

LEONARDO SURACI, *L'atto irripetibile*.

PROBLEMI ATTUALI DELLA GIUSTIZIA PENALE

Studi raccolti da ANGELO GIARDA - GIORGIO SPANGHER - PAOLO TONINI

LEONARDO SURACI

# L'ATTO IRRIPETIBILE



CEDAM

CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI

2012

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© Copyright 2012 Wolters Kluwer Italia Srl

ISBN: 978-88-13-33496-3

Ai sensi della legge sul diritto d'autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro.

*Stampato in Italia – Printed in Italy*

---

Fotocomposizione: Studio Editoriale Gordini (Padova)

Stampa: Grafiche TPM s.r.l. – Padova

*A Carmelina e alle nostre  
bambine, Maria e Valeria.  
Fonti inesauribili d'amore  
verso di me.*









## INDICE-SOMMARIO

<i>Premessa introduttiva</i>	p.	1
------------------------------	----	---

### CAPITOLO I

#### L'ATTO PROCESSUALE PENALE

1. L'atto processuale nel sistema del nuovo codice di procedura penale	p.	5
2. Fatto giuridico e atto giuridico	p.	9
3. Fatto processuale e atto processuale. La "processualità" dell'atto.	p.	13
4. I presupposti dell'atto processuale.	p.	17
5. Atto processuale, esternazione e documentazione.	p.	19

### CAPITOLO II

#### L'ATTO IRRIPETIBILE NELLA DINAMICA DEL PROCEDIMENTO PENALE

1. Irripetibilità "effettiva" (o "in concreto") e "potenziale" (o "in astratto").	p.	23
2. Atti, rilievi e accertamenti tecnici.	p.	28
3. Profili di incidenza dell'irripetibilità sulla sequenza probatoria.	p.	34
4. I principi del processo accusatorio e l'irripetibilità.	p.	40

INDICE-SOMMARIO

CAPITOLO III

LA LEGITTIMAZIONE AL COMPIMENTO  
DI ATTI IRRIPETIBILI.

1. Gli atti irripetibili compiuti dal pubblico ministero. In particolare: gli accertamenti tecnici irripetibili.	p.	51
2. Gli atti irripetibili della polizia giudiziaria.	p.	66
3. Gli atti irripetibili compiuti nell'ambito delle investigazioni difensive.	p.	82
4. L'incidente probatorio.	p.	95
5. La circolazione delle prove.	p.	106
6. L'acquisizione delle sentenze <i>ex art. 238-bis c.p.p.</i>	p.	112

CAPITOLO IV

GLI ATTI A SORPRESA

1. Mezzi di prova e mezzi di ricerca della prova.	p.	119
2. Ispezioni.	p.	121
3. Perquisizioni.	p.	129
4. Sequestro probatorio.	p.	136
5. Intercettazioni di conversazioni e comunicazioni.	p.	142
6. Analisi di campioni.	p.	154

CAPITOLO V

L'IMPOSSIBILITA' DI RIPETIZIONE  
DELL'ATTO (ART. 512 C.P.P.).  
SUOI RIFLESSI SULLA DELIMITAZIONE  
DEL CONCETTO DI ATTO IRRIPETIBILE.

1. La distinzione tra irripetibilità originaria ed irripetibilità sopravvenuta.	p.	163
2. La fattispecie delineata dall'art. 512 c.p.p.	p.	169
3. I fattori pregiudicanti la rinnovazione della prova dichiarativa.	p.	175
4. La modificazione dell'oggetto quale fattore		

## INDICE-SOMMARIO

pregiudicante la rinnovazione di atti d'indagine.	p.	183
5. L'imprevedibilità del fattore impeditivo della rinnovazione.	p.	187
6. Un caso particolare: la dichiarazione del testimone morente.	p.	193

## CAPITOLO VI

### IL CONCETTO DI IRRIPETIBILITA'

1. L'atto irripetibile nell'ambito del sistema c.d. del «doppio fascicolo».	p.	197
2. L'assenza di una definizione normativa di atto irripetibile.	p.	202
3. La "sorpresa" come carattere tipico dell'atto irripetibile.	p.	207
4. La concezione «empirica» dell'irripetibilità.	p.	210
5. La non recuperabilità del risultato probatorio come sinonimo di irripetibilità.	p.	218
6. La nozione costituzionale di irripetibilità.	p.	223
7. L'irripetibilità quale nozione complessa.	p.	226
8. L'ultimo approdo della Suprema Corte: Sezioni Unite, 18 dicembre 2006, n. 41281.	p.	231

## CAPITOLO VII

### LA COSTITUZIONALIZZAZIONE DEL PRINCIPIO DEL CONTRADDITTORIO NELLA FORMAZIONE DELLA PROVA E L'IRRIPETIBILITA'

1. La progressiva destrutturazione del sistema probatorio originario.	p.	239
2. L'inserimento dei principi del giusto processo nella Costituzione.	p.	248
3. Le eccezioni al principio del contraddittorio.	p.	257
4. Le eccezioni al principio del contraddittorio e le implicazioni sulla delimitazione del concetto di irripetibilità.	p.	264
5. Una breve (ma importante) notazione.	p.	268

L' ATTO IRRIPETIBILE: UNA  
PROSPETTIVA RICOSTRUTTIVA

1. La fattispecie acquisitiva incentrata sulla figura dell'atto irripetibile.	p.	269
2. L'identità dell'atto. I criteri formativi quali elementi di struttura dell'atto processuale.	p.	274
3. La funzione dell'atto processuale.	p.	276
4. Una prima accezione di irripetibilità. L'irripetibilità "funzionale".	p.	281
5. Le fattispecie acquisitive non riconducibili all'area concettuale dell'irripetibilità.	p.	284
6. Gli atti irripetibili.	p.	289
7. Una seconda accezione di irripetibilità. L'irripetibilità "occasionale".	p.	291
8. L'efficacia in senso «orizzontale» dell'irripetibilità occasionale.	p.	295
<i>Considerazioni conclusive.</i>	p.	303
<i>Bibliografia.</i>	p.	307

## PREMESSA INTRODUTTIVA

Studiare la categoria dell'atto irripetibile significa accostarsi ad un tema che costituisce – nei termini che saranno chiariti – uno dei dati di connotazione del processo penale di stampo accusatorio introdotto nel nostro ordinamento, oramai, oltre vent'anni addietro.

Un procedimento di questo tipo, invero, non può prescindere dalla previsione, almeno tendenziale o, se si vuole, in linea di principio, dell'operare congiunto di caratteri indefettibili quali il contraddittorio, l'oralità, l'immediatezza, la concentrazione.

Tutti principi, questi, variamente combinabili tra di loro e diversamente modulabili sotto il profilo spazio-temporale dello sviluppo dell'itinerario procedimentale, ma mai suscettibili di soggiacere a scelte di sistematica rinuncia ovvero di perdurante e diffusa attenuazione applicativa.

Un processo penale che, infatti, scegliesse di prescindere da essi non potrebbe definirsi di tipo accusatorio: sarebbe sempre un processo, e questo è ovvio, ma un qualcosa di profondamente diverso dal processo di ispirazione accusatoria.

L'irripetibilità, almeno nel senso in cui è stata tradizionalmente intesa e nei termini in cui è stata progressivamente studiata, costituisce un elemento di connotazione eventuale del processo accusatorio nella misura in cui vale – essendo una categoria con la quale l'ordinamento processuale decide di confrontarsi e, dunque, uno strumento al quale decide, l'ordinamento medesimo, di ricorrere – a produrre un effetto di tipo derogatorio rispetto agli istituzionali – fondati, cioè, sull'operare coordinato dei sopra indicati principi – meccanismi di funzionamento del processo.

L'irripetibilità, infatti, costituisce una categoria che, almeno nei termini in cui è stata fino ad oggi studiata, è capace di determinare la metamorfosi funzionale di elementi conoscitivi formati per finalità e secondo metodologie diverse da quelle riguardanti gli elementi di prova in senso stretto.

Atti compiuti nel corso delle indagini preliminari ovvero in occasione di attività investigative difensive divengono, ricorrendo al requisito dell'irripetibilità, suscettibili di produrre elementi che il giudice del dibattimento – al quale vengono ordinariamente sottratti in virtù del noto meccanismo del doppio fascicolo, a sua volta costituente la veste operativa del principio fondamentale della separazione delle fasi – può (*rectius*: deve!) valutare ai fini della decisione sul merito dell'imputazione.

Un requisito, dunque, la cui ricorrenza mette in crisi tutto un complesso ordinato di regole che non raffigura una struttura semplicemente normativo-formale, ma si presta ad assolvere ad un ruolo funzionale rispetto alla garanzia di valori che, rettamente intesi, sono asserviti alla tutela dell'inviolabilità dei diritti della persona (anche) nell'ambito del processo penale.

Un requisito che, divenuto categoria processuale di così esteso spessore, avrebbe meritato maggiore cura nell'analisi dogmatica ed un'accentuata attenzione nell'utilizzo concreto.

Un requisito la problematicità della configurazione e della trattazione del quale non può sfuggire, posto che vengono chiamati in causa dati di carattere giuridico ed elementi di ordine fattuale che rendono inevitabilmente ampi gli spazi rimessi alla valutazione giudiziale.

Gli studi del fenomeno in discorso, che pure non sono mancati nel corso degli anni, hanno colto l'elevato spessore delle problematiche ad esso inerenti, al punto da consentire di pervenire ad un risultato elaborativo condiviso soltanto in ordine al punto concernente la distinzione tra una irripetibilità di carattere originario ed una fattispecie legata ad eventi sopravvenuti.

Ha giocato un ruolo decisivo, ovviamente, l'opzione normativa di astenersi dal fornire una definizione ovvero di tracciare le linee generali ed inderogabili della categoria, di talché essa si è prestata ad un utilizzo, soprattutto da parte della giurisprudenza, ad ampio raggio, in grado però di condurre al risultato di destrutturare un modello processuale che in essa aveva intravisto la premessa per il prodursi di fenomeni del tutto occasionali

ed eccezionali, sostituendovi un modulo di accertamento profondamente inciso da ciò che era divenuto, oramai, un fattore di turbativa del suo intrinseco equilibrio.

Il legislatore, evidentemente, aveva mal ponderato il peso di una Costituzione che si diceva essere “neutra” rispetto alle caratteristiche di fondo del processo penale, tale quindi da consentire l’apertura di vistose falle nell’ambito di un modello normativo dato ed in nome di principi – improvvisamente divenuti costituzionali – evanescenti: su tutti, il principio di non dispersione della prova.

Così, se, da un lato, l’irripetibilità c.d. originaria ha concorso a qualificare atti profondamente diversi per natura, struttura e provenienza, oltre che sotto i profili del modello formativo e della forma di documentazione, l’irripetibilità c.d. sopravvenuta – categoria costruita intorno alla fattispecie disciplinata dall’art. 512 c.p.p. – ha conosciuto un notevole ampliamento del proprio ambito operativo in virtù di un approccio giurisprudenziale ispirato al canone ermeneutico dell’interpretazione estensiva.

Con la riforma costituzionale del giusto processo e la conseguente ridefinizione di un modello processuale ispirato ai principi tipici del sistema accusatorio la categoria normativa dell’irripetibilità tende a riacquisire un significato autentico, siccome trattasi di strumento selettivo che assume ruolo e portata effettivi esclusivamente allorché operino meccanismi finalizzati ad arginare l’espandersi delle potenzialità conoscitive di atti investigativi in direzione del dibattimento.

La categoria, dunque, tende ad assumere un significato rinnovato, ad acquisire importanza e centralità e, con essa, rivive l’effettività di un sistema che, altrimenti, rimarrebbe connotato in un modo anziché in un altro soltanto in termini astratti.

Ovvio che, trattandosi di dare vita e corpo ad un meccanismo la cui base fattuale coincide (*rectius*: deve coincidere!) con una fattispecie il perfezionamento della quale si presta – in genere ma, come vedremo, non sempre – ad attuare una deroga al modello ordinario di formazione della prova – il contraddittorio, appunto – la fenomenologia che ci accingiamo ad esaminare deve tendenzialmente trovare spazio nell’ambito di almeno una delle situazioni che, in virtù di una opzione costituzionale che l’art. 111, co. 5 Cost. ha espresso per motivi di equilibrio sistematico ed effettività funzionale, consentono la realizzazione di-

namiche formative della prova penale peculiari sotto il profilo della partecipazione paritaria delle parti.

Il tema, dunque, vede accresciuti i propri profili problematici e non poteva essere diversamente posto che chiama in causa valutazioni coinvolgenti profili di vario rilievo e di differente spessore, entrando in gioco l'aspetto concernente la compatibilità costituzionale delle scelte legislative e quelli, di pari importanza, afferenti alla sostenibilità politico-sociale di esse, alla loro coerenza sistematica e, infine, alla loro opportunità su versanti di matrice ideologica.

La struttura delle fattispecie e la presenza di una norma di chiusura quale quella contenuta nell'art. 526, co. 1-*bis* c.p.p., inoltre, pongono sul tappeto problemi di bilanciamento in punto di distribuzione tra le parti dell'onere della prova.

Ce ne è abbastanza, quindi, per giustificare uno studio sull'irripetibilità.

Uno studio, però, che vuole essere soltanto introduttivo, finalizzato cioè a verificare, attraverso un'analisi che vede nelle caratteristiche dell'atto processuale il punto di partenza di un percorso la cui traccia visiva è costituita, da un lato, dall'esame dei requisiti del modello processuale penale italiano, dall'altro dalla verifica dello stato dell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, se sia possibile giungere alla costruzione di un concetto di atto irripetibile meno instabile e, per questo, maggiormente capace di reggere il peso del ruolo privilegiato che ad esso il sistema attribuisce.

Uno studio la consapevolezza delle complessità e problematicità del quale non sono mai sfuggite, costituendo caratteri che, prefiguratisi all'inizio, si sono materializzati come dati costanti e, delle volte, difficili da fronteggiare.

Anche per questo un ringraziamento particolare deve essere rivolto alle istituzioni ed agli enti, pubblici e privati, che hanno messo l'autore nelle condizioni di reperire le indispensabili fonti conoscitive di riferimento, prime fra tutte la biblioteca dell'Istituto di diritto penale dell'Università degli Studi "La Sapienza" di Roma e la biblioteca dell'Università degli Studi "Mediterranea" di Reggio Calabria.

Uno speciale ringraziamento va rivolto, altresì, al Prof. Giorgio Spangher, per l'attenzione e la cura con cui ha seguito fin dall'origine la realizzazione del presente lavoro.



## CAPITOLO I

### L'ATTO PROCESSUALE PENALE

SOMMARIO: 1. L'atto processuale nel sistema del nuovo codice di procedura penale. - 2. Fatto giuridico e atto giuridico. - 3. Fatto processuale e atto processuale. La "processualità" dell'atto. - 4. I presupposti dell'atto processuale. - 5. Atto processuale, esternazione e documentazione.

#### 1. L'ATTO PROCESSUALE NEL SISTEMA DEL NUOVO CODICE DI PROCEDURA PENALE.

Il codice di procedura penale vigente ha delineato, in relazione alla tematica degli "atti", una disciplina di ordine generale, dedicando a siffatta figura fondamentale l'intero libro secondo<sup>1</sup>.

Soluzione, questa, ritenuta necessaria al fine di soddisfare l'esigenza, fortemente avvertita innanzitutto sul piano della linearità sistematica, di «garantire una omogeneità di disciplina ed evitare una serie di inutili ripetizioni, dovute al frazionamento della regolamentazione normativa»<sup>2</sup>,

---

<sup>1</sup> Ezzo, fa notare G. DEAN, *Gli atti*, in O. DOMINIONI, P. CORSO, A. GAITO, G. SPANGHER, G. DEAN, G. GARUTI, O. MAZZA, *Procedura penale*, Torino, 2010, p. 159, racchiude un insieme di prescrizioni «destinate a trovare generale applicazione con riferimento a tutti gli atti del procedimento, tanto quelli compiuti nella fase investigativa, quanto quelli compiuti nella fase giudiziale».

<sup>2</sup> P. P. RIVELLO, *La struttura, la documentazione e la traduzione degli atti*, Milano, 1999, p. 1.

L'impressione generale è, tuttavia, che nel settore normativo che si occupa degli atti processuali, nonostante i significativi profili di novità dal punto di vista sistematico, non siano ravvisabili effettive variazioni d'impostazione rispetto al sistema previgente.

La dottrina, infatti, ha evidenziato come «il secondo libro del nuovo codice è tra quelli che maggiormente ripetono cadenze già conosciute»<sup>3</sup>, ribadendo una «timidezza» di approccio apparsa, però, «almeno in parte comprensibile, da parte di un legislatore che già vedeva incombere, tra le altre, l'accusa di aver cambiato troppo sotto tanti profili»<sup>4</sup>.

Non si è mancato di sottolineare, lo abbiamo appena accennato, come l'attuale codice processuale abbia «mostrato una più acuta attenzione rispetto a quella dedicata dal legislatore antecedente nella trattazione sistematica della materia»<sup>5</sup>, evidenziandosi in particolare, da un lato, la scelta di non riproporre l'inserimento, nel contesto della disciplina degli atti, della regolamentazione generale delle impugnazioni; dall'altro, l'opzione in favore del collocamento nell'ambito del libro secondo delle norme concernenti gli interpreti<sup>6</sup>.

Anche se, può sembrare paradossale, era la relazione al progetto preliminare a riconoscere per prima che il libro dedicato agli atti è, fra tutti, quello la cui impostazione sistematica è meno densa di elementi innovativi: «Se, infatti, si fa un confronto tra la suddivisione in titoli di tale libro e la ripartizione in capi del titolo IV del libro I dell'attuale codice» - si diceva - «si constata una analoga successione degli istituti disciplinati,

---

<sup>3</sup> M. CHIAVARIO, *La normativa sugli "atti" del procedimento: dietro l'apparente timidezza legislativa novità anche salienti*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale* (coordinato da M. Chiavario), II, Torino, 1990, p. 3. Secondo G. UBERTIS, *Atti*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale* (diretto da E. Amodio, O. Dominioni), II, Milano, 1989, p. 1, «[d]i primo acchito, la disciplina della materia degli atti secondo il nuovo codice sembra trarre il suo modello strutturale dalla regolamentazione dell'argomento operata dal c.p.p. 1930».

<sup>4</sup> M. CHIAVARIO, *La normativa sugli "atti" del procedimento: dietro l'apparente timidezza legislativa novità anche salienti*, cit., p. 4.

<sup>5</sup> P. P. RIVELLO, *La struttura, la documentazione e la traduzione degli atti*, cit., p. 2.

<sup>6</sup> P. P. RIVELLO, *La struttura, la documentazione e la traduzione degli atti*, cit., pp. 2 s.

con la esclusione degli ultimi due capi del codice vigente, dedicati alle disposizioni penali sulle impugnazioni (spostate nel libro IX del Progetto) ed agli incidenti di falso (istituto non confermato dal Progetto per le ragioni spiegate in relazione alla disciplina dei documenti come mezzi di prova)>><sup>7</sup>.

Il nuovo codice, nonostante il notevole sforzo compiuto sul versante della sistematica normativa, non è dunque riuscito ad esaurire nell'ambito del libro secondo la trattazione relativa agli atti del procedimento.

Del resto, tentare di percorrere questa strada avrebbe significato collocare la costruzione normativa su un terreno per lunghi tratti accidentato, dal momento che la possibilità di realizzare la concentrazione della disciplina dell'argomento appariva, in primo luogo, «chiaramente ostacolata dalla necessità di tenere conto di una serie di dati peculiari che caratterizzano le diverse fasi del procedimento, imponendo conseguentemente una specifica trattazione»<sup>8</sup>.

Inoltre, non teneva conto della constatazione, espressa in relazione al modello processuale configurato dal codice precedente ma dalla portata universale, secondo cui «il processo vive di atti [ed] è ovvio, dunque, che gran parte del c.p.p. si occupi di essi»<sup>9</sup>.

Alla scelta, sistematicamente corretta, di intitolare il libro secondo agli «atti» anziché agli «atti processuali»<sup>10</sup> – giustificata alla luce della necessità di evitare le prevedibili perplessità applicative che, nell'ambito di un sistema imperniato sulla differenziazione della fase strettamente processuale da quella delle indagini preliminari, sarebbero derivate dall'impiego di una di-

<sup>7</sup> G. CONSO, V. GREVI, G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale*, IV, *Il progetto preliminare del 1988*, Padova, 1990, p. 428.

<sup>8</sup> P. P. RIVELLO, *La struttura, la documentazione e la traduzione degli atti*, cit., p. 4.

<sup>9</sup> A. GALATI, *Atti processuali penali*, in *Dig. disc. pen.*, I, p. 356. ID, *Gli atti*, in D. SIRACUSANO, A. GALATI, G. TRANCHINA, E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, I, Milano, 2001, p. 229. Ritiene naturale la dislocazione della disciplina degli atti del procedimento anche al di fuori del libro ad essi dedicato, inoltre, G. P. VOENA, *Atti*, in G. CONSO, V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, Milano, 2001, p. 153.

<sup>10</sup> Sottolinea, in generale, la maggiore attenzione riservata dal nuovo codice all'aspetto costituito dalla precisione linguistica, G. UBERTIS, *Atti*, cit., p. 2.

zione che, intesa nella sua accezione tecnica, sarebbe apparsa come riferibile esclusivamente al processo<sup>11</sup> – non si è affiancata, quindi, quella dell’unificazione della disciplina generale della materia nell’ambito dello stesso settore codicistico.

La frammentazione della trama normativa concernente il tema degli atti processuali ha costituito, dunque, un limite di sicuro rilievo della nuova codificazione, ma non l’unico né il più significativo.

La «sensibilità linguistica del legislatore delegato» - è stato sotto questo profilo rilevato - «pur apprezzabile nella distinzione tra procedimento e processo, non si è invece palesata in almeno un tentativo di sciogliere l’equivocità terminologica del termine “atto”»<sup>12</sup>.

V’è da notare, infatti, come il codice processuale del 1988, allo stesso modo del precedente, non ha proposto una definizione di “atto processuale” ovvero di “atto del procedimento”<sup>13</sup>, sebbene abbia utilizzato le relative espressioni in diverse disposizioni al fine di delinearne la sfera applicativa<sup>14</sup>.

Il legislatore ha preferito non discostarsi, su questo versante della disciplina, dall’impostazione tradizionale, a sua volta costituente il portato di un modo di vedere che vuole «la nozione di atto del procedimento penale [essere] frutto, [come] da sempre, dell’elaborazione dottrinale, che l’ha di volta in volta ricavata recependo i risultati della progressiva modernizzazione della teoria dell’atto giuridico»<sup>15</sup>.

---

<sup>11</sup> G. CONSO, V. GREVI, G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale*, IV, *Il progetto preliminare del 1988*, cit., p. 429. «L’impegno del legislatore ad un uso tecnico e differenziato dei termini “procedimento” e “processo”» - evidenzia A. GALATI, *Gli atti*, cit., p. 231 - «giustifica [...] il riferimento agli “atti”, e non agli “atti processuali”, della disciplina contenuta nel libro secondo». Negli stessi termini v. G. SOLA, *Art. 109 c.p.p.*, in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato* (a cura di A. Giarda, G. Spangher), Milano, 2010, p. 1120. Sulla distinzione, a livello di teoria generale, del procedimento dal processo v. E. FAZZALARI, *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXV, pp. 819 ss.

<sup>12</sup> G. UBERTIS, *Atti*, cit., p. 3.

<sup>13</sup> Infatti, F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2003, p. 309, parla, in relazione a siffatta categoria, di «fantasma classificatorio».

<sup>14</sup> Sottolinea l’importanza di una definizione normativa, tra gli altri, G. CONSO, *Atti processuali penali*, in *Enc. dir.*, IV, p. 141.

<sup>15</sup> G. DEAN, *Gli atti*, cit., p. 160.

Trascurato il problema sul piano generale, è comprensibile e consequenziale che nessuna disposizione si sia preoccupata di definire il significato dell'espressione "atto irripetibile", rimettendo alla prassi un compito ricostruttivo attinente ad un concetto tanto più importante nella misura in cui incide su uno snodo del procedimento – il rapporto, cioè, tra fase preliminare e dibattimento – che «costituisce, esattamente da due secoli, il centro di ogni discorso sui nostri modelli processuali»<sup>16</sup>.

Assume allora importanza essenziale, in considerazione della sua rilevanza pratica ma soprattutto in vista della fruizione dei relativi risultati nell'ambito di un'indagine che ha, comunque, per oggetto la categoria dell'atto, sebbene qualificata dall'ulteriore nota della "irripetibilità", un'analisi diretta a tracciare un quadro di sintesi dei risultati raggiunti dalla dottrina che si è impegnata nel tentativo di tratteggiare un concetto generale di "atto processuale penale"<sup>17</sup>.

## 2. FATTO GIURIDICO E ATTO GIURIDICO.

«L'atto processuale» - si è detto seguendo una matrice ricostruttiva che coniuga elementi statici e fattori dinamici - «è l'espressione del movimento del rapporto processuale, del comportamento dei soggetti»<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> M. NOBILI, *Concetto di prova e regime di utilizzazione degli atti nel nuovo codice di procedura penale*, in *Foro it.*, 1989, c. 274, il quale, infatti, censura l'opzione prescelta dal legislatore sullo specifico punto rilevando come, per effetto di essa, «si sia lasciata una sorta di mina vagante nel futuro del nuovo processo».

<sup>17</sup> Rileva G. CONSO, *Atti processuali penali*, cit., p. 141, come l'enucleazione di una qualsiasi categoria esige un minimo di note distintive. In particolare, per l'identificazione del profilo degli atti processuali penali, occorre operare su tre direzioni, dato che essi, in quanto atti, si contrappongono ai fatti giuridici *stricto sensu*; in quanto atti processuali, agli atti non processuali; in quanto atti processuali penali, agli atti processuali non penali.

<sup>18</sup> G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, I, Napoli, 1961, p. 593. Infatti, evidenzia G. BELLAVISTA, *Lezioni di diritto processuale penale*, Milano, 1973, p. 1, «il processo [deve essere considerato come] una serie ed un insieme di atti che si muovono verso un determinato scopo, giustificatore della stessa funzione del processo». Per una recente analisi della fenomenologia dell'atto processuale v. A. CAPONE, *L'invalidità nel processo penale. Tra teoria e dogmatica*, Padova, 2012, pp. 152 ss.

Ciascuno dei soggetti processuali, infatti, è titolare di situazioni giuridiche soggettive attive – diritti, potestà e facoltà – e passive – obblighi ed oneri – di talché «è naturale che per l'esercizio di tali diritti, facoltà, potestà e per l'osservanza di tali obblighi ed oneri debba tenere un certo comportamento, esplicare una certa attività, la quale si chiama attività o atto processuale»<sup>19</sup>.

Nell'ambito del procedimento, dunque, assumono rilevanza categorie giuridiche – atto, fatto, negozio – che, sebbene oggetto di approfondita elaborazione nell'ambito di altri settori della scienza giuridica, non possono essere trascurate se versando il caro prezzo costituito dall'incompiutezza dell'indagine<sup>20</sup>.

Come è noto, con l'espressione fatto non giuridico (o fatto semplice) si richiama l'accadimento improduttivo di effetti giuridici, ossia l'accadimento estraneo alla fenomenologia della causalità giuridica<sup>21</sup>.

Poiché, invece, la qualificazione in termini di giuridicità di un contegno – il termine è sinonimo di comportamento ma, ovviamente, la considerazione è generalmente estensibile alla categoria onnicomprensiva del “fatto” – dotato di rilevanza nel mondo sociale «dipende non già da un carattere inerente al contegno per sua natura, ma dal modo come un ordine giuridico considera e valuta un contegno del tipo in questione»<sup>22</sup>, il fatto giuridico si identifica nell'accadimento al quale l'ordinamento ricollega conseguenze giuridicamente rilevanti, cioè, volendo utilizzare altri termini, effetti giuridici<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, cit., p. 594.

<sup>20</sup> Come già visto, l'indispensabilità dell'apporto della teoria generale dell'atto giuridico è sottolineata da G. DEAN, *Gli atti*, cit., p. 160.

<sup>21</sup> Sul tema generale v., per tutti, A. FALZEA, *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, 1984, pp. 242 ss.

<sup>22</sup> E. BETTI, *Atti giuridici*, in *NN.D.I.*, I, t. 2, p. 1505.

<sup>23</sup> A. FALZEA, *Voci di teoria generale del diritto*, cit., p. 435, evidenzia come «[t]ra le molte accezioni che il termine “fatto” ha nel linguaggio tecnico dei giuristi due possono ritenersi dominanti per l'importanza assunta nella teoria generale del diritto. Secondo la prima di queste accezioni fatto si definisce come correlato di effetto e la sua definizione è così formulata: fatto giuridico è tutto ciò a cui una norma giuridica (una qualunque norma del sistema positivo in considerazione) attribuisce un effetto giuridico. La nozione e la relativa definizione gravitano dunque, essenzialmente, sul cosiddetto rapporto di causalità giuridica, che è appunto lo speciale rapporto fatto-effetto posto in essere da una norma. In questo significato il fatto giuridico si identifica con la fattispe-

Il fatto giuridico, a sua volta, si distingue in fatto naturale (o in senso stretto) e fatto umano (o atto giuridico in senso lato).

Come è noto, per lungo tempo la distinzione si è basata sulla linea di confine offerta dalla contrapposizione tra i concetti di comportamento umano e fenomeno naturale<sup>24</sup>.

Nel corso degli anni, invece, si è andata diffondendo la tesi che include nella nozione di fatto naturale non soltanto il fatto della natura produttivo di conseguenze giuridiche, ma anche il fatto umano che l'ordinamento prende in considerazione a prescindere da qualsiasi atteggiamento della volontà<sup>25</sup>.

L'atto giuridico, invece, è costituito dal fatto dell'uomo prodotto con coscienza e volontà ed in quanto tale (soltanto in quanto tale) rilevante per il diritto<sup>26</sup>.

Ne deriva, alla luce della classificazione appena riportata, che il fatto umano «può assumere rilevanza come fatto naturale e come atto giuridico, a seconda che il diritto lo utilizzi come fenomeno naturale soltanto (scevro da qualsiasi valutazione dell'elemento volitivo) ovvero come fatto cosciente e volontario»<sup>27</sup>.

In relazione alla struttura, l'atto giuridico può distinguersi a seconda che l'evento in cui esso si esaurisce abbia una connotazione squisitamente psichica o presenti un profilo di materialità e, nell'ambito della prima categoria, occorre effettuare

---

cie causale e si contrappone alla fattispecie effettuale. Nella seconda accezione, invece, fatto si determina in opposizione ad atto: fatto è, questa volta, tutto ciò che non è atto. E poiché per atto si intende ogni fenomeno del tempo che svolga e renda esterna una volontà umana, la classe dei fatti viene ora a comprendere tutti i fenomeni temporali che non sono attività volontarie dell'uomo».

<sup>24</sup> V., a tal proposito, la dottrina richiamata da G. CONSO, *Atti processuali penali*, cit., p. 141, nt. 1. Ma v., anche, A. FALZEA, *Voci di teoria generale del diritto*, cit., pp. 463 ss.

<sup>25</sup> Richiama siffatti risultati dell'elaborazione dottrinale in tema di fatto naturale, tra i tanti, G. DEAN, *Gli atti*, cit., p. 160.

<sup>26</sup> V., tra i tanti, E. BETTI, *Atti giuridici*, cit., p. 1505; F. SANTORO PASARELLI, *Atto giuridico*, in *Enc. dir.*, IV, p. 203; A. GALATI, *Atti processuali penali*, cit., p. 357. Il criterio di classificazione è ribadito, poi, da S. LORUSSO, *Atti e provvedimenti penali*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. III, t. I, p. 87. Di recente v., anche, L. CASTELLUCCI, *L'atto processuale penale: profili strutturali e modalità realizzative*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale* (diretto da G. Spangher), I, t. 2, Milanofiori Assago, 2008, p. 1.

<sup>27</sup> G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, cit., p. 594.

un'ulteriore partizione sulla base della sede di destinazione dell'evento ad esso correlato dal momento che se questo è destinato a prodursi nella mente degli altri l'atto si configura come "dichiarazione", mentre, essendo destinato ad essere colto dallo stesso autore, l'atto consiste in una "presa di cognizione"<sup>28</sup>.

L'atto che, invece, è diretto a produrre un evento materiale può caratterizzarsi come "operazione", categoria, quest'ultima, la quale assume rilievo per effetto della semplice produzione di un mutamento del mondo esteriore riconoscibile nell'ambiente sociale<sup>29</sup>.

L'atto giuridico (in senso lato) può poi distinguersi, ulteriormente, in atto giuridico in senso stretto e negozio giuridico.

Nel primo caso, l'ordinamento, pur richiedendo che l'atto sia volontario, vi riconduce conseguenze di ordine giuridico semplicemente in considerazione della sua oggettività.

Il negozio, invece, è l'atto al quale l'ordinamento riconduce conseguenze giuridiche in considerazione non soltanto della sua oggettività, bensì anche della direzione della volontà del soggetto verso uno scopo<sup>30</sup>.

Se ogni atto giuridico è, per definizione, un atto produttivo di effetti giuridici, merita di essere puntualizzato che «ad un medesimo atto il legislatore può ricollegare, e ricollega di solito, una pluralità di effetti, spesso della stessa natura, ma talvolta di natura diversa, così da renderlo operante in più rami dell'ordinamento giuridico»<sup>31</sup>.

Anche in siffatti casi, tuttavia, rimanendo identico lo schema strutturale dell'atto, esso mantiene inalterata la propria uni-

<sup>28</sup> E. BETTI, *Atti giuridici*, cit., p. 1506.

<sup>29</sup> E. BETTI, *Atti giuridici*, cit., p. 1506.

<sup>30</sup> Sicché, rileva G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, cit., p. 595, tra l'atto giuridico in senso stretto ed il negozio giuridico si delinea la seguente differenza: «nel primo è sufficiente la volontarietà del comportamento, nel secondo è richiesta, oltre la volontarietà del comportamento, la direzione verso uno scopo, che sta al di fuori dell'atto e che la legge garantisce». V., per un quadro delle posizioni della dottrina sulla distinzione tra atto e negozio, F. SANTORO-PASSARELLI, *Atto giuridico*, cit., pp. 205 ss. V., altresì, A. FALZEA, *Voci di teoria generale del diritto*, cit., pp. 812 ss., il quale colloca l'atto negoziale nell'ambito della categoria generale dei c.d. "comportamenti immateriali inattuosi", ossia quei comportamenti che, *ex sé* considerati, non sono idonei a causare una immediata ed attuale lesione o realizzazione di interessi.

<sup>31</sup> G. CONSO, *Atti processuali penali*, cit., p. 142.



tarietà, la diversità degli effetti a questo ricollegati stando «semplicemente a dimostrare che l'atto viene preso in considerazione dall'ordinamento sotto diversi aspetti»<sup>32</sup>.

### 3. FATTO PROCESSUALE E ATTO PROCESSUALE. LA "PROCESSUALITÀ" DELL'ATTO.

Se si trasferiscono i risultati dell'elaborazione dottrinarica sopra sinteticamente delineati all'interno della struttura del processo penale, sarà possibile individuare, nell'ambito della categoria del fatto giuridico processuale – ossia del fatto produttivo di conseguenze giuridiche sul processo penale<sup>33</sup> – quella dell'atto giuridico processuale, la quale include, nella sua accezione ampia, qualsiasi atto volontario produttivo di conseguenze giuridiche sul rapporto processuale<sup>34</sup>.

Va fin da subito precisato che, quando si parla di atto processuale, si intende fare riferimento ad un concetto che sottintende l'esplicarsi di un'azione umana, dal momento che «[a]lla fenomenologia giudiziaria manca la specie omissiva: che qualcuno sia rimasto inerte talvolta importa degli effetti (caso esemplare, l'irrevocabilità della sentenza non impugnata: art. 648, commi 2 e 3), ma sono puri non avvenimenti; nessuna norma li contempla quali atti»<sup>35</sup>.

Al processo, pertanto, «[i]nteressano le sole azioni, collocabili in due classi: qualcuno "dichiara" ovvero "opera". Ai punti culminati è fenomeno linguistico il processo: i dichiaranti usano un codice semiotico, dal gesto mimico al sistema simbolico, articolato in fonemi o segni scritti, comunicando una "scienza" o delle "volontà"; e variano le inflessioni (affermano,

<sup>32</sup> G. CONSO, *Atti processuali penali*, cit., p. 143.

<sup>33</sup> Essa include, ovviamente, quella del fatto naturale dotato di rilevanza giuridica processuale, ossia l'evento naturale – nell'ambito del quale si inseriscono i fatti umani che l'ordinamento prende in considerazione nella loro oggettività – produttivo di conseguenze giuridiche sul rapporto processuale.

<sup>34</sup> G. BELLAVISTA, *Lezioni di diritto processuale penale*, cit., p. 219. V., per un richiamo della posizione dottrinarica secondo cui non avrebbe rilievo, nel campo della procedura penale, la distinzione tra atti e fatti giuridici, G. LOZZI, *Atti processuali (Diritto processuale penale)*, in *Enc. giur.*, III, p. 1. Nonché, in senso critico, G. CONSO, *Atti processuali penali*, cit., p. 142.

<sup>35</sup> F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 310.

narrano, riferiscono, informano, avvertono, chiedono, dispongono, decidono): dall'analisi capillare emergono figure ancora più nuancées. Ogni altro atto è "operazione"<sup>36</sup>.

Se, dunque, anche nel sistema del procedimento penale la nota della volontarietà vale a caratterizzare l'atto processuale<sup>37</sup>, nell'ambito di siffatta categoria è possibile distinguere, a seconda della rilevanza assegnata dall'ordinamento all'elemento volontaristico, tra atti processuali (in senso stretto) e negozi giuridici processuali.

Così, rientra nella prima nozione «qualsiasi azione umana volontaria da cui la legge fa discendere conseguenze giuridiche sul rapporto processuale in considerazione dell'atto in sé e per sé considerato, ravvisato nella sua materialità»<sup>38</sup>.

Il negozio giuridico processuale contempla, conformemente al modello generale di riferimento, un *quid pluris*: esso, infatti, è costituito da «qualsiasi azione umana volontaria da cui la legge fa discendere conseguenze giuridiche sul rapporto processuale in considerazione della direzione della volontà verso uno scopo che è al di fuori dell'atto»<sup>39</sup>.

Giunti a questo primo risultato, sul quale si registrano diffusi consensi in dottrina, non altrettanto unitaria è la soluzione offerta alla problematica concernente l'estensione della nozione di atto processuale penale.

---

<sup>36</sup> F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 310. Esclude, parimenti, l'attribuzione di rilievo alla pura omissione, M. DONDINA, *Atti processuali*, in *MN.D.I.*, I, t. 2, p. 1516, per il quale «il concetto di atto (da *agere*) processuale implica l'estrinsecazione di un comportamento in conformità alla norma legale». *Contra*, invece, G. CONSO, *Atti processuali penali*, cit., p. 142. Ma v., anche, A. GALATI, *Gli atti*, cit., p. 230.

<sup>37</sup> Rileva, tuttavia, F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 324, come «la nomenclatura processuale include atti valutati in chiave puramente obiettiva: una notificazione, ad esempio, vale anche se eseguita dal sonnambulo, purché in regola con le forme».

<sup>38</sup> G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, cit., p. 596, il quale puntualizza come, in questo caso, non si prescinde dalla volontà dell'atto, la quale è assunta, però, solo come antecedente dell'atto medesimo. V., in termini analoghi, G. BELLAVISTA, *Lezioni di diritto processuale penale*, cit., p. 219.

<sup>39</sup> G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, cit., p. 596. Secondo G. BELLAVISTA, *Lezioni di diritto processuale penale*, cit., p. 220, per negozio giuridico processuale deve intendersi «la manifestazione di volontà tendente al fine, tutelato dal diritto, della costituzione, modificazione od estinzione del rapporto processuale e produttiva di conseguenze giuridiche che la norma prevede in relazione alla tutela del fine perseguito».

Il tema si è posto allorché si è trattato di stabilire se può considerarsi processuale qualsiasi atto giuridico che sia rilevante ai fini di un processo penale ovvero se, in termini più restrittivi, la nota della processualità vada riservata soltanto all'atto giuridico che, oltre a caratterizzarsi sul piano dell'efficacia, si connota per la sussistenza di ulteriori requisiti intrinseci.

La prima impostazione è accolta da quanti si limitano a prendere in considerazione il profilo effettuale o finalistico dell'atto, il quale è così qualificabile in quanto dotato di influenza diretta sul processo ovvero, secondo una diversa e più raffinata terminologia, in quanto si trovi in «un rapporto di connessione logico-giuridica con un determinato processo»<sup>40</sup>.

Talché, per atto processuale deve intendersi, seguendo questa linea ricostruttiva, «l'azione umana volontaria di un soggetto processuale o di un soggetto estraneo al rapporto processuale, che la legge utilizza ai fini della costituzione, dello svolgimento, della modificazione o dell'estinzione del rapporto processuale»<sup>41</sup>.

Nell'ambito della seconda corrente di pensiero, la quale muove dalla premessa che non tutti gli atti che hanno, sotto il profilo effettuale, una proiezione sul rapporto processuale – sono, in altri termini, atti processualmente rilevanti – sono da considerare anche atti processuali, sembra delinearsi una duplice articolazione dal momento che, secondo un primo modello di ricostruzione, gli atti processuali sarebbero «le attuazioni concrete dell'attività propriamente processuale, e precisamente le manifestazioni o dichiarazioni di volontà, o le attestazioni di verità, ricevute da un soggetto del rapporto processuale o da un suo ausiliare, relative al contenuto *principale formale* [...] o *materiale* [...] o *incidentale* [...] del processo, alle quali la leg-

---

<sup>40</sup> M. DONDINA, *Atti processuali*, cit., p. 1518.

<sup>41</sup> G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, cit., p. 600. V., in adesione a questa impostazione, G. BELLAVISTA, *Lezioni di diritto processuale penale*, cit., p. 219, secondo il quale «l'atto processuale in senso stretto, quindi, non è l'atto del solo soggetto processuale [...] ma l'atto di qualsiasi soggetto, anche estraneo al rapporto giuridico processuale, produttivo di conseguenze giuridiche in detto rapporto».

ge assegna giuridica rilevanza sullo svolgimento, sulla modificazione o sull'estinzione del rapporto processuale»<sup>42</sup>.

Seguendo una prospettiva analoga, poi, dovrebbero definirsi processuali «tutte le manifestazioni di attività, sia pubblica che privata, le quali, compendosi nel processo e per il processo, influenzano direttamente oppure promuovono lo svolgimento del rapporto giuridico processuale, e di cui è fatta ricezione o attestazione nelle forme prescritte dalla legge»<sup>43</sup>.

Si tratta, a ben guardare, di un duplice percorso di sviluppo concettuale che, in fin dei conti, dà luogo ad una nozione di atto processuale chiaramente più restrittiva rispetto alla precedente, ma certamente unitaria<sup>44</sup>, dal momento che, quale che sia la

---

<sup>42</sup> V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, III, Torino, 1970, p. 5. L'Autore definisce "extraprocessuali" gli atti compiuti fuori del rapporto processuale ma comunque dotati di rilevanza ai fini del processo. Nell'ambito di questa categoria, poi, distingue gli atti extraprocessuali "anteriori al processo" (o "preprocessuali") dagli atti extraprocessuali "contemporanei al processo". Sembra seguire una simile prospettiva, inoltre, G. D. PISAPIA, *Compendio di procedura penale*, Padova, 1975, p. 103, il quale – distinguendo tra "atti processuali in senso ampio" e "atti processuali in senso stretto", designando con la seconda espressione gli atti compiuti dai soggetti processuali dopo il promovimento dell'azione penale e fino alla sentenza definitiva, e riservando la prima denominazione agli altri atti, sempre che abbiano un'incidenza sull'oggetto del processo – dimostra di voler riservare la nozione generale di atto processuale agli atti comunque formati da soggetti procedurali.

<sup>43</sup> B. PETROCELLI, *I vizi della volontà nel processo penale*, Napoli, 1929, p. 2. Secondo G. CONSO, *Atti processuali penali*, cit., p. 143, «[s]e, in senso lato, si può considerare processuale qualunque atto giuridico che risulti rilevante ai fini di un processo, ci sembra che, strettamente parlando, sia più opportuno qualificare come processuale soltanto l'atto giuridico che, oltre a possedere una tale rilevanza, venga a realizzarsi in sede processuale».

<sup>44</sup> V., tra gli altri, L. CASTELLUCCI, *L'atto processuale penale: profili strutturali e modalità realizzative*, cit., p. 2, la quale, soffermandosi nell'analisi delle connotazioni dell'atto giuridico processuale penale, ritiene «pacifico» che, dal punto di vista soggettivo, debba qualificarsi tale soltanto l'atto posto in essere dai soggetti del procedimento, sia pubblici che privati. Pertanto, «[d]ue sono, dunque, le caratteristiche che deve possedere l'atto processuale penale: l'attitudine a produrre effetti giuridici dotati di rilevanza nel procedimento penale e il realizzarsi al suo interno». L'impostazione restrittiva è accolta, altresì, da A. GALATI, *Gli atti*, cit., pp. 233 ss. V., da ultimo, G. DEAN, *Gli atti*, cit., p. 160, secondo il quale la qualifica di atto processuale penale spetta «a tutte quelle attività umane, sorrette da un impulso volontaristico e produttive di uno specifico effetto nella dinamica procedurale, che siano state poste in essere all'interno del procedimento penale».

prospettiva prescelta tra quelle sopra richiamate, non è comunque possibile fare a meno di nozioni – quelle, cioè, di “rapporto processuale” ovvero di “processo” – costituenti concetti su cui agganciare, ed in maniera indefettibile, la caratterizzazione in chiave processualistica dell’atto.

In ogni caso, la nozione restrittiva di atto processuale – la quale, ovviamente, esige che venga compiutamente identificata, nel suo momento iniziale e terminale, la frazione della fenomenologia giuridica identificata nel procedimento penale<sup>45</sup> – presenta l’indubbio pregio di circoscrivere l’ambito di operatività di siffatta categoria anche in relazione alle diverse partizioni interne del fenomeno genericamente processualistico, consentendo di differenziare in modo nettissimo l’atto processuale di carattere penale dall’atto processuale di natura civile e di risolvere, più in generale, i problemi di qualificazione degli atti che, oltre a produrre effetti di natura processuale penale, determinano conseguenze giuridicamente rilevanti anche in settori diversi dell’ordinamento<sup>46</sup>.

#### 4. I PRESUPPOSTI DELL’ATTO PROCESSUALE.

Costituiscono presupposti dell’atto processuale le «circostanze la cui preventiva sussistenza è necessaria perché l’atto possa verificarsi ed assumere giuridica rilevanza»<sup>47</sup>.

Si tratta, in altri termini, di elementi che, collocandosi al di fuori dell’atto in sé considerato, non incidono sulla sua dimensione strutturale nè influenzano il suo profilo funzionale, ma agiscono sulla concreta possibilità del suo valido compimento e,

---

<sup>45</sup> Sul punto v., fra i tanti, L. CASTELLUCCI, *L’atto processuale penale: profili strutturali e modalità realizzative*, cit., p. 3, secondo la quale gli atti posti in essere prima che la notizia di reato sia venuta in esistenza non possono mai costituire atti del procedimento. Per quel che concerne, invece, il momento terminale, occorre distinguere a seconda che sia stata esercitata o meno l’azione penale: nel primo caso tale momento coinciderà con l’esecutività della sentenza di non luogo a procedere ovvero con l’irrevocabilità degli altri provvedimenti conclusivi; nel secondo caso con il provvedimento di archiviazione. V., inoltre, G. SOLA, *Art. 109 c.p.p.*, cit., pp. 1120 ss.

<sup>46</sup> Analizza questa problematica, in particolare, G. CONSO, *Atti processuali penali*, cit., p. 143.

<sup>47</sup> M. DONDINA, *Atti processuali*, cit., p. 1518.

quindi, sull'effettiva produzione degli effetti giuridici ad esso collegati<sup>48</sup>.

I presupposti possono produrre un effetto condizionante rispetto al compimento di qualsiasi atto ovvero di singoli atti o categorie di essi e, sulla base di siffatta differenza sul piano effettuale, sono stati distinti in "generalisti" e "speciali".

Riguardati, invece, sotto il profilo della loro natura, essi si distinguono, secondo una proposta classificatoria condivisibile, in presupposti "di fatto" e presupposti "di diritto".

I primi sono costituiti da «quelle circostanze o situazioni materiali che la legge richiede perché un determinato atto possa essere compiuto»<sup>49</sup>.

I presupposti di diritto, invece, consistono nelle «circostanze o situazioni giuridiche cui la legge subordina la validità ed efficacia di un atto»<sup>50</sup> e la cui esistenza «si ricava [...] direttamente dalla legge, per via interpretativa o mediante la ricostruzione del sistema processuale»<sup>51</sup>.

Può accadere, ed il più delle volte accade, che un atto processuale non possa essere compiuto prima della realizzazione di un altro ovvero di altri atti, anche essi dotati del requisito della processualità.

In questa evenienza è il compimento dell'atto o dell'insieme degli atti condizionanti, tutti dotati del requisito della processualità, a porsi come presupposto di un atto egualmente caratterizzato sul piano strutturale e funzionale.

Dunque, i presupposti speciali possono essere costituiti anche da atti processuali e «ciò si spiega, considerando la natura del processo, che è necessariamente concatenazione di atti»<sup>52</sup>.

---

<sup>48</sup> G. LOZZI, *Atti processuali (Diritto processuale penale)*, cit., p. 10, il quale individua una delle diverse accezioni in cui può intendersi l'espressione "presupposto" nel rapporto cronologico che, nella serie degli atti processuali integranti il procedimento, spesso lega un atto all'altro, nel senso che un atto non può essere compiuto se prima non risulti integrato un altro atto processuale penale.

<sup>49</sup> M. DONDINA, *Atti processuali*, cit., p. 1518.

<sup>50</sup> M. DONDINA, *Atti processuali*, cit., p. 1518.

<sup>51</sup> M. DONDINA, *Atti processuali*, cit., p. 1518. Infatti, rileva G. CONSO, *Atti processuali penali*, cit., p. 145, numerosi sono pure i presupposti costituiti da qualifiche giuridiche, oggettive o soggettive, che devono essere presenti allorché si realizza il comportamento su cui si impernia l'atto.

<sup>52</sup> M. DONDINA, *Atti processuali*, cit., p. 1518.

## 5. ATTO PROCESSUALE, ESTERNAZIONE E DOCUMENTAZIONE.

E' stato acutamente osservato in dottrina come ogni atto giuridico processuale, in quanto comportamento umano – e, quindi, 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»<sup>53</sup>.

Infatti, il termine “atto” può assumere un duplice significato, essendo utilizzabile nell'accezione di comportamento rilevante ai fini del procedimento – comportamento che, coordinato con gli altri, concorre alla realizzazione del risultato finale del procedimento medesimo – ovvero nel senso di 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, la seconda prendendo in considerazione, più che l'accadimento, l'accaduto, vale a dire il risultato del comportamento<sup>54</sup>.

Occorre, in altri termini, operare una differenziazione tra l'ambito comportamentale, il quale attiene all'attività documentata, e la successiva fase documentale, ovvero di documentazione<sup>55</sup>.

Quest'ultima, dotata di un rilievo processuale di primo piano, presenta, a sua volta, una struttura complessa.

La nozione di “documentazione” degli atti processuali è sufficientemente delineata, dovendosi 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»<sup>56</sup>.

---

<sup>53</sup> G. CONSO, *Atti processuali penali*, cit., p. 145.

<sup>54</sup> G. CONSO, *Atti processuali penali*, cit., p. 145, il quale puntualizza che «il vero atto giuridico è il comportamento».

<sup>55</sup> A. NAPPI, *Documentazione degli atti processuali*, in *Dig. disc. pen.*, IV, p. 163.

<sup>56</sup> C. RIVIEZZO, *Documentazione degli atti processuali*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. I, p. 199. V., inoltre, P. P. RIVELLO, *La struttura, la documentazione e la traduzione degli atti*, cit., pp. 130 ss., il quale attribuisce alla documentazione degli atti del procedimento la triplice funzione della rappresentazione, della dimostrazione e dell'informazione. In questo senso v., inoltre, L. CASTELLUCCI, *L'atto processuale penale: profili strutturali e modalità realizzati-*

Penetrando all'interno di essa, è necessario distinguere, sul versante della sua evoluzione dinamica, il comportamento documentativo – tendente, appunto, alla formazione del documento<sup>57</sup> e disciplinato, di regola, sotto il profilo della legittimazione<sup>58</sup>, delle tecniche<sup>59</sup> e del contenuto<sup>60</sup> – dal risultato “statico” di questo, costituente il prodotto dell'attività di documentazione<sup>61</sup>.

L'attività di documentazione presuppone, ovviamente, che l'oggetto di essa, ossia l'atto in senso proprio, presenti un aspetto esteriore e sensibile che lo renda suscettibile di percezione esterna.

---

ve, cit., p. 16, secondo la quale per documentazione di un atto processuale deve intendersi «quello strumento attraverso cui l'atto stesso viene inserito e conservato nella sequenza procedimentale». Sullo scopo della documentazione v., anche, A. CANDIAN, *Documentazione e documento (Teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XIII, pp. 588 s. Nonché, da ultimo, G. DEAN, *Gli atti*, cit., p. 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».

<sup>57</sup> V., per una definizione di documento, A. CANDIAN, *Documentazione e documento*, cit., p. 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». V., inoltre, G. UBERTIS, *Documenti e oralità nel nuovo processo penale*, in AA.VV., *Studi in onore di Giuliano Vassalli* (a cura di M. C. Bassiouni, A. R. Latagliata, A. M. Stile), II, Milano, 1991, p. 301, per il quale, nel campo del diritto, il documento è «una entità materiale intenzionalmente rappresentativa di altro – giuridicamente rilevante – rispetto alla propria consistenza sensibile».

<sup>58</sup> V., per esempio, in relazione al codice processuale vigente, le norme contenute negli artt. 135, 139, 357, co. 3, 373, co. 6, 391-ter c.p.p. In relazione a questo profilo, osserva G. DEAN, *Gli atti*, cit., p. 183, come l'attività di documentazione venga generalmente posta in essere da un soggetto diverso dall'autore dell'atto documentato.

<sup>59</sup> V., sempre con riferimento al codice del 1988, gli artt. 134, 141-bis, 357, 373, 391-ter c.p.p.

<sup>60</sup> V., anche sotto questo profilo, gli artt. 136, 480, 510 c.p.p.

<sup>61</sup> P. P. RIVELLO, *La struttura, la documentazione e la traduzione degli atti*, cit., p. 31. V., anche in relazione a questo profilo, G. DEAN, *Gli atti*, cit., p. 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».



Siffatta connotazione essenziale fa emergere il concetto di esternazione, la quale può essere orale, scritta ovvero gestuale<sup>62</sup> e costituisce «lo strumento di cui si avvale l'autore per manifestare e rendere conoscibile l'atto nel momento in cui lo compie»<sup>63</sup>.

Essa va tenuta distinta dalla documentazione, la quale costituisce, come già detto, «lo strumento attraverso cui l'atto è conservato e fatto proprio dall'organizzazione nell'ambito della quale opera il suo autore»<sup>64</sup>.

Orbene, se è ovvio, per quanto appena detto, che ogni atto deve necessariamente esternarsi secondo qualche modalità formale perché venga materialmente in esistenza e si presti ad essere conosciuto nel mondo esterno, appare altrettanto evidente che, tutte le volte in cui la legge prescrive l'esternazione scritta quale condizione di validità e di efficacia dell'atto, il documento che lo racchiude costituisce la veste esteriore senza la quale l'atto stesso non esisterebbe sul piano materiale e, tanto meno, giuridico.

Negli altri casi, invece, il documento rappresenta il risultato di un'attività – la quale può essere scritta ovvero meccanica<sup>65</sup> – di documentazione, in funzione conservativa e rappresentativa, di un atto dotato di una propria e diversa forma di esternazione.

Seguendo gli schemi formali tipici di questa impostazione, si può dire che «la documentazione è sempre materialmente distinta dall'esternazione dell'atto, ma la legge può trattarla sia come operazione o atto distinto dall'atto documentato, sia come parte dell'esternazione di quest'ultimo»<sup>66</sup>.

---

<sup>62</sup> A. NAPPI, *Documentazione degli atti processuali*, cit., p. 163. ID., *Guida al codice di procedura penale*, Milano, 2001, p. 132.

<sup>63</sup> A. NAPPI, *Documentazione degli atti processuali*, cit., p. 163. ID., *Guida al codice di procedura penale*, cit., p. 132.

<sup>64</sup> A. NAPPI, *Documentazione degli atti processuali*, cit., pp. 163 s., il quale individua un indice rivelatore della distinzione materiale tra esternazione e documentazione nel fatto che, di regola, la documentazione è affidata ad un soggetto diverso da quello che compie l'atto documentato.

<sup>65</sup> A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, cit., p. 132.

<sup>66</sup> A. NAPPI, *Documentazione degli atti processuali*, cit., p. 164.



## CAPITOLO II

### L'ATTO IRRIPETIBILE NELLA DINAMICA DEL PROCEDIMENTO PENALE

SOMMARIO: 1. Irripetibilità “effettiva” (o “in concreto”) e “potenziale” (o “in astratto”). - 2. Atti, rilievi e accertamenti tecnici. - 3. Profili di incidenza dell’irripetibilità sulla sequenza probatoria. - 4. I principi del processo accusatorio e l’irripetibilità.

#### 1. IRRIPETIBILITÀ “EFFETTIVA” (O “IN CONCRETO”) E “POTENZIALE” (O “IN ASTRATTO”).

La nota dell’irripetibilità costituisce 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 dei dati conoscitivi fruibili dal giudice, la capacità qualificativa di essa subisce 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 costituiscono oggetto di prova, tra l’altro, i fatti dai quali dipende l’applicazione di norme processuali<sup>1</sup>, appare chiaro, innanzitut-

---

<sup>1</sup> Ai sensi dell’art. 187 c.p.p., come è noto, sono oggetto di prova, innanzitutto, i fatti che si riferiscono all’imputazione, alla punibilità e alla determinazione della pena o della misura di sicurezza. Sono altresì oggetto di prova i fatti dai quali dipende l’applicazione di norme processuali e, se vi è costituzione di parte civile, i fatti inerenti alla responsabilità civile derivante dal reato. Volendo approfondire l’analisi della norma v., anche al fine di reperire un importante compendio bibliografico, P. CORVI, *Art. 187 c.p.p.*, in AA.VV.,

to, 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<sup>2</sup> 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.

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 produce, sul piano effettuale, la legittimazione all'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, l'(accertamento della) irripetibilità costituisce il presupposto di una sequenza sostitutiva che, determinando una significativa evoluzione della valenza e della fun-

---

*Codice di procedura penale commentato* (a cura di A. Giarda, G. Spangher), Milano, 2010, pp. 1791 ss.

<sup>2</sup> Siffatto principio – sottolinea M. NOBILI, *Il "diritto delle prove" ed un rinnovato concetto di prova*, in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale* (coordinato da M. Chiavario), II, Torino, 1990, p. 381 – 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».

zione di atti altrimenti strumentali alla realizzazione di altri e più ristretti obiettivi procedurali, produce l'espansione dell'orizzonte cognitivo del giudice.

Può farsi ricorso, per intendersi meglio, allo strumento semplificativo e, in questo senso, è sufficiente prestare attenzione agli effetti connessi al perfezionamento della fattispecie disciplinata dagli artt. 431 e 511 c.p.p. per cogliersi agevolmente come l'irripetibilità faccia sì che la funzione dell'atto d'indagine preliminare fuoriesca dai rigidi confini delineati dall'art. 326 c.p.p.<sup>3</sup> per omologarsi a quella delle prove formate in dibattimento.

Ci si chiede 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").

La risposta, apparentemente, non sembra che poter essere negativa dal momento che appare coesistente al concetto di irripetibilità l'esistenza materiale di un atto che, essendo stato già compiuto, non può essere ulteriormente rinnovato nei successivi frangenti della procedura.

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)<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> La norma, come sappiamo, delinea le finalità delle indagini preliminari, precisando che il pubblico ministero e la polizia giudiziaria svolgono, nell'ambito delle rispettive attribuzioni, le indagini necessarie per le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale. Essa si relaziona all'art. 358 c.p.p. ("Attività di indagine del pubblico ministero"), la quale, nel richiamare i fini indicati nell'art. 326, funzionalizza al perseguimento di essi gli accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini.

<sup>4</sup> La necessità di distinguere i due concetti è stata più volte sottolineata dalla dottrina. V., per esempio, M. GALASSO, *L'incidente probatorio nel nuovo codice di procedura penale*, in *Giur. mer.*, 1990, p. 690; ID, *Accertamenti tecnici non ripetibili e limiti di operatività*, in *Giur. mer.*, 1991, p. 1141, ove precisa 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». Ma v., anche, R. D'ISA, *Osservazioni sulla di-*

Quest'ultimo costituisce 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<sup>5</sup>.

Il problema da affrontare attiene, in questa evenienza, alla tempistica del compimento dell'atto: non provvedendovi subito, in altri termini, la sua realizzazione appare definitivamente compromessa così che, ancora prima che la possibilità di ripetizione, ne sarebbe pregiudicato il suo venire in esistenza<sup>6</sup>.

Questo è vero, ma non sembra potersi negare che un atto può essere differibile (o, se si preferisce, rinviabile) ma, allo

*sciplina del fascicolo per il dibattimento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 1102; F. M. MOLINARI, *Sui limiti di utilizzabilità degli atti di individuazione fotografica e personale compiuti dalla polizia giudiziaria*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 194; G. ICHINO, *Gli atti irripetibili e la loro utilizzabilità dibattimentale*, in *AA.VV., La conoscenza del fatto nel processo penale* (a cura di G. Ubertis), Milano, 1992, p. 113, la quale riconosce che l'atto non rinviabile può, eventualmente, essere anche non ripetibile; F. M. IACOVIELLO, *Contro l'attuale teoria degli atti irripetibili*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3005, secondo cui l'indifferibilità consegue ad una connotazione di irripetibilità di una determinata situazione; M. D'ANDRIA, *Un tentativo di definizione degli atti non ripetibili*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 1350; G. FRIGO, *Commento all'art. 431 c.p.p.*, in *AA.VV., Commento al nuovo codice di procedura penale* (a cura di M. Chia-vario), IV, Torino, 1991, p. 727. V., per un'opinione diversa, A. BASSI, *Alcune riflessioni in materia di atti irripetibili alla luce della novella n. 356/92*, in *Cass. pen.*, 1994, pp. 2112 s., 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".

<sup>5</sup> V., in particolare, A. BASSI, *Alcune riflessioni in materia di atti irripetibili alla luce della novella n. 356/92*, cit., p. 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 F. M. IACOVIELLO, *Contro l'attuale teoria degli atti irripetibili*, cit., p. 3005; M. D'ANDRIA, *Un tentativo di definizione degli atti non ripetibili*, cit., p. 1350. «Ad un livello non più che etimologico» - osserva L. IAFISCO, *Gli atti preliminari al dibattimento penale di primo grado*, Torino, 2009, p. 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».

<sup>6</sup> Secondo M. ROSSI, *La nozione giuridica dell'irripetibilità*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1993, I, pp. 5 ss., la categoria degli atti indifferibili sarebbe idonea, quale categoria base, a ricomprendere quelle degli atti non ripetibili e degli atti non rinviabili.

stesso tempo, irripetibile e, verificandosi tale evenienza, il problema di una valutazione di (ir)ripetibilità in astratto si pone tutte le volte in cui la funzione conoscitiva dell'atto medesimo, materialmente rinviabile, può utilmente esplicarsi in un contesto tipicamente connotato da finalità investigative.

In 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 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 decisione finale e, per questa ragione, connotato da rilevanti garanzie partecipative.

Il giudizio di prevedibilità relazionale al carattere dell'irripetibilità dell'atto<sup>7</sup>, se in via diretta riguarda un aspetto diverso da quello attinente alla sua rinviabilità<sup>8</sup>, 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.

E' una fattispecie, questa, corrispondente ad una situazione normativa ben nota, lo schema logico sopra descritto facendo da

---

<sup>7</sup> Secondo C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, Milano, 2000, p. 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. L. IAFISCO, *Gli atti preliminari al dibattimento penale di primo grado*, cit., p. 228. Significativa, altresì, l'analisi di G. GARUTI, *Il procedimento per citazione diretta a giudizio davanti al tribunale*, Milano, 2003, p. 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*».

<sup>8</sup> F. GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili (tra prassi devianti e recupero della legalità)*, Torino, 2009, p. 36.

sfondo, per esempio, alla disciplina degli istituti previsti dagli artt. 360 e 391 ss. c.p.p.

In entrambi 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 e irripetibilità potenziale 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.

## 2. ATTI, RILIEVI E ACCERTAMENTI TECNICI.

La nozione di atto processuale è, come si è avuto modo di vedere, molto ampia, potendosi ad essa ricondurre qualsiasi comportamento umano produttivo di conseguenze giuridiche in relazione ad un definito rapporto processuale.

Se la nota dell'irripetibilità può essere indistintamente correlata alla categoria generale dell'atto a valenza probatoria, vale la pena di evidenziare come essa costituisca il terreno privilegiato sul quale fare valere la distinzione tra accertamenti e rilievi.

Si tratta indubbiamente di concetti – denotativi, per quanto già detto, della categoria di atto processuale definibile “operazione” – legati a quello di atto da una relazione di genere a specie ma, alla stessa stregua di quanto già verificatosi in relazione alla categoria generale, il legislatore utilizza le relative nozioni in diverse disposizioni concernenti, soprattutto, l'attività della polizia giudiziaria e del pubblico ministero, «senza tuttavia nulla chiarire sulla natura delle attività alle quali ci si intende riferire»<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> A. POGGI, C. D. CAVALERA, *Gli accertamenti tecnici della polizia giudiziaria nell'indagine preliminare*, Padova, 2000, p. 83. La genericità del dato normativo è censurata, inoltre, da M. MONTAGNA, *Accertamenti tecnici, accertamenti personali occulti e prelievo del DNA*, in AA.VV., *La prova penale* (diretto da A. Gaito), II, Milanofiori Assago, 2008, p. 63. Che il tema riproponga problematiche già note durante la vigenza del vecchio codice è posto in evidenza da A. SCELLA, *Brevi osservazioni in tema di accertamenti tecnici, rilievi e tutela del diritto di difesa*, in *Cass. pen.*, 1990, pp. 278 ss.



A proposito dell'attività della polizia giudiziaria, infatti, l'art. 348, co. 4 c.p.p. prevede che, per il compimento di atti finalizzati all'assicurazione delle fonti di prova, essa possa avvalersi di persone idonee laddove siano richieste "specifiche competenze tecniche".

L'art. 349, co. 2 c.p.p., stabilisce, più in particolare, che per l'identificazione della persona sottoposta alle indagini, la polizia giudiziaria può procedere anche eseguendo, ove occorra, "rilievi dattiloscopici, fotografici e antropometrici nonché altri accertamenti".

L'art. 354 c.p.p., a sua volta, dispone che, nel curare che le tracce e le cose pertinenti al reato siano conservate e che lo stato dei luoghi e delle cose non venga mutato, gli ufficiali di polizia giudiziaria possono procedere – ricorrendo una situazione d'urgenza in concomitanza con il mancato intervento ovvero la mancata assunzione della direzione delle indagini da parte del pubblico ministero – ai necessari "accertamenti e rilievi" sullo stato dei luoghi e delle cose ovvero sulle persone.

In relazione, invece, all'attività del pubblico ministero, l'art. 359 c.p.p. riconosce all'inquirente pubblico la facoltà di nominare e avvalersi di consulenti "quando procede ad accertamenti, rilievi segnaletici, descrittivi o fotografici e ad ogni altra operazione tecnica per cui sono necessarie specifiche competenze", mentre l'art. 360 c.p.p. assicura l'instaurazione di una forma di contraddittorio anticipato quando gli "accertamenti previsti dall'articolo 359" (non anche i rilievi, quindi) riguardano persone, cose o luoghi il cui stato è soggetto a modificazione.

La distinzione, inutile dirlo, riveste un notevole significato non soltanto sotto il profilo teorico, ma innanzitutto sul piano pratico 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.

Basta osservare, per esempio, che la giurisprudenza di legittimità ha più volte puntualizzato che in tema di accertamenti urgenti sulle cose, i semplici "rilievi", quantunque funzionali all'effettuazione di accertamenti tecnici, non sono tuttavia identificabili con questi ultimi, per cui, pur essendo essi irripetibili, la loro effettuazione non deve avvenire con l'osservanza delle forme stabilite dall'art. 360 c.p.p., essendo quest'ultime riserva-

te soltanto agli “accertamenti” veri e propri, se e in quanto qualificabili di per sé come irripetibili<sup>10</sup>.

Posto, quindi, che «nessuna forma di assistenza difensiva è prevista per i semplici rilievi tecnici e per gli accertamenti tecnici ripetibili»<sup>11</sup>, diviene essenziale l’individuazione degli elementi caratterizzanti due categorie concettuali<sup>12</sup> «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»<sup>13</sup>.

Non è in discussione, è ovvio, la figura dell’accertamento inteso quale categoria dogmatica<sup>14</sup>.

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

---

<sup>10</sup> V. per esempio, Cass. pen., Sez. I, 9 maggio 2002, n. 23156. Negli stessi termini, qualche anno prima, si era espressa Cass. pen., Sez. I, 6 giugno 1997, n. 4017: «I semplici “rilievi” (fra i quali rientra il c.d. “tampone a freddo” finalizzato al prelievo di eventuali residui indicativi dell’uso di armi da fuoco), 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». Più di recente, sulla stessa linea, v. Cass. pen., Sez. I, 30 novembre 2005, n. 45437.

<sup>11</sup> Cass. pen., Sez. I, 9 febbraio 1990, n. 301.

<sup>12</sup> Osservano A. POGGI, C. D. CAVALERA, *Gli accertamenti tecnici della polizia giudiziaria nell’indagine preliminare*, cit., p. 83, nt. 30, come l’obiettivo 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.

<sup>13</sup> S. LORUSSO, *L’esame della scena del crimine nella contesa processuale*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 264.

<sup>14</sup> Essa, come è noto, è stata studiata, in particolare, da A. FALZEA, *Accertamento (Teoria generale)*, in *Enc. dir.*, I, pp. 209 ss. La voce è stata, poi, riversata in ID., *Voci di teoria generale del diritto*, cit., pp. 59 ss., ove si evidenzia che «[n]el suo significato corrente il termine accertamento denota ogni processo spirituale attivamente orientato verso la situazione spirituale della certezza».

l'accertamento; il *termine* che porta alla situazione di certezza "relativa"»<sup>15</sup>.

Gli accertamenti (ma anche i rilievi) che in questa fase rilevano, infatti, sono atti a valenza conoscitiva sistematicamente collocati, si è già detto, 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<sup>16</sup> – pur con alcune precisazioni circa la tendenza a dilatare oltremodo la nozione di rilievo al fine di espandere gli spazi operativi della polizia giudiziaria<sup>17</sup> – l'onere di delineare le caratteristiche di ciascuno degli istituti in discorso<sup>18</sup>.

Fermo restando, allora, che è contrassegnato da un'ineliminabile margine di opinabilità qualsiasi tentativo di tracciare, tra di essi, una precisa linea di confine<sup>19</sup>, sul piano generale si è riconosciuto<sup>20</sup> che il concetto di accertamento non

<sup>15</sup> F. GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili (tra prassi devianti e recupero della legalità)*, cit., pp. 8 s.

<sup>16</sup> V., tra gli altri, C. BONZANO, *Attività del pubblico ministero*, in A.-A.VV., *Trattato di procedura penale* (diretto da G. Spangher), III, Milanofiori Assago, 2009, pp. 319 ss. Ma, anche, F. GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili (tra prassi devianti e recupero della legalità)*, cit., p. 15. Nonché, da ultimo, S. LORUSSO, *L'esame della scena del crimine nella contesa processuale*, cit., p. 264.

<sup>17</sup> V., in particolare, D. CURTOTTI NAPPI, L. SARAVO, *Sopralluogo giudiziario*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. VI, pp. 595 ss.

<sup>18</sup> La notazione è di E. APRILE, *Le indagini tecnico-scientifiche: problematiche giuridiche sulla formazione della prova penale*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 4035.

<sup>19</sup> Come riconosce, tra gli altri, A. SCALFATI, *Gli accertamenti tecnici dell'accusa*, in *Ind. pen.*, 1992, p. 130. Evidenza, d'altra parte, S. LORUSSO, *L'esame della scena del crimine nella contesa processuale*, cit., p. 265, come l'intervento in funzione di supplenza della giurisprudenza, in assenza di un appropriato catalogo legislativo, reca in sé tutti i rischi e le discrasie di un siffatto *modus operandi*, «anche perché il nostro ordinamento – com'è noto – non obbedisce alla regola del "precedente vincolante" e, anzi, la discrezionalità e la mutevolezza interpretativa degli organi giudicanti non si arresta, spesso, neanche di fronte ai dicta delle Sezioni unite che pure dovrebbero costituire un punto fermo».

<sup>20</sup> In linea, d'altra parte, con le soluzioni prospettate dalla giurisprudenza costituzionale formatasi sotto il vigore del codice precedente. V., per tutte, C.

comprende la constatazione o la raccolta dei dati materiali pertinenti al reato o alla sua prova – questi costuirebbero, invece, dei semplici rilievi – ma riguarda piuttosto lo studio e la elaborazione critica dei medesimi<sup>21</sup>.

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<sup>22</sup> – 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.

E' naturale, dunque, che si instauri una relazione funzionale tra il rilievo e l'accertamento<sup>23</sup>, un rapporto talmente signifi-

cost., 27 dicembre 1973, n. 185, la quale ebbe modo di precisare che gli accertamenti e le operazioni importano un giudizio tecnico, cioè si risolvono in veri e propri atti peritali, di talché le guarentigie difensive devono essere osservate anche in sede di indagini preliminari della polizia giudiziaria. Quando, invece, le operazioni si limitano al prelievo, di carattere meramente preparatorio rispetto all'attività istruttoria, esse sono di spettanza della polizia giudiziaria e non postulano le garanzie di difesa sancite dalla Costituzione.

<sup>21</sup> V., per esempio, Cass. pen., Sez. III, 27 ottobre 1998, n. 5779: «L'attività di individuazione e rilevamento delle impronte dattiloscopico-papillari, risolvendosi in operazioni urgenti non ripetibili di natura meramente materiale, rientra nella disciplina di cui all'art. 354, co. 2 c.p.p. e non in quella concernente gli accertamenti tecnici non ripetibili di cui agli artt. 359 e 360 c.p.p., i quali presuppongono attività di carattere valutativo su base tecnico-scientifica ed impongono il rispetto del contraddittorio e delle correlate garanzie difensive». In dottrina v., tra gli altri, M. MONTAGNA, *Accertamenti tecnici, accertamenti personali occulti e prelievo del DNA*, cit., p. 63; A. SCELLA, *Brevi osservazioni in tema di accertamenti tecnici, rilievi e tutela del diritto di difesa*, cit., p. 179; S. LORUSSO, *L'esame della scena del crimine nella contesa processuale*, cit., p. 264; D. CURTOTTI NAPPI, L. SARAVO, *L'approccio multidisciplinare nella gestione della scena del crimine*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 628.

<sup>22</sup> Il progressivo ampliamento del concetto di "rilievo" di cui all'art. 354, co. 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 D. CURTOTTI NAPPI, L. SARAVO, *L'approccio multidisciplinare nella gestione della scena del crimine*, cit., p. 630.

<sup>23</sup> La sussistenza di una siffatta relazione è messa in evidenza, tra gli altri, da S. LORUSSO, *L'esame della scena del crimine nella contesa processuale*, cit., p. 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 P. GUALTIERI, *Diritto di difesa e prova scientifica*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 498.

cativo sul piano processuale che 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<sup>24</sup>.

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<sup>25</sup>.

Nell'ambito della categoria appena richiamata si delinea, quindi, il sottoinsieme costituito dal vero e proprio "accertamento tecnico", ossia l'operazione presupponente 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»<sup>26</sup> e che, pertanto, non può che essere demandata ai consulenti tecnici<sup>27</sup>.

---

Ma, come già visto, la funzione propedeutica dei rilievi era stata sottolineata già sotto il vigore del codice abrogato dalla Corte costituzionale.

<sup>24</sup> F. GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili (tra prassi devianti e recupero della legalità)*, cit., p. 15, fa notare come «una repertazione di materiale biologico non corretta può non offrire quei risultati ottenibili con un'attività svolta in modo ortodosso».

<sup>25</sup> 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: «La comparazione delle impronte digitali prelevate con quelle già in possesso della polizia giudiziaria non richiede particolari cognizioni tecnico-scientifiche, risolvendosi in un *mero accertamento di dati obiettivi* ai sensi dell'art. 354 c.p.p., il cui svolgimento non postula il rispetto delle formalità prescritte dall'art. 360 c.p.p.».

<sup>26</sup> F. GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili (tra prassi devianti e recupero della legalità)*, cit., p. 15.

<sup>27</sup> 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, secondo la quale: «In tema di indagini preliminari, mentre il rilievo consiste nell'attività di raccolta di dati pertinenti al reato,

### 3. PROFILI DI INCIDENZA DELL'IRRIPETIBILITÀ SULLA SEQUENZA PROBATORIA.

Si è visto come l'irripetibilità costituisca il presupposto correttivo del modello di efficacia di un determinato atto, il quale, dotato di astratta idoneità probatoria, assume una precisa finalità dimostrativa (converrebbe dire, meglio, "persuasiva") nella fase del procedimento destinata a concludersi con la pronuncia giudiziale sul merito dell'imputazione.

Il concetto di atto irripetibile si ritrova inevitabilmente a percorrere, allora, il circuito concettuale delimitato dalla nozione di "sequenza probatoria", di talché diviene indispensabile procedere all'individuazione della giusta collocazione che al primo deve attribuirsi nell'ambito della seconda.

Con l'espressione "sequenza probatoria", come è noto, si intende «l'insieme delle componenti, analizzate nella prospettiva della "staticità", che, nella loro successione, intervengono a costituire il fenomeno probatorio»<sup>28</sup>.

La tematica, si intuisce, è di primario rilievo e l'analisi di essa non può permettersi di dare per scontate una serie di puntualizzazioni concettuali e terminologiche che, al contrario, meritano di essere richiamate.

Da esse, infatti, non si può prescindere poiché la fenomenologia che ci accingiamo ad esaminare è incentrata sul concetto proteiforme di "prova" e questa, è stato osservato con enfasi tutt'altro che eccessiva, «impregna di sé tutto il processo, vi imprime il movimento, diventa e forma la base della sentenza»<sup>29</sup>.

---

l'accertamento tecnico si estende al loro studio e valutazione critica secondo canoni tecnico-scientifici». 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.

<sup>28</sup> G. UBERTIS, *Prova (in generale)*, in *Dig. disc. pen.*, XI, p. 307. ID., *Prova (Teoria generale del processo penale)*, in *Enc. giur.*, XXV, p. 4. ID., *Sistema di procedura penale, I, Principi generali*, Torino, 2007, p. 64.

<sup>29</sup> E. FLORIAN, *Delle prove penali*, Milano, 1961, p. 4. Per una definizione del concetto di prova in senso processuale v. A. MELCHIONDA, *Prova (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, p. 651, il quale, nel richiamare G. BENTHAM, *Teoria delle prove giudiziarie* (trad. it. di B. V. Zambelli), Bruxelles, 1842, p. 12, rileva: «Nel senso più esteso che dar si possa a questa parola, si intende per essa un fatto supposto vero, che si considera come atto a servire qual motivo di credibilità sopra l'esistenza, o la non esistenza, di un altro fatto. Così ogni prova comprende almeno due fatti distinti: l'uno che può chia-

E' stato notato, a tal proposito, come «nonostante sia impiegata sovente nel linguaggio comune, risulta scorretta, in quanto tale, la locuzione “prova di un fatto”, giacché non si può provare un “fatto” a posteriori, ma è se mai possibile esperirlo o constatarlo al momento del suo verificarsi»<sup>30</sup>.

Così come «è fuorviante ed inesatto parlare di “prova della verità dei fatti” ovvero di “prova della affermazione (della verità) del fatto» poiché entrambi i termini «obliterano che non esistono “fatti veri” o “fatti falsi”: un fatto “è” o “non è”; soltanto la sua enunciazione può essere “vera” o “falsa”»<sup>31</sup>.

Dunque, «[I]e espressioni “prova di un fatto” e “prova della verità di un fatto” possono [...] reputarsi corrette esclusivamente se intese come formule abbreviate di “prova della verità dell’affermazione di esistenza di un fatto”»<sup>32</sup>.

Posto, pertanto, che nell’ambito del processo penale – e conformemente al suo fine – si esplica il tentativo più drammatico di ricostruzione di un frammento del passato quasi sempre

---

marsi *fatto principale*, quello di cui si tratta provare l’esistenza o la non esistenza; l’altro, *fatto probatorio*, quello che è impiegato a provare il sì o il no del fatto principale. Ogni decisione fondata sopra una prova procede dunque in via di conclusione. *Un tal fatto essendo esibito, io conchiudo l’esistenza di un tal’altro»*.

<sup>30</sup> G. UBERTIS, *Prova (in generale)*, cit., p. 300. ID., *Prova (Teoria generale del processo penale)*, cit., p. 2. ID., *Sistema di procedura penale*, cit., p. 48.

<sup>31</sup> G. UBERTIS, *Prova (in generale)*, cit., p. 300. ID., *Prova (Teoria generale del processo penale)*, cit., p. 2. ID., *Sistema di procedura penale*, cit., p. 48.

<sup>32</sup> G. UBERTIS, *Prova (in generale)*, cit., p. 300. ID., *Prova (Teoria generale del processo penale)*, cit., p. 2. ID., *Sistema di procedura penale*, cit., p. 48. Di recente, esaminando l’art. 187 c.p.p., A. SCALFATI, D. SERVI, *Premesse sulla prova penale*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale* (diretto da G. Spangher), II, t. 1, Milanofiori Assago, 2009, p. 19, hanno precisato come la norma «allude sempre a fatti, sottolineando che gli strumenti di prova servono a verificare episodi intesi da un punto di vista naturalistico; più esattamente, considerando che l’accertamento riguarda eventi già trascorsi, la prova cade propriamente “sull’affermazione” che tali episodi si sono svolti così come dice chi intende dimostrarli». Negli stessi termini v., sia pure senza un’esplicita puntualizzazione del carattere assertivo dell’oggetto di prova, E. ESPOSITO, *Onere della prova*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. IV, t. 2, p. 745, secondo la quale «[p]rovare un fatto [...] significa convalidare, in base ai dati conoscitivi disponibili, un’ipotesi relativa a quel fatto». Nonché G. L. VERRINA, *Principio del contraddittorio*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. II, p. 637, per il quale l’espressione “prova” indica, con riferimento al processo penale, «il processo di fissazione del fatto, di un accadimento storico, dalla cui dimostrazione sono deducibili determinate conseguenze in ordine alla fondatezza di una ben delineata tesi accusatoria».

inconoscibile, o comunque irripetibile in chiave fenomenica<sup>33</sup> – nel processo, è stato efficacemente affermato, non vivono i fatti, ma solo loro rappresentazioni<sup>34</sup> – non potendosi in ambito processuale andare oltre la verifica della verità<sup>35</sup> di una proposizione, «la *prova*, in quanto tale [...] non riguarda un “fatto” ma un “asserto”»<sup>36</sup>.

Talché, essa va intesa (in senso ampio) come «quel meccanismo, quell’insieme di elementi ed attività aventi la funzione di consentire l’accertamento della verità o meno di uno degli enunciati fattuali integranti il *thema probandum*»<sup>37</sup>.

<sup>33</sup> A. MELCHIONDA, *Prova (dir. proc. pen.)*, cit., p. 652. Rileva E. ESPOSITO, *Onere della prova*, cit., p. 745, come nell’ambito del processo il fatto non viene mai accertato nella sua datità storica, ma nella riproduzione processuale che le parti ne fanno.

<sup>34</sup> S. C. CAGNOTTI, *Prova, diritto, verità*, in AA.VV., *La prova penale* (diretto da A. Gaito), I, *Il sistema della prova*, Milanofiori Assago, 2008, p. 11.

<sup>35</sup> Il concetto di verità processuale non può che essere ricostruito in termini relativi. Infatti, come osserva felicemente S. C. CAGNOTTI, *Prova, diritto, verità*, cit., pp. 10 s., «il disordine connaturato al conflitto, a qualunque conflitto, e da esso scaturente, non [può] essere “matematicamente” o “filosoficamente” risolti nel e dal processo. Tanto da poter giungere il giudice, anche qui qualunque giudice, ad una risposta “vera” alla contesa o al conflitto. Ciò che il giudice potrà fare e fa è portare o riportare ordine per quel che può e con gli strumenti di cui dispone. Anche attraverso prove che per loro intrinseca natura dicono qualcosa, ma quel qualcosa lo dicono solo in maniera probabile. Sono ricostruzioni approssimate di verità che contribuiscono ad una sentenza che è essa stessa approssimazione alla verità». Poiché, dunque, il sapere pratico attiene ad una verità che è soltanto plausibile, probabile, relazionale, è possibile che si verifichi uno scarto tra verità giuridica e verità dei fatti. Esso, rileva correttamente A. BARGI, *Cultura del processo e concezione della prova*, in AA.VV., *La prova penale* (diretto da A. Gaito), I, *Il sistema della prova*, Milanofiori Assago, 2008, p. 45, è tuttavia spiegabile con la considerazione che il riconoscimento della verità «non è un valore assoluto nel processo, anche se partecipa alla determinazione della razionalità e della giustizia della decisione, quale elemento della sua giustificazione».

<sup>36</sup> G. ÜBERTIS, *Prova (in generale)*, cit., p. 300.

<sup>37</sup> G. ÜBERTIS, *Prova (in generale)*, cit., p. 300. ID., *Prova (Teoria generale del processo penale)*, cit., p. 2. Secondo A. MELCHIONDA, *Prova (dir. proc. pen.)*, cit., p. 653, in ambito processuale la prova si profila come «lo strumento (o mezzo) per accertare la consistenza (o verità parziale) della fattispecie oggetto del processo; in altre parole, per sciogliere i nodi conoscitivi che si identificano nel *thema probandum*». V., inoltre, A. BARGI, *Cultura del processo e concezione della prova*, cit., p. 45, il quale muove dalla premessa secondo la quale il riconoscimento della verità non è un valore assoluto nel processo per individuare nel termine “prova” la «espressione sintetica degli elementi, delle procedure e dei ragionamenti attraverso cui viene operata la ricostruzione dei fatti della causa e viene verificata e confermata come vera».



Delineata la nozione nei termini predetti, non v'è dubbio che le differenti potenzialità utilizzative di determinati esperimenti conoscitivi – tali sono, appunto, gli atti irripetibili – non valgono a porre in discussione la comune funzione di verifica di enunciati fattuali loro assegnata dall'ordinamento, ossia, in altri termini, la loro natura di “prova”.

Posto, dunque, che gli atti irripetibili sono, una volta esaurito il relativo processo acquisitivo, a tutti gli effetti prove, occorre verificare, come già detto, a quale dei momenti in cui appare strutturalmente articolata la sequenza probatoria essi appartengono.

Seguendo uno schema ricostruttivo consolidato, il primo e, sotto il profilo della sua centralità gnoseologica, più importante momento costitutivo di essa è rappresentato dall'“elemento di prova”, ossia da «ciò che, introdotto nel procedimento, può essere utilizzato dal giudice come fondamento della sua successiva attività inferenziale»<sup>38</sup>.

L'entità, personale o reale, da cui può derivare al procedimento un elemento di prova costituisce la c.d. “fonte di prova”<sup>39</sup>, mentre l'attività esplicata su quest'ultima e finalizzata ad introdurre nel procedimento medesimo l'elemento costituisce il c.d. “mezzo di prova”.

Sulla base dell'elemento di prova introdotto nel procedimento in virtù dell'azione degli altri fattori costitutivi della sequenza probatoria si svolge l'attività intellettuale del giudice che sfocia in una proposizione costituente il “risultato di prova”<sup>40</sup>: l'oggetto di prova «potrà considerarsi provato quando si sarà verificata la coincidenza tra affermazione probatoria e risultato di prova; si dirà pertanto che [...] “la prova è riuscita”, nel senso che ha dato esito positivo. Nell'ipotesi, invece, di non coin-

---

<sup>38</sup> G. UBERTIS, *Prova (in generale)*, cit., p. 307. ID., *Prova (Teoria generale del processo penale)*, cit., p. 4.

<sup>39</sup> Nel caso in cui la fonte sia personale (per es., un testimone), può parlarsi anche di “organo di prova”.

<sup>40</sup> E esso costituisce, chiariscono A. SCALFATI, D. SERVI, *Premesse sulla prova penale*, cit., p. 13, il significato attribuito dal giudice a ciascun elemento di prova, per cui il punto finale dell'accertamento consiste nella ricostruzione complessiva dell'episodio, tramite l'assemblaggio dei risultati di prova, e nella selezione delle norme in cui sussumerli. Sarebbe questa, secondo G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, cit., p. 80, la c.d. “valutazione probatoria complessiva”, caratterizzata non dalla disamina dei singoli esperimenti gnoseologici, bensì dall'utilizzo combinato dell'intero patrimonio conoscitivo giudiziale ai fini dell'emissione della pronuncia.

cidenza tra risultato di prova e affermazione probatoria, ci si esprimerà affermando che “la prova è mancata, fallita”»<sup>41</sup>.

Individuate, nei termini predetti, le premesse definitorie di base, sembra agevole concludere nel senso che l’atto irripetibile è correttamente collocabile nell’area concettuale delle fonti di prova reali, in quanto costituente, in sé e proprio in virtù della nota caratteristica dell’irripetibilità, un substrato materiale dotato di una potenzialità di utilizzazione del tutto assimilabile a quella tipica delle prove formate seguendo la procedura ordinaria.

Infatti, l’elemento di prova cartolarizzato nell’atto viene veicolato nel processo a prescindere dall’attivazione di un qualsiasi mezzo di prova a carattere dinamico, sulla base di una valutazione di pertinenza e rilevanza che si esplica direttamente su ciò che, formato in contesti diversi dal procedimento, vi perviene già compiutamente strutturato ed in tale veste viene offerto al giudice mediante un’attività di mera “produzione”.

I dati di meccanica appena richiamati fanno entrare in gioco, a questo punto inevitabilmente, il concetto di “procedimento probatorio”, realtà dinamica costituita dal complesso di «attività volte a sottoporre all’attenzione dell’organo procedente gli elementi di prova reputati utili ai fini della pronuncia»<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> G. UBERTIS, *Prova (in generale)*, cit., p. 307, il quale ha cura di puntualizzare che anche nel caso di prova mancata la prova vi è stata, ma ha dato esito negativo. Il che può accadere sia quando l’esperimento probatorio si è rivelato vano in quanto non ne è derivato nulla di fruibile per la ricostruzione fattuale, sia quando si saranno conseguiti risultati incompatibili rispetto all’oggetto di prova. Proprio il ritenere esperita la prova indipendentemente dalla constatazione di (non) coincidenza tra risultato ed oggetto di prova ha consentito di pervenire al riconoscimento del c.d. “principio di acquisizione processuale”. I medesimi rilievi sono ribaditi in G. UBERTIS, *Prova (Teoria generale del processo penale)*, cit., p. 5.

<sup>42</sup> G. UBERTIS, *Prova (in generale)*, cit., p. 317. ID., *Sistema di procedura penale*, cit., p. 83. Nello stesso senso v., fra gli altri, O. DOMINIONI, *Il diritto delle prove*, in O. DOMINIONI, P. CORSO, A. GAITO, G. SPANGHER, G. DEAN, G. GARUTI, O. MAZZA, *Procedura penale*, cit., p. 246, per il quale il procedimento probatorio costituisce lo strumento mediante cui si ottiene la formazione di un risultato di prova, ossia di un enunciato storico fruibile dal giudice per la decisione. Evidenzia A. MELCHIONDA, *Prova (dir. proc. pen.)*, cit., p. 664, come «[a]tteso che nella realtà il “procedimento” si presenta come una determinata sequenza di “norme”, nonché degli “atti” da esse disciplinati e delle posizioni soggettive da esse estraibili, in vista del – e compreso il – compimento di un atto finale, bene l’espressione di procedimento probatorio si presta ad accorpate il complesso di norme, di atti, di situazioni soggettive, di risultati, che attiene al meccanismo processuale della prova».

Variamente configurato dalla dottrina sotto il profilo dei momenti costitutivi, in esso sono generalmente riconoscibili le due fasi dell'ammissione e dell'assunzione<sup>43</sup>.

Allorquando si tratta di prove precostituite – sono da considerare tali, certamente, gli atti connotati dal requisito dell'irripetibilità – la fase dell'acquisizione probatoria appare materialmente indistinguibile – lo rimane, in ogni caso, sul piano concettuale e logico – da quella strettamente ammissiva proprio perché, essendo l'elemento di prova incorporato in una fonte reale, la relativa immissione nella sfera cognitiva del giudice avviene sempre a prescindere dall'attivazione di un mezzo di prova finalizzato alla costruzione materiale di esso<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> Così, tra i tanti, A. MELCHIONDA, *Prova (dir. proc. pen.)*, cit., p. 663, che richiama la ricostruzione di F. CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, p. 53, per il quale il procedimento probatorio è integrato da due fondamentali componenti rappresentate, rispettivamente, da una pronuncia a carattere decisorio-processuale, in cui consiste il provvedimento di ammissione, e un'operazione, più o meno complessa, con cui la prova è formata o introdotta nel processo. Nello stesso senso v. T. TREVISSON LUPACCHINI, *Il procedimento probatorio nel linguaggio del vigente codice di procedura penale*, in *Giust. pen.*, 1992, c. 548 s.; A. SCELLA, *L'inutilizzabilità della prova nel sistema del processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 207. Segue una diversa impostazione nella ricostruzione delle fasi del procedimento probatorio, invece, P. TONINI, *La prova penale*, Padova, 2000, pp. 43 ss., secondo il quale esso consterebbe dei momenti della ricerca, dell'ammissione, dell'assunzione e della valutazione della prova. V., altresì, O. DOMINIONI, *Il diritto delle prove*, cit., p. 246, secondo cui gli atti del procedimento probatorio dovrebbero essere raggruppati in tre fasi: l'ammissione, l'assunzione e la valutazione. Accoglie la prospettiva che include la valutazione del materiale probatorio tra i momenti (l'ultimo) del relativo procedimento, inoltre, A. BARGI, *Cultura del processo e concezione della prova*, cit., p. 68. Secondo A. GAITO, *Il procedimento probatorio (tra vischiosità della tradizione e prospettive europee)*, in AA.VV., *La prova penale* (diretto da A. Gaito), I, Milanofiori Assago, 2008, p. 109, le fasi del procedimento probatorio sono quelle della ricerca, ammissione ed assunzione.

<sup>44</sup> Rileva conclusivamente G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, cit., p. 85, come «la distinzione tra sequenza e procedimento probatori non esclude l'esistenza di una loro intima connessione. In tale prospettiva, mentre può sostenersi che la sequenza (con particolare attenzione ai suoi momenti costituiti dalla fonte, dal mezzo e dall'elemento di prova, dato che l'inferenza basata su quest'ultimo e il momento decisorio esulano dall'acquisizione probatoria) rappresenta la “materia” regolata dalla “forma” del procedimento, occorre riconoscere che sono proprio le regole procedurali (e la loro concretizzazione a opera dei soggetti che partecipano all'attività probatoria) a determinare il loro “oggetto”. Esse, consentendo o negando l'inserimento (di ciò che l'interessato desidera far rientrare nella categoria) della fonte e/o del mezzo di prova – e quindi dell'elemento di prova – tra quanto può essere impiegato nella pronuncia, condizionano lo stesso espletamento di una “prova”, la

## 4. I PRINCIPI DEL PROCESSO ACCUSATORIO E L'IRRIPETIBILITÀ.

Con il nuovo codice di procedura penale si sarebbe dovuto introdurre nell'ordinamento italiano un modello processuale ispirato ai principi del sistema accusatorio<sup>45</sup>, 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»<sup>46</sup>.

La scelta accusatoria, come è oltremodo noto, venne motivata sulla scorta della tradizionale migliore rispondenza di siffatto modello, rispetto all'impianto inquisitorio, agli schemi democratici, all'equilibrio tra garanzie ed efficienza, nonché 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.

Si dava per scontato, quindi, che quelli che venivano definiti inquisitorio ed accusatorio integrassero due sistemi processuali contrapposti perfettamente identificabili, dotati di caratteristiche essenziali sicuramente ed inequivocabilmente riconoscibili, e che il pregio più saliente della rinnovata codificazione processualpenalistica si compendiasse proprio nella sua profusa e voluta matrice accusatoria.

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, l'apparente precomprensione si dissolve, affiorano amletici dubbi e ci si trova di fronte – come sempre nella rappresentazione iniziale di qual-

---

quale, se giuridicamente intesa, esiste solo nell'ambito dell'esperienza processuale, mentre al suo esterno si risolverebbe in un oggetto inconoscibile».

<sup>45</sup> L'art. 2, co. 1, l. 16 febbraio 1987, n. 81, dispone, infatti, che il codice di procedura penale deve 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. Soggiunge, inoltre, che esso deve improntare il nuovo rito ai caratteri del sistema accusatorio, anche se secondo i principi e criteri indicati dalla delega. La sua entrata in vigore – mette in rilievo A. GIARDA, «Astratte modellistiche» e principi costituzionali del processo penale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 889 – avrebbe dovuto segnare per l'Italia «l'anno zero di un nuovo corso della corrispondente giustizia».

<sup>46</sup> G. CONSO, *Accusa e sistema accusatorio*, in *Enc. dir.*, I, p. 336.

sivoglia dato problematico – ad una serie inesauribile di incertezze che è compito della dogmatica non eliminare totalmente, ma rendere visibili e criticamente tollerabili<sup>47</sup>.

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 valutazione in sede positiva, oltrechè, naturalmente, come dati di ordine storico»<sup>48</sup>.

Sul piano 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»<sup>49</sup>.

Vero tutto questo, la schematizzazione teorica conserva in ogni caso un ruolo essenziale dal momento che taluni canoni classificatori conservano 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.

«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)»<sup>50</sup>.

<sup>47</sup> Le considerazioni riportate nel testo sono di G. PIERRO, *Sistema accusatorio e sistema inquisitorio*, in *Dig. disc. pen.*, XIII, p. 320.

<sup>48</sup> G. CONSO, *Accusa e sistema accusatorio*, cit., p. 336.

<sup>49</sup> G. LEONE, F. MENCARELLI, *Processo penale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, p. 411. V., altresì, V. GAROFOLI, *Giudizio, regole e giusto processo. I tormentati itinerari della cognizione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 517, il quale evidenzia 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-inquisitorio* ha valore».

<sup>50</sup> G. COLANGELI, *Principio del contraddittorio*, in *Dig. disc. pen.*, X, p. 29.

Il modello accusatorio presuppone, dunque, una cesura tra le fasi investigativa e processuale che, sul piano strutturale, viene tradotta nel sistema del c.d. “doppio fascicolo”, distinguendosi così il compendio a disposizione delle parti, 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 propria della fase dibattimentale<sup>51</sup>.

Principio di separazione delle fasi e sistema di duplicazione dei fascicoli sono punti qualificanti che viaggiano di pari passo poichè «[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»<sup>52</sup>.

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<sup>53</sup>.

La suddivisione riflette, lo abbiamo 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»<sup>54</sup>: una – dell’indagine – preordinata alla verifica

<sup>51</sup> V., in relazione alle problematiche concernenti i fascicoli, P. CAPUTO, *Fascicolo nel diritto processuale penale*, in *Dig. disc. pen.*, V, pp. 135 ss. Evidenzia M. FERRAIOLI, *La separazione delle fasi: limiti e proiezioni di uno schema*, in AA.VV., *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, II, Milano, 2000, p. 282, come il regime del doppio fascicolo rappresenti la proiezione, sul piano pratico-operativo, del principio di separazione delle fasi.

<sup>52</sup> S. FIFI, *Fascicoli processuali*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. III, pp. 505 ss.

<sup>53</sup> G. FRIGO, *Art. 431 c.p.p.*, cit., p. 713. Ed infatti, osserva M. MONTAGNA, *Dialettica dibattimentale, limitazioni all’«oralità» e processo «giusto»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1566, «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 procedimento accusatorio” in quanto “preceduto da un’istruzione scritta e segreta” che riverberava tutta la sua influenza sul giudizio».

<sup>54</sup> M. FERRAIOLI, *La separazione delle fasi: limiti e proiezioni di uno schema*, cit., p. 282. Evidenzia M. MONTAGNA, *Dialettica dibattimentale, limitazioni all’«oralità» e processo «giusto»*, cit., p. 1568, che la problematica relativa al nesso intercorrente tra l’attività investigativa e il giudizio ha rappresentato da sempre il nodo cruciale di ogni discussione inerente i diversi

dei presupposti per l'esercizio dell'azione penale e caratterizzata da atti dall'efficacia limitata per lo più all'interno della medesima; l'altra – del giudizio – caratterizzata invece dalla centralità del dibattimento, unica ed imprescindibile sede di formazione della prova.

«Il dibattimento» - è stato evidenziato già in relazione al sistema processuale previgente - «rappresenta indubbiamente la fase anche “scenograficamente” più interessante dell'intero processo, non foss'altro perché in esso trovano la massima estrinsecazione i caratteri tipici del “duello” giudiziario, nel quale la dialettica delle parti contrapposte, direttamente confrontantisi, trova modo di manifestarsi nel contesto di una solennità di forme giuridicamente disciplinata»<sup>55</sup>.

Un sistema fondato sulla “centralità” del dibattimento, inteso quale luogo privilegiato per la costruzione del supporto probatorio della decisione giudiziale sul merito dell'imputazione, non può non dare per scontata l'impermeabilità di esso rispetto alle vicende acquisitive proprie delle fasi pregresse, premessa per l'effettivo esplicarsi di irrinunciabili principi fondamentali, tra di loro intimamente connessi e parimenti denotativi di una determinata modellistica processuale, quali il contraddittorio, l'oralità, l'immediatezza e la concentrazione.

«Sul piano dinamico e funzionale» - è stato efficacemente rilevato in dottrina - «contraddittorio e difesa divengono sinonimi di un bisogno fondamentale di “partecipazione” (o di “compartecipazione”) attiva dei litiganti allo svolgimento del processo, sì da assicurare a costoro, su basi paritetiche, un'adeguata opportunità di influire – con ogni iniziativa consentita (di tipo assertivo, argomentativo o probatorio) – sulla formazione del convincimento del giudice. In termini di sintesi, il contraddittorio si situa all'interno di una garanzia che non è più soltanto l'espressione di una “parità teorica” iniziale, ma è una garanzia più articolata (potremmo dire: di “mezzi” e di “risultato”) in quanto riconosce a tutti i soggetti in lite, nel corso dell'intero giudizio, non soltanto un'equa ed astratta distribu-

---

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. Sottesa ai diversi metodi di ricerca e formazione della prova, d'altra parte, vi è un'opposta concezione della verità processuale e, conseguentemente, un diversificato approccio alla ricostruzione della medesima.

<sup>55</sup> G. UBERTIS, *Dibattimento (principi del) nel diritto processuale penale*, in *Dig. disc. pen.*, III, p. 454.

zione degli strumenti processuali di azione o di difesa, ma soprattutto (ed è questo il “risultato” garantito) la *possibilità effettiva* di condizionare in proprio favore, con i “mezzi” di cui paritariamente dispongono, la decisione giurisdizionale conclusiva»<sup>56</sup>.

La premessa assiologica, ovviamente, si colloca nell’ambito delle conclusioni più accreditate dell’epistemologia contemporanea, secondo le quali lo scontro dialettico tra le parti rappresenta lo strumento più adeguato per fare emergere ogni sfaccettatura relativa alla realtà oggetto di giudizio ed offre dei vantaggi più considerevoli rispetto a quelli derivanti da un accertamento compiuto unilateralmente dal giudice<sup>57</sup>.

Alle spalle di queste si pone, poi, la considerazione che i vari metodi di ricerca e formazione della prova si reggono su una diversa concezione della verità processuale e, conseguentemente, su un diversificato approccio alla ricostruzione della medesima.

---

<sup>56</sup> L. P. COMOGLIO, *Contraddittorio*, in *Dig. disc. civ.*, IV, p. 3. Rileva G. GIOSTRA, *Contraddittorio (Diritto processuale penale)*, in *Enc. giur.*, VIII, p. 1, come ogni forma di contraddittorio presupponga «una dualità antagonistica e paritetica, nel senso che i suoi protagonisti debbono essere portatori di interessi e obiettivi diversi, anche se nella disputa possono trovare uno o più punti di convergenza, e debbono godere di equivalenti diritti. Primo fra tutti, tanto da doverlo considerare un presupposto di esistenza del contraddittorio, quello di conoscere compiutamente l’oggetto del contendere». Osserva altresì come «il requisito della pariteticità sarebbe ancor più compromesso, qualora spettasse ad uno dei contraddittori decidere l’esito del confronto». D’altro canto, è la considerazione di S. C. CAGNOTTI, *Prova, diritto, verità*, cit., pp. 10 ss., il rispetto del contraddittorio è «elemento intrinseco alla corretta formulazione della prova, alla prova stessa». Importante, infine, l’assunto di A. BARGI, *Cultura del processo e concezione della prova*, cit., p. 67, secondo il quale è da considerarsi giusta esclusivamente la decisione che si fonda sui principi costituzionali di giurisdizionalità e del contraddittorio, essendo «il primo, inteso come garanzia di terzietà del giudice rispetto alla prova, il secondo quale criterio epistemologico di ricostruzione del fatto storico».

<sup>57</sup> In questi termini, tra i tanti, v. P. FERRUA, *Studi sul processo penale*, II, *Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino, 1992, p. 25, per il quale, appunto, il metodo del contraddittorio è «il mezzo per un’attendibile ricostruzione dei fatti, il pregio della quale sta proprio nell’essere condotta secondo configgenti prospettive, in una singolare coincidenza di interesse individuale e collettivo». V., inoltre, G. GIOSTRA, *Contraddittorio (Diritto processuale penale)*, cit., p. 4; M. MONTAGNA, *Dialettica dibattimentale, limitazioni all’«oralità» e processo «giusto»*, cit., p. 1573; C. CONTI, *Il processo si apre alla scienza. Considerazioni sul procedimento probatorio e sul giudizio di revisione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1205.



Poiché «[n]on esiste un *genus* di verità, al quale ricondurre le *species* di verità formale e verità materiale [*ma*] esiste, invece, una sola verità, che è necessariamente relativa perché umana, sempre smentibile dalle successive risultanze, ma comunque più attendibile se sottoposta ad un procedimento di controllo di tipo dialettico»<sup>58</sup>, è agevole individuare nella contrapposizione dialettica tra le parti e nel contraddittorio nella ricostruzione del fatto il metodo privilegiato di accertamento della verità processuale, l'unico idoneo a condurre ad una decisione che sia «epistemologicamente accettabile»<sup>59</sup>.

Se il contraddittorio costituisce il nucleo essenziale del sistema formativo della prova penale ed il suo fondamento costi-

---

<sup>58</sup> V. GAROFOLI, *Giudizio, regole e giusto processo. I tormentati itinerari della cognizione penale*, cit., p. 518. «Occorre rammentare» - fa notare P. P. RIVELLO, «Verità» e processo, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 153 - «che la verità razionalmente conseguibile in sede processuale è comunque non già una irraggiungibile verità "assoluta", ma una verità ottenibile "nonostante" la limitatezza umana, e comunque una verità relativa, meramente "approssimativa" e "probabile", che si traduce, in fondo, in un grado particolarmente elevato di verosimiglianza». Fa da sfondo a siffatta conclusione, tra l'altro, l'approdo qualificativo di S. PUGLIATTI, *Conoscenza*, in *Enc. dir.*, IX, p. 50, secondo il quale «la verità alla quale l'uomo può aspirare e della quale vive, come verità umana [...] è di necessità parziale e (o) relativa, concretamente (storicamente) condizionata». Nonchè le considerazioni di P. CALAMANDREI, *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, p. 165, per il quale «quando si dice che un fatto è vero, si vuol dire in sostanza che esso ha raggiunto, nella coscienza di chi lo giudica tale, quel grado massimo di verosimiglianza che, in relazione ai limitati mezzi di conoscenza di cui il giudicante dispone, basta a dargli la certezza soggettiva che quel fatto è avvenuto».

<sup>59</sup> V. GAROFOLI, *Giudizio, regole e giusto processo. I tormentati itinerari della cognizione penale*, cit., p. 519. Ma v., anche, la lucida analisi di C. SANTORIello, *Legalità processuale*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. VI, pp. 324 ss., secondo il quale «con riferimento all'esperienza del processo penale è vano sostenere che esista - o meglio che sia conoscibile - una verità assoluta al di fuori ed a prescindere dall'esito del giudizio, e per il cui accertamento siano indifferenti gli strumenti istruttori utilizzati; di contro, il dato probatorio che si ottiene nell'ambito di una attività di ricerca dipende sempre dal contesto in cui si opera e perciò deve ritenersi che anche la verità giudiziale è - necessariamente ed al pari di ogni altra verità - una verità costruita, fortemente condizionata dalle circostanze ambientali in cui essa è perseguita e - si badi - queste connotazioni della verità giudiziale non fanno di questa una verità a valenza minore rispetto alla presunta verità assoluta giacchè [...] ogni forma di conoscenza umana è relativa e conseguente ai mezzi utilizzati per acquisirla: quella del processo è una conoscenza fondata sul contraddittorio piuttosto che sul sapere autoritativo perché si ritiene il confronto dialettico il miglior strumento per l'accertamento dei fatti».

tuisce la ragione fondamentale per la quale occorre «difendere il modello di legalità probatoria disegnato dal nostro codice [poiché] 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»<sup>60</sup>, l'oralità concorre ad integrare l'insieme dei suoi logici corollari.

La nozione di “oralità” si connette, già sotto il profilo semantico, a quella, inevitabilmente antitetica, di scrittura.

Ne 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 il gioco dialettico degli opposti determina il dosaggio dei rispettivi principi all'interno di ogni ordinamento positivamente vigente<sup>61</sup>.

La dottrina ha evidenziato, infatti, la pluralità di significati che può assumere «un concetto in apparenza in equivoco»<sup>62</sup>.

Da un lato, si collocano coloro che individuano nell'oralità esclusivamente una forma di manifestazione del contributo probatorio finalizzato all'accertamento dei fatti<sup>63</sup>.

Dall'altro, si inseriscono quanti, invece, assunto il principio di specie quale espressione di sintesi, ne condizionano l'operatività alla contemporanea soddisfazione delle esigenze di immediatezza e concentrazione del processo<sup>64</sup>.

<sup>60</sup> C. SANTORIELLO, *Legalità processuale*, cit., p. 329.

<sup>61</sup> M. DEGANELLO, *Oralità*, in *Dig. disc. pen.*, IX, p. 16.

<sup>62</sup> M. DEGANELLO, *Oralità*, cit., p. 16. V., inoltre, A. FAMIGLIETTI, *Dibattimento (principi teorici)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. III, t. I, p. 351.

<sup>63</sup> Così sembra orientato, per esempio, P. TONINI, *La prova penale*, cit., p. 74, secondo il quale «[i]n prima approssimazione al termine “oralità” si può attribuire il significato di “comunicazione” del pensiero mediante la pronuncia di parole destinate ad essere udite». V., inoltre, F. GIANNITI, *Spunti per una ricostruzione del sistema probatorio penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, pp. 85 s.

<sup>64</sup> V., per esempio, G. GIOSTRA, *Contraddittorio (Diritto processuale penale)*, cit., p. 1, secondo il quale «non v'è dubbio che il contraddittorio trovi massima espressione quando sono assicurate l'oralità e la contestualità del confronto, di modo che ognuno dei protagonisti possa immediatamente ascoltare e immediatamente controbattere le asserzioni dell'altro, consentendo al terzo di cogliere gli elementi per il proprio convincimento dalla viva voce e dal comportamento degli stessi». Ma v., altresì, G. LOZZI, *I principi dell'oralità e del contraddittorio nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 670, per il quale «per processo orale si intende un tipo di processo che punta sull'elaborazione della 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

Seguendo questa impostazione, quindi, «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»<sup>65</sup>.

In prospettiva processuale l'etimo oralità tende ad essere connotato da una «notevole carica polisemantica»<sup>66</sup>, ad assumere, dunque, una valenza ben più pregnante, al punto da fare astrazione dell'originario contenuto semantico per divenire formula sintetica di un complesso di caratteri su cui «non a-

---

dell'oralità costituisce, così, la sintesi di altri principi e diventa la nota fondamentale del dibattito, perché in questa fase del processo convergono contraddittorio, immediatezza e concentrazione». In questa prospettiva si colloca, inoltre, A. BARGI, *Cultura del processo e concezione della prova*, cit., p. 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». Negli stessi termini si esprime, poi, L. I. PISANELLI, *Dibattimento e divieto di delega*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 118. Oltre che, di recente, O. MAZZA, *Le insidie al primato della prova orale rappresentativa. L'uso dibattimentale di materiale probatorio preconstituito*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1515, secondo il quale nel disegno del legislatore all'oralità «veniva attribuito il significato più ampio e preciso di garanzia del rapporto di immediatezza fra il giudice e la prova, scartando parimenti l'accezione debole, astrattamente riconducibile al principio, di semplice esposizione orale dell'elemento di prova formato *aliunde*, non al cospetto del soggetto chiamato a decidere ovvero come semplice prevalenza della parola quale mezzo d'espressione».

<sup>65</sup> P. FERRUA, *Studi sul processo penale, II, Anamorfosi del processo accusatorio*, cit., p. 166. V., inoltre, O. MAZZA, *Le insidie al primato della prova orale rappresentativa. L'uso dibattimentale di materiale probatorio preconstituito*, cit., p. 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, poi, M. DEGANELLO, *Oralità*, cit., p. 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. Si pensi, a mo' di esempio, alle possibili esasperazioni connesse ad una lettura estensiva del concetto di oralità in base alle quali l'esaminando rispetterebbe il canone di pertinenza pur anche dettando la propria deposizione; e neppure può sottacersi come avvalorare un significato riduttivo conduca inevitabilmente a confondere la dinamica delle varie fasi processuali giungendo a giustificare qualsiasi scollamento rispetto alla "purezza" del principio».

<sup>66</sup> S. BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, Milano, 2000, p. 1.

vrebbe potuto omettere di incardinarsi l'unica riforma in grado di ribaltare la stagnazione in cui versava il vecchio sistema»<sup>67</sup>.

Questo insieme di caratteri, intimamente connessi fra loro e la risultante che fornisce quel riassuntivo carattere che si definisce orale, coniuga l'oralità (in senso stretto), l'immediatezza e la concentrazione<sup>68</sup>.

La prima, collocata in un ambito prospettico che potremmo definire di "atomizzazione" dei requisiti, si sgancia 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<sup>69</sup>.

L'immediatezza, invece, è espressione che sta ad indicare la relazione diretta intercorrente fra soggetto giudicante ed elementi su cui dovrà fondarsi il giudizio<sup>70</sup>.

Basta pensare, per scorgere l'intima connessione che lega tra loro i due canoni, che «quando il contenuto delle acquisizioni istruttorie dovesse giungere al decidente per intermedia-

---

<sup>67</sup> Così P. BRUNO, *Concentrazione (principio della)*, in *Dig. disc. pen.*, VI, p. 501, il quale rileva come i caratteri sintetizzati nel sintagma "oralità" non di rado sono ricondotti ai "naturalia" del giudizio.

<sup>68</sup> Coglie l'intima connessione esistente tra questi caratteri essenziali del processo accusatorio ed il contraddittorio G. GIOSTRA, *Contraddittorio (Diritto processuale penale)*, cit., p. 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».

<sup>69</sup> P. BRUNO, *Concentrazione (principio della)*, cit., p. 501.

<sup>70</sup> A. FAMIGLIETTI, *Dibattimento (principi teorici)*, cit., p. 353. Il termine immediatezza, osserva I. CALAMANDREI, *Immediatezza*, in *Dig. disc. pen.*, VI, p. 149, in un suo intuitivo significato evoca l'idea di un rapporto privo di intermediazioni (non mediato, appunto), e quindi diretto, fra due entità. Nel processo penale la valenza che si è venuta storicamente precisando del principio che a tale idea si richiama è quella della tendenziale eliminazione di ogni interferenza fra l'organo giudicante e la fonte di prova. Così inteso, il principio di cui si parla mira non solo ad assicurare la genuinità della prova, che si corrompe tramandandosi, ma anche ad evitare che il giudice venga in parte spogliato della sua funzione ad opera di coloro che effettuano la traduzione. V., altresì, P. TONINI, *La prova penale*, cit., p. 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».

zione altrui, si disperderebbero gran parte dei benefici di un'escussione condotta a viva voce»<sup>71</sup>.

Con la nota della concentrazione, infine, si esprime un'esigenza strumentale nei confronti dei primi due principi dal momento che «se tra i vari atti dell'iter processuale corrono intervalli di tempo notevoli i ricordi svaniscono, sfumano le impressioni maturate ed i collegamenti fra di esse, scema la partecipazione emotiva al caso giudiziario: in breve si dileguano i vantaggi offerti dall'oralità e dall'immediatezza»<sup>72</sup>.

Diviene necessario, pertanto, che il giudizio si svolga senza soluzione di continuità fino al verdetto: il processo orale, pertanto, deve essere condotto in un'unica udienza o in poche udienze ravvicinate, ed è indispensabile che venga dato corso alla sentenza immediatamente dopo la chiusura del dibattimento<sup>73</sup>.

Tratteggiati i caratteri essenziali del modello processuale di ispirazione accusatoria, ci si avvede facilmente della situazione di stress che, rispetto ai canoni tipici di esso, si determina tutte le volte in cui l'atto del procedimento assume la qualificazione di irripetibile e, come tale, pretende un autonomo spazio utilizzativo tra i dati costituenti l'orizzonte cognitivo del giudice.

Va recuperata, sul punto, la distinzione tra irripetibilità effettiva e potenziale per rilevare come le conseguenze siano meno dirompenti nell'ultima delle due ipotesi, nel primo caso il modello acquisitivo fondato sulla lettura determinando necessariamente il superamento dei principi del modello intesi nella loro globalità.

L'atto probatorio, infatti, perviene alla fase dibattimentale già formato in ogni suo elemento e, quindi, con un contenuto interamente definito e pronto ad essere fruito dal giudice a prescindere da ulteriori apporti degli interessati.

Alle parti è, in questa ipotesi, negata qualsiasi possibilità di incidere sul momento formativo dell'elemento di prova, potendo soltanto interloquire su temi logicamente condizionanti, quali quelli concernenti il perfezionamento o meno della fattispecie acquisitiva ed il valore probatorio dell'elemento medesimo.

E' garantito, in altri termini, un contraddittorio parziale poiché in un sistema processuale ispirato a siffatto principio è necessario consentire a ciascuno degli interessati alla pronuncia

<sup>71</sup> P. BRUNO, *Concentrazione (principio della)*, cit., p. 501.

<sup>72</sup> P. BRUNO, *Concentrazione*, cit., p. 501. V., anche, A. FAMIGLIETTI, *Dibattimento (principi teorici)*, cit., pp. 354 s.

<sup>73</sup> P. BRUNO, *Concentrazione*, cit., p. 501.

finale sia di dibattere sulla possibilità di compiere l'atto probatorio, sia di prendere attivamente parte al suo compimento, sia, infine, di interloquire sul valore da attribuirgli ai fini della decisione<sup>74</sup>.

Ad ogni altro profilo del contraddittorio – quello attinente alla formazione della prova in particolare – viene impedito di operare e, con essi, escono travolte tutte le altre connotazioni del processo ancorate inscindibilmente al funzionamento del principio di separazione delle fasi.

L'irripetibilità potenziale, come abbiamo visto, consente invece di programmare una fase formativa della prova caratterizzata dall'applicazione di metodologie in gran parte assimilabili a quelle proprie della fase dibattimentale.

Il contraddittorio quale metodo di formazione dell'elemento di prova viene in qualche misura salvaguardato mediante la previsione di istituti di anticipazione del momento strettamente probatorio che, proprio a causa di quest'ultima caratteristica, non consentono di tutelare allo stesso tempo e con la stessa intensità i principi dell'oralità e dell'immediatezza.

Il dato probatorio, infatti, sebbene formato in contraddittorio, proviene da una fase fisiologicamente destinata a scopi diversi ed al giudice dibattimentale non rimane che attivare il modello acquisitivo basato sulla lettura per legittimarne la piena utilizzabilità.

---

<sup>74</sup> G. GIOSTRA, *Contraddittorio (Diritto processuale penale)*, cit., p. 2, il quale distingue un contraddittorio retorico-argomentativo (primo e terzo caso) da un contraddittorio "poietico" (secondo caso).

## CAPITOLO III

### LA LEGITTIMAZIONE AL COMPIMENTO DI ATTI IRRIPETIBILI.

SOMMARIO: 1. Gli atti irripetibili compiuti dal pubblico ministero. In particolare: gli accertamenti tecnici irripetibili. – 2. Gli atti irripetibili della polizia giudiziaria. – 3. Gli atti irripetibili compiuti nell'ambito delle investigazioni difensive. – 4. L'incidente probatorio. – 5. La circolazione delle prove. – 6. L'acquisizione delle sentenze *ex art. 238-bis c.p.p.*

#### 1. GLI ATTI IRRIPETIBILI COMPIUTI DAL PUBBLICO MINISTERO. IN PARTICOLARE: GLI ACCERTAMENTI TECNICI IRRIPETIBILI.

Qualsiasi analisi che abbia ad oggetto gli atti d'indagine del pubblico ministero non può fare a meno di prendere le mosse dalle norme deputate ad esplicitare la trama della complessiva attività investigativa pubblica.

L'art. 326 c.p.p., concernente le finalità delle indagini preliminari, stabilisce in via generale che il pubblico ministero e la polizia giudiziaria svolgono, nell'ambito delle rispettive attribuzioni, le indagini necessarie per le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale.

La disposizione innova profondamente il sistema del previgente codice dal momento che, tramite essa, si è inteso demarcare nettamente, rispetto alla fase giurisdizionale, quella delle indagini preliminari, tendenzialmente finalizzata al compimento

delle “indagini necessarie” per sciogliere l’alternativa tra l’esercizio dell’azione penale e la richiesta di archiviazione<sup>1</sup>.

Proprio perché incanalata lungo l’alveo delle finalità appene indicate, l’attività di indagine del pubblico ministero, puntualizza ulteriormente l’art. 358 c.p.p., deve necessariamente estendersi fino al punto da includere lo svolgimento di accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini<sup>2</sup>.

Se è vero, da un lato, che la disposizione di cui all’art. 358 c.p.p. – impositiva di un vincolo che parrebbe, a prima vista, caricarsi di nostalgie inquisitorie<sup>3</sup> – si traduce in un obbligo non assistito da alcuna sanzione processuale e non priva del carattere tendenzialmente discrezionale le scelte investigative del pubblico ministero<sup>4</sup>, ciò non significa, dall’altro lato, che si tratti di una previsione suscettibile di essere agevolmente disattesa o, addirittura, superflua<sup>5</sup>, dal momento che l’obbligo di svolgere accertamenti anche a favore della persona sottoposta alle indagini è non soltanto coerente, ma addirittura inscindibilmente connesso con la natura di parte pubblica dell’organo dell’accusa<sup>6</sup> e strettamente funzionale, come già evidenziato, ad un corretto e razionale esercizio dell’azione penale, al fine di evitare l’instaurazione di processi superflui<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> V., in questi termini, V. MAFFEO, *Art. 326 c.p.p.*, in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato* (a cura di A. Giarda, G. Spangher), Milano, 2010, pp. 4075 ss.

<sup>2</sup> Infatti, mette in evidenza, tra i tanti, V. MELE, *Una norma inutile l’art. 358 c.p.p.?*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2406, la direttiva n. 37 della legge di delega «ha trovato [...] attuazione nel codice in due distinte disposizioni, gli artt. 326 e 358, il secondo del quale richiama, quale premessa logica e indispensabile, il contenuto del primo».

<sup>3</sup> G. P. VOENA, *Investigazioni ed indagini preliminari*, in *Dig. disc. pen.*, VII, p. 265.

<sup>4</sup> Così, fra le tante, *Cass. pen.*, Sez. II, 21 maggio 1997, n. 3415.

<sup>5</sup> Come ritiene, invece, A. NAPPI, *Indagini preliminari*, in *Enc. dir.*, App. V, p. 694, sulla base della considerazione che «[s]e [...] lo scopo delle indagini preliminari è di consentire le determinazioni in ordine all’esercizio dell’azione penale (art. 326), ne consegue che il pubblico ministero dovrà, comunque, accertare tutti i fatti necessari a verificare se la notizia di reato è infondata (art. 408) o se ricorrono altri casi di archiviazione (art. 411), essendo noto che la conferma di una ipotesi di accusa dipende principalmente dal fallimento dei tentativi di dimostrarne l’inattendibilità».

<sup>6</sup> C. cost., 2 maggio 1991, n. 190.

<sup>7</sup> C. cost. (Ord.), 11 aprile 1997, n. 96. In dottrina, v. G. P. VOENA, *Investigazioni ed indagini preliminari*, cit., p. 265; A. NAPPI, *Indagini preliminari*, cit., p. 694, il quale, tra l’altro, mette in evidenza il legame intercorrente tra la



«[U]na parte pubblica» - è stato infatti notato - «non può non avere esigenze di giustizia, ed, inoltre, [il dovere di svolgere] accertamenti a favore dell'imputato [è] del tutto in linea con la finalità delle indagini preliminari, che è quella di assumere determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale»<sup>8</sup>.

E' aderendo a questa impostazione sistematica che, ovviamente, il pubblico ministero deve assecondare la necessità di compiere atti di natura irripetibile e, come vedremo, i frangenti nei quali inserire profili con essa coerenti non mancano.

Ma, volendo procedere con un certo ordine, la scelta legislativa di non perfezionare, mediante definizioni o tipizzazioni, il concetto di atto irripetibile<sup>9</sup> ha favorito una certa discrezionalità qualificativa, potendo ricorrere siffatta caratteristica in relazione a categorie anche molto eterogenee di atti di pertinenza del pubblico ministero.

Deve poi aggiungersi come all'arretramento del legislatore rispetto all'elaborazione normativa di una definizione di irripetibilità si sia affiancato un analogo atteggiamento rinunciatorio rispetto alla specificazione del concetto di "sopralluogo giudi-

---

disposizione e gli artt. 367, 374 e 415-bis c.p.p. Altresì v., di recente, A. ANDRONIO, *Pubblico ministero e direzione delle indagini*, in *Trattato di procedura penale* (diretto da G. Spangher), III, Milanofiori Assago, 2009, pp. 282 ss. Per una ricostruzione delle diverse ipotesi circa il fondamento della previsione contenuta nell'art. 358 c.p.p. v., da ultimo, P. GAETA, *Art. 358 c.p.p.*, AA.VV., *Codice di procedura penale commentato* (a cura di A. Giarda, G. Spangher), cit., pp. 4293 ss.

<sup>8</sup> G. LOZZI, *Indagini preliminari, incidenti probatori e udienza preliminare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 1277, il quale osserva come «non soltanto come parte pubblica (e, quindi, come parte che non può non agire a fini di giustizia) ma, innanzitutto, come parte che, per decidere se esercitare o no l'azione penale, deve valutare l'idoneità degli elementi acquisiti a sostenere l'accusa in sede di giudizio (e, pertanto, deve effettuare un giudizio prognostico di responsabilità), il pubblico ministero non può non compiere accertamenti, relativi a fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini, indubbiamente indispensabili ai fini di una corretta decisione in ordine all'esercizio o no dell'azione penale». Ritiene, invece, che l'art. 358 c.p.p. non costituisca una proiezione sul piano processuale della posizione ordinamentale del pubblico ministero C. MORSELLI, *Pubblico ministero*, in *Dig. disc. pen.*, X, p. 501.

<sup>9</sup> Avremo modo di vedere come dall'esame dei lavori preparatori emerga chiaramente che la scelta fu consapevole e meditata, risiedendo le relative ragioni nell'opportunità di evitare l'elencazione di atti tipici del pubblico ministero e di riconoscere al giudice dibattimentale il potere di valutazione circa l'effettiva non ripetibilità degli atti in concreto, oltre che nell'assunto secondo cui la distinzione tra atti ripetibili ed atti irripetibili sarebbe stata legata al divenire dell'esperienza teorica e pratica.

ziario”<sup>10</sup>, contesto fattuale e investigativo che più di ogni altro si presta ad ospitare il compimento di atti di natura irripetibile<sup>11</sup>.

Eppure, oramai «il sopralluogo giudiziario rappresenta il nuovo nodo da sciogliere nel difficile rapporto tra scienza e processo penale perché l’indulgere di una cornice normativa vacua non solo penalizza un’azione investigativa efficace, approfondita e rapida, e quindi la correttezza dell’accertamento penale tutto, ma inficia irrimediabilmente i meccanismi di garanzia di cui dispone ancora il soggetto debole del processo penale, che è naturalmente l’imputato»<sup>12</sup>.

Nell’ambito di una situazione normativa rivelatasi inappropriata, il sistema compendia, però, una norma che può definirsi “pilota” rispetto all’intera materia poichè ha fatto da sfondo a qualsiasi impostazione tesa a delineare un concetto generale di atto irripetibile.

---

<sup>10</sup> Mettono in evidenza siffatta lacuna normative, da ultimo, D. CURTOTTI NAPPI, L. SARAVO, *L’approccio multidisciplinare nella gestione della scena del crimine*, cit., p. 626. La critica a quella che viene definita una «disattenzione di un legislatore poco sensibile e poco lungimirante rispetto ad un segmento della fase delle indagini preliminari che nel corso degli anni ha assunto un ruolo sempre più centrale», è stata ribadita in D. CURTOTTI NAPPI, L. SARAVO, *Sopralluogo giudiziario*, cit., p. 589.

<sup>11</sup> D. CURTOTTI NAPPI, L. SARAVO, *L’approccio multidisciplinare nella gestione della scena del crimine*, cit., p. 628.

<sup>12</sup> D. CURTOTTI NAPPI, L. SARAVO, *L’approccio multidisciplinare nella gestione della scena del crimine*, cit., p. 624, i quali mettono in rilievo come «[s]oprattutto nelle investigazioni compiute sulla scena del crimine, si sta assistendo ad un cambiamento epocale [*poiché*] attività specialistiche proprie di diversi settori della scienza (biologia, ingegneria, balistica, informatica, etc.) sono messe al servizio delle indagini raggiungendo livelli di impiego e produttività ritenuti irrealizzabili alcuni anni orsono». V., altresì, D. CURTOTTI NAPPI, L. SARAVO, *Sopralluogo giudiziario*, cit., p. 589, ove viene delineata in maniera compiuta la “sistematica” del sopralluogo, la quale si sviluppa lungo un percorso generalmente composto da due fasi di intervento. La prima contempla attività di “congelamento” della scena del reato (tese ad evitare interventi esterni inquinanti che contaminino i luoghi e le cose attraverso l’introduzione di nuovi elementi o la rimozione o alterazione di quelli preesistenti), di “osservazione” del luogo e delle cose (destinate a visualizzare fin da subito le condizioni generali della scena), di “protezione” ed “assicurazione” dello stato dei luoghi (dirette a preservare quanto presente impedendone l’alterazione, la dispersione o la modificazione). La seconda, consecutiva alla precedente, è composta da attività di “ispezione” (orientate a fissare l’esatta collocazione spaziale delle tracce nonché le condizioni in cui queste vengono rinvenute), di “descrizione” di quanto percepito ed apprezzato, di “ricerca” di tutte le tracce inerenti al reato ed, infine, di “refertazione” di quelle asportabili.

Ci si riferisce, ovviamente, all'art. 360 c.p.p., norma che «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»<sup>13</sup>.

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 giurisprudenziale della categoria degli atti irripetibili, ossia il riferimento a "persone, cose o luoghi il cui stato è soggetto a modificazione".

Disciplinando gli accertamenti tecnici non ripetibili del pubblico ministero<sup>14</sup>, 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<sup>15</sup>, i quali possono essere autorizzati dallo stesso pubblico ministero ad assistere al compimento di singoli atti di indagine<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> P. GAETA, *Art. 360 c.p.p.*, cit., p. 4346.

<sup>14</sup> L'importanza delle attività di carattere tecnico-scientifico nell'ambito del processo penale è evidenziata, tra i tanti, da M. MONTAGNA, *Accertamenti tecnici, accertamenti personali occulti e prelievo del DNA*, cit., p. 51. Ma v., da ultimo, D. CURTOTTI NAPPI, L. SARAVO, *L'approccio multidisciplinare nella gestione della scena del crimine*, cit., pp. 623 ss.

<sup>15</sup> Essi, precisa la norma, non possono rifiutare la loro opera.

<sup>16</sup> Sottolineano l'ampia discrezionalità che la disposizione accorda al pubblico ministero circa l'effettuazione di accertamenti e rilievi, stante il mancato riferimento normativo a presupposti specifici, A. POGGI, C. D. CAVALLERA, *Gli accertamenti tecnici della polizia giudiziaria nell'indagine preliminare*, cit., p. 311. La genericità della disciplina delle attività tecniche del pubblico ministero previste dall'art. 359 c.p.p., soprattutto se relazionata alla pos-

La linea ideale che lega le due disposizioni emerge, oltre che dalla lettera, dalla struttura dell'art. 360, co. 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 luogo fissati per il conferimento dell'incarico<sup>17</sup>, 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 circondarne il compimento, allorché ricorra la nota essenziale costituita dall'irripetibilità<sup>18</sup>, di peculiari garanzie: «I semplici “rilievi”» - ha più volte osservato 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»<sup>19</sup>.

---

sibilità che la relazione del consulente tecnico sia utilizzata, in determinate evenienze, come prova in ambito dibattimentale, è criticata da M. MONTAGNA, *Accertamenti tecnici, accertamenti personali occulti e prelievo del DNA*, cit., pp. 69 ss.

<sup>17</sup> La norma prevede, inoltre, l'obbligo di avvisare i predetti soggetti della facoltà di nominare consulenti tecnici.

<sup>18</sup> Sul presupposto della scindibilità del requisito dell'irripetibilità rispetto a quello dell'indifferibilità, M. D'ANDRIA, *Un tentativo di definizione degli atti non ripetibili*, cit., p. 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 C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., pp. 39 s., 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, M. MONTAGNA, *Accertamenti tecnici, accertamenti personali occulti e prelievo del DNA*, cit., p. 68.

<sup>19</sup> 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. «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, M. MONTAGNA, *Accertamenti tecnici, accertamenti personali occulti e*

Lo scopo certamente investigativo dell'atto<sup>20</sup> si coniuga con una potenzialità di impiego dell'elaborato del consulente tecnico che, fuoriuscendo dal perimetro delineabile sulla base del quadro finalistico descritto dall'art. 326 c.p.p., investe direttamente la fase dibattimentale<sup>21</sup>, di talché la norma assicura ai difensori ed ai consulenti tecnici eventualmente nominati il diritto di assistere, una volta disposto il compimento dell'atto<sup>22</sup>, 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, co. 2 c.p.p.<sup>23</sup> in relazione alla perizia<sup>24</sup>, sembra dare per scontato che il pubblico ministero, nel formulare i quesiti, debba sentire i consulenti tecnici e i difensori presenti<sup>25</sup> – di partecipare all'attività tecnica e di formulare osservazioni e riserve.

---

*prelievo del DNA*, cit., p. 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.».

<sup>20</sup> Come mette in evidenza M. MONTAGNA, *Accertamenti tecnici, accertamenti personali occulti e prelievo del DNA*, cit., pp. 53 s., infatti, gli accertamenti tecnici sviluppati durante la fase delle indagini preliminari sono «atti finalizzati ad indirizzare le investigazioni, ad offrire al pubblico ministero elementi utili per assumere le determinazioni inerenti l’esercizio dell’azione penale, ma potenzialmente idonei anche a fondare decisioni di merito ed incidentali».

<sup>21</sup> «La materia» - rileva C. BONZANO, *Attività del pubblico ministero*, cit., p. 315 - «risente della difficile attuazione di un soddisfacente temperamento tra le istanze in conflitto: da un lato, occorre evitare che nel corso delle indagini vadano disperse prove urgenti, cercando di predisporre un meccanismo attraverso il quale poterle cristallizzare; dall’altro, l’irrinunciabile rispetto del contraddittorio impone di scongiurare il rischio che una parte, unilateralmente, possa modificare in modo irreversibile un elemento di prova».

<sup>22</sup> Nel silenzio della legge, deve ritenersi che l’atto dispositivo dell’accertamento abbia forma di decreto. Come osserva F. GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili (tra prassi devianti e recupero della legalità)*, cit., p. 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.

<sup>23</sup> La disposizione richiamata prevede: “Il giudice formula quindi i quesiti, sentiti il perito, i consulenti tecnici, il pubblico ministero e i difensori presenti”.

<sup>24</sup> In alternativa alla quale – rileva P. GAETA, *Art. 360 c.p.p.*, cit., p. 4348 – l’istituto fu immaginato, «considerato che esso – nell’efficacia, se non nelle garanzie – tende a divenire sostitutivo della prima».

<sup>25</sup> V., in questo senso, F. GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili*, cit., pp. 73 ss., per il quale l’apporto dell’indagato e della persona offesa

Al fine di assicurare l'instaurazione di questa forma peculiare di contraddittorio<sup>26</sup>, l'art. 360, co. 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<sup>27</sup>.

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, co. 2 c.p.p.

La Suprema Corte, chiamata ad intervenire sul tema degli avvisi previsti dall'art. 360, co. 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<sup>28</sup>, a prescindere dalla formale iscrizione del soggetto nel registro degli indagati<sup>29</sup>.

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<sup>30</sup>.

---

nella formulazione dei quesiti acquista un'importanza maggiore rispetto a quanto avviene in tema di perizia. V., altresì, M. MONTAGNA, *Accertamenti tecnici, accertamenti personali occulti e prelievo del DNA*, cit., p. 73.

<sup>26</sup> Evidenza, tra gli altri, F. GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili*, cit., p. 63, come l'istituto disciplinato dall'art. 360 c.p.p., pur ponendosi in chiave antitetica con i principi uniformanti il processo accusatorio, sia comunque in linea con il principio del contraddittorio.

<sup>27</sup> Sulle modalità di effettuazione dell'avviso v., per tutti, P. GAETA, *Art. 360 c.p.p.*, cit., p. 4368.

<sup>28</sup> 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.

<sup>29</sup> Per siffatta precisazione v., da ultimo, Cass. pen., Sez. V, 21 dicembre 2010, n. 6237.

<sup>30</sup> 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 F. GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili*, cit., p. 111, come le prese di posizione della Corte di cassazione ri-

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<sup>31</sup>.

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"<sup>32</sup>.

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

---

schiano di dilatare i pericoli di pretestuosi difetti di partecipazione di indagati già individuati.

<sup>31</sup> Cass. pen., Sez. I, 15 maggio 1996, n. 6293.

<sup>32</sup> Cass. pen., Sez. I, 11 febbraio 2000, n. 4453. In questo contesto normativo e giurisprudenziale, ha ragione F. GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili*, cit., p. 110, nt. 15, quando rileva che non è previsto un termine, ancorché minimo, a comparire.

l'ipotesi degli accertamenti tecnici non ripetibili disposti dal pubblico ministero – giacché l'art. 360, co. 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 costituisce una nullità a regime intermedio ai sensi dell'art. 180 c.p.p.<sup>33</sup>.

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<sup>34</sup>.

Lo snodo più problematico della disposizione in esame è costituito, però, dalla previsione, contenuta nell'art. 360, co. 4 c.p.p., della facoltà della persona sottoposta alle indagini di formulare, prima del conferimento dell'incarico peritale, riserva di promuovere incidente probatorio<sup>35</sup>.

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<sup>36</sup>.

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

---

<sup>33</sup> Cass. pen., Sez. II, 2 dicembre 2004, n. 27. In precedenza 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.

<sup>34</sup> 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.

<sup>35</sup> Rileva F. GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili*, cit., p. 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.

<sup>36</sup> Evidenzia P. GAETA, *Art. 360 c.p.p.*, cit., p. 4374, come la riserva costituisca un meccanismo di riequilibrio a favore dell'indagato che non intenda abdicare alla garanzia giurisdizionale insita nell'espletamento della perizia.



un eventuale provvedimento giudiziale di abbreviazione dei termini<sup>37</sup> – non consentirebbe di compiere utilmente l'atto di natura tecnica<sup>38</sup>.

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»<sup>39</sup>.

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<sup>40</sup>.

Se il pubblico ministero, nonostante l'espressa riserva ed in mancanza del requisito dell'indifferibilità<sup>41</sup>, ha ugualmente di-

---

<sup>37</sup> L'art. 400 c.p.p. ("Provvedimenti per i casi di urgenza") prevede, infatti, che, quando per assicurare l'assunzione della prova è indispensabile procedere con urgenza all'incidente probatorio, il giudice può disporre con decreto motivato che i termini ordinari siano abbreviati nella misura necessaria.

<sup>38</sup> Come rileva, infatti, C. BONZANO, *Attività del pubblico ministero*, cit., p. 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.

<sup>39</sup> C. BONZANO, *Attività del pubblico ministero*, cit., p. 322.

<sup>40</sup> In relazione all'irripetibilità di cui all'art. 117 disp. att. c.p.p., osserva C. BONZANO, *Attività del pubblico ministero*, cit., p. 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.

<sup>41</sup> Fa notare C. BONZANO, *Attività del pubblico ministero*, cit., p. 317, nt. 70, che, sebbene l'art. 360, co. 5 c.p.p. non preveda nulla in tal senso, è ragionevole ritenere che il pubblico ministero, qualora decida di superare la riserva formulata dall'indagato, debba motivare sul requisito dell'indifferibilità. Infatti, qualora la persona sottoposta alle indagini eccepisca dinanzi al giudice del dibattimento l'inutilizzabilità dell'atto, la correttezza della valutazione del pubblico ministero non potrebbe che essere apprezzata attraverso una prognosi postuma da condursi *ex ante* alla luce degli elementi dei quali la pubblica accusa disponeva nel momento in cui ha adottato la propria decisione.

sposto di procedere agli accertamenti i relativi risultati non possono essere utilizzati nel successivo dibattimento<sup>42</sup>.

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, co. 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<sup>43</sup>.

La tesi difforme ritiene, invece, che l'inutilizzabilità degli accertamenti tecnici disposti dal pubblico ministero sia sancita soltanto in relazione all'ipotesi di violazione dell'art. 360, co. 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.<sup>44</sup>.

Disciplinato come attività del pubblico ministero, ha dato luogo a divergenze interpretative la tematica afferente alla delegabilità dell'accertamento tecnico *ex art.* 360 c.p.p. alla polizia giudiziaria.

---

<sup>42</sup> L'art. 360, co. 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, co. 1, d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, in l. 7 agosto 1992, n. 356.

<sup>43</sup> 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.

<sup>44</sup> 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 tesi del divieto assoluto, per la polizia giudiziaria, di effettuare accertamenti tecnici irripetibili è stata prospettata, in dottrina<sup>45</sup>, sulla base di una pluralità di considerazioni.

Innanzitutto, è stato rilevato come l'art. 370 c.p.p., disciplinante la delega di atti investigativi alla polizia giudiziaria, non stabilisca nulla in relazione a questa peculiare tipologia di atti<sup>46</sup>.

Inoltre, dal combinato disposto degli artt. 360 c.p.p. e 117 disp. att. c.p.p.<sup>47</sup> emergerebbe l'attribuzione di una titolarità esclusiva in capo al pubblico ministero del potere di compiere accertamenti tecnici irripetibili<sup>48</sup>.

È stato evidenziato, infine, come la delegabilità delle attività previste dall'art. 360 c.p.p. comporterebbe, alla luce delle precise indicazioni contenute nell'art. 370, co. 2 c.p.p.<sup>49</sup> relativamente al profilo concernente la configurazione delle facoltà difensive, una grave menomazione del diritto di difesa<sup>50</sup>.

Salvo ritenere che «[si sia] al cospetto di un distinguo netto tra i due tipi di investigazione: quella del pubblico ministero, di valore alto, fatta di atti aventi carattere valutativo cui attribuire il termine di “accertamento tecnico”, costruito come equivalente del concetto di perizia [e] quella della polizia giudiziaria, di minore spessore, limitata nel tempo e nello spazio ed avente va-

---

<sup>45</sup> V., in particolare, A. POGGI, C. D. CAVALERA, *Gli accertamenti tecnici della polizia giudiziaria nell'indagine preliminare*, cit. pp. 332 ss. Ma v., inoltre, per un'analoga conclusione, C. BONZANO, *Attività del pubblico ministero*, cit., p. 306; C. PANSINI, *La fase delle indagini preliminari*, AA.VV., *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale* (a cura di A. Scalfati), Padova, 2001, p. 152. Nonché M. MONTAGNA, *Accertamenti tecnici, accertamenti personali occulti e prelievo del DNA*, cit., pp. 66 s., la quale argomenta la propria tesi sulla base della delicatezza dell'intervento, della sua irripetibilità e della specificità delle valutazioni tecniche che ne conseguono.

<sup>46</sup> A. POGGI, C. D. CAVALERA, *Gli accertamenti tecnici della polizia giudiziaria nell'indagine preliminare*, cit. p. 333.

<sup>47</sup> La norma, come già visto, prevede che la disciplina dettata dall'art. 360 c.p.p. si applica anche nei casi in cui l'accertamento tecnico determina modificazioni delle cose, dei luoghi o delle persone tali da rendere l'atto non ripetibile.

<sup>48</sup> A. POGGI, C. D. CAVALERA, *Gli accertamenti tecnici della polizia giudiziaria nell'indagine preliminare*, cit., pp. 333 s.

<sup>49</sup> La disposizione stabilisce che, quando procede al compimento di attività delegate, la polizia giudiziaria deve osservare le disposizioni di cui agli artt. 364, 365 e 373 c.p.p.

<sup>50</sup> A. POGGI, C. D. CAVALERA, *Gli accertamenti tecnici della polizia giudiziaria nell'indagine preliminare*, cit. p. 337.

lenza più materiale che concettuale»<sup>51</sup>, nessuna delle argomentazioni proposte appare decisiva al fine di escludere che il pubblico ministero possa delegare alla polizia giudiziaria il compimento di accertamenti ai sensi dell'art. 360 c.p.p.

In primo luogo, merita di essere valorizzato il dato sistematico ricavabile dalla norma contenuta nell'art. 13, d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, il quale prevede che nell'ambito del procedimento per reati attribuiti alla competenza del giudice di pace la polizia giudiziaria può compiere accertamenti tecnici irripetibili, purché previamente autorizzata dal pubblico ministero, il quale, ovviamente, potrebbe prediligere lo svolgimento personale della specifica attività tecnica.

La predisposizione, rispetto l'atto in questione, di un meccanismo fondato sull'autorizzazione preventiva del pubblico ministero è indubbiamente coerente con un sottosistema processuale in cui <<risulta geneticamente invertito il rapporto tra polizia giudiziaria e pubblico ministero>><sup>52</sup>, ma merita di essere evidenziato come essa sembri difficilmente conciliabile con un regime di indelegabilità assoluta nei procedimenti per reati la cui cognizione è rimessa alla competenza di altre autorità giurisdizionali.

L'art. 370 c.p.p., poi, stabilisce che il pubblico ministero deve compiere personalmente ogni attività investigativa, puntualizzando allo stesso tempo che può avvalersi della polizia giudiziaria per il compimento di attività di indagine e di atti specificamente delegati.

Gli spazi riservati alla delega di atti investigativi sono molto estesi e la disciplina di essi, articolandosi nella previsione ora di autorizzazioni, ora di divieti, è più dettagliata di quanto possa a prima vista apparire.

Infatti, nel precisare che tra gli atti delegabili sono compresi gli interrogatori ed i confronti cui partecipi la persona sottoposta alle indagini, la norma detta una puntuale regolamentazione sia in relazione al profilo procedurale – è prescritta, infatti, l'assistenza necessaria del difensore – sia per quel che riguarda l'aspetto delle correlate preclusioni, escludendo che gli

---

<sup>51</sup> D. CURTOTTI NAPPI, L. SARAVO, *L'approccio multidisciplinare nella gestione della scena del crimine*, cit., p. 628.

<sup>52</sup> C. PANSINI, *La fase delle indagini preliminari*, cit., p. 151.

atti in questione siano delegabili tutte le volte in cui la persona sottoposta alle indagini non si trovi in stato di libertà<sup>53</sup>.

La normativa è, dunque, abbastanza articolata e non è possibile enucleare, sulla base di essa, un regime preclusivo riferito all'accertamento tecnico irripetibile<sup>54</sup>.

L'obiezione fondata sulla presunta violazione del diritto di difesa perde di rilievo se solo si consideri che la giurisprudenza è concorde nel ritenere che la polizia giudiziaria, quando agisce in virtù di una delega del pubblico ministero, è tenuta all'osservanza delle stesse forme che la legge stabilisce per gli atti compiuti direttamente da quest'ultimo<sup>55</sup>.

Ciò implica, ovviamente, che anche quando l'accertamento tecnico irripetibile è compiuto dalla polizia giudiziaria delegata questa deve scrupolosamente attenersi alla disciplina di garanzia dettata dall'art. 360 c.p.p. ed al contenuto della delega stessa.

Assume rilievo primario, sotto questo profilo, il tema afferente ai requisiti di forma della delega, tema relativamente al quale conserva validità la tesi, fatta propria dalla giurisprudenza, secondo cui l'art. 370 c.p.p. presuppone un atto formale contenente l'espressa indicazione degli adempimenti delegati ed i limiti della delega stessa, necessario anche al fine di documentare la corrispondenza tra l'atto in concreto compiuto e quello oggetto della delega ricevuta<sup>56</sup>.

---

<sup>53</sup> La Suprema Corte, per esempio, ha ritenuto che l'avviso della conclusione delle indagini preliminari di cui all'art. 415-bis c.p.p. non è suscettibile di delega alla polizia giudiziaria, in quanto rientrante nell'ambito delle attività riservate al diretto espletamento da parte del pubblico ministero procedente, unico legittimato a sottoscriverlo. V., per questa presa di posizione, Cass. pen., Sez. V, 4 luglio 2003, n. 585.

<sup>54</sup> Negli stessi termini v., sia pure nell'ambito di un contesto argomentativo finalizzato ad escludere la delegabilità dell'atto, M. MONTAGNA, *Accertamenti tecnici, accertamenti personali occulti e prelievo del DNA*, cit., p. 66.

<sup>55</sup> Cass. pen., Sez. III, 12 luglio 2005, n. 33517.

<sup>56</sup> Cass. pen., Sez. II, 26 settembre 2007, n. 38619, la quale ha cura di precisare che, conseguentemente, la delega orale deve ritenersi inesistente. Di recente v., però, Cass. pen., Sez. V, 9 febbraio 2011, n. 14464, la quale ha scalfito l'assolutezza del principio precisando che la necessità di un provvedimento formale di delega sussista soltanto quando si prospetti l'esigenza di verificare la natura degli adempimenti delegati ed i limiti della delega, non anche quando la delega riguardi un atto ben individuato, disciplinato da norme di garanzia che ne regolano l'assunzione.

## 2. GLI ATTI IR RIPETIBILI DELLA POLIZIA GIUDIZIARIA.

La necessità di disporre di un quadro investigativo il più possibile completo in funzione della corretta assunzione delle determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale – l'art. 326 c.p.p., come già visto, attribuisce alla polizia giudiziaria una funzione d'indagine intimamente connessa a siffatte determinazioni – ha prodotto una notevole estensione della categoria degli atti di polizia giudiziaria.

D'altra parte, non sarebbe stato possibile preferire approcci restrittivi sul tema, considerata l'ampiezza e lo spessore qualitativo delle funzioni che l'ordinamento assegna alla polizia giudiziaria.

Essa, precisa infatti l'art. 55 c.p.p., deve, anche di propria iniziativa, prendere notizia dei reati, impedire che vengano portati a conseguenze ulteriori, ricercarne gli autori, compiere gli atti necessari per assicurare le fonti di prova e raccogliere tutto quanto possa servire per l'applicazione della legge penale.

Inoltre, deve svolgere ogni indagine e attività disposta o delegata dall'autorità giudiziaria<sup>57</sup>.

Lascia emergere, questa fondamentale disposizione, due caratteri essenziali dell'attività di polizia giudiziaria:

1. il rapporto di dipendenza funzionale rispetto pubblico ministero, sia pure nell'ambito di una relazione caratterizzata da una significativa autonomia investigativa;
2. la tendenziale atipicità dell'attività di polizia giudiziaria.

La prima connotazione<sup>58</sup> costituisce una forma di limitazione rispetto all'operato della polizia giudiziaria, laddove im-

---

<sup>57</sup> Nell'ambito di una prospettiva che guarda alle finalità delle attività poste in essere dalla polizia giudiziaria, si usa distinguere tra *attività di informazione* (diretta ad acquisire la notizia di reato e portarla a conoscenza dell'autorità giudiziaria), *attività di investigazione* (destinata all'accertamento dei reati ed all'individuazione dei colpevoli) ed *attività di assicurazione* (destinata a garantire la disponibilità di persone o di cose per l'ulteriore prosieguo dell'indagine. V., per tutti, G. ICHINO, *Gli atti irripetibili e la loro utilizzabilità di battimentale*, cit., p. 133.

<sup>58</sup> «Ragionando in astratto» - osserva U. NANNUCCI, *Pubblico ministero e polizia giudiziaria nel processo di parti*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 2946 - «conviene osservare che il tema dei rapporti tra organi di polizia e ufficiali dell'accusa pubblica è direttamente influenzato dal ruolo che il sistema processuale concretamente assegna all'una o all'altra categoria di operatori. Si possono in astratto ipotizzare due soluzioni estreme, tra le quali si collocano una molteplicità di combinazioni. Ad una estremità possiamo collocare le forme processuali nelle quali ogni attività di indagine è affidata, in via esclu-

plica che essa non può sottrarsi ai poteri di direzione e di controllo conferiti al pubblico ministero in quanto titolare delle indagini preliminari e soggetto che ne dispone direttamente<sup>59</sup>.

In tal senso, l'art. 327 c.p.p.<sup>60</sup>, nel trasporre a livello di legge ordinaria il disposto dell'art. 109 Cost., fissa «un criterio di priorità decisionale e di responsabilità nelle funzioni investigative che preludono alle decisioni in ordine all'azione penale: senza, tuttavia, istituire un legame di dipendenza gerarchica e strutturale tra [pubblico ministero] e polizia giudiziaria, bensì prediligendo l'instaurazione di un nesso di dipendenza funzionale»<sup>61</sup>.

Si tratta, però, di una limitazione i cui contorni, prefigurabili dal codice processuale soltanto in astratto, sono in concreto tratteggiati dallo specifico atteggiamento assunto dal pubblico ministero successivamente alla comunicazione – da effettuare, in linea di principio, senza ritardo e per iscritto<sup>62</sup> – della notizia

---

siva, alla polizia, con esclusione assoluta di compiti e competenze investigative nei soggetti titolari del potere di accusa. All'estremità opposta possiamo collocare quei sistemi nei quali, viceversa, ogni attività di indagine si concentra negli organi della pubblica accusa, con esclusione di ogni autonomia investigativa alla polizia, alla quale sono riservati solo poteri di intervento in situazioni di urgenza. Tra queste due ipotesi estreme, si collocano i procedimenti nei quali si realizza un concorso di competenze investigative, svolte secondo criteri e regole varie, tra ufficiali di accusa e organi di polizia».

<sup>59</sup> Pubblico ministero e polizia giudiziaria, rilevano A. POGGI, C. D. CAVALERA, *Gli accertamenti tecnici della polizia giudiziaria nell'indagine preliminare*, cit. p. 21, «dan[no] vita ad un rapporto compatto e continuativo, nel quale l'attività di quest'ultima ha una funzione eminentemente propulsiva, essendo volta, per un verso, a dare l'input investigativo e per l'altro a rappresentare uno strumento operativo di nuova professionalità».

<sup>60</sup> La norma, come modificata dall'art. 7, l. 26 marzo 2001, n. 128, stabilisce che il pubblico ministero dirige le indagini e dispone direttamente della polizia giudiziaria, la quale, anche dopo la comunicazione della notizia di reato, continua a svolgere attività di propria iniziativa.

<sup>61</sup> L. LUPARIA, *Attività d'indagine a iniziativa della polizia giudiziaria*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale* (diretto da G. Spangher), III, Torino, 2009, p. 174.

<sup>62</sup> L'art. 347, co. 1 c.p.p., infatti, dispone che, acquisita la notizia di reato, la polizia giudiziaria, senza ritardo, deve riferire al pubblico ministero, per iscritto, gli elementi essenziali del fatto e gli altri elementi sino ad allora raccolti, indicando le fonti di prova e le attività compiute, delle quali trasmette la relativa documentazione. Comunica, inoltre, quando è possibile, le generalità, il domicilio e quanto altro valga alla identificazione della persona nei cui confronti vengono svolte le indagini, della persona offesa e di coloro che siano in grado di riferire su circostanze rilevanti per la ricostruzione dei fatti. In deroga all'ipotesi ordinaria, il co. 3 della medesima disposizione stabilisce, invece,

di reato, variamente e con cadenze modulari suscettibile di incidere sull'autonomia d'indagine della polizia giudiziaria.

Ed infatti, l'art. 348 c.p.p.<sup>63</sup>, autentica norma di sistema alla quale occorre attingere per comprendere, almeno nei tratti essenziali, le categorie normative ed operative di riferimento<sup>64</sup>, puntualizza che la polizia giudiziaria, "anche successivamente alla comunicazione della notizia di reato"<sup>65</sup>, continua a svolgere le funzioni indicate nell'art. 55 c.p.p.<sup>66</sup>, raccogliendo ogni ele-

---

che se si tratta di taluno dei delitti indicati nell'art. 407, co. 2, lettera a), numeri da 1) a 6) c.p.p. e, in ogni caso, quando sussistono ragioni di urgenza, la comunicazione della notizia di reato deve essere data immediatamente ed anche in forma orale. Alla comunicazione orale deve, tuttavia, seguire senza ritardo quella scritta con le indicazioni e la documentazione previste dai co. 1 e 2. Sul punto, la Suprema Corte ha chiarito che «[a]i fini della valutazione di tempestivo adempimento dell'obbligo della polizia giudiziaria di riferire la notizia di reato al pubblico ministero, le espressioni adoperate dalla legge – ci si riferisca alla locuzione "senza ritardo" o all'avverbio "immediatamente", usati, rispettivamente, nei co. 1 e 3 dell'art. 347 c.p.p. – pur se non impongono termini precisi e determinati, indicano attività da compiere in un margine ristretto di tempo, e cioè non appena possibile, tenuto conto delle normali esigenze di un ufficio pubblico onerato di un medio carico di lavoro». Così, in particolare, Cass. pen., Sez. VI, 19 marzo 2007, n. 18457.

<sup>63</sup> In ciò richiamando quasi letteralmente quanto disposto dalla norma generale contenuta nell'art. 327 c.p.p., come modificato dall'art. 7, l. 26 marzo 2001, n. 128.

<sup>64</sup> L. LUPÀRIA, *Attività d'indagine a iniziativa della polizia giudiziaria*, cit., p. 177. Rileva P. P. PAULESU, *Attività a iniziativa della polizia giudiziaria*, in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato* (a cura di A. Giarda, G. Spangher), cit., p. 4260, come la norma «si segnal[i] per la sua preziosa valenza sistematica, elevandosi a norma "riassuntiva" (quasi un decalogo) delle attività investigative svolte dalla p.g. dopo la comunicazione della notizia criminis al p.m.».

<sup>65</sup> Il che vale, pertanto, a maggior ragione in relazione alla fase antecedente la comunicazione della notizia di reato. A tal proposito, rileva R. CANTONE, *I poteri della polizia giudiziaria prima e dopo l'intervento del pubblico ministero*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 3086, come il passaggio da un termine fisso e ristretto – le quarantotto ore previste dal testo originario dell'art. 347, co. 1 c.p.p. – ad uno chiaramente più elastico affidato ad una discrezionale valutazione – il "senza ritardo", sostituito mediante l'art. 4, d.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv. in l. 7 agosto 1992, n. 356 – garantisce alla polizia giudiziaria, almeno nella maggior parte dei casi, di effettuare tutti gli accertamenti e le investigazioni ritenute più utili, senza mediazione alcuna da parte del pubblico ministero.

<sup>66</sup> La disposizione, osserva L. LUPÀRIA, *Attività d'indagine a iniziativa della polizia giudiziaria*, cit., p. 175, induce a registrare la legittimazione per legge di un autonomo binario investigativo gestito dalla polizia, accanto a quello che segue le indicazioni, le richieste e le direttive formali del pubblico ministero. Già sulla base di siffatta disposizione, F. TAGLIENTE, *Profili della organizzazione della polizia giudiziaria nel nuovo codice di procedura pen-*



mento utile alla ricostruzione del fatto e alla individuazione del colpevole e, a tal fine, procedendo, fra l'altro, alla ricerca delle cose e delle tracce pertinenti al reato nonché alla conservazione di esse e dello stato dei luoghi, alla ricerca delle persone in grado di riferire su circostanze rilevanti per la ricostruzione dei fatti ed al compimento degli atti espressamente disciplinati dal codice processuale<sup>67</sup>.

Se alla comunicazione della notizia segue l'intervento del pubblico ministero<sup>68</sup>, la polizia giudiziaria non può sottrarsi all'obbligo di compiere gli atti ad essa specificamente delegati dal titolare delle indagini a norma dell'art. 370 c.p.p.<sup>69</sup>, così come non può astenersi dall'espletare le attività d'indagine rientranti nella sfera di attuazione delle direttive che la pubblica accusa abbia eventualmente impartito<sup>70</sup>.

---

le, in *Cass. pen.*, 1991, p. 687, enuclea la distinzione tra attività di polizia giudiziaria di iniziativa e delegata.

<sup>67</sup> Sulla base della ripartizione effettuata dal codice, la dottrina distingue fra atti di investigazione diretta e atti di investigazione indiretta. Con la prima locuzione si fa riferimento a tutti quegli atti che si compiono immediatamente su situazioni e su cose. La seconda tipologia ricomprende, invece, gli atti il cui compimento presuppone l'intermediazione di persone esterne. V., per questa distinzione, A. POGGI, C. D. CAVALERA, *Gli accertamenti tecnici della polizia giudiziaria nell'indagine preliminare*, cit., pp. 38 s.

<sup>68</sup> Evidenzia U. NANNUCCI, *Pubblico ministero e polizia giudiziaria nel processo di parti*, cit., p. 2948, come l'intervento del pubblico ministero era, nel disegno codicistico, previsto come immancabile. Così, anche, R. CANTONE, *I poteri della polizia giudiziaria prima e dopo l'intervento del pubblico ministero*, cit., p. 3087, secondo cui «[i]l sistema normativo presuppone – in modo ingenuo perché dà per scontata l'esistenza di un numero di notizie di reato tale da permettere un contatto immediato e quotidiano tra esse ed il Procuratore della Repubblica – che il p.m. possa, in tutti i casi, immediatamente impartire le direttive investigative».

<sup>69</sup> Chiarisce L. I. PISANELLI, *Indagini preliminari delegate*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 1166, che l'attività delegata consiste nel compimento, da parte della polizia giudiziaria, di specifici atti di indagine preliminare che altrimenti il pubblico ministero dovrebbe compiere in prima persona.

<sup>70</sup> «La nozione di direttiva» - puntualizza L. I. PISANELLI, *Indagini preliminari delegate*, cit., p. 1164 - «va intesa nel senso di una "istruzione" che il p.m. impartisce alla polizia giudiziaria, finalizzata ad un preciso "obiettivo di indagine", ma indeterminata nell'attività da svolgere per perseguirlo. Alla polizia giudiziaria è così attribuita una certa discrezionalità tecnica in relazione alla scelta dei mezzi più idonei al conseguimento di quei fini di indagine indicati dal p.m.».

Pur in presenza di una specifica delega d'indagine o di direttive investigative<sup>71</sup>, però, la polizia giudiziaria non disperde comunque la propria autonomia d'indagine, dovendo svolgere “di propria iniziativa”, informandone prontamente il pubblico ministero<sup>72</sup>, tutte le ulteriori e diverse attività di indagine che siano dalla stessa ritenute necessarie per l'accertamento dei reati ovvero che, diversamente, siano richieste da elementi successivamente emersi, in ogni caso avendo cura di assicurare le relative fonti di prova.

Sulla base di questa articolata disciplina delle funzioni e dei compiti della polizia giudiziaria nell'ambito delle indagini preliminari è invalsa in dottrina la distinzione tra attività “autonoma”, compiuta dopo l'acquisizione della notizia di reato e fino al momento in cui non intervengono le direttive del pubblico ministero; attività “guidata”, ossia l'attività svolta nell'ambito delle direttive impartite dal pubblico ministero; attività “successiva”, consistente nell'attività svolta sulla base di elementi emersi in un momento successivo<sup>73</sup>.

La trama normativa sinteticamente delineata lascia intendere, dunque, che la disciplina complessiva del codice di procedura penale ritaglia un'ampia possibilità, per la polizia giudiziaria,

---

<sup>71</sup> O, ancora, di entrambe, non sussistendo impedimenti affinché il pubblico ministero, contemporaneamente, impartisca una direttiva di ampia indagine e, nell'ambito di essa, deleghi uno specifico atto. V., in questo senso, L. I. PISANELLI, *Indagini preliminari delegate*, cit., p. 1166.

<sup>72</sup> Il dovere di informazione nei confronti del pubblico ministero è fondamentale nell'ambito di un sistema investigativo complesso e articolato, pertanto necessitante di una costante azione di coordinamento. Esso, infatti, consente di evitare possibili disfunzioni in conseguenza di ritardi comunicativi. Così, in particolare, L. LUPÀRIA, *Attività d'indagine a iniziativa della polizia giudiziaria*, cit., p. 178.

<sup>73</sup> A. POGGI, C. D. CAVALERA, *Gli accertamenti tecnici della polizia giudiziaria nell'indagine preliminare*, pp. 21 s. Secondo L. D'AMBROSIO, P. L. VIGNA, *La pratica di polizia giudiziaria*, Padova, 1993, p. 215, nell'ambito dell'attività di polizia giudiziaria occorre distinguere anche un'attività “parallela”, costituita dall'attività autonoma che essa compie dopo avere ricevuto le direttive del pubblico ministero ed indipendentemente da queste, in attuazione di proprie idee investigative. La ripartizione dell'attività di polizia in quattro categorie è condivisa da L. LUPÀRIA, *Attività d'indagine a iniziativa della polizia giudiziaria*, cit., p. 178. V., anche, P. P. PAULESU, *Attività a iniziativa della polizia giudiziaria*, cit., p. 4224. Distingue, invece, un'attività “guidata e diretta” – comprensiva di atti compiuti a seguito delle direttive impartite dal pubblico ministero – da un'attività “conseguenziale o successiva”, correlativa cioè agli atti delegati dal pubblico ministero, L. I. PISANELLI, *Indagini preliminari delegate*, cit., p. 1161.

di procedere ad atti di iniziativa anche successivamente alla trasmissione della notizia di reato al pubblico ministero, potendo essa compiere in piena discrezionalità tutte le attività ritenute necessarie per il conseguimento degli obiettivi tipici delle indagini preliminari ma con esclusione, evidentemente, di quelle che il codice sottrae in linea di principio alla sfera di attribuzioni di essa<sup>74</sup>.

Ci si chiede se, superata suddetta preclusione di ordine formale, siano configurabili limitazioni derivanti dall'esercizio del potere di direttiva del pubblico ministero, nel senso della enucleazione di un divieto di compiere atti che si pongano in contrasto con le direttive da questi impartite<sup>75</sup>.

L'art. 348, co. 3 c.p.p., come modificato dall'art. 8, l. 26 marzo 2001, n. 128, ha inteso accentuare la sottolineatura dei poteri di iniziativa della polizia giudiziaria che risultavano, sia pure in maniera indiretta, dalla precedente formulazione<sup>76</sup>.

Nella precedente versione della disposizione il risultato era ottenuto, infatti, soltanto in via indiretta, mediante l'apposizione dell'avverbio "anche" all'inciso "nell'ambito delle direttive impartite", accorgimento tecnico che lasciava intendere che la polizia giudiziaria conservava uno spazio investigativo autonomo al di fuori delle direttive impartite dal pubblico ministero<sup>77</sup>.

---

<sup>74</sup> R. CANTONE, *I poteri della polizia giudiziaria prima e dopo l'intervento del pubblico ministero*, cit., p. 3088.

<sup>75</sup> V., prima della riforma e tra le altre, Cass. pen., Sez. II, 10 agosto 2000, n. 12393.

<sup>76</sup> M. MADDALENA, *I rapporti tra polizia giudiziaria e pubblico ministero: una riforma inutile*, in AA.VV., *Processo penale: nuove norme sulla sicurezza dei cittadini (legge 26 marzo 2001, n. 128)*, Padova, 2001, p. 222. L'ampliamento dei poteri investigativi autonomi della polizia giudiziaria, tra l'altro, costituisce una scelta resa improcrastinabile dall'evenienza, non infrequente nella pratica, di una mancanza di direttive o di specifiche deleghe provenienti da pubblico ministero dopo la comunicazione della notizia di reato. In evenienze del genere, fa notare L. LUPÀRIA, *Attività d'indagine a iniziativa della polizia giudiziaria*, cit., p. 178, ove mancassero autonomi margini operativi per la polizia giudiziaria, si correrebbe concretamente il rischio di uno stallo investigativo certamente dannoso.

<sup>77</sup> V., per questa conclusione, tra gli altri, R. CANTONE, *I poteri della polizia giudiziaria prima e dopo l'intervento del pubblico ministero*, cit., pp. 3087 s., secondo il quale, dal momento in cui il pubblico ministero assume la direzione delle indagini, la polizia giudiziaria perde soltanto in parte la propria autonomia investigativa, potendo – fermo restando l'obbligo di eseguire le attività delegate – effettuare legittimamente anche attività che non siano indicate nella direttiva. L'attribuzione alla polizia giudiziaria del potere di svolgere investigazioni parallele a quelle connesse alle direttive impartite dal pubblico

La nuova formulazione, invece, distingue nettamente tra l'attività delegata dal pubblico ministero e l'esecuzione, da parte della polizia giudiziaria, delle sue direttive, da un lato, e lo svolgimento di propria iniziativa, dall'altro, di tutte le altre attività di indagine dirette all'accertamento dei reati ed all'assicurazione delle fonti di prova.

Si tratta, ovviamente, di una disposizione di centrale importanza, ma non va dimenticato che essa detta una regolamentazione dei rapporti tra pubblico ministero e polizia giudiziaria che, in ogni caso, si colloca in un quadro complessivamente ispirato al principio di dipendenza funzionale della seconda rispetto al primo.

Nell'esercizio delle proprie funzioni istituzionali, pertanto, la polizia giudiziaria dispone sì di un margine di autonoma operatività sia prima della comunicazione al pubblico ministero della notizia di reato sia successivamente ad essa, ma la stessa, nel compiere ulteriori attività investigative, deve comunque soggiacere alla condizione – tra l'altro implicita in un sistema di corrette relazioni tra autorità investigative – che siffatte attività, oltre a non ricadere nell'ambito di uno specifico divieto normativo, non siano incompatibili o comunque in contrasto con le direttive che, impartite dal pubblico ministero, anche nella nuova versione dell'art. 348 c.p.p. è in ogni caso obbligata ad eseguire<sup>78</sup>.

---

ministero era, già prima della riforma, vivacemente criticata da A. SCAGLIONE, *Lo schema accusatorio del nuovo codice di procedura penale dopo la l. n. 356 del 1992*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 739, evidenziando come il ripristino del ruolo di protagonista della polizia giudiziaria nella fase preprocessuale – a discapito del ruolo di direttore delle indagini del pubblico ministero, fortemente attenuato – avrebbe potuto generare nella prassi abusi e pericolosi conflitti istituzionali.

<sup>78</sup> Fa notare *Cass. pen.*, Sez. I, 6 luglio 2006, n. 26284, come anche dopo la riforma dell'art. 348, co. 3 c.p.p., dovuta alla l. 26 marzo 2001, n. 128, la polizia giudiziaria resta libera di procedere autonomamente ad atti di indagine, anche non necessari e urgenti, sia prima che dopo la comunicazione al pubblico ministero della notizia di reato, con la sola condizione che tali atti siano compatibili con le direttive e le deleghe eventualmente impartite dal pubblico ministero medesimo. V., nello stesso senso, di recente, *Cass. pen.*, Sez. II, 4 marzo 2010, n. 18571. Spostandosi sul versante delle indicazioni dottrinarie v., invece, M. MADDALENA, *I rapporti tra polizia giudiziaria e pubblico ministero: una riforma inutile*, cit., p. 223; A. POGGI, C. D. CAVALERA, *Gli accertamenti tecnici della polizia giudiziaria nell'indagine preliminare*, cit., pp. 23 s.; L. LUPÀRIA, *Attività d'indagine a iniziativa della polizia giudiziaria*, cit., p. 178. *Contra*, invece, R. CANTONE, *I poteri della polizia giudiziaria prima e dopo l'intervento del pubblico ministero*, cit., p. 3088, secondo il quale, se

Ne consegue, quindi, che un illimitato spazio investigativo è ravvisabile soltanto nei casi in cui, nonostante l'avvenuta comunicazione al pubblico ministero della notizia di reato, questi non abbia in concreto emanato direttiva alcuna.

In tali evenienze, infatti, non potrebbe nemmeno astrattamente prospettarsi un problema di incompatibilità o contrasti, dovendosi ritenere, pertanto, l'esclusiva operatività del disposto di cui all'art. 348, co. 1 c.p.p.<sup>79</sup>.

La nota della tendenziale<sup>80</sup> "atipicità" degli atti è connotata alla fluidità dell'attività della polizia giudiziaria ed è finalizzata «a non imbrigliare eccessivamente le potenzialità esecutive di atti la cui fisionomia concreta viene ricalcata sulla singola esigenza investigativa»<sup>81</sup>.

Essa emerge chiaramente dalle disposizioni prima richiamate, le quali attribuiscono alla polizia giudiziaria il potere-dovere di compiere di propria iniziativa tutte le indagini che ritiene necessarie ai fini dell'accertamento del reato e dell'individuazione dei colpevoli e, quindi, tutti quegli atti che a quest'ultima finalità sono diretti, ancorché non espressamente indicati nell'elencazione contenuta nell'art. 348 c.p.p., la quale deve considerarsi meramente esemplificativa<sup>82</sup>.

vuole darsi un senso alla norma che legittima la polizia giudiziaria a compiere autonomamente le attività che siano richieste da elementi successivamente emersi rispetto alle direttive impartite dal pubblico ministero, deve ritenersi che «se già le direttive impartite dal p.m. non impediscono lo svolgimento di attività autonome, lo scopo dell'ulteriore precisazione legislativa non può che essere quello di legittimare anche quelle attività investigative, necessitate da elementi successivamente emersi, che contrastino con le direttive del p.m.».

<sup>79</sup> Cass. pen., Sez. VI, 1 aprile 1998, n. 1235; Negli stessi termini v., inoltre, Cass. pen., Sez. V, 17 dicembre 1998, n. 6712.

<sup>80</sup> Infatti, soltanto per talune specifiche competenze è prevista una dettagliata disciplina.

<sup>81</sup> L. LUPARIA, *Attività d'indagine a iniziativa della polizia giudiziaria*, cit., p. 180. «La atipicità» - osserva C. TAORMINA, *Il regime della prova nel processo penale*, Torino, 2007, p. 4 - «è propria della funzione di polizia perché è impossibile e anche dannoso predeterminare mezzi, forme ed altre modalità di una attività che, a causa dell'imprevedibilità dell'atteggiarsi della realtà, deve presentare il massimo della elasticità onde consentire che anche le situazioni caratterizzate da larvatissime possibilità di sviluppo, possano essere adeguatamente seguite».

<sup>82</sup> V., in particolare, Cass. pen., Sez. II, 8 aprile 1997, n. 2655; Cass. pen., Sez. III, 13 febbraio 1996, n. 4452. In dottrina, invece, v. A. POGGI, C. D. CAVALERA, *Gli accertamenti tecnici della polizia giudiziaria nell'indagine preliminare*, p. 24. Per una classificazione delle attività d'indagine atipiche

Nell'ambito delle estese attività d'indagine della polizia giudiziaria può trovare ampi spazi il compimento di operazioni di natura irripetibile, le quali, richiedendo eventualmente specifiche competenze tecniche, possono essere effettuate avvalendosi di "persone idonee"<sup>83</sup>.

Al di là degli accertamenti tecnici irripetibili compiuti su delega del pubblico ministero<sup>84</sup> – ai quali, abbiamo visto, potrebbe in ipotesi applicarsi la disciplina dettata dall'art. 360 c.p.p. – la possibilità di compiere attività di natura irripetibile si correla ai poteri di iniziativa connessi alle situazioni di urgenza che si possono ingenerare in occasione del primo intervento sulla scena del reato<sup>85</sup>.

L'art. 354, co. 1 c.p.p.<sup>86</sup>, come è noto, attribuisce agli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria, in queste evenienze, un

della polizia giudiziaria in relazione all'oggetto dell'atto, v. F. GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili*, cit., pp. 46 ss.

<sup>83</sup> Secondo Cass. pen., Sez. VI, 5 dicembre 1995, n. 2675, agli esperti nominati dall'autorità di polizia giudiziaria a norma dell'art. 348, co. 4 c.p.p., come del resto ai consulenti nominati dal pubblico ministero ai sensi dell'art. 359 c.p.p. (e non solo dell'art. 360 c.p.p.), spetta la qualifica di pubblico ufficiale. La dottrina, comunque, è concorde nel ritenere che le "persone idonee" a cui fa riferimento la norma non devono essere identificate necessariamente con i consulenti tecnici, così come la scelta di esse non deve necessariamente avvenire tra gli esperti iscritti all'albo dei periti. V., tra gli altri, A. POGGI, C. D. CAVALERA, *Gli accertamenti tecnici della polizia giudiziaria nell'indagine preliminare*, cit., p. 83; F. GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili*, cit., p. 49; P. P. PAULESU, *Attività a iniziativa della polizia giudiziaria*, cit., p. 4226. Sulla base del lessico normativo, L. LUPÀRIA, *Attività d'indagine a iniziativa della polizia giudiziaria*, cit., p. 223, esclude che l'attività tecnica della polizia giudiziaria possa estendersi fino a ricomprendere veri e propri accertamenti tecnici. Riconosce, tuttavia, che le letture offerte dalla dottrina «spaziano da una tesi che nega la configurabilità in capo alla polizia giudiziaria del potere di compiere o far compiere a esperti gli accertamenti tecnici, a una che, invece, risponde positivamente».

<sup>84</sup> Contro la possibilità di delega di siffatta tipologia di atti v., oltre agli autori già citati, L. I. PISANELLI, *Indagini preliminari delegate*, cit., p. 1170. Secondo G. ICHINO, *Gli atti irripetibili e la loro utilizzabilità dibattimentale*, cit., p. 131, invece, l'art. 431 c.p.p., nel prescrivere l'inserimento nel fascicolo del dibattimento dei verbali degli atti non ripetibili compiuti dalla polizia giudiziaria, non distingue tra atti di propria iniziativa e atti delegati, talché non è prospettabile alcuna differenziazione del loro regime processuale.

<sup>85</sup> D. CURTOTTI NAPPI, L. SARAVO, *L'approccio multidisciplinare nella gestione della scena del crimine*, cit., p. 628.

<sup>86</sup> In ordine ai rapporti intercorrenti tra l'art. 348 c.p.p. e l'art. 354 c.p.p., in particolare per quel che concerne le attività di natura tecnica, v. A. SCALFATI, *Gli accertamenti tecnici dell'accusa*, cit., p. 23, il quale attribuisce alla prima disposizione un ruolo strumentale rispetto alla seconda. Per G. RICCIO,

potere meramente conservativo, stabilendo che essi debbano curare che le tracce e le cose pertinenti al reato siano conservate e che lo stato dei luoghi e delle cose non venga mutato prima dell'intervento del pubblico ministero<sup>87</sup>.

Poteri di intervento ulteriori e maggiormente invasivi si configurano soltanto qualora vi sia il pericolo che le cose, le tracce ovvero i luoghi costituenti la scena criminosa si alterino, si disperdano o, comunque, si modificino in concomitanza con una situazione che preclude al pubblico ministero un tempestivo intervento o l'assunzione della direzione delle indagini.

Ricorrendo siffatte situazioni di urgenza<sup>88</sup>, infatti, gli ufficiali di polizia giudiziaria – e, nei casi caratterizzati da particolare necessità e urgenza, gli agenti di polizia giudiziaria<sup>89</sup> – possono (*rectius*: devono) compiere i necessari accertamenti e rilievi sullo stato dei luoghi e delle cose<sup>90</sup>, eventualmente sequestrando il corpo del reato e le cose ad esso pertinenti<sup>91</sup>.

---

*Profili funzionali e aspetti strutturali delle indagini preliminari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 107, invece, l'art. 348 c.p.p. è dotato di una propria autonomia.

<sup>87</sup> Rileva L. LUPÀRIA, *Attività d'indagine a iniziativa della polizia giudiziaria*, cit., p. 222, come «l'opera di conservazione alla quale sono chiamati agenti e ufficiali di polizia giudiziaria si estrinseca in una serie non predefinita di operazioni atipiche il cui contenuto varia a seconda delle condizioni di spazio e di tempo nonché in considerazione del tipo di reato per cui si procede».

<sup>88</sup> Sull'urgenza quale comune denominatore delle operazioni indicate nell'art. 354, co. 2 e 3, v. P. P. PAULESU, *Attività a iniziativa della polizia giudiziaria*, cit., p. 4261; M. MONTAGNA, *Accertamenti tecnici, accertamenti personali occulti e prelievo del DNA*, cit., p. 60. In mancanza di siffatto presupposto, qualora dovesse sorgere la necessità di compiere accertamenti tecnici di natura irripetibile, la polizia non potrebbe fare altro che provocare l'intervento del pubblico ministero. Così G. ICHINO, *Gli atti irripetibili e la loro utilizzabilità dibattimentale*, cit., p. 144.

<sup>89</sup> Infatti, l'art. 113 disp. att. c.p.p. dispone che nei casi di particolare necessità e urgenza, gli atti previsti dagli artt. 352 e 354, co. 2 e 3 c.p.p. possono essere compiuti anche dagli agenti di polizia giudiziaria.

<sup>90</sup> Fanno notare A. POGGI, C. D. CAVALERA, *Gli accertamenti tecnici della polizia giudiziaria nell'indagine preliminare*, cit., p. 75, come per poter qualificare gli atti compiuti dalla polizia giudiziaria come urgenti occorre che il pubblico ministero non sia ancora intervenuto, rientrandosi altrimenti nel diverso caso degli accertamenti tecnici irripetibili compiuti dal pubblico ministero. Sul punto v., inoltre, G. RICCIO, *Profili funzionali e aspetti strutturali delle «indagini preliminari»*, cit., pp. 107 s.

<sup>91</sup> L'art. 9, l. 18 marzo 2008, n. 48, la quale ha ratificato la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica, ha aggiunto all'art. 354, co. 2 c.p.p. la previsione secondo cui: «In relazione ai dati, alle informazioni e ai programmi informatici o ai sistemi informatici o telematici, gli ufficiali del-

Ricorrendo i medesimi presupposti, gli ufficiali di polizia giudiziaria procedono (*rectius*: devono procedere) ai necessari accertamenti e rilievi sulle persone, fatto salvo comunque il divieto di eseguire l'ispezione personale, attività rimessa all'esclusiva competenza dell'autorità giudiziaria.

Un periodo aggiunto dall'art. 10, d.l. 27 luglio 2005, n. 144, convertito, con modificazioni, in l. 31 luglio 2005, n. 155 ha curato di puntualizzare che se gli accertamenti comportano il prelievo di materiale biologico, devono osservarsi le disposizioni di cui all'art. 349, co. 2-*bis* c.p.p.: in altri termini, se l'interessato non presta il consenso al compimento dell'atto, la polizia giudiziaria può procedere al prelievo coattivo purché, in punto di modalità operative, venga rispettata la dignità personale del soggetto mentre, sotto il profilo procedurale, ricorra la preventiva autorizzazione scritta, oppure orale ma confermata per iscritto, del pubblico ministero<sup>92</sup>.

L'attività disciplinata dall'art. 354 c.p.p. conserverebbe, secondo la dottrina maggioritaria, in ogni caso una funzione descrittiva e preparatoria rispetto al momento valutativo che caratterizza gli accertamenti tecnici<sup>93</sup>, di talché è presidiata soltanto

---

la polizia giudiziaria adottano, altresì, le misure tecniche o impartiscono le prescrizioni necessarie ad assicurarne la conservazione e ad impedirne l'alterazione e l'accesso e provvedono, ove possibile, alla loro immediata duplicazione su adeguati supporti, mediante una procedura che assicuri la conformità della copia all'originale e la sua immodificabilità”.

<sup>92</sup> V., per un'analisi critica della disposizione, L. LUPÀRIA, *Attività d'indagine a iniziativa della polizia giudiziaria*, cit., pp. 225 ss. L'eccessiva genericità della disposizione richiamata, sia sotto il profilo delle modalità operative che in relazione alle garanzie per la persona interessata, è sottolineata da M. MONTAGNA, *Accertamenti tecnici, accertamenti personali occulti e prelievo del DNA*, cit., pp. 58 s.

<sup>93</sup> A. POGGI, C. D. CAVALERA, *Gli accertamenti tecnici della polizia giudiziaria nell'indagine preliminare*, p. 309, nt. 4. V., inoltre, L. LUPÀRIA, *Attività d'indagine a iniziativa della polizia giudiziaria*, cit., p. 224, il quale, come già visto, esclude che l'attività tecnica della polizia giudiziaria possa estendersi fino a ricomprendere veri e propri accertamenti tecnici. Le attività tecniche assegnate alla polizia giudiziaria e consistenti in accertamenti e rilievi, invero, costituiscono un insieme di operazioni eseguibili, in casi d'urgenza, sui luoghi, sulle cose o sulle persone, al fine di assicurare al procedimento la disponibilità di elementi utili all'accertamento di un fatto oggetto di prova, ma non potranno andare oltre il compimento di atti di natura ispettiva «che si risolvono nell'osservazione e nella descrizione dello *status quo*, traducendosi poi in rilievi finalizzati a fornire una fedele riproduzione dello stato delle cose». Anche secondo M. MONTAGNA, *Accertamenti tecnici, accertamenti personali occulti e prelievo del DNA*, cit., p. 63, «gli accertamenti ed i rilievi contemplati dall'art. 354 c.p.p. devono consistere in operazioni che richiedono



da quella forma minima di garanzia difensiva prevista dall'art. 356 c.p.p. e costituita dalla facoltà del difensore della persona nei cui confronti vengono svolte le indagini di assistervi, senza però diritto di essere preventivamente avvisato<sup>94</sup>.

Correlativamente, al fine di dotare di un minimo di effettività un quadro garantistico già di per sé molto limitato, l'art. 114 disp. att. c.p.p. impone agli ufficiali di polizia giudiziaria procedenti di avvertire la persona sottoposta alle indagini, qualora sia presente, della facoltà di farsi assistere dal difensore di fiducia<sup>95</sup>.

---

una specifica competenza tecnica, ma aventi finalità esclusivamente descrittive ed, eventualmente, di mera preordinazione a quanto sarà poi portato a compimento con la consulenza tecnica del pubblico ministero. Pertanto, non possono considerarsi rientranti fra gli accertamenti ed i rilievi di cui all'art. 354 c.p.p. quelle operazioni che implicano un'attività critico-valutativa in cui prevalgono i profili attinenti a studio ed elaborazione tecnico-scientifica». Sul dibattito dottrinario concernente la configurabilità di accertamenti tecnici della polizia giudiziaria v., fra gli altri, P. P. PAULESU, *Attività a iniziativa della polizia giudiziaria*, cit., pp. 4265 s.

<sup>94</sup> V., sul punto, Cass. pen., Sez. I, 9 giugno 1995, n. 7998, secondo la quale gli accertamenti urgenti indicati nell'art. 354 c.p.p., tra i quali rientra il primo accesso sul luogo del delitto compiuto dalla polizia giudiziaria per delega dell'autorità giudiziaria, per essere ritualmente acquisiti al fascicolo di ufficio a norma dell'art. 431 c.p.p., non devono essere preceduti, a pena di nullità, dall'avviso al difensore. Ciò si desume dalla lettera dell'art. 356 c.p.p. che, nel fare riferimento all'art. 354 c.p.p., prevede espressamente che il difensore dell'indagato ha la facoltà di assistere agli accertamenti urgenti sui luoghi, sulle persone e sulle cose, senza però che abbia il diritto di essere preventivamente avvisato del loro compimento.

<sup>95</sup> Per quel che concerne le conseguenze dell'omesso avvertimento, tra le più recenti v. Cass. pen., Sez. III, 11 ottobre 2006, n. 41625, per la quale la violazione dell'obbligo, da parte della polizia giudiziaria, di avvertire l'indagato della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia ai sensi dell'art. 114 disp. att. c.p.p. integra una nullità generale a regime intermedio e, pertanto, deve essere eccepita o prima del compimento dell'atto o immediatamente dopo ai sensi dell'art. 182 c.p.p., intendendosi con tale formula che la nullità deve essere eccepita dal difensore subito dopo la sua nomina. Negli stessi termini, poco dopo, v. Cass. pen., Sez. IV, 18 settembre 2006, n. 2584. *Contra*, però, Cass. pen., Sez. III, 25 ottobre 2005, n. 9630, ai sensi della quale la nullità del sequestro derivante dall'inosservanza dell'art. 114 disp. att. c.p.p., che impone alla polizia giudiziaria di avvertire l'indagato che ha possibilità di farsi assistere dal difensore prima di procedere al compimento dell'atto, deve essere tempestivamente dedotta con la richiesta di riesame. Per quel che concerne i requisiti formali, invece, la Suprema Corte ha puntualizzato che l'avvertimento in discorso deve essere dato senza necessità di pronuncia o attestazione di alcuna formula sacramentale, purché esso sia idoneo al raggiungimento dello scopo. V., in questo senso, Cass. pen., Sez. VI, 23 ottobre 1992, n. 11908.

Completata una prospettiva d'analisi limitata al versante normativo e volendo soffermarsi sui punti di criticità del sistema, v'è da dire, innanzitutto, che il potere di iniziativa della polizia giudiziaria correlato all'operatività dei presupposti previsti dall'art. 354, co. 2 c.p.p. è molto esteso in quanto, come è stato efficacemente osservato, la possibilità di procedere ad accertamenti e rilievi anche nei casi in cui il pubblico ministero "non ha ancora assunto la direzione delle indagini"<sup>96</sup> ha in qualche modo alterato l'idea di fondo sulla quale si basava l'art. 354 c.p.p. e secondo cui «per tutto quello che concerneva le tracce e le cose pertinenti al reato e lo stato dei luoghi e delle cose la regola doveva essere rappresentata dall'immediato personale intervento del pubblico ministero»<sup>97</sup>.

L'attuale versione della disposizione, coniugata con la più risalente modifica dell'art. 347, co. 1 c.p.p., impositiva di un obbligo di trasmissione della notizia di reato "senza ritardo" e non più "entro quarantotto ore"<sup>98</sup>, consente a quest'ultima di effettuare una delicatissima attività d'indagine sottraendosi al controllo del pubblico ministero – e, quindi, dell'autorità giudiziaria<sup>99</sup> – sebbene le relative risultanze beneficino di un regime di utilizzabilità dibattimentale pieno ed incondizionato<sup>100</sup>.

<sup>96</sup> Introdotta dall'art. 9, l. 26 marzo 2001, n. 128.

<sup>97</sup> M. MADDALENA, *I rapporti tra polizia giudiziaria e pubblico ministero: una riforma inutile*, cit., p. 228.

<sup>98</sup> La modifica, come è noto, è stata apportata dall'art. 4, co. 1 lett. a), d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, in l. 7 agosto 1992, n. 356. Grazie ad essa, rilevano A. POGGI, C. D. CAVALERA, *Gli accertamenti tecnici della polizia giudiziaria nell'indagine preliminare*, p. 36, la polizia giudiziaria può compiere una valutazione discrezionale in relazione alle esigenze dettate dalle diverse evenienze. Nell'ambito del procedimento relativo ai reati di competenza del giudice di pace è previsto, addirittura, che la polizia giudiziaria, acquisita la notizia di reato, compie di propria iniziativa tutti gli atti di indagine necessari per la ricostruzione del fatto e per l'individuazione del colpevole, riferendone al pubblico ministero, con relazione scritta, entro il termine di quattro mesi. Evidenzia il «nitido divario» tra la previsione contenuta nell'art. 11, d.lgs. 274 del 2000 e l'omologa disciplina del codice processuale, C. PANSINI, *La fase delle indagini preliminari*, cit., p. 149. V., per ulteriori approfondimenti sul procedimento per reati di competenza del giudice di pace, A. NAPPI, *La procedura penale per il giudice di pace*, Milano, 2001; E. APRILE, *La competenza penale del giudice di pace*, Milano, 2001.

<sup>99</sup> V., su questo aspetto, M. MADDALENA, *I rapporti tra polizia giudiziaria e pubblico ministero: una riforma inutile*, cit., pp. 228 ss.

<sup>100</sup> Infatti, la Corte di cassazione ha più volte ribadito che, ai sensi dell'art. 354, co. 2 c.p.p., qualora ricorra il pericolo che le tracce di un reato si alterino o si disperdano, gli ufficiali di polizia giudiziaria hanno la facoltà di compiere accertamenti e rilievi al fine di conservare tali tracce ed i relativi

La Corte di cassazione ha, tra l'altro, sostanzialmente sottratto a qualsiasi protocollo organizzativo le attività di accertamento e rilevazione consentite dall'art. 354 c.p.p., le quali devono essere espletate dalla polizia giudiziaria secondo "ragionevoli modalità", considerate le condizioni di tempo e di luogo e la natura delle indagini in corso<sup>101</sup>.

Proseguendo oltre, non può farsi a meno di rilevare come l'impiego indifferenziato, in relazione a siffatte attività, di una terminologia polivalente – essa richiama, infatti, atti del tutto diversi tra loro, come i rilievi e gli accertamenti – ha dato luogo ad incertezze applicative inevitabilmente sfociate in approdi giurisprudenziali non soltanto incapaci di andare oltre un'approccio di tipo casistico ma, anche, «alquanto incoerent[i]»<sup>102</sup> ed a tratti «accomodant[i]»<sup>103</sup>.

Si è così stabilito, in via generale, che un accertamento, il quale non sia volto a ricostruire lo svolgimento di un fatto (mediante la sua riproduzione fenomenica) né tale da richiedere il parere di un esperto (sul come e sul perché un fatto sia accaduto secondo la cognizione tecnica di scienze ed arti), ma tenda semplicemente ad ottenere la descrizione oggettiva e statica di una determinata cosa non costituisce esperimento giudiziale, né perizia né, infine, accertamento tecnico non ripetibile (comportante la necessità dell'intervento della difesa), ma un accertamento sulle cose e sui luoghi, cioè un'osservazione immediata e

---

verbalì possono essere acquisiti al fascicolo del dibattimento, ai sensi dell'art. 431 lett. b) c.p.p. ed essere regolarmente utilizzati per la decisione. V., tra le più risalenti, Cass. pen., Sez. I, 5 dicembre 1994, Rizzo e altri. In dottrina v., per tutti, L. LUPÀRIA, *Attività d'indagine a iniziativa della polizia giudiziaria*, cit., p. 227.

<sup>101</sup> Cass. pen., Sez. III, 15 giugno 1994, Zanazzo.

<sup>102</sup> E. APRILE, *Le indagini tecnico-scientifiche: problematiche giuridiche sulla formazione della prova penale*, cit., p. 4036. Ritiene L. LUPÀRIA, *Attività d'indagine a iniziativa della polizia giudiziaria*, cit., p. 222, che il lessico utilizzato dal legislatore sia stato volutamente generico, al fine di «rendere permeabile questa gamma di attività di polizia giudiziaria ai progressi sia tecnico-investigativi sia "scientifici"». La vaghezza del dettato normativo, suscettibile di determinare confusione sulle attività consentite alla polizia giudiziaria ed, in particolare, al personale tecnico di cui essa si avvale, costituisce motivo di perplessità per M. MONTAGNA, *Accertamenti tecnici, accertamenti personali occulti e prelievo del DNA*, cit., p. 63.

<sup>103</sup> D. CURTOTTI NAPPI, L. SARAVO, *L'approccio multidisciplinare nella gestione della scena del crimine*, cit., p. 630.

diretta che può essere compiuta anche dalla polizia giudiziaria<sup>104</sup>.

In relazione a specifiche attività investigative, poi, la Suprema Corte ha osservato che il c.d. “tampone a freddo”, finalizzato al prelievo di eventuali residui indicativi dell’uso di armi da fuoco, quantunque prodromico all’effettuazione di accertamenti tecnici, non è tuttavia identificabile con questi ultimi, costituendo un semplice rilievo la cui effettuazione, pur essendo irripetibile, non deve avvenire con l’osservanza delle forme stabilite dall’art. 360 c.p.p., le quali sono riservate soltanto agli “accertamenti” veri e propri, se e in quanto qualificabili di per sé come irripetibili<sup>105</sup>.

In tema di attività di individuazione e rilevamento delle impronte dattiloscopico-papillari, si è chiarito che esse, risolvendosi in operazioni urgenti non ripetibili di natura meramente materiale, rientrano nella disciplina di cui all’art. 354, co. 2 c.p.p. e non in quella concernente gli accertamenti tecnici non ripetibili di cui agli artt. 359 e 360 c.p.p., i quali presuppongono attività di carattere valutativo su base tecnico-scientifica ed impongono il rispetto del contraddittorio e delle correlate garanzie difensive<sup>106</sup>.

Ma anche la comparazione delle impronte digitali prelevate con quelle già in possesso della polizia giudiziaria, non richiedendo particolari cognizioni tecnico-scientifiche, si risolve in un mero accertamento di dati obiettivi riconducibile all’art. 354 c.p.p., il cui svolgimento, pertanto, non postula il rispetto delle formalità prescritte dall’art. 360 c.p.p.<sup>107</sup>.

Non costituisce accertamento tecnico irripetibile e neppure atto urgente ai sensi dell’art. 354 c.p.p., secondo la giurisprudenza, quello consistente nell’effettuazione, da parte di un qualificato operatore di polizia giudiziaria, di una prova chimica at-

---

<sup>104</sup> Cass. pen., Sez. VI, 19 gennaio 1995, Pezzatini.

<sup>105</sup> Cass. pen., Sez. I, 9 maggio 2002, n. 23156. Negli stessi termini, più di recente, v. Cass. pen., Sez. I, 30 novembre 2005, n. 45437. Ma, in senso contrario, v. Cass. pen., Sez. I, 6 ottobre 1998, n. 4821, per la quale rientra fra gli accertamenti tecnici irripetibili, sottoposti, come tali, alla disciplina dettata dall’art. 360 c.p.p., quello costituito dal c.d. “stub”, finalizzato alla ricerca di eventuali tracce di esplosivo sulla persona del soggetto sottoposto a indagini.

<sup>106</sup> Cass. pen., Sez. III, 27 ottobre 1998, n. 5779.

<sup>107</sup> Cass. pen., Sez. V, 17 marzo 2004, n. 23319. Nonché, di recente, Cass. pen., Sez. V, 9 febbraio 2010, n. 16959; Cass. pen., Sez. I, 11 giugno 2009, n. 28848. Ma v., tra le più risalenti, Cass. pen., Sez. VI, 27 ottobre 1998, n. 5779.

ta a far rilevare l'avvenuta alterazione del numero di telaio di un autoveicolo, trattandosi in realtà della semplice constatazione di un dato fattuale<sup>108</sup>.

Anche il verbale contenente gli esiti del cosiddetto "alcohol-test", per l'accertamento della guida in stato di ebbrezza alcolica, non è soggetto al deposito previsto dall'art. 366, co. 1 c.p.p., in quanto si tratta di un atto di polizia giudiziaria, urgente e indifferibile, al quale il difensore, ai sensi dell'art. 356 c.p.p., può assistere, senza che abbia il diritto di preventivo avviso<sup>109</sup>.

In relazione ai rilievi fonometrici, infine, la Suprema Corte ha ritenuto che essi costituiscano tipici accertamenti "a sorpresa" che non possono farsi rientrare tra quelli riguardanti cose o luoghi il cui stato è soggetto a modificazione, per i quali l'art. 360 c.p.p. richiede, in quanto non ripetibili, il previo avviso all'indagato, ma vanno inquadrati tra le attività svolte dalla polizia giudiziaria ai sensi degli artt. 348 e 354 c.p.p.<sup>110</sup>.

L'unico dato giurisprudenziale stabilmente ravvisabile in materia è costituito dalla configurazione di un regime preclusivo rispetto alla possibilità per la polizia giudiziaria di compiere, di propria iniziativa, accertamenti tecnici di natura irripetibile e, d'altra parte, la dottrina ha individuato solidi punti di riferimento normativi idonei a sorreggere siffatta impostazione<sup>111</sup>.

In primo luogo, è stato preso in considerazione il disposto dell'art. 77 disp. att. c.p.p., il quale consente al dirigente del servizio di polizia giudiziaria di essere autorizzato dal giudice a prelevare armi, munizioni, esplosivi e altri oggetti o sostanze equiparati occorrenti ai fini di investigazione o di prevenzione ed alla raccolta ed elaborazione dei relativi dati, ma soltanto dopo l'espletamento della perizia e sempre che tale attività non comporti modifiche o alterazioni degli oggetti o delle sostanze medesime.

Quindi, un implicito dato di conferma è stato rinvenuto nell'art. 13, d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, il quale stabilisce, in

---

<sup>108</sup> Cass. pen., Sez. II, 6 aprile 2004, n. 18889.

<sup>109</sup> Cass. pen., Sez. IV, 7 febbraio 2006, n. 26738.

<sup>110</sup> Cass. pen., Sez. I, 16 aprile 2004, n. 25103.

<sup>111</sup> E. APRILE, *Le indagini tecnico-scientifiche: problematiche giuridiche sulla formazione della prova penale*, cit., pp. 4036 s. L'impostazione è condivisa da A. POGGI, C. D. CAVALERA, *Gli accertamenti tecnici della polizia giudiziaria nell'indagine preliminare*, cit., pp. 332 ss., i quali, però, tendono ad escludere che gli accertamenti tecnici irripetibili siano suscettibili anche di delega da parte del pubblico ministero.

relazione al procedimento per reati attribuiti alla competenza del giudice di pace che la polizia giudiziaria può compiere accertamenti tecnici irripetibili esclusivamente previa autorizzazione del pubblico ministero.

Ed infatti, muovendo da siffatta impostazione, la Corte di cassazione ha ritenuto che l'accertamento tecnico sul "dna" eseguito dalla polizia giudiziaria nel corso delle indagini preliminari, ai sensi dell'art. 348 c.p.p., non può essere utilizzato per la decisione a norma dell'art. 512 c.p.p., qualora l'analisi abbia comportato una modificazione irreversibile delle cose che ne erano oggetto (nel caso in esame si trattava di mozziconi di sigaretta) e manchi il requisito della irripetibilità determinata da fatti e circostanze imprevedibili, non potendosi considerare fatto imprevedibile di natura oggettiva il rifiuto dell'imputato a sottoporsi a prelievo ematico, dal momento che tale condotta rientra tra i diritti della persona costituzionalmente protetti<sup>112</sup>.

### 3. GLI ATTI IRRIPETIBILI COMPIUTI NELL'AMBITO DELLE INVESTIGAZIONI DIFENSIVE.

Le investigazioni difensive, come è noto, costituiscono un istituto che, sebbene esprima un coerente sviluppo di un sistema processuale di stampo accusatorio<sup>113</sup>, ha avuto in passato un'esistenza travagliata<sup>114</sup>.

Inizialmente, infatti, la disciplina dell'attività di indagine del difensore è stata relegata all'interno di una disposizione di attuazione di carattere eminentemente programmatico, a fronte di una disciplina analitica e minuziosa dell'attività investigativa svolta dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria.

Al di là dei possibili rilievi circa l'opportunità della scelta legislativa di collocare la disciplina delle investigazioni difensive nell'ambito dell'art. 38 disp. att. c.p.p., scelta criticata dall'unanime dottrina<sup>115</sup>, è stata l'eccessiva genericità e

---

<sup>112</sup> Cass. pen., Sez. I, 14 febbraio 2002, n. 11886.

<sup>113</sup> La relazione inscindibile sussistente tra i modelli processuali di ispirazione accusatoria e le investigazioni difensive è sottolineata dall'unanime dottrina. V., per tutti, N. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, Milano, 2002, p. 7.

<sup>114</sup> F. SIRACUSANO, *Investigazioni difensive*, in *Enc. dir.*, Annali III, p. 496.

<sup>115</sup> V., per tutti, P. VENTURA, *Le indagini difensive*, Milano, 2005, p. 9, nt. 41.

l'evidente lacunosità della disposizione – norma di attuazione alla quale «doveva seguire un'attuazione più strutturata»<sup>116</sup> – determinare insuperabili limiti operativi.

Infatti, nonostante l'intervento novellistico attuato con la l. 8 agosto 1995, n. 332, la norma presentava profili di problematicità applicativa sia in relazione alle forme di documentazione degli atti di indagine, sia rispetto all'entità delle garanzie che ne avrebbero dovuto assistere il compimento.

Inoltre, non veniva chiarito secondo quali canali e con quali limiti le risultanze dell'investigazione difensiva potessero essere veicolate nella sede processuale<sup>117</sup>.

Il quadro a dir poco nebuloso sopra tratteggiato è radicalmente mutato in virtù dell'introduzione di una puntuale disciplina delle investigazioni difensive.

Con la l. 7 dicembre 2000, n. 397, infatti, il diritto di difendersi "investigando" «approda [...] dal limbo pressoché sterile nel quale era stato confinato da un tessuto normativo assai scarso e da una mortificante giurisprudenza articolatasi nel segno della chiusura, ad un modello formale che ne disegna nel dettaglio i vari passaggi operativi»<sup>118</sup>.

Nell'ambito di un quadro legislativo complessivamente proteso verso la tendenziale assimilazione degli atti delle investigazioni difensive agli atti del pubblico ministero<sup>119</sup>, è stata introdotta la possibilità che i soggetti dell'investigazione privata compiano atti di natura irripetibile.

---

<sup>116</sup> G. SPANGHER, *L'abrogazione dell'art. 38 delle disposizioni di attuazione*, in AA.VV., *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore* (a cura di L. Filippi), Padova, 2001, pp. 501 ss.

<sup>117</sup> I limiti complessivi dell'originaria disciplina delle indagini difensive sono stati sottolineati dall'unanime dottrina. V., fra i tanti, G. RUGGIERO, *Compendio delle investigazioni difensive*, Milano, 2003, pp. 34 ss.; P. VENTURA, *Le indagini difensive*, cit., pp. 8 ss. Ci sia consentito un rinvio, altresì, a L. SURACI, *Prova dichiarativa e investigazioni difensive*, Reggio Calabria, 2004, pp. 35 ss.

<sup>118</sup> F. SIRACUSANO, *Investigazioni difensive*, cit., p. 500. Ha posto all'attenzione sull'indifferibilità dell'introduzione di una disciplina organica delle investigazioni difensive, a seguito della modifica dell'art. 111 Cost., G. SPANGHER, *Le investigazioni difensive: considerazioni generali*, in *Studium iuris*, 2001, p. 530.

<sup>119</sup> E' emblematica di siffatta tendenza la collocazione della disciplina delle investigazioni difensive nel codice di procedura penale. L'importanza dell'opzione sistematica è sottolineata da G. SPANGHER, *L'abrogazione dell'art. 38 delle disposizioni di attuazione*, cit., p. 501.

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<sup>120</sup>, introdotta dall’art. 11 della legge di riforma delle investigazioni difensive, 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<sup>121</sup> – 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<sup>122</sup> 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.

Si tratta, è stato notato, di un potere simmetrico a quello attribuito al pubblico ministero dall’art. 359 c.p.p. ed in parte coincidente con quanto è consentito agli ufficiali di polizia giudiziaria in situazioni di urgenza dall’art. 354, co. 2 c.p.p.<sup>123</sup>, dando vita ad uno «strumento di indagine molto prezioso perché permette di guardare e controllare direttamente l’ambiente e

---

<sup>120</sup> La quale, evidenzia S. LORUSSO, *L’esame della scena del crimine nella contesa processuale*, cit., p. 270, «non si segnala certo per rigore e precisione, collocandosi in quella scia di tentennamenti e carenze normative che denota uno scarso interesse del legislatore per la materia, traducendosi in assenza di regole chiare sulla conservazione dello stato dei luoghi e che evitano la dispersione o l’alterazione delle tracce del reato, di ogni specificazione di ciò che è consentito e di ciò che è vietato al *team* difensivo nella sua azione sulla scena del crimine e, in particolare, dell’indicazione espressa di quali siano le operazioni e gli accertamenti validamente eseguibili dalla difesa *in loco* e sui reperti individuati, così come delle cautele che devono accompagnare l’apprensione e la conservazione dei reperti stessi».

<sup>121</sup> A. CONFALONIERI, *La ricostruzione della “scena del delitto” ad opera del difensore, ovvero nuovi profili del “sopralluogo giudiziario” della difesa*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 809. Definisce “implicativa” questa tecnica normativa G. RUGGIERO, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., p. 289.

<sup>122</sup> Fa notare P. VENTURA, *Le indagini difensive*, cit., p. 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, S. LORUSSO, *L’esame della scena del crimine nella contesa processuale*, cit., p. 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».

<sup>123</sup> S. LORUSSO, *Investigazioni difensive*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale* (diretto da G. Spangher), III, Milanofiori Assago, 2009, p. 522.



le cose attinenti al reato consentendo di avere contezza dello scenario in cui si è svolta l'azione *de qua*<sup>124</sup>.

La documentazione dell'atto investigativo avviene, di regola, mediante la redazione di un verbale<sup>125</sup> nel quale sono riportati la data ed il luogo dell'accesso, le generalità dell'autore e quelle delle persone intervenute<sup>126</sup>, la descrizione dello stato dei luoghi e delle cose e, infine, l'indicazione degli eventuali rilievi tecnici, grafici, planimetrici, fotografici o audiovisivi eseguiti, che fanno parte integrante dell'atto e sono allegati al medesimo.

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<sup>127</sup>, occorre acquisire il preventivo assenso da parte di colui che ne ha la disponibilità<sup>128</sup>.

In mancanza di un atto dispositivo, l'accesso, su richiesta del difensore<sup>129</sup>, deve essere autorizzato dal giudice mediante un

---

<sup>124</sup> A. CONFALONIERI, *La ricostruzione della "scena del delitto" ad opera del difensore, ovvero nuovi profili del "sopralluogo giudiziario" della difesa*, cit., pp. 809 s., ove ha cura di evidenziare come lo scenario suscettibile di ospitare l'attività descritta dall'art. 391-*sexies* c.p.p. non è necessariamente il *locus commissi delicti*, bensì qualsiasi luogo che offra al difensore la possibilità di reperire elementi probatori a discarico.

<sup>125</sup> La redazione del verbale di accesso ai luoghi – rileva, tra i tanti, S. LORUSSO, *Investigazioni difensive*, cit., p. 522 – è prevista dall'art. 391-*sexies* come una mera facoltà, il cui esercizio è chiaramente funzionale ad una successiva utilizzazione in chiave probatoria dei risultati ottenuti. V., inoltre, S. LORUSSO, *L'esame della scena del crimine nella contesa processuale*, cit., p. 268; A. CONFALONIERI, *La ricostruzione della "scena del delitto" ad opera del difensore, ovvero nuovi profili del "sopralluogo giudiziario" della difesa*, cit., p. 810. Esprime una severa critica rispetto alla soluzione normativa G. RUGGIERO, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., pp. 294 s.

<sup>126</sup> Le quali, conclude la disposizione, devono sottoscriverlo.

<sup>127</sup> V., per una concisa esposizione delle nozioni utilizzate dal legislatore, S. LORUSSO, *Investigazioni difensive*, cit., p. 522.

<sup>128</sup> Trattandosi di più persone, occorre acquisire il consenso di tutte. Così, correttamente, P. VENTURA, *Le indagini difensive*, cit., p. 110. Nonché, ritenendo sottinteso il dato, A. CONFALONIERI, *La ricostruzione della "scena del delitto" ad opera del difensore, ovvero nuovi profili del "sopralluogo giudiziario" della difesa*, cit., p. 815.

<sup>129</sup> Questi appare come l'unico soggetto legittimato a richiedere l'autorizzazione. Sono esclusi, quindi, gli altri soggetti dell'indagine difensiva.

decreto motivato<sup>130</sup>, inoppugnabile<sup>131</sup> e revocabile<sup>132</sup>, 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<sup>133</sup>.

In ogni caso, la persona presente sul luogo al momento dell'accesso deve essere avvertita della facoltà di farsi assistere da persona di fiducia, purché questa sia prontamente reperibile e idonea a norma dell'art. 120 c.p.p.<sup>134</sup>.

Esigenze di tutela della riservatezza hanno imposto di vietare l'accesso ai luoghi di abitazione ed alle pertinenze di essi, con la sola eccezione costituita dalla necessità di accertare le tracce e gli altri effetti materiali del reato<sup>135</sup>.

---

<sup>130</sup> In mancanza di qualsiasi precisazione circa il profilo temporale della procedura di rilascio, A. CONFALONIERI, *La ricostruzione della "scena del delitto" ad opera del difensore, ovvero nuovi profili del "sopralluogo giudiziario" della difesa*, cit., p. 815 ritiene applicabile la regola generale stabilita dall'art. 121, co. 2 c.p.p.

<sup>131</sup> A. CONFALONIERI, *La ricostruzione della "scena del delitto" ad opera del difensore, ovvero nuovi profili del "sopralluogo giudiziario" della difesa*, cit., p. 816.

<sup>132</sup> A. CONFALONIERI, *La ricostruzione della "scena del delitto" ad opera del difensore, ovvero nuovi profili del "sopralluogo giudiziario" della difesa*, cit., p. 816.

<sup>133</sup> P. VENTURA, *Le indagini difensive*, cit., p. 110. V'è, in dottrina, chi ritiene che il difensore, per porre in essere un atto a sorpresa che non consenta a chi ha la disponibilità del luogo di opporre un dissenso strumentale al fine di fruire del tempo sufficiente ad occultare ovvero alterare le tracce del reato, sia legittimato a richiedere l'autorizzazione giudiziale prima di tentare l'accesso con il consenso dell'interessato. V., per questa tesi, S. LORUSSO, *Investigazioni difensive*, cit., p. 523. Ammette la configurabilità di un'autorizzazione giudiziale preventiva, pur censurando l'eccessiva genericità della norma ed auspicando una maggiore puntualità di disciplina, A. CONFALONIERI, *La ricostruzione della "scena del delitto" ad opera del difensore, ovvero nuovi profili del "sopralluogo giudiziario" della difesa*, cit., p. 815.

<sup>134</sup> La norma, disciplinante il peculiare istituto della testimonianza c.d. *ad acta*, prevede che non possono intervenire come testimoni ad atti del procedimento i minori di anni quattordici e le persone palesemente affette da infermità di mente o in stato di manifesta ubriachezza o intossicazione da sostanze stupefacenti o psicotrope (la capacità – precisa il legislatore – si presume sino a prova contraria), nonché le persone sottoposte a misure di sicurezza detentive ovvero a misure di prevenzione.

<sup>135</sup> Dovendosi intendere la formula normativa, osserva F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 899, nel senso di ammettere la rilevazione di ogni segno utile nel lavoro istruttorio. Anche se, mette in rilievo A. CONFALONIERI, *La ricostruzione della "scena del delitto" ad opera del difensore, ovvero nuovi profili del "sopralluogo giudiziario" della difesa*, cit., p. 814, risulta difficile cogliere la differenza tra l'attività difensiva diretta a soddisfare le necessi-

In relazione a quest'ultima facoltà investigativa, la norma non chiarisce se le connesse attività debbano in ogni caso essere compiute previa autorizzazione del giudice<sup>136</sup> ovvero se, come sembra preferibile, sia possibile accedere al luogo privato anche sulla base del mero consenso della persona che ne ha la disponibilità<sup>137</sup>.

Come si è avuto modo di dire, la disciplina complessiva dell'istituto dell'accesso 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<sup>138</sup>.

---

tà richiamate da predetta formula e quella in generale descritta dall'art. 391-sexies c.p.p.

<sup>136</sup> Come ritiene G. TRANCHINA, *L'investigazione difensiva*, in AA.VV., *Diritto processuale penale*, Milano, 2001, p. 169.

<sup>137</sup> In questo senso è orientata la dottrina prevalente. V., tra gli altri, G. RUGGIERO, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., p. 297; P. VENTURA, *Le indagini difensive*, cit., p. 110; A. CONFALONIERI, *La ricostruzione della "scena del delitto" ad opera del difensore, ovvero nuovi profili del "sopralluogo giudiziario" della difesa*, cit., p. 814.

<sup>138</sup> N. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., p. 354. In questo senso v., inoltre, G. RUGGIERO, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., p. 291; A. CONFALONIERI, *La ricostruzione della "scena del delitto" ad opera del difensore, ovvero nuovi profili del "sopralluogo giudiziario" della difesa*, cit., p. 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, F. 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.

In ogni caso, non potendosi a priori escludere la necessità di delineare criteri operativi da osservare a tutela dell'interesse pubblicistico alla conservazione dello stato dei luoghi in funzione delle esigenze investigative del pubblico ministero e della polizia giudiziaria, eventuali rischi di sovrapposizione sono stati fronteggiati riconoscendo che, in caso di contemporaneo intervento nello stesso luogo degli organi di investigazione pubblici e di quelli dell'indagine difensiva, debbano necessariamente prevalere le esigenze dei primi, alle direttive dei quali i secondi devono rigorosamente attenersi<sup>139</sup>.

Nell'ipotesi in cui, invece, l'accesso del difensore abbia luogo prima dell'intervento degli organi pubblici ed all'insaputa dei medesimi – per esempio, nell'ambito di un'attività investigativa di tipo preventivo<sup>140</sup> – non v'è dubbio che le operazioni ad esso connesse debbano essere compiute con estrema cautela al fine di evitare accidentali quanto irreversibili manomissioni del quadro probatorio<sup>141</sup>.

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 possibi-

---

<sup>139</sup> V., fra i tanti, N. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., p. 356; V. SANTORO, *L'anomalia degli accertamenti tecnici irripetibili*, in *Guida al dir.*, 2001, 1, p. 78; P. VENTURA, *Le indagini difensive*, cit., p. 116; A. CONFALONIERI, *La ricostruzione della "scena del delitto" ad opera del difensore, ovvero nuovi profili del "sopralluogo giudiziario" della difesa*, cit., pp. 816 s., secondo la quale la presenza delle forze dell'ordine rimette il luogo nella disponibilità delle medesime, trasformandolo di fatto in un luogo non aperto al pubblico. La necessità di coordinare la disciplina dell'accesso difensivo ai luoghi con le previsioni contenute nell'art. 354 c.p.p. è sottolineata, ancora, da S. CAMPANELLA, *L'attività difensiva di ricerca e di individuazione degli elementi probatori: l'accesso ai luoghi*, in AA.VV., *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, cit., pp. 274 ss.

<sup>140</sup> In relazione alla quale v., in generale, P. VENTURA, *Le indagini difensive*, cit., pp. 45 ss. Sulla possibilità di effettuare le attività previste dall'art. 391-*sexies* c.p.p. nell'ambito di siffatta tipologia di investigazioni v., per esempio, S. CAMPANELLA, *L'attività difensiva di ricerca e di individuazione degli elementi probatori: l'accesso ai luoghi*, cit., p. 279.

<sup>141</sup> In queste evenienze, rileva N. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., p. 358, lo sbarramento finale è sicuramente rappresentato dalla configurabilità del reato di frode processuale *ex art.* 374 c.p.

le i poteri di investigazione difensiva secondo la linea della *par condicio*<sup>142</sup> – consentono, infatti, al difensore di superare i limiti imposti dalle disposizioni fin'ora esaminate<sup>143</sup>, 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.

La tecnica utilizzata dal legislatore per regolamentare gli atti non ripetibili del difensore è stata severamente criticata dalla dottrina, la quale ha osservato come «in sede di disciplina che descrive l'utilizzabilità degli atti si dà per scontata (con una tecnica accrescitiva del potere) l'esistenza della possibilità di compiere una tipologia di atti che non viene adeguatamente descritta in sede di disciplina dell'accesso e la cui regolamentazione procedimentale appare alquanto precaria»<sup>144</sup>.

Gli evidenti limiti della disciplina legislativa della materia non possono, tuttavia, consentire di giungere a conclusioni che pongano addirittura in discussione la legittimazione del difensore a compiere atti di natura irripetibile<sup>145</sup>, potendosi senz'altro sopperire al deficit regolamentativo mediante il riferimento alla disposizione generale contenuta nell'art. 327-*bis* c.p.p., la quale prevede che fin dal momento dell'incarico professionale – che,

---

<sup>142</sup> A. CIAVOLA, *Può il difensore essere autorizzato a compiere in occasione dell'accesso ai luoghi un accertamento tecnico non ripetibile se non sia anche indifferibile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 923.

<sup>143</sup> Nell'ambito delle quali, osserva F. SIRACUSANO, *Investigazioni difensive*, cit., p. 508, il legislatore *minus dixit quam voluit*.

<sup>144</sup> R. MAGI, *Le indagini difensive*, Napoli, 2001, p. 76. Segnala la «poco felice» collocazione della previsione, altresì, S. LORUSSO, *Investigazioni difensive*, cit., p. 524. Secondo A. CONFALONIERI, *La ricostruzione della "scena del delitto" ad opera del difensore, ovvero nuovi profili del "sopraluogo giudiziario" della difesa*, cit., p. 813, invece, la collocazione della norma in una sede dedicata all'utilizzazione degli atti serve ad accentuare il divario rispetto a quelli regolati dall'art. 391-*sexies* c.p.p. sotto il profilo probatorio.

<sup>145</sup> Come ipotizza, invece, V. SANTORO, *L'anomalia degli accertamenti tecnici irripetibili*, cit., pp. 80 s., il quale rileva come non sia chiaro dove risieda la legittimazione a compiere accertamenti tecnici irripetibili da parte del difensore. Evidenza, per contro, M. MONTAGNA, *Accertamenti tecnici, accertamenti personali occulti e prelievo del DNA*, cit., p. 75, come «[c]onsentire anche alla parte privata la possibilità di attrezzarsi autonomamente per affrontare esigenze probatorie di una certa urgenza, rilevanza ed impicanti l'ausilio di personale avente una conoscenza specializzata non solo ne ha rafforzato il ruolo all'interno del processo, ma ha pure posto fine al primato cognitivo del giudice fondato sulla perizia quale unico mezzo di prova».

puntualizza la norma, deve risultare da atto scritto – il difensore ha la facoltà di svolgere, anche avvalendosi di consulenti tecnici, investigazioni per ricercare ed individuare elementi di prova a favore del proprio assistito<sup>146</sup>.

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.<sup>147</sup>, 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<sup>148</sup>, della facoltà di assistere al compimento dell'atto, sia personalmente che mediante il conferimento di una specifica delega alla polizia giudiziaria<sup>149</sup>.

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

---

<sup>146</sup> In senso contrario, invece, v. V. SANTORO, *L'anomalia degli accertamenti tecnici irripetibili*, cit., pp. 80 s., sulla base del rilievo che l'art. 327-*bis* c.p.p., stabilendo che l'investigazione difensiva debba compiersi "nelle forme e per le finalità stabilite nel titolo VI-*bis*" del libro V del c.p.p., fa rinvio «proprio a quelle disposizioni tra le quali non ve n'è alcuna diretta a disciplinare gli accertamenti tecnici non ripetibili».

<sup>147</sup> Analizza la clausola di riserva, fra i tanti, R. PALLADINO, *Art. 391-*decies* c.p.p.*, in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato* (a cura di A. Giarda, G. Spangher), Milano, 2010, p. 4836. Rileva P. VENTURA, *Le indagini difensive*, cit., p. 176, come la clausola consenta di dare ingresso al fascicolo per il dibattimento, per effetto del provvedimento ammissivo pronunciato ai sensi dell'art. 495, co. 3 c.p.p., a qualsiasi supporto rappresentativo di fatti, persone o cose.

<sup>148</sup> Evidenzia, infatti, F. FOCARDI, *Estesa anche alle parti private la possibilità di compiere attività tecniche irripetibili*, cit., p. 383, come il legislatore abbia limitato il meccanismo di discovery alle ipotesi di atto irripetibile compiuto in occasione dell'accesso.

<sup>149</sup> La previsione di una facoltà partecipativa del pubblico ministero induce a ritenere che siffatta tipologia di atti non possa essere compiuta nel corso di un'indagine difensiva di tipo preventivo. In questo senso v., per tutti, P. VENTURA, *Le indagini difensive*, cit., p. 116.

il meccanismo che potrebbe portare l'organo dell'accusa a partecipare ad un'attività il cui espletamento non deve essergli nemmeno comunicato<sup>150</sup>.

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<sup>151</sup>.

Quando l'atto difensivo consiste in un accertamento tecnico non ripetibile<sup>152</sup>, 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<sup>153</sup>.

---

<sup>150</sup> La mancata previsione di un obbligo di comunicazione preventiva è stata criticata dalla generale dottrina. V., per esempio, F. FOCARDI, *Estesa anche alle parti private la possibilità di compiere attività tecniche irripetibili*, cit., p. 383, il quale definisce l'onere di partecipazione del pubblico ministero come «<diabolico>». Egualmente critica la posizione di L. PARLATO, *Le nuove disposizioni in materia di investigazioni difensive*, cit., p. 117. Secondo G. TRANCHINA, *L'investigazione difensiva*, cit., p. 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, S. LORUSSO, *Investigazioni difensive*, cit., p. 525. Secondo P. VENTURA, *Le indagini difensive*, cit., p. 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.

<sup>151</sup> F. FOCARDI, *Estesa anche alle parti private la possibilità di compiere attività tecniche irripetibili*, cit., p. 383.

<sup>152</sup> Fa notare N. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., p. 368, come gli accertamenti tecnici irripetibili della difesa possano essere compiuti anche indipendentemente dall'accesso ai luoghi.

<sup>153</sup> Sotto il profilo deontologico, l'art. 15 delle "Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive", deliberate dall'Unione delle Camere Penali Italiane il 19 aprile 2001, dispone che, allo scopo di assicurare l'instaurazione del contraddittorio con tutti i soggetti interessati al compimento dell'atto, quando i soggetti della difesa intendono compiere accertamenti tecnici irripetibili, a cura del difensore e del sostituto è dato avviso senza ritardo a tutti coloro nei confronti dei quali l'atto può avere effetto e dei quali si abbia conoscenza. 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

Un aspetto di paradossalità della sistematica normativa è stato prontamente evidenziato dalla dottrina, e cioè che anche l'obbligo di informativa previsto dalla norma sia riferito soltanto nei confronti del pubblico ministero<sup>154</sup>, trascurandosi di considerare che siffatta disciplina è suscettibile di condurre all'estromissione dal contraddittorio della persona sottoposta alle indagini tutte le volte in cui l'atto investigativo sia compiuto dalla persona offesa<sup>155</sup>.

Per ovviare all'inconveniente, parte della dottrina ritiene implicito nella disciplina dell'istituto che «quando l'accertamento irripetibile venga svolto dal consulente tecnico della persona offesa dal reato, il difensore di costei deve avvisare sia il pubblico ministero sia l'indagato e il suo difensore, i quali possono nominare un consulente tecnico, partecipare agli accertamenti, formulare osservazioni e riserve»<sup>156</sup>.

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.

---

gli altri, N. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., p. 370. V., inoltre, sempre sulla medesima linea interpretativa, P. VENTURA, *Le indagini difensive*, cit., p. 118.

<sup>154</sup> Nota G. RUGGIERO, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., p. 360, come l'omessa estensione dell'obbligo di avviso alle altre parti, costituente un manifesto *vulnus* alla regola del contraddittorio, non possa essere superata mediante l'interpretazione analogica a cagione delle diverse posizioni del pubblico ministero e delle parti private. Ritiene siffatta omissione una delle più vistose lacune della legge sulle investigazioni difensive, inoltre, A. CIAVOLA, *Può il difensore essere autorizzato a compiere in occasione dell'accesso ai luoghi un accertamento tecnico non ripetibile se non sia anche indifferibile?*, cit., p. 928.

<sup>155</sup> Effettua questo rilievo F. GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili*, cit. p. 92.

<sup>156</sup> P. VENTURA, *Le indagini difensive*, cit., p. 118, secondo il quale l'omissione dell'avviso determina, anche in questo caso, una nullità a regime intermedio. Secondo A. DI MAIO, *Le indagini difensive*, cit., p. 294, invece, l'interpretazione speculare dell'art. 360 c.p.p. impone che l'informativa circa l'effettuazione dell'accertamento tecnico debba essere indirizzata a tutte le parti.



att. c.p.p.<sup>157</sup>, 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 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 diano 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<sup>158</sup>.

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<sup>159</sup>.

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<sup>160</sup>.

---

<sup>157</sup> 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 A. PROCACCINO, *Consulenza tecnica*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. VI, p. 114, come all'inosservanza della disposizione, definita scarna e dimessa, la giurisprudenza non fa conseguire alcun effetto sul piano processuale.

<sup>158</sup> F. FOCARDI, *Estesa anche alle parti private la possibilità di compiere attività tecniche irripetibili*, cit., p. 396, il quale arriva a prospettare un dubbio di legittimità costituzionale del sistema normativo sul punto.

<sup>159</sup> F. FOCARDI, *Estesa anche alle parti private la possibilità di compiere attività tecniche irripetibili*, cit., p. 387.

<sup>160</sup> V., in questo senso, N. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., p. 370, il quale fa leva, da un lato, sulla clausola di compatibilità contenuta nell'art. 391-*decies*, co. 3 c.p.p., la quale avrebbe la funzione di impedire che alle parti private sia riconosciuta una disponibilità della prova non ripetibile; dall'altro, sul principio costituzionale di parità delle parti, da interpretare alla luce del principio di adeguatezza. Secondo P. TONINI, *Manuale di procedura*

La prima soluzione<sup>161</sup> appare preferibile non soltanto perché maggiormente aderente alla lettera della legge – la quale 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 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.»<sup>162</sup>, possa “inquinare” il profilo finalistico di un atto che conserva in ogni caso una connotazione marcatamente difensiva.

La destinazione della documentazione relativa ad attività irripetibili compiute dalla difesa è diversa a seconda della tipologia dell'atto in concreto posto in essere e si pone, in generale, in contraddizione con il principio generale di disponibilità dei risultati delle investigazioni difensive.

Trattandosi di accertamento tecnico, invero, il relativo verbale deve essere sempre – a prescindere, cioè, dall'effettiva partecipazione del pubblico ministero al compimento dell'atto – inserito sia nel fascicolo del difensore che in quello del pubblico

---

*penale*, Milano, 2005, p. 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, F. GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili*, cit. pp. 93 s., 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, F. FOCARDI, *Estesa anche alle parti private la possibilità di compiere attività tecniche irripetibili*, cit., pp. 385 ss., il quale mette in evidenza come l'attribuzione di un'effetto interdittivo alla riserva del pubblico ministero costituirebbe un correttivo rispetto all'omessa previsione di vincoli di qualsiasi genere alla scelta, di pertinenza del difensore, della persona alla quale affidare l'espletamento dell'accertamento irripetibile.

<sup>161</sup> La quale è condivisa da G. RUGGIERO, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., pp. 360 s. Ma v., altresì, P. VENTURA, *Le indagini difensive*, cit., p. 118; L. PARLATO, *Le nuove disposizioni in materia di investigazioni difensive*, cit., p. 116.

<sup>162</sup> F. SIRACUSANO, *Investigazioni difensive*, cit., p. 509.

ministero, per poi confluire nel fascicolo per il dibattimento fin dal momento della sua formazione.

In tutti gli altri casi, invece, la fuoriuscita delle risultanze dell'atto dalla sfera di disponibilità esclusiva dell'ufficio difensivo è subordinata all'esercizio, da parte del pubblico ministero, della facoltà di assistere al compimento dell'atto, di talché la difesa è esposta, in questa evenienza, all'obbligo di offrire al procedimento il risultato probatorio conseguito sebbene sfavorevole al proprio assistito<sup>163</sup>.

#### 4. L'INCIDENTE PROBATORIO.

Nell'ambito della strutturazione complessiva del nuovo sistema processuale, è noto che l'incidente probatorio<sup>164</sup> avesse una funzione ben delineata.

Nel modello processuale antecedente, è stato notato, non esisteva 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»<sup>165</sup>.

Affermato, 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 del primo inerenti all'esercizio dell'azione penale – e la fase dibattimentale – sede naturale di formazione della prova – diveniva necessaria la previsione di un congegno nor-

---

<sup>163</sup> Mette in rilievo l'impossibilità, per il difensore, di selezionare il materiale probatorio nelle ipotesi disciplinate dall'art. 391-*decies*, co. 4 c.p.p., L. PARLATO, *Le nuove disposizioni in materia di investigazioni difensive*, cit., p. 117.

<sup>164</sup> Pur costituendo, fa notare P. RENON, *L'incidente probatorio vent'anni dopo: un istituto sospeso tra passato e futuro*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 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».

<sup>165</sup> Così K. LA REGINA, *Incidente probatorio*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale* (diretto da G. Spangher), III, Milanofiori Assago, 2009, p. 551.

mativo che consentisse l'acquisizione anticipata di prove suscettibili di dispersione<sup>166</sup>.

La nuova strutturazione dei rapporti tra le su menzionate fasi del procedimento e la connessa inidoneità della prima a fungere ordinariamente da momento 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.

La soluzione prescelta dal legislatore è stata quella di costruire un congegno – l'incidente probatorio – 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<sup>167</sup>, il diritto delle parti al contraddittorio nella formazione della prova<sup>168</sup>.

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, se da un lato richiamava modelli formativi propri del codice appe-

---

<sup>166</sup> Sottolinea l'indispensabilità di un siffatto meccanismo G. LOZZI, *Indagini preliminari, incidenti probatori e udienza preliminare*, cit., p. 1284.

<sup>167</sup> V., per questo profilo, C. CESARI, *Prova (Acquisizione della)*, in *Dig. disc. pen.*, II Agg., pp. 720 ss.

<sup>168</sup> Un'analogia funzione assolvono, sia pure nell'ambito di un frangente procedurale più avanzato, gli istituti disciplinati dagli artt. 467 e 554, co. 1 c.p.p. La prima disposizione, come è noto, stabilisce che, durante la fase degli atti preliminari al dibattimento, nei casi previsti dall'art. 392 c.p.p., il presidente del tribunale o della corte di assise dispone, a richiesta di parte, l'assunzione delle prove non rinviabili, osservando le forme previste per il dibattimento. La seconda norma disciplina la medesima evenienza nell'ambito del procedimento a citazione diretta dinanzi al tribunale in composizione monocratica, prevedendo che il giudice per le indagini preliminari è competente ad assumere gli atti urgenti a norma dell'art. 467 c.p.p. Inoltre, lo stesso organo provvede sulle misure cautelari fino a quando il decreto, unitamente al fascicolo per il dibattimento, non è trasmesso al giudice a norma dell'art. 553, co. 1 c.p.p. V., per una puntuale analisi di tali disposizioni e delle problematiche di ordine interpretativo e sistematico ad esse connesse, L. IAFISCO, *Gli atti preliminari al dibattimento penale di primo grado*, cit., pp. 213 ss.; G. GARU- TI, *Il procedimento per citazione diretta a giudizio davanti al tribunale*, cit., pp. 163 ss.

na abrogato, per cui, se non contenuto entro certi limiti, rischia di svuotare di significato la fase dibattimentale<sup>169</sup>, dall'altro si prestava ad un utilizzo pretestuoso da parte della difesa, la quale avrebbe potuto piegare il ricorso all'incidente probatorio al fine di ottenere una prematura discovery dei risultati delle investigazioni in modo da comprometterne l'efficacia<sup>170</sup>.

I timori e le riserve<sup>171</sup> che hanno accompagnato l'introduzione dell'istituto stanno, dunque, alla base della reiterata sottolineatura del suo carattere eccezionale<sup>172</sup> e della predisposizione di una rigida disciplina, soprattutto per quel che concerne il profilo dei presupposti di ammissibilità<sup>173</sup>.

Il legislatore, infatti, non si è limitato, nell'art. 392 c.p.p., a prevedere quale condizione indispensabile di attivabilità del rimedio la generica connotazione di "non rinviabilità" al dibattimento della prova<sup>174</sup>, ma, al fine di restringere i margini di di-

<sup>169</sup> Approfondisce questi aspetti, di recente, K. LA REGINA, *Incidente probatorio*, cit., p. 557. Già G. LOZZI, *Indagini preliminari, incidenti probatori e udienza preliminare*, cit., p. 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, M. GALASSO, *L'incidente probatorio nel nuovo codice di procedura penale*, cit., pp. 688 s.

<sup>170</sup> K. LA REGINA, *Incidente probatorio*, cit., p. 557.

<sup>171</sup> Evidenziate, tra i tanti, da C. QUAGLIERINI, *Le modifiche in tema di incidente probatorio*, in AA.VV., *Le nuove leggi penali*, Padova, 1998, p. 210. Di «timori e riserve» parla anche, in relazione all'introduzione dell'incidente probatorio, B. PIATTOLI, *Incidente probatorio*, in *Dig. disc.pen.*, Agg. I, p. 399.

<sup>172</sup> «Se l'incidente fosse molto frequente» - rilevava infatti G. LOZZI, *Indagini preliminari, incidenti probatori e udienza preliminare*, cit., p. 1285 - «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». V., anche M. BARGIS, *L'incidente probatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 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. Lo stesso ordine di considerazioni è espresso in M. BARGIS, *Incidente probatorio*, in *Dig. disc. pen.*, VI, p. 360.

<sup>173</sup> Il timore 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.

<sup>174</sup> Nota, in proposito, K. LA REGINA, *Incidente probatorio*, cit., p. 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

screzionalità del giudice per le indagini preliminari, ha puntualizzato siffatta nozione mediante la tassativa catalogazione dei mezzi di prova suscettibili di preventiva assunzione e la vincolante predeterminazione delle situazioni di fatto legittimanti l'instaurazione della procedura acquisitiva anticipata<sup>175</sup>.

Ed infatti, la disposizione del codice processuale sopra citata prevedeva, nella sua versione originaria, che nel corso delle indagini preliminari<sup>176</sup> il pubblico ministero e la persona sotto

---

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 evidenziata da E. N. LA ROCCA, *La prova delegata*, I, *L'incidente probatorio*, in AA.VV., *La prova penale* (diretto da A. Gaito), II, cit., pp. 214 ss.

<sup>175</sup> Il legislatore – nota M. MASTROGIOVANNI, *Le nuove regole per l'assunzione anticipata dei mezzi di prova*, in AA.VV., *Le innovazioni in tema di formazione della prova nel processo penale. Commento alla legge 7 agosto 1997, n. 267*, Milano, 1997, p. 21 – ha voluto evitare che l'assunzione anticipata della 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 C. QUAGLIERINI, *Le modifiche in tema di incidente probatorio*, cit., p. 214 - «il legislatore delegato ha finito per rendere angusto l'ambito oggettivo di applicabilità dell'istituto».

<sup>176</sup> 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. 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. 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, co. 3 c.p.p., sia dopo il decreto che dispone il giudizio, secondo quanto previsto dall'art. 430 c.p.p. V., per un'analisi delle problematiche connesse all'estensione dell'ambito di operatività dell'incidente probatorio, F. CASSIBBA, *L'udienza preliminare. Struttura e funzioni*, Milano, 2007, pp. 319 ss.; A. MACCHIA, *Incidente probatorio e udienza preliminare: un matrimonio con qualche ombra*, in *Cass. pen.*, 1994, pp. 1790 ss.; P. TONINI, *L'incidente probatorio nell'udienza preliminare: nuove prospettive per il diritto di difesa*, in *Cass. pen.*, 1994, pp. 1995 ss.; B. PIATTOLI, *Incidente probatorio*, cit., pp. 401 s. V., inoltre, in relazione al peculiare profilo costituito dall'operatività dell'estensione in discorso rispetto alle prove insuscettibili di irrimediabile di-

posta 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;
- 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)<sup>177</sup>;
- d) all'esame delle persone indicate nell'art. 210 c.p.p., quando ricorre una delle circostanze previste dalle lettere a) e b)<sup>178</sup>;
- 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<sup>179</sup>.

---

spersione, G. LOZZI, *L'ambito di operatività dell'art. 392 c.p.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, pp. 502 ss.

<sup>177</sup> 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.

<sup>178</sup> Egualmente, le parole "quando ricorre una delle circostanze previste dalle lettere a) e b)", poste anch'esse alla fine della presente lettera, sono state soppresse dall'art. 4, l. 7 agosto 1997, n. 267.

<sup>179</sup> Per un'analisi puntuale dei casi di ammissibilità dell'incidente probatorio v., per tutti, K. LA REGINA, *Incidente probatorio*, cit., pp. 563 ss.; S. SAU, *Incidente probatorio*, in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato* (a cura di A. Giarda, G. Spangher), Milano, 2010, pp. 4848 ss.; E. N. LA ROCCA, *La prova delegata*, I, *L'incidente probatorio*, cit., pp. 218 ss. V., altresì, M. GALASSO, *L'incidente probatorio nel nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 690, il quale raggruppa in quattro categorie le prove suscettibili di assunzione mediante incidente probatorio: prova della quale diverrebbe impossibile l'acquisizione in dibattimento; prova esposta ad inquinamento; prova suscettibile di deterioramento; prova incompatibile con la concentrazione del dibattimento.

Il pubblico ministero e la persona sottoposta alle indagini, aggiunge l'art. 392, co. 2 c.p.p. con una previsione che si spinge decisamente oltre il concetto di prova non rinviabile delineato dalla legge di delega<sup>180</sup>, possono altresì chiedere una perizia che, se fosse disposta nel dibattimento, ne potrebbe determinare una sospensione superiore a sessanta giorni<sup>181</sup>.

Evidenti ragioni di economicità rendono poco opportuno soffermarsi sulle ragioni delle modifiche che il legislatore ha apportato alla disposizione in esame 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.<sup>182</sup>, così come sarebbe fuori luogo impegnarsi nell'analisi delle esigenze di tutela delle quali

---

<sup>180</sup> Evidenzia la fuoriuscita dai limiti fisiologici dell'incidente probatorio, fra gli altri, M. BARGIS, *L'incidente probatorio*, cit., p. 1332. ID., *Incidente probatorio*, cit., p. 348.

<sup>181</sup> 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 K. LA REGINA, *Incidente probatorio*, cit., p. 561, la quale, altresì, richiama G. DI CHIARA, *Incidente probatorio*, in *Enc. dir.*, VI, p. 28. V., inoltre, M. MASTROGIOVANNI, *Le nuove regole per l'assunzione anticipata dei mezzi di prova*, cit., p. 35, per il quale la previsione tende a salvaguardare il principio della concentrazione processuale.

<sup>182</sup> Per una dettagliata analisi di questo profilo, il quale chiama in causa il principio di “non dispersione” delle prove enucleato dalla Corte costituzionale nelle sentenze 3 giugno 1992, nn. 254 e 255, v., tra gli altri, K. LA REGINA, *Incidente probatorio*, cit., pp. 579 ss.; nonché M. MASTROGIOVANNI, *Le nuove regole per l'assunzione anticipata dei mezzi di prova*, cit., pp. 39 ss. 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. Così G. GIOSTRA, *La riforma dell'incidente probatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, pp. 661 s., il quale riteneva l'istituto, in quel sistema, «un lusso garantistico, di cui il pubblico ministero si priva volentieri». Ulteriori elementi di riflessione possono trarsi da A. VITALE, *L'incidente probatorio per l'esame dei coimputati e degli imputati connessi o collegati*, in *Cass. pen.*, 2000, pp. 1893 ss.; B. PIATTOLI, *Incidente probatorio*, cit., pp. 403 ss. Bisogna in ogni caso riconoscere come, osserva L. IAFISCO, *Gli atti preliminari al dibattimento penale di primo grado*, cit., p. 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».



il legislatore medesimo si è fatto carico tramite l'introduzione ed il reiterato aggiornamento dell'art. 392, co. 1-*bis* c.p.p.<sup>183</sup>.

E' 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<sup>184</sup>.

Ai fini della nostra analisi rileva il peculiare aspetto della normativa complessiva costituito dal fatto che la nota dell'indifferibilità che deve tendenzialmente caratterizzare la prova acquisibile mediante incidente probatorio e che permea le situazioni tipiche individuate dal legislatore fa sì che l'istituto si qualifichi come strumento cautelare<sup>185</sup> produttivo di atti potenzialmente irripetibili.

Non v'è dubbio che il presupposto in questione possieda un significato complesso, capace cioè «di assumere connotazioni variabili a seconda delle caratteristiche del mezzo di prova espressamente considerato»<sup>186</sup>, ma il più delle volte esso riveste un ruolo prodromico rispetto al concretizzarsi di una situazione di irripetibilità e serve proprio al fine di neutralizzare gli effetti processuali di questa.

---

<sup>183</sup> 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. 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.

<sup>184</sup> Compie questi rilievi K. LA REGINA, *Incidente probatorio*, cit., pp. 561 s. V. inoltre, G. DI CHIARA, *Incidente probatorio*, cit., p. 550, il quale, a tal proposito, parla di «liberalizzazione» dell'incidente probatorio.

<sup>185</sup> La funzione cautelare dell'incidente probatorio, sia pure in relazione all'originaria impostazione dell'istituto, è sottolineata da M. MASTROGIOVANNI, *Le nuove regole per l'assunzione anticipata dei mezzi di prova*, cit., pp. 16 ss., per il quale la presenza dei presupposti puntualmente indicati dall'art. 392, co. 1 c.p.p. «permeava l'istituto di una matrice cautelare, evidenziandone la natura di meccanismo predisposto per scongiurare situazioni di concreto ed attuale pericolo per l'acquisizione della prova e, quindi, studiato in funzione di garanzia» Le finalità di cautela dell'incidente probatorio è messa in evidenza, inoltre, da E. N. LA ROCCA, *La prova delegata*, I, *L'incidente probatorio*, cit., p. 215.

<sup>186</sup> K. LA REGINA, *Incidente probatorio*, cit., p. 560.

Ed infatti, si può notare come in tutti i casi presi in considerazione dall'art. 392, co. 1 c.p.p., ovviamente inteso 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<sup>187</sup>.

Che questa sia l'impronta che plasma l'istituto, d'altra parte, è stato messo in rilievo dalla Corte costituzionale allorquando, nella fondamentale sentenza 10 marzo 1994, n. 77<sup>188</sup>, 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.

E' la prospettiva del verificarsi di situazioni di irripetibilità in concreto, in altri termini, 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.

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.

---

<sup>187</sup> E' 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.

<sup>188</sup> Con essa la Corte costituzionale, come già detto, ha ritenuto costituzionalmente illegittimi gli artt. 392 e 393 c.p.p., nella parte in cui non consentivano che, nei casi previsti dalla prima di tali disposizioni, l'incidente probatorio potesse essere richiesto ed eseguito anche nella fase dell'udienza preliminare.

In questa evenienza, la possibilità di pervenire ad un recupero pieno e completo dei principi ispiratori del modello accusatorio schiude le porte alla possibile riattivazione del mezzo di prova e, al fine di modellare il sistema in vista di una tale situazione concreta, l'art. 511, co. 2 c.p.p. dispone che la lettura di verbali di dichiarazioni contenuti nel fascicolo per il dibattimento – tra i quali, appunto, sono ricompresi *ex art.* 431 c.p.p. i verbali degli atti assunti nell'incidente probatorio – è disposta 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.

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, non priva di rilevanza la situazione in cui, invece, la prognosi 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.

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, dettava una disposizione che, protesa alla tutela del contraddittorio nella formazione della prova<sup>189</sup>, 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 in relazione a questo profilo la Corte costituzionale è intervenuta in chiave correttiva sul tessuto normativo median-

---

<sup>189</sup> Evidenzia M. BARGIS, *L'incidente probatorio*, cit., pp. 1347 s., come la norma tuteli, sul piano generale, i limiti soggettivi dell'incidente come fissati dall'art. 398, co. 2 lett. b) c.p.p., mentre, su un piano particolare, fa fronte all'eventualità in cui, nonostante il divieto di verbalizzare dichiarazioni riguardanti persone diverse da quelle i cui difensori partecipano all'incidente (art. 401, co. 6 c.p.p.), alcune di queste dichiarazioni sono state ugualmente verbalizzate o perché inscindibilmente connesse a quelle riguardanti le persone rappresentate o, al limite, in violazione del divieto. V., ovviamente in eguali termini, M. BARGIS, *Incidente probatorio*, cit., p. 358.

te la sentenza 16 maggio 1994, n. 181, con la quale ha dichiarato non fondata “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, co. 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.

In motivazione la Corte ha precisato, dettando così un principio di carattere generale, che dalla regola stabilita dall’art. 403 c.p.p. – la cui funzione consiste nel salvaguardare il contraddittorio inteso come espressione del più generale diritto di difesa<sup>190</sup> – non può derivarne l’inutilizzabilità della prova formata in sede di incidente 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.

Ovviamente – ha fatto notare ulteriormente la Corte – spetta all’autorità giudiziaria individuare le persone che, in relazione all’atto da assumere mediante l’incidente, devono considerarsi “sottoposte ad indagini”<sup>191</sup>, 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.

Successivamente, l’art. 5, l. 7 agosto 1997, n. 267 ha aggiunto all’articolo in questione un co 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 assicu-

---

<sup>190</sup> La funzione della disposizione viene ricostruita dalla Corte costituzionale mediante il raccordo sistematico con le norme di cui agli artt. 393, co. 1 lett. b), 395, 398, co. 2 lett. b), 401, co. 1 e 6, 402 c.p.p. V., però, in senso critico, R.E. KOSTORIS, *Incidente probatorio senza “indagato” e limiti all’utilizzabilità della prova nell’ambito dello stesso o di altro procedimento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 907, il quale non esclude che alla disposizione possa essere attribuita una funzione di garanzia più ampia rispetto a quella attribuita dalla Corte costituzionale, volta cioè «ad evitare, su un piano generale, che una prova assunta con incidente probatorio sia utilizzabile rispetto all’imputato che non abbia potuto difendersi nel momento della sua formazione: e ciò a prescindere dalla circostanza che questi rivestisse o no in quel tempo la qualifica di “indagato”».

<sup>191</sup> V., per un’analisi di questo profilo problematico, K. LA REGINA, *Incidente probatorio*, cit., pp. 648 ss.

rare il contraddittorio avendo riguardo non al momento dell'incidente probatorio ma alla fase del dibattimento<sup>192</sup>, di talchè 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<sup>193</sup>.

Pertanto, il regime di utilizzabilità della prova nei confronti di chi non ha partecipato alla sua formazione dipende dalle possibilità di recupero del contraddittorio esistenti al momento in cui sono emersi gli indizi di reità.

Ricorrendo, in quel momento, la possibilità di ripetere l'atto, l'art. 403, co. 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<sup>194</sup>.

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.

---

<sup>192</sup> R. E. KOSTORIS, *Incidente probatorio senza "indagato" e limiti all'utilizzabilità della prova nell'ambito dello stesso o di altro procedimento*, cit., p. 910.

<sup>193</sup> E' interessante notare che R. E. KOSTORIS, *Incidente probatorio senza "indagato" e limiti all'utilizzabilità della prova nell'ambito dello stesso o di altro procedimento*, cit., p. 911, avesse ravvisato la necessità di inserire una norma *ad hoc* corrispondente a quella di cui all'art. 403, co. 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, co. 1 c.p.p. posto che, per definizione, la prova deve essere non rinviabile al dibattimento.

<sup>194</sup> In tal senso v. fra gli altri, K. LA REGINA, *Incidente probatorio*, cit., p. 647.

## 5. LA CIRCOLAZIONE DELLE PROVE.

L'immissione, nell'ambito di un processo, di atti di natura irripetibile può essere determinata dall'instaurazione di canali comunicativi con procedimenti penali diversi.

«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»<sup>195</sup>.

Il sistema di circolazione di atti tra procedimenti<sup>196</sup> delineato dall'art. 238 c.p.p.<sup>197</sup> non riguarda soltanto le prove in senso

---

<sup>195</sup> H. BELLUTA, *Circolazione della prova (Diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Annali III, p. 953. Nota K. LA REGINA, *Incidente probatorio*, cit., p. 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, A. SCILLA, *Tutela del contraddittorio e utilizzazione di prove formate in altri procedimenti*, in AA.VV., *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio* (a cura di R. E. Kostoris), Torino, 2002, p. 92. V., inoltre, A. CORBO, *I documenti*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale* (diretto da G. Spangher), II, t. 1, Milanofiori Assago, 2009, pp. 361 ss.; A. BERNASCONI, *Ideologie e prassi in tema di circolazione di verbali "alieni"*, in AA.VV., *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo. Un itinerario attraverso la giurisprudenza* (a cura di G. Di Chiara), Torino, 2009, p. 323, per il quale la disciplina dell'acquisizione di documenti nel processo «costituisce un punto particolarmente sensibile all'interno di un sistema imperniato sui principi dell'oralità e dell'immediatezza».

<sup>196</sup> «Quando si parla di "circolazione probatoria tra procedimenti"» - chiarisce R. CANTONE, *La «circolazione probatoria tra procedimenti». Le modifiche introdotte dalla l. n. 63/01*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 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, N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, Padova, 2003, p. 1.

<sup>197</sup> «La disposizione» - ritiene R. CANTONE, *La «circolazione probatoria tra procedimenti». Le modifiche introdotte dalla l. n. 63/01*, cit., p. 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 do-

stretto, potendo avere per oggetto, altresì, atti di natura investigativa e, addirittura, sentenze.

Prendendo in considerazione, in primo luogo, 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»<sup>198</sup>.

L'art. 238, co. 1 c.p.p. dispone, infatti, che è ammessa l'acquisizione di verbali di prove di altro procedimento penale<sup>199</sup> qualora si tratti di prove assunte con le forme dell'incidente probatorio o nel dibattimento<sup>200</sup>.

E' evidente che l'ampiezza del flusso informativo dipenda in buona parte dal significato che si vuole attribuire all'espressione "assunte" che figura nel corpo della disposizione, per cui è dotata di autonomo rilievo la precisazione secondo cui le dichiarazioni rese nel corso delle indagini ed acquisite in altro dibattimento *ex art.* 513 c.p.p. a causa del rifiuto di rispondere del soggetto rivestente la qualità di imputato di reato connesso, non sono state ivi "assunte", e conservano pertanto nel procedimento *ad quem* la natura di atti di indagine, utilizzabili per le contestazioni o eventualmente nuovamente acquisibili autonomamente *ex art.* 513 c.p.p., nei limiti in cui tale norma lo consente<sup>201</sup>.

---

cumentale, invece, I. CALAMANDREI, *La prova documentale*, Padova, 1995, p. 94. V. anche, in senso critico, P. DELL'ANNO, *Prova documentale e circolarità della prova*, in AA.VV., *La prova penale* (diretto da A. Gaito), II, cit., p. 670, il quale intravede nella scelta legislativa una palese incongruenza ed una indubitabile forzatura.

<sup>198</sup> H. BELLUTA, *Circolazione della prova (Diritto processuale penale)*, cit., p. 953.

<sup>199</sup> 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, N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., pp. 65 ss.

<sup>200</sup> 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, H. BELLUTA, *Circolazione della prova (Diritto processuale penale)*, cit., pp. 955 ss.; nonché R. CANTONE, *La «circolazione probatoria tra procedimenti»*. *Le modifiche introdotte dalla l. n. 63/01*, cit., pp. 2562 ss. V., inoltre, A. SCCELLA, *Tutela del contraddittorio e utilizzazione di prove formate in altri procedimenti*, cit., pp. 95 ss.; A. BERNASCONI, *Ideologie e prassi in tema di circolazione di verbali "alieni"*, cit., pp. 321 ss.

<sup>201</sup> Cass. pen., Sez. VI, 7 luglio 1999, n. 10258.

Inoltre, la giurisprudenza ha chiarito che tra i “verbali di prove di altro procedimento penale” dei quali, ai sensi dell’art. 238, co. 1 c.p.p., è ammessa l’acquisizione, devono considerarsi ricompresi anche i verbali di audizione dei periti, unitamente alle relazioni che questi abbiano eventualmente redatto, costituendo esse, normalmente, parte integrante dei suddetti verbali e facendo, di solito, i periti riferimento alle medesime per ampliare e completare le loro dichiarazioni<sup>202</sup>.

Se l’utilizzo di tecniche formative dell’elemento di prova eteronomo conformi alle metodologie proprie dell’incidente probatorio o del dibattimento è sufficiente al fine di assicurare l’acquisizione dell’atto nel procedimento diverso, la garanzia del contraddittorio nella formazione della prova è relativamente<sup>203</sup> presidiata, ma soltanto per quel che riguarda le prove a contenuto dichiarativo<sup>204</sup>, dal peculiare regime di utilizzabilità delineato dall’art. 238, co. 3 c.p.p., ai sensi del quale i verbali di dichiarazioni possono essere utilizzati contro<sup>205</sup> 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, co. 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*

---

<sup>202</sup> Cass. pen., Sez. I, 17 gennaio 2001, n. 9536.

<sup>203</sup> Come rileva correttamente C. CESARI, *Prova (Acquisizione della)*, cit., p. 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 P. DELL’ANNO, *Prova documentale e circolarità della prova*, cit., p. 675, secondo il quale la norma <<pretende di confermare un concetto di contraddittorio per la formazione della prova affatto svincolato dal contesto processuale in cui dovrebbe procedersi alla sua utilizzazione>>.

<sup>204</sup> Fa notare, infatti, C. CESARI, *Prova (Acquisizione della)*, cit., p. 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, P. DELL’ANNO, *Prova documentale e circolarità della prova*, cit., p. 674.

<sup>205</sup> Si sofferma sull’analisi dell’espressione normativa, tra gli altri, P. DELL’ANNO, *Prova documentale e circolarità della prova*, cit., pp. 675 ss.



c.p.p.<sup>206</sup> – l'esame delle persone le cui dichiarazioni sono state acquisite mediante l'attivazione dei veicoli di circolazione disciplinati dal co. 1 della disposizione in discorso<sup>207</sup>.

La tematica che stiamo affrontando si intreccia con le problematiche inerenti all'irripetibilità 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, co. 3 c.p.p., dispone di potenzialità utilizzative nei confronti di imputati che non hanno partecipato alla sua formazione.

Si è riproposta, 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"<sup>208</sup>, saldando così la determinazione dello spazio operativo dell'art. 238, co. 1 c.p.p. con i limiti applicativi dell'art. 403 c.p.p.<sup>209</sup>.

---

<sup>206</sup> 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 C. CESARI, *Prova (Acquisizione della)*, cit., p. 723. Dello stesso segno le critiche mosse da H. BELLUTA, *Circolazione della prova (Diritto processuale penale)*, cit., p. 958.

<sup>207</sup> Ritiene «non impeccabile» la tutela del contraddittorio approntata dalla disposizione in esame H. BELLUTA, *Circolazione della prova (Diritto processuale penale)*, cit., pp. 958 ss. In ogni caso – rileva C. CESARI, *Prova (Acquisizione della)*, cit., p. 723, l'istanza di parte volta ad ottenere la formazione dibattimentale della prova non potrebbe essere respinta con la motivazione della superfluità in ragione della presenza in atti delle dichiarazioni della medesima fonte assunte in altra sede. Secondo P. DELL'ANNO, *Prova documentale e circolarità della prova*, cit., p. 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.

<sup>208</sup> C. cost., 26 maggio 1994, n. 198.

<sup>209</sup> V., in senso adesivo ma fatte salve le riserve già formulate in relazione alla sentenza costituzionale 16 maggio 1994, n. 181, R.E. KOSTORIS, *Incidente probatorio senza "indagato" e limiti all'utilizzabilità della prova nell'ambito dello stesso o di altro procedimento*, cit., pp. 911 s.

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, co. 1-*bis* c.p.p.<sup>210</sup>.

In relazione agli atti d'indagine, destinati a circolare con più facilità rispetto alle prove in senso stretto in quanto destinati a favorire l'attività d'indagine e non l'emissione del giudizio sull'imputazione<sup>211</sup>, i canali comunicativi sono predisposti, in relazione alla fase delle indagini preliminari, da due fondamentali norme del codice processuale.

L'art. 371 c.p.p. dispone, infatti, che gli uffici diversi del pubblico ministero che procedono a indagini collegate<sup>212</sup>, si coordinano tra loro per la speditezza, economia ed efficacia delle indagini medesime, a tali fini provvedendo allo scambio di atti e di informazioni nonché alla comunicazione delle direttive rispettivamente impartite alla polizia giudiziaria.

La norma prevede anche la possibilità che gli uffici impegnati in indagini collegate procedano, congiuntamente, al compimento di specifici atti, ma in questo caso non si verifica un fenomeno circolatorio effettivo dal momento che il risultato dell'attività congiunta è riconducibile a ciascuno dei procedimenti di pertinenza del pubblico ministero che vi ha preso parte<sup>213</sup>.

---

<sup>210</sup> In questo senso, tra gli altri, v. K. LA REGINA, *Incidente probatorio*, cit., p. 563; N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., p. 89.

<sup>211</sup> H. BELLUTA, *Circolazione della prova (Diritto processuale penale)*, cit., p. 954.

<sup>212</sup> Le indagini di uffici diversi del pubblico ministero si considerano collegate ai sensi dell'art. 371 c.p.p. nei seguenti casi: a) se i procedimenti sono connessi a norma dell'art. 12 c.p.p.; b) se si tratta di reati dei quali gli uni sono stati commessi in occasione degli altri, o per conseguirne o assicurarne al colpevole o ad altri il profitto, il prezzo, il prodotto o l'impunità, o che sono stati commessi da più persone in danno reciproco le une delle altre, ovvero se la prova di un reato o di una sua circostanza influisce sulla prova di un altro reato o di un'altra circostanza; c) se la prova di più reati deriva, anche in parte, dalla stessa fonte. Sul collegamento investigativo v., tra i tanti, G. CECANESE, *Indagini collegate*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. IV, t. I, pp. 552 ss.

<sup>213</sup> Così, in dottrina, H. BELLUTA, *Circolazione della prova (Diritto processuale penale)*, cit., p. 954. Anche secondo N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., p. 43, l'atto collegiale è proprio di ciascun procedimento collegato e, in quanto tale, fruisce del regime di utilizzabilità previsto per quello omologo che fosse compiuto dal singolo pubblico ministero.

L'art. 117 c.p.p., a sua volta, dispone che, quando è necessario per il compimento delle proprie indagini, il pubblico ministero può ottenere dall'autorità giudiziaria competente, anche in deroga al divieto stabilito dall'art. 329 c.p.p., copie di atti relativi ad altri procedimenti penali ed informazioni scritte sul loro contenuto, fermo restando che l'autorità giudiziaria può trasmettere le copie e le informazioni anche di propria iniziativa.

Per quel che concerne il regime di utilizzabilità degli atti oggetto di scambio, la giurisprudenza, nonostante autorevoli voci dottrinarie di segno contrario<sup>214</sup>, è orientata nel senso di una loro assimilazione alle risultanze degli atti di indagine compiuti nell'ambito del procedimento di destinazione<sup>215</sup>.

L'acquisizione ai fini del giudizio di atti d'indagine di natura dichiarativa, tuttavia, è condizionata alla manifestazione di un esplicito consenso da parte dell'imputato, in assenza del quale permane uno spazio utilizzativo limitato alle contestazioni previste dagli artt. 500 e 503 c.p.p.

In generale, è comunque ammessa dall'art. 238, co. 3 c.p.p. l'acquisizione della documentazione di atti che non sono ripetibili ma, trattandosi di situazioni in cui la ripetizione dell'atto è divenuta impossibile per fatti o circostanze sopravvenuti<sup>216</sup>, l'acquisizione è ammessa esclusivamente se si tratta di fatti o circostanze imprevedibili<sup>217</sup>.

---

<sup>214</sup> H. BELLUTA, *Circolazione della prova (Diritto processuale penale)*, cit., p. 954, il quale ritiene che gli atti possano essere impiegati esclusivamente in funzione propulsiva rispetto alle investigazioni dell'organo richiedente. Nello stesso senso sembra orientata, inoltre, N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., pp. 47 ss.

<sup>215</sup> V., in particolare, Cass. pen., Sez. II, 4 novembre 1999, n. 5169, la quale ha stabilito che, poiché gli indizi di colpevolezza di cui all'art. 273 c.p.p. consistono in tutti quegli elementi a carico, di natura logica o rappresentativa, che – contenendo *in nuce* tutti o soltanto alcuni degli elementi strutturali della corrispondente prova – non valgono, di per sè, a provare oltre ogni dubbio la responsabilità dell'indagato e tuttavia consentono, per la loro consistenza, di prevedere che, attraverso la futura acquisizione di ulteriori elementi, saranno idonei a dimostrare tale responsabilità, fondando nel frattempo una qualificata probabilità di colpevolezza, rientrano in tale nozione gli atti e i documenti acquisiti dal pubblico ministero ai sensi degli artt. 117 e 371 c.p.p. e provenienti da indagini preliminari relative a differenti procedimenti penali.

<sup>216</sup> Non può dubitarsi, per vero, che ai fini dell'art. 238 c.p.p. rilevi sia l'irripetibilità originaria che quella sopravvenuta. In questo senso, per tutti, v. N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., p. 85.

<sup>217</sup> R. CANTONE, *La «circolazione probatoria tra procedimenti»*. *Le modifiche introdotte dalla l. n. 63/01*, cit., p. 568, evidenzia come siffatta puntualizzazione sia necessitata e «certamente in linea con il disposto del co. 5

## 6. L'ACQUISIZIONE DELLE SENTENZE EX ART. 238-BIS C.P.P.

Ai sensi dell'art. 238-bis c.p.p., fermo quanto previsto dall'art. 236 c.p.p.<sup>218</sup>, le sentenze divenute irrevocabili<sup>219</sup> possono essere acquisite ai fini della prova del fatto in esse accertato<sup>220</sup> e sono valutate a norma degli articoli 187 e 192, co. 3 c.p.p.<sup>221</sup>.

---

dell'art. 111 Cost. ed omogenea alla disciplina di cui all'art. 512 c.p.p. che ha l'obiettivo di circoscrivere, rispetto al testo previgente, l'acquisizione di atti irripetibili per fatti sopravvenuti». L'opportunità del richiamo al requisito di cui all'art. 512 c.p.p. è sottolineata, altresì, da N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., p. 85; ID., *Prova penale (circolazione della)*, in *Enc. giur.*, XXV, p. 3; A. SCELLA, *Tutela del contraddittorio e utilizzazione di prove formate in altri procedimenti*, cit., pp. 102 s.; A. BERNASCONI, *Ideologie e prassi in tema di circolazione di verbali "alieni"*, cit., pp. 354 ss.

<sup>218</sup> La disposizione consente l'acquisizione delle sentenze irrevocabili di un giudice italiano e delle sentenze straniere riconosciute ai fini del giudizio sulla personalità dell'imputato o della persona offesa dal reato, se il fatto per il quale si procede deve essere valutato in relazione al comportamento o alle qualità morali di questa. Inoltre, ne consente l'acquisizione al fine di valutare la credibilità di un testimone.

<sup>219</sup> Sull'irrevocabilità della sentenza v., per tutti, A. GIOVENE, *Giudicato*, in *Dig. disc. pen.*, V, pp. 423 ss. La previsione dell'irrevocabilità della sentenza è considerata da N. ROMBI, *Prova penale (circolazione della)*, cit., p. 12, uno degli aspetti più ambigui della norma, con il quale «si è inteso assicurare una maggiore attendibilità della fonte di prova, scongiurando quella sensazione di incertezza che sorge non appena si pensi all'acquisizione di una decisione non ancora definitiva».

<sup>220</sup> Secondo C. TAORMINA, *Il regime della prova nel processo penale*, cit., p. 459, siffatto scopo è assolutamente eccentrico rispetto non solo alla logica accusatoria, ma anche alla linearità della funzione di giudizio.

<sup>221</sup> La Suprema Corte ha stabilito che tra le sentenze divenute irrevocabili, menzionate nell'art. 238-bis c.p.p. e utilizzabili ai fini della prova del fatto in esse accertato, vanno comprese anche quelle emesse a seguito di giudizio abbreviato ovvero di applicazione della pena su richiesta delle parti. V., in particolare, Cass. pen., Sez. I, 10 luglio 2000, n. 8881. Con specifico riferimento alla sentenza di patteggiamento v., da ultimo, Cass. pen., Sez. VI, 25 febbraio 2011, n. 10094. Per contro, la giurisprudenza ha chiarito che i decreti di archiviazione pronunciati nell'ambito di un diverso procedimento non sono suscettibili di acquisizione ai sensi dell'art. 236 o dell'art. 238-bis c.p.p., non contenendo essi statuizioni o accertamenti che possano essere considerati come processualmente certi. V., su quest'ultimo punto, Cass. pen., Sez. I, 10 luglio 2000, n. 8881. Sul tema dei confini della categoria di documenti richiamata dall'art. 238-bis c.p.p. v., in particolare, A. CORBO, *I documenti*, cit., pp. 372 s.; nonché N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., pp. 191 ss.

Sebbene la norma<sup>222</sup> sia stata introdotta al fine di semplificare gli accertamenti in ordine ai procedimenti di criminalità organizzata – si è ritenuto, infatti, particolarmente oneroso, sia dal punto di vista temporale che dal punto di vista delle risorse umane, e di conseguenza inutile, dimostrare la sussistenza di una associazione mafiosa in una serie di processi a carico di più imputati tutti accusati di appartenervi<sup>223</sup> – essa, attesa la sua formulazione letterale e considerata la sua collocazione sistematica, in assenza di specifici limiti di operatività è applicabile in relazione a qualsiasi tipo di processo, senza alcuna preclusione determinata dalla natura del reato, e allo scopo di provare qualunque tema rilevante nel giudizio in cui la sentenza viene acquisita<sup>224</sup>

La collocazione sistematica della disposizione<sup>225</sup> induce a ritenere che il legislatore abbia considerato la sentenza irrevocabile

---

<sup>222</sup> Definita da R. CANTONE, *L'art. 238-bis c.p.p.: strumento probatorio e mezzo per la risoluzione preventiva del contrasto tra giudicati*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 2896, «certamente un corpo estraneo in un processo che volesse essere pienamente accusatorio».

<sup>223</sup> L'art. 238-bis c.p.p., infatti, è stato aggiunto dall'art. 3, co. 2, d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni in l. 7 agosto 1992, n. 356. Evidenzia R. CANTONE, *L'art. 238-bis c.p.p.: strumento probatorio e mezzo per la risoluzione preventiva del contrasto tra giudicati*, cit., p. 2895, come la disposizione in discorso costituisce un tentativo di «semplificazione probatoria» per i processi di criminalità organizzata, avendo l'esperienza evidenziato la particolare onerosità di dimostrare ogni volta l'esistenza di un'associazione mafiosa in più procedimenti a carico di più soggetti accusati di farvi parte. Le finalità della disposizione sono evidenziate, altresì, da L. PARLATO, *Acquisizione a fini di prova di sentenze irrevocabili e utilizzazione delle risultanze di fatti emergenti dalle motivazioni*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3674; N. TRIGGIANI, *Sulla impossibilità di acquisire come documenti le sentenze penali non irrevocabili*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 1766.

<sup>224</sup> Sottolinea la portata generale della norma, a prescindere quindi dalle intenzioni del legislatore, A. CORBO, *I documenti*, cit., pp. 372 s. Nello stesso senso v., fra i tanti, R. CANTONE, *L'art. 238-bis c.p.p.: strumento probatorio e mezzo per la risoluzione preventiva del contrasto tra giudicati*, cit., p. 2895; N. TRIGGIANI, *Sulla impossibilità di acquisire come documenti le sentenze penali non irrevocabili*, cit., p. 1766.

<sup>225</sup> Sottoposta – rileva R. CANTONE, *L'art. 238-bis c.p.p.: strumento probatorio e mezzo per la risoluzione preventiva del contrasto tra giudicati*, cit., p. 2895 – a vivaci critiche perché «con una norma come quella in discussione si riduce (ancora di più) la possibilità che la prova si formi nel contraddittorio delle parti». Egualmente severo il giudizio di N. ROMBI, *Prova penale (circolazione della)*, cit., p. 11, secondo la quale la norma si pone in contrasto con diversi principi ispiratori del nuovo codice: «non solo quello fondamentale che vuole che la prova si formi, almeno di regola, davanti al giudice del dibattimento attraverso la sua diretta percezione, ma anche con la scelta di esclude-

cabile alla stregua di un documento<sup>226</sup>, ma non v'è dubbio che, in verità, essa presenti per intero le caratteristiche dell'atto processuale.

Anzi, a ben guardare, essa costituisce l'atto processuale per eccellenza, essendo il risultato finale della sequenza processuale, il compendio conclusivo in cui il momento descrittivo delle acquisizioni probatorie assume un rilievo del tutto secondario e quasi marginale rispetto all'analisi critica di esse effettuata dal giudice<sup>227</sup>.

Così considerata, l'irripetibilità della sentenza è *in re ipsa* in quanto – ed in questo risiede la difficoltà nell'ammetterne una libera circolazione – la sentenza acquisita ai sensi dell'art. 238-*bis* c.p.p.<sup>228</sup>, strutturata in dispositivo e motivazione, è il prodotto di un'elaborazione valutativa delle risultanze probatorie effettuata da uno specifico organo giudicante e non già il

re condizionamenti nell'esercizio della funzione giurisdizionale e, più in generale, con una disciplina che complessivamente tende a valorizzare l'autonomia della cognizione del giudice penale attraverso l'esclusione, in linea di principio, di ogni forma di pregiudizialità». Il giudizio critico è ribadito in N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., pp. 185 s. V., inoltre, P. DELL'ANNO, *Prova documentale e circolarità della prova*, cit., p. 681.

<sup>226</sup> V., in relazione a siffatta categoria giuridica, A. CORBO, *I documenti*, cit., pp. 317 ss.; nonché I. CAMINITI, *Prova documentale*, in *Dig. disc. pen.*, III Agg., t. 2, pp. 1213 ss.; C. TAORMINA, *Il regime della prova nel processo penale*, cit., pp. 373 ss.; I. CALAMANDREI, *La prova documentale*, cit., pp. 6 ss.

<sup>227</sup> Dubita della corretta collocazione sistematica della norma, proprio in ragione della natura di atto processuale complesso, M. CURTOTTI, *Una faticosa ricostruzione del contenuto dell'art. 238-bis tra incrinature sistematiche ed esigenze contingenti in chiave «emergenziale»*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3362. V., altresì, N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., pp. 183 ss. D'altra parte, la Corte costituzionale, nella recente sentenza 6 febbraio 2009, n. 29, ha riconosciuto che la sentenza acquisita ex art. 238-*bis* c.p.p. non può essere considerata un "documento in senso proprio", giacché si caratterizza per il fatto di contenere un insieme di valutazioni di un materiale probatorio acquisito in un diverso giudizio. Da questa premessa ricostruttiva ne consegue – continua la Corte – che, in relazione a questo specifico mezzo di prova, il principio del contraddittorio trova il suo naturale momento di esplicazione non già nell'atto di acquisizione – nel quale, del resto, non sarebbe ipotizzabile alcun contraddittorio se non in ordine all'*an* dell'acquisizione – ma in quello successivo della valutazione. Esprime vibrante critiche alla presa di posizione della Corte costituzionale P. DELL'ANNO, "Contraddittorio limitato" per l'acquisizione delle sentenze passate in giudicato, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, pp. 1115 ss.

<sup>228</sup> Ritiene che l'acquisizione della sentenza ex art. 238-*bis* c.p.p. non possa avvenire se non a richiesta di parte, in virtù di una regola generale cui la norma non deroga, C. TAORMINA, *Il regime della prova nel processo penale*, cit., p. 459.

supporto documentale di un'informazione di natura dimostrativa<sup>229</sup>.

Pertanto, sebbene possa apparire intuitivo che «dovendo risalire dalla motivazione alle prove valutate, si finisce inevitabilmente per considerare i verbali delle stesse prove che si dovrebbero acquisire ai sensi dell'art. 238, co. 1 e 3»<sup>230</sup>, l'affermazione secondo cui il valore probatorio della sentenza tiene sempre luogo delle prove costituenti su cui il giudizio si è fondato finisce «per non dare alcun peso alla unicità e irripetibilità dell'operazione mentale e culturale vissuta da ciascun giudice all'atto della formazione e formulazione del proprio giudizio»<sup>231</sup>.

Nonostante i tentativi della dottrina di restringere la portata applicativa della disposizione<sup>232</sup>, la giurisprudenza ha fatto luce sulla *ratio* dell'art. 238-bis c.p.p. – individuata nella finalità di non disperdere elementi conoscitivi acquisiti in provvedimenti

---

<sup>229</sup> H. BELLUTA, *Circolazione della prova (Diritto processuale penale)*, cit., p. 963. Evidenzia L. IAFISCO, *Acquisizione della prova-sentenza ex art. 238-bis e contraddittorio nel momento di formazione della prova*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 224, come «la (motivazione della) sentenza è fornita di una propria attitudine rappresentativa che ne fa una prova avente un'efficacia dimostrativa originaria e autonoma, non altrimenti ottenibile da – e, comunque, non omologabile a quella di – altri mezzi di prova costituenda: ad assumere valore di prova sono, infatti, le proposizioni di accertamento, non già le proposizioni probatorie contenute nella sentenza e, quindi, non le dichiarazioni dei testimoni o le risultanze dei documenti riportate nella motivazione (...), bensì gli enunciati di fatto che il giudice ha formulato sulla base della sua ricostruzione storiografica».

<sup>230</sup> M. CURTOTTI, *Una faticosa ricostruzione del contenuto dell'art. 238-bis tra incrinature sistematiche ed esigenze contingenti in chiave «emergenziale»*, cit., p. 3362, il quale rileva come l'ingresso nel processo di una sentenza attiene esclusivamente al momento valutativo e qualsiasi operazione condotta dal giudice su quest'ultima non può che risolversi in una ricostruzione a ritroso del materiale probatorio assunto da altro giudice, resa peraltro difficile dalla presenza della sola motivazione.

<sup>231</sup> La precisazione è di L. IAFISCO, *Acquisizione della prova-sentenza ex art. 238-bis e contraddittorio nel momento di formazione della prova*, cit., p. 225.

<sup>232</sup> H. BELLUTA, *Circolazione della prova (Diritto processuale penale)*, cit., p. 963, proprio in ragione del carattere valutativo dei contenuti della motivazione, propone di circoscrivere la circolazione al solo dispositivo, con esclusione della concorrente parte motiva. Sottolineano la necessità di pervenire ad una lettura riduttiva, ovvero restrittiva, della norma, altresì, I. CAMINITI, *Prova documentale*, cit., p. 1223; P. DELL'ANNO, *Prova documentale e circolarità della prova*, cit., p. 681.

che abbiano già autorità di cosa giudicata<sup>233</sup> – per chiarire che, una volta acquisite, le sentenze irrevocabili sono utilizzabili per le risultanze di fatto che emergano dalla motivazione e non soltanto dal dispositivo<sup>234</sup>.

Essendo valutabili entro i limiti ben precisi indicati dagli artt. 187<sup>235</sup> e 192, co. 3 c.p.p.<sup>236</sup>, il giudice, affinché tali sentenze, assimilate alle dichiarazioni accusatorie del reo o del correo, assurgano a dignità di prova nel diverso processo penale nel quale vengono acquisite deve, in primo luogo, nel contraddittorio delle parti, accertare la veridicità dei fatti ritenuti come dimostrati dalle sentenze stesse e rilevanti *ex art. 187 c.p.p.*, salva la facoltà dell'imputato di essere ammesso a provare il contrario.

---

<sup>233</sup> Osserva M. CURTOTTI, *Una faticosa ricostruzione del contenuto dell'art. 238-bis tra incrinature sistematiche ed esigenze contingenti in chiave «emergenziale»*, cit., p. 3359, come la *ratio* individuata dalla giurisprudenza sia chiaramente figlia di quel principio di “non dispersione della prova” coniato dalla Corte costituzionale nella sentenza 3 giugno 1992, n. 255.

<sup>234</sup> Cass. pen., Sez. I, 25 maggio 1995, n. 727. Sulla motivazione della sentenza penale v., per tutti, E. AMODIO, *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, XXVII, pp. 81 ss.

<sup>235</sup> In dottrina non si è mancato di mettere in evidenza la superfluità del riferimento operato a siffatta disposizione, trattandosi di una norma generale in tema di prove senz'altro applicabile anche in assenza di specifico richiamo. V., per esempio, R. CANTONE, *L'art. 238-bis c.p.p.: strumento probatorio e mezzo per la risoluzione preventiva del contrasto tra giudicati*, cit., p. 2896; L. PARLATO, *Acquisizione a fini di prova di sentenze irrevocabili e utilizzazione delle risultanze di fatti emergenti dalle motivazioni*, cit., p. 3676. Secondo N. ROMBI, *Prova penale (circolazione della)*, cit., p. 13, invece, mediante il richiamo all'art. 187 c.p.p. «si è inteso precisare che le sentenze possono essere utilizzate in altri processi a scopo di prova, con efficacia dimostrativa estesa ad ogni fatto rilevante all'interno del processo *ad quem*, cioè anche per uno scopo diverso da quello per cui esse risultavano già utilizzabili ai sensi dell'art. 236 c.p.p.». Un'osservazione di identico tenore è espressa in N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., pp. 206 s.

<sup>236</sup> Evidenzia L. PARLATO, *Acquisizione a fini di prova di sentenze irrevocabili e utilizzazione delle risultanze di fatti emergenti dalle motivazioni*, cit., p. 3677, come la necessità di ulteriori elementi di prova «semberebbe potersi porre quale utile raccordo tra il provvedimento conclusivo di un determinato procedimento e la diversa realtà processuale in cui esso va ad inserirsi, ai sensi dell'art. 238-bis c.p.p. Tale espediente potrebbe, inoltre, rivelarsi un valido strumento volto a garantire un, sia pur limitato e residuale, recupero del fondamentale principio del contraddittorio». Negli stessi termini v., inoltre, N. ROMBI, *Prova penale (circolazione della)*, cit., p. 13, con la precisazione che il legislatore ha inteso sottolineare la non autosufficienza dell'elemento di prova rappresentato dalla sentenza. Le medesime considerazioni sono ribadite in N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., pp. 208 s.



Del pari, su richiesta dell'accusa, dovrà acquisire al dibattimento gli elementi di prova – costituiti da riscontri esterni individualizzanti – che confermino la veridicità dei fatti accertati nelle sentenze irrevocabili e che divengono, in tal modo, fonti di prova del reato per cui si procede<sup>237</sup>.

---

<sup>237</sup> Cass. pen., Sez. I, 25 maggio 1995, n. 727. Nello stesso senso v., di recente, Cass. pen., Sez. I, 8 maggio 2003, n. 23460. Per la precisazione che i riscontri esterni necessari ai fini della valutazione delle sentenze *ex art. 238-bis* c.p.p. possono consistere anche in elementi già utilizzati nel giudizio e non recepiti acriticamente ma autonomamente valutati v., di recente, Cass. pen., Sez. VI, 19 aprile 2011, n. 23478.



## CAPITOLO IV

### GLI ATTI A SORPRESA

SOMMARIO: 1. Mezzi di prova e mezzi di ricerca della prova. - 2. Ispesizioni. - 3. Perquisizioni. - 4. Sequestro probatorio. - 5. Intercettazioni di conversazioni e comunicazioni. - 6. Analisi di campioni.

#### 1. MEZZI DI PROVA E MEZZI DI RICERCA DELLA PROVA.

Il codice processuale vigente inquadra l'ispezione, la perquisizione ed il sequestro – al pari dell'intercettazione di conversazioni e comunicazioni – nell'ambito dei c.d. mezzi di ricerca della prova, ai quali, come è noto, è dedicata la disciplina del titolo terzo del libro terzo e rispetto ai quali il legislatore ha tenuto distinta la categoria dei c.d. mezzi di prova.

Una distinzione, dunque, enucleabile già a livello legislativo, come ha evidenziato la Suprema Corte in una delle varie occasioni in cui è stata chiamata ad occuparsi dell'argomento, specificando che le nozioni di mezzo di prova e di mezzo di ricerca della prova sono fra loro nettamente differenziate anche sotto il profilo normativo, come è dato evincere dalla circostanza che tutti i mezzi di prova sono disciplinati nel titolo secondo del libro terzo del codice, mentre i mezzi di ricerca della prova trovano una loro specifica ed autonoma disciplina nel successivo titolo terzo<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Cass. pen., Sez. VI, 28 aprile 1993, *Ferrovai e altri*. Secondo S. MAROTTA, *Prova (Mezzi di e mezzi di ricerca della)*, in *Dig. disc. pen.*, X, p. 347, la distinzione «trova le sue ragioni sia nella diversa incidenza di tali mezzi sui meccanismi di formazione del convincimento del giudice, sia nella necessità di individuare le operazioni di acquisizione delle conoscenze giudiziali che

La dottrina, sulla scorta del contributo ricostruttivo offerto dai lavori preparatori, ha chiarito i termini della distinzione tra i concetti normativi appena richiamati, di talché mentre i mezzi di prova presentano la caratteristica consistente nell'attitudine ad offrire al giudice risultanze probatorie che, in quanto formate in sede processuale, sono direttamente utilizzabili ai fini della decisione, i mezzi di ricerca della prova non integrano di per sé una fonte immediata e diretta del convincimento giudiziale, ma costituiscono strumenti funzionalmente protesi a rendere possibile l'acquisizione di cose materiali, tracce o dichiarazioni dotati di attitudine probatoria ma preesistenti al procedimento<sup>2</sup>.

Il tentativo di delineare con maggiore compiutezza i tratti caratteristici dei mezzi di ricerca della prova ha condotto parte della dottrina<sup>3</sup> ad individuare, quali elementi essenziali di siffatta categoria concettuale, altresì, l'effetto sorpresa<sup>4</sup> e la correlata natura intrinsecamente irripetibile delle connesse attività.

---

devono essere compiute prevalentemente dal pubblico ministero e quelle di pertinenza per lo più dell'organo giurisdizionale».

<sup>2</sup> V., in questi termini e fra i tanti, N. TRIGGIANI, *I mezzi di ricerca della prova*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale* (diretto da G. Spangher), II, t. 1, Milanofiori Assago, 2009, p. 386; S. MAROTTA, *Prova (Mezzi di e mezzi di ricerca della)*, cit., p. 348; A. SCCELLA, *L'inutilizzabilità della prova nel sistema del processo penale*, cit., p. 213, secondo cui «i mezzi di ricerca della prova possono essere proficuamente contrapposti ai mezzi di prova solo in quanto si evidenzia che i primi non costituiscono un'autonoma fonte di convincimento, ma assolvono ad una funzione euristica consentendo l'acquisizione di elementi dotati di capacità probatoria»; O. DOMINIONI, *Il diritto delle prove*, cit., p. 235, il quale sottolinea, però, che quello di "mezzi di ricerca della prova" costituisce un concetto classificatorio di unitarietà solo tendenziale. Richiama il criterio distintivo tradizionalmente accolto dalla dottrina, ritenendolo però insufficiente, P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, Milano, 2004, pp. 20 ss.

<sup>3</sup> V., in particolare, P. TONINI, *La prova penale*, cit., pp. 243 s.; P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 22.

<sup>4</sup> Da intendere – puntualizza P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 22 – nel senso che, per non vanificare le esigenze investigative, non è previsto il preavviso al difensore circa il compimento dell'atto. Sottolinea la compattezza e la visibilità delle opinioni che riconducono ai mezzi di ricerca della prova la connotazione dell'irripetibilità a cagione del requisito intrinseco costituito dalla sorpresa, C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., p. 19. Il rapporto tra fattore sorpresa ed irripetibilità dell'atto è evidenziato da M. GALASSO, *Accertamenti tecnici non ripetibili e limiti di operatività*, cit., p. 1141. Sulla necessità di scindere i due caratteri, invece, v. D. POTETTI, *Svolta restrittiva della Cassazione in tema di atto irripetibile*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1470, nt. 11; F. M. IACOVELLO, *Contro l'attuale teoria degli atti irripetibili*, cit., p. 3004. Di recente, poi, la corrispondenza tra sor-

Ne è conseguita una ricostruzione complessa della categoria in discorso, la quale, prendendo le mosse da una definizione secondo cui i mezzi di ricerca della prova costituirebbero «attività investigative, di regola a sorpresa, poste in essere dall'autorità giudiziaria o, sussistendone determinate condizioni, dalla polizia giudiziaria, volte ad acquisire al procedimento un elemento probatorio preesistente e dotate di autonoma rilevanza probatoria»<sup>5</sup>, coordina tra di loro alcuni tratti essenziali – natura dell'atto, qualità del risultato e fattore sorpresa – e da essi fa discendere la nota tipica dell'irripetibilità<sup>6</sup>.

Costituendo i mezzi di ricerca della prova, come avremo modo di vedere meglio in seguito, il tradizionale ed indiscusso archetipo di atto irripetibile, è opportuno richiamare, ovviamente per brevi cenni, le rispettive note identificative e la relativa disciplina.

## 2. ISPEZIONI.

L'ispezione<sup>7</sup> è uno strumento investigativo consistente nella osservazione statica di una determinata realtà fattuale e finalizzato alla percezione diretta di elementi utili alla ricostruzione del fatto oggetto del procedimento<sup>8</sup>.

---

presa ed irripetibilità è stata posta chiaramente in discussione da Cass. pen., Sez. un., 17 ottobre 2006, n. 41281.

<sup>5</sup> P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 22.

<sup>6</sup> La riconducibilità dei mezzi di ricerca della prova nell'alveo degli atti a sorpresa e la conseguente irripetibilità di essi sono messe in evidenza, inoltre, da P. TONINI, *La prova penale*, cit., p. 244; G. FRIGO, *Commento all'art. 431 c.p.p.*, cit., p. 724; M. D'ANDRIA, *Un tentativo di definizione degli atti non ripetibili*, cit., p. 1351; G. LOZZI, *I principi dell'oralità e del contraddittorio nel processo penale*, cit., p. 681. Secondo A. BASSI, *Alcune riflessioni in materia di atti irripetibili alla luce della novella n. 356/92*, cit., p. 2114, i verbali degli atti a sorpresa (ispezioni, perquisizioni e sequestri) fanno parte della categoria degli atti irripetibili.

<sup>7</sup> Essa – fa notare C. BELLORA, *Ispezione giudiziale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, p. 275 – è istituto che solleva delicate problematiche, legate essenzialmente al diritto di difesa, al rispetto delle garanzie costituzionali, al valore probatorio di un atto che difficilmente appare ripetibile nel corso del processo. Secondo C. TAORMINA, *Il regime della prova nel processo penale*, cit., p. 76, l'ispezione costituisce «la grande matrice dei mezzi di ricerca della prova [...] poiché rappresenta l'elementare mezzo di contatto con qualunque tipo di realtà suscettibile di divenire rilevante come fonte di prova o prova».

<sup>8</sup> N. TRIGGIANI, *I mezzi di ricerca della prova*, cit., p. 387. P. MOSCARIANI, *Ispezione (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Agg. II, p. 465, defini-

Caratteristica essenziale dell'ispezione, quindi, è la sua limitazione all'obiettivo esame e rilevamento di una situazione di fatto attuale, così come essa cade sotto i sensi dell'organo procedente<sup>9</sup>.

Essa si distingue, pertanto, sia dalla perquisizione, in cui l'osservazione tende alla ricerca di una *res* o di una persona al fine di una apprensione coattiva<sup>10</sup>, sia dalla ricognizione, nella quale l'osservazione è finalizzata a stabilire l'identità di una persona o di una cosa, o di un altro possibile oggetto di percezione sensoriale<sup>11</sup>.

---

sce l'ispezione come l'attività che «consiste nell'obiettiva e statica constatazione d'una situazione di fatto attuale». La definizione è ribadita, nei suoi tratti essenziali, da M. MONTAGNA, *La ricerca della prova nelle investigazioni di polizia giudiziaria e nelle indagini preliminari (ispezione, perquisizione e sequestro)*, in AA.VV., *La prova penale* (diretto da A. Gaito), II, cit., p. 97. Osservava A. MASSARI, *Ispezione giudiziale*, in *NN.D.I.*, IX, p. 186, come «[I]e cose, i luoghi e talvolta le stesse persone possono essere la prova eloquente dei fatti che interessa accertare: in quanto queste cose, luoghi e persone esistono ovvero per le loro caratteristiche; per le relazioni in cui si trovano col mondo circostante ovvero per le modificazioni che abbiano comunque subito. Il modo più sollecito per giungere all'accertamento in tutti questi casi è l'osservazione diretta, l'immediata percezione sensoria da parte di chi l'accertamento deve compiere. Di qui la nozione più semplice di ispezione, strettamente aderente al significato etimologico dell'espressione (da *inspicere*)». Per un quadro di sintesi delle definizioni del mezzo di ricerca della prova rinvenibili nel panorama dottrinale, v. P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., pp. 65 ss.

<sup>9</sup> C. PEYRON, *Ispezione (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXII, p. 962, il quale sottolinea come, normalmente, la percezione dell'oggetto avviene con l'organo della vista, ma, in ipotesi particolari, può farsi ricorso ad altri sensi.

<sup>10</sup> C. BELLORA, *Ispezione giudiziale*, cit., p. 276. Così, tra i tanti, anche C. PEYRON, *Ispezione*, cit., p. 962. V., inoltre P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 108, secondo la quale «la strumentalità dell'ispezione si esaurisce nella rilevazione e descrizione di dati oggettivi, mentre la perquisizione è ricerca preordinata alla captazione o apprensione mediante sequestro dell'entità materiale ricercata». Lo stesso profilo definitorio viene ribadito in P. FELICIONI, *Ispezioni*, in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato* (a cura di A. Giarda, G. Spangher), Milano, 2010, p. 2420.

<sup>11</sup> C. PEYRON, *Ispezione*, cit., p. 962. Nonché P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 111. ID., *Ispezioni*, cit., p. 2421. V., sul tema della ricognizione, D. CURTOTTI NAPPI, *La ricognizione*, in AA.VV., *La prova penale* (diretto da A. Gaito), II, cit., pp. 621 ss.; F. M. PAOLA, *Ricognizioni*, in *Dig. disc. pen.*, XII, pp. 218 ss.; C. PANSINI, *Le ricognizioni*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale* (diretto da G. Spangher), II, t. I, Milanofiori Assago, 2009, pp. 209 ss.

Si differenzia, altresì, dall'esperienza giudiziale<sup>12</sup>, con il quale si riproduce un fatto al fine di accertare se è avvenuto o meno in un determinato modo, per cui presenta una connotazione dinamica che manca nell'ispezione<sup>13</sup>.

Oggetto dell'osservazione può essere «ogni materialità suscettibile di essere percepita con i sensi»<sup>14</sup> e, tramite essa, l'autorità procedente si prefigge di accertare le tracce<sup>15</sup> e gli altri effetti materiali<sup>16</sup> del reato (art. 244, co. 1 c.p.p.), anche se la dottrina ha precisato che l'attività ispettiva può essere diretta a ricercare elementi estranei e preesistenti alla consumazione del reato, quali, per esempio, una peculiarità fisica o un segno anatomico nascosto sulla persona dell'imputato o di altri<sup>17</sup>.

Connotazione essenziale dell'ispezione è, abbiamo visto, l'osservazione di una situazione attuale, di talché, se il reato non ha lasciato tracce o effetti materiali, o se questi sono scomparsi o sono stati cancellati, dispersi, alterati o rimossi, si determina il venire meno della possibilità di una diretta presa di contatto tra l'organo procedente e gli elementi immediatamente connessi al reato, per cui l'autorità giudiziaria, volendo, può soltanto descrivere lo stato attuale del dato reale oggetto di osservazione e, nella misura in cui sia possibile, verificare quello preesistente, curando anche di individuare modo, tempo e cause delle eventuali modificazioni<sup>18</sup>.

La possibilità di compiere operazioni tecniche nel corso di una ispezione – l'art. 244, co. 2 c.p.p., infatti, prevede che l'autorità giudiziaria possa disporre rilievi segnaletici, descritti-

<sup>12</sup> Sul quale v. S. LORUSSO, *Esperimenti giudiziali*, in AA.VV., *La prova penale* (diretto da A. Gaito), II, cit., pp. 637 ss.; G. BARONE, *Esperimento giudiziale*, in *Dig. disc. pen.*, IV, pp. 336 ss.

<sup>13</sup> C. BELLORA, *Ispezione giudiziale*, cit., p. 276; C. PEYRON, *Ispezione*, cit., 962; P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., pp. 111 s.; ID., *Ispezioni*, cit., p. 2421.

<sup>14</sup> A. MASSARI, *Ispezione giudiziale*, cit., p. 200, il quale aggiunge che, a seconda che l'oggetto attenga a persone, luoghi o cose, l'ispezione di denomi-  
na personale, locale o reale. V., negli stessi termini, P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., pp. 77 ss.

<sup>15</sup> Per "tracce", puntualizza N. TRIGGIANI, *I mezzi di ricerca della prova*, cit., p. 387, devono intendersi i segni, le macchie o le impronte prodotte, direttamente o indirettamente, dalla condotta delittuosa.

<sup>16</sup> Gli effetti materiali, ritiene N. TRIGGIANI, *I mezzi di ricerca della prova*, cit., p. 387, consistono nelle conseguenze o alterazioni di natura contundente, percussiva, abrasiva, efrattiva che la condotta delittuosa ha determinato su persone, luoghi o cose.

<sup>17</sup> N. TRIGGIANI, *I mezzi di ricerca della prova*, cit., p. 387.

<sup>18</sup> Art. 244, co. 2 c.p.p.

vi e fotografici e ogni altra operazione tecnica, anche in relazione a sistemi informatici o telematici, adottando misure tecniche dirette ad assicurare la conservazione dei dati originali e ad impedirne l'alterazione<sup>19</sup> – ha indotto taluno a ritenere configurabili problemi di coordinamento con gli istituti della consulenza tecnica e della perizia<sup>20</sup>.

La distinzione tra le due attività, è stato però rilevato, conserva un proprio rilievo anche in relazione alle operazioni interne all'ispezione, poiché esse, sebbene abbiano natura tecnica, sono funzionali al completo svolgimento delle attività ispettive «[essendo] dirette alla mera osservazione e selezione di dati obiettivi»<sup>21</sup>.

Il soggetto legittimato a disporre l'ispezione – il provvedimento, come è noto, assume la forma del decreto motivato<sup>22</sup> – è genericamente individuato nell'autorità giudiziaria, locuzione ovviamente comprensiva sia del giudice che del pubblico ministero<sup>23</sup>, anche se, ha notato la dottrina, trattandosi di attività per lo più riconducibile alla fase delle indagini preliminari e caratterizzata spesso dal requisito della sorpresa, è proprio

---

<sup>19</sup> La norma è stata così modificata dall'art. 8, co. 1, l. 18 marzo 2008, n. 48, la quale ha ratificato la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica.

<sup>20</sup> Così F. LATTANZI, *Ispezioni, perquisizioni e sequestri*, in AA.VV., *Le prove*, II, Torino, 1999, p. 344.

<sup>21</sup> D. SIRACUSANO, *Le prove*, in D. SIRACUSANO, A. GALATI, G. TRANCHINA, E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, I, Milano, 2001, p. 379. Negli stessi termini v. P. FELICIONI, *Ispezioni*, cit., p. 2422.

<sup>22</sup> L'obbligo di motivazione, osserva N. TRIGGIANI, *I mezzi di ricerca della prova*, cit., p. 396, è posto a tutela dei principi costituzionali di inviolabilità della libertà personale e del domicilio ed attiene alla specificazione del presupposto generale dell'ispezione, ossia alla necessità di accertare le tracce e gli altri effetti materiali del reato. Sottolinea il rapporto tra il dovere motivazionale ed i principi costituzionali, altresì, P. MOSCARINI, *Ispezione*, cit., p. 467. C. BELLORA, *Ispezione giudiziale*, cit., p. 278, rileva come la preferenza accordata al decreto anziché all'ordinanza sia quanto mai opportuna in considerazione del fatto che, nel corso delle indagini preliminari, l'ispezione è disposta dal pubblico ministero. Sulla motivazione del provvedimento dispositivo dell'ispezione v., inoltre, P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., pp. 151 ss. ID., *Ispezioni*, cit., p. 2427, sottolinea che la previsione del decreto quale veste formale del provvedimento dipende, verosimilmente, dal fatto che durante le indagini preliminari è il pubblico ministero che dispone le ispezioni.

<sup>23</sup> Così, conformemente all'opinione dell'unanime dottrina, P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 138. Nonché, nei medesimi termini, ID., *Ispezioni*, cit., p. 2424.



quest'ultimo il soggetto usualmente impegnato in siffatta attività<sup>24</sup>.

Posto che la polizia giudiziaria può compiere attività ispettive di propria iniziativa *ex art.* 354 c.p.p.<sup>25</sup>, nulla esclude che l'atto ispettivo sia ad essa delegato in virtù della regola generale contenuta nell'art. 370 c.p.p., fatta salva, ovviamente, la preclusione assoluta concernente l'ispezione personale (art. 354, co. 3 c.p.p.)<sup>26</sup>.

A seconda che l'ispezione abbia per oggetto persone, luoghi o cose, essa si distingue in personale, locale e reale<sup>27</sup>.

La prima è diretta ad osservare una determinata persona o parti di essa, al fine di rilevare un qualsiasi elemento utile all'accertamento del fatto<sup>28</sup>.

L'ispezione locale, invece, normalmente si svolge nel contesto spaziale riconducibile al c.d. *locus commissi delicti*, costituendo quest'ultimo la sede naturale di osservazione per

---

<sup>24</sup> N. TRIGGIANI, *I mezzi di ricerca della prova*, cit., p. 393. Così, anche, C. BELLORA, *Ispezione giudiziale*, cit., p. 276.

<sup>25</sup> C. BELLORA, *Ispezione giudiziale*, cit., p. 282.

<sup>26</sup> V., in questi termini, N. TRIGGIANI, *I mezzi di ricerca della prova*, cit., p. 395. Ritene che l'atto non sia suscettibile di delega alla polizia giudiziaria, invece, P. MOSCARINI, *Ispezione*, cit., p. 468, a causa del contrasto che si genererebbe con i principi costituzionali che, nel proclamare l'inviolabilità della libertà personale e domiciliare, ammettono limitazioni soltanto in virtù di un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria. Questa, quindi, potrebbe delegare soltanto l'esecuzione materiale delle operazioni, ma non anche il potere di disporre. Nello stesso senso v., inoltre, M. MONTAGNA, *La ricerca della prova nelle investigazioni di polizia giudiziaria e nelle indagini preliminari (ispezione, perquisizione e sequestro)*, cit., p. 96.

<sup>27</sup> La riconduzione delle tipologie di ispezione a siffatte categorie classificatorie è generalmente accolta dalla dottrina. V., per esempio, P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 77; D. SIRACUSANO, *Le prove*, cit., p. 379; M. MONTAGNA, *La ricerca della prova nelle investigazioni di polizia giudiziaria e nelle indagini preliminari (ispezione, perquisizione e sequestro)*, cit., p. 94.

<sup>28</sup> N. TRIGGIANI, *I mezzi di ricerca della prova*, cit., pp. 400 s. La Corte di cassazione ha chiarito che anche l'effettuazione di un esame radiografico può rientrare nelle modalità esecutive dell'ispezione, dato che la radiografia consente soltanto un'estensione del controllo attuabile che, attraverso l'uso della tecnica radiologica (o di altra tecnica), non è limitato al solo aspetto esterno dell'indagato ma è esteso anche all'ispezione all'interno del corpo umano. V., tra le altre, Cass. pen., Sez. IV, 2 dicembre 2005, n. 6284. Per ulteriori approfondimenti v., per tutti, P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., pp. 80 ss.

l'individuazione e la raccolta di elementi utili alla ricostruzione dei fatti per i quali si procede<sup>29</sup>.

La terza tipologia, infine, può avere per oggetto sia beni immobili, cioè entità specificamente individuate e diverse dai luoghi intesi nel senso di aree nelle quali siano esaminabili vari oggetti, sia beni mobili e oggetti materiali in genere<sup>30</sup>.

Dal momento che l'ispezione comporta una più o meno accentuata restrizione della libertà personale, costituzionalmente garantita, la disciplina dell'atto è stata particolarmente curata sotto il profilo delle garanzie.

L'art. 245 c.p.p. stabilisce, in relazione all'ispezione personale, che prima di procedere al compimento dell'atto l'interessato deve essere avvertito della facoltà di farsi assistere da persona di fiducia, purché questa sia prontamente reperibile e idonea a norma dell'art. 120 c.p.p.<sup>31</sup>.

L'ispezione – la quale, a seconda delle variabili esigenze connesse al suo espletamento, può essere eseguita anche per mezzo di un medico e, in questo caso, l'autorità giudiziaria può astenersi dall'assistere alle operazioni – deve, inoltre, essere effettuata nel rispetto della dignità e, nei limiti del possibile, del pudore di chi vi è sottoposto<sup>32</sup> per cui – come, d'altra parte, previsto in relazione alle perquisizioni – è fatta eseguire da persona dello stesso sesso di quella che vi è sottoposta, salvi i casi di impossibilità o di urgenza assoluta<sup>33</sup> ovvero le ipotesi in cui

---

<sup>29</sup> N. TRIGGIANI, *I mezzi di ricerca della prova*, cit., p. 407. Questa considerazione è svolta anche da P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 84, fermo restando che la perquisizione locale può, più in generale, essere effettuata su qualsiasi sito suscettibile di presentare tracce o effetti materiali del reato.

<sup>30</sup> Così, ancora una volta, N. TRIGGIANI, *I mezzi di ricerca della prova*, cit., p. 407; nonché P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 85. Secondo C. PEYRON, *Ispezione*, cit., p. 694, l'ispezione reale ha per oggetto cose mobili, eventualmente anche animali.

<sup>31</sup> La norma, come già detto, disciplina la figura dei c.d. testimoni ad atti del procedimento. Rileva C. BELLORA, *Ispezione giudiziale*, cit., p. 279, come il giudice non abbia, al di fuori dei limiti connessi all'osservanza dell'art. 120 c.p.p., alcuna possibilità di sindacare la scelta dell'assistente.

<sup>32</sup> Sulla portata di questa garanzia v. P. MOSCARINI, *Ispezione*, cit., p. 469; nonché P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., pp. 184 s.

<sup>33</sup> Fa notare P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 186, come, trattandosi di situazioni eccezionali, l'autorità procedente deve rendere conto, nel decreto dispositivo, dei motivi che hanno comportato l'inoperatività della disciplina generale.

le operazioni sono eseguite da persona esercente la professione sanitaria<sup>3435</sup>.

In relazione all'ispezione di luoghi o di cose, invece, l'art. 246 c.p.p. impone che all'imputato, e, in ogni caso, a chi abbia l'attuale disponibilità del luogo in cui è eseguita l'ispezione, sia consegnata, nell'atto di iniziare le operazioni e sempre che essi siano presenti<sup>36</sup>, copia del decreto che dispone tale accertamento<sup>37</sup>.

Nel procedere all'ispezione dei luoghi, l'autorità giudiziaria può, al fine di un efficace espletamento dell'ispezione, ordinare, enunciando nel verbale i motivi del provvedimento<sup>38</sup>, che taluno non si allontani prima che le operazioni siano concluse e può far ricondurre coattivamente sul posto il trasgressore.

Tratteggiata nei termini appena visti la disciplina dell'atto, va detto che il codice non contiene disposizioni afferenti alla valenza probatoria dell'ispezione, ma la dottrina prevalente ritiene che l'attività ispettiva che ne forma oggetto si risolva, al-

---

<sup>34</sup> Art. 79 disp. att. c.p.p.

<sup>35</sup> Siffatta deroga, rileva P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 187, è legata alla peculiare qualifica rivestita dal soggetto procedente, costituendo essa garanzia sufficiente di un'attività implicante le precauzioni atte a tutelare la dignità ed il pudore della persona sottoposta all'atto.

<sup>36</sup> Ritiene condivisibile la previsione del requisito della presenza sul luogo, C. BELLORA, *Ispezione giudiziale*, cit., p. 280, secondo il quale «una sospensione dell'atto fino al ritrovamento dell'interessato finirebbe per tradursi in un notevole intralcio per le indagini, finendo per snaturare la *ratio* dell'ispezione, vera e propria "fotografia" dei luoghi e, come tale, necessariamente "istantanea"». Di diverso avviso, invece, P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 188, la quale rileva come il requisito in discorso finisce con il subordinare l'operatività della garanzia ad un fattore meramente casuale.

<sup>37</sup> Analoga previsione non è compendiata in relazione all'ispezione personale. Evidenzia la lacuna, sottolineandone la gravità, P. MOSCARINI, *Ispezione*, cit., p. 469, il quale rileva come venga pregiudicata la possibilità dell'interessato di conoscere i motivi dell'ispezione. Esprimono severe critiche alla mancata previsione dello specifico obbligo di consegna del decreto dispositivo dell'ispezione, altresì, C. BELLORA, *Ispezione giudiziale*, cit., p. 279; P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 181, la quale sottolinea lo scopo dell'adempimento in questione, «volto a consentire al soggetto interessato un'immediata valutazione della legittimità dell'ispezione alla luce della motivazione scritta nel provvedimento». In ogni caso, l'omissione della consegna, ritiene N. TRIGGIANI, *I mezzi di ricerca della prova*, cit., p. 410, comporta una mera irregolarità dell'atto.

<sup>38</sup> Evidenzia la necessità di un'adeguata motivazione, realizzando l'esercizio di siffatto potere una sia pure temporalmente limitata restrizione della libertà personale, P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 191.

meno generalmente, in un atto irripetibile in quanto compiuto a sorpresa su dati suscettibili di subire modificazioni o, addirittura, di scomparire in tempi brevi.

In virtù di siffatta caratteristica si ritiene che il relativo verbale – la cui redazione è prescritta dall'art. 373 c.p.p., in relazione all'atto del pubblico ministero, e dall'art. 357 c.p.p. per quel che concerne l'attività d'iniziativa della polizia giudiziaria – sia destinato a confluire nel fascicolo del dibattimento ai sensi dell'art. 431, co. 1 lett. b) e c) c.p.p.<sup>39</sup>.

Ed infatti, proprio in vista dell'estesa potenzialità utilizzativa che di norma si riconduce all'atto in questione, l'art. 364 c.p.p. attribuisce al difensore il diritto di assistere all'ispezione disposta dal pubblico ministero<sup>40</sup>, sia essa personale, locale o reale<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> V., in relazione a questo profilo e nei termini riportati, A. POGGI, C.D. CAVALERA, *Gli accertamenti tecnici della polizia giudiziaria nell'indagine preliminare*, cit., p. 323; N. TRIGGIANI, *I mezzi di ricerca della prova*, cit., p. 400; P. MOSCARINI, *Ispezione*, cit., p. 473; S. MAROTTA, *Prova (Mezzi di e mezzi di ricerca della)*, cit., p. 350; R. D'ISA, *Osservazioni sulla disciplina del fascicolo per il dibattimento*, cit., p. 1102; G. ICHINO, *Gli atti irripetibili e la loro utilizzabilità di battimentale*, cit., p. 137; C. BELLORA, *Ispezione giudiziale*, cit., p. 282, il quale, peraltro, ritiene senz'altro irripetibile l'ispezione compiuta dalla polizia giudiziaria e quella compiuta dal pubblico ministero ex art. 364, co. 5 c.p.p. Secondo A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, cit., pp. 258 s., invece, l'ispezione «è atto irripetibile per definizione», con la conseguenza che il relativo verbale deve essere sempre inserito nel fascicolo per il dibattimento. In giurisprudenza, v. Cass. pen., Sez. V, 28 novembre 1997, n. 1582, per la quale il sopralluogo, specie se eseguito a distanza di tempo dai fatti, differisce radicalmente dall'esperimento giudiziario. Mentre, infatti, il secondo costituisce un mezzo di prova, il sopralluogo tardivo altro non è che una modalità di interpretazione dei dati processuali, uno strumento sussidiario per la formazione del convincimento del giudice. Se in qualche caso può essere assimilato ad una ispezione in senso proprio (alla cui categoria deve essere riferito), ugualmente non può formare oggetto di richiesta ai sensi dell'art. 495 c.p.p. e perciò il suo rifiuto non può mai rientrare nell'ipotesi prevista dall'art. 606, co. 1 lett. d) c.p.p., mentre, quando sia stato effettuato in fase di indagine preliminare, costituisce atto irripetibile e come tale confluisce direttamente nel fascicolo del dibattimento.

<sup>40</sup> La persona sottoposta alle indagini priva del difensore – prescrive l'art. 364, co. 2 e 3 c.p.p. – deve essere avvisata del fatto che è assistita da un difensore di ufficio e della facoltà di nominarne uno di fiducia. A quest'ultimo è dato avviso, almeno ventiquattro ore prima, del compimento dell'atto.

<sup>41</sup> In relazione alle ispezioni effettuate dalla polizia giudiziaria opera, ovviamente, il meccanismo partecipativo previsto dagli artt. 356 e 114 disp. att. c.p.p. L'art. 233, co. 1-*bis* c.p.p., introdotto dalla l. 7 dicembre 2000, n. 397, consente altresì al consulente tecnico delle parti private di intervenire alle ispezioni, siano esse personali o locali, previa autorizzazione del giudice –

Contro questa impostazione, la quale colloca l'ispezione nel novero degli atti irripetibili in ragione delle sue caratteristiche intrinseche, si è rilevato che la qualificazione dell'ispezione come atto irripetibile dipenda dai connotati concreti del suo oggetto, potendosi ritenere tale soltanto nei casi in cui esso sia suscettibile di modificazioni<sup>42</sup>.

Pertanto, l'impossibilità di rinnovare l'ispezione è evenienza che va verificata in concreto, caso per caso, e si deve rapportare alla realtà fisica sottoposta ad accertamento, la quale può essere costituita da dati suscettibili, per loro natura, di venire meno<sup>43</sup>.

### 3. PERQUISIZIONI.

La perquisizione può essere definita come un'attività di ricerca su persone o luoghi finalizzata ad assicurare al processo

---

ovvero, nel corso delle indagini preliminari, del pubblico ministero – rilasciata con decreto su richiesta del difensore. Qualora il consulente non sia intervenuto al compimento dell'atto, la norma medesima prevede che, munito della necessaria autorizzazione, questi possa esaminare l'oggetto dell'ispezione effettuata in sua assenza. Sull'innovazione normativa v., per tutti, C. LIANI GIARDA, *Art. 233 sub b) c.p.p.*, in *Codice di procedura penale* (a cura di A. Giarda, G. Spangher), Milano, 2010, pp. 2332 ss.

<sup>42</sup> P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 428, la quale ritiene un dato normativo di conferma nell'art. 364, co. 5 c.p.p. V., anche, M. MONTAGNA, *La ricerca della prova nelle investigazioni di polizia giudiziaria e nelle indagini preliminari (ispezione, perquisizione e sequestro)*, cit., p. 97.

<sup>43</sup> P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 428. V., negli stessi termini, S. 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, p. 2195; G. FRIGO, *Commento all'art. 431 c.p.p.*, cit., p. 724; C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., p. 95, secondo la quale «l'ispezione si può ritenere un'atto che, normalmente ripetibile, può essere, di fatto, irripetibile in conseguenza di caratteristiche dell'oggetto osservato e della situazione in cui esso si trova, che vanno di volta in volta verificate». In giurisprudenza v., in senso conforme, *Cass. pen.*, Sez. I, 28 dicembre 1993, Mazzotta, secondo cui il verbale di sopralluogo, nel quale si descrive una situazione soggetta a modifiche – quale è quella di una sede stradale occlusa considerata nella specie dai verbalizzanti – è un tipico atto irripetibile da inserire immediatamente nel fascicolo per il dibattimento, a norma dell'art. 431 lett. b) c.p.p. Il concetto di irripetibilità si riferisce, infatti, all'impossibilità di attuare in sede dibattimentale quello stesso atto che la polizia giudiziaria ha a suo tempo compiuto

una cosa ovvero a consentire l'esecuzione di un provvedimento coercitivo personale<sup>44</sup>.

Emergono, dalla nozione di perquisizione generalmente accolta, i tre elementi che valgono a caratterizzare l'attività perquisitoria, ponendosi l'accento, innanzitutto, sulla ricerca quale momento saliente dell'atto<sup>45</sup>.

Si evidenziano, poi, la duplice finalità del mezzo di ricerca della prova e, infine, l'impronta coercitiva della ricerca materiale<sup>46</sup>.

Il codice processuale distingue, ancora una volta in relazione all'oggetto dell'attività di ricerca, la perquisizione personale e la perquisizione locale.

Infatti, ai sensi dell'art. 247 c.p.p., quando vi è fondato motivo di ritenere che taluno occulti sulla persona il corpo del reato ovvero altre cose pertinenti al reato, è disposta perquisizione personale<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> N. TRIGGIANI, *I mezzi di ricerca della prova*, cit., p. 414. Così, anche, U. PIOLETTI, *Perquisizione*, in *NN.D.I.*, XII, p. 1001. Questa definizione, inoltre, è richiamata da P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 70. Secondo P. BALDUCCI, *Perquisizione (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Agg. IV, p. 979, la finalità dell'istituto è quella di individuare e di assicurare al processo elementi aventi valore probatorio o di procedere all'arresto dell'imputato o dell'evaso. Alla luce di questa complessa connotazione finalistica, G. BELLANTONI, *Perquisizioni*, in *AA.VV.*, *Codice di procedura penale commentato* (a cura di A. Giarda, G. Spangher), Milano, 2010, p. 2442, ritiene «piuttosto riduttiva» l'inserzione dell'istituto in esame tra i mezzi di ricerca della prova.

<sup>45</sup> Osserva C. TAORMINA, *Il regime della prova nel processo penale*, cit., p. 80, come attraverso le perquisizioni si realizzi «il massimo di compressione della sfera giuridica altrui, subito dopo la limitazione della libertà personale, giacché la persona o i luoghi violabili nell'ambito, rispettivamente, delle disposizioni di cui agli artt. 13 e 14 Cost., non vengono in rilievo in quanto tali ed in quanto essi stessi fonte di prova, come accade nelle ispezioni, ma in quanto strumenti ostativi alla raccolta della fonte, donde l'attuazione di un intervento limitativo dell'ostacolo in ordine al quale l'attività ispettiva costituisce un momento meramente strumentale».

<sup>46</sup> Su ciascuno di questi elementi v., soprattutto, P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., pp. 71 ss.

<sup>47</sup> Secondo la dottrina prevalente, la perquisizione personale non riguarda soltanto il corpo umano, ma anche gli oggetti fisicamente distinti che rientrano nella sfera di custodia, influenza e disponibilità dell'individuo, come gli indumenti che la persona indossa o le borse che porta con sé. V., in questo senso, N. TRIGGIANI, *I mezzi di ricerca della prova*, cit., p. 423; M. BARGIS, *Perquisizione*, in *Dig. disc. pen.*, IX, p. 490; P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 82.

Quando, invece, oggetti dotati di siffatta qualificazione possono trovarsi in un determinato luogo, ovvero v'è ragione di ritenere che in esso possa eseguirsi l'arresto dell'imputato o della persona evasa, è disposta perquisizione locale.

Quest'ultima distinzione del profilo finalistico della perquisizione locale consente di intuire come mentre la perquisizione personale si presta ad adempiere in via esclusiva ad una funzione probatoria, l'altra può tendere a realizzare tanto una funzione probatoria quanto una funzione coercitiva<sup>48</sup>.

Costituisce una *species* di perquisizione locale quella c.d. domiciliare<sup>49</sup>, la quale si caratterizza sia sotto il profilo dell'oggetto, per il fatto di concernere un'abitazione o i luoghi chiusi adiacenti a essa, sia per quanto riguarda la disciplina, in virtù della previsione di specifici limiti temporali posti a tutela della quiete domestica e della riservatezza, non potendo essere iniziata prima delle ore sette e dopo le ore venti<sup>50</sup>.

Il potere di disporre la perquisizione – al pari di quanto visto in relazione all'ispezione, anche in questo caso il provvedimento deve avere forma di decreto motivato<sup>51</sup> – è attribuito all'autorità giudiziaria<sup>52</sup>, la quale può procedervi personalmen-

---

<sup>48</sup> M. BARGIS, *Perquisizione*, cit., p. 491; P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 87.

<sup>49</sup> Osserva P. BALDUCCI, *Perquisizione*, cit., p. 983, come l'introduzione del concetto di perquisizione locale, accanto a quello di perquisizione domiciliare, rappresenti una significativa novità del codice processuale vigente. L'autonoma fisionomia di siffatta tipologia di perquisizione è messa in evidenza, fra i tanti, da G. BELLANTONI, *Perquisizioni*, cit., p. 2446.

<sup>50</sup> Tuttavia, soggiunge l'art. 251, co. 2 c.p.p., nei casi urgenti l'autorità giudiziaria può disporre per iscritto che la perquisizione sia eseguita fuori dei suddetti limiti temporali. Sulle problematiche connesse alla definizione del concetto di domicilio v., ancora una volta, P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., pp. 87 ss.

<sup>51</sup> Sottolinea la portata garantista dell'obbligo di motivazione, il quale deve concernere tutti i requisiti di ammissione del mezzo di ricerca della prova, N. TRIGGIANI, *I mezzi di ricerca della prova*, cit., p. 417. Per una sintesi delle posizioni dottrinali e degli orientamenti giurisprudenziali relativi al contenuto motivazionale del decreto che dispone l'ispezione v., tra gli altri, P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., pp. 151 ss. Nonché G. BELLANTONI, *Perquisizioni*, cit., p. 2448, il quale evidenzia come la giurisprudenza <<ha elaborato, delineato e puntualizzato i parametri entro i quali deve essere concepita e sviluppata detta motivazione>>.

<sup>52</sup> Dunque, come evidenzia N. TRIGGIANI, *I mezzi di ricerca della prova*, cit., p. 416, sia al pubblico ministero che al giudice. Quale atto tipico della fase investigativa, rileva P. BALDUCCI, *Perquisizione*, cit., p. 981, esso è il più delle volte disposto dal pubblico ministero. Infatti, fa notare M. BARGIS, *Perquisizione*, cit., p. 489, esso rinviene il maggior ambito di operatività nel corso

te<sup>53</sup> ovvero disporre che l'atto sia compiuto da ufficiali di polizia giudiziaria delegati con lo stesso decreto.

Come è noto, tuttavia, l'art. 352 c.p.p. configura un autonomo caso di attivazione del mezzo ad iniziativa della polizia giudiziaria, subordinandone l'operatività alla ricorrenza di specifici presupposti di fatto connotativi di una situazione di urgenza.

La norma, infatti, dispone che, nella flagranza del reato o in caso di evasione, gli ufficiali di polizia giudiziaria possono procedere a perquisizione personale o locale qualora abbiano fondato motivo di ritenere che una determinata persona occulti cose o tracce pertinenti al reato che possono essere cancellate o disperse, ovvero che esse si trovino in un determinato luogo o, infine, che ivi possa trovarsi la persona sottoposta alle indagini o l'evaso<sup>54</sup>.

Ricorrendo i medesimi presupposti e sussistendo particolari motivi di urgenza che non consentono l'emissione di un tempestivo decreto di perquisizione, gli ufficiali di polizia giudiziaria possono, altresì, effettuare una perquisizione personale o locale allorché occorre procedere all'esecuzione di un'ordinanza che dispone la custodia cautelare o di un ordine che dispone la carcerazione nei confronti di persona imputata o condannata per uno dei delitti previsti dall'art. 380 c.p.p., ovvero, al fermo di una persona indiziata di delitto<sup>55</sup>.

La perquisizione effettuata dalla polizia giudiziaria di propria iniziativa, siccome legata ad una situazione emergenziale, è caratterizzata dal requisito della "provvisorietà", essendo la sta-

---

delle indagini preliminari. Negli stessi termini v., altresì, G. BELLANTONI, *Perquisizioni*, p. 2447.

<sup>53</sup> L'avverbio «personalmente» – fa rilevare N. TRIGGIANI, *I mezzi di ricerca della prova*, cit., p. 418 – non implica che il magistrato sia «manualmente attivo», potendo comunque farsi assistere nel compimento delle operazioni dalla forza pubblica. L'art. 365 c.p.p. assicura al difensore il diritto di partecipare al compimento dell'atto, senza però prevedere un diritto al relativo preavviso.

<sup>54</sup> V., in relazione a siffatto istituto, P. P. PAULESU, *Attività a iniziativa della polizia giudiziaria*, cit., pp. 4251 ss. Sulla portata da attribuire al requisito costituito dal "fondato motivo", fra i tanti, v. P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 279 ss.

<sup>55</sup> In tutti questi casi la perquisizione domiciliare può essere eseguita anche fuori dei limiti temporali stabiliti dall'art. 251 c.p.p., quando il ritardo potrebbe pregiudicarne l'esito. V., sempre, P. P. PAULESU, *Attività a iniziativa della polizia giudiziaria*, cit., pp. 4251 ss.



bilizzazione degli effetti di essa subordinata al favorevole esplicarsi di un'attività di ratifica da parte dell'autorità giudiziaria.

Infatti, allorché procede ad una perquisizione di propria iniziativa<sup>56</sup>, la polizia giudiziaria deve trasmettere senza ritardo, e comunque non oltre le quarantotto ore, al pubblico ministero del luogo dove la perquisizione è stata eseguita il verbale delle operazioni compiute<sup>57</sup>.

Il pubblico ministero effettua un controllo sulla corretta esecuzione dell'atto<sup>58</sup> e, se ne ricorrono i presupposti, nelle quarantotto ore successive alla trasmissione del verbale da parte della polizia giudiziaria convalida la perquisizione mediante un provvedimento avente forma di decreto<sup>59</sup>.

Il carattere particolarmente intrusivo della perquisizione ha imposto la predisposizione di talune garanzie attinenti alla fase strettamente esecutiva, garanzie che ripercorrono, per grandi linee, gli schemi già esaminati in relazione all'ispezione.

L'art. 249 c.p.p., invero, dispone che prima di procedere alla perquisizione personale deve essere consegnata una copia del decreto all'interessato, con l'avviso della facoltà di farsi assistere da persona di fiducia, purché questa sia prontamente reperibile e idonea a norma dell'art. 120 c.p.p.<sup>60</sup>.

---

<sup>56</sup> La facoltà del difensore di assistere al compimento dell'atto, come già visto senza preavviso, è prevista dall'art. 356 c.p.p. L'art. 114 disp. att. c.p.p., a sua volta, prevede che, nel procedere al compimento degli atti indicati nell'art. 356 c.p.p., la polizia giudiziaria deve avvertire la persona sottoposta alle indagini, se presente, che ha la facoltà di farsi assistere dal difensore di fiducia.

<sup>57</sup> Fa notare P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 300, come il pubblico ministero legittimato a compiere l'atto può essere anche diverso da quello titolare delle indagini.

<sup>58</sup> P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., pp. 302 s., chiarisce i termini del controllo effettuato dal pubblico ministero, il quale «deve constatare la ricorrenza dei presupposti dell'attività di ricerca probatoria e l'adempimento, da parte degli organi operanti, delle prescrizioni relative alle modalità di compimento delle operazioni [...]. Il controllo del pubblico ministero si esplica anche sulla fondatezza di quei motivi di urgenza, che hanno determinato l'iniziativa della polizia giudiziaria, i quali si devono basare su risultanze concrete e concordanti».

<sup>59</sup> Nonostante il silenzio della legge, la dottrina ritiene che il provvedimento di convalida debba, in ossequio al disposto degli artt. 13 e 14 Cost., essere motivato. V., in questi termini, P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 302.

<sup>60</sup> V., sul punto, G. BELLANTONI, *Perquisizioni*, cit., p. 2460.

Anche la perquisizione, come l'ispezione, deve essere eseguita nel rispetto della dignità e, nei limiti del possibile, del pudore di chi vi è sottoposto<sup>61</sup>.

Per quel che concerne le perquisizioni locali, l'art. 250 c.p.p. ribadisce che, nell'atto di iniziare le operazioni, copia del decreto di perquisizione locale deve essere consegnata all'imputato, se presente, e a chi abbia l'attuale disponibilità del luogo, con l'avviso della facoltà di farsi rappresentare o assistere da persona di fiducia, purché questa sia prontamente reperibile e idonea a norma dell'art. 120 c.p.p.

Se mancano le persone sopra indicate, la norma impone in via sussidiaria che la copia del provvedimento sia consegnata e l'avviso sia rivolto a un congiunto, un coabitante o un collaboratore ovvero, in mancanza, al portiere o a chi ne fa le veci<sup>62</sup>.

L'art. 250, ult. co. c.p.p. compendia un'ipotesi di perquisizione "mista", prevedendo che l'autorità giudiziaria<sup>63</sup>, allorché procede ad una perquisizione locale e disponendo di elementi tali da fare ritenere che possano occultare il corpo del reato o cose pertinenti al reato, può disporre, con decreto moti-

---

<sup>61</sup> V., anche in relazione a siffatto profilo della disciplina normativa, G. BELLANTONI, *Perquisizioni*, cit., p. 2460

<sup>62</sup> Ulteriori adempimenti sono previsti dall'art. 80 disp. att. c.p.p. La norma dispone, innanzitutto, che se la copia del decreto di perquisizione locale è consegnata al portiere o ad un sostituto, per esigenze di tutela della riservatezza deve applicarsi la disposizione di cui all'art. 148, co. 3 c.p.p., ai sensi della quale, quando la notifica non può essere eseguita in mani proprie del destinatario, l'ufficiale giudiziario o la polizia giudiziaria consegnano la copia dell'atto da notificare, fatta eccezione per il caso di notificazione al difensore o al domiciliatario, dopo averla inserita in una busta che provvedono a sigillare trascrivendovi il numero cronologico della notificazione e dandone atto nella relazione in calce all'originale ed alla copia dell'atto. Se non si può provvedere a norma dell'art. 250, co. 2 c.p.p. – soggiunge l'art. 80, co. 2 disp. att. c.p.p. – la copia del decreto di perquisizione è depositata presso la cancelleria o la segreteria dell'autorità giudiziaria che procede, e di tale deposito è affisso un avviso alla porta del luogo dove è stata eseguita la perquisizione.

<sup>63</sup> Alla quale è accordata la titolarità esclusiva di siffatta tipologia di perquisizione, in ragione del fatto che non può essere disposta senza una piena cognizione dei presupposti ad essa sottostanti. Così P. BALDUCCI, *Perquisizione*, cit., p. 984. Pertanto, osserva M. BARGIS, *Perquisizione*, cit., p. 495, se il compimento della perquisizione locale è delegato ad ufficiali di polizia giudiziaria, essi non potranno procedere a quella personale se non in base ad un decreto motivato emesso dall'autorità giudiziaria. Negli stessi termini v., tra gli altri, P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 192.

vato<sup>64</sup>, che siano altresì perquisite le persone presenti o sopraggiunte sul posto<sup>65</sup>.

L'autorità giudiziaria, nel corso di una perquisizione locale, può inoltre ordinare, enunciando nel verbale i motivi del provvedimento, che taluna delle persone presenti non si allontani prima che le operazioni siano concluse, con facoltà di trattenere o ricondurre coattivamente sul posto il trasgressore.

Anche relativamente alla perquisizione non ha posto particolari problemi il profilo concernente il regime di utilizzabilità, considerata la convergenza che si realizza tra dati di struttura, profili finalistici e accorgimenti garantistici.

Infatti, le operazioni di perquisizione sono documentate mediante la redazione di un verbale<sup>66</sup> il quale, concernendo un atto generalmente ritenuto a sorpresa<sup>67</sup> e, per tale motivo intrinsecamente irripetibile, è, secondo l'unanime dottrina, destinato a confluire nel fascicolo per il dibattimento ai sensi dell'art. 431 c.p.p., acquisendo una piena potenzialità utilizzativa<sup>68</sup>.

<sup>64</sup> Si tratta di un decreto ulteriore che, precisa P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 192, deve essere consegnato all'interessato prima dell'inizio delle operazioni.

<sup>65</sup> Esse costituiscono gli esclusivi soggetti passivi di siffatta forma di perquisizione.

<sup>66</sup> Artt. 373 e 357 c.p.p.

<sup>67</sup> Sulla natura di atto a sorpresa della perquisizione v., fra i tanti, P. BALDUCCI, *Perquisizione*, cit., p. 981; nonché A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, cit., p. 261.

<sup>68</sup> A. POGGI, C.D. CAVALERA, *Gli accertamenti tecnici della polizia giudiziaria nell'indagine preliminare*, cit., p. 323; N. TRIGGIANI, *I mezzi di ricerca della prova*, cit., p. 420; M. BARGIS, *Perquisizione*, cit., p. 496; G. ICHINO, *Gli atti irripetibili e la loro utilizzabilità di battimentale*, cit., p. 137; S. MAROTTA, *Prova (Mezzi di e mezzi di ricerca della)*, cit., p. 350; P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 421, secondo la quale la perquisizione «è un esempio di atto il cui compimento implica, quale effetto fisiologico, l'impossibilità di espletarlo nuovamente [...] Il mezzo di ricerca della prova in discorso è atto che consuma se stesso, in quanto serve ad apprendere direttamente e a documentare una situazione storica in subitanea e sostanziale modificazione». V., in questi termini, inoltre, C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., p. 87: «La perquisizione [...] è affine agli "accertamenti distruttivi" di cui all'art. 117 c.p.p.: essa brucia il proprio oggetto e con esso si brucia, cosicché un suo secondo svolgersi sulla medesima res non è identificabile come reiterazione di un precedente atto, ma va considerato come atto a sé, incidendo su un ambiente, una cosa o una persona già diversi rispetto a quelli che sono stati teatro e oggetto delle precedenti operazioni, e che saranno di nuovo *altri* al termine di quelle che ci si accinge a compiere». *Contra*, in relazione alla perquisizione con esito negativo in un locale sottoposto a sequestro, F. M. IACOVIELLO, *Contro l'attuale teoria degli atti irripetibili*, cit., p. 3004.

D'altra parte, così come per l'ispezione, anche in relazione all'attività in discorso il legislatore ha previsto la facoltà del difensore della persona sottoposta alle indagini di assistere al compimento dell'atto<sup>69</sup>.

#### 4. SEQUESTRO PROBATORIO.

Il sequestro c.d. penale è un mezzo di ricerca della prova<sup>70</sup> che determina l'imposizione di un vincolo alla libera disponibilità di cose costituenti corpo del reato ovvero di cose pertinenti al reato, al fine di acquisirle al processo in condizioni tali da conservarne immutate le caratteristiche<sup>71</sup>.

Esso si affianca, nella sistematica codicistica, al sequestro conservativo ed al sequestro preventivo<sup>72</sup>, con i quali condivide il risultato – il vincolo di indisponibilità materiale e giuridica su una determinata cosa<sup>73</sup> – ma dai quali si distingue per la diversa finalità che esso intende soddisfare, ossia preservare da atti di disposizione potenzialmente dispersivi elementi rilevanti ai fini dell'accertamento dei fatti oggetto del processo<sup>74</sup>.

---

<sup>69</sup> Per quel che concerne l'atto posto in essere dalla polizia giudiziaria, abbiamo già visto come siffatta facoltà sia prevista dall'art. 356 c.p.p., da coordinare con la previsione di cui all'art. 114 disp. att. c.p.p. Rispetto alla perquisizione disposta dal pubblico ministero, invece, la facoltà medesima è prevista dall'art. 365, co. 2 c.p.p. A tal fine, la norma dispone, al co. 1, che il pubblico ministero debba chiedere alla persona sottoposta alle indagini, qualora sia presente, se è assistita da un difensore di fiducia e, se ne è priva, deve procedere alla designazione di un difensore di ufficio, a norma dell'art. 97, co. 3 c.p.p.

<sup>70</sup> Non condivide siffatta collocazione C. TAORMINA, *Il regime della prova nel processo penale*, cit., p. 191, alla luce della considerazione che i mezzi di ricerca sono dotati di un carattere strumentale rispetto al momento formativo del dato probante, coincidente con l'acquisizione.

<sup>71</sup> N. TRIGGIANI, *I mezzi di ricerca della prova*, cit., p. 437. Delinea in questi termini la funzione e lo scopo del sequestro penale G. SABATINI, *Sequestro per il procedimento penale*, in *NN.D.I.*, XVII, p. 78.

<sup>72</sup> I tratti distintivi tra le diverse tipologie di sequestro disciplinate dal codice di procedura penale sono ben delineati da M. MONTAGNA, *Sequestri*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. III, pp. 1543 ss. Sulle ulteriori ipotesi di sequestro disciplinate dal codice v., inoltre, U. DE CRESCIENZIO, *Il sequestro penale e civile*, Torino, 1997, pp. 97 ss.; M. GARAVELLI, *Il sequestro nel processo penale*, Torino, 2002, pp. 83 ss.

<sup>73</sup> A. MELCHIONDA, *Sequestro per il procedimento penale*, in *Enc. dir.*, XLII, p. 150.

<sup>74</sup> «Nel sequestro probatorio» - osserva P. TONINI, *La prova penale*, cit., p. 252 - «il vincolo di indisponibilità serve per conservare immutate le carat-

L'art. 253, co. 1 c.p.p. delinea di già l'intrinseca valenza probatoria dell'atto laddove ne individua l'oggetto distinguendo il corpo del reato dalle cose ad esso pertinenti.

Sono corpo del reato, precisa il comma successivo, le cose sulle quali o mediante le quali il reato è stato commesso nonché le cose che ne costituiscono il prodotto, il profitto o il prezzo<sup>75</sup>.

Per quanto riguarda, invece, le cose pertinenti al reato, il legislatore non ha offerto alcuna definizione, preferendo affidarsi all'attività interpretativa della giurisprudenza.

La Corte di cassazione ha, così, precisato che mentre la nozione di corpo del reato postula l'esistenza di un rapporto di immediatezza tra la cosa e l'illecito penale – con conseguente efficacia probatoria diretta in ordine all'avvenuta commissione del reato, indiziaria in ordine al suo autore – la locuzione cose pertinenti al reato esprime un concetto di più ampia portata, che include, oltre al *corpus delicti* e ai *producta sceleris*, le cose che servono, anche indirettamente, ad accertare la consumazione dell'illecito, ad individuare il suo autore ed a verificare l'eventuale ricorrenza di circostanze, con riferimento ad ogni possibile legame, individuabile caso per caso, tra le cose stesse e l'accertamento dell'illecito che sia ritenuto rilevante ai fini del processo<sup>76</sup>.

Ovviamente, le finalità perseguite mediante il mezzo di ricerca di cui ci occupiamo fa sì che esso possa guardare anche cose che rientrano nella sfera di disponibilità di persone del tut-

---

teristiche della cosa, al fine dell'accertamento dei fatti». V., inoltre, P. P. RIVELLO, *Sequestri*, in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato* (a cura di A. Giarda, G. Spangher), Milano, 2010, pp. 2470 s.

<sup>75</sup> Per ogni ulteriore puntualizzazione in merito alla definizione normativa di "corpo del reato" v. S. MONTONE, *Reato (corpo del)*, in *Dig. disc. pen.*, XI, pp. 155 ss.; N. TRIGGIANI, *I mezzi di ricerca della prova*, cit., p. 440; U. DE CRESCIENZO, *Il sequestro penale e civile*, cit., pp. 10 s.; P. P. RIVELLO, *Sequestri*, cit., pp. 2471 ss. V., inoltre, C. TAORMINA, *Il regime della prova nel processo penale*, cit., p. 88, il quale sottolinea il carattere "giuridico" della definizione di cui deve servirsi l'interprete, dal momento che, nella realtà, mentre è certamente corpo del reato la cosa sulla quale il reato è stato commesso, tali non sono gli altri dati fattuali identificati dal legislatore.

<sup>76</sup> Cass. pen., Sez. VI, 11 gennaio 1991, Carollo. In senso conforme v., più tardi, Cass. pen., Sez. VI, 7 aprile 1997, n. 1506. Individua nel concetto di "necessità della cosa per l'accertamento dei fatti" il cuore del rapporto pertinenziale, C. TAORMINA, *Il regime della prova nel processo penale*, cit., p. 88. V., inoltre, P. P. RIVELLO, *Sequestri*, cit., pp. 2473 ss.; M. MONTAGNA, *La ricerca della prova nelle investigazioni di polizia giudiziaria e nelle indagini preliminari (ispezione, perquisizione e sequestro)*, cit., p. 104.

to estranee al procedimento<sup>77</sup>, ancorché si tratti di enti pubblici<sup>78</sup>.

Titolare del potere di disporre il sequestro probatorio è l'autorità giudiziaria<sup>79</sup>, la quale, provvedendovi con decreto motivato<sup>80</sup>, deve altresì procedervi personalmente ovvero a mezzo di un ufficiale di polizia giudiziaria delegato con lo stesso decreto, copia del quale deve essere consegnata, qualora sia presente, all'interessato.

Nel corso delle indagini preliminari gli ufficiali di polizia giudiziaria possono procedere al sequestro anche di propria iniziativa, in occasione di perquisizioni *ex art.* 352 c.p.p. ovvero ai sensi dell'art. 354, co. 2 c.p.p.

In questi casi l'art. 355 c.p.p. dispone che la polizia giudiziaria deve enunciare nel relativo verbale il motivo del provvedimento, consegnando copia dell'atto alla persona alla quale le cose sono state sequestrate.

L'iniziativa della polizia giudiziaria deve essere sottoposta, ovviamente in ragione del fatto che la correlata attività determina una forma di restrizione della libertà personale, ad una verifica, sotto il profilo della legittimità, da parte dell'autorità giudiziaria, talché il codice impone che il verbale sia trasmesso senza ritardo, e comunque non oltre le quarantotto ore, al pub-

---

<sup>77</sup> Cass. pen., Sez. V, 21 ottobre 1992, Natalizi.

<sup>78</sup> Fa notare N. TRIGGIANI, *I mezzi di ricerca della prova*, cit., p. 441, come non sarebbe logicamente inconcepibile il sequestro di una cosa già sequestrata da una diversa autorità giudiziaria.

<sup>79</sup> L'espressione è idonea a comprendere sia il giudice che il pubblico ministero. Così, fra i tanti, M. MONTAGNA, *Sequestri*, cit., p. 1559; U. DE CRESCIENZIO, *Il sequestro penale e civile*, cit., p. 14. Anzi, sottolinea M. GARAVELLI, *Il sequestro nel processo penale*, cit., p. 10, sarà di regola il pubblico ministero, quale *dominus* delle indagini preliminari, a disporre la misura.

<sup>80</sup> Art. 253, co. 1 c.p.p. Sull'obbligo di motivare in punto di necessità ai fini dell'accertamento dei fatti anche in caso di sequestro del corpo del reato v., soprattutto, Cass. pen., Sez. un., 28 gennaio 2004, n. 5876, la quale ha precisato che nel caso di totale mancanza di motivazione sia del decreto di sequestro probatorio di cose qualificate come "corpo di reato" che dell'ordinanza confermativa del riesame, in ordine alla necessaria sussistenza della concreta finalità probatoria perseguita in funzione dell'accertamento dei fatti, la Corte deve pronunciare sentenza di annullamento senza rinvio sia dell'ordinanza di riesame che del decreto di sequestro. Per un quadro dell'evoluzione della giurisprudenza sul tema v. N. TRIGGIANI, *I mezzi di ricerca della prova*, cit., pp. 442 ss. V., anche in relazione al dovere motivazionale dell'autorità procedente, M. MONTAGNA, *Sequestri*, cit., pp. 1560 ss.; M. GARAVELLI, *Il sequestro nel processo penale*, cit., pp. 26 ss.

blico ministero del luogo dove il sequestro è stato eseguito ai fini della convalida<sup>81</sup>.

Il pubblico ministero, nelle quarantotto ore successive, con decreto motivato deve convalidare il sequestro qualora ne ricorrano i presupposti<sup>82</sup> ovvero, nel caso in cui la verifica abbia esito negativo, dispone la restituzione delle cose sequestrate<sup>83</sup>.

La Corte di cassazione ha, peraltro, chiarito che l'attività della polizia giudiziaria necessita di convalida, ai sensi dell'art. 355 c.p.p., anche nel caso in cui essa sia preceduta da un decreto del pubblico ministero, qualora quest'ultimo non indichi l'oggetto specifico della misura, ma contenga un generico richiamo a quanto rinvenuto nel corso di una perquisizione, poiché una siffatta indeterminatezza rimette alla discrezionalità degli operanti l'individuazione del presupposto fondamentale del sequestro, cioè la qualifica dei beni come corpo o pertinenza del reato, la quale richiede un controllo dell'autorità giudiziaria<sup>84</sup>.

Pur potendo accadere, infatti, che il sequestro non sia preceduto da una perquisizione<sup>85</sup>, «appartiene tuttavia all'ordine naturale delle sequenze di ricerca probatoria che “le cose rinve-

---

<sup>81</sup> Evidenzia U. DE CRESCIENZO, *Il sequestro penale e civile*, cit., p. 20, come la convalida costituisca un meccanismo di garanzia che chiude, mediante un controllo giurisdizionale, la fase iniziata dalla polizia giudiziaria. V., altresì, P. P. PAULESU, *Attività a iniziativa della polizia giudiziaria*, cit., pp. 4271 ss.

<sup>82</sup> «Sotto il profilo giuridico» - rileva U. DE CRESCIENZO, *Il sequestro penale e civile*, cit., p. 21 - «si è in presenza di un provvedimento complesso che contiene, per una parte, una valutazione sul comportamento e sulle scelte operate dalla polizia giudiziaria, per altra parte costituisce anche un provvedimento che dispiega i suoi effetti nel futuro conferendo al sequestro operato dalla polizia giudiziaria un carattere di definitività dello spossessamento operato nei confronti del titolare del bene, ovviamente in funzione delle già descritte ed esaminate funzioni probatorie ex art. 187 c.p.p.».

<sup>83</sup> In ogni caso, v. Cass. pen., Sez. un., 6 novembre 1992, Lucchetta, la quale ha precisato che la mancata convalida non preclude l'adozione di un autonomo provvedimento di sequestro da parte del pubblico ministero. In dottrina v., fra gli altri, M. GARAVELLI, *Il sequestro nel processo penale*, cit., p. 39.

<sup>84</sup> Cass. pen., Sez. V, 15 dicembre 2005, n. 4263. Negli stessi termini v., inoltre, Cass. pen., Sez. II, 29 aprile 2003, n. 26679.

<sup>85</sup> C. TAORMINA, *Il regime della prova nel processo penale*, cit., p. 85, il quale evidenzia l'esistenza di un rapporto di causa ad effetto tra l'utilizzazione del mezzo di ricerca della prova ed il sequestro ed individua in esso la ragione dell'opzione sistematica di collocare la disciplina del sequestro probatorio nell'ambito di quella dedicata ai mezzi di ricerca della prova, fermo restando che ciò non implichi che il sequestro debba necessariamente costituire la risultante di una perquisizione.

nute a seguito della perquisizione” [...] ove questa abbia avuto buon fine, vengano sottoposte a sequestro (art. 252 c.p.p.)<sup>86</sup>.

La giurisprudenza ha, quindi, ribadito che perquisizione e sequestro hanno differenti presupposti e differente funzione giuridica<sup>87</sup>, precisando che, qualora il decreto di perquisizione non contenga l’indicazione delle cose da sequestrare, ma si limiti ad enunciare che alla stessa può seguire il conseguente sequestro di quanto rinvenuto, deve escludersi che all’ordine di perquisizione domiciliare si accompagni anche un ordine di sequestro.

In tale caso il sequestro eseguito dalla polizia giudiziaria a norma dell’art. 252 c.p.p. deve, come già detto, essere sottoposto alla convalida prevista dall’art. 355 c.p.p., per cui una eventuale richiesta di riesame può essere proposta solo contro il decreto di convalida del sequestro probatorio, senza alcuna influenza dell’eventuale declaratoria di invalidità del provvedimento di perquisizione sull’autonomo e distinto provvedimento di sequestro<sup>88</sup>.

Il problema più interessante, particolarmente dibattuto<sup>89</sup>, che si è posto in tema di rapporto tra i due mezzi di ricerca della prova ha riguardato gli effetti, sul sequestro già effettuato, di una perquisizione illegittima alla quale il primo abbia fatto seguito.

A tal proposito, le Sezioni unite hanno stabilito che, nei casi in cui la perquisizione sia stata effettuata senza l’autorizzazione del magistrato ed al di fuori dei casi e dei modi stabiliti dalla legge, come prescritto dall’art. 13 Cost., si è in presenza di un mezzo di ricerca della prova che non è compatibile con la tutela del diritto di libertà del cittadino, estrinsecabile attraverso il riconoscimento dell’inviolabilità del domicilio<sup>90</sup>.

Ne consegue che, non potendo essere qualificato come inutilizzabile un mezzo di ricerca della prova, ma solo la prova stessa, la perquisizione è nulla ed il sequestro eseguito all’esito

---

<sup>86</sup> N. TRIGGIANI, *I mezzi di ricerca della prova*, cit., p. 448. Fa notare C. TAORMINA, *Il regime della prova nel processo penale*, cit., p. 77, come il codice processuale non prende in considerazione l’ipotesi, invece disciplinata dall’art. 252 c.p.p. con riferimento alle perquisizioni, del sequestro come possibile conseguenza delle ispezioni, nonostante che ciò possa accadere frequentemente.

<sup>87</sup> Cass. pen., Sez. I, 23 gennaio 2003, n. 6277.

<sup>88</sup> Cass. pen., Sez. V, 27 novembre 1995, n. 2793.

<sup>89</sup> I termini del dibattito sono sintetizzati in A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, cit., pp. 267 ss.

<sup>90</sup> Cass. pen., Sez. un., 27 marzo 2003, n. 5021.



di essa non è utilizzabile come prova nel processo, salvo che ricorra l'ipotesi prevista dall'art. 253, co. 1 c.p.p., nella quale il sequestro del corpo del reato o delle cose pertinenti al reato, costituendo un atto dovuto, rende del tutto irrilevante il modo con cui ad esso si sia pervenuti<sup>91</sup>.

Anche il verbale di sequestro probatorio, così come i verbali di perquisizione e ispezione, è generalmente ritenuto – in considerazione della sua struttura e delle sue finalità, oltre che della sua connotazione di atto garantito<sup>92</sup> – documentativo di un atto irripetibile e, come tale, destinato ad essere acquisito fin dall'origine al fascicolo del dibattimento, in cui, tra l'altro, sono inseriti il corpo del reato e le cose ad esso pertinenti, qualora non debbano essere custoditi altrove<sup>93</sup>.

---

<sup>91</sup> Cass. pen., Sez. un., 27 marzo 2003, n. 5021. Da ultimo, l'orientamento è stato ribadito da Cass. pen., Sez. VI, 23 giugno 2010, n. 37800. In senso contrario v., invece, Cass. pen., Sez. V, 22 settembre 1995, n. 2051, la quale aveva ritenuto che, alla luce dell'attuale regime normativo, non è più contestabile l'esistenza di uno stretto rapporto funzionale tra l'atto di ricerca della prova (perquisizione) e l'atto di materiale apprensione della medesima (sequestro). Infatti, l'art. 191 c.p.p. pone l'inutilizzabilità a protezione del procedimento di "acquisizione" della prova e giustifica in via generale l'applicazione della medesima sanzione, in virtù di un'equiparazione ormai definitivamente sancita tra il profilo funzionale della prova e quello genetico. Pertanto, in virtù di uno stretto nesso strumentale che – malgrado l'autonomia dei controlli (artt. 352 e 355 c.p.p.) – lega la perquisizione al sequestro, l'illegittimità dell'una non può non estendersi al secondo, determinando l'inutilizzabilità probatoria delle cose sequestrate. In senso critico rispetto alla presa di posizione delle Sezioni unite v. M. MONTAGNA, *La ricerca della prova nelle investigazioni di polizia giudiziaria e nelle indagini preliminari (ispezione, perquisizione e sequestro)*, cit., p. 106.

<sup>92</sup> Il sequestro di polizia giudiziaria è richiamato, infatti, dall'art. 356 c.p.p. Al sequestro effettuato dal pubblico ministero, invece, si riferisce l'art. 365 c.p.p. Sulla facoltà di esaminare le cose sequestrate conferita al consulente tecnico dall'art. 233, co. 1-bis c.p.p. v., da ultimo, C. LIANI GIARDA, *Art. 233 sub b) c.p.p.*, in *Codice di procedura penale* (a cura di A. Giarda, G. Spangher), cit., pp. 2332 ss. Sull'analoga facoltà conferita, invece, al difensore, v. P. GAETA, *Art. 366 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale* (a cura di A. Giarda, G. Spangher), Milano, 2010, pp. 4455 ss.

<sup>93</sup> A. POGGI, C.D. CAVALERA, *Gli accertamenti tecnici della polizia giudiziaria nell'indagine preliminare*, cit., p. 323; N. TRIGGIANI, *I mezzi di ricerca della prova*, cit., p. 448; S. MAROTTA, *Prova (Mezzi di e mezzi di ricerca della)*, cit., p. 352; A. BRACAGLIA MORANTE, *Nota a Pret. Roma, 13 aprile 1992, Cizm*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 2480. Ritiene il sequestro irripetibile «per definizione» A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, cit., p. 272. Parla, invece, di atto «per sua stessa natura irripetibile», G. ICHINO, *Gli atti irripetibili e la loro utilizzabilità di battimentale*, cit., p. 151. V., nello stesso senso, C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., p.

## 5. INTERCETTAZIONI DI CONVERSAZIONI E COMUNICAZIONI.

Il nuovo codice di procedura penale, allo stesso modo di quello abrogato, non fornisce una definizione espressa del concetto di intercettazione<sup>94</sup>, di talché è stato rimesso all'interprete il compito di individuare gli elementi costitutivi dell'atto al fine di determinare l'ambito di applicazione di una disciplina che, ha osservato la Corte costituzionale, mira a temperare il potenziale contrasto fra i due valori costituzionali espressi dal diritto dei singoli individui alla libertà e segretezza delle loro comunicazioni e dall'interesse pubblico a reprimere i reati e a perseguire in giudizio coloro che delincono<sup>95</sup>.

Il tentativo di definizione, è stato tra l'altro osservato, non è frutto di un mero esercizio teorico, ma costituisce l'«espressione di un ineludibile bisogno per chi, chiamato ad applicare la relativa disciplina, si trova a fronteggiare la necessità di distinguere attività investigative differenti eppure tra loro molto simili, ad alcune delle quali solamente è riferibile la normativa codicistica in materia di mezzi di ricerca della prova»<sup>96</sup>.

Sono stati, così, fissati alcuni caratteri che connotano la struttura minima dello strumento investigativo in questione, alla luce del significato semantico dell'espressione intercettazione – a sua volta rapportato all'evoluzione tecnologica degli strumenti

---

88, secondo la quale «la materiale apprensione di una cosa utile al processo non può che avvenire una sola volta, a meno di considerare la ripetizione dell'atto come una *mise en scène* da allestire in sede dibattimentale, non senza aver rimesso la cosa al suo posto per consentire al giudice di mettervi direttamente le mani *coram parti bus*». In giurisprudenza v., per tutte, Cass. pen., Sez. VI, 14 novembre 1991, Santoro, per la quale il sequestro costituisce atto irripetibile in quanto tipico atto "a sorpresa", il cui risultato è per natura condizionato dalla segretezza della sua disposizione e dalla tempestività della sua esecuzione, non potendo essere nuovamente effettuato in modo utile poiché, una volta sfruttata la sorpresa, che ne costituisce essenziale connotazione, si esaurisce e non può più essere rinnovata.

<sup>94</sup> Come nota C. MARINELLI, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, Torino, 2007, p. 6, la lacuna, oltre a tradire la difficoltà incontrata dal legislatore nell'affrontare il tema, è in parte dovuta all'implicito rinvio alla nozione progressivamente elaborata dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

<sup>95</sup> C. Cost., 17 luglio 1998, n. 281.

<sup>96</sup> E. APRILE, *Intercettazioni di comunicazioni*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale* (a cura di G. Spangher), II, t. 1, Milanofiori Assago, 2009, p. 475.

di captazione<sup>97</sup> – e del sottosistema normativo che ne regola i profili procedurali ed operativi<sup>98</sup>.

Secondo una definizione accolta anche dalla giurisprudenza, le intercettazioni regolate dagli artt. 266 ss. c.p.p. consistono nella captazione occulta e contestuale di una comunicazione o conversazione<sup>99</sup> intercorrente tra due o più soggetti che agiscono con l'intenzione di escludere altri e con modalità oggettivamente idonee allo scopo, attuata da soggetto estraneo alla stessa mediante strumenti tecnici di percezione tali da vanificare le cautele ordinariamente poste a protezione del suo carattere riservato<sup>100</sup>.

Come può notarsi, il primo elemento indefettibile del mezzo di ricerca della prova in discorso è connesso al suo carattere estremamente invasivo in relazione al bene della segretezza delle conversazioni e comunicazioni, le quali intanto sono suscettibili di essere intercettate in quanto siano riservate, nel senso che coloro che le realizzano intendono riservarne la percezione ad una cerchia predeterminata di soggetti, con esclusione di ogni terzo che di esse non sia destinatario diretto o indiretto<sup>101</sup>.

---

<sup>97</sup> Evidenzia E. APRILE, *Intercettazioni di comunicazioni*, cit., p. 475, come «raramente gli elementi qualificanti un istituto processuale sono stati così fortemente condizionati, nella loro esatta identificazione, da quella rapida evoluzione scientifica e tecnologica che ha caratterizzato gli apparecchi e gli strumenti materialmente impiegabili per l'esecuzione delle operazioni d'intercettazione di comunicazioni e conversazioni».

<sup>98</sup> A. BARGI, *Intercettazioni di comunicazioni e conversazioni*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. III, t. I, p. 791.

<sup>99</sup> Secondo E. APRILE, *Intercettazioni di comunicazioni*, cit., pp. 476 s., i concetti di “comunicazioni” e “conversazioni” hanno un'estensione concentrata in quanto la comunicazione riguarda qualsiasi scambio di informazioni o notizie, mentre le conversazioni rappresentano una specifica forma di comunicazione perché relativa allo scambio di dati informativi che si attua mediante l'uso della voce.

<sup>100</sup> Cass. pen., Sez. un., 28 maggio 2003, n. 36747. La precisazione concettuale è stata ribadita, più di recente, da Cass. pen., Sez. VI, 9 febbraio 2005, n. 12189. In dottrina v., da ultimo, E. APRILE, *Intercettazioni di comunicazioni*, cit., p. 576. Condividono la su menzionata nozione, pur con qualche precisazione, A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, cit., p. 273; P. TONINI, *La prova penale*, cit., p. 256; L. FILIPPI, *Intercettazioni di conversazioni e comunicazioni*, in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato* (a cura di A. Giarda, G. Spangher), Milano, 2010, pp. 2564 ss.; A. BARGI, S. FURFARO, *Le intercettazioni di conversazioni e di comunicazioni*, in AA.VV., *La prova penale* (diretto da A. Gaito), cit., pp. 113 ss.

<sup>101</sup> C. DI MARTINO, T. PROCACCIANTI, *Le intercettazioni telefoniche*, Padova, 2001, p. 16. V., inoltre, A. BARGI, *Intercettazioni di comunicazioni e conversazioni*, cit., p. 793; G. FUMU, *Intercettazioni*, in AA.VV., *Le prove*, II,

Coerentemente con siffatto dato ricostruttivo la Suprema Corte ha precisato che la disciplina delle intercettazioni di conversazioni e comunicazioni non si estende alle comunicazioni effettuate via etere mediante ricetrasmittenti non consentite, il cui uso, non essendo coperto dalla prescritta concessione, è penalmente sanzionato ma non può, in ogni caso, ritenersi assistito dalla garanzia della riservatezza e della protezione da intromissioni estranee, trattandosi di apparecchi liberamente captabili da chiunque, nel raggio della loro irradiazione, si avvalga di un apparecchio ricevente sintonizzato sulla stessa lunghezza d'onda<sup>102</sup>.

L'altro elemento che consente di qualificare un'attività di captazione come intercettazione è desumibile dalla complessa disciplina degli strumenti utilizzabili e consiste nell'utilizzazione di mezzi tecnici idonei a superare le normali capacità dei sensi, conseguendone l'esclusione dal campo applicativo della disciplina delle intercettazioni delle captazioni clandestine di comunicazioni attuate per mezzo delle comuni facoltà umane<sup>103</sup>.

L'ultimo dato caratterizzante la nozione di intercettazione è individuabile nella terzietà del soggetto che effettua la captazione, ossia l'estraneità di questi rispetto alla conversazione o comunicazione in corso<sup>104</sup>.

Qualora, infatti, la conversazione fosse registrata da uno dei partecipanti non si assisterebbe ad una lesione della libertà e segretezza di essa, ma, più semplicemente, ad un pregiudizio al-

---

Torino, 1999, p. 397; P. BRUNO, *Intercettazioni di comunicazioni o conversazioni*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1993, VII, p. 178.

<sup>102</sup> Cass. pen., Sez. I, 20 maggio 1997, n. 5894. V., sullo stesso tema ed in senso conforme, Cass. pen., sez. V, 21 ottobre 1996, n. 10858.

<sup>103</sup> C. DI MARTINO, T. PROCACCIANTI, *Le intercettazioni telefoniche*, cit., p. 18. V., altresì, G. FUMU, *Intercettazioni*, cit., p. 397. Nonché C. MARINELLI, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, cit., p. 13. Ritiene configurabili ipotesi di intercettazione che prescindono dall'impiego di mezzi tecnici, invece, P. BRUNO, *Intercettazioni di comunicazioni o conversazioni*, cit., p. 179. Quest'ultima posizione è condivisa da L. FILIPPI, *Intercettazioni telefoniche*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, p. 567, secondo il quale sarebbero legittimate interferenze nella segretezza delle comunicazioni non disciplinate dalla legge e suscettibili di fornire risultati utilizzabili nel processo anche se basati sul mero ricordo del soggetto captante.

<sup>104</sup> C. DI MARTINO, T. PROCACCIANTI, *Le intercettazioni telefoniche*, cit., p. 20. Nonché A. BARGI, *Intercettazioni di comunicazioni e conversazioni*, cit., p. 793. V., anche, C. MARINELLI, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, cit., pp. 26 ss.

la sfera di riservatezza del colloquante cagionata dall' indesiderata diffusione del contenuto del colloquio.

Pertanto, la registrazione fonografica di un colloquio, svoltosi tra presenti o mediante strumenti di trasmissione, ad opera di un soggetto che ne sia partecipe, o comunque sia ammesso ad assistervi, non è riconducibile, quantunque eseguita clandestinamente, alla nozione di intercettazione, ma costituisce una forma di memorizzazione fonica di un fatto storico della quale l'autore può disporre legittimamente, anche a fini di prova in ambito processuale ai sensi dell'art. 234 c.p.p., salvi gli eventuali divieti di divulgazione del contenuto della comunicazione che si fondino sul suo specifico oggetto o sulla qualità rivestita dalla persona che vi partecipa<sup>105</sup>.

Ricorrendo le caratteristiche qualificative sopra descritte, il compimento dell'atto investigativo, come è noto, può essere disposto soltanto nell'ambito dei procedimenti concernenti le specifiche ipotesi di reato indicate dall'art. 266 c.p.p.<sup>106</sup>.

---

<sup>105</sup> Cass. pen., Sez. un., 28 maggio 2003, n. 36747. Nonché, più di recente, Cass. pen., Sez. VI, 1 dicembre 2009, n. 49511; Sez. VI, 9 giugno 2005, n. 33030. V., altresì, Cass. pen., Sez. I, 23 gennaio 2003, n. 8738, la quale ha ribadito che la disciplina di garanzia prevista in materia di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni non trova applicazione nel caso di conversazioni tra presenti il cui contenuto venga registrato da uno degli interlocutori senza che l'altro o gli altri ne vengano avvertiti. Trova, invece, applicazione nella diversa ipotesi in cui le conversazioni, registrate all'insaputa dell'interlocutore, vengano nel contempo captate anche da una stazione di ascolto posta a distanza dal luogo in cui le conversazioni si svolgono, a prescindere dal fatto che l'interlocutore sia investito delle funzioni di ufficiale di polizia giudiziaria. Su quest'ultimo profilo non concorda A. BARGI, *Intercettazioni di comunicazioni e conversazioni*, cit., p. 793. Più di recente v., sempre in giurisprudenza, Cass. pen., Sez. VI, 7 aprile 2010, n. 23742, secondo la quale l'attività di captazione effettuata dall'interlocutore d'intesa con la polizia giudiziaria e con strumenti da questa forniti, determinando un'intrusione di minore rilievo, può essere supportata da un decreto del pubblico ministero. V., in relazione a questa presa di posizione, P. GAETA, *E' minore l'intrusione nella vita privata rispetto alla pura attività intercettativa*, in *Guida al dir.*, 2010, 38, pp. 75 ss. Sulla problematica della registrazione ad opera di uno dei conversanti v., tra gli altri, E. APRILE, *Intercettazioni di comunicazioni*, cit., pp. 536 ss.; L. FILIPPI, *Intercettazioni di conversazioni e comunicazioni*, cit., pp. 2568 ss.

<sup>106</sup> Si tratta, in particolare, delle fattispecie costituite da: delitti non colposi per i quali è prevista la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a cinque anni; delitti contro la pubblica amministrazione per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni; delitti concernenti sostanze stupefacenti o psicotrope; delitti concernenti le armi e le sostanze esplosive; delitti di contrabbando; reati di ingiuria, minaccia, usura, abusiva attività finanziaria, abuso di informazioni privilegiate,

L'intercettazione, inoltre, è subordinata alla sussistenza di specifici presupposti di ammissibilità, la verifica della ricorrenza dei quali è attribuita in via esclusiva all'autorità giudiziaria, tra l'altro costituendo essa l'unico soggetto legittimato, in linea di principio, ad effettuare in concreto le operazioni captative<sup>107</sup>.

Come è noto, affinché il pubblico ministero possa ottenere l'autorizzazione ad effettuare operazioni intercettative devono ricorrere – così dispone l'art. 267, co. 1 c.p.p. – i presupposti costituiti dalla sussistenza in concreto di gravi indizi di reato e dalla assoluta indispensabilità del mezzo investigativo ai fini della prosecuzione delle indagini<sup>108</sup>.

---

manipolazione del mercato, molestia o disturbo alle persone col mezzo del telefono; delitti previsti dall'art. 600-ter, co. 3, c.p. Negli stessi casi, precisa l'art. 266-bis c.p.p. ("Intercettazioni di comunicazioni informatiche o telematiche"), nonché nei procedimenti relativi a reati commessi mediante l'impiego di tecnologie informatiche o telematiche, è consentita l'intercettazione del flusso di comunicazioni relativo a sistemi informatici o telematici, ovvero di quello intercorrente tra più sistemi. La disposizione, come è noto, è stata aggiunta dall'art. 11, l. 23 dicembre 1993, n. 547.

<sup>107</sup> Infatti, l'art. 267, co. 4 c.p.p. dispone che le operazioni sono compiute dal pubblico ministero "personalmente", fatta salva la facoltà di avvalersi di un ufficiale di polizia giudiziaria. In quest'ultima ipotesi, tuttavia, ritiene E. APRILE, *Intercettazioni di comunicazioni*, cit., p. 500, che il pubblico ministero debba eseguire un costante controllo sui risultati dell'attività di captazione, stante l'incidenza di essa su diritti costituzionalmente protetti.

<sup>108</sup> La Corte di cassazione ha precisato che le condizioni di validità delle operazioni di intercettazione vanno valutate con particolare rigore, perché esse sono commisurate alla natura eccezionale dei limiti apportionabili ad un diritto personale di carattere inviolabile, previsto dall'art. 13 Cost., qual è quello della libertà e segretezza delle comunicazioni. Pertanto, il giudice deve fornire concreta dimostrazione del corretto uso del potere conferitogli tramite un'adeguata e specifica motivazione del provvedimento autorizzativo, conseguendone che detto obbligo motivazionale non può ritenersi assolto con il ricorso a citazioni o perifrasi apodittiche del contenuto delle norme che disciplinano l'assunzione del mezzo probatorio, né con il mero richiamo del contenuto delle richieste inoltrate dagli organi investigativi. V., tra le tante, Cass. pen., Sez. III, 3 ottobre 1997, n. 3163; Sez. I, 3 febbraio 2005, n. 11525. Sui limiti di ammissibilità della motivazione c.d. *per relationem* v., tra le più recenti, Cass. pen., Sez. VI, 10 dicembre 2002, n. 8009. In dottrina v., fra gli altri, E. APRILE, *Intercettazioni di comunicazioni*, cit., p. 485; C. DI MARTINO, T. PROCACCIANTI, *Le intercettazioni telefoniche*, cit., p. 104; A. BARGI, *Intercettazioni di comunicazioni e conversazioni*, cit., p. 798. Sulle peculiarità relative ai procedimenti in materia di criminalità organizzata v., volendo, L. SURACI, *Il sistema del doppio binario nell'ambito delle indagini preliminari*, in AA.VV., *Legislazione antimafia e sistema del doppio binario* (a cura di V. N. D'Ascola e F. Mollace), Reggio Calabria, 2009, pp. 283 ss.

In relazione al primo presupposto<sup>109</sup>, costituisce un dato pacificamente acquisito quello per cui la disposizione in questione opera su un piano diverso da quello riservato all'art. 192, co. 2 c.p.p., indicando quest'ultima i criteri di valutazione della prova indiziaria ai fini del giudizio di responsabilità dell'imputato<sup>110</sup>.

Pertanto, si ritiene concordemente che la norma delinea un elemento teso ad evidenziare che, *rebus sic stantibus*, i dati acquisiti dal pubblico ministero fanno ritenere altamente probabile la commissione di uno dei reati indicati dall'art. 266 c.p.p.<sup>111</sup>.

L'espressione utilizzata dal legislatore postula che i gravi indizi di reato attengono all'esistenza dell'illecito penale e non alla colpevolezza di un determinato soggetto, sicché per procedere legittimamente ad intercettazione non è necessario che tali indizi siano a carico di una persona già individuata o del soggetto le cui comunicazioni debbano essere captate a fini investigativi<sup>112</sup>.

---

<sup>109</sup> Nella valutazione dei gravi indizi di reato, si applica, precisa l'art. 267, co. 1-bis, c.p.p. (aggiunto dall'art. 10, l. 1 marzo 2001, n. 63), l'art. 203 c.p.p., concernente il regime di utilizzabilità delle informazioni rese dagli informatori di polizia. V., in generale, L. FILIPPI, *Intercettazioni di conversazioni e comunicazioni*, cit., pp. 2640 ss.

<sup>110</sup> La norma, riguardante infatti la valutazione della prova, precisa che l'esistenza di un fatto non può essere desunta da indizi, a meno che questi siano gravi, precisi e concordanti. V., in giurisprudenza, Cass. pen., sez. VI, 7 novembre 2006, n. 42178, secondo la quale il requisito va inteso non in senso probatorio (ossia come valutazione del fondamento dell'accusa), ma come vaglio di particolare serietà delle ipotesi delittuose configurate, che non devono risultare meramente ipotetiche, richiedendosi una ricognizione sommaria degli elementi dai quali sia dato desumere la probabilità dell'avvenuta consumazione di un reato e non un'esposizione analitica, né tanto meno l'evidenziazione di un esame critico degli stessi. Così, anche, Cass. pen., sez. II, 1 marzo 2005, n. 10881, la quale ha escluso che al presupposto possa essere attribuito un connotato di tipo "probatorio", in chiave di prognosi, seppure indiziaria, di colpevolezza.

<sup>111</sup> G. DI MARTINO, T. PROCACCIANTI, *Le intercettazioni telefoniche*, cit., p. 96. V., in giurisprudenza, Cass. pen., Sez. VI, 15 maggio 2007, n. 34507, per la quale sussiste il requisito dei "gravi indizi di reato", richiesto dall'art. 267 c.p.p., allorché sia ravvisabile il dato oggettivo della probabilità dell'avvenuta consumazione di un reato.

<sup>112</sup> Così, fra gli altri, E. APRILE, *Intercettazioni di comunicazioni*, cit., p. 483. Nonché A. BARGI, *Intercettazioni di comunicazioni e conversazioni*, cit., p. 797. Le stesse conclusioni sono ribadite in A. BARGI, S. FURFARO, *Le intercettazioni di conversazioni e di comunicazioni*, cit., p. 142. In giurisprudenza v., invece, Cass. pen., Sez. IV, 17 ottobre 2006, n. 42017; Cass. pen., Sez. IV, 16 novembre 2005, n. 1848.

Il secondo requisito è qualificato in termini tali – la norma utilizza, come già visto, espressioni qualificative dall'evidente pregnanza – da fare intendere che il legislatore, stante il carattere gravemente intrusivo dell'atto investigativo, abbia voluto circoscrivere l'utilizzo di esso ad ipotesi residuali.

Infatti, la formula normativa, è stato rilevato, non può avere altro significato se non quello dell'impossibilità di acquisire la prova in modo diverso, mediante l'utilizzo di procedure investigative differenti e meno insidiose<sup>113</sup>.

Il presupposto, inoltre, ha la funzione di «spostare in avanti» l'operazione intercettativa, nel senso di precludere l'impiego dello strumento investigativo quale atto iniziale delle indagini: esse, in altri termini, si presuppongono già iniziate e produttive di elementi conoscitivi utili, quantomeno, a consentire il perfezionamento del requisito dei gravi indizi di reato<sup>114</sup>.

Profili di specificità propone la disciplina dell'intercettazione tra presenti o ambientale, la quale, come sappiamo, si differenzia dalle altre tipologie per il fatto che la conversazione non avviene tra persone che, trovandosi in luoghi diversi, si servono di un mezzo tecnico di diffusione del segnale comunicativo, bensì tra soggetti che si trovano nello stesso luogo.

Nell'ambito di questa categoria, in relazione alla quale il codice contempla, sia pure implicitamente, il medesimo regime previsto in generale per le intercettazioni, il legislatore ha operato una *summa divisio* a seconda del fatto che l'intercettazione si svolga o meno in uno dei luoghi indicati nell'art. 614 c.p.p., stabilendo, nel caso di intercettazioni domiciliari, che, accanto ai presupposti ordinari previsti dall'art. 267 c.p.p., debba ricorrere l'ulteriore requisito costituito dal fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa.

---

<sup>113</sup> G. SPANGHER, *La disciplina italiana delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni*, in *Arch. pen.*, 1994, p. 5. V., nello stesso senso, E. APRILE, *Intercettazioni di comunicazioni*, cit., p. 484; A. BARGI, *Intercettazioni di comunicazioni e conversazioni*, cit., p. 798; P. BRUNO, *Intercettazioni di comunicazioni o conversazioni*, cit., p. 180; L. FILIPPI, *Intercettazioni telefoniche*, cit., p. 575; ID., *Intercettazioni di conversazioni e comunicazioni*, cit., p. 2644; A. BARGI, S. FURFARO, *Le intercettazioni di conversazioni e di comunicazioni*, cit., p. 142.

<sup>114</sup> G. DI MARTINO, T. PROCACCIANTI, *Le intercettazioni telefoniche*, cit., p. 97. Nonché A. BARGI, *Intercettazioni di comunicazioni e conversazioni*, cit., p. 798. V., anche, L. FILIPPI, *Intercettazioni telefoniche*, cit., p. 575.



Un limite, questo, considerato discutibile dalla dottrina<sup>115</sup>, sebbene chiaramente diretto a segnalare l'eccezionalità dei casi di impiego dello strumento captativo in ambito domiciliare, mediante una limitazione dell'uso in funzione di tutela di esigenze di giustizia particolarmente significative, a causa della sua eccezionale invasività della sfera di riservatezza connessa al concetto stesso di domicilio<sup>116</sup>.

Ed infatti, appare alquanto difficoltoso dotare di concretezza il requisito in questione, anche se la relazione che esso genera con l'istituto della flagranza di reato<sup>117</sup> induce a ritenere che la captazione in un luogo di privata dimora sia effettuabile soltanto qualora ricorra il ragionevole convincimento della contestuale commissione di un delitto, fra quelli indicati nell'art. 266, co. 1 c.p.p., caratterizzato da una condotta dilazionata nel tempo<sup>118</sup>.

---

<sup>115</sup> F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 849.

<sup>116</sup> F. M. IACOVIELLO, *Intercettazioni ambientali: l'audace intrusione di una norma tra garanzie costituzionali ed esigenze dell'etica sociale*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 1566. Sul concetto normativo di "privata dimora" v., fra le tante, *Cass. pen.*, Sez. II, 12 marzo 1998, n. 1831, secondo la quale vi rientrano tutti quei luoghi che, oltre all'abitazione, assolvano alla funzione di proteggere la vita privata e che siano perciò destinati al riposo, all'alimentazione, alle occupazioni professionali e all'attività di svago. In dottrina v., tra gli altri, A. BARGI, *Intercettazioni di comunicazioni e conversazioni*, cit., p. 795.

<sup>117</sup> *Contra*, però, A. BARGI, *Intercettazioni di comunicazioni e conversazioni*, cit., p. 797.

<sup>118</sup> C. DI MARTINO, T. PROCACCIANTI, *Le intercettazioni telefoniche*, cit., p. 60. Così, anche, P. BRUNO, *Intercettazioni di comunicazioni o conversazioni*, cit., p. 185. Propone questa interpretazione, al fine di rendere la disciplina delle intercettazioni ambientali «più consona al sentire sociale e ai principi costituzionali», F. M. IACOVIELLO, *Intercettazioni ambientali: l'audace intrusione di una norma tra garanzie costituzionali ed esigenze dell'etica sociale*, cit., p. 1568. V., altresì, A. BARGI, S. FURFARO, *Le intercettazioni di conversazioni e di comunicazioni*, cit., p. 138. V'è da dire, in ogni caso, che la giurisprudenza ha attenuato il rigore della disposizione in esame sotto due profili. Da un lato, non ha ritenuto necessaria una verifica di effettiva attualità della condotta criminosa, considerando sufficiente un mero giudizio di ragionevolezza del convincimento circa l'effettuazione di essa, da ricondurre al momento dell'emanazione del provvedimento autorizzativo. Dall'altro, ha precisato che, ai fini della verifica del presupposto dello svolgimento di attività criminosa in atto, non può dirsi che esso non ricorra per il fatto che la presunta attività criminosa risulti essere ulteriore rispetto ai fatti criminosi già emersi a seguito delle indagini pregresse, non essendo siffatta limitazione prevista né espressamente né implicitamente dalla legge. V., in particolare, *Cass. pen.*, Sez. I, 12 dicembre 1994, Manzi. In relazione al secondo profilo, invece, v. *Cass. pen.*, Sez. VI, 6 ottobre 1999, n. 3093.

Per quel che concerne il profilo strettamente operativo, è noto che l'art. 267, co. 3 c.p.p., nel riconoscere al pubblico ministero la facoltà di stabilire, nel decreto dispositivo delle intercettazioni, le modalità e la durata delle operazioni, precisa che, in ogni caso, questa non possa superare i quindici giorni.

La norma non fornisce alcuna indicazione circa il *dies a quo*, ma la giurisprudenza ha più volte precisato il termine di durata decorre non già dalla data del provvedimento del pubblico ministero, ma dalla data dell'effettivo inizio delle operazioni di intercettazione<sup>119</sup>.

L'eventuale proroga del termine, concessa dal giudice per le indagini preliminari con decreto motivato soltanto in presenza dei presupposti legittimanti l'intercettazione, può comportare un prolungamento delle operazioni per periodi successivi di quindici giorni.

Le operazioni di intercettazione – le quali, ai sensi dell'art. 268, co. 3 c.p.p., devono essere tendenzialmente compiute a mezzo degli impianti installati presso la Procura della Repubblica<sup>120</sup> – devono essere documentate mediante la redazione di un verbale<sup>121</sup> nell'ambito del quale deve essere riportato, sommariamente, il contenuto delle comunicazioni intercettate<sup>122</sup>.

Esse, inoltre, conducono ad un risultato captativo che, ai sensi dell'art. 268, co. 1 c.p.p., deve essere registrato.

Individuate, nel contraddittorio delle parti, le registrazioni delle quali deve essere disposta la trascrizione<sup>123</sup>, il giudice per

---

<sup>119</sup> V., sul punto, Cass. pen., Sez. VI, 9 dicembre 2004, n. 163. Nonché, di recente, Cass. pen., Sez. I, 17 maggio 2000, n. 3631.

<sup>120</sup> Sulle diverse problematiche connesse all'utilizzo di impianti diversi da quelli disponibili presso gli uffici di procura – ammesso dalla norma soltanto in caso di insufficienza o inidoneità di questi e ricorrendo eccezionali ragioni d'urgenza, di cui il pubblico ministero deve dare compiuta indicazione nel provvedimento autorizzativo – v., tra gli altri, E. APRILE, *Intercettazioni di comunicazioni*, cit., p. 500; L. FILIPPI, *Intercettazioni di conversazioni e comunicazioni*, cit., pp. 2691 ss.

<sup>121</sup> Le regole di conservazione del quale sono stabilite dall'art. 89, disp. att. c.p.p.

<sup>122</sup> La Corte Suprema ha precisato che, in tema di intercettazioni telefoniche, debbono distinguersi dai c.d. "brogliacci", consistenti nella sommaria trascrizione delle conversazioni intercettate effettuata, ai sensi dell'art. 268, co. 2 c.p.p., nei verbali delle operazioni, le trascrizioni delle intercettazioni medesime eventualmente effettuate dalla polizia giudiziaria. V., sul tema, Cass. pen., Sez. IV, 28 settembre 2004, n. 47891.

<sup>123</sup> L'art. 268, co. 4, 5 e 6 c.p.p. delineano un complesso e garantito meccanismo conoscitivo in forza del quale i difensori sono ammessi all'esame degli atti ed all'audizione delle registrazioni, indicando al giudice per le inda-

le indagini preliminari vi procede osservando – precisa l'art. 268, co. 7 c.p.p. – le forme, i modi e le garanzie previsti per l'espletamento delle perizie<sup>124</sup>.

Segue, infine, l'inserimento delle trascrizioni nel fascicolo per il dibattimento, essendo la relativa acquisizione automatica, ai sensi dell'art. 268, co. 7 c.p.p., senza che siano dovuti eventuali avvisi alle parti<sup>125</sup>.

Ripercorsa in questi termini la disciplina dell'istituto, merita di essere rilevato come l'elemento di prova utilizzato dal giudice del dibattimento ai fini della decisione<sup>126</sup> è soltanto appa-

---

gini preliminari le conversazioni da acquisire. La Corte di cassazione ha, in relazione a questo profilo, precisato che l'art. 268, co. 6 c.p.p. pone a carico delle parti l'onere di indicare le conversazioni alla cui acquisizione abbiano interesse, e delle quali, poi, il giudice deve disporre la trascrizione integrale, ai sensi del successivo co. 7. Peraltro, la relativa richiesta deve essere mirata, cioè indirizzata verso specifiche conversazioni, per le quali il giudice sia in grado di esercitare il previsto vaglio di non manifesta irrilevanza, essendo inconcepibile un'istanza cumulativa, non sorretta da idonea motivazione a supporto di individuate esigenze. Così, Cass. pen., Sez. II, 29 febbraio 2008, n. 17335. Evidenzia, in generale, l'atteggiamento riduttivo assunto dalla giurisprudenza di legittimità rispetto alla fase conoscitiva, delineata dal nuovo codice, invece, come momento centrale del processo formativo della prova, G. FUMU, *Intercettazioni*, cit., p. 416.

<sup>124</sup> Secondo A. BARGI, S. FURFARO, *Le intercettazioni di conversazioni e di comunicazioni*, cit., p. 153, la perizia trascrittiva costituirebbe un'ipotesi speciale di incidente probatorio. Così, in precedenza, si erano espressi M. BARGIS, *L'incidente probatorio*, cit., p. 1320; poco prima, G. LOZZI, *Indagini preliminari, incidenti probatori e udienza preliminare*, cit., p. 1276. A tale proposito, Cass. pen., Sez. VI, 6 novembre 2008, n. 2732 ha chiarito che non è inutilizzabile la trascrizione per il mancato preventivo esame dibattimentale della persona che vi ha provveduto su incarico del giudice. Né la perizia di trascrizione delle conversazioni registrate nel corso di intercettazioni telefoniche può ritenersi irrituale o inutilizzabili le relative attestazioni per il fatto che il perito ha ottenuto la disponibilità dei c.d. "brogliacci" redatti dalla polizia giudiziaria, sempre che non sussistano elementi dai quali desumere che lo stesso perito sia stato fuorviato dalla conoscenza delle trascrizioni di polizia. Così, di recente, Cass. pen., Sez. I, 10 novembre 2003, n. 4178.

<sup>125</sup> Cass. pen., Sez. II, 19 ottobre 2005, n. 39274.

<sup>126</sup> Per quel che concerne le intercettazioni finalizzate alla ricerca del latitante (art. 295 c.p.p.) la Suprema Corte ha chiarito – v., in particolare, Cass. pen., Sez. VI, 20 giugno 2001, n. 20875, la quale si richiama espressamente ai principi stabiliti in Cass. pen., Sez. I, 12 luglio 1999, n. 4888 – che i risultati di siffatta tipologia captativa possono essere utilizzati anche in chiave probatoria, innanzitutto, nel procedimento nell'ambito del quale sono state disposte ed eseguite, utilizzabilità condizionata, secondo un primo orientamento, ad una verifica di fatto sull'osservanza delle garanzie e delle prescrizioni di cui agli artt. 266 ss. c.p.p., operando in caso contrario, nonostante la mancanza di un esplicito richiamo, il regime dei divieti di utilizzazione dettato dall'art. 271

rentemente formato nel contraddittorio delle parti, dal momento che il coinvolgimento del difensore nella sequenza di atti appena descritta attiene esclusivamente alla fase documentativa finale di un risultato acquisito unilateralmente dal pubblico ministero e ciò è tanto più vero se si tiene conto del fatto che il dato conoscitivo captato si presta ad essere utilizzato a prescindere dall'espletamento dell'attività peritale di trascrizione.

Sul punto, infatti, la giurisprudenza ha chiarito che il giudice ha il potere di procedere all'ascolto diretto delle registrazioni delle conversazioni telefoniche intercettate, benché disponga agli atti della relativa trascrizione, senza che questa modalità di apprezzamento della prova documentale debba svolgersi nel contraddittorio e potendo utilizzare ai fini della decisione direttamente i risultati della predetta attività<sup>127</sup>.

Infatti, in virtù dell'inscindibile rapporto – di derivazione, potremmo dire – esistente tra i nastri contenenti la registrazione dei dialoghi e la trascrizione di essi, i primi, ancorché affiancati dalla seconda, una volta inseriti nel fascicolo per il dibattimento ai sensi dell'art. 268, co. 7 c.p.p., rientrano tra le prove legittimamente acquisite nel dibattimento che, a norma dell'art. 526 c.p.p., possono essere utilizzate ai fini della decisione, essendo la mancata previsione dell'inserimento nel predetto fascicolo dei nastri di registrazione dovuta soltanto alla natura di oggetti non fascicolabili<sup>128</sup>.

---

c.p.p. Più di recente, tuttavia, la Corte di cassazione sembra aver modificato la propria risalente impostazione, stabilendo che questo tipo di intercettazioni postula implicitamente la presenza di un grave quadro indiziario, essendo lo stato di latitanza fondato su una ordinanza cautelare o su un ordine di esecuzione conseguente ad una sentenza di condanna definitiva. V., in questo senso, Cass. pen., Sez. I, 22 marzo 2005, n. 15328, ove si è precisato che i relativi risultati possono essere utilizzati a fini probatori – anche in procedimenti diversi, stante l'espreso rinvio operato dall'art. 295, co. 3, c.p.p. all'art. 270 c.p.p. – a prescindere dall'esatta individuazione, nei decreti autorizzativi, del *nomen iuris* del reato astrattamente configurabile. Sulle intercettazioni finalizzate alla ricerca del latitante v., da ultimo, F. MOLLACE, *Intercettazioni finalizzate alla cattura del latitante*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. V, pp. 500 ss.

<sup>127</sup> Cass. pen., Sez. II, 19 dicembre 2008, n. 2409. Nello stesso senso v. Cass. pen., Sez. I, 25 novembre 2008, n. 604; nonché Cass. pen., Sez. II, 4 novembre 2002, n. 9172.

<sup>128</sup> Cass. pen., Sez. II, 4 novembre 2002, n. 9172. V., in senso critico, E. APRILE, *Intercettazioni di comunicazioni*, cit., p. 509, il quale ritiene scorretta, alla luce del disposto dell'art. 268 c.p.p., la prassi di inserire i nastri delle registrazioni nel fascicolo per il dibattimento. Secondo A. BARGI, *Intercettazioni di comunicazioni e conversazioni*, cit., p. 802, invece, le registrazioni trasmigrano nel fascicolo per il dibattimento in quanto atti irripetibili.

Coerentemente con un orientamento siffatto, il quale poggia sulla premessa di ordine generale secondo cui, in relazione alle intercettazioni telefoniche e ambientali, la prova sia costituita dalle registrazioni e non dalle trascrizioni<sup>129</sup>, la Corte di cassazione, soffermandosi sulla natura dell'attività trascrittiva, ha avuto modo di precisare che essa è attinente ad un mezzo di ricerca della prova e non rappresenta un mezzo di assunzione anticipata della prova stessa, ma si esaurisce in una serie di operazioni di carattere meramente materiale, non implicando l'acquisizione di alcun contributo tecnico-scientifico.

Pertanto, il rinvio all'osservanza delle forme, dei modi e delle garanzie previsti per le perizie è solo funzionale ad assicurare che la trascrizione delle registrazioni avvenga nel modo più corretto possibile<sup>130</sup>, dal momento che, in assenza di controlli, «eventuali imperfezioni, tagli, giunte, manipolazioni o cancellature nei nastri, potrebbero più facilmente passare inosservati, con il rischio di compromettere la genuinità del mezzo istruttorio»<sup>131</sup>.

La trascrizione delle intercettazioni telefoniche, in altri termini, non costituisce né un elemento né una fonte di prova, ma solo un'operazione rappresentativa in forma grafica del contenuto di prove acquisite mediante la registrazione fonica, della quale il difensore, secondo l'art. 268, co. 8 c.p.p., può far eseguire la trasposizione su nastro magnetico, con l'ovvia conseguenza che la mancata esecuzione di essa non comporta la nullità né l'inutilizzabilità delle conversazioni intercettate<sup>132</sup>.

La disciplina delle intercettazioni – ha precisato ancora la Corte di cassazione – si pone come limite alla libertà e segretezza delle comunicazioni, diritti costituzionalmente garantiti ed oggetto, anche, di specifica tutela in ambito penalistico<sup>133</sup>.

---

<sup>129</sup> Cass. pen., Sez. IV, 12 gennaio 1999, n. 7439. V., anche in relazione a questo aspetto, L. FILIPPI, *Intercettazioni di conversazioni e comunicazioni*, cit., pp. 2722 ss.

<sup>130</sup> Cass. pen., Sez. I, 6 febbraio 2007, n. 7342. V., in senso critico rispetto a questa impostazione, A. BARGI, *Intercettazioni di comunicazioni e conversazioni*, cit., p. 802, il quale, inquadrando la perizia trascrittiva tra le ipotesi speciali di incidente probatorio, individua nella trascrizione l'unico veicolo processuale idoneo a provare il contenuto delle intercettazioni.

<sup>131</sup> P. BRUNO, *Intercettazioni di comunicazioni o conversazioni*, cit., p. 197.

<sup>132</sup> Cass. pen., Sez. VI, 22 novembre 2005, n. 10890. Nello stesso senso, poco prima, v. Cass. pen., Sez. VI, 20 ottobre 2003, n. 4892.

<sup>133</sup> Per un quadro dei principi costituzionali e normativi sovranazionali di riferimento v. E. APRILE, *Intercettazioni di comunicazioni*, cit., pp. 477 ss. In

Quindi, trattandosi di strumenti investigativi che determinano un'incisiva lesione di fondamentali principi dell'ordinamento, il relativo regime normativo non può essere applicato al di là dei casi, dei modi e dei tempi rigidamente indicati dalla legge, dovendosi in particolare escludere che la registrazione di una conversazione sia surrogabile mediante l'attestazione di chi ne ha percepito il contenuto.

I mezzi di captazione e le modalità di esecuzione delle operazioni, tassativamente menzionati dall'art. 268 c.p.p., non sono quindi suscettibili di equipollenti che non consentono la diretta verifica della comunicazione e, in generale, il controllo sulla legalità dell'acquisizione della prova, oltre che sul suo contenuto<sup>134</sup>.

## 6. ANALISI DI CAMPIONI.

La disciplina dell'analisi di campioni è, nonostante l'importanza che essa ha assunto in diversi settori della vita sociale, sistemata nell'ambito delle disposizioni di attuazione del codice processuale.

L'art. 223 disp. att. c.p.p. colpisce l'interprete laddove si preoccupa di dettare norme a tutela del soggetto interessato senza chiarire quali siano i frangenti delle complesse operazioni che essa sottintende essere coinvolti nel suo ambito applicativo, anche se potrebbe confortare l'idea che essa rinvii ad una compiuta legislazione speciale attinente ai profili concernenti l'individuazione dell'attività ispettiva, degli organi legittimati a procedervi, della previsione dell'analisi di campioni e della revisione.

Va subito detto che la norma risente delle vicende che hanno interessato l'istituto durante la vigenza del vecchio codice, epoca in cui, come è noto, non sussistevano limitazioni alla co-

---

relazione a siffatti profili v., altresì, C. MARINELLI, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, cit., pp. 61 ss.

<sup>134</sup> Cass. pen., sez. I, 11 luglio 2000, n. 4979. Ma successivamente v., sul punto, Cass. pen., Sez. IV, 29 gennaio 2001, n. 8347, secondo la quale, a differenza da quanto si verifica nel caso in cui sia mancata *ab origine* la registrazione su supporto magnetico di conversazioni intercettate, il sopravvenuto deterioramento di detto supporto non è causa di inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni, quando essi siano recuperabili mediante ricorso ad altri mezzi, ivi comprese le annotazioni effettuate sui brogliacci e le eventuali deposizioni dei verbalizzanti.

noscibilità, da parte del giudice, di quanto compiuto dall'autorità amministrativa, conoscibilità assicurata attraverso i canali costituiti dalla lettura del rapporto<sup>135</sup> ovvero del correlato verbale<sup>136</sup>.

Le prese di posizione della Corte costituzionale, ispirate da una lettura teleologicamente orientata dell'art. 24, co. 2 Cost. che è sfociata nella predisposizione di una nozione estensiva di procedimento, ossia comprensiva di qualsiasi attività preordinata ad una pronuncia penale che si traduce in processi verbali suscettibili di utilizzazione ai fini dell'adozione della pronuncia finale del processo<sup>137</sup>, si sono saldate con le scelte di fondo del nuovo modello processuale il quale, come è noto, ha sia eliminato l'istituto del rapporto, sia rivisto la disciplina delle letture dibattimentali, con la conseguenza che «i verbali di prelievo e quelli delle successive analisi [*hanno perso*] la funzione privilegiata che possedevano in quanto collegati ad un "rapporto" conoscibile dal giudice ed [*hanno assunto*] una loro peculiare importanza soltanto in quanto documenti rappresentativi delle attività svolte»<sup>138</sup>.

Nell'ambito di questa innovata prospettiva, il legislatore ha inteso chiarire in via generale che le attività amministrative di ispezione e vigilanza «non possono essere impiegate come *escamotage* per ottenere elementi probatori utilizzabili nel processo penale a carico di un soggetto, ma al di fuori delle garanzie difensive normalmente previste per ogni tipo di reato»<sup>139</sup>.

Di talché, mediante la specifica previsione contenuta nell'art. 220 disp. att. c.p.p., ha stabilito che, qualora nel corso di siffatte attività emergano indizi di reato, gli atti necessari per assicurare le fonti di prova e raccogliere quant'altro possa servi-

---

<sup>135</sup> Art. 466, co. 1 c.p.p. abr.

<sup>136</sup> Art. 466, co. 3 c.p.p. abr.

<sup>137</sup> Fa una breve sintesi della giurisprudenza costituzionale sul tema G. UBERTIS, *L'utilizzazione dibattimentale di prelievi ed analisi di campioni*, in *Cass. pen.*, 1992, pp. 429 s. V., anche, G. ICHINO, *Gli atti irripetibili e la loro utilizzabilità dibattimentale*, cit., p. 127; E. BASSO, *La Corte costituzionale e alcune forme particolari di perizia: due pronunce di illegittimità parziale*, in *Leg. pen.*, 1989, pp. 93 ss.

<sup>138</sup> G. UBERTIS, *L'utilizzazione dibattimentale di prelievi ed analisi di campioni*, cit., p. 430.

<sup>139</sup> G. UBERTIS, *L'utilizzazione dibattimentale di prelievi ed analisi di campioni*, cit., p. 431.

re per l'applicazione della legge penale devono essere compiuti con l'osservanza delle disposizioni del codice processuale<sup>140</sup>.

Il legislatore, tuttavia, ha dovuto riconoscere che la rigida applicazione della distinzione fondata sul criterio costituito dall'emersione di indizi di reato era poco amalgamabile con un'attività particolarmente connotata da un punto di vista tecnico e usualmente produttiva di risultati irripetibili quale, appunto, l'analisi di campioni, attività che si colloca al di fuori di un procedimento penale sebbene suscettibile di provocarne l'avvio a seguito del risultato delle analisi<sup>141</sup>.

L'art. 223 disp. att. c.p.p., finalizzato a disciplinare le garanzie per la persona alla quale pertiene il bene oggetto di analisi, stabilisce, dunque, che, qualora nel corso di attività ispettive o di vigilanza previste da leggi o decreti si debbano eseguire analisi di campioni per le quali non è prevista la revisione, l'organo procedente deve dare, eventualmente anche in forma orale, avviso all'interessato del giorno, dell'ora e del luogo in cui le analisi verranno effettuate.

Viene configurato, quindi, un dovere informativo a carico dell'autorità amministrativa che è funzionale all'attivazione di determinate garanzie partecipative, anch'esse puntualmente disciplinate in ragione del possibile, successivo impiego a fini decisori del risultato dell'attività tecnica.

Infatti, l'interessato – o, soggiunge la norma, persona di sua fiducia appositamente designata – può presenziare alle analisi, eventualmente con l'assistenza di un consulente tecnico<sup>142</sup> ed in ogni caso, anche a prescindere dalla designazione di un tecnico di fiducia, comunque ai partecipanti spettano i poteri previsti dall'art. 230 c.p.p.

---

<sup>140</sup> Sottolinea l'importanza della disposizione, oltre che sotto il profilo garantistico, in relazione allo scopo di salvaguardare il principio di oralità, G. UBERTIS, *Documenti e oralità nel nuovo processo penale*, cit., p. 317.

<sup>141</sup> Il carattere di specialità della norma rispetto all'art. 220 disp. att. c.p.p. è evidenziato da F. I. GAROFOLI, *Art. 223 disp. att. c.p.p.*, in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato* (a cura di A. Giarda, G. Spangher), Milano, 2010, p. 8829.

<sup>142</sup> Sottolinea l'importanza di siffatta facoltà, dal momento che il consulente costituisce la persona più idonea a garantire il corretto espletamento delle operazioni ed, eventualmente, a stabilire un contraddittorio effettivo sulle stesse, F. I. GAROFOLI, *Art. 223 disp. att. c.p.p.*, cit., p. 8833.



Qualora un atto normativo avente forma di legge o decreto preveda, invece, la revisione delle analisi<sup>143</sup> e questa è richiesta dall'interessato, l'organo incaricato della revisione, almeno tre giorni prima, deve dare avviso del giorno, dell'ora e del luogo ove la medesima verrà effettuata all'interessato medesimo ed al difensore eventualmente nominato<sup>144</sup>.

Alle operazioni di revisione l'interessato e il difensore hanno diritto di assistere personalmente, con l'assistenza eventuale di un consulente tecnico, disponendo il soggetto intervenuto dei poteri previsti dall'art. 230 c.p.p.

Per quel che concerne il regime utilizzativo, l'art. 223 disp. att., ult. co. c.p.p. prevede che sia i verbali di prime analisi non ripetibili<sup>145</sup> che i verbali di revisione, sempre che siano state osservate le disposizioni di garanzia, siano raccolti nel fascicolo per il dibattimento, assumendo, previa lettura, una piena potenzialità utilizzativa.

Rimangono fuori dal campo di applicazione della norma, pertanto, le prime analisi soggette a revisione, delle quali, d'altra parte, non viene predisposta alcuna disciplina concernente le modalità di esercizio.

I relativi verbali, quindi, o verranno soppiantati da quelli concernenti le operazioni di revisione o, qualora quest'ultima non sia richiesta, potranno essere suscettibili di verifica mediante una successiva perizia<sup>146</sup>.

---

<sup>143</sup> Da intendersi, fa notare G. UBERTIS, *L'utilizzazione dibattimentale di prelievi ed analisi di campioni*, cit., p. 432, come materiale ripetizione dell'accertamento tecnico e non come controllo puramente "cartolare" della precedente indagine.

<sup>144</sup> La peculiare configurazione di siffatto avviso sembra far escludere che esso possa essere dato in forma orale. Evidenza questo profilo di forma, in particolare, G. UBERTIS, *L'utilizzazione dibattimentale di prelievi ed analisi di campioni*, cit., p. 433.

<sup>145</sup> Si chiede G. ICHINO, *Gli atti irripetibili e la loro utilizzabilità dibattimentale*, cit., p. 131, se a siffatte analisi, assimilabili agli accertamenti tecnici previsti dall'art. 360 c.p.p., possa applicarsi la previsione afferente alla riserva di incidente probatorio (art. 360, co. 4 c.p.p.). La risposta, però, è negativa sia perché manca un riferimento normativo in tal senso, sia perché l'attività si svolge al di fuori di un procedimento penale.

<sup>146</sup> V., per questa soluzione, G. UBERTIS, *L'utilizzazione dibattimentale di prelievi ed analisi di campioni*, cit., p. 433, il quale esclude che i verbali possano essere letti in dibattimento anche in caso di sopravvenuta impossibilità di ripetizione. Peraltro, la Corte di cassazione ha puntualizzato che la disciplina relativa alle analisi per le quali non è prevista la revisione deve ritenersi riferibile anche alle ipotesi in cui la revisione dell'analisi è generalmente e normativamente prevista, ma non sia materialmente possibile per la deperibilità

La disposizione di garanzia, poi, non è applicabile alle analisi per le quali non sia prevista la revisione sebbene suscettibili di ripetizione, di talché, in questa peculiare ipotesi, e fatta salva «la forzatura interpretativa di considerare la locuzione “analisi non ripetibili” come includente pure l’ipotesi di analisi normativamente non revisionabili»<sup>147</sup>, la fonte decisoria non potrà che essere costituita da una successiva perizia<sup>148</sup>.

Se quella appena tratteggiata è la disciplina della complessiva materia, è immediatamente percepibile la lacunosità del tessuto codicistico, dal momento che v’è una fase fondamentale della sequenza tecnico-procedurale – o, se si vuole, una fase ad essa prodromica ma egualmente insostituibile – che rimane esclusa dal campo di operatività della norma, ossia la fase del campionamento.

Fermo restando il totale affidamento alle disposizioni disciplinanti, nei vari settori, la predetta fase<sup>149</sup>, si è ritenuto, in altri termini, che un eventuale obbligo dell’autorità amministrativa di preavvisare il titolare dell’impresa interessata dalle operazioni di prelievo contrasterebbe con l’esigenza di evitare che possano essere apportate modifiche allo stato dei luoghi al fine di rimuovere le tracce di qualsiasi irregolarità<sup>150</sup>, fatta ovvia-

tà dei campioni da analizzare. V., in particolare, Cass. civ., Sez. I, 3 settembre 1999, n. 9282. In questo senso v., in dottrina, F. V. SORRENTINO, *Sull’incostituzionalità «latente» dell’art. 223 norme di coordinamento c.p.p. 1988*, in *Cass. pen.*, 1991, p. 999, il quale ritiene che una interpretazione ancorata al dato letterale porrebbe la norma in contrasto con l’art. 24, co. 2 Cost.

<sup>147</sup> G. UBERTIS, *L’utilizzazione dibattimentale di prelievi ed analisi di campioni*, cit., p. 433.

<sup>148</sup> Così G. ICHINO, *Gli atti irripetibili e la loro utilizzabilità dibattimentale*, cit., p. 130; nonché G. UBERTIS, *L’utilizzazione dibattimentale di prelievi ed analisi di campioni*, cit., p. 433.

<sup>149</sup> Si tratta delle c.d. “norme sui prelievi”, le quali, secondo E. AMODIO, *Modalità di prelevamento di campioni e diritto di difesa nel processo per frodi alimentari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, p. 82, integrano dei veri e propri divieti probatori giacché con esse si esclude la legittimità di ogni atto di acquisizione che non rispetti il *modus procedendi* tracciato dalla legge.

<sup>150</sup> C. cost., 28 luglio 1983, n. 248. Osserva E. BASSO, *La Corte costituzionale e alcune forme particolari di perizia: due pronunce di illegittimità parziale*, cit., p. 100, come sia logica l’apposizione del limite all’operare di garanzie difensive costituito dall’assenza del preavviso al titolare della situazione sottoposta al controllo, al fine di assicurare una certa serietà all’indagine. In senso critico v. A. GIARDA, *Prelievo, campionamento ed analisi di acque e legge «Merli»: alcune precisazioni della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 1615, per il quale è indispensabile attivare le garanzie difensive della parte interessata poiché, se è vero che al momento dell’intervento la finalità che muove gli organi di controllo non è prevalente-

mente salva l'intangibilità del suo diritto ad assistere al momento del prelievo e della campionatura<sup>151</sup>.

E' vero che l'attività di analisi disciplinata dall'art. 223 disp. att. c.p.p. ha natura tipicamente amministrativa e non giudiziaria poiché, essendo volta a verificare l'osservanza di comportamenti imposti dalla legge, da regolamenti o da atti amministrativi di autorizzazione, non è in sé finalizzata all'accertamento di reati e, quindi, all'identificazione dell'autore di essi.

Siffatta considerazione, tuttavia, non vale a giustificare la parcellizzazione del sistema di garanzie relative all'atto dal momento che il verbale di analisi<sup>152</sup>, se afferisce ad attività non ripetibili compiute nel rispetto delle disposizioni di garanzia, è, come già visto, inserito nel fascicolo per il dibattimento e, quindi, dispone di una piena potenzialità utilizzativa ai fini dell'accertamento di eventuali reati.

Analisi che, però, hanno ad oggetto elementi la campionatura dei quali potrebbe avere luogo al di fuori di qualsiasi controllo da parte dei soggetti interessati, eventualmente presenti al compimento dell'atto ma, a cagione della mancanza di una specifica disciplina al riguardo, privati della possibilità di fruire di una compiuta assistenza<sup>153</sup>.

Il mancato rispetto delle formalità concernenti la partecipazione al procedimento di analisi dei campioni, tra l'altro, costituisce una nullità a regime intermedio, con l'ovvia conseguenza che, qualora non venga dedotta nei termini stabiliti, rimane salva la legittimità dell'acquisizione del certificato di analisi, il quale, ove riguardi una sostanza deperibile, va considerato, al pari del verbale di prelievo dei campioni, atto irripetibile compiuto dalla polizia giudiziaria e, come tale, una volta inserito nel

---

mente quella di organi di polizia giudiziaria, è altrettanto certo che tale finalità non può essere esclusa a priori ed è proprio l'incerto, ma possibile epilogo accusatorio di quel controllo a dover sollecitare le garanzie della difesa.

<sup>151</sup> C. cost., 26 giugno 1990, n. 330.

<sup>152</sup> Sottolinea il «nesso funzionale» tra prelievo e analisi chimica della sostanza prelevata E. AMODIO, *Modalità di prelevamento di campioni e diritto di difesa nel processo per frodi alimentari*, cit., p. 84.

<sup>153</sup> Evidenzia la lacunosità della norma, in relazione a siffatto profilo, G. ICHINO, *Gli atti irripetibili e la loro utilizzabilità dibattimentale*, cit., p. 128, facendo notare come l'attività di campionamento non rientri né nella previsione di cui all'art. 220 disp. att. c.p.p., essendo antecedente all'insorgere degli indizi di reità, né in quella ex art. 223 disp. att. c.p.p., ed essendo altresì preclusa l'applicazione della disciplina relativa all'assistenza difensiva espressamente prevista in tema di perquisizioni e di sequestri penali.

fascicolo per il dibattimento, ben può essere utilizzato come mezzo di prova<sup>154</sup>.

Per vero, pur trattandosi – ha osservato la Suprema Corte – di una nullità di ordine generale ricadente nella previsione di cui all'art. 178, lett. c) c.p.p. in quanto attinente all'intervento dell'imputato o del suo difensore, la stessa, tuttavia, non rientra tra quelle assolute, insanabili e rilevabili anche di ufficio in ogni stato e grado, di cui all'art. 179 c.p.p., considerato che la mancanza dell'avviso dell'inizio del procedimento di analisi alla persona sottoposta alle indagini è cosa diversa dalla omessa violazione del principio del contraddittorio<sup>155</sup>.

Merita di essere rilevato, altresì, che l'avviso all'interessato dell'inizio delle operazioni sui campioni non suscettibili di revisione è configurato dalla norma come un'attività del tutto informale, non assistita da alcun obbligo di documentazione ed alla quale, ha precisato la Corte di cassazione, non è applicabile il principio generale di verbalizzazione desumibile dal codice di rito<sup>156</sup>.

Il preavviso, inoltre, assume un rilievo centrale anche sotto un diverso profilo.

Infatti, una volta che l'interessato abbia ricevuto l'avviso circa l'effettuazione di analisi di campioni per le quali non è possibile la revisione e non sia stato presente all'inizio delle operazioni di analisi, non potrà *ex post*, in sede processuale, eccepire eventuali irregolarità delle operazioni tecniche di prelievo e di analisi, a questo punto lasciate alla discrezionalità degli operatori, dal momento che il diritto di difesa deve ritenersi garantito nella fase degli accertamenti amministrativi esclusivamente, appunto, mediante il regolare invio del preavviso<sup>157</sup>.

Di conseguenza, è la conclusione alla quale perviene la Suprema Corte, non si possono trasferire nel processo quelle deduzioni che si aveva la possibilità di proporre al momento dello

---

<sup>154</sup> Cass. pen., Sez. III, 28 giugno 2006, n. 37400. Negli stessi termini, fra le tante, v. Cass. pen., Sez. III, 6 dicembre 2002, n. 3179. Richiama la sanzione dell'inutilizzabilità, invece, Cass. pen., Sez. III, 20 novembre 2002, n. 1068.

<sup>155</sup> V., per questa puntualizzazione, Cass. pen., Sez. III, 15 marzo 2000, n. 5207. In dottrina v., anche in relazione al profilo sanzionatorio, F. I. GAROFOLI, *Art. 223 disp. att. c.p.p.*, cit., pp. 8835 s.

<sup>156</sup> Cass. pen., Sez. III, 25 settembre 1997, n. 10209.

<sup>157</sup> Cass. pen., Sez. III, 4 marzo 1993, n. 2581.

svolgimento delle analisi e che, per scelta ovvero per inerzia, non sono state formulate<sup>158</sup>.

---

<sup>158</sup> Cass. pen., Sez. III, 4 marzo 1993, n. 2581.



## CAPITOLO V

### L'IMPOSSIBILITÀ DI RIPETIZIONE DELL'ATTO (ART. 512 C.P.P.). SUOI RIFLESSI SULLA DELIMITAZIONE DEL CONCETTO DI ATTO IRRIPETIBILE.

SOMMARIO: 1. La distinzione tra irripetibilità originaria ed irripetibilità sopravvenuta. – 2. La fattispecie delineata dall'art. 512 c.p.p. – 3. I fattori 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. – 6. Un caso particolare: la dichiarazione del testimone morente.

#### 1. LA DISTINZIONE TRA IRRIPETIBILITÀ ORIGINARIA ED IRRIPETIBILITÀ SOPRAVVENUTA.

Qualunque studio concernente la tematica degli atti irripetibili consente immediatamente di verificare come la classificazione che incontra i favori della dottrina e della giurisprudenza sia quella fondata sulla distinzione tra irripetibilità originaria ed irripetibilità sopravvenuta<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Mette in rilievo siffatto dato classificatorio, nell'ambito di una dottrina unanimemente orientata in tal senso, C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., p. 14. Anche S. BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, Milano, 2000, p. 71, 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».

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»<sup>2</sup>.

Nonostante le varianti terminologiche generalmente riscontrabili<sup>3</sup> – si parla, talvolta, di irripetibilità *ex ante* ed *ex post*<sup>4</sup>, altre volte di irripetibilità intrinseca ed estrinseca<sup>5</sup>, spesso di irripetibilità congenita<sup>6</sup> ed accidentale<sup>7</sup> – 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»<sup>8</sup>.

<sup>2</sup> M. NIGRO, *Atti irripetibili e limiti ai poteri probatori del giudice*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 1169.

<sup>3</sup> Anche se, avverte C. CESARI, *L’irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., p. 14, nt. 20, come «alle diverse tecniche definitorie [non] corrispondano peculiari elementi differenziali nella distinzione tra le due categorie».

<sup>4</sup> D. GROSSO, *L’udienza preliminare*, Milano, 1991, p. 264. V., inoltre, F. FALATO, *L’utilizzabilità delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari: sistemi di «recupero»*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 1820.

<sup>5</sup> V., per esempio, D. POTETTI, *Svolta restrittiva della Cassazione in tema di atto irripetibile*, cit., p. 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, G. SANTALUCIA, *Appunti in tema di atto irripetibile*, in *Giust. pen.*, 1990, c. 575.

<sup>6</sup> P. FERRUA, *La formazione delle prove nel nuovo dibattimento: limiti all’oralità e al contraddittorio*, in *Pol. dir.*, 1989, p. 246. ID, *Studi sul processo penale*, II, *Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino, 1992, p. 95. Parla di irripetibilità “congenita”, in relazione agli atti a sorpresa, R. D’ISA, *Osservazioni sulla disciplina del fascicolo per il dibattimento*, cit., p. 1102. Fa riferimento, sempre in chiave distintiva, ad una irripetibilità «strutturalmente congenita», P. P. RIVELLO, *Lecture consentite e vietate*, in *Dig. disc. pen.*, VII, p. 406.

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> C. CESARI, *L’irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., p. 14. Secondo N. VENTURA, *Le letture dibattimentali*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale* (diretto da G. Spangher), IV, t. 2, Milanofiori Assago, 2009, p. 421, l’art. 512 c.p.p. sembra postulare una nozione di irripetibilità distinta da quella presupposta dall’art. 431 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, E. 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, p. 97; D. SIRACUSANO, *Vecchi schemi e nuovi modelli per l’attuazione di un processo di parti*, in *Leg. pen.*, 1989, p.



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, predispone il modello formativo del fascicolo per il dibattimento e, tra le altre cose, regola il profilo attinente alle modalità di individuazione degli atti legittimati a farvi parte fin dal momento della sua formazione, statuendo, in particolare, che in siffatto fascicolo sono raccolti i verbali degli atti non ripetibili compiuti dalla polizia giudiziaria, dal pubblico ministero e dal difensore<sup>9</sup>.

La seconda fattispecie, invece, è azionabile a dibattimento inoltrato e prevede che il giudice, a richiesta di parte, disponga

---

86; G. FRIGO, *Commento all'art. 431 c.p.p.*, cit., p. 724; G. LOZZI, *Indagini preliminari, incidenti probatori, udienza preliminare*, cit., p. 1281; ID., *I principi dell'oralità e del contraddittorio nel processo penale*, cit., p. 681; D. GROSSO, *L'udienza preliminare*, cit., p. 265; R. CANTONE, *Le ricognizioni informali di cose diventano atti irripetibili*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 1296; M. D'ANDRIA, *Un tentativo di definizione degli atti non ripetibili*, cit., p. 1350; G. RICCIO, *Nuove letture fondamentali e forme «alternative» di acquisizione probatoria*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, pp. 8 s.; F. M. MOLINARI, *Sui limiti di utilizzabilità degli atti di individuazione fotografica e personale compiuti dalla polizia giudiziaria*, cit., p. 196; S. LORUSSO, *Il verbale di ispezione dei luoghi soggetti a modificazione come atto non ripetibile da inserire nel fascicolo per il dibattimento*, cit., pp. 2191 s.; G. GARUTI, *Utilizzabilità delle dichiarazioni orali di querela*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 864; C. 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, p. 1524; M. PANZAVOLTA, *Le letture di atti irripetibili al bivio tra «impossibilità oggettiva» e «libera scelta»*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 3976. In giurisprudenza v., di recente, *Cass. pen.*, Sez. un., 17 ottobre 2006, n. 41281. Contro questa impostazione v., invece, F. M. IACOVIELLO, *Contro l'attuale teoria degli atti irripetibili*, cit., p. 3003.

<sup>9</sup> Le parole "e dal difensore" sono state aggiunte, come è noto, dall'art. 15, l. 7 dicembre 2000, n. 397. Per quel che riguarda il procedimento di formazione del fascicolo dibattimentale, la norma, come sostituita dall'art. 26, l. 16 dicembre 1999, n. 479, stabilisce che, immediatamente dopo l'emissione del decreto che dispone il giudizio, il giudice vi provvede nel contraddittorio delle parti. Se una delle parti ne fa richiesta, però, il giudice deve fissare una nuova udienza, non oltre il termine di quindici giorni, per la formazione del fascicolo. Sull'importanza della riforma della procedura di formazione, la quale accoglie risalenti auspici della dottrina, v., tra i tanti, E. M. CATALANO, *Udienza preliminare: conclusione e formazione dei fascicoli*, in AA.VV. *Trattato di procedura penale* (diretto da G. Spangher), III, Milanofiori Assago, 2009, pp. 955 ss.; L. CUOMO, *L'udienza preliminare*, Padova, 2001, p. 212.

che sia data lettura degli atti assunti dalla polizia giudiziaria<sup>10</sup>, dal pubblico ministero, dai difensori delle parti private<sup>11</sup> e dal giudice nel corso della udienza preliminare<sup>12</sup> quando, per fatti o circostanze imprevedibili, ne è divenuta impossibile la ripetizione<sup>13</sup>.

«Il punto di discriminare – 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 avvalorata 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 parzialità»<sup>14</sup>.

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

---

<sup>10</sup> 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, co. 2, d.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv., con modificazioni, in l. 7 agosto 1992, n. 356. Rileva O. MAZZA, *Giudizio di primo grado nel diritto processuale penale*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. I, p. 376, come siffatta estensione «va ascritta all'opera di progressivo adeguamento della disciplina del giudizio al principio di non dispersione probatoria».

<sup>11</sup> Quest'ultimo inciso è stato introdotto dall'art. 18, l. 7 dicembre 2000, n. 397.

<sup>12</sup> 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, G. CONSO, V. GREVI, G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale*, V, *Il progetto definitivo e il testo definitivo del codice*, Padova, 1990, p. 370.

<sup>13</sup> L'art. 2, d.l. 22 settembre 2006, n. 259, conv., con modificazioni, in l. 20 novembre 2006, n. 281, ha inserito il co. 1-bis: «È sempre consentita la lettura dei verbali relativi all'acquisizione ed alle operazioni di distruzione degli atti di cui all'articolo 240».

<sup>14</sup> S. BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, cit., pp. 71 s. M. NIGRO, *Atti irripetibili e limiti ai poteri probatori del giudice*, cit., p. 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».

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»<sup>15</sup>.

In essa, dunque, vengono condensati «la diversa funzione ed il rapporto di stretta complementarità 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»<sup>16</sup>.

L'art. 512 c.p.p.<sup>17</sup>, in altri termini, delinea i parametri operativi di una fattispecie acquisitiva di atti di indagine al fascicolo per il dibattimento 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»<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., p. 15.

<sup>16</sup> C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., pp. 16 s., 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».

<sup>17</sup> «Fine della norma» - evidenza T. CAVALLARO, *L'applicabilità dell'art. 512 c.p.p. al caso in cui la salute psicologica del teste minorenni sia a rischio*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 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 C. TAORMINA, *Il regime della prova nel processo penale*, cit., p. 463, la disposizione costituisce «il vero fulcro intorno al quale ruotano i pericoli per il nostro sistema processuale». Di contrario avviso, invece, A. BASSI, *Alcune riflessioni in materia di atti irripetibili alla luce della novella n. 356/92*, cit., p. 2114, secondo il quale la norma costituisce una «valvola di sicurezza del sistema».

<sup>18</sup> C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., p. 18. Ripercorre questo schema, poi, S. BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, cit., p. 81: «Nel corso dell'istruzione in dibattimento, il decidente è poi investito di uno specifico incarico da uno degli antagonisti: constatare che la forma assunta dall'atto è ormai diversa da quella originale, tanto che si è realizzata la pro-

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 subordinare la possibilità di lettura<sup>19</sup> – a dispetto della possibilità di dare lettura anche d'ufficio degli atti contenuti nel fascicolo per il dibattimento *ex art. 511 c.p.p.*<sup>20</sup> – consentono 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<sup>21</sup>.

L'atto, pertanto, deve, in questa evenienza e fatte comunque salve ipotesi di accordo tra le parti<sup>22</sup>, essere inserito nel fascicolo di parte trasmesso al pubblico ministero, potendo il giudice dibattimentale prenderne conoscenza soltanto per effetto

bilità contraria; quanto considerato al principio ripetibile è divenuto, nel frattempo, irripetibile».

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

<sup>20</sup> Possibilità, sottolinea S. BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, cit., p. 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.

<sup>21</sup> In questi termini D. GROSSO, *L'udienza preliminare*, cit., pp. 265 s. V., inoltre, G. FRIGO, *Commento all'art. 431 c.p.p.*, cit., p. 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)».

<sup>22</sup> Sull'acquisizione concordata di atti al fascicolo per il dibattimento v., tra i più recenti contributi, E. M. CATALANO, *Udienza preliminare: conclusione e formazione dei fascicoli*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale* (diretto da G. Spangher), cit., pp. 1000 ss.; A. CAPPA, *La discovery probatoria, l'elaborazione della prova e la prova “concordata” prima del dibattimento*, in AA.VV., *La prova penale* (diretto da A. Gaito), cit., pp. 342 ss.

del perfezionamento del meccanismo acquisitivo descritto dall'art. 512 c.p.p.<sup>23</sup>.

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 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.

## 2. LA FATTISPECIE DELINEATA DALL'ART. 512 C.P.P.

L'art. 512, co. 1 c.p.p. disciplina una fattispecie acquisitiva strutturata in maniera complessa<sup>24</sup>, mediante la quale si procede alla lettura di atti unilateralmente formati che, per fatti o circostanze imprevedibili, non sono suscettibili di ripetizione<sup>25</sup>.

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.

---

<sup>23</sup> D. GROSSO, *L'udienza preliminare*, cit., p. 266.

<sup>24</sup> «Si tratta» - osserva S. RENZETTI, *Art. 512 c.p.p.: una lettura garantista nel rispetto del principio del contraddittorio*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 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. G. ILLUMINATI, *Il nuovo dibattimento: l'assunzione diretta delle prove*, in *Foro it.*, 1988, c. 360.

<sup>25</sup> Come abbiamo già avuto modo di accennare, la norma compendia un co. 1-bis, introdotto dall'art. 2, d.l. 22 settembre 2006, n. 259, conv., con modificazioni, in l. 20 novembre 2006, n. 281.

A questo proposito, la Corte costituzionale<sup>26</sup> 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, giacché 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 assumerebbero una qualità diversa da quella del testimone "puro"<sup>27</sup>.

«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»<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> C. cost. (ord.), 8 marzo 2006, n. 112.

<sup>27</sup> V., sulle tematiche affrontate dalla Corte costituzionale, T. RAFARACI, *Dichiarazioni erga alios, letture e "impossibilità sopravvenuta": l'art. 513 c.p.p.*, in AA.VV., *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo. Un itinerario attraverso la giurisprudenza* (a cura di G. Di Chiara), Torino, 2009, pp. 304 ss.; G. DI CHIARA, *Dichiarazioni erga alios e letture acquisitive: i meccanismi di recupero del sapere preacquisito dall'imputato in procedimento connesso*, in AA.VV., *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio* (a cura di R. E. Kostoris), Torino, 2002, pp. 46 ss.; A. SANNA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nei procedimenti connessi*, Milano, 2000, pp. 163 ss.; G. DI PAOLO, *Preziose puntualizzazioni sugli artt. 512 e 513 c.p.p.*, in *Giur. cost.*, 2006, pp. 2569 ss.

<sup>28</sup> G. ICHINO, *Gli atti irripetibili e la loro utilizzabilità dibattimentale*, cit., p. 156.

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<sup>29</sup>.

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 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

---

<sup>29</sup> 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, C. CESARI, *Dichiarazioni irripetibili e metodo dialettico: i problemi di una coesistenza difficile*, cit., p. 251; S. BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, cit., p. 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, D. 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, pp. 878 ss.

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<sup>30</sup>.

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, co. 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, co. 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<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> 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, co. 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, C. cost. (ord.), 12 aprile 1996, n. 114, la quale ha dichiarato manifestamente infondata, in relazione agli artt. 3, 24, 25, 101 e 112 Cost., proprio sulla base dell'interpretazione estensiva patrocinata dalla Suprema Corte, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 431 lett. a) e b) e degli artt. 500, 503 e 512 c.p.p. In dottrina, in senso critico rispetto all'esegesi estensiva della norma, v. S. BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, cit., p. 91; C. CESARI, *Dichiarazioni irripetibili e metodo dialettico: i problemi di una coesistenza difficile*, cit., p. 253. Secondo G. GARUTI, *Utilizzabilità delle dichiarazioni orali di querela*, cit., p. 865, «mediante la lettura ai sensi dell'art. 511, comma 4, c.p.p., l'atto in cui sono riportate le dichiarazioni orali di querela esaurisce i propri effetti. Questa limitazione tende ad assicurare che le dichiarazioni del querelante, fondamentali ai fini della ricostruzione del fatto di reato, siano assunte nel pieno contraddittorio delle parti e non sostituite – mediante la c.d. lettura acquisizione (art. 512 c.p.p.) – da quelle contenute nella *notitia criminis*, volte a rimuovere la condizione di procedibilità». Ritieni condivisibili, invece, le affermazioni di principio contenute nelle pronunce della Suprema Corte, A. BASSI, *Alcune riflessioni in materia di atti irripetibili alla luce della novella n. 356/92*, cit., p. 2115. In senso adesivo v., inoltre, D. POTETTI, *L'art. 512 c.p.p. fra richiesta della parte e iniziativa del giudice ex art. 507 c.p.p.*, cit., pp. 877 s.

<sup>31</sup> Cass. pen., Sez. VI, 14 aprile 2003, n. 23807.



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»<sup>32</sup>.

L'irripetibilità, in altri termini, deve essere, oltre che sopravvenuta rispetto al momento di formazione dell'atto<sup>33</sup>, 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<sup>34</sup>, 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»<sup>35</sup>, dimostrava di ritenere il requisito immedesimato nel congegno acquisitivo che si andava a predisporre.

<sup>32</sup> C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., p. 122.

<sup>33</sup> Osserva G. ICHINO, *Gli atti irripetibili e la loro utilizzabilità dibattimentale*, cit., p. 157, come l'impossibilità di ripetizione debba intervenire in un momento successivo alla formazione dell'atto d'indagine.

<sup>34</sup> Critico rispetto alla dispersione di un dato descrittivo di notevole rilievo, tra gli altri, M. NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, p. 68. Egualmente, A. BASSI, *Alcune riflessioni in materia di atti irripetibili alla luce della novella n. 356/92*, cit., p. 2114, ritiene che il legislatore delegato abbia attenuato la rigidità della direttiva. Per G. ICHINO, *Gli atti irripetibili e la loro utilizzabilità dibattimentale*, cit., p. 156, l'omissione potrebbe integrare un difetto di conformità della norma rispetto alla legge di delega. Secondo C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., p. 127, invece, «non sembra [...] che la scomparsa dal testo dell'attributo "assoluta", che qualificava la non rinnovabilità dell'atto, sia un ostacolo eseggeticamente insuperabile».

<sup>35</sup> G. CONSO, V. GREVI, G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati*, IV, *Il progetto preliminare del 1988*, cit., p. 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 A. BASSI, *Alcune riflessioni in materia di atti irripetibili alla luce della novella n. 356/92*, cit., p.

Probabilmente l'aggettivo è apparso ridondante rispetto ad un'espressione qualificativa dal significato descrittivo notevolissimo<sup>36</sup>, 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»<sup>37</sup>.

Un significato, questo, che, in effetti, è stato nella sua assenza 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<sup>38</sup>.

---

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».

<sup>36</sup> E' questa l'opinione di C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., p. 127.

<sup>37</sup> C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., p. 127. Per T. CAVALLARO, *L'applicabilità dell'art. 512 c.p.p. al caso in cui la salute psicologica del teste minorenne sia a rischio*, cit., p. 1065, «nonostante [...] sia venuto meno, nella stesura definitiva della norma, il riferimento testuale al carattere assoluto dell'impossibilità di rinnovare la prova in dibattimento, tuttavia, l'eccezionalità della previsione normativa non sembra legittimarne un'interpretazione che possa prescindervi». La dottrina è unanime nel ritenere il carattere assoluto della situazione pregiudicante. V., per esempio, M. PANZAVOLTA, *Le letture di atti irripetibili al bivio tra «impossibilità oggettiva» e «libera scelta»*, cit., p. 3976, per il quale l'impossibilità deve essere assoluta, nel senso che «la situazione impossibilitante deve essere insuperabile e irreversibile». V., inoltre, C. 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., p. 1525, la quale fa riferimento ad una situazione impeditiva non superabile con i mezzi ordinari.

<sup>38</sup> Cass. pen., Sez. VI, 20 settembre 1993, Capodicasa. In senso conforme v., inoltre, Cass. pen., Sez. I, 14 ottobre 1999, n. 13765, secondo la quale, perché possa darsi lettura in dibattimento di verbali contenenti sommarie informazioni testimoniali sono necessarie due condizioni, consistenti nella sopravvenienza di una situazione imprevedibile nel momento in cui l'atto è stato assunto e nella non reiterabilità dell'atto in dipendenza di una situazione non ordinariamente superabile. Avuto riguardo al chiaro tenore letterale della norma e al suo carattere eccezionale rispetto al principio dell'oralità del processo, ad integrare tale seconda condizione non è sufficiente la mera difficoltà

Quest'ultima costituisce una prima conclusione che, nell'analisi che seguirà, può darsi per acquisita in relazione a qualsiasi tipologia di irripetibilità ed a prescindere da ulteriori approfondimenti concernenti la correlata nozione.

L'atto informativo è 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 verifica.

### 3. I FATTORI 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»<sup>39</sup>.

---

di ripetizione dell'atto, in quanto ciò comporterebbe una estensione della deroga oltre i limiti compatibili con le linee fondamentali del processo accusatorio. D'altra parte, osserva O. MAZZA, *Giudizio di primo grado nel diritto processuale penale*, cit., p. 376, le forzature nell'interpretazione dei presupposti della lettura non sono venute dalla giurisprudenza ordinaria, in genere rigorosa – come dimostrano le sentenze appena richiamate – nel pretendere una reale impossibilità di ripetizione dell'atto, ma dalla Corte costituzionale e dal legislatore.

<sup>39</sup> C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., p. 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. «Il pericolo di irripetibilità» - nota infatti - «trova tutela soltanto in fase predibattimentale, attraverso l'incidente probatorio, mentre in giudizio l'impossibilità di ripetizione non può essere oggetto di una nuova prognosi ai fini del recupero dell'atto di indagine ex art. 512 c.p.p.». Ritiene superfluo il requisito dell'attualità, invece, M. PANZAVOLTA, *Le letture di atti irripetibili al bivio tra «impossibilità oggettiva» e «libera scelta»*, cit., p. 3977, nt. 18, essendo ricompresso nel carattere dell'assolutezza. In senso critico rispetto all'espressione normativa v., poi, C. TAORMINA, *Il regime della prova nel processo penale*, cit., p. 463, per il quale «si potrà puntualizzare quanto si vuole che deve trattarsi di accadimenti precisi di cui la parte richiedente deve fornire prova assolutamente rigorosa e si potrà anche dire che una simile oggettività non fornisce margini valutativi per il giudice, ma nessuno potrà mai aggiungere alla previsione normativa una specificazione onde consentire una selezione tra fatti e fatti ovvero tra circostanze e circostanze, per non far sì che ognuna sia buona al raggiungimento dello scopo».

E' stata rivista, pertanto, la scelta operata dal vecchio codice processuale di stabilire in via preventiva i casi di irripetibilità sopravvenuta dell'atto<sup>40</sup>, 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 di carattere dichiarativo, 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, co. 3 c.p.p. consente di ravvisare i casi di impossibilità di ripetizione 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<sup>41</sup>.

Se la morte<sup>42</sup> non costituisce evenienza pregiudicante rispetto alla quale si sono poste particolari difficoltà interpretative e lo stesso discorso vale in relazione alla diversa ipotesi costituita dall'infermità – anche se, correttamente, è stato osservato che la seconda offre al giudicante più ampi margini di discre-

---

<sup>40</sup> 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, irripetibilità o inabilità.

<sup>41</sup> In questi termini v. C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., pp. 128 s., 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, S. 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, p. 618. La necessità di una lettura coordinata tra gli artt. 512 e 195 c.p.p. è sottolineata anche dalla Corte costituzionale. V., soprattutto, C. cost., 19 gennaio 1995, n. 20.

<sup>42</sup> 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, co. 1-bis c.p.p., la quale presuppone, in ogni caso, la potenziale attuabilità dell'audizione. Ritiene assimilabile alla morte biologica la dichiarazione di morte presunta, in dottrina, C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., p. 131. Circa la possibilità di acquisire, in caso di morte del dichiarante, 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.

zionalità<sup>43</sup> – più di un interrogativo ha posto l'ipotesi diversa<sup>44</sup> costituita dall'irreperibilità.

---

<sup>43</sup> C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., p. 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.

<sup>44</sup> Deve tenersi presente che C. cost., 19 gennaio 1995, n. 20 ha ritenuto che, ai fini della legittimità della lettura in dibattimento degli atti assunti dalla polizia giudiziaria, dal pubblico ministero e dal giudice nel corso dell'udienza preliminare, l'art. 512 c.p.p. postula la sola condizione dell'impossibilità di ripetizione degli stessi, a motivo di fatti o circostanze imprevedibili, fra i quali nulla autorizza ad escludere un'infermità del teste – da verificarsi sulla base di accertamenti che spetta al giudice del dibattimento valutare – determinante 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, S. BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, cit., p. 94. Una simile esegesi è criticata da C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., p. 162, sulla base dell'osservazione che l'art. 512 c.p.p. «fa riferimento a cause di irripetibilità che siano sopravvenute ed imprevedibili, ossia a fattori contingenti, che esulino dall'ordinario e precludano del tutto il rinnovo della prova». Successivamente, e opportunamente, la Corte costituzionale ha ritenuto la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 512 c.p.p., sollevata, in riferimento all'art. 111, co. 5 Cost., nella parte in cui consente la lettura degli atti assunti nel corso delle indagini preliminari solo quando ne è divenuta impossibile la ripetizione per fatti o circostanze imprevedibili, ritenendo erroneo il presupposto interpretativo, in quanto la situazione del testimone che afferma di non essere in grado di rispondere perché non ricorda fatti o circostanze riferiti in precedenza – dedotta a fondamento del quesito – non integra una ipotesi di oggettiva impossibilità di procedere all'assunzione dell'atto. V., per questa significativa presa di posizione, C. cost. (Ord.), 22 novembre 2001, n. 375. Secondo la Corte di cassazione, invece, il concetto di impossibilità di ripetizione degli atti, ai sensi dell'art. 512 c.p.p., con conseguente loro inserimento tramite semplice lettura tra le prove utilizzabili, 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, in senso critico, v. T. CAVALLARO, *L'applicabilità dell'art. 512 c.p.p. al caso in cui la salute psicologica del teste minorenni sia a rischio*, cit., p. 1067, secondo la quale «solo gli stati di infermità, fisica o psichica, che si traducono nell'inabilità del teste a deporre, intesa quale incapacità di deporre nel processo, integrando una sicura causa di impossibilità di ripetizione dell'atto, possono legittimare il recupero, ex art. 512 c.p.p., delle di-

Siffatta figura normativa, che in relazione alla figura del testimone deve essere ricostruita necessariamente in via interpretativa<sup>45</sup>, si traduce nell'impossibilità di rintracciarlo al fine di ottenerne la comparizione in dibattimento<sup>46</sup>.

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.<sup>47</sup>.

---

chiarazioni precedentemente rese>>. Per una ulteriore lettura v. S. 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., pp. 618 ss. Secondo Cass. pen., Sez. III, 10 ottobre 2007, n. 40195, rientra, tra le circostanze che legittimano, ai sensi dell'art. 512 c.p.p., la lettura delle dichiarazioni rese nella fase delle indagini preliminari, il blocco psicologico-emotivo del teste che, del tutto imprevedibilmente al momento delle indagini, inibisce allo stesso di deporre al dibattimento. Esclude che gli stati emotivi possano incidere sulla leggibilità ai sensi dell'art. 512 c.p.p., in particolare, C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., p. 163. In senso inverso sembra orientato, invece, G. SANTALUCIA, *Appunti in tema di atto irripetibile*, cit., c. 475, il quale richiama l'originario disposto dell'art. 500, co. 4 c.p.p. per concludere che «[l]'irripetibilità [...] è un concetto elastico, sì da comprendere, per quanto attiene alle dichiarazioni, e l'ipotesi di morte, sopravvenuta infermità di mente e irreperibilità del dichiarante e quella, dai toni più sfumati, che tien conto dell'impossibilità di riprodurre stati emotivi».

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

<sup>46</sup> V., in questa direzione, C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., p. 140. Nonché P. P. PAULESU, *Irreperibilità del testimone e sopravvenuta irripetibilità delle sue precedenti dichiarazioni*, cit., p. 3823.

<sup>47</sup> Negli stessi termini v., in dottrina, C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., p. 140. Ma v., altresì, C. CONTI, *Irreperibilità volontaria del dichiarante e utilizzabilità delle precedenti dichiarazioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 233; P. P. PAULESU, *Irreperibilità del testimone e sopravvenuta irripetibilità delle sue precedenti dichiarazioni*, cit., p. 3823; M. PANZAVOLTA, *Il testimone irreperibile alla luce dei principi costituzionali*, in *Cass. pen.*, 2003, pp. 3867. V., altresì, M. PANZAVOLTA, *Le letture di atti irripetibili al bivio tra «impossibilità oggettiva» e «libera scelta»*, cit., p. 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 disci-

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<sup>48</sup>.

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 riferibile al testimone non corrisponde a quello che opera in relazione all'imputato<sup>49</sup>.

Seguendo la medesima traccia ermeneutica, la Suprema Corte ha ritenuto che legittimamente si considera irreperibile

---

plina prevista per l'irreperibilità dell'imputato dagli artt. 159 e 160 c.p.p. anche al testimone, invece, S. RENZETTI, *Art. 512 c.p.p.: una lettura garantista nel rispetto del principio del contraddittorio*, cit., p. 147.

<sup>48</sup> 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, C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., pp. 142 ss., 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, co. 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, co. 3 c.p.p., si riverberi sull'ampiezza della nozione di irreperibilità rilevante ai sensi dell'art. 512 c.p.p.

<sup>49</sup> 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.

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<sup>50</sup>.

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<sup>51</sup>.

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<sup>52</sup>.

Inoltre, la necessità di fare i conti con i principi costituzionali sul giusto processo<sup>53</sup>, nella parte in cui consentono di derogare al principio del contraddittorio qualora vi sia un'oggettiva impossibilità di formazione della prova seguendo siffatto metodo, ha imposto di interpretare l'art. 512 c.p.p.<sup>54</sup> anche alla luce

---

<sup>50</sup> Cass. pen., Sez. V, 18 dicembre 1996, n. 1203. Considera, ovviamente in senso critico, "sbrigativa" la pronuncia in discorso, in dottrina, C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., p. 141, nt. 49.

<sup>51</sup> 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.

<sup>52</sup> Così Cass. pen., Sez. VI, 15 giugno 2011, n. 24039. 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, M. DANIELE, *Principi costituzionali italiani e ingerenze europee in tema di prova dichiarativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1011.

<sup>53</sup> Fa notare, infatti, S. RENZETTI, *Art. 512 c.p.p.: una lettura garantista nel rispetto del principio del contraddittorio*, cit., p. 141, come «la costituzionalizzazione dei principi sul giusto processo ha tracciato un percorso esegetico dai cui binari è difficile deviare se si intende rispettare appieno il canone del contraddittorio nella formazione della prova».

<sup>54</sup> 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.



dell'art. 526, co. 1-*bis* c.p.p.<sup>55</sup>, 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<sup>56</sup>.

La chiave di lettura che è sul punto prevalsa implica, quale logica conseguenza, che l'irreperibilità del teste, la quale pure è connessa ad un atto volontario, non determina automaticamente l'inutilizzabilità delle precedenti dichiarazioni, ma è un dato neutro che assume valenza ai fini dell'art. 526, co. 1-*bis* c.p.p. solo qualora sia connotata dalla volontà di sottrarsi all'esame, quest'ultima desumibile o da prova diretta o da presunzione collegata all'avvenuta citazione per il dibattimento<sup>57</sup>.

---

63), ma, evidenzia S. RENZETTI, *Art. 512 c.p.p.: una lettura garantista nel rispetto del principio del contraddittorio*, cit., p. 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».

<sup>55</sup> La necessità di tenere conto della clausola contenuta in tale disposizione è evidenziata, fra gli altri, da C. CONTI, *Irreperibilità volontaria del dichiarante e utilizzabilità delle precedenti dichiarazioni*, cit., p. 234. V., altresì, P. P. PAULESU, *Irreperibilità del testimone e sopravvenuta irripetibilità delle sue precedenti dichiarazioni*, cit., pp. 3818 ss., secondo il quale «prescelto un sistema nel quale la garanzia del contraddittorio dovrebbe segnare il confine tra ciò che è prova e ciò che non lo è, ne viene che il vaglio sulla imprevedibilità dell'evento che impedisce di sentire il dichiarante in dibattimento, pur continuando a rappresentare un momento imprescindibile dell'indagine volta a delineare i confini applicativi dell'art. 512 c.p.p., pare destinata ad assumere una posizione più "defilata" all'interno della cornice problematica sottesa a tale norma, dove sembra invece ritagliarsi un ruolo di primo piano, in virtù della forza dirompente della regola "di chiusura" dell'art. 526 co. 1-*bis* c.p.p., l'analisi della condotta di chi elude il contraddittorio dopo aver reso dichiarazioni etero incriminanti». Mette in rilievo M. PANZAVOLTA, *Il testimone irreperibile alla luce dei principi costituzionali*, cit., p. 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, co 4 Cost. e dall'art. 526, co. 1-*bis* c.p.p.

<sup>56</sup> 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 decisioni giurisprudenziali appena richiamate, M. PANZAVOLTA, *Il testimone irreperibile alla luce dei principi costituzionali*, cit., pp. 3866 ss.

<sup>57</sup> Cass. pen., Sez. I, 20 giugno 2006, n. 23571. V., in precedenza, Cass. pen., Sez. VI, 8 gennaio 2003, n. 8384. Rileva P. P. PAULESU, *Irreperibilità del testimone e sopravvenuta irripetibilità delle sue precedenti dichiarazioni*, cit., p. 3823, come ai fini di un costituzionalmente corretto funzionamento del

La non addebitabilità dell'impossibilità di ripetizione alla fonte di prova – addebitabilità 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<sup>58</sup>, la quale si completa, come avremo 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., co. 5 c.p.p. e 512 c.p.p.<sup>59</sup>.

Ne segue, come logico corollario, che la situazione di irreperibilità del dichiarante andrebbe accertata volta per volta ed in concreto, rivelandosi costituzionalmente eccezionale qualsiasi

---

meccanismo, assume rilievo soltanto l'ipotesi di irreperibilità preordinata, non ascrivibile a situazioni di forza maggiore. Nello stesso senso v., inoltre, S. RENZETTI, *Art. 512 c.p.p.: una lettura garantista nel rispetto del principio del contraddittorio*, cit., pp. 145 ss., la quale perviene alla medesima conclusione valorizzando la portata immediatamente precettiva dell'art. 111, co. 4 seconda parte Cost.

<sup>58</sup> Ma v., in senso critico rispetto a siffatta ricostruzione, M. PANZAVOLTA, *Le letture di atti irripetibili al bivio tra «impossibilità oggettiva» e «libera scelta»*, cit., p. 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.

<sup>59</sup> Così, fra i tanti, S. RENZETTI, *Art. 512 c.p.p.: una lettura garantista nel rispetto del principio del contraddittorio*, cit., p. 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, co. 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. P. 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, pp. 872 ss.

tentativo di accreditare figure di irreperibilità intrinseche ad un particolare *status* del dichiarante<sup>60</sup>.

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<sup>61</sup>.

Conclusioni, 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, co. 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<sup>62</sup>.

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<sup>63</sup>.

#### 4. LA MODIFICAZIONE DELL'OGGETTO QUALE FATTORE PREGIUDICANTE LA RINNOVAZIONE DI ATTI D'INDAGINE.

L'art. 392, co. 1 lett. f) c.p.p., come è noto, dispone che nel corso delle indagini preliminari il pubblico ministero e la persona sottoposta alle indagini possono chiedere al giudice che si

---

<sup>60</sup> V., per questo rilievo, P. P. 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.

<sup>61</sup> Cass. pen., Sez. III, 8 luglio 2004, n. 38682.

<sup>62</sup> M. PANZAVOLTA, *Le letture di atti irripetibili al bivio tra <impossibilità oggettiva> e <libera scelta>*, cit., p. 3991.

<sup>63</sup> Cass. pen., Sez. III, 14 aprile 2004, n. 24195. Di recente v., altresì, Cass. pen., Sez. II, 16 giugno 2009, n. 29949.

proceda con le forme dell'incidente probatorio all'effettuazione di una perizia<sup>64</sup> o di un esperimento giudiziale<sup>65</sup>, 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<sup>66</sup> – 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.

---

<sup>64</sup> V., in relazione a siffatto mezzo di prova, P. P. RIVELLO, *Perito e perizia*, in *Dig. disc. pen.*, IX, pp. 469 ss.; G. VARRASO, *La prova tecnica*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale* (diretto da G. Spangher), II, t. 1, Milanofiori Assago, 2009, pp. 225 ss.

<sup>65</sup> Come è noto, l'art. 218 c.p.p. ("Presupposti dell'esperimento giudiziale") consente l'ammissione del mezzo di prova quando occorre accertare se un fatto sia o possa essere avvenuto in un determinato modo. Esso, infatti, consiste nella riproduzione, per quanto è possibile, della situazione in cui il fatto si afferma o si ritiene essere avvenuto e nella ripetizione delle modalità di svolgimento del fatto stesso. Per un'analisi dell'istituto v., fra gli altri, G. BARONE, *Esperimento giudiziale*, in *Dig. disc. pen.*, IV, pp. 336 ss.; ID, *Esperimenti giudiziali*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, pp. 604 ss. Di recente, inoltre, v. G. VARRASO, *La prova tecnica*, cit., pp. 313 ss.; A. ALLEGRO, *Esperimento giudiziale*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. III, pp. 447 ss.

<sup>66</sup> Secondo F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 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, G. VARRASO, *La prova tecnica*, cit., p. 315; ma anche A. ALLEGRO, *Esperimento giudiziale*, cit., p. 450, secondo il quale la preclusione è dovuta ad una pluralità di ragioni: «innanzitutto, perché le attività eseguite nella fase investigativa preliminare ed orientate all'esercizio dell'azione penale non sono dirette alla acquisizione di prove in senso tecnico onde non può [essere] assunto un mezzo di prova; poi, perché non è previsto alcun atto equivalente all'esperimento giudiziale esperibile nelle indagini preliminari». In senso contrario v., però, C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., pp. 168 s., nt. 89, secondo la quale il fatto che la normativa codicistica si preoccupi di disciplinare espressamente determinati atti non toglie che al pubblico ministero sia affidato il compimento di ogni attività necessaria ai fini indicati nell'art. 326 c.p.p., senza alcun vincolo in ordine all'espletamento degli atti descritti nelle norme successive. La preclusione rispetto all'effettuazione di esperimenti giudiziali in fase investigativa produrrebbe, tra l'altro, «un'intollerabile vincolo negativo per il pubblico ministero, il quale, per determinarsi in ordine all'azione penale, accertare i gravi indizi di colpevolezza a fini cautelari, formare una base probatoria utile anche agli eventuali riti speciali, non potrebbe mai avvalersi della riproduzione artificiale di un fatto rilevante per l'accertamento giudiziale». In senso favorevole all'ammissibilità di atti investigativi equivalenti all'esperimento giudiziale v., inoltre, G. BARONE, *Esperimenti giudiziali*, cit., p. 605.

Se però, del tutto imprevedibilmente, l'atto diviene irripetibile per la sopraggiunta alterazione del dato oggetto dell'atto accertativo, la documentazione del corrispondente atto di indagine si presta all'operazione acquisitiva disciplinata dall'art. 512 c.p.p.<sup>67</sup>.

L'art. 392 c.p.p., che abbiamo visto costituire il referente investigativo fondamentale ai fini della realizzazione di un solido legame tra atti investigativi non dichiarativi w art. 512 c.p.p., 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 preventivamente si conosca l'inutilizzabilità del risultato come mezzo di prova<sup>68</sup>.

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<sup>69</sup>.

---

<sup>67</sup> Nota C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., p. 165, come l'impossibilità, trattandosi di prove di natura composita, 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, pronunciandosi in fase di indagine, non sia più in condizioni di deporre in giudizio. In quest'ultima ipotesi, ovviamente, si versa in caso di sopravvenuta impossibilità di ripetizione della testimonianza.

<sup>68</sup> Cass. pen., Sez. II, 27 gennaio 1995, n. 2380.

<sup>69</sup> V. C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., pp. 166 s., la quale richiama l'ipotesi di un esperimento giudiziale volto a determinare il tempo necessario a coprire in auto un determinato percorso per individuare, quali fattori idonei a rendere processualmente inutile l'atto, modi-

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 verifica di fatti tali da incidere sull'oggetto dell'atto investigativo in modo da rendere impossibile un'attendibile effettuazione del corrispondente atto probatorio<sup>70</sup>.

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<sup>71</sup>.

Negli stessi termini, in epoca meno risalente, è stato affrontato il tema dell'accertamento tecnico sul "dna" eseguito dalla

---

ficazioni urbanistiche, trasformazioni del territorio ovvero calamità naturali che abbiano alterato il tracciato.

<sup>70</sup> Come avviene, fa notare a titolo esemplificativo C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., p. 166, nel caso dell'analisi su campioni di sostanza stupefacente deterioratisi in maniera tale da non permettere di stabilire la quantità di principio attivo.

<sup>71</sup> 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 essere acquisito ed utilizzato per la decisione. Ciò deriva dal combinato disposto degli artt. 431 lett. b) e 512 c.p.p., i quali, rispettivamente, dichiarano inseribili nel fascicolo del dibattimento solo i verbali degli atti non ripetibili della polizia giudiziaria ed autorizzano la lettura di quelli della medesima di cui sia divenuta impossibile la ripetizione per fatti imprevedibili. Detto divieto, che riguarda la stessa acquisibilità della prova dibattimentale e non la sua regolarità formale, comporta inutilizzabilità dell'accertamento ripetibile.

polizia giudiziaria nel corso delle indagini preliminari ai sensi dell'art. 348 c.p.p.

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<sup>72</sup>.

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.<sup>73</sup>.

##### 5. L'IMPREVEDIBILITÀ DEL FATTORE IMPEDITIVO DELLA RINNOVAZIONE.

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<sup>74</sup>.

La lettura dell'atto compiuto nella fase pregressa, invero, è consentita soltanto quando l'impossibile reiterazione dibattimentale di esso trae origine da fatti o circostanze imprevedibili.

La previsione del requisito in discorso – definito, in dottrina, sfuggente ed oscuro<sup>75</sup> – è legata alla necessità di assicurare

---

<sup>72</sup> Cass. pen., Sez. I, 14 febbraio 2002, n. 11886. Nell'occasione, la Corte ha precisato che non potrebbe considerarsi fatto imprevedibile di natura oggettiva il rifiuto dell'imputato di sottoporsi a prelievo ematico, dal momento che tale condotta rientra tra i diritti della persona costituzionalmente protetti.

<sup>73</sup> Cass. pen., Sez. I, 14 febbraio 2002, n. 11886.

<sup>74</sup> Rileva correttamente C. 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.».

<sup>75</sup> F. M. IACOVIELLO, *Contro l'attuale teoria degli atti irripetibili*, cit., p. 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: «Infatti, l'atto di cui è sopravvenuta l'irripetibilità può nuocere alla difesa, ma potrebbe anche giovarle. Ora, quando una prova giova alla difesa e non è utilizzabile perché l'irripetibilità era prevedibile e il p.m. non ha promosso l'incidente probatorio, si produce una situazione singolare: la colpa è del p.m., il danno è della difesa. Per schivare l'incostituzionalità la norma dovrebbe essere interpretata così: se la colpa è del p.m. l'atto è inutilizzabile se giova all'accusa, è utilizzabile, a richiesta della difesa, se giova ad essa». Da più parti, in dottrina, è stata lamentata l'eccessiva elasticità del presupposto dell'imprevedibilità. V.,

un corretto impiego della norma, neutralizzando il rischio di distorsioni utilizzative, ossia funzionali all'elusione delle garanzie connesse all'acquisizione mediante le forme dell'incidente probatorio<sup>76</sup>.

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"<sup>77</sup>.

---

tra i tanti, G. ILLUMINATI, *Il nuovo dibattimento: l'assunzione diretta delle prove*, cit., c. 360; G. UBERTIS, *Giudizio di primo grado*, in *Dig. disc. pen.*, V, p. 535; nonché C. TAORMINA, *Il regime della prova nel processo penale*, cit., p. 465, per il quale la norma, mediante la previsione di siffatto requisito, «continua ad aggiungere vuoto su vuoto». Sulla conformità a Costituzione di siffatto presupposto, quale ipotesi specificativa del requisito costituzionale dell'oggettività dell'impossibilità ex art. 111, co. 5 Cost., v. M. PANZAVOLTA, *Le letture di atti irripetibili al bivio tra «impossibilità oggettiva» e «libera scelta»*, cit., p. 3983; nonché S. RENZETTI, *Art. 512 c.p.p.: una lettura garantista nel rispetto del principio del contraddittorio*, cit., p. 145, la quale ritiene che il requisito si equivalga con quello costituzionale, sul presupposto, tuttavia, che l'oggettività di cui alla norma costituzionale sia interpretata nel senso di una situazione non evitabile e quindi non imputabile alla parte processuale. Sottolinea C. CESARI, *Dichiarazioni irripetibili e metodo dialettico: i problemi di una coesistenza difficile*, cit., pp. 249 s., 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, P. P. PAULESU, *Irreperibilità del testimone e sopravvenuta irripetibilità delle sue precenti dichiarazioni*, cit., p. 3821.

<sup>76</sup> «Il meccanismo delle letture» - osserva correttamente C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., p. 177 - «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». Sottolinea l'importanza del profilo dell'imprevedibilità nell'ottica impeditiva di eventuali abusi delle parti diretti ad eludere il ricorso all'incidente probatorio, altresì, T. CAVALLARO, *L'applicabilità dell'art. 512 c.p.p. al caso in cui la salute psicologica del teste minorenni sia a rischio*, cit., p. 1065. V., inoltre, F. FALATO, *L'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari: sistemi di «recupero»*, cit., p. 1821.

<sup>77</sup> G. CONSO, V. GREVI, G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati*, IV, *Il progetto preliminare del 1988*, cit., p. 1149.



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, co. 3 c.p.p., unitamente alle prove ed agli indizi che ne confermasero l'attendibilità<sup>78</sup>.

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.

Ovvio che, per potere funzionare, un meccanismo di recupero di atti investigativi che sia incentrato sull'imprevedibilità necessiti della previsione 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.

Come sappiamo, siffatto strumento è individuato dal legislatore 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»<sup>79</sup>.

La previsione di una fattispecie acquisitiva fondata sul carattere imprevedibile della causa dell'irripetibilità completa e

---

<sup>78</sup> Così il parere espresso dalla Corte di cassazione, in G. CONSO, V. GREVI, G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati*, IV, *Il progetto preliminare del 1988*, cit., p. 1149.

<sup>79</sup> C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., p. 78. Evidenzia M. PANZAVOLTA, *Le letture di atti irripetibili al bivio tra «impossibilità oggettiva» e «libera scelta»*, cit., p. 3977, come l'imprevedibilità costituisca l'elemento «che mette in sinergia l'istituto in questione con l'incidente probatorio». V., inoltre, C. 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., p. 1522, la quale pone in rilievo la funzione antielusiva del requisito dell'imprevedibilità rispetto all'istituto dell'incidente probatorio.

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»<sup>80</sup>.

Posto che il controllo dei presupposti legittimanti la lettura *ex art.* 512 c.p.p. deve essere effettuato dal giudice dibattimentale<sup>81</sup>, il criterio di valutazione 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»<sup>82</sup>.

Se sul punto concernente il ricorso alla metodologia valutativa della prognosi postuma non sono riscontrabili contrasti in dottrina<sup>83</sup> ed in giurisprudenza<sup>84</sup>, ha dato luogo a diversità di

---

<sup>80</sup> C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., p. 78. La coerenza del sistema è messa in evidenza, altresì, da M. PANZAVOLTA, *Le letture di atti irripetibili al bivio tra «impossibilità oggettiva» e «libera scelta»*, cit., pp. 3977 s., 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., poiché «quando non sia stato richiesto l'incidente probatorio per fonti di prova per le quali vi erano sintomi di una futura irreversibile indisponibilità non è possibile richiedere il recupero delle dichiarazioni rese dal testimone nelle fasi preliminari».

<sup>81</sup> 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, G. ICHINO, *Gli atti irripetibili e la loro utilizzabilità dibattimentale*, cit., p. 157.

<sup>82</sup> C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., p. 178. ID., *Dichiarazioni irripetibili e metodo dialettico: i problemi di una coesistenza difficile*, cit., p. 243 ss. Con limpidezza, M. PANZAVOLTA, *Le letture di atti irripetibili al bivio tra «impossibilità oggettiva» e «libera scelta»*, cit., p. 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.

<sup>83</sup> «Il concetto» - evidenzia M. PANZAVOLTA, *Le letture di atti irripetibili al bivio tra «impossibilità oggettiva» e «libera scelta»*, cit., p. 3978 - «indica un'operazione logica precisa: il giudicante è chiamato a riprodurre mentalmente la valutazione prognostica che la parte istante ha effettuato in

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<sup>85</sup>.

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<sup>86</sup> 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 plerumque accidit*, l'intervento di fattori incidenti negativamente sulla ripetibilità<sup>87</sup>.

---

sede di indagine, verificandone la correttezza, a prescindere dagli accadimenti che abbiano avuto luogo in concreto». Secondo S. BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, cit., p. 82, il giudice deve compiere un esame a ritroso, per apprezzare se la gamma di informazioni a disposizione della parte era tale da provocare il convincimento che l'irripetibilità fosse confinata nell'area del "semplicemente eventuale". V., nello stesso senso e nell'ambito di un orientamento pacifico, A. BASSI, *Alcune riflessioni in materia di atti irripetibili alla luce della novella n. 356/92*, cit., p. 2115; C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., p. 178; G. ICHINO, *Gli atti irripetibili e la loro utilizzabilità dibattimentale*, cit., p. 157; P. P. PAULESU, *Irreperibilità del testimone e sopravvenuta irripetibilità delle sue precedenti dichiarazioni*, cit., p. 3821; C. 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., p. 1523.

<sup>84</sup> 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.

<sup>85</sup> Cass. pen., Sez. III, 13 febbraio 2007, n. 25110.

<sup>86</sup> 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.

<sup>87</sup> 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, T. CAVALLARO, *L'applicabilità dell'art. 512 c.p.p. al caso in cui la salute psicologica del teste minorenne sia a rischio*, cit., p. 1065; C. 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., p. 1522; A. BASSI, *Alcune riflessioni in materia di atti irripetibili alla luce della novella n.*

Molto più ambiguamente, infine, un ulteriore orientamento ha individuato nelle indagini preliminari l'arco temporale di riferimento della valutazione attinente alla prevedibilità<sup>88</sup>.

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<sup>89</sup>.

---

356/92, cit., p. 2115, secondo il quale il giudice «deve verificare che le condizioni esistenti al momento in cui l'atto fu compiuto durante le indagini preliminari non facessero prevedere la futura impossibilità di rinnovarlo a dibattimento e, dunque, non rendessero doveroso il ricorso agli strumenti previsti dal codice per l'assunzione anticipata della prova non rinviabile ed, in particolare, l'incidente probatorio». V., inoltre, C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., pp. 195 ss., 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»).

<sup>88</sup> Cass. pen., Sez. II, 18 ottobre 2007, n. 43331. V., tra le più risalenti, Cass. pen., Sez. I, 11 novembre 1992, Betancor, secondo la quale l'imprevedibilità dei fatti e delle circostanze, che rendono impossibile la ripetizione degli atti investigativi, deve essere riguardata non con riferimento al momento dibattimentale, ma a quello delle indagini preliminari, nel quale sarebbe stato alternativamente possibile – ove fosse sorta, per fondato motivo, la contraria prevedibilità dell'assenza del testimone nel dibattimento – accedere all'incidente probatorio. E' a tale momento, comunque, che il giudice dibattimentale deve ricondursi, con criterio *ex ante*, per formulare diagnosi di prevedibilità o di imprevedibilità.

<sup>89</sup> 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 loro disposizione, C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., p. 180.

## 6. UN CASO PARTICOLARE: LA DICHIARAZIONE DEL TESTIMONE MORENTE.

Posto che, come più volte ribadito, 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 considerarsi come originariamente ripetibili.

L'irripetibilità, in altri termini, 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.<sup>90</sup>.

«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»<sup>91</sup>.

Predisposto lo schema, 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<sup>92</sup>.

La costruzione appena illustrata è stata posta in discussione, però, dinanzi alla situazione che si verifica nel caso in cui l'elemento dichiarativo sia offerto da persona che versi in fin di vita<sup>93</sup>, vicenda peculiarmente caratterizzata che è stata esamina-

<sup>90</sup> C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., p. 78.

<sup>91</sup> C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., p. 78.

<sup>92</sup> C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., p. 79. Negli stessi termini v., in precedenza, M. D'ANDRIA, *Un tentativo di definizione degli atti non ripetibili*, cit., p. 1351.

<sup>93</sup> 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 M. D'ANDRIA, *Un tentativo di definizione degli atti non ripetibili*, cit., p. 1351, il quale definisce l'ipotesi, però, «quasi scolastica».

ta dalla Corte di cassazione alcuni anno addietro e risolta interamente nell'ambito della situazione normativa delineata dall'art. 512 c.p.p.<sup>94</sup>.

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.

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

---

<sup>94</sup> Il riferimento è, ovviamente, a Cass. pen., Sez. I, 23 gennaio 1995, n. 5168.

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<sup>95</sup>.

La decisione della Corte, come può notarsi, ruota intorno all'evolversi della vicenda in concreto sottoposta al suo esame ed alla possibilità di inquadramento di essa nell'ambito della fattispecie complessa delineata dall'art. 512 c.p.p., seguendo evidentemente una prospettazione che esclude che gli atti a contenuto dichiarativo possano configurare atti originariamente irripetibili.

E' questa premessa, tuttavia, ad essere posta in discussione da parte della dottrina, sulla base del rilievo che, così come l'irripetibilità sopravvenuta, anche l'irripetibilità originaria può dipendere da cause estrinseche<sup>96</sup>.

Ed allora, poiché l'art. 431 c.p.p. non contiene alcun accenno alla distinzione tra i casi in cui l'irripetibilità è intrinseca all'atto stesso – come avviene, si ritiene, per i mezzi di ricerca della prova naturalmente irripetibili perché fondati sul fattore sorpresa – e gli altri casi in cui l'atto, pacificamente irripetibile *ab origine*, sia tale per cause estrinseche, quali la morte o l'irreperibilità del dichiarante<sup>97</sup>, la prospettazione che viene offerta individua nella possibilità di ricorrere efficacemente all'incidente probatorio l'elemento distintivo della tipologia di irripetibilità – originaria ovvero sopravvenuta – che affligge l'atto investigativo di natura dichiarativa.

Pertanto, secondo lo schema configurato dai sostenitori della tesi disattesa dalla Suprema Corte<sup>98</sup>, le dichiarazioni rese in

<sup>95</sup> Cass. pen., Sez. I, 23 gennaio 1995, n. 5168.

<sup>96</sup> F. M. IACOVIELLO, *Contro l'attuale teoria degli atti irripetibili*, cit., p. 3003. Negli stessi termini v. F. FALATO, *L'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari: sistemi di «recupero»*, cit., p. 1823.

<sup>97</sup> F. FALATO, *L'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari: sistemi di «recupero»*, cit., p. 1823.

<sup>98</sup> In giurisprudenza, tuttavia, v. Cass. pen., Sez. un., 17 ottobre 2006, n. 41281, la quale, dopo avere ribadito che per verificare a quale nozione di irri-

fase d'indagine che dimostrino *ab origine* una impossibilità concreta di essere ripetute in dibattimento, possono essere inserite nel fascicolo per il dibattimento ai sensi dell'art. 431 c.p.p. soltanto quando l'impossibilità di ricorrere all'incidente probatorio è coeva all'assunzione dell'atto da parte degli investigatori<sup>99</sup>.

Nelle altre ipotesi, invece, si esce dall'ambito operativo dell'art. 431 c.p.p. e, pertanto, si deve distinguere a seconda che l'impossibilità di attivare lo strumento di acquisizione anticipata della prova, verificatasi in un momento successivo all'assunzione dell'atto d'indagine, era prevedibile ed evitabile ovvero imprevedibile o comunque inevitabile, operando una situazione di inutilizzabilità nel primo caso, di irripetibilità *ex art.* 512 c.p.p. nel secondo<sup>100</sup>.

Impostazione, come già detto, disattesa dalla Corte di cassazione, anche se un passaggio contenuto in Cass. pen., Sez. un., 17 ottobre 2006, n. 41281 restituisce vigore alla disputa teorica: dopo avere ribadito, infatti, che per verificare a quale nozione di irripetibilità abbia fatto riferimento l'art. 431 c.p.p. occorre procedere con un criterio di esclusione "considerando che mai potranno essere considerate originariamente irripetibili le dichiarazioni che, nell'impianto accusatorio del nostro codice, costituiscono il tipico esempio di atto ripetibile con modalità narrative", la Corte ha avuto modo di precisare che "unica eccezione potrebbe essere oggi ritenuta quella delle dichiarazioni rese da persona in punto di morte".

E' l'apertura di una prospettiva, tutta, però, da coltivare.

---

petibilità abbia fatto riferimento l'art. 431 c.p.p. occorre procedere con un criterio di esclusione "considerando che *mai potranno essere considerate originariamente irripetibili le dichiarazioni* che, nell'impianto accusatorio del nostro codice, costituiscono il tipico esempio di atto ripetibile con modalità narrative", ha modo di precisare che "unica eccezione potrebbe essere oggi ritenuta quella delle dichiarazioni rese da persona in punto di morte".

<sup>99</sup> F. M. IACOVIELLO, *Contro l'attuale teoria degli atti irripetibili*, cit., p. 3010. Negli stessi termini v., inoltre, F. FALATO, *L'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari: sistemi di «recupero»*, cit., p. 1823.

<sup>100</sup> F. M. IACOVIELLO, *Contro l'attuale teoria degli atti irripetibili*, cit., p. 3010. V., altresì, F. FALATO, *L'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari: sistemi di «recupero»*, cit., p. 1823; C. 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., p. 1523.



## CAPITOLO VI

### IL CONCETTO DI IRRIPETIBILITA'

SOMMARIO: 1. L'atto irripetibile nell'ambito del sistema c.d. del «doppio fascicolo». - 2. L'assenza di una definizione normativa di atto irripetibile. - 3. La «sorpresa» come carattere tipico dell'atto irripetibile. - 4. La concezione «empirica» dell'irripetibilità. - 5. La non recuperabilità del risultato probatorio come sinonimo di irripetibilità. - 6. La nozione costituzionale di irripetibilità. - 7. L'irripetibilità quale nozione complessa. - 8. L'ultimo approdo della Suprema Corte: Sezioni Unite, 18 dicembre 2006, n. 41281.

#### 1. L'ATTO IRRIPETIBILE NELL'AMBITO DEL SISTEMA C.D. DEL «DOPPIO FASCICOLO».

La nozione di atto irripetibile è, tra quelle utilizzate dal legislatore, senza dubbio una tra le più sfuggenti<sup>1</sup>, soprattutto in ragione del fatto che di essa ha preferito non fornire una definizione, sebbene si tratti di un concetto che ricorre in numerose e fondamentali norme del codice processuale<sup>2</sup>.

Si tratta di un concetto nuovo da un punto di vista normativo, non figurando nel codice abrogato come categoria generale,

---

<sup>1</sup> C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti d'indagine*, cit., p. 1, parla di nozione tra le più «evanescenti» dell'attuale impianto codicistico.

<sup>2</sup> Si tratta, in particolare, delle seguenti disposizioni: art. 26, co. 2 (dichiarazioni rese al giudice incompetente); art. 238, co. 3 (acquisizione della documentazione di atti di altro procedimento); art. 431, co. 1 (contenuto del fascicolo per il dibattimento); art. 360 (accertamenti tecnici non ripetibili); art. 512 (lettura di atti); art. 117 disp. att. (accertamenti tecnici che provocano la modificazione dell'oggetto); art. 223 disp. att., co. 3, c.p.p. (analisi di campioni).

sebbene nella produzione giurisprudenziale e nell'elaborazione dottrinale relative a quel codice fosse emersa la distinzione tra atti "ripetibili" ed atti "irripetibili", soprattutto nell'ambito della discussione relativa al ruolo della difesa durante la fase istruttoria.

In particolare, la differenza venne evidenziata dalla Corte costituzionale, innanzitutto, nella sent. 13 aprile 1972, n. 63, la quale ritenne legittima l'esclusione del difensore dell'imputato dall'esame testimoniale svolto in fase predibattimentale, prevista dall'art. 304-*bis* c.p.p. 1930, sulla base della considerazione che le deposizioni istruttorie costituiscono atti non definitivi, da rinnovare in sede dibattimentale nella pienezza del contraddittorio e con tutte le garanzie sostanziali e formali funzionali al controllo dei dati fino a quel momento acquisiti e resi noti alla difesa mediante il precedente deposito<sup>3</sup>.

In linea generale, quindi, la Corte soggiunse che la ripetibilità degli atti, contrapposta all'irripetibilità che, in particolari situazioni, potrebbe compromettere la posizione della difesa, va considerata "primario criterio distintivo per ammettere o escludere motivatamente l'intervento del difensore, in sede istruttoria"<sup>4</sup>.

Ne conseguì, sulla base di questa fondamentale premessa argomentativa, la declaratoria d'incostituzionalità del combinato disposto degli artt. 304-*bis*, 357 e 364 c.p.p. 1930, ordinato normativo il quale non prevedeva la partecipazione della difesa all'atto acquisitivo della testimonianza assunta a futura memoria ed al confronto tra imputato e testimone assunto a futura memoria, nonostante fosse prevedibile l'irripetibilità in giudizio dell'atto probatorio<sup>5</sup>.

Dall'impostazione seguita nelle sentenze appena citate<sup>6</sup> discesse, quale logico corollario, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 462, co. 1 e 3 c.p.p. 1930, laddove consentiva la

---

<sup>3</sup> C. cost., 13 aprile 1972, n. 63.

<sup>4</sup> C. cost., 13 aprile 1972, n. 63.

<sup>5</sup> C. cost., 13 aprile 1972, n. 64. La sentenza, infatti, censurò la disciplina legislativa laddove escludeva che il difensore potesse assistere ad un atto istruttorio che essa stessa prevedeva come irripetibile e, in tal modo statuendo, consentiva che fosse definitivamente acquisita al processo una prova sulla quale la difesa non aveva potuto, né avrebbe potuto in seguito, interloquire con quei mezzi (domande, contestazioni, ecc.) che, invece, essa era in grado di dispiegare a proposito della normale testimonianza, ripetuta in dibattimento.

<sup>6</sup> V., per una sintetica ricostruzione di essa, G. LOZZI, *Lecture testimoniali e diritto di difesa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, pp. 875 ss.

lettura delle deposizioni istruttorie rese dal testimone irripetibile, assente dallo Stato, deceduto o inabile a deporre al tempo del giudizio, sebbene il difensore non avesse partecipato al compimento dell'atto.

Secondo il giudice *a quo*, infatti, dalle pronunce della Corte costituzionale si sarebbe dovuto desumere il principio che una lesione del diritto di difesa sarebbe stata configurabile tutte le volte in cui non fosse stato possibile ripetere l'assunzione in dibattimento del mezzo istruttorio<sup>7</sup>.

Con la sent. 9 novembre 1973, n. 154, tuttavia, la Corte costituzionale dichiarò infondata la questione prospettata sull'assunto che l'ipotesi di irripetibilità in questione fosse la conseguenza di "ostacoli obiettivi ed eccezionali postumi"<sup>8</sup>.

La tematica dell'irripetibilità dell'atto acquisisce un rilievo del tutto peculiare, che va oltre i confini disegnati dall'ampiezza delle garanzie difensive per investire i meccanismi di selezione degli atti conoscibili dal giudice del processo, nei sistemi processuali di ispirazione accusatoria, strutturalmente caratterizzati dal principio della separazione delle fasi, secondo il quale, come più volte ribadito, «la fase anteriore al giudizio è costituita da un'indagine di parte tendenzialmente preordinata all'esercizio dell'azione penale (ed i cui atti, dunque, hanno in linea di massima un'efficacia probatoria limitata e interna alla fase stessa), mentre il dibattimento è la sede propria dell'acquisizione probatoria ai fini del giudizio, *per contraddittorio e in contraddittorio* – essenzialmente orale – delle parti»<sup>9</sup>.

Siffatto principio, invero, esige innanzitutto la previsione di specifiche regole di esclusione che impediscano di utilizzare

---

<sup>7</sup> Così, in dottrina, G. LOZZI, *Letture testimoniali e diritto di difesa*, cit., p. 880.

<sup>8</sup> C. cost., 9 novembre 1973, n. 154.

<sup>9</sup> G. FRIGO, *Commento all'art. 431 c.p.p.*, cit., p. 713. Su questo tema v., fra i tanti e nell'imminenza dell'entrata in vigore del nuovo codice, D. SIRACUSANO, *Vecchi schemi e nuovi modelli per l'attuazione di un processo di parti*, cit., pp. 84 ss. Evidenzia M. NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, cit., p. 63, come l'idea chiave del modello processuale prescelto dal legislatore del 1988 – di stampo accusatorio – risieda nella consapevolezza che «[l]'attività probatoria [...] non si risolve nel trasferire, dall'esterno all'interno del procedimento [...] dati che stiano all'intorno, pezzi di realtà solo da scoprire, afferrare, fotografare e che risultino imm modificabili, identici, quale che sia il modo con cui si agisce e indipendentemente da coloro che provvedono».

come prova il contenuto ed i risultati delle indagini preliminari<sup>10</sup>.

L'insufficienza di esse – è stato notato, infatti, che «il solo fatto di porre a disposizione del giudice la documentazione degli atti della fase anteriore finisca non solo per condizionarne, se non altro psicologicamente, il giudizio, ma anche per “prevenire” il giudice stesso, orientandone o talora sbilanciandone i comportamenti già nel corso dell'acquisizione probatoria dibattimentale»<sup>11</sup> – rende però necessario che il sistema preveda un effettivo meccanismo di sbarramento che ponga insuperabili limiti cognitivi ad atti inutilizzabili in funzione probatoria.

Ne consegue che i sistemi processuali di tipo accusatorio prevedono sempre specifici meccanismi di separazione degli atti suscettibili di acquisire efficacia probatoria, per questo motivo raccolti in un apposito fascicolo e resi conoscibili dal giudice del dibattimento tramite la trasmissione di esso, da quelli inutilizzabili ai fini della decisione sul merito della *res iudicanda*, riservati alla cognizione esclusiva delle parti.

Non è un caso, allora, che la nozione di atto irripetibile compaia per la prima volta sul versante delle ipotesi di codificazione nel progetto preliminare del 1978, predisposto in attuazione della legge di delega 3 aprile 1974, n. 108.

Su tale concetto, infatti, era essenzialmente incentrato il meccanismo che sorregge il sistema di selezione degli atti d'indagine suscettibili di utilizzazione probatoria, selezione effettuata sulla base di esigenze pratiche di indiscutibile pregnanza che suggerivano di recuperare dati che sarebbero stati, altrimenti ed inevitabilmente, destinati a venire meno<sup>12</sup>.

Infatti, l'art. 483 prog. prel. 1978 includeva gli atti irripetibili compiuti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria tra quelli suscettibili di lettura dibattimentale, ma, al fine di impedire indebiti condizionamenti determinati dalla pregressa co-

---

<sup>10</sup> «Appare quindi necessario» - evidenza P. DELL'ANNO, *Il processo verbale di constatazione degli illeciti tributari e il nuovo processo penale*, in *Cass. pen.*, 1990, p. 436 - «verificare se ed in quali limiti le disposizioni contenute nelle leggi speciali di carattere processuale corrispondano al nuovo modello e quindi possano ritenersi corrispondenti allo spirito del nuovo procedimento penale che vuole che la prova del reato si formi nel dibattimento essendo la fase preliminare destinata esclusivamente alla raccolta degli elementi necessari per l'esercizio dell'azione penale».

<sup>11</sup> G. FRIGO, *Commento all'art. 431 c.p.p.*, cit., p. 714.

<sup>12</sup> G. ILLUMINATI, *Il nuovo dibattimento: l'assunzione diretta delle prove*, cit., 1988, c. 357.

noscenza del contenuto di atti tipici della fase pregressa al di fuori delle condizioni legittimanti la lettura<sup>13</sup>, l'art. 445 prog. prel. prevedeva che di tali atti, materialmente custoditi dal cancelliere, fosse trasmesso al giudice del dibattimento soltanto l'elenco allegato all'ordinanza di rinvio a giudizio o di giudizio immediato.

In sede di preparazione della legge di delega 16 febbraio 1987, n. 81, il congegno selettivo che fa da sfondo al principio di separazione delle fasi venne ulteriormente affinato, anche alla luce della scelta di eliminare la figura del giudice istruttore e di estendere le dimensioni, anche temporali, dell'attività investigativa del pubblico ministero.

I correttivi vennero condensati nella previsione, contenuta nell'art. 2, direttiva n. 57, di un obbligo di immediata trasmissione, al giudice del dibattimento, del provvedimento che dispone il giudizio unitamente agli atti relativi alla procedibilità e all'esercizio dell'azione civile e, sul versante di quelli strettamente probatori, agli atti compiuti dal giudice in sede di incidente probatorio ed a quelli "non ripetibili" compiuti dalla polizia giudiziaria e dal pubblico ministero.

Il dato codicistico non ha per nulla arricchito le indicazioni contenute nella legge di delega<sup>14</sup>, l'art. 431 c.p.p. limitandosi a prevedere che nel fascicolo per il dibattimento<sup>15</sup> sono raccolti, tra l'altro, i verbali degli atti non ripetibili compiuti dalla polizia giudiziaria e quelli, egualmente caratterizzati, compiuti dal pubblico ministero, nonchè – a seguito della modifica apportata dall'art. 15, l. 7 dicembre 2000, n. 397 – dal difensore, secondo un meccanismo acquisitivo che si perfeziona interamente all'interno della fase preordinata alla formazione del fascicolo processuale<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> Questa motivazione emerge chiaramente dalla relazione, per la quale v. G. CONSO, V. GREVI, G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale*, I, *La legge delega del 1974 e il progetto preliminare del 1978*, Padova, 1989, p. 1068.

<sup>14</sup> Compie questa notazione, in particolare, C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti d'indagine*, cit., p. 4.

<sup>15</sup> Il quale costituisce, fa notare D. GROSSO, *L'udienza preliminare*, cit., p. 261, «[l]a soluzione tecnica che commisura il livello cui la riforma si è spinta, nel permeare la disciplina del modello processuale accusatorio».

<sup>16</sup> A. BASSI, *Alcune riflessioni in materia di atti irripetibili alla luce della novella n. 356/92*, cit., p. 2114, individua la *ratio* della previsione dell'acquisizione *ab initio* degli atti irripetibili al fascicolo del pubblico ministero nelle esigenze di economia processuale connesse al fatto che l'oggetto

Collocata nell'ambito operativo del principio di separazione delle fasi, allora, l'irripetibilità assume il valore di una fondamentale scelta di metodo, legata alla precisa volontà legislativa di selezione e conservazione delle conoscenze processuali, di talché del primo essa costituisce «un portato»<sup>17</sup>, presupponendolo da un lato e limitandone i rigori dall'altro.

«Ne deriva» - è stato puntualizzato - «perché la nozione di atto "ripetibile" postula che gli accertamenti svolti sulle fonti di prova individuate dai contraddittori nella fase preliminare, irrilevanti ai fini della sentenza dibattimentale, siano suscettibili di tradursi in prove solo al momento del giudizio, nel quale vengono appunto "ripetuti"».

«Ne garantisce» - per altro verso - «il temperamento, perché l'irripetibilità di un atto di indagine consente di oltrepassare il diaframma tra fasi procedurali non comunicanti, permettendone l'acquisizione come prova»<sup>18</sup>.

## 2. L'ASSENZA DI UNA DEFINIZIONE NORMATIVA DI ATTO IRRIPETIBILE.

Si è già fatto notare che la nozione di irripetibilità «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»<sup>19</sup>.

Infatti, la funzione assegnata al concetto di atto irripetibile nell'ambito del sistema è, come si è già visto, oltremodo chiara: esso, «in quanto dotato di dati cognitivi non riproducibili come tali in sede dibattimentale, è destinato [...] ad evitare che tali e-

---

della testimonianza dell'operante non potrebbe che coincidere con il contenuto degli atti di indagine a sua firma.

<sup>17</sup> C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti d'indagine*, cit., p. 69.

<sup>18</sup> C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti d'indagine*, cit., p. 69. Secondo A. BASSI, *Alcune riflessioni in materia di atti irripetibili alla luce della novella n. 356/92*, cit., p. 2114, la previsione della categoria degli atti irripetibili si spiega alla luce della necessità l'acquisizione compiuta e genuina dell'elemento di prova.

<sup>19</sup> C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti d'indagine*, cit., p. 7.

lementi vengano sottratti al bagaglio di conoscenze del giudice del dibattimento medesimo»<sup>20</sup>.

Nonostante la centralità del concetto, il legislatore si è astenuto, come già detto, dall'offrire qualsiasi precisazione definitiva, facendo sì che la relativa categoria assumesse «confini fluidi»<sup>21</sup>.

Eppure, già in sede di analisi della legge di delega non si era mancato di osservare che l'obiettivo perseguito dalla direttiva n. 57, quello, cioè di predeterminare gli atti aventi una destinazione dibattimentale, sarebbe potuto risultare facilmente eludibile a causa della mancata precisazione, in sede di legislazione delegata, delle nozioni di atto non ripetibile e non rinviabile, nozioni alle quali fa riferimento, direttamente rispetto alla prima, mediante il richiamo all'incidente probatorio rispetto alla seconda, la direttiva medesima<sup>22</sup>.

Apparve subito chiaro, infatti, come «dalla precisazione delle due nozioni passa[ss]e il canale di trasmigrazione degli atti dalle indagini preliminari al dibattimento. A seconda del rigore del parametro di definizione di esse dettato dal legislatore delegato cambierà la massa di atti ascrivibili all'uno o all'altro fascicolo e si stabilirà, di conseguenza, il ruolo assegnato al dibattimento e il peso probatorio esercitato sul giudizio dalle attività svolte in fase investigativa»<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> D. POTETTI, *Svolta restrittiva della Cassazione in tema di atto irripetibile*, cit., p. 1468. Come rileva C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti d'indagine*, cit., p. 68, la categoria degli «atti irripetibili» è stata coniata «allo scopo di evitare che le peculiari caratteristiche di determinati atti o avvenienze eccezionali che li colpissero, potessero pregiudicare le esigenze dell'accertamento giudiziale».

<sup>21</sup> A. BASSI, *Alcune riflessioni in materia di atti irripetibili alla luce della novella n. 356/92*, cit., 2113.

<sup>22</sup> E. ZAPPALÀ, *Prime note sugli atti utilizzabili per il giudizio nella legge-delega del 1987 per il nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 95.

<sup>23</sup> E. ZAPPALÀ, *Prime note sugli atti utilizzabili per il giudizio nella legge-delega del 1987 per il nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 95. V., anche, G. SANTALUCIA, *Appunti in tema di atto irripetibile*, cit., c. 574, il quale evidenzia come «sul concetto di irripetibilità si misuri il grado di affrancazione del nuovo sistema da tendenze inquisitorie: lo spettro dell'istruzione, che la previsione di un uso frequente dell'incidente probatorio faceva intravedere ai primi commentatori del codice, diverrebbe una triste realtà se l'elaborazione giurisprudenziale estendesse la nozione di irripetibilità ex art. 431 a qualunque atto, ivi comprese le dichiarazioni (esemplarmente ripetibili per qualità intrinseche), rinvenendo il fondamento dei meccanismi di recupero dell'atto nell'impossibilità di una reiterazione per qualsivoglia causa». Identiche considerazioni sono svolte da F. M. MOLINARI, *Sui limiti di utilizzabilità*

La rinuncia a definire quella nozione, lasciando aperti «spazi notevoli all'incertezza e alla prassi applicativa»<sup>24</sup> rispetto ad un «punto nodale di tutto il sistema»<sup>25</sup>, si è sommata alla mancanza di una tassativa elencazione di atti da considerare *ex lege* irripetibili.

«Le due strade» - è stato osservato - «erano entrambe in astratto percorribili, anche congiuntamente, ma non ci si deve rammaricare troppo, se la prima non è stata imboccata, stante la difficoltà di imbrigliare in una formula scevra di equivoci un concetto complesso e proteiforme come quello di irripetibilità»<sup>26</sup>.

Infatti, una nozione rigida «non ne avrebbe garantito la funzionalità»<sup>27</sup>, mentre una nozione vaga «avrebbe riproposto gli stessi nodi esegetici che ci si trova ora ad affrontare»<sup>28</sup>.

*degli atti di individuazione fotografica e personale compiuti dalla polizia giudiziaria*, cit., p. 195. Evidenziano A. POGGI, C. D. CAVALERA, *Gli accertamenti tecnici della polizia giudiziaria nell'indagine preliminare*, cit., p. 318, come la precisa individuazione della nozione di irripetibilità «è essenziale sia in ordine alle scelte inerenti all'azione penale, sia nella valutazione dell'opportunità di definizione del procedimento allo stato degli atti».

<sup>24</sup> M. NOBILI, *Concetto di prova e regime di utilizzazione degli atti nel nuovo codice di procedura penale*, cit., c. 280. Evidenzia R. D'ISA, *Osservazioni sulla formazione del fascicolo per il dibattimento*, cit., p. 1101, come «[d]ietro alla reticenza del legislatore ed alla valorizzazione della creatività giurisprudenziale compare [...] un fattore di grave incertezza nel funzionamento del sistema processuale. Infatti, l'attribuzione erronea della qualifica di atto irripetibile determina il vizio di inutilizzabilità della prova, deducibile in ogni stato e grado del procedimento (art. 191 c.p.p.). Con la conseguenza, destabilizzante almeno nel medio periodo, fino al consolidamento giurisprudenziale, di investire la Corte di Cassazione del ruolo di definitivo giudice della irripetibilità o meno degli atti su cui si è fondata la sentenza di merito». La scelta del legislatore è ritenuta «discutibile» da D. GROSSO, *L'udienza preliminare*, cit., p. 263, per il quale «la stabilità del sistema poggia anche sulla sicura delimitazione della categoria degli atti irripetibili, di cui avrebbe dovuto appunto farsi carico il legislatore (delegato)».

<sup>25</sup> Il quale, soggiunge M. NOBILI, *Concetto di prova e regime di utilizzazione degli atti nel nuovo codice di procedura penale*, cit., c. 280, nasce «all'insegna dei dubbi interpretativi». Vedi, inoltre, M. NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, cit., p. 14.

<sup>26</sup> C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti d'indagine*, cit., p. 4.

<sup>27</sup> C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti d'indagine*, cit., p. 4. Come evidenzia M. D'ANDRIA, *Un tentativo di definizione degli atti non irripetibili*, cit., p. 1351, è da respingere una concezione rigida di irripetibilità, poiché «altrimenti l'art. 431 c.p.p. non avrebbe alcuna utilità in termini di recupero di conoscenze acquisite durante le indagini e non costituirebbe un'effettiva eccezione al principio della inutilizzabilità degli atti di indagine».



La via dell'enumerazione di atti irripetibili, invece, avrebbe consentito di aggirare qualche scoglio: «a patto di non chiudere l'interprete nel vicolo cieco della tassatività» - invero - «avrebbe permesso di sottrarre al marasma delle contrapposte esegesi alcuni atti che il legislatore intendeva chiaramente far confluire in sede dibattimentale fin dall'inizio, lasciando che dottrina e giurisprudenza individuassero (anche desumendone i caratteri tipici dagli atti irripetibili nominati) i contorni dell'irripetibilità riferibile anche a quelli non espressamente menzionati»<sup>29</sup>.

Eppure, la soluzione all'insegna dell'astensione rispetto alla puntualizzazione di un concetto dal rilievo fondamentale non costituisce un incidente o, altrimenti, una dimenticanza, poiché dall'esame dei lavori preparatori emerge chiaramente che la scelta fu consapevole e meditata, risiedendo le relative ragioni nell'opportunità di evitare l'elencazione di atti tipici del pubblico ministero e di riconoscere al giudice dibattimentale la valutazione circa l'effettiva non ripetibilità degli atti in concreto, oltre che nell'assunto secondo cui la distinzione tra atti ripetibili ed atti irripetibili sarebbe stata legata al divenire dell'esperienza teorica e pratica<sup>30</sup>.

L'opzione legislativa, come si è già avuto modo di vedere, ha suscitato vivaci critiche<sup>31</sup>, soprattutto alla luce delle motivazioni che l'hanno sostenuta.

---

<sup>28</sup> C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti d'indagine*, cit., p. 4. Spostando l'accento sul ruolo dell'interprete, R. D'ISA, *Osservazioni sulla formazione del fascicolo per il dibattimento*, cit., p. 1102, il quale, pur ammettendo che le scelte sul punto lasciano trasparire l'atteggiamento culturale nei confronti del nuovo processo, aggiunge che ciò non deve equivalere ad identificare come espressivi di tendenze retrive gli orientamenti propensi ad accogliere un più ampio concetto di irripetibilità, così come l'adozione di un concetto più circoscritto non serve a garantire un'impostazione innovativa dal rischio di fare astrazione dalla realtà dei fatti.

<sup>29</sup> C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti d'indagine*, cit., p. 5.

<sup>30</sup> In altri termini, osserva M. ROSSI, *La nozione giuridica dell'irripetibilità*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1993, I, pp. 5 ss., il legislatore delegato «ha [...] ritenuto opportuno che il criterio esegetico degli atti non ripetibili si formasse attraverso una elaborazione legata alle vicende giudiziarie ed alle risposte (o proposte) scientifiche della dottrina».

<sup>31</sup> M. D'ANDRIA, *Un tentativo di definizione degli atti non ripetibili*, cit., p. 1349, la definisce «quanto meno opinabile». Secondo S. BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, cit., pp. 65 ss., essa «desta non poche perplessità». La scelta legislativa di demandare all'interprete l'individuazione degli atti irripetibili è posta in risalto da G. GARUTI, *Utilizzabilità delle dichiarazioni orali di querela*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 863, nt. 13.

E' stato rilevato, infatti, come «non si vede in base a quale *consecutio* logica all'opportunità di non "tipicizzare" gli atti del pubblico ministero debba necessariamente seguire anche quella di non "tipicizzare" gli atti irripetibili che, proprio perché occupano un'area più ristretta, meriterebbero una puntuale determinazione»<sup>32</sup>.

In ordine alla seconda delle argomentazioni, è stato eccepito, da un lato, che il problema della mancata elencazione si pone rispetto ad una qualità *ex ante* degli atti<sup>33</sup>; dall'altro, che «il potere del giudice del dibattimento di verificare l'irripetibilità in concreto di un atto non sembra affatto incompatibile con la pre-determinazione di categorie di atti per loro intrinseca natura irripetibili e comunque dei criteri per riconoscere tale connotato»<sup>34</sup>.

E' stato facile evidenziare, in relazione all'ultimo tema giustificativo, che il progresso scientifico non avrebbe incontrato alcun tipo di ostacolo a fronte di un'ampia elencazione esemplificativa degli atti irripetibili, finalizzata a fugare i dubbi nei ri-

---

<sup>32</sup> G. FRIGO, *Commento all'art. 431 c.p.p.*, cit., p. 723. Infatti, rileva C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti d'indagine*, cit., p. 5, «l'area degli atti irripetibili e quella degli atti compiuti dal pubblico ministero non sono coincidenti, per cui non si vede come l'atipicità dei secondi possa essere compromessa dall'abbandono dell'irrisolutezza definitoria, che affligge il legislatore quanto ai primi». Tra l'altro, osserva D. GROSSO, *L'udienza preliminare*, cit., p. 264, come «tra le attività di indagine preliminare sono comunque previsti atti tipici e, quanto meno rispetto a questi, si sarebbe potuta operare una selezione dal profilo della irripetibilità».

<sup>33</sup> D. GROSSO, *L'udienza preliminare*, cit., 264.

<sup>34</sup> G. FRIGO, *Commento all'art. 431 c.p.p.*, cit., p. 723, il quale soggiunge che «non è corretto e non è neppure conforme alla *ratio* del congegno consegnare ogni valutazione "in prima battuta" al giudice del dibattimento, cui il fascicolo dovrebbe già pervenire dopo un'attenta cernita degli atti (fatta, appunto, alla stregua di quei criteri) da parte di un organo diverso (di solito: il giudice che ha svolto l'udienza preliminare), proprio per evitare nel massimo grado possibile che il primo prenda anche solo conoscenza materiale – magari, ai fini di escluderli da quel fascicolo – di atti che al medesimo non devono appartenere». L'Autore è richiamato da C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti d'indagine*, cit., pp. 5 s., la quale definisce il richiamo contenuto nella relazione ai poteri di valutazione del giudice dibattimentale «inesatto e fuorviante», poiché oblitera il ruolo del giudice dell'udienza preliminare nella cernita degli atti destinati al dibattimento *ex art. 431 c.p.p.*, oltre che confonde la selezione degli atti originariamente irripetibili con la verifica sulla non ripetibilità concretamente sopravvenuta, malgrado si tratti di operazioni non sovrapponibili.

guardi di alcuni atti del pubblico ministero e della polizia giudiziaria<sup>35</sup>.

Pertanto, la dottrina non ha mancato di sottolineare che il motivo medesimo si sostanzasse, in verità, in un'affermazione «non che gratuita, inquietante, tenuto conto... della posta in gioco»<sup>36</sup>.

Le voci critiche posso, allora, essere condensate nella considerazione secondo cui, «[s]e la pretesa è quella di lasciare aperta la possibilità alle più stravaganti ed estemporanee esegesi – magari suggerite non tanto dalla valutazione quanto dalle “convenienze” del caso concreto – allora la consapevole rinuncia del legislatore delegato è destinata a produrre la deformazione del congegno delineato dalla delega»<sup>37</sup>.

Inoltre, la scelta legislativa è stata additata quale causa di problemi pratici connessi all'esistenza di tipologie di atti di controversa collocazione, da cui sarebbero potuti scaturire contrasti tra le parti in ordine alla distribuzione tra i due fascicoli ed il conseguente appesantimento del dibattimento, dal momento che la selezione effettuata dal giudice dell'udienza preliminare poteva essere contestata, in quell'epoca, soltanto in via incidentale davanti al giudice del dibattimento, seguendo la sequenza prevista dall'art. 491 c.p.p.<sup>38</sup>.

### 3. LA “SORPRESA” COME CARATTERE TIPICO DELL'ATTO IRRIPETIBILE.

E' stato osservato, in dottrina, che «[l]a giurisprudenza di legittimità formatasi in materia di atti irripetibili fatica a trovare una sistemazione stabile, al di là della generica definizione di irripetibilità in termini di irripetibilità intrinseca o congenita o originaria»<sup>39</sup>.

<sup>35</sup> D. GROSSO, *L'udienza preliminare*, cit., p. 264.

<sup>36</sup> G. FRIGO, *Commento all'art. 431 c.p.p.*, cit., p. 723.

<sup>37</sup> G. FRIGO, *Commento all'art. 431 c.p.p.*, cit., p. 723. Anche perché, faceva notare M. NOBILI, *Concetto di prova e regime di utilizzazione degli atti nel nuovo codice di procedura penale*, cit., c. 280, «sul piano dell'esegesi, va disilluso chi eventualmente attenda soluzioni inequivocabili: queste ultime non possono essere fatte discendere, né dal testo approvato, né dai c.d. lavori preparatori».

<sup>38</sup> D. GROSSO, *L'udienza preliminare*, cit., p. 264.

<sup>39</sup> E. M. CATALANO, *Udienza preliminare: conclusione e formazione dei fascicoli*, cit., p. 1008. Rileva M. NIGRO, *Atti irripetibili e limiti ai poteri pro-*

In un quadro dai contorni incerti ed instabili, si è già avuto modo di vedere come l'atto irripetibile sia stato molto spesso identificato con i c.d. atti a sorpresa<sup>40</sup>, di talché, essendo quest'ultima qualificazione genericamente attribuita ai mezzi di ricerca della prova, si è finiti con il delineare una sorta di coincidenza tra queste ultime due categorie di atti processuali.

Pertanto, in ragione di tale operazione di assimilazione, i verbali di ispezioni, perquisizioni, sequestri ed intercettazioni di conversazioni e comunicazioni vengono senz'altro annoverati fra gli atti da inserire *ab initio* nel fascicolo per il dibattimento.

Un'attenta riflessione sul significato da attribuire all'espressione "sorpresa", tuttavia, consente di chiarire come la categoria degli atti che ad essa si richiamano non si può far coincidere necessariamente ed acriticamente con quella degli atti irripetibili, essendo i due concetti «eterogenei e non in rapporto di reciproca implicazione»<sup>41</sup>.

Infatti, come è stato brillantemente rilevato in dottrina, volendosi assumere l'espressione "sorpresa" secondo il significato comune, essa evoca avvenimenti improvvisi e non previsti e, in questo senso, si tratta di una caratterizzazione che ricorre in occasione del compimento di atti processuali non preceduti dall'avviso alla persona sottoposta alle indagini<sup>42</sup>.

Ragionando in questi termini, non v'è dubbio che ricorra, in relazione ai mezzi di ricerca della prova, la caratteristica della sorpresa e non potrebbe essere diversamente in quanto «lo scopo di reperire elementi di prova sarebbe inesorabilmente frustrato, se delle relative operazioni venisse data notizia prima dell'esecuzione, permettendo agli interessati di alterare lo stato

---

*batori del giudice*, cit., p. 1169, come la giurisprudenza, spinta dalla necessità di risolvere singole questioni, ha creato una «casistica impressionante, del tutto priva di sistematicità». Di un "diritto giurisprudenziale" incerto e fluttuante sul tema degli atti irripetibili parla, altresì, M. ROSSI, *La nozione giuridica dell'irripetibilità*, cit., pp. 5 ss. V., infine, R. BRICCHETTI, *Art. 512*, in A-A.VV., *Codice di procedura penale commentato* (a cura di A. Giarda, G. Spangher), Milano, 2010, pp. 5432 ss.

<sup>40</sup> Evidenzia F. M. IACOVIELLO, *Contro l'attuale teoria degli atti irripetibili*, cit., p. 3003, come «la posizione della dominante dottrina e della giurisprudenza sulla composizione del fascicolo *ex art. 431 c.p.p.* si riassume in una formula: dentro tutti gli atti c.d. a sorpresa, fuori qualsiasi dichiarazione».

<sup>41</sup> C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti d'indagine*, cit., p. 31.

<sup>42</sup> C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti d'indagine*, cit., p. 31. Per F. M. IACOVIELLO, *Contro l'attuale teoria degli atti irripetibili*, cit., p. 3004, l'atto a sorpresa è un «atto inaspettato».

di luoghi o persone, occultare o modificare cose, controllare flussi di comunicazioni di qualsivoglia natura»<sup>43</sup>.

Ma è egualmente evidente che l'irripetibilità non costituisce necessariamente un corollario della sorpresa processuale, dal momento che «rilevata che sia l'una, non si è ancora detto nulla sull'esistenza dell'altra»<sup>44</sup>.

Se, difatti, gli atti a sorpresa fossero sempre e comunque irripetibili, non potrebbe seriamente dubitarsi della necessità di inserire nel fascicolo processuale tutti gli atti investigativi del cui compimento non si prevede debba darsi preventivo avviso alla persona sottoposta alle indagini, inclusi ovviamente i verbali di sommarie informazioni<sup>45</sup>, mentre, al contrario, non si potrebbe parlare di atti a sorpresa – e, di conseguenza, di atti irripetibili – fino a quanto il procedimento penale non sia soggettivamente orientato e, quindi, manchi una persona sottoposta alle indagini<sup>46</sup>.

Inoltre, se vi fosse sempre e comunque coincidenza tra la sorpresa – come sopra intesa – e l'irripetibilità, quest'ultima qualificazione sarebbe inevitabilmente da accantonare in relazione ad atti che, sebbene fisicamente insuscettibili di ripetizione, devono necessariamente essere preceduti dall'avviso alla persona indagata<sup>47</sup>.

Egualmente accidentato si presenta il percorso tracciato sulla base di una accezione più ristretta di sorpresa, ossia intesa come connotazione propria di atti improvvisi, disvelati dal fatto stesso del loro compimento poiché funzionalmente utili se caratterizzati dallo sfruttamento pieno del fattore sorpresa, in sé idoneo a rendere privo di reazione chiunque vi sia coinvolto.

Infatti, poiché «non vi sarebbe sorpresa concepibile, in mancanza del soggetto cui riferirla», volendo assimilare la sor-

---

<sup>43</sup> C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti d'indagine*, cit., p. 32.

<sup>44</sup> C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti d'indagine*, cit., p. 32, la quale aggiunge che «i due elementi possono non essere compresenti nel medesimo atto». Fa notare, negli stessi termini, F. M. IACOVELLO, *Contro l'attuale teoria degli atti irripetibili*, cit., p. 3004, che «gli atti c.d. a sorpresa potrebbero in concreto essere ripetibili».

<sup>45</sup> F. M. IACOVELLO, *Contro l'attuale teoria degli atti irripetibili*, cit., p. 3004.

<sup>46</sup> F. M. IACOVELLO, *Contro l'attuale teoria degli atti irripetibili*, cit., p. 3004.

<sup>47</sup> C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti d'indagine*, cit., p. 33, la quale richiama la fattispecie di cui all'art. 117 disp. att. c.p.p.

presa all'irripetibilità sarebbe impossibile assumere l'impossibilità di ripetizione di un atto che si espliciti su di un bene per qualsiasi motivo sottratto alla disponibilità del detentore<sup>48</sup>.

Le considerazioni appena svolte rivelano come la sorpresa, quale connotazione di atti del procedimento penale, costituisce categoria del tutto inidonea a porsi alla base di una solida costruzione del concetto di irripetibilità e di ciò sembra essersi resa conto la Corte di cassazione, la quale, nell'occasione costituente, fino ad oggi, l'ultimo spunto esegetico di carattere generale concernente il tema dell'irripetibilità, ha sottolineato come devono considerarsi ormai superate le teorie che, al fine di delineare il concetto di atto irripetibile, fanno riferimento alla natura di "atto a sorpresa"<sup>49</sup>.

L'affermazione, effettuata in un settore della motivazione dedicato alla evidenziazione delle premesse di metodo poste alla base di un'elaborazione, come vedremo, tutt'altro che appagante, non è però suffragata da spiegazioni di sorta, nonostante esse «risulterebbero quanto mai preziose»<sup>50</sup>, posto che la natura irripetibile dei mezzi di ricerca della prova è unanimemente sostenuta proprio in virtù della sorpresa che connota siffatte operazioni.

#### 4. LA CONCEZIONE «EMPIRICA» DELL'IRRIPETIBILITÀ.

Secondo un orientamento particolarmente diffuso, l'irripetibilità di un atto investigativo discende dalla suscettibilità del suo oggetto di subire, nel corso del procedimento, alterazioni tali da compromettere il risultato probatorio alla cui assicurazione sarebbe destinato.

Detto altrimenti, sarebbero corredati della nota dell'irripetibilità gli atti l'oggetto dei quali è suscettibile di modificazione, per cui la reiterazione, in un frangente successivo,

---

<sup>48</sup> C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti d'indagine*, cit., p. 34. Negli stessi termini v., inoltre, F. M. IACOVIELLO, *Contro l'attuale teoria degli atti irripetibili*, cit., p. 3004.

<sup>49</sup> Cass. pen., Sez. un., 18 dicembre 2006, n. 41281.

<sup>50</sup> M. NIGRO, *Atti irripetibili e limiti ai poteri probatori del giudice*, cit., p. 1170.

dell'accertamento su quel medesimo oggetto sarebbe impossibile o inutile<sup>51</sup>.

E' chiaro che si tratta di una concezione che trova il proprio punto di riferimento nei dati normativi che, nell'ambito di un sistema volutamente privo di approcci definitivi rispetto alla categoria fondamentale dell'atto irripetibile, più di altri hanno concorso all'identificazione di un istituto generale, quali, appunto, quelli afferenti alla figura degli accertamenti tecnici irripetibili.

Non è un caso, infatti, che i sostenitori di questa tesi abbiano generalmente preso le mosse dagli elementi qualificanti l'operazione disciplinata dagli artt. 360 e 117 disp. att. c.p.p. per pervenire ad una conclusione definitoria che, di essi, costituisce il «coerente sviluppo»<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> V., per questa impostazione, D. POTETTI, *Svolta restrittiva della Cassazione in tema di atto irripetibile*, cit., p. 1468. V., altresì, R. CANTONE, *Le ricognizioni informali di cose diventano atti irripetibili*, cit., p. 1296; M. D'ANDRIA, *Un tentativo di definizione degli atti non ripetibili*, cit., p. 1351, il quale definisce irripetibile «ogni atto essenzialmente ricognitivo di situazioni obiettive sottoposte ad immediati processi di modificazione e non più riproponibili nello stesso contesto e con le stesse caratteristiche e modalità». Sostanzialmente eguale è la definizione proposta da F. M. MOLINARI, *Sui limiti di utilizzabilità degli atti di individuazione fotografica e personale compiuti dalla polizia giudiziaria*, cit., p. 196. Sembra discostarsi dall'esegesi di cui si discute, invece, M. ROSSI, *La nozione giuridica dell'irripetibilità*, cit., pp. 5 ss., secondo il quale non può bastare, ad integrare la nozione giuridica di irripetibilità, la constatazione fenomenica della concreta non ripetizione di un atto, dovendosi invece accostare al dato naturale (costituito dalla logico-materiale non ripetibilità dell'atto) un giudizio prognostico in grado di ancorare il fatto al procedimento e, quindi alla norma. Tale valutazione dovrebbe esteriorizzarsi in due momenti: il primo nel frangente in cui l'inquirente dispone l'atto, il secondo quando l'interprete valuta se il primo giudizio di prognosi era esatto. Con l'ovvia avvertenza che è determinante il secondo giudizio poiché riporta l'interprete allo stato degli atti d'indagine in modo da ricreare le medesime condizioni di fatto nelle quali ha avuto origine la precedente prognosi.

<sup>52</sup> D. POTETTI, *Svolta restrittiva della Cassazione in tema di atto irripetibile*, cit., p. 1468. Secondo A. BASSI, *Alcune riflessioni in materia di atti irripetibili alla luce della novella n. 356/92*, cit., p. 2113, possono essere acquisiti al fascicolo per il dibattimento, in quanto irripetibili, «tutti i verbali aventi contenuto descrittivo o di accertamento, relativi a situazioni di fatto soggette a modificazione o ad attività o comportamenti umani non riproducibili e, dunque, non accertabili una seconda volta. Risultano, invece, esclusi, gli atti o quelle parti di atto contenenti valutazioni, giudizi o interpretazioni che, oltre ad essere ripetibili, non potrebbero avere ingresso nel giudizio neanche attraverso una testimonianza». V., altresì, C. BONZANO, *Attività del pubblico ministero*, cit., p. 320, il quale distingue, in relazione alle ipotesi di accertamento tecnico disciplinate dagli artt. 360 e 117 disp. att. c.p.p., rispettivamente, una

Come è stato evidenziato, però, «[g]li elementi che una definizione di questo genere mette in gioco sono molteplici: modificabilità dell'oggetto dell'accertamento procedimentale, confini della realtà empirica i cui mutamenti devono ritenersi rilevanti ai fini della qualificazione dell'atto come irripetibile o meno, grado del mutamento in relazione allo scopo dell'atto, momento in cui il controllo sulla possibilità di ripetizione può e deve essere effettuato»<sup>53</sup>.

Il risultato di un siffatto complesso di variabili, tra di loro suscettibili di numerose e, sotto diversi profili, variabili combinazioni, è costituito da un'accentuata elasticità del concetto di irripetibilità<sup>54</sup>, genericamente adattabile a qualsiasi situazione che si presenti come idonea a rendere, relativamente a ciascuno dei dati rilevanti, diverso l'oggetto dell'atto.

Ed infatti, non si è mancato di rilevare, in dottrina, «la tendenza ad estendere la variabilità che vale a connotare l'atto come irripetibile, dal singolo oggetto sul quale verte l'accertamento all'intero contesto o, addirittura, alla situazione in cui si colloca, ove si esula dalla considerazione, più o meno ampia, di uno spazio, per investire il complesso di condizioni e circostanze che hanno caratterizzato o fatto da sfondo ad un evento storico»<sup>55</sup>.

La naturale modellabilità di un siffatto concetto di irripetibilità ha fatto da sfondo, alimentandolo, ad un approdo giurisprudenziale accomodante, opportunisticamente collocato su una linea protesa ad estendere quanto più possibile una figura

---

irripetibilità determinata dall'urgenza ed una irripetibilità "per consunzione". Sulla base dei riferimenti normativi appena richiamati, F. MONASTERO, *I criteri di formazione del fascicolo per il dibattimento*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1994, 6, pp. 753 ss., ritiene che il legislatore ha inteso collegare il concetto di irripetibilità ad una possibile modificazione nel tempo dello stato di una cosa, tale da rendere impossibile una sua eventuale ripetizione. Pur aderendo all'impostazione "empirica" della problematica connessa all'atto irripetibile, M. D'ANDRIA, *Un tentativo di definizione degli atti non ripetibili*, cit., p. 1350, esclude che i riferimenti normativi sopra richiamati posano fornire indicazioni certe per la definizione del concetto di atto non ripetibile, «poiché non si tratta di esempi tipici, ma di casi eterogenei [...] assimilati normativamente ed in via di eccezione (quanto a regime di utilizzabilità) alla categoria generale degli atti non ripetibili».

<sup>53</sup> C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti d'indagine*, cit., p. 49.

<sup>54</sup> Di nozione caratterizzata da «enormi potenzialità espansive» parla, altresì, C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti d'indagine*, cit., p. 49.

<sup>55</sup> C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti d'indagine*, cit., p. 49.



selettiva in grado di aprire le porte del dibattimento ad atti che, altrimenti, non vi avrebbero avuto accesso.

Hanno trovato spazio, così, arresti dalla portata generalissima, alla stregua dei quali sarebbero da considerare atti irripetibili quelli mediante i quali la polizia giudiziaria prende diretta cognizione di fatti, situazioni e comportamenti umani dotati di una qualsivoglia rilevanza penale e suscettibili, per la loro natura, di subire modificazioni o, addirittura, di scomparire in tempi più o meno brevi, così che, in seguito, potrebbero essere soltanto riferiti<sup>56</sup>.

L'irripetibilità, seguendo siffatta impostazione, finisce per sganciarsi dalle caratteristiche dell'atto, connettendosi alle peculiarità del complessivo contesto fattuale che ne costituisce lo sfondo ed a qualsiasi connotazione – per esempio, in termini di evitabilità o meno – dell'elemento dotato di incidenza modificativa<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> Cass. pen., Sez. I, 24 luglio 1993, Delle Fave, nella quale la Suprema Corte ha soggiunto che «[è] infatti evidente, poste tali premesse, che quella diretta constatazione, una volta avvenuta, non potrà mai più essere ripetuta, per la semplice ragione che sarà nel frattempo venuto meno l'oggetto di essa, ma potrà soltanto essere descritta o riferita. E ciò è tanto più vero in quanto l'oggetto della constatazione sia costituito da comportamenti umani, “fotografabili”, per così dire, unicamente nell'attimo in cui vengono posti in essere, dal momento che a partire dall'attimo successivo essi sono già ontologicamente “altri”, rispetto a quelli constatati dall'osservatore esterno». L'acquisizione di una nozione ampia di atto irripetibile è stata ribadita da Cass. pen., Sez. II, 25 giugno 1996, Desimone; Sez. I, 8 ottobre 1997, Mangiolfi; Sez. II, 10 giugno 1994, Levak. Di recente v., inoltre, Cass. pen., Sez. II, 12 gennaio 2005, Ara e altri.

<sup>57</sup> Secondo Cass. pen., Sez. II, 10 giugno 1994, Levak, infatti, i verbali di riconoscimento e di restituzione dei beni sottratti al proprietario, ai quali va riconosciuta natura di mero accertamento di fatto e non di ricognizione di cose, in quanto finalizzati alla descrizione di beni suscettibili di essere alienati o trasformati da parte dei proprietari cui sono stati riconsegnati, rientrano nel novero degli atti che possono essere inseriti nel fascicolo per il dibattimento ex art. 431 lett. b) c.p.p. Infatti, sono da considerarsi tali quegli atti mediante i quali la polizia giudiziaria prende diretta cognizione di fatti, situazioni o comportamenti umani dotati di una qualsivoglia rilevanza penale e suscettibili, per loro natura, di subire modificazioni o, addirittura, di scomparire in tempi più o meno brevi, sì da risultare suscettibili di essere, in seguito soltanto riferiti. Sulla base di tale presa di posizione, D. POTETTI, *Svolta restrittiva della Casazione in tema di atto irripetibile*, cit., p. 1469, sviluppa una severa critica all'impostazione che prescinde, al fine di statuire sull'acquisibilità dell'atto al fascicolo del dibattimento, dalla verifica di “evitabilità” della causa della modificazione: «se la modificazione è evitabile» - infatti - «converrebbe, appunto, evitarla (salvo che ciò comporti il sacrificio di altri interessi di rango almeno pari a quello dell'accertamento penale), così preservando il principio della

«E'» - in altre parole - «la volatilità dei dati morfologici di una situazione o di un oggetto a sancire l'irripetibilità dell'atto procedimentale che in quella situazione si colloca o su quell'oggetto incide»<sup>58</sup>.

Poiché, quindi, ogni cosa, o contesto, sono naturalmente ed inevitabilmente sottoposti a fattori dotati di incidenza modificativa, ogni atto d'indagine è suscettibile di divenire irripetibile al variare di essi, costituendo – si ragiona, ovviamente, di estreme conseguenze – per questa via conclusione poco discutibile quella secondo cui persino le dichiarazioni rese al pubblico ministero o alla polizia giudiziaria apparterrebbero ad un contesto non riproducibile in quanto «[n]on vi è nulla di più irripetibile della situazione psicologica di chi depone, in segreto, su fatti cronologicamente prossimi, dinanzi ad un'autorità cui ha l'obbligo di dire il vero [essendo] la freschezza del ricordo, lo stato emotivo del teste a poca distanza dal fatto, il confronto diretto con l'interrogante, la conseguente reattività alle pressioni, alle suggestioni, alle sollecitazioni [...] circostanze impossibili da riprodurre in sede dibattimentale»<sup>59</sup>.

Lavorando su simili premesse, a volte muovendo da nozioni che, apparentemente dotate di una maggiore insegna rigoristica perché relazionanti il concetto di irripetibilità al tipo di atto, apparivano non meno generiche ed onnicomprensive – il concetto di irripetibilità, secondo questa direttrice ermeneutica, si riferisce all'impossibilità di attuare in sede dibattimentale quello stesso atto che la polizia giudiziaria ha a suo tempo com-

---

formazione dibattimentale della prova». Sotto diversi profili la sentenza è criticata da R. CANTONE, *Le ricognizioni informali di cose diventano atti irripetibili*, cit., p. 1297, il quale sottolinea come l'alienazione o la trasformazione della *res*, siccome solamente eventuale e comunque successiva all'attività del derubato, non costituiscono una carattere né intrinseco né originario. Per una riedizione della linea interpretativa oltremodo estensiva della nozione di atto irripetibile v., comunque nell'ambito di una giurisprudenza costante, Cass. pen., Sez. II, 11 maggio 2010, n. 32268; Cass. pen., Sez. IV, 12 maggio 2009, n. 36866; Cass. pen., Sez. II, 30 aprile 1996, n. 6371.

<sup>58</sup> C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti d'indagine*, cit., p. 50.

<sup>59</sup> C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti d'indagine*, cit., p. 51. Secondo F. M. IACOVIELLO, *Contro l'attuale teoria degli atti irripetibili*, cit., p. 3006, se si intendesse per attività irripetibile quella che si svolge in un contesto temporale, spaziale e modale non più riproducibile, «dovremmo concludere che non esiste attività che non sia irripetibile perché ogni atto degli organi investigativi – e non solo gli atti c.d. a sorpresa – è un evento che nella sua storicità *hic et nunc* si avvera una volta e poi mai più».

piuto<sup>60</sup> – la giurisprudenza<sup>61</sup> è giunta a ritenere originariamente irripetibili le individuazioni effettuate nel corso delle indagini preliminari dinanzi al pubblico ministero o alla polizia giudiziaria<sup>62</sup>.

Gli approdi giurisprudenziali ai quali si è fatto cenno – in virtù di essi, tra l'altro, è stato possibile invocare il salvacondotto costituito dall'irripetibilità in tutti i casi in cui è stato necessario salvaguardare l'esito di un atto d'indagine dai pericoli di

<sup>60</sup> Cass. pen., Sez. I, 28 dicembre 1993, Mazzotta. Negli stessi termini v. Cass. pen., Sez. I, 3 marzo 1997, n. 5366, secondo la quale il concetto di irripetibilità deve necessariamente coincidere con quello di impossibilità materiale di rinnovare nel giudizio il medesimo atto compiuto nella fase delle indagini preliminari, come nel caso di perquisizioni, sequestri, intercettazioni, rilevazioni urgenti in luoghi ovvero su cose o persone. Per Cass. pen., Sez. I, 18 marzo 1999, n. 7253, atti non ripetibili sono gli atti, compiuti nel corso delle indagini preliminari, di cui è impossibile la rinnovazione nel giudizio. In dottrina v., per un approccio analogo, P. TONINI, *La prova penale*, cit., p. 238, secondo il quale l'espressione "non ripetibile" vuole indicare la situazione di "non rinnovabilità" dell'atto nel dibattimento; M. GALASSO, *Accertamenti tecnici irripetibili e limiti di operatività*, cit., p. 1141. Riconosce che una definizione generale di irripetibilità non possa che essere "tautologica", A. BRACAGLIA MORANTE, *Nota a Pret. Roma, 13 aprile 1992, Cizmich*, cit., p. 2480.

<sup>61</sup> In conformità, peraltro, con quanto ritenuto da autorevole dottrina. V., infatti, F. CORDERO, *Linee di un processo di parti*, in *Ideologie del processo penale*, Milano, 1966, p. 183. Negli stessi termini, successivamente, F. PAOLA, *Individuazione di persone e di cose*, in *Dig. disc. pen.*, VI, p. 378, secondo la quale «le espressioni immediatamente desumibili dal volto o dal corpo del dichiarante costituiscono elementi semiologici di irripetibile efficacia dimostrativa».

<sup>62</sup> Cass. pen., Sez. I, 22 aprile 1993, Novembrini; Sez. I, 4 febbraio 1993, Maria. In senso contrario v., successivamente, Cass. pen., Sez. I, 7 settembre 1994, Sannino, la quale, muovendo dalla premessa che l'art. 431 c.p.p. è norma eccezionale (e, quindi, di stretta interpretazione), ha escluso che possa accogliersi una nozione ampia di irripetibilità, tale cioè da includere «qualsiasi situazione nella quale debba salvaguardarsi l'esito dell'atto di indagine dai pericoli connessi al decorso del tempo». In dottrina, esclude che l'individuazione di persone e di cose possa considerarsi atto irripetibile, F. M. MOLINARI, *Sui limiti di utilizzabilità degli atti di individuazione fotografica e personale compiuti dalla polizia giudiziaria*, cit., p. 197. Nello stesso senso G. ICHINO, *Gli atti irripetibili e la loro utilizzabilità dibattimentale*, cit., p. 140, in ragione del fatto che l'atto può sempre essere rinnovato mediante una ricognizione, «anche se» - riconosce - «forse con un minore grado di attendibilità oggettiva sia per il decorso del tempo che inesorabilmente allontana nella memoria del teste il ricordo di quanto ha visto, sia perché nel corso dell'individuazione il teste ha avuto già modo di vedere la cosa o la persona che successivamente dovrà riconoscere, o comunque si troverà di fronte, nella ricognizione». Nonché, implicitamente, R. DELL'ANNO, *Osservazioni in tema di individuazione e ricognizione di persona nel nuovo codice di procedura penale*, in *Cass. pen.*, 1991, pp. 1898 ss.

dispersione connaturati agli effetti tipici del decorso del tempo<sup>63</sup> – hanno evidenziato la fragilità del processo ricostruttivo della nozione di irripetibilità incentrato sulle caratteristiche dell'oggetto sottostante, fragilità desumibile dall'eccessiva ed incontrollabile capacità espansiva di un impianto concettuale in astratto adattabile a qualsivoglia situazione di fatto<sup>64</sup>.

L'acquisita consapevolezza dei limiti intrinseci di un'elaborazione dogmatica che guardi all'oggetto naturalistico dell'atto ha indotto parte della dottrina a ricercare correttivi idonei a coniugare la strutturazione materiale della nozione di irripetibilità con le esigenze di delimitazione della relativa sfera operativa.

Si è, quindi, teorizzato che non possono considerarsi irripetibili gli atti descrittivi di comportamenti umani, in quanto riproduttivi di situazioni dinamiche, mentre possono costituire oggetto di atti irripetibili soltanto situazioni statiche e meramente oggettive<sup>65</sup>.

L'impostazione, condivisibile nell'intento di restringere i limiti espansivi del concetto di atto irripetibile, è entrata però in uno stato di grave sofferenza nel momento in cui si è dovuta confrontare con la verifica attinente alla configurazione di un valido fondamento normativo e sistematico<sup>66</sup>.

---

<sup>63</sup> Per un approccio critico a questa esegesi v. D. POTETTI, *Svolta restrittiva della Cassazione in tema di atto irripetibile*, cit., p. 1469, il quale, nel sottolineare come l'approccio empirico al problema dell'irripetibilità sia foriero di incertezze, si chiede se l'oggetto suscettibile di modificazione possa essere anche "immateriale" e, quindi, se la memoria umana di una cosa, di una persona o di quanto altro sia stato oggetto di percezione sensoriale (memoria di certo soggetta a modificazioni con il passare del tempo) possa tecnicamente rendere irripetibile l'atto che su di essa sia basato. In questi termini, in giurisprudenza, v. Cass. pen., Sez. I, 7 settembre 1994, Sannino.

<sup>64</sup> Critico rispetto all'eccessiva estensione del concetto di irripetibilità fatto proprio dalla Corte di cassazione, tra gli altri, G. PIZIALI, *Spunti critici in tema di atti «irripetibili»*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2147.

<sup>65</sup> M. D'ANDRIA, *Un tentativo di definizione degli atti non ripetibili*, cit., p. 1352. In giurisprudenza, non sono mancati tentativi di tenere le situazioni dinamiche (in particolare, i comportamenti umani), al di fuori dell'area dell'irripetibilità. V., soprattutto, Pret. Roma, 30 gennaio 1992, Svevia.

<sup>66</sup> Proprio in ragione di siffatti limiti, D. POTETTI, *Svolta restrittiva della Cassazione in tema di atto irripetibile*, cit., p. 1471, ritiene che la discriminazione tra situazioni statiche e situazioni dinamiche debba essere rigettata. Egualmente critico F. M. IACOVIELLO, *Contro l'attuale teoria degli atti irripetibili*, cit., p. 3008, secondo il quale l'esclusione degli atti descrittivi di comportamenti umani dal novero degli atti irripetibili «è un autolimito che si pone l'interprete, non un limite che si rinviene in qualche riferimento normativo».

A parte il fatto che «le situazioni di fatto statica e dinamica risultano ontologicamente analoghe, in quanto egualmente suscettibili di divenire irripetibili in natura per l'impossibilità di riprodurle nello stesso contesto storico-ambientale, con analoghe caratteristiche e modalità, e, dunque, per la eguale possibilità di non poter costituire oggetto di osservazione e verbalizzazione una seconda volta»<sup>67</sup>, infatti, la giurisprudenza che vi ha prestato adesione<sup>68</sup> ha fatto leva sui divieti di lettura e di utilizzazione stabiliti dall'art. 514, co. 2 c.p.p., senza tuttavia avvedersi del fatto che il divieto di lettura dei verbali redatti dalla polizia giudiziaria al di fuori dei casi espressamente compendiate dalla legge vale semplicemente a ribadire che si tratta di documentazione inutilizzabile, qualora ripetibile, e non a chiarire quali atti vadano inseriti nel fascicolo per il dibattimento ai sensi dell'art. 431 c.p.p.<sup>69</sup>.

Allo stesso modo, si sono dimostrati inidonei a realizzare una costruzione dogmatica dell'irripetibilità che poggi su adeguati parametri normativi sia il richiamo ai «connotati fondamentali del sistema ed all'impianto generale del codice»<sup>70</sup>, sia la constatazione secondo cui «la descrizione di un comportamento o di un atteggiamento dell'uomo, a differenza di quella attinente a una situazione statica di luoghi o di cose, è soggetta in maggior misura a valutazioni ed interpretazioni di carattere soggettivo e rende, quindi, necessaria la verifica dibattimentale,

---

<sup>67</sup> A. BASSI, *Alcune riflessioni in materia di atti irripetibili alla luce della novella n. 356/92*, cit., p. 2113. Anzi – osserva F. M. IACOVIELLO, *Contro l'attuale teoria degli atti irripetibili*, cit., p. 3006 – non v'è nulla di più irripetibile del comportamento umano, storicamente unico nella sua individualità specifica *hic et nunc*.

<sup>68</sup> Il riferimento è alla già cit. Pret. Roma, 30 gennaio 1992, Svezia, la quale ha puntualizzato, in virtù di siffatto richiamo, che il verbale redatto dalla polizia giudiziaria non potrebbe considerarsi *ex sé* utilizzabile in giudizio e, al fine da acquisire una prova idonea ai sensi dell'art. 526 c.p.p., sarebbe doverosa la citazione come testimone del pubblico ufficiale che lo ha redatto.

<sup>69</sup> M. D'ANDRIA, *Un tentativo di definizione degli atti non ripetibili*, cit., p. 1352, il quale definisce il riferimento all'art. 514, co. 2 c.p.p. «tautologico». V., sempre in senso critico, C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti d'indagine*, cit., p. 55; G. PIZIALI, *Spunti critici in tema di atti «irripetibili»*, cit., p. 2147; nonché, come già detto, D. POTETTI, *Svolta restrittiva della Cassazione in tema di atto irripetibile*, cit., p. 1471.

<sup>70</sup> La tesi è patrocinata da M. D'ANDRIA, *Un tentativo di definizione degli atti non ripetibili*, cit., p. 1352.

nel contraddittorio delle parti, attraverso l'esame incrociato dell'autore della descrizione»<sup>71</sup>.

Il primo, infatti, non realizza nulla di diverso da un generico richiamo a caratteristiche di fondo del modello processuale che fanno da premessa generale al principio della separazione delle fasi ed al corollario di esso costituito dalla diversificazione del fascicolo delle investigazioni preliminari rispetto a quello del dibattimento.

La seconda, invece, costituisce «un'opinione condivisibile, ma inadeguata a sostenere l'impianto di una tesi in materia di irripetibilità degli atti [*poiché*] la difficoltà di distinguere constatazioni da valutazioni, conoscenze da giudizi, nella descrizione di un fatto umano, appartiene all'area delle ragioni che possono aver indotto il legislatore a compiere una determinata scelta selettiva, ma non bastano a sorreggere un'esegesi restrittiva di norme dal dettato non univoco, in mancanza di indizi normativi cui sottenderle»<sup>72</sup>.

##### 5. LA NON RICUPERABILITÀ DEL RISULTATO PROBATORIO COME SINONIMO DI IRRIPETIBILITÀ.

L'obiettivo di arginare l'eccessiva dilatazione del concetto di irripetibilità, conseguenza inevitabile della plasmabilità di una nozione di tipo empirico, ha indotto parte della dottrina ad intraprendere percorsi definitivi innovativi, ravvisando siffatta qualificazione dell'atto processuale nell'assoluta impossibilità di recupero del dato probatorio attraverso il ricorso ad altri mezzi di prova, in particolare attraverso la deposizione dell'organo che lo ha posto in essere<sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> M. D'ANDRIA, *Un tentativo di definizione degli atti non ripetibili*, cit., p. 1352.

<sup>72</sup> C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti d'indagine*, cit., p. 55, nt. 92. Manifesta riserve rispetto al ricorso a tali dati ermeneutici, osservando come «per preservare l'impianto generale del codice occorre elaborare altri criteri capaci di contrastare gli effetti negativi che la definizione di atto irripetibile dettata dalla Corte potrebbe comportare», G. PIZIALI, *Spunti critici in tema di atti «irripetibili»*, cit., p. 2147.

<sup>73</sup> F. M. IACOVIELLO, *Contro l'attuale teoria degli atti irripetibili*, cit., p. 3009. Complessa la posizione di A. BASSI, *Alcune riflessioni in materia di atti irripetibili alla luce della novella n. 356/92*, cit., p. 2113, il quale, da un lato, esclude che l'art. 431 c.p.p. abbia inteso riferirsi alla irripetibilità della verbalizzazione e che, pertanto, l'irripetibilità di un atto derivi dalla possibilità o meno, per l'autore, di riferirne il contenuto dinanzi al giudice del dibattimen-

L'impostazione, elaborata ovviamente al fine di confutare la tesi – ritenuta produttiva di un «costo sociale che lacera le coscienze [ossia] il plateale soffocamento [nel caso in concreto preso in esame] della voce della vittima che addita il suo assassino»<sup>74</sup> – secondo cui le dichiarazioni non possono mai essere incluse tra gli atti originariamente irripetibili<sup>75</sup>, prende le mosse dalla premessa che l'irripetibilità deve concernere qualcosa che è proprio ed esclusivo degli atti a contenuto probatorio<sup>76</sup>, di talché, poiché siffatta categoria di atto si distingue da ogni altra per il fatto di veicolare informazioni probatorie, ed essendo la procedura acquisitiva prevista per gli atti irripetibili una diretta filiazione del principio di non dispersione, «essa ha una logica e un fondamento solo dove ricorre un'alternativa radicale: o si applica quella procedura o l'informazione probatoria acquisita in sede di indagine va perduta per sempre»<sup>77</sup>.

Ciò che è irripetibile, secondo l'impostazione di cui si discute, è «l'informazione» contenuta nell'atto, per cui, «[s]e l'informazione può essere introdotta nel processo per il tramite della testimonianza del soggetto che ha compiuto l'atto e, nel

---

to; dall'altro sostiene che gli atti in esso compendati non possano ritenersi veramente irripetibili in quanto i verbali della polizia giudiziaria e del pubblico ministero hanno un contenuto descrittivo o ricognitivo sempre suscettibile di costituire oggetto di deposizione testimoniale, a prescindere dalla natura irripetibile della situazione di fatto in essi rappresentata.

<sup>74</sup> F. M. IACOVELLO, *Contro l'attuale teoria degli atti irripetibili*, cit., p. 3008.

<sup>75</sup> Infatti, il contributo più volte richiamato muove una severa critica a Cass. pen., Sez. I, 23 gennaio 1995, Comberinati, secondo la quale l'irripetibilità degli atti compiuti dalla polizia giudiziaria e dal pubblico ministero, che vanno raccolti nel fascicolo per il dibattimento, si concreta nell'impossibilità materiale di rimuovere nel giudizio del medesimo atto compiuto nella fase delle indagini preliminari e va intesa quale irripetibilità congenita, come in caso di perquisizioni, sequestri, intercettazioni, rilevazioni urgenti in luoghi, cose o persone, e non accidentale, come in caso di morte o sopravvenuta irreperibilità di chi ha fatto dichiarazioni alla polizia giudiziaria o al pubblico ministero, fatta salva l'ipotesi, per gli atti rientrati in quest'ultima categoria, dell'irripetibilità determinata da fatti e circostanze imprevedibili di cui all'art. 512 c.p.p.

<sup>76</sup> Infatti, nota F. M. IACOVELLO, *Contro l'attuale teoria degli atti irripetibili*, cit., p. 3008, nel procedimento penale tanti atti documentano fatti o comportamenti irripetibili – come, per esempio, un'ordinanza di custodia cautelare o una richiesta di rinvio a giudizio – eppure l'art. 431 c.p.p. si disinteressa di essi, occupandosi soltanto degli atti di prova.

<sup>77</sup> F. M. IACOVELLO, *Contro l'attuale teoria degli atti irripetibili*, cit., p. 3009.

caso di dichiarazioni, del soggetto che le ha rese allora l'atto è ripetibile»<sup>78</sup>.

A siffatta costruzione teorica sono, però, state mosse una pluralità di obiezioni, attinenti a diversi versanti della stessa.

Si è, innanzitutto, rilevato che, subordinando la qualificazione di un atto come irripetibile alla verifica dell'assoluta impossibilità di recuperarne diversamente il contributo conoscitivo, si condiziona l'irripetibilità all'esame globale del quadro probatorio disponibile laddove, invece, essa «è un fattore che concerne il singolo atto, a prescindere dal raffronto con gli elementi acquisibili da altre fonti o con altri mezzi di prova»<sup>79</sup>.

Inoltre, è stato posto in risalto come la tesi, sebbene proposta con lo sguardo rivolto in direzione delle problematiche poste dall'art. 431 c.p.p., investa il fondamento dell'irripetibilità, di talché di eguale natura dovrebbe essere il controllo dei presupposti della lettura ai sensi dell'art. 512 c.p.p., previsione dalla quale, però, «non è dato desumere che la lettura dell'atto divenuto irripetibile debba subordinarsi all'impossibilità di recuperare altrimenti le conoscenze in esso contenute [*dal momento che*] constatata la sopravvenienza dell'irripetibilità, il giudice è tenuto ad accogliere la richiesta di lettura del corrispondente atto di indagine, a prescindere dall'avvenuta assunzione o dall'assumibilità di altri mezzi di prova sul medesimo oggetto»<sup>80</sup>.

Tra l'altro, un dato testuale di conferma della non sovrapposibilità dei concetti di irripetibilità e non riferibilità dell'elemento probatorio è stato rinvenuto nell'art. 78 disp. att. c.p.p., il quale, nel disciplinare l'acquisizione di atti di un procedimento penale straniero, dopo avere stabilito che la documentazione di atti di un procedimento penale compiuti da

---

<sup>78</sup> F. M. IACOVIELLO, *Contro l'attuale teoria degli atti irripetibili*, cit., p. 3009.

<sup>79</sup> C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti d'indagine*, cit., p. 57, la quale rileva come una verifica di siffatta natura determinerebbe la sovrapposizione tra il controllo sul contenuto del fascicolo ex art. 491 c.p.p. e le decisioni in tema di ammissione delle richieste probatorie di parte, da effettuarsi nel prosieguo del giudizio, a norma dell'art. 495 c.p.p. Fa notare S. LORUSSO, *Il verbale di ispezione dei luoghi soggetti a modificazione come atto non ripetibile da inserire nel fascicolo per il dibattimento*, cit., p. 2196, come la testimonianza dei verbalizzanti sia un atto «strutturalmente diverso» rispetto a quello irripetibile.

<sup>80</sup> C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti d'indagine*, cit., p. 58.



un'autorità giudiziaria straniera può essere acquisita a norma dell'art. 238 c.p.p., introduce un regime particolarmente garantito in relazione agli atti non ripetibili compiuti dalla polizia straniera, i quali possono essere acquisiti al fascicolo per il dibattimento soltanto se le parti vi consentono, ovvero "dopo l'esame testimoniale dell'autore degli stessi, compiuto anche mediante rogatoria all'estero in contraddittorio".

La Corte di cassazione, a tal proposito, ha chiarito che in materia di acquisizione di atti di un procedimento penale straniero, l'utilizzazione degli atti non ripetibili compiuti dalla polizia straniera e acquisiti nel fascicolo per il dibattimento dopo l'esame testimoniale dell'autore degli stessi, ai sensi dell'art. 78 disp. att. c.p.p., non è condizionata all'accertamento, da parte del giudice italiano, della regolarità degli atti compiuti dall'autorità straniera, in quanto vige una presunzione di legittimità dell'attività svolta ed è al giudice straniero che spetta la verifica della correttezza della procedura e l'eventuale risoluzione di ogni questione relativa alle irregolarità riscontrate<sup>81</sup>.

Dunque, l'esame dell'autore dell'atto non è funzionale alla verifica della legittimità dell'operato della polizia straniera, trattandosi di atti che avrebbero ben potuto essere acquisiti *ex sé* in quanto caratterizzati dal requisito dell'irripetibilità ma che, proprio per il fatto di atti posti in essere da operatori di un altro Stato, sono assistiti dal supporto della prova orale sul loro contenuto.

La disciplina delineata dalla norma di attuazione appena richiamata è composita, integrando una deroga al regime ordinario di acquisizione degli atti irripetibili che concorre a chiarire, sul piano generale, il rapporto di non necessaria implicazione tra l'acquisibilità di questi e la non attivabilità della prova dichiarativa eventualmente idonea a riferirne il contenuto.

---

<sup>81</sup> V., in particolare, Cass. pen., Sez. II, 18 maggio 2010, n. 24776. Nello stesso senso v., poi, Cass. pen., Sez. IV, 19 febbraio 2004, n. 18660. Secondo Cass. pen., Sez. I, 23 gennaio 2002, n. 23597, l'art. 78, co. 2 disp. att. c.p.p., in base al quale gli atti non ripetibili compiuti dalla polizia straniera possono essere acquisiti nel fascicolo del dibattimento se le parti vi consentano ovvero dopo l'esame testimoniale dell'autore degli stessi, riguarda soltanto gli atti di accertamento che siano stati direttamente "compiuti" dalla polizia straniera (quali, ad es. rilievi tecnici, ispezioni, sequestri), rimanendo invece esclusi gli atti "assunti" o "raccolti", tra cui, in particolare, le dichiarazioni rese da persone residenti all'estero, la cui utilizzabilità, in caso di mancata comparizione a seguito di regolare citazione, è subordinata alle sole condizioni previste dall'art. 512-*bis* c.p.p.

Ma, ponendo l'accento sulla riferibilità del contenuto dell'atto, non può farsi a meno di evidenziare come «qualunque tipo di risultanza probatoria può essere riferito mediante l'esame testimoniale di chi l'abbia acquisita, per cui nessun atto, in questa prospettiva, sarebbe veramente irripetibile in astratto»<sup>82</sup>.

Infatti, l'atto sarebbe ripetibile fin dall'origine e tale rimarrebbe almeno fino a quando non si materializzerebbe in concreto una situazione di sopraggiunta impossibilità di escussione dell'autore<sup>83</sup>.

Seguendo una siffatta esegesi si perverrebbe ad una drastica riduzione, forse fino all'inutilità, dell'area di operatività del concetto di atto irripetibile, finendo altresì per essere eluso il problema della natura – ripetibile o meno – degli atti del procedimento, tematica incautamente sovrapposta a quella dell'eventuale possibilità di realizzare i medesimi risultati probatori mediante un atto del tutto diverso, quale, appunto, la testimonianza<sup>84</sup>.

Inoltre, si è fatto notare che la tesi in discussione sarebbe già sul piano astratto incapace di incardinarsi nell'ambito di una categoria di atti la cui nota strutturale è costituita dalla non riferibilità del relativo contenuto, posto che l'art. 197, lett. d) c.p.p.<sup>85</sup> sancisce l'incompatibilità del pubblico ministero con l'ufficio di testimone.

---

<sup>82</sup> C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti d'indagine*, cit., p. 59. Negli stessi termini, in relazione all'attività di indagine della polizia giudiziaria, M. D'ANDRIA, *Un tentativo di definizione degli atti non ripetibili*, cit., p. 1351, il quale evidenzia come, aderendo a siffatta esegesi, il concetto di atto irripetibile sarebbe completamente svuotato poiché «tutto ciò che l'agente o l'ufficiale ha fatto, constatato o accertato può teoricamente costituire oggetto di testimonianza, attraverso la narrazione o l'esposizione orale».

<sup>83</sup> Fa notare C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti d'indagine*, cit., p. 59, che è arduo credere, a causa della scarsa incidenza statistica dell'ipotesi, che la portata derogatoria della norma debba fare della relativa applicazione una *rara avis*.

<sup>84</sup> D. POTETTI, *Svolta restrittiva della Cassazione in tema di atto irripetibile*, cit., p. 1468. Egualmente, M. D'ANDRIA, *Un tentativo di definizione degli atti non ripetibili*, cit., p. 1351.

<sup>85</sup> Come è noto, la norma stabilisce che non possono essere assunti come testimoni nel processo penale, tra l'altro, coloro che nel medesimo procedimento svolgono o hanno svolto la funzione di giudice, pubblico ministero o loro ausiliario nonché il difensore che abbia svolto attività di investigazione difensiva e coloro che hanno formato la documentazione delle dichiarazioni e delle informazioni assunte ai sensi dell'art. 391-ter c.p.p.

Per cui, a fronte della tipica ripetibilità degli atti posti in essere dalla polizia giudiziaria e da questa generalmente narrabili, si porrebbe la necessaria irripetibilità degli atti direttamente compiuti dal magistrato inquirente<sup>86</sup>.

#### 6. LA NOZIONE COSTITUZIONALE DI IRRIPETIBILITÀ.

Retrosce ideologiche ed esigenze della pratica sono alla base dell'elaborazione, da parte della Corte costituzionale, di una nozione di irripetibilità fondata sul dato empirico costituito dalla libera scelta del dichiarante di sottrarsi al contraddittorio dibattimentale mediante il rifiuto di deporre.

L'idea, fatta propria dalla Corte costituzionale durante gli anni novanta e costituente lo sfondo dogmatico della costruzione teorica, era quella secondo cui il contraddittorio altro non costituisce che «una replica in forma dialettica della acquisizione preprocessuale»<sup>87</sup>.

La prova, intesa come risultato di un processo formativo localizzato nel dibattimento, costituiva semplicemente il surrogato di un atto investigativo, quest'ultimo idoneo ad offrire un dato conoscitivo di cui il contraddittorio tipico della fase strettamente processuale, allorquando possibile, avrebbe soltanto consentito di saggiarne l'attendibilità e di meglio apprezzare l'effettiva portata dimostrativa<sup>88</sup>.

L'elaborazione teorica, come è noto, ha preso le mosse dall'incrocio di dati tra di loro eterogenei per giungere ad una conclusione conservata in un primo momento in uno stato grezzo in quanto ancora non assistita da un compendio dogmatico-argomentativo efficacemente approfondito: «il legislatore delegato, nel dettare l'art. 513, co. 1 c.p.p., il quale consente la lettura delle dichiarazioni precedentemente rese dall'imputato qualora questi è contumace, assente ovvero si rifiuta di sottoporsi ad esame, ha inteso comprendere» – è l'assunto della Corte – «nei

---

<sup>86</sup> C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti d'indagine*, cit., p. 60. V., per questa notazione, A. BASSI, *Alcune riflessioni in materia di atti irripetibili alla luce della novella n. 356/92*, cit., p. 2113, il quale parla, in relazione agli atti del pubblico ministero, di «irripetibilità di carattere processuale». La disarmonia sistematica non sfugge, altresì, a M. D'ANDRIA, *Un tentativo di definizione degli atti non ripetibili*, cit., p. 1351.

<sup>87</sup> G. GIOSTRA, *Contraddittorio (diritto processuale penale)*, cit., p. 11.

<sup>88</sup> G. GIOSTRA, *Contraddittorio (diritto processuale penale)*, cit., p. 11.

casi di sopravvenuta impossibilità di ripetizione dell'atto [...] anche l'indisponibilità dello stesso imputato all'esame"<sup>89</sup>.

Posto in primo piano il dato normativo, ad esso segue la puntualizzazione – essenziale nell'ambito dello schema argomentativo prescelto, che la scelta del legislatore non sarebbe stata casuale poiché si sarebbe posta, secondo la Corte, in linea con il criterio, desumibile da varie disposizioni del codice, “tendente a contemperare il rispetto del principio-guida dell'oralità con l'esigenza di evitare – nei limiti e alle condizioni di volta in volta indicate – la «perdita», ai fini della decisione, di quanto acquisito prima del dibattimento e che sia irripetibile in tale sede”<sup>90</sup>.

Senza lasciare spazio a fraintendimenti, dunque, il rifiuto di deporre in dibattimento si ritrova elevato a situazione di fatto idonea a qualificare l'atto investigativo in termini di irripetibilità, sulla base di uno sviluppo argomentativo che, nel volgere di un breve periodo, avrebbe trovato ulteriori specificazioni e migliore sistemazione dogmatica.

“E' opportuno sottolineare” – si legge infatti nella sentenza della Corte costituzionale n. 255/1992 – “che l'oralità, assunta a principio ispiratore del nuovo sistema, non rappresenta, nella disciplina del codice, il veicolo esclusivo di formazione della prova nel dibattimento; ciò perché – è appena il caso di ricordarlo – fine primario ed ineludibile del processo penale non può che rimanere quello della ricerca della verità [...] di guisa che in taluni casi in cui la prova non possa, di fatto, prodursi oralmente è dato rilievo, nei limiti ed alle condizioni di volta in volta indicate, ad atti formati prima ed al di fuori del dibattimento”<sup>91</sup>.

Lavorando sul doppio versante costituito dalla valorizzazione dell'aspetto finalistico del processo e dall'esaltazione del

---

<sup>89</sup> C. cost., 3 giugno 1992, n. 254. Con siffatta decisione la Corte ha ritenuto illegittimo, per violazione dell'art. 3 Cost., l'art. 513, co. 2 c. p. p., nella parte in cui non prevedeva che il giudice, sentite le parti, disponesse la lettura dei verbali delle dichiarazioni unilateralmente acquisite dai soggetti richiamati al co. 1 e rese dalle persone indicate nell'art. 210 c.p.p., qualora queste si fossero avvalse della facoltà di non rispondere.

<sup>90</sup> C. cost., 3 giugno 1992, n. 254.

<sup>91</sup> C. cost., 3 giugno 1992, n. 255, con la quale è stato ritenuto illegittimo, per violazione dell'art. 3 Cost., l'art. 500, co. 4 c. p. p., nella parte in cui non prevedeva l'acquisizione nel fascicolo per il dibattimento, se utilizzate per le contestazioni, delle dichiarazioni precedentemente rese dal testimone e contenute nel fascicolo del pubblico ministero.

sistema di relazioni tra fasi processuali, la Corte ha avuto sufficiente spazio per insinuarvi il tanto innovativo quanto sistematicamente determinante “principio di non dispersione dei mezzi di prova”, la volontà legislativa di esprimere il quale sarebbe emersa – tra l’altro, si dice, con evidenza – “da tutti quegli istituti che recuperano al fascicolo del dibattimento, e quindi alla utilizzazione probatoria, atti non suscettibili di essere surrogati (o compiutamente e genuinamente surrogati) da una prova dibattimentale”<sup>92</sup>.

Essi, infatti, “derogano chiaramente al principio dell’oralità e dell’immediatezza dibattimentale che, come si è detto, non è regola assoluta bensì criterio-guida del nuovo processo, e tendono a contemperare il rispetto del metodo orale con l’esigenza di evitare la perdita, ai fini della decisione, di quanto acquisito prima del dibattimento e che sia irripetibile in tale sede”<sup>93</sup>.

La parte propriamente dogmatica della pronuncia costituzionale ha tracciato un quadro di sintesi finale, chiarendo che “il sistema accusatorio positivamente instaurato ha prescelto la dialettica del contraddittorio dibattimentale quale criterio maggiormente rispondente all’esigenza di ricerca della verità; ma accanto al principio dell’oralità è presente, nel nuovo sistema processuale, il principio di non dispersione degli elementi di prova non compiutamente (o non genuinamente) acquisibili col metodo orale”<sup>94</sup>.

La nozione di irripetibilità enucleata dalla Corte era, come è evidente, onnicomprensiva, essendo qualificabili in questi termini tutti gli atti che, per l’operare di qualsivoglia fattore impeditivo, non sarebbero stati suscettibili di acquisizione mediante la metodologia orale.

Ed infatti, poco più tardi la Corte costituzionale ne ha fatto un’eclatante applicazione pratica nell’occasione in cui ha ritenuto infondata, ma soltanto “nei sensi di cui in motivazione”, la questione di legittimità costituzionale degli artt. 500, co. 2-*bis* e 512 c.p.p., nella parte in cui non consentivano di contestare o dare lettura delle dichiarazioni rese alla polizia giudiziaria o al pubblico ministero da prossimi congiunti dell’imputato i quali si fossero avvalsi nel dibattimento della facoltà di non rispondere<sup>95</sup>.

---

<sup>92</sup> C. cost., 3 giugno 1992, n. 255.

<sup>93</sup> C. cost., 3 giugno 1992, n. 255.

<sup>94</sup> C. cost., 3 giugno 1992, n. 255.

<sup>95</sup> C. cost., 16 maggio 1994, n. 179.

L'evidente ampliamento della nozione di irripetibilità che ne è derivato – vi è stata fatta rientrare, infatti, una circostanza di matrice spiccatamente processuale<sup>96</sup> – è frutto di quel vizio logico che ha caratterizzato l'intera costruzione dogmatica della Corte e che ha portato ad enucleare, da norme derogatorie dei principi di fondo del modello processuale, singolari regole generali.

In motivazione la Corte ha osservato che, ove l'interessato avesse rinunciato alla facoltà di astenersi a seguito di avvertimento rivoltagli dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria nel corso dell'atto investigativo, la relativa dichiarazione sarebbe stata legittimamente assunta e, quindi, avrebbe seguito il regime proprio di questi atti anche nell'ipotesi in cui il dichiarante avesse deciso successivamente di astenersi dalla deposizione dibattimentale.

Questa evenienza, ovviamente, avrebbe realizzato un caso di impossibilità di ripetizione dell'atto, sopravvenuta rispetto al momento in cui l'atto stesso è stato compiuto e, quindi, sotto questo profilo idonea a consentire di attivare il meccanismo acquisitivo previsto dall'art. 512 c.p.p.

#### 7. L'IRRIPETIBILITÀ QUALE NOZIONE COMPLESSA.

La nozione complessa di irripetibilità ha una matrice squisitamente normativa, nascendo dall'attribuzione di autonomo rilievo al dato emergente dalla tecnica di costruzione di talune fattispecie normative.

Esso è costituito, in particolare, dalla constatazione che gli atti generalmente ritenuti irripetibili sono di norma assistiti da alcune garanzie di carattere formale, quali la partecipazione del difensore al compimento dell'atto e la documentazione di esso mediante il ricorso alla forma del verbale.

La concezione complessa dell'atto irripetibile si caratterizza, dunque, per il simultaneo ricorrere di un elemento empirico di base – individuato nella modificabilità ovvero nella non riproducibilità della situazione concernente l'oggetto dell'atto – e

---

<sup>96</sup> Così, in senso critico, C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., pp. 146 ss., la quale, non a caso, parla di irripetibilità "giuridica". Ritiene discutibile la soluzione adottata dalla Consulta, altresì, S. BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, cit., p. 96.

di un duplice dato formale, ossia la partecipazione difensiva e la documentazione mediante verbale<sup>97</sup>.

Seguendo questa impostazione, la quale fa leva, quindi, sulla caratterizzazione normativa dell'atto, sarebbero dotati del connotato dell'irripetibilità gli atti "ricognitivi" delle condizioni di un determinato oggetto e quelli costituenti "mezzi a sorpresa di ricerca della prova"<sup>98</sup>.

Anche questa impostazione non è andata, però, esente da critiche, incentrate innanzitutto sulla considerazione – essenziale nell'ambito di una impostazione tesa a ricercare una nozione unitaria di irripetibilità – che essa non sarebbe idonea a conformare la nozione di irripetibilità presa in considerazione dall'art. 512 c.p.p., dal momento che quest'ultimo «consente il recupero di atti per i quali la partecipazione della difesa non è contemplata, come le dichiarazioni di persone informate sui fatti ex artt. 351 co. 1 e 362 c.p.p.»<sup>99</sup>.

Sul medesimo versante, si è osservato che se la documentazione mediante verbale di un atto processuale ben può concorrere alla costruzione di un sistema di garanzie specificamente indicativo della volontà legislativa di collocarlo in un'area composta da atti ad utilizzazione privilegiata<sup>100</sup>, certamente non può dirsi che il verbale costituisca connotato indefettibile e, quindi, identificativo della categoria degli atti irripetibili, poiché la giurisprudenza ha non soltanto chiarito che, ai fini della qualificazione di un atto come irripetibile, occorre avere riguardo alla natura e alle caratteristiche dell'atto stesso e non alla sua docu-

---

<sup>97</sup> G. FRIGO, *Commento all'art. 431 c.p.p.*, cit., pp. 723 ss. V., inoltre, F. M. MOLINARI, *Sui limiti di utilizzabilità degli atti di individuazione fotografica e personale compiuti dalla polizia giudiziaria*, cit., pp. 196 s., la quale, nel trattare l'argomento, sottolinea come la «garanzia difensiva» e la «verbalizzazione dell'atto» costituiscano elementi che, di norma, accompagnano l'irripetibilità dell'atto.

<sup>98</sup> G. FRIGO, *Commento all'art. 431 c.p.p.*, cit., p. 725.

<sup>99</sup> C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti d'indagine*, cit., p. 61, la quale rileva (nt. 98) come anche in ordine alle ipotesi di irripetibilità originaria, l'indefettibilità dell'assistenza difensiva, pure intesa come diritto alla partecipazione del difensore al compimento dell'atto, non è un dato pacifico. Infatti, si fa notare come le operazioni di identificazione di cui all'art. 349 c.p.p. sono state ritenute irripetibili sebbene l'art. 366 c.p.p. non attribuisca alcun diritto all'assistenza difensiva.

<sup>100</sup> Fa notare, infatti, G. ICHINO, *Gli atti irripetibili e la loro utilizzabilità dibattimentale*, cit., p. 152, come le modalità di documentazione degli atti siano direttamente correlate al regime di utilizzazione per essi previsto.

mentazione<sup>101</sup>, ma, spingendosi oltre, ha negato che siffatta formalità documentativa costituisca condizione imprescindibile di utilizzabilità dell'atto in sede dibattimentale, essendo sufficiente che la forma di documentazione prescelta presenti i requisiti sostanziali del verbale, questi ultimi da individuarsi essenzialmente – anche alla luce di quanto dispone l'art. 142 c.p.p. in tema di cause di nullità dei verbali – nella stretta contiguità spazio-temporale fra la constatazione dei fatti e la formazione di tale documentazione e nella provenienza certa di quest'ultima, attestata dalla sottoscrizione apposta dal pubblico ufficiale che ne figura autore<sup>102</sup>.

Conclusione, questa, che oltre che contrastare con l'approdo cui è pervenuta altra giurisprudenza<sup>103</sup> è stata sottoposta a vivaci critiche da parte della dottrina, essendosi obiettato che «la dizione “verbale” non può che essere assunta in sen-

---

<sup>101</sup> Di recente v., per esempio, Cass. pen., Sez. IV, 29 ottobre 1999, n. 6504, secondo la quale l'irripetibilità va valutata in relazione al contenuto dell'atto, e non al documento che dà atto di quella attività, e deve rappresentare un connotato originario dello stesso. Si è, così, ritenuto che costituiscono atto irripetibile le annotazioni di polizia giudiziaria e, cioè, i documenti sui quali vengono annotate giornalmente le condotte criminose osservate nel corso delle indagini. Ma già, prima, Cass. pen., Sez. I, 24 luglio 1993, Delle Fave, aveva puntualizzato che «[a]i fini della qualificazione di un atto come irripetibile occorre avere riguardo alla natura e alle caratteristiche peculiari dell'atto stesso, e non alla sua documentazione, che ne costituisce un momento logicamente e cronologicamente distinto».

<sup>102</sup> In questi termini, v. Cass. pen., Sez. I, 24 luglio 1993, Delle Fave; Sez. III, 3 aprile 1998, Corradini. Ribaltando l'impostazione, anzi, la caratteristica dell'irripetibilità è stata riconosciuta ad atti di polizia giudiziaria proprio in ragione dell'utilizzo di una forma documentativa diversa dal verbale, quale la relazione di servizio. V., infatti, Cass. pen., Sez. VI, 22 settembre 2002, Castellano, la quale ha ritenuto acquisibili al fascicolo per il dibattimento, come atti irripetibili, le relazioni di servizio della polizia giudiziaria, stante la necessità di immediata documentazione di quanto percepito in uno scritto che ne garantisca la genuinità e lo preservi da errori di ricordo.

<sup>103</sup> Cass. pen., Sez. I, 3 febbraio 1993, Sirsi, per la quale l'obbligo di verbalizzazione degli atti indicati nell'art. 357, co. 2 c.p.p. non è prescritto a pena di nullità, sicché è da ritenere che, qualora la loro documentazione sia avvenuta in altro modo che ne consenta comunque l'individuazione delle fonti relative, essa può far parte del fascicolo del pubblico ministero, da depositare a norma dell'art. 416, co. 2 c.p.p., e se ne può tenere conto ai fini dell'adozione delle misure cautelari e del rinvio a giudizio dell'imputato, mentre non può entrare a far parte del fascicolo per il dibattimento nel quale anche gli atti irripetibili possono essere inseriti solo se risultanti da verbali.



so tecnico, designando le specifiche modalità di documentazione di cui agli artt. 134 ss. c.p.p.»<sup>104</sup>.

Pertanto, si è fatto notare come «l'acquisizione al fascicolo per il dibattimento di un atto compiuto dalla polizia giudiziaria e la sua utilizzazione, ai fini del giudizio, deve necessariamente dipendere da due fattori: l'uno di natura formale (la redazione di un verbale); l'altro di natura sostanziale (la qualificazione dell'atto come "non ripetibile")»<sup>105</sup>.

«Inoltre» - è stato acutamente osservato - «non è esatto asserire che manchi una sanzione per l'inosservanza del disposto di cui all'art. 357 c.p.p., per cui l'atto documentato altrimenti non risulterebbe né nullo, né inutilizzabile: la sanzione, almeno per quanto concerne l'uso dibattimentale dell'atto mal documentato, è, infatti, quella stabilita dagli artt. 191 e 526 c.p.p.,

---

<sup>104</sup> C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti d'indagine*, cit., p. 62, nt. 99. Egualmente critico G. PIZIALI, *Spunti critici in tema di atti «irripetibili»*, cit., p. 2145, secondo il quale «la giustapposizione tra "verbali veri e propri" e atti dotati dei "requisiti sostanziali" dei verbali medesimi appare difficilmente sostenibile, atteso che o il riferimento ai "verbali" va inteso in senso tecnico, nel qual caso allude inevitabilmente ad atti dotati di tutti i requisiti di forma dell'atto verbalizzato; oppure non va inteso in senso tecnico, nel qual caso poco importa che siano presenti alcuni requisiti propri del verbale». Nello stesso senso, inoltre, M. NOBILI, *Concetto di prova e regime di utilizzazione degli atti nel nuovo codice di procedura penale*, cit., c. 280; F. M. MOLINARI, *Sui limiti di utilizzabilità degli atti di individuazione fotografica e personale compiuti dalla polizia giudiziaria*, cit., p. 197; G. ICHINO, *Gli atti irripetibili e la loro utilizzabilità dibattimentale*, cit., p. 155; R. D'ISA, *Osservazioni sulla formazione del fascicolo per il dibattimento*, cit., p. 1101; F. ZACCHE', *Sopraluoghi e relazioni di servizio della polizia giudiziaria*, in *Cass. pen.*, 2006, pp. 1019 s., il quale, dopo avere premesso che la relazione di servizio costituisce uno strumento di comunicazione interna all'amministrazione delle forze di polizia e finalizzata a informare, in modo sintetico e sommario, gli uffici competenti delle attività espletate, soggiunge che «[i]l termine "verbale" contenuto nella lett. b della disposizione in oggetto [art. 431 c.p.p.] non può essere letto in maniera generica, ma va inteso in senso stretto, nel suo significato tecnico».

<sup>105</sup> C. FANUELE, *L'utilizzabilità delle relazioni di servizio redatte dalla polizia giudiziaria alla luce dei principi costituzionali del «giusto processo»*, in *Cass. pen.*, 2004, pp. 1731 s., la quale osserva che il verbale «risponde ad una basilare esigenza di garanzia: quella, cioè, del controllo, sugli atti del procedimento, ad opera delle parti». La necessità, ai fini dell'acquisizione e della lettura dell'atto, del ricorso alla forma documentale del verbale ovvero di una diversa modalità che di esso conservi i requisiti di sostanza previsti dall'art. 136 c.p.p. è sottolineata, da ultimo, da F. M. GRIFANTINI, *Attività preparatorie del contraddittorio dibattimentale*, Torino, 2009, p. 50.

che colpisce l'atto erroneamente inserito nel fascicolo dibattimentale *ex art. 431 c.p.p.*<sup>106</sup>.

La Suprema Corte<sup>107</sup>, però, non ha recepito i rilievi critici di matrice dottrinale e, anche di recente, ha ribadito che l'obbligo di redazione del verbale rispetto agli atti indicati dall'art. 357, co. 2 c.p.p. non è previsto a pena di nullità o di inutilizzabilità.

Per le attività di polizia giudiziaria è infatti sufficiente la loro documentazione, anche in un momento successivo al compimento dell'atto e, qualora esse rivestano le caratteristiche della irripetibilità, è necessaria la certezza dell'individuazione dei dati essenziali, quali le fonti di provenienza, le persone intervenute all'atto e le circostanze di tempo e di luogo della constatazione dei fatti<sup>108</sup>.

---

<sup>106</sup> C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti d'indagine*, cit., p. 62, nt. 99. G. PIZIALI, *Spunti critici in tema di atti «irripetibili»*, cit., p. 2145, ritiene che dall'assenza di una espressa sanzione di nullità o di inutilizzabilità per inosservanza delle previsioni contenute negli artt. 357 e 373 c.p.p. non possa farsi discendere una totale disponibilità della relativa disciplina, anche perché, a ragionare diversamente, «si vanificherebbe l'esigenza posta dall'art. 2 n. 37 della legge delega (81/87) di un regime documentativo “differenziato”: esigenza realizzata dal legislatore delegato con gli artt. 357 e 373 citati attraverso una distinzione che passa essenzialmente tra gli atti “a utilizzazione privilegiata” ed i rimanenti atti di indagine, e che si spiega proprio in funzione del diverso valore probatorio degli uni e degli altri».

<sup>107</sup> In linea, d'altra parte, con le conclusioni rassegnate sul punto, poco tempo dopo, da Cass. pen., Sez. un., 18 dicembre 2006, n. 41281, le quali hanno ribadito la tesi sostanzialistica, concentrando ancora una volta l'attenzione sulla previsione contenuta nell'art. 142 c.p.p.

<sup>108</sup> Cass. pen., Sez. I, 6 ottobre 2006, n. 34022, la quale, in applicazione di questo principio, nel caso di specie, ha ritenuto che fosse legittimamente contenuta nel fascicolo del pubblico ministero, e quindi utilizzabile nel rito abbreviato, la documentazione relativa agli accertamenti dattiloscopici effettuati dalla polizia giudiziaria su impronte papillari rinvenute nel luogo e nell'immediatezza dei fatti sul corpo di reato, anche in mancanza della redazione del verbale dei rilievi. In senso contrario v., però, anche Cass. pen., Sez. IV, 3 settembre 1996, n. 2073, secondo cui gli atti di polizia giudiziaria – in particolare quelli indicati nell'art. 351 c.p.p. – che risultano documentati in forme diverse da quelle prescritte (con annotazione, anziché con verbalizzazione) possono essere utilizzati nella fase delle indagini preliminari per essere posti a fondamento di provvedimenti cautelari o di altri atti che trovino la loro collocazione nell'ambito della medesima fase di indagine. Viceversa, ogni possibilità di utilizzazione in fase di dibattimento delle acquisizioni assunte nel corso delle indagini preliminari è direttamente collegata all'osservanza delle formalità di documentazione prescritte per la polizia giudiziaria dall'art. 357, co. 2 c.p.p.

8. L'ULTIMO APPRODO DELLA SUPREMA CORTE: SEZIONI UNITE, 18 DICEMBRE 2006, N. 41281.

Il tema dei criteri di ricostruzione della nozione di atto irripetibile è stato approfondito, da ultimo, dalle Sezioni unite della Corte di cassazione, le quali hanno declinato alcune puntualizzazioni che, tuttavia, appaiono scontare i limiti derivanti dalla collocazione dell'elaborazione concettuale nell'alveo della concezione empirica.

Il nodo centrale della pronuncia – il riferimento, ovviamente, è alla sentenza n. 41281 del 2006 – è costituito dall'acquisibilità al fascicolo per il dibattimento delle relazioni di servizio della polizia giudiziaria e, segnatamente, di quelle descrittive di attività investigative consistenti in osservazioni, constatazioni e pedinamenti<sup>109</sup>, ma la Suprema Corte ha colto l'occasione per tentare di enunciare alcuni principi di carattere generale dotati di validità al fine di stabilire se un atto d'indagine meriti o meno l'attribuzione della qualità di atto irripetibile.

A tale proposito, infatti, le Sezioni unite fanno notare, al fine di segnalare la portata generale delle proprie direttive interpretative, che la disciplina degli atti irripetibili riguarda sia gli atti del pubblico ministero e della polizia giudiziaria, sia quelli compiuti dal difensore ai sensi della l. 7 dicembre 2000, n. 397.

V'è da dire fin da subito che la premessa di ordine generale si colloca nel solco di una oramai risalente elaborazione giurisprudenziale e dottrinale, essendo ravvisabile nella distinzione tra irripetibilità originaria, alla quale soltanto si riferisce l'art. 431 c.p.p., e la sopravvenuta impossibilità di ripetizione dell'atto, ipotesi che, al contrario, deve essere ricondotta nello spazio operativo riservato all'art. 512 c.p.p.

Delineate in questi termini l'area normativa e concettuale di riferimento, se ne fa seguire l'indicazione di una premessa metodologica la quale, se accolta, dovrebbe consentire all'interprete – gravato dall'onere di ricostruire la nozione di irripetibilità a fronte di un legislatore che non ha inteso provvede-

---

<sup>109</sup> Il contrasto giurisprudenziale sul punto è messo in evidenza, con la specifica indicazione delle pronunce riconducibili all'una o all'altra corrente ermeneutica, da M. VESSICHELLI, *Quando la relazione di servizio non è un atto irripetibile*, in *Cass. pen.*, 2007, pp. 952 ss. V., inoltre, C. FANUELE, *L'utilizzabilità delle relazioni di servizio redatte dalla polizia giudiziaria alla luce dei principi costituzionali del «giusto processo»*, cit., p. 1729.

re ad individuare gli atti non ripetibili, né ad indicare i criteri necessari per qualificare come tale un atto del procedimento – di non incorrere in un duplice, contrapposto errore.

Il primo di essi è individuato nel “riferimento al contesto in cui l’atto è stato compiuto”: seguendo siffatta prospettiva, infatti, non esisterebbe atto irripetibile in dibattimento poiché non è mai riproducibile il contesto in cui l’atto è stato formato, al punto che anche le dichiarazioni rese dalla persona informata sui fatti godrebbero del carattere dell’irripetibilità.

Con tale precisazione, evidentemente, la Suprema Corte accoglie le sollecitazioni della dottrina dirette a provocare una presa di distanze da quelle opzioni esegetiche che, nell’ambito della concezione empirica dell’irripetibilità, erano pervenute ad una eccessiva dilatazione dell’ambito applicativo della figura.

Ma vi è un secondo errore, segnala la Corte, che potrebbe a priori inficiare il percorso costruttivo del concetto di atto irripetibile ed è quello consistente nel fare esclusivamente riferimento alla possibilità di descrizione in sede dibattimentale delle attività compiute dal soggetto investigante, essendo chiaro che questi ben potrebbe essere chiamato a ripercorrere oralmente i vari aspetti delle attività svolte, di talché sarebbe ben difficile ritenere non ripetibili atti – quali, per esempio, perquisizioni e sequestri – ritenuti concordemente irripetibili dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Affrontate in questi termini le questioni di metodo<sup>110</sup>, la sentenza «si cala [...] con una certa difficoltà su una materia così poco incline a parametrizzazioni precise e a categorie preformate e, pur contenendo [*come già detto*] l’affermazione di premesse metodologiche dal significato univoco [...] finisce per dichiarare che la soluzione al quesito può essere data solo seguendo un criterio di esclusione»<sup>111</sup>.

---

<sup>110</sup> Una ulteriore premessa effettuata dalla Corte di cassazione, a dire il vero, consiste nel rilevare che devono considerarsi oramai superate le teorie che fanno riferimento alla natura di “atto a sorpresa” o di “atto indifferibile” dell’attività investigativa. Osserva sul punto, tuttavia, M. NIGRO, *Atti irripetibili e limiti ai poteri probatori del giudice*, cit., p. 1170, come la Corte non si sia dilungata più di tanto in spiegazioni sul passaggio motivazionale in discorso, nonostante esse «risulterebbero quanto mai preziose», posto che la natura irripetibile dei mezzi di ricerca della prova, come si è avuto modo di vedere, è unanimemente sostenuta proprio in virtù della sorpresa che connota siffatte operazioni.

<sup>111</sup> M. VESSICHELLI, *Quando la relazione di servizio non è un atto irripetibile*, cit., pp. 952 ss.

Infatti, dopo avere chiarito che devono essere certamente escluse dalla categoria degli atti irripetibili le “dichiarazioni” – nell’impianto accusatorio del nostro codice, si fa notare, esse costituiscono il tipico esempio di atto ripetibile con modalità narrative<sup>112</sup> – le Sezioni unite delineano due distinte nozioni di non ripetibilità.

La prima, ritenuta di facile configurazione, riguarda la descrizione di luoghi, cose o persone suscettibili di subire modificazioni per effetto del decorso del tempo: in questo caso l’irripetibilità deriva, secondo la Corte, dalla perdita di informazioni connessa al possibile mutamento dell’oggetto dell’osservazione<sup>113</sup>.

E’ dall’esame delle fattispecie tradizionalmente ricondotte nell’ambito della categoria degli atti irripetibili, a giudizio della Corte, che occorre prendere le mosse per individuare l’altra nozione di irripetibilità alla quale il legislatore ha inteso fare riferimento nel contesto dell’art. 431 c.p.p., consapevoli del fatto, però, che si tratta di una tematica che riguarda direttamente il “giusto processo” nell’assetto derivante dall’innovato art. 111 Cost., in quanto l’inserimento del verbale di un atto d’indagine nel fascicolo processuale costituisce una deroga non soltanto al principio di oralità – il quale, sottolineano le Sezioni unite, caratterizza sì il sistema accusatorio ma non è dotato di copertura costituzionale – ma, più in particolare, al principio del contraddittorio nella formazione della prova poiché fa sì che l’atto, formato nella fase procedimentale, venga utilizzato ai fini della decisione<sup>114</sup>.

Esaminando, allora, le fattispecie normative unanimemente ricondotte nell’ambito della categoria degli atti irripetibili, la Corte di cassazione individua la caratteristica di siffatte ipotesi

---

<sup>112</sup> Anticipando in qualche modo il tema centrale dell’esegesi, la Corte completa il ragionamento osservando che nel bilanciamento tra i principi che si riferiscono alla “genuinità dell’atto” e al rispetto del contraddittorio nella formazione della prova in tema di dichiarazioni, la prevalenza non poteva che essere attribuita al secondo principio.

<sup>113</sup> La Corte cita, a titolo esemplificativo, gli atti di accertamento e rilievo planimetrico e volumetrico, nonché le rilevazioni tecniche su luoghi, persone o cose.

<sup>114</sup> Come mette in rilievo F. CERQUA, *Le Sezioni Unite fissano i criteri per stabilire quando gli atti investigativi non sono ripetibili*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 1483, i giudici di legittimità «non hanno potuto non tenere conto della necessità di una lettura costituzionalmente orientata dell’art. 431 c.p.p.».

nell'esistenza di un "risultato ulteriore" rispetto alla mera attività investigativa e di "informazioni ulteriori" derivanti da questa attività.

Cristallizzata in siffatto dato la prima connotazione dell'atto irripetibile, se ne sottolinea immediatamente l'insufficienza, dal momento che – precisa la Corte – deve trattarsi di "casi in cui questo risultato ulteriore non sia più riproducibile in dibattimento se non con la perdita dell'informazione probatoria o della sua genuinità".

Viene rievocata, almeno in parte, un'elaborazione giurisprudenziale già proposta e che ritiene acquisibili al fascicolo per il dibattimento, come atti irripetibili, le relazioni di servizio della polizia giudiziaria "stante la necessità di immediata documentazione di quanto percepito in uno scritto che ne garantisca la genuinità e lo preservi da errori di ricordo"<sup>115</sup>.

Il percorso esegetico intrapreso dalla Suprema Corte<sup>116</sup> sembra fin da subito accidentato ed il terreno su cui esso è tracciato appare sdruciolevole, siccome entrambi descritti mediante l'impiego di una terminologia difficilmente decifrabile.

Che significa, infatti, che il risultato ulteriore dell'attività investigativa non è riproducibile in dibattimento?

Il passaggio evoca un'equazione per cui l'acquisizione dell'atto investigativo costituisce lo strumento esclusivo per garantire la non dispersione di informazioni (o della genuinità di esse), dispersione che, invece, l'impiego di percorsi probatori diversi – i quali, sembra di capire, consentirebbero la descrizione dell'elemento ulteriore ed estrinseco ma non la sua riproduzione – senz'altro determinerebbe.

Si può subito obiettare, però, che le attività compiute in un contesto temporale diverso e precedente rispetto alla fase processuale non si prestano mai ad un'attività ricostruttiva, potendo soltanto essere descritte da chi le ha materialmente compiute.

Ma, andando oltre, è di tutta evidenza che l'informazione attinente al risultato estrinseco dell'atto d'indagine, proprio per-

---

<sup>115</sup> V., anche di recente in questi termini, Cass. pen., Sez. VI, 22 settembre 2002, Castellano.

<sup>116</sup> Anche sul piano terminologico condiviso, successivamente, da Cass. pen., Sez. I, 2 aprile 2009, n. 14511, la quale ha escluso che possa considerarsi atto irripetibile l'attività di estrazione di copia di un file da un computer, trattandosi di attività che non determina alcuna alterazione dello stato delle cose, tale da arrecare pregiudizio alla genuinità del contributo conoscitivo nella prospettiva dibattimentale, essendo sempre assicurata la riproducibilità di informazioni identiche a quelle contenute nell'originale.

ché costituente un'informazione di carattere probatorio, non andrebbe necessariamente dispersa, né la sua genuinità in qualche modo incrinata, per il semplice fatto di essere veicolata in dibattimento mediante uno strumento anziché l'altro.

L'incursione sul terreno dello strumento comunicativo idoneo a garantire la non dispersione ovvero la genuinità di informazioni probatorie costituisce, in altri termini, un incidente che andava evitato, in quanto entra platealmente in contrasto con la premessa metodologica declinata dalla Corte.

Infatti, il dato investigativo costituito dalla materiale apprensione di un oggetto – per rimanere alle esemplificazioni contenute nella sentenza – se è vero che costituisce un risultato ulteriore rispetto alla mera attività d'indagine, non è altrettanto vero che possa essere genuinamente veicolato soltanto mediante l'acquisizione del verbale, essendo innegabile che presenti identiche garanzie la forma comunicativa costituita dalla deposizione dell'operatore che ha proceduto al sequestro.

La costruzione eretta dalle Sezioni unite vacilla ulteriormente se si considera che la ricerca materiale del corpo del reato che si svolge nel corso di una perquisizione – attività annoverata tra quelle irripetibili e dalla Corte ritenuta emblematica della correttezza della propria esegesi – non presenta alcun risultato estrinseco ed ulteriore, realizzando siffatta ricerca l'essenza dell'attività investigativa in questione.

Sotto questo profilo, quindi, non sarebbe ravvisabile alcuna differenza rispetto ad un'attività investigativa che sia consistita nel pedinamento o nell'osservazione di un soggetto, trattandosi in entrambi i casi di atti che esauriscono in sé l'essere dell'attività d'indagine, senza condurre alla realizzazione di risultati estrinseci e ben suscettibili di descrizione mediante forme alternative egualmente garantite.

Si intende dire, in altre parole, che l'esegesi incentrata sulla dispersione ovvero sulla genuinità dell'informazione conduce necessariamente ad una disamina dei mezzi di veicolazione e, d'altra parte, non può che essere così se si vuole assicurare al discorso un sufficiente grado di concretezza.

Stando così le cose, però, non v'è dubbio che l'edificio dogmatico si sgretoli se solo non si riesca a dimostrare che un mezzo diverso dalla lettura del verbale – per esempio, la deposizione dell'operatore che ha posto in essere l'atto – sia inevitabilmente dispersivo ovvero irrimediabilmente inficiante la genuinità dell'informazione probatoria.

Invero, quando la Corte si addentra nell'illustrazione delle ragioni per le quali, seguendo un criterio di esclusione, considera che “mai potranno essere considerate originariamente irripetibili le dichiarazioni”, si limita ad osservare che nell'impianto accusatorio del nostro codice esse costituiscono “il tipico esempio di atto ripetibile con modalità narrative” e questo perché, nel bilanciamento tra i principi che si riferiscono alla genuinità dell'atto e al rispetto del contraddittorio nella formazione della prova in tema di dichiarazioni, la prevalenza non poteva che essere attribuita al secondo principio.

Il che equivale a dire che l'atto acquisitivo orale difetta di genuinità, ma il principio cardine del sistema processuale ne impone una sorta di accettazione a discapito dell'evidentemente più affidabile strumento alternativo costituito dalla lettura del verbale.

Al di là di ogni considerazione sull'accettabilità, sotto i profili concettuale ed ontologico, di una siffatta argomentazione, sembra evidente che la Corte navighi a vista su un mare di argomentazioni poco persuasive.

Ed infatti, essa stessa è costretta, dinanzi «[a]ll'estrema vaghezza concettuale e [a]ll'assoluta asistematicità definitoria imperanti in tema di irripetibilità»<sup>117</sup>, ad andare oltre le proprie argomentazioni per offrire una definizione in qualche modo appagante.

Sicché, si legge in un passaggio della sentenza che vuole rappresentare la chiosa conclusiva dell'elaborazione attinente al concetto di irripetibilità, ciò che giustifica l'attribuzione della qualità di non ripetibilità ad un atto della polizia giudiziaria, del pubblico ministero o del difensore “è la caratteristica di non essere riproducibile in dibattimento”.

La definizione altro non è che la riedizione di direttrici esegetiche già note e, di queste, acquisisce inevitabilmente la connotazione tautologica<sup>118</sup>, posto che è come dire che è irripetibile ciò che non è... ripetibile in dibattimento.

Ma se questa definizione è già idonea in sé – e non v'è dubbio che lo sia, denotando la “caratteristica” dell'atto irripetibile – a riempire di significato il concetto di irripetibilità, è ultronea la precisazione secondo cui “nel bilanciamento di inte-

<sup>117</sup> M. NIGRO, *Atti irripetibili e limiti ai poteri probatori del giudice*, cit., p. 1171.

<sup>118</sup> M. NIGRO, *Atti irripetibili e limiti ai poteri probatori del giudice*, cit., p. 1171.



ressi tra la ricerca della verità nel processo e il sacrificio del principio costituzionale relativo alla formazione della prova è necessario che l'atto abbia quelle caratteristiche di genuinità e affidabilità che possono derivare soltanto da quell'attività di immediata percezione cristallizzata in un verbale che inevitabilmente andrebbe dispersa ove si attendesse il dibattimento".

Il discorso, evidentemente, si sviluppa su piani diversi, ciascuno dei quali – ma, soprattutto, la pretesa di intrecciarli tra loro – non riesce a fornire soluzioni realmente appaganti, di talché ha ragione chi sostiene che «l'incertezza che regna in tema di classificazione degli atti come ripetibili o irripetibili sia destinata a perdurare, [dal momento che] i criteri identificativi delineati dalla Corte non paiono sufficientemente saldi»<sup>119</sup>.

---

<sup>119</sup> M. NIGRO, *Atti irripetibili e limiti ai poteri probatori del giudice*, cit., p. 1172. Di diverso avviso, invece, F. CERQUA, *Le Sezioni Unite fissano i criteri per stabilire quando gli atti investigativi non sono ripetibili*, cit., p. 1485, secondo il quale, alla luce dei criteri ermeneutici dettati dalla Corte, «sembrano potersi ricomporre le divergenze interpretative registrate in tema di identificazione della natura irripetibile degli atti investigativi compiuti dalla polizia giudiziaria».



## CAPITOLO VII

### LA COSTITUZIONALIZZAZIONE DEL PRINCIPIO DEL CONTRADDITTORIO NELLA FORMAZIONE DELLA PROVA E L'IRRIPETIBILITÀ

SOMMARIO: 1. La progressiva destrutturazione del sistema probatorio originario. - 2. L'inserimento dei principi del giusto processo nella Costituzione. - 3. Le eccezioni al principio del contraddittorio. - 4. Le eccezioni al principio del contraddittorio e le implicazioni sulla delimitazione del concetto di irripetibilità. - 5. Una breve (ma importante) notazione.

#### 1. LA PROGRESSIVA DESTRUTTURAZIONE DEL SISTEMA PROBATORIO ORIGINARIO.

Il codice di procedura penale del 1988, come sappiamo, avrebbe dovuto attuare i principi del processo accusatorio, tra i quali assume autonomo rilievo quello del contraddittorio: «[s]e l'esperienza giuridica nella sua dimensione processuale è *scientia probabilis*» - è stato infatti notato - «essa non potrà fondarsi sulla logica dimostrativa, bensì sul metodo dialettico, sulla contrapposizione delle opinioni»<sup>1</sup>.

L'impianto originario del codice era riuscito, sia pure nell'ambito di un tessuto ricco di profili perfettibili soprattutto sotto il profilo della configurazione di significativi poteri investigativi difensivi, a realizzare un soddisfacente temperamento tra i corollari di siffatto principio, con particolare riferimento alla sua applicazione sul terreno della prova, e le esigenze di ef-

---

<sup>1</sup> G. GIOSTRA, *Contraddittorio (Diritto processuale penale)*, cit., p. 4.

fettività dell'accertamento penale, generando un sistema combinato di regole generali e di previsioni eccezionali.

Nell'elaborazione del legislatore, infatti, l'impronta accusatoria del nuovo processo non si sarebbe potuta spingere fino al punto di consentire l'assoluta separazione tra la fase del giudizio e quella investigativa, poiché «[l]'incapacità delle fonti probatorie di superare l'inevitabile diaframma che, in un sistema pur ispirato alla ragionevolezza dei tempi, comunque, allontana il momento del giudizio dal momento di consumazione del fatto che ne forma l'oggetto, rende ineliminabile la necessità di concepire meccanismi idonei a salvaguardare quanto, acquisibile in fase di primi accertamenti, non sia più recuperabile, in funzione probatoria, nel corso dell'istruzione dibattimentale»<sup>2</sup>.

Sebbene il valore euristico del contraddittorio rappresenti un'acquisizione consolidata dell'epistemologia contemporanea<sup>3</sup>, costituendo «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»<sup>4</sup>, la mancanza di un chiaro riferimento a livello costituzionale<sup>5</sup> – anche se, è stato

---

<sup>2</sup> M. FERRAIOLI, *Dubbi sull'acquisibilità delle dichiarazioni in precedenza rese dall'imputato (o coimputato) che rifiuti l'esame in dibattimento*, in *Giur. cost.*, 1992, p. 1951.

<sup>3</sup> E su di esso – fa rilevare F. M. IACOVIELLO, *Prova e accertamento del fatto nel processo penale riformato dalla Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 2030 – il codice del 1988 aveva scommesso «ponendo ogni premura nell'evitare che l'indagine preliminare potesse ipotecare la decisione finale».

<sup>4</sup> G. GIOSTRA, *Contraddittorio (Diritto processuale penale)*, cit., p. 4. Fa notare, inoltre, G. UBERTIS, *Giusto processo e contraddittorio in ambito penale*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 2100, come, proprio per questa sua caratteristica, il contraddittorio «esula dalla sterile polemica tra sostenitori del sistema accusatorio e fautori di quello inquisitorio (più o meno annacquato da innesti garantistici) per venire a caratterizzare un *metodo* [...] indipendente dalle scelte contingenti di politica processuale».

<sup>5</sup> Riteneva, per es., F. M. IACOVIELLO, *Prova e accertamento del fatto nel processo penale riformato dalla Corte costituzionale*, cit., p. 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, F. GIANNITI, *Spunti per una ricostruzione del sistema probatorio penale*, cit., p. 79, secondo il quale sia la Costituzione – nella versione, ovviamente, antecedente alla riforma dell'art. 111Cost. – che le convenzioni internazionali ratificate dall'Italia «pur contenendo principi fondamentali relativi ai diritti della persona e al processo penale, nulla stabiliscono per quanto concerne il tipo di sistema processuale penale (accusatorio, inquisitorio, misto) e tanto meno si occupano del delicato rapporto tra fase preliminare e fase dibattimentale del processo penale; cosicché la scelta è rimessa alla discrezionalità

giustamente osservato, non poteva apparire azzardato sostenere, tenendo nel dovuto conto anche i principi desumibili dagli artt. 24, co. 2 e 27, co. 2 Cost., che la preferenza andasse assegnata, tra i diversi modelli processuali, a quello di ispirazione accusatoria<sup>6</sup> – ha assunto il ruolo di precondizione valida a consentire di porlo su un terreno connotato da un'ampia cedevolezza, a vantaggio di altri e estremamente fumosi principi di rango costituzionale.

In particolare, il c.d. principio di non dispersione probatoria, elaborato sulla base di una concezione assolutistica della verità quale oggetto dell'accertamento processuale<sup>7</sup> e di una visione eccentrica del principio del libero convincimento del giudice, è stato «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»<sup>8</sup>.

Elaborato dalla Corte costituzionale nella sent. 3 giugno 1992, n. 255<sup>9</sup> sulla base dell'assunto secondo cui «l'oralità, as-

---

del legislatore ordinario». V., altresì, G. UBERTIS, *Ricostruzione del sistema, giusto processo, elementi di prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 312.

<sup>6</sup> G. ILLUMINATI, *Principio di oralità e ideologie della Corte costituzionale nella motivazione della sent. n. 255 del 1992*, in *Giur. cost.*, 1992, p. 1973. V., anche, M. SCAPARONE, *Diritto al silenzio e diritto al controesame del coimputato*, in *Giur. cost.*, 1998, p. 3148, secondo il quale l'art. 24, co. 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, P. VENTURA, *Escussione della prova e contraddittorio*, in *Giur. cost.*, 1998, p. 3187. Secondo A. GIARDA, «Astratte modellistiche» e principi costituzionali del processo penale, cit., p. 890, invece, le linee portanti della Carta costituzionale «avevano privilegiato i canoni oggettivi di regolarità della giurisdizione rispetto ad una tutela preminente delle garanzie individuali dei cittadini (ottica quest'ultima tipica delle Carte dei diritti dell'uomo), fissando altresì la centralità dell'esperienza giudiziaria penale nell'attività giurisdizionale in senso stretto ed a quest'ultima subordinando il ruolo e l'autonomia delle parti, pubblica e privata, contrapposte del processo penale».

<sup>7</sup> Mette in rilievo A. GIARDA, «Astratte modellistiche» e principi costituzionali del processo penale, cit., p. 494, come «è proprio attorno alla ricerca della "verità storica" o "materiale" intesa come traguardo finale di ogni processo penale che la Corte ha rivisitato i più significativi principi generali del processo».

<sup>8</sup> O. DOMINIONI, *Un nuovo idolum teatri: il principio di non dispersione probatoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 738.

<sup>9</sup> In essa, fa notare G. ILLUMINATI, *Principio di oralità e ideologie della Corte costituzionale nella motivazione della sent. n. 255 del 1992*, cit., p.

sunta a principio ispiratore del nuovo sistema, non rappresenta, nella disciplina del codice, il veicolo esclusivo della formazione della prova nel dibattimento, perché il fine primario ed ineludibile del processo penale non può che rimanere quello della ricerca della verità<sup>10</sup>, tramite siffatto principio si è pervenuti, nel corso degli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore del nuovo codice, ad un generale ribaltamento del modello di riferimento, del quale si è profondamente compromessa la giustificazione razionale.

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, se non a costo di contraddire le premesse logiche e strutturali del sistema, attribuire identico valore di prova agli elementi raccolti dal pubblico ministero in quella fase.

Il percorso intrapreso dalla Corte costituzionale con una sequenza di sentenze per lo più connotate da una dimensione prevalentemente ideologica<sup>11</sup> ha invalidato le disposizioni del codice che escludevano dal novero delle prove utilizzabili dal giudice dibattimentale le dichiarazioni unilateralmente acquisite dall'autorità d'indagine.

---

1975, la Corte allude sì ai principi della Costituzione, senza però avventurarsi nell'affermare la costituzionalizzazione del principio.

<sup>10</sup> Corte cost., 3 giugno 1992, n. 255. Il ragionamento viene completato dall'osservazione – contenuta in Corte cost., 16 giugno 1994, n. 241 – secondo cui “ad un ordinamento costituzionale che sancisce il principio di obbligatorietà dell'azione penale, ma è prima di tutto improntato alla tutela dei diritti inviolabili dell'uomo ed al principio di eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, non sono consone norme di metodologia processuale che ostacolino in modo irragionevole il processo di accertamento del fatto storico necessario per pervenire ad una giusta decisione”.

<sup>11</sup> Sottolinea questo aspetto, in relazione alla sentenza n. 255 del 1992, G. ILLUMINATI, *Principio di oralità e ideologie della Corte costituzionale nella motivazione della sent. n. 255 del 1992*, cit., p. 1977. V., altresì, C. TAORMINA, *Il regime della prova nel processo penale*, cit., p. 464, il quale parla di «una corte costituzionale pervicacemente impegnata a distruggere il sistema, per evidente non condivisione ideologica». Rileva, dichiarandosi “stupefatto” rispetto a tali affermazioni, che «la dottrina quasi unanime ha parlato di “attacco frontale al cuore del nuovo sistema” e di “restaurazione del rito inquisitorio”» F. GIANNITI, *Spunti per una ricostruzione del sistema probatorio penale*, cit., p. 78.

L'azione di generale ripensamento dell'impianto complessivo del processo ne ha colpito, così, i meccanismi vitali<sup>12</sup>, tracciando un sistema di linee portanti che ha determinato, come già detto, la «sostituzione, al modello dato, di un altro basato su principi diametralmente opposti»<sup>13</sup>.

Con la sent. 31 gennaio 1992, n. 24, la Corte, non ritenendo, tra le altre cose, che potesse obiettarsi che il divieto in discorso trovasse giustificazione nei principi generali che informano il nuovo processo penale, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 195, co. 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<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> D'altro canto, evidenzia V. GAROFOLI, *Giudizio, regole e giusto processo. I tormentati itinerari della cognizione penale*, cit., p. 516, la Corte costituzionale era ben consapevole del fatto che «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 parti bus*».

<sup>13</sup> G. ILLUMINATI, *Principio di oralità e ideologie della Corte costituzionale nella motivazione della sent. n. 255 del 1992*, cit., p. 1974, il quale sottolinea come «un 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».

<sup>14</sup> Sulla testimonianza c.d. "indiretta", tra i tanti, M. MENNA, *Prove dichiarative*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale* (diretto da G. Spangher), II, *Prove e misure cautelari*, t. 1, Milanofiori Assago, 2009, pp. 220 ss.; G. DI PAOLO, *Testimonianza indiretta*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. III, pp. 1673 ss.; C. CESARI, *Testimonianza indiretta (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Annali II, pp. 1134 ss.; F. PULEIO, *La testimonianza indiretta*, in *Cass. pen.*, 2003, pp. 2108 ss. P. TONINI, *La prova penale*, cit., pp. 100 ss. Per un esame delle recenti innovazioni apportate all'istituto v. P. GAETA, *Il divieto di testimonianza indiretta della polizia giudiziaria*, in AA.VV., *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova*, Padova, 2001, pp. 235 ss.; M. LONGO, *La testimonianza indiretta della polizia giudiziaria*, in *Cass. pen.*, 2004, pp. 4182 ss.; F. ZACCHÈ, *Testimonianza indiretta e contraddittorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, pp. 134 ss. La testimonianza come mezzo di prova è analizzata, tra gli altri, da C. DI MARTINO, T. PROCACCIANTI, *La prova testimoniale nel processo penale*, Padova, 1999. V., altresì, M. T. STURLA, *Prova testimoniale*, in *Dig. disc. pen.*, X, pp. 405 ss.; V. GAROFOLI, *Prova testimoniale*, in *Enc. dir.*, XXXVII, pp. 758 ss.

Si è trattato del «primo dei passi che hanno svuotato il sistema nato dalla riforma, restaurando vecchie tecniche inquisitorie»<sup>15</sup>, essendo apparso immediatamente evidente che, all'eliminazione del divieto di testimonianza indiretta degli organi di polizia<sup>16</sup>, si associava lo svuotamento del principio generale stabilito dall'art. 500, co. 3 c.p.p., risultando privo di ragionevole giustificazione il mantenimento del diaframma di separazione delle fasi alla luce della stretta correlazione esistente tra quel divieto ed il regime di efficacia probatoria degli atti utilizzati ai fini delle contestazioni<sup>17</sup>.

Ed infatti, poco più tardi, la sent. 3 giugno 1992, n. 254, ha dichiarato l'incostituzionalità, per violazione dell'art. 3 Cost., dell'art. 513, co. 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. – ossia, dagli imputati in procedimento connesso o collegato – qualora queste si fossero avvalse della facoltà di non rispondere<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 680. Secondo F. M. IACOVIELLO, *Prova e accertamento del fatto nel processo penale riformato dalla Corte costituzionale*, cit., p. 2032, la sentenza n. 24 del 1992 ha dato il «vero scossone» al sistema delle prove elaborato dal legislatore.

<sup>16</sup> Il quale, fa notare F. PERONI, *La testimonianza indiretta al vaglio della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 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. Sulla base di questa premessa, in chiave critica rispetto alla sentenza n. 24 del 1992, osserva come la norma censurata fosse tutt'altro che priva di autonoma e plausibile *ratio*, «costituendo anzi un pilastro fondamentale dell'impianto accusatorio del nuovo processo».

<sup>17</sup> V., per questi rilievi, P. GAETA, *Il divieto di testimonianza indiretta della polizia giudiziaria (art. 195, comma 4 c.p.p.)*, in AA.VV., *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova* (a cura di P. Tonini), Padova, 2001, pp. 250 s. Ma, prima, M. D'ANDRIA, *Gli effetti della declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 195 comma 4 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1992, pp. 925 ss.

<sup>18</sup> V., sul regime delle letture dibattimentali e con un chiaro quadro di sintesi delle vicende che hanno coinvolto l'art. 513 c.p.p., N. VENTURA, *Le letture dibattimentali*, in AA.VV. *Trattato di procedura penale* (diretto da G. Spangher), IV, t. 2, Torino, 2009, pp. 424 ss. V., altresì, S. BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, cit., pp. 63 ss.; P. P. RIVELLO, *Letture consentite e vietate*, cit., pp. 405 ss.; M. NOBILI, *Concetto di prova e regime di utilizzazione degli atti nel nuovo codice di procedura penale*, cit., c. 274 ss. Sulla pronuncia della Corte costituzionale v., tra i tanti, M. FERRAIOLI, *Dubbi sull'acquisibilità delle dichiarazioni in precedenza rese dall'imputato (o coimputato) che rifiuti l'esame in dibattimento*, cit., pp. 1949 ss.; V. GREVI, *Facoltà di non risponde-*



Contestualmente, con la già citata sent. 3 giugno 1992, n. 255, la Corte ha ritenuto costituzionalmente illegittimo l'art. 500, co. 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<sup>19</sup>.

Dopo la nota sentenza della Corte costituzionale 2 novembre 1998, n. 361<sup>20</sup>, con la quale è stato neutralizzato il tentativo

*re delle persone esaminate ex art. 210 c.p.p. e lettura dei verbali di precedenti dichiarazioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, pp. 1123 ss.

<sup>19</sup> Sulle contestazioni nel corso dell'esame testimoniale v., fra i tanti, R. ADORNO, *Assunzione delle prove*, in AA.VV. *Trattato di procedura penale* (diretto da G. Spangher), IV, t. 2, Milanofiori Assago, 2009, pp. 318 ss. V., anche, C. FANUELE, *Contestazioni dibattimentali*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. III, t. 1, pp. 221 ss. Plaude alla pronuncia della Corte costituzionale, in nome di una concezione "pragmatica" dell'immediatezza, da contrapporre alla concezione "massimalista" accolta dal codice del 1988, P. TONINI, *Cade la concezione massimalista del principio di immediatezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, pp. 1137 ss.

<sup>20</sup> Con detta sentenza, come è noto, è stato dichiarato incostituzionale l'art. 513, co. 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, co. 2-bis e 4 c.p.p. V., in senso critico, M. SCAPARONE, *Diritto al silenzio e diritto al controesame del coimputato*, cit., pp. 3148 ss., il quale evidenzia come un principio elementare di civiltà esiga che chi in un processo penale è accusato da taluno di aver commesso un reato abbia 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. Egualmente critico rispetto alla pronuncia della Corte costituzionale, introduttiva di un meccanismo che sacrificava, allo stesso tempo, il diritto di difesa dell'accusato e le esigenze di accertamento del fatto, P. VENTURA, *Escussione della prova e contraddittorio*, cit., pp. 3183 ss. Secondo G. FRIGO, *Un'involuzione dell'impianto accusatorio con il pretesto di tutelare la difesa*, in *Guida al dir.*, 1998, 44, pp. 61 ss., la pronuncia della Corte costituzionale offre un'immagine «fittizia e caricaturale» del contraddittorio. In direzione opposta si muovono le argomentazioni di G. GEMMA, R. PELLATI, *Processo e verità: un'altra decisione sostanzialmente coerente della Corte*, in *Giur. cost.*, 1998, pp. 3153 ss. Più articolate, invece, le posizioni di V. GREVI, *Dichiarazioni dell'imputato su fatto altrui, diritto al silenzio e garanzia del contraddittorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, pp. 821 ss.; D. CARCANO, *Effetti di una dichiarazione di incostituzionalità annunciata*, in *Cass. pen.*, 1999, pp. 56 ss.; S. BUZZELLI, *L'art. 513 c.p.p. tra esigenze di accertamento e ga-*

del legislatore – effettuato con la l. 7 agosto 1997, n. 267<sup>21</sup> – di ripristinare, sia pure in linea tendenziale, la trama del sistema processuale originario, ci si è resi definitivamente conto del fatto che, in assenza di una espressa copertura costituzionale, sarebbe stato impossibile sottrarsi al modello di processo destrutturato<sup>22</sup> imposto dalle linee argomentative elaborate dalla Corte costituzionale e restituire, quindi, al contraddittorio in tema di prova un ruolo di autentico rilievo<sup>23</sup>.

Difatti, tra le diverse modifiche apportate al codice processuale dalla legge del 1997, la revisione dell'art. 513, co. 2 c.p.p. aveva assunto un significato del tutto peculiare 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 ri-

---

ranza del contraddittorio, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, pp. 307 ss.; A. FURGIUELE, *L'articolo 513 c.p.p. fra conflitti ideologici e problemi di struttura*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, pp. 918 ss. Esamina la pronuncia della Corte in relazione ai profili d'interesse per la dottrina costituzionalistica, invece, N. 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, pp. 3169 ss.

<sup>21</sup> Sulle modifiche complessivamente apportate al sistema processuale mediante siffatto intervento normativo v., fra i tanti contributi collettanei, A.A.VV., *Le innovazioni in tema di formazione della prova nel processo penale. Commento alla legge 7 agosto 1997, n. 267*, Milano, 1997; AA.VV., *Le nuove leggi penali*, Padova, 1998.

<sup>22</sup> Evidenzia E. AMODIO, *La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo*, in *Cass. pen.*, 2003, pp. 1420 s., 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 intrusive, rivelatrici di antinomie. Fenomeno, precisa ancora, al quale consegue una situazione di disordine normativo che, nel processo, è sinonimo di arbitrio, mentre la coerenza logico-sistematica del *corpus* codicistico è garanzia di tutela dei diritti fondamentali dell'imputato.

<sup>23</sup> 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 l. cost. 24 gennaio 1997, n. 1. V., per un'analisi della proposta formulata sul tema dalla Commissione, M. CECCHETTI, *I principi del “giusto processo” nel nuovo art. 111 della Costituzione. Origini e contenuti normativi generali*, in AA.VV., *Giusto processo, Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova* (a cura di P. Tonini), Padova, 2001, pp. 50 ss.

flesso – dell’impianto stesso del codice, in linea con gli auspici dei *conditores* del nuovo rito»<sup>24</sup>.

Ma l’intervento novellistico – che, 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 informativi del giusto processo»<sup>25</sup> – non si era disinteressato dell’esigenza di salvaguardare il principio di non dispersione dei mezzi prova.

Al contrario, si era fatto carico di realizzare un soddisfacente equilibrio tra l’ideologia costituzionale dominante – particolarmente attenta, come abbiamo visto, all’elaborazione ed alla valorizzazione di quel canone – ed il principio del contraddittorio, ampliando 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., ossia proprio le figure problematiche coinvolte nella disciplina dell’art. 513 c.p.p.

Grazie alla rimodulazione dell’art. 392 c.p.p., dunque, era divenuto 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<sup>26</sup>.

La censura costituzionale della soluzione legislativa – con essa la Corte aveva tutelato un contraddittorio evidentemente fittizio, poiché il meccanismo delineato non consentiva

---

<sup>24</sup> I. FRIONI, *Equilibrismi e improbabili simmetrie nella sentenza n. 361/1998 della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1999, pp. 431 ss.

<sup>25</sup> I. FRIONI, *Equilibrismi e improbabili simmetrie nella sentenza n. 361/1998 della Corte costituzionale*, cit., pp. 436 s.

<sup>26</sup> V., sulla portata dell’innovazione legislativa, K. LA REGINA, *Incidente probatorio*, cit., pp. 579 ss. Altrettanto chiaramente, sul punto, v. I. FRIONI, *Equilibrismi e improbabili simmetrie nella sentenza n. 361/1998 della Corte costituzionale*, cit., p. 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».

all'accusato di confrontarsi con l'accusatore, ma accoglieva un'interpretazione restrittiva del principio del contraddittorio, limitata alla critica di una prova acquisita in segreto<sup>27</sup> – faceva definitivamente luce sulle capacità operative del principio di non dispersione, chiarendo che, a prescindere dalle concrete possibilità di attivazione di strumenti di formazione anticipata della prova, l'oggetto dell'attività di recupero immaginata dai Giudici costituzionali doveva comunque compendiare le acquisizioni investigative del pubblico ministero e della polizia giudiziaria.

Il quadro costituzionale e le ricadute sul piano legislativo ricavate dalla Corte costituzionale finivano con il generare una situazione di marcatissimo squilibrio tra i soggetti del procedimento, di talchè non poteva non apparire chiaro che la via da percorrere per riportare al centro dell'attenzione i principi ispiratori del processo accusatorio doveva necessariamente passare attraverso un'iniziativa di revisione costituzionale.

## 2. L'INSERIMENTO DEI PRINCIPI DEL GIUSTO PROCESSO NELLA COSTITUZIONE.

L'inserimento, avvenuto mediante la l. cost. 23 novembre 1999, n. 2, dei principi del “giusto processo” nel testo costituzionale ha rappresentato la tappa fondamentale del percorso di recupero dei connotati propri del sistema processuale voluto dal legislatore della riforma<sup>28</sup>, avendo la sua più inconfondibile ragione 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»<sup>29</sup>.

L'intento è stato quello di rendere effettivo, nel nostro ordinamento, il nucleo essenziale delle garanzie previste dalla

<sup>27</sup> P. TONINI, *La prova penale*, cit., pp. 5 s.

<sup>28</sup> Fa notare M. CHIAVARIO, *Giusto processo (processo penale)*, in *Enc. giur.*, XV, p. 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, V. MELE, *L'art. 111 della Costituzione: riscoperta del codice 1989*, in *Cass. pen.*, 2001, pp. 2193 ss.

<sup>29</sup> E. AMODIO, *La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo*, cit., p. 422.

Convenzione europea dei diritti dell'uomo<sup>30</sup>, anche se nessuno nega il rapporto di stretta consequenzialità, anche cronologica, che lega la riforma costituzionale alla pronuncia della Corte costituzionale n. 361 del 1998<sup>31</sup>, valutata alla stregua di un atto in palese contrasto con la discrezionalità insita nelle scelte operate con la l. 7 agosto 1997, n. 267 e da cui è scaturito un «impeto reattivo del legislatore [*che*] giun[s]e fino alla presentazione di quello che appar[ve] come un progetto di “revisione costituzionale-sanzione”, teso a proclamare, nello stesso art. 136 Cost., che alla Corte sono consentite solo pronunce di accoglimento o di rigetto “secche”, ed è invece impedita qualsiasi operazione manipolativa sulle disposizioni legislative oggetto del controllo»<sup>32</sup>.

La complessità della norma costituzionale non poteva non generare perplessità interpretative sotto diversi profili, primo tra tutti quello concernente il significato da attribuire

---

<sup>30</sup> Ratificata dall'Italia e resa esecutiva, come a tutti noto, con l. 4 agosto 1955, n. 848.

<sup>31</sup> Esso è sottolineato, tra i tanti, da C. CONTI, P. FERRUA, P. TONINI, *Art. 111 Cost.*, in AA.VV. *Codice di procedura penale commentato* (a cura di A. Giarda, G. Spangher), Milano, 2010, p. 106. Secondo V. GREVI, *Dichiarazioni dell'imputato su fatto altrui, diritto al silenzio e garanzia del contraddittorio*, cit., p. 842, la circostanza è «sintomatica di un orientamento politico diretto a contrastare “a caldo” più che ad integrare od a razionalizzare all'interno del sistema, l'impostazione e le affermazioni fatte proprie dalla Corte». Evidenzia M. CECCHETTI, *I principi del “giusto processo” nel nuovo art. 111 della Costituzione. Origini e contenuti normativi generali*, cit., p. 60, come la reazione del mondo politico alla pronuncia della Corte generò un vero e proprio stato di tensione istituzionale, tra i più gravi della storia repubblicana. V., infine, A. BARGI, *Cultura del processo e concezione della prova*, cit., p. 79.

<sup>32</sup> N. ZANON, *La Corte, il legislatore ordinario e quello di revisione, ovvero del diritto all'«ultima parola» al cospetto delle decisioni d'incostituzionalità*, cit., p. 3169, il quale richiama la proposta di legge costituzionale n. 5371, presentata alla Camera dei Deputati il 5 novembre 1998. Rileva, in relazione all'art. 111 Cost., V. GAROFOLI, *Giudizio, regole e giusto processo. I tormentati itinerari della cognizione penale*, cit., p. 520, come «[l]a rapidità con la quale è stato confezionato – quasi fulminea, trattandosi di riforma costituzionale – è causa di un certo pressapochismo linguistico». Critico rispetto alla metodologia seguita dal legislatore costituzionale V. GREVI, *Ancora e sempre alla ricerca del processo giusto*, in *Leg. pen.*, 2001, p. 478, il quale osserva come «una riforma fondamentale per il presente e per il futuro del processo penale come quella all'art. 111 Cost. è stata approvata nel giro di pochi mesi senza alcun approfondito dibattito nei luoghi tradizionali della cultura giuridica, ma semmai sotto la spinta di condizionamenti politici, oltre che di influenze corporative provenienti dal mondo forense».

all'espressione "giusto processo"<sup>33</sup>, concetto limite<sup>34</sup> mediante il quale il legislatore costituzionale ha inteso denotare le caratteristiche dello strumento di esercizio della giurisdizione.

«Come accade per tutte le più solenni proclamazioni del moderno costituzionalismo» - è stato osservato - «alla notevole portata evocativa si accompagna una qualche vaghezza»<sup>35</sup>.

Accanto ad una posizione meramente retorica, secondo cui il riferimento normativo implicherebbe semplicemente un giudizio negativo sui punti qualificanti dell'allora vigente modello processuale come rivisti dall'azione demolitoria della Corte costituzionale<sup>36</sup>, e ad un indirizzo esegetico secondo cui la nozione si risolverebbe semplicemente nel richiamo ai principi espressamente sanciti dall'art. 111 Cost.<sup>37</sup>, si è progressivamente affermata nel dibattito dottrinale una terza concezione, la quale, muovendo dall'idea che il principio del "giusto processo" ha una valenza relazionale e sistemica, individua nell'espressione costituzionale «una formula in cui si coordinano e si integrano in un sistema coerente e ragionevole tutte le diverse garanzie che attengono all'esercizio della funzione giurisdizionale, evitando il pericolo di una interpretazione atomistica ed assolutizzante di ciascuna di esse, e promuovendone, invece, una applicazione che tenga conto di tutte le loro interazioni, del risultato complessivo che si ottiene, e dell'esigenza di tutelare i diritti inviolabili di tutte le parti coinvolte nel giudizio»<sup>38</sup>.

<sup>33</sup> Fa notare S. BUZZELLI, *Giusto processo*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. II, p. 343, come «[g]iusto processo e processo giusto non sono proprio la medesima cosa. Già il posto assegnato all'aggettivo, messo prima oppure fatto seguire al nome, ha un senso particolare, ed è sintomo di vivacità del tema che, in fondo, non può essere compreso se non misurando costantemente l'eventuale scarto tra teoria e quotidiane prassi giudiziarie».

<sup>34</sup> Così G. SPANGHER, *Il "giusto processo" penale*, in *Studium iuris*, 2000, p. 256.

<sup>35</sup> C. CONTI, P. FERRUA, P. TONINI, *Art. 111 Cost.*, cit., p. 106. V., anche, P. FERRUA, *Il "giusto processo"*, Bologna, 2007, pp. 27 ss.

<sup>36</sup> Ritiene il concetto di "giusto processo" uno slogan, piuttosto che un'espressione giuridicamente qualificabile in maniera compiuta, V. GAROFOLI, *Giudizio, regole e giusto processo. I tormentati itinerari della cognizione penale*, cit., p. 520.

<sup>37</sup> In passato, osserva M. CHIAVARIO, *Giusto processo (processo penale)*, cit., p. 2, la stessa Corte costituzionale ha fatto uso dell'espressione, soprattutto per individuarvi una formula riassuntiva del quadro complessivo dei principi già consacrati nel testo originario della Costituzione con riferimento alla giurisdizione, all'azione, al diritto di difesa.

<sup>38</sup> A. BALSAMO, *L'inserimento nella Carta costituzionale dei principi del "giusto processo" e la valenza probatoria delle contestazioni dibattimentali*,

Seguendo questa prospettiva – ha osservato la dottrina – la formula “giusto processo” assume un autonomo significato pre-cettivo, costituendo il criterio di fondo per operare il contemperamento ed il bilanciamento tra i valori costituzionali richiamati dall’art. 111 Cost.<sup>39</sup>.

Tra essi, ed in relazione al processo penale<sup>40</sup>, la previsione contenuta nell’art. 111, co. 4 Cost., secondo cui “[i]l processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova”, costituisce un enunciato di notevole risalto innanzitutto sul piano della civiltà giuridica<sup>41</sup>.

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”, 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<sup>42</sup>.

---

in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pp. 471 ss.; M. CECCHETTI, *I principi del “giusto processo” nel nuovo art. 111 della Costituzione. Origini e contenuti normativi generali*, cit., pp. 70 ss. Secondo P. TONINI, *La prova penale*, cit., p. 8, il «giusto processo» si riferisce ad un concetto ideale di giustizia che preesiste rispetto alla legge e che è direttamente collegato a quei diritti inviolabili di tutte le persone coinvolte nel processo che lo Stato, in base all’art. 2 Cost., si impegna a riconoscere. V., per un quadro di sintesi delle diverse posizioni, C. CONTI, P. FERRUA, P. TONINI, *Art. 111 Cost.*, cit., pp. 106 ss.

<sup>39</sup> A. BALSAMO, *L’inserimento nella Carta costituzionale dei principi del “giusto processo” e la valenza probatoria delle contestazioni dibattimentali*, cit., p. 473.

<sup>40</sup> «E’ al processo penale» - fa notare G. GIOSTRA, *Analisi e prospettive di un modello probatorio incompiuto*, in *Quest. giust.*, 2001, p. 1130 - «che il riformatore costituzionale ha dedicato – purtroppo, verrebbe quasi da dire – 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».

<sup>41</sup> Infatti, come rileva G. GIOSTRA, *Contraddittorio (Diritto processuale penale)*, cit., p. 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.

<sup>42</sup> A. BALSAMO, *L’istruttoria dibattimentale e l’attuazione dei principi costituzionali: efficienza, garanzie e ricerca della verità*, in *Cass. pen.*, 2002, pp. 389 ss. V., inoltre, V. GREVI, *Dichiarazioni dell’imputato su fatto altrui, diritto al silenzio e garanzia del contraddittorio*, cit., p. 844; nonché, come già detto, G. GIOSTRA, *Contraddittorio (Diritto processuale penale)*, cit., p. 2; *Id.*, *Analisi e prospettive di un modello probatorio incompiuto*, cit., p. 1130, ove rileva come il principio espresso dall’art. 111, co. 4 primo periodo Cost. vada considerato il *diapason* della giurisdizione penale, facendo del contraddittorio

L'articolata<sup>43</sup> costruzione costituzionale del principio<sup>44</sup> – 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»<sup>45</sup> e, almeno fino ad oggi, ha consentito di salvaguardare, rispetto a possibili e da più parti invocati interventi correttivi della Corte costituzionale, la struttura processuale delineata dalla legge ordinaria di attuazione dei principi del giusto processo<sup>46</sup>.

---

il suo «statuto epistemologico». 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 N. ROSSI, *La disciplina di attuazione dell'art. 111 Costituzione: dalla “perdita del sapere” alla “perdita del contraddittorio”*, in *Quest. giust.*, 2001, p. 1147.

<sup>43</sup> O «disordinata», come evidenzia S. BUZZELLI, *Giusto processo*, cit., p. 355.

<sup>44</sup> Il quale, si è osservato in dottrina, è richiamato dall'art. 111, co. 3 e 4 Cost. nei suoi due aspetti essenziali, ossia come metodo di conoscenza (aspetto oggettivo) e come garanzia dell'imputato (aspetto soggettivo). V., per questa ricostruzione, C. CONTI, *Le due “anime” del contraddittorio nel nuovo art. 111 Cost.*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 198; nonché P. TONINI, *La prova penale*, cit., pp. 14 ss. Come è noto, siffatta distinzione è respinta da G. UBERTIS, *Giusto processo e contraddittorio in ambito penale*, cit., p. 2100, per il quale il contraddittorio «è un modo di procedere che, se mai, si realizza attraverso il riconoscimento dei diritti di intervento nel processo garantiti alle parti: e sono tali diritti a possedere un profilo soggettivo, non il contraddittorio in quanto tale». L'impostazione è ribadita in G. UBERTIS *Eterogenesi dei fini e dialettica probatoria nel rito abbreviato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 2074. Secondo E. AMODIO, *La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1422, solo la vecchia cultura inquisitoria può far pensare che il contraddittorio sia anzitutto espressione di un interesse statale 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.

<sup>45</sup> G. GIOSTRA, *Contraddittorio (Diritto processuale penale)*, cit., p. 6; ID., *Analisi e prospettive di un modello probatorio incompiuto*, cit., p. 1130.

<sup>46</sup> Ci riferiamo, ovviamente, alla l. 1 marzo 2001, n. 63. V., a proposito delle modifiche con essa introdotte, AA.VV. *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova*, (a cura di P. 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



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<sup>47</sup>.

La norma, letta anche alla luce delle intenzioni del legislatore e della sistematica interna all'art. 111, co. 4 Cost., delinea il modello dialettico del giusto processo<sup>48</sup> e non consente interpretazioni diverse, fondate sulla frammentazione della dinamica probatoria ed idonee a ricondurre nell'alveo del principio costituzionale anche il meno qualificante contraddittorio sull'elemento di prova<sup>49</sup>.

Le ragioni dell'inserimento della disposizione speciale<sup>50</sup> – la quale, non a caso, costituisce il segnale più evidente dell'intenzione legislativa di smentire a chiare lettere la pregres-

dalla l. 16 dicembre 1999, n. 479 è criticata da G. LOZZI, *La realtà del processo penale, ovvero il "modello perduto"*, in *Quest. giust.*, 2001, p. 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"».

<sup>47</sup> P. FERRUA, *La dialettica regola-eccezioni nell'impianto dell'art. 111 Cost.: il quadro sistematico*, in AA.VV., *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo. Un itinerario attraverso la giurisprudenza* (a cura di G. Di Chiara), Torino, 2009, p. 4. ID, *La regola d'oro del processo accusatorio: l'irrelevanza probatoria delle contestazioni*, in AA.VV., *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio* (a cura di R. E. Kostoris), Torino, 2002, pp. 7 ss. Così, anche, E. MARZADURI, *Sul diritto al silenzio degli imputati il giusto processo vive di contraddizioni*, in *Guida al dir.*, 2000, 43, p. 12; M. BARGIS, *Art. 16, L. 1 marzo 2001 n. 63*, in *Leg. pen.*, 2002, p. 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, A. BALSAMO, *L'istruttoria dibattimentale e l'attuazione dei principi costituzionali: efficienza, garanzie e ricerca della verità*, cit., pp. 389 ss., il quale ritiene la tesi opposta non aderente alla lettera, né alla *ratio* ispiratrice, dell'art. 111 Cost.

<sup>48</sup> G. UBERTIS, *La prova scientifica e la nottola di Minerva*, in *In. pen.*, 2006, p. 503.

<sup>49</sup> M. BARGIS, *Art. 16, L. 1 marzo 2001 n. 63*, cit., p. 281. V., per una puntuale analisi di questo profilo, G. UBERTIS, *Giusto processo e contraddittorio in ambito penale*, cit., p. 2103.

<sup>50</sup> In relazione alla quale è stato da più parti sottolineato, in considerazione del carattere dettagliato di essa, il rischio di "codicizzazione" della Costituzione. V., in relazione a questo profilo, N. ZANON, *La Corte, il legislatore ordinario e quello di revisione, ovvero del diritto all'«ultima parola» al cospetto delle decisioni d'incostituzionalità*, cit., pp. 3178 s., secondo il quale occorre guardare al fenomeno con sospetto poiché incide in modo inopportuno sulla discrezionalità del legislatore ordinario e sulla libertà dei processi interpretativi.

sa giurisprudenza costituzionale – sono da ricondurre, invece, all’obiettivo di evitare che interpretazioni estensive del concetto di irripetibilità potessero costituire lo spunto per consentire l’acquisizione dibattimentale delle dichiarazioni unilateralmente raccolte dagli organi investigativi<sup>51</sup>.

Fin da subito, v’è da dire, erano state poste in evidenza la problematicità e la pericolosità dell’inserimento della norma specificativa compendiata nel secondo periodo dell’art. 111, co. 4 Cost., in quanto suscettibile di provocare ipotesi di lettura integrata che, fondate sulla premessa dell’impossibilità sistematica di interpretare il primo periodo del medesimo comma in chiave di inutilizzabilità degli elementi formati unilateralmente, sarebbero state idonee a far desumere che l’esigenza del contraddittorio fosse soddisfatta dalla semplice circostanza che il dichiarante “non si fosse sottratto all’interrogatorio” da parte del difensore sui temi di prova oggetto delle precedenti dichiarazioni<sup>52</sup>.

L’attenzione, inutile dirlo, era rivolta all’istituto delle contestazioni probatorie e l’auspicio, ovviamente, era quello di pervenire alla costruzione di un sistema che, nonostante la riforma costituzionale, consentisse di produrre in via mediata elementi

---

<sup>51</sup> Secondo A. BALSAMO, *L’inserimento nella Carta costituzionale dei principi del “giusto processo” e la valenza probatoria delle contestazioni dibattimentali*, cit., p. 478, la regola speciale rappresenta «una sanzione per la completa elusione del contraddittorio in senso soggettivo, in termini pregiudizievole per l’imputato». Dello stesso avviso P. FERRUA, *La dialettica regola-eccezioni nell’impianto dell’art. 111 Cost.: il quadro sistematico*, cit., pp. 7 ss., il quale ravvisa nella disposizione costituzionale una norma di valutazione dotata di una significativa ed autonoma portata precettiva. Secondo M. DANIELE, *Principi costituzionali italiani e ingerenze europee in tema di prova dichiarativa*, cit., p. 1009, la disposizione, in apparenza superflua, svolge la preziosa funzione di «attenuare la difficoltà di provare l’impossibilità oggettiva di formare le dichiarazioni in contraddittorio, conferendo un reale spazio applicativo alla relativa eccezione». Sulla distinzione tra regole di esclusione e norme di valutazione v., di recente, M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Torino, 2009.

<sup>52</sup> Per un riepilogo di analoghe posizioni dottrinali v. M. BARGIS, *Art. 16, L. 1 marzo 2001 n. 63*, cit., pp. 285 s. Evidenza emblematicamente V. PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell’imputato*, cit., p. 117, come il legislatore costituente si sarebbe dovuto fermare all’enunciazione del principio. Invece, «ossessivamente concentrato sul problema del coimputato accusatore che rifiuta di rispondere, nell’intento di rafforzare ulteriormente la tutela del contraddittorio, ha fatto seguire il primo enunciato, inequivocabile nella sua incisiva essenzialità, da una seconda disposizione che ne offusca e rischia di tradirne il significato».

di prova pienamente utilizzabili ai fini della decisione conclusiva del giudizio dibattimentale<sup>53</sup>.

La Corte costituzionale, tuttavia, 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 contenenti l'elaborazione del principio di non dispersione probatoria, osservando innanzitutto come il principio del contraddittorio nella formazione della prova nel processo penale sia espressamente

---

<sup>53</sup> L'impostazione, ovviamente, si fonda sul concetto di "prova complessa", nell'ambito del quale le dichiarazioni utilizzate per le contestazioni e non disconosciute dal dichiarante quantomeno nella loro dimensione di antecedente storico, una volta riversate nell'itinerario formativo della prova, finirebbero con l'intrecciarsi in maniera inestricabile con le dichiarazioni rese in contraddittorio sul medesimo tema di prova, confluendo così, attraverso il vaglio critico del confronto tra accusa e difesa, nel risultato finale dell'esame pienamente utilizzabile dal giudice. V., per questa impostazione, V. GREVI, *Qualche variazione sui rapporti tra contraddittorio "per" la prova e limiti al diritto del silenzio dell'imputato sul fatto altrui*, in *Pol. dir.*, 2001, pp. 100 s. Ad essa sembrano richiamarsi A. BALSAMO, *L'istruttoria dibattimentale e l'attuazione dei principi costituzionali: efficienza, garanzie e ricerca della verità*, cit., pp. 389 ss; S. BUZZELLI, *Contraddittorio e contestazioni nell'esame testimoniale: una sbrigativa ordinanza della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 333, la quale muove dalla premessa che la dialettica deve fungere da filtro nei confronti delle risultanze investigative per ritenere che queste «vengono liberate, finalmente, dalla impurità originaria – dovuta alla loro formazione unilaterale – nel momento in cui si concede un'occasione per controinterrogare il testimone: un'occasione "adeguata e sufficiente" come amano ripetere, da alcuni decenni, nelle loro sentenze, i giudici della Corte europea di Strasburgo». Contro il paradigma della prova complessa v., invece, P. FERRUA, *La dialettica Camera-Senato migliora il «giusto processo»*, in *Dir. e giust.*, 2001, 1, p. 79; ID, *La regola d'oro del processo accusatorio: l'irrelevanza probatoria delle contestazioni*, cit., pp. 10 s.; F. PERONI, *La testimonianza indiretta della polizia giudiziaria: verso una nozione di contraddittorio costituzionalmente orientata*, cit., pp. 297 s.; P. P. PAULESU, *Falsa testimonianza e disciplina delle contestazioni: una messa a punto sui confini della «provata condotta illecita»*, in *Cass. pen.*, 2003, pp. 3756 ss., il quale, però, ritiene condivisibili i rilievi dei sostenitori della tesi della prova complessa «nella misura in cui riflettono un diffuso disagio empirico, che si sostanzia nella difficoltà di rinunciare ad un sapere preacquisito a fronte di un considerevole scarto cronologico tra il delitto e il processo (fenomeno esiziale per la memoria del teste, la quale, col tempo, inevitabilmente, si altera e decade) e di una persistente refrattarietà socio-culturale verso il dovere testimoniale (essendo la giustizia esercitata in nome del popolo, dovrebbe semmai albergare nella coscienza collettiva l'esigenza del cittadino di farsi *servus iustitiae*)».

enunciato nella sua dimensione “oggettiva”, quale metodo di accertamento giudiziale dei fatti, nell’art. 111, co. 4 Cost.<sup>54</sup>.

Esso è, inoltre, richiamato nella sua dimensione “soggettiva”, quale diritto dell’imputato di confrontarsi con il suo accusatore, in particolare nel co. 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”<sup>55</sup>.

Anche se, proprio di recente, 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.<sup>56</sup>, affermando che «[n]el 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”»<sup>57</sup>, gli effetti della modifica della Carta costituzionale sono notevoli e da essi ha tratto la conclusione fondamentale costituita dal divieto di attribuire valore di prova alle dichiarazioni raccolte unilateralmente dagli organi investigativi.

---

<sup>54</sup> C. cost., 12 ottobre 2000, n. 440.

<sup>55</sup> C. cost., 12 ottobre 2000, n. 440.

<sup>56</sup> La messa in discussione dell’impostazione originariamente patrocinata era già ravvisabile, a dire il vero, nella sent. 5 aprile 2007, n. 117, ove la Corte costituzionale aveva precisato che l’enunciazione contenuta nell’art. 111, co. 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 L. IAFISCO, *Il “giusto processo” all’imputato irreperibile all’esame della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2007, pp. 1129 s.

<sup>57</sup> C. cost., 22 giugno 2009, n. 184. V., in senso critico, V. GREVI, *Basta il solo «consenso dell’imputato» per utilizzare come prova le investigazioni difensive nel giudizio abbreviato?*, in *Cass. pen.*, 2009, pp. 3671 ss., la cui impostazione muove dalla premessa costituita dalla distinzione, accantonata dalla Corte costituzionale, tra il «profilo soggettivo» ed il «profilo oggettivo» del principio del contraddittorio nell’ambito dell’art. 111 Cost.

Infatti, con la sentenza 14 febbraio 2002, n. 32<sup>58</sup> – la quale, è stato osservato, «quasi a chiudere una parabola decennale di torsioni legislative e giurisprudenziali sui temi della cognizione penale, prefigur[a] il raggiungimento di quelle condizioni essenziali di certezza ordinamentale, l'assenza dei quali è stata [...] la causa dell'eclissi del nuovo processo penale nello scorcio della sua ormai non breve sperimentazione»<sup>59</sup> – ha chiaramente aderito all'impostazione che intravede nel primo periodo dell'art. 111, co. 4 Cost. una generale regola di esclusione, interdittiva di qualsiasi osmosi tra risultanze investigative e patrimonio probatorio.

I medesimi concetti sono stati ribaditi, quasi contestualmente, da Corte cost. (ord.), 14 febbraio 2002, n. 36, la quale ha colto l'occasione costituita dall'intervento sul tema delicatissimo delle contestazioni probatorie per rimarcare, con una motivazione «quasi blindata»<sup>60</sup>, l'impermeabilità del dibattito rispetto al materiale raccolto in assenza della dialettica tra le parti.

### 3. LE ECCEZIONI AL PRINCIPIO DEL CONTRADDITTORIO.

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 mediante la definizione, già a livello di normazione primaria,

---

<sup>58</sup> V., per un primo commento, L. PALAMARA, *La tutela del principio del contraddittorio mette una pietra sopra la testimonianza indiretta*, in *Guida al dir.*, 2002, 12, pp. 64 ss.

<sup>59</sup> F. PERONI, *La testimonianza indiretta della polizia giudiziaria: verso una nozione di contraddittorio costituzionalmente orientata*, cit., p. 295.

<sup>60</sup> L'espressione è di G. SPANGHER, *I precedenti investigativi discordanti al primo vaglio del «giusto processo»*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 327, il quale ricollega questa caratteristica al fine di non offrire appigli ed anticipazioni a future eccezioni. V., su questo intervento della Corte costituzionale, R. BRICCHETTI, *La Consulta difende il contraddittorio dalle contaminazioni di atti unilaterali*, in *Guida al dir.*, 2002, 11, pp. 80 s. In senso critico v. S. BUZZELLI, *Contraddittorio e contestazioni nell'esame testimoniale: una sbrigativa ordinanza della Corte costituzionale*, cit., pp. 29 ss.

dell'ambito delle possibili deroghe al principio fondamentale enunciato nell'art. 111, co. 4 Cost.<sup>61</sup>.

Le fattispecie derogatorie costituzionalmente stabilite, come è oltremodo noto, sono diverse e, stante la tassatività della previsione costituzionale<sup>62</sup>, soltanto in occasione della ricorrenza in concreto di 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<sup>63</sup>.

La prima ipotesi, ovviamente, è dotata di un fondamento logico di indiscutibile rilievo, la rinuncia al contraddittorio con-

---

<sup>61</sup> «Accanto alla fattispecie primaria» - evidenza G. GIOSTRA, *Analisi e prospettive di un modello probatorio incompiuto*, cit., p. 1131 - «l'art. 111 Cost. sembra prefigurare anche una fattispecie vicaria costituita dall'atto di indagine più un fatto processuale tra quelli previsti nel quinto comma». La costruzione teorica è accolta da V. PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, cit., p. 126. La soluzione costituzionale è criticata da V. GREVI, *Dichiarazioni dell'imputato su fatto altrui, diritto al silenzio e garanzia del contraddittorio*, cit., p. 844, il quale avrebbe 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. Secondo A. BALSAMO, *L'inserimento nella Carta costituzionale dei principi del "giusto processo" e la valenza probatoria delle contestazioni dibattimentali*, cit., p. 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. L'esigenza di evitare un'eccessiva rigidità del sistema è messa in evidenza, tra i tanti, da M. PANZAVOLTA, *Le letture di atti irripetibili al bivio tra «impossibilità oggettiva» e «libera scelta»*, cit., p. 3979. Oltre che, da ultimo, da M. DANIELE, *Principi costituzionali italiani e ingerenze europee in tema di prova dichiarativa*, cit., p. 1010, il quale mette in risalto il carattere equilibrato ed autosufficiente del sistema costituzionale. «Il contraddittorio» - evidenza - «non è imposto in modo integralistico, ma si tiene conto delle situazioni in cui esso potrebbe essere impossibile da realizzare o risultare compromesso».

<sup>62</sup> Tassatività da intendersi, come precisa G. GIOSTRA, *Analisi e prospettive di un modello probatorio incompiuto*, cit., p. 1131, «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».

<sup>63</sup> Le tre ipotesi di fattispecie sussidiarie per la formazione della prova sono ritenute da G. UBERTIS, *Giusto processo (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Ann. III, p. 440, come implicanti casi, rispettivamente, di contraddittorio "implicito", "impossibile" o, infine, "inquinato". Le medesime definizioni sono riportate in G. UBERTIS, *Giusto processo e contraddittorio in ambito penale*, cit., pp. 2104 ss. V., inoltre, ID., *Eterogenesi dei fini e dialettica probatoria nel rito abbreviato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 2075.

notandosi in primo luogo dell'implicito riconoscimento che l'esito di un esperimento gnoseologico unicamente condotto dalla controparte corrisponde a ciò che sarebbe ottenibile con la propria partecipazione all'attività di reperimento del dato conoscitivo<sup>64</sup>.

Configurandosi in siffatti termini la premessa di carattere logico della previsione, sembra evidente che il consenso all'uso probatorio dell'atto d'indagine si presta ad assumere un significato epistemologicamente accettabile soltanto qualora ricorra la condizione fondamentale, idonea a ricondurre ad esso un implicito giudizio di superfluità della dialettica nella formazione della prova, costituita dalla necessità di una preventiva conoscenza dell'atto investigativo da parte dell'imputato<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> G. UBERTIS, *Giusto processo e contraddittorio in ambito penale*, cit., p. 2104. Nella stessa direzione v. G. GIOSTRA, *Contraddittorio (Diritto processuale penale)*, cit., pp. 9 s.; ID., *Analisi e prospettive di un modello probatorio incompiuto*, cit., p. 1135; V. PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, cit., p. 127. «Pertanto» - fanno notare C. CONTI, P. FERRUA, P. TONINI, *Art. 111 Cost.*, cit., p. 121 - «per la sua costruzione logica, il consenso dell'imputato può valere esclusivamente con riferimento ad elementi potenzialmente *contra se*, in quanto raccolte da altre parti, titolari di un interesse che potrebbe entrare in conflitto con quello dell'imputato». Sottolinea la coerenza della previsione derogatoria con il diritto dispositivo della prova riconosciuto anche in precedenza dall'ordinamento processuale e con il modello accusatorio, inoltre, A. BARGI, *Cultura del processo e concezione della prova*, cit., p. 80.

<sup>65</sup> Secondo G. GIOSTRA, *Contraddittorio (Diritto processuale penale)*, cit., pp. 9 s. (ma v. anche, ID., *Analisi e prospettive di un modello probatorio incompiuto*, cit., pp. 1135 s.), la rinuncia consensuale alla formazione in contraddittorio della prova non potrebbe che provenire da tutti i soggetti che sarebbero stati protagonisti del contraddittorio. Pertanto, la formulazione "poco felice" della norma costituzionale, laddove si riferisce al consenso del solo imputato, sarebbe dovuta al fatto che il legislatore costituzionale pensava esclusivamente al consenso all'utilizzo degli atti di indagine del pubblico ministero, essendo la riforma della disciplina delle indagini difensive ancora di là da venire. Siffatta ipotesi interpretativa è condivisa da G. UBERTIS, *Eterogeneità dei fini e dialettica probatoria nel rito abbreviato*, cit., p. 2077, secondo il quale «la circostanza che i tesmoteti avessero in mente la posizione dell'imputato non abilita a ignorare che lo stesso art. 111, comma 5 Cost. si presenta come (pseudo-)derogatorio rispetto al precedente comma 4, ma non all'antecedente comma 2, comprensivo pure del canone della parità delle armi tra le parti; né ci si può esimere dal coordinare nel sistema la fattispecie del contraddittorio implicito sulla base della considerazione che, come accennato, essa sia stata contemplata dalla riforma costituzionale con il peculiare intento di permettere la disciplina dei procedimenti deflativi con norme di fonte ordinaria». Si tratta di un'impostazione, tuttavia, che è stata disattesa dalla Corte costituzionale (v., infatti, C. cost., 22 giugno 2009, n. 184) proprio in relazione

La seconda ipotesi derogatoria<sup>66</sup>, secondo taluni, andrebbe rigorosamente intesa come «legittimante l'impiego processuale di strumenti gnoseologici dei quali sia "accertata" (cioè indubbia, sicura, innegabile; quindi, non soltanto presunta o convenzionalmente stabilita dal legislatore) l'inconciliabilità con il contraddittorio perché intrinsecamente incompatibili con quest'ultimo [...] oppure perché recanti elementi di prova contenutisticamente o strutturalmente diversi da quelli che sarebbero generabili da esso»<sup>67</sup>.

---

ai presupposti legittimanti l'utilizzo degli atti d'investigazione difensiva nell'ambito del giudizio abbreviato e sulla base della stabilita correlazione tra il profilo oggettivo del contraddittorio e il diritto di difesa, del quale il primo costituirebbe soltanto un aspetto. Infatti, ha sottolineato la Corte, «[n]el 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"». La costruzione – fatta propria, altresì, da V. PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, cit., pp. 127 s. – rievoca un'impostazione dei rapporti tra contraddittorio e diritto di difesa abbastanza risalente. Infatti, già G. CONSO, *Considerazioni in tema di contraddittorio nel processo penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, pp. 412 s., evidenziava, ovviamente in relazione al sistema processuale allora vigente, come «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». V., inoltre, E. AMODIO, *La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo*, cit., p. 1422, secondo il quale il concetto di garanzia oggettiva è intrinsecamente viziato ed incompatibile con i valori ai quali si ispira il giusto processo, il cui respiro giusnaturalista è evidente in tutte le Carte fondamentali dei diritti. V., in senso critico rispetto alla presa di posizione della Corte costituzionale, V. GREVI, *Basta il solo «consenso dell'imputato» per utilizzare come prova le investigazioni difensive nel giudizio abbreviato?*, cit., pp. 3671 ss.; ID, *Ancora su contraddittorio e investigazioni difensive nel giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.*, 2010, pp. 1287 ss. V., per un'esame dell'elaborazione della Corte costituzionale, C. CONTI, P. FERRO, P. TONINI, *Art. 111 Cost.*, cit., pp. 120 ss.

<sup>66</sup> Definita da A. TAMIETTI, *Il diritto ad esaminare testimoni a carico: permangono contrasti tra l'ordinamento italiano e l'art. 6 § 3 D) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 2996, come la "più delicata" tra le ipotesi derogatorie del principio del contraddittorio stabilito dall'art. 111 Cost.

<sup>67</sup> G. UBERTIS, *Giusto processo e contraddittorio in ambito penale*, cit., p. 2105. La dottrina maggioritaria, invece, fa riferimento alle situazioni di impossibilità di reiterazione dell'atto probatorio, riferendo l'espressione "di na-



Dovendo prendere le mosse dal precetto costituzionale<sup>68</sup>, diviene passaggio ineludibile la ricostruzione del concetto normativo di “impossibilità di natura oggettiva”<sup>69</sup> e, sul punto, è stato evidenziato come siano due, essenzialmente, le soluzioni prospettabili: «l’espressione si riferisce ad un evento impossibilitante non addebitabile ad un comportamento umano; oppure con “natura oggettiva” si allude ad una situazione impossibilitante che presenta “carattere oggettivo”, ossia che non è superabile con sforzi umani (essendo indifferente l’umanità, o meno, della fonte generatrice l’ostacolo)»<sup>70</sup>.

La prima opzione presenta il difetto di restringere la nozione di impossibilità, limitandone la ricorrenza alle ipotesi di verificazione di accadimenti di carattere naturalistico.

La seconda, invece, sottolinea l’assolutezza dell’impedimento in chiave di non rimproverabilità alla parte, ossia «nel senso di qualificare come oggettivo quell’impedimento non legato alle vicende peculiari (soggettive) di una parte processuale»<sup>71</sup>.

---

tura oggettiva” alla causa dell’impossibilità anziché alla natura dello strumento probatorio. V., in particolare, C. CONTI, P. FERRUA, P. TONINI, *Art. 111 Cost.*, cit., p. 123. V., inoltre, A. BARGI, *Cultura del processo e concezione della prova*, cit., p. 80, il quale colloca nell’ambito della fattispecie eventi significativi della genuinità della prova.

<sup>68</sup> Evidenzia, infatti, C. FANUELE, *L’utilizzabilità delle relazioni di servizio redatte dalla polizia giudiziaria alla luce dei principi costituzionali del giusto processo*, cit., p. 1733, che, alla luce dei parametri stabiliti dai principi costituzionali del giusto processo, l’ipotesi dell’irripetibilità «è configurata, ormai, come una delle deroghe, tassative, al principio del contraddittorio nella formazione della prova penale: l’esigenza di non dispersione della prova [...] è diventata fondamento di una norma che fa eccezione non tanto all’oralità [...] quanto al suddetto principio della dialettica istruttoria».

<sup>69</sup> Infatti, rileva C. FANUELE, *L’utilizzabilità delle relazioni di servizio redatte dalla polizia giudiziaria alla luce dei principi costituzionali del giusto processo*, cit., p. 1733, l’irripetibilità di un atto coincide con la sua assoluta non rinnovabilità nel giudizio dovuta a motivi di natura oggettiva. Il ruolo centrale assunto dalla natura dell’irripetibilità, per effetto dell’innovazione costituzionale, è messo in evidenza, inoltre, da A. BALSAMO, A. LO PIPARO, *La convenzione europea dei diritti dell’uomo e le dichiarazioni «irripetibili»: ovvero la crisi delle «abitudini» nell’interpretazione delle norme processuali*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 693.

<sup>70</sup> Prospetta le due chiavi di lettura, schierandosi in favore della seconda, M. PANZAVOLTA, *Le letture di atti irripetibili al bivio tra «impossibilità oggettiva» e «libera scelta»*, cit., pp. 3981 ss.

<sup>71</sup> M. PANZAVOLTA, *Le letture di atti irripetibili al bivio tra «impossibilità oggettiva» e «libera scelta»*, cit., p. 3981.

Se, quindi, si vuole intendere il dato dell'oggettività dell'impedimento «come “non soggettività” riferibile alla parte dell'evento impediente, ossia come impossibilità non dipendente da cause imputabili, rimproverabili a quella parte processuale»<sup>72</sup>, la rilevanza processuale della condotta della fonte di prova deve essere recuperata per altra via e, a questo fine, è servente il precetto di cui all'art. 111, co. 4 Cost., laddove impone di escludere dal novero delle prove utilizzabili nei confronti dell'accusato le dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sottratto al confronto con questi<sup>73</sup>.

La disposizione, nel suo complesso, finisce quindi con il coprire tutte le situazioni impossibilitanti non incise da un atteggiamento della volontà e, al di là delle reazioni dissonanti che la previsione di un'accertata impossibilità oggettiva quale eccezione costituzionale al principio del contraddittorio nella formazione della prova ha suscitato<sup>74</sup>, costituisce una valvola di sicurezza difficilmente rinunciabile.

<sup>72</sup> M. PANZAVOLTA, *Le letture di atti irripetibili al bivio tra «impossibilità oggettiva» e «libera scelta»*, cit., p. 3982. Negli stessi termini v. S. RENZETTI, *Art. 512 c.p.p.: una lettura garantista nel rispetto del principio del contraddittorio*, cit., p. 145, secondo la quale l'oggettività di cui alla norma costituzionale deve essere interpretata nel senso di una situazione non evitabile e quindi non imputabile alla parte processuale.

<sup>73</sup> M. PANZAVOLTA, *Le letture di atti irripetibili al bivio tra «impossibilità oggettiva» e «libera scelta»*, cit., pp. 3983 s. V., in termini analoghi, S. RENZETTI, *Art. 512 c.p.p.: una lettura garantista nel rispetto del principio del contraddittorio*, cit., p. 145. Secondo un'altra prospettiva, invece, si sviluppa l'analisi del rapporto tra i co. 4 e 5 dell'art. 111 Cost. proposta da C. CESARI, *Dichiarazioni irripetibili e metodo dialettico: i problemi di una coesistenza difficile*, cit., p. 237: «Si può ipotizzare, innanzitutto, che il richiamo del comma 5 all'impossibilità di natura oggettiva sia assorbente e costituisca nient'altro che il “moltiplicatore” del riferimento unilaterale alla libera scelta del testimone di non collaborare con la difesa, di cui al comma che precede; sicché, come l'opzione volontaria del teste di sottrarsi all'esame difensivo impedisce l'uso contra reum delle dichiarazioni da questi rese, la sua deliberata sottrazione al contraddittorio tout court esclude che si possa parlare di legittima deroga al medesimo e preclude il recupero per irripetibilità, risultando questa, appunto, “soggettiva” e non “oggettiva”. Si può, però, anche affermare che le due previsioni sono indipendenti, considerando, il comma 5, l'impossibile ripetizione dell'atto come dato meramente fenomenico, oggettivo rispetto alle parti, ed indifferente alle opzioni individuali del testimone; il comma 4, invece, porrebbe queste ultime a “chiusura” del sistema, per impedire che le dichiarazioni del testimone sottrattosi al contraddittorio, pur acquisibili per l'impossibilità di realizzarlo, possano essere spese come prove della colpevolezza».

<sup>74</sup> Come è noto, la previsione è censurata come «epistemologicamente inaccettabile» da G. GIOSTRA, *Contraddittorio (Diritto processuale penale)*,

La “provata condotta illecita”, la quale non può che essere esterna<sup>75</sup> – ossia incidente dall’esterno sull’esperimento epistemologico e non già dall’interno, cioè consistente in un comportamento autonomamente tenuto da chi sia chiamato ad offrire il proprio contributo conoscitivo<sup>76</sup> – rileva epistemologicamente

---

cit., p. 10. Il medesimo giudizio critico era stato espresso in G. GIOSTRA, *Analisi e prospettive di un modello probatorio incompiuto*, cit., p. 1138. Rileva S. RENZETTI, *Art. 512 c.p.p.: una lettura garantista nel rispetto del principio del contraddittorio*, cit., p. 144, come risulta davvero difficile superare l’ordine di argomentazioni su cui si basa tale teoria: «Se si considera» - osserva - «il contraddittorio come il metodo epistemologicamente più efficace per giungere alla verità processuale, allora non si può accettare un meccanismo acquisitivo che, non soltanto deroga al metodo dialettico, ma non offre alcuna garanzia per rappresentarne un surrogato accettabile». Negli stessi termini v., poi, P. P. PAULESU, *Irreperibilità del testimone e sopravvenuta irripetibilità delle sue precedenti dichiarazioni*, cit., p. 3826. Secondo C. CESARI, *Giusto processo, contraddittorio ed irripetibilità degli atti di indagine*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 59, invece, la previsione ha il pregio di avere messo in evidenza il carattere derogatorio di quelle norme che fondano sull’irripetibilità il recupero probatorio degli atti di indagine, chiarendo che esse non costituiscono espressione di una regola generale, ma, al contrario, sono le traduzioni codicistiche di un’eccezione, ora costituzionalizzata accanto alla regola. Ma v., anche, M. DANIELE, *Principi costituzionali italiani e ingerenze europee in tema di prova dichiarativa*, cit., p. 1010, ove mette in rilievo come le dichiarazioni raccolte unilateralmente vengono recuperate, in questa evenienza, non certo per la loro maggiore affidabilità, bensì per la necessità di scegliere, tra la definitiva dispersione del valore conoscitivo di esse e l’utilizzabilità, sia pure in modo estremamente cauto, il male minore. Per R. ORLANDI, *Le peculiarità di tipo probatorio nei processi di criminalità organizzata*, in *Crit. dir.*, 1999, p. 533, al contrario, la previsione ha elevato formalmente a principio costituzionale l’esigenza di non dispersione della prova.

<sup>75</sup> G. UBERTIS, *Giusto processo e contraddittorio in ambito penale*, cit., p. 2106. Come anche, tra i tanti, V. PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell’imputato*, cit., p. 131.

<sup>76</sup> Fa notare G. GIOSTRA, *Contraddittorio (Diritto processuale penale)*, cit., p. 10 (nonché ID., *Analisi e prospettive di un modello probatorio incompiuto*, cit., p. 1138), come la fattispecie è connotata da una tale vaghezza «che i commentatori hanno avuto buon gioco nell’almanaccare fattispecie riconducibili alla previsione costituzionale». Deve però escludersi – prosegue – l’attribuzione di qualsiasi rilevanza ai comportamenti illeciti della fonte di prova poiché una siffatta esegesi «prima che con la *ratio*, collide con la lettera del quinto comma dell’art. 111 Cost., dalla quale emerge che la condotta illecita deve impedire la formazione della prova in contraddittorio e non esserne il risultato». V., sulla stessa linea e fra gli altri, P. P. PAULESU, *Falsa testimonianza e disciplina delle contestazioni: una messa a punto sui confini della «provata condotta illecita»*, cit., pp. 3757 s. In questo senso si è espressa più volte la Corte costituzionale. V., per esempio, C. cost. (Ord.), 12 novembre 2002, n. 453, secondo la quale è manifestamente infondata, in riferimento agli art. 3 e 111 co. 5 cost., la questione di legittimità costituzionale dell’art. 500,

quale fattore inquinante, ossia in quanto la sua stessa esistenza insinua il dubbio dell'adulterazione sul comportamento successivo della fonte di prova che ne sia stata vittima<sup>77</sup>.

#### 4. LE ECCEZIONI AL PRINCIPIO DEL CONTRADDITTORIO E LE IMPLICAZIONI SULLA DELIMITAZIONE DEL CONCETTO DI IRRIPETIBILITÀ.

Esaminate, ovviamente su di un piano poco più che generale, le fattispecie derogatorie del principio costituzionale del contraddittorio in materia di formazione della prova nell'ambito del processo penale, appare evidente che è nell'ambito della seconda ipotesi che, ovviamente, si colloca l'istituto dell'irripetibilità ed è, evidentemente, alla luce della connotazione in termini di

---

co. 4 c.p.p., nella parte in cui consente di avvalersi in modo pieno delle dichiarazioni precedentemente rese dal testimone, ed utilizzate per la contestazione, solo nei casi di subornazione o di violenza o minaccia esercitate sul teste e non anche quando si ravvisino, nella deposizione dibattimentale del testimone stesso, gli estremi del delitto di falsa testimonianza, in quanto la disposizione censurata rappresenta diretta attuazione dell'art. 111, co. 5 cost., il quale, affidandone alla legge la relativa disciplina, prefigura una deroga al principio della formazione della prova in contraddittorio "per effetto di provata condotta illecita", formula nella quale è da escludere che rientrino oltre alle condotte illecite poste in essere "sul" dichiarante (quali la violenza, la minaccia o la subornazione), anche quelle realizzate "dal" dichiarante stesso (quale, *in primis*, la falsa testimonianza, anche nella forma della reticenza), poichè la "la condotta illecita" reca impedimento all'esplicazione del contraddittorio, inteso come metodo di formazione della prova, mentre l'autonoma scelta del teste di dichiarare il falso in dibattimento (come pure di tacere) non incide, di per sè, sulla lineare esplicazione di esso; nè sussiste la dedotta violazione dell'art. 3 cost., in considerazione della evidente eterogeneità delle situazioni poste a confronto, trattandosi, da un lato, di intimidazione o subornazione che coarta od orienta *ab externo* l'atteggiamento dibattimentale del testimone, e, dall'altro, di libera scelta del teste di rendere dichiarazioni non veritiere o di tacere in dibattimento.

<sup>77</sup> G. UBERTIS, *Giusto processo e contraddittorio in ambito penale*, cit., p. 2106. Nonché, tra gli altri, A. BARGI, *Cultura del processo e concezione della prova*, cit., p. 80; P. P. PAULESU, *Falsa testimonianza e disciplina delle contestazioni: una messa a punto sui confini della «provata condotta illecita»*, cit., pp. 3757 s. Ma, anche in questo caso, v. M. DANIELE, *Principi costituzionali italiani e ingerenze europee in tema di prova dichiarativa*, cit., p. 1013, secondo il quale siffatta eccezione non poggia su una ragione di tipo epistemologico, ma su una ragione di deterrenza basata su un dato statistico: «Nella maggior parte dei casi la condotta illecita volta a falsare l'esame dibattimentale è riconducibile all'accusato. Dunque, la trasformazione in prove delle precedenti dichiarazioni è un incentivo a non commetterla».

eccezionalità della previsione medesima che deve edificarsi il concetto di atto irripetibile<sup>78</sup>.

La disposizione, globalmente intesa, si riferisce a situazioni pregiudicanti non attribuibili ad un atteggiamento della volontà e la necessaria sistemazione nell'ambito di essa della categoria concettuale dell'irripetibilità non può prescindere da siffatta caratterizzazione, non potendosi, pertanto, parlare di atto "normativamente" irripetibile – nel senso, cioè, di atto suscettibile di acquisizione mediante gli strumenti alternativi al contraddittorio – in tutti i casi in cui la non reiterabilità costituisca la conseguenza di un fatto impeditivo volontario.

Come identificare un atto irripetibile è questione affatto diversa che chiama in causa, in primo luogo, la funzione che i precetti costituzionali assolvono nell'ambito del complessivo sistema normativo.

Essi, ha più volte rimarcato la Corte costituzionale, si pongono rispetto alla legge ordinaria non soltanto come parametri di legittimità, ma, prima ancora, come essenziali punti di riferimento dell'interpretazione conforme a Costituzione della disciplina ordinaria<sup>79</sup>.

Ne consegue che le fattispecie normative che contemplano il requisito dell'irripetibilità quale elemento essenziale per il perfezionarsi della procedura acquisitiva di atti investigativi non possono che essere costruite sulla base della premessa costituita dall'accoglimento di un'accezione ristretta della relativa nozione, in linea con il ruolo vicario – dunque eccezionale – che la Costituzione le assegna rispetto alla regola generale di formazione del materiale probatorio<sup>80</sup>.

---

<sup>78</sup> V., in relazione alla non ripetibilità dell'atto *ex art. 512 c.p.p.*, C. CESARI, *Dichiarazioni irripetibili e metodo dialettico: i problemi di una coesistenza difficile*, cit., p. 227, secondo la quale la disposizione costituisce una concrezione codicistica della specifica ragione derogatrice del metodo dialettico costituita dall'accertata impossibilità oggettiva di esperire il contraddittorio nell'assunzione della prova.

<sup>79</sup> V., fra le più recenti, C. cost., 12 ottobre 2000, n. 440. Pertanto, osserva S. RENZETTI, *Art. 512 c.p.p.: una lettura garantista nel rispetto del principio del contraddittorio*, cit., p. 149, «la portata dirompente rivestita dalla costituzionalizzazione del giusto processo impone di non limitarsi alle modifiche introdotte da[lla legge attuativa] ma di svolgere con riferimento a ciascuna norma interessata un'accurata verifica circa la compatibilità con il mutato quadro costituzionale».

<sup>80</sup> La necessità di un'interpretazione restrittiva e rigorosa degli elementi costitutivi di fattispecie derogatorie rispetto al principio del contraddittorio è

Ciò implica, in relazione alle vicende impediendi di carattere sopravvenuto, che a prescindere da qualsiasi intervento modificativo riguardante gli elementi strutturali di siffatte fattispecie, «[l]a situazione generatrice di irripetibilità [...], per consentire l'attivazione del meccanismo di cui all'art. 512 c.p.p., non deve essere addebitabile né alla parte processuale che chiede la lettura (per effetto del combinato disposto di cui agli artt. 512 c.p.p. e 111 comma 5 Cost.), né tantomeno alla fonte di prova (per effetto dell'art. 111 comma 4 seconda parte Cost.)»<sup>81</sup>.

Subentra, così, un significativo profilo che la sistematica interna all'art. 111, co. 4 Cost. impone di considerare, in quanto concorrente ad arginare le potenzialità espansive del concetto di irripetibilità.

Si è già detto che il principio generale stabilito dalla prima parte dell'art. 111, co. 4 Cost. esprime una regola di esclusione probatoria dalla quale consegue l'inutilizzabilità come prova, nell'ambito del processo penale, di dati conoscitivi formati al di fuori del contraddittorio.

Siffatta ricostruzione della portata precettiva della regola generale non implica, quale effetto necessario, la ridondanza del secondo periodo della disposizione medesima poiché esso, come ribadito, conserva una propria dimensione autonoma laddove svolge una fondamentale funzione esplicativa del rapporto tra il principio del contraddittorio e l'ipotesi derogatoria costituita proprio dall'accertata impossibilità di natura oggettiva.

Prevedendo che “[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”, in altre parole, la norma volge lo sguardo verso la prova dichiarativa per escludere che la fattispecie suppletiva possa ritenersi configurata quando lo stato di non reiterabilità in concreto di un atto sia volontariamente determinato dal dichiarante<sup>82</sup>.

Esso, inoltre, accentua la portata derogatoria di un principio generale tipica della fattispecie eccezionale, comportando che la lettura basata sull'impossibile conversione dell'atto di indagine in prova dialetticamente formata abbia presupposti tassati-

---

stata messa in evidenza, autorevolmente, da Cass. pen., Sez. un., 25 novembre 2010, n. 27918.

<sup>81</sup> S. RENZETTI, *Art. 512 c.p.p.: una lettura garantista nel rispetto del principio del contraddittorio*, cit., p. 145.

<sup>82</sup> M. BARGIS, *Art. 16, L. 1 marzo 2001 n. 63*, cit., pp. 286 s.

vamente indicati dalla legge, senza possibilità di applicazione per analogia e, preferibilmente, anche evitando letture estensive<sup>83</sup>.

A divenire costituzionalmente inaccettabile è, in poche parole, la nozione di irripetibilità configurata dalla Corte costituzionale nelle sentenze nn. 254 del 1992 e 179 del 1994: la norma, lungi dall'essere ridondante, «serve a mettere un punto fermo sulla questione, ad impedire, una volta per tutte e in via “preventiva”, il riproporsi di una nozione di irripetibilità che consideri “oggettive” situazioni determinate volontariamente dal dichiarante, anche sulla base dell'esercizio di un suo diritto»<sup>84</sup>.

La chiave ricostruttiva appena esposta ha trovato l'autorevole avallo della Corte costituzionale la quale, nella più volte richiamata sentenza n. 440 del 2000, ha chiarito che l'art. 512 c.p.p. deve essere interpretato nel senso che non è consentito dare lettura delle dichiarazioni in precedenza rese dai prossimi congiunti dell'imputato che in dibattimento si siano avvalsi della facoltà di non rispondere riconosciuta dall'art. 199 c.p.p. «in quanto tale situazione non rientra tra le cause di natura oggettiva di impossibilità di formazione della prova in contraddittorio»<sup>85</sup>.

La Corte è pervenuta a siffatta conclusione – la quale, come è evidente, ribalta le statuizioni contenute nella sentenza n. 179 del 1994<sup>86</sup> – sulla base di una ricostruzione della specifica ipotesi di deroga al contraddittorio prevista dall'art. 111, co. 5 Cost. incentrata sul riferimento alla volontaria sottrazione del dichiarante al contraddittorio contenuto nel secondo periodo del comma precedente, in forza del quale la situazione descritta con

<sup>83</sup> C. CESARI, *Dichiarazioni irripetibili e metodo dialettico: i problemi di una coesistenza difficile*, cit., pp. 230 s.

<sup>84</sup> M. BARGIS, *Art. 16, L. 1 marzo 2001 n. 63*, cit., p. 287. D'altra parte, l'incapacità della fattispecie derogatoria costituita dall'impossibilità di natura oggettiva di scongiurare *ex sé* interpretazioni estensive del concetto di irripetibilità era stata prefigurata da V. GREVI, *Dichiarazioni dell'imputato sul fatto altrui, diritto al silenzio e garanzia del contraddittorio*, cit., pp. 846 s. Il superamento di qualsiasi orientamento teso a configurare casi di c.d. “impossibilità giuridica” di ripetizione dell'atto è evidenziato, inoltre, da A. TAMIETTI, *Il diritto ad esaminare testimoni a carico: permangono contrasti tra l'ordinamento italiano e l'art. 6 § 3 D) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 2997.

<sup>85</sup> Corte cost., 12 ottobre 2000, n. 440.

<sup>86</sup> Come non manca di sottolineare, tra gli altri, F. ABBATI, *Il segreto familiare alla luce del giusto processo*, in *Giur. cost.*, 2000, pp. 3310 ss.

la formula “impossibilità di natura oggettiva” non può che riferirsi «a fatti indipendenti dalla volontà del dichiarante, che di per sé rendono non ripetibili le dichiarazioni rese in precedenza, a prescindere dall’atteggiamento soggettivo»<sup>87</sup>.

Non meno significative sono le ripercussioni che l’innovazione costituzionale determina sulla meccanica acquisitiva disciplinata dall’art. 431 c.p.p., imponendo, i principi costituzionali, di prestare un’attenzione particolarmente accentuata nella selezione degli atti da inserire “eccezionalmente” nel fascicolo dibattimentale sul presupposto della loro irripetibilità.

Costituisce, anche questo, un portato del ruolo vicario che la Costituzione assegna all’impossibilità oggettiva di formare la prova nel contraddittorio delle parti.

E la Corte di cassazione non ha mancato di rilevarlo laddove ha chiarito che in caso di dubbio un’interpretazione costituzionalmente orientata non può che imporre una delimitazione degli atti acquisibili al fascicolo dibattimentale alle sole ipotesi nelle quali la rinnovazione sia effettivamente ed oggettivamente impossibile<sup>88</sup>.

#### 5. UNA BREVE (MA IMPORTANTE) NOTAZIONE.

I tempi, a questo punto, sembrano maturi per verificare quali spazi si offrono all’interprete per riesplorare il tema dell’irripetibilità.

L’alveo entro il quale muoversi è dato, ovviamente, dai principi costituzionali e, in particolare, dalla pretesa di effettività, oggettività e assolutezza del risultato impeditivo che ne costituisce la sostanza.

I mezzi e gli strumenti di navigazione, poi, sono quelli di cui ci si è dotati nei capitoli che precedono.

Ben sapendo, tuttavia, che «qualsivoglia modello dommatico e ricostruttivo proietta illuminati fasci di luce sui dati riaborati all’interno del suo quadro di riferimento, ma lascia inevitabilmente in ombra le diverse prospettive che nuove e più ampie visioni sistematiche sono in grado di far affiorare ed evidenziare»<sup>89</sup>.

---

<sup>87</sup> Corte cost., 12 ottobre 2000, n. 440.

<sup>88</sup> Cass. pen., Sez. un., 17 ottobre 2006, n. 41281.

<sup>89</sup> A. A. DALIA, G. PIERRO, *Giurisdizione penale*, in *Enc. giur.*, XV, p. 8.



## CAPITOLO VIII

### L'ATTO IRRIPETIBILE: UNA PROSPETTIVA RICOSTRUTTIVA

SOMMARIO: 1. La fattispecie acquisitiva incentrata sulla figura dell'atto irripetibile. – 2. L'identità dell'atto. I criteri formativi quali elementi di struttura dell'atto processuale. – 3. La funzione dell'atto processuale. – 4. Una prima accezione di irripetibilità. L'irripetibilità “funzionale”. – 5. Le fattispecie acquisitive non riconducibili all'area concettuale dell'irripetibilità. – 6. Gli atti irripetibili. – 7. Una seconda accezione di irripetibilità. L'irripetibilità “occasionale”. – 8. L'efficacia in senso «orizzontale» dell'irripetibilità occasionale.

#### 1. LA FATTISPECIE ACQUISITIVA INCENTRATA SULLA FIGURA DELL'ATTO IRRIPETIBILE.

L'irripetibilità costituisce l'elemento essenziale di una fattispecie acquisitiva dalla struttura composita e dagli effetti stravolgenti degli ordinari meccanismi formativi della prova nel processo penale.

Ricorrendo, nella situazione processuale concreta, gli elementi che concorrono a comporne la struttura, l'epilogo è costituito dalla lettura<sup>1</sup>, la quale rappresenta il momento finale di un itinerario che produce come risultato la fruibilità, da parte del giudice dibattimentale, di un atto che, mancando invece il requisito dell'irripetibilità, sarebbe confinato nell'ambito dei limiti configurati da un regime di utilizzabilità oggettivamente circoscritto.

L'art. 431 c.p.p. delinea, in relazione alla specifica tipologia di atti indicata nell'elencazione in esso contenuta, un meccanismo acquisitivo del tutto peculiare e semplificato che trova

---

<sup>1</sup> Sulle letture dibattimentali v., oltre agli autori già altrove citati, P. P. RIVELLO, *Il dibattimento nel processo penale*, Torino, 1997, pp. 267 ss.

nella disposizione di cui al successivo art. 511 c.p.p. – come è noto concernente le letture dibattimentali – il necessario complemento procedurale.

Gli adempimenti relativi alla lettura o alla indicazione degli atti previsti da siffatta disposizione sono prescritti – come si ricava anche dal disposto degli artt. 495 e 515 c.p.p. – solo per gli atti originariamente contenuti nel fascicolo formato a norma dell'appena richiamato art. 431 c.p.p., poiché anche in ordine a tali atti si vuole assicurare la possibilità di un esplicito contraddittorio orale dinanzi al giudice chiamato a farvi uso in funzione probatoria, esigenza ovviamente non richiesta per gli atti acquisiti nel corso dell'istruzione dibattimentale nel diretto contraddittorio delle parti<sup>2</sup>.

In forza della lettura prevista dall'art. 511 c.p.p., ovvero dell'attivazione del diverso e semplificato meccanismo costituito dalla specifica indicazione di cui all'art. 511, co. 5 c.p.p.<sup>3</sup>, l'atto, che materialmente già concorre a formare il fascicolo dibattimentale, diviene elemento a tutti gli effetti dotato di efficacia probatoria ed in virtù di siffatto sviluppo assume proprietà utilizzative in tutto assimilabili a quelle proprie dell'atto forma-

---

<sup>2</sup> V., per questa opportuna puntualizzazione, Cass. pen., Sez. VI, 26 febbraio 1997, n. 4947. In senso contrario v., in dottrina, P. P. RIVELLO, *Il dibattimento nel processo penale*, cit., p. 268, secondo il quale la lettura costituisce presupposto indefettibile anche in relazione al procedimento acquisitivo degli atti formati nel corso dell'istruzione dibattimentale.

<sup>3</sup> L'art. 511, co. 5 c.p.p. dispone che, in luogo della lettura, il giudice, anche d'ufficio, può indicare specificamente gli atti utilizzabili ai fini della decisione. L'indicazione degli atti, puntualizza la norma, equivale alla loro lettura. Il giudice dispone, tuttavia, la lettura, integrale o parziale, quando si tratta di verbali di dichiarazioni e una parte ne fa richiesta. Se si tratta di altri atti, il giudice è vincolato alla richiesta di lettura solo nel caso di un serio disaccordo sul contenuto di essi. Il comma successivo prevede che la facoltà di chiedere la lettura o l'indicazione degli atti, ai sensi dei co. 1 e 5 del medesimo articolo, è attribuita anche agli enti e alle associazioni intervenuti a norma dell'art. 93 c.p.p. Sulle origini e sulla *ratio* dell'istituto, il quale recepisce una prassi risalente al vecchio codice processuale, v. P. P. RIVELLO, *Il dibattimento nel processo penale*, cit., pp. 269 s. Critico rispetto alla formulazione della disposizione, ritenuta «non [...] priva di una certa dose di ambiguità», D. SIRACUSANO, *Il giudizio*, in D. SIRACUSANO, A. GALATI, G. TRANCHINA, E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, II, Milano, 2001, p. 338. Sottolineano la definitiva scomparsa, a causa dell'indicazione, dell'oralità e la trasformazione del dibattimento in un rito segreto, impermeabile a qualsiasi tentativo, di chi vi avesse assistito, di comprenderne il senso ed il valore, A. A. DALIA, M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 2001, p. 681.

to in dibattimento per effetto dell'attivazione di un mezzo di prova<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Deve tenersi presente che C. cost., 19 gennaio 1995, n. 20 ha ritenuto che, ai fini della legittimità della lettura in dibattimento degli atti assunti dalla polizia giudiziaria, dal pubblico ministero e dal giudice nel corso dell'udienza preliminare, l'art. 512 c.p.p. postula la sola condizione dell'impossibilità di ripetizione degli stessi, a motivo di fatti o circostanze imprevedibili, fra i quali nulla autorizza ad escludere un'infermità del teste – da verificarsi sulla base di accertamenti che spetta al giudice del dibattimento valutare – determinante 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, S. BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, cit., p. 94. Una simile esegesi è criticata da C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., p. 162, sulla base dell'osservazione che l'art. 512 c.p.p. «fa riferimento a cause di irripetibilità che siano sopravvenute ed imprevedibili, ossia a fattori contingenti, che esulino dall'ordinario e precludano del tutto il rinnovo della prova». Successivamente, e opportunamente, la Corte costituzionale ha ritenuto la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 512 c.p.p., sollevata, in riferimento all'art. 111, co. 5 Cost., nella parte in cui consente la lettura degli atti assunti nel corso delle indagini preliminari solo quando ne è divenuta impossibile la ripetizione per fatti o circostanze imprevedibili, ritenendo erroneo il presupposto interpretativo, in quanto la situazione del testimone che afferma di non essere in grado di rispondere perché non ricorda fatti o circostanze riferiti in precedenza – dedotta a fondamento del quesito – non integra una ipotesi di oggettiva impossibilità di procedere all'assunzione dell'atto. V., per questa significativa presa di posizione, C. cost. (Ord.), 22 novembre 2001, n. 375. Secondo la Corte di cassazione, invece, il concetto di impossibilità di ripetizione degli atti, ai sensi dell'art. 512 c.p.p., con conseguente loro inserimento tramite semplice lettura tra le prove utilizzabili, 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, in senso critico, v. T. CAVALLARO, *L'applicabilità dell'art. 512 c.p.p. al caso in cui la salute psicologica del teste minorenne sia a rischio*, cit., p. 1067, secondo la quale «solo gli stati di infermità, fisica o psichica, che si traducono nell'inabilità del teste a deporre, intesa quale incapacità di deporre nel processo, integrando una sicura causa di impossibilità di ripetizione dell'atto, possono legittimare il recupero, ex art. 512 c.p.p., delle dichiarazioni precedentemente rese». Per una ulteriore lettura v. S. 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., pp. 618 ss. Secondo Cass. pen., Sez. III, 10 ottobre 2007, n. 40195, rientra, tra le circostanze che legittimano, ai sensi dell'art. 512 c.p.p., la lettura

Infatti, la lettura, ovvero l'equipollente rappresentato dall'indicazione degli atti, «costituiscono presupposti indefettibili per la possibilità di tener conto in sede decisionale del contenuto di tali dati conoscitivi [*poiché*] è la lettura, e non già il semplice inserimento di un determinato atto nel fascicolo dibattimentale, ad integrare l'acquisizione di detta prova, o meglio a rappresentare la tappa culminante del procedimento acquisitivo»<sup>5</sup>.

In relazione alla fattispecie di cui all'art. 512 c.p.p., invece, l'art. 515 c.p.p. costruisce la dinamica acquisitiva secondo una sequenza in cui la lettura si antepone all'acquisizione, costituendo, la prima, la premessa procedurale e logica della seconda<sup>6</sup>.

In ogni caso, il nucleo essenziale della vicenda acquisitiva ruota sempre attorno al concetto di irripetibilità dell'atto, la mancanza di siffatto requisito rendendo inattivabile il meccanismo e, per l'effetto, non fruibile la relativa risultanza.

Attraverso il ricorso al concetto di irripetibilità, in altri termini, viene rimossa la situazione originaria di inutilizzabilità dell'atto, ossia quella connotazione scaturente dai principi generali del modello processuale accusatorio<sup>7</sup> che, costituendo un

---

delle dichiarazioni rese nella fase delle indagini preliminari, il blocco psicologico-emotivo del teste che, del tutto imprevedibilmente al momento delle indagini, inibisce allo stesso di deporre al dibattimento. Esclude che gli stati emotivi possano incidere sulla leggibilità ai sensi dell'art. 512 c.p.p., in particolare, C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., p. 163. In senso inverso sembra orientato, invece, G. SANTALUCIA, *Appunti in tema di atto irripetibile*, cit., c. 475, il quale richiama l'originario disposto dell'art. 500, co. 4 c.p.p. per concludere che «[l]'irripetibilità [...] è un concetto elastico, sì da comprendere, per quanto attiene alle dichiarazioni, e l'ipotesi di morte, sopravvenuta infermità di mente e irreperibilità del dichiarante e quella, dai toni più sfumati, che tien conto dell'impossibilità di riprodurre stati emotivi».

<sup>5</sup> P. P. RIVELLO, *Il dibattimento nel processo penale*, cit., p. 268. Negli stessi termini v. A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, cit., p. 451. La funzione acquisitiva della lettura è messa in evidenza, poi, da G. ILLUMINATI, *Giudizio*, in G. CONSO, V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2000, p. 637.

<sup>6</sup> In questo caso, puntualizza A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, cit., p. 454, la lettura deve essere sempre effettiva, dal momento che il giudice non conosce né il contenuto né l'esistenza dei verbali inseriti nel fascicolo del pubblico ministero.

<sup>7</sup> Si tratta della c.d. inutilizzabilità "fisiologica", la quale tutela il metodo di formazione della prova proprio del modello accusatorio tramite l'esclusione dal dibattimento degli elementi raccolti al di fuori del contraddittorio. V., in giurisprudenza, Cass. pen., Sez. un., 21 giugno 2000, n. 16, secondo la quale l'inutilizzabilità fisiologica della prova è quella coesistente ai peculiari con-

limite legale alla conoscenza del giudice nell'ambito di un sistema ispirato al principio di legalità della prova<sup>8</sup>, impedisce di tenere conto dei risultati derivanti da una trasgressione delle norme che disciplinano l'acquisizione delle prove<sup>9</sup>.

In questa veste, l'irripetibilità si pone quale componente qualificata di una fattispecie complessa che consta di una sequenza di atti tutti orientati verso la realizzazione del risultato finale costituito dall'arricchimento del quadro gnoseologico a disposizione del giudicante.

Essa, rispetto all'atto ultimativo della sequenza in discorso – la lettura, cioè – rappresenta una qualificazione che si pone come suo “presupposto” e dal quale va tenuta nettamente distinta, determinando all'esito del suo svilupparsi la materializzazione di un vero e proprio elemento di prova che si affianca a quelli costituiti, invece, nel rispetto dei principi di immediatezza e concentrazione.

Un elemento di prova preconstituito che, quindi, in virtù di una complessa dinamica viene sul piano giuridico e formale veicolato nel fascicolo processuale e fa sì che, nell'ambito di quest'ultimo, occupi una posizione paritaria nel contesto della situazione probatoria globale che l'istruzione dibattimentale ha consentito di realizzare.

---

notati del processo accusatorio, in virtù dei quali il giudice non può utilizzare prove, pure assunte *secundum legem*, ma diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento secondo l'art. 526 c.p.p., con i correlati divieti di lettura di cui all'art. 514 c.p.p.

<sup>8</sup> Ezzo – sottolinea M. NOBILI, *Il “diritto delle prove” ed un rinnovato concetto di prova*, cit., p. 381 – 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». V., altresì, C. SANTORIELLO, *Legalità processuale*, cit., pp. 324 ss.

<sup>9</sup> Così, di recente, G. ILLUMINATI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 521. Sull'inutilizzabilità quale sanzione processuale v., tra i tanti, A. SCCELLA, *Inutilizzabilità della prova (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Annali III, pp. 479 ss.; N. GALANTINI, *Inutilizzabilità (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Agg. I, pp. 690 ss.; ID., *Inutilizzabilità della prova e diritto vivente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, pp. 64 ss.; F. R. DINACCI, *L'inutilizzabilità*, in AA.VV., *La prova penale* (diretto da A. Gaito), III, Milanofiori Assago, 2008, pp. 167 ss.; C. CONTI, *Il volto attuale dell'inutilizzabilità*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, pp. 781 ss.; A. SCALFATI, D. SERVI, *Premesse sulla prova penale*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale* (diretto da G. Spangher), II, *Prove e misure cautelari*, t. 1, *Le prove*, Milanofiori Assago, 2009, pp. 39 ss.

## 2. L'IDENTITÀ DELL'ATTO. I CRITERI FORMATIVI QUALI ELEMENTI DI STRUTTURA DELL'ATTO PROCESSUALE.

I vari tentativi di pervenire ad una definizione di atto irripetibile hanno scontato la premessa di ordine generale costituita dal necessario collegamento dell'impianto concettuale alle fattispecie normative che, innanzitutto sul piano letterale, all'irripetibilità fanno riferimento.

L'irripetibilità, però, è un concetto che non può essere delineato muovendosi entro gli spazi che il sistema riserva a questa o a quella fattispecie, poiché molto spesso il ricorso a siffatta qualificazione è stato determinato, come l'analisi fin qui condotta a dimostrato, più dalla necessità di risolvere problemi di ordine pratico che dal fine di configurare situazioni di effettiva non reiterabilità degli atti processuali.

Altre volte, invece, la nozione è stata utilizzata impropriamente, quale formula di sintesi poco meditata al servizio di fattispecie che, tuttavia, non potevano costituire ipotesi significative di situazioni connotate dalla ricorrenza di una sequenza nell'ambito della quale, compiuto un atto, di esso è divenuta non praticabile la via della rinnovazione.

Perché, è importante che sia fin da subito chiaro, l'irripetibilità è un concetto che presuppone una relazione di identità tra l'atto compiuto e quello rispetto al quale si verifica la situazione di insuscettibilità di reiterazione.

Il secondo atto, in altri termini, non può che equivalere al primo, e sarebbe stato effettivamente equivalente qualora la sua vicenda non fosse stata caratterizzata dalla nota essenziale dell'irripetibilità.

Quest'ultima, cioè, non costituisce una categoria concettuale che si presta ad operare allorché l'atto compiuto assolve ad una funzione preparatoria di un atto distinto, diversamente strutturato e collocato in una fase della sequenza processuale diversa, ispirata a principi propri e posti a garanzia di determinati ed indefettibili valori tipici dell'accertamento giudiziale.

L'irripetibilità, in altre parole, si caratterizza per il fatto di rendere non reiterabile un atto determinato, ossia lo stesso, identico atto che siffatta connotazione tende a qualificare.

Tutte le volte in cui questa identità viene meno, per il fatto che l'atto da compiere e che trova nel primo la premessa storica e logica è diverso, non può parlarsi di irripetibilità, bensì, al più, di impossibilità di compiere per la prima volta l'atto.

Il discorso, allora, si sposta dal momento che diviene fondamentale delineare i tratti essenziali che valgono a dotare un atto processuale di una determinata identità, ossia che rendono l'atto tale che, qualificato in un determinato modo, non è sovrapponibile ad atti dei quali comunque condivide la connotazione costituita dal prodotto che, empiricamente considerato, ne costituisce il risultato.

Un'analisi di questo tipo deve, ovviamente, prescindere dalle scelte nominalistiche attuate dal legislatore, dal momento che esse dimostrano come i meccanismi incentrati sul concetto di irripetibilità sono stati scarsamente meditati e non soltanto a causa dell'opzione rinunciataria prescelta laddove si è trattato di fornire una nozione normativa di atto irripetibile, ma soprattutto in ragione della spiccata tendenza a sovrapporre, fino a renderli del tutto omogenei, tipi di atto – si pensi, per esempio, alle sommarie informazioni ed alla testimonianza – che, al contrario, sono tratteggiati in modo assolutamente eterogeneo.

Se le opzioni terminologiche del legislatore non soccorrono rispetto al fine prefissato, non si possono trascurare, invece, le indicazioni offerte dalla Carta costituzionale, la quale, come già detto, ha definitivamente messo al bando – tranne possibili eccezioni configurabili in casi costituzionalmente predeterminati – metodi di accertamento che, in ambito processuale penale, pretendano di prescindere dalla partecipazione paritaria delle parti alla formazione dell'elemento di prova valutabile dal giudice ai fini della decisione sul merito dell'imputazione.

Siffatta previsione vale a delineare, già a livello costituzionale, i tratti indefettibili di un sistema processuale, esigendo indubbiamente che la verifica dell'accusa formulata dal pubblico ministero avvenga secondo un modello ispirato ai principi del sistema accusatorio, tra i quali assume una posizione di autonomo rilievo quello del contraddittorio nella formazione della prova.

L'elemento di prova, dunque, deve essere il prodotto di un procedimento formativo aperto alla partecipazione effettiva delle parti interessate all'utilizzazione di esso, di talché, se ogni atto processuale è caratterizzato, innanzitutto, da una dimensione strutturale che vale ad identificarlo nel sistema ed a distinguerlo da altre – e apparentemente simili – figure, l'atto contenente informazioni probatorie – ossia, come già si è avuto modo di precisare, l'unica tipologia di atto rispetto al quale assume rilievo la categoria dell'irripetibilità – si caratterizza sul piano struttu-

rale a seconda che sia compiuto o meno mediante una metodologia incentrata sull'osservanza del principio fondamentale del contraddittorio.

Può darsi, allora, che più atti si equivalgano sotto il profilo del risultato al quale pervengono se esaminati da un punto di vista empirico, determinando entrambi la formazione di un elemento dalla struttura analoga – per esempio, una dichiarazione – ma la circostanza di essere, quel determinato risultato, il frutto dell'impiego di metodologie formative fundamentalmente ispirate a principi diversi – il contraddittorio nel caso della dichiarazione testimoniale, l'unilateralità dell'azione dell'autorità procedente nel caso delle sommarie informazioni – rende gli atti notevolmente diversi e assolutamente non sovrapponibili sul piano strutturale.

L'atto di assunzione di sommarie informazioni, quindi, non gode di un'opportunità di ripetizione mediante la testimonianza del medesimo dichiarante, ricorrendo tra i due atti un tratto di uniformità che concerne la fonte soggettiva di riferimento ed il prodotto finale ma che, lasciando inalterata la rispettiva struttura formativa, non è sufficiente a determinarne l'identità tipologica.

Analizzando un atto sotto il profilo strutturale e ricercandovi i tratti identificativi sembra ovvio, per quanto detto, che incide sull'identificabilità, altresì, la conformazione qualitativa del metodo formativo utilizzato, non potendosi ritenere coincidente all'atto formato nel contraddittorio delle parti, poste quindi in posizione di parità, quello formato da una di esse secondo un iter realizzativo al quale l'altra ha soltanto avuto modo di partecipare mediante l'esercizio di specifiche facoltà.

### 3. LA FUNZIONE DELL' ATTO PROCESSUALE.

Ma l'atto processuale, e quello probatoriamente rilevante in particolare, si connota in termini peculiari anche sotto il profilo funzionale, costituendo la direzione finalistica componente imprescindibile della nozione stessa di atto.

Il processo, come è noto, costituisce sotto il profilo dinamico una fattispecie complessa a formazione successiva<sup>10</sup>, consi-

---

<sup>10</sup> Secondo A. A. DALIA, G. PIERRO, *Giurisprudenza penale*, cit., p. 5, ciò che caratterizza la nozione è «il collegamento dinamico di tutti gli atti che compongono la serie procedimentale verso l'atto finale da cui scaturisce



stendo in una sequenza ordinata di atti, ciascuno dei quali è dotato di una propria, specifica funzione all'interno di un meccanismo progressivo destinato a conseguire un determinato risultato finale.

«[Il processo] - è stato infatti osservato - «[consiste in] una serie ed un insieme di atti che si muovono verso un determinato scopo, giustificatore della stessa funzione del processo»<sup>11</sup>.

L'atto probatorio - qui da intendersi in senso atecnico, ossia quale atto portatore di un risultato di conoscenza<sup>12</sup> - si caratterizza per il fatto di assolvere ad un ruolo intimamente connesso alla funzione decisionale, dal momento che pone in essere le premesse del percorso logico sul quale si fondano i momenti dell'itinerario processuale destinati a sfociare nell'adozione di un provvedimento conclusivo.

L'atto d'indagine, in quest'ottica, è normalmente servente rispetto alle determinazioni che il pubblico ministero deve assumere nel momento in cui ha completato la fase investigati-

l'effetto al quale il procedimento è deputato e che viene, quindi, denominato atto-procedimento o atto totale». Per una dettagliata analisi v., inoltre, N. DI PRISCO, *Procedimento (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, pp. 836 ss.; E. FAZZALARI, *Procedimento e processo (teoria generale)*, cit., pp. 819 ss.

<sup>11</sup> «Processus viene da *procedere*» - fa notare G. BELLAVISTA, *Lezioni di diritto processuale penale*, Milano, 1973, p. 1, dal quale è tratta altresì la nozione riportata nel testo - «e nella sua etimologia esprime un meccanismo in movimento: una serie di atti, appunto, che, attraverso vari momenti o fasi, procedono da qualche cosa verso altra qualche cosa». Ma v., inoltre, ID., *Il processo come dubbio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p. 763, ove, interrogandosi sullo scopo del processo, osserva: «Come per il processo civile si risponde: *ne cives ad arma veniant*. Ma a questa finalità di pace civica, se ne aggiunge un'altra per il processo penale, che ha un suo scopo specifico e particolare, alternativo, duplice: *impunitum non relinqui facinus; innocentem non condemnari*. Non solo il processo sorge perché tramonti la ragion fattasi, cessi la privata vendetta, ma perché sia fatta giustizia. Non basta il *ne cives ad arma veniant*, è pur necessario che solo il colpevole sia punito, e con la giusta pena, e che l'innocente venga protetto e tutelato». Secondo G. D. PISAPIA, *Compendio di procedura penale*, Padova, 1975, p. 11, il processo è «il complesso degli atti giuridici diretti all'esercizio della giurisdizione». Negli stessi termini v. A. A. DALIA, G. PIERRO, *Giurisdizione penale*, cit., p. 5, i quali identificano il processo con il procedimento giurisdizionale, ossia con «quella combinazione causalmente vincolata di atti protesi al raggiungimento dello scopo giuridico conclusivo, rappresentato dalla cosa giudicata».

<sup>12</sup> Lo stesso codice, fa d'altra parte notare G. ILLUMINATI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*, cit., p. 525, utilizza spesso il termine "prova" in senso atecnico, ossia nel significato generico di «risultato di conoscenza».

va<sup>13</sup>, ovvero rispetto alle decisioni da adottare nei frangenti di incidentalità che dovessero concorrere con tale fase.

In alcuni casi, l'atto assolve ad una funzione molto più circoscritta, potendo costituire soltanto lo strumento per acquisire spunti investigativi utili per delineare possibili indirizzi d'indagine, ovvero, per orientare in concreto l'attività degli operatori di polizia giudiziaria<sup>14</sup>.

Sulla base dell'atto d'indagine, poi, il giudice dell'udienza preliminare valuta la superfluità o meno della fase dibattimentale<sup>15</sup> ovvero, nel caso di instaurazione di riti speciali, pronuncia la propria decisione sul merito dell'imputazione.

Una volta che il procedimento penale è pervenuto alla fase dibattimentale, infine, opera la regola generale contenuta nell'art. 526, co. 1 c.p.p., secondo la quale il giudice non può utilizzare, ai fini della deliberazione della sentenza, prove "diverse" da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento.

La previsione, giustamente ritenuta «la chiave di volta del sistema di tipo accusatorio introdotto dal c.p.p. del 1988»<sup>16</sup>, sin-

---

<sup>13</sup> L'art. 326 c.p.p., concernente le finalità delle indagini preliminari, infatti, dispone che il pubblico ministero e la polizia giudiziaria svolgano, nell'ambito delle rispettive attribuzioni, le indagini necessarie per le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale.

<sup>14</sup> E' il caso, per esempio, dell'atto disciplinato dall'art. 350, co. 5 c.p.p. La norma, come è noto, prevede che, sul luogo o nell'immediatezza del fatto, gli ufficiali di polizia giudiziaria possono, anche senza la presenza del difensore, assumere dalla persona nei cui confronti vengono svolte le indagini, anche se arrestata in flagranza o fermata a norma dell'art. 384 c.p.p., notizie e indicazioni utili ai fini della immediata prosecuzione delle indagini. Le scarse potenzialità utilizzative delle risultanze dell'atto sono ribadite dal comma successivo, laddove si prevede che delle notizie e delle indicazioni assunte senza l'assistenza del difensore sul luogo o nell'immediatezza del fatto è vietata ogni documentazione e utilizzazione.

<sup>15</sup> La letteratura sull'udienza preliminare è molto ampia. V., tra i tanti, A. ZIROLDI, *Udienza preliminare: preparazione e svolgimento*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale* (diretto da G. Spangher), III, Milanofiori Assago, 2009, pp. 845 ss.; E. M. CATALANO, *Udienza preliminare: conclusione e formazione dei fascicoli*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale*, cit., pp. 855 ss.; F. CASSIBBA, *L'udienza preliminare. Struttura e funzioni*, Milano, 2007; G. M. ANCA, *Udienza preliminare*, in *Dig. disc. pen.*, XV, pp. 22 ss. Mentre, tra i primi studi, v. D. GROSSO, *L'udienza preliminare*, Milano, 1991.

<sup>16</sup> G. ILLUMINATI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*, cit., p. 535. V., inoltre, E. AMODIO, *Dalla intime conviction alla legalità della prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 32, il quale intravede nell'art. 526 c.p.p. «la norma più emblematica del distacco dalla cultura formatasi in oltre un secolo di prassi permeata da una gnoseologia giudiziaria affrancata da ogni limite logico e normativo».

tetizza il principio di separazione tra la fase delle indagini preliminari e quella del giudizio, di talché agli atti acquisiti durante la prima – la cui funzione si riduce, qualora abbiano contenuto dichiarativo, alla eventuale verifica di affidabilità delle fonti di prova mediante il meccanismo della contestazione – subentra l'attivazione dei mezzi di prova e, tramite essi – soltanto tramite essi! – si producono gli elementi sulla base dei quali il giudice assume le proprie determinazioni sull'oggetto del processo.

Ed allora, volendo, rispetto al prosieguo dell'indagine, prendere le mosse da una definizione di atto processuale penale, potremmo ritenere tale l'atto, diversamente caratterizzato sotto il profilo strutturale, formato all'interno del procedimento e dotato di una funzione tipica in vista della realizzazione del risultato accertativo del procedimento medesimo<sup>17</sup>.

Chiarendo fin da subito che con l'espressione "funzione tipica" si intende fare riferimento al connotato di strumentalità dell'atto rispetto ad un determinato risultato così come emerge dall'analisi della fattispecie astratta descritta dalla norma.

Si tratta, in altre parole, di una caratteristica intrinseca all'atto, secondo una precisa qualificazione normativa che ne individua la funzione e la stessa ragione d'essere nell'ambito della dinamica procedimentale.

Una connotazione finalistica, dunque, che, se non riscontrata nell'atto effettivamente posto in essere, determina il verificarsi di una situazione di grave ed irrimediabile patologia dell'atto stesso, correttamente riconducibile alla fenomenologia della c.d. abnormità funzionale<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> Volendo ulteriormente puntualizzare, appare sufficiente richiamare le parole di G. D. PISAPIA, *Compendio di procedura penale*, cit., p. 103: «Se si vuole operare una distinzione, a fini meramente convenzionali, si potrà anche distinguere [...] fra *atti processuali in senso ampio* ed *atti processuali in senso stretto* (o, se si preferisce, fra *atti del procedimento* e *atti del processo*), designando con la seconda espressione gli *atti compiuti dai soggetti processuali dopo il promovimento dell'azione penale e fino alla sentenza definitiva*, e riservando la prima denominazione agli altri atti, sempre che, s'intende, abbiano un'incidenza sull'oggetto del processo».

<sup>18</sup> La categoria dell'abnormità, come è noto, costituisce un prodotto di creazione giurisprudenziale. V., tra le più recenti e per tutte, Cass. pen., Sez. un., 26 marzo 2009, n. 25957, secondo la quale l'abnormità, più che rappresentare un vizio dell'atto in sé, dal quale scaturiscono determinate patologie sul piano della dinamica processuale, integra – sempre e comunque – uno sviamento della funzione giurisdizionale, la quale non risponde più al modello previsto dalla legge, ma si colloca al di là del perimetro entro il quale è riconosciuta dall'ordinamento. In tal senso, invero, tanto nell'ipotesi di un atto

L'atto processuale penale a carattere probatorio costituisce una *species* di atto processuale, connotandosi per una funzione squisitamente conoscitiva, ossia protesa a fare conseguire ai soggetti del procedimento – al giudice innanzitutto – la conoscenza di elementi rilevanti ai fini dell'adozione di una determinata decisione.

L'atto probatorio, in altri termini, realizza un fatto di conoscenza<sup>19</sup>, una conoscenza caratterizzata dalla funzione peculiare di concorrere alla costruzione di un compendio logicamente servente rispetto ai processi decisionali interni al procedimento penale.

---

strutturalmente eccentrico rispetto a quelli positivamente disciplinati, quanto di un atto normativamente previsto e disciplinato, ma utilizzato al di fuori dell'area che ne individua la funzione e la stessa ragione di essere nell'iter procedimentale, ciò che segnala la relativa abnormità è proprio l'esistenza o meno del potere di adottarlo. In una prospettiva siffatta, abnormità strutturale e funzionale si saldano all'interno di un fenomeno unitario, motivo per cui se all'autorità giudiziaria può riconoscersi l'attribuzione circa l'adottabilità di un determinato provvedimento, i relativi ed eventuali vizi saranno solo quelli previsti dalla legge, a prescindere dal fatto che da essi derivino effetti regressivi del processo. Ove, invece, sia proprio l'attribuzione a far difetto – e con essa il legittimo esercizio della funzione giurisdizionale – la conseguenza non potrà essere altra che quella dell'abnormità, cui consegue l'esigenza di rimozione del provvedimento stesso. In dottrina v., invece, R. CANTONE, *Note minime a proposito del provvedimento abnorme*, in *Cass. pen.*, 1996, pp. 184 ss.; M. CATALANO, *Il concetto di abnormità fra problemi definitivi e applicazione giurisprudenziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, pp. 1240 ss.; G. GUERRERA, *L'abnormità dell'atto processuale*, in *Dir. e giust.*, 2004, 21, pp. 14 s.; F. VARONE, *Brevi riflessioni in tema di archiviazione della notizia criminis e abnormità dell'atto processuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, pp. 1640 ss.; S. SIGNORATO, *Riflessioni in tema di abnormità: a proposito dell'ordinanza di integrazione delle indagini disposta ex art. 421-bis c.p.p. per accertare l'imputabilità e la capacità processuale dell'imputato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, pp. 923 ss.; A. BELLOCCHI, *L'abnormità*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale* (diretto da G. Spangher), I, *Soggetti e atti*, t. 2, *Gli atti*, Milanofiori Assago, 2008, pp. 469 ss. A livello enciclopedico v., tra gli studi più recenti, F. NEVOLI, *Abnormità*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. VI, pp. 1 ss.

<sup>19</sup> La relativa categoria è studiata da A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II, Milano, 1997, pp. 532 ss.; ID., *Voci di teoria generale del diritto*, cit., pp. 637 ss. V., inoltre, S. PUGLIATTI, *Conoscenza*, cit., p. 92, secondo il quale il procedimento probatorio si presenta, in una fase preliminare, come «acquisitivo di conoscenze».

#### 4. UNA PRIMA ACCEZIONE DI IRRIPETIBILITÀ. L'IRRIPETIBILITÀ "FUNZIONALE".

L'irripetibilità costituisce una figura suscettibile di caratterizzare qualsiasi tipologia di atto.

Nel contesto processuale, come si è già avuto modo di sottolineare in più occasioni, il problema dell'irripetibilità o meno di un atto si pone in relazione ad atti probatori, atti, cioè, dotati di una funzione conoscitiva.

La categoria concettuale che ci occupa è sempre stata caratterizzata, nelle ricostruzioni variamente proposte nel corso degli anni e fatta salva qualche rara eccezione, dall'attribuzione di un rilievo centrale alle caratteristiche della situazione materiale in cui l'atto si colloca, essendosi individuato nella modificabilità della prima l'elemento suscettibile di determinare la qualificazione in termini di irripetibilità o meno del secondo.

L'irripetibilità, però, è innanzitutto uno strumento processuale e ciò fa sì che del fenomeno di appartenenza – il processo, appunto – acquisisca la nota fondamentale costituita dalla "giuridicità".

Il processo, infatti, è innanzitutto «un meccanismo *giuridico*»<sup>20</sup>; costituisce, cioè, un sistema regolato dal diritto<sup>21</sup>, e l'irripetibilità, in quanto integrante un fenomeno processuale, assume un significato variabile a seconda della regolamentazione che di essa il diritto stesso fornisce.

Sul piano generale, può dirsi che essa assume rilevanza nella misura in cui consente di realizzare una significativa funzione selettiva di elementi conoscitivi.

Deve, però, trattarsi di una funzione operante in una precisa direzione, poiché la categoria acquisisce un significato processualmente rilevante nella misura in cui sia diretta a fare sì che l'operare dei congegni che nell'irripetibilità fanno poggiare il loro funzionamento renda fruibili da parte del giudice di una fase processuale elementi probatori che, in assenza di essa, sarebbero stati sottratti al compendio decisionale.

L'irripetibilità, in altri termini, presidia congegni in forza dei quali si genera un rapporto tra momenti procedurali altrimenti privi di specifiche vie di comunicazione, per cui non

---

<sup>20</sup> G. D. PISAPIA, *Compendio di procedura penale*, cit., p. 11.

<sup>21</sup> «[E] precisamente» - puntualizza G. D. PISAPIA, *Compendio di procedura penale*, cit., p. 11 - «da quel ramo dell'ordinamento giuridico che si chiama appunto *diritto processuale penale*».

avrebbe significato ricorrere ad essa laddove la fruizione di qualsivoglia elemento conoscitivo fosse generalmente estesa a qualsiasi frangente della procedura.

Essa, dunque, è categoria concettuale che chiama in causa direttamente la tematica dei modelli processuali, dimostrandosi già sul piano astratto compatibile esclusivamente in relazione, e con più o meno accentuati gradi di significanza, ai sistemi ispirati al principio della separazione delle fasi.

Nel fare questo, si carica di un ruolo che, se si vuole, può essere ancorato alla ricorrenza di specifiche situazioni di fatto – la modificabilità di una condizione reale, per esempio – ma che, in ogni caso, è un ruolo squisitamente normativo.

Nella configurazione c.d. condizionalistica della norma giuridica – secondo la quale, è noto, la quest'ultima costituisce un rapporto di condizionalità nell'ambito del quale condizionante è un antecedente di fatto e condizionato è un valore giuridico, ossia un effetto giuridico<sup>22</sup> – non v'è dubbio che l'irripetibilità – ma, sarebbe meglio dire, l'atto irripetibile – si collochi nell'area del fatto, costituendo la premessa – un presupposto, quindi – di una sequenza procedimentale che da luogo, come momento terminale, ad una situazione effettuale essenzialmente giuridica che si sostanzia nell'utilizzabilità a fini decisionali dell'atto che a siffatta qualificazione accede.

E' un fatto, quindi, dotato di una propria connotazione, poiché funge da elemento qualificativo di un atto processuale e, pertanto, implica un giudizio di valore che, attributivo di tutela giuridica, fa sì che in virtù di esso si dispieghi un effetto in qualche modo incongruo rispetto ai connotati tipici del processo accusatorio.

L'irripetibilità, in altri termini, è un concetto prettamente giuridico che, per la qualità degli effetti che ne derivano, non implica necessariamente l'ancoraggio alla mutabilità delle situazioni del mondo reale.

Ovviamente, il processo è un fenomeno reale e qualsiasi istituto processuale deve relazionarsi alla frazione della realtà presa in esame.

L'irripetibilità non sfugge a questa elementare constatazione, ma il silenzio legislativo implica la necessità di delineare il relativo concetto sulla base di tecniche ricostruttive rispetto

---

<sup>22</sup> A. FALZEA, *Voci di teoria generale del diritto*, cit., pp. 338 ss.

all'individuazione delle quali non sono prospettabili soluzioni predefinite.

Fatti salvi, ovviamente, alcuni punti fermi dai quali non è possibile prescindere e derivanti, innanzitutto, dalla necessità di adattamento della nozione di irripetibilità alla metodologia di accertamento prescelta in relazione al singolo modello processuale.

Se, dunque, il contraddittorio costituisce il canone fondamentale in materia di formazione della prova, appare chiaro che tra i possibili percorsi ricostruttivi del fenomeno giuridico in discorso merita di essere privilegiato, tra tutti, quello che determina, di esso, il sacrificio minore.

Occorre, in secondo luogo, che l'elaborazione concettuale non conduca a risultati privi di rilievo sul piano pratico, nel senso che congegni una nozione di irripetibilità – o di atto irripetibile – che non aiuti a risolvere i problemi che l'attribuzione di rilevanza normativa a siffatta categoria invece pone.

Ed allora, se l'irripetibilità costituisce una qualificazione tipica dell'atto processuale a contenuto probatorio, è proprio muovendo da quest'ultima nozione che può elaborarsi, in relazione ad essa, un concetto sufficientemente affidabile, sapendo che siffatta qualificazione si riferisce all'atto in sé e costituisce una caratteristica di questo.

Essa, cioè, è la risultanza della sintesi della connotazione strutturale e del profilo funzionale dell'atto processuale, nel senso che l'atto è irripetibile in quanto quella connotazione e quel profilo fanno sì che esso non possa essere reiterato.

L'irripetibilità è, quindi, una caratteristica dell'atto, di un atto, in altri termini, che è irripetibile indipendentemente dal suo contenuto e dalle vicende che possono riguardare la situazione sottostante, assolvendo ad una funzione formativa di elementi che devono essere rilevati così come si presentano in un dato momento storico, coincidente quest'ultimo con il momento costitutivo dell'atto stesso.

L'atto viene in esistenza per cogliere quel frammento della realtà e, fatto questo, ha realizzato un risultato conoscitivo che, soddisfacendo una precisa necessità cognitiva del processo, ne ha esaurito la ragion d'essere.

Sulla base di queste premesse, allora, sembra possibile pervenire ad una definizione di atto irripetibile secondo la quale presenta siffatta connotazione l'atto probatorio che esplica ed

esaurisce la funzione conoscitiva, così come attribuitale dal diritto, nel momento stesso della sua formazione.

#### 5. LE FATTISPECIE ACQUISITIVE NON RICONDUCIBILI ALL'AREA CONCETTUALE DELL'IRRIPETIBILITÀ.

L'ipotesi definitoria appena formulata e le premesse logiche sulle quali si fonda consentono di avviare una riflessione coinvolgente il tema della riconducibilità di alcuni istituti processuali all'area concettuale dell'irripetibilità.

Viene in rilievo, innanzitutto, la fattispecie acquisitiva descritta dall'art. 512 c.p.p., la quale, come più volte ribadito, consente di veicolare nell'ambito del fascicolo processuale atti formati nel corso delle indagini preliminari dei quali sia, chiarisce la norma, divenuta impossibile la ripetizione per fatti o circostanze sopravvenuti e imprevedibili.

A ben vedere, la formulazione della norma sarebbe già di per sé indicativa della forzatura che si è inteso realizzare allorché si è insistito nel fare ricorso – nella rubrica prima, nel testo della disposizione poi – alla figura dell'irripetibilità, anche se merita di essere evidenziato come la norma non utilizza siffatto concetto, bensì quello, affatto diverso e meno carico di caratterizzazioni tecniche, di impossibilità di ripetizione.

Ed infatti, laddove raccorda la lettura ad un atto e di quest'ultimo presuppone il requisito dell'irripetibilità, essa non si avvede della confusione, non soltanto terminologica, che finisce per caratterizzare la fattispecie, posto che, non verificandosi alcuno dei fatti o delle circostanze ivi richiamati, l'atto posto in essere non avrebbe costituito una riedizione dell'atto d'indagine, ma un atto diversamente configurato sotto il profilo funzionale e strutturale.

Il verificarsi delle ipotesi preclusive integranti la fattispecie determina, in altre parole, una situazione di non attivabilità, in sede dibattimentale, del mezzo di prova idoneo a condurre alla realizzazione, mediante una metodologia garantita, di un dato conoscitivo soltanto sul piano empirico omologabile a quello prodotto nel corso della fase investigativa.

Non è l'atto d'indagine preliminare che, in condizioni di normalità, viene compiuto, poiché quest'atto ha esplicitato già ed in maniera piena la propria funzione laddove ha concorso a formare nel pubblico ministero la determinazione di provocare



l'avvio della fase processuale e nel giudice dell'udienza preliminare il giudizio di condivisibilità rispetto ad essa.

La soluzione all'insegna del recupero dell'atto investigativo a fini probatori costituisce il frutto di un'opzione ideologicamente orientata che ha dato vita ad una fattispecie per la corretta configurazione e per il soddisfacente funzionamento della quale può farsi tranquillamente a meno del concetto – richiamato, come già detto, in modo improprio e certamente in senso tecnico – di atto irripetibile.

E' dato rinvenire un elemento di conferma della forzatura normativa appena rilevata, d'altro canto, nel rapporto di correlazione che lega l'istituto in discorso all'incidente probatorio, l'attivazione del quale, infatti, conduce alla realizzazione di un atto probatorio, da un lato del tutto diverso da quello eventualmente già unilateralmente formato dagli investigatori, dall'altro coincidente, per struttura e funzione, con quello che sarebbe stato realizzato in dibattimento.

La disomogeneità tra l'atto suscettibile di lettura – del quale è divenuta impossibile la ripetizione ma che la norma non qualifica come irripetibile – e l'atto realizzabile nel fisiologico divenire della sequenza processuale impone, quindi, di escludere la fattispecie acquisitiva prevista dall'art. 512 c.p.p. dal campo operativo dell'irripetibilità.

Non a caso, altre disposizioni del codice processuale realizzano un raccordo tra la fase investigativa e quella processuale fondato sul trasferimento di atti dalla prima alla seconda senza fare ricorso al concetto di irripetibilità, nonostante il fattore determinante sia individuato in circostanze analoghe a quelle prese in considerazione dalla norma generale.

Ciò avviene, per esempio, in relazione alla disciplina della lettura di atti *ex* art. 512-*bis* c.p.p., norma, quest'ultima, che delinea un meccanismo acquisitivo il quale, sebbene corrispondente nelle linee essenziali a quello della disposizione generale<sup>23</sup>, non contiene alcun richiamo al concetto di irripetibilità.

La norma<sup>24</sup>, regolativa della lettura di dichiarazioni rese da persona residente all'estero, prevede infatti che il giudice, a ri-

---

<sup>23</sup> Se ne discosta, infatti, nel profilo concernente la mancata previsione del requisito dell'imprevedibilità in ragione del fatto che la norma riguarda soggetti che possono trovarsi anche per brevissimo tempo e di passaggio in Italia.

<sup>24</sup> L'art. 512-*bis* c.p.p., come è noto, è stato aggiunto dall'art. 8, co. 2-*bis*, d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, in l. 7 agosto

chiesta di parte, possa disporre, tenuto conto degli altri elementi di prova acquisiti, che sia data lettura dei verbali di dichiarazioni rese da persona residente all'estero anche a seguito di rogatoria internazionale se questa, essendo stata citata, non è comparso e solo nel caso in cui non ne sia assolutamente possibile l'esame dibattimentale.

Come può notarsi, la disposizione regola un meccanismo che prescinde dall'irripetibilità e non è un caso che a siffatto meccanismo la Corte di cassazione abbia esteso lo schema argomentativo enunciato proprio in relazione all'art. 512 c.p.p. ed in forza del quale, in tema di lettura di dichiarazioni rese da persona residente all'estero, la mancata comparizione del soggetto, quando sia conseguenza di un atto volontario, non determina automaticamente l'inutilizzabilità delle precedenti dichiarazioni, ma è un dato neutro che assume valenza ai fini dell'art. 526, co. 1-*bis* c.p.p. solo qualora sia connotata dalla volontà di sottrarsi all'esame<sup>25</sup>.

Ma, con maggiore puntualità, la Corte medesima ha stabilito che la lettura dei verbali di dichiarazioni assunte all'estero – mediante rogatoria internazionale e senza la garanzia del contraddittorio – ed acquisiti al fascicolo del dibattimento ai sensi dell'art. 431 c.p.p. è disposta a norma dell'art. 511, co. 2 c.p.p. solo dopo l'esame della persona che ha reso le predette dichiarazioni, tranne che l'esame non abbia luogo per “accertata impossibilità di natura oggettiva” di acquisizione della prova in contraddittorio, come previsto dall'art. 111, co. 5 Cost.<sup>26</sup>.

L'accertamento di siffatta impossibilità – tenuto conto che si tratta di un'ipotesi eccezionale rispetto alla regola generale stabilita nell'art. 111, co. 4 Cost. – richiede una rigorosa verifica della regolare citazione all'estero delle persone e il controllo di un eventuale stato di detenzione e, in tal caso, l'attivazione delle procedure stabilite per ottenere la traduzione temporanea in Italia dei dichiaranti detenuti o la loro assunzione mediante rogatoria con le garanzie del contraddittorio<sup>27</sup>.

---

1992, n. 356, recante modifiche al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa. Nel testo attuale è stato, poi, introdotto dall'art. 43, l. 16 dicembre 1999, n. 479.

<sup>25</sup> Cass. pen., Sez. VI, 9 ottobre 2008, n. 39985.

<sup>26</sup> Cass. pen., Sez. VI, 12 aprile 2002, n. 28845.

<sup>27</sup> Cass. pen., Sez. VI, 12 aprile 2002, n. 28845. Nella fattispecie, la Corte ha annullato con rinvio la decisione, assunta in base anche alla prova dichiarativa acquisita mediante lettura, ed ha stabilito che il giudice di merito deve verificare, in virtù del principio di diritto enunciato, se l'effettivo esple-

Le prese di posizione della Suprema Corte costituiscono la riprova non soltanto dell'adattabilità del concetto di irripetibilità rispetto a situazioni che poco o nulla hanno a che vedere con essa, ma anche dell'aderenza ai principi costituzionali di meccanismi acquisitivi in cui si rispecchiano casi di impossibilità di natura oggettiva di formare la prova in contraddittorio per cause diverse dall'irripetibilità.

Ma la stessa cosa potrebbe dirsi spostando l'attenzione sulla previsione contenuta nell'art. 500, co. 4 c.p.p., in forza della quale il regime probatorio delle contestazioni<sup>28</sup> subisce un'evoluzione qualitativa che rende l'atto d'indagine utilizzabile ai fini della decisione qualora il testimone si rifiuti di deporre in quanto vittima di atti costituenti violenza o minaccia, ovvero perché destinatario di offerte o promesse di qualsivoglia forma di utilità<sup>29</sup>.

«La *ratio* della deroga all'inefficacia probatoria del precedente difforme si fonda» - è stato rilevato in dottrina - «sulla

---

tamento dell'esame in dibattimento non sia possibile attraverso le predette attività di collaborazione internazionale.

<sup>28</sup> Sull'istituto in generale v., tra i tanti ed oltre agli autori già citati, R. ADORNO, *Assunzione delle prove*, cit., pp. 318 ss.

<sup>29</sup> La disposizione in esame prevede, infatti, che 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 dal testimone sono acquisite al fascicolo del dibattimento e quelle previste dal co. 3 della disposizione medesima possono essere utilizzate. Dal punto di vista procedimentale, l'art. 500, co. 5 c.p.p. dispone che sull'acquisizione il giudice decide senza ritardo, svolgendo gli accertamenti che ritiene necessari, su richiesta della parte, che può fornire gli elementi concreti per ritenere che il testimone è stato sottoposto a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità. Sulla corretta configurazione di siffatto meccanismo acquisitivo, con particolare riferimento al carattere "deformalizzato" di esso, v., in giurisprudenza, Cass. pen., Sez. VI, 7 giugno 2004, n. 31461; Sez. I, 6 aprile 2004, n. 37066. In dottrina v., fra i tanti, V. GREVI, *In tema di accertamento incidentale delle illecite interferenze sul testimone a norma dell'art. 500 commi 4 e 5 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2005, pp. 3830 ss.; S. CORBETTA, *Principio del contraddittorio e disciplina delle contestazioni nell'esame dibattimentale*, in AA.VV., *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova* (a cura di P. Tonini), Padova, 2001, pp. 481 s.; R. ADORNO, *Assunzione delle prove*, cit., pp. 330 ss.; P. P. PAULESU, *Falsa testimonianza e disciplina delle contestazioni: una messa a punto sui confini della «provata condotta illecita»*, cit., pp. 3759 ss.; F. PONZETTA, *Facoltà di non rispondere dell'imputato di procedimento connesso e applicabilità della disciplina acquisitiva ex art. 500 comma 4 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2004, pp. 1375 ss..

massima di esperienza secondo la quale le condotte che inquinano la deposizione dibattimentale del teste, impedendogli di determinarsi liberamente, inducono a ritenere presuntivamente genuine le dichiarazioni da lui rese precedentemente»<sup>30</sup>.

In questa evenienza, quindi, si verifica una situazione in cui il mezzo di prova non può concretamente funzionare, essendo inidoneo, a causa di una scelta della fonte personale, a formare l'elemento di prova secondo i canoni del processo accusatorio.

Il modello acquisitivo, come può vedersi, non ricorre all'irripetibilità al fine di dotarsi di un coerente impianto teorico, ma si incentra sul carattere illecito della condotta posta in essere ai danni della fonte dichiarativa e sulla presunzione di genuinità della versione dei fatti che, attraverso siffatta condotta, si intendeva sottrarre al compendio conoscitivo del giudice.

L'irripetibilità, sembra a questo punto evidente, costituisce una categoria utilizzata male, affetta come è da una tendenza inflattiva che, a lungo andare, ne ha posto in discussione il fondamento e l'utilità.

I segnali di questa tendenza possono cogliersi esaminando, altresì, i meccanismi di utilizzazione degli accertamenti tecnici irripetibili disciplinati dall'art. 360 c.p.p.

Sul piano astratto non v'è dubbio che le caratteristiche di modificabilità della situazione dell'oggetto dell'atto consentano di parlare di irripetibilità ipotetica (o astratta), ma siffatto giudizio prognostico altro non costituisce che la premessa normativa – dunque, una condizione giuridica – legittimante il ricorso ad una determinata modalità organizzativa della fase di formazione di un atto che, altrimenti, non sarebbe assistito da alcuna garanzia difensiva.

Nel momento in cui, tuttavia, l'atto viene in esistenza l'irripetibilità diviene concetto estraneo alla fattispecie, innanzitutto poiché in proiezione dibattimentale non si assisterebbe mai, in ipotesi, alla reiterazione di un atto dotato di quelle caratteristiche, bensì al compimento di un atto – la perizia – strutturato in maniera assolutamente difforme e, pertanto, diverso.

---

<sup>30</sup> P. P. PAULESU, *Falsa testimonianza e disciplina delle contestazioni: una messa a punto sui confini della «provata condotta illecita»*, cit., pp. 3757 s., il quale non manca di riconoscere che si tratta di un'inferenza debole ma, nondimeno, accettabile, sul presupposto che sarebbe irragionevole non recuperare quel patrimonio conoscitivo che le turbative esterne intendevano disperdere. Evidenza R. ADORNO, *Assunzione delle prove*, cit., p. 330, come la norma sia chiaramente finalizzata a tutelare la prova rispetto all'operare di fattori inquinanti.

Ma, in secondo luogo, la possibilità di compiere o meno un atto produttivo di un risultato empirico omologo tendenzialmente non incide sull'utilizzabilità, in dibattimento, delle risultanze acquisite mediante l'accertamento, posto che l'inutilizzabilità degli accertamenti tecnici disposti dal pubblico ministero è sancita – ha puntualizzato la Corte di cassazione – per il solo caso della violazione dell'art. 360, co. 4 c.p.p., relativo all'espressa riserva dell'indagato di richiedere l'incidente probatorio ed all'assenza del presupposto della indifferibilità<sup>31</sup>.

Negli altri casi, invece, la relazione del consulente tecnico è legittimamente inserita nel fascicolo 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 restando fermo l'inserimento nel fascicolo ed essendo l'atto valutabile ed utilizzabile *ex* artt. 511 e 526 c.p.p.

Come si vede, quindi, la possibile attivazione del mezzo di prova corrispondente – la ripetibilità, per usare l'impropria terminologia della Corte – non incide sull'utilizzabilità dell'atto compiuto nella fase pregressa, fatto salvo il caso in cui la parte interessata abbia rilevato la praticabilità di tale opzione e ne abbia preteso l'attivazione.

Anche in questo caso, quindi, l'atto si colloca al di fuori dell'area concettuale dell'irripetibilità, costituendo il ricorso a quest'ultima il comodo espediente giustificativo dell'inserimento dell'atto, compiuto con modalità garantite, nel fascicolo per il dibattimento.

## 6. GLI ATTI IRRIPETIBILI.

Gli atti irripetibili, dunque, sono quelli che esauriscono la propria funzione conoscitiva nel momento stesso in cui rilevano il dato probatorio, un dato, quindi, la cui fruizione non può che essere estesa a qualsiasi ambito del procedimento penale.

In questo senso, non sembra potersi dubitare della caratterizzazione in termini di irripetibilità dei mezzi di ricerca della prova.

Essi, come abbiamo avuto modo di vedere, sono, per loro natura ed a prescindere dalle circostanze del caso concreto, fun-

---

<sup>31</sup> Cass. pen., Sez. V, 11 ottobre 2002, n. 41219.

zionali alla creazione di dati conoscitivi che, una volta venuti in essere, sono dotati di una intrinseca identità che li rende strutturalmente idonei ad assecondare le esigenze cognitive di qualsiasi contesto decisionale interno al procedimento penale.

Questo, giova ancora una volta ribadirlo, in ragione delle caratteristiche dell'atto, le quali incidono sulla qualità del dato informativo prodotto e lo rendono indipendente da quello che può essere l'esito dell'atto stesso.

Invero, l'attività captativa di conversazioni e comunicazioni, come abbiamo visto, produce un dato che, se da un lato si presenta come certamente suscettibile di interpretazione, dall'altro gode di una indiscutibile dote di immodificabilità nella sua conformazione strutturale, per come risultante dal supporto contenente la registrazione della conversazione.

L'atto, in altri termini, serve ad acquisire quel dato conoscitivo ed è in via esclusiva funzionale alla realizzazione di siffatto esito cognitivo, di talché conserverà sempre la propria identità prestandosi ad una utilizzazione estesa a qualsiasi fase processuale.

La stessa cosa può dirsi in relazione al verbale di sequestro, posto che l'apprensione materiale della *res* che ne costituisce l'oggetto attua nella sequenza processuale in cui si inserisce la funzione tipica dell'atto, esaurendone inevitabilmente lo scopo con l'immissione nel processo di un elemento che, per la sua unicità, rende l'atto stesso unico e non identificabile con qualunque altro.

Non diverso il discorso da farsi in relazione agli atti di perquisizione e, in generale, ispettivi.

Se è vero, infatti, che possono in astratto compiersi plurime attività di siffatta natura sullo stesso oggetto, è altrettanto innegabile che ciascuna è dotata di una propria autonomia morfologica e, soprattutto, di una propria autosufficienza strutturale e funzionale, poiché l'atto è concepito e viene in esistenza al fine di prospettare l'essere di una determinata situazione in un preciso momento storico e, in questo senso, acquisisce una connotazione finalistica che rimarrà sempre tale, indipendentemente dalle vicende che possono incidere sull'oggetto, ovvero a prescindere dalla staticità della sua condizione fisica.

Siffatta tipologia di atti, in altre parole, presenta la caratteristica di contenere la descrizione di situazioni materiali quali esse sono in un determinato frangente, descrizione costituente un dato stabile, immodificabile, che prescinde, come detto, dalle

vicende che possono influenzare la struttura della situazione reale presa in esame.

L'atto descrittivo, infatti, una volta posto in essere, produce un'emergenza conoscitiva significativa dell'essere di una situazione che, magari rimarrà inalterata nel corso del tempo, ma che doveva funzionalmente essere rappresentata così come in quel determinato momento era strutturata e, in quanto così caratterizzata, l'atto tende a rappresentarla nel corso della procedura<sup>32</sup>.

#### 7. UNA SECONDA ACCEZIONE DI IRRIPETIBILITÀ. L'IRRIPETIBILITÀ "OCCASIONALE".

Resta da verificare se la nozione di irripetibilità appena delineata sia l'unica teoricamente configurabile ovvero se vi sono meccanismi di acquisizione di atti a contenuto probatorio che, pur non aderendo alla struttura concettuale alla quale abbiamo fatto riferimento, realizzano comunque ipotesi di connessione delle diverse fasi del processo secondo schemi riconducibili all'area dell'irripetibilità.

Prendendo le mosse dall'incidente probatorio, abbiamo visto che esso è un meccanismo alla base del funzionamento del quale si colloca un giudizio di ipotetica irripetibilità dell'atto.

L'atto posto in essere con le forme garantite proprie dell'istituto viene, per ciò solo, acquisito al fascicolo per il dibattimento ed assolve alla propria funzione conoscitiva mediante la lettura prevista dall'art. 511 c.p.p.

Si tratta di un regime utilizzativo lineare, nell'ambito del cui sistema l'effetto costituito dalla leggibilità è connesso al fatto dell'avvenuta produzione dell'atto secondo modalità corri-

---

<sup>32</sup> Evidentemente diversa è la natura degli atti di indagine consistenti in osservazioni, pedinamenti ovvero appostamenti, atti atipici ai quali la polizia giudiziaria ricorre in determinati contesti investigativi. L'atto, in questa evenienza, non nasce al fine di descrivere una situazione di fatto quale essa è in un determinato frangente storico, ma viene posto in essere al fine di ricostruire modalità comportamentali di specifici soggetti, di regola coinvolti nel procedimento penale in cui l'atto investigativo si colloca ed a prescindere dalla localizzazione di essi in termini temporali. Lo scopo dell'atto non è, in altre parole, meramente descrittivo bensì, prima di tutto, ricercativo di condotte rilevanti sul piano investigativo e questa caratteristica lo priva dell'unicità quale connotazione propria dell'atto irripetibile.

spondenti a quelle che sarebbero state utilizzate in sede dibattimentale.

L'atto, in altri termini, attiva un mezzo di prova tipico della fase dibattimentale e di esso, quindi, non può non acquisire la connotazione strutturale – entrambi, infatti, vengono in luce secondo la metodologia incentrata sul contraddittorio – ovvero assimilare il profilo funzionale dal momento che, come il primo, nasce al fine di produrre un risultato di conoscenza destinato direttamente al giudice del dibattimento.

Dunque, la premessa costituita dall'irripetibilità in astratto è valsa a rendere i due atti – quello formato in fase d'indagine e quello dibattimentale – strutturalmente omogenei, di talché il meccanismo effettuale scaturente dalle caratteristiche dell'atto formato mediante l'incidente probatorio è incentrato su una previsione di leggibilità e, quindi, di utilizzabilità incondizionate.

Una volta posto in essere, cioè, l'atto si affranca dall'evolversi in concreto della situazione che, nella fase formativa, aveva suggerito l'attivazione dell'incidente e questo perché esso, realizzato con quelle modalità, ha conseguito un risultato cognitivo che ne rende immanente la fruibilità.

L'atto, quindi, immagazzina un dato conoscitivo e lo veicola in direzione del panorama cognitivo fruibile dal giudice del dibattimento senza che assuma rilevanza l'effettivo prodursi della situazione pregiudicante ipotizzata al momento della sua formazione.

In questo senso, quindi, l'irripetibilità si colloca del tutto al di fuori dello schema legale dal momento che non ricorrono barriere acquisitive che, mediante il ricorso a siffatta categoria, divengono suscettibili di rimozione.

La verifica, però, deve spingersi oltre, dovendo fare i conti con situazioni particolari nelle quali il fisiologico collegamento tra fasi del procedimento implicito nel sistema dell'incidente probatorio non si realizza automaticamente, bensì soltanto in presenza di accadimenti specifici, idonei a rimuovere l'effetto pregiudicante connesso all'operare di fattori preclusivi.

L'art. 511, co. 2 c.p.p., come è noto, stabilisce che la lettura di verbali di dichiarazioni può essere disposta soltanto dopo l'esame della persona che le ha rese, a meno che l'esame stesso non abbia luogo.

L'art. 190 c.p.p., significativamente riferito al c.d. "diritto alla prova", dispone che le prove sono ammesse a richiesta di



parte, imponendo al giudice di provvedere senza ritardo con ordinanza e potendo escludere soltanto le prove vietate dalla legge e quelle che manifestamente siano superflue o irrilevanti<sup>33</sup>.

Se da un lato, dunque, l'incidente probatorio costituisce uno strumento idoneo a confezionare un atto probatorio perfettamente corrispondente a quello posto in essere mediante l'attivazione dei medesimi mezzi di prova in fase dibattimentale, la caratteristica del risultato fa sì, dall'altro, che, quando si tratta di dichiarazioni, alla richiesta di assunzione della prova in dibattimento debba sovrapporsi un *quid novi* che legittimi la lettura tutte le volte in cui l'atto richiesto non abbia luogo.

L'accadimento, ovviamente, deve essere caratterizzato in maniera tale da rendere obiettivamente inattivabile il meccanismo formativo rispondente ai principi del processo accusatorio diversi dal contraddittorio – quindi, oralità e immediatezza – e, pertanto, non può che costituire un fatto integrante una situazione di impossibilità oggettiva.

Ma si tratta, nel nostro caso, di vera e propria irripetibilità, poiché il fattore pregiudicante incide sulla possibilità di reiterazione, nella fase dibattimentale, di un atto identico per struttura e funzione.

Ed è, inoltre, una irripetibilità rilevante sul piano effettuale, poiché idonea a neutralizzare l'effetto ostativo connesso alla richiesta di parte di assunzione della prova in dibattimento.

Una irripetibilità determinata, deve aggiungersi, da fattori sopravvenuti, ma che ha poco o nulla a che vedere con il fenomeno acquisitivo descritto dall'art. 512 c.p.p., posto che il fatto pregiudicante, da un lato, si colloca in un segmento compreso tra la richiesta di ammissione della prova e quello programmato per la sua assunzione, mentre, dall'altro, produce i propri effetti a prescindere dal carattere della prevedibilità<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> Sulla disposizione codicistica, la quale, riconoscendo il diritto delle parti alla prova, realizza un significativo ribaltamento di prospettiva rispetto al modello processuale previgente, il quale aveva sancito il predominio assoluto dell'iniziativa probatoria del giudice, v., per tutti, C. QUAGLIERINI, *Art. 190 c.p.p.*, in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato* (a cura di A. Giarda, G. Spangher), Milano, 2010, pp. 1821 ss.

<sup>34</sup> Anzi, al contrario, in caso di coincidenza tra il fatto pregiudicante effettivamente verificatosi e quello pronosticato in occasione della richiesta di instaurazione dell'incidente probatorio, allorquando venne formulato il giudizio ipotetico di irripetibilità, la nota caratteristica del fatto stesso consiste proprio nella sua concreta previsione.

Accanto ad una nozione di irripetibilità di tipo originario, ossia intrinseca alla funzione informativa connessa al tipo di atto, è pertanto individuabile un'accezione legata al verificarsi di situazioni – e, quindi, all'intervento di fattori estrinseci – concretamente pregiudicanti la reiterazione dell'atto.

Può parlarsi, se si vuole recuperare la consueta e oramai collaudata terminologia, di irripetibilità originaria e di irripetibilità sopravvenuta, anche se sarebbe più corretto ricorrere alle diverse qualificazioni di, in relazione alla prima, irripetibilità “funzionale” – essa, infatti, è connotazione indefettibile che scaturisce dalla funzione informativa tipica attribuita all'atto probatorio – e di, per quel che concerne la seconda, irripetibilità “occasionale”.

Quest'ultima incide su atti a contenuto probatorio che una vicenda (appunto) occasionale ha reso non suscettibili di reiterazione e, configurata in questi termini, costituisce categoria concettuale idonea a fondare, altresì, il meccanismo utilizzativo disciplinato dall'art. 403, co. 2 c.p.p.

La disposizione, come è oltremodo noto, disciplina il regime di utilizzabilità in dibattimento delle prove assunte mediante incidente probatorio, prevedendo che esse sono utilizzabili in dibattimento soltanto nei confronti degli imputati i cui difensori hanno partecipato alla loro assunzione.

Come abbiamo già avuto modo di vedere, in virtù di un'interpolazione effettuata dall'art. 5, l. 7 agosto 1997, n. 267, la disposizione è stata arricchita di un co. 1-*bis*, ai sensi del quale le medesime prove non sono utilizzabili nei confronti dell'imputato raggiunto solo successivamente all'effettuazione dell'incidente probatorio da indizi di colpevolezza, qualora il difensore non abbia partecipato alla loro assunzione, salvo che i suddetti indizi siano emersi dopo che la ripetizione dell'atto sia divenuta impossibile.

Nell'evenienza disciplinata dalla norma appena richiamata, il fattore casuale pregiudicante, determinativo della situazione di irripetibilità dell'atto, produce un effetto soggettivamente espansivo della sua capacità dimostrativa, facendo sì che essa investa la posizione di soggetti rimasti estranei alla fase formativa.

8. L'EFFICACIA IN SENSO «ORIZZONTALE»  
DELL'IRRIPETIBILITÀ OCCASIONALE.

L'irripetibilità occasionale, come già detto, incide su atti a contenuto probatorio che una vicenda casuale ha reso non suscettibili di reiterazione.

Nei casi sopra esaminati, i quali concernevano atti formati mediante il meccanismo dell'incidente probatorio, l'irripetibilità opera in senso verticale, concorrendo a rimuovere barriere preclusive erette a tutela del principio di separazione delle fasi interne al medesimo procedimento penale.

Se non che, l'istituto presenta una conformazione che lo rende suscettibile di produrre un effetto acquisitivo operante nel diverso ambito dei rapporti tra procedimenti penali diversi, ovvero, ancora, nell'ambito dello stesso procedimento ma con caratterizzazione intrafasica.

Il primo contesto operativo chiama inevitabilmente in causa un peculiare profilo della disciplina concernente la circolazione di prove tra procedimenti contenuta nell'art. 238 c.p.p.

La disposizione, come si è già avuto modo di vedere, consente l'acquisizione di verbali di prove formate nell'ambito di un diverso procedimento penale, allorquando si tratti di prove assunte nell'incidente probatorio o nel dibattimento.

Il regime di libera circolazione della prova, tuttavia, non si spinge fino al punto di pregiudicare il diritto della parte alla formazione della prova dichiarativa all'interno del processo che la riguarda, in ragione del fatto che, sebbene capace di produrre risultati strutturalmente omogenei, il processo di derivazione si caratterizza per una essenziale diversità di oggetto.

Infatti, l'art. 238, co. 5 c.p.p. dispone che, fatta salva la previsione eccezionale contenuta nell'art. 190-*bis* c.p.p.<sup>35</sup>, resta

---

<sup>35</sup> La norma, concernente i requisiti della prova in casi particolari, dispone che nei procedimenti concernenti taluno dei delitti indicati nell'art. 51, co. 3-*bis* c.p.p., quando è richiesto l'esame di un testimone o di una delle persone indicate nell'art. 210 c.p.p. e queste hanno già reso dichiarazioni in sede di incidente probatorio o in dibattimento nel contraddittorio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni medesime saranno utilizzate ovvero dichiarazioni i cui verbali sono stati acquisiti a norma dell'art. 238 c.p.p., l'esame è ammesso solo se riguarda fatti o circostanze diversi da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni ovvero se il giudice o taluna delle parti lo ritengono necessario sulla base di specifiche esigenze. La stessa disposizione – soggiunge il co. 1-*bis* – si applica quando si procede per uno dei reati previsti dagli artt. 600-*bis*, co. 1, 600-*ter*, 600-*quater* c.p., anche se relativi al materiale pornografico di

fermo il diritto delle parti di ottenere, a norma dell'art. 190 c.p.p., l'esame delle persone le cui dichiarazioni sono state acquisite a norma, tra l'altro, dell'art. 238, co. 1 c.p.p.<sup>36</sup>.

Il sistema acquisitivo delle prove formate in procedimenti penali diversi è alquanto complesso, richiedendo una sequenza di adempimenti finalizzati, da un lato, a ricostruire, per quanto possibile, i meccanismi di discovery propri del processo; dall'altro, a rendere noto al giudice il contenuto dell'atto da acquisire in vista dell'adozione del provvedimento ammissivo.

L'art. 468, co. 4-*bis* c.p.p.<sup>37</sup>, per vero, dispone che la parte la quale intende chiedere l'acquisizione di verbali di prove di altro procedimento penale deve farne espressa richiesta unitamente al deposito delle liste testimoniali<sup>38</sup>, soggiungendo che, se si tratta di verbali di dichiarazioni di persone delle quali la stessa o altra parte chiede la citazione, questa è autorizzata dal presidente soltanto dopo che, in dibattimento, il giudice ha ammesso l'esame a norma dell'art. 495 c.p.p.

Quest'ultima disposizione, relativa ai provvedimenti del giudice in ordine alla prova, stabilisce che questi, sentite le parti, provvede con ordinanza all'ammissione delle prove, a norma degli artt. 190, co. 1 e 190-*bis* c.p.p.

---

cui all'articolo 600-*quater*., 600-*quinquies*, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*quinquies* e 609-*octies* del c.p.p., se l'esame richiesto riguarda un testimone minore degli anni sedici. V., in ordine alla disciplina speciale in materia di ammissione della prova, C. QUAGLIERINI, *Art. 190-bis c.p.p.*, in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato* (a cura di A. Giarda, G. Spangher), Milano, 2010, pp. 1827 ss.

<sup>36</sup> Osserva F. PONZETTA, *Facoltà di non rispondere dell'imputato di procedimento connesso e applicabilità della disciplina acquisitiva ex art. 500 comma 4 c.p.p.*, cit., p. 1387, come siffatto diritto tenda «a garantire in ogni caso alla parte interessata la possibilità che la prova sia formata nel proprio procedimento conformemente ai principi di oralità e immediatezza, quali connotazioni del contraddittorio».

<sup>37</sup> Aggiunto dall'art. 7, co. 1, d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, in l. 7 agosto 1992, n. 356, recante modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa.

<sup>38</sup> Sulla *ratio* della previsione del previo deposito delle liste testimoniali v., fra gli altri, G. SANTALUCIA, *Gli atti preliminari*, cit., pp. 27 s. La giurisprudenza, come è noto, ritiene che l'inosservanza degli adempimenti prescritti dalla disposizione in discorso è sprovvista di conseguenze sanzionatorie di ordine processuale, non essendo espressamente previste. V., nell'ambito di un orientamento costante, Cass. pen., Sez. V, 2 febbraio 2011, n. 14457. In precedenza, nello stesso senso, v. Cass. pen., Sez. IV, 21 gennaio 2004, n. 7237.

Quando, però, è stata ammessa l'acquisizione di verbali di prove di altri procedimenti, il giudice provvede in ordine alla richiesta di nuova assunzione della stessa prova solo dopo l'acquisizione della documentazione relativa alla prova dell'altro procedimento<sup>39</sup>.

La complessa procedura preordinata all'immissione dell'atto probatorio nel processo è seguita dal momento ineliminabile costituito dalla lettura, la quale, in virtù del richiamo all'art. 511, co. 2 c.p.p. contenuto nell'art. 511-*bis* c.p.p., concernendo elementi di prova dichiarativi, non può che seguire all'esame del dichiarante, salvo che esso non abbia luogo.

Si ripropone, in altri termini, la necessità del sopravvenire di un accadimento che, costituendo un fattore pregiudicante, incida sulla possibilità di reiterazione nella fase dibattimentale di un atto identico per struttura e funzione e, per questa via, neutralizzi l'effetto ostativo indotto dalla richiesta di parte *ex art.* 238, co. 5 c.p.p.<sup>40</sup>.

La funzione selettiva dell'irripetibilità casuale ha modo di dispiegarsi in senso orizzontale anche in relazione a fenomeni circolatori sedimentati all'interno di un'unitaria fase dibattimentale.

Si tratta, come è intuibile, di un terreno operativo che si schiude in presenza di evenienze costituite dalla necessità di procedere alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale per effetto del mutamento della composizione soggettiva dell'organo giudicante.

E' noto che l'art. 525, co. 2 c.p.p. sancisce il principio di immutabilità del giudice, imponendo che alla deliberazione del-

---

<sup>39</sup> Secondo F. PONZETTA, *Facoltà di non rispondere dell'imputato di procedimento connesso e applicabilità della disciplina acquisitiva ex art. 500 comma 4 c.p.p.*, cit., p. 1386, una volta ammesso il verbale della prova dichiarativa acquisita in un diverso procedimento, il cui contenuto è stato pertanto ritenuto pertinente e rilevante, sarebbe contraddittorio ritenere non rilevante la testimonianza del soggetto le cui dichiarazioni sono state acquisite. Il richiamo all'art. 190 c.p.p., contenuto nell'art. 238, co. 5 c.p.p., invece, lascerebbe al giudice margini di valutazione sia con riferimento alla ricorrenza di divieti probatori, sia in relazione al fatto che l'esame non sia manifestamente superfluo.

<sup>40</sup> Ritiene che la mancata ammissione dell'esame, richiesto dalla parte, non incida sull'utilizzabilità del verbale acquisito ai sensi dell'art. 238 c.p.p., invece, F. PONZETTA, *Facoltà di non rispondere dell'imputato di procedimento connesso e applicabilità della disciplina acquisitiva ex art. 500 comma 4 c.p.p.*, cit., p. 1386.

la sentenza concorrano, a pena di nullità assoluta, gli stessi giudici che hanno partecipato al dibattimento<sup>41</sup>.

Ne deriva, quale ovvio corollario, che la modificazione della composizione dell'organo giudicante imporrebbe l'integrale riattivazione della fase istruttoria, mediante la quale ripristinare la perfetta corrispondenza tra giudice della decisione e giudice dell'acquisizione probatoria<sup>42</sup>.

Le Sezioni unite della Corte di cassazione, tuttavia, hanno approfittato della finestra lasciata aperta dall'art. 511, co. 2 c.p.p. ("...a meno che l'esame stesso non abbia luogo") per introdurre un correttivo finalizzato ad attenuare la rigidità del sistema di recupero altrimenti imposto dal principio di immutabilità, così sanando la frattura che, fin dai primi anni di vigenza del codice, si era generata tra le sezioni semplici<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> V., sul principio di immutabilità del giudice, anche al fine di reperire utili riferimenti bibliografici, F. RIGO, *La sentenza*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale* (diretto da G. Spangher), IV, t. 2, Milanofiori Assago, 2009, pp. 534 ss., il quale mette in evidenza come «il principio in esame svolge un ruolo complementare ai principi di immediatezza e di concentrazione, finalizzati a non disperdere quel patrimonio di conoscenze che il trascorrere del tempo inevitabilmente rischia di deteriorare. Inoltre l'immutabilità del giudice è regola strumentale alla piena attuazione del principio di oralità, tramite il quale il giudice, partecipando personalmente al momento di formazione della prova dichiarativa, è nelle condizioni non solo di apprezzare il comportamento del soggetto esaminato, ma anche di porre domande, chiedere chiarimenti e procedere a eventuali contestazioni». V., inoltre, P. RENON, *Mutamento del giudice penale e rinnovazione del dibattimento*, Torino, 2008, pp. 3 ss. Nonché S. LORUSSO, *Art. 525 c.p.p.*, in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato* (a cura di A. Giarda, G. Spangher), Milano, 2010, pp. 6658 ss.

<sup>42</sup> In giurisprudenza è invece costante l'orientamento che esclude, in caso di mutamento della composizione soggettiva dell'organo giudicante, la necessità di procedere ad una nuova citazione dell'imputato che sia contumace o assente. V., fra le tante, Cass. pen., Sez. II, 19 ottobre 1999, n. 12620: «Nell'ipotesi di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale per mutamento della composizione del giudice non è necessaria anche la rinnovazione della citazione dell'imputato contumace - che non è richiesta dalla norma - e ciò in quanto la verifica della *vocatio in iudicium*, costituita da valutazioni meramente formali, può essere effettuata da giudice diverso da quello alla cui presenza sono assunte le prove ed a cui è riservata la decisione». V., altresì, Cass. pen., Sez. III, 25 settembre 1998, n. 10967: «Il principio dell'immutabilità del giudice non viene violato ogni qual volta il giudice che ha emesso la decisione abbia rinnovato *ex novo* la procedura, giacché il mutamento della persona del giudice non rende di per sé necessaria la rinnovazione della citazione, necessitando solo che il nuovo giudice partecipi interamente al dibattimento, svolgendo la relativa istruttoria».

<sup>43</sup> Ripercorrono l'evoluzione della giurisprudenza sul tema, soffermandosi poi sulle questioni problematiche che l'intervento delle Sezioni unite ha

Infatti, hanno stabilito che, nel caso di rinnovazione del dibattimento a causa del mutamento della persona del giudice monocratico o della composizione del giudice collegiale, 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 stato richiesto da una delle parti<sup>44</sup>.

Nell'enunciare siffatto principio, la Suprema Corte ha, peraltro, affermato che quando, nel corso del dibattimento rinnovato a causa del mutamento del giudice, nessuna delle parti proponga la richiesta di ammissione della prova assunta in precedenza, il giudice può, d'ufficio, disporre la lettura delle dichiarazioni precedentemente raccolte nel contraddittorio delle parti e inserite legittimamente negli atti dibattimentali<sup>45</sup>.

---

posto, tra gli altri, P. RENON, *Mutamento del giudice penale e rinnovazione del dibattimento*, cit., pp. 226 ss.; E. GALLUCI, *La rinnovazione del dibattimento a seguito del mutamento del giudice*, in *Cass. pen.*, 2004, pp. 1444 ss.; P. CIPOLLA, *Mutamento del giudice, rinnovazione del dibattimento mediante letture di verbali di prove dichiarative e rilevanza del consenso delle parti*, in *Cass. pen.*, 2003, pp. 3069 ss. Altresì v., volendo, L. 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 iuris*, 2004, pp. 13 ss.

<sup>44</sup> Cass. pen., Sez. un., 15 gennaio 1999, n. 2. V., però, Cass. pen., Sez. VI, 20 aprile 2005, n. 6221, la quale ha precisato che la disciplina dell'art. 190-bis c.p.p., secondo cui, nei procedimenti per taluno dei delitti indicati dall'art. 51, co. 3-bis c.p.p., l'esame di un testimone o di un soggetto *ex art.* 210 c.p.p., che abbia già reso dichiarazioni "in dibattimento nel contraddittorio", è ammesso solo se il giudice lo ritenga necessario, si applica anche nell'ipotesi in cui debba procedersi a rinnovazione dell'istruzione dibattimentale per sopravvenuto mutamento della persona del giudice.

<sup>45</sup> L'indirizzo interpretativo è stato recepito nella giurisprudenza successiva delle sezioni semplici della Suprema Corte. V., tra le tante, Cass. pen., Sez. II, 4 giugno 2008, n. 34723, secondo la quale «[n]el caso di rinnovazione del dibattimento per mutamento della composizione del collegio, la mancanza di un'iniziativa di parte che rappresenti il dissenso, o la non perfetta condivisione o anche l'opportunità di una rivisitazione della precedente fase (e dunque il tacito, implicito consenso delle parti medesime) equivale a consenso espresso». Sull'irrevocabilità del consenso manifestato dalla parte rispetto alla lettura delle prove precedentemente assunte v., di recente, Cass. pen., Sez. II, 11 giugno 2010, n. 24380. Il sistema delineato dalla Corte di cassazione è stato più volte sottoposto a verifica di costituzionalità, ma i relativi incidenti si sono conclusi sempre con pronunce di rigetto per manifesta infondatezza della questione. V., di recente, Corte cost. (Ord.), 30 luglio 2008, n. 318. Ma, poco prima, Corte cost. (Ord.), 9 marzo 2007, n. 67 aveva, appunto, dichiarato manifestamente infondate le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 511, 514 e 525, co. 2, c.p.p., censurati, in riferimento agli artt. 3, 24, 25, 27, 101 e

Come può intuirsi, le prove assunte dinanzi al giudice in diversa composizione permangono legittimamente nel fascicolo per il dibattimento in quanto costituenti il prodotto di attività legittimamente compiute<sup>46</sup>, ma la richiesta di nuova assunzione formulata dalla parte costituisce un fattore preclusivo suscettibile di essere superato soltanto in presenza di situazioni che rendano la stessa impossibile.

E' l'irripetibilità occasionale, ancora una volta, a produrre un effetto di neutralizzazione della barriera elevata dalla richiesta di parte, costituendo la situazione sottostante un fattore pregiudicante idoneo ad espandere anche nel contesto del dibattimento

---

111 Cost., nella parte in cui, secondo l'interpretazione delle Sezioni unite della Corte di cassazione, non prevedono che, nel caso di mutamento totale o parziale dell'organo giudicante, le dichiarazioni assunte innanzi a giudice diverso siano utilizzabili per la decisione mediante lettura a prescindere dal consenso o dal dissenso delle parti. Secondo la Corte, infatti, la disciplina censurata non può, *in primis*, essere considerata manifestamente irrazionale ed arbitraria, in quanto deve essere correlata al principio di immediatezza, che postula l'identità fra il giudice che acquisisce le prove e quello che decide; inoltre, non determina una lesione del principio di non dispersione dei mezzi di prova, in quanto in nessun caso la prova dichiarativa precedentemente assunta va dispersa, essendo sempre possibile acquisirla tramite lettura del relativo verbale, con l'unica differenza che, qualora l'esame del dichiarante sia possibile e sia stato richiesto, la lettura dovrà seguire tale esame. Deve escludersi, altresì, la violazione sia del principio di ragionevole durata del processo, che va contenuta, secondo il canone della ragionevolezza, con il complesso delle altre garanzie costituzionali rilevanti nel processo penale, sia del principio di eguaglianza, poiché le fattispecie richiamate dai rimettenti non possono essere utilmente invocate quali *tertia comparationis*.

<sup>46</sup> V., a tal proposito, Corte cost., 3 aprile 1996, n. 99. Essa richiama Corte cost., 3 febbraio 1994, n. 17, secondo la quale: «L'obbligo di rinnovazione del dibattimento, nel caso di mutamento del giudice-persona fisica, non rende inutilizzabile – come erroneamente ritenuto dal giudice rimettente – l'attività probatoria già eventualmente compiuta; pertanto, in caso di sopravvenuta impossibilità di ripetizione della stessa, potrà essere acquisita la documentazione di atti e, in particolare, dei verbali, in quanto gli stessi 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 c.p.p., ma è soggetto a notevoli variazioni, sia nella fase degli atti preliminari al dibattimento, sia nel corso del dibattimento medesimo, e certamente si arricchisce del verbale delle prove assunte nella pregressa fase dibattimentale, la quale, pur soggetta a rinnovazione per i motivi anzidetti, conserva comunque il carattere di attività legittimamente compiuta. Pertanto, anche per questi verbali, si applica integralmente la disciplina dettata dall'art. 511 c.p.p. in tema di lettura degli atti contenuti nel fascicolo del dibattimento».



mento rinnovato l'efficacia dimostrativa della prove acquisite dal giudice nella precedente composizione soggettiva.



## CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Lo studio appena svolto conduce ad una prospettiva di ricostruzione del concetto di irripetibilità che, sebbene comunque articolata – in conformità con lo schema tradizionale – lungo un versante che guarda alle situazioni *ab initio* esistenti ed al possibile operare di fattori sopravvenuti rispetto al momento realizzativo del fatto processuale, si distacca per lunghi tratti dalle conclusioni generalmente accolte in dottrina e fatte proprie dalla giurisprudenza, quest'ultima orientata verso un utilizzo in termini espansivi della categoria giuridica in discorso.

La nozione proposta, e le ipotesi applicative con essa coerenti e nel capitolo che precede illustrate, sono ben lontane dalla risoluzione di ciascuno dei profili problematici che la figura dell'irripetibilità pone ma, senza alcuna pretesa di illustrare conclusioni propsetate alla stregua di verità assolute, riservano uno spazio a meccanismi formativi della prova secondo metodiche alternative sufficientemente delimitato e ciò – in linea con le finalità esposte in sede introduttiva – dovrebbe salvaguardare l'effettività della funzione autentica – di garanzia dell'accusato e di corretta formazione dei dati conoscitivi costituenti prova – del principio del contraddittorio nella formazione della prova.

Ma, soprattutto, dovrebbero permettere di individuare fattispecie normative che, quantunque costituenti altrettante ipotesi di irripetibilità, operano all'interno – e non più, si badi, nel contesto di vicende derogatorie – del principio costituzionale del contraddittorio.

L'irripetibilità occasionale, soprattutto – ma non soltanto – laddove si presta ad operare sul piano orizzontale, infatti, costituisce un correttivo idoneo recuperare all'utilizzabilità in ambito dibattimentale ed in funzione propriamente probatoria risultanze conoscitive comunque formate nel contraddittorio delle parti.

L'irripetibilità, dunque, potrebbe costituire una categoria normativa la cui costruzione tende a sganciarsi dalle fattispecie

derogatorie previste dall'art. 111, co. 5 Cost., nel senso che la struttura e l'ambito effettuale di essa fanno sì che la conformità alle premesse costituzionali legittimanti il ricorso a modellistiche alternative costituisce un'evenienza non necessaria, bensì legata ad un effetto modificativo della funzione dell'atto al quale accede che può anche, in concreto, mancare.

L'atto irripetibile, in altri termini, non costituisce più, necessariamente, un atto formato in assenza di contraddittorio, bensì un atto formato secondo siffatta metodologia le cui risultanze raggiungono l'orizzonte conoscitivo del giudice esclusivamente in virtù della rimozione di una barriera di protezione eretta a difesa di principi diversi, quali, per esempio, l'oralità.

Si è già messo in rilievo che studiare la categoria dell'atto irripetibile significa accostarsi ad un tema che costituisce, nei termini che in premessa si è tentato di chiarire, uno dei dati di connotazione del processo penale di stampo accusatorio introdotto nel nostro ordinamento.

La chiave prospettica seguita nella costruzione proposta ben si presta a rafforzare gli aspetti di condivisibilità di siffatta considerazione, poiché apre all'irripetibilità prospettive di analisi nuove e spazi di impiego che appaiono ridimensionati.

E' anche vero, però, che altri ne chiude: precisamente, alcuni tradizionalmente ricondotti nel suo ambito tipico di funzionalità.

Basti pensare, per citare il caso più eclatante, alla fattispecie acquisitiva delineata dall'art. 512 c.p.p., la quale non trova spazio nell'ambito del concetto che si è appena elaborato sebbene abbia costituito il punto di riferimento della costruzione concettuale tradizionale e generalmente accolta.

E' naturale chiedersi dove si collochino, allora, le fattispecie alle quali abbiamo appena fatto riferimento.

Una prima risposta sembra intuitiva: imprescindibili esigenze di compatibilità costituzionale rendono indefettibile un legame con le ipotesi derogatorie previste dall'art. 111, co. 5 Cost. e non v'è dubbio che, tra esse, l'impossibilità di natura oggettiva correttamente si presti a costituire la base costituzionale privilegiata per le corrispondenti situazioni normative.

Ma l'irripetibilità, come si è tentato di evidenziare nel presente lavoro, attraverso – eventualmente, si ribadisce ancora una volta – l'impossibilità di natura oggettiva ma non necessariamente coincide con essa.

Ciò è come dire, volendo impiegare altri termini, che la seconda comprende in sé la prima ma, costituendo una fattispecie (derogatoria sì, ma) aperta, si spinge oltre, facendo intravedere la possibilità di costruire situazioni normative conformi alla fattispecie di carattere eccezionale costituzionalmente prevista ma trascendenti l'irripetibilità.

Il meccanismo delineato dall'art. 512 c.p.p. costituisce, per esempio, l'ipotesi più evidente, il suo funzionamento basandosi su una situazione complessa inquadrabile, anche sul piano terminologico, nel contesto dell'art. 111, co. 5 Cost. ma non riconducibile alla nozione di irripetibilità alla quale si è inteso fare riferimento.



## BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Le innovazioni in tema di formazione della prova nel processo penale. Commento alla legge 7 agosto 1997, n. 267*, Milano, 1997.

AA.VV., *Le nuove leggi penali*, Padova, 1998.

AA.VV. *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova* (a cura di P. Tonini), Padova, 2001.

F. ABBATI, *Il segreto familiare alla luce del giusto processo*, in *Giur. cost.*, 2000.

R. ADORNO, *Assunzione delle prove*, in AA.VV. *Trattato di procedura penale* (diretto da G. Spangher), IV, t. 2, Milanofiori Assago, 2009.

A. ALLEGRO, *Esperimento giudiziale*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. III.

E. AMODIO, *La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo*, in *Cass. pen.*, 2003.

E. AMODIO, *Modalità di prelevamento di campioni e diritto di difesa nel processo per frodi alimentari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970.

E. AMODIO, *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, XXVII.

E. AMODIO, *Dalla intime conviction alla legalità della prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012.

- G. M. ANCA, *Udienza preliminare*, in *Dig. disc. pen.*, XV.
- A. ANDRONIO, *Pubblico ministero e direzione delle indagini*, in *Trattato di procedura penale* (diretto da G. Spangher), III, Milanofiori Assago, 2009.
- E. APRILE, *La competenza penale del giudice di pace*, Milano, 2001.
- E. APRILE, *Le indagini tecnico-scientifiche: problematiche giuridiche sulla formazione della prova penale*, in *Cass. pen.*, 2003.
- E. APRILE, *Intercettazioni di comunicazioni*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale* (a cura di G. Spangher), II, t. 1, Milanofiori Assago, 2009.
- S. 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.
- P. BALDUCCI, *Perquisizione (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Agg. IV.
- A. BALSAMO, A. LO PIPARO, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e le dichiarazioni «irripetibili»: ovvero la crisi delle «abitudini» nell'interpretazione delle norme processuali*, in *Cass. pen.*, 2006.
- A. BALSAMO, *L'inserimento nella Carta costituzionale dei principi del "giusto processo" e la valenza probatoria delle contestazioni dibattimentali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002.
- A. BALSAMO, *L'istruttoria dibattimentale e l'attuazione dei principi costituzionali: efficienza, garanzie e ricerca della verità*, in *Cass. pen.*, 2002.
- A. BARGI, *Cultura del processo e concezione della prova*, in AA.VV., *La prova penale* (Trattato diretto da A. Gaito), I, Milanofiori Assago, 2008.



A. BARGI, *Intercettazioni di comunicazioni e conversazioni*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. III, t. I.

A. BARGI, S. FURFARO, *Le intercettazioni di conversazioni e di comunicazioni*, in AA.VV., *La prova penale* (Trattato diretto da A. Gaito), Milanofiori Assago, 2009.

M. BARGIS, *Perquisizione*, in *Dig. disc. pen.*, IX.

M. BARGIS, *Art. 16, L. 1 marzo 2001 n. 63*, in *Leg. pen.*, 2002.

M. BARGIS, *L'incidente probatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990.

M. BARGIS, *Incidente probatorio*, in *Dig. disc. pen.*, VI.

G. BARONE, *Esperimento giudiziale*, in *Dig. disc. pen.*, IV.

G. BARONE, *Esperimenti giudiziali*, in *Dig. disc. pen.*, VIII.

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

E. BASSO, *La Corte costituzionale e alcune forme particolari di perizia: due pronunce di illegittimità parziale*, in *Leg. pen.*, 1989.

G. BELLANTONI, *Perquisizioni*, in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato* (a cura di A. Giarda, G. Spangher), Torino, 2009.

G. BELLAVISTA, *Lezioni di diritto processuale penale*, Milano, 1973.

G. BELLAVISTA, *Il processo come dubbio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967.

A. BELLOCCHI, *L'abnormità*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale* (diretto da G. Spangher), I, t. 2, Milanofiori Assago, 2008.

- H. BELLUTA, *Circolazione della prova (Diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Annali III.
- G. BENTHAM, *Teoria delle prove giudiziarie* (trad. it. di B. V. Zambelli), Bruxelles, 1842.
- A. BERNASCONI, *Ideologie e prassi in tema di circolazione di verbali "alieni"*, in AA.VV., *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo. Un itinerario attraverso la giurisprudenza* (a cura di G. Di Chiara), Torino, 2009.
- C. BELLORA, *Ispezione giudiziale*, in *Dig. disc. pen.*, VII.
- E. BETTI, *Atti giuridici*, in *NN.D.I.*, I, t. 2.
- C. BONZANO, *Attività del pubblico ministero*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale* (diretto da G. Spangher), III, Milano-fiori Assago, 2009.
- A. BRACAGLIA MORANTE, *Nota a Pret. Roma, 13 aprile 1992, Cizmic*, in *Cass. pen.*, 1992.
- R. BRICCHETTI, *Art. 512*, in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato* (a cura di A. Giarda, G. Spangher), Milano, 2010.
- R. BRICCHETTI, *La Consulta difende il contraddittorio dalle contaminazioni di atti unilaterali*, in *Guida al dir.*, 2002, 11.
- P. BRUNO, *Concentrazione (principio della)*, in *Dig. disc. pen.*, VI.
- P. BRUNO, *Intercettazioni di comunicazioni o conversazioni*, in *Dig. disc. pen.*, VII.
- S. BUZZELLI, *Giusto processo*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. II.
- S. BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, Milano, 2000.
- S. BUZZELLI, *L'art. 513 c.p.p. tra esigenze di accertamento e garanzia del contraddittorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999.

- S. BUZZELLI, *Contraddittorio e contestazioni nell'esame testimoniale: una sbrigativa ordinanza della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2002.
- S. C. CAGNOTTI, *Prova, diritto, verità*, in AA.VV., *La prova penale* (Trattato diretto da A. Gaito), I, *Il sistema della prova*, Milanofiori Assago, 2008.
- I. CALAMANDREI, *Immediatezza*, in *Dig. disc. pen.*, VI.
- I. CALAMANDREI, *La prova documentale*, Padova, 1995.
- P. CALAMANDREI, *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1955.
- I. CAMINITI, *Prova documentale*, in *Dig. disc. pen.*, III Agg., t. 2.
- S. CAMPANELLA, *L'attività difensiva di ricerca e di individuazione degli elementi probatori: l'accesso ai luoghi*, in AA.VV., *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, Padova, 2001.
- A. CANDIAN, *Documentazione e documento (Teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XIII.
- R. CANTONE, *La «circolazione probatoria tra procedimenti»*. *Le modifiche introdotte dalla l. n. 63/01*, in *Cass. pen.*, 2002.
- R. CANTONE, *L'art. 238-bis c.p.p.: strumento probatorio e mezzo per la risoluzione preventiva del contrasto tra giudicati*, in *Cass. pen.*, 1999.
- R. CANTONE, *I poteri della polizia giudiziaria prima e dopo l'intervento del pubblico ministero*, in *Cass. pen.*, 2000.
- R. CANTONE, *Le ricognizioni informali di cose diventano atti irripetibili*, in *Cass. pen.*, 1995.
- R. CANTONE, *Note minime a proposito del provvedimento abnorme*, in *Cass. pen.*, 1996.

- A. CAPONE, *L'invalidità nel processo penale. Tra teoria e dogmatica*, Padova, 2012.
- A. CAPPA, *La discovery probatoria, l'elaborazione della prova e la prova "concordata" prima del dibattimento*, in AA.VV., *La prova penale* (Trattato diretto da A. Gaito), II, Milanofiori Assago, 2009.
- P. CAPUTO, *Fascicolo nel diritto processuale penale*, in *Dig. disc. pen.*, V.
- D. CARCANO, *Effetti di una dichiarazione di incostituzionalità annunciata*, in *Cass. pen.*, 1999.
- F. CASSIBBA, *L'udienza preliminare. Struttura e funzioni*, Milano, 2007.
- L. CASTELLUCCI, *L'atto processuale penale: profili strutturali e modalità realizzative*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale* (diretto da G. Spangher), I, t. 2, Milanofiori Assago, 2008.
- E. M. CATALANO, *Udienza preliminare: conclusione e formazione dei fascicoli*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale* (diretto da G. Spangher), III, Milanofiori Assago, 2009.
- M. CATALANO, *Il concetto di abnormità fra problemi definitivi e applicazione giurisprudenziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2000.
- T. 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.
- G. CECANESE, *Indagini collegate*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. IV, t. I.
- M. CECCHETTI, *I principi del "giusto processo" nel nuovo art. 111 della Costituzione. Origini e contenuti normativi generali*, in AA.VV., *Giusto processo, Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova* (a cura di P. Tonini), Padova, 2001.

- F. CERQUA, *Le Sezioni Unite fissano i criteri per stabilire quando gli atti investigativi non sono ripetibili*, in *Dir. pen. proc.*, 2007.
- C. CESARI, *Prova (Acquisizione della)*, in *Dig. disc. pen.*, II Agg.
- C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, Milano, 2000.
- C. CESARI, *Dichiarazioni irripetibili e metodo dialettico: i problemi di una coesistenza difficile*, in AA.VV., *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo. Un itinerario attraverso la giurisprudenza* (a cura di G. Di Chiara), Torino, 2009.
- C. CESARI, *Testimonianza indiretta (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Annali II.
- M. CHIAVARIO, *La normativa sugli "atti" del procedimento: dietro l'apparente timidezza legislativa novità anche salienti*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale* (coordinato da M. Chiavario), II, Torino, 1990.
- M. CHIAVARIO, *Giusto processo (processo penale)*, in *Enc. giur.*, XV.
- A. CIAVOLA, *Può il difensore essere autorizzato a compiere in occasione dell'accesso ai luoghi un accertamento tecnico non ripetibile se non sia anche indifferibile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004.
- P. CIPOLLA, *Mutamento del giudice, rinnovazione del dibattimento mediante letture di verbali di prove dichiarative e rilevanza del consenso delle parti*, in *Cass. pen.*, 2003.
- G. COLANGELI, *Principio del contraddittorio*, in *Dig. disc. pen.*, X.
- L.P. COMOGLIO, *Contraddittorio*, in *Dig. disc. civ.*, IV.

- A. CONFALONIERI, *La ricostruzione della “scena del delitto” ad opera del difensore, ovvero nuovi profili del “sopralluogo giudiziario” della difesa*, in *Dir. pen. proc.*, 2007.
- G. CONSO, *Considerazioni in tema di contraddittorio nel processo penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966.
- G. CONSO, *Atti processuali penali*, in *Enc. dir.*, IV.
- G. CONSO, V. GREVI, G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale, I, La legge delega del 1974 e il progetto preliminare del 1978*, Padova, 1989.
- G. CONSO, V. GREVI, G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale, IV, Il progetto preliminare del 1988*, Padova, 1990.
- G. CONSO, V. GREVI, G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale, V, Il progetto definitivo e il testo definitivo del codice*, Padova, 1990.
- C. CONTI, P. FERRUA, P. TONINI, *Art. 111 Cost.*, in AA.VV. *Codice di procedura penale commentato* (a cura di A. Giarda, G. Spangher), Milano, 2010.
- C. CONTI, *Irreperibilità volontaria del dichiarante e utilizzabilità delle precedenti dichiarazioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2003.
- C. CONTI, *Le due “anime” del contraddittorio nel nuovo art. 111 Cost.*, in *Dir. pen. proc.*, 2000.
- C. CONTI, *Il processo si apre alla scienza. Considerazioni sul procedimento probatorio e sul giudizio di revisione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010.
- C. CONTI, *Il volto attuale dell’inutilizzabilità*, in *Dir. pen. proc.*, 2010.
- S. CORBETTA, *Principio del contraddittorio e disciplina delle contestazioni nell’esame dibattimentale*, in AA.VV., *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova* (a cura di P. Tonini), Padova, 2001.

- A. CORBO, *I documenti*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale* (diretto da G. Spangher), II, t. 1, Milanofiori Assago, 2009.
- F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2003.
- F. CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963.
- F. CORDERO, *Linee di un processo di parti*, in *Ideologie del processo penale*, Milano, 1966.
- P. CORVI, *Art. 187 c.p.p.*, in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato* (a cura di A. Giarda, G. Spangher), Milano, 2010.
- L. CUOMO, *L'udienza preliminare*, Padova, 2001.
- D. CURTOTTI NAPPI, *La ricognizione*, in AA.VV., *La prova penale* (Trattato diretto da A. Gaito), II, Milanofiori Assago (MI), 2008.
- D. CURTOTTI NAPPI, L. SARAVO, *L'approccio multidisciplinare nella gestione della scena del crimine*, in *Dir. pen. proc.*, 2011.
- D. CURTOTTI NAPPI, L. SARAVO, *Sopralluogo giudiziario*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. VI.
- M. CURTOTTI, *Una faticosa ricostruzione del contenuto dell'art. 238-bis tra incrinature sistematiche ed esigenze contingenti in chiave <<emergenziale>>*, in *Cass. pen.*, 1996.
- A. A. DALIA, G. PIERRO, *Giurisdizione penale*, in *Enc. giur.*, XV.
- A. A. DALIA, M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 2001.
- L. D'AMBROSIO, P. L. VIGNA, *La pratica di polizia giudiziaria*, Padova, 1993.
- M. D'ANDRIA, *Un tentativo di definizione degli atti non ripetibili*, in *Cass. pen.*, 1992.

- M. D'ANDRIA, *Gli effetti della declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 195 comma 4 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1992.
- M. DANIELE, *Regole di esclusioni e regole di valutazione della prova*, Torino, 2009.
- M. DANIELE, *Principi costituzionali italiani e ingerenze europee in tema di prova dichiarativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011
- U. DE CRESCIENZIO, *Il sequestro penale e civile*, Torino, 1997.
- G. DEAN, *Gli atti*, in O. DOMINIONI, P. CORSO, A. GAITO, G. SPANGHER, G. DEAN., G. GARUTI, O. MAZZA, *Procedura penale*, Torino, 2010.
- P. DELL'ANNO, "Contraddittorio limitato" per l'acquisizione delle sentenze passate in giudicato, in *Dir. pen. e proc.*, 2009.
- P. DELL'ANNO, *Il processo verbale di constatazione degli illeciti tributari e il nuovo processo penale*, in *Cass. pen.*, 1990.
- P. DELL'ANNO, *Prova documentale e circolarità della prova*, in AA.VV., *La prova penale* (Trattato diretto da A. Gaito), II, Milanofiori Assago (MI), 2008.
- R. DELL'ANNO, *Osservazioni in tema di individuazione e ricognizione di persona nel nuovo codice di procedura penale*, in *Cass. pen.*, 1991.
- G. DI CHIARA, *Incidente probatorio*, in *Enc. dir.*, VI.
- G. DI CHIARA, *Dichiarazioni erga alios e letture acquisitive: i meccanismi di recupero del sapere preacquisito dall'imputato in procedimento connesso*, in AA.VV., *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio* (a cura di R. E. Kostoris), Torino, 2002.
- C. DI MARTINO, T. PROCACCIANTI, *Le intercettazioni telefoniche*, Padova, 2001.



- C. DI MARTINO, T. PROCACCIANTI, *La prova testimoniale nel processo penale*, Padova, 1999.
- F. R. DINACCI, *L'inutilizzabilità*, in AA.VV., *La prova penale* (Trattato diretto da A. Gaito), III, Milanofiori Assago, 2008.
- N. DI PRISCO, *Procedimento (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXV.
- R. D'ISA, *Osservazioni sulla disciplina del fascicolo per il dibattimento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992.
- G. DI PAOLO, *Testimonianza indiretta*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. III, t. 2.
- G. DI PAOLO, *Preziose puntualizzazioni sugli artt. 512 e 513 c.p.p.*, in *Giur. cost.*, 2006.
- O. DOMINIONI, *Il diritto delle prove*, in O. DOMINIONI, P. CORSO, A. GAITO, G. SPANGHER, G. DEAN., G. GARUTI, O. MAZZA, *Procedura penale*, Torino, 2010.
- O. DOMINIONI, *Un nuovo idolum teatri: il principio di non dispersione probatoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997.
- M. DONDINA, *Atti processuali*, in *NN.D.I.*, I, t. 2.
- E. ESPOSITO, *Onere della prova*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. IV, t. 2.
- F. FALATO, *L'utilizzabilità delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari: sistemi di «recupero»*, in *Cass. pen.*, 1998.
- A. FALZEA, *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, 1984.
- A. FALZEA, *Accertamento (Teoria generale)*, in *Enc. dir.*, I.
- A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II, Milano, 1997.
- A. FAMIGLIETTI, *Dibattimento (principi teorici)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. III, t. I.

- C. 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.
- C. FANUELE, *L'utilizzabilità delle relazioni di servizio redatte dalla polizia giudiziaria alla luce dei principi costituzionali del giusto processo*, in *Cass. pen.*, 2004.
- C. FANUELE, *Contestazioni dibattimentali*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. III, t. 1.
- E. FAZZALARI, *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXV.
- P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, Milano, 2004.
- P. FELICIONI, *Ispezioni*, in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato* (a cura di A. Giarda, G. Spangher), Milano, 2010.
- M. FERRAIOLI, *Dubbi sull'acquisibilità delle dichiarazioni in precedenza rese dall'imputato (o coimputato) che rifiuti l'esame in dibattimento*, in *Giur. cost.*, 1992.
- M. FERRAIOLI, *La separazione delle fasi: limiti e proiezioni di uno schema*, in AA.VV., *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, II, Milano, 2000.
- P. FERRUA, *La formazione delle prove nel nuovo dibattimento: limiti all'oralità e al contraddittorio*, in *Pol. dir.*, 1989.
- P. FERRUA, *Studi sul processo penale*, II, *Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino, 1992.
- P. FERRUA, *La dialettica regola-eccezioni nell'impianto dell'art. 111 Cost.: il quadro sistematico*, in AA.VV., *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo. Un itinerario attraverso la giurisprudenza* (a cura di G. Di Chiara), Torino, 2009.
- P. FERRUA, *La regola d'oro del processo accusatorio: l'irrelevanza probatoria delle contestazioni*, in AA.VV., *Il giu-*

*sto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio* (a cura di R.E. Kostoris), Torino, 2002.

P. FERRUA, *Il "giusto processo"*, Bologna, 2007.

S. FIFI, *Fascicoli processuali*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. III.

L. FILIPPI, *Intercettazioni di conversazioni e comunicazioni*, in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato* (a cura di A. Giarda, G. Spangher), Milano, 2010.

L. FILIPPI, *Intercettazioni telefoniche*, in *Enc. dir.*, Milano, 2003, agg. VI.

E. FLORIAN, *Delle prove penali*, Milano, 1961.

F. FOCARDI, *Estesa anche alle parti private la possibilità di compiere attività tecniche irripetibili*, in AA.VV., *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore* (a cura di L. Filippi), Padova, 2001.

G. FRIGO, *Commento all'art. 431 c.p.p.*, in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale* (a cura di M. Chiavario), IV, Torino, 1991.

G. FRIGO, *Un'involuzione dell'impianto accusatorio con il pre-testo di tutelare la difesa*, in *Guida al dir.*, 1998, 44.

I. FRIONI, *Equilibrismi e improbabili simmetrie nella sentenza n. 361/1998 della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1999.

G. FUMU, *Intercettazioni*, in AA.VV., *Le prove*, II, Torino, 1999.

A. FURGIUELE, *L'articolo 513 c.p.p. fra conflitti ideologici e problemi di struttura*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999.

P. GAETA, *Il divieto di testimonianza indiretta della polizia giudiziaria (art. 195, comma 4 c.p.p.)*, in AA.VV., *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova* (a cura di P. Tonini), Padova, 2001.

- P. GAETA, *Art. 358 c.p.p.*, AA.VV., *Codice di procedura penale commentato* (a cura di A. Giarda, G. Spangher), Milano, 2010.
- P. GAETA, *E' minore l'intrusione nella vita privata rispetto alla pura attività intercettativi*, in *Guida al dir.*, 2010, 38.
- P. GAETA, *Art. 366 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale* (a cura di A. Giarda, G. Spangher), Milanofiori Assago, 2010,
- A. GAITO, *Il procedimento probatorio (tra vischiosità della tradizione e prospettive europee)*, in AA.VV., *La prova penale* (Trattato diretto da A. Gaito), I, Milanofiori Assago (MI), 2008.
- N. GALANTINI, *Inutilizzabilità (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Agg. I.
- N. GALANTINI, *Inutilizzabilità della prova e diritto vivente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012.
- M. GALASSO, *L'incidente probatorio nel nuovo codice di procedura penale*, in *Giur. mer.*, 1990.
- M. GALASSO, *Accertamenti tecnici non ripetibili e limiti di operatività*, in *Giur. mer.*, 1991.
- A GALATI, *Atti processuali penali*, in *Dig. disc. pen.*, I.
- A GALATI, *Gli atti*, in D. SIRACUSANO, A. GALATI, G. TRANCHINA, E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, I, Milano, 2001.
- E. GALLUCI, *La rinnovazione del dibattimento a seguito del mutamento del giudice*, in *Cass. pen.*, 2004.
- M. GARAVELLI, *Il sequestro nel processo penale*, Torino, 2002.
- F. I. GAROFOLI, *Art. 223 disp. att. c.p.p.*, in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato* (a cura di A. Giarda, G. Spangher), Milano, 2010.

- V. GAROFOLI, *Giudizio, regole e giusto processo. I tormentati itinerari della cognizione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000.
- V. GAROFOLI, *Prova testimoniale*, in *Enc. dir.*, XXXVII.
- G. GARUTI, *Utilizzabilità delle dichiarazioni orali di querela*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996.
- G. GARUTI, *Il procedimento per citazione diretta a giudizio davanti al tribunale*, Milano, 2003.
- G. GEMMA, R. PELLATI, *Processo e verità: un'altra decisione sostanzialmente coerente della Corte*, in *Giur. cost.*, 1998.
- F. GIANNITI, *Spunti per una ricostruzione del sistema probatorio penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994.
- A. GIARDA, *Prelievo, campionamento ed analisi di acque e legge «Merli»: alcune precisazioni della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990.
- A. GIARDA, *“Astratte modellistiche” e principi costituzionali del processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993.
- G. GIOSTRA, *La riforma dell'incidente probatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995.
- G. GIOSTRA, *Analisi e prospettive di un modello probatorio incompiuto*, in *Quest. giust.*, 2001.
- G. GIOSTRA, *Contraddittorio (Diritto processuale penale)*, in *Enc. giur.*, VIII.
- A. GIOVENE, *Giudicato*, in *Dig. disc. pen.*, V.
- F. GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili (tra prassi devianti e recupero della legalità)*, Torino, 2009.
- V. GREVI, *In tema di accertamento incidentale delle illecite interferenze sul testimone a norma dell'art. 500 commi 4 e 5 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2005.

V. GREVI, *Qualche variazione sui rapporti tra contraddittorio "per" la prova e limiti al diritto del silenzio dell'imputato sul fatto altrui*, in *Pol. dir.*, 2001.

V. 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. proc. pen.*, 1992.

V. GREVI, *Dichiarazioni dell'imputato su fatto altrui, diritto al silenzio e garanzia del contraddittorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999.

V. GREVI, *Basta il solo «consenso dell'imputato» per utilizzare come prova le investigazioni difensive nel giudizio abbreviato?*, in *Cass. pen.*, 2009.

V. GREVI, *Ancora e sempre alla ricerca del processo giusto*, in *Leg. pen.*, 2001.

F. M. GRIFANTINI, *Attività preparatorie del contraddittorio dibattimentale*, Torino, 2009.

D. GROSSO, *L'udienza preliminare*, Milano, 1991.

P. GUALTIERI, *Diritto di difesa e prova scientifica*, in *Dir. pen. proc.*, 2011.

G. GUERRERA, *L'abnormità dell'atto processuale*, in *Dir. e giust.*, 2004, 21.

R.E. KOSTORIS, *Incidente probatorio senza "indagato" e limiti all'utilizzabilità della prova nell'ambito dello stesso o di altro procedimento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995.

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

F.M. IACOVIELLO, *Prova e accertamento del fatto nel processo penale riformato dalla Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1992.

- F. M. IACOVIELLO, *Intercettazioni ambientali: l'audace intrusione di una norma tra garanzie costituzionali ed esigenze dell'etica sociale*, in *Cass. pen.*, 1992.
- L. IAFISCO, *Il "giusto processo" all'imputato irreperibile all'esame della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2007.
- L. IAFISCO, *Acquisizione della prova-sentenza ex art. 238-bis e contraddittorio nel momento di formazione della prova*, in *Giur. cost.*, 2009.
- L. IAFISCO, *Gli atti preliminari al dibattimento penale di primo grado*, Torino, 2009.
- G. ICHINO, *Gli atti irripetibili e la loro utilizzabilità dibattimentale*, in AA.VV., *La conoscenza del fatto nel processo penale* (a cura di G. Ubertis), Milano, 1992.
- G. ILLUMINATI, *Il nuovo dibattimento: l'assunzione diretta delle prove*, in *Foro it.*, 1988.
- G. ILLUMINATI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010.
- G. ILLUMINATI, *Giudizio*, in G. CONSO, V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2000.
- G. ILLUMINATI, *Principio di oralità e ideologie della Corte costituzionale nella motivazione della sent. n. 255 del 1992*, in *Giur. cost.*, 1992.
- K. LA REGINA, *Incidente probatorio*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale* (diretto da G. Spangher), III, Milanofiori Assago, 2009.
- E. N. LA ROCCA, *La prova delegata, I, L'incidente probatorio*, in AA.VV., *La prova penale* (Trattato diretto da A. Gaito), II, Milanofiori Assago (MI), 2008.
- F. LATTANZI, *Ispezioni, perquisizioni e sequestri*, in AA.VV., *Le prove*, II, Torino, 1999.

- G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, I, Napoli, 1961.
- G. LEONE, F. MENCARELLI, *Processo penale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXVI.
- C. LIANI GIARDA, *Art. 233 sub b) c.p.p.*, in *Codice di procedura penale* (a cura di A. Giarda, G. Spangher), Milano, 2010.
- M. LONGO, *La testimonianza indiretta della polizia giudiziaria*, in *Cass. pen.*, 2004.
- S. LORUSSO, *Esperimenti giudiziali*, in AA.VV., *La prova penale* (Trattato diretto da A. Gaito), II, Milanofiori Assago, 2009.
- S. 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.
- S. LORUSSO, *Investigazioni difensive*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale* (diretto da G. Spangher), III, Milanofiori Assago, 2009.
- S. LORUSSO, *Atti e provvedimenti penali*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. III, t. I.
- S. LORUSSO, *L'esame della scena del crimine nella contesa processuale*, in *Dir. pen. proc.*, 2011.
- S. LORUSSO, *Art. 525 c.p.p.*, in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato* (a cura di A. Giarda, G. Spangher), Milano, 2010.
- G. LOZZI, *Indagini preliminari, incidenti probatori e udienza preliminare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989.
- G. LOZZI, *L'ambito di operatività dell'art. 392 c.p.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003.
- G. LOZZI, *Atti processuali (Diritto processuale penale)*, in *Enc. giur.*, III.



- G. LOZZI, *I principi dell'oralità e del contraddittorio nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997.
- G. LOZZI, *Lecture testimoniali e diritto di difesa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973.
- L. LUPÀRIA, *Attività d'indagine a iniziativa della polizia giudiziaria*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale* (diretto da G. Spangher), III, Milanofiori Assago, 2009.
- A. MACCHIA, *Incidente probatorio e udienza preliminare: un matrimonio con qualche ombra*, in *Cass. pen.*, 1994.
- M. MADDALENA, *I rapporti tra polizia giudiziaria e pubblico ministero: una riforma inutile*, in AA.VV., *Processo penale: nuove norme sulla sicurezza dei cittadini (legge 26 marzo 2001, n. 128)*, Padova, 2001.
- V. MAFFEO, *Art. 326 c.p.p.*, in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato* (a cura di A. Giarda, G. Spangher), Milano, 2010.
- R. MAGI, *Le indagini difensive*, Napoli, 2001.
- V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, III, Torino, 1970.
- C. MARINELLI, *Intercettazioni processuale e nuovi mezzi di ricerca della prova*, Torino, 2007.
- S. MAROTTA, *Prova (Mezzi di e mezzi di ricerca della)*, in *Dig. disc. pen.*, X.
- E. MARZADURI, *Sul diritto al silenzio degli imputati il giusto processo vive di contraddizioni*, in *Guida al dir.*, 2000, 43.
- A. MASSARI, *Ispezione giudiziale*, in *NN.D.I.*, IX.
- M. MASTROGIOVANNI, *Le nuove regole per l'assunzione anticipata dei mezzi di prova*, in AA.VV., *Le innovazioni in tema di formazione della prova nel processo penale. Commento alla legge 7 agosto 1997, n. 267*, Milano, 1997.

- O. MAZZA, *Giudizio di primo grado nel diritto processuale penale*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. I.
- O. MAZZA, *Le insidie al primato della prova orale rappresentativa. L'uso dibattimentale di materiale probatorio preconstituito*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011.
- A. MELCHIONDA, *Sequestro per il procedimento penale*, in *Enc. dir.*, XLII.
- A. MELCHIONDA, *Prova (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII.
- V. MELE, *Una norma inutile l'art. 358 c.p.p.?*, in *Cass. pen.*, 1997.
- V. MELE, *L'art. 111 della Costituzione: riscoperta del codice 1989*, in *Cass. pen.*, 2001.
- M. MENNA, *Prove dichiarative*, in AA.VV. *Trattato di procedura penale* (diretto da G. Spangher), II, t. 1, Milanofiori Assago, 2009.
- F. M. MOLINARI, *Sui limiti di utilizzabilità degli atti di individuazione fotografica e personale compiuti dalla polizia giudiziaria*, in *Cass. pen.*, 1996.
- F. MOLLACE, *Intercettazioni finalizzate alla cattura del latitante*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. V.
- F. MONASTERO, *I criteri di formazione del fascicolo per il dibattimento*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1994, 6.
- M. MONTAGNA, *Sequestri*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. III.
- M. MONTAGNA, *Dialettica dibattimentale, limitazioni all'«oralità» e processo «giusto»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994.
- M. MONTAGNA, *Accertamenti tecnici, accertamenti personali occulti e prelievo del DNA*, in AA.VV., *La prova penale* (Trattato diretto da A. Gaito), II, Milanofiori Assago (MI), 2008.

- M. MONTAGNA, *La ricerca della prova nelle investigazioni di polizia giudiziaria e nelle indagini preliminari (ispezione, perquisizione e sequestro)*, in AA.VV., *La prova penale* (Trattato diretto da A. Gaito), II, Milanofiori Assago (MI), 2008.
- S. MONTONE, *Reato (corpo del)*, in *Dig. Disc. Pen.*, XI.
- C. MORSELLI, *Pubblico ministero*, in *Dig. disc. pen.*, X.
- P. MOSCARINI, *Ispezione (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Agg. II.
- U. NANNUCCI, *Pubblico ministero e polizia giudiziaria nel processo di parti*, in *Cass. pen.*, 1993.
- A. NAPPI, *La procedura penale per il giudice di pace*, Milano, 2001.
- A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, Milano, 2001.
- A. NAPPI, *Documentazione degli atti processuali*, in *Dig. disc. pen.*, IV.
- A. NAPPI, *Indagini preliminari*, in *Enc. dir.*, App. V.
- F. NEVOLI, *Abnormità*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. VI
- M. NIGRO, *Atti irripetibili e limiti ai poteri probatori del giudice*, in *Dir. pen. proc.*, 2007.
- M. NOBILI, *Concetto di prova e regime di utilizzazione degli atti nel nuovo codice di procedura penale*, in *Foro it.*, 1989.
- M. NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998.
- M. NOBILI, *Il "diritto delle prove" ed un rinnovato concetto di prova*, in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale* (coordinato da M. Chiavario), II, Torino, 1990.
- R. ORLANDI, *Le peculiarità di tipo probatorio nei processi di criminalità organizzata*, in *Crit. dir.*, 1999.

- L. PALAMARA, *La tutela del principio del contraddittorio mette una pietra sopra la testimonianza indiretta*, in *Guida al dir.*, 2002, 12.
- R. PALLADINO, *Art. 391-decies c.p.p.*, in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato* (a cura di A. Giarda, G. Spangher), Milano, 2010.
- F. M. PAOLA, *Ricognizioni*, in *Dig. disc. pen.*, XII.
- F. PAOLA, *Individuazione di persone e di cose*, in *Dig. disc. pen.*, VI.
- C. PANSINI, *La fase delle indagini preliminari*, AA.VV., *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale* (a cura di A. Scalfati), Padova, 2001.
- C. PANSINI, *Le ricognizioni*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale* (diretto da G. Spangher), II, t. I, Milanofiori Assago, 2009.
- M. PANZAVOLTA, *Il teste irreperibile alla luce dei principi costituzionali*, in *Cass. pen.*, 2003.
- M. PANZAVOLTA, *Le letture di atti irripetibili al bivio tra «impossibilità oggettiva» e «libera scelta»*, in *Cass. pen.*, 2003.
- L. PARLATO, *Acquisizione a fini di prova di sentenze irrevocabili e utilizzazione delle risultanze di fatti emergenti dalle motivazioni*, in *Cass. pen.*, 1996.
- P. P. PAULESU, *Falsa testimonianza e disciplina delle contestazioni: una messa a punto sui confini della «provata condotta illecita»*, in *Cass. pen.*, 2003.
- P. P. PAULESU, *Irreperibilità del testimone e sopravvenuta irripetibilità delle sue precenti dichiarazioni*, in *Cass. pen.*, 2005.
- P. P. PAULESU, *Attività a iniziativa della polizia giudiziaria*, in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato* (a cura di A. Giarda, G. Spangher), Milano, 2010.

- B. PETROCELLI, *I vizi della volontà nel processo penale*, Napoli, 1929.
- C. PEYRON, *Ispezione (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXII.
- F. PERONI, *La testimonianza indiretta al vaglio della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992.
- F. PERONI, *La testimonianza indiretta della polizia giudiziaria: verso una nozione di contraddittorio costituzionalmente orientata*, in *Giur. cost.*, 2002.
- B. PIATTOLI, *Incidente probatorio*, in *Dig. disc.pen.*, Agg. I.
- G. PIERRO, *Sistema accusatorio e sistema inquisitorio*, in *Dig. disc. pen.*, XIII.
- U. PIOLETTI, *Perquisizione*, in *NN.D.I.*, XII.
- L. I. PISANELLI, *Indagini preliminari delegate*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995.
- L. I. PISANELLI, *Dibattimento e divieto di delega*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000.
- G. D. PISAPIA, *Compendio di procedura penale*, Padova, 1975.
- G. PIZIALI, *Spunti critici in tema di atti «irripetibili»*, in *Cass. pen.*, 1994.
- A. POGGI, C. D. CAVALIERA, *Gli accertamenti tecnici della polizia giudiziaria nell'indagine preliminare*, Padova, 2000.
- F. PONZETTA, *Facoltà di non rispondere dell'imputato di procedimento connesso e applicabilità della disciplina acquisitiva ex art. 500 comma 4 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2004.
- D. POTETTI, *Svolta restrittiva della Cassazione in tema di atto irripetibile*, in *Cass. pen.*, 1996.
- D. 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.

- A. PROCACCINO, *Consulenza tecnica*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. VI.
- S. PUGLIATTI, *Conoscenza*, in *Enc. dir.*, IX.
- F. PULEIO, *La testimonianza indiretta*, in *Cass. pen.*, 2003.
- C. QUAGLIERINI, *Le modifiche in tema di incidente probatorio*, in AA.VV., *Le nuove leggi penali*, Padova, 1998.
- C. QUAGLIERINI, *Art. 190 c.p.p.*, in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato* (a cura di A. Giarda, G. Spangher), Milano, 2010.
- C. QUAGLIERINI, *Art. 190-bis c.p.p.*, in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato* (a cura di A. Giarda, G. Spangher), Milano, 2010.
- T. RAFARACI, *Dichiarazioni erga alios, letture e "impossibilità sopravvenuta": l'art. 513 c.p.p.*, in AA.VV., *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo. Un itinerario attraverso la giurisprudenza* (a cura di G. Di Chiara), Torino, 2009.
- P. RENON, *Mutamento del giudice penale e rinnovazione del dibattimento*, Torino, 2008.
- P. RENON, *L'incidente probatorio vent'anni dopo: un istituto sospeso tra passato e futuro*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011.
- S. RENZETTI, *Art. 512 c.p.p.: una lettura garantista nel rispetto del principio del contraddittorio*, in *Cass. pen.*, 2006.
- G. RICCIO, *Nuove letture fondamentali e forme «alternative» di acquisizione probatoria*, in *Dir. pen. proc.*, 1997.
- G. RICCIO, *Profili funzionali e aspetti strutturali delle indagini preliminari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990.
- F. RIGO, *La sentenza*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale* (diretto da G. Spangher), IV, t. 2, Torino, 2009.
- P. RIVELLO, *Letture consentite e vietate*, in *Dig. disc. pen.*, VII.

- P. RIVELLO, *Il dibattimento nel processo penale*, Torino, 1997.
- P. RIVELLO, *La struttura, la documentazione e la traduzione degli atti*, in *Trattato di procedura penale* (diretto da G. Ubertis e G.P. Voena), Milano, 1999.
- P. RIVELLO, *Sequestri*, in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato* (a cura di A. Giarda, G. Spangher), Milano, 2010.
- P. RIVELLO, *Perito e perizia*, in *Dig. disc. pen.*, IX.
- P. RIVELLO, "Verità" e processo, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010.
- C. RIVIEZZO, *Documentazione degli atti processuali*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. I.
- N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, Padova, 2003.
- N. ROMBI, *Prova penale (circolazione della)*, in *Enc. giur.*, XXV.
- M. ROSSI, *La nozione giuridica dell'irripetibilità*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1993, I.
- N. ROSSI, *La disciplina di attuazione dell'art. 11 Costituzione: dalla "perdita del sapere" alla "perdita del contraddittorio"*, in *Quest. giust.*, 2001.
- G. RUGGIERO, *Compendio delle investigazioni difensive*, Milano, 2003.
- G. SABATINI, *Sequestro per il procedimento penale*, in *NN. D.I.*, XVII.
- A. SANNA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nei procedimenti connessi*, Milano, 2000.
- G. SANTALUCIA, *Appunti in tema di atto irripetibile*, in *Giust. pen.*, 1990.

- G. SANTALUCIA, *Gli atti preliminari*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale* (diretto da G. Spangher), IV. t. 2, Milanofiori Assago, 2009.
- C. SANTORIELLO, *Legalità processuale*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. VI.
- V. SANTORO, *L'anomalia degli accertamenti tecnici irripetibili*, in *Guida al dir.*, 2001, 1.
- F. SANTORO PASSARELLI, *Atto giuridico*, in *Enc. dir.*, IV.
- S. SAU, *Incidente probatorio*, in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato* (a cura di A. Giarda, G. Spangher), Milano, 2010.
- A. SCAGLIONE, *Lo schema accusatorio del nuovo codice di procedura penale dopo la l. n. 356 del 1992*, in *Cass. pen.*, 1993.
- A. SCALFATI, D. SERVI, *Premesse sulla prova penale*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale* (diretto da G. Spangher), II, t. 1, Milanofiori Assago, 2009.
- A. SCALFATI, *Gli accertamenti tecnici dell'accusa*, in *Ind. pen.*, 1992.
- M. SCAPARONE, *Diritto al silenzio e diritto al controesame del coimputato*, in *Giur. cost.*, 1998.
- A. SCELLA, *Brevi osservazioni in tema di accertamenti tecnici, rilievi e tutela del diritto di difesa*, in *Cass. pen.*, 1990.
- A. SCELLA, *L'inutilizzabilità della prova nel sistema del processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992.
- A. SCELLA, *Inutilizzabilità della prova (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Annali III.
- A. SCELLA, *Tutela del contraddittorio e utilizzazione di prove formate in altri procedimenti*, in AA.VV., *Il giusto processo tra*



*contraddittorio e diritto al silenzio* (a cura di R. E. Kostoris), Torino, 2002.

S. SIGNORATO, *Riflessioni in tema di abnormità: a proposito dell'ordinanza di integrazione delle indagini disposta ex art. 421-bis c.p.p. per accertare l'imputabilità e la capacità processuale dell'imputato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010.

P. 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.

D. SIRACUSANO, *Le prove*, in D. SIRACUSANO, A. GALATI, G. TRANCHINA, E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, I, Milano, 2001.

D. SIRACUSANO, *Vecchi schemi e nuovi modelli per l'attuazione di un processo di parti*, in *Leg. pen.*, 1989.

D. SIRACUSANO, *Il giudizio*, in D. SIRACUSANO, A. GALATI, G. TRANCHINO, E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, II, Milano, 2001.

F. SIRACUSANO, *Investigazioni difensive*, in *Enc. dir.*, Annali III.

G. SOLA, *Art. 109 c.p.p.*, AA.VV., *Codice di procedura penale commentato* (a cura di A. Giarda, G. Spangher), Milano, 2010.

F. V. SORRENTINO, *Sull'incostituzionalità «latente» dell'art. 223 norme di coordinamento c.p.p. 1988*, in *Cass. pen.*, 1991.

G. SPANGHER, *Le investigazioni difensive: considerazioni generali*, in *Studium iuris*, 2001.

G. SPANGHER, *Il "giusto processo" penale*, in *Studium iuris*, 2000.

G. SPANGHER, *I precedenti investigativi discordanti al primo vaglio del «giusto processo»*, in *Giur. cost.*, 2002.

G. SPANGHER, *L'abrogazione dell'art. 38 delle disposizioni di attuazione*, in AA.VV., *Processo penale: nuovo ruolo del difensore* (a cura di L. Filippi), Padova, 2001.

M. T. STURLA, *Prova testimoniale*, in *Dig. disc. pen.*, X.

L. SURACI, *Il sistema del doppio binario nell'ambito delle indagini preliminari*, in AA.VV., *Legislazione antimafia e sistema del doppio binario* (a cura di V.N. D'Ascola e F. Mollace), Reggio Calabria, 2009.

L. SURACI, *Prova dichiarativa e investigazioni difensive*, Reggio Calabria, 2004.

L. 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 iuris*, 2004.

F. TAGLIENTE, *Profili della organizzazione della polizia giudiziaria nel nuovo codice di procedura penale*, in *Cass. pen.*, 1991.

A. TAMIETTI, *Il diritto ad esaminare testimoni a carico: permangono contrasti tra l'ordinamento italiano e l'art. 6 § 3 D) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2006.

C. TAORMINA, *Il regime della prova nel processo penale*, Torino, 2007.

P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2005.

P. TONINI, *L'incidente probatorio nell'udienza preliminare: nuove prospettive per il diritto di difesa*, in *Cass. pen.*, 1994.

P. TONINI, *Cade la concezione massimalista del principio di immediatezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992.

P. TONINI, *La prova penale*, Padova, 2000.

- G. TRANCHINA, *L'investigazione difensiva*, in D. SIRACUSANO, A. GALATI, G. TRANCHINA, E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, Milano, 2001.
- T. TREVISSON LUPACCHINI, *Il procedimento probatorio nel linguaggio del vigente codice di procedura penale*, in *Giust. pen.*, 1992.
- N. TRIGGIANI, *Sulla impossibilità di acquisire come documenti le sentenze penali non irrevocabili*, in *Cass. pen.*, 1997.
- N. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, Milano, 2002.
- N. TRIGGIANI, *I mezzi di ricerca della prova*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale* (diretto da G. Spangher), II, t. 1, Milanofiori Assago, 2009.
- G. UBERTIS, *Dibattimento (principi del) nel diritto processuale penale*, in *Dig. disc. pen.*, III.
- G. UBERTIS, *Ricostruzione del sistema, giusto processo, elementi di prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993.
- G. UBERTIS, *L'utilizzazione dibattimentale di prelievi ed analisi di campioni*, in *Cass. pen.*, 1992.
- G. UBERTIS, *Prova (in generale)*, in *Dig. disc. pen.*, XI.
- G. UBERTIS, *Prova (Teoria generale del processo penale)*, in *Enc. giur.*, XXV.
- G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale, I, Principi generali*, Torino, 2007.
- G. UBERTIS, *Giusto processo (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Ann. III.
- G. UBERTIS, *Giusto processo e contraddittorio in ambito penale*, in *Cass. pen.*, 2003.

- G. UBERTIS, *Documenti e oralità nel nuovo processo penale*, in AA.VV., *Studi in onore di Giuliano Vassalli* (a cura di M.C. Bassiouni, A.R. Latagliata, A.M. Stile), II, Milano, 1992.
- G. UBERTIS, *Eterogenesi dei fini e dialettica probatoria nel rito abbreviato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009.
- G. UBERTIS, *Atti*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale* (diretto da E. Amodio e O. Dominioni), II, Milano, 1989.
- G. UBERTIS, *Giudizio di primo grado*, in *Dig. disc. pen.*, V.
- G. UBERTIS, *La prova scientifica e la nottola di Minerva*, in *In. pen.*, 2006.
- F. VARONE, *Brevi riflessioni in tema di archiviazione della notizia criminis e abnormità dell'atto processuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005.
- G. VARRASO, *La prova tecnica*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale* (diretto da G. Spangher), II, t. 1, Milanofiori Assago, 2009.
- N. VENTURA, *Le letture dibattimentali*, in AA.VV. *Trattato di procedura penale* (diretto da G. Spangher), IV, t. 2, Milanofiori Assago, 2009.
- P. VENTURA, *Le indagini difensive*, Milano, 2005.
- P. VENTURA, *Escussione della prova e contraddittorio*, in *Giur. cost.*, 1998.
- G. L. VERRINA, *Principio del contraddittorio*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. II.
- M. VESSICHELLI, *Quando la relazione di servizio non è un atto irripetibile*, in *Cass. pen.*, 2007.
- A. VITALE, *L'incidente probatorio per l'esame dei coimputati e degli imputati connessi o collegati*, in *Cass. pen.*, 2000.

- G. P. VOENA, *Atti*, in G. CONSO, V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, Milano, 2001.
- G. P. VOENA, *Investigazioni ed indagini preliminari*, in *Dig. disc. pen.*, VII.
- F. ZACCHÈ, *Sopralluoghi e relazioni di servizio della polizia giudiziaria*, in *Cass. pen.*, 2006.
- F. ZACCHÈ, *Testimonianza indiretta e contraddittorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011.
- N. 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.
- E. 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.
- A. ZIROLDI, *Udienza preliminare: preparazione e svolgimento*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale* (diretto da G. Spangher), III, Milanofiori Assago, 2009.