ricorso all'utilizzo di strumenti processuali – si pensi, per esempio, ad un utilizzazione funzionalmente distorta delle misure cautelari coercitive – in chiave compensativa del possibile indebolimento che la prospettiva di indagine subisce per effetto della comunicazione della pendenza del procedimento penale.

Può immaginarsi, dunque, il ricorso, anche nel settore in discorso, al modello del doppio binario, al fine di escludere dal meccanismo conoscitivo preliminare che la direttiva 2012/13/UE prefigura specifiche fattispecie di reato, ossia quelle particolarmente caratterizzate sotto i profili della potenzialità allarmistica del fatto e della capacità d'inquinamento degli autori.

La soluzione di corto respiro offerta dal legislatore fa sì che, sul tema, possa prospettarsi una situazione di stasi normativa ed allora la – fisiologica ed assodata – impossibilità di coniare un sistema comunicativo che operi in un arco ragionevolmente vicino all'acquisizione della notizia di reato fa comprendere come conservi ancora oggi carattere centrale, in funzione della tutela – già definita riflessa – della posizione della persona sottoposta alle indagini nella fase antecedente all'attivazione di un qualsiasi canale conoscitivo, una corretta modalità di esercizio della funzione investigativa da parte del pubblico ministero, ossia un *modus operandi* saldamente ancorato al principio di pluridirezionalità investigativa anche se, come puntualmente sottolineato dalla dottrina, « suscita comunque sconcerto il fatto che nella fase delle indagini preliminari solo lo scrupolo del pubblico ministero possa evitare di pregiudicare, in maniera talvolta irreversibile, la posizione dell'indagato »[94].

[94] Rivello, *Persona sottoposta alle indagini*, cit., 555.

CAPITOLO SETTIMO

LA DOMANDA DI INCIDENTE PROBATORIO

SOMMARIO: 1. Il contenuto della richiesta. – 2. Il contraddittorio sulla richiesta. – 3. Il differimento dell'incidente probatorio. – 4. Il differimento dell'incidente probatorio *ex* art. 391-*bis* c.p.p.

1. *Il contenuto della richiesta.*

La richiesta di incidente probatorio – presupposto necessario per l'avvio della procedura incidentale in quanto, come già detto, espressione del principio generale di disponibilità dei mezzi di prova[1] – ha un contenuto normativamente vincolato, trattandosi di un atto d'impulso i tratti contenutistici del quale sono presidiati dalla previsione, contenuta nell'art. 393, comma 3 c.p.p., di una specifica ipotesi di inammissibilità[2].

Sebbene l'articolazione normativa, la quale risale ad una fase storica in cui il ricorso all'incidente istruttorio non era ipotizzabile al di fuori delle indagini preliminari, lasci intendere che essa debba necessariamente avere forma scritta[3], l'intersezione creatasi tra l'istituto incidentale e udienza preliminare non preclude la possibilità che l'istanza introduttiva venga formulata, nella sede processuale, oralmente e documentata mediante l'attività di verbalizzazione tipica dell'udienza.

Secondo la dottrina, la richiesta di incidente probatorio è revocabile « fin tanto che il giudice non si sia pronunciato sulla sua ammissibilità, dopo di che la richiesta non sarà più revocabile, essendo venuto meno il potere di disporre della prova, sul quale prevale l'esigenza di accertamento dei fatti »[4].

Per vero, « [s]arebbe prigioniero di se stesso l'istante se, in difetto di altro titolo che sostenga la richiesta, la stessa avesse vigore ad onta dell'intervenuto atto di ritiro. Infatti, la revoca rappresenta una forma specifica di ritiro che

---

[1] La Rocca, *L'incidente probatorio*, cit., 232. Ma v., anche, Tranchina, *L'intervento dell'organo giurisdizionale durante lo svolgimento delle attività investigative*, in *Diritto processuale penale*, II, Milano, 2001, 151.

[2] Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 187.

[3] Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 207. Propone la previsione di una possibile richiesta orale, nell'immediatezza del fatto, da parte del pubblico ministero, Muscatiello, *Alcuni spunti di riflessione sul tema delle indagini preliminari*, cit., 705.

[4] Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 81. Nello stesso senso v., inoltre, Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 224.

riassume il suo carattere nell'eliminazione del precedente atto e, dunque, nella relativa inidoneità a produrre effetti ulteriori. La reversibilità di quelli prodotti deve, così, ritenersi ammessa, nel silenzio della legge »[5].

La richiesta, alla quale possono essere allegati, ai sensi dell'art. 395 c.p.p., oggetti o documentazione, dandosi così corpo ad un *dossier* « il cui unico destinatario è il giudice chiamato a delibare sull'ammissibilità della domanda [e del quale] i controinteressati non sono in grado di prendere visione, atteso che la notifica prescritta dall'art. 395 c.p.p. concerne solo la domanda di incidente, e non anche il suo eventuale corredo »[6], deve indicare, ai sensi dell'art. 393, commi 1 e 2 c.p.p.:

a) la prova da assumere, i fatti che ne costituiscono l'oggetto e le ragioni della sua rilevanza per la decisione dibattimentale;

b) le persone nei confronti delle quali si procede per i fatti oggetto della prova;

c) le circostanze che, a norma dell'art. 392 c.p.p., rendono la prova non rinviabile al dibattimento.

Allorquando la richiesta di incidente probatorio è proposta dal pubblico ministero, essa deve contenere, altresì, l'indicazione dei difensori delle persone interessate all'assunzione della prova, della persona offesa e del suo difensore.

Nel caso in cui, allo stato degli atti, non risultano essere state effettuate nomine difensive da parte degli indagati – evenienza possibile, posto che può accadere che gli interessati non vi abbiano provveduto, magari in ragione della mancata notificazione di un atto equivalente all'avviso di garanzia – è onere del pubblico ministero procedere alla designazione di un difensore d'ufficio[7].

La prima delle indicazioni necessarie della richiesta[8] è finalizzata a delimitare il profilo oggettivo dell'incidente probatorio[9], concorrendo a definire il mezzo di prova da assumere[10], il *thema probandum*[11] e la relazione di perti-

---

[5] Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 211. *Contra*, invece, De Roberto, *Incidente probatorio*, cit., 11.

[6] Di Chiara, *Incidente probatorio*, cit., 558.

[7] La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 614. Così, anche, Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 188; Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 210.

[8] Sul grado di analiticità della stessa v. la sintesi delle diverse posizioni esposta da Sau, *Art. 393*, cit., 4880.

[9] Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 80.

[10] Il quale, fa notare Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 183, deve corrispondere ad uno di quelli tipizzati dall'art. 392 c.p.p. Ma v., altresì, Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 80, il quale evidenzia come non si possa richiedere l'assunzione di prove *ex* art. 189 c.p.p.

[11] L'indicazione è, secondo Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 183, « in linea con la *scelta monotematica* operata, in generale, nell'art. 187 1° comma c.p.p. [trattandosi del] primo passo, es-

nenza e rilevanza della prova rispetto alla decisione da assumere in rapporto alla – soltanto preventivabile, ovviamente – *res iudicanda*[12].

Connotato, l'ultimo, tanto analitico quanto complicato da predisporre sia sul versante retrospettivo che sul piano prospettico[13], in quanto, non potendosi fare riferimento ad un'imputazione già formulata – fatto salvo, ovviamente, il caso di incidente interno alla fase dell'udienza preliminare – occorre costruire l'indicazione in discorso ponendo al centro di essa un succedaneo idoneo allo scopo tipico dell'atto propulsivo: criterio che la dottrina ha individuato in quello della proto imputazione enucleabile, fattore che permetterà di misurare e controllare sia il *factum probans* rispetto al *factum probandum*, sia la prospettazione concernente la presunta efficacia della prova rispetto alla deliberazione finale[14].

Si tratta del primo dei segmenti procedurali destinati a delineare l'oggetto della futura attività acquisitiva, costituendo una fase introduttiva di temi di prova che può essere modificata dalle parti – pubblico ministero ovvero persona sottoposta alle indagini – mediante la presentazione di deduzioni *ex* art. 396 c.p.p.

Attraverso la necessaria indicazione delle persone nei confronti delle quali si procede per i fatti oggetto della prova il legislatore persegue l'obiettivo di iniziare a definire sin dai primi istanti della procedura l'ambito soggettivo dell'incidente probatorio, trattandosi di una dimensione direttamente incidente sui margini di utilizzabilità della prova di prossima acquisizione.

La terminologia utilizzata dal legislatore nella costruzione della norma sembra sganciare l'onere di indicazione dall'assunzione della qualità di persona sottoposta alle indagini nell'ambito del procedimento, potendo essere in-

---

senziale, di un sistema che intende realizzare una dialettica tra le parti, ossia il contraddittorio». Negli stessi termini v., inoltre, Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 207, per il quale siffatte indicazioni «si giustificano in relazione al generale principio, desumibile dagli artt. 187 e 190 c.p.p., secondo il quale la prova deve avere ad oggetto un *thema probandum* specifico, non deve essere vietata dalla legge [...] o manifestamente superflua rispetto alla decisione dibattimentale».

[12] L'analiticità della domanda, osserva Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 186, «è preordinata a predisporre le condizioni per un controllo non esteriore dell'oggetto, a "preparare" l'organo delle informazioni necessarie (decisioni cognita causa) e, in definitiva, a preservare il provvedimento da possibili errori».

[13] Distingue i due piani, sebbene in stretta correlazione tra essi, Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 184. Come rileva Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 80, l'art. 393 c.p.p. pone un problema di specificità dal momento che, essendo in corso le indagini preliminari, non si può pretendere un'assoluta precisione, soprattutto in relazione al *thema probandum*.

[14] Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 184.

teressati ai fatti oggetto di prova soltanto alcuni tra i diversi indagati ovvero, al contrario, anche soggetti indagati in procedimenti connessi o collegati[15].

Anche rispetto a siffatta indicazione v'è spazio per adeguamenti e integrazioni, alla luce della facoltà, conferita al pubblico ministero ed all'indagato, di presentare deduzioni *ex* art. 396 c.p.p. al fine, altresì, di indicare altre persone interessate a norma dell'art. 393, comma 1, lett. b) c.p.p.

Si tratta di una disposizione che, essendo finalizzata ad assicurare una forma di contraddittorio anticipato rispetto alla delimitazione dell'ambito soggettivo dell'incidente istruttorio, delinea un principio generale di corresponsabilità nella identificazione delle persone interessate, in forza del quale è possibile risolvere il problema dei limiti di operatività della disposizione sanzionatoria di cui all'art. 393, comma 3 c.p.p.

Alla luce della circostanza che la persona sottoposta alle indagini potrebbe non avere contezza della strutturazione soggettiva del procedimento e, quindi, del coinvolgimento in esso di altre persone, ci si è chiesti, infatti, se l'onere di indicazione di cui all'art. 393, comma 1, lett. b) c.p.p. sia imposto anche a quest'ultimo a pena di inammissibilità[16].

Orbene, la norma non contiene elementi che consentano di distinguere, sul versante problematico che ci occupa, a seconda della provenienza dell'istanza[17], ma mentre il pubblico ministero ha modo di verificare tutti i profili di rilevanza della prova di cui chiede l'assunzione in via anticipata e, quindi, rispetto a questi può configurarsi l'onere di proporre una richiesta sufficientemente composita[18], il difensore della persona sottoposta alle indagini non può fare altro che affidarsi alle circostanze legalmente note, proponendo un'istanza le cui eventuali lacune sul versante dell'indicazione delle persone interessate bene si prestano ad essere colmate alla luce delle deduzioni del pubblico ministero[19].

---

[15] La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 613. In senso critico rispetto a siffatta impostazione estensiva v., invece, Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 212.

[16] V., per una sintesi delle diverse posizioni in ambito dottrinario, La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 613.

[17] Molari, *L'incidente probatorio*, cit., 345, il quale ritiene la contraria interpretazione « un consiglio molto saggio per una futura opzione legislativa ».

[18] Come fa notare Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 187, la norma « potrebbe essere osservata adeguatamente dal pubblico ministero (che cumula la doppia figura: istante dell'atto preacquisitivo e titolare del procedimento penale), mentre tale adempimento (la condizione per l'ammissibilità della richiesta incidentalprobatoria) rimane oscuro per l'istante suo sottoposto ».

[19] Pertanto, osserva Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 210, « [o]nerarlo di indicazioni, nella richiesta, superflue e a volte impossibili da effettuare, a pena di inammissibilità dell'istanza, appare eccessivo rispetto al concreto interesse difensivo di cui è portatore ». In senso contrario v., invece, Molari, *L'incidente probatorio*, cit., 345, per il quale l'indagato « dovrebbe

L'indicazione delle circostanze che, a norma dell'art. 392 c.p.p., rendono la prova non rinviabile al dibattimento è funzionale all'assicurazione della funzione tipica dell'incidente probatorio, ogni illegittimo scostamento dalla quale si traduce in una immotivata limitazione dei principi fondamentali di oralità e immediatezza.

Ovviamente, si tratta di un dato informativo calibrato sull'originaria struttura dell'art. 392 c.p.p. e sul quale, quindi, hanno indirettamente inciso le riforme che, nel corso degli anni, hanno progressivamente ampliato i casi in cui è consentito fare ricorso alla procedura incidentale a prescindere dalla ricorrenza dei requisiti indicati dall'art. 392 c.p.p.[20].

Pertanto, ferma restando la necessità di specificare la ricorrenza delle ragioni legittimanti la forma di incidente di volta in volta richiesta – quali, per esempio, i presupposti dell'incidente *ex* art. 392, comma 1-*bis* c.p.p.[21] – l'indicazione del requisito in discorso diviene superflua in tutti i casi in cui il ricorso alla procedura incidentale è consentito in via generale, a prescindere dalla ricorrenza di situazioni di indifferibilità della prova: « per ess[i], dunque, il giudizio di ammissibilità della domanda si focalizzerà sulla mera sussistenza dei requisiti soggettivi e oggettivi previsti da ciascuna singola tipologia di accesso al rito incidentale, nonché sul generale profilo della pertinenza-rilevanza

---

sperare d'essere l'unico indiziato, altrimenti la sua sarebbe una richiesta vana, tutte le indicazioni in parola essendo prescritte a pena d'inammissibilità ».

[20] Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 82; Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 215. Secondo Macchia, *Nuove norme in materia di rinvio a giudizio, di udienza preliminare e di incidente probatorio*, cit., 335, « [c]i si potrebbe chiedere se il presupposto della non rinviabilità, seppure non più tipizzato attraverso l'enunciazione dei "casi" in cui è consentito assumere tali dichiarazioni con l'incidente probatorio, permanga come condizione limite all'attivazione dell'istituto, ad evitare che lo stesso venga promosso, per così dire, *ad nutum* e "alla cieca", nel senso che, in assenza di qualsiasi limite, l'assunzione anticipata della prova verrebbe fatta dipendere, non dall'esigenza di salvaguardarne gli esiti, ma dalle strategie e dalle inespresse e incontrollabili "prognosi" che possono indurre le parti a conseguire la cristallizzazione di un determinato tessuto dichiarativo. Tutto ciò sarebbe forse [...] non soltanto ragionevole, ma anche sistematicamente corretto, sicché la modifica normativa dell'art. 392 potrebbe anche essere interpretata nel senso che la scomparsa dei precedenti limiti operi sì quale abbassamento della soglia di ammissibilità dell'incidente (non e' quindi più richiesto che la persona da esaminare si trovi nelle particolari condizioni previste dalle lettere *a*) e *b*) dello stesso art. 392), ma non al punto da esonerare la parte richiedente dall'indicare le ragioni – ormai non più tipizzate – che rendono la prova non rinviabile alla pur sempre fisiologica sede dibattimentale. Tuttavia, se si considera che, a norma dell'art. 393, lett. *c*), le circostanze che "rendono la prova non rinviabile al dibattimento" sono soltanto quelle previste dall'art. 392, il tentativo [...] si presenta certamente arduo, anche se, ripeto, a mio avviso ancora tutto da perscrutare e approfondire ».

[21] Bargis, *Commento alla l. 15.2.1996 n. 66 (Norme contro la violenza sessuale). Art. 13*, cit., 502.

della prova richiesta, valutabile alla stregua dei criteri indicati negli artt. 187 e 190 c.p.p. »[22].

È importante rilevare, inoltre, come la Corte di cassazione ha adottato un orientamento teso a ridimensionare la portata dell'obbligo del giudice per le indagini preliminari – la quale sembrava scaturire a chiare lettere dalla norma, oltre che dalla funzione peculiare che l'istituto assolve nell'ambito del sistema investigativo difensivo – di aderire alla richiesta della difesa in ordine all'attivazione dell'incidente probatorio, avendo stabilito che, sebbene si tratti di una richiesta avanzata ai sensi dell'art. 391-*bis*, comma 11 c.p.p., essa non presuppone alcun automatismo, implicando una valutazione positiva del giudice circa la rilevanza, ai fini investigativi, delle circostanze in relazione alle quali si vuole che la persona sia sentita, circostanze che, ovviamente, devono essere specificamente indicate nell'istanza[23].

La presa di posizione della Corte di cassazione non può che essere censurata, poiché trascura di considerare la peculiarità dell'incidente probatorio speciale, ossia la sua funzione suppletiva rispetto ad un'attività investigativa unilaterale resa impraticabile da una consapevole opzione della persona informata sui fatti.

Caratteristica, questa, che, così come rende l'istituto del tutto autonomo rispetto a qualsiasi prospettazione di ragioni d'urgenza ed indifferibilità dell'acquisizione probatoria richiesta – come, del resto, confermato dalla lettera dell'art. 391-*bis*, comma 11 c.p.p. – allo stesso modo si presenta come idonea a sottrarlo ai modelli di funzionamento dei meccanismi introduttivi dell'incidente ordinario[24].

Posto, dunque, che il difensore si troverebbe di fronte ad un provvedimento avverso il quale non è proponibile, sebbene adottato illegittimamente, alcun mezzo di gravame, è evidente che, con una decisione insindacabile e particolarmente estesa sul piano delle possibilità di valutazione del giudice, si finirebbe per negare il compimento, sebbene in via indiretta, di un atto d'investigazione difensiva, vanificando in concreto una delle più importanti facoltà difensive previste dalla legge[25].

---

[22] Di Chiara, *Incidente probatorio*, cit., 559. V., inoltre, Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 82, secondo il quale l'art. 393, comma 3 c.p.p. dovrà essere interpretato « tenendo presente le modifiche dei presupposti dell'incidente probatorio ».

[23] Cass. pen., Sez. III, 14 dicembre 2011, n. 1399.

[24] Negli stessi termini v., in relazione all'applicabilità dell'art. 398 c.p.p., Biondi, *Può sindacare il giudice la rilevanza investigativa della deposizione da assumere ai sensi dell'art. 391-bis, comma 11, c.p.p.?*, cit., 1779.

[25] In senso egualmente critico rispetto alla citata sentenza v., altresì, Ruggiero, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., 78. Critica la sentenza della Suprema Corte, inoltre, Bortolin, *È*

2. *Il contraddittorio sulla richiesta.*

Il codice processuale pone a carico del proponente della richiesta di incidente probatorio[26] una serie di adempimenti finalizzati sia a porre il giudice nelle condizioni di valutare i diversi profili di ammissibilità e fondatezza della stessa, sia ad instaurare una fase di contraddittorio nel cui ambito contrastare la richiesta stessa ovvero concorrere a definire gli ambiti soggettivo ed oggettivo della procedura incidentale[27].

Si tratta di un complesso di passaggi abbastanza laborioso che, in relazione al caso di incidente probatorio instaurato nella fase dell'udienza preliminare, può essere sostituito da tutta una serie di comunicazioni verbali annotate nel verbale di udienza.

La richiesta di incidente probatorio, puntualizza infatti l'art. 395 c.p.p., deve essere depositata nella cancelleria del giudice per le indagini preliminari[28], unitamente ad eventuali cose o documenti[29], e deve essere notificata – la prova della notificazione è depositata in cancelleria, al fine di documentare la regolare instaurazione del contraddittorio cartolare previsto dall'art. 396 c.p.p.[30] – a cura di chi l'ha proposta, a seconda dei casi, al pubblico ministero e alle persone indicate nell'art. 393, comma 1, lett. b) c.p.p.[31].

---

rigettabile la richiesta di incidente probatorio avanzata nell'ambito di un'investigazione difensiva, ex art. 391-bis, comma 11 c.p.p.?, cit., 1049. Allo stesso modo, Biondi, *Può sindacare il giudice la rilevanza investigativa della deposizione da assumere ai sensi dell'art. 391-bis, comma 11, c.p.p.?*, cit., 1780, evidenzia come qualsiasi sindacato sul merito della richiesta determina un'inammissibile ingerenza rispetto alle scelte del difensore in ordine alla propria linea difensiva. *Contra*, invece, Follieri, *Inoppugnabile l'ordinanza che nega l'incidente probatorio richiesto dal difensore ai sensi dell'art. 391-bis comma 11 c.p.p.?*, cit., 2718.

[26] Rileva Sau, *Art. 395*, in *Codice di procedura penale*, a cura di Giarda, Spangher, Milanofiori Assago, 2010, 4898, come la previsione di un onere a carico del proponente sia da ricondurre a ragioni di semplificazione del rito e di speditezza.

[27] Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 217.

[28] Il deposito, sottolinea Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 203, determina la pendenza della domanda.

[29] Con quest'ultimo riferimento, sottolinea La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 616, si allude a quel complesso di allegazioni che possono servire per dimostrare la sussistenza delle ragioni poste a fondamento della domanda. Come fa notare Di Chiara, *Incidente probatorio*, cit., 558, atteso che la notifica prescritta dall'art. 395 c.p.p. concerne solo la domanda di incidente, e non anche il suo eventuale corredo, gli allegati non sono noti ai controinteressati.

[30] Fa notare Galasso, *L'incidente probatorio nel nuovo codice di procedura penale*, cit., 693, come l'art. 395 c.p.p. non preveda alcuna sanzione per la mancata osservanza di quest'ultima prescrizione. Secondo De Roberto, *Incidente probatorio*, cit., 11, è inammissibile un'istanza non accompagnata dalla notificazione, sebbene la legge sia silente sul punto.

[31] Secondo Macchia, *Incidente probatorio e udienza preliminare: un matrimonio con qualche*

Come è stato evidenziato, la richiesta, la relativa notificazione ed i connessi depositi compongono gli atti di un'attività preliminare alla quale si connette la facoltà di deduzione, secondo un itinerario che, rendendo funzionali i primi alla seconda, realizza un tessuto unitario[32].

Il puntuale richiamo alla disposizione poco sopra citata consente di escludere dal novero dei destinatari della notifica la persona offesa dal reato, la quale viene pertanto estromessa dalla fase preordinata alla verifica dei presupposti legittimanti l'instaurazione dell'incidente evidentemente in ragione del fatto che essa « pur essendo legittimata a partecipare all'udienza di assunzione della prova anticipata [...] non è legittimata a proporre l'incidente probatorio e, pertanto, non può avere diritto a partecipare a quel contraddittorio cartolare che si sviluppa a seguito della notificazione della richiesta proposta da una delle parti »[33].

Se, tuttavia, l'incidente probatorio è stato richiesto dalla persona offesa ai sensi dell'art. 391-*bis*, comma 11 c.p.p., è ovvio che il soggetto richiedente avrà l'onere di procedere alla notificazione dell'istanza sia al pubblico ministero che agli indagati[34].

Per quel che concerne il difensore della persona sottoposta alle indagini, la norma non prevede che la richiesta formulata dal pubblico ministero debba essere a questi notificata.

La Corte costituzionale ha, tuttavia, chiarito che, sebbene il richiamo dell'art. 395 c.p.p. all'art. 393 c.p.p. e la lettera delle espressioni usate in quest'ultimo, specie se poste a raffronto con quelle dell'art. 396 c.p.p., facciano ritenere che la richiesta di incidente probatorio proposta dal pubblico ministero debba essere notificata alla persona sottoposta alle indagini preliminari ma non anche al suo difensore, altri aspetti di ordine sistematico devono essere valorizzati al fine di rendere preferibile alla soluzione opposta[35].

La Corte ha, in particolare, fatto riferimento all'operatività, anche in relazione alla procedura incidentale, delle previsioni contenute nell'art. 61 c.p.p., relativa all'estensione alla persona sottoposta alle indagini preliminari dei diritti e delle garanzie dell'imputato, e nell'art. 99, comma 1 c.p.p., circa l'esten-

---

ombra, cit., 1792, nell'ambito dell'udienza preliminare « nulla vieta di ritenere che gli oneri di notificazione possano essere soddisfatti seduta stante attraverso l'oralità, onde consentire alle altre parti e ai rispettivi difensori di formulare le eventuali deduzioni ».

[32] Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 204. Ma v., anche, La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 616.

[33] Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 221.

[34] Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 222.

[35] Corte cost., 10 ottobre 1990, n. 436.

sione al difensore delle facoltà e diritti dell'imputato, se non riservati personalmente a quest'ultimo.

Ha posto in rilievo, poi, la finalità della notifica, individuata nello scopo di consentire alle parti di svolgere un complesso di attività che sottendono un adeguato esercizio della difesa tecnica e che devono avere luogo entro spazi temporali ristrettissimi.

Ha sottolineato, infine, la prescrizione, da parte dello stesso art. 393, comma 2 c.p.p., dell'indicazione, nella richiesta del pubblico ministero, anche dei difensori delle persone interessate.

Pertanto, è l'operazione ermeneutica posta in essere dalla Corte, la richiesta di incidente probatorio proposta dal pubblico ministero deve necessariamente essere notificata anche ai difensori della persona sottoposta alle indagini[36].

L'opzione interpretativa è stata recepita dalla giurisprudenza di legittimità, secondo la quale l'art. 395 c.p.p., come interpretato dalla Corte costituzionale, impone la notifica della richiesta di incidente probatorio avanzata dal pubblico ministero non soltanto alla persona sottoposta alle indagini ma anche al suo difensore[37].

Siffatto adempimento, però, non può considerarsi dovuto quando, costituendo la richiesta il primo atto del procedimento in base al quale deve darsi luogo ad informazione di garanzia ed essendo stata quest'ultima spedita contestualmente alla richiesta stessa, non vi sia ancora in atti la nomina di alcun difensore[38].

Diversamente, l'inosservanza dell'obbligo di notifica al difensore – ma la considerazione può essere estesa, ovviamente, all'obbligo di notifica a qualunque degli aventi diritto – integra una ipotesi di nullità a regime intermedio che si estende al provvedimento di accoglimento del giudice[39].

Come si è già avuto modo di vedere, attraverso la notificazione della richiesta si instaura una fase di contraddittorio esterno propedeutico alla delibazione del giudice in tema di ammissibilità dell'incidente[40] ed ispirato a criteri di speditezza e semplificazione[41].

---

[36] Corte cost., 10 ottobre 1990, n. 436.

[37] Cass. pen., Sez. VI, 20 marzo 1991, Santeramo.

[38] Cass. pen., Sez. VI, 20 marzo 1991, Santeramo. In senso critico rispetto a siffatta conclusione v., correttamente, Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 110, in quanto non tiene conto della necessità di designare un difensore d'ufficio.

[39] V., in dottrina, La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 618. Per un quadro sintetico dei diversi orientamenti dottrinali sul punto v., inoltre, Sau, *Art. 395*, cit., 4902.

[40] Di Chiara, *Incidente probatorio*, cit., 559.

[41] Conso, Grevi, Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalla legge delega ai decreti delegati*, IV, *Il progetto preliminare del 1988*, cit., 923.

Nell'ambito della fase preliminare chi vi ha interesse può contrastare la richiesta da altri proposta, perché priva dei requisiti di ammissibilità ovvero non adeguatamente sorretta sul versante della rilevanza dell'esperimento istruttorio, ovvero concorrere a definire gli ambiti soggettivo ed oggettivo della procedura incidentale[42].

L'art. 396, comma 1 c.p.p. prevede, infatti, che entro due giorni dalla notificazione della richiesta, il pubblico ministero ovvero la persona sottoposta alle indagini – ma anche il difensore, ovviamente, alla luce della sopra riferita presa di posizione della Corte costituzionale e conformemente con quanto ritenuto dalla generale dottrina[43] – possono presentare deduzioni sull'ammissibilità e sulla fondatezza della stessa, depositare cose, produrre documenti nonché indicare altri fatti che debbano costituire oggetto della prova e altre persone interessate a norma dell'art. 393, comma 1, lett. b) c.p.p.

Le deduzioni, dunque, possono innanzitutto avere per oggetto l'ammissibilità o la fondatezza della richiesta di incidente probatorio, ma tramite siffatti interventi si potrebbe contestare, altresì, l'inosservanza delle previsioni di cui all'art. 393, commi 1 e 2 c.p.p., oppure l'estraneità del mezzo di prova richiesto rispetto ai casi contemplati nell'art. 392 c.p.p., o, ancora, la sussistenza di un'ipotesi di incompatibilità di cui all'art. 197 c.p.p.

La portata di esse, però, può essere « più ampia della semplice interlocuzione sulle questioni già prospettate dalla parte richiedente »[44].

La previsione contenuta nell'ultima parte dell'art. 396, comma 1 c.p.p. consente, infatti, di definire compiutamente l'ambito oggettivo e soggettivo dell'incidente probatorio – magari con il supporto della documentazione allegata – e, secondo la dottrina, vale a confermare l'eccezionalità dell'ipotesi di estensione dell'incidente probatorio prevista dall'art. 402 c.p.p., ipotesi da riservare ai soli casi in cui la necessità di ridefinirne l'ambito è dettata da successive emergenze[45].

Concorrendo, dunque, alla definizione del tema di prova, esse incidono in maniera determinante sui successivi sviluppi della procedura incidentale, poiché il giudice dovrà stabilire i confini del *thema probandum* nei limiti delle in-

---

[42] La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 618.

[43] Sau, *Art. 396*, in *Codice di procedura penale*, a cura di Giarda, Spangher, Milanofiori Assago, 2010, 4904.

[44] Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 111.

[45] Caprino, *Art. 396 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Gaito, Milanofiori Assago, 2012, 2515. In senso contrario v., invece, Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 112, per il quale l'estensione dell'incidente potrebbe scaturire anche dalle emergenze riconducibili alle deduzioni delle parti.

dicazioni contenute nella richiesta e nelle deduzioni *ex* art. 398, comma 2, lett. a) e b) c.p.p.[46].

Il termine previsto dalla disposizione in esame, particolarmente breve in ragione delle esigenze di speditezza sottese all'intera procedura incidentale[47], è ritenuto dalla dottrina prevalente di carattere ordinatorio, di talché si ritiene che la preclusione all'esercizio del diritto al contraddittorio cartolare maturi soltanto con la pronuncia giudiziale sull'ammissibilità e fondatezza della richiesta di incidente probatorio[48].

Se il destinatario principale delle deduzioni delle parti è il giudice – al quale esse sono funzionalmente destinate, dovendo essere valutate per assumere le opportune determinazioni in ordine all'ammissione o al rigetto dell'incidente[49] – al fine di assicurare la speditezza della procedura incidentale l'art. 396, comma 2 c.p.p. stabilisce che copia delle deduzioni stesse deve essere consegnata dalla persona sottoposta alle indagini alla segreteria del pubblico ministero, in modo che questi sia posto nelle condizioni di comunicare – senza ritardo, prescrive genericamente la norma – al giudice le indicazioni necessarie per gli avvisi di cui all'art. 398, comma 3 c.p.p.[50].

La persona sottoposta alle indagini, a sua volta, può prendere visione ed estrarre copia delle deduzioni presentate dalle altre parti, senza che queste ultime – incluso, ovviamente, il pubblico ministero – siano gravate da oneri informativi.

In ogni caso, non è prevista la possibilità, qualora si sia venuti a conoscenza delle deduzioni da altri proposte, di controdedurre o integrare le osservazioni già presentate.

---

[46] Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 210.

[47] Sau, *Art. 396*, cit., 4905.

[48] Così, in dottrina, La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 619; Borasi, *L'anticipazione dell'assunzione probatoria: evoluzione e prospettive future*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2010, 24; Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 113; Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 210. Ma v., diversamente, Caprino, *Art. 396 c.p.p.*, cit., 2515, secondo la quale, nel caso in cui gli elementi posti a fondamento delle deduzioni vengano a conoscenza dell'interessato dopo lo spirare del termine, il limite preclusivo alla presentazione delle deduzioni verrebbe ad essere segnato dal momento di apertura dell'udienza, ai sensi dell'art. 401, comma 4 c.p.p.

[49] Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 112.

[50] La funzionalizzazione del dovere di trasmissione delle deduzioni rispetto all'individuazione di eventuali persone interessate all'incidente è sottolineata da Bargis, *Incidente probatorio*, cit., 352. Secondo Caprino, *Art. 396 c.p.p.*, cit., 2515, non è, comunque, prevista alcuna sanzione nel caso di mancato rispetto di questo adempimento, poiché si tratta di uno pseudo onere per l'indagato, con la conseguente ammissibilità dell'atto anche in assenza del rispetto di questa formalità.

3. *Il differimento dell'incidente probatorio.*

L'art. 397 c.p.p., come è noto, consente al pubblico ministero di chiedere che il giudice, investito di una richiesta di acquisizione anticipata della prova proveniente dall'indagato, disponga il differimento dell'incidente probatorio quando la sua esecuzione si presenti come idonea a pregiudicare l'esito di uno o più atti d'indagine preliminare[51].

Si tratta di una cautela preposta alla salvaguardia dell'efficacia dell'attività investigativa del pubblico ministero, la quale potrebbe essere pregiudicata dall'acquisizione, ad opera della controparte, di elementi conoscitivi destinati ad essere svelati nel corso dell'esperimento probatorio anticipato[52].

Infatti, come si avrà modo di vedere, « [l]'espletamento dell'incidente probatorio produce una inevitabile *discovery*, che, quantunque parziale, potrebbe facilmente pregiudicare il prosieguo delle indagini »[53].

È stato a ben ragione sottolineato, dunque, come attraverso l'istituto del differimento previsto dall'art. 397 c.p.p. si scongiura « il rischio che l'incidente probatorio 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] »[54].

« La norma in questione » – in virtù della quale, dunque, il sistema acquista flessibilità (quanto ai moduli) e duttilità (quanto agli strumenti operativi)[55] – « diviene fondamentale in quei casi nei quali l'incidente è stato richiesto in via strumentale al solo fine di conoscere lo stato delle indagini, ma nulla toglie che possa ottenersi il differimento anche qualora il pregiudizio per le indagini non sia stato artatamente creato dall'indagato »[56].

---

[51] « Apparentemente antinomico rispetto al presupposto richiesto dalla legge per l'acquisizione anticipata della prova » – osserva De Roberto, *Incidente probatorio*, cit., 12 – « l'istituto del differimento ne sottolinea, in effetti, uno dei profili più significativi in rapporto allo scopo che l'incidente è destinato ad adempiere ». Evidenzia Sau, *Art. 397*, in *Codice di procedura penale*, a cura di Giarda, Spangher, Milanofiori Assago, 2010, 4908, come il meccanismo sia ammesso soltanto in senso unidirezionale, il che appare persino logico poiché « la investigazione presa in considerazione e tale da dover essere opportunamente "protetta" può essere solo quella del p.m., laddove non è pensabile alcuna preclusione rispetto alla facoltà dei difensori di svolgere investigazioni difensive per ricercare elementi di prova a favore del proprio assistito ».

[52] La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 620. V., altresì, De Roberto, *Incidente probatorio*, cit., 12; Di Chiara, *Incidente probatorio*, cit., 559; Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 212.

[53] Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 132.

[54] Macchia, *L'incidente probatorio*, cit., 1604.

[55] Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 214.

[56] Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 133.

Lo strumento cautelare non opera automaticamente, essendo necessario un atto propulsivo che, naturalmente, non può che essere collocato nell'aera di pertinenza del pubblico ministero, unico soggetto in grado di valutarne la necessità rispetto alle esigenze di riservatezza delle indagini.

Infatti, la legittimazione a richiedere il differimento dell'incidente probatorio spetta esclusivamente al titolare delle indagini preliminari, senza che sul punto possa configurarsi un potere di sollecitazione della persona offesa analogo a quello di cui all'art. 394 c.p.p.[57].

L'art. 397, comma 1 c.p.p. prevede, quale condizione per l'accoglimento dell'istanza, che ricorrano – necessariamente e congiuntamente – due presupposti[58]:

1. l'espletamento dell'incidente probatorio deve pregiudicare il compimento di uno o più atti di indagine;

2. il differimento dell'incidente non deve nuocere all'assunzione della prova.

Ed infatti, la richiesta di differimento, la quale deve, a pena di inammissibilità, essere presentata nella cancelleria del giudice entro due giorni dalla notifica della richiesta di incidente probatorio, deve contenere l'indicazione dell'atto o degli atti di indagine preliminare che l'incidente stesso pregiudicherebbe e le cause del pregiudizio, oltre che il termine del differimento richiesto[59].

V'è, in dottrina, chi estende la previsione di inammissibilità al caso di omissione delle indicazioni contenutistiche della richiesta[60], anche se non manca chi deduce, in senso contrario, che la mancata previsione dell'inammissibilità rispetto ai casi di difetto contenutistico della richiesta è « ben comprensibile, ove si tenga presente che una motivazione carente della richiesta di differimento determinerà il rigetto nel merito, in quanto, il giudice non essendo stato portato a conoscenza delle esigenze di indagine, non potrà valutarne positivamente l'esistenza »[61].

La norma fa emergere, in ogni caso, il carattere necessariamente specifico del pregiudizio che si prospetta come rilevante[62], nel senso che il pubblico ministero non deve limitarsi ad evocare un generico effetto pregiudizievole per le

---

[57] La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 620. La stessa richiama, sul punto, De Roberto, *Incidente probatorio*, cit., 12. Ma v., anche, Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 133.

[58] Che De Roberto, *Incidente probatorio*, cit., 12, distingue in condizione negativa e condizione positiva.

[59] La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 620.

[60] De Roberto, *Incidente probatorio*, cit., 12.

[61] Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 134.

[62] La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 621.

indagini preliminari, ma deve specificamente indicare il singolo atto od i singoli atti la cui esecuzione subirebbe un'irrimediabile compromissione per effetto dell'attività ostensiva connessa all'espletamento dell'incidente, esponendo altresì le cause del pregiudizio[63].

Dalla formulazione della norma emerge, altresì, come il differimento non possa essere concesso allorquando si prospetti un pregiudizio che attiene ai risultati di atti già compiuti[64], dovendosi trattare di attività investigative ancora da compiere e rispetto alle quali l'espletamento dell'incidente si propone quale fattore direttamente pregiudicante[65].

In riferimento al secondo dei presupposti di ammissibilità sopra indicati, la dottrina ha unanimemente segnalato come il diritto alla prova sia comunque privilegiato rispetto all'interesse al regolare svolgimento delle indagini[66].

« Infatti » – è stato evidenziato – « il potere di differimento dell'incidente probatorio è una forma di tutela (relativa) della segretezza delle indagini, che diventa recessiva nel confronto con la concomitante esigenza di acquisizione probatoria (quindi, una negatività a due livelli: gli atti d'indagine non possono ricevere nocumento dall'incidente probatorio, quando per quest'ultimo il loro espletamento immediato non risulti fonte di pregiudizio) »[67].

Dunque, nel contrasto tra l'interesse alla salvaguardia della segretezza investigativa e la sussistenza di peculiari situazioni di urgenza, idonee a rendere assolutamente indifferibile l'assunzione della prova, l'instaurazione dell'incidente probatorio è senza dubbio imposta.

La valutazione in ordine alla ricorrenza dei presupposti del differimento e, quindi, all'accoglimento o meno della richiesta del pubblico ministero – la decisione, è stato rimarcato, « costituisce uno dei momenti in cui il g.i.p. attende alla propria funzione di garanzia nel bilanciamento dei contrapposti interessi dell'accusa e della difesa »[68] – è evidentemente correlata all'esito positivo della verifica che il giudice deve compiere sull'istanza di instaurazione dell'incidente probatorio, posto che « [n]on avrebbe senso [...] la pronuncia sul differimento di un'udienza che è destinata a non essere celebrata »[69].

---

[63] La soluzione è prospettata, altresì, da Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 134; Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 250; Sau, *Art. 397*, cit., 4909.

[64] La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 621.

[65] Macchia, *L'incidente probatorio*, cit., 1604.

[66] Caprino, *Art. 397 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale*, a cura di Gaito, Milanofiori Assago, 2012, 2516.

[67] Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 220.

[68] Sau, *Art. 397*, cit., 4910.

[69] V., in ambito dottrinale e con identità di vedute, La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 622; Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 135; Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 221.

Il giudice, pertanto, solamente allorché non dichiari inammissibile o rigetti la richiesta di incidente probatorio provvede, entro due giorni, mediante l'adozione di un'ordinanza non impugnabile[70] con la quale accoglie, dichiara inammissibile o rigetta la richiesta di differimento.

Mentre nessun adempimento informativo è previsto rispetto alla persona sottoposta alle indagini in ragione del fatto che anche le indicazioni richieste per ottenere il differimento potrebbero compromettere la segretezza e, quindi, il buon esito delle investigazioni[71], l'ordinanza di inammissibilità o di rigetto deve essere immediatamente comunicata al pubblico ministero, il quale può così organizzare una strategia investigativa che consenta di ovviare ai pericoli che l'istanza di differimento aveva prospettato[72].

Se accoglie la richiesta di differimento, invece, il giudice fissa l'udienza per l'incidente probatorio non oltre il termine che sia strettamente necessario al compimento degli atti di indagine preliminare indicati nella richiesta del pubblico ministero.

Il giudice, dunque, può discostarsi dall'indicazione temporale contenuta nella richiesta di differimento, stabilendo un termine più contenuto alla luce di una valutazione di funzionalità rispetto alle caratteristiche ed al numero degli atti di indagine per il compimento dei quali è emersa l'esigenza di ritardare l'instaurazione dell'incidente[73].

L'ordinanza di accoglimento[74] è immediatamente comunicata al pubblico ministero e, a tutela di esigenze di segretezza investigativa che verrebbero pregiudicate dalla conoscenza di informazioni necessariamente emergenti dalla motivazione del provvedimento[75], notificata soltanto per estratto alle persone indicate nell'art. 393, comma 1, lett. b) c.p.p.

---

[70] La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 622. In giurisprudenza v., invece, Cass. pen., Sez. I, 26 febbraio 1990, Tavoletta, secondo la quale tutti i provvedimenti che intervengono nella fase di ammissione dell'incidente probatorio sono inoppugnabili, in applicazione del principio di tassatività delle impugnazioni di cui all'art. 568 c.p.p.

[71] De Roberto, *Incidente probatorio*, cit., 12; Sau, *Art. 397*, cit., 4911.

[72] La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 623.

[73] Il legislatore, dunque, ha « voluto evitare che il differimento da strumento di tutela delle indagini si trasformasse in un mero strumento dilatorio ». V., per questa osservazione, Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 135.

[74] Secondo Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 136, il provvedimento di accoglimento potrebbe essere parziale, ben potendo il giudice disporre il differimento soltanto rispetto a taluni mezzi di prova. Negli stessi termini v., in precedenza, De Roberto, *Incidente probatorio*, cit., 12.

[75] De Roberto, *Incidente probatorio*, cit., 12. V., altresì, Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 221; Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 134; Sau, *Art. 397*, cit., 4912.

In virtù della previsione finale di cui all'art. 397, comma 4 c.p.p., l'autore della richiesta di incidente probatorio non viene a conoscenza del contenuto dell'istanza di differimento e della relativa ordinanza se non all'udienza prevista dall'art. 401 c.p.p., sede in cui le stesse sono depositate una volta che, ovviamente, è venuto meno il pericolo di compromissione dell'esito degli atti di indagine oramai compiuti[76].

4. *Il differimento dell'incidente probatorio* ex *art. 391*-bis *c.p.p.*

I profili di interferenza tra la disciplina generale dell'incidente probatorio e le peculiarità – funzionali e di struttura – della versione correlata all'andamento delle investigazioni del difensore sono diversi, ma importanza particolare rivestono quelli concernenti gli spazi di operatività del potere di differimento[77].

L'art. 397 c.p.p., come già detto, introduce una cautela preposta alla salvaguardia dell'efficacia dell'attività investigativa del pubblico ministero, la quale potrebbe essere pregiudicata dall'acquisizione, ad opera della controparte, di elementi conoscitivi destinati ad essere svelati nel corso dell'esperimento probatorio anticipato.

A prima vista, la sussistenza di un siffatto potere dovrebbe essere esclusa in virtù delle peculiarità funzionali dell'istituto introdotto dalla legge sulle indagini difensive, il quale, essendo intimamente legato all'attività investigativa difensiva su fonti dichiarative, è stato concepito dal legislatore come sostitutivo degli atti difensivi unilaterali tipicamente preordinati all'apprensione di notizie da persone informate sui fatti e non espletabili in ragione del rifiuto opposto dalla fonte di prova.

L'attivazione dell'incidente presuppone, dunque, la necessità di rimuovere l'impedimento costituito proprio dal rifiuto della fonte di prova[78] e sarebbe a dir poco paradossale che l'impiego dello strumento deputato a sopperire ad

---

[76] Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 136; Sau, *Art. 397*, cit., 4912. Finalmente, evidenzia Cordero, *Procedura penale*, cit., 870, l'antagonista « scopre a cosa lavorasse l'indagante ».

[77] In generale, ritiene compatibili i due istituti Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 252.

[78] È stato giustamente rilevato come il presupposto legislativo costituisca una sorta di *vulnus* alle effettive possibilità di decollo dell'istituto suppletivo. Invero, evidenzia Triggiani, *Le investigazioni difensive*, cit., 325, « appare poco probabile, per il margine di azzardo che questa ipotesi presenta, che il difensore della persona sottoposta alle indagini preferisca questa modalità ricettiva della prova, rispetto a quella dell'audizione del pubblico ministero, di fronte ad una persona che, essendosi avvalsa della facoltà del silenzio, ha già mostrato di non avere una promettente disponibi-

una scelta sì legittima, ma chiaramente pregiudizievole rispetto al pieno e completo esplicarsi della funzione difensiva, fosse suscettibile di essere, a sua volta, precluso da una decisione connotata dalla unilateralità del procedimento e dall'insindacabilità.

Tanto più se si considera che le peculiarità dell'incidente previsto dall'art. 391-*bis* c.p.p. inducono ad escludere l'applicabilità dell'art. 398, comma 3 c.p.p., nella parte in cui legittima le parti e i difensori a prendere cognizione e estrarre copia delle dichiarazioni già rese dalla persona da esaminare, e comma 3-*bis* c.p.p., ovviamente nell'ipotesi in cui il dichiarante sia già stato sentito dagli inquirenti pubblici.

A ciò deve aggiungersi l'indubbia unità di *ratio* che avvince gli istituti della segregazione *ex* art. 391-*quinquies* c.p.p.[79] e del differimento, entrambi finalizzati a garantire l'efficacia delle indagini preliminari rispetto a possibili elementi di turbativa esterni, con la conseguenza che nulla impedisce di individuare nel potere di segretazione l'unico limite invocabile dal pubblico ministero in rapporto ai pericoli che potrebbero derivare dall'espletamento di atti d'indagine difensiva su fonti dichiarative[80].

Tuttavia, l'assenza di qualsivoglia indicazione normativa specifica impone all'interprete una valutazione quanto mai meditata, al fine di fornire alla giurisprudenza direttrici ermeneutiche che preservino dal rischio di approdi ispirati da logiche oltremodo conservatrici.

Per fare questo, occorre distinguere le diverse situazioni che, in concreto, si possono verificare e, in relazione a ciascuna, individuare soluzioni appropriate e sistematicamente consentite.

Seguendo una logica di segmentazione delle diverse ipotesi astrattamente configurabili, dunque, può verificarsi, innanzitutto, l'eventualità che il pubblico ministero abbia disposto la segretazione della fonte di prova.

In questo caso, il provvedimento dell'accusa ha efficacia paralizzante della richiesta di esperimento probatorio anticipato presentata dalla difesa perché, ragionando diversamente ed in virtù del più volte citato rapporto di succedaneità, l'esperimento dell'incidente si presenterebbe come uno strumento idoneo ad aggirare il vincolo imposto dal pubblico ministero sulla fonte di prova.

---

lità a dare un contributo probatorio a favore del giudicabile». V., in chiave egualmente critica, Frigo, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., 232.

[79] La norma attribuisce al pubblico ministero un potere di "segretazione", sostanziantesi nella facoltà di vietare alle persone assunte a sommarie informazioni di comunicare i fatti e le circostanze oggetto dell'indagine di cui hanno conoscenza.

[80] In questi termini v., relativamente al testimone, Ventura, *Le indagini difensive*, cit., 96.

Non si capisce, tuttavia, se il giudice deve dichiarare la domanda del difensore inammissibile o se, invece, deve ammetterla, differendo però l'esperimento probatorio, e dunque fissando – ai sensi dell'art. 397, comma 4 c.p.p. – l'udienza per l'incidente in una data successiva al decorso del termine di durata della segretazione.

Se la prima soluzione sembra inaccessibile in virtù del principio di tassatività dei casi di inammissibilità, la seconda – anche a voler considerare, non senza un notevole sforzo ermeneutico, la richiesta di differimento del pubblico ministero implicita nel provvedimento di segretazione – introdurrebbe nel sistema una forma atipica di differimento.

Nell'ipotesi in cui, invece, il pubblico ministero abbia assunto informazioni dalla persona che si vuole esaminare con l'incidente probatorio, senza però disporre la segretazione, non sembra configurabile una richiesta di differimento, a cagione di una presunzione di non necessità della segretezza in ordine ai fatti e circostanze oggetto dell'indagine di cui la fonte di prova sia a conoscenza.

Tuttavia il pubblico ministero potrebbe rimuovere suddetta presunzione e paralizzare l'iniziativa del difensore adottando un provvedimento di segretazione subito dopo la notificazione della richiesta della difesa e facendo pervenire il relativo provvedimento alla cancelleria del giudice, nei termini stabiliti dall'art. 396 c.p.p.

Sarebbe, questo, un comportamento singolare e, sotto certi aspetti, azzardato perché il pubblico ministero avrebbe accettato il rischio di una fuoriuscita di informazioni pregiudizievoli per il buon esito delle investigazioni, soltanto casualmente superato in virtù di una decisione dell'informatore assolutamente non preventivabile.

L'ultima ipotesi è configurabile nel caso in cui il pubblico ministero non abbia mai assunto informazioni dalla persona di cui la controparte chiede l'esame *ex* art. 391-*bis*, comma 11 c.p.p.

In questo caso, nulla sembra impedire la presentazione di una richiesta di differimento ai sensi dell'art. 397 c.p.p., dal momento che l'investigante pubblico rimarrebbe altrimenti privo di strumenti di tutela dell'efficacia delle indagini preliminari, essendogli precluso l'impiego del rimedio previsto dall'art. 391-*quinquies* c.p.p., il quale presuppone, appunto, che la fonte da segretare sia stata già "sentita" dall'organo dotato del relativo potere.

Né potrebbe sopperire a siffatta deficienza "organizzando" in tempi brevissimi un'audizione della persona informata e, così, realizzare il presupposto legittimante l'emissione del decreto di segretazione, in quanto l'assunzione di informazioni dalla persona indicata nella richiesta di incidente probatorio costituisce, come è noto, attività vietata dall'art. 430-*bis* c.p.p.

CAPITOLO OTTAVO

LA DECISIONE DEL GIUDICE

SOMMARIO: 1. La decisione del giudice sulla richiesta di incidente probatorio. – 2. L'abbreviazione dei termini in casi di urgenza. – 3. La delega di incidente probatorio.

1. *La decisione del giudice sulla richiesta di incidente probatorio.*

Come mette in rilievo, sul piano generale, la dottrina, « [o]gni esperienza processuale presenta almeno due note strutturali che si ricollegano ad altrettanti aspetti della dimensione spazio-tempo. A una tensione volta a far osservare l' "unità di spazio", se ne accompagna un'altra, orientata a garantire anche l' "unità di tempo" »[1].

I requisiti di tempo, di forma e di contenuto della decisione giudiziale sulla richiesta di incidente probatorio sono delineati dall'art. 398 c.p.p.

Entro due giorni dal deposito della prova della notifica prevista dall'art. 395 c.p.p., e comunque dopo la scadenza del termine previsto dall'art. 396, comma 1 c.p.p., il giudice, fatta salva l'ipotesi in cui non ritenga di dichiarare la propria incompetenza[2], pronuncia ordinanza – « vale a dire », si fa notare, « un provvedimento per il quale, in modo del resto conforme al sistema attuale, il nuovo codice, con una norma di carattere generale (art. 125, comma 3), esige la motivazione a pena di nullità »[3] – con la quale accoglie, dichiara inammissibile o rigetta la richiesta di incidente probatorio.

In giurisprudenza è stato esclusa la configurabilità di un'ipotesi di ricusazione ai sensi dell'art. 37, comma 1, lett. b) c.p.p. nel caso in cui il giudice per le indagini preliminari rigetti la richiesta di incidente probatorio ritenendola superflua rispetto al materiale già acquisito, e perciò in contrasto con il principio della ragionevole durata del processo, giacché in tale caso, il giudice non ha manifestato indebitamente il proprio convincimento sui fatti oggetto

---

[1] Giarda, *Termine (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XLIV, 252. V., altresì, Fois, *Termini processuali penali*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. I, 600, il quale evidenzia come la disciplina dei termini ricalca quasi interamente quella del codice abrogato; Aprati, *I termini processuali*, in *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, a cura di Spangher, Marandola, Garuti, Kalb, I, *Soggetti. Atti. Prove*, Milanofiori Assago, 2015, 731.

[2] Sugli effetti della quale v. Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 276.

[3] Molari, *L'incidente probatorio*, cit. 346.

dell'imputazione, ma ha motivatamente esercitato il potere discrezionale che gli compete a norma dell'art. 398, comma 1 c.p.p.[4].

Nella predeterminazione dei termini concessi per provvedere – è stato fatto notare – il legislatore ha operato il bilanciamento di due opposte esigenze, prevedendosi, da un lato, tempi abbastanza brevi, in coerenza con le esigenze di rapidità e non rinviabilità sottese alla procedura incidentale e assicurandosi, dall'altro, l'effettività del contraddittorio cartolare formatosi tra le parti sulla richiesta della procedura incidentale, precludendosi, così, una pronuncia emessa prima della sua completa esplicazione[5].

Al giudice è demandato un sindacato giurisdizionale che si svolge a livello binario[6], avendo egli il compito di vagliare l'ammissibilità e la fondatezza della richiesta di incidente probatorio, con una pronuncia che, sul tema, assume carattere definitivo, posto che l'art. 401, comma 4 c.p.p. chiarisce che, una volta instaurata la fase acquisitiva mediante l'inizio dell'udienza, non è consentita la trattazione e la pronuncia di nuovi provvedimenti su questioni relative all'ammissibilità ed alla fondatezza della richiesta.

Siffatta disposizione, infatti, sancisce un limite preclusivo il quale « sanziona l'onere deduttivo articolato attraverso il contraddittorio cartolare [...] e tende a riaffermare la vocazione e destinazione esclusivamente acquisitive dell'udienza che ospita la parentesi extraordinem, aperta nell'ambito del procedimento che racchiude l'inchiesta preliminare (secondo al stesura originaria del codice) »[7].

Il primo giudizio, di ammissibilità, viene condotto sulla scorta delle indicazioni prospettate dall'art. 393, commi 1 e 2 c.p.p., compresi i termini imposti per la presentazione della domanda e la legittimazione del proponente[8].

---

[4] V., in questi termini, Cass. pen, Sez. III, 8 luglio 2004, n. 38000; Cass. pen., Sez. I, 14 febbraio 2001, n. 18887; Cass. pen, Sez. IV, 11 ottobre 1993, n. 1132.

[5] Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 115. V., poi, La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 624, la quale, tuttavia, critica l'assenza di previsioni sanzionatorie dell'inosservanza dei termini medesimi. V., inoltre, Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 279, secondo il quale, invece, l'inosservanza del termine per presentare le deduzioni è causa di nullità generale a regime intermedio.

[6] Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 228.

[7] Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 264, il quale ritiene tuttavia possibile l'adozione di un provvedimento di rettifica, il cui potere « si ricava negativamente dalla medesima disposizione che richiede il requisito della novità quale condizione per negare al giudice la possibilità di provvedere ulteriormente, risultando, così, implicitamente ricompreso nei suoi poteri quello di calibrare e fissare adeguatamente contenuti dell'originario provvedimento o i dettagli operativi, in seguito all'apertura dell'udienza istruttoria e prima della celebrazione del rito acquisitivo ».

[8] La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 624. V., altresì, Biondi, *L'incidente probatorio nel*

Quanto alla valutazione della fondatezza, invece, l'obiettivo è quello di impedire, da un lato, che la richiesta del pubblico ministero sia finalizzata a rafforzare gli esiti investigativi, anticipando inopinatamente l'assunzione della prova rispetto al dibattimento, luogo elettivo di formazione della stessa, e, dall'altro, evitare che la richiesta dell'indagato abbia lo scopo di ritardare la chiusura delle indagini[9].

Il giudice, pertanto, dovrà accertare la sussistenza dei presupposti di cui all'art. 392 c.p.p., operando una valutazione che non può prescindere, altresì, dalle disposizioni generali in tema di prova[10].

L'ordinanza di inammissibilità o di rigetto, ai sensi dell'art. 398, comma 1 c.p.p., deve essere immediatamente comunicata al pubblico ministero e notificata alle persone interessate[11].

In caso di accoglimento della richiesta, invece, deve essere comunicato al pubblico ministero e notificato alla persona sottoposta alle indagini, alla persona offesa e ai difensori, almeno due giorni prima della data fissata, avviso

---

processo penale, cit., 282; Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 228; Di Chiara, *Incidente probatorio*, cit., 559.

[9] Caprino, *Art. 398 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Gaito, Milanofiori Assago, 2012, 2522.

[10] V., in questi termini nell'ambito dell'unanime dottrina, La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 625; Sau, *Art. 398*, in *Codice di procedura penale*, a cura di Giarda, Spangher, Milanofiori Assago, 2010, 4922.

[11] Come già visto, l'ordinanza con la quale il giudice decide sulla richiesta di incidente probatorio è inoppugnabile. V., volendo citare soltanto alcune pronunce tra le più recenti, Cass. pen., Sez. VI, 27 gennaio 2005, Scipioni; Cass. pen., Sez. II, 9 dicembre 2003, Manzi. V., negli stessi termini ed in relazione al rigetto di una richiesta *ex* art. 391-*bis*, comma 11 c.p.p., Cass. pen., Sez. III, 9 aprile 2002, n. 20130. In dottrina v., invece, La Rocca, *Incidente probatorio*, cit., 303, la quale ritiene che sarebbe opportuno, al fine di salvaguardare comunque l'attività acquisitiva di prove non rinviabili, l'introduzione di un mezzo d'impugnazione avverso il provvedimento di rigetto, purché rapido e versatile. La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 626, individua taluni itinerari idonei ad attenuare il pericolo che una svista del giudice o un errore nella formulazione dell'istanza possa determinare una dispersione della prova. L'inoppugnabilità delle ordinanze positive e negative non pregiudica, infatti, in ogni caso la possibilità di ottenere la revoca o la modifica del provvedimento giudiziale, così come non può escludersi la possibilità di riproposizione dell'istanza dichiarata inammissibile o rigettata. Lo stesso ordine di rimedi è prospettato, alla luce dello stato di inoppugnabilità dell'ordinanza del giudice, da Molari, *L'incidente probatorio*, cit. 346. Rispetto a quest'ultima soluzione v., però, De Roberto, *Incidente probatorio*, cit., 11, il quale ne limita la ricorribilità ai casi di allegazione di fatti sopravvenuti ovvero, in caso di inammissibilità, alla rilevazione di vizi di forma recuperabili. Rispetto alle perplessità che in sede di lavori preparatori ha destato la soluzione all'insegna dell'inoppugnabilità, ritenuta suscettibile di consolidare gli effetti devastanti di un provvedimento negativo, v. il parere del Consiglio superiore della magistratura, in Conso, Grevi, Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, IV, *Il progetto preliminare del 1988*, cit., 928.

del giorno, dell'ora e del luogo in cui si deve procedere all'incidente probatorio[12].

L'omissione della notificazione ovvero della comunicazione dell'avviso a taluno dei soggetti interessati è causa di nullità[13].

Con l'ordinanza che accoglie la richiesta[14], della quale la dottrina ha sottolineato la natura non decisoria bensì strumentale in quanto diretta all'acquisizione di elementi probatori[15], il giudice stabilisce:

1. l'oggetto della prova, nei limiti della richiesta e delle deduzioni[16];

2. le persone interessate all'assunzione della prova, individuate sulla base della richiesta e delle deduzioni;

3. la data dell'udienza.

Come può notarsi, rispetto all'individuazione dell'oggetto ed in linea con quanto emerge dai lavori preparatori[17], viene « ribadito il principio [...] che, in tema di prova, l'iniziativa di parte ne delimita totalmente i confini; nel mentre al giudice resta assegnato il ruolo [...] di garante della legalità nella formazione anticipata della prova »[18].

---

[12] Secondo Cass. pen., Sez. II, 7 aprile 2004, n. 18047, non è abnorme e non è, pertanto, suscettibile di ricorso per cassazione il provvedimento con il quale il giudice per le indagini preliminari, all'udienza fissata per l'espletamento di un incidente probatorio, revochi l'ordinanza ammissiva di detto incidente, in quanto la revocabilità di una siffatta ordinanza è prevista in via generale dall'art. 190, comma 3 c.p.p. e dall'art. 495, comma 4 c.p.p. in sede dibattimentale.

[13] Per un'analisi delle conseguenze di ordine sanzionatorio connesse all'omissione dell'avviso alle persone interessate, ovvero all'inosservanza del termine, v. La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 625; Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 290; Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 117; Sau, *Art. 398*, cit., 4926. In giurisprudenza v., invece, Cass. pen., Sez. VI, 19 giugno 1992, Santeramo; Cass. pen., Sez. I, 16 novembre 1993, Nuzzo.

[14] Il contenuto complesso di essa è posto in rilievo da Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 288. Secondo Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 234, invece, essa ha carattere anfibio, abbracciando un contenuto *extra*-deliberativo.

[15] In giurisprudenza v, in questi termini, Cass. pen., Sez. I, 28 aprile 1994, n. 1888.

[16] Si palesa, secondo Di Chiara, *Incidente probatorio*, cit., 560, come in questa fase « sia radicalmente inibita ogni estensione dell'oggetto della prova *ex officio* ». V., inoltre, Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 227: « Le statuizioni giurisdizionali devono essere ispirate al pieno rispetto del canone della riserva dei poteri, non avendo titolo l'organo investito per annettersi nel campo decisionale prerogative di ricerca o poteri di supplenza ed occupare spazi deliberativi che non gi competono assolutamente ».

[17] V., infatti, la relazione al progetto preliminare, in Conso, Grevi, Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, IV, *Il progetto preliminare del 1988*, cit., 927, la quale specifica che la soluzione si riporta alla regola generale, la quale non può subire eccezioni a differenza di quanto si verifica in dibattimento, per cui l'iniziativa probatoria è riservata alle parti.

[18] Molari, *L'incidente probatorio*, cit., 347.

Inoltre, con l'ordinanza medesima il giudice, ai sensi dell'art. 124 disp. att. c.p.p., dispone la citazione delle persone che devono comparire per l'assunzione della prova, procedendo altresì alla nomina del perito nel caso in cui sia stata disposta l'esperimento di natura tecnica.

Tra il provvedimento e la data dell'udienza, precisa la norma con una previsione la cui inosservanza determina una nullità relativa[19], non può intercorrere un termine superiore a dieci giorni.

L'individuazione di un termine così ristretto « si inquadra nella generale funzione dell'istituto, mirando quest'ultimo all'acquisizione tempestiva di una prova che potrebbe disperdersi a causa del decorso del tempo »[20].

La necessità di creare, rispetto ai casi di assunzione di prove dichiarative, condizioni processuali analoghe a quelle tipiche della fase dibattimentale – in conformità, d'altra parte, con la previsione di cui all'art. 401, comma 5 c.p.p. – si pone sullo sfondo della norma che colloca tra i requisiti necessari dell'avviso l'avvertimento che, nei due giorni precedenti l'udienza, le parti possono prendere cognizione ed estrarre copia delle dichiarazioni già rese dalla persona da esaminare[21].

Si tratta di una forma attenuata di *discovery*, ridotta al minimo ritenuto indispensabile per assicurare un qualche grado di efficacia all'azione difensiva connessa al compimento dell'atto acquisitivo compatibilmente con la tutela del segreto investigativo.

La previsione dell'obbligo di deposito, al quale il pubblico ministero è tenuto sebbene la richiesta provenga dalla difesa, non consente comunque di acquisire una visione ampia del contesto probatorio in cui l'atto si colloca, di talché l'efficacia dell'esame difensivo può risultare compromessa[22].

Una diversa e maggiormente estesa forma di *discovery* è prevista, invece, in relazione ai casi di incidente probatorio previsti dall'art. 392, comma 1-*bis* c.p.p.

---

[19] Cass. pen., Sez. V, 22 novembre 2005, n. 184.

[20] Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 116.

[21] Art. 498, comma 3 c.p.p., come modificato dall'art. 4, l. 7 agosto 1997, n. 267. La Corte di cassazione ha, comunque, precisato che l'obbligo di mettere a disposizione della difesa le dichiarazioni già rese dalla persona da esaminare riguarda gli atti dichiarativi volontari diretti all'autorità procedente o alle parti, e non il contenuto di conversazioni private intercettate dagli inquirenti o giunte comunque a loro conoscenza. V., in questo senso, Cass. pen., Sez. I, 6 maggio 2008, n. 32851.

[22] Allegrezza, *La conoscenza degli atti nel processo penale fra ordinamento interno e Convenzione europea*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di Balsamo, Kostoris, Torino, 2008, 143.

L'art. 393, comma 2-*bis* c.p.p., introdotto dall'art. 13, l. 15 febbraio 1996, n. 66, stabilisce infatti che con la richiesta di incidente probatorio finalizzata all'assunzione della prova nei casi appena richiamati il pubblico ministero deve depositare tutti gli atti di indagine compiuti[23].

Si tratta, dunque, di un'ipotesi di *discovery* integrale, alla quale si affianca, ovviamente, il diritto, per l'indagato ed i difensori delle parti, di ottenere copia degli atti depositati[24].

L'art. 398, comma 4 c.p.p. – disposizione la quale, si è rimarcato, è dettata più da un criterio di razionalità ed efficienza nella distribuzione del lavoro che da esigenze di accertamento ed acquisizione probatoria[25] – stabilisce, infine, che se si deve procedere a più incidenti probatori, essi sono assegnati alla medesima udienza, sempre che non ne derivi ritardo.

« La situazione di partenza » – è stato detto – « che conferisce fondamento razionale alla previsione di legge, registra la proposizione di distinte richieste per prove diverse e da parte di più soggetti. La norma ne prevede la concentrazione in una sola udienza camerale, che le includa tutte, senza intrecciarle evidentemente »[26].

Ma « la *reductio ad unum*, spesso, complica l'articolazione meccanica ed ''affolla'' l'udienza, creando un fenomeno di saturazione dell'attività, fonte di ritardo esiziale nell'esaurimento delle operazioni assuntive. Così, quando non è possibile praticarla, al giudice, (più che in funzione di strumento di sindacato delle domande e di tutela delle posizioni soggettive rilevanti delle parti, quale) organo di garanzia della funzionalità della procedura, è imposto di scaglionare gli incidenti ''a catena'', secondo un criterio di prevedibilità *ex ante* »[27].

---

[23] Secondo Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 297, pur nel silenzio della legge deve ritenersi dovuto l'avviso circa le facoltà correlate all'obbligo di deposito degli atti d'indagine.

[24] Art. 398, comma 3-*bis* c.p.p., introdotto dall'art. 14, l. 15 febbraio 1996, n. 66. Fa notare, peraltro, Di Chiara, *Incidente probatorio*, cit., 561, come la disposizione in discorso non stabilisca un *dies a quo* ai fini dell'esercizio del diritto di copia, di talché occorre fare riferimento al termine di cui all'art. 398, comma 3 c.p.p.

[25] La Rocca, *Incidente probatorio*, cit., 303.

[26] Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 235.

[27] Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 235, il quale ritiene che, in caso di sopravvenuto ed inatteso appesantimento dell'udienza, il giudice possa rivedere il provvedimento di concentrazione dei diversi incidenti.

2. *L'abbreviazione dei termini in casi di urgenza.*

La disciplina dell'incidente probatorio, come già detto finalizzata all'assicurazione delle fonti di prova suscettibili di dispersione in attesa dell'instaurazione della fase dibattimentale, è caratterizzata da precise ed abbastanza ristrette cadenze temporali, finalizzate ad assicurare che l'istituto, in linea con i presupposti che ne connotano la funzione, possa svilupparsi con una certa celerità.

In tale prospettiva, il legislatore delegato ha previsto la possibilità di abbreviare ulteriormente i tempi di espletamento della procedura incidentale quando, per assicurare l'assunzione della prova in situazioni connotate da un'urgenza particolarmente intensa, è indispensabile procedere con eccezionale celerità.

In queste evenienze – come prevede l'art. 400 c.p.p. – il giudice dispone, mediante un provvedimento il quale, a differenza di quanto previsto in termini generali dall'art. 173 c.p.p.[28], può essere adottato *ex officio* ed ha forma di decreto motivato[29], che i termini regolativi la fase introduttiva dell'incidente siano abbreviati nella misura ritenuta necessaria.

Il provvedimento di abbreviazione[30], dunque, imprime alla procedura incidentale una rilevante accelerazione, l'esigenza ed i termini della quale sono legati all'esclusiva valutazione dell'autorità giurisdizionale in riferimento alla situazione di urgenza che rende necessario procedere il più tempestivamente possibile all'assunzione della prova in sede incidentale.

Infatti, come ha messo in evidenza la giurisprudenza, è esclusa la sussistenza di un limite minimo di tempo oltre il quale il giudice non può abbreviare i termini nelle ipotesi di urgenza *ex* art. 400 c.p.p., fatto salvo in ogni

---

[28] Difatti, la ordinaria procedura di abbreviazione, delineata dall'art. 173, comma 3 c.p.p., prevede che essa possa essere disposta esclusivamente a richiesta della parte a favore della quale il termine è stabilito, ovvero sulla base dell'adesione che la stessa ha prestato a fronte di una richiesta proveniente da altri. V., in particolare, Sola, *I termini*, in *Codice di procedura penale*, diretto da Spangher, I, *Soggetti e atti*, t. 2, *Gli atti*, Milanofiori Assago, 2008, 300; Fois, *Termini processuali penali*, cit., 611.

[29] Nulla esclude, come mette in evidenza La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 629, che la sollecitazione all'abbreviazione dei termini provenga dagli interessati, i quali possono prospettarla nella richiesta ovvero nelle deduzioni. Sottolinea il carattere "obbligatorio" del provvedimento, essendo necessario a salvaguardare la prova dai pericoli di dispersione, Sau, *Art. 400*, in *Codice di procedura penale*, a cura di Giarda, Spangher, Milanofiori Assago, 2010, 4937.

[30] Come sottolineato da Fois, *Termini processuali penali*, cit., 609, « [l]'abbreviazione del termine [...] consiste nella riduzione dello spazio temporale tra i relativi momenti iniziale e finale, con conseguente anticipazione della relativa scadenza ».

caso uno spazio almeno ragionevole per assicurare alle parti la possibilità di comparire all'udienza, stante il carattere discrezionale della valutazione di urgenza che il giudice è chiamato ad operare[31].

Il decreto è inoppugnabile[32] e, per assicurare la realizzazione effettiva delle proprie finalità, deve necessariamente essere notificato alle parti interessate.

3. *La delega di incidente probatorio.*

Risponde alla medesima *ratio* l'art. 398, comma 4 c.p.p.[33], norma la quale, introdotta in sede di progetto definitivo, stabilisce che quando ricorrono ragioni di urgenza[34] e l'incidente probatorio non può essere svolto nella circoscrizione del giudice competente, quest'ultimo può delegare il giudice per le indagini preliminari del luogo dove la prova deve essere assunta.

« Si tratta » – ha rilevato la dottrina – « di un potere oltremodo eccezionale, assolutamente facoltativo e rigidamente ancorato al concorso del suo presupposto dell'urgenza, la procedura d'elezione dovendo essere quella dell'identità dell'organo che ammette e che assume l'incidente probatorio »[35].

La giurisprudenza che si è occupata della problematica afferente alla ripartizione dei poteri tra il giudice delegante e quello delegato ha chiarito che quest'ultimo non ha il potere di sindacare il merito del provvedimento di delega.

Conseguentemente, il conflitto di competenza che insorga tra giudice delegante e delegato, il quale contesti i presupposti dell'urgenza e dell'opportunità, va risolto nel senso che a quest'ultimo spetta svolgere l'attività processuale di cui è stato incaricato[36].

Il giudice delegato per l'espletamento dell'incidente probatorio ha, invece, il potere-dovere di verificare il presupposto costituito dalla necessità della delega, esclusa ogni valutazione comparativa attinente alla mera facilitazione esecutiva del compimento dell'atto.

---

[31] Cass. pen., Sez. I, 21 marzo 1995, Grabowsky.

[32] Così, tra tutti, Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 252.

[33] Come rileva La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 629, l'istituto della delega si colloca nella medesima prospettiva dell'abbreviazione dei termini.

[34] Le esemplifica, tra gli altri, Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 122. Ma v., altresì, La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 629.

[35] Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 239, il quale evidenzia come le ragioni della delega devono essere chiaramente riportate nella motivazione del provvedimento. V., inoltre, Sau, *Art. 398*, cit., 4932.

[36] Cass. pen., Sez. I, 12 luglio 1994, n. 3511.

La contestazione del presupposto formale del provvedimento di delega determina una ipotesi di conflitto riconducibile ai ‘‘casi analoghi’’, ai sensi dell’art. 28, comma 2 c.p.p.[37].

Sul versante organizzativo, la dottrina prevalente ritiene che, una volta introdotta la procedura incidentale ed individuato il giudice delegato all’espletamento di essa, spetti a quest’ultimo stabilire la data dell’udienza acquisitiva[38].

[37] Cass. pen., Sez. I, 16 marzo 2004, n. 22713.

[38] V., in questi termini, Morselli, *L’incidente probatorio*, cit., 239; Di Geronimo, *L’incidente probatorio*, cit., 123. Per una sintesi delle diverse posizioni dottrinarie v., invece, Sau, *Art. 398*, cit., 4932.

CAPITOLO NONO

L'ASSUNZIONE DELLA PROVA

SOMMARIO: 1. L'udienza di assunzione della prova. – 2. La *discovery* in incidente probatorio. – 3. L'assunzione della prova. – 4. L'assunzione della prova in casi particolari. – 5. L'estensione dell'incidente probatorio.

1. *L'udienza di assunzione della prova.*

L'udienza, è stato detto con il ricorso a formule piacevoli e suggestive, « è il contesto e la parabola entro cui si sviluppa il raggio delle attività di elaborazione della prova ad opera dei soggetti legittimati: la trama degli atti e le iniziative dei compartecipi ricevono il vaglio permanente dell'organo di direzione dell'udienza che, quando dispone, *iubet* »[1].

Essa, fissata dal giudice per l'assunzione della prova mediante incidente probatorio, si svolge in camera di consiglio[2] secondo un modello che si differenzia in parte dall'archetipo contemplato dall'art. 127 c.p.p.[3].

Infatti, è prevista la partecipazione necessaria del pubblico ministero, il quale « nell'ambito dell'udienza [...] dismette il carattere di organo titolare delle indagini e delle investigazioni per rivestire il ruolo puro di parte, contrapposta dialetticamente e concretamente all'altra e sottoposta al regime provvedimentale delle disposizioni cogenti e delle decisioni finali dell'autorità giurisdizionale evocata, in funzione di organo di garanzia della legalità e del contraddittorio »[4].

Inoltre, deve necessariamente essere presente il difensore della persona sottoposta alle indagini.

A differenza di quanto previsto in relazione ad altri e diversi contesti acquisitivi, quale, per esempio, l'udienza di giudizio abbreviato, non è prevista la possibilità di trasformare il contesto di svolgimento dell'incidente in udienza

---

[1] Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 255.

[2] Sulla fisionomia dell'udienza camerale v., in generale, Fonti, *Il procedimento in camera di consiglio*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, I, *Soggetti e atti*, t. 2, *Gli atti*, Milanofiori Assago, 2008, 43. V., inoltre, Della Ragione, *Atti processuali del giudice*, in *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, a cura di Spangher, Marandola, Garuti, Kalb, I, *Soggetti. Atti. Prove*, Milanofiori Assago, 2015, 599.

[3] La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 631.

[4] Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 258.

pubblica, magari previa acquisizione del consenso delle parti, di talché la forma camerale appare inderogabile e ciò vale, ovviamente, allorché l'incidente probatorio si innesti nell'ambito dell'udienza preliminare.

Il luogo di udienza coincide, nella generalità dei casi, con un locale del tribunale presso il quale ha sede il giudice investito dell'incidente probatorio.

Nei casi particolari indicati dall'art. 398, commi 5-*bis* e 5-*ter* c.p.p. – comma aggiunto dall'art. 14, l. 15 febbraio 1996, n. 66 e poi variamente modificato, da ultimo, dall'art. 2, d.l. 14 agosto 2013, n. 93, convertito in l. 15 ottobre 2013, n. 119 – le modalità ordinarie di acquisizione della prova vengono però derogate in relazione al caso in cui la stessa veda coinvolta una persona minorenne ovvero maggiorenne in condizione di particolare vulnerabilità, al fine di assicurare un'adeguata tutela alle peculiari condizioni psicologiche di siffatta categoria di soggetti[5].

Il giudice, infatti, ove fra le persone interessate all'assunzione della prova vi siano le predette categorie soggettive, con l'ordinanza che accoglie la richiesta di incidente probatorio e qualora le esigenze di tutela delle persone lo rendono necessario od opportuno[6], stabilisce il luogo, il tempo e le modalità particolari attraverso cui procedervi, potendo prevedere che l'udienza si svolga anche in luogo diverso dal tribunale.

Dunque, il giudice può avvalersi, ovviamente qualora esistano, di strutture specializzate di assistenza o, in mancanza, può localizzare l'udienza presso i locali scolastici ovvero, addirittura, presso l'abitazione della persona interessata all'assunzione della prova[7], avendo altresì la facoltà di delineare la tempistica dell'atto[8] e le modalità maggiormente consone alle esigenze di protezione del caso concreto.

---

[5] Coppetta, *Il contributo dichiarativo del minorenne nell'incidente probatorio*, cit., 178. Come ribadito da Fabbricatore, *Caso Pupino: sul riconoscimento dell'efficacia diretta delle decisioni quadro*, cit., 644, la disposizione mira garantire una maggiore dignità e riservatezza al dichiarante.

[6] Come rileva Coppetta, *Il contributo dichiarativo del minorenne nell'incidente probatorio*, cit., 179, l'indeterminatezza dei contenuti e dei presupposti di applicabilità del modulo procedurale speciale « fa pensare che il giudice, nell'esercizio del suo potere, sia soltanto tenuto a contemperare due valori fondamentali e in parti contrapposti: la salvaguardia [...] della personalità del minorenne e il diritto delle parti di intervento nella formazione della prova ».

[7] Fatti ovviamente salvi i casi in cui, come rileva Spangher, *La protezione processuale del minore nel procedimento ordinario ed in quello minorile*, cit., 705, l'ambiente familiare sia degradato e soprattutto se le ipotesi delittuose fossero maturate tra le mura domestiche.

[8] Potendo, quindi, derogare alle scansioni fissate dall'art. 398 c.p.p., anticipando l'udienza al di fuori dei casi previsti dall'art. 400 c.p.p. oppure differendola al fine di consentire, per esempio, l'intervento di eventuali esperti. Così, tra gli altri, Caporale, *L'audizione dei minori in incidente probatorio: una questione di equilibri*, cit., 966.

Sul versante temporale, invece, se l'assunzione della prova non si conclude nella medesima udienza, il giudice ne dispone il rinvio – precisa, grosso modo inutilmente, l'art. 401, comma 7 c.p.p., dal momento che l'eventuale rinvio ad una data più lontana non comporta nessuna conseguenza di ordine processuale[9] – al giorno successivo non festivo, salvo che lo svolgimento delle attività di prova richieda un termine maggiore.

L'art. 401, comma 1 c.p.p., richiamato in apertura del presente paragrafo, configura una forma peculiare di litisconsorzio necessario[10] che, sul versante sanzionatorio, è garantita dalla previsione di una nullità assoluta ai sensi dell'art. 179 c.p.p. a presidio dell'intervento obbligatorio del difensore dell'indagato, mentre la partecipazione dell'organo inquirente è assistita da una nullità a regime intermedio *ex* art. 178, lett. b) c.p.p.[11].

« Pubblico ministero e difensore sono soggetti essenziali nella procedura acquisitiva, dunque, e la loro presenza irrinunciabile, oltre ad assicurare una precisa garanzia, ha carattere funzionale in quanto preordinata allo scopo di consentire nella struttura dialogica dell'udienza il loro intervento nella complessa elaborazione della prova, in vista, appunto, dell'attuazione dello schema di confronto dialettico previsto per il dibattimento »[12].

In caso di mancata comparizione del difensore, l'art. 401, comma 2 c.p.p., al fine di evitare che la stessa possa costituire un espediente finalizzato ad impedire la rapida formazione della prova[13] e di assicurare in ogni caso l'assistenza difensiva[14], impone al giudice di designare un sostituto d'ufficio a norma dell'art. 97, comma 4 c.p.p. senza che assuma rilievo la ragione dell'assenza[15].

L'impostazione del tema, sebbene sia stata sottoposta a severe censure da parte della dottrina con specifico riferimento ai casi di legittimo impedimento[16], ha ricevuto l'avallo della giurisprudenza di legittimità, secondo cui il

---

[9] Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 362.

[10] Di Chiara, *Incidente probatorio*, cit., 562, parla infatti di un rito in camera di consiglio a contraddittorio necessario.

[11] Caprino, *Art. 401*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Gaito, Milanofiori Assago, 2012, 2535. Fa notare Molari, *L'incidente probatorio*, cit., 357, invece, come la citazione della persona offesa ovvero del suo difensore non è sanzionata da nullità.

[12] Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 260.

[13] De Roberto, *Incidente probatorio*, cit., 11; Sau, *Art. 401*, cit., 4939.

[14] La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 631.

[15] Molari, *L'incidente probatorio*, cit., 348. Per la tesi secondo cui il difensore d'ufficio non possa chiedere la concessione di un termine a difesa *ex* art. 108 c.p.p. v., con argomentazioni e richiami condivisibili, Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 330.

[16] In senso critico v., infatti, La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 634, secondo la quale

combinato disposto degli artt. 401, comma 2 e 403 c.p.p. consente di ricavare la regola di procedura in base alla quale, per l'utilizzazione di quanto acquisito con incidente probatorio, è sufficiente che all'espletamento del medesimo sia presente un difensore dell'indagato, che può anche non essere quello di fiducia, dal momento che, in caso di mancata comparizione di costui, il giudice ha la facoltà di nominarne uno di ufficio ai sensi dell'art. 97, comma 4 c.p.p.[17].

Alla luce del costante orientamento giurisprudenziale sul punto, non rimane, allora, che auspicare l'apertura di seri spazi di ripensamento in considerazione delle linee argomentative che hanno determinato la recentissima giurisprudenza di legittimità ad estendere, in un'ottica adeguatrice riferita alla disciplina del giudizio abbreviato in grado di appello, la rilevanza del legittimo impedimento del difensore alle procedure camerali[18].

È configurata alla stregua di una mera facoltà, invece, la partecipazione del difensore della persona offesa[19], mentre la partecipazione personale della persona sottoposta alle indagini e della persona offesa è prevista soltanto in relazione ai casi in cui mediante l'incidente probatorio deve esaminarsi un testimone o un'altra persona, negli altri casi essendo subordinata ad una preventiva autorizzazione del giudice[20].

« Dalla norma richiamata » – è stato correttamente notato – « si desume che l'indagato e la persona offesa sono titolari di un vero e proprio diritto di

---

« non si rinvengono ragioni plausibili per escludere la rilevanza del legittimo impedimento nelle ipotesi in cui un eventuale rinvio non pregiudicherebbe l'acquisizione della prova ». Lo stesso ordine di critiche è mosso da Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 262. V., poi, Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 334, il quale ritiene che il giudice debba agire secondo buon senso, tenendo conto dei pericoli che l'eventuale differimento potrebbe comportare sul piano dell'acquisibilità della prova.

[17] Cass. pen., Sez. I, 22 novembre 1993, n. 1309. V., negli stessi termini, Cass. pen., Sez. III, 29 settembre 1995, Palma. Per una costruzione alternativa, fondata sulla norma generale di cui all'art. 401, comma 5 c.p.p., v. Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 266. Un quadro di sintesi delle diverse posizioni è fornito da Sau, *Art. 401*, cit., 4940.

[18] V., in particolare modo, Cass. pen., Sez. VI, 11 marzo 2016, n. 10157. Oltre che, da ultimo, Cass. pen., Sez. VI, 9 agosto 2016, n. 34763. Ma, soprattutto, Cass. pen., Sez. un., 3 ottobre 2016, n. 41432.

[19] Fatto salvo, è stato fatto opportunamente notare, il caso dell'incidente richiesto dal difensore della persona offesa *ex* art. 391-*bis*, comma 11 c.p.p., ipotesi in cui la partecipazione di questi è necessaria. V., in questi termini, Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 329; Di Chiara, *Incidente probatorio*, cit., 562. In ogni caso, la persona offesa ha diritto di nominare un proprio consulente tecnico in relazione ai casi in cui l'incidente probatorio è stato disposto per l'effettuazione di una perizia. V., infatti, Corte cost., 28 dicembre 1990, n. 559. Nell'ambito della giurisprudenza di legittimità, v., in senso adesivo, Cass. pen., Sez. V, 11 gennaio 1991, Sciuto.

[20] Si assiste dunque, fa notare La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 632, ad una assimilazione delle posizione delle due figure sul versante della garanzia del diritto all'autodifesa.

intervento nei soli casi in cui la prova da assumere sia rappresentata da un esame e, invece, nelle altre ipotesi, le parti sono legittimate ad assistere in base ad un provvedimento discrezionale del giudice »[21].

Il legislatore ha dunque optato, come è stato evidenziato, per una differenziazione delle prerogative connesse alla partecipazione sulla base del dato obiettivo rappresentato dal tipo di prova da assumere, considerando che il contributo difensivo che la persona offesa o l'indagato possono apportare in udienza varia a seconda delle caratteristiche dell'atto probatorio[22].

Di talché, mentre rispetto alle prove dichiarative la circostanza che le parti interessate siano in possesso di un patrimonio conoscitivo utile al difensore nel corso dell'esame incrociato impone di assicurarne un diritto incondizionato d'intervento[23] – ferma restando l'esclusione di qualsiasi iniziativa della persona sottoposta alle indagini ovvero della persona offesa che sia destinata ad incidere *ab esterno* sulla prestabilita dinamica dell'attività acquisitiva[24] – in relazione agli altri esperimenti probatori il giudice è chiamato ad effettuare una valutazione in concreto per stabilire se l'intervento personale sia necessario per soddisfare una effettiva esigenza difensiva[25].

Infatti, « spesso l'indagato non è portatore di un "interesse" concreto a presenziare alle "operazioni materiali, ovvero, esecutive" attraverso cui, in al-

---

[21] Cuomo, *La partecipazione dell'indagato e della persona offesa all'incidente probatorio*, in *Cass. pen.*, 2000, 2022.

[22] Siffatto profilo, attinente al fondamento della scelta normativa, è messo in evidenza da La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 632. Nonché da La Rocca, *Incidente probatorio*, cit., 302.

[23] Osserva Cuomo, *La partecipazione dell'indagato e della persona offesa all'incidente probatorio*, cit., 2024: « Rispetto alla metodologia di acquisizione delle prove orali (esami o testimonianze) in una sede "*eccentrica rispetto alla fisiologica sede dibattimentale*" è implicito e connaturato, per la struttura stessa degli atti da assumere, un evidente interesse delle parti private ad intervenire in una forma di contraddittorio pieno ».

[24] Deve ritenersi preclusa, in altri termini, la possibilità di rendere dichiarazioni spontanee ovvero, per entrambi i soggetti, di depositare memorie *ex* art. 121 c.p.p., trattandosi di iniziative del tutto slegate dalla programmata attività probatoria. Di diverso avviso rispetto ad entrambi gli strumenti difensivi, invece, Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 347. Rispetto alla possibilità di rendere dichiarazioni spontanee e, a quanto sembra, di presentare memorie, v., invece, Chiarello, *Incidente probatorio e limiti all'intervento ed alla partecipazione dell'indagato e dell'imputato*, in *Cass. pen.*, 1998, 1855.

[25] Caprino, *Art. 401 c.p.p.*, cit., 2537. La stessa richiama La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 632, la quale ha cura di puntualizzare come sia in generale da escludere, ai sensi dell'art. 127, comma 4 c.p.p., un diritto dell'indagato al rinvio dell'udienza per legittimo impedimento. In senso contrario v., invece, Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 342, il quale ritiene che, in virtù del combinato disposto dei commi 3 e 5 dell'art. 401 c.p.p., deve essere garantito il diritto dell'indagato di partecipare all'assunzione della prova, sia essa dichiarativa ovvero, in caso di autorizzazione del giudice, di altra tipologia.

tre ipotesi, si realizza la "formazione" della prova *ex* art. 392 (si immagini l'esame autoptico; ancora, le trascrizioni delle intercettazioni telefoniche). Questo rilievo spiega (e giustifica) la scelta legislativa di subordinare la presenza (*rectius*: la partecipazione) dell'indagato, nel caso di "atti diversi" dall'esame del testimone o di altra persona, ad una preventiva autorizzazione del giudice »[26].

In giurisprudenza, d'altra parte, è stata ritenuta manifestamente infondata, in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 401, comma 3 c.p.p., nella parte in cui, al di fuori dei casi dell'esame di testimone o di altra persona, subordina la possibilità dell'indagato o della persona offesa dal reato di assistere all'incidente probatorio all'autorizzazione del giudice, in quanto la scelta legislativa ragionevolmente si spiega con la necessità di far risaltare l'oralità e la dialettica in una sede eccentrica rispetto alla fisiologica sede dibattimentale nei soli casi in cui ciò appaia funzionale alla stessa struttura dell'atto da assumere, mentre negli altri casi il parametro di riferimento da osservare per concedere o meno l'autorizzazione è proprio quello offerto dall'art. 24, comma 2 Cost., così da consentire la partecipazione dell'interessato nei soli casi in cui emerga un suo interesse, concreto ed attuale, all'esercizio in quella forma del diritto di difesa[27].

In coerenza con la *ratio* della disciplina processuale, è stato messo in evidenza dalla dottrina che « l'esclusione dell'indagato e della persona offesa può essere disposta solo quando gli adempimenti preliminari da espletare e le prove da assumere in prosieguo non presentano una rilevanza ed una incidenza processuale in grado di comprimere oltremodo le garanzie difensive ed i princpi di parità delle parti (trattandosi, in astratto, di attività, di campi di esperienza o di specifiche competenze tecniche che non consentono alle parti private di articolare un autonomo intervento qualificato o di offrire spunti ai difensori) »[28].

Pertanto, « il giudice, nella direzione dell'udienza, deve motivatamente accertare e precisare: *a*) l'esistenza di una richiesta delle parti private, in cui dovrebbe essere evidenziata l'utilità dell'intervento durante l'incidente probatorio; *b*) la presenza di un interesse attuale e qualificato dell'indagato e della persona offesa a partecipare a singoli atti ovvero a ben individuati momenti del percorso formativo della prova; *c*) i limiti dell'intervento e le cautele sug-

---

[26] Chiarello, *Incidente probatorio e limiti all'intervento ed alla partecipazione dell'indagato e dell'imputato*, cit., 1854.

[27] Cass. pen., Sez. I, 25 giugno 1999, n. 10795.

[28] Cuomo, *La partecipazione dell'indagato e della persona offesa all'incidente probatorio*, cit., 2025.

gerite dal caso concreto, salva la possibilità di revocare il provvedimento autorizzatorio ove il contraddittorio possa recare ostacolo alla speditezza delle attività »[29].

Fermo restando, ovviamente, che « [s]i tratta di limitazioni che non operano nel momento in cui l'espletamento della procedura incidentale avvenga in udienza preliminare: in questo caso, ci si trova in una fase che contempla la più ampia facoltà di partecipazione all'udienza da parte del soggetto ormai divenuto imputato e che ha, non più una facoltà, ma il diritto a parteciparvi »[30].

Difatti, « [s]e [...] nel corso dell'udienza preliminare (strutturata sulla base di una partecipazione di tipo paritario tra accusa/difesa e che, tendenzialmente, rifiuta situazioni di "squilibrio" in favore di uno solo dei soggetti processuali), si è al cospetto di un "imputato" (cfr. art. 60 c.p.p.) a cui sono, *ope legis*, riconosciuti una serie di diritti (tra cui, innanzitutto, la pretesa "tutelata" ad una presenza/partecipazione attiva – e non soltanto "inerte" – a tutte le attività rilevanti e significative del dibattimento artt. 70, 486, 488, 489, 494 c.p.p.) non è possibile "costruire" o "ritagliare" limiti o vincoli, non codificati, alla facoltà di intervenire in sede di incidente probatorio disposto in questa sede. In altri termini, se l'incidente *de quo* costituisce "un'anticipazione del dibattimento"; e se [...] in sede di udienza preliminare si è in presenza di un imputato *stricto sensu*, la cui *conditio* è assimilabile ed accostabile al "corrispondente" *status* dibattimentale, non vi sono "ragioni tecniche" per ipotizzare una sorta di *deminutio* nelle "capacità" del primo (e cioè dell'imputato ... in sede di udienza preliminare) »[31].

Ai sensi dell'art. 399 c.p.p., poi, se la presenza della persona sottoposta alle indagini è necessaria per compiere l'atto da assumere mediante l'incidente probatorio e questa non compare senza addurre un legittimo impedimento, il giudice ne ordina l'accompagnamento coattivo[32].

---

[29] Chiarello, *Incidente probatorio e limiti all'intervento ed alla partecipazione dell'indagato e dell'imputato*, cit., 1854; Cuomo, *La partecipazione dell'indagato e della persona offesa all'incidente probatorio*, cit., 2025.

[30] La Rocca, *Incidente probatorio*, cit., 302.

[31] Chiarello, *Incidente probatorio e limiti all'intervento ed alla partecipazione dell'indagato e dell'imputato*, cit., 1856.

[32] Sui caratteri e sulle finalità dell'accompagnamento coattivo v., in dottrina, Bresciani, *Libertà personale dell'imputato*, in *Dig. disc. pen.*, VII, 459; De Luca, *Accompagnamento coattivo*, in *Enc. dir.*, I, 294; Santolorenzo, La Marca, *Accompagnamento coattivo*, in *Dig. disc. pen.*, IV, 468; Marucci, *Mandato di accompagnamento, di arresto, di cattura e di comparizione*, in *NN.D.I.*, X, 136.

L'accompagnamento coattivo è disposto, in virtù della regola generale contenuta nell'art. 132 c.p.p., con decreto motivato, con il quale il giudice ordina di condurre l'imputato alla sua presenza, se occorre anche con la forza.

Il provvedimento che dispone l'accompagnamento coattivo deve essere trasmesso, ai sensi dell'art. 46 disp. att. c.p.p., a cura della cancelleria del giudice all'organo che deve procedere all'esecuzione, e una copia dello stesso deve essere consegnata al destinatario.

Pur se limitata al tempo strettamente necessario per il compimento dell'atto previsto, la misura restrittiva non deve comunque superare il limite massimo delle ventiquattro ore.

Nel caso in cui, invece, il giudice riconosca la legittimità dell'impedimento addotto dalla persona sottoposta alle indagini, il giudice dovrà disporre il rinvio dell'udienza ad una data coordinata col l'ipotetica cessazione di esso.

2. *La* discovery *in incidente probatorio.*

Come si è già avuto modo di dire, l'esigenza di creare, rispetto ai casi di assunzione di prove dichiarative, condizioni processuali analoghe a quelle tipiche della fase dibattimentale soprattutto su un versante, quello delle contestazioni testimoniali, in cui si ravvisava la principale discrasia rispetto alla disciplina dibattimentale.[33] – in conformità con la previsione di cui all'art. 401, comma 5 c.p.p., secondo la quale, appunto, l'assunzione della prova deve avvenire secondo le forme stabilite per il dibattimento – si pone sullo sfondo della norma che colloca tra i requisiti necessari dell'avviso di fissazione dell'udienza camerale l'avvertimento che, nei due giorni precedenti, la persona sottoposta alle indagini, la persona offesa ed i difensori possono prendere cognizione ed estrarre copia delle dichiarazioni già rese dalla persona da esaminare[34].

---

[33] Lo sottolineava, tra gli altri, Molari, *L'incidente probatorio*, cit. 365. Ma v., più in generale, sulla problematica degli squilibri connessi alle limitatissime facoltà conoscitive della difesa, Piattolli, *Incidente probatorio*, cit., 407.

[34] Art. 398, comma 3 c.p.p., come modificato dall'art. 4, l. 7 agosto 1997, n. 267. Come già detto, la Corte di cassazione ha precisato che l'obbligo in discorso riguarda gli atti dichiarativi volontari diretti all'autorità procedente o alle parti, e non il contenuto di conversazioni private intercettate dagli inquirenti o giunte comunque a loro conoscenza. V., in questo senso, Cass. pen., Sez. I, 6 maggio 2008, n. 32851. Rispetto alla ricognizione v., per l'esclusione dell'obbligo di deposito di dichiarazioni precedentemente rese dalla persona chiamata al riconoscimento, Cass. pen., Sez. III, 27 aprile 1995, Barbatovci. In senso diverso v., invece, Cass. pen., Sez. II, 18 giugno 1993, Gramignano. In dottrina v., per tutti, La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 638.

È ovvio che nessun problema si pone rispetto alle ipotesi di incidente probatorio che, collocandosi in frangenti procedurali successivi alla notificazione dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari, scontano una piena divulgazione dei contenuti del fascicolo delle indagini preliminari: « essendo già intervenuta una *discovery* piena, attraverso il deposito [...] dell'intero *dossier* dell'accusa posto a disposizione della difesa, l'orizzonte cognitivo delle parti può, qui, senz'altro dirsi omogeneo »[35].

Quella prevista dalla disposizione che ci occupa costituisce una forma attenuata di *discovery* la quale, essendo finalizzata ad assicurare un qualche grado di efficacia all'azione difensiva connessa al compimento dell'atto acquisitivo – il quale implica la possibilità di effettuare contestazioni ai sensi dell'art. 500 c.p.p. – senza però compromettere le esigenze di tutela del segreto investigativo, non ammette equipollenti, quale, per esempio, quello connesso all'emissione di una ordinanza cautelare ai sensi dell'art. 293, comma 3 c.p.p., come integrato da Corte cost., 24 giugno 1997, n. 192[36].

« All'indomani delle prime applicazioni dell'incidente probatorio si è manifestata un'apparente antinomia tra il disposto dell'art. 402 5º co., che richiama le forme dibattimentali, e la mancata previsione nella disciplina dell'istituto *de quo* di un espresso obbligo per il pubblico ministero di depositare le dichiarazioni precedentemente rese dal teste da escutere »[37].

Prima della riforma, infatti, la previsione di un obbligo di preventivo deposito dei verbali delle dichiarazioni in precedenza rese dal testimone la cui escussione deve avvenire con le forme dell'incidente probatorio era stata introdotta in via interpretativa dalla Corte costituzionale, la quale, secondo un'impostazione attenta alla salvaguardia dell'esigenza di segretezza delle indagini preliminari, aveva ritenuto che una regola siffatta fosse enucleabile da quella contenuta nell'art. 401, comma 5 c.p.p.[38].

Secondo il Giudice delle leggi, infatti, la prescrizione dell'art. 401, comma 5 c.p.p. andrebbe intesa nel senso che le modalità di espletamento della prova nell'incidente probatorio sono quelle stesse che valgono per la fase dibattimentale e, pertanto, a proposito delle deposizioni testimoniali, la possibilità per la persona sottoposta alle indagini di avere la disponibilità delle dichiarazioni in precedenza rese alla polizia giudiziaria o al pubblico ministero,

---

[35] Di Chiara, *Incidente probatorio*, cit., 561.
[36] Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 239.
[37] Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 166.
[38] Corte cost., 11 febbraio 1991, n. 74.

anche se non viene menzionata nell'art. 401 c.p.p., risulta ricompresa in tale regola[39].

Se non che, per ovvie esigenze di salvaguardia del testimone, le dichiarazioni pregresse non possono, precisa la Corte, essere messe a disposizione dell'indiziato – quanto meno nelle ipotesi di assunzione anticipata della prova per le ragioni indicate nell'art. 392, comma 1, lettera b) c.p.p. – prima dell'udienza di assunzione della prova, in quanto soltanto da quel momento i rischi di inquinamento e di dispersione della prova o della sua fonte vengono ad attenuarsi[40].

La giurisprudenza di legittimità, dal canto suo, aveva valorizzato la premessa secondo cui, ai sensi dell'art. 401, comma 5 c.p.p., l'assunzione della prova testimoniale in sede di incidente probatorio ha luogo con le stesse forme stabilite per il dibattimento – con conseguente diritto, per la difesa dell'indagato, di controinterrogare il teste e di muovergli contestazioni, ai sensi dell'art. 500 c.p.p. – per concludere che la richiesta di incidente probatorio avanzata dal pubblico ministero deve essere accompagnata dal deposito, nella cancelleria del giudice, ai sensi dell'art. 395 c.p.p., delle dichiarazioni precedentemente rese dal medesimo testimone, in mancanza delle quali l'esercizio del suddetto diritto sarebbe ingiustificatamente pregiudicato[41], fermo restando che non sarebbe configurabile un diritto delle parti alla cognizione anticipata di esse[42].

Pertanto – era il termine della riflessione afferente all'aspetto sanzionatorio – l'omissione di detto deposito può dar luogo a nullità dell'atto assunto per violazione del principio del contraddittorio e dei diritti della difesa, senza che però ciò comporti la ricorribilità immediata per cassazione dell'ordinanza del giudice che abbia respinto la relativa eccezione[43].

---

[39] Corte cost., 11 febbraio 1991, n. 74.

[40] Corte cost., 11 febbraio 1991, n. 74.

[41] Cass. pen., Sez. I, 7 ottobre 1991, Barbetta. V., in dottrina, Adorno, *Le forme di assunzione della testimonianza nell'incidente probatorio*, in *Cass. pen.*, 1996, 3050.

[42] V., in questi termini, Cass. pen., Sez. II, 11 maggio 1995, Pagano.

[43] Cass. pen., Sez. I, 7 ottobre 1991, Barbetta. Che la violazione dell'obbligo di deposito determini la nullità dell'atto acquisitivo della prova è opinione condivisa in ambito dottrinale. V., per tutti, Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 169, secondo il quale si tratta di una nullità a regime intermedio *ex* artt. 178 e 180 c.p.p., da eccepire entro i termini e con le modalità di cui all'art. 182 c.p.p. V., inoltre, per una analoga opinione in relazione all'obbligo di deposito integrale degli atti previsto dall'art. 393, comma 2-*bis* c.p.p., Caporale, *L'audizione dei minori in incidente probatorio: una questione di equilibri*, cit., 965; Coppetta, *Il contributo dichiarativo del minorenne nell'incidente probatorio*, cit., 177.

I dubbi e le perplessità che hanno accompagnato l'intervento della Corte[44] – da cui era dato evincere, sia pure incidentalmente, che il dovere di preventiva produzione dovesse essere adempiuto al momento del deposito della richiesta di incidente da parte del pubblico ministero, mentre il diritto alla conoscenza delle dichiarazioni da parte del difensore sarebbe sorto soltanto al momento dell'udienza per quelle che vengono definite ovvie ragioni di salvaguardia del testimone in funzione dell'esercizio dell'azione penale[45] – ha determinato l'intervento legislativo correttivo, il quale, come può notarsi, non prevede nulla circa il momento in cui il pubblico ministero deve provvedere al deposito dei verbali sebbene, per quel che più interessa alla difesa, il profilo della tempistica dell'accesso alle dichiarazioni sia definito in termini maggiormente garantistici.

È ovvio che, stante il chiaro dettato normativo, i tempi dell'adempimento di cui è gravato il pubblico ministero non incidono sull'esercizio del diritto della parte di esaminare le dichiarazioni, ma esigenze di completezza della cognizione giudiziale sulla richiesta rendono consigliabile che il deposito sia contestuale alla proposizione della richiesta da parte del pubblico ministero[46].

Nel caso in cui, invece, la richiesta di incidente probatorio provenga dalla difesa, l'obbligo di deposito, al quale il pubblico ministero è comunque tenuto considerando che la norma non consente di effettuare distinzioni legate alla provenienza della richiesta[47] e che l'esigenza di effettuare contestazioni può sorgere anche in caso di richiesta di incidente proveniente dalla persona sotto-

---

[44] V., in particolare, Scagliola, *Il diritto alle contestazioni nell'incidente probatorio*, cit., 2408; Adorno, *Le forme di assunzione della testimonianza nell'incidente probatorio*, cit., 3051. Come osserva Scella, *Art. 4. L. 7 agosto 1997, n. 267*, cit., 337, pur condividendosi i limiti della costruzione giurisprudenziale sarebbe ingeneroso non riconoscere alla sentenza costituzionale il merito di avere segnato un punto di non ritorno, ossia di avere tracciato un livello minimo di garanzia in rapporto alla disciplina delle modalità di assunzione della testimonianza in incidente probatorio.

[45] Di talché, è la notazione di Scagliola, *Il diritto alle contestazioni nell'incidente probatorio*, cit., 2412, « il diritto della difesa alla prova ed il principio di parità delle parti, che la Corte dichiara di voler salvaguardare, risultano garantiti solo formalmente consentendo alla persona sottoposta alle indagini di conoscere non prima dell'udienza le dichiarazioni precedentemente rese dal testimone ».

[46] Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 230. In senso diverso v., invece, Quaglierini, *Le modifiche in materia di incidente probatorio*, cit., 220; Scella, *Art. 4. L. 7 agosto 1997, n. 267*, cit., 338; Piattolli, *Incidente probatorio*, cit., 408; Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 172, il quale ha cura di precisare che « nulla toglie che, per evitare di incorrere in nullità, il pubblico ministero depositi le dichiarazioni al momento della proposizione della richiesta, salvo restando che il diritto di prenderne cognizione sarà comunque subordinato all'adozione di un'ordinanza di ammissione e diverrà attuale nel termine di cui all'art. 398 3º co. c.p.p. ».

[47] Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 331; Quaglierini, *Le modifiche in materia di incidente probatorio*, cit., 220.

posta alle indagini[48], deve essere adempiuto contestualmente alle produzioni di cui all'art. 396 c.p.p., di modo che il giudice possa tenerne conto in sede di verifica della rilevanza della prova richiesta.

Sebbene la preventiva cognizione delle dichiarazioni già rese dal testimone costituisca l'unico adempimento strettamente correlato al compimento dell'atto acquisitivo, ed ancorché « [sia] innegabile che l'intervento novellistico del 1997 abbia inciso sull'asfitticità dei tempi della *discovery* indicati dalla Corte costituzionale, garantendo una più decorosa apertura agli spazi del contraddittorio »[49], è chiaro che il carattere parziale della *discovery* non consente di acquisire una visione ampia del contesto probatorio in cui l'atto stesso si colloca, di talché l'efficacia dell'esame difensivo può comunque risultare compromessa[50].

Una diversa e maggiormente estesa forma di *discovery* è prevista, come si è già avuto modo di dire, in relazione ai casi di incidente probatorio previsti dall'art. 392, comma 1-*bis* c.p.p.

L'art. 393, comma 2-*bis* c.p.p., introdotto dall'art. 13, l. 15 febbraio 1996, n. 66, stabilisce infatti che con la richiesta di incidente probatorio finalizzata all'assunzione della prova nei casi appena richiamati – vi è inclusa, ovviamente, anche la fattispecie introdotta dal d. lgs. 15 dicembre 2016, n. 212 – il pubblico ministero deve depositare tutti gli atti di indagine compiuti.

Si tratta, dunque, di un'ipotesi di *discovery* integrale, alla quale si affianca il diritto, per l'indagato ed i difensori delle parti, di ottenere copia degli atti depositati[51].

---

[48] Nappi, *Guida al codice di procedura penale*, cit., 315. V., invece, Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 172, il quale sembra portato a concludere che solo quando l'indicente è richiesto dal pubblico ministero sorge l'obbligo di deposito degli atti.

[49] Di Chiara, *Incidente probatorio*, cit., 560. Come evidenzia Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 171, con la modifica « ci si è mossi nella direzione indicata dalla dottrina, secondo la quale l'effettività del diritto alle contestazioni, e quindi del contraddittorio, non era assicurata dalla visione tardiva delle dichiarazioni precedenti, che non consentiva il necessario studio e valutazione delle stesse da parte della difesa ».

[50] Questo rilievo critico è generalmente condiviso in dottrina. V., per tutti, Lozzi, *I principi dell'oralità e del contraddittorio nel processo penale*, cit., 690. Ma, anche, Adorno, *Le forme di assunzione della testimonianza nell'incidente probatorio*, cit., 3051, il quale non a caso definisce quello che si instaura nell'udienza camerale prevista dall'art. 401 c.p.p. uno pseudo-contraddittorio. Di Chiara, *Incidente probatorio*, cit., 561, individua nel contraddittorio claudicante che si instaura in sede di incidente « il vero *punctum dolens* che osta ad un incondizionato espandersi del modello dell'incidente liberalizzato ».

[51] Art. 398, comma 3-*bis* c.p.p., introdotto dall'art. 14, l. 15 febbraio 1996, n. 66.

Secondo un'opinione dottrinaria che meriterebbe di essere condivisa, pur nel silenzio della legge deve ritenersi comunque dovuto l'avviso circa le facoltà correlate all'obbligo di deposito degli atti d'indagine[52].

In ogni caso, la disposizione in discorso non stabilisce un *dies a quo* ai fini dell'esercizio del diritto di copia, di talché occorre fare riferimento al termine di cui all'art. 398, comma 3 c.p.p.: l'esame degli atti da parte dei difensori può avvenire, dunque, soltanto a seguito dell'ammissione dell'incidente e nei due giorni antecedenti la relativa udienza[53].

« Questa esegesi » – è stato sottolineato – « al di là degli equivoci di cui è portatore il combinato disposto degli artt. 393, comma 2 bis e 398 comma 3 bis c.p.p., soddisfa le due opposte esigenze che qui vengono in gioco: la tutela della difesa, da un lato, la salvaguardia della segretezza delle indagini preliminari, dall'altro »[54].

La *ratio* della norma[55] va ricercata nell'esigenza di rendere quanto più esaustivo possibile il compimento dell'atto in sede di incidente probatorio, allo scopo di facilitare la definitiva uscita del minore ovvero della persona maggiorenne vittima di reati particolarmente gravi dal processo penale[56].

Infatti, « [l]a *discovery* del materiale conoscitivo raccolto, allargando la piattaforma cognitiva a disposizione delle parti, permette di aumentare gli

---

[52] Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 297. Ma v., per la medesima conclusione, La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 616.

[53] Di Chiara, *Incidente probatorio*, cit., 561. Nello stesso senso v., poi, La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 616; Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 238; Caporale, *L'audizione dei minori in incidente probatorio: una questione di equilibri*, cit., 965; Coppetta, *Il contributo dichiarativo del minorenne nell'incidente probatorio*, cit., 177.

[54] Coppetta, *Il contributo dichiarativo del minorenne nell'incidente probatorio*, cit., 177.

[55] Ritenuta da Nappi, *Guida al codice di procedura penale*, cit., 316, inspiegabile in quanto produttiva di un effetto disincentivante il ricorso a siffatto strumento di tutela. Dello stesso tenore la critica mossa da Bargis, *Art. 14, l. 15 febbraio 1996, n. 66 (Norme contro la violenza sessuale)*, in *Leg. pen.*, 1996, 512. Secondo Mulliri, *La legge sulla violenza sessuale. Analisi del testo, primi raffronti e considerazioni critiche*, cit., 753, l'obbligo di *discovery* totale è ingiustificato siccome idoneo a paralizzare le altre indagini. V., poi, la dura critica rivolta da Conti, *Esteso l'istituto dell'incidente probatorio alla testimonianza di chi ha meno di sedici anni*, cit., 27. Nonché Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 183, il quale manifesta serie perplessità circa la coerenza della norma, soprattutto in relazione al caso in cui, nell'ambito del medesimo procedimento, vengono proposte diverse istanze di incidente probatorio, non tutte riguardanti minori. V., infine, Canzio, *La tutela della vittima nel sistema delle garanzie processuali: le misure cautelari e la testimonianza "vulnerabile"*, cit., 990.

[56] La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 614. Osserva Caporale, *L'audizione dei minori in incidente probatorio: una questione di equilibri*, cit., 954, come la previsione potrebbe costituire un sacrificio alla segretezza delle indagini, tuttavia che merita di essere affrontato per garantire l'assunzione della prova nel contraddittorio delle parti.

spazi del confronto dialettico [compensando] l'ampia deroga introdotta al principio della formazione della prova in dibattimento [...] attraverso il riequilibrio delle conoscenze tra accusa e difesa »[57].

Ci si è chiesti, in dottrina, se la *discovery* integrale degli atti d'indagine debba avvenire solo nell'ipotesi in cui la richiesta di incidente sia stata avanzata dal pubblico ministero[58], ovvero se tale onere sussista anche nei casi in cui l'istanza provenga dalla persona sottoposta alle indagini.

Se la formulazione dell'art. 393, comma 2-*bis* c.p.p. – il quale richiama la richiesta formulata dal pubblico ministero – ed il riferimento soggettivo contenuto nell'art. 398, comma 3-*bis* c.p.p. – limitato alla persona sottoposta alle indagini ed ai difensori delle parti – sembrano assicurare il fondamento della prima soluzione, appare maggiormente conforme alla *ratio* della previsione la conclusione secondo cui la regola della generale ostensione degli atti d'indagine dovrebbe operare indipendentemente dal soggetto che ha presentato la richiesta, anche perché il rischio di una possibile strumentalizzazione dell'istituto è fronteggiabile alla luce della relazione che si genera tra i tempi della *discovery* e la cronologia degli adempimenti funzionali alla decisione di accoglimento del giudice[59].

Spostandosi su un versante di analisi diverso, in generale non sembra prospettabile un obbligo di *discovery* nel caso in cui la richiesta di incidente probatorio provenga dalla persona sottoposta alle indagini e sia preceduta da un'attività acquisitiva di dichiarazioni ai sensi dell'art. 391-*bis* c.p.p.

L'investigazione difensiva, come è noto, può infatti presentare carattere di "frammentarietà", nel senso che il difensore è libero non soltanto nella scelta degli atti investigativi da compiere, ma anche nella selezione delle risultanze di essi da portare a conoscenza delle altre parti e, quindi, da sottoporre alla valutazione giudiziale[60].

---

[57] Coppetta, *Il contributo dichiarativo del minorenne nell'incidente probatorio*, cit., 174.

[58] Come sembra ipotizzare Di Chiara, *Incidente probatorio*, cit., 561. Ma v. anche, negli stessi termini, Scaparone, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in *Compendio di procedura penale*, Padova, 2000, 480; Nappi, *Guida al codice di procedura penale*, cit., 316; Coppetta, *Il contributo dichiarativo del minorenne nell'incidente probatorio*, cit., 175, secondo la quale « se si dovesse ammettere il contrario aumenterebbero i pregiudizi per la funzionalità del meccanismo acquisitivo che l'anticipata *discovery* parrebbe già comportare »; Piattolli, *Incidente probatorio*, cit., 409.

[59] V., in questo senso, La Rocca, *L'incidente probatorio*, cit., 231; Id., *Incidente probatorio*, cit., 301; La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 616. La conclusione in senso estensivo è condivisa, poi, da Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 238.

[60] V., nei termini appena esposti, Randazzo, *Indagini difensive, ecco in cosa differiscono da*

A parte l'eventuale incidenza dell'omessa produzione della relativa documentazione sulla forza persuasiva della richiesta, è evidente che essa pregiudica la possibilità di utilizzare le risultanze investigative nell'ambito dell'incidente, fermo restando che un eventuale deposito successivo – l'atto, ovviamente, non potrebbe seguire al compimento dell'incidente in ragione del divieto previsto dall'art. 430-*bis* c.p.p. – potrebbe determinare l'instaurazione di un nuova procedura incidentale – magari su richiesta, questa volta, del pubblico ministero – oppure legittimare una richiesta di nuova audizione a norma dell'art. 190 c.p.p. o, nei casi specificamente previsti, dell'art. 190-*bis* c.p.p.

3. *L'assunzione della prova.*

Nell'ambito dell'incidente probatorio le prove sono assunte – chiarisce l'art. 401, comma 5 c.p.p. il quale si pone in linea con le premesse teoriche che hanno condotto la messa a fuoco del modello dell'isola giurisdizionale[61] – con le forme stabilite per il dibattimento.

La norma, ha chiarito la Corte costituzionale, opera un rinvio diretto alle disposizioni concernenti la formazione della prova nella sede dibattimentale, di talché ad esse occorre fare riferimento al fine di ricostruire la dinamica elaborativa della prova, fatte però salve espresse previsioni di segno contrario ovvero condizioni di incompatibilità connaturate alla fase in cui ha luogo la forma peculiare di assunzione della prova[62].

---

quelle pubbliche, in *Dir. e giust.*, 2003, 44, 12. Inoltre v., volendo, Suraci, *Le indagini difensive*, cit., 66.

[61] Così, letteralmente, Di Chiara, *Incidente probatorio*, cit., 562. La norma è ritenuta "enigmatica" da Potetti, *Contestazioni e allegazioni di dichiarazioni già rese dall'esaminando: l'incidente probatorio può diventare un « mini dibattimento »?*, in *Cass. pen.*, 1999, 2385, per il quale essa « rappresenta l'estremo tentativo di recuperare in qualche modo il progetto (qualche volta mancato) della formazione dibattimentale della prova: se non si può adire il dibattimento, siano le forme del dibattimento ad arretrare temporalmente fino alla sede dell'incidente probatorio ».

[62] Corte cost., 11 febbraio 1991, n. 74. V., in precedenza, Corte cost., 28 dicembre 1990, n. 559, la quale aveva sottolineato l'ampiezza della regola generale contenuta nell'art. 401, comma 5 c.p.p. In dottrina v., invece, Potetti, *Contestazioni e allegazioni di dichiarazioni già rese dall'esaminando: l'incidente probatorio può diventare un « mini dibattimento »?*, cit., 2386, ove rimarca che « l'idea di trasformare l'incidente probatorio in una sorta di dibattimento anticipato è fatalmente destinata a scontrarsi con il contesto in cui l'incidente probatorio si svolge ». Ma v., altresì, Di Chiara, *Incidente probatorio*, cit., 562: « Sennonché, a ben vedere, il rinvio alle "forme stabilite per il dibattimento" si palesa non privo di spunti iperbolici, suggerendo all'interprete opportune opere di ridimensionamento allo scopo di prender atto dell'estrema diversità dei due contesti, che impedisce ogni disinvolta velleità di omologazione ».

D'altra parte, già la relazione al progetto preliminare consentiva di intravedere il tendenziale rifiuto di una logica totalmente omologante della disciplina tipica delle distinte sedi acquisitive, laddove si affrettava a puntualizzare che assieme ad un articolato meccanismo di garanzie mutuato dalla fase del dibattimento si è evitato il richiamo alla integralità delle norme previste per tale fase che, sistematicamente, mal si sarebbero conciliate con un istituto destinato ad operare in uno stadio pre-processuale[63].

Ed allora, tornando alla precisazione in senso delimitativo declinata dalla Corte costituzionale, sebbene « l'individuazione di questo limite resta piuttosto generica e introduce un elemento di incertezza nell'interpretazione dell'art. 401, comma 5 c.p.p., perché la Corte non spiega quali siano le "condizioni di incompatibilità" derivanti dalla natura delle indagini preliminari »[64], è evidente che le regole afferenti all'istruzione dibattimentale costituiscono il punto di riferimento essenziale su cui sagomare quella che può definirsi una forma di istruzione incidentale.

Alla luce, pertanto, della disposizione predetta, la quale « presiede[ndo] alla metodologia di elaborazione della prova [costituisce] il cuore della disciplina dell'udienza »[65], non sussistono dubbi circa la piena applicabilità nella procedura incidentale delle disposizioni in materia di *cross-examination* nel corso dell'esame testimoniale e delle parti private stabilite agli artt. 496-499 c.p.p.[66].

Il difensore della persona offesa, precisa invece la seconda parte dell'art. 401, comma 5 c.p.p., può soltanto chiedere al giudice di rivolgere domande alle persone sottoposte ad esame.

Altrettanto indiscutibile è, altresì, la possibilità di effettuare, nel corso dell'esame medesimo, contestazioni ai sensi degli artt. 500 e 503 c.p.p.[67], essendo chiaro che la modalità acquisitiva anticipata non incide sulle prerogative tipiche dello *status* processuale del dichiarante[68] e fermo restando che ogni valutazione circa la ricorrenza dei presupposti per l'eventuale acquisizione dei verbali utilizzati per le contestazioni deve essere differita alla sede dibattimentale, luogo in

---

[63] Conso, Grevi, Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalla legge delega ai decreti delegati*, IV, *Il progetto preliminare del 1988*, cit., 910.

[64] Scagliola, *Il diritto alle contestazioni nell'incidente probatorio*, cit., 2411.

[65] Di Chiara, *Incidente probatorio*, cit., 562.

[66] V., per tutti, Bargis, *Incidente probatorio*, cit., 355.

[67] Potetti, *Contestazioni e allegazioni di dichiarazioni già rese dall'esaminando: l'incidente probatorio può diventare un « mini dibattimento »?*, cit., 2386.

[68] Come ha precisato, tuttavia, Cass. pen., Sez. IV, 2 ottobre 2001, n. 42949, sono comunque utilizzabili le dichiarazioni dell'imputato in procedimento connesso rese dinanzi al pubblico ministero, qualora in sede di incidente probatorio lo stesso soggetto si sia avvalso della facoltà di non rispondere.

cui la parità cognitiva degli atti investigativi da parte dei contendenti consente di assicurare la pienezza del contraddittorio sulla correlata questione[69].

È evidente, però, che essendo l'incidente ad ogni effetto la fase acquisitiva della prova, vanno affrontati e risolti in siffatta sede i temi relativi all'eventuale conferma o meno di quanto dichiarato nelle fasi pregresse, trattandosi di profili dagli immediati riflessi sul versante utilizzativo.

Posto che, come chiarito dalla giurisprudenza, le dichiarazioni predibattimentali non rientrano automaticamente nel compendio probatorio utile al fine di accertare la responsabilità per il semplice fatto di avere formato oggetto di legittima contestazione, diviene indispensabile anticipare alla fase incidentale ogni iniziativa che determini gli atteggiamenti significativi del dichiarante, di talché qualora questi ritratti nell'ambito di siffatto segmento i contenuti dichiarativi emergenti dalle contestazioni, si determinerà una successiva inutilizzabilità a fini valutativi.

Qualora, invece, il dichiarante dovesse confermare gli elementi contestati, essi potranno essere utilizzati nel successivo dibattimento come prova della responsabilità, fermo ovviamente il giudizio di attendibilità[70].

Egualmente diffusa è, in dottrina, la tesi della non applicabilità dell'art. 507 c.p.p., stante la natura incidentale del procedimento in esame ed il carattere di frammentarietà che ne pervade l'intera architettura[71].

Mentre con riguardo all'art. 506, comma 2 c.p.p., risolvendosi l'incidente probatorio in una udienza volta ad acquisire la testimonianza o l'esame della parte, si ritiene che al giudice spetti senz'altro il potere di porre domande al fine di supplire ad eventuali carenze istruttorie[72], per le ragioni esposte poco sopra si ritiene non trovi applicazione l'art. 506, comma 1 c.p.p.[73].

---

[69] V., in questo senso, Bargis, *Incidente probatorio*, cit., 355. In senso contrario v., invece, Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 369; Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 176.

[70] Sul valore probatorio delle contestazioni e sulle problematiche appena accennate v., in ambito giurisprudenziale e limitandosi alle prese di posizione più recenti, Cass. pen., Sez. II, 7 aprile 2016, n. 13910; Cass. pen., Sez. V, 19 dicembre 2012, n. 13275.

[71] Di Chiara, *Incidente probatorio*, cit., 563. V., inoltre, Nappi, *Guida al codice di procedura penale*, cit., 320; Vitale, *L'incidente probatorio per l'esame dei coimputati e degli imputati connessi o collegati*, cit., 1901, nt. 47; Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 192.

[72] Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 297; Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 192; Di Chiara, *Incidente probatorio*, cit., 563, il quale precisa, tuttavia, che le ulteriori domande non devono debordare dall'oggetto di prova messo a fuoco nell'ordinanza di fissazione dell'udienza camerale.

[73] Di Chiara, *Incidente probatorio*, cit., 563. Diversamente v., invece, Vitale, *L'incidente probatorio per l'esame dei coimputati e degli imputati connessi o collegati*, cit., 1901.

La Corte di cassazione ha, poi, chiarito che la questione relativa alla proposizione di domande suggestive deve essere prospettata direttamente al giudice innanzi al quale si forma la prova, mentre nei successivi gradi di giudizio può essere oggetto di valutazione solo la motivazione con cui il giudice abbia accolto o rigettato l'eccezione e, pertanto, non può essere eccepita per la prima volta con i motivi di impugnazione l'inutilizzabilità dell'atto assunto in violazione dell'art. 499 c.p.p.[74].

La giurisprudenza ha precisato, altresì, che in tema di incidente probatorio, quantunque l'art. 401, comma 5 c.p.p. richiami le forme di assunzione delle prove stabilite per il dibattimento, non può ritenersi applicabile l'art. 511, comma 3 c.p.p. all'udienza del procedimento incidentale, in quanto di ''lettura di atti'' *ex* art. 511 c.p.p. ha senso parlare solo per le attività svolte prima del giudizio, con riferimento a quelle formalità attraverso le quali gli atti medesimi proprio nel giudizio vengono immessi in contraddittorio tra le parti[75].

Per il medesimo ordine di ragioni, ma anche per tutta una serie di considerazioni di ordine generale, non si rinviene alcuno spazio per ipotizzare la possibile operatività delle altre disposizioni concernenti, nel complesso, il sistema delle letture dibattimentali[76].

Infatti, « l'applicazione delle norme [sulle letture] postula un'attività istruttoria e valutativa che, se collocata nella sede dell'incidente probatorio, ne provocherebbero un'evidente fuoriuscita dalla sua funzione naturale; funzione che non e' quella di costituire un ''mini-dibattimento anticipato'', ma di tutelare alcune tassative esigenze per le quali il legislatore ha ritenuto di dover fare eccezione ad un cardine del sistema processuale attualmente vigente, qual'è la formazione della prova nel pieno contraddittorio delle parti, e dinanzi al giudice chiamato poi a giudicare sul merito del processo con giurisdizione piena. Più in generale, occorre introdurre un'argomentazione autonoma e ''di fondo'', che conduce a rifiutare (perché esorbitanti rispetto alla natura dell'incidente probatorio) le letture-acquisizione di cui si tratta. Occorre cioè osservare che l'attenzione dell'interprete, quando si tratti di definire il perimetro riservato al giudice dell'incidente probatorio, non dovrebbe mai distogliersi dal considerare che l'incidente probatorio rappresenta

---

[74] Cass. pen., Sez. I, 31 maggio 2005, n. 22204.

[75] Cass. pen., Sez. IV, 4 aprile 1997, n. 4593.

[76] V., in questi termini, Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 372, il quale apre uno spiraglio, tuttavia, in relazione ai casi di lettura *ex* art. 513 c.p.p. legittimati dall'esercizio del diritto al silenzio del dichiarante.

comunque un "momento di sofferenza" del sistema [talché ne deriva] la necessità di interpretarne i confini in senso restrittivo (cioè nel senso del "sacrificio minimo" per i principi ispiratori sui quali si regge il sistema), lasciando al giudice del dibattimento tutte quelle prerogative che non sia necessario violare in nome delle superiori esigenze tutelate dal legislatore con le previsioni di cui all'art. 392 c.p.p.»[77].

Il richiamo soltanto relativizzato alle forme dell'incidente probatorio ha determinato l'affermarsi, ancorché con sfumature argomentative in parte diverse, della tesi secondo cui in caso di perizia assunta con incidente probatorio, costituiscono momenti indefettibili del procedimento di formazione della prova l'esposizione orale del parere del perito in udienza e il successivo eventuale esame del perito ad opera delle parti.

Tuttavia, qualora il giudice dell'incidente probatorio abbia irritualmente differito la fase orale alla sede dibattimentale (pur non essendo stato tale differimento concordemente convenuto dalle parti), si verifica una mera irregolarità improduttiva di conseguenze e si è solo in presenza di una prova incompleta, che può e deve essere completata in dibattimento con il contraddittorio orale tra le parti, senza che da tale irritualità possa farsi discendere una nullità per violazione del diritto di assistenza delle parti di cui agli artt. 178, lett. c) e 180 c.p.p.[78].

Si accennava a sfumature diverse in punto di argomentazione dell'assunto, ed infatti la giurisprudenza di poco precedente aveva già chiarito che, in caso di perizia assunta con incidente probatorio, non è prevista alcuna nullità per il caso di diniego di fissazione di una nuova udienza da parte del giudice per l'esame orale del perito poiché l'assunzione anticipata della perizia in sede incidentale non richiede, successivamente al deposito dell'elaborato, anche l'esame orale del perito, in quanto il rinvio alle forme di assunzione delle prove stabilite nel giudizio, compiuto dall'art. 401 c.p.p., deve intendersi nei limiti di compatibilità connaturati alla specialità della sede ed alle esigenze acceleratorie proprie della fase[79].

---

[77] Potetti, *Contestazioni e allegazioni di dichiarazioni già rese dall'esaminando: l'incidente probatorio può diventare un « mini dibattimento »?*, cit., 2390.

[78] Cass. pen., Sez. IV, 3 ottobre 2006, n. 36613.

[79] Cass. pen., Sez. IV, 17 settembre 2004, n. 44495. V., altresì, Cass. pen., Sez. V, 15 dicembre 1998, n. 6808. Diversamente, secondo Cass. pen., Sez. I, 7 luglio 1994, Tabasso, quando si procede con incidente probatorio, la nullità della procedura seguita per l'espletamento della perizia, per avere il giudice, dopo il conferimento dell'incarico e la fissazione di un termine per l'espletamento, omesso di rinviare ad altra udienza per l'audizione del perito, limitandosi a disporre il deposito di relazione scritta, deve essere eccepita prima del compimento della perizia, se la parte interes-

Il carattere predeterminato della prova oggetto di acquisizione anticipata e la proiezione dibattimentale dei relativi risultati impediscono di dare adesione alla tesi che ammette la possibilità di applicare la disciplina della testimonianza indiretta[80].

Prevista dall'art. 195 c.p.p., è noto che la figura ha suscitato notevoli perplessità, al punto da indurre parte della dottrina a mettere in guardia dallo sfruttamento di una siffatta tecnica formativa di materiale probatorio al fine di introdurre una fonte di conoscenza in sé inammissibile[81].

In particolare, dopo l'introduzione dei principi costituzionali del giusto processo le notazioni polemiche nei confronti di un sistema che consente l'acquisizione in funzione utilizzativa delle risultanze di una deposizione indiretta si sono accentuate posto che essa « si limita a veicolare nel processo dichiarazioni extra-procedimentali, provenienti da una fonte che non compare in giudizio, con palese detrimento dell'immediatezza (perché il giudice non ha alcun contatto con la fonte di prova), dell'oralità (che si esercita solo in apparenza, su soggetto diverso da quello che fornisce le informazioni per averne fatto esperienza), del contraddittorio (che si svolge su fonte diversa da quella le cui informazioni sono destinate all'uso probatorio »[82].

La peculiare struttura del mezzo di prova in questione – caratterizzato dalla rappresentazione giudiziale di un fatto non percepito personalmente dal dichiarante ma a lui noto solo per essergli stato riferito da altri, che ne hanno invece avuto diretta percezione[83] – ha portato addirittura a contestarne la na-

---

sata è presente nella fase di scelta della procedura irregolare, e comunque, trattandosi di nullità attinente alla fase delle indagini preliminari, non oltre la celebrazione dell'udienza preliminare. Ne consegue che, in mancanza di tempestiva eccezione, si verifica decadenza dalla stessa, con l'ulteriore conseguenza che legittimamente la relazione peritale scritta viene inserita nel fascicolo del dibattimento e utilizzata per la decisione.

[80] Tesi prospettata, come è noto, da Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 351.

[81] Nobili, *La prova testimoniale: orientamenti giurisprudenziali e prospettive di riforma*, in *Ind. pen.*, 1973, 226. Infatti, con la normativa sulla testimonianza indiretta, come rileva Di Paolo, *Testimonianza indiretta*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. III, 1675, il legislatore « ha inteso rispondere ai suggerimenti della dottrina, che ormai da tempo sollecitava un intervento legislativo al fine di porre rimedio all'uso incontrollato ed arbitrario dei *relata* nella prassi giudiziale in conseguenza non solo delle lacune normative del codice Rocco, ma anche di una vera e propria degenerazione del principio del libero convincimento ».

[82] Cesari, *Testimonianza indiretta (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Annali II, 1137.

[83] Dunque, oggetto dalla testimonianza non è il fatto ma la rappresentazione del fatto: « chi depone » – osserva Cesari, *Testimonianza indiretta (diritto processuale penale)*, cit., 1135 – « insomma, narra non un fatto, ma la narrazione di un fatto, sicché le circostanze o le situazioni rilevanti vengono veicolate nel processo attraverso (almeno) due tappe, "rimbalzando" dal mondo fe-

tura di testimonianza, dovendosi ritenere tale soltanto « l'atto con il quale il teste, comunicando agli altri le sue percezioni, esplicitamente o implicitamente garantisce l'esistenza dei fatti che le hanno provocate »[84].

Nonostante l'avversione della dottrina[85], tanto più giustificata se a ragioni di ordine strettamente dogmatico si antepongono motivazioni di ordine pratico legate all'effetto perturbativo intimamente connesso ad una tipologia di dichiarazioni in relazione alle quali « non solo maggiore è il rischio della menzogna (essendo due i soggetti sulla cui veridicità bisogna fare affidamento), ma anche dell'errore imputabile ad equivoci o a confusioni (attesa l'ovvia constatazione per la quale altro è il sapere di prima mano, altro è aver appreso da terzi, con tutto il bagaglio di incertezze e di deresponsabilizzazione che riferimenti del genere comportano) »[86], l'art. 195 c.p.p. riserva un'articolata disciplina all'istituto della testimonianza indiretta, secondo un peculiare meccanismo pensato dal legislatore e per il quale è consentita, in generale, l'assunzione della testimonianza *de relato*, subordinando però l'utilizzabilità dei risultati alla presenza di determinate condizioni[87].

La norma prevede, quindi, come condizione minima di utilizzabilità delle dichiarazioni *de relato*, l'identificazione della fonte primaria[88], di talché di-

---

nomenico al primo soggetto che ne ha la percezione, da questo, mediante un racconto, ad un'altra persona e da quest'ultima, infine, attraverso la deposizione, al processo. È in questo complesso ingranaggio di "distillazione" delle conoscenze che risiedono peculiarità e problemi della testimonianza indiretta ».

[84] Calamandrei, *Art. 194-195, in Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, II, Torino, 1990, 429. Per un'analisi delle vicende che hanno caratterizzato l'approccio filosofico a questa tipologia di testimonianza v., anche in riferimento all'ampia bibliografia ivi riportata, Giuliani, *Prova (filosofia)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, 518.

[85] Calamandrei, *Art. 194-195*, cit., 429, per esempio, ha escluso che la testimonianza indiretta debba avere cittadinanza nel processo « come comunicazione di percezioni proprie e quindi allo scopo di affermare (o negare) la verità dei fatti oggetto delle dichiarazioni stesse, cioè come prova della loro esistenza ». In senso critico v., inoltre, Sturla, *Prova testimoniale*, in *Dig. disc. pen.*, X, 410, per la quale « [s]econdo la logica, infatti, una volta ritenuto che, per definizione, il testimone è colui che ha avuto percezione diretta dei fatti, si dovrebbe escludere che la testimonianza de relato possa avere ingresso nel processo come prova dei fatti riferiti ». Secondo, poi, Zacchè, *Testimonianza indiretta e contraddittorio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, 134, la riforma dell'art. 111 Cost. avrebbe dovuto condurre all'introduzione di un divieto di utilizzazione delle dichiarazioni *de relato*.

[86] Puleio, *La testimonianza indiretta*, in *Cass. pen.*, 2003, 2111. Faceva notare, in particolare, Manzini, *Trattato di diritto processuale italiano*, a cura di Conso, Pisapia, II, Torino, 1968, 294 come « i racconti passati di bocca in bocca si alterano e si deformano per via ».

[87] Di Paolo, *Testimonianza indiretta*, cit., 1690, il quale intravede in tale meccanismo una regola di ammissione con riserva di utilizzabilità.

[88] La *ratio* della previsione è individuata da Menna, *Prove dichiarative*, cit., 128, « nell'avver-

spone, in applicazione di una regola di « ammissione condizionata ex post »[89], che il dichiarante « debba comunque fare le proprie dichiarazioni di scienza salvo poi a ritenerle inutilizzabili, una volta chiarito che non voglia o non possa indicare le proprie fonti di informazioni »[90].

Superato questo stadio della dinamica informativa, subentra quello proteso alla verifica orientata verso la fonte dalla quale il dichiarante assume di avere appreso la notizia, quest'ultima dovendo sottoporsi all'esame, richiesto dalla parte o disposto d'ufficio dal giudice[91], sia pure al limitato fine di contestare la veridicità di quanto riferito dal teste indiretto ed essendo ovvio che nel caso in cui il giudice, valutando in siffatta evenienza le due dichiarazioni contrastanti alla stregua di tutte le circostanze rilevanti nelle quali le stesse sono stare rese, ritenga più attendibile la dichiarazione del teste di secondo grado, in assenza di qualsiasi indicazione normativa circa il valore probatorio di essa[92] può e deve utilizzare la stessa ai fini processuali.

« Del resto, se così non fosse » – fa notare la dottrina – « e se necessitasse comunque la conferma della fonte principale, l'indicazione del teste indiretto finirebbe col rimanere superflua, attesa l'esistenza di altra prova »[93].

Orbene, è facile notare come il complesso delle garanzie prescritte dall'art. 195 c.p.p. sia finalizzato a consentire un'adeguata verifica dell'attendibilità della fonte indiretta, di talché, come già anticipato, assolvono ad una funzione tipicamente collocata nella fase valutativa della prova, rimessa ovviamente al giudice dibattimentale ovvero, eventualmente, al giudice chiamato a pronunciarsi nell'ambito di un rito differenziato.

---

sione del legislatore per l'anonimo, testimoniata dalla serie di divieti che riguardano l'assenza di paternità degli elementi del cui uso probatorio si discute ».

[89] Di Paolo, *Testimonianza indiretta*, cit., 1690. L'espressione è ripresa da Menna, *Prove dichiarative*, cit., 129.

[90] Giarda, *Art. 195*, in *Commentario al codice di procedura penale*, coordinato da Giarda, Milano, 1992, 5, per il quale « si è voluto coniare una regola di esclusione delle risultanze di prova e non una regola di esclusione anticipata del mezzo di prova ». V., altresì, Di Paolo, *Testimonianza indiretta*, cit., 1691.

[91] V., su siffatti profili procedimentali, Di Paolo, *Testimonianza indiretta*, cit., 1691. Nonché, Menna, *Prove dichiarative*, cit., 124.

[92] Di Paolo, *Testimonianza indiretta*, cit., 1719.

[93] Puleio, *La testimonianza indiretta*, cit., 2111. Per una soluzione diversa, ispirata ad una lettura dell'art. 111 Cost. quale norma di garanzia di forme di contraddittorio c.d. "forte", ossia per l'elemento di prova, v. Zacchè, *Testimonianza indiretta e contraddittorio*, cit., 138, secondo il quale, in caso di escussione del teste diretto, la testimonianza *de relato* dovrebbe degradare a strumento di verifica dell'affidabilità del primo. L'impostazione richiama quella di Cesari, *Testimonianza indiretta (diritto processuale penale)*, cit., 1142.

L'attività acquisitiva propria dell'incidente probatorio si caratterizza, inoltre, per il fatto di essere rigidamente predefinita sul versante della fonte e dell'oggetto e sulla base di siffatta connotazione si regge tutto l'itinerario procedurale preordinato all'instaurazione del contraddittorio.

Questo insieme di caratteri rischierebbe di essere posto in crisi dall'apertura dell'istituto verso meccanismi che, alterando la piattaforma delineata dall'ordinanza di ammissione, rendono mutevole ed incerto lo sviluppo dell'iniziativa probatoria.

4. *L'assunzione della prova in casi particolari.*

Si è già visto che nei casi particolari indicati dall'art. 398, comma 5-*bis* c.p.p.[94] le modalità ordinarie di acquisizione della prova vengono derogate in relazione alla specifica ipotesi in cui la stessa veda coinvolta una persona minorenne, al fine di assicurare un'adeguata tutela alle peculiari condizioni psicologiche di siffatta categoria di soggetti[95].

In siffatta evenienza, infatti, con l'ordinanza che accoglie la richiesta di incidente probatorio e qualora le esigenze di tutela delle persone lo rendono necessario od opportuno[96], il giudice stabilisce il luogo, il tempo e le modalità particolari attraverso cui procedervi, potendo prevedere che l'udienza si svolga anche in luogo diverso dal tribunale.

In ordine al profilo spaziale, il giudice può avvalersi di strutture specializzate di assistenza o, in mancanza, può disporre che le attività di udienza si svolgano presso i locali scolastici ovvero, addirittura, presso l'abitazione della persona interessata all'assunzione della prova, essendo però « evidente che un contesto degradato escluderà la possibilità di utilizzare l'ambiente familiare, soprattutto se le ipotesi delittuose fossero maturate tra le mura domestiche »[97].

Ha, inoltre, la facoltà di delineare la tempistica dell'atto, potendo derogare alle scansioni fissate dall'art. 398 c.p.p. al fine di anticipare l'udienza an-

---

[94] Comma, come già detto, aggiunto dall'art. 14, l. 15 febbraio 1996, n. 66 e poi variamente modificato, da ultimo, dall'art. 2, d.l. 14 agosto 2013, n. 93, convertito in l. 15 ottobre 2013, n. 119.

[95] Coppetta, *Il contributo dichiarativo del minorenne nell'incidente probatorio*, cit., 178. Come ribadito da Fabbricatore, *Caso Pupino: sul riconoscimento dell'efficacia diretta delle decisioni quadro*, cit., 644, la disposizione mira garantire una maggiore dignità e riservatezza al dichiarante.

[96] V., come già sottolineato in precedenza, Coppetta, *Il contributo dichiarativo del minorenne nell'incidente probatorio*, cit., 179, la quale pone in risalto l'indeterminatezza dei contenuti e dei presupposti di applicabilità del modulo procedurale speciale.

[97] Spangher, *La protezione processuale del minore nel procedimento ordinario ed in quello minorile*, cit., 705.

che al di fuori dei casi previsti dall'art. 400 c.p.p. oppure di differirla allo scopo di consentire, per esempio, l'intervento di eventuali esperti[98].

Può, infine, determinare le modalità di svolgimento dell'atto, individuando quelle ritenute maggiormente consone alle esigenze di protezione che il caso concreto prospetta.

La norma, dunque, « lascia alla piena discrezionalità dell'organo giurisdizionale la scelta di applicare le misure di protezione, ed eventualmente a quale tipologie ricorrere, tra quelle che comportano deroghe alla disciplina ordinaria in relazione al luogo, ai tempi e alle modalità di svolgimento dell'udienza »[99].

L'ampio margine discrezionale[100] che la norma attribuisce al giudice della procedura incidentale anche in ordine alle modalità di assunzione della prova e la notevole ampiezza della formula identificativa del referente soggettivo di essa – ossia, il minore che sia non soltanto dichiarante, ma genericamente interessato all'assunzione di una prova anche diversa dalla testimonianza[101] – rende superfluo qualsiasi richiamo all'art. 498, comma 4 c.p.p.[102], fermo restando che le peculiari modalità di conduzione dell'esame – ivi inclusa la garanzia dell'ausilio dell'esperto in psicologia infantile, il quale, a quanto sembra, deve limitarsi a mediare la relazione investigativa, senza potersi intratte-

---

[98] Così, tra gli altri, Caporale, *L'audizione dei minori in incidente probatorio: una questione di equilibri*, cit., 966.

[99] Coppetta, *Il contributo dichiarativo del minorenne nell'incidente probatorio*, cit., 179. V., inoltre, Famiglietti, *La testimonianza del minore di sedici anni in incidente probatorio ed il raggiungimento della maggiore età*, cit., 296.

[100] Spangher, *La protezione processuale del minore nel procedimento ordinario ed in quello minorile*, cit., 705. Ben rileva, inoltre, Caporale, *L'audizione dei minori in incidente probatorio: una questione di equilibri*, cit., 966, che « il giudice è completamente libero di stabilire quale sia la misura più adatta al caso concreto ». V., inoltre, Sau, *Art. 398*, cit., 4924.

[101] V., per questo rilievo, Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 382. Secondo Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 253, « l'eventuale *reductio* del genere "prova" alla specie "testimonianza" non risulterebbe retta dalla disposizione normativa che usa l'espressione aspecifica "assunzione della prova", per definizione, non identificabile *tout court* con la prova testimoniale ». V., altresì, Bargis, *Art. 14, l. 15 febbraio 1996, n. 66 (Norme contro la violenza sessuale)*, cit., 509; Coppetta, *Il contributo dichiarativo del minorenne nell'incidente probatorio*, cit., 187; Conti, *Esteso l'istituto dell'incidente probatorio alla testimonianza di chi ha meno di sedici anni*, cit., 27.

[102] Sull'applicabilità della norma all'incidente probatorio attraverso l'art. 401, comma 5 c.p.p. v., nell'ambito di una posizione dottrinaria diffusa, Famiglietti, *La testimonianza del minore di sedici anni in incidente probatorio ed il raggiungimento della maggiore età*, cit., 296; Canzio, *La tutela della vittima nel sistema delle garanzie processuali: le misure cautelari e la testimonianza "vulnerabile"*, cit., 990. Ma v., correttamente, Bargis, *Art. 14, l. 15 febbraio 1996, n. 66 (Norme contro la violenza sessuale)*, cit., 511, la quale mette in risalto l'estesissima potenzialità applicativa della formula "modalità particolari" che figura nell'art. 398, comma 5-*bis* c.p.p.

nere in valutazioni concernenti l'affidabilità del dichiarante e la genuinità delle dichiarazioni, né sostituire l'autorità procedente nell'esecuzione effettiva dell'audizione[103] – ben si prestano ad operare, stante il rinvio alle forme stabilite per il dibattimento di cui all'art. 401, comma 5 c.p.p., in relazione all'esame dei minori che abbia luogo in procedimenti per reati diversi da quelli di cui all'art. 398, comma 5-*bis* c.p.p.[104].

In ogni caso, il potere giurisdizionale di determinazione delle modalità acquisitive non può spingersi fino al punto di snaturare l'essenza processuale dell'atto e, a tale proposito, merita di essere evidenziato come la giurisprudenza abbia ritenuto inesistente e, conseguentemente, inutilizzabile *ex* art. 191 c.p.p. l'incidente probatorio nel caso di allontanamento fisico del giudice – nella specie, dal luogo in cui si svolgeva l'esame della bambina ad opera di una psicologa – senza che risultasse conoscibile, attraverso le risultanze del verbale, il governo, da parte dello stesso giudice, dell'incidente probatorio e senza che fosse stato, in precedenza, disposto alcuno strumento tecnico idoneo a consentirgli di seguire direttamente lo svolgimento dell'atto[105].

Al di là di situazioni di evidente abnormità e stravaganza, appare chiaro che la determinazione delle modalità speciali che la norma rimette all'esclusiva valutazione del giudice ben può ricomprendere il ricorso alle forme di protezione compendiate dall'art. 498, comma 4-*ter* c.p.p.[106] ovvero le "modalità

---

[103] Secondo Tribisonna, *Le modifiche al codice di procedura penale: regole processuali più severe per l'imputato e maggiore tutela del minore*, in *Dir. pen. e processo*, 2013, 276, dovrebbe ritenersi consentito all'esperto di rivolgere direttamente domande alla persona sentita, ferma restando l'ineliminabile presenza dell'autorità investigante. In giurisprudenza, però, v., rispetto all'esame testimoniale, Cass. pen., Sez. IV, 11 dicembre 2001, Firemi, la quale consente che l'esame sia completamente e direttamente condotto dall'esperto, divenendo un dialogo esclusivo tra questi ed il minore. Secondo Cass. pen., Sez. III, 15 febbraio 2008, n. 11130, invece, nel caso di esame protetto di minori di anni sedici nelle forme dell'incidente probatorio non ricorre alcuna ipotesi di nullità ove sia il giudice a condurre direttamente l'assunzione della prova testimoniale, in quanto l'esperto in psicologia infantile eventualmente nominato ai sensi dell'art. 498, comma 4 c.p.p. ha solo la funzione di assistere il giudice fornendo sostegno psicologico al minore ovvero indicare le modalità con cui devono essere preferibilmente poste le domande. Per Santoriello, *La presenza dell'esperto nell'esame testimoniale del minore: dalla Convenzione di Lanzarote alla confusione del legislatore italiano*, in *Arch. pen.*, 2013, II, 5, l'ausilio dell'esperto si prefigge di « fungere da tramite tra la giustizia e la presunta vittima, facilitandone l'audizione al fine di rendere la deposizione pienamente utilizzabile per la decisione finale garantendo altresì le necessarie tutele del minore ».

[104] Coppetta, *Il contributo dichiarativo del minorenne nell'incidente probatorio*, cit., 187. Sull'applicabilità della disposizione all'incidente probatorio v., nell'ambito di una opinione dottrinaria pacifica, Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 380; Cassibba, *La tutela dei testimoni "vulnerabili"*, cit., 320.

[105] Cass. pen., Sez. III, 22 settembre 1997, n. 2938.

[106] Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 382; Di Geronimo, *L'incidente*

protette'' di cui, molto genericamente, parla il successivo comma 4-*qauter* della disposizione processuale appena citata[107] e richiamate, in funzione estensiva rispetto alle esigenze di protezione delle persone offese vulnerabili sebbene in maniera confusionaria ed inopportuna, dal nuovo art. 398, comma 5-*quater* c.p.p.[108].

Ma il giudice può, addirittura, spingersi oltre le previsioni poco sopra richiamate, applicando le peculiari formalità acquisitive che, non previste da queste, appaiono comunque conformi alle esigenze di protezione della persona interessata e che, addirittura, potrebbero essere applicate nella sede dibattimentale in virtù del richiamo – singolare anche in ragione della tecnica utilizzata[109] – contenuto nell'art. 498, comma 4-*bis* c.p.p.[110].

Ciò vale ancora di più se si tiene conto del fatto che la Corte costituzionale era intervenuta sulla disposizione in discorso ritenendola costituzionalmente illegittima nella parte in cui non prevedeva che il giudice potesse provvedere, nei modi ivi previsti, all'assunzione della prova ove fra le persone in-

---

probatorio, cit., 178; Mulliri, *La legge sulla violenza sessuale. Analisi del testo, primi raffronti e considerazioni critiche*, cit., 753. V., invece, Piattolli, *Incidente probatorio*, cit., 410. La norma, introdotta dall'art. 13, l. 3 agosto 1998, n. 269 e come da ultimo modificata dall'art. 2, d.l. 14 agosto 2013, n. 93, convertito in l. 15 ottobre 2013, n. 119, prevede che, nei casi ivi indicati, l'esame del minore vittima del reato o del maggiorenne infermo di mente vittima del reato possa avvenire, a richiesta propria o del difensore, mediante l'uso di un vetro a specchio unitamente ad un impianto citofonico. In senso diverso v., invece, Coppetta, *Il contributo dichiarativo del minorenne nell'incidente probatorio*, cit., 184, la quale ritiene che il peculiare meccanismo acquisitivo possa operare soltanto in relazione ai presupposti ed ai casi indicati dalla norma afferente all'assunzione della prova in dibattimento. Sulla metodologia di protezione in discorso v., per tutti, Cesari, *La "campana di vetro": protezione della personalità e rispetto del contraddittorio nell'esame dibattimentale del teste minorenne*, in *Il minorenne fonte di prova nel processo penale*, a cura di Cesari, Milano, 2015, 310.

[107] Comma sostituito, anche questo, dall'art. 1, d. lgs. 15 dicembre 2015, n. 212.

[108] Introdotto dall'art. 1, d. lgs. 15 dicembre 2015, n. 212.

[109] Coppetta, *Il contributo dichiarativo del minorenne nell'incidente probatorio*, cit., 188. Ma v., sempre in senso critico, Famiglietti, *La testimonianza del minore di sedici anni in incidente probatorio ed il raggiungimento della maggiore età*, cit., 297.

[110] Caporale, *L'audizione dei minori in incidente probatorio: una questione di equilibri*, cit., 966. Il complesso sistema di richiami e rinvii che caratterizza la disciplina dell'audizione protetta ha reso, come non manca di osservare Coppetta, *Il contributo dichiarativo del minorenne nell'incidente probatorio*, cit., 179, la regolamentazione « caotica ». Eppure, come messo in rilievo da Fabbricatore, *Caso Pupino: sul riconoscimento dell'efficacia diretta delle decisioni quadro*, cit., 644, « la procedura anzidetta – sebbene ispirata ad una *ratio* di tutela del dichiarante – costituisce una "metodologia anomala", che oltre a esulare dalle regole tradizionali del sistema *adversary*, limita o, quanto meno, condiziona il contraddittorio tra le parti; per questo motivo, la legge sulla violenza sessuale ne prevedeva l'utilizzo *unicamente* in sede di incidente probatorio ».

teressate all'attività acquisitiva vi fosse un maggiorenne infermo di mente, quando le esigenze di questi lo rendessero necessario od opportuno[111].

L'art. 3, d.lgs. 4 marzo 2014, n. 24 ha, tuttavia, aggiunto all'art. 398 c.p.p. un comma 5-*ter* nel quale si prevede che il giudice, su richiesta di parte, applica la disposizione di protezione contenuta nel comma precedente qualora fra le persone interessate all'assunzione della prova vi siano maggiorenni – dunque, non soltanto allorquando essi rivestono la posizione di persona offesa dal reato – in condizione di particolare vulnerabilità, quest'ultima ovviamente desumibile – sebbene dica anacronisticamente la norma, anche dal tipo di reato per cui si procede – dagli indici rivelatori di cui all'art. 90-*quater* c.p.p.

La giurisprudenza ha confermato che, nei casi presi in considerazione dall'art. 398, comma 5-*bis* c.p.p., il giudice dispone discrezionalmente l'assunzione protetta della prova a cui siano interessati un minorenne o un maggiorenne infermo di mente, senza necessità di una richiesta in tal senso da parte degli interessati o dei loro difensori[112].

L'introduzione del comma 5-*ter*, tuttavia, ha ridisegnato gli equilibri interni al sistema di protezione correlato al meccanismo acquisitivo, con il risultato che l'acquisizione di prove che coinvolge interessi di persone maggiorenni vulnerabili – tra le quali rientrano, evidentemente, gli infermi di mente – con modalità differenziate non può essere disposta dal giudice *ex officio*.

Per ragioni di completezza va detto che le esigenze di tutela di soggetti particolarmente deboli sono salvaguardate dalla previsione, contenuta nell'art. 609-*decies*, comma 3 c.p. – come sostituito dall'art. 4, l. 1 ottobre 2012 n. 172, di ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007[113] – di un diritto all'assistenza affettiva e psicologica in favore delle vittime minorenni di delitti a sfondo sessuale nell'ambito del procedimento in cui assumono la veste di persona offesa dal reato[114].

---

[111] Corte cost., 29 gennaio 2005, n. 63.

[112] Cass. pen., Sez. III, 18 marzo 2009, n. 26341.

[113] E, quindi, modificato dall'art. 1, d.l. 14 agosto 2013, n. 93, convertito in l. 15 ottobre 2013, n. 119.

[114] Si tratta, in particolare, dei delitti di cui agli artt. 600, 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quinquies*, 601, 602, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quarter*, 609-*quinquies*, 609-*octies* e 609-*undecies* c.p., se commessi in danno di minori ovvero, nel caso dei delitti di cui al citato art. 609-*quater*, 572 e 612-*bis* c.p., se commessi anche da uno dei genitori di un minore in danno dell'altro genitore.

La norma, come è noto, prescrive, mediante una clausola di carattere generale la cui operatività è estesa ad ogni stato e grado del procedimento[115] che essa deve essere assicurata[116] dalla presenza dei genitori ovvero di altre persone idonee indicate dal minore, di gruppi, fondazioni, associazioni od organizzazioni non governative – iscritte in un apposito elenco – di comprovata esperienza nel settore dell'assistenza e del supporto alle vittime di reati sessuali[117].

5. *L'estensione dell'incidente probatorio.*

« L'intero impianto dell'incidente, costruito all'insegna del paradigma della parentesi a struttura triadica innestata in fase di indagini, appare preoccupato di curare una rigorosa messa a fuoco dei confini soggettivi e oggettivi della prova da acquisire »[118].

Pertanto, una volta definito dal giudice il confine dell'incidente su entrambi i versanti, l'art. 401, comma 6 c.p.p. si preoccupa di assicurare l'integrità del contraddittorio stabilendo un divieto di estensione dell'assunzione della prova a fatti riguardanti persone diverse da quelle i cui difensori partecipano all'incidente probatorio e puntualizzando che, nel caso di accidentali scostamenti, è in ogni caso vietato verbalizzare dichiarazioni riguardanti tali soggetti[119].

Si tratta di uno sbarramento normativo al quale sovraintende il giudice, cui è attribuita la funzione di « frenare un possibile movimento centrifugo *ultra partes*, mantenendo l'eccezionale atto istruttorio nei limiti soggettivi stabili segnati nell'ordinanza che ha accolto la richiesta di procedere con incidente probatorio »[120].

---

[115] La portata generale della garanzia è messa in evidenza da Cesari, *Il "minore informato sui fatti" nella legge 172/2012*, cit., 162.

[116] Si tratta, dunque, di una garanzia di carattere obbligatorio, non potendo il giudice che predisporre le specifiche modalità operative. V., in questo senso, Coppetta, *Il contributo dichiarativo del minorenne nell'incidente probatorio*, cit., 182.

[117] In relazione a queste ultime figure, la norma impone l'acquisizione del consenso del minore quale premessa di un provvedimento giudiziale di ammissione.

[118] Di Chiara, *Incidente probatorio*, cit., 563.

[119] Bargis, *Incidente probatorio*, cit., 357. « Quindi » – nota Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 275 – « il divieto è duplice, di estensione e di verbalizzazione, e il secondo rinforza la prescrizione preclusiva, preceduta dal rinvio alla norma eccettuativa ». Secondo Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 355, la lettera della previsione normativa rende evidente che il divieto non opera nell'ipotesi in cui la prova abbia ad oggetto fatti diversi riferibili al soggetto chiamato a partecipare all'incidente probatorio.

[120] Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 275.

Di talché, per ogni nuova informazione che dovesse emergere nel corso dell'incidente si dovrà attivare, qualora si vogliano evitare deleterie dispersioni di materiali invece meritevoli di acquisizione[121] e prevenire le conseguenze sanzionatorie di cui all'art. 403, comma 1 c.p.p.[122], il meccanismo di integrazione del contraddittorio previsto dall'art. 402 c.p.p. – non a caso richiamato dall'art. 401, comma 6 c.p.p. – a pena di inutilizzabilità ai fini della decisione delle prove assunte nella fase incidentale nei confronti di persone originariamente non interessate all'assunzione della prova[123].

Se il pubblico ministero o il difensore della persona sottoposta alle indagini, dunque, chiedono che la prova si estenda ai fatti o alle dichiarazioni concernenti persone diverse da quelle interessate all'attività acquisitiva *in itinere*[124], il giudice, se ricorrono i requisiti di cui all'art. 190 c.p.p.[125] ed il rinvio non pregiudica l'assunzione della prova[126], dispone le necessarie notifiche a norma dell'art. 398, comma 3 c.p.p., rinviando l'udienza per il tempo strettamente necessario a garantire il diritto delle persone interessate all'assunzione della prova di partecipare all'udienza e, comunque, non superiore a tre giorni[127].

In ogni caso, merita di essere richiamata la precisazione, riconducibile alla dottrina più accorta, secondo cui « [n]on è detto [...] che in ogni caso in cui, nel corso dell'esame, si faccia riferimento a terzi, sia operante il divieto di

---

[121] Di Chiara, *Incidente probatorio*, cit., 564.

[122] La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 634. La correlazione tra le due norme, indiscutibile, è messa in risalato da Molari, *L'incidente probatorio*, cit., 351, secondo il quale le due norme sono espressive, rispettivamente, del precetto e della relativa sanzione.

[123] Come non manca di sottolineare Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 276, « la previsione della possibilità di estendere l'incidente probatorio oltre i limiti originariamente fissati nel quadrante del provvedimento di ammissione dell'atto acquisitivo rappresenta, certamente, una variante politematica oltremodo eccezionale, introdotta dal legislatore delegato, rispetto alla regola selettiva ».

[124] Il meccanismo di estensione, evidenzia Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 276, è assoggettato infatti al principio della domanda. Pertanto, come rileva Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 359, l'estensione non può essere effettuata d'ufficio dal giudice.

[125] Nappi, *Guida al codice di procedura penale*, cit., 322, richiamato anche da Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 360. Ma v., invece, Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 276, il quale evidenzia come i requisiti siano « agnosticamente richiamati ma [...] non determinati nel testo normativo genericamente formulato ».

[126] Limite che si spiega perché, rileva Macchia, *L'incidente probatorio*, cit., 1604, tra il pericolo di incompletezza e il pericolo di dispersione del mezzo di prova è a quest'ultimo che deve darsi maggiore rilievo. Condividono siffatta argomentazione, tra gli altri, Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 361; La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 635; Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 277.

[127] Termine ritenuto dalla dottrina meramente ordinatorio. V., infatti, Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 361.

verbalizzazione e, dunque, si ponga l'esigenza di integrare il contraddittorio. [I]nfatti [...] risulta evidente come l'estensione del contraddittorio rappresenti una garanzia preordinata all'esercizio del diritto di difesa degli "eventuali futuri imputati". Ciò significa che l'ampliamento dei confini soggettivi dell'incidente sicuramente s'impone nei confronti di coloro cui vengono attribuiti fatti capaci di dar luogo a responsabilità penale »[128].

L'ovvia conseguenza di una siffatta puntualizzazione è che « [l]a partecipazione del soggetto diverso all'incidente probatorio presuppone [...] una sua preventiva iscrizione nel registro delle notizie di reato »[129].

[128] La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 636, la quale esclude che il divieto di estensione e di verbalizzazione di cui all'art. 401, comma 6 c.p.p. operi anche nei casi in cui i fatti non contemplati nell'originario tema di prova riguardino nuove persone offese. In senso contrario v., però, Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 358. Nonché Molari, *L'incidente probatorio*, cit., 350, il quale fa notare: « Con tutta chiarezza l'estensione dell'incidente è diretta a tutelare il diritto di difesa; varrà quindi per tutti coloro cui vengano attribuiti fatti capaci di dar luogo a responsabilità penale, nel mentre saranno liberamente acquisibili e verbalizzabili le prove relative a comportamenti sotto questo aspetto del tutto irrilevanti e riferiti a persone da considerarsi estranee alle sorti del procedimento ».

[129] Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 359.

CAPITOLO DECIMO

GLI ATTI ASSUNTI MEDIANTE INCIDENTE PROBATORIO. FORME DI DOCUMENTAZIONE E PUBBLICITÀ

SOMMARIO: 1. La documentazione degli atti assunti mediante l'incidente probatorio. – 2. La documentazione nei casi previsti dall'art. 398, comma 5-*bis* c.p.p. – 3. La pubblicità degli atti.

1. *La documentazione degli atti assunti mediante l'incidente probatorio.*

È stato posto in rilievo, in dottrina, come ogni atto giuridico processuale, in quanto comportamento umano e, dunque, accadimento, « può essere esaminato o da un punto di vista dinamico, cioè nel suo verificarsi, o da un punto di vista statico, cioè dopo essersi verificato »[1].

Infatti, il termine "atto" può assumere una duplice accezione, essendo valutabile sia come comportamento rilevante ai fini del procedimento – comportamento che, coordinato con gli altri, concorre alla realizzazione del risultato finale del procedimento medesimo – sia come risultanza documentale del comportamento stesso.

Soltanto nella prima delle due accezioni appena richiamate viene in rilievo il vero e proprio comportamento, ossia l'atto giuridico, mentre la seconda prende in considerazione, più che l'accadimento, l'accaduto, vale a dire il risultato del comportamento[2].

Occorre, in altri termini, operare una diversificazione tra l'ambito comportamentale – il quale attiene all'attività documentata – e la successiva fase documentale – definita, non a caso, di documentazione[3] – la quale presenta, a sua volta, una struttura complessa.

Prendendo le mosse, infatti, da una nozione di documentazione degli atti processuali da riferire all'« apparato con cui un atto viene inserito e conservato nella sequela procedimentale affinché giudice e parti possano controllarne la regolarità ed averne memoria ai fini delle decisioni che dovranno prendere »[4],

---

[1] Conso, *Atti processuali penali*, in *Enc. dir.*, IV, 145.

[2] Conso, *Atti processuali penali*, cit., 145.

[3] Nappi, *Documentazione degli atti processuali*, in *Dig. disc. pen.*, IV, 163. V., poi, Rocchi, *Verbali e verbalizzazione*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. III, t. 2, 1755.

[4] Riviezzo, *Documentazione degli atti processuali*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. I, 199. V., inoltre,

è necessario distinguere, anche in relazione ad essa, il comportamento documentativo – tendente, appunto, alla formazione del documento[5] e disciplinato, di regola, sotto il profilo della legittimazione[6], delle tecniche[7] e del contenuto[8] – dalla risultante statica di questo, costituente il prodotto dell'attività di documentazione[9].

La documentazione dell'attività acquisitiva svolta mediante l'incidente probatorio deve essere effettuata in modo esauriente, costituendo il relativo supporto il punto di riferimento della successiva valutazione giudiziale[10].

Il rinvio contenuto nell'art. 401, comma 5 c.p.p. alle forme stabilite per il dibattimento implica che essa deve avvenire mediante verbale, il quale, in as-

---

Rivello, *La struttura, la documentazione e la traduzione degli atti*, Milano, 1999, 130, il quale attribuisce alla documentazione degli atti del procedimento la triplice funzione della rappresentazione, della dimostrazione e dell'informazione. In questo senso v., poi, Castellucci, *L'atto processuale penale: profili strutturali e modalità realizzative*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, I, *Soggetti e atti*, t. 2, *Gli atti*, Torino, 2008, 16. Sullo scopo della documentazione v., anche, Candian, *Documentazione e documento (Teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XIII, 588; Pulvirenti, *Art. 134*, in *Codice di procedura penale*, a cura di Giarda, Spangher, Milanofiori Assago, 2010, 1358, che rimarca come tra le funzioni di conservazione e rappresentazione può rinvenirsi un rapporto di continuità logica, « atteso che è proprio la conservazione dell'atto ciò che consente al giudice di valutarne, anche a distanza di tempo, il contenuto rappresentativo ». Nonché, di recente, Dean, *Gli atti*, in *Procedura penale*, Torino, 2010, 183, secondo il quale, con l'espressione documentazione, « si allude all'attività necessaria ai fini dell'inserimento e della conservazione di un atto all'interno del procedimento ».

[5] V., per una definizione di documento, Candian, *Documentazione e documento*, cit., 579, secondo il quale esso è « una cosa corporale, semplice o composta, idonea a ricevere, conservare, trasmettere, la rappresentazione descrittiva o emblematica o fonetica di un dato ente, giuridicamente rilevante ». Per documentazione, invece, deve intendersi « l'attività del rappresentare, cioè l'operazione necessaria per conseguire la rappresentazione or cennata ». Per Ubertis, *Documenti e oralità nel nuovo processo penale*, in *Studi in onore di Giuliano Vassalli*, a cura di Bassiouni, La tagliata, Stile, II, Milano, 1991, 301, nel campo del diritto, il documento è « una entità materiale intenzionalmente rappresentativa di altro – giuridicamente rilevante – rispetto alla propria consistenza sensibile ».

[6] V., per esempio, nell'ambito del codice processuale vigente, le norme contenute negli artt. 135, 139, 357, comma 3, 373, comma 6, 391-*ter* c.p.p. In relazione a questo profilo, osserva Dean, *Gli atti*, cit., 183, come l'attività di documentazione venga generalmente posta in essere da un soggetto diverso dall'autore dell'atto documentato.

[7] V., sempre con riferimento al codice attuale, gli artt. 134, 141-*bis*, 357, 373, 391-*ter* c.p.p.

[8] V., anche sotto questo profilo, gli artt. 136, 480, 510 c.p.p.

[9] Rivello, *La struttura, la documentazione e la traduzione degli atti*, cit., 31. V., inoltre, Dean, *Gli atti*, cit., 184, per il rilievo secondo cui « la documentazione si distingue sia dall'attività che viene rappresentata (per lo più dichiarazioni o operazioni materiali), sia dal supporto cartaceo o magnetico nel quale la documentazione medesima è destinata a sfociare ».

[10] Si soffermava su siffatta esigenza, in una visione pessimistica legata, ovviamente, all'epoca in cui la riflessione veniva svolta, Molari, *L'incidente probatorio*, cit., 367.

senza di disposizioni speciali, deve essere redatto, sul piano generale, secondo le norme contenute negli artt. 480 ss. c.p.p.[11] e, per quel che concerne l'attività strettamente acquisitiva, in conformità alle disposizioni di cui all'art. 510 c.p.p.

Il ricorso al verbale quale strumento documentativo delle attività svolte in sede di incidente probatorio[12] implica che esso, ai sensi dell'art. 134 c.p.p.[13], può assumere forma integrale o riassuntiva[14] e deve essere redatto con la stenotipia[15] o ricorrendo ad altro strumento meccanico ovvero, in caso di impossibilità di ricorso a tali mezzi, utilizzando la scrittura manuale[16].

Quando il verbale è redatto in forma riassuntiva[17] ad esso deve affiancarsi, altresì, l'effettuazione della riproduzione fonografica e, allorquando sif-

---

[11] Sulle disposizioni sopra richiamate si sofferma Rocchi, *Verbali e verbalizzazione*, cit., 1762.

[12] Il verbale viene definito, da Rivello, *La struttura, la documentazione e la traduzione degli atti*, cit., 155, come un atto dichiarativo a contenuto descrittivo, nel quale vengono riprodotti gli atti e i fatti che si compiono o accadono in presenza del suo autore.

[13] Norma che Castellucci, *L'atto processuale penale: profili strutturali e modalità realizzative*, cit., 16, definisce centrale in materia di documentazione degli atti processuali. Anche secondo Della Ragione, *Atti processuali del giudice*, cit., 623, le norme sulla documentazione, sebbene riferite agli atti del giudice, hanno una portata molto più ampia, essendo applicabili, in assenza di una specifica deroga, a tutti gli atti processuali. V., inoltre, Pulvirenti, *Art. 134*, cit., 1358.

[14] La prima consiste nella riproduzione completa dell'esame, nel senso che vengono riportate letteralmente le domande rivolte e le risposte date. Mediante la verbalizzazione riassuntiva, invece, viene riprodotta nell'originaria genuina espressione la parte essenziale delle dichiarazioni, con la descrizione delle circostanze nelle quali sono rese se queste possono servire a valutarne la credibilità. In relazione a siffatta distinzione v., per tutti, Castellucci, *L'atto processuale penale: profili strutturali e modalità realizzative*, cit., 17; Rivello, *La struttura, la documentazione e la traduzione degli atti*, cit., 156.

[15] Consistente, rileva Nappi, *Documentazione degli atti processuali*, cit., 164, in un mezzo tecnico di redazione con caratteri speciali. La previsione normativa del ricorso a siffatta modalità di redazione introduce, rileva Rocchi, *Verbali e verbalizzazione*, cit., 1757, una forma di "sub-assistenza" del giudice.

[16] « Considerata l'ordinarietà dell'uso della stenotipia o di altra tecnica affine » – osserva Castellucci, *L'atto processuale penale: profili strutturali e modalità realizzative*, cit., 17 – « il ricorso necessitato al metodo manuale si giustifica soltanto in termini di eccezionalità, quale estrema *ratio* cui ricorrere a fronte di insuperabili carenze strumentali ».

[17] La scelta di documentare l'atto con l'una o l'altra forma di verbalizzazione non è, naturalmente, priva di conseguenze sul piano della valutazione della prova, giacché la verbalizzazione integrale offre maggiori garanzie di genuinità rispetto a quella riassuntiva. Anche se, rileva Castellucci, *L'atto processuale penale: profili strutturali e modalità realizzative*, cit., 17, nonostante siffatta diversificazione tipologica, le due forme di verbalizzazione vengono poste sul medesimo piano quali poli di un'alternativa. Tuttavia, ribadisce Rivello, *La struttura, la documentazione e la traduzione degli atti*, cit., 155, come « dal complesso di indicazioni legislative emerga un chiaro favore per la riproduzione integrale, che per le garanzie offerte dovrebbe costituire la forma tipica di documentazione degli atti ».

fatte modalità di documentazione sono ritenute insufficienti, può essere aggiunta – nemmeno il ricorso ad essa può mai, quindi, avere funzione sostitutiva della verbalizzazione[18] – la riproduzione audiovisiva, quale modalità considerata dal soggetto procedente assolutamente indispensabile[19] e, quindi, nei casi in cui ricorre la necessità di conservare la cognizione visiva degli atti processuali ed i sistemi ordinari di documentazione si palesano come inadatti a tal fine[20].

Questo al di fuori, tuttavia, dei casi in cui l'atto da documentare sia costituito dalle dichiarazioni rese da persona offesa particolarmente vulnerabile, evenienza in cui la riproduzione stessa è generalmente consentita.

Lo prevede, infatti, l'art. 134, comma 4 c.p.p., come modificato dal d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212, norma la quale, al di là dell'accorgimento formale apparentemente differenziale, « ha lasciato comunque discrezionalità in capo ai soggetti che escutono il dichiarante particolarmente vulnerabile, non avendo imposto agli operatori la videoregistrazione »[21].

Ovvio che il ricorso a siffatte tecniche di documentazione, dotate di una ben maggiore potenzialità di controllo e fissazione del contenuto dell'atto[22], non è precluso dalla redazione del verbale in forma integrale, costituendo, in questo caso, una facoltà documentativa che l'autorità procedente potrebbe, per

---

[18] Pulvirenti, *Art. 134*, cit., 1360.

[19] Rileva Rivello, *La struttura, la documentazione e la traduzione degli atti*, cit., 155, come il legislatore « non abbia considerato equivalenti le diverse forme di documentazione, finendo col porre tuttora in una posizione prioritaria il ricorso alla verbalizzazione laddove si prevede che alla riproduzione fonografica od audiovisiva debba comunque aggiungersi la verbalizzazione riassuntiva ». In ogni caso, come messo in evidenza da Reynaud, *Documentazione degli atti del procedimento*, in *Atti del procedimento penale. Forma e struttura*, coordinati da Marzaduri, Torino, 1996, 97, le prime costituiscono modalità di documentazione complementari rispetto alla terza.

[20] Castellucci, *L'atto processuale penale: profili strutturali e modalità realizzative*, cit., 18. In senso critico verso l'eccessiva cautela mostrata dal legislatore nei confronti della videoregistrazione v., in particolare, Rivello, *La struttura, la documentazione e la traduzione degli atti*, cit., 161, che riconduce la diffidenza rispetto a siffatto strumento ai timori di aggravi di costi a carico delle strutture giudiziarie. Evidenzia il carattere articolato e flessibile del sistema di documentazione degli atti previsto dagli artt. 134 ss. c.p.p., Pulvirenti, *Art. 134*, cit., 1360.

[21] Pascucci, *Le dichiarazioni del minore informato sui fatti dopo l'attuazione della direttiva 2012/29/UE*, cit., 3078, il quale evidenzia come anche oggi « tutto è ancora rimesso alla buona volontà degli operatori ». Secondo Filippi, *Il difficile equilibrio tra garanzie dell'accusato e tutela della vittima dopo il D.Lgs. n. 212/2015*, cit., 847, invece, la norma introdurrebbe una presunzione di assoluta indispensabilità.

[22] « Nella realtà » – osserva Rivello, *La struttura, la documentazione e la traduzione degli atti*, cit., 155 – « in un'ideale scala gerarchica volta a dar conto della completezza degli elementi ricavabili dalle diverse forme di documentazione, va posta all'apice la riproduzione audiovisiva, seguita da quella fonografica e dalla verbalizzazione ».

ragioni di garanzia della genuinità della deposizione, comunque ed in ogni caso preferire[23].

In ogni caso, l'art. 139 c.p.p. precisa che la riproduzione fonografica o audiovisiva può essere effettuata da personale di fiducia dotato di particolari mezzi e competenze tecniche, fermo restando che siffatta attività deve comunque svolgersi sotto la costante direzione ed il rigido controllo del giudice, il quale deve altresì curare, nel caso in cui si proceda alla riproduzione fonografica, che nel verbale sia indicato il momento di inizio e di cessazione delle operazioni di riproduzione.

L'indispensabilità del verbale, anche in concomitanza con l'impiego di strumenti documentativi ulteriori ma rispetto ad esso comunque complementari[24], è ribadita dalla previsione, contenuta nell'art. 139, comma 3 c.p.p., secondo cui, qualora la riproduzione fonografica, per qualsiasi motivo, non abbia avuto effetto o non sia chiaramente intelligibile in riferimento a singole parti, la funzione probatoria rispetto a queste è espletata dal verbale redatto in forma riassuntiva[25].

Norma, quella appena richiamata, di primissimo piano poiché, oltre a ribadire la centralità e l'irrinunciabilità della modalità documentativa costituita dal verbale, sottolinea la necessità che il verbale riassuntivo, sebbene affiancato da un'altra metodologia di riproduzione, non possa comunque limitarsi all'indicazione dei confini temporali di essa, « essendo invece necessario che [...] garantisca un'effettiva documentazione, sia pur sintetica, volta a conservare traccia dei dati più significativi »[26].

Il verbale[27], le cose e i documenti acquisiti nell'incidente probatorio, stabilisce l'art. 401, comma 8 c.p.p., sono trasmessi al pubblico ministero ed i difensori hanno diritto di prenderne visione ed estrarne copia.

La previsione è in linea con il ruolo del giudice per le indagini preliminari, il quale « raccoglie i singoli atti richiesti dalle parti rimanendo estraneo al

---

[23] Evidenzia, inoltre, Reynaud, *Documentazione degli atti del procedimento*, cit., 97, come la verbalizzazione riassuntiva, accompagnata dalla riproduzione fonografica, va considerata una forma di documentazione completa che, sotto il profilo della fedeltà, non deve nulla al metodo della verbalizzazione integrale.

[24] Come sottolineato da Reynaud, *Documentazione degli atti del procedimento*, cit., 97.

[25] Ai sensi dell'art. 139 c.p.p., la trascrizione della riproduzione è effettuata da personale tecnico idoneo. In ogni caso, le registrazioni fonografiche o audiovisive e le trascrizioni, se effettuate, sono unite agli atti del procedimento.

[26] Rivello, *La struttura, la documentazione e la traduzione degli atti*, cit., 160.

[27] La redazione del quale costituisce una specificazione della funzione di assistenza che l'ausiliario deve prestare al giudice in tutti gli atti ai quali lo stesso procede, a norma dell'art. 126 c.p.p.

compimento delle indagini, che continuano, anche dopo l'incidente istruttorio, ad essere di competenza del pubblico ministero »[28].

2. *La documentazione nei casi previsti dall'art. 398, comma 5-*bis *c.p.p.*

Con una disposizione di carattere speciale piuttosto confusionaria ed in parte superflua[29] inserita in funzione di garanzia della posizione di soggetti particolarmente vulnerabili quali i minori di età, l'art. 398, comma 5-*bis* c.p.p. – a sua volta richiamato dall'art. 398, comma 5-*ter* c.p.p. e, dunque, applicabile anche ai maggiorenni in concreto vulnerabili – dispone che, nei casi presi in esame, le dichiarazioni testimoniali debbono essere documentate integralmente con mezzi di riproduzione fonografica o audiovisiva.

Quando si verifica una indisponibilità di strumenti di riproduzione o di personale tecnico, alla documentazione dell'atto si provvede con le forme della perizia[30], ovvero della consulenza tecnica[31].

Al di là delle apparenze, il profilo derogatorio della norma in discorso non andrebbe rinvenuto tanto nella previsione di un obbligo di riproduzione, quanto nella qualificazione di essa quale forma di documentazione a quanto sembra sostitutiva, tra l'altro, del verbale[32].

Infatti, soltanto dell'interrogatorio dovrebbe essere anche redatto verbale in forma riassuntiva, mentre la trascrizione della riproduzione è disposta, alla

---

[28] Lattanzi, Lupo, *La nuova legge delega per il codice di procedura penale: continuità e differenze di sistema*, cit., 185.

[29] Rileva, infatti, Conti, *Esteso l'istituto dell'incidente probatorio alla testimonianza di chi ha meno di sedici anni*, cit., 27, come « il disinvolto legislatore ha dimenticato di accompagnare a tali regole la sanzione dell'inutilizzabilità per il caso della loro inosservanza: sicché la disciplina è praticamente inutile poiché la modalità di documentazione consistente nella riproduzione fonografica è già imposta in via generale dal codice (articolo 134 del Cpp), e non ha alcun senso ribadirla in questa sede (tra l'altro in un contesto in cui devono osservarsi le forme del dibattimento: articolo 401, comma 5, del Cpp) solo per renderla contemporaneamente più confusa ».

[30] La quale, nota in chiave critica Bargis, *Art. 14, l. 15 febbraio 1996, n. 66 (Norme contro la violenza sessuale)*, cit., 515, rischia di determinare un allungamento dei tempi di assunzione della prova.

[31] Richiamo, quest'ultimo, che, come pone in rilievo Coppetta, *Il contributo dichiarativo del minorenne nell'incidente probatorio*, cit., 191, deve ritenersi inconferente, trattandosi di un atto tipico del pubblico ministero. Nello stesso senso v., inoltre, Piattolli, *Incidente probatorio*, cit., 411; Bargis, *Art. 14, l. 15 febbraio 1996, n. 66 (Norme contro la violenza sessuale)*, cit., 515, la quale riconduce il richiamo ad una pedissequa riproposizione del testo dell'art. 141-*bis* c.p.p. V., infine, Conti, *Esteso l'istituto dell'incidente probatorio alla testimonianza di chi ha meno di sedici anni*, cit., 27, la quale coglie nel richiamo un chiaro sintomo dell'improprietà della disciplina.

[32] Coppetta, *Il contributo dichiarativo del minorenne nell'incidente probatorio*, cit., 191.

stregua di quanto previsto dall'art. 141-*bis* c.p.p.[33], solo se richiesta dalle parti.

Ma la disposizione, come è di tutta evidenza, richiama un atto di carattere dichiarativo – l'interrogatorio, appunto – poco compatibile con l'incidente probatorio[34], ed è per questo che l'espressione non può che intendersi in senso atecnico e, dunque, quale riferita a qualsiasi caso di atto acquisitivo di dichiarazioni[35].

La sintesi esegetica alla quale si può pervenire, dunque, è quella che, collocando i meccanismi documentativi nell'alveo della disciplina generale, inserisce il verbale riassuntivo in una posizione di parità funzionale rispetto alla riproduzione, costituendo entrambi strumenti insostituibili del sistema documentativo interno alla peculiare tipologia di incidente probatorio.

La documentazione integrale, con mezzi di riproduzione fonografica o audiovisiva, delle dichiarazioni testimoniali rilasciate dal minore è finalizzata a garantire in ogni caso la genuinità della prova, pur essendo questa assunta da parte di un giudice diverso da quello del dibattimento, con inevitabile sacrificio del principio di immediatezza[36].

Tuttavia la Suprema Corte ha chiarito, in questo confermando la concretezza delle prospettive poco rassicuranti delineate dalla dottrina circa l'incidenza della previsione in ragione della mancata predisposizione di un sistema sanzionatorio, che nel caso di esame protetto di minori di anni sedici nelle forme dell'incidente probatorio, l'inosservanza dell'obbligo di documentazione fonografica o audiovisiva non è causa di alcuna nullità o inutilizzabilità, potendo semmai comportare un ostacolo al necessario controllo, cui è appunto finalizzata l'adozione di detta particolare documentazione, circa l'attendibilità intrinseca delle dichiarazioni rese[37].

---

[33] Norma che, rileva Bargis, *Art. 14, l. 15 febbraio 1996, n. 66 (Norme contro la violenza sessuale)*, cit., 513, costituisce la fonte ispiratrice della previsione speciale. Di norme documentative che riecheggiano goffamente quelle previste dall'art. 141-*bis* c.p.p. parla, in chiave evidentemente critica, Conti, *Esteso l'istituto dell'incidente probatorio alla testimonianza di chi ha meno di sedici anni*, cit., 27.

[34] Piattolli, *Incidente probatorio*, cit., 411. Difatti, è la triste considerazione di Bargis, *Art. 14, l. 15 febbraio 1996, n. 66 (Norme contro la violenza sessuale)*, cit., 515, la previsione è inapplicabile in quanto l'interrogatorio non rientra fra gli atti assumibili con il meccanismo dell'incidente probatorio. V., inoltre, Conti, *Esteso l'istituto dell'incidente probatorio alla testimonianza di chi ha meno di sedici anni*, cit., 27.

[35] Coppetta, *Il contributo dichiarativo del minorenne nell'incidente probatorio*, cit., 191.

[36] Coppetta, *Il contributo dichiarativo del minorenne nell'incidente probatorio*, cit., 192.

[37] V., in questi termini, Cass. pen., 9 luglio 2008, n. 32580. In senso critico rispetto alla mancata previsione, a differenza di quanto stabilito dall'art. 141-*bis* c.p.p., di una sanzione specifica-

3. *La pubblicità degli atti.*

Il legislatore, nel dare vita ad un sistema processuale ispirato al principio della separazione tra fase investigativa e fase formativa della prova, si era posto il problema di predisporre meccanismi che, impedendo l'aggiramento dei congegni finalizzati ad assicurare una rigida preclusione rispetto alla percezione dei dati conoscitivi di provenienza investigativa da parte del giudice chiamato a pronunciarsi sull'imputazione, assicurassero la corretta formazione del libero convincimento giudiziale.

La logica seguita era tesa a salvaguardarne la neutralità mediante l'allontanamento del giudice dalla previa conoscenza – per mezzo di qualsiasi canale – di atti non utilizzabili formalmente ai fini della decisione che sarà chiamato ad assumere[38].

Ma, ancora prima, il nuovo codice di procedura penale tendeva a realizzare una rigorosa limitazione del patrimonio conoscitivo in possesso del giudice nella fase immediatamente antecedente al dibattimento anche sotto il profilo della cognizione di elementi di carattere semplicemente argomentativo – si pensi alla scelta, per esempio, di escludere qualsiasi dovere motivazionale in relazione al decreto di rinvio a giudizio – al fine di evitare che questi potesse arrivare al giudizio con un convincimento già surrettiziamente formato e ricercare in sede processuale soltanto la conferma della sua plausibilità[39].

L'esigenza di garantire l'effettività del principio del libero convincimento ha ispirato, come è noto, l'introduzione del divieto di pubblicazione degli atti d'indagine[40].

---

mente riferita ai casi di inosservanza delle forme documentative prescritte, v. Conti, *Esteso l'istituto dell'incidente probatorio alla testimonianza di chi ha meno di sedici anni*, cit., 27; Piattolli, *Incidente probatorio*, cit., 411; Bargis, *Art. 14, l. 15 febbraio 1996, n. 66 (Norme contro la violenza sessuale)*, cit., 514, secondo cui, pur riconducendo la scelta ad una consapevole opzione prudenziale del legislatore, « non si può far a meno di osservare che, sprovvista di qualsiasi presidio sanzionatorio per le inosservanze, la forma documentativa privilegiata rischia di venire sistematicamente disattesa nella prassi »; Coppetta, *Il contributo dichiarativo del minorenne nell'incidente probatorio*, cit., 193, la quale vi ha intravisto la premessa per una sistematica disapplicazione di esse. Secondo Spangher, *La protezione processuale del minore nel procedimento ordinario ed in quello minorile*, cit., 706, invece, anche in assenza di una espressa sanzione processuale, dovrebbe trovare operatività la sanzione dell'inutilizzabilità, considerato il riferimento all'obbligatorietà delle riferite modalità di documentazione.

[38] Ubertis, *Sistema di procedura penale*, I, *I principi generali*, Torino, 2007, 118. Nonché, successivamente, id., *Neutralità metodologica del giudice e principio di acquisizione processuale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 16.

[39] Rivello, *Il dibattimento nel processo penale*, cit., 42.

[40] Sul quale v., in generale, Spangher, *La pratica del processo penale*, cit., 245. V., altresì,

Risalente al legislatore ottocentesco ed introdotto al fine di preservare i giurati da possibili condizionamenti operati dalla stampa, l'istituto venne mantenuto dal codice precedente come limite alla divulgazione di atti o notizie riguardanti fasi processuali segrete al fine di evitare compromissioni della serenità del giudice e tutelare la riservatezza delle persone coinvolte nella procedura.

« Abbandonato un modello processuale in cui il giudice andava in udienza avendo maturato un preconvincimento di massima sulla base di quella specie di brogliaccio del dibattimento che era costituito dal fascicolo istruttorio » – tuttavia – « si è profilata la necessità di un giudice libero dal condizionamento di conoscenze che non nascano nel corso del dibattimento »[41].

Conformemente a quanto disposto dalla direttiva n. 71 della legge di delega, la disciplina compendiata nell'art. 114 c.p.p. si fa carico di contemperare la tutela di due beni giuridici contrapposti[42].

Innanzitutto, la libera e serena formazione del convincimento giudiziale, ossia l'esigenza che gli atti delle indagini preliminari inseriti nel fascicolo del pubblico ministero siano conosciuti dal giudice del dibattimento solo attraverso i meccanismi tipizzati dal codice di rito: qualora se ne fosse consentita la pubblicazione prima del momento della legittima apprensione, infatti, si sarebbe determinata una distorsione della regola processuale ed una anticipata e non corretta formazione del convincimento del giudice[43].

In secondo luogo, i diritti conoscitivi dei privati interessati e della generalità dei consociati, questi ultimi meritevoli di tutela in un ordinamento nel quale la giustizia è amministrata in nome del popolo[44].

Farinelli, *Art. 114*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Gaito, I, Milanofiori Assago, 2012, 602; Voena, *Art. 114*, in *Codice di procedura penale*, a cura di Giarda, Spangher, Milanofiori Assago, 2010, 1154.

[41] Giostra, *Segreto processuale (dir. proc. pen.)*, cit., 7.

[42] Dean, *Gli atti*, cit., 163; Della Ragione, *Atti processuali del giudice*, cit., 633.

[43] Aderendo alla chiara intenzione del legislatore, Cass. pen., Sez. I, 11 luglio 1994, Leonelli, ha individuato la *ratio* del divieto di pubblicazione nel fine di assicurare il corretto, equilibrato e sereno giudizio del giudice del dibattimento attuato anche attraverso le norme che gli consentono di venire legittimamente a conoscenza del testo degli atti d'indagine nei limiti e secondo le regole previsti in un processo tipicamente accusatorio. V., invece, in ambito dottrinale, Castellucci, *L'atto processuale penale: profili strutturali e modalità realizzative*, cit., 24.

[44] Castellucci, *L'atto processuale penale: profili strutturali e modalità realizzative*, cit., 24. Tenendosi altresì conto, come mette in evidenza Molari, *L'incidente probatorio*, cit., 370, della necessità di evitare, durante le indagini, di esporre i soggetti coinvolti ai pregiudizi di una notorietà sgradevole.

La ricerca di un punto di equilibrio tra i su menzionati e contrapposti valori sorregge la disciplina contenuta nell'art. 114, commi 2 e 3 c.p.p.[45], i quali, nella versione corretta da Corte cost., 24 febbraio 1995, n. 59[46] impongono il divieto di pubblicazione degli atti[47] – non del loro contenuto[48] – fino a che non siano emessi provvedimenti che escludono l'instaurazione del processo – decreto di archiviazione – o lo concludono anticipatamente – sentenza di non luogo a procedere, sentenza che applica la pena su richiesta, sentenza di merito nell'udienza preliminare – o fino a che non sia divenuto esecutivo il decreto di condanna, ovvero, in caso di emissione di provvedimenti che determinano il passaggio al dibattimento – giudizio direttissimo, giudizio immediato o rinvio a giudizio – fino a che gli atti medesimi non siano utilizzati.

Detto questo, deve fin da subito essere posto in rilievo che l'incidente probatorio si distingue dagli atti delle indagini preliminari – fase in cui esso, tendenzialmente, si colloca – sia sul versante soggettivo, non essendo riconducibile ad organi d'investigazione ed anzi essendo stato introdotto per sottrarre a costoro il monopolio sugli atti acquisitivi, sia sul piano oggettivo, trattandosi di un atto di natura squisitamente probatoria.

---

[45] Disposizione la quale, rileva correttamente Castellucci, *L'atto processuale penale: profili strutturali e modalità realizzative*, cit., 24, deve necessariamente essere coordinata con l'art. 329 c.p.p.

[46] La quale, come è noto, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del comma 3 dell'articolo in questione limitatamente alle parole "del fascicolo per il dibattimento, se non dopo la pronuncia della sentenza di primo grado, e di quelli".

[47] Divieto che Spangher, *La pratica del processo penale*, cit., 245, definisce "relativo", per distinguerlo da quello "assoluto", cioè esteso al contenuto dell'atto. Secondo Castellucci, *L'atto processuale penale: profili strutturali e modalità realizzative*, cit., 24, per pubblicazione deve intendersi non la comunicazione ad uno o più soggetti determinati di notizie coperte dal segreto, bensì la rivelazione delle stesse con modalità tali da metterne al corrente un numero indefinibile di persone. Negli stessi termini v., nell'ambito di un orientamento ampiamente diffuso, Nappi, *Guida al codice di procedura penale*, cit., 77, nt. 268; Galati, *Gli atti*, cit., 239; Farinelli, *Art. 114*, cit., 602.

[48] Ma v., per una deroga al principio generale stabilito dall'art. 114, comma 7 c.p.p., l'art. 329, comma 1 lett. b) c.p.p. Sul significato da attribuire all'espressione "contenuto degli atti" v., tra gli altri, Spangher, *La pratica del processo penale*, cit., 246, il quale non manca di rilevare come « [i]l contenuto della distinzione, il valore della stessa, la sua efficacia, le problematiche connesse al mancato rispetto dei divieti sono oggetto – non da oggi – di un dibattito teso alla ricerca di soluzioni che tengono conto sia delle esigenze di tutelare il giudice dibattimentale (nella logica del sistema bifasico), sia del diritto di cronaca, sullo sfondo di comportamenti, omissioni, interessi molto aggrovigliati ». Nonché Toschi, *Segreto (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XLI, 1111. Secondo Giostra, *Segreto processuale (dir. proc. pen.)*, cit., 19, « [d]istinguere tra un divieto di pubblicazione degli atti (segreti) che si estende al contenuto dei medesimi e un divieto di pubblicazione degli atti che non riguarda anche il loro contenuto appare soluzione inidonea a garantire uno stabile punto di equilibrio tra le opposte esigenze di tutela del processo, da un lato, e tutela del diritto all'informazione, dall'altro ».

Di talché, gli atti formati mediante la procedura incidentale non sono interessati, ai sensi del disposto dell'art. 329, comma 1 c.p.p., né dalla fenomenologia del segreto né dai fatti estintivi di esso[49].

Ed infatti, l'art. 431 c.p.p. prevede che la documentazione degli atti compiuti con le forme dell'incidente probatorio venga inserita nel fascicolo per il dibattimento fin dal momento della sua formazione.

Sul punto, v'è da ricordare che l'esigenza di salvaguardare, ancora una volta, la corretta formazione del convincimento giudiziale rispetto alla possibile fonte di turbamento costituita dall'irrituale conoscenza del contenuto di atti investigativi ha ispirato la modifica dei meccanismi di formazione del fascicolo per il dibattimento.

La versione originaria dell'art. 431 c.p.p. prevedeva, infatti, che alla formazione del fascicolo provvedesse la cancelleria del giudice che aveva celebrato l'udienza preliminare, secondo una procedura interna all'ufficio rispetto alla quale era estranea qualsiasi forma di contraddittorio.

A fronte di questa modalità di formazione del fascicolo, i rimedi ad eventuali errori commessi dalla cancelleria erano congegnati in modo tale da vanificare il fine sotteso dal principio di separazione delle fasi, dal momento che « non essendo stata prevista alcuna forma di contraddittorio anticipato, la verifica della regolare composizione del fascicolo poteva avvenire esclusivamente in sede di questioni preliminari al dibattimento (art. 491, comma 2 c.p.p.), e cioè nell'ambito di un procedimento incidentale affidato a quello stesso giudice che si sarebbe voluto mantenere all'oscuro del materiale probatorio di parte »[50].

La previsione di uno spazio di contraddittorio preventivo, introdotta dalla l. 16 dicembre 1999, n. 479, vale a sottolineare l'attenzione che il legislatore ha posto sul versante della predisposizione di strumenti che, assicurando l'estraneità cognitiva del giudice rispetto al contenuto degli atti investigativi di parte, tutelino in maniera effettiva il principio del libero convincimento.

Come può notarsi, i momenti cognitivi interni al procedimento penale sono plurimi e variamente collocati sull'asse procedurale che si dispiega dal momento dell'assunzione probatoria in avanti.

---

[49] Castellucci, *L'atto processuale penale: profili strutturali e modalità realizzative*, cit., 25.

[50] Così Scella, *La formazione in contraddittorio del fascicolo per il dibattimento*, in *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, a cura di Peroni, Padova, 2000, 421, il quale, correttamente, individua la *ratio* dell'innovazione legislativa nell'esigenza di « scongiurare il pericolo che la documentazione spuria possa comunque esercitare un'influenza di ordine psicologico sul convincimento giudiziale », frustrando « la *ratio* sottesa dall'intero sistema del doppio fascicolo ». V. negli stessi termini, Ovi, *Art. 431*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Gaito, II, Milanofiori Assago, 2012, 2789.

Se il coordinamento tra le disposizioni contenute negli artt. 329 e 114 c.p.p. consente di non ritenere gli atti assunti mediante l'incidente probatorio collocabili nell'area del divieto di pubblicazione, il momento formativo del fascicolo dibattimentale – gli atti contenuti nel quale sono, tra l'altro, pubblicabili senza limiti – potrebbe individuare un primo possibile frangente idoneo a provocare un fenomeno diffusivo dell'atto.

Ma siffatto frangente può essere collocato in una fase ulteriormente anticipata, stante la previsione, contenuta nell'art. 401, comma 8 c.p.p., secondo cui il verbale, le cose e i documenti acquisiti nell'incidente probatorio devono, ovviamente appena espletato l'incidente, essere trasmessi al pubblico ministero, con facoltà dei difensori di prenderne visione ed estrarne copia.

Ovviamente, l'interpretazione teleologica dell'art. 114, commi 4 e 5 c.p.p. consente di ritenere senza eccessive forzature che il giudice dell'incidente probatorio possa disporre, nei casi ivi compendiati, il divieto di pubblicazione degli atti della procedura incidentale.

CAPITOLO UNDICESIMO

LA PROVA ASSUNTA MEDIANTE L'INCIDENTE PROBATORIO

SOMMARIO: 1. Il regime di utilizzabilità della prova in dibattimento. – 2. L'art. 403, comma 1-*bis* c.p.p. – 3. Circolazione delle prove formate mediante incidente probatorio ed utilizzabilità. – 4. L'utilizzabilità della prova nelle fasi anteriori. – 5. L'efficacia dell'incidente probatorio nei confronti della parte civile.

1. *Il regime di utilizzabilità della prova in dibattimento.*

« Il tema dell'efficacia della prova assunta nell'incidente probatorio » – è stato osservato – « parrebbe, *prima facie*, delinearsi in termini assai semplici: se scopo della procedura è cristallizzare la prova sin da una fase per solito non deputata alla sua formazione, così da fissarne immutabilmente i risultati rendendoli fruibili nelle sedi ulteriori, in tale traguardo si compendierebbe la frontiera ultima del meccanismo, d'altronde siglata dalla regola, posta dall'art. 431 comma 1 lett. *e* c.p.p., del transito dei verbali dell'incidente probatorio nel fascicolo per il dibattimento sin dalla prima formazione dello stesso »[1].

Come abbiamo visto, è la prospettiva del verificarsi di situazioni di irripetibilità in concreto a consentire la programmazione di un'attività acquisitiva che sfugge ai connotati tipici ed ai correlati protocolli formali della fase investigativa per assumere contorni diversi e ben più vicini, soprattutto sul piano delle garanzie, a quelli della fase dibattimentale.

L'incidente probatorio, infatti, ha costituito l'anticorpo principale – istituzionale, potrebbe dirsi – di cui l'ordinamento processuale si è dotato al fine di fare fronte a situazioni di prospettabile inefficienza della fase dibattimentale rispetto all'attuazione di uno specifico esperimento probatorio.

Il perfezionamento di una qualunque delle fattispecie delineate dall'art. 392 c.p.p. rende necessario – in caso contrario, infatti, l'elemento formato in via unilaterale si dimostrerebbe privo di qualsiasi utilità nell'ambito del dibattimento allorché l'acquisizione della prova sia, nel contempo, divenuta impossibile – il ricorso all'istituto acquisitivo anticipato, la caratterizzazione paradibattimentale della metodologia formativa della prova determinando, quale effetto

[1] Di Chiara, *Incidente probatorio*, cit., 564.

naturale, l'instaurarsi di un regime di piena utilizzabilità di essa anche ai fini della decisione sul merito dell'imputazione.

Il combinato disposto degli artt. 431 e 511 c.p.p. delinea il paradigma di una fattispecie allo stesso tempo acquisitiva ed utilizzativa della prova formata mediante l'incidente probatorio, il relativo verbale essendo fin dall'inizio collocato nel fascicolo per il dibattimento e, per effetto della lettura, pienamente fruibile dal giudice.

Si tratta, si badi bene, di una fattispecie acquisitiva ad operatività vincolata, nel senso che, come puntualizzato dalla Corte di cassazione anche di recente, l'acquisizione al fascicolo processuale di un atto tra quelli indicati dall'art. 431, comma 1 c.p.p. non soggiace a preclusioni o decadenze, istituti i quali interessano soltanto le attività rientranti nel potere dispositivo delle parti e non anche quelle che rispondono ad esigenze pubblicistiche proprie del processo penale, tra le quali deve essere senz'altro ricondotta quella della formazione del fascicolo del dibattimento[2].

Pertanto, se da un lato è vero che le parti possono accordarsi al fine di inserire nel fascicolo predetto atti ulteriori rispetto a quelli tassativamente enumerati dal legislatore, dall'altro lato non è prevista l'ipotesi inversa, nel senso che non è consentito alle parti di incidere sull'indicazione normativa pervenendo ad accordi preclusivi dell'acquisizione[3].

La premessa generale per l'impiego della disciplina delle letture dibattimentali in funzione sostitutiva dell'integrale assunzione probatoria può, d'altra parte, essere facilmente rinvenuta nel dato che la Corte costituzionale ha sottolineato in relazione ai casi di mutamento della persona fisica del giudice e rispetto ai verbali delle dichiarazioni rese nella precedente fase dibattimentale, i quali "fanno già parte del contenuto del fascicolo per il dibattimento a disposizione del nuovo giudice; tale contenuto, infatti, non è cristallizzato in quello indicato nell'art. 431 del codice, ma è soggetto a notevoli variazioni, sia nella fase degli atti preliminari al dibattimento, sia, soprattutto, nel corso del dibattimento medesimo, e certamente si arricchisce del verbale delle prove assunte nella pregressa fase dibattimentale, la quale, pur soggetta a rinnovazione [...] conserva comunque il carattere di attività legittimamente compiuta"[4].

---

[2] Cass. pen., Sez. III, 30 marzo 2016, n. 12795, la quale ha soggiunto che l'acquisizione di un atto irripetibile al fascicolo processuale può essere disposta nel giudizio di appello qualora il giudice dell'udienza preliminare non l'abbia erroneamente disposta ovvero essa, pur disposta, non sia materialmente avvenuta.

[3] Cass. pen., Sez. III, 30 marzo 2016, n. 12795. In senso conforme, v., poco prima, Cass. pen., Sez. II, 23 maggio 2014, n. 25688.

[4] Corte cost., 24 gennaio 1994, n. 17.

Se ne fa derivare, quindi, la "integrale applicabilità della disciplina dettata dall'art. 511 del codice in tema di lettura degli atti contenuti nel fascicolo per il dibattimento" [5].

Può darsi che l'irripetibilità dell'atto, soltanto ipotizzabile nel corso delle indagini preliminari sulla base dei dati di fatto in quel frangente disponibili, non abbia acquisito, successivamente, carattere effettivo, di talché l'atto di assunzione probatoria effettuato in via anticipata si presenta, a causa di un erroneo calcolo delle sopravvenienze, come ancora suscettibile di rinnovazione nel contesto propriamente processuale.

In questa evenienza, la possibilità di pervenire ad un recupero pieno e completo dei principi ispiratori del modello accusatorio potrebbe schiudere – sul tema, però, si tornerà a breve – le porte alla possibile riattivazione del mezzo di prova [6] e, al fine di modellare il sistema in vista di una tale situazione concreta, l'art. 511, comma 2 c.p.p. dispone che la lettura di verbali di dichiarazioni contenuti nel fascicolo per il dibattimento – tra i quali, come già detto, sono ricompresi *ex* art. 431 c.p.p. i verbali degli atti assunti nell'incidente probatorio – è ammessa solo dopo l'esame della persona che le ha rese, a meno che l'esame stesso non abbia luogo, mentre, ai sensi del comma successivo, la lettura della relazione peritale è disposta solo dopo l'esame del perito.

Anche se, bisogna dire, l'orientamento giurisprudenziale prevalente e di recente ribadito vuole la prova liberamente utilizzabile e non necessariamente da rinnovare a prescindere dalla possibilità di nuova audizione del dichiarante in dibattimento [7].

La circostanza che il verbale dell'atto probatorio espletato in via preventiva sia già *ex sé* utilizzabile ai fini della decisione – a prescindere cioè dalla traduzione in termini di effettività dell'ipotizzata irripetibilità ed, anche, dalla eventualità di un'ulteriore atto acquisitivo – non priva di rilevanza la situazione in cui, invece, la prognosi iniziale si sia rivelata corretta e, dunque, sia subentrato uno stato di non reiterabilità in concreto, potendo sorgere in queste evenienze problemi legati all'estensione soggettiva del regime di utilizzabilità dell'atto.

« Il regime disegnato dal legislatore per l'utilizzabilità delle prove assunte in incidente probatorio » – infatti – « può ricostruirsi a partire da quella che

---

[5] Corte cost., 24 gennaio 1994, n. 17.

[6] Come evidenzia, per esempio, Di Chiara, *Incidente probatorio*, cit., 564.

[7] V., come già detto, Cass. pen., 1 agosto 2012, Nigro. In dottrina v., invece, Di Chiara, *Incidente probatorio*, cit., 564.

viene comunemente considerata come l'accezione classica del principio del contraddittorio. Se [...] questo postula la partecipazione del soggetto che subirà gli effetti di un provvedimento giurisdizionale al suo *iter* formativo, implica anche, *ex adverso*, l'insensibilità agli effetti dell'atto formato senza la sua partecipazione »[8].

L'art. 403 c.p.p., disponendo originariamente che le prove assunte mediante incidente probatorio fossero utilizzabili in dibattimento soltanto nei confronti degli imputati i cui difensori avessero partecipato alla loro assunzione[9], dettava una disposizione che, protesa alla protezione del contraddittorio nella formazione della prova, tutelava sul piano generale i limiti soggettivi dell'incidente come fissati dall'art. 398, comma 2, lett. b) c.p.p., mentre, su un piano particolare, faceva fronte all'eventualità in cui, nonostante il divieto di verbalizzare dichiarazioni riguardanti persone diverse da quelle i cui difensori partecipano all'incidente (art. 401, comma 6 c.p.p.), alcune di queste dichiarazioni fossero state ugualmente verbalizzate o perché inscindibilmente connesse a quelle riguardanti le persone rappresentate o, al limite, in violazione del divieto[10].

Si tratta, dunque, « di una norma di garanzia che circoscrive il raggio di utilizzazione in giudizio delle prove acquisite a mezzo dell'incidente giurisdizionale in corrispondenza [dei correlati] ambiti partecipativi »[11], fermo restando che, trattandosi di un'ipotesi di inutilizzabilità soggettivamente relativa,

---

[8] La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 640.

[9] Per quel che concerne il requisito costituito dalla presenza del difensore, ha chiarito peraltro Cass. pen., Sez. I, 22 novembre 1993, Albergamo, che dal combinato disposto degli artt. 401, comma 2 e 403 c.p.p. si ricava la regola di procedura in base alla quale, per l'utilizzazione di quanto acquisitosi con incidente probatorio, è sufficiente che all'espletamento del medesimo sia presente un difensore dell'indagato, che può anche non essere quello di fiducia, dal momento che, in caso di mancata comparizione di costui, il giudice ha la facoltà di nominarne uno di ufficio ai sensi dell'art. 97, comma 4 c.p.p.

[10] Bargis, *L'incidente probatorio*, cit., 1347.

[11] Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 279. Identifica nell'articolo che ci occupa una « disposizione di chiusura di un sistema di norme finalizzate a garantire che l'incidente probatorio esplichi i suoi effetti probatori soltanto nei confronti di quei soggetti che siano stati in grado di parteciparvi attivamente difendendosi », inoltre, Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 404. Ma v., anche, La Rocca, *Incidente probatorio*, cit., 304, la quale intravede nella previsione una clausola di chiusura che « tutela i limiti soggettivi dell'incidente probatorio e fa fronte all'eventualità in cui, nonostante il divieto di verbalizzazione dei soggetti diversi da quelli i cui difensori hanno partecipato all'udienza camerale, si sia proceduto egualmente alla suddetta verbalizzazione ». La norma, soggiunge Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 198, « introduce una vera e propria sanzione processuale per la mancata integrazione del contraddittorio lì dove, all'atto di assumere incidentalmente la prova, si sia omesso di estendere l'incidente a tutti gli indagati interessati all'assunzione della stessa ».

essa potrebbe ritenersi superata in virtù del consenso dell'imputato escluso dall'incidente, a tutela del quale la regola di esclusione è posta[12].

Essa, come può notarsi, non prendeva in considerazione le situazioni in cui l'irripetibilità in concreto riguardasse un atto acquisitivo i cui risultati fossero dotati di rilevanza probatoria nei confronti di persone che, essendo state raggiunte solo successivamente da indizi di colpevolezza, non avrebbero potuto partecipare al compimento dell'atto medesimo.

Anche se, notava la dottrina, « nel raggio di operatività della disposizione sembrava poter rientrare tanto l'ipotesi in cui l'imputato, al tempo dell'assunzione della prova, pur risultando già indagato, fosse stato pretermesso per un vizio nell'adempimento delle notifiche di cui agli artt. 395, 398, comma 3 c.p.p., per l'inosservanza delle regole stabilite in materia di partecipazione all'udienza (art. 401, commi 1 e 2 c.p.p.) e, più in generale, per la violazione dei divieti posti dall'art. 401, comma 6 c.p.p., quanto il caso in cui la mancata partecipazione era dipesa dalla circostanza che, al momento dell'assunzione della prova, la persona successivamente imputata non aveva diritto di essere rappresentata in udienza dal difensore, in quanto – non essendo ancora stata raggiunta da indizi di colpevolezza – non rivestiva la qualità di indagato »[13].

Anche in relazione a siffatto profilo la Corte costituzionale è intervenuta in chiave correttiva del tessuto normativo mediante la sentenza 16 maggio 1994, n. 181, con la quale ha dichiarato non fondata, ma nei sensi di cui in motivazione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 403 c.p.p. sollevata rispetto alla parte in cui non prevedeva l'utilizzabilità, nei confronti di imputati i cui difensori non avessero partecipato all'assunzione in incidente probatorio della perizia disposta a norma dell'art. 392, comma 1, lett. f) c.p.p., nel caso in cui il giudice avesse respinto la richiesta di estensione dell'incidente per sopravvenuta modificazione dello stato dei luoghi.

La presa di posizione della Corte assume un rilievo fondamentale, posto che tende a fissare un canone interpretativo l'elevatissimo grado di cogenza del quale si coglie sia dalla premessa secondo cui è della definizione della sfera di applicazione soggettiva dell'art. 403 c.p.p. che la sentenza esplicita-

---

[12] Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 404. Ma v., altresì, Cordero, *Procedura penale*, cit., 874; Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 201. In senso contrario v., invece, Daniele, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Torino, 2009, 156, il quale colloca la norma in discorso tra i casi di prove dichiarative non formate con il pieno rispetto del contraddittorio ed al di fuori delle ipotesi derogatorie previste dall'art. 111, comma 5 Cost.

[13] La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 641, la quale mette in evidenza gli incerti ambiti di operatività della regola. Contro questa impostazione v., invece, Terrile, *Utilizzabilità dibattimentale delle dichiarazioni rese fuori dal dibattimento*, cit., 1628.

mente si occupa quale presupposto per la soluzione del problema di costituzionalità, sia dalla puntualizzazione – la quale, in qualche modo, blinda la proposta interpretativa della sentenza – che una diversa lettura della disposizione, che non ne individuasse la *ratio* di sanzione collegata alla violazione delle regole sul contraddittorio previste per l'incidente probatorio, e le attribuisse quindi un valore assoluto, condurrebbe a ritenere fondati i dubbi di costituzionalità evidenziati dal giudice *a quo*[14].

Una scelta voluta, se si considera che « la soluzione prescelta dalla Corte supera l'ambito proposto dal giudice remittente [il quale aveva] denunciato l'illegittimità dell'art. 403 c.p.p. nella sola ipotesi in cui il procedimento di assunzione della prova effettuato con incidente probatorio non fosse poi ripetibile dopo il suo compimento [...] Il profilo scelto [invece] prescinde dalla successiva ripetibilità della prova, atteso che la soluzione adottata investe, più in generale, "la sfera di applicabilità soggettiva dell'art. 403; cosicché l'atto formato in incidente probatorio riguardante pure soggetti non indiziati, e poi imputati, diventa utilizzabile nei loro confronti anche se è suscettibile di rinnovazione »[15].

Nell'ambito della motivazione la Corte costituzionale ha precisato, dettando così un principio di carattere generale che tende a circoscrivere la sfera di applicazione soggettiva della norma, che dalla regola di inutilizzabilità soggettiva stabilita dall'art. 403 c.p.p. – la cui funzione consiste nel salvaguardare il contraddittorio inteso come espressione del più generale diritto di difesa[16] – non può derivare l'inutilizzabilità della prova formatasi in sede di incidente

---

[14] In particolare, chiarisce la Corte, sarebbe violato l'art. 112 Cost. perché nei confronti di coindagati ignoti non sarebbe consentito compiere atti di assicurazione della prova non rinviabile al dibattimento, tali da rendere possibile l'esercizio dell'azione penale, e l'affermazione delle eventuali responsabilità, una volta raggiunta la loro individuazione. Verrebbe anche in causa il principio di ragionevolezza, non essendo comprensibile come altri atti compiuti nella fase delle indagini, suscettibili di varia utilizzazione dibattimentale – e *in primis* gli accertamenti tecnici non ripetibili *ex* art.. 360 c.p.p. – per i quali la legge preveda garanzie difensive, sia pure diverse dalla partecipazione necessaria ad un'attività d'udienza, possano essere sottratti ad un simile regime di radicale inutilizzabilità soggettiva.

[15] Scalfati, *Incidente probatorio su fatti "in cerca d'autore"*, in *Giur. cost.*, 1994, 1621, al quale si può comodamente rinviare per un'analisi delle problematiche poste dalla sentenza costituzionale.

[16] La funzione della disposizione viene ricostruita dalla Corte costituzionale mediante il raccordo sistematico con le norme di cui agli artt. 393, comma 1, lett. b), 395, 398, comma 2, lett. b), 401, commi 1 e 6, 402 c.p.p. V., però, in senso critico, Kostoris, *Incidente probatorio senza "indagato" e limiti all'utilizzabilità della prova nell'ambito dello stesso o di altro procedimento*, cit., 907, il quale non esclude che alla disposizione possa essere attribuita una funzione di garanzia più ampia rispetto a quella attribuitale dalla Corte costituzionale.

probatorio nei confronti di soggetti che solo successivamente all'assunzione della prova sono stati raggiunti da indizi di colpevolezza, considerato che, nei loro confronti, non poteva essere assicurato alcun contraddittorio.

Se, da un lato, la proposta interpretativa apriva le porte all'utilizzabilità in dibattimento della prova assunta mediante incidente probatorio nei confronti di persone solo successivamente indiziate, dall'altro, essa non pregiudicava – puntualizza la Corte – il diritto alla prova di queste, posto che, essendovi stata richiesta ai sensi dell'art. 190 c.p.p., il mezzo di prova, ove ritenuto non manifestamente superfluo o irrilevante, avrebbe dovuto essere rinnovato in dibattimento.

Ovviamente – ha fatto notare ulteriormente la Corte, affrontando un profilo problematico di rilievo tutt'altro che secondario – spetta all'autorità giudiziaria individuare le persone che, in relazione all'atto da assumere mediante l'incidente, devono considerarsi ricomprese nella categoria generale di quelle "sottoposte ad indagini", e tale apprezzamento è suscettibile di verifica da parte del giudice del dibattimento ai fini dell'eventuale applicazione del divieto di utilizzazione previsto dall'art. 403 c.p.p.

L'intervento interpretativo della Corte costituzionale « finiva, tuttavia, per materializzare una breccia cospicua sul piano della garanzia dell'effettività del contraddittorio, oltre a dischiudere la via a un complesso di problematiche di varia natura »[17].

In chiave evidentemente critica, infatti, la dottrina aveva evidenziato come, ai fini dell'utilizzabilità della prova, sarebbe stato necessario valutare l'impossibilità di assicurare il contraddittorio avendo riguardo non al momento dell'incidente, in cui la prova viene formata, ma al momento del dibattimento, in cui la stessa viene acquisita[18], considerato che « sul piano degli effetti derivanti dalla soluzione adottata [...] i verbali di prova riguardanti soggetti non indagati, e rimasti estranei alla procedura incidentale [divenivano] pienamente utilizzabili per il solo fatto di essere frutto di un atto formato in incidente probatorio »[19].

---

[17] Di Chiara, *Incidente probatorio*, cit., 564.

[18] La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 641. Sulle problematiche poste dalla pronuncia costituzionale v. in particolare, Kostoris, *Incidente probatorio senza "indagato" e limiti all'utilizzabilità della prova nell'ambito dello stesso o di altro procedimento*, cit., 904. Oltre che, come già detto, Scalfati, *Incidente probatorio su fatti "in cerca d'autore"*, cit., 1621.

[19] Scalfati, *Incidente probatorio su fatti "in cerca d'autore"*, cit., 1627, il quale non manca di sottolineare che l'interpretazione proposta dalla Corte trasforma l'incidente probatorio in strumento d'indagine indiscriminata su fatti e persone non coinvolte, favorendo il rischio di riedizioni istruttorie su larga scala che il legislatore delegante avrebbe voluto evitare.

2. *L'art. 403, comma 1*-bis *c.p.p.*

Siffatti rilievi critici hanno fatto sì che, successivamente, il legislatore, attraverso l'art. 5, l. 7 agosto 1997, n. 267, aggiungesse all'articolo in questione un comma 1-*bis* il quale, razionalizzando l'interpretazione adeguatrice fornita dalla Corte costituzionale alla luce del rilievo che ai fini dell'utilizzabilità della prova sarebbe stato necessario verificare la possibilità di assicurare il contraddittorio avendo riguardo non al momento dell'incidente probatorio ma alla fase del dibattimento[20], di talché soltanto l'impossibilità di rinnovare l'atto in dibattimento avrebbe potuto giustificare la sua utilizzazione come prova anche nei confronti di altri imputati, ha stabilito che le prove acquisite mediante incidente probatorio non sono utilizzabili nei confronti dell'imputato raggiunto solo successivamente all'incidente stesso da indizi di colpevolezza se il difensore non ha partecipato alla loro assunzione, salvo che i suddetti indizi siano emersi dopo che la ripetizione dell'atto sia divenuta impossibile[21].

La citata integrazione normativa tratteggia in maniera diversa, dunque, l'ambito operativo delle due previsioni contenute nell'art. 403 c.p.p.: mentre il comma 1, infatti, concerne l'ipotesi in cui l'imputato, essendo stato raggiunto da indizi di colpevolezza, avrebbe dovuto partecipare all'attività acquisitiva anticipata, il comma 1-*bis* presuppone che l'imputato non potesse essere individuato quale persona interessata alla procedura incidentale proprio perché non ancora raggiunto da indizi di reità.

Pertanto, il regime di utilizzabilità della prova nei confronti di quest'ultima categoria soggettiva dipende dalle possibilità di recupero del contraddittorio esistenti al momento in cui sono emersi gli indizi di reità.

---

[20] Kostoris, *Incidente probatorio senza "indagato" e limiti all'utilizzabilità della prova nell'ambito dello stesso o di altro procedimento*, cit., 910. Secondo Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 201, la soluzione legislativa è indirizzata in senso più garantista rispetto alla disciplina che era scaturita dalla sentenza costituzionale. Così, anche, Scella, *Art. 5. L. 7 agosto 1997, n. 267*, cit., 344. Infatti, è il rilievo di Morselli, *L'incidente probatorio*, cit., 280, in virtù dell'integrazione normativa « [i]l grado di tutela del principio del contraddittorio nella formazione della prova risulta, così, potenziato ».

[21] È interessante notare che Kostoris, *Incidente probatorio senza "indagato" e limiti all'utilizzabilità della prova nell'ambito dello stesso o di altro procedimento*, cit., 911, avesse ravvisato la necessità di inserire una norma *ad hoc* corrispondente a quella di cui all'art. 403, comma 1-*bis* c.p.p. in quanto il ricorso all'art. 512 c.p.p. era precluso dalla previsione, ai fini del perfezionamento della fattispecie acquisitiva ivi contemplata, del criterio della imprevedibilità dei fatti o delle circostanze che rendono la prova non ripetibile: criterio non invocabile nei casi di incidente probatorio richiesto *ex* art. 392, comma 1 c.p.p. posto che, per definizione, la prova deve essere non rinviabile al dibattimento.

Ricorrendo, in quel momento, la possibilità di ripetere l'atto, l'art. 403, comma 1-*bis* c.p.p. impone la rinnovazione dell'atto probatorio mediante le forme ordinarie, nel corso del giudizio ovvero mediante l'instaurazione di un nuovo incidente probatorio qualora il procedimento risieda ancora in una delle fasi pregresse[22].

Sopraggiunta, invece, l'irripetibilità in concreto, la collocazione temporale di essa diviene determinante: precedendo l'emergenza degli indizi di reità, consente di prescindere dal metodo – oramai non adottabile – del contraddittorio, rendendo così l'atto utilizzabile nei confronti di chi non ha partecipato alla sua formazione[23].

Ovviamente, l'apparente rigidità della regola non può non confrontarsi con una valutazione di esigibilità della condotta garantista, essendo verificabili dei casi in cui l'instaurazione dell'incidente, necessaria in ragione della ricorrenza della fattispecie indiziante, diviene impossibile in ragione del repentino evolversi della vicenda dispersiva della prova.

« In simili evenienze » – è stato correttamente rilevato – « una rigida applicazione della regola contenuta nell'art. 403, comma 1-*bis*, c.p.p., dovrebbe indurre a escludere l'utilizzabilità della prova, perché questa è consentita solo quando gli indizi siano emersi dopo che la ripetibilità dell'atto sia divenuta impossibile. Tuttavia [se] tra l'emersione degli indizi e l'irripetibilità vi è un "lasso di tempo insufficiente" per mettere in atto i meccanismi preordinati alla salvaguardia del contraddittorio, la prova potrà essere utilizzata: *ad impossibilita nemo tenetur* »[24].

---

[22] In tal senso v. fra gli altri, La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 647. V., altresì, Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 201, il quale pone in evidenza l'inevitabile aggravio che il nuovo meccanismo determina in capo alla pubblica accusa.

[23] In giurisprudenza si è precisato – v., a tale proposito, Cass. pen., Sez. VI, 12 aprile 2002, Daneluzzi – che la regola della partecipazione del difensore dell'indagato all'assunzione della prova in sede di incidente probatorio, con la conseguente sanzione di inutilizzabilità soggettiva della prova formatasi senza la partecipazione dei difensori dei soggetti ad essa interessati – oltre a non riguardare quei soggetti che solo successivamente all'assunzione della prova, o addirittura proprio sulla base di essa, siano stati raggiunti da indizi di colpevolezza – non è applicabile nell'ipotesi in cui il difensore abbia partecipato all'assunzione dell'atto, anche se all'epoca l'imputato era raggiunto da indizi di colpevolezza in ordine ad una contestazione diversa rispetto a quella, poi, definitivamente formulata in sede di rinvio a giudizio. In senso critico rispetto alla previsione legislativa, suscettibile di determinare « una violazione di tutele del singolo, travalicate da pure e semplici esigenze processuali e di giustizia sociale, a scapito dei canoni di equità giustezza che dovrebbero sempre predominare nel processo », v. La Rocca, *Incidente probatorio*, cit., 304.

[24] La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 650. Sul punto viene richiamata, per essere condivisa, l'opinione di Cesari, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti d'indagine*, cit., 498.

Dotato di connotazioni diverse si presenta, invece, il caso in cui l'irripetibilità dell'atto si sia verificata nonostante l'interessato avesse avuto tempo e modo di chiederne la rinnovazione, in questa evenienza divenendo la prova inutilizzabile a prescindere dall'incidenza di fattori capaci di rendere ipotizzabile, al momento dell'emersione degli indizi di reità, la sopravvivenza della fonte in vista del dibattimento e, dunque, una rivalutazione del giudizio di prevedibilità già effettuato in occasione del provvedimento dispositivo dell'incidente istruttorio.

Anche se l'art. 403, comma 1-*bis* c.p.p. è costruito, infatti, intorno alla categoria della sopravvenuta impossibilità di ripetizione dell'atto, evocando un ambito concettuale che è noto quale elemento centrale della fattispecie acquisitiva contemplata dall'art. 512 c.p.p., essa presenta nel contesto normativo che ci occupa alcuni profili di peculiarità.

In primo luogo, infatti, l'impossibilità di ripetizione dell'atto formativo della prova viene collocata in uno specifico ambito temporale, circoscritta come è la propria rilevanza ai fini dell'attivazione della dinamica utilizzativa rispetto a fattori operanti tra il momento del compimento dell'atto e l'emersione di indizi di colpevolezza[25].

In secondo luogo, l'ambito di rilevanza dell'impossibilità di ripetizione prescinde dal connotato dell'imprevedibilità, essenziale, invece, nel contesto del paradigma della fattispecie acquisitiva principale[26], di talché il giudizio di esigibilità dell'adempimento procedurale prescritto dalla norma non può che avere come riferimento il verificarsi della vicenda indiziante.

È un terreno, quella della esigibilità, d'altra parte già dissodato in relazione proprio all'art. 512 c.p.p. ed in occasione dell'approfondimento della questione attinente all'identificazione delle categorie di atti qualificabili come intrinsecamente irripetibili.

« Il punto di discrimine – d'ordine temporale – coincide con il momento in cui l'irripetibilità acquista consistenza: se si manifesta fin dall'inizio, essa è congenita, pertinente all'atto – o meglio, a un raggruppamento tipizzato di atti – e avvalora l'inclusione *ab origine* nel fascicolo processuale (art. 431 c.p.p.). L'irripetibilità *ex* art. 512 c.p.p. è, invece, in questa prospettiva, diversa per il contrasto notevole dei particolari costitutivi: non soltanto successiva al compimento dell'atto, ma anche sopravvenuta, poiché, turbando ogni previsione, in-

---

[25] La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 649; Cesari, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti d'indagine*, cit., 500.

[26] La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 649. In senso contrario v., invece, Cesari, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti d'indagine*, cit., 501.

terviene a modificare dall'esterno, e in maniera radicale, lo stato di partenza »[27].

La distinzione, si è osservato in dottrina, non appartiene all'empireo della dogmatica giuridica, poiché « [a]lla ricostruzione di una tipologia di atti da definire irripetibili in astratto, ai sensi dell'art. 431 c.p.p., fa riscontro, in ordine all'art. 512 c.p.p., il giudizio di non reiterabilità di un atto astrattamente ripetibile, in conseguenza di accidenti che ne impediscono la rinnovazione »[28].

In essa, dunque, vengono condensati « la diversa funzione ed il rapporto di stretta complementarietà e reciproca esclusione, che connotano gli artt. 431 e 512 c.p.p., [i cui] rispettivi ambiti di incidenza sono disegnati proprio dal peculiare atteggiarsi dell'impossibile ripetizione dell'atto, che disegna le due "nicchie" distinte occupate dalla norma in esame, postulando, l'una, l'inserimento *ab initio* degli atti irripetibili nel fascicolo dibattimentale, l'altra, il recupero di atti che da quel fascicolo sono rimasti esclusi »[29].

Posto che, allora, il codice processuale non precisa quali siano gli atti da considerare originariamente irripetibili, la sequenza combinatoria descritta dagli artt. 392 e 512 c.p.p. ha indotto parte della dottrina a ritenere che siano con chiarezza desumibili le tipologie di atti che, in ogni caso, debbano essere collocate nell'ambito della categoria concettuale dell'atto intrinsecamente ripetibile.

L'irripetibilità, si è in altri termini ritenuto, non può mai ritenersi costituire un dato originario degli atti d'indagine che corrispondono ai mezzi di prova di cui all'art. 392 c.p.p.[30].

« Il meccanismo dell'incidente probatorio » – si è osservato – « è funzionale al recupero anticipato di prove che, normalmente ripetibili in dibattimento, minaccino – per ragioni visibili *ex ante* – di non esserlo più. L'assenza di tali ragioni comporta l'inserimento degli atti di indagine nel fascicolo del pubblico ministero, salvo successivo recupero mediante lettura quando, imprevedibilmente, le evenienze negative per ovviare alle quali l'incidente probatorio è congegnato, si siano comunque verificate »[31].

---

[27] Buzzelli, *Le letture dibattimentali*, cit., 71. Nigro, *Atti irripetibili e limiti ai poteri probatori del giudice*, cit., 1169, evidenzia come la distinzione in discorso si fonda sull'analisi comparativa degli artt. 431 e 512 c.p.p., « consiste[*ndo*] in una classificazione di massima che distingue gli atti a seconda del momento in cui l'irripetibilità si manifesta ».

[28] Cesari, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., 15.

[29] Cesari, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., 16, la quale rileva che l'art. 512 c.p.p. « opera sul materiale che la griglia selettiva dell'art. 431 c.p.p. ha lasciato sullo sfondo ».

[30] Cesari, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., 78.

[31] Cesari, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., 78.

Predisposto in questi termini lo schema concettuale, si è ritenuto che esso possa operare senza particolari difetti in relazione agli atti d'indagine di natura dichiarativa, essendo essi considerati originariamente ripetibili, fatti salvi il pericolo di irripetibilità – ovviabile mediante il ricorso all'incidente probatorio – nonché l'eventuale ed imprevedibile impossibilità sopravvenuta[32].

La sistematica ricostruttiva è stata posta in discussione, però, dinanzi alla situazione che si verifica nel caso particolare in cui l'elemento dichiarativo sia offerto da persona che versi in fin di vita[33], vicenda peculiarmente caratterizzata che è stata esaminata dalla Corte di cassazione alcuni anni addietro e risolta interamente nell'ambito della situazione normativa delineata dall'art. 512 c.p.p.[34].

La fattispecie afferiva all'omicidio di una guardia giurata e al ferimento di un'altra, la quale, trasportata in ospedale ed interrogata dalla polizia giudiziaria, era riuscita a rivelare notizie utili all'identificazione degli autori del fatto, fornendo una descrizione sommaria di alcuni di essi – che successivamente riconosceva nelle fotografie – e confermando nella stessa giornata innanzi al pubblico ministero la compiuta ricognizione, senza però riuscire, a causa delle gravi condizioni di salute, a sottoscrivere i verbali.

In seguito, veniva presentata dal pubblico ministero formale richiesta di incidente probatorio, la quale non poteva, però, avere seguito a causa della morte sopravvenuta della vittima.

Iniziato il procedimento penale nei confronti dei soggetti dalla stessa riconosciute, questi venivano assolti all'esito del giudizio di primo grado sul rilievo che gli atti contenenti le dichiarazioni rese e le individuazioni compiute non erano utilizzabili ai fini probatori, non potendosi qualificare come irripetibili e non trovando applicazione, nel caso concreto, il disposto dell'art. 512 c.p.p. per difetto del requisito dell'imprevedibilità della sopravvenuta causa di impossibilità di ripetizione, sicché l'unica via percorribile sarebbe stata quella dell'incidente probatorio, il quale, se strutturato sotto il profilo temporale nelle forme previste dall'art. 400 c.p.p., avrebbe consentito l'esecuzione di una rituale ricognizione di persona.

---

[32] Cesari, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., 79. Negli stessi termini v., in precedenza, D'Andria, *Un tentativo di definizione degli atti non ripetibili*, cit., 1351.

[33] L'irripetibilità originaria di una dichiarazione resa dalla persona in punto di morte è ipotizzata, quale eccezione alla regola generale della ripetibilità degli elementi dichiarativi, da D'Andria, *Un tentativo di definizione degli atti non ripetibili*, cit., 1351, il quale definisce l'ipotesi, però, « quasi scolastica ».

[34] Il riferimento è, ovviamente, a Cass. pen., Sez. I, 23 gennaio 1995, n. 5168.

A seguito di impugnazione da parte del pubblico ministero, il giudice della fase di appello aveva condannato gli imputati sulla premessa che, a causa dell'improvviso aggravarsi dello stato di salute della persona offesa dopo la presentazione della richiesta di incidente probatorio, l'impossibilità di ripetere gli atti era da considerare imprevedibile, con la conseguente possibilità di acquisire i relativi verbali al fascicolo del dibattimento.

La Corte di cassazione, infine, aveva annullato la sentenza di secondo grado, ritenendo che nell'ipotesi di lesioni personali cagionate ad un soggetto che, prima di morire in conseguenza di queste, renda alla polizia giudiziaria e al pubblico ministero dichiarazioni potenzialmente utili ai fini della decisione, qualora sulla base di un motivato giudizio *ex post*, funzionalmente demandato al giudice di merito, risulti che era prevedibile l'esito letale delle lesioni subite e si riscontri che la procedura di incidente probatorio, appositamente apprestata dal legislatore anche per eventualità del genere anzidetto, sia stata promossa a suo tempo con ingiustificato ritardo, tanto da non avere poi potuto trovare attuazione proprio per il sopravvenuto decesso della parte lesa deve escludersi, per il difetto del requisito dell'imprevedibilità, la possibilità di dare lettura, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 512 c.p.p., delle dichiarazioni rese agli investigatori[35].

L'asse portante dell'assunto giurisprudenziale, apparentemente incentrato sul requisito – fondamentale nell'economia della fattispecie acquisitiva presa in esame dalla Corte – dell'imprevedibilità, è invece identificabile nella categoria dell'esigibilità, comune, dunque, ad entrambe le ipotesi che ci occupano ma diversamente configurata sul versante del fattore implementativo del correlato giudizio.

L'art. 403, comma 1-*bis* c.p.p., è ovvio, riporta all'attenzione la problematica – alla quale si è già fatto cenno in precedenza – relativa all'identificazione della figura procedimentale interessata dal fenomeno indiziario.

Come già visto, infatti, la mancanza di una norma processuale analoga a quella contenuta nell'art. 60 c.p.p. ha determinato, sia in dottrina che in giurisprudenza, notevoli perplessità interpretative, pur essendovi una sostanziale convergenza di vedute rispetto al profilo attinente al rilievo da attribuire all'iscrizione nel registro generale delle notizie di reato.

---

[35] Cass. pen., Sez. I, 23 gennaio 1995, n. 5168. In chiave critica v., sulla base del rilievo che, così come l'irripetibilità sopravvenuta, anche l'irripetibilità originaria può dipendere da cause estrinseche, Iacoviello, *Contro l'attuale teoria degli atti irripetibili*, cit., 3003. Negli stessi termini v. Falato, *L'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari: sistemi di « recupero »*, cit., 1823.

Esclusa unanimemente l'efficacia costitutiva dell'iscrizione *ex* art. 335 c.p.p., permane ancora qualche perplessità circa l'individuazione di un criterio che permetta di attribuire in maniera univoca la qualità procedimentale in questione, conferendosi rilievo, da parte della giurisprudenza, ora allo svolgimento di investigazioni soggettivamente orientate, ora alla emersione di una notizia di reato soggettivamente qualificata[36].

Secondo una prospettiva ermeneutica particolarmente attenta a salvaguardare la *ratio* di protezione propria della disposizione e, dunque, protesa ad escludere che la compressione delle garanzie spettanti all'imputato possa dipendere dall'arbitrio o, eventualmente, anche soltanto dalla consapevole inerzia del pubblico ministero, il giudizio di sussistenza dei gravi indizi dovrebbe prescindere dal compimento di atti investigativi soggettivamente orientati, potendo sostanziarsi anche in relazione ai casi di emersione di elementi *ex sé* già suscettibili di orientare le indagini nei confronti del futuro imputato ma che, per qualsiasi motivo, siano rimasti privi di seguito investigativo[37].

3. *Circolazione delle prove formate mediante incidente probatorio ed utilizzabilità.*

« La possibilità » – è stato efficacemente rilevato in dottrina – « di acquisire e utilizzare in un procedimento atti formati in un altro si colloca emblematicamente al crocevia tra differenti concezioni del processo: materia di regole minime e fortemente instabili, la tipologia dei filtri apposti alla circolazione contribuisce a far luce sulla natura stessa del sistema, il quale, nonostante l'aspirazione ad una certa autonomia dei singoli giudizi, non ne assicura la reciproca autosufficienza »[38].

---

[36] V., in ambito giurisprudenziale, Cass. pen., Sez. V, 28 aprile 1997, n. 1732. Nonché, da ultimo, Cass. pen., Sez. VI, 17 febbraio 2003, n. 20510.

[37] La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 648. Per una prospettiva ermeneutica estensiva della nozione di indiziato, in vista della realizzazione delle specifiche esigenze di tutela connesse al regime di utilizzabilità degli atti compiuti mediante l'incidente probatorio v., soprattutto, Scalfati, *Incidente probatorio su fatti "in cerca d'autore"*, cit., 1627.

[38] Belluta, *Circolazione della prova (Diritto processuale penale)*, Milano, 2008, 953. Nota La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 651, come « [l]a materia della circolazione extra-procedimentale della prova rappresenta uno tra i contesti in cui maggiormente si avverte la tensione tra esigenze contrapposte. Se, infatti, i principi dell'oralità, dell'immediatezza e del contraddittorio imporrebbero di preservare il procedimento dagli apporti conoscitivi formati altrove, "le esigenze di economia e di non dispersione" sollecitano, al contrario, "a favorire la libera migrazione delle prove da un procedimento all'altro ». Così, anche, Scella, *Tutela del contraddittorio e utilizzazione di prove formate*

Il sistema di circolazione di atti tra procedimenti[39] delineato dall'art. 238 c.p.p.[40] non riguarda soltanto le prove in senso stretto, potendo avere per oggetto, altresì, atti di natura investigativa e, addirittura, sentenze.

Prendendo in considerazione, ovviamente, i canali comunicativi concernenti le prove, viene in rilievo la disciplina contenuta in una disposizione che « strutturat[a] per regole ed eccezioni, rappresenta uno spaccato dell'intero sistema probatorio »[41].

L'art. 238, comma 1 c.p.p.[42] dispone, infatti, che è ammessa l'acquisizione di verbali di prove di altro procedimento penale[43] qualora si tratti di prove assunte con le forme dell'incidente probatorio o nel dibattimento[44].

Se l'utilizzo di tecniche formative dell'elemento di prova eteronomo conformi alle metodologie proprie dell'incidente probatorio – ovvero del dibattimento – è sufficiente al fine di assicurare l'acquisizione dell'atto nel procedimento diverso, la garanzia del contraddittorio nella formazione della prova è

---

in altri procedimenti, in *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, a cura di Kostoris, Torino, 2002, 92.

[39] « Quando si parla di "circolazione probatoria tra procedimenti" » – chiarisce Cantone, *La « circolazione probatoria tra procedimenti ». Le modifiche introdotte dalla l. n. 63/01*, cit., 2561 – « si intende riferirsi alla possibilità di acquisire, e successivamente utilizzare, in altro procedimento le prove che si sono formate in una vicenda processuale diversa e/o autonoma ». Negli stessi termini v., inoltre, Rombi, *La circolazione delle prove penali*, cit., 1.

[40] « La disposizione » – ritiene Cantone, *La « circolazione probatoria tra procedimenti ». Le modifiche introdotte dalla l. n. 63/01*, cit., 2562 – « è coerentemente inserita nel capo VII dedicato alle prove c.d. documentali; il materiale probatorio che proviene da altri procedimenti, infatti, può trasmigrare soltanto attraverso la documentazione – *rectius* i verbali – che lo contiene ». Ritiene singolare la collocazione dell'art. 238 c.p.p. nel settore della prova documentale, invece, Calamandrei, *La prova documentale*, cit., 94. V. anche, in senso critico, Dell'Anno, *Prova documentale e circolarità della prova*, cit., 670, il quale intravede nella scelta legislativa una palese incongruenza ed una indubitabile forzatura.

[41] Belluta, *Circolazione della prova (Diritto processuale penale)*, cit., 953.

[42] Disposizione la quale, evidenzia Rombi, *Art. 238*, cit., 2383, contempera l'esigenza di salvaguardare la centralità del dibattimento con quella di prevenire superflue reiterazioni di attività probatoria.

[43] Per Cass. pen., Sez. III, 12 febbraio 1999, n. 2954, l'acquisizione di verbali di prove di altro procedimento non presuppone che questo sia stato definito con sentenza irrevocabile. Sulla nozione di procedimento diverso v., per tutti, Rombi, *La circolazione delle prove penali*, cit., 65.

[44] L'art. 238 c.p.p. è stato oggetto di plurimi interventi correttivi, fino a pervenire alla versione attuale in virtù dell'art. 9, l. 1 marzo 2001, n. 63. V., per un quadro dell'evoluzione subita dalla disposizione, Belluta, *Circolazione della prova (Diritto processuale penale)*, cit., 955; nonché Cantone, *La « circolazione probatoria tra procedimenti ». Le modifiche introdotte dalla l. n. 63/01*, cit., 2562. V., inoltre, Scella, *Tutela del contraddittorio e utilizzazione di prove formate in altri procedimenti*, cit., 95; Bernasconi, *Ideologie e prassi in tema di circolazione di verbali "alieni"*, cit., 321.

relativamente[45] presidiata, ma soltanto per quel che riguarda le prove a contenuto dichiarativo[46], dal peculiare regime di utilizzabilità delineato dall'art. 238, comma 3 c.p.p., ai sensi del quale i verbali di dichiarazioni possono essere utilizzati contro[47] l'imputato soltanto se il suo difensore ha partecipato all'assunzione della prova.

Una tutela effettiva dei principi di oralità e immediatezza è, quindi, assicurata dall'art. 238, comma 5 c.p.p., il quale riconosce il diritto delle parti di ottenere a norma dell'art. 190 c.p.p. – salvo però il peculiare regime di ammissione previsto dall'art. 190-*bis* c.p.p.[48] – l'esame delle persone le cui dichiarazioni sono state acquisite mediante l'attivazione dei veicoli di circolazione disciplinati dal precedente comma 1 della disposizione in discorso[49].

La tematica si intreccia con le problematiche inerenti alla sopravvenuta irripetibilità in concreto dell'atto tutte le volte in cui la seconda diviene connotazione qualificativa dell'atto probatorio formato nel procedimento diverso ed assume rilevanza pratica nel momento in cui l'atto stesso, in generale utilizzabile ai sensi dell'art. 238, comma 3 c.p.p. e previa lettura *ex* art. 511-*bis*

---

[45] Come rileva correttamente Cesari, *Prova (Acquisizione della)*, cit., 722, la partecipazione della difesa nella sede aliena resta legata ad una diversa *res iudicanda*, di talché è arduo ipotizzare che il contraddittorio svolto sia equivalente a quello che sulla medesima fonte si sarebbe effettuato in una diversa sede e per un diverso oggetto di prova. Gli stessi rilievi critici sono mossi da Dell'Anno, *Prova documentale e circolarità della prova*, cit., 675. Sottolinea la centralità del contraddittorio nella meccanica predisposta dal legislatore, da ultimo, Bonzano, *I mezzi di prova*, cit., 940.

[46] Fa notare, infatti, Cesari, *Prova (Acquisizione della)*, cit., 722, come il contraddittorio con la difesa nella sede di provenienza sembra assicurato soltanto per le prove dichiarative, restando in apparenza sufficiente, negli altri casi, che si tratti di prove assunte in incidente probatorio o in dibattimento, pur a prescindere dall'apporto difensivo in sede di formazione. Solo un'esegesi estensiva del disposto normativo può, pertanto, indurre a ricomprendervi prove tipologicamente dissimili che altrimenti ne rimarrebbero escluse. Evidenzia il carattere disorganico della normativa, inoltre, Dell'Anno, *Prova documentale e circolarità della prova*, cit., 674.

[47] Si sofferma sull'analisi dell'espressione normativa, tra gli altri, Dell'Anno, *Prova documentale e circolarità della prova*, cit., 675.

[48] Il richiamo alla disposizione contenuta nell'art. 190-*bis* c.p.p. è generalmente criticato dalla dottrina, dal momento che « è proprio in relazione ai delitti di maggiore gravità (quelli di cui all'art. 51, co. 3-*bis*, c.p.p.) che il legislatore continua a porre un'ipoteca sulla possibilità di rinnovare dialetticamente una dichiarazione i cui verbali provengono dall'incidente probatorio o da un altro procedimento ». Così Cesari, *Prova (Acquisizione della)*, cit., 723. Dello stesso segno le critiche mosse da Belluta, *Circolazione della prova (Diritto processuale penale)*, cit., 958.

[49] Ritiene « non impeccabile » la tutela del contraddittorio approntata dalla disposizione in esame Belluta, *Circolazione della prova (Diritto processuale penale)*, cit., 958. Secondo Dell'Anno, *Prova documentale e circolarità della prova*, cit., 679, la norma sarebbe soggettivamente collegabile, sotto un profilo quantitativo, soprattutto alla posizione del pubblico ministero, trattandosi dell'unica disposizione, nell'ambito di quelle riguardanti il tema della circolazione probatoria, in cui si fa riferimento alle parti e non all'imputato.

c.p.p., dispone di potenzialità utilizzative nei confronti di imputati che non hanno partecipato alla sua formazione.

Si ripropone, in altri termini, la problematica già esaminata in sede di analisi dell'incidente probatorio e non è un caso che la Corte costituzionale vi abbia dato identica soluzione sulla base del dichiarato parallelismo tra i presupposti di utilizzabilità "interna" della prova – ossia nell'ambito del procedimento di provenienza – e quelli di utilizzabilità "esterna"[50], saldando così la determinazione dello spazio operativo dell'art. 238, comma 1 c.p.p. con i limiti applicativi dell'art. 403 c.p.p.[51].

Ne consegue che, sebbene nell'ambito dell'art. 238 c.p.p. manchi una regola che disciplini l'utilizzabilità dei risultati dell'incidente probatorio disposto in un altro procedimento nei confronti di chi soltanto successivamente sia stato raggiunto da indizi di colpevolezza, deve ritenersi implicitamente richiamata la regola posta dall'art. 403, comma 1-*bis* c.p.p.[52].

4. *L'utilizzabilità della prova nelle fasi anteriori.*

In relazione ai provvedimenti da adottare nell'ambito delle indagini preliminari ovvero, a conclusione di esse, nell'udienza preliminare e nei riti alternativi, la prova formata mediante l'incidente probatorio è – fatti ovviamente salvi gli effetti invalidanti connessi al riscontro di vizi intrinseci all'attività propriamente acquisitiva – utilizzabile senza alcun limite.

Infatti, la formulazione della clausola limitativa contenuta nell'art. 403, comma 1 c.p.p. « impone di collocare la garanzia apprestata dalla disposizione all'interno di una circoscritta dimensione oggettiva, perché il riferimento al dibattimento come sede prescelta per l'operatività della regola che limita l'utilizzabilità dell'incidente probatorio agli imputati i cui difensori fossero presenti induce a escludere la sussistenza di ostacoli all'uso *erga omnes* della prova in ambito extra-dibattimentale »[53].

Assume rilievo autonomo, poi, la considerazione – enunciata nel corso dei lavori preparatori ed in occasione del dibattito circa la conservazione di

---

[50] Corte cost., 26 maggio 1994, n. 198.

[51] V., in senso adesivo ma fatte salve le riserve già formulate in relazione a Corte cost., 16 maggio 1994, n. 181, Kostoris, *Incidente probatorio senza "indagato" e limiti all'utilizzabilità della prova nell'ambito dello stesso o di altro procedimento*, cit., 911.

[52] In questo senso, tra gli altri, v. La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 563; Rombi, *La circolazione delle prove penali*, cit., 89; Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 204.

[53] La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 642.

una versione dell'art. 403 c.p.p. in cui si prevedeva espressamente siffatta utilizzabilità[54] – che per l'emanazione dei suddetti provvedimenti possono essere utilizzati atti meno garantiti di quelli assunti mediante la procedura incidentale, di talché sarebbe ingiustificata – o, addirittura, irrazionale – una previsione di inutilizzabilità di questi ultimi[55].

Osservazione – quella emersa dai lavori preparatori – la quale, sebbene non sia priva di una sua coerenza, va presa con adeguate riserve « perché l'utilizzazione, quantunque a fini di minor rilievo, postula lapalissianamente che la prova sia stata acquisita e messa a verbale; con l'inevitabile ma non tranquillante corollario che l'ordinamento assegnerebbe, sì, effetti ad un atto, ma li farebbe dipendere dalla condizione che esso fosse stato inserito nel procedimento in spregio ad un preciso divieto »[56].

La giurisprudenza è, del resto, concorde nel ritenere che le prove assunte con le forme dell'incidente probatorio sono sempre e comunque utilizzabili ai fini dei provvedimenti da adottare nel corso delle indagini preliminari, senza alcun limite soggettivo, mentre nel dibattimento sono utilizzabili soltanto nei confronti degli imputati i cui difensori hanno partecipato alla loro assunzione, secondo il dettato dell'art. 403 c.p.p.[57].

In tema di perizia, è stato altresì precisato che, anche se disposta nelle forme dell'incidente probatorio, essa può essere utilizzata ai fini dell'emissione della misura cautelare non appena sia stata depositata la relazione scritta, e

---

[54] V., infatti, la relazione al progetto preliminare, in Conso, Grevi, Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, IV, *Il progetto preliminare del 1988*, cit., 931.

[55] Ritiene corretta la soluzione prospettata, anche alla luce dell'itinerario appena descritto, Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 195. La considerazione non convince, però, Bargis, *Incidente probatorio*, cit., 358: « invero, gli atti "meno garantiti" sono tali nei confronti di tutte le persone indagate o imputate; l'incidente probatorio, viceversa, pur costituendo in linea di principio un meccanismo garantito, tale effettivamente risulta solo se il soggetto, nei cui confronti (o meglio, *a carico del quale*) la prova viene utilizzata, sia stato rappresentato dal suo difensore. A ciò si aggiunga che la direttiva 40 della legge-delega parla, in modo generico, del "divieto di verbalizzare e di utilizzare", il che conduce a rendere discutibile la scelta riduttiva del legislatore delegato circa l'ambito di utilizzabilità ». V., altresì, Cordero, *Procedura penale*, cit., 874. Nonché Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 395, il quale ritiene che la soluzione sia conforme ai principi del giusto processo.

[56] Molari, *L'incidente probatorio*, cit., 351.

[57] Cass. pen., Sez. V, 27 gennaio 1993, Prost. V., inoltre, Cass. pen., Sez. I, 24 giugno 1993, n. 3015, la quale ha chiarito che, per esempio, in sede cautelare non vi sono atti che abbiano una maggiore o minore valenza probatoria rispetto ad altri e, perciò, sia le risultanze delle indagini preliminari, sia quelle dell'incidente probatorio debbono essere valutate sullo stesso piano e nella loro globalità.

quindi anche prima che il perito sia stato sentito, ponendosi il problema del rapporto temporale fra la lettura della relazione e l'esame orale del perito solo nella fase dibattimentale, a norma dell'art. 511, comma 3 c.p.p.[58].

Ma la disponibilità di elementi probatori formati mediante la procedura incidentale può determinare finanche l'anticipazione di valutazioni su tematiche tipicamente dibattimentali.

In tema di misure cautelari personali coercitive – ha statuito, infatti, la Corte di cassazione – ai fini della sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza, il giudice *de libertate* può legittimamente valutare le risultanze investigative e metterle a confronto con le prove in senso proprio, se già acquisite ai sensi dell'art. 392 c.p.p., e, quindi, effettuare un'anticipata valutazione non solo dell'attendibilità delle risultanze dell'incidente, ma anche della sussistenza di elementi indicativi di pressioni subite dal teste, che facciano prevedere l'acquisizione in giudizio delle dichiarazioni rese al pubblico ministero o alla polizia giudiziaria ai sensi dell'art. 500, comma 4 c.p.p.[59].

5. *L'efficacia dell'incidente probatorio nei confronti della parte civile.*

La figura del danneggiato dal reato nell'ambito della disciplina dell'incidente probatorio non assume una collocazione di primario rilievo, rimanendo il più delle volte assorbita nella diversa qualificazione soggettiva di persona offesa.

Al di fuori, dunque, della peculiare circostanza in cui l'assunzione della prova con le forme dell'incidente probatorio venga disposta nel corso dell'udienza preliminare – nel cui ambito, eventualmente, è avvenuta la costituzione di parte civile e, dunque, l'assunzione della qualità di parte processuale – il ricorso alla procedura di formazione anticipata della prova avviene sempre in una fase, quella delle indagini preliminari, in cui la pretesa risarcitoria non ha avuto modo di manifestarsi.

L'esigenza di protezione di una figura che, in ipotesi, assumerà una definita veste processuale soltanto nel futuro processo, ha indotto il legislatore a predisporre una norma limitativa dei possibili effetti della prova acquisita in un ambito al quale il soggetto danneggiato – che non sia, ovviamente, anche persona offesa – è per necessità rimasto estraneo.

---

[58] Cass. pen., Sez. I, 8 giugno 1995, n. 3521.

[59] Cass. pen., Sez. VI, 11 febbraio 2009, n. 10680.

L'art. 404 c.p.p.[60] esclude, infatti, che la sentenza penale irrevocabile di assoluzione pronunziata sulla base di una prova assunta mediante l'instaurazione di un incidente probatorio a cui il danneggiato non sia stato posto in grado di partecipare – pertanto, costui non ha potuto interloquire in maniera piena sulla formazione della prova penale – produca gli effetti preclusivi per il giudice civile adito ai sensi dell'art. 185 c.p. e dell'art. 2043 c.c. per le restituzioni e il risarcimento dei danni derivanti dal reato, in deroga a quanto disposto dall'art. 652 c.p.p. in tema di efficacia vincolante del giudicato di assoluzione[61].

Secondo la dottrina, l'espressione "a cui il danneggiato dal reato non è stato posto in grado di partecipare" deve essere riferita sia alla persona che non aveva diritto di partecipare all'incidente svoltosi nella fase pregressa – in quanto privo della concomitante qualità di persona offesa dal reato – sia a colui che avrebbe avuto diritto di prendere parte alla parentesi acquisitiva, ma non ha avuto modo di farlo a causa della violazione del dovere di notificazione dell'avviso[62].

Affinché si produca l'effetto preclusivo occorre, innanzitutto, che la prova assunta nell'ambito dell'incidente probatorio abbia avuto rilevanza decisiva per la formazione del convincimento del giudice al momento della pronunzia della sentenza[63].

L'inopponibilità della sentenza pronunziata sulla base dei risultati dell'incidente probatorio a cui il danneggiato dal reato sia rimasto estraneo, inoltre, non si producono qualora lo stesso faccia accettazione, anche tacita, della decisione del giudice sul capo inerente la pretesa risarcitoria.

La norma permette di scorgere la sussistenza di un onere di attivazione in capo alla persona danneggiata che intenda avvalersi dell'effetto preclusivo connesso alla sua estraneità rispetto alla fase incidentale[64].

---

[60] La cui rubrica è ritenuta piuttosto discutibile da De Roberto, *Incidente probatorio*, cit., 13, alla luce della considerazione secondo cui « se vi sia stato esercizio dell'azione civile in sede penale l'incidente probatorio non potrà [...] non essere utilizzato nei confronti della parte civile ».

[61] V., sulla disposizione processuale in discorso, Normando, *Il valore, gli effetti e l'efficacia del giudicato penale*, cit., 61.

[62] La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 654.

[63] La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 656. In senso parzialmente diverso, si colloca invece chi afferma che la decisione potrebbe ritenersi basata sulla prova assunta con incidente probatorio anche quando la sentenza richiami tale prova in motivazione, senza che risulti che la prova stessa non abbia rivestito rilevanza alcuna ai fini della decisione. In questo senso v., Bargis, *L'incidente probatorio*, cit., 1350.

[64] De Roberto, *Incidente probatorio*, cit., 13.

Di conseguenza, al danneggiato dal reato che si sia costituito parte civile è fatto carico di eccepire l'inutilizzabilità della prova all'atto della costituzione nel processo penale, mentre dovrà eccepire l'inopponibilità della sentenza penale irrevocabile nel giudizio civile o amministrativo di danno, nel caso in cui non abbia potuto o voluto avanzare la pretesa civile in sede penale, disconoscendone l'efficacia nei suoi confronti[65].

[65] La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 658.

CAPITOLO DODICESIMO

LA RINNOVAZIONE, IN DIBATTIMENTO, DELL'ESPERIMENTO PROBATORIO RIPETIBILE

SOMMARIO: 1. La ripetibilità della prova. – 2. Premessa: l'oralità e l'immediatezza nel processo penale. – 3. Una (improbabile) prospettiva d'esame dell'ipotesi di rinnovabilità probatoria: il principio di immutabilità del giudice (art. 525, comma 2 c.p.p.). – 4. Un'altra (egualmente improbabile) prospettiva: la riforma della sentenza di assoluzione e l'obbligo di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in grado di appello. – 5. Le (possibili) coordinate normative entro cui collocare la problematica. – 6. Premesse di fondo per un'ipotesi ricostruttiva: il diritto di difesa. – 7. La rilettura dell'art. 190 c.p.p.

1. *La ripetibilità della prova.*

Come si è già avuto modo di dire, attraverso l'incidente probatorio si realizza un programma istruttorio garantito la cui attuazione è stata determinata da una prognosi di indifferibilità dell'esperimento interessato.

Può darsi che l'irripetibilità dell'atto, però, soltanto ipotizzata nel corso delle indagini preliminari non abbia acquisito, instauratasi la fase dibattimentale, carattere effettivo, di talché l'atto di assunzione probatoria si presenta come ancora suscettibile di rinnovazione nel contesto propriamente processuale.

In relazione a questa evenienza, si è posto in rilievo, « è ben noto come, per regola generale, non sussistano ostacoli affinché la fonte superstite, pur già sentita in sede di incidente probatorio, venga riesaminata nel successivo dibattimento: l'ordinaria fisionomia del *right of confrontation*, saldata ai principi di oralità, concentrazione e immediatezza tipici della fase dibattimentale, propizia senza alcun dubbio un simile asserto conclusivo; una volta nuovamente compulsata la fonte di prova, atterrà alla valutazione dei risultati – e, dunque, al libero convincimento del giudice – ogni giudizio circa i rapporti tra le due risultanze, entrambe, d'altronde, in sé pienamente utilizzabili ai fini della decisione »[1].

La possibilità di pervenire ad una integrale applicazione dei principi ispiratori del modello accusatorio imporrebbe la – rivelatasi evenienza inaspettatamente accessibile – riattivazione del mezzo di prova e, al fine di modellare il

[1] Di Chiara, *Incidente probatorio*, cit., 564.

sistema in vista di una siffatta situazione concreta, sembra sistematicamente corretto il richiamo all'art. 511, comma 2 c.p.p. – su cui si innesta sia la disciplina generale in materia di ammissione delle prove prevista dall'art. 190 c.p.p., sia la previsione speciale di cui all'art. 190-*bis* c.p.p.[2] – il quale dispone che la lettura di verbali di dichiarazioni contenuti nel fascicolo per il dibattimento – tra i quali, come già detto, sono ricompresi *ex* art. 431 c.p.p. i verbali degli atti assunti nell'incidente probatorio – è ammessa solo dopo l'esame della persona che le ha rese, a meno che l'esame stesso non abbia luogo, mentre, ai sensi del comma successivo, la lettura della relazione peritale è disposta solo dopo l'esame del perito[3].

Di talché, la richiesta proveniente dalla parte interessata alla rinnovazione dell'esperimento istruttorio, ovviamente preceduta dagli adempimenti prescritti dall'art. 468 c.p.p. anche in relazione ai verbali di dichiarazioni acquisite mediante l'incidente probatorio espletato in un procedimento diverso[4], determinerebbe l'attivazione di un ambito valutativo di pertinenza esclusiva del giudice del dibattimento e da percorrere secondo i parametri delineati dall'art. 190, comma 1 c.p.p. ovvero, nei casi ivi previsti, dall'art. 190-*bis* c.p.p.[5].

---

[2] Definita, quest'ultima, da Maggio, *La rinnovazione del dibattimento per mutamento del collegio nei processi in materia di criminalità organizzata: un inedita riproposizione del paradigma dell'« assoluta necessità » probatoria*, in *Cass. pen.*, 2007, 3463, « il vero asse portante dell'assetto probatorio originato dall'emergenza ». Sull'eccessiva genericità della formulazione normativa scaturente dalla riforma attuata con il d. lgs. 18 dicembre 2015, n. 212 v., di recente, Pascucci, *Le dichiarazioni del minore informato sui fatti dopo l'attuazione della direttiva 2012/29/UE*, cit., 3071. V., poi, le considerazioni critiche di Filippi, *Il difficile equilibrio tra garanzie dell'accusato e tutela della vittima dopo il D.Lgs. n. 212/2015*, cit., 848, secondo il quale la modifica « allunga il già nutrito elenco di casi che annientano il diritto dell'imputato alla prova e derogano al processo orale ».

[3] La Rocca, *Incidente probatorio*, cit., 305. Negli stessi termini v., sempre in ambito dottrinario, Bargis, *Incidente probatorio*, cit., 358; Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit., 415; Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., 206; Di Chiara, *Incidente probatorio*, cit., 564.

[4] Sulla norma contenuta nel titolo I, libro VII del codice processuale v., soprattutto al fine di reperire i più importanti riferimenti giurisprudenziali, Servi, *Art. 468*, in *Codice di procedura penale*, a cura di Giarda, Spangher, Milanofiori assago, 2010, 6171; Linguerri, *Art. 468*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Gaito, Milanofiori Assago, 2012, 3086. In generale v., inoltre, Santalucia, *Gli atti preliminari al dibattimento*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, IV, *Procedimenti speciali. Giudizio. Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, t. 2, *Giudizio. Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, Torino, 2009, 27; Id., *Gli atti preliminari al dibattimento*, in *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, a cura di Spangher, Marandola, Garuti, Kalb, II, Milanofiori Assago, 2015, 1045; Grifantini, *Attività preparatorie del contraddittorio dibattimentale*, Torino, 2009, 171.

[5] La bibliografia sulle disposizioni del codice processuale sopra richiamate è pressoché sterminata. V., in generale, Spangher, *Le prove*, in *Teoria e pratica del processo*, III, Padova, 2014, 447; Adorno, *L'ammissione della prova in dibattimento*, Torino, 2012, 143; Scalfati, Servi, *Premesse sulla prova penale*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, II, *Prove e misure*

« E così [...] qualora il testimone sia stato già escusso in sede incidentale, della sua dichiarazione potrà essere data lettura solo a seguito della sua escussione in dibattimento, onde evitare la prassi delle conferme e la compressione dell'oralità »[6].

Infatti, è stato altresì evidenziato, « [s]tante la natura della fase dibattimentale e del dibattimento che, come è noto, rappresenta il fulcro dell'intero processo, momento in cui, nel rispetto dei principi dell'immediatezza e del contraddittorio, si forma la prova sulla responsabilità o sull'innocenza del soggetto coinvolto, può sicuramente affermarsi che qualora il dato conoscitivo raccolto con incidente probatorio, al momento della celebrazione del dibattimento, perda la caratteristica dell'irripetibilità e risulti esperibile, esso dovrà essere [ri]acquisito e ripetuto innanzi al giudice della decisione »[7].

Anche perché « non può sottacersi che la sopravvenuta ripetibilità del mezzo di prova fa venir meno la funzione conservativa dell'incidente probatorio eliminando l'esigenza eccezionale di avvalersi di un atto scritto che, in generale, viene meno ogni qualvolta l'oralità e l'immediatezza possano riprendere la loro attuazione connaturata al sistema processuale accusatorio »[8].

---

cautelari, t. 1, *Le prove*, Torino, 2009, 3; Chinnici, *Gli atti introduttivi al dibattimento*, in *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, a cura di Spangher, Marandola, Garuti, Kalb, II, Milanofiori Assago, 2015, 1088; Ubertis, *Prova (in generale)*, in *Dig. disc. pen.*, X, 296; Montagna, *Requisiti della prova in casi particolari: l'art. 190 bis c.p.p.*, in *Il « doppio binario » nell'accertamento dei fatti di mafia*, a cura di Bargi, Torino, 2013, 727; Rivello, *Limiti al diritto alla prova*, in *Le prove*, t. 1, *Le regole generali sulla prova*, coordinati da Marzaduri, Torino, 1999, 26; De Caro, *Ammissione e formazione della prova in dibattimento*, in *La prova penale*, diretto da Gaito, II, *Le dianmiche probatorie e gli strumenti per l'accertamento giudiziale*, Milanofiori Assago, 2008, 353. Sul versante codicistico v., per tutti, Quaglierini, *Artt. 190-190-bis*, in *Codice di procedura penale*, a cura di Giarda, Spangher, Milanofiori assago, 2010, 1820.

[6] Così, tra gli altri, Riviezzo, *Mutamento del giudice e necessità di rinnovare l'esame delle persone già sentite: la ricerca di una soluzione tra garanzie ed efficienza*, in *Cass. pen.*, 2000, 1810. « In altri termini » – rileva Bargis, *Incidente probatorio*, cit., 358 – « se, ad esempio, il testimone, la cui testimonianza era stata assunta con incidente probatorio, viene esaminato in dibattimento, la precedente dichiarazione può essere letta solo dopo l'esame, ad evitare il riprodursi della prassi delle "conferme" ».

[7] La Rocca, *Incidente probatorio*, cit., 305.

[8] La Rocca, *Incidente probatorio*, cit., 305, con l'ulteriore osservazione che siffatta interpretazione « è sicuramente quella più aderente ai fondamentali canoni del processo equo che garantisce meccanismi conoscitivi realizzati in sede dibattimentale laddove la conoscenza del thema probandum è sicuramente più completa ».

2. *Premessa: l'oralità e l'immediatezza nel processo penale.*

Se il contraddittorio delinea il nucleo essenziale del sistema formativo della prova penale ed il suo fondamento costituisce la ragione per la quale occorre « difendere il modello di legalità probatoria disegnato dal nostro codice [poiché] preservare tale modello di giudizio significa difendere – non tanto la persona ed i diritti del singolo accusato, quanto – una più moderna concezione della conoscenza »[9], l'oralità concorre ad integrare l'insieme dei logici corollari di esso.

La nozione di "oralità" si connette, già sotto il profilo semantico, a quella, inevitabilmente antitetica, di scrittura, di talché a siffatta contrapposizione consegue il radicato distinguo fra processo orale, caratterizzato dall'assunzione a viva voce dell'apporto conoscitivo dei singoli interessati, e processo scritto, dominato dall'enfatico ricorso al materiale cartaceo, anche se la necessità di adattamento dei modelli astratti determina una variegata distribuzione dei rispettivi principi all'interno di ogni ordinamento positivamente vigente[10].

La dottrina ha evidenziato, però, la pluralità di significati che può assumere « un concetto in apparenza inequivoco »[11], dal momento che se, da un lato, si collocano coloro che individuano nell'oralità esclusivamente una forma di manifestazione del contributo probatorio finalizzato all'accertamento dei fatti[12], dall'altro emerge la posizione della dottrina processualpenalistica che, invece, assunto il principio di specie quale espressione di sintesi, ne condiziona l'operatività alla contemporanea soddisfazione delle esigenze di immediatezza e concentrazione del processo[13].

Di talché, l'oralità diviene requisito caratterizzante del c.d. sistema processuale orale, ossia di « un tipo di processo che punta sull'elaborazione della

---

[9] Santoriello, *Legalità processuale*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. VI, 329.

[10] Deganello, *Oralità*, in *Dig. disc. pen.*, IX, 16.

[11] Deganello, *Oralità*, cit., 16. V., inoltre, Famiglietti, *Dibattimento (principi teorici)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. III, t. 1, 351. Nonché, da ultimo, De Caro, *Procedimento probatorio*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. VIII, 546, per il quale, stante la possibilità di attribuirvi una dimensione oggettiva ovvero una funzionale, « [l]a polivalenza concettuale del termine può provocare qualche confusione », anche se, prosegue la riflessione, « è la pluralità di significati a rappresentare in modo completo il concetto di oralità e, soprattutto, la sua latitudine nell'ottica del suo ruolo strumentale rispetto al raggiungimento dell'epilogo del processo ».

[12] Così sembra orientato, tra gli altri, Tonini, *La prova penale*, cit., 74. Ma v., anche, Gianniti, *Spunti per una ricostruzione del sistema probatorio penale*, cit., 85. In relazione al vecchio codice processuale v., inoltre, Foschini, *Sistema del diritto processuale penale*, II, cit., 385.

[13] Giostra, *Contraddittorio (Diritto processuale penale)*, in *Enc. giur.*, VIII, 1.

prova nel contraddittorio fra le parti e che fa dell'immediatezza e della concentrazione le componenti essenziali per il controllo e la valutazione delle acquisizioni probatorie. Il principio dell'oralità costituisce, così, la sintesi di altri principi e diventa la nota fondamentale del dibattimento, perché in questa fase del processo convergono contraddittorio, immediatezza e concentrazione »[14].

Seguendo questa impostazione, quindi, con il termine oralità « non [si] fa riferimento a una vacua oratoria od a una generica palestra dialogica, ma [si] indica uno specifico modello processuale connotato dall'intreccio di tutti i su esposti caratteri »[15].

L'ovvio corollario di una siffatta concezione della struttura processuale è che « un apporto conoscitivo potrà ritenersi rispettoso del canone dell'oralità soltanto se il giudice che fonda la propria decisione su di esso coincide fisicamente con colui che l'ha direttamente percepito »[16].

In prospettiva processuale l'etimo oralità tende, in altre parole, ad essere connotato da una « notevole carica polisemantica »[17], ad assumere, dunque, una valenza ben più profonda, al punto da fare astrazione dell'originario contenuto semantico per divenire formula sintetica di un complesso di caratteri su

---

[14] Lozzi, *I principi dell'oralità e del contraddittorio nel processo penale*, cit., 670. In questa prospettiva si colloca, inoltre, Bargi, *Cultura del processo e concezione della prova*, in *La prova penale*, diretto da Gaito, I, Milanofiori Assago, 2008, 70, evidenziando come « nella logica accusatoria il principio di oralità non è garantito dalla forma di comunicazione al giudice, ma correlato al principio di immediatezza ed esprime l'esigenza del rapporto diretto tra prova ed il giudice ». Nonché, Zappalà, *L'oralità nel nuovo processo penale*, in *Studi in onore di Giuliano Vassalli*, a cura di Bassiouni, Latagliata, Stile, II, Milano, 1991, 289. Negli stessi termini v., poi, Pisanelli, *Dibattimento e divieto di delega*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, 118. Oltre che, di recente, Mazza, *Le insidie al primato della prova orale rappresentativa. L'uso dibattimentale di materiale probatorio precostituito*, *ivi*, 2011, 1515. Ma v., in epoca più risalente, Ferrua, *Riforme processuali con aspirazioni accusatorie e pericoli di degenerazioni inquisitorie*, cit., 879.

[15] Zappalà, *L'oralità nel nuovo processo penale*, cit., 290.

[16] Ferrua, *Studi sul processo penale*, II, *Anamorfosi del processo accusatorio*, cit., 166. V., inoltre, Mazza, *Le insidie al primato della prova orale rappresentativa. L'uso dibattimentale di materiale probatorio precostituito*, cit., 1521, il quale riconosce, però, come l'oralità, pur denotando un processo spiccatamente accusatorio da celebrarsi nella classica unità di azione, di tempo e di luogo, non abbia « una altrettanto forte carica precettiva, difettando di un solido e autonomo riferimento costituzionale ». Fa notare Deganello, *Oralità*, cit., 16, come « [n]onostante sussistano alcuni segnali che potrebbero indurre a orientarsi nel primo verso, una riflessione oculata porta a disattendere simile prospettiva. Disancorare l'effettività del principio in questione dalla concomitante tutela dei parametri di immediatezza e concentrazione comporterebbe, difatti, più svantaggi di quelli che si vorrebbero evitare ».

[17] Buzzelli, *Le letture dibattimentali*, cit., 1.

cui « non avrebbe potuto omettere di incardinarsi l'unica riforma in grado di ribaltare la stagnazione in cui versava il vecchio sistema »[18].

Questo insieme di caratteri, intimamente connessi fra loro, e la risultante che fornisce quel riassuntivo connotato che si individua con l'aggettivazione "orale", coniugano l'oralità (in senso stretto), l'immediatezza e la concentrazione[19].

La prima, collocata in un ambito prospettico che potrebbe definirsi di "atomizzazione" dei requisiti, si sgancia quindi dalla nozione onnicomprensiva elaborata dalla dottrina e recupera il proprio contenuto più intuitivo, determinandosi attraverso di essa la prevalenza della parola sullo scritto, sebbene non possa giungersi alla totale esclusione di quest'ultimo, del quale, tuttavia, si limita al massimo l'influenza quando entrino in gioco situazioni rispetto alle quali va instaurato il contraddittorio[20].

L'immediatezza, invece, sintetizza un'espressione che sta ad indicare la relazione diretta intercorrente fra il soggetto giudicante e gli elementi su cui dovrà fondarsi il giudizio[21] e, per cogliere l'essenzialità del legame che corre tra i predetti canoni, è sufficiente considerare che « quando il contenuto delle acquisizioni istruttorie dovesse giungere al decidente per intermediazione altrui, si disperderebbero gran parte dei benefici di un'escussione condotta a viva voce »[22].

3. *Una (improbabile) prospettiva d'esame dell'ipotesi di rinnovabilità probatoria: il principio di immutabilità del giudice (art. 525, comma 2 c.p.p.).*

La tematica che ci occupa si presenta, a dire il vero, sufficientemente complessa, sintetizzandosi in essa un insieme di valori sui quali si gioca la te-

---

[18] Bruno, *Concentrazione (principio della)*, in *Dig. disc. pen.*, VI, 501, il quale rileva come i caratteri sintetizzati nel sintagma "oralità" non di rado sono ricondotti ai "naturalia" del giudizio.

[19] V., per un'accentuazione dell'intima connessione esistente tra questi caratteri essenziali del processo accusatorio ed il contraddittorio, Giostra, *Contraddittorio (Diritto processuale penale)*, cit., 1, secondo il quale « [u]na disputa a distanza e per iscritto su un determinato tema configura pur sempre una forma di contraddittorio, anche se, al di fuori della serrata successione di asserzioni e di repliche di cui è intessuto il dialogo orale, si disperde l'immediatezza di sensazioni e di valutazioni indotte nel terzo dal rapporto diretto con e tra i contendenti: scema sensibilmente l'efficacia "maieutica" del contraddittorio, la sua capacità di sprigionare la verità ».

[20] Bruno, *Concentrazione*, cit., 501.

[21] Famiglietti, *Dibattimento (principi teorici)*, cit., 353. V., inoltre, Calamandrei, *Immediatezza*, in *Dig. disc. pen.*, VI, 149. Nonché Tonini, *La prova penale*, cit., 74, secondo il quale il principio di immediatezza è attuato « quando vi è un rapporto privo di intermediazioni tra l'assunzione della prova e la decisione finale sull'imputazione ».

[22] Bruno, *Concentrazione*, cit., 501.

nuta del delicatissimo equilibrio dei meccanismi portanti del sistema processuale.

Concentrando in via prioritaria, però, l'attenzione sul quadro sistematico e sugli strumenti delineati rispetto a figure affini attinenti a vicende di riedizione dell'esperimento probatorio, è possibile sgomberare il campo da possibili suggestioni.

Operazione, quella appena delineata, tutt'altro che superflua, anzi essenziale in quanto idonea a generare lo sfondo ideale su cui edificare una riflessione quanto più attenta ed oggettiva.

Ed allora, va fin da subito evidenziato che la problematica non si presta a chiamare in causa la regola generale stabilita dall'art. 525, comma 2 c.p.p. e per la quale, come è noto, alla deliberazione della sentenza devono concorrere, a pena di nullità assoluta, gli stessi giudici che hanno partecipato al dibattimento

Essa conferma, come è noto, il principio di immutabilità del giudice, il quale impone che, quando muta la persona del giudice monocratico o la composizione del giudice collegiale, il dibattimento venga integralmente rinnovato, con la ripetizione della sequenza procedimentale costituita dalla dichiarazione di apertura del dibattimento, dall'esposizione introduttiva e dalle richieste di prova, dai provvedimenti di ammissione e dall'assunzione delle prove[23].

Nella sua essenzialità – addirittura presidiata dalla tipologia più grave di nullità prevista dall'ordinamento processuale[24] – il principio predetto garantisce l'effettività del principi di oralità e immediatezza[25], assicurando che « il

---

[23] Cass. pen., Sez. un., 15 gennaio 1999, n. 2. Sono esclusi, ha precisato la giurisprudenza successiva – tra cui v., per tutte, Cass. pen., Sez. III, 17 ottobre 2013, n. 47471 – gli atti precedenti la dichiarazione di cui all'art. 492 c.p.p. ed i provvedimenti di natura ordinatoria. Siffatto obbligo, inoltre, non riguarda le prove documentali già acquisite dal giudice in diversa composizione. In questi termini v., di recente, Cass. pen., Sez. III, 25 settembre 2008, n. 42509; Cass. pen., Sez. II, 28 febbraio 2007, n. 16626; Cass. pen., Sez. VI, 10 luglio 2000, n. 9446. Per un esame dell'ambito operativo del principio in relazione alle varie tipologie di procedimenti v., in particolare, Gallucci, *La rinnovazione del dibattimento a seguito di rinnovazione del giudice*, in *Cass. pen.*, 2004, 1444. V., inoltre, l'approfondimento monografico di Renon, *Mutamento del giudice dibattimentale e rinnovazione del dibattimento*, Torino, 2008, 93.

[24] Sulla configurazione di siffatta sanzione v., tra gli altri, Gallucci, *La rinnovazione del dibattimento a seguito di rinnovazione del giudice*, cit., 1446; Martines, *La rinnovazione delle prove in caso di mutamento del giudice*, in *Cass. pen.*, 2015, 2334.

[25] Rigo, *La sentenza dibattimentale*, in *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, a cura di Spangher, Marandola, Garuti, Kalb, II, Milanofiori Assago, 2015, 1434; Id., *La sentenza*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, IV, *Procedimenti speciali. Giudizio. Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, t. 2, *Giudizio. Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, Torino, 2009, 515; Calamandrei, *Immediatezza*, cit., 149;

patrimonio di impressioni e sensazioni acquisito al momento dell'assunzione dei mezzi di prova non vada disperso »[26].

Pur tuttavia, la predisposizione di un apparato sanzionatorio eccezionalmente severo costituisce un ulteriore indice della necessità di collocare la funzione normativa della garanzia nel contesto dei rimedi volti a presidiare la competenza funzionale dei giudici che hanno partecipato al dibattimento – e, quindi, all'istruzione dibattimentale – quali gli unici legittimati a deliberare la sentenza.

Ed infatti, la giurisprudenza, quasi a voler ribadire che il vizio risiede in un difetto di legittimazione più che in un limite intrinseco all'attività probatoria, ha messo in rilievo il carattere indefettibile del rapporto che lega rispetto alle prove formate in dibattimento – ma, ovviamente, soltanto rispetto ad esse – il giudice che è investito della deliberazione della sentenza, statuendo che l'invalidità di cui all'art. 525, comma 2 c.p.p. non è suscettibile di essere sanata facendo ricorso al c.d. criterio della resistenza, posto che il divieto di deliberare su materiale istruttorio acquisito da un collegio in diversa composizione prescinde dal contenuto e dalla portata del materiale stesso[27].

La Corte costituzionale, a sua volta, ha chiarito che la disciplina concernente l'ammissione della prova va mantenuta distinta da quella relativa alle modalità di assunzione dei mezzi di prova, soggiungendo che "il giudice, ove abbia ammesso la prova richiesta in quanto non manifestamente superflua o irrilevante, è poi tenuto ad assumerla secondo le modalità prescritte dalla legge"[28].

L'argomento ha fatto da sfondo all'introduzione di una disciplina specifica in relazione ai casi di mutamento della persona fisica del giudice, ipotesi che chiama direttamente in causa l'art. 525, comma 2 c.p.p. e che la giurisprudenza ha affrontato mediate la valorizzazione del sistema delle letture dibattimentali[29].

Caianiello, *Mutamento del giudice dibattimentale e rinnovazione del giudizio*, in *Cass. pen.*, 1998, 1394. In giurisprudenza v., proprio recentemente, Cass. pen., Sez. VI, 11 dicembre 2014, n. 672.

[26] Tamietti, *Il principio dell'immutabilità del giudice nella giurisprudenza europea: divergenze e similitudini con la disciplina interna*, in *Cass. pen.*, 2006, 705.

[27] Cass. pen., Sez. VI, 11 dicembre 2014, n. 672.

[28] Corte cost., (ord.) 3 dicembre 2001, n. 399.

[29] Per un quadro degli orientamenti giurisprudenziali sul punto v., tra gli altri, Lorusso, *Art. 525*, in *Codice di procedura penale*, a cura di Giarda, Spangher, Milanofiori assago, 2010, 6658; Fonseca, *Art. 525*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Gaito, Milanofiori Assago, 2012, 3086; Riviezzo, *Mutamento del giudice e necessità di rinnovare l'esame delle persone già sentite: la ricerca di una soluzione tra garanzie ed efficienza*, cit., 1806; Tamietti, *Il principio dell'immutabilità del giudice nella giurisprudenza europea: divergenze e similitudini con la disciplina*

In particolare, la premessa per l'impiego della disciplina delle letture in funzione sostitutiva dell'integrale assunzione probatoria – quest'ultima necessaria per salvaguardare il principio di immutabilità ma da limitare per ragioni di efficienza processuale – è stata facilmente rinvenuta nel dato, sottolineato dalla Corte costituzionale, che i verbali delle dichiarazioni rese nella precedente fase dibattimentale "fanno già parte del contenuto del fascicolo per il dibattimento a disposizione del nuovo giudice; tale contenuto, infatti, non è cristallizzato in quello indicato nell'art. 431 del codice, ma è soggetto a notevoli variazioni, sia nella fase degli atti preliminari al dibattimento, sia, soprattutto, nel corso del dibattimento medesimo, e certamente si arricchisce del verbale delle prove assunte nella pregressa fase dibattimentale, la quale, pur soggetta a rinnovazione [...] conserva comunque il carattere di attività legittimamente compiuta" [30].

Se ne è fatta derivare, come è noto, la "integrale applicabilità della disciplina dettata dall'art. 511 del codice in tema di lettura degli atti contenuti nel fascicolo per il dibattimento" [31].

Forti dell'avallo autorevole della Corte costituzionale, le Sezioni unite della Suprema Corte, muovendo dal presupposto che l'art. 511, comma 2 c.p.p. attribuisce alla lettura delle dichiarazioni una funzione integratrice dell'escussione della prova orale, hanno ritenuto di accogliere la soluzione prospettata dalla giurisprudenza prevalente, attribuendo al consenso delle parti il valore di elemento condizionante le modalità concretamente realizzative della rinnovazione dibattimentale: nel caso di rinnovazione del dibattimento a causa del mutamento della persona del giudice monocratico o della composizione del giudice collegiale – si è dunque statuito – la testimonianza raccolta dal primo giudice non è utilizzabile per la decisione mediante semplice lettura, senza ripetere l'esame del dichiarante, quando questo possa avere luogo e sia richiesto da una delle parti [32].

Orbene, a parte il fatto che in tempi recenti si assiste ad un tendenziale ridimensionamento del principio – e, quindi, del sistema di valori che esso sottende – attraverso la valorizzazione di concetti quali quelli del consenso impli-

---

interna, cit., 705. Sviluppa ottimamente i termini della questione, poi, Maggio, *La rinnovazione del dibattimento per mutamento del collegio nei processi in materia di criminalità organizzata: un inedita riproposizione del paradigma dell'« assoluta necessità » probatoria*, cit., 3467; oltre che, da ultimo, Rigo, *La sentenza*, cit., 543.

[30] Corte cost., 24 gennaio 1994, n. 17.

[31] Corte cost., 24 gennaio 1994, n. 17.

[32] Cass. pen., Sez. un., 15 gennaio 1999, Iannasso.

cito o tacito[33], e fermi restando i diversi profili di criticità[34], non può sottacersi che esso non ha nulla a che vedere con il sistema di relazioni che intercorre tra l'incidente istruttorio ed il momento deliberativo della sentenza, di talché ogni tentativo di accostamento al fine di trarre regole generali costituisce una evidente forzatura.

Non può sfuggire a nessuno, infatti, che la procedura incidentale costituisce il primo strumento che, funzionalmente e con logica sistemica, deroga al principio generale stabilito dall'art. 525 c.p.p. per ragioni connesse alla salvaguardia della funzione del processo rispetto ai pericoli di dispersione della prova[35].

La probabile disattivazione del futuro dibattimento rispetto al peculiare esperimento istruttorio, in altre parole, giustifica la previsione del sub procedimento acquisitivo e, sul piano logico e sistematico, rende inesigibile una pretesa coincidenza tra l'organo di assunzione e l'organo di valutazione della prova.

4. *Un'altra (egualmente improbabile) prospettiva: la riforma della sentenza di assoluzione e l'obbligo di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in grado di appello.*

Allo stesso modo, non apre una prospettiva ermeneutica appagante la statuizione di matrice europea[36] secondo la quale contrasta con i principi di un

---

[33] V., infatti, Cass. pen., Sez. V, 8 aprile 2015, n. 14227, secondo la quale non sussiste la nullità della sentenza qualora le prove siano state valutate da un collegio in composizione diversa da quello dinanzi al quale esse sono state acquisite e le parti presenti non si siano opposte né abbiano esplicitamente richiesto di procedere alla rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, dovendosi in questo caso intendere che esse abbiano prestato il consenso, sia pure implicitamente, alla lettura degli atti. Nello stesso senso v., inoltre, Cass. pen., Sez. V, 30 settembre 2013, n. 5581; Cass. pen., Sez. II, 4 giugno 2008, n. 34723.

[34] Ed infatti, v., eventualmente, Suraci, *Mutamento della persona fisica del giudice, rinnovazione del dibattimento mediante lettura e necessità del consenso delle parti. Profili di incostituzionalità e prospettive di intervento della Corte costituzionale*, in *Studium Juris*, 2004, I, 13.

[35] Sottolinea la diversità di causa giustificativa dell'incidente probatorio rispetto alla rinnovazione, per esempio, Caianiello, *Mutamento del giudice dibattimentale e rinnovazione del giudizio*, cit., 1394.

[36] D'altra parte, fa notare Gaeta, *Condanna in appello e rinnovazione del dibattimento*, in *Il libro dell'anno del diritto*, Roma, 2014, 627, come « [n]on occorre particolare fiuto rabdomantico per avvedersi che – nella stagnante inerzia (ed endemica debolezza) del legislatore nazionale – le autentiche riforme "di sistema" del rito penale – o, quantomeno, i suoi più significativi mutamenti – sono e saranno essenzialmente quelli cui ci "obbliga" la giurisprudenza di Strasburgo ». Evidenzia Mazza, *Il modello dell'equo processo europeo per il nuovo codice di procedura penale di San*

equo processo la possibilità che il giudice d'appello, dissentendo da quello di primo grado rispetto al giudizio di attendibilità di un testimone, riformi la decisione assolutoria senza disporre, eventualmente anche d'ufficio, la rinnovazione della prova dichiarativa.

Il principio, come è noto, ha trovato particolare forza e notorietà in C.e.d.u., Sez. III, 5 ottobre 2011, Dan c. Moldavia, ove, da un lato, la Corte ha ribadito che le modalità di applicazione dell'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali davanti alle corti d'appello dipendono dalle particolari caratteristiche del procedimento in questione, dall'altro, ha affermato che se una corte d'appello è chiamata ad esaminare un caso in fatto e in diritto ed a compiere una valutazione completa della questione della colpevolezza o dell'innocenza del ricorrente, essa non può, per una questione di equo processo, determinare direttamente tali questioni senza una valutazione diretta della prova.

Il che significa che, in linea di massima, il giudice d'appello deve poter udire i testimoni personalmente e valutare la loro attendibilità, posto che la valutazione dell'attendibilità di un testimone è un compito complesso che generalmente non può essere eseguito mediante una semplice lettura delle sue parole verbalizzate[37].

È vero che la Corte di cassazione, ancorché con sfumature diverse, sembra avere recepito, in una logica di interpretazione conforme[38] rispetto ad un atto normativo il quale « dovrebbe essere – come è – il lievito per la legge do-

---

Marino, in *Dir. pen. e processo*, 2016, 1265, come « [n]el mettere mano a un progetto di riforma complessivo del codice di procedura penale, ogni paese aderente al Consiglio di Europa non può prescindere dall'obbligo di adeguarsi alle norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950 relative ai diritti della persona e al processo penale ».

[37] « Contrariamente a quanto comunemente si ritiene » – evidenzia Gaeta, *Condanna in appello e rinnovazione del dibattimento*, cit., 628 – « le (ormai famose) statuizioni contenute nella [citata pronuncia della C.e.d.u.] non costituiscono un inedito nella giurisprudenza di Strasburgo ». V., sulla pronuncia europea, Gaito, *Verso una crisi evolutiva per il giudizio d'appello. L'Europa impone la riassunzione delle prove dichiarative quanto il p.m. impugna l'assoluzione*, in *Arch. pen.*, 2012, 349.

[38] V., sulla complessa tematica, Gaeta, *Dell'interpretazione conforme alla C.E.D.U. La ricombinazione genica del processo penale*, in *Arch. pen.*, 2012, 73, in cui si evidenzia « l'estrema *mobilità* teorica e funzionale della interpretazione conforme ». Nonché, da ultimo, Kostoris, *Processo penale, diritto europeo e nuovi paradigmi del pluralismo giuridico postmoderno*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, 1177, per il quale « non sfugge che l'interpretazione conforme si presenta come uno strumento estremamente delicato, che rende lo stesso giudice ordinario "creatore di norme" ». Oltre che le puntualizzazioni di Ferrua, *Giustizia del processo e giustizia della decisione*, in *Dir. pen. e processo*, 2015, 1201; Dinacci, *Interpretazione "europeisticamente" orientata: tra fonti normative e resistenze giurisprudenziali*, in *Cass. pen.*, 2016, 3055.

mestica per renderla omologa alle previsioni della CEDU »[39], il principio stabilito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo[40], principio che, è utile rammentare, scaturisce da una giurisprudenza la quale « [o]ltre ad essere [...] inevitabilmente funzionale alle peculiarità della fattispecie [...] trova spesso la propria ragion d'essere, più che in essenze teoriche, in specifiche contingenze storiche »[41], ma si deve riconoscere che la svolta della giurisprudenza nazionale « mira a correggere un'evidente incongruenza del nostro processo: la possibilità di una condanna in appello pronunciata sulla base di una riconsiderazione dell'attendibilità delle fonti dichiarative condotta sulla base della mera lettura degli atti del fascicolo di primo grado »[42].

Così come non può trascurasi di considerare il dato secondo cui, in caso di valutazioni *in peius* della prova orale da altri acquisita, « il corto circuito non è di livello logico – come si vorrebbe ventilare affermando che lo stesso materiale che ha generato un'assoluzione, non può partorire *anche* il suo contrario – e nemmeno di ordine metodologico – per non essere concesso al giudice di apprezzare la comunicazione non verbale della testimonianza, che "vale" probatoriamente quanto e più delle parole riferite –: sono, queste, prospettive di una qualche veridicità, ma essenzialmente calibrate sul processo (e sulla cultura processuale) anglosassone. Dove il *jury trial* esige che i giurati (non obbligati alla motivazione) osservino l'aggrottare della fronte da parte del

---

[39] Spangher, *Processo criminale italiano e processo sovranazionale*, in *Cass. pen.*, 2016, 3052. Anche se, fa notare Mazza, *Il modello dell'equo processo europeo per il nuovo codice di procedura penale di San Marino*, cit., 1265, la Corte EDU « non si limita a una mera attività ermeneutica, divenendo spesso creatore di norme che mantengono un collegamento meramente formale con le disposizioni scritte della Convenzione e che sono, in realtà, riferibili esclusivamente alla fonte di produzione giurisprudenziale ».

[40] V., tra le altre, Cass. pen., Sez. V, 5 luglio 2012, n. 38085; Cass. pen., Sez. IV, 6 dicembre 2012, n. 4100; Cass. pen., 7 maggio 2013, n. 28061; Cass. pen., Sez. III, 5 giugno 2013, n. 32798; Cass. pen., Sez. III, 7 gennaio 2014, n. 5907. Nonché, proprio di recente, Cass. pen., Sez. II, 3 dicembre 2015, n. 47793. In dottrina v., anche per un quadro dei diversi orientamenti giurisprudenziali, Cantone, *La reformatio in peius in appello di una sentenza di assoluzione: i limiti imposti dalla Cassazione*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2013, 456; Gaeta, *Condanna in appello e rinnovazione del dibattimento*, cit., 628; Martines, *A proposito dell'obbligo del giudice di appello di riesaminare i testimoni in caso di ribaltamento della sentenza assolutoria di primo grado*, in *Cass. pen.*, 2014, 3005; Fallone, *Appello dell'assoluzione, motivazione rafforzata, principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, rinnovazione dibattimentale: la giurisprudenza italiana e della Corte di Strasburgo*, *ivi*, 2015, 820; Aiuti, *Osservazioni su Cass. pen., Sez. III, 5 giugno 2013, n. 32798*, *ivi*, 2014, 1713; Capone, *Dopo Dan c. Moldavia. Per un processo di parti nell'appello penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1007; Stellin, *La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello: nuove conferme, vecchie ambiguità*, in *Cass. pen.*, 2016, 1640.

[41] Gaeta, *Condanna in appello e rinnovazione del dibattimento*, cit., 630.

[42] Capone, *Dopo Dan c. Moldavia. Per un processo di parti nell'appello penale*, cit., 1008.

teste di fronte a una domanda o l'imperlato di sudore del suo viso su di una risposta, al fine di stabilirne la credibilità e di emettere un verdetto di colpevolezza o assoluzione privo di motivazione. Il corto circuito è invece più sottile e di tipo strutturale: chi deve motivare la colpevolezza sulla base di prove assunte (come il giudice italiano), al contempo censurando la correttezza della loro esegesi del giudice di grado inferiore, lavora con grandi difficoltà su di un testo cristallizzato »[43].

Di talchè, e salvo evidenti casi di travisamento, « il giudice che si va convincendo (nulla è un lampo definitivo nello *ius dicere*...), anche attraverso la valutazione di *quella* testimonianza, della colpevolezza dell'imputato, ha necessità di una serie di verifiche fattuali, di riscontri, di incroci di circostanze storiche che solo un esame ''rinnovato'' del teste può fornirgli, perché è ben raro (possibile, ma casuale) che un testo già "ingabbiato" (non solo da un verbale, ma soprattutto) dal percorso mentale di chi lo ha formato possa, appunto, risultare esaustivo in tal senso »[44].

« È insomma assai difficile » – è il rilievo conclusivo di un'analisi quanto mai attenta – « che, di fronte ad un risultato dichiarativo cartolare, il giudice d'appello possa trovare e percorrere tutti i sentieri dimostrativi ed argomentativi (il che significa: il riferimento a tutte le circostanze storiche necessarie, anche marginali) idonei a giungere ad una decisione diversa (e colpevolista), fondata unicamente su quel contributo dichiarativo »[45].

La regola, però, in primo luogo non viene prospettata quale norma di carattere generale rispetto alla specifica evenienza presa in esame[46], al punto che la stessa Corte Suprema ha dovuto ammettere che l'obbligo di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale subisce diverse eccezioni: « Oltre alle situazioni di oggettiva impossibilità [...] non è necessario rinnovare l'istruttoria [...] quando il giudice di primo grado sia incorso in un errore evidente (ad esempio, quando ritenga falsa una testimonianza che abbia negato una circostanza da lui erroneamente ritenuta vera), nonché, più in generale, quando: *a)* l'escus-

---

[43] Gaeta, *Condanna in appello e rinnovazione del dibattimento*, cit., 630.

[44] Gaeta, *Condanna in appello e rinnovazione del dibattimento*, cit., 631.

[45] Gaeta, *Condanna in appello e rinnovazione del dibattimento*, cit., 631.

[46] Merita di essere evidenziato che Cass. pen., Sez. V, 5 luglio 2012, n. 38085, così come Cass. pen., Sez. VI, 26 febbraio 2013, n. 16566 e Cass. pen., Sez. II, 8 novembre 2012, n. 46065, non a caso, hanno rigettato per manifesta infondatezza l'eccezione di legittimità costituzionale dell'art. 603 c.p.p. per contrasto con l'art. 117 Cost. e con l'art. 6 CEDU nella parte in cui non prevede la preventiva necessaria obbligatorietà della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale per una nuova audizione dei testimoni già escussi in primo grado, nel caso in cui la corte d'appello intenda riformare *in peius* una sentenza di assoluzione dell'imputato.

sione risulti a priori superflua perché le dichiarazioni rese in primo grado non necessitino di chiarimenti o integrazioni, né sussistano contraddittorietà e o ambiguità da dirimere; *b)* la persona da escutere non sia terza rispetto alla vicenda, ma vittima di un reato che ne ha leso gravemente e violentemente la libertà personale e il cui effetto è stato, in misura maggiore o minore, pregiudizievole per la vittima medesima e tale da far ritenere che la rievocazione ulteriore del fatto in sede processuale possa essere oggettivamente lesiva »[47].

« Il bilanciamento tra le esigenze cognitive del processo e la tutela dei diritti fondamentali della persona coinvolta nel rito penale » – è stato infatti posto in rilievo in relazione ad uno degli orientamenti formatisi, sul tema, in ambito giurisprudenziale – « ha consentito [...] di esplicitare la regola secondo la quale una "motivazione sotto ogni profilo consistente, attenta, logica e adeguata", coincidendo con la prova della colpevolezza "al di là di ogni ragionevole dubbio", esaurisce direttamente lo spazio discrezionale entro il quale al giudice è consentito rinnovare il dibattimento in appello *ex a*rt. 603 c.p.p. »[48].

Né, la regola stessa, riesce a scalfire il dato incontroverso secondo cui « il giudizio penale di secondo grado si apprezz[a] come giudizio critico, in funzione di controllo della decisione già resa »[49] il quale sconta una presunzione

---

[47] Cass. pen., Sez. IV, 21 gennaio 2016, n. 2541. In senso critico rispetto a siffatte determinazioni della Suprema Corte, auspicando un puntuale intervento legislativo, v. Martines, *A proposito dell'obbligo del giudice di appello di riesaminare i testimoni in caso di ribaltamento della sentenza assolutoria di primo grado*, cit., 3011.

[48] Aiuti, *Osservazioni su Cass. pen., Sez. III, 5 giugno 2013, n. 32798*, cit., 1715. Ma v., da ultimo, Cass. pen., Sez. II, 3 dicembre 2015, n. 47793, secondo cui qualora all'esito del giudizio di appello si intenda riformare *in peius* una sentenza assolutoria sulla base di una diversa valutazione dell'attendibilità di prove dichiarative assunte in primo grado, è indispensabile, in forza dell'art. 6 CEDU così come interpretato dalla sentenza della Corte EDU nel caso Dan c/Moldavia, procedere alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale per escutere direttamente i testi dinanzi al medesimo giudice chiamato a rivalutare la prova.

[49] V., in questo senso, Spangher, *Appello (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur.*, Agg. II, 7; Id., *Impugnazioni penali*, in *Dig. disc. pen.*, VI, 217, ove si sottolinea la scarsa attenzione dedicata dal nuovo codice al tema delle impugnazioni; De Caro, Maffeo, *Appello*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. X, 44; Chinnici, *Appello (evoluzione)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. VIII, 2, la quale, in chiave critica rispetto ad una forma processuale disancorata dai principi del giusto processo, evidenzia come non vi è traccia di una qualificazione normativa dell'appello in termini d giudizio di controllo: « di contro, la clausola di salvezza di cui all'art. 598 c.p.p., che estende la disciplina del giudizio di primo grado in quanto applicabile, sembrerebbe argomento dimostrativo in senso contrario »; Id., *Giudizio penale di seconda istanza e giusto processo*, Torino, 2009, 39. V., inoltre, Fiorio, *L'appello*, in *Le impugnazioni penali*, diretto da Gaito, I, Torino, 1998, 299; Olivero, *Appello*, in *Enc. dir.*, II, 718; Tranchina, Di Chiara, *Appello (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Agg. III, 200, il quale segnala l'incoerente soluzione legislativa di relazionare con un modulo processuale di ispirazione accusatoria un giudizio di appello la cui struttura ripercorre i tratti tipici del modello disciplinato dal codice abro-

di completezza dell'istruzione già svolta che rende eccezionale la rinnovazione[50] e, in ogni caso, « il ritorno all'oralità per effetto della rinnovazione non consente di considerare caratterizzato da questo principio il relativo giudizio né in rapporto alle prove già raccolte, che il giudice d'appello può conoscere e valutare per il tramite dei relativi verbale; né in rapporto alle prove assunte in sede di gravame che, per l'interdipendenza di tutti i dati probatori, dovranno essere esaminate ed apprezzate alla luce degli elementi già acquisiti nel grado precedente »[51].

Ma la regola non si pone nemmeno al servizio di un principio di ordine generale e, se lo fa, esso non è certamente individuabile in quelli dell'oralità e immediatezza, trattandosi di un dovere procedimentale che si colloca sullo stesso piano dell'obbligo di motivazione rinforzata che assiste il giudice dell'impugnazione nell'ipotesi costituita, anche in questo caso, dalla riforma di una sentenza assolutoria di primo grado.

In ragione di siffatto principio, affacciatosi sulla scena della procedura penale sin dalla metà degli anni novanta[52], questi deve argomentare circa la configurabilità dell'apprezzamento diverso da quello del primo giudice come l'unico ricostruibile al di là di ogni ragionevole dubbio, in ragione di evidenti vizi logici o inadeguatezze probatorie che abbiano minato la permanente stabilità del primo giudizio[53].

Obbligo il quale, rimarca la Corte di cassazione, da un lato costituisce il contrappeso in punto di garanzia e di logica processuali alla natura generalmente cartolare dell'appello – essendosi formate le prove anteriormente, ed emergendo così un delicato equilibrio da rispettare nei riguardi del principio del contraddittorio – e, dall'altro, manifesta rispetto consapevole alla ineludibile connotazione di potenziale stabilità propria del primo accertamento giurisdizionale, tanto più quando, essendo di contenuto assolutorio, è sostenibile

---

gato. V., su questo versante ed in senso egualmente critico, Gaito, *Verso una crisi evolutiva per il giudizio d'appello*, cit., 353. Più articolata, sotto questo profilo, l'analisi di Gaeta, Macchia, *L'appello*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, V, *Impugnazioni*, Milanofiori Assago, 2009, 272.

[50] V., tra le tantissime, Cass. pen., Sez. III, 26 aprile 2013, n. 23058.

[51] Spangher, *Appello nel diritto processuale penale*, in *Dig. disc. pen.*, I, 220.

[52] Cass. pen., 16 dicembre 1994, n. 1381. V., poco dopo, Cass. pen., 27 giugno 1995, n. 8009.

[53] Cass. pen., Sez. VI, 24 gennaio 2013, n. 8705. Sui connotati della c.d. motivazione rafforzata v., da ultimo, Fallone, *Appello dell'assoluzione, motivazione rafforzata, principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, rinnovazione dibattimentale: la giurisprudenza italiana e della Corte di Strasburgo*, cit., 820.

che detto contenuto abbia riscontrato ed espresso il "ragionevole dubbio" di cui all'art. 533 c.p.p.[54].

La regola di giudizio racchiusa nell'espressione "al di là di ogni ragionevole dubbio", ritenuta operativa nell'ambito del nostro sistema processuale a prescindere dalla modifica dell'art. 533, comma 1 c.p.p. operata dall'art. 5, l. 20 febbraio 2006, n. 46 in quanto dotata di un solido fondamento nel sistema costituzionale, in particolare negli artt. 2, 3, comma 1, 25, comma 2 e, soprattutto, 27, Cost., sì da costituire diritto vivente[55], è considerata formula di sintesi che esprime la strutturale inidoneità del processo penale a condurre verso l'acquisizione di certezze assolute[56].

La suggestiva e trasparente espressione, si è infatti detto, « riassum[e] la tensione tra due poli: da un lato, la consapevolezza che la verità affermata, come ogni verità storica, non potendo essere raggiunta deduttivamente, non ha nulla di logicamente necessario e, quindi, è sempre esposta al rischio di errore; ma, dall'altro, il riconoscimento che l'assunto di colpevolezza ha trovato solida conferma nelle prove presentate, resistendo ad ogni tentativo di falsificazione »[57].

---

[54] Cass. pen., Sez. III, 5 giugno 2013, n. 32798. Ma v., anche, Cass. pen., Sez. VI, 21 novembre 2012, n. 49775; Cass. pen., Sez. VI, 10 ottobre 2012, n. 1266; Cass. pen., Sez. VI, 10 luglio 2012, n. 46847, ove si legge che il principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio presuppone che, in mancanza di elementi sopravvenuti, la rivalutazione *in peius* compiuta in appello sia sorretta da argomenti dirimenti e tali da evidenziare oggettive carenze o insufficienze della decisione assolutoria, che deve, quindi, rivelarsi, a fronte di quella riformatrice, non più sostenibile, neppure nel senso di lasciare in piedi residui ragionevoli dubbi sull'affermazione di colpevolezza. V., inoltre, Cass. pen., Sez. II, 27 marzo 2012, n. 27018, nonché, quale essenziale riferimento giurisprudenziale, Cass. pen., Sez. un., 12 luglio 2005, n. 33748.

[55] V., da ultimo, Somma, *"Oltre ogni ragionevole dubbio". Una formula enfatica da contestualizzare: meglio, da evitare*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, 366.

[56] V., sul criterio valutativo di cui si discute, tra gli altri, Garofoli, *I nuovi standards valutativi e gli epiloghi decisori nel giudizio*, in *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la "legge Pecorella"*, a cura di Gaito, Milanofiori Assago, 2006, 77; Piergallini, *La regola dell'"oltre ragionevole dubbio" al banco di prova di un ordinamento di civil law*, in *Impugnazioni e regole di giudizio nella legge di riforma del 2006. Dai problemi di fondo ai primi responsi costituzionali*, a cura di Bargis, Caprioli, Torino, 2007, 361; Daniele, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, cit., 167. Sui riflessi dell'introduzione della regola nel giudizio in cassazione v., inoltre, Iacoviello, *Giudizio di cassazione*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, V, *Impugnazioni*, Torino, 2009, 702; Santoriello, *I dubbi impongono sempre l'assoluzione*, in *Arch. pen.*, 2012, 354. Sulle regole di giudizio nell'ambito del processo penale v., da ultimo, Dinacci, *Regole di giudizio (dir. proc. pen.)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. VIII, 644.

[57] Ferrua, *Progetto Pittelli: una riforma dannosa che allontana il giusto processo*, in *Dir. e giust*., 2002, 34, 11.

Ma l'estraneità di una pretesa di ricerca di verità assolute rispetto ai fini del processo sarebbe connaturata, ancora prima, al "principio di ragione" posto alla base della regola probatoria e di giudizio compendiata nella formula "oltre il ragionevole dubbio", ossia la regola secondo cui "è molto peggio condannare un innocente che lasciar libero un colpevole"[58]: regola che, ha chiarito la Corte costituzionale, non postula affatto che la riforma *in peius* della sentenza assolutoria di primo grado necessiti, qualunque ne sia il motivo, di una rinnovazione dell'attività istruttoria già svolta[59].

L'attenzione dell'interprete si pone, in altre parole, non tanto su un'esigenza astratta di garantire la relazione diretta tra fonte di prova e giudice alla luce di un principio generale – l'immediatezza, appunto – che si vuole, improvvisamente, plasmi il modello di accertamento tipico del giudizio d'appello, quanto sull'esigenza di assicurare, in relazione al « versante "critico" della garanzia del doppio grado: vale a dire l'ipotesi in cui, a fronte di una sentenza di primo grado interamente liberatoria, sia sopraggiunta una condanna in appello, a seguito di impugnazione proposta dal p.m. »[60], la formazione di un convincimento giudiziale che faccia, e in qualche modo, chiuda i conti con il principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio – messo a dura prova dalla scarsa forza di resistenza del giudizio espresso nella sentenza di primo grado – in modo da rendere socialmente accettabile il nuovo e contrastante accertamento sulla colpevolezza dell'imputato[61].

---

[58] V., sulla connessione tra la regola ed il principio predetti, Stella, *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni Unite della Suprema Corte di cassazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, 767. Ma v., in precedenza, Id., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2001, 132. Per ulteriori riflessioni sulla fondamentale regola di giudizio racchiusa nella formula "oltre ogni ragionevole dubbio" v., tra gli altri, Centonze, *La corte d'Assise di fronte al "ragionevole dubbio"*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2003, 673; Zaccaria, *Art. 533*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Gaito, Milanofiori Assago, 2012, 3362; Caprioli, *L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio"*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, 51; Canzio, *L'"oltre il ragionevole dubbio" come regola probatoria e di giudizio nel processo penale*, *ivi*, 2004, 303; Rigo, *La sentenza*, in *Trattato di procedura penale*, cit., 622; Ferrua, *Il giusto processo*, cit., 193.

[59] È, questo, il significato che può attribuirsi ai passaggi motivazionali di Corte cost., 6 febbraio 2007, n. 26, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 593 c.p.p., come modificato dalla l. 6 febbraio 2006, n. 46.

[60] Gaeta, Macchia, *L'appello*, cit., 293.

[61] Secondo Gaito, *Verso una crisi evolutiva per il giudizio d'appello*, cit., 354, « [l]'Europa impone adesso un limite ai poteri dei giudici di appello ed un nuovo metodo di elaborazione dei materiali decisori: non si può riformare la sentenza di assoluzione quando la responsabilità non è provata al di là di ogni ragionevole dubbio in un nuovo giudizio in contraddittorio nel corso del quale è rinnovata l'assunzione orale di ogni voce dichiarativa d'accusa ». In maniera cristallina, Marandola, *Ricostruzione "alternativa" del fatto e test di ragionevolezza del dubbio in appello*, in

Non a caso, infatti, anche la recentissima presa di posizione delle Sezioni unite della Corte suprema sulla questione della riforma della sentenza assolutoria in grado di appello fondata su una differente valutazione della prova dichiarativa, dopo avere statuito che in caso di pretesa modificativa di una sentenza assolutoria che sia fondata su prove dichiarative decisive – sia essa riconducibile ad un'iniziativa impugnatoria del pubblico ministero, sia la stessa portata da un atto di appello proposto dalla parte civile ai fini delle statuizioni civili – il giudice della fase di appello non può riformare *in peius* la sentenza impugnata senza prima procedere, eventualmente anche *ex officio*, alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale ai sensi dell'art. 603, comma 3 c.p.p., mediante l'esame dei soggetti che hanno reso le dichiarazioni, ha ricondotto – e non è casuale, trattandosi dell'architrave del sistema di verifica ispirato alla giurisprudenza europea – il vizio conseguente alla mancata rinnovazione nell'alveo del vizio di motivazione *ex* art. 606, comma 1 lett. e) c.p.p. per mancato rispetto del canone di giudizio al di là di ogni ragionevole dubbio di cui all'art. 533, comma 1 c.p.p.[62].

Sentenza la quale, tra le altre cose, offre l'autorevolissima conferma dell'assenza di automatismi correlati alla sopravvivenza della fonte assunta mediante incidente probatorio proprio nel passaggio in cui si sofferma a sottolineare che l'obbligo di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in grado di appello si pone, altresì, nel caso in cui le prove dichiarative su cui si fonda la sentenza assolutoria di primo grado siano state assunte in sede di incidente probatorio.

Difatti, trattandosi in questa evenienza di prove ancora acquisibili in grado di appello, è ovvio che l'ipotesi prospetta un caso di "saltum" rispetto ad attività acquisitive collocabili nella sede dibattimentale di primo grado.

5. *Le (possibili) coordinate normative entro cui collocare la problematica.*

Giunti a questo punto della trattazione, può spostarsi l'attenzione su di un quadro sistematico il cui perimetro è delimitato dal complesso delle disposi-

---

Arch. pen., 2012, 372, evidenzia come «è indubbio che la disparità delle differenti valutazioni denota in maniera inequivocabile l'incertezza del giudizio sulla responsabilità, che è appunto il presupposto logico e culturale sul quale riposa la regola introdotta all'art. 633 c.p.p.».

[62] Cass. pen., Sez. un., 6 luglio 2016, n. 27620. Di essa si occupa, in particolare, Aiuti, *Poteri d'ufficio della Cassazione e diritto all'equo processo*, in *Cass. pen.*, 2016, 3214. La pronuncia della Corte di cassazione, tuttavia, non ha chiuso il dibattito sulla portata e sui limiti del principio generale che essa sembra avere delineato. Ed infatti, v., subito dopo, Cass. pen., Sez. III, 13 ottobre 2016, n. 43242, la quale prende chiaramente le distanze dal precedente delle Sezioni unite in relazione all'ipotesi di giudizio abbreviato di primo grado.

zioni che, nei diversi settori in qualche modo interessati, delineano la prospettiva di sviluppo dell'itinerario ammissivo della prova già assunta mediante l'incidente probatorio.

Non senza avere effettuato una premessa di fondo che trae spunto, innegabilmente, dall'attenta – ed eseguita da altri, è ovvio[63] – analisi dei riverberi dell'incidenza dell'interpretazione conforme alla C.E.D.U.[64] sull'architettura del processo penale.

« [G]iusto processo e *fair trial* » – è stato efficacemente detto – « non sono la stessa cosa. Per noi, quel che conta è che il processo sia conforme alle regole. Per la Corte europea non basta: il processo è *fair* se è conforme ai diritti [...]. La legittimità è semplice conformità alle regole, la *fairness* è molto di più: se la regola è ingiusta, la *fairness* è violata dalla regola. Cioè un processo, legittimo per noi, diventa *unfair* per la Corte europea »[65].

Orbene, se, da un lato, l'oralità non costituisce una regola generale del processo penale – essendo derogabile e, tra l'altro, nel nostro sistema ampiamente derogata – essa, dall'altro, non sembra costituire la componente oggettiva di una situazione giuridica processuale riconducibile a quella del diritto soggettivo.

Discorso diverso, ovviamente, va fatto in relazione al contraddittorio nella formazione della prova, il cui valore euristico rappresenta un'acquisizione consolidata dell'epistemologia contemporanea[66] e sul quale il nuovo codice aveva concentrato l'attenzione, « ponendo ogni premura nell'evitare che l'indagine preliminare potesse ipotecare la decisione finale »[67].

Esso costituisce « uno strumento, ancor oggi il meno imperfetto, per la ricerca della verità o, meglio, per ridurre il più possibile lo scarto tra verità giudiziale e verità storica »[68], ed è proprio in virtù di questa sua caratteristica che « esula dalla sterile polemica tra sostenitori del sistema accusatorio e fautori di quello inquisitorio (più o meno annacquato da innesti garantistici) per venire a

---

[63] V., infatti e per tutti, Gaeta, *Dell'interpretazione conforme alla C.E.D.U. La ricombinazione genica del processo penale*, cit., 73.

[64] Rammenta Iacoviello, *Il quarto grado di giurisdizione: la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2011, 808, come la « Convenzione obbligante è quella che vive nell'interpretazione della Corte [europea] ».

[65] Iacoviello, *Il quarto grado di giurisdizione: la Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 794. V., inoltre, Kostoris, *Equità, processo penale, diritto europeo. Riflessioni di un giurista di civil law*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016, 1653.

[66] V., in particolare, Ubertis, *Principi di procedura penale europea*, Milano, 2000, 36.

[67] Iacoviello, *Prova e accertamento del fatto nel processo penale riformato dalla Corte costituzionale*, cit., 2030.

[68] Giostra, *Contraddittorio (Diritto processuale penale)*, cit., 4.

caratterizzare un *metodo* [...] indipendente dalle scelte contingenti di politica processuale »[69].

Come è noto, la mancanza di espliciti riferimenti nel contesto di una Carta costituzionale le cui linee portanti « avevano privilegiato i canoni oggettivi di regolarità della giurisdizione rispetto ad una tutela preminente delle garanzie individuali dei cittadini »[70] – anche se, è stato giustamente osservato, non poteva apparire azzardato sostenere, tenendo nel dovuto conto anche i principi desumibili dagli artt. 24, comma 2 e 27, comma 2 Cost., che la preferenza andasse assegnata, tra i diversi modelli processuali, a quello di ispirazione accusatoria[71] – ha assunto il ruolo di precondizione valida a consentire di porlo, nel corso degli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore del nuovo codice processuale, su un terreno connotato da un'ampia cedevolezza, a vantaggio di altri e estremamente fumosi principi di rango costituzionale, al punto che è stato necessario intervenire sul dettato costituzionale al fine di mettere ordine sul quadro dei valori fondati il modello processuale di riferimento.

L'inserimento, avvenuto mediante la l. cost. 23 novembre 1999, n. 2, dei principi del "giusto processo" – « formula tutt'altro che neutra o retorica dal momento che essa racchiude l'esercizio della *iurisdictio* entro un preciso orizzonte di principi senza il rispetto dei quali viene meno il *minimum* necessario a definire "processo" la sequenza delle attività dirette ad accertare un fatto penalmente rilevante »[72] – nel testo costituzionale ha rappresentato la tappa fon-

---

[69] Ubertis, *Giusto processo e contraddittorio in ambito penale*, in *Cass. pen.*, 2003, 2100.

[70] Giarda, "*Astratte modellistiche" e principi costituzionali del processo penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1993, 890. Riteneva, tra gli altri, Iacoviello, *Prova e accertamento del fatto nel processo penale riformato dalla Corte costituzionale*, cit., 2028, che la Costituzione non prefigurasse un modello di processo, né uno specifico assetto dei rapporti tra fase delle indagini e dibattimento. Negli stessi termini v., inoltre, Gianniti, *Spunti per una ricostruzione del sistema probatorio penale*, cit., 79.

[71] Illuminati, *Principio di oralità e ideologie della Corte costituzionale nella motivazione della sent. n. 255 del 1992*, cit., 1973. V., anche, Scaparone, *Diritto al silenzio e diritto al controesame del coimputato*, cit., 3148, secondo il quale l'art. 24, comma 2 Cost., con il dichiarare il diritto di difesa inviolabile in ogni stato e grado del procedimento, garantisce all'imputato il diritto di svolgere o fare svolgere dal difensore il controesame del proprio accusatore. Nonché, ancora, Ventura, *Escussione della prova e contraddittorio*, cit., 3187; Giarda, "*Astratte modellistiche" e principi costituzionali del processo penale*, cit., 890. V. infine, in termini più generali, Giunchedi, *Linee evolutive del giusto processo europeo*, in *Procedura penale e garanzie europee*, a cura di Gaito, Milanofiori Assago, 2006, 17. E, per un quadro sintetico delle più risalenti prese di posizione dottrinali e delle principali manifestazioni nell'ambito della giurisprudenza costituzionale, Cecchetti, *Giusto processo (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, Agg. V, 395.

[72] Amodio, *Giusto processo, procès équitable e fair trial: la riscoperta del giusnaturalismo processuale in Europa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2003, 93.

damentale del percorso di recupero dei connotati propri del sistema processuale voluto dal legislatore della riforma[73], avendo la sua più inconfondibile ragion d'essere « nel proposito di recuperare e consolidare, con la forza del rango costituzionale, quel diritto delle prove penali cui il legislatore del 1989 aveva già dato vita, suscitando peraltro le reazioni della cultura inquisitoria di gran parte della magistratura italiana, con i conseguenti interventi demolitori della Corte costituzionale »[74].

Nell'ambito dei principi costituzionali di recente introduzione, e con particolare riferimento al processo penale – « [è] al processo penale che il riformatore costituzionale ha dedicato [...] le sue maggiori attenzioni, con l'encomiabile intendimento di assicurarvi il più alto tasso dialettico e con il deprecabile risultato di una normativa disordinata e ambigua »[75] – la previsione contenuta nell'art. 111, comma 4 Cost.[76], sebbene sintetizzi un principio del quale « si possono fornire interpretazioni contrastanti, a seconda che si ritenga – o meno – di valorizzare – ed in quale grado – nel corso del dibattimento, le dichiarazioni rese dal teste nella fase delle indagini preliminari »[77], costituisce un enunciato di notevole risalto sul piano della civiltà giuridica e di ineccepibile collocazione nel quadro costituzionale[78].

---

[73] Fa notare, infatti, Chiavario, *Giusto processo (processo penale)*, in *Enc. giur.*, XV, 2, come di "giusto processo" si parlava già ben da prima della riforma costituzionale del 1999. Per un'analisi del quadro nel cui ambito è "calata" la riforma v., in particolare, Mele, *L'art. 111 della Costituzione: riscoperta del codice 1989*, in *Cass. pen.*, 2001, 2193. Evidenzia Renon, *L'incidente probatorio « allargato » all'esame della Corte costituzionale: verso un contraddittorio senza oralità?*, cit., 3219, come la riforma ribalta « certi postulati dogmatici sui quali la disciplina processuale ha finito in questi anni per modellarsi ».

[74] Amodio, *La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo*, cit., 422.

[75] Giostra, *Analisi e prospettive di un modello probatorio incompiuto*, in *Quest. giust.*, 2001, 1130.

[76] « L'espressione » – sottolinea Conti, *Giusto processo (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Agg. V, 633 – « è indubbiamente lapidaria, ma completa nella sua semplicità ». Secondo Cesari, *Prova (acquisizione della)*, cit., 697, « [d]al tono netto della formulazione traspare nitido l'intento: fondare la costruzione delle conoscenze giudiziali sulla dialettica tra le parti, facendo leva sull'efficacia maieutica dei punti di vista contrapposti per estrarre dalle fonti di prova le informazioni più complete, più obiettive, più attendibili ».

[77] Esposito, *L'accertamento dell'inquinamento della prova testimoniale: art. 500, comma 4, c.p.p.*, in *Il « doppio binario » nell'accertamento dei fatti di mafia*, a cura di Bargi, Torino, 2013, 697.

[78] Grevi, *Dichiarazioni dell'imputato su fatto altrui, facoltà di non rispondere e garanzia del contraddittorio*, cit., 359. Infatti, come rileva Giostra, *Contraddittorio (Diritto processuale penale)*, cit., 5, la strutturazione in forma dialettica del processo non può essere relegata nel campo delle opzioni di carattere meramente tecnico. L'accoglimento del principio del contraddittorio è soprattutto una scelta di civiltà. V., altresì, Mazza, *Le insidie al primato della prova orale rappresentativa.*

Sul versante socio-politico essa sta, innanzitutto, a significare che senza contraddittorio « non esiste una decisione valida che trovi nel rispetto della Carta fondamentale la legittimazione per essere comunemente accettata come giusta »[79].

Allo stesso tempo, come già detto, riflette il metodo epistemologico oggi più accreditato al fine di conseguire l'accertamento dei fatti e delle responsabilità in quanto fondato sul presupposto della "divisione della conoscenza", presupposto secondo cui solo il confronto delle diverse prospettive da cui muovono le parti consente di cogliere il significato dei fatti e di comprenderne il reale valore sociale[80].

L'articolata costruzione costituzionale del principio – all'enunciato generale segue, infatti, la predisposizione di una regola specificativa per effetto della quale "[l]a 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" – è, come non si è mancato di osservare, riconducibile « al condivisibile proposito di scongiurare il riprodursi di una giurisprudenza costituzionale "eversiva" delle scelte operate in materia di giurisdizione penale »[81] e, nel corso degli anni, ha consentito di salvaguardare, rispetto a possibili e da più parti invocati inter-

---

L'uso dibattimentale di materiale probatorio precostituito, cit., 1534; Pasta, *Giudizio abbreviato, investigazioni difensive e « senso della realtà »*, in *Arch. pen.*, 2011, 1079. Evidenzia come il principio del contraddittorio abbia subito, per effetto della riforma costituzionale, un « evidente salto di qualità », Siracusano, *Contestazione al testimone e « provata condotta illecita »: un difficile banco di prova per la tenuta del principio del contraddittorio nella formazione della prova*, cit., 2611.

[79] Mazza, *Il garantismo al tempo del giusto processo*, cit., 4.

[80] Balsamo, *L'istruttoria dibattimentale e l'attuazione dei principi costituzionali: efficienza, garanzie e ricerca della verità*, in *Cass. pen.*, 2002, 389. V., inoltre, Buzzelli, *Giusto processo*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. II, 347, la quale definisce il contraddittorio « quella straordinaria (nel senso di qualitativamente superiore) "procedura d'indagine" » alimentata dalla pariteticità delle parti. La centralità del contraddittorio nella formazione della prova, e, dunque, le note della imprescindibilità e della inderogabilità di esso, se non nei casi espressamente enunciati dalla Costituzione, sono messe in rilievo da Rossi, *La disciplina di attuazione dell'art. 111 Costituzione: dalla "perdita del sapere" alla "perdita del contraddittorio"*, in *Quest. giust.*, 2001, 1147. V., inoltre, De Caro, *Percorsi legislativi e poteri delle parti nel processo penale: dal codice Rocco alla riforma delle investigazioni difensive*, in *Cass. pen.*, 2001, 3214.

[81] Giostra, *Contraddittorio (Diritto processuale penale)*, cit., 6. Ma v., nello stesso senso, Id., *Analisi e prospettive di un modello probatorio incompiuto*, cit., 1130. Per una diversa chiave di lettura della regola, posta in diretta relazione con la garanzia del contraddittorio in senso soggettivo, v. Conti, *Giusto processo (dir. proc. pen.)*, cit., 634. In senso critico rispetto alla configurazione costituzionale del principio v. Buzzelli, *Giusto processo*, cit., 355, la quale definisce poco opportuna l'aggiunta di « una formula in bilico tra la regola di esclusione ed il canone valutativo ».

venti correttivi della Corte costituzionale, la struttura processuale delineata dalla legge ordinaria di attuazione dei principi del giusto processo[82].

Infatti, il principio generale esprime una precisa regola di esclusione probatoria, per effetto della quale i dati conoscitivi formati al di fuori del contraddittorio non possono costituire, qualunque sia la parte dalla quale provengono, prova nell'ambito del processo penale[83].

Una volta assicurato al modello processuale il fondamentale risultato di recuperare, mediante la costituzionalizzazione del principio del contraddittorio, un'impostazione autenticamente accusatoria, il legislatore costituzionale si è fatto carico della necessità di evitare eccessivi ed insostenibili irrigidimenti del sistema[84] mediante la definizione, già a livello di normazione primaria, dell'ambito delle possibili deroghe al principio fondamentale enunciato nell'art. 111, comma 4 Cost.

« Il contraddittorio » – evidenzia la dottrina – « non è [quindi] imposto in modo integralistico, ma si tiene conto delle situazioni in cui esso potrebbe essere impossibile da realizzare o risultare compromesso »[85], di talché « [a]ccanto alla fattispecie primaria [...] l'art. 111 Cost. sembra prefigurare an-

---

[82] Ci riferiamo, ovviamente, alla l. 1 marzo 2001, n. 63. V., a proposito delle modifiche con essa introdotte, *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova*, a cura di Tonini, Padova, 2001. I risultati della lettura sincronica delle innovazioni introdotte dalla legge attuativa dei principi del giusto processo, dalla l. 7 dicembre 2000, n. 397 e dalla l. 16 dicembre 1999, n. 479 sono criticati da Lozzi, *La realtà del processo penale, ovvero il "modello perduto"*, in *Quest. giust.*, 2001, 1097, secondo il quale « il nostro legislatore ha applicato in modo distorto la massima evangelica "non sappia la mano destra quel che fa la sinistra" ».

[83] V., per tutti, Spangher, *Il « giusto processo » penale*, in *Studium iuris*, 2000, 255; Ferrua, *La dialettica regola-eccezioni nell'impianto dell'art. 111 Cost.: il quadro sistematico*, in *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo. Un itinerario attraverso la giurisprudenza*, a cura di Di Chiara, Torino, 2009, 4; Marzaduri, *Sul diritto al silenzio degli imputati il giusto processo vive di contraddizioni*, in *Guida al diritto*, 2000, 43, 12; Bargis, *Art. 16, L. 1 marzo 2001 n. 63*, in *Leg. pen.*, 2002, 280, la quale sottolinea, altresì, come la norma abbia demolito la "nefasta antitesi" tra ricerca della verità e contraddittorio alla base della sentenza costituzionale n. 255 del 1992. *Contra*, invece, Balsamo, *L'istruttoria dibattimentale e l'attuazione dei principi costituzionali: efficienza, garanzie e ricerca della verità*, cit., 389, il quale ritiene la tesi opposta non aderente alla lettera, né alla *ratio* ispiratrice, dell'art. 111 Cost.

[84] L'esigenza di evitare un'eccessiva rigidità del sistema è messa in evidenza da Panzavolta, *Le letture di atti irripetibili al bivio tra « impossibilità oggettiva » e « libera scelta »*, cit., 3979; Conti, *Giusto processo (dir. proc. pen.)*, cit., 638. Al contrario, Mazza, *Il garantismo al tempo del giusto processo*, cit., 17, intravede nella scelta costituzionale la risposta, quasi necessitata, all'esigenza di salvare l'impianto codicistico vigente.

[85] Daniele, *Principi costituzionali italiani e ingerenze europee in tema di prova dichiarativa*, cit., 1010, il quale mette in risalto il carattere equilibrato ed autosufficiente del sistema costituzionale.

che una fattispecie vicaria costituita dall'atto di indagine più un fatto processuale tra quelli previsti nel quinto comma»[86].

La soluzione costituzionale è stata sottoposta a critiche da quanti avrebbero preferito che all'affermazione del principio fondamentale fosse seguita una formula – del tipo "nei modi previsti dalla legge" ovvero "salvi i casi previsti dalla legge" – idonea a demandare alla disciplina legislativa ordinaria la concreta modulazione del principio stesso[87].

In ogni caso, le fattispecie derogatorie, come è oltremodo noto, sono diverse e, stante la tassatività della previsione costituzionale – tassatività da intendersi, come precisato in dottrina, nel senso che il legislatore ordinario non può ampliare il novero delle deroghe alla formazione in contraddittorio della prova, rimanendo libero, invece, sia di non prevederne sia di subordinarne l'operatività a requisiti aggiuntivi[88] – soltanto ricorrendo una di esse è consentito al legislatore ordinario di determinare condizioni e grado di significatività probatoria di dati conoscitivi sottratti al contraddittorio: il consenso dell'imputato, l'accertata impossibilità di natura oggettiva e la provata condotta illecita[89].

Il principio costituzionale, si è osservato in dottrina, è richiamato dall'art. 111, commi 3 e 4 Cost. nei suoi due aspetti essenziali, ossia come metodo di conoscenza (aspetto oggettivo) e come garanzia dell'imputato (aspetto soggettivo)[90], ma, al di là delle ipotizzabili classificazioni concet-

---

[86] Giostra, *Analisi e prospettive di un modello probatorio incompiuto*, cit., 1131. La costruzione teorica è ribadita da Patanè, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Torino, 2006, 126.

[87] V., in particolare, Grevi, *Dichiarazioni dell'imputato su fatto altrui, diritto al silenzio e garanzia del contraddittorio*, cit., 844. Secondo Balsamo, *L'inserimento nella Carta costituzionale dei principi del "giusto processo" e la valenza probatoria delle contestazioni dibattimentali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, 478, invece, la previsione di una pluralità di eccezioni rende "ragionevole" il principio del contraddittorio poiché tiene conto della necessità di contemperamento di interessi contrapposti, tutti di rilievo costituzionale.

[88] Giostra, *Analisi e prospettive di un modello probatorio incompiuto*, cit., 1131.

[89] Le tre ipotesi di fattispecie sussidiarie per la formazione della prova sono ritenute da Ubertis, *Giusto processo (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Ann. III, 440, come implicanti casi, rispettivamente, di contraddittorio "implicito", "impossibile" o, infine, "inquinato". Le medesime definizioni sono riportate in Id., *Giusto processo e contraddittorio in ambito penale*, in *Cass. pen.*, 2003, 2104. V., inoltre, Id., *Eterogenesi dei fini e dialettica probatoria nel rito abbreviato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, 2075. Secondo Mazza, *Il garantismo al tempo del giusto processo*, cit., 17, le situazioni delineate dalla Costituzione come ipotesi derogatorie del contraddittorio andrebbero considerate, almeno in due casi, "fattispecie addizionali" al modello principale.

[90] V., per questa ricostruzione, Conti, *Le due "anime" del contraddittorio nel nuovo art. 111 Cost.*, in *Dir. pen. e processo*, 2000, 198; Garuti, *Il contraddittorio nelle dinamiche dell'accertamento penale*, in *Fisionomia costituzionale del processo penale*, a cura di Dean, Torino, 2007, 179. Come è noto, siffatta classificazione è respinta da Ubertis, *Giusto processo e contraddittorio in ambito penale*, cit., 2100. Secondo Amodio, *La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto pro-*

tuali e teoriche[91], il contraddittorio conserva inalterato il proprio profilo di criterio formativo della prova che, allo stesso tempo, si colloca a livello costituzionale nella dimensione oggettiva di una situazione giuridica processuale dotata di una specifica qualificazione – esso è, infatti, un diritto – e riferibile ad un determinato soggetto – l'imputato, appunto – del procedimento.

Per l'immediatezza, come si sa, non è così: essa, a differenza del principio del contraddittorio, è sì connotato tipico di un modello processuale di carattere accusatorio, ma nell'ambito del nostro sistema non soltanto non è dotato di copertura costituzionale[92] – nel contesto, tra l'altro, di una Costituzione che si esprime preferibilmente attraverso l'enunciazione di canoni oggettivi disciplinati la funzione giurisdizionale[93] – ma soffre di svariate deroghe a livello di disciplina processuale ordinaria, tante e talmente penetranti da tradirne la collocazione nella sfera delle garanzie di carattere soggettivo.

Il contraddittorio, in altri termini, è imposto dall'art. 111 Cost., ma esso non ne vincola l'attuazione alla fase del giudizio, ipotizzando, in altre parole, la realizzazione di un sistema processuale che, volendo assicurare il contrario – dunque, un contraddittorio a tutti i costi nell'oralità ed immediatezza – sarebbe inevitabilmente destinato ad implodere[94].

Né può sostenersi che l'immediatezza – intesa sul versante dell'immutabilità del giudice del dibattimento – costituisce una connotazione imposta dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, trattandosi di un elemento che la Corte europea definisce "importante" per un processo equo[95] ma suscettibile di subire eccezioni in presenza di una pluralità di circostanze, tra le quali quella afferente proprio all'utilità degli eventuali apporti connessi alla nuova audizione[96].

---

cesso, cit., 1422, solo la vecchia cultura inquisitoria può far pensare che il contraddittorio sia anzitutto espressione di un interesse statuale all'accertamento della verità, dimenticando così che, nel processo penale, la difesa è fondamentale garanzia dell'individuo, titolare di un diritto inviolabile riconosciutogli in quanto persona umana.

[91] V., per esempio, Buzzelli, *Giusto processo*, cit., 355.

[92] V., tra gli altri, Cesari, *Prova (acquisizione della)*, cit., 721.

[93] Come osserva Iacoviello, *Il quarto grado di giurisdizione: la Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 799, mentre l'art. 111 Cost. tutela il processo come funzione e, dunque, tutela poteri e facoltà di tutte le parti, l'art. 6 CEDU tutela il processo come diritto.

[94] Il legislatore costituzionale, dunque, ha consapevolmente evitato di inserire il principio di immediatezza tra i valori caratterizzanti la nozione costituzionale di giusto processo. V., in dottrina, Grevi, *Processo penale, « giusto processo » e revisione costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1999, 3322; Cesari, *« Giusto processo », contraddittorio ed irripetibilità degli atti d'indagine*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, 81.

[95] V., da ultimo, C. eur. dir. uomo, Sez. III, 10 febbraio 2005, Graviano c. Italia.

[96] C. eur. dir. uomo, Sez. III, 10 febbraio 2005, Graviano c. Italia. V., per un quadro della

Ed allora, se è vero, da un lato, che l'art. 190 c.p.p. stabilisce i criteri generali di ammissibilità della prova richiesta in dibattimento – di talché sarebbe ipotizzabile una rivitalizzazione degli stessi in vista del giudizio di ammissione della nuova, e da taluno richiesta, assunzione – è altrettanto vero che la portata generale della disposizione e della presunzione di ammissibilità che essa racchiude secondo una logica per cui « non deve essere la parte a dimostra[re] la legalità, la rilevanza e l'utilità [della prova] per ottenerne l'ammissione, ma è il giudice che, per negarla, deve accertarne l'illegalità oppure la "manifesta" irrilevanza o superfluità »[97] si presta ad essere posta in discussione dalla previsione contenuta nell'art. 238, comma 5 c.p.p., il quale, come già detto, riconosce il diritto delle parti di ottenere – deve notarsi, si badi bene, il carattere esplicito del richiamo – a norma dell'art. 190 c.p.p. – ma fatto salvo il peculiare regime di ammissione previsto dalla « discussa e discutibile »[98] norma contenuta nell'art. 190-*bis* c.p.p. – l'esame delle persone le cui dichiarazioni sono state acquisite mediante l'attivazione dei veicoli di circolazione disciplinati dal precedente comma 1.

Lo specifico – ma superfluo, essendo in ipotesi vera la portata per così dire universale dei principi espressi dall'art. 190 c.p.p. – richiamo a quest'ultima disposizione contenuto nell'art. 238 c.p.p.[99] segnala la necessità di un ridimensionamento dell'idea secondo la quale i momenti dell'ammissione della prova non presidiati da specifiche norme siano sempre e comunque assistiti dall'operare dei medesimi criteri di non manifesta superfluità e irrilevanza, quanto meno nei termini in cui essi vengono intesi allorquando operano nella fase introduttiva del dibattimento e, ovviamente, rispetto a contributi dichiarativi la cui portata è ricostruibile semplicemente sulla base di un giudizio su circostanze sinteticamente descritte ai sensi dell'art. 468 c.p.p.

V'è, dunque, tra i criteri generali stabiliti dall'art. 190 c.p.p. – fondanti un astratto giudizio di presunta ammissibilità della prova – ed i parametri ben più restrittivi delineati dall'art. 190-*bis* c.p.p.[100] in relazione alle specifiche

---

giurisprudenza europea sulla tematica che ci occupa, Tamietti, *Il principio dell'immutabilità del giudice nella giurisprudenza europea: divergenze e similitudini con la disciplina interna*, cit., 699.

[97] Adorno, *L'ammissione della prova in dibattimento*, cit., 147. Mette in evidenza Spangher, *Le prove*, cit., 461, come le parti dispongano della prova in positivo, nel senso che hanno diritto all'ammissione delle prove richieste nei limiti della pertinenza, sebbene non ne dispongano in negativo, in quanto la loro inerzia non può precludere l'ammissione di prove indispensabili all'accertamento dei fatti.

[98] Buzzelli, *Giusto processo*, cit., 362.

[99] Secondo Riviezzo, *Mutamento del giudice e necessità di rinnovare l'esame delle persone già sentite: la ricerca di una soluzione tra garanzie ed efficienza*, cit., 1810, invece, la disposizione sarebbe semplicemente ricognitiva di un diritto che, comunque, scaturisce dal'art. 190 c.p.p.

[100] Essi, come fa notare Maggio, *La rinnovazione del dibattimento per mutamento del collegio*

ipotesi da esso prese in considerazione, uno spazio vuoto che deve essere colmato in via interpretativa[101], fatta salva l'ipotesi in cui sia la legge a definire a priori criteri diversi ed originali.

Si vuole dire, in altre parole, che la conoscenza da parte del giudice del contenuto delle precedenti dichiarazioni e la – in ogni caso – piena utilizzabilità di esse non possono costituire circostanze neutre rispetto ad adempimenti introduttivi il cui evolversi, rimesso esclusivamente alla valutazione delle parti, potrebbe incidere – ed in alcuni casi necessariamente incide – sull'efficienza del processo senza apportare alcun elemento di novità sul percorso di accertamento del fatto.

Se è vero che la norma giuridica, anche processuale, impone o consente determinate azioni in quanto finalizzate alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti[102], è difficile comprendere quale potrebbe essere l'interesse della parte che l'ordinamento ha positivamente valutato e conseguentemente munito di tutela giuridica predisponendo un meccanismo di rinnovazione dell'atto istruttorio rimesso per intero alla disponibilità delle parti del processo.

La soluzione di ancorare la determinazione in concreto della modalità di utilizzazione dibattimentale della prova assunta mediante l'incidente probatorio alla semplice richiesta di parte, assistita dal pieno agire della presunzione di ammissibilità della prova di cui all'art. 190 c.p.p., unitamente alla considerazione che la parte processuale tipicamente interessata ad esigere una nuova assunzione è l'imputato, potrebbero indurre alla tentazione di attrarre il meccanismo incentrato sulla piena operatività dell'art. 190 c.p.p. nell'alveo delle "garanzie della difesa".

Un siffatto inquadramento teorico, tuttavia, contribuirebbe ad alimentare i motivi di perplessità in ordine alla soluzione ipotizzata e, a svelare i limiti dell'analisi della questione oggetto di cognizione, sarebbe un *obiter dicta* conte-

---

nei processi in materia di criminalità organizzata: un inedita riproposizione del paradigma dell'« assoluta necessità » probatoria, cit., 3469, non sono tuttavia sovrapponibili al parametro dell'assoluta necessità di cui all'art. 507 c.p.p., teso a segnalare una sorta di residualità sistematica della funzione probatoria del giudice rispetto a quella delle parti secondo una logica di contemperamento delle prerogative di queste ultime in materia probatoria con l'indisponibilità dell'oggetto del processo.

[101] Diversamente, ritiene – rispetto all'ipotesi della rinnovazione del dibattimento, ma in una prospettiva che viene subito dopo estesa alle prove assunte mediante incidente probatorio – che la previsione dell'art. 190-*bis* c.p.p. assicuri una forza espansiva piena all'art. 190 c.p.p. in relazione ai casi non compendiati dalla prima disposizione, Gallucci, *La rinnovazione del dibattimento a seguito di rinnovazione del giudice*, cit., 1455.

[102] Falzea, *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, 1985, 334.

nuto nella notissima sentenza della Corte costituzionale 14 ottobre 1998, n. 361.

In particolare, individuata in quell'occasione la funzione del processo penale nell'accertamento giudiziale dei fatti di reato e delle relative responsabilità e ribadito che "tale funzione non può essere utilizzata per attenuare la tutela – piena e incoercibile – del diritto di difesa", la Corte costituzionale ha sottolineato la censurabilità di "soluzioni normative che, non necessarie per realizzare le garanzie della difesa, pregiudichino la funzione del processo" [103].

Orbene, il ricorso all'art. 190 c.p.p. quale norma regolatrice dell'ammissione probatoria secondo una logica di presunzione di ammissibilità non sembra realizzare alcuna garanzia difensiva, dal momento che le dichiarazioni assunte dal giudice per le indagini preliminari hanno consentito alle parti di usufruire in maniera piena del metodo del contraddittorio nella formazione della prova, costituendo così elementi di prova formati con modalità tali da assicurare il dovuto controllo del giudice e delle parti.

Potrebbe, in ipotesi, ritenersi meritevole di tutela l'interesse eventuale della parte di approfondire, con il nuovo esame, temi insufficientemente trattati o addirittura trascurati durante il precedente esame e controesame, magari in ragione della parzialità della *discovery* assicurata dall'incidente, ma non sfugge a nessuno che siffatte evenienze – l'ultima, in particolare, non ha nulla a che vedere con un preteso diritto all'esame fondato *ex sé* sulla sopravvenuta completezza delle conoscenze attinenti al contenuto degli atti provenienti dalle fasi pregresse [104] – prospettate al giudice in sede di richieste di prova, collocano già *ex sé* il parametro valutativo utilizzabile dal giudice al di fuori di quelli previsti dalla norma generale, trattandosi di un criterio di ammissione del nuove esame costruito su basi diverse da quelle che servono a conformare la manifesta superfluità della prova [105].

Esclusa, così, la strumentalità della fattispecie incentrata sull'art. 190 c.p.p. rispetto alla tutela di uno o più profili del diritto di difesa, non si può altresì pensare che essa sia idonea a garantire l'interesse delle parti a fare vivere

---

[103] Corte cost., 14 ottobre 1998, n. 361.

[104] In relazione a siffatto profilo della disciplina dell'incidente probatorio v., come già detto, Cesari, *Prova (acquisizione della)*, cit., 720. Ma v., altresì, Renon, *L'incidente probatorio « allargato » all'esame della Corte costituzionale: verso un contraddittorio senza oralità?*, cit., 3234.

[105] Proponeva un'impostazione simile, nell'ambito di una prospettiva riformatrice da affidare al legislatore che tenesse conto delle indubbie diversità esistenti tra le ipotesi di rinnovazione del dibattimento e quelle di acquisizione mediante incidente probatorio ovvero nell'ambito di un diverso procedimento, Gallucci, *La rinnovazione del dibattimento a seguito di rinnovazione del giudice*, cit., 1453.

al giudice atteggiamenti, gestualità, opinioni, silenzi, incertezze che connotarono la deposizione dinanzi al precedente giudicante[106].

I contegni soggettivi del dichiarante, infatti, sono per loro natura irripetibili, fenomenicamente esaurendosi nel momento stesso in cui si manifestano ed essendo percepibili esclusivamente dalle persone presenti in quel dato momento storico, per cui, trascorso siffatto momento, essi sono suscettibili solamente di rappresentazione.

Il compimento di un nuovo atto istruttorio, in altre parole, consentirebbe al giudice di percepire il contegno soggettivo che accompagna la nuova assunzione – peraltro ormai compromesso nella sua spontaneità – ma non quello che accompagnò la precedente.

Non è un caso che la stessa Corte di cassazione, messa alle strette dall'esasperante e vanificante dilungarsi dei tempi dei processi, ha maturato rispetto all'ipotesi affine della rinnovazione del dibattimento per mutamento della persona fisica del giudice conclusioni che svelano i limiti del meccanismo escogitato rispetto a siffatta evenienza.

Il riferimento è al noto orientamento, ribadito in tempi recenti, che, pur muovendosi nell'orbita della sentenza delle sezioni unite, ha riconosciuto la legittimità di tecniche di rinnovazione effettuate mediante la semplice richiesta alle fonti dichiarative precedentemente assunte delle conferma delle dichiarazioni già rese da parte del nuovo giudice[107].

È chiaro che, nell'ambito di uno scenario processuale in cui – in assenza di domande delle parti e del giudice – il teste, nuovamente convocato, semplicemente dichiara di confermare le precedenti dichiarazioni, la rinnovazione solo apparentemente avviene mediante nuova audizione della fonte, arricchendosi la nuova istruzione esclusivamente della dichiarazione di conferma.

Una vera e propria perdita di tempo, un rituale che non soltanto non apporta nulla di nuovo e di utile dal punto di vista gnoseologico al giudice, alle parti, al processo – soprattutto in un'ottica, oramai diffusa e purtroppo irrinunciabile, di complessivo svilimento di qualsiasi necessità di intimo raccordo tra fase acquisitiva e fase deliberativa in funzione di garanzia degli obiettivi tipici

---

[106] Sottolinea l'importanza dei "tratti prosodici del discorso" in funzione epistemica, tra gli altri, Ferrua, *La prova nel processo penale: profili generali*, in *La prova penale*, a cura di Ferrua, Marzaduri, Spangher, Torino, 2013, 35. « Il contraddittorio nella formazione della prova » – fa notare Buzzelli, *Giusto processo*, cit., 361 – « è meccanismo destinato a incepparsi se non si prevengono i danni che il passar del tempo infligge alla conoscenza, circoscritta e visiva, del testimone, basata su osservazioni personali e su di una serie di ricordi ».

[107] V., in speciale modo, Cass. pen., Sez. I, 11 maggio 1992, Cannarozzo, nella quale si è precisato che una siffatta modalità di assunzione della prova potrebbe, al più, ritenersi irregolare.

dell'immediatezza[108] – ma che si presta ad essere giudicato alla stregua di una distorsione funzionale suscettibile di sfociare nell'abuso processuale[109].

Dunque, anche a prescindere dal dato che l'ideologia processuale dominante, manifestatasi nelle scelte normative dell'ultimo decennio, considera l'immediatezza un valore sì meritevole di tutela, ma destinato a soccombere – anche pesantemente – rispetto ai valori preminenti della legalità e dell'efficienza processuale in tutti i casi in cui la garanzia del primo rischia di pregiudicare la realizzazione dei secondi, emerge l'intrinseca irragionevolezza della tesi che individua nell'art. 190 c.p.p. la norma regolatrice della fase ammissiva della prova già formata mediante l'incidente probatorio.

Né potrebbe diversamente argomentarsi sulla base di una necessità di allineamento con parametri di ammissibilità previsti in relazione all'acquisizione di prove di altri procedimenti, operazione ermeneutica la quale trascura le differenze che rendono le situazioni procedimentali prese in considerazione tra loro non assimilabili.

Invero, come già detto, i verbali di prove di altri procedimenti documentano un'attività acquisitiva compiuta in funzione della verifica di imputazioni concernenti fatti soggettivamente ovvero oggettivamente diversi rispetto a quelli oggetto di cognizione nell'ambito del processo cui accedono.

« [L]a partecipazione della difesa nella sede aliena » – è stato brillantemente evidenziato – « resta legata ad una diversa res iudicanda, per cui è arduo ipotizzare che il contraddittorio svolto sia equivalente a quello che sulla medesima fonte si sarebbe effettuato in una diversa sede, per un diverso oggetto di prova. La coincidenza soggettiva dei protagonisti del contraddittorio, in altri termini, è indicativa di una eventualità: che questi abbiano perorato, nell'escussione delle fonti, ipotesi ricostruttive non solo a sé favorevoli, ma, coltivando una segreta attenzione a procedimenti (pendenti o futuribili) altri fatti, spendibili anche altrove. È chiaro che si tratta di una implicazione tutt'altro che necessaria. Piuttosto, le tesi contrapposte nel processo su un diverso oggetto, malgrado l'identità soggettiva dei protagonisti, sono ontologicamente inadeguate a far scaturire dalla fonte di prova quel surplus cognitivo che si

---

[108] Ci si riferisce, in particolare, al principio ribadito in Cass. pen., Sez. II, 12 ottobre 2016, n. 43119, secondo cui l'inosservanza del principio sancito dall'art. 525, comma 1 c.p.p. – per il quale la sentenza deve essere deliberata subito dopo la chiusura del dibattimento – non determina alcuna nullità, sebbene la ratio della regola risponda all'esigenza che la decisione sia adottata, quanto più possibile, nella diretta e contestuale percezione delle risultanze dibattimentali e della discussione.

[109] V., da ultimo, Amodio, *L'abuso delle forme degli atti processuali penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016, 630.

suppone risultare dal confronto: sono dati strutturalmente incompleti ed extravaganti »[110].

E non è un caso che la giurisprudenza abbia precisato che il principio di immutabilità del giudice – funzionale alla realizzazione del principio di immediatezza – non può trovare applicazione rispetto alle prove che, acquisite nell'ambito di un diverso procedimento, siano legittimamente utilizzabili in un altro[111].

Riguardata la problematica rispetto al principio costituzionale della ragionevole durata del processo[112], la motivazione della più volte richiamata ordinanza costituzionale n. 399 del 2001 potrebbe offrire il fianco a qualche serio motivo di perplessità, avendo la Corte – ancora una volta in relazione al caso della rinnovazione del dibattimento per mutamento della persona fisica del giudice – evidenziato che "il principio di ragionevole durata del processo deve essere contemperato con le esigenze di tutela di altri diritti e interessi costituzionalmente garantiti rilevanti nel processo penale, la cui attuazione positiva, ove sia frutto di scelte assistite, come nel caso di specie, da valide giustificazioni, non è sindacabile sul terreno costituzionale"[113].

Una osservazione, sia consentito, evanescente, vuota, perché se è vero che lo sforzo di avvicinare la realtà ad un modello processuale ideale – il processo che il legislatore immaginava e che l'art. 477 c.p.p. dipinge: ossia un processo destinato ad esaurirsi in una sola udienza, al massimo due da tenersi, la seconda, nel giorno seguente non festivo rispetto al giorno in cui si è tenuta la prima, dunque un processo al quale potrebbe essere estranea ogni esigenza documentativa del contenuto di atti istruttori – non deve avvenire a scapito di garanzie e diritti costituzionalmente protetti[114] – ma è altrettanto vero, bisogna ammettere, che sebbene la formula costituzionale si limiti ad affidare al legi-

---

[110] Cesari, *Prova (Acquisizione della)*, cit., 722.

[111] Cass. pen., Sez. I, 8 maggio 2000, Costa.

[112] « [I]n qualunque modulo processuale » – osserva Buzzelli, *Giusto processo*, cit., 350 – « è forte l'incidenza dell'elemento cronologico [...] occupando l'iter procedimentale un arco di tempo, è essenziale che abbia una ragionevole durata ». Sul principio costituzionale v., tra gli altri ed anche al fine di reperire adeguati riferimenti bibliografici, Buzzelli, *Processo penale (ragionevole durata del)*, in *Enc. dir.*, Ann. III, 1017; Id., *Durata ragionevole, tipologie procedimentali e rimedi contro i ritardi ingiustificati*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008, 255; Ubertis, *Giusto processo (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Ann. II, t. 2, 425.

[113] Corte cost., (ord.) 3 dicembre 2001, n. 399.

[114] Infatti, pone in rilievo Cecchetti, *Giusto processo (dir. cost.*), cit., 610, « [i]l valore dell'efficienza processuale [...] presenta un limite ontologico (e non potrebbe essere altrimenti): [...] non è posto in termini assoluti ma implica un "ragionevole" bilanciamento soprattutto con le garanzie del "contraddittorio tra le parti in condizioni di parità" ».

slatore il compito di assicurare la ragionevole durata del processo, « [n]on v'è dubbio che ciò valga ad affermare, in termini oggettivi e in modo esplicito, la rilevanza costituzionale dell'efficienza della giurisdizione, ossia di un processo che per essere effettivamente "giusto" deve anche condurre ad una definizione tempestiva del giudizio »[115] – l'organo di giustizia costituzionale avrebbe dovuto chiarire quali fossero i diritti e interessi dotati di copertura costituzionale che un meccanismo – in quel caso – di rinnovazione istruttoria sganciato dal consenso delle parti avrebbe sacrificato a tutela della durata ragionevole del processo.

Tentando di penetrare l'intimo convincimento dei giudici costituzionali, certamente è da escludere che entrasse in gioco il valore del contraddittorio nella formazione della prova: i verbali di prova delle cui utilizzabilità si discuteva – ma, evidentemente, il discorso vale altresì rispetto alle prove formate mediante l'incidente probatorio – documentano una attività acquisitiva svoltasi nel pieno rispetto dei diritti delle parti e delle garanzie per il corretto formarsi del patrimonio cognitivo del giudice.

Probabilmente, la Corte aveva inteso riferirsi al principio dell'immediatezza, in effetti realizzato attraverso la garanzia dell'immutabilità del giudice.

Se così è, non ci si può astenere dal ribadire ancora una volta come, a differenza del principio del contraddittorio, il valore dell'immediatezza è sì connotato tipico di un modello processuale di carattere accusatorio, ma nell'ambito del nostro sistema non è dotato di copertura costituzionale, non è imposto in termini assoluti in ambito sovranazionale e soffre di svariate deroghe a livello di disciplina processuale ordinaria.

Inoltre, come già detto, si pone in perfetta antitesi rispetto alla struttura ed alla funzione dell'incidente probatorio.

6. *Premesse di fondo per un'ipotesi ricostruttiva: il diritto di difesa.*

« L'impegno alla ragionevole durata » – è stato evidenziato – « non rappresenta soltanto un diritto della persona coinvolta nel processo, ma anche una garanzia oggettiva di buon funzionamento della giustizia »[116].

Nell'ambito della medesima analisi, non si è mancato di osservare che non tutti i principi stanno sullo stesso piano, costituendo la funzione cognitiva del processo, l'imparzialità del giudice ed il diritto di difesa « primari valori di

---

[115] Cecchetti, *Giusto processo (dir. cost.*), cit., 610.

[116] Ferrua, *Il giusto processo*, cit., 55.

giustizia » rispetto ai quali quello della ragionevole durata svolge un ruolo sussidiario, « come condizione di efficienza, qualità avverbiale di una giustizia che può essere più o meno tempestiva »[117].

Pertanto, il concetto di ragionevole durata « implica *già* la scelta di un modello processuale, caratterizzato da certe garanzie [...] e può quindi essere definito solo a partire da quel modello che va *prioritariamente* individuato »[118].

Ma « il rapporto di priorità non esclude l'esigenza del bilanciamento che anzi traspare dalla stessa qualifica di "ragionevole" [per cui] occorre individuare, per ciascun valore primario, il nucleo essenziale delle garanzie, coerenti con il modello di riferimento, in relazione alle quali la durata del processo non può mai dirsi irragionevole [...] Dopodiché, nessun divieto di accrescere quel nucleo, ma impegno a ponderare attentamente le ripercussioni che il *surplus* di garanzie comporta sui tempi processuali »[119].

Il diritto di difesa, dunque, « in quanto principio, non è soggetto ad eccezioni; ed è, anzi, definito inviolabile dalla stessa Costituzione. Impensabile, dunque, scalfirlo in nome dell'efficienza o di altri valori. Ma è altrettanto vero che, per la sua stessa natura di principio, il diritto di difesa può illimitatamente espandersi; e le garanzie che lo compongono accrescersi all'infinito, sino a paralizzare di fatto la giustizia. Naturale, quindi, che anche la ragionevole durata debba rappresentare un limite, non al diritto di difesa in quanto tale, ma all'incontrollata proliferazione delle garanzie in cui potenzialmente esso si realizza »[120].

Soltanto di recente il nostro ordinamento ha scelto la via della definizione "costituzionale" dell'essenza del diritto di difesa, ossia di quel diritto di cui la prima parte della Costituzione continua, in modo quanto mai opportuno e cogente, a sancire la "inviolabilità"[121].

---

[117] Ferrua, *Il giusto processo*, cit., 61, con la precisazione che il termine sussidiario « non va inteso in senso riduttivo, designa[ndo] semplicemente un ordine logico, una cadenza nella definizione dei valori ».

[118] Ferrua, *Il giusto processo*, cit., 62. Come evidenzia Spangher, *Il « giusto processo » penale*, cit., 256, è il processo strutturato e garantito secondo le regole costituzionali che « dovrà avere una durata ragionevole, cioè idonea alla realizzazione delle sue finalità, e con le variabili connesse, fra gli altri elementi, alla materia, all'oggetto, ai soggetti ».

[119] Ferrua, *Il giusto processo*, cit., 62.

[120] Ferrua, *Il giusto processo*, cit., 63.

[121] Ventura, *Il diritto costituzionale di difesa*, in *La prova penale*, a cura di Ferrua, Marzaduri, Spangher, Torino, 2013, 991. Secondo Magliocca, *Il diritto di difesa*, in *Fisionomia costituzionale del processo penale*, a cura di Dean, Torino, 2007, 51, l'ampliamento del catalogo di regole e prin-

E non è un caso che la riforma costituzionale dell'art. 111 Cost. sia stata fermamente voluta dalle forze politiche proprio come forma di reazione ad una giurisprudenza costituzionale la quale, attingendo proprio al carattere indefinito del principio, aveva attuato la scelta strategica di delineare un modello processuale dai tratti essenziali decisamente dissonanti rispetto alle prospettive che esso era capace di aprire[122].

Il risultato è stato quello di pervenire alla restituzione di un sistema processuale penale tendenzialmente inquisitorio, il quale ha determinato la reazione sdegnata dell'intero mondo politico e parlamentare, ingenerandosi un vero e proprio stato di tensione istituzionale tra i più duri della storia repubblicana.

La Costituzione ha per lungo tempo dedicato alla difesa processuale[123] – questo, almeno, sul piano formale – poca attenzione, limitandosi, la considerazione di questa fondamentale garanzia processuale, all'enunciazione del profilo qualificativo contenuto nell'art. 24, comma 2 Cost.

Una norma tanto lapidaria quanto perentoria con la quale l'Assemblea Costituente volle limitarsi a segnare una direttiva precisa per il legislatore, al quale sarebbe spettato, poi, di adeguare le leggi alla norma fondamentale[124].

Lo svolgimento del programma sintetizzato nella direttiva costituzionale avrebbe indubbiamente potuto condurre a scelte di attuazione ben più incisive qualora fosse stata valorizzata, attraverso un'attenta ricostruzione sistematica, la funzione servente del diritto di difesa nell'ambito del processo penale rispetto al principio di legalità, ma l'impostazione ideologica degli operatori, assuefatti a modelli inquisitori di amministrazione della giustizia, ha favorito la diffusione di un atteggiamento rinunciatario rispetto all'approfondimento degli spazi evolutivi lasciati aperti dal sistema costituzionale in un comparto delica-

---

cipi ai quali deve uniformarsi l'esercizio della giurisdizione penale impone di verificare quale sia l'attuale dimensione strutturale ed operativa del diritto costituzionale di difesa.

[122] La relazione tra riforma costituzionale e giurisprudenza costituzionale è generalmente riconosciuta. V., per tutti, Spangher, *Il « giusto processo » penale*, cit., 255.

[123] V., sulla difesa giudiziaria penale e limitatamente alle voci enciclopediche, Bellavista, *Difesa giudiziaria penale*, in *Enc. dir.*, XII, 454; Voena, *Difesa penale*, cit., 1; Curtotti Nappi, *Difesa penale*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. III, 370; Ferrua, *Difesa (diritto di)*, cit., 466; Di Blasi, *Difesa (in generale)*, in *NN.D.I.*, V, 615.

[124] Secondo Di Blasi, *Difesa (in generale)*, cit., 618, l'inserimento del diritto di difesa nel nuovo testo costituzionale « non ha avuto solo lo scopo indicare al legislatore nuove direttive per concrete determinazioni legislative, ma ha posto in essere una nuova guarentigia costituzionale, idonea a rendere incostituzionale una legge preesistente o successiva che con essa si ponesse in contrasto ». Le risultanze dei lavori dell'Assemblea Costituente sono tratte da Falzone, Palermo, Cosentino, *La Costituzione della Repubblica italiana*, Roma, 1948, 58.

tissimo perché destinato a porre in discussione il nucleo essenziale delle prerogative dell'apparato investigativo pubblico.

A distanza di tanti anni, la Corte costituzionale ha dovuto riconoscere che, grazie all'integrazione operata mediante l'inserimento del principio del contraddittorio nella formazione della prova il quadro di riferimento costituzionale è profondamente mutato rispetto alla fase in cui sono state emesse le pronunce che, per lo più connotate da una dimensione prevalentemente ideologica[125], hanno caratterizzato la c.d. stagione controriformista, invalidando le disposizioni del codice che escludevano dal novero delle prove utilizzabili dal giudice dibattimentale le dichiarazioni unilateralmente acquisite dall'autorità d'indagine[126].

« [U]n codice è sempre un congegno di precisione assai complesso, i cui delicati equilibri sono determinati da un sistema di contrappesi e interazioni, tale che ogni spostamento può avere ripercussioni su tutte le altre parti »[127], di talché – e la Corte costituzionale ne era pienamente consapevole – « per stravolgere gli equilibri di un processo tendenzialmente accusatorio, non è necessario fare granché; basta eliminare qualche divieto di lettura, per generare l'effetto domino desiderato. Il conseguente vacillare del principio della separazione delle fasi si riverbera necessariamente sul principio della separazione dei ruoli: un atto di indagine raccolto dal pubblico ministero che assuma dignità di prova altera irrimediabilmente le dinamiche processuali, e relega la difesa a mero contraddittore *in partibus* »[128].

---

[125] Sottolinea questo aspetto, in relazione alla sentenza n. 255 del 1992, Illuminati, *Principio di oralità e ideologie della Corte costituzionale nella motivazione della sent. n. 255 del 1992*, cit., 1977. V., altresì, Taormina, *Il regime della prova nel processo penale*, cit., 464, il quale parla di « una corte costituzionale pervicacemente impegnata a distruggere il sistema, per evidente non condivisione ideologica ».

[126] Mette in rilievo la « penosa situazione in cui versa[va] il sistema processuale [...] irrimediabilmente sfigurato nei suoi tratti distintivi », Presutti, *Indagini difensive e « parità delle armi »*, cit., 610.

[127] Illuminati, *Principio di oralità e ideologie della Corte costituzionale nella motivazione della sent. n. 255 del 1992*, cit., 1974. Ma v., anche, Di Chiara, *L'inquisizione come « eterno ritorno »: tecnica delle contestazioni ed usi dibattimentali delle indagini a seguito della sentenza 255/92 della Corte costituzionale*, cit., 2015: « [I]l codice del 1988 si presenta, nel suo quanto mai composito volto strutturale, contraddistinto da un delicato equilibrio di *cheks and balances*, che ha nel diritto delle prove il proprio cuore pulsante; in un simile contesto qualunque modifica alla normativa concernente le modalità di elaborazione della prova altera gli equilibri dinamici pregressi, dando luogo a ripercussioni a raggiera non facilmente prevedibili *in vitro* e sulla cui reale portata solo l'esperienza potrà – e non in breve – compiutamente pronunciarsi ».

[128] Garofoli, *Giudizio, regole e giusto processo. I tormentati itinerari della cognizione penale*, cit., 516.

Pertanto, intervenendo su pochi punti la Corte ha colpito i meccanismi vitali del sistema processuale, determinando, come già detto, la « sostituzione, al modello dato, di un altro basato su principi diametralmente opposti »[129] nel cui ambito diveniva ancora più pressante l'esigenza di realizzare un compiuto modulo investigativo difensivo.

La Corte ha, per forza di cose, preso atto che il principio del contraddittorio nella formazione della prova nel processo penale sia espressamente enunciato nella sua dimensione "oggettiva", quale metodo di accertamento giudiziale dei fatti, nell'art. 111, comma 4 Cost.[130].

Esso è, inoltre, richiamato nella sua dimensione "soggettiva", quale diritto dell'imputato di confrontarsi con il suo accusatore, in particolare nel comma 3 del medesimo art. 111 Cost., ove viene riconosciuta alla persona accusata "la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico"[131].

Più tardi, tuttavia, la Corte costituzionale si è definitivamente discostata dall'orientamento fondato sul riconoscimento di una posizione paritaria alla duplice dimensione del principio del contraddittorio nel contesto dell'art. 111 Cost., statuendo che nel momento stesso in cui prevede una deroga basata sul "consenso dell'imputato" – e non già sul "consenso delle parti" o della "parte controinteressata" – ponendola per giunta al vertice della terna di ipotesi derogatorie ivi contemplate, il quinto comma dell'art. 111 Cost. rivela chiaramente che il principio del contraddittorio nel momento genetico della prova rappresenta precipuamente – nella volontà del legislatore costituente – uno strumento di salvaguardia "del rispetto delle prerogative dell'imputato"[132].

A prescindere da qualsiasi considerazione sulla configurabilità di una concezione oggettiva del contraddittorio – continua poi la Corte – l'enunciazione

---

[129] Illuminati, *Principio di oralità e ideologie della Corte costituzionale nella motivazione della sent. n. 255 del 1992*, cit., 1974. Come evidenzia Taormina, *Come restituire il processo penale alla volontà del legislatore delegante*, cit., 398, « quando una crepa si forma nelle strutture portanti essa è destinata ad espandersi ed a travolgere ogni cosa ».

[130] Corte cost., 12 ottobre 2000, n. 440.

[131] Corte cost., 12 ottobre 2000, n. 440.

[132] Corte cost., 26 giugno 2009, n. 184. La messa in discussione dell'impostazione originariamente patrocinata era già ravvisabile, a dire il vero, in Corte cost., 5 aprile 2007, n. 117, ove la Corte aveva precisato che l'enunciazione contenuta nell'art. 111, comma 4 Cost. non comporta che il cosiddetto profilo oggettivo del contraddittorio non sia correlato con quello soggettivo e non costituisca comunque un aspetto del diritto di difesa. Aveva intravisto i segnali di un mutamento di prospettiva, nella lettura della norma costituzionale, Iafisco, *Il "giusto processo" all'imputato irreperibile all'esame della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2007, 1129.

del quarto comma dell'art. 111 Cost., secondo cui nel processo penale la formazione della prova è regolata dal principio del contraddittorio, non comporta affatto che il cosiddetto profilo oggettivo del medesimo non sia correlato con quello soggettivo e non costituisca comunque un aspetto del diritto di difesa, come attesta eloquentemente la circostanza che il successivo quinto comma, nell'ammettere la deroga al principio, fa riferimento anzitutto al consenso dell'imputato [133].

A parere della Corte catalogare i diritti sanciti dall'art. 111 Cost. in due classi contrapposte – ora, cioè, tra le "garanzie oggettive", ora tra quelle "soggettive" – risulta in effetti fuorviante, nella misura in cui pretenda di reinterpretare, in una prospettiva di protezione dell'efficienza del sistema e delle posizioni della parte pubblica, garanzie dell'imputato, introdotte nello statuto costituzionale della giurisdizione e prima ancora nelle Convenzioni internazionali essenzialmente come diritti umani [134].

« Duplice » – è stato detto – « è il fondamento della difesa come funzione del processo: diritto individuale e garanzia di corretto accertamento giudiziale. Nel primo profilo [...] un sistema di accertamento per applicare la pena non può relegare ai margini del processo chi rischia di subirla, ma deve consentirgli di interloquire con pari, se non maggiore, titolo di chi esprime l'interesse alla punizione del colpevole, ossia l'accusatore; soprattutto perché la sentenza, una volta divenuta irrevocabile, vale indipendentemente dalla giustizia delle sue statuizioni [...] Il secondo profilo (la difesa come garanzia oggettiva) esprime una scelta gnoseologica, eminentemente utilitaria, ancillare rispetto ai fini del processo. È la speranza – come dice una vecchia e suggestiva metafora – che "contrapponendo ai ragionamenti e alle deduzioni dell'accusa i ragionamenti e le deduzioni della difesa" si produca "l'attrito dal quale, come

---

[133] Corte cost., 26 giugno 2009, n. 184. La costruzione, come è evidente, delinea un'impostazione dei rapporti tra diritto di difesa e contraddittorio che era stata più volte ribadita dalla Corte costituzionale negli anni immediatamente successivi alla sua effettiva attivazione. Tra le diverse pronunce che avevano visto nel principio del contraddittorio un portato del diritto di difesa v., in particolare, Corte cost., 18 marzo 1957, n. 46; Corte cost., 1 dicembre 1959, n. 59; Corte cost., 27 aprile 1963, n. 59; Corte cost., 7 giugno 1963, n. 108; Corte cost., 31 maggio 1965, n. 41. In dottrina v., per l'accoglimento di un'impostazione siffatta, Conso, *Considerazioni in tema di contraddittorio nel processo penale italiano*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1966, 412, secondo il quale « in un processo penale non configurabile quale processo fra parti paritariamente contrapposte, l'idea di contraddittorio sottintende l'esigenza di un'effettiva difesa (e « difesa » nel processo penale [...] è la « difesa dell'imputato »), vale a dire di una difesa in grado di funzionare efficacemente, ad ogni momento ».

[134] Corte cost., 26 giugno 2009, n. 184.

da ferro battuto, sprizzano quelle scintille di luce che illuminano la mente e la coscienza dei giudicanti" »[135].

La chiarezza della terminologia utilizzata si coniuga con una impareggiabile ricchezza di significati, tale da fare emergere l'indefettibilità del ruolo di un'effettiva difesa nell'ambito della dinamica processuale penale, considerata non soltanto come strumento di garanzia della posizione della parte più debole del processo, ma, ancora prima, quale elemento concorrente a caratterizzare lo statuto epistemologico del modello di processo penale che si usa identificare con l'aggettivo "accusatorio".

La valorizzazione del diritto di difesa, che principalmente si traduce, sul piano processuale, nell'accettazione del metodo di accertamento fondato sul contraddittorio nella formazione della prova[136], è, come già visto poco sopra, culturalmente – ancora prima che giuridicamente – strumento intimamente collegato con la scelta di un modello processuale a struttura accusatoria.

Dunque, difesa penale e contraddittorio costituiscono i termini inseparabili di un polo funzionale chiamato a confrontarsi, in una logica di commistione temperata dal canone qualificativo, con il principio, di rango parimenti costituzionale, della ragionevole durata.

Posto, allora, che il contraddittorio non è compromesso dall'attività acquisitiva interna all'incidente probatorio e che il carattere proteiforme e la forza espansiva del diritto di difesa rendono oltremodo problematica l'operatività della funzione compensativa della ragionevole durata, è nell'ambito di siffatto quadro relazionale problematico che deve scorgersi la chiave di lettura del rapporto tra la prova precostituita mediante incidente istruttorio ed il dibattimento.

7. *La rilettura dell'art. 190 c.p.p.*

Ed allora, posto che l'art. 511, comma 2 c.p.p. non delinea i criteri secondo i quali il giudice deve determinarsi in ordine alla eventuale effettuazione dell'esame del dichiarante prodromico – salvo che esso, dice infatti la norma, non abbia luogo – alla lettura del verbale introdotto ai sensi dell'art.

---

[135] Ferrua, *Difesa (Diritto di)*, in *Dig. disc. pen*., III, 468. V., inoltre, Voena, *Difesa penale*, in *Enc. giur.*, X, 3. Nonché, per ulteriori considerazioni, Grifantini, *Tutti i nodi vengono al pettine: l'incognita del difensore-istruttore tra miti e realtà*, in *Cass. pen.*, 2004, 398.

[136] V., per siffatta impostazione dei rapporti tra i due valori di rango costituzionale, ovviamente in relazione al sistema processuale previgente, Conso, *Considerazioni in tema di contraddittorio nel processo penale italiano*, cit., 413.

431, comma 1 lett. e c.p.p., l'analisi dello snodo problematico che ci occupa deve prendere le mosse dalle caratteristiche del vaglio di ammissibilità della prova delineato dall'art. 190 c.p.p., il quale, è stato efficacemente detto, opera su un doppio livello: un controllo sulla rispondenza delle prove a parametri di legalità ed uno relativo alla loro utilità e idoneità dimostrativa[137].

« Il primo » – è stato specificato – « si traduce in una ricognizione di eventuali preclusioni o divieti probatori; il secondo nel vaglio di corrispondenza dei mezzi istruttori allo scopo dell'accertamento »[138].

La seconda prospettiva, particolarmente complessa, « richiama una serie di valutazioni del giudice ispirate a criteri di razionalità in conformità » – si badi – « al principio della ragionevole durata del processo »[139].

Al di là delle diverse linee di pensiero che possono prospettarsi[140], non v'è dubbio che il giudizio di rilevanza della prova attenga alla astratta capacità dimostrativa dell'ipotizzato risultato probatorio rispetto al tema oggetto di prova, mentre la valutazione di non superfluità tende a verificare la potenziale utilità della prova, già riconosciuta non irrilevante, da un punto di vista quantitativo, di talché « sono prove superflue quelle che si rivelino ridondanti, in quanto iterative di apporti gnoseologici già conseguiti o conseguibili attraverso altri esperimenti »[141].

La ricostruzione delle condizioni di ammissibilità[142] soffre – e ciò emerge già dalla semantica impiegata, ove il ricorso all'avverbio "manifestamente" tende a limitare fortemente il perimetro della valutazione giudiziale[143] – della collocazione ordinaria del momento ammissivo nell'ambito degli atti introduttivi del dibattimento, allorquando il substrato cognitivo del giudice è rappre-

---

[137] Adorno, *L'ammissione della prova in dibattimento*, cit., 147.

[138] Adorno, *L'ammissione della prova in dibattimento*, cit., 148.

[139] Adorno, *L'ammissione della prova in dibattimento*, cit., 148.

[140] Ubertis, *Prova (in generale)*, cit., 320.

[141] Adorno, *L'ammissione della prova in dibattimento*, cit., 154. Rileva Rivello, *Limiti al diritto alla prova*, cit., 29, come « ogni diversa valutazione, non improntata ai suddetti criteri, esula dal potere del giudice e, ostacolando il diritto alla prova in capo alle parti, concreta una violazione di legge che vizia la relativa pronuncia ».

[142] Come rilevano Scalfati, Servi, *Premesse sulla prova penale*, cit., 36, si tratta di condizioni minime « che saldano il contenuto delle richieste al *thema decidendi*, in modo che il primo non risulti esorbitante rispetto al secondo ».

[143] De Caro, *Ammissione e formazione della prova in dibattimento*, cit., 379, per il quale la valutazione stessa è « ancorata solo alla verificabilità di una cornice entro cui l'iniziativa probatoria si muove a discrezione delle parti e oltre la quale si incontrano i territori dell'eccentricità rispetto al tema di prova, di solito solcati da strumentali richieste dilatorie e del tutto estranee alle dinamiche ricostruttive specifiche ».

sentato dagli enunciati esplicativi di cui all'art. 493, comma 1 c.p.p. e dalle indicazioni contenute nelle liste depositate ai sensi dell'art. 468 c.p.p.[144].

« Le richieste di prova » – è stato evidenziato al fine di rendere quanto più concreto possibile, anche negli stretti limiti in cui è stato pensato, il controllo del giudice – « non possono ridursi alla mera elencazione dei fatti che si intendono introdurre e degli elementi a sostegno, dovendo, invece, accompagnare le richieste con la spiegazione razionale delle ragioni attraverso le quali si vuole collegare la singola prova al fatto (meglio: all'asserzione) che si vuole dimostrare come "vero" »[145].

Lo sviluppo dibattimentale del programma probatorio esposto in sede di richieste di prova conduce, come è ovvio, a nuovi apporti cognitivi, i quali si presentano come idonei a concorrere alla rielaborazione dell'originaria dinamica istruttoria in virtù di un'incidenza diretta sui contenuti dell'ordinanza ammissiva, suscettibile di essere, ai sensi dell'art. 495, comma 4 c.p.p., rivista in senso espansivo ovvero riduttivo.

« L'incedere dell'istruzione dibattimentale » – infatti – « può imporre un adattamento delle esigenze cognitive, in grado di sfociare nella revoca dell'ammissione di prove risultanti superflue o nell'ammissione di prove già escluse »[146].

La valutazione di non rilevanza o superfluità della prova è, in altri termini, un polo decisorio fortemente dinamico, che alimenta ma che allo stesso tempo viene alimentato dall'entità e dalla portata dei contributi cognitivi connessi ai vari esperimenti istruttori, essendo tutt'altro che insensibile ai risultati di ciascuno di essi.

Ed infatti, la Corte di cassazione ha chiarito che il potere di revoca del provvedimento di ammissione *ex* art. 495, comma 4 c.p.p. è più esteso di quello riservato al giudice nel segmento introduttivo del dibattimento, in ragione del quadro cognitivo ben più ampio che si offre al giudicante in virtù dell'espletamento di una più o meno estesa attività istruttoria[147].

---

[144] De Caro, *Ammissione e formazione della prova in dibattimento*, cit., 370, sottolinea il collegamento funzionale che lega il momento della richiesta ammissiva con quello del deposito delle liste, posto che « il rispetto dei tempi e dei modi della presentazione della lista indicato dall'art. 468 c.p.p. a pena di inammissibilità costituisce il presupposto indefettibile per essere legittimati a richiedere l'ammissione [...] In tal modo, possiamo ritenere i due momenti collegati funzionalmente, costituendo un'unica e complessa parte del procedimento probatorio ».

[145] De Caro, *Ammissione e formazione della prova in dibattimento*, cit., 369, il quale sottolinea, pertanto, il ruolo essenziale che l'argomentazione gioca al fine di dare contezza dell'utilità e pertinenza della prova di cui si chiede l'ammissione.

[146] Adorno, *L'ammissione della prova in dibattimento*, cit., 197.

[147] Cass. pen., Sez. VI, 8 luglio 2002, Mattana. Pur ritenendo comunque operante il requisito

In tema di provvedimenti del giudice in ordine alla prova – ha chiarito la Suprema Corte – il diritto dell'imputato all'ammissione delle prove a discarico, di cui all'art. 495, comma 2 c.p.p., va coordinato con il potere attribuito al giudice dal comma 4 del medesimo articolo di revocare l'ammissione di prove che risultino superflue.

Tale potere, esercitato dal giudice sulla base delle risultanze della istruttoria dibattimentale, è ben più ampio di quello che al medesimo è riconosciuto all'inizio del dibattimento, fase processuale caratterizzata dalla normale verginità conoscitiva dell'organo giudicante rispetto alla regiudicanda e pertanto regolata dal più restrittivo canone di cui all'art. 190, comma 1 c.p.p., richiamato dall'art. 495, comma 1 c.p.p., in base al quale, stante il diritto delle parti alla prova, il giudice può non ammettere le sole prove vietate dalla legge o quelle che "manifestamente" risultino superflue o irrilevanti.

Ne consegue che la censura di mancata ammissione di una prova decisiva si risolve, una volta che il giudice abbia indicato in sentenza le ragioni della revoca della prova già ammessa, in una verifica della logicità e congruenza della relativa motivazione raffrontata al materiale probatorio raccolto e valutato[148].

Di talché, la valutazione stessa non può sottrarsi all'influenza degli elementi di prova già disponibili nella fase iniziale del processo in quanto legittimamente formati – in ipotesi, mediante l'incidente probatorio – e, parimenti, legittimamente acquisiti al fascicolo processuale, trattandosi di dati cognitivi dinanzi ai quali i caratteri di ipoteticità e astrattezza del giudizio fondato su proposizioni probatorie vengono sovrastati dalla concretezza di una valutazione su risultati già acquisiti.

Detto questo sul piano generale, non può trascurarsi di considerare, in un'ottica di compatibilità del versante ammissivo dell'esperimento probatorio accompagnato dalla disponibilità dei correlati elementi cognitivi con il principio della ragionevole durata del processo, come il parametro valutativo delle

---

selettivo previsto dall'art. 190 c.p.p., Adorno, *L'ammissione della prova in dibattimento*, cit., 200, riconosce che «è ovvio che la valutazione sottostante alla revoca del provvedimento ammissivo [...] sarà inevitabilmente condizionata dal mutamento del quadro probatorio indotto dallo svolgimento dell'istruzione dibattimentale, che consenta di ritenere il risultato conoscitivo già acquisito».

[148] Cass. pen., Sez. VI, 6 ottobre 1999, Malorgio. La soluzione prescelta dalla Cassazione è ritenuta da Fanuele, *Un difficile punto di equilibrio tra il diritto alla prova delle parti e il controllo di legalità del giudice nel procedimento probatorio*, in *Cass. pen.*, 2001, 910, sia logica, sotto il profilo della dinamica del procedimento, sia corretta sotto il profilo normativo. In senso contrario v., come già detto, Adorno, *L'ammissione della prova in dibattimento*, cit., 200. Oltre che, per ragioni connesse alla garanzia dell'imparzialità del giudice, De Caro, *Ammissione e formazione della prova in dibattimento*, cit., 378.

necessità correttive della prefigurata – in sede di richieste di prova – dinamica istruttoria sia sufficientemente aperto e meno vincolante di quello previsto dall'art. 190 c.p.p., implicando una valutazione di superfluità della prova non qualificato dal requisito dell'evidenza.

« La previsione, nell'art. 190, comma 1 e nell'art. 468, comma 2 c.p.p., del termine "manifestamente", il quale non viene riprodotto, invece, nell'art. 495, comma 4 c.p.p. » – si è, con estrema efficacia, posto in rilievo – « non appare una scelta priva di significato da parte del legislatore. Si è già sottolineato come il motivo dell'inserimento di tale avverbio, con riferimento all'art. 190, comma 1 c.p.p., sia legato alla generalità del principio fissato da questa stessa norma, richiamata dall'art. 495, comma 2 c.p.p., la quale è destinata ad operare nel momento iniziale del dibattimento, quando ancora il giudice non conosce la regiudicanda. Allo stesso modo, nell'art. 468, comma 2 c.p.p., la presenza dell'avverbio "manifestamente" si giustifica in considerazione del carattere meramente ordinatorio del provvedimento presidenziale, contemplato da quest'ultima disposizione, provvedimento che appunto, in quanto ordinatorio, non e' in grado di pregiudicare la decisione successiva in tema di ammissione della prova, di cui all'art. 495 c.p.p. Da tutto ciò si deduce, quindi, che l'assenza del medesimo avverbio dal contesto dell'art. 495, comma 4 c.p.p. non e' casuale, bensì legata al fatto che la revoca dell'ammissione delle prove può avvenire in un momento in cui, proprio alla luce del materiale probatorio raccolto, la prova appare ormai superflua, cioè inutile »[149].

D'altra parte, a fronte delle notevoli perplessità destate dalla tipizzazione della sopravvenuta superfluità della prova quale presupposto esclusivo dell'ordinanza di revoca, si è evidenziato come, « fermo restando che il giudice, quale garante della legalità della prova, è sempre tenuto ad escluderla qualora ritenga, *melius re perpensa*, che essa sia stata ammessa in violazione di un divieto o si avveda della successiva genesi di quest'ultimo nel corso dell'istruzione dibattimentale, pare eccessivamente riduttivo inibire l'intervento revocatorio a fronte della sopravvenuta "irrilevanza" della prova »[150].

Conclusione ritenuta corretta « sia perché il parametro della superfluità opera pur sempre nel perimetro di ciò che risulta "processualmente rilevante", ragion per cui sarebbe incongruo consentire al giudice di escludere una prova divenuta "superflua", benché rilevante, e non attribuirgli analogo potere al cospetto di una prova non ridondante, ma apparsa *a posteriori* irrilevante; sia in

---

[149] Fanuele, *Un difficile punto di equilibrio tra il diritto alla prova delle parti e il controllo di legalità del giudice nel procedimento probatorio*, cit., 910.

[150] Adorno, *L'ammissione della prova in dibattimento*, cit., 201.

quanto la delimitazione dell'ambito applicativo dell'istituto della revoca alle sole ipotesi di "superfluità sopravvenuta" ne svuoterebbe la funzione conformativa della piattaforma probatoria al livello di conoscenze disponibili, anche a fronte di evenienze processuali, come la modifica dell'imputazione, in cui potrebbe risultare in seria difficoltà di senso l'intangibilità del provvedimento ammissivo di prove, in ipotesi, non più pertinenti al mutato oggetto *ex* art. 187 c.p.p. »[151].

Posto, allora, che non può sfuggire l'identità di *ratio* intercorrente tra tutti i casi in cui l'adozione di un provvedimento di ammissione della prova sconta la preventiva acquisizione di elementi cognitivi – si tratti di elementi riconducibili alla medesima fonte ovvero a fonti diverse cambia poco, dovendo il giudice comunque riflettere su dati conoscitivi legittimamente formati – diviene agevole individuare nei parametri valutativi intermedi previsti dall'art. 495, comma 4 c.p.p. i criteri guida della decisione giudiziale – la quale deve avvenire, in ogni caso, sentite le parti ed assume la forma dell'ordinanza[152] – inerente alla previa escussione della fonte già assunta mediante le forme dell'incidente probatorio, il legittimo rigetto della relativa richiesta schiudendo le porte alla lettura del verbale acquisito ai sensi dell'art. 431 c.p.p.

Può aversi, dunque, che la prova sia irrilevante perché tali si sono dimostrati i risultati dell'esperimento già condotto in sede di incidente istruttorio – volendo prescindere da essi ed apparendo persuasivi gli enunciati descrittivi di cui all'art. 493 c.p.p., il giudice dovrebbe, paradossalmente, ammettere la riedizione di un esperimento dimostratosi del tutto inutile e, quindi, ininfluente – ovvero superflua in quanto l'indicazione dei fatti che la parte richiedente intende provare lascia emergere una perfetta corrispondenza con quanto ha costituito oggetto della prova già assunta, secondo l'indicazione contenuta nella richiesta di incidente probatorio allora formulata, nelle deduzioni e, infine, nel provvedimento del giudice.

Ciò non toglie che possa sorgere effettivamente un'esigenza acquisitiva, la quale deve essere, tuttavia, esplicitata dalla parte richiedente in maniera persuasiva mediante un sapiente uso del frangente argomentativo proprio della fase delle richieste di prova[153] e, per ragioni di coerenza logico-sistematica, in funzione compensativa dei limiti cognitivi tipici dell'incidente probatorio.

---

[151] Adorno, *L'ammissione della prova in dibattimento*, cit., 201.

[152] Essendo « [c]hiara la funzione del preambolo dialettico [ossia] affermare o negare la sussistenza dei presupposti che giustificano l'adozione del provvedimento ammissivo ». Così Adorno, *L'ammissione della prova in dibattimento*, cit., 193; V., inoltre, De Caro, *Ammissione e formazione della prova in dibattimento*, cit., 376.

[153] Come già visto, De Caro, *Ammissione e formazione della prova in dibattimento*, cit., 369,

Ed allora, è agevolmente prospettabile il caso in cui l'incedere della parentesi probatoria anticipata sia stato tanto profondamente quanto effettivamente influenzato dalla parzialità della *discovery* assicurata dall'art. 498, comma 3 c.p.p., come modificato dall'art. 4, l. 7 agosto 1997, n. 267[154].

In questa evenienza, non v'è dubbio che la parte possa formulare una richiesta di esame afferente a circostanze diverse ovvero alle medesime circostanze su cui si è svolta l'audizione, ma che si propone l'approfondimento di profili la rilevanza dei quali non era emersa nel corso delle indagini preliminari.

A maggior ragione deve rinvenirsi una prospettiva acquisitiva seria tutte le volte in cui le circostanze del nuovo esame siano connesse ad una ridefinizione dell'oggetto di prova correlato ad una modifica dell'imputazione *ex* artt. 516 ss. c.p.p.[155].

La fase dibattimentale costituisce nell'attuale sistematica processuale il fulcro dell'ordinario defluire della dinamica cognitiva, la sede tipica di formazione della prova e, di conseguenza, anche il contesto di progressiva costruzione degli esatti contorni del *thema decidendum*.

È connaturata alla struttura del nuovo processo, dunque, la "perfettibilità" della contestazione dell'accusa: « il c.d. principio di cristallizzazione dell'accusa » – è stato notato – « sarebbe evidentemente inadeguato in un processo che fa delle indagini preliminari una fase di raccolta di elementi, che possono risultare sufficienti per il rinvio a giudizio, ma che solo in giudizio acquisteranno consistenza probatoria »[156].

---

pone in evidenza il ruolo fondamentale che l'argomentazione assume al fine di persuadere il giudice dell'utilità e pertinenza della prova di cui si chiede l'ammissione. Anche se, rileva Chinnici, *Gli atti introduttivi al dibattimento*, cit., 1115, la riforma attuata con la l. 16 dicembre 1999, n. 479 ha determinato un livellamento verso il basso dello spessore argomentativo.

[154] Sembra suggerire siffatta impostazione, al fine di arginare « una prassi indulgente, sempre propensa a scorciatoie cognitive », Valentini, *Cronaca di una morte annunciata: l'incidente probatorio e il diritto alla prova*, in *Arch. pen.*, 2013, 267. Denuncia la valenza generale dei limiti al contraddittorio connessi alla mancata conoscenza di tutti gli atti del processo, in una prospettiva critica rispetto all'art. 190-*bis* c.p.p., invece, De Caro, *Ammissione e formazione della prova in dibattimento*, cit., 381.

[155] Sul tema v., in generale, Aiuti, *Le nuove contestazioni*, in *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, diretto da Spangher, Marandola, Garuti, Kalb, Milanofiori Assago, 2015, 1346; Tucci, *Artt. 516-522*, in *Codice di procedura penale*, a cura di Giarda, Spangher, Milanofiori Assago, 2010, 6579. V., volendo, Suraci, *Nuove contestazioni*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, Milanofiori Assago, 2009, 441.

[156] Giuliani, *Modificazione dell'imputazione in dibattimento e diritto alla prova*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1993, 1131.

Ovviamente, permane sempre la necessità che l'atto con cui viene esercitata l'azione penale[157] contenga una precisa definizione dell'imputazione poiché, come è stato attentamente rilevato, « il diritto di difesa non può attuarsi [...] se l'imputato non viene messo in condizioni di conoscere l'accusa, in primo luogo, e quindi di difendersi tempestivamente dalla stessa »[158], ma l'emersione di elementi modificativi dell'accusa originaria costituisce, nel nuovo sistema, un'evenienza tutt'altro che eccezionale[159], per cui si pongono correlati problemi di « aggiustamento della contestazione »[160] che non possono rimanere privi di una compiuta regolamentazione la quale, sul piano degli effetti, salvaguardi le esigenze connesse all'inviolabilità del diritto di difesa e, nel contempo, assicuri la convivenza di esse con irrinunciabili ragioni di economia processuale[161].

In stretta connessione con la prima delle predette esigenze si colloca la prospettiva della nuova acquisizione della prova, il perimetro cognitivo del giudice avendo finito con il subire uno stravolgimento a cagione dell'iniziativa del pubblico ministero sul versante imputativo, i cui effetti sull'oggetto della prova non possono non influire sulla compiutezza del precedente esame e, quindi, sulla decisione circa una sua eventuale riedizione.

---

[157] Atto che Cordero, *Considerazioni sul principio d'identità del « fatto »*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1958, 436, ricostruisce come una fattispecie "ad effetti multipli" poiché accanto al dovere di decidere sul tema dell'imputazione, costituisce quello, a contenuto omissivo, di astenersi dal pronunciare sulle situazioni che ne esorbitano.

[158] La Marca, Sanlorenzo, *Contestazioni*, in *Dig. disc. pen.*, VI, 520. Con limpidezza, Tessitore, *Contestazioni suppletive dibattimentali e diritto di difesa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1970, 626, ribadisce che la contestazione dell'accusa, pur non esaurendo l'essenza del contraddittorio, ne costituisce la base ed il presupposto indefettibile, « essendo chiaro che nessuna effettiva possibilità di difesa, personale o tecnica, potrà essere assicurata all'imputato, ove questi non venga posto in grado, anzitutto, di conoscere il contenuto degli addebiti che gli si muovono ».

[159] Ubertis, *Giudizio di primo grado nel diritto processuale penale*, in *Dig. disc. pen.*, V, 538, il quale osserva come costituisca « una inevitabile conseguenza della scelta di procedere alla formazione dibattimentale della prova quella di trovarsi più spesso che nel sistema codicistico del 1930 di fronte alla necessità per il pubblico ministero di rimodellare la propria ipotesi accusatoria a seconda delle risultanze probatorie dibattimentali ». V., inoltre, Lozzi, *Modalità cronologiche della contestazione suppletiva e diritto di difesa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, 342, secondo cui, nel sistema processuale vigente, la modifica dell'imputazione è « una eventualità fisiologica ».

[160] Marini, *Nuove contestazioni*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, Torino, 1991, 452.

[161] « La nuova funzione del dibattimento impone » – osservano La Marca, Sanlorenzo, *Contestazioni*, cit., 524 – « l'abbandono del vecchio principio di immutabilità dell'accusa cristallizzata all'inizio del dibattimento medesimo, priva di significato allorquando è proprio in tale fase che si ricostruisce il fatto attraverso la formazione degli elementi di prova ».

CONCLUSIONI

L'esito dell'analisi condotta nelle pagine che precedono consente di pervenire ad una constatazione che nessuno oramai smentisce, ossia quella secondo cui l'incidente probatorio tende a perdere gli originari tratti di incidentalità, costituendo soprattutto in determinate procedure – caratterizzate dalla natura dell'imputazione ovvero dalle qualità dei protagonisti – la sede ordinaria di formazione della prova.

E non, si badi, di una prova qualsiasi, bensì di quella decisiva per le sorti del processo.

L'incidente probatorio, in siffatte evenienze, non è più o comunque non è soltanto una parentesi incidentale che genera prove in ipotesi irripetibili, ma riempie, alcune volte esaurendolo, il segmento istruttorio.

La prova, nei procedimenti specificamente contrassegnati dai requisiti di cui all'art. 392, comma 1-*bis* c.p.p., si forma altresì nel contraddittorio delle parti e alla luce di uno spettro cognitivo contrassegnato dalla piena *discovery* degli atti investigativi.

Pienezza della *discovery* e decisività della prova sono ingredienti che, nella grande parte dei casi, determinano una situazione di pre-formazione di un compendio decisorio tendenzialmente immodificabile e già in sé sufficiente a sorreggere le conclusioni di tutte le parti coinvolte nel processo.

Ed allora, la fattispecie incidentale, difficilmente ridefinibile sul terreno dei meccanismi introduttivi in ragione della necessaria attenzione che deve porsi al corretto instaurarsi del contraddittorio ed alla rigida definizione delle dimensioni – soggettiva ed oggettiva – dell'attività acquisitiva, può effettivamente assumere un rilievo centrale nella dinamica processuale qualora, ribaltandosi i termini della relazione sistemica che intercorrere con la fase processuale, si accetta l'idea che sia il processo ad insinuarsi nell'incidente e non necessariamente il contrario.

Si intende dire, in altri termini, che la procedura incidentale può divenire fase di giudizio se, unendosi le note caratteristiche appena accennate – completezza della *discovery* e decisività della prova – ad una valutazione di compiutezza probatoria si materializza la disponibilità di tutti i protagonisti a definire il processo in un segmento procedimentale contiguo e correlato – sul piano logico, spaziale e temporale – al momento acquisitivo vero e proprio.

Incidente probatorio, dunque, non più inteso come fase pre-formativa di una prova da spendere in un successivo dibattimento, bensì alla stregua di pa-

rentesi probatoria tendenzialmente correlata ad uno specifico modello processuale, attivabile ad iniziativa della parti – pubblico ministero e imputato – e collocato a ridosso della stessa.

Modello, quest'ultimo, ovviamente da conformare secondo geometrie compatibili con il dettato costituzionale.

Le strade percorribili potrebbero, tuttavia, essere diverse.

Potrebbe, in ipotesi, pensarsi ad un concordato sulla pena che, libero dai vincoli oggettivi e soggettivi di cui all'art. 444 c.p.p. ma comunque introdotto seguendo i consueti itinerari, correli il beneficio premiale ad un esito processuale che negli atti – investigativi e probatori – compiuti trova il proprio substrato decisorio.

Ovvero, potrebbe strutturarsi una fattispecie speciale che, incentrata su un prosieguo dell'udienza camerale prevista dall'art. 401 c.p.p. richiesto dalle parti, collochi in questa la fase conclusiva del processo, quest'ultimo suscettibile di consegnare qualsiasi esito e reso appetibile dalla previsione di un congruo beneficio premiale in caso di condanna.

Un processo, in altre parole, richiesto da soggetti processuali che, all'esito dell'incidente e sulla base degli atti resi ostensibili dalla previsione di cui all'art. 398, comma 3-*bis* c.p.p., assimilano un risultato conoscitivo ritenuto immodificabile.

V'è tanto da verificare, ma la prospettiva riuscirebbe, con apparente paradosso, a coniugare contraddittorio e deflazione.

Finito di stampare anno 2017
presso le Industrie Grafiche della Pacini Editore Srl
Via A. Gherardesca • Ospedaletto • Pisa
Telefono 050 313011 • Telefax 050 3130300
pacinieditore.it