

INTRODUZIONE

Il presente elaborato si pone l'obiettivo di analizzare l'istituto degli accertamenti tecnici irripetibili disciplinati all'articolo 360¹ c.p.p. sottolineandone, oltre l'evoluzione storica a muovere dal codice del 1930 fino a pervenire alle novità introdotte giusta l'articolato riformistico del 1988, le garanzie sovranazionali dettate all'articolo 6 della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Successivamente verranno esaminati i presupposti dell'accertamento tecnico irripetibile ed in particolare il carattere stesso dell'irripetibilità che, come vedremo nel corso del Capitolo I, risulta di difficile definizione. È importante sottolineare fin da subito che, nel codice del 1930, il consulente tecnico rappresentava una figura di esclusivo ausilio per le parti private; non per nulla il pubblico ministero non poteva avvalersi dei suoi "servigi", bensì poteva usufruire del perito di nomina giudiziale, disciplinato ora ex articolo 221² c.p.p. In un codice come quello Rocco, caratterizzato

¹ L' articolo 360 c.p.p. afferma: *"Quando gli accertamenti previsti dall'articolo 359 riguardano persone, cose o luoghi il cui stato è soggetto a modificazione, il pubblico ministero avvisa, senza ritardo, la persona sottoposta alle indagini, la persona offesa dal reato e i difensori del giorno, dell'ora e del luogo fissati per il conferimento dell'incarico e della facoltà di nominare consulenti tecnici.*

Si applicano le disposizioni dell'articolo 364 comma 2.

I difensori nonché i consulenti tecnici eventualmente nominati hanno diritto di assistere al conferimento dell'incarico, di partecipare agli accertamenti e di formulare osservazioni e riserve.

Qualora, prima del conferimento dell'incarico, la persona sottoposta alle indagini formuli riserva di promuovere incidente probatorio, il pubblico ministero dispone che non si proceda agli accertamenti salvo che questi, se differiti, non possano più essere utilmente compiuti.

Se il pubblico ministero, malgrado l'espressa riserva formulata dalla persona sottoposta alle indagini e pur non sussistendo le condizioni indicate nell'ultima parte del comma 4, ha ugualmente disposto di procedere agli accertamenti, i relativi risultati non possono essere utilizzati nel dibattimento."

² L'articolo 221 c.p.p. afferma: *"Il giudice nomina il perito scegliendolo tra gli iscritti negli appositi albi o tra persone fornite di particolare competenza nella specifica disciplina. Quando*

da tratti inquisitori, il consulente tecnico finiva per avere uno spazio ristretto e marginale venendo considerato alla stregua di un ausiliario della parte dalla quale “ereditava” poteri, natura e caratteristiche.

Lo scenario muta radicalmente a partire dall'introduzione del codice di procedura penale del 1988 giusta il quale vengono superati i retaggi inquisitori del codice precedente. Le novità apportate possono essere riassunte in due punti: da un lato una pluralità di mezzi attivabili onde acquisire il contributo tecnico-scientifico al processo dall'altro, finanche per il pubblico ministero, di avvalersi di un proprio consulente tecnico.

Oltre a queste due fondamentali novità viene altresì ritenuta l'equiparazione tra consulente dell'accusa e consulente delle parti private. Incentrando il *focus* sulla figura del consulente tecnico del pubblico ministero si può notare come questa sia caratterizzata da due distinte discipline a seconda che l'accertamento risulti essere ripetibile *ex* articolo 359³ c.p.p. o irripetibile *ex* articolo 360 c.p.p.

In secondo luogo l'attenzione si sposta sull'attività effettuata nel corso delle indagini dal pubblico ministero, dalla polizia giudiziaria

la perizia è dichiarata nulla, il giudice cura, ove possibile, che il nuovo incarico sia affidato ad altro perito.

Il giudice affida l'espletamento della perizia a più persone quando le indagini e le valutazioni risultano di notevole complessità ovvero richiedono distinte conoscenze in differenti discipline. Il perito ha l'obbligo di prestare il suo ufficio, salvo che ricorra uno dei motivi di astensione previsti dall'articolo 36.”

³ L'articolo 359 c.p.p. afferma: “Il pubblico ministero, quando procede ad accertamenti, rilievi segnaletici, descrittivi o fotografici e ad ogni altra operazione tecnica per cui sono necessarie specifiche competenze, può nominare e avvalersi di consulenti, che non possono rifiutare la loro opera.

Il consulente può essere autorizzato dal pubblico ministero ad assistere a singoli atti di indagine.”

e dall'avvocato difensore, esaminando in particolare l'inquadramento processuale tra diritti e garanzie esperibili da ognuno di loro nel momento in cui debbano confrontarsi con un accertamento tecnico irripetibile. Acciocché sia possibile comprendere al meglio la tematica degli accertamenti tecnici irripetibili ad epilogo della dissertazione vengono riportate interviste a chi scrive giusta la "pratica" quotidiana del diritto *in subiecta materia*.

È bene chiarire fin da subito che, qualora gli accertamenti siano irripetibili, il codice provvede a delineare una disciplina specifica in modo tale da garantire il contraddittorio nel momento in cui, a bene vedere, si "perde" un elemento di prova.

Spostando l'analisi sui presupposti degli accertamenti tecnici irripetibili si evince come il vero fulcro dell'articolo 360 c.p.p. sia costituito dalla nozione medesima di irripetibilità. Prima di cercare di "ottimizzarne" la definizione è però importante sottolineare come la norma in esame "cospiri" a realizzare un difficile compromesso all'interno dell'ordinamento statale, *in primis* con la conservazione di taluni atti di indagine le cui caratteristiche risultino incompatibili con la possibile dispersione dei medesimi, raffigurando pertanto un dispendio probatorio intollerabile per le parti. Il compimento di atti irripetibili rappresenta quindi una deroga al principio della formazione della prova nel corso del processo.

Tornando alla nozione di irripetibilità le perplessità definitorie si evincono dal fatto che il legislatore non ha voluto stipulare né una

nozione generalizzata di irripetibilità né formulare una elencazione di atti tipicamente irripetibili.

Il legislatore ha quindi preferito rimettere alla valutazione delle parti in concreto ed al divenire dell'esperienza pratica e teorica l'individuazione delle divergenze tra accertamenti ripetibili ed accertamenti non ripetibili.

Analizzando il codice di procedura penale è dato riscontrare una pluralità di indici testuali tutt'affatto univoci; la dottrina⁴ ha cercato di fare luce su tale nebulosità normativa "censendo" taluni indici sintomatici nell'ambito della generale nozione di irripetibilità: essa è stata allora ricondotta, da un lato, al momento della non rinviabilità, il che equivale a segnalare l'indifferibilità dell'atto e, dall'altro, a quello della non rinnovabilità dell'atto medesimo ovvero all'impossibilità di riprodurre le situazioni *ab origine*.

Oltre a quanto precede è doveroso poi riflettere sulla situazione in cui è l'accertamento stesso a esaurire il proprio oggetto: trattasi, in questo caso, dell'irripetibilità originaria che deriva dall'espletarsi dell'atto medesimo. Le caratteristiche dell'accertamento tecnico irripetibile necessitano di una serie di garanzie al fine di valorizzare l'effettività del contraddittorio; tutte le volte che il pubblico ministero intenda procedere ad un accertamento tecnico irripetibile deve provvedere a fornirne avviso all'indagato ed ai difensori.

⁴ Cfr. C. CESARI, "L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine", Giuffrè, Milano, 1999, pag. 9; M. D'ANDRIA, "Un tentativo di definizione degli atti non ripetibili", in *Cass. pen.*, 1992, pag. 572; M. NIGRO, "Atti irripetibili e limiti ai poteri probatori del giudice", in *Dir. pen. proc.*, 2015, pag. 650 ss.; L. SURACI, "L'atto irripetibile", Cedam, Padova, 2012, pag. 20.

Esso ha lo scopo di informare dell'atto che sta per essere compiuto unitamente alla facoltà di prendere parte al contraddittorio tecnico presenziando al conferimento dell'incarico potendo i destinatari del medesimo procedere, a loro volta, alla nomina di un consulente di parte. Per quel che concerne la garanzia giurisdizionale, invece, questa può essere avvalorata per mezzo della riserva di promuovere incidente probatorio formulata dallo stesso pubblico ministero, dalla persona offesa, dall'indagato, dal giudice per le indagini preliminari o dal giudice per l'udienza preliminare.

Proprio l'istituto dell'incidente probatorio è stato oggetto di un recentissimo intervento legislativo stante la l. 23 giugno 2017, n. 103, recante *“Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario”*, comunemente nota come *“riforma Orlando”*, dalle generalità dell'allora facente funzioni di Ministro della Giustizia, la quale ha introdotto un comma 4 *bis* nel *“corpo”* del summenzionato articolo 360 c.p.p. Il *novum* prevede che qualora, prima del conferimento dell'incarico al consulente tecnico ad opera del pubblico ministero, della persona offesa o dell'indagato si possa formulare riserva di promuovere incidente probatorio al giudice per le indagini preliminari o al giudice per l'udienza preliminare, tale riserva perde efficacia e non può essere ulteriormente riformulata se l'incidente non sia effettivamente richiesto entro dieci giorni dalla formulazione della riserva medesima. Così motivandosi è stato definitivamente eliminato il rischio nella disciplina previgente ovvero che l'istituto della riserva di promuovere incidente probatorio dissimulasse forme abusive con

finalità meramente dilatorie o ostruzionistiche delle indagini. *Last but not least*, vengono analizzati alcuni modelli di accertamenti tecnici irripetibili, quali l'esame autoptico, l'esame del DNA e lo STUB, andando ad esaltare il notevole apporto che, grazie anche al continuo progresso della scienza, questi contribuiscono oggi a garantire nel "vissuto" delle Aule di giustizia.

CAPITOLO 1

LA PROVA: LE GARANZIE COSTITUZIONALI

E CODICISTICHE

1. Il concetto e l'importanza della prova – 2. I principi “supremi”: giurisprudenza della Corte costituzionale – 3. L'articolo 6 CEDU: principi e giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo - 4. Il fondamento della prova nel codice di procedura penale – 5. L'accertamento tecnico non ripetibile - 5.1 L'accertamento tecnico non ripetibile nella riforma Orlando

1. Il concetto e l'importanza della prova

“Giudicare” penalmente consiste in un'operazione complessa stante la quale, giusta l'*id quod plerumque accidit*, si combinano aspetti conoscitivi ed aspetti valutativi.

Ciò si dimostra possibile in quanto è compito delle parti ricercare gli elementi di prova, valutare la necessità di questi a sostegno della propria tesi nonché chiederne al giudice, investito della questione, l'ammissione.

La prova in senso stretto configura un'operazione volta a verificare, a ultimo fine, la veridicità o la falsità di una qualsiasi proposizione. Nel concetto di prova sono altresì individuate tre componenti:

- a) i mezzi idonei a provare;
- b) l'oggetto, o il tema, della prova;

c) il criterio, o la regola di giudizio, alla cui stregua si può ritenere raggiunta la prova.

Nel contesto del processo penale varie sono le posizioni in ordine al quale risulta necessario verificare la fondatezza; una fra queste attiene alla colpevolezza dell'imputato il che costituisce, giustappunto, il tema e l'oggetto sia del processo accusatorio che di quello inquisitorio. Nell'*iter* procedimentale possono formare oggetto di prova anche altrettante proposizioni qualificate come "incidentali"⁵.

⁵ La prova qualificata come "incidentale" è costituita da altri temi di prova su cui il giudice può essere chiamato a decidere. Esempi possono essere i gravi indizi di colpevolezza *ex* articolo 273 c.p.p.: "Nessuno può essere sottoposto a misure cautelari se a suo carico non sussistono gravi indizi di colpevolezza. Nella valutazione dei gravi indizi di colpevolezza si applicano le disposizioni degli articoli 192, commi 3 e 4, 195, comma 7, 203 e 271, comma 1. Nessuna misura può essere applicata se risulta che il fatto è stato compiuto in presenza di una causa di giustificazione o di non punibilità o se sussiste una causa di estinzione del reato ovvero una causa di estinzione della pena che si ritiene possa essere irrogata"; i *pericula libertatis* *ex* articolo 274 c.p.p.: "Le misure cautelari sono disposte:

a) quando sussistono specifiche ed inderogabili esigenze attinenti alle indagini relative ai fatti per i quali si procede, in relazione a situazioni di concreto ed attuale pericolo per l'acquisizione o la genuinità della prova, fondate su circostanze di fatto espressamente indicate nel provvedimento a pena di nullità rilevabile anche d'ufficio. Le situazioni di concreto ed attuale pericolo non possono essere individuate nel rifiuto della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato di rendere dichiarazioni né nella mancata ammissione degli addebiti;

b) quando l'imputato si è dato alla fuga o sussiste concreto pericolo che egli si dia alla fuga, sempre che il giudice ritenga che possa essere irrogata una pena superiore a due anni di reclusione;

c) quando, per specifiche modalità e circostanze del fatto e per la personalità della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato, desunta da comportamenti o atti concreti o dai suoi precedenti penali, sussiste il concreto pericolo che questi commetta gravi delitti con uso di armi o di altri mezzi di violenza personale o diretti contro l'ordine costituzionale ovvero delitti di criminalità organizzata o della stessa specie di quello per cui si procede. Se il pericolo riguarda la commissione di delitti della stessa specie di quello per cui si procede, le misure di custodia cautelare sono disposte soltanto se trattasi di delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni ovvero, in caso di custodia cautelare in carcere, di delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni"; la condotta illecita *ex* articolo 500 comma 4 c.p.p.: "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 comma 3 possono essere utilizzate"; l'irripetibilità sopravvenuta *ex* articolo

Eleggendo ad obiettivo l'attuazione del diritto penale sostanziale il processo deve accertare se l'imputato sia colpevole. Pertanto, mentre da un lato la condanna richiede la prova della colpevolezza, l'assoluzione non esige quella di innocenza bensì si dimostra puramente consequenziale alla mancata prova della colpevolezza stessa⁶.

L'articolo 187⁷ c.p.p. individua come oggetto di prova tre ordini di fatti:

- a) quelli che si riferiscono all'imputazione, alla punibilità e alla determinazione della pena o della misura di sicurezza;
- b) quelli dai quali dipende l'applicazione di norme processuali;
- c) quelli inerenti alla responsabilità civile che derivi dal reato laddove si sia proceduto a costituzione di parte civile.

Il concetto di prova, come dettato all'articolo 187 c.p.p., determina i confini oggettivi dell'esercizio del diritto di specie rispondendo all'esigenza di evitare che l'attività probatoria possa arbitrariamente orientarsi verso qualunque obiettivo di verità storica. Con il termine "prova" si intendono gli equivalenti del fatto addotto come *res iudicanda*; da ciò, pertanto, inferiamo quattro accezioni diverse

512 c.p.p.: "Il giudice, a richiesta di parte, dispone che sia data lettura degli atti assunti dalla polizia giudiziaria, dal pubblico ministero, dai difensori delle parti private e dal giudice nel corso della udienza preliminare quando, per fatti o circostanze imprevedibili, ne è divenuta impossibile la ripetizione. È sempre consentita la lettura dei verbali relativi all'acquisizione ed alle operazioni di distruzione degli atti di cui all'articolo 240."

⁶ P. FERRUA, "La prova nel processo penale", II edizione, Giappichelli, Torino, 2015, pag. 1.

⁷ L'articolo 187 c.p.p. afferma che "Sono oggetto di prova 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. Se vi è costituzione di parte civile, sono inoltre oggetto di prova i fatti inerenti alla responsabilità civile derivante dal reato."

di prova quali la fonte, il mezzo, l'elemento o il risultato probatorio⁸.

Fonte di prova è tutto ciò che appare idoneo a fornire un elemento del fatto da provare.

Con mezzo di prova si intende lo strumento attraverso il quale, una volta esaminata la prova nel corso delle indagini da parte dei consulenti tecnici, si acquisisce al processo un elemento utile per la decisione. Il codice prevede sette mezzi di prova cosiddetti *tipici* ovvero regolamentati dalla legge nelle loro modalità di assunzione. Essi sono: la testimonianza, l'esame delle parti, i confronti, le ricognizioni, gli esperimenti giudiziali, la perizia ed i documenti⁹. Unitamente ai mezzi di prova cosiddetti *tipici* troviamo anche i mezzi di ricerca della prova i quali rendono possibile acquisire cose materiali, tracce o dichiarazioni, nel loro insieme dotati di attitudine probatoria.

Essi sono: le ispezioni, le perquisizioni, i sequestri e le intercettazioni di flussi comunicativi.

Elemento di prova è l'informazione che si ricava dalla fonte di prova quando ancora quest'ultima non sia stata valutata dal giudice.

Una volta che il giudice esamini l'attendibilità dell'elemento ottenuto si evince il risultato probatorio ex articolo 192¹⁰ comma 1 c.p.p.

⁸ P. MOSCARINI, "Lo statuto della prova scientifica nel processo penale", in *Dir. pen. proc.*, 2015, pag. 650.

⁹ P. TONINI, "La prova penale", III edizione, Cedam, Padova, 1999, pag. 30 ss.

¹⁰ L'articolo 192 comma 1 c.p.p. così afferma: "Il giudice valuta la prova dando conto nella motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati."

«Nel suo insieme la prova può essere definita come un procedimento logico che dal fatto noto (es. dichiarazione del testimone), ricava l'esistenza del fatto da provare¹¹».

Il codice del 1988 ha introdotto un distinguo alquanto importante e significativo tra mezzi di prova e mezzi di ricerca della prova. L'elemento probatorio si forma a séguito dell'esperimento del mezzo di prova; un esempio il testimone che racconta fatti percepiti. Attraverso il mezzo di ricerca della prova, invece, entra nel procedimento un elemento probatorio che preesiste allo svolgersi del mezzo medesimo; con la perquisizione si acquisisce, per vero, al procedimento una cosa pertinente al reato.

Laddove i mezzi di prova possono essere assunti soltanto dinnanzi al giudice nel dibattimento o nell'incidente probatorio i mezzi di ricerca della prova possono essere ammessi, oltre che dal giudice per le indagini preliminari, anche dal giudice per l'udienza preliminare, dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria.

Infine, i mezzi di ricerca della prova si basano essenzialmente sul fattore "sorpresa" di tal che il loro ricorso è legittimato senza obbligo di dovere avvisare *ex ante* il difensore dell'indagato; *a contrario* solo gli elementi di prova possono essere assunti durante le indagini preliminari e nel dibattimento con le garanzie del contraddittorio e mediante l'istituto dell'incidente probatorio.

¹¹ P. TONINI, "Lineamenti di diritto processuale penale", III edizione, Giuffrè, Milano, 2004, pag. 133.

«Nell'individuare i possibili fatti oggetto di prova e di accertamento nel processo penale, l'articolo 187 c.p.p. deve ritenersi diretto in primo luogo al giudice, in quanto delimita l'ambito dei suoi poteri di cognizione e fornisce in linea di massima i criteri di determinazione della rilevanza della prova cui il giudice deve fare riferimento, tra l'altro, in sede di controllo dell'ammissibilità delle prove richieste dalle parti: è infatti affidato al giudice il compito di effettuare la valutazione della pertinenza delle prove, di cui deve dare congrua motivazione in sentenza.

La norma si rivolge in secondo luogo alle parti che, chiamate nell'attuale processo a schema tendenzialmente accusatorio, a ricercare il materiale probatorio, ciascuna nel proprio interesse, ad enunciare i fatti che intendono provare ed a chiedere l'ammissione delle prove per la loro assunzione, devono conoscere i possibili temi oggetto dell'accertamento giudiziale¹²».

Nella Relazione al progetto del codice di procedura penale il legislatore, giustificato il distinguo tra mezzi di prova e mezzi di ricerca della prova, afferma che l'esame dei testimoni e delle parti, i confronti, le ricognizioni, gli esperimenti giudiziali, la perizia e i documenti sono mezzi di prova che si caratterizzano per l'attitudine ad offrire al giudice del caso prove direttamente utilizzabili in sede di decisione¹³.

¹² M.F. CORTESI, sub *articolo 187 c.p.p.*, in "AA.VV., *Codice di procedura penale commentato*", coordinato da A. GIARDA, G. SPANGHER, vol. I, IV Edizione, Ipsoa, Milano, 2010, pag. 1782 ss.

¹³ "Relazione al progetto preliminare e al testo definitivo del codice di procedura penale, delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni e delle norme per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario al nuovo processo penale ed a quello a carico degli imputati minorenni", in "Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana", 24 ottobre 1988, n. 250, supplemento ordinario numero 1, pag. 60.

Diversamente i mezzi di ricerca della prova, quali l'ispezione, la perquisizione, il sequestro e l'intercettazione, sono sì di per sé fonte di convincimento ma rendono possibile acquisire cose materiali, tracce o dichiarazioni, nel loro insieme dotati di attitudine probatoria.

Nel contesto del distinguo tra mezzi di prova e mezzi di ricerca della prova sta la possibilità di effettuare un'ulteriore "separazione" tra prove *precostituite*, le quali si sono formate prima del processo, e prove *costituende* ovvero formatesi nel corso del processo. Muovendo ad un'ulteriore profilo il codice di procedura penale non impone la tassatività dei mezzi di prova anzi, *a contrario*, ammette che possano essere assunte prove cosiddette *atipiche*¹⁴ ovvero non regolamentate *ex lege*.

Si riscontra la possibilità di ammettere una prova atipica soltanto se questa si mostri idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti senza

¹⁴ Secondo il dettato dell'articolo 189 c.p.p. una prova qualificata *atipica* può essere introdotta nel processo purché ciò avvenga nel rispetto di determinate condizioni. Nell'intento del legislatore la norma costituisce una sorta di "adattatore automatico" alle evoluzioni del progresso tecnologico nel rispetto della legalità delle prove. Durante l'elaborazione del vigente codice di procedura penale la dottrina - cfr. E. AMODIO, "Libero convincimento e tassatività dei mezzi di prova: un approccio comparativo", in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, pag. 3 s., C. CONTI, P. TONINI, "Il diritto delle prove penali", II edizione, Giuffrè, Milano, 2014, pag. 185 ss., G.F. RICCI, "Le prove atipiche", Giuffrè, Milano, 1999, pag. 46 ss. - si è soffermata sul concetto di prova atipica dichiarandone i confini entro cui essa può essere utilizzata nel contesto del processo o entro cui debba essere considerata inammissibile. Dall'insieme degli Autori di cui *supra* si è precisato che tale nozione può essere interpretata giusta tre diverse accezioni: è atipico quel mezzo di prova non disciplinato dalla legge che si riferisce ad una fonte di convincimento giudiziale non previsto; in un secondo significato è atipico il mezzo di prova che, pur non rientrando nel catalogo legale, mira ad ottenere elementi probatori tipici. Infine, può darsi il caso in cui un mezzo di prova tipico sia utilizzato per acquisire elementi alla cui formazione è preordinato un altro mezzo di prova. È opportuno precisare che le ultime due evenienze sono accomunate dal fatto che, in ambedue le ipotesi *de quibus* l'elemento di prova è invero acquisibile, e quindi è legittimo o meno avvalersene, stante i mezzi tipici predisposti dal codice di procedura penale.

volgere a pregiudicare la libertà morale della persona *ex* articolo 189¹⁵ c.p.p.

La Cassazione¹⁶ ritiene che nel processo penale, al fine di non ledere i diritti del soggetto-fonte di prova, non possano venire utilizzati mezzi quali l'ipnosi o la cosiddetta macchina della verità (*lie detector*).

«Esistono esperienze, peraltro censurate dalla giurisprudenza, di magistrati che hanno ritenuto di poter applicare la tecnica ipnotica allo scopo dichiarato di verificare la presenza e la natura di eventuali elementi condizionanti la psiche del testimone. Tali tecniche si fondano sull'assunto teorico, di derivazione psicoanalitica, che in stato di ipnosi l'individuo abbia la possibilità di ricordare con particolare lucidità avvenimenti della sua vita passata che aveva dimenticato. Il dato non trova alcun serio riscontro in verifiche scientifiche da parte della ricerca psicologica, anzi, pare proprio che queste tecniche, a forte carica suggestiva, producano materiale mnestici altamente sospetti¹⁷».

Da qualche anno finanche in Italia si sono affacciate sulla scena del diritto e del processo penale le cosiddette neuroscienze vale a dire quel complesso di discipline che indaga sulle connessioni neuronali dei comportamenti umani¹⁸. A livello teorico, e *de iure condendo*, la

¹⁵ L'articolo 189 c.p.p. afferma che “*Quando è richiesta una prova non disciplinata dalla legge, il giudice può assumerla se essa risulta idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti e non pregiudica la libertà morale della persona.*”

Il giudice provvede all'ammissione, sentite le parti sulla modalità di assunzione della prova.”

¹⁶ Cass. pen., SS. UU., 31 ottobre 2010, n. 32, Policastro e altri, in <https://www.cortedicassazione.it>.

¹⁷ A. FORZA, “*La psicologia nel processo penale: pratica forense e strategie*”, Giuffrè, Milano, 2010, pag. 84 s.

¹⁸ Con il termine neuroscienze si indica un gruppo eterogeneo di discipline scientifiche accomunate dall'obiettivo di giustificare come le connessioni neuronali sovrintendano allo svolgimento di tutte le attività umane; non solo quelle estrinsecatesi in semplici movimenti corporei ma anche quelle più complesse - la volizione, le emozioni, persino la formulazione di

dottrina penalistica¹⁹ si è interrogata sulla possibilità di una “rifondazione” del diritto penale che faccia tesoro delle acquisizioni neuroscientifiche (per quanto riguarda, *in primis*, il possibile superamento del dogma della volontà libera e non determinata). A livello pratico, e *de iure condito*, si registrano talune applicazioni delle neuroscienze finalizzate a rappresentare la prova di alcuni elementi di reato: detta seconda impostazione si dimostra, sulla base dei risultati raggiunti, più affidabile rispetto ai metodi tradizionali utilizzati per il conseguimento della prova giusta anche la precisione degli strumenti tecnologici utilizzati.

Penalisti e neuroscienziati stanno cercando di proporre una radicale trasformazione del diritto penale su nuove basi deterministiche cui segua, coerentemente, una rimodulazione *ab imis* delle sanzioni previste dal codice penale, “emancipate” da qualsiasi nucleo retribuzionistico e proiettate in veste esclusiva in funzione di cura e di controllo, finanche *ante delictum*, del soggetto criminoso.

Nell'ambito del sistema italiano sono presenti taluni ostacoli di ordine codicistico per quel che concerne l'applicazione delle neuroscienze. A tal proposito occorre ricordare, oltre al divieto di perizie dirette ad accertare il carattere e la personalità dell'imputato e, in genere, le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche vietate *ex* articolo 220²⁰ c.p.p., gli ulteriori divieti posti dagli articoli

giudizi morali - attribuite, da parte dei neuroscienziati, al dominio della mente di tal che considerate inaccessibili all'indagine sperimentale.

¹⁹ Cfr. G. BORRELLI, "Interpretazione delle norme ed evoluzione degli strumenti tecnici di indagine: il rischio del travisamento tecnologico", in *Cass. pen.*, 2002, pag. 944 s.

²⁰ L'articolo 220 c.p.p. così afferma "La perizia è ammessa quando occorre svolgere indagini o acquisire dati o valutazioni che richiedono specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche. Salvo quanto previsto ai fini dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza,

64²¹ c.p.p., 188²² c.p.p. e 189²³ c.p.p. a tutela della libertà morale del dichiarante.

Essi hanno già arrestato l'accesso nel processo penale a metodi e/o a strumenti di prova quali il poligrafo²⁴, la narcoanalisi²⁵ e l'ipnosi. La più recente giurisprudenza di legittimità, circa la affidabilità delle nuove tecniche neuroscientifiche, si è espressa nel dettaglio con quattro sentenze²⁶.

A dire il vero nessuna fra di esse sottoscrive una posizione netta al proposito; tutte e quattro, pur tuttavia, forniscono interessanti

non sono ammesse perizie per stabilire l'abitudine o la professionalità nel reato, la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità dell'imputato e in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche."

²¹ L'articolo 64 c.p.p. così dispone "La persona sottoposta alle indagini, anche se in stato di custodia cautelare o se detenuta per altra causa, interviene libera all'interrogatorio, salve le cautele necessarie per prevenire il pericolo di fuga o di violenze. Non possono essere utilizzati, neppure con il consenso della persona interrogata, metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti. Prima che abbia inizio l'interrogatorio, la persona deve essere avvertita che: a) le sue dichiarazioni potranno sempre essere utilizzate nei suoi confronti; b) salvo quanto disposto dall'articolo 66 comma 1 codice di procedura penale ha facoltà di non rispondere ad alcuna domanda, ma comunque il procedimento seguirà il suo corso; c) se renderà dichiarazioni su fatti che concernono la responsabilità di altri, assumerà, in ordine a tali fatti, l'ufficio di testimone, salve le incompatibilità previste dall'articolo 197 codice di procedura penale e le garanzie di cui all'articolo 197 bis codice di procedura penale. L'inosservanza delle disposizioni di cui al comma 3, lettere a) e b), rende inutilizzabili le dichiarazioni rese dalla persona interrogata. In mancanza dell'avvertimento di cui al comma 3 lettera c), le dichiarazioni eventualmente rese dalla persona interrogata su fatti che concernono la responsabilità di altri non sono utilizzabili nei loro confronti e la persona interrogata non potrà assumere, in ordine a detti fatti, l'ufficio di testimone."

²² L'articolo 188 c.p.p. afferma: "Non possono essere utilizzati, neppure con il consenso della persona interessata, metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti."

²³ L'articolo 189 c.p.p. afferma: "Quando è richiesta una prova non disciplinata dalla legge, il giudice può assumerla se risulta idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti e non pregiudica la libertà morale della persona.

Il giudice provvede all'ammissione, sentite le parti sulla modalità di assunzione della prova."

²⁴ Con poligrafo si intende un'apparecchiatura in grado di registrare e di amplificare la variazione di alcuni parametri fisiologici del dichiarante: la pressione arteriosa, il ritmo respiratorio, il battito cardiaco e la sudorazione palmare.

²⁵ La narcoanalisi è eseguibile con somministrazione per via endovenosa di barbiturici uniti a psicostimolanti del tipo anfetaminico.

²⁶ Cass. pen., sez. I, 2 ottobre 2012, Panuccio, in <https://www.leggiditalia.it>; Cass. pen., sez. I, 25 ottobre 2012, S., in <https://www.leggiditalia.it>; Cass. pen., sez. V, 22 gennaio 2013, V., in <https://www.dejure.it>; Cass. pen., sez. I, 10 giugno 2015, G.D., in <https://www.leggiditalia.it>.

indicazioni, non convergenti tra di loro, a conferma dell'unico dato sicuro: preservare la libertà personale e morale come sancita nel dettato costituzionale *ex* articolo 13²⁷. La controversia sulla utilizzabilità degli esiti delle indagini neuroscientifiche nel processo penale è ben lungi dall'aver trovato una soluzione; anche giusta l'impulso dell'ormai "metabolizzato" codice di procedura penale come emanato nel 1988, non può essere ignorata la reciproca interazione tra le acquisizioni logico-scientifiche e quelle giudiziarie²⁸.

Si è rilevato da circa un cinquantennio che la prova giuridica del fatto da provare in giudizio rimane il paradigma della prova empirica in genere e che la logica è “giurisprudenza generalizzata, i casi legali sono un tipo particolare di disputa razionale, nel cui caso le procedure e le regole di argomentazione si sono irrigidite in istituzioni²⁹”.

Ai sensi dell'articolo 190³⁰ c.p.p. il giudice procedente è obbligato ad ammettere le acquisizioni scientifiche nel corso del processo

²⁷ L'articolo 13 Costituzione disciplina: “La libertà della persona è il presupposto per l'esercizio di tutte le altre libertà garantite dalla Costituzione e rappresenta la condizione essenziale affinché l'individuo possa godere dell'autonomia ed indipendenza necessarie per esercitare ogni altro diritto di libertà.”

²⁸ G. UBERTIS, “Prova scientifica e giustizia penale”, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, pagg. 1192 – 1193.

²⁹ S. TOULMIN, “Gli usi dell'argomentazione”, Rosenberg & Sellier, Torino, 1957, pag. 10.

³⁰ L'articolo 190 c.p.p. afferma: “Le prove sono ammesse a richiesta di parte. Il giudice provvede senza ritardo con ordinanza escludendo le prove vietate dalla legge e quelle che manifestamente sono superflue o irrilevanti. La legge stabilisce i casi in cui le prove sono ammesse d'ufficio. I provvedimenti sull'ammissione della prova possono essere revocati sentite le parti in contraddittorio.”

*“escludendo le prove vietate dalla legge e quelle che manifestamente sono superflue o irrilevanti”*³¹.

Le parti hanno diritto di interloquire nell'istruzione dibattimentale avendo ben chiaro il quadro probatorio su cui possono fare affidamento. Il codice prevede *apertis verbis*, all'articolo 468³² c.p.p., che ciascuna parte, imputato, pubblico ministero e parte civile, ha possibilità di ottenere la citazione a prova contraria di testimoni, di periti o di consulenti tecnici non indicati nella lista onde essere sentiti sulle circostanze indicate dalla “controparte”.

Qualora siano stati ammessi mezzi di prova richiesti dall'accusa, per contro, l'imputato ha diritto all'ammissione di quelle indicate a discarico sui fatti che costituiscono oggetto delle prove a carico *ex* articolo 495³³ comma 2 c.p.p. Il medesimo diritto spetta al pubblico

³¹ Riconoscere il diritto delle parti alla prova legittima un vero e proprio "capovolgimento" di prospettiva rispetto al modello processuale antecedente il quale aveva sancito il predominio assoluto dell'iniziativa probatoria officiosa del giudice rispetto alle parti. Nel sistema delineato dal codice di procedura penale del 1988 il rapporto regola-eccezione viene quindi “invertito”: l'iniziativa probatoria è attribuita in via principale alle parti mentre all'intervento d'ufficio del giudice, che costituisce un'eccezione, è riservato, allora, ruolo esclusivamente residuale.

³² L'articolo 468 c.p.p. afferma: *“Le parti che intendono chiedere l'esame di testimoni, periti o consulenti tecnici nonché delle persone indicate nell'articolo 210 devono, a pena di inammissibilità, depositare in cancelleria, almeno sette giorni prima della data fissata per il dibattimento, la lista con l'indicazione delle circostanze su cui deve vertere l'esame. Il presidente del tribunale o della Corte di assise, quando ne sia fatta richiesta, autorizza con decreto la citazione dei testimoni, periti o consulenti tecnici nonché delle persone indicate nell'articolo 210, escludendo le testimonianze vietate dalla legge e quelle manifestamente sovrabbondanti. Il presidente può stabilire che la citazione dei testimoni, periti o consulenti tecnici nonché delle persone indicate nell'articolo 210 sia effettuata per la data fissata per il dibattimento ovvero per altre successive udienze nelle quali ne sia previsto l'esame. In ogni caso, il provvedimento non pregiudica la decisione sull'ammissibilità della prova a norma dell'articolo 495 codice di procedura penale. I testimoni e i consulenti tecnici indicati nelle liste possono anche essere presentati direttamente al dibattimento.”*

³³ L'articolo 495 comma 2 c.p.p. afferma: *“L'imputato ha diritto all'ammissione delle prove indicate a discarico sui fatti costituenti oggetto delle prove a carico; lo stesso diritto spetta al pubblico ministero in ordine alle prove a carico dell'imputato sui fatti costituenti oggetto delle prove a discarico.”*

ministero in ordine alla prova a carico dell'imputato sui fatti che costituiscono oggetto delle prove a discarico.

Una volta esaurite le attività di ricerca della prova va segnalata l'importanza del principio del libero convincimento del giudice in virtù del quale non è prevista una valutazione pre-determinata di specifiche prove bensì l'organo di *jus dicere* è libero al riguardo pur dovendo però sempre “giustificare”, nella motivazione, la valutazione delle, e sulle, sue scelte.

Non v'è dubbio, quindi, che il giudice del dibattimento debba formare la propria *intime conviction* in ordine a determinati accadimenti e a determinate situazioni, specialmente nell'ambito di un processo che voglia essere giusto³⁴.

Correttamente inteso l'archetipo del “libero convincimento”, finanche se meglio sarebbe contrassegnare la locuzione con “convincimento personale” o “convincimento di coscienza” in quanto è il giudice stesso a valutare la decisione migliore da assumere nel caso concreto, esprime un valore fondamentale: l'organo di *jus dicere*, nella formazione delle sue convinzioni, non deve sottostare a nessuna eventuale pressione che possa derivare dalle parti.

Il principio del libero convincimento subisce alcuni temperamenti stante il fatto che esistono tipologie di prova non rimesse ad una valutazione del tutto libera del giudice.

³⁴ M. CHIAVARIO, “*Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*”, IV edizione, Utet, Torino, 2010, pag. 322.

Le due limitazioni predette sono contenute nell'articolo 192³⁵ c.p.p.: esse riguardano la prova indiziaria e la cosiddetta chiamata di correo. La prima eccezione stipula che l'esistenza di un fatto sia desunta da indizi alla sola condizione che gli stessi siano gravi, precisi e concordanti; in tal modo si vieta al giudice di ritenere accertato il fatto se la prova indiziaria non riscontri i contenuti *de quibus*.

In secondo luogo si faccia riguardo ai commi 3 e 4 dell'articolo 192 c.p.p. onde per cui la chiamata in correità deve essere valutata unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità³⁶.

2. I principi "supremi": giurisprudenza della Corte costituzionale

Muovendo all'analisi dell'articolo 111³⁷ Costituzione si può assumere che la *iurisdictio* è connotata da tre condizioni, o garanzie

³⁵ L'articolo 192 c.p.p. afferma: "Il giudice valuta la prova dando conto nella motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati.

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

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

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

³⁶ G. LOZZI, "Lezioni di procedura penale", III edizione, Giappichelli, Torino, 2008, pag. 245.

³⁷ L'articolo 111 Costituzione afferma: "La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti al giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata.

Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo

epistemologiche, *id est* il contraddittorio delle parti di fronte ad un giudice terzo ed imparziale³⁸, la possibilità di “smentita” delle affermazioni dell’accusa da parte del difensore (o di controprova), la motivazione della scelta giudiziale, presupposti i quali emergono dalla riforma dell’articolo 111 della Costituzione. La *ratio* di questo articolo, profondamente mutato stante la legge costituzionale 23 novembre 1999 n. 2, recante, giustappunto, “*Inserimento dei principi del giusto processo nell’articolo 111 della Costituzione*”, volge a garantire il “giusto processo” intendendosi per tale un processo che tenga conto dei diritti delle parti ma che soprattutto quelli garantisca.

In parte si tratta di enunciati dichiaratamente ispirati al *procès équitable* consacrato all’articolo 6³⁹ della Convenzione europea dei

favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo.

Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore.

La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita. Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati. Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra.

Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione."

³⁸ Onere espletato salvaguardando il principio al di là di ogni ragionevole dubbio.

³⁹ L’articolo 6 CEDU afferma: “*Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l’accesso alla sala d’udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell’interesse della morale, dell’ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia.*”

diritti dell'uomo; in parte si tratta di princìpi "autoctoni" finalizzati a porre fine ad un'antica *querelle* tra Corte costituzionale e legislatore sorta in relazione al delicato tema della prova dichiarativa nel processo penale⁴⁰.

I giuristi hanno osservato come il nuovo testo dell'articolo di specie, qualificato da illustre dottrina "la regola d'oro nel processo penale"⁴¹, assuma rilievo essenziale ai fini dell'interpretazione sistematica delle norme che attengono al procedimento probatorio. Il riferimento va al principio del contraddittorio il quale implica la necessità che le parti si contrappongano esponendo ognuna le proprie ragioni⁴² di fronte ad un giudice terzo ed imparziale⁴³.

Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata.

In particolare, ogni accusato ha diritto di:

- a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico;*
- b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa;*
- c) difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia;*
- d) esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico;*
- e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza."*

⁴⁰ Cfr. l. n. 63/2001 recante: "Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale in materia di formazione e valutazione della prova in attuazione della legge costituzionale di riforma dell'articolo 111 della Costituzione"; Corte cost., ord. 12-27 marzo 2003, n. 76, in <https://www.giurcost.org>; Corte cost., ord. 13-28 dicembre 2007, n. 456, in <https://www.giurcost.org>.

⁴¹ P. FERRUA, "La prova nel processo penale", II edizione, Giappichelli, Torino, 2015, pag. 158 ss.

⁴² La massima "*audiatur et altera pars*" o "*audi alteram partem*" (traduzione: "sia ascoltata anche la controparte") individua ed esprime il principio giusta cui il principio del contraddittorio, nello specifico nel processo penale, risponde sempre, ed invero, all'esigenza di garantire il rispetto del diritto inviolabile alla difesa previsto nell'ordinamento italiano ex articolo 24 comma 2 della Costituzione il quale afferma: "*La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento*", ed ex articolo 111 comma 2 della Costituzione che sancisce: "*Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata.*"

⁴³ C. VALENTINI, "I poteri del giudice dibattimentale nell'ammissione della prova", Cedam, Padova, 2004, pag. 27 ss.

È all'interno di queste coordinate che il nostro sistema processual-penalistico fonda il principio del contraddittorio nella formazione della prova *ex* articolo 190 comma 1⁴⁴ c.p.p.

Gli studiosi⁴⁵ del diritto ritengono che la verità possa essere meglio accertata laddove le funzioni processuali siano ripartite tra soggetti che abbiano interessi contrapposti i quali si fronteggiano, in condizioni di parità, dinnanzi ad un giudice al quale spetti, in esclusiva, decidere.

In un sistema del genere la scelta operata dal giudice per le indagini preliminari ed il giudice per l'udienza preliminare tra le diverse ricostruzioni del fatto storico è incentivata dal contraddittorio tra soggetti motivati da interessi contrapposti: da un lato la pubblica accusa su cui grava l'onere di provare la colpevolezza dell'imputato dall'altro, invece, la difesa cui spetta quantomeno "insinuare" nel giudicante il dubbio circa la mancanza di credibilità delle fonti o l'inattendibilità delle prove addotte a sostegno dell'imputazione. Dal nuovo testo dell'articolo 111 della Costituzione, al quarto comma, si possono evincere due conclusioni importanti: in primo luogo il principio per cui *"il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova"* a suggello dell'implicazione logica "se A, allora B" che così suona nell'enunciato: "se x è prova, allora x deve essere formato in

⁴⁴ Per il cui testo vedi *supra*, nota 30.

⁴⁵ Su questa teoria della verità cfr. F. CAPRIOLI, *"Verità e giustificazione nel processo penale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, pag. 608 ss.; L. FERRAJOLI, *"Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale"*, III edizione, Laterza, Roma, 1989, pag. 8; M. TARUFFO, *"La prova dei fatti giuridici"*, Giuffrè, Milano, 1992, pag. 145 ss.

contraddittorio⁴⁶».

In secondo luogo si deduce, *per modus tollens*, che “se *x* non è formato in contraddittorio, allora *x* non può valere quale prova nel processo penale”.

L'articolo 111 della Costituzione prevede al quinto comma che, nei casi regolati dalla legge, «*la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita.*»

La chiara lettera dell'articolo 111 della Costituzione ha permesso, prima della riforma avvenuta nel 1999, che la Corte costituzionale iniziasse ad affermare *ex ante*, e con la legge di attuazione del giusto processo⁴⁷ *ex post*, corollari come il divieto di testimonianza indiretta per la polizia giudiziaria nonché l'uso delle contestazioni negli esami dibattimentali per l'esclusivo vaglio sulla attendibilità del testimone venissero ripristinati nel testo degli articoli 195⁴⁸ e 500⁴⁹ c.p.p.

⁴⁶ G. LICCI, “*Figure del diritto penale. Il sistema italiano*”, II edizione, Giappichelli, Torino, 2017, pag. 13.

⁴⁷ L. 1 marzo 2001, n. 63, recante “*Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale in materia di formazione e valutazione della prova in attuazione della legge costituzionale di riforma dell'articolo 111 della Costituzione*”.

⁴⁸ L'articolo 195 c.p.p. afferma: “*Quando il testimone si riferisce, per la conoscenza dei fatti, ad altre persone, il giudice, a richiesta di parte, dispone che queste siano chiamate a deporre. Il giudice può disporre anche d'ufficio l'esame delle persone indicate nel comma 1. L'inosservanza delle disposizioni del comma 1 rendono inutilizzabili le dichiarazioni relative a fatti di cui il testimone abbia avuto conoscenza da altre persone, salvo che l'esame di queste risulti impossibile per morte, infermità o irreperibilità.*

Gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria non possono deporre sul contenuto delle dichiarazioni acquisite da testimoni con le modalità di cui agli articoli 351 codice di procedura penale e 357 codice di procedura penale comma 2 lettere a) e b). Negli altri casi si applicano le disposizioni dei commi 1, 2 e 3 del presente articolo.

Le disposizioni dei commi precedenti si applicano anche quando il testimone abbia avuto comunicazione del fatto in forma diversa da quella orale. I testimoni non possono essere

A ratifica della nuova disciplina dettata dalla giurisprudenza costituzionale intervengono, a distanza di poco tempo l'una dall'altra, due pronunce del giudice di legittimità delle leggi: la sentenza 14 febbraio 2002 n. 32⁵⁰ e l'ordinanza 14 febbraio 2002 n.

esaminati su fatti comunque appresi dalle persone indicate negli articoli 200 codice di procedura penale e 201 codice di procedura penale in relazione alle circostanze previste nei medesimi articoli, salvo che le predette persone abbiano depresso sugli stessi fatti o li abbiano in altro modo divulgati.

Non può essere utilizzata la testimonianza di chi si rifiuta o non è in grado di indicare la persona o la fonte di cui ha appreso la persona o la fonte da cui ha appreso la notizia dei fatti oggetto dell'esame."

⁴⁹ L'articolo 500 c.p.p. afferma: "Fermi i divieti di lettura e di allegazione, le parti, per contestare in tutto o in parte il contenuto della deposizione, possono servirsi delle dichiarazioni precedentemente rese dal testimone e contenute nel fascicolo del pubblico ministero. Tale facoltà può essere esercitata solo se sui fatti o sulle circostanze da contestare il testimone abbia già depresso.

Le dichiarazioni lette per la contestazione possono essere valutate ai fini della credibilità del teste. Se il teste rifiuta di sottoporsi all'esame o al controesame di una delle parti, nei confronti di questa non possono essere utilizzate, senza il suo consenso, le dichiarazioni rese ad altra parte, salve restando le sanzioni penali eventualmente applicabili al dichiarante.

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 comma 3 possono essere utilizzate.

Sull'acquisizione di cui al comma 4 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.

A richiesta di parte, le dichiarazioni assunte dal giudice a norma dell'articolo 422 codice di procedura penale sono acquisite al fascicolo del dibattimento e sono valutate ai fini della prova nei confronti delle parti che hanno partecipato alla loro assunzione, se sono state utilizzate per le contestazioni previste dal presente articolo. Fuori dal caso previsto dal periodo precedente, si applicano le disposizioni di cui ai commi 2, 4, e 5.

Fuori dai casi di cui al comma 4, su accordo delle parti le dichiarazioni contenute nel fascicolo del pubblico ministero precedentemente rese dal testimone sono acquisite al fascicolo del dibattimento."

⁵⁰ Corte cost., sent. 14 - 26 febbraio 2002, n. 32, in <https://www.giurcost.org>. Il Tribunale di Palmi ha sollevato, in riferimento agli articoli 3 Costituzione: "Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. E' compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese", 24 Costituzione: "Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento. Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione. La legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari" e 111 Costituzione: "La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità,

36⁵¹.

Oggetto della sentenza del 14 febbraio 2002 n. 32 questioni di

*davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata. Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo. Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore. La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita. Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati. Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra. Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione", questione di legittimità costituzionale dell'articolo 195 comma 4 c.p.p. - come disciplinato dall'articolo 4 della legge 1 marzo 2001, n. 63, recante "Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale in materia di formazione e valutazione della prova in attuazione della legge costituzionale di riforma dell'art. 111 della Costituzione" - nella parte in cui prevedeva che gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria non potessero deporre sul contenuto delle dichiarazioni acquisite da testimoni con le modalità di cui agli articoli 351 c.p.p.: "La polizia giudiziaria assume sommarie informazioni dalle persone che possono riferire circostanze utili ai fini delle indagini. Si applicano le disposizioni del secondo e terzo periodo del comma 1 dell'articolo 362. All'assunzione di informazioni da persona imputata in un procedimento connesso ovvero da persona imputata di un reato collegato a quello per cui si procede nel caso previsto dall'articolo 371 comma 2 lettera b), procede un ufficiale di polizia giudiziaria. La persona predetta, se priva del difensore, è avvisata che è assistita da un difensore di ufficio, ma che può nominarne uno di fiducia. Il difensore deve essere tempestivamente avvisato e ha diritto di assistere all'atto. Nei procedimenti per i delitti previsti dagli articoli 572,600, 600 bis, 600 ter, 600 quater, 600 quater, 600 quinquies, 601, 602, 609 bis, 609 quater, 609 quinquies, 609 octies, 609 undecies e 612 bis del codice penale, la polizia giudiziaria, quando deve assumere sommarie informazioni da persone minori, si avvale dell'ausilio di un esperto in psicologia o in psichiatria infantile, nominato dal pubblico ministero" e 357, comma 2, lettere a) e b) c.p.p.: "Fermo quanto disposto in relazione a specifiche attività, redige verbale dei seguenti atti:
a) denunce, querele e istanze presentate oralmente;
b) sommarie informazioni rese e dichiarazioni spontanee ricevute dalla persona nei cui confronti vengono svolte le indagini". Il giudice della legge ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 195, comma 4, c.p.p. sollevata, in riferimento all'articolo 3 della Costituzione, dal Tribunale di Palmi dichiarando inoltre la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'articolo 195, comma 4, c.p.p. sollevata, in riferimento agli articoli 24 e 111 della Costituzione, sempre dal Tribunale medesimo.*

⁵¹ Corte cost., ord. 14 - 26 febbraio 2002, n. 36, in <https://www.giurcost.org>. Nei giudizi di legittimità costituzionale dell'articolo 500 commi 2 e 7 c.p.p., promossi con ordinanze emesse il 12 giugno 2001 dal Tribunale di Napoli, il 29 giugno 2001 dal Tribunale di Ascoli Piceno, sezione distaccata di San Benedetto del Tronto, il 6 luglio ed il 3 maggio 2001 dal Tribunale di

legittimità costituzionale relative al divieto della testimonianza indiretta, per gli ufficiali e per gli agenti di polizia giudiziaria, così come “ripristinato” *ex novo* dall'articolo 4 legge 1 marzo 2001 n. 63, recante “*Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale in materia di formazione e valutazione della prova in attuazione della legge costituzionale di riforma dell'articolo 111 della Costituzione*”, sollevate, con varie ordinanze da diverse autorità giudiziarie, con riguardo agli articoli 3⁵², 24⁵³ e 111⁵⁴ della Costituzione.

Ascoli Piceno ed il 9 luglio 2001 dal Tribunale di Bologna, la Consulta ha dichiarato la manifesta infondatezza che ha ad oggetto l' articolo 500 commi 2 e 7 c.p.p., così sollevate, in riferimento agli articoli 2 Costituzione: “*La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*”, articolo 3 “*Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. E' compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese*”, articolo 24 Costituzione: “*Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento. Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione. La legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari*”, articolo 25, comma 2, Costituzione: “*Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso*”, articolo 27 Costituzione: “*La responsabilità penale è personale. L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva. Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato. Non è ammessa la pena di morte*”, articolo 101 Costituzione: “*La giustizia è amministrata in nome del popolo. I giudici sono soggetti soltanto alla legge*”, articolo 111, comma 5 e comma 6, Costituzione: “*La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita. Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati*” e articolo 112 Costituzione: “*Il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale.*”

⁵² L'articolo 3 della Costituzione sancisce: “*Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.*

E' compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che limitando di fatto l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del paese.”

⁵³ L'articolo 24 della Costituzione sancisce: “*Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi.*

Il nucleo essenziale delle questioni di legittimità costituzionale investiva il supposto contrasto dell'articolo 195 comma 4 c.p.p. con l'articolo 3 della Costituzione giusta il profilo dell'irragionevole disparità della disciplina riservata agli ufficiali ed agli agenti di polizia giudiziaria, per i quali è previsto il divieto di deporre sul contenuto delle dichiarazioni acquisite da testimoni con le modalità di cui agli articoli 351⁵⁵ e 357⁵⁶ comma 2 lettere a) e b) c.p.p., rispetto a quanto dettato in caso di testimonianza indiretta per i testimoni comuni.

I rimettenti lamentavano l'irragionevole disparità di trattamento riservata agli agenti ed agli ufficiali di polizia giudiziaria rispetto alla disciplina generale della testimonianza indiretta fissata nei

La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento. Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione. La legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari."

⁵⁴ Per il cui testo vedi *supra*, nota 37.

⁵⁵ L'articolo 351 c.p.p. afferma: "La polizia giudiziaria assume sommarie informazioni dalle persone che possono riferire circostanze utili ai fini delle indagini. Si applicano le disposizioni del secondo e terzo periodo del comma 1 dell'articolo 362 codice di procedura penale.

All'assunzione di informazioni da persona imputata in un procedimento connesso ovvero da persona imputata di un reato collegato a quello per cui si procede nel caso previsto dall'articolo 371 comma 2 lettera b), procede un ufficiale di polizia giudiziaria. La persona predetta, se priva del difensore, è avvisata che è assistita da un difensore d'ufficio, ma che può nominarne uno di fiducia. Il difensore dev'essere tempestivamente avvisato e ha diritto di assistere all'atto.

Nei procedimenti per i delitti previsti dagli articoli 572, 600, 600 bis, 600 ter, 600 quater, 601, 602, 609 bis, 609 quater, 609 quinquies, 609 octies, 609 undecies e 612 bis codice penale la polizia giudiziaria, quando deve assumere sommarie informazioni da persone minori, si avvale dell'ausilio di un esperto in psicologia o in psichiatria infantile, nominato dal pubblico ministero. Allo stesso modo procede quando deve assumere sommarie informazioni da una persona offesa, anche maggiorenne, in condizione di particolare vulnerabilità.

In ogni caso assicura che la persona offesa particolarmente vulnerabile, in occasione della richiesta di sommare informazioni, non abbia contatti con la persona sottoposta ad indagini e non sia chiamata più volte a rendere sommarie informazioni, salva l'assoluta necessità per le indagini."

⁵⁶ L'articolo 357 comma 2 lettere a) e b) afferma: "Fermo quanto disposto in relazione a specifiche attività, redige verbale dei seguenti atti:

a) denunce, querele e istanze presentate oralmente;

b) sommarie informazioni rese e dichiarazioni spontanee ricevute dalla persona nei cui confronti vengono svolte le indagini."

primi tre commi della norma impugnata in base alla quale qualsiasi persona ha un dovere di deporre sui fatti di cui abbia avuto conoscenza da altri; disparità tanto più irragionevole in quanto, malgrado le modifiche apportate all'articolo 197⁵⁷ c.p.p. dalla legge 1 marzo 2001 n. 63 più volte evocata, nei confronti degli ufficiali e degli agenti di polizia giudiziaria persiste a non essere ritenuta alcuna incompatibilità con l'ufficio testimoniale.

Con ordinanza 14 febbraio 2002 n. 36 , invece, la Corte affronta la questione della compatibilità costituzionale, avendo riguardo agli articoli 2, 3, 24 comma 1, 25 comma 2, e 101 comma 2 della Costituzione, dell'articolo 500 comma 2⁵⁸ c.p.p. nella parte in cui non prevede che le dichiarazioni utilizzate per le contestazioni, e valutate ai fini della credibilità del teste, possano essere acquisite ed esaminate finanche come prova dei fatti in esse affermati laddove sussistano altri elementi di prova che ne confermino l'attendibilità.

Il nucleo comune delle censure ruotava intorno al principio di non dispersione dei mezzi di prova, come individuato dalla medesima

⁵⁷ L'articolo 197 c.p.p. afferma: "Non possono essere assunti come testimoni:

a) i coimputati del medesimo reato o le persone imputate in un procedimento connesso a norma dell'articolo 12 comma 1 lettera a), salvo che nei loro confronti sia stata pronunciata sentenza irrevocabile di proscioglimento, di condanna o di applicazione della pena ai sensi dell'articolo 444 codice di procedura penale;

b) salvo quanto previsto dall'articolo 64 comma 3 lettera c), le persone imputate in un procedimento connesso a norma dell'articolo 12 comma 1 lettera c), o di un reato collegato a norma dell'articolo 371 comma 2 lettera b), prima che nei loro confronti sia stata pronunciata sentenza irrevocabile di proscioglimento, di condanna o di applicazione della pena ai sensi dell'articolo 444 codice di procedura penale;

c) il responsabile civile e la persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria;

d) coloro che nel medesimo procedimento svolgono o hanno svolto la funzione di giudice, pubblico ministero o loro ausiliario, 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'articolo 391 quater."

⁵⁸ Per il cui testo vedi *supra*, nota 49.

Corte nella sentenza del 18 maggio 1992 n. 255⁵⁹ reputato dai giudici remittenti ancora in linea con il vigente quadro costituzionale; all'inosservanza del principio di ragionevolezza, della garanzia giurisdizionale dei diritti e della obbligatorietà ed indisponibilità dell'azione penale; alla vanificazione, infine, dell'obbligo di motivazione e del principio del libero convincimento del giudice in quanto, anche nel caso in cui egli sia motivatamente persuaso della veridicità delle dichiarazioni oggetto di contestazione, possa prescindere dalle stesse onde giungere ad una decisione che contraddice quanto dimostrato in giudizio.

La Corte costituzionale, dichiarando manifestamente infondata la questione rileva, in via preliminare, come l'articolo 111⁶⁰ della Costituzione abbia *expressis verbis* esaltato il principio del contraddittorio, finanche nella prospettiva della impermeabilità del processo, quanto alla formazione della prova, rispetto al materiale raccolto in assenza di dialettica tra le parti.

3. L'articolo 6 CEDU: princìpi e giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

Tra i princìpi enunciati nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo grande risalto ha l'articolo 6⁶¹ in quanto la legalità del

⁵⁹ Corte cost., sent. 18 maggio-3 giugno 1992, n. 255, in <https://www.giurcost.org>.

⁶⁰ Per il cui testo vedi *supra*, nota 37.

⁶¹ L'articolo 6 CEDU afferma: "Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza

processo è annoverata dalla Corte EDU tra i principi generali implicando altresì la presunzione di innocenza⁶². Detto articolo rappresenta il riferimento normativo più importante “concesso” a livello sovranazionale dal dopoguerra alle garanzie processuali odierne.

Da quanto emerge nel, e dal, dettato della Convenzione si è cercato di bilanciare gli equilibri tra l'interesse generale della collettività e la salvaguardia dei diritti fondamentali; la buona amministrazione della giustizia occupa di certo un ruolo rilevante che non si può assolutamente sacrificare per mera opportunità onde per cui l'articolo in esame configura un parametro di riferimento per tutti gli Stati firmatari che non può non influenzare *au fond* le esperienze giuridiche dei vari ordinamenti nazionali.

Nell'analisi dell'articolo 6 CEDU il rischio maggiore sta nel considerare taluni diritti prevalenti su altri. L'espressione “giusto processo” è connotata da un aggettivo - giusto - onde

può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia.

Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata.

In particolare, ogni accusato ha diritto di:

- a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico;*
- b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa;*
- c) difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia;*
- d) esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico;*
- e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza."*

⁶² C. eur. dir. uomo, sent. 22 giugno 2000, Coëme e altri c. Belgio; C. eur. dir. uomo, sent. 24 febbraio 1997, Haas e Gijssels c. Belgio, in <https://www.echr.coe.int>.

“marginalizzare” la consueta dicotomia accusatorio/inquisitorio che resta sconosciuta a livello di fonti internazionalistiche. La CEDU preferisce, in luogo, sottolineare un’esigenza imprescindibile ovvero quella che la disciplina processuale mostri la sua corrispondenza alle regole del giusto processo.

Le regole di specie dettate nell'articolo 6 CEDU mirano a “costruire” una "rete protettiva" a garanzia del diritto alla libertà personale e a tutela dello svolgimento del processo equo⁶³.

La parità delle armi tra accusa e difesa, sancita dall'articolo 6 paragrafo 1 CEDU, identifica una caratteristica imprescindibile di un processo equo; questa richiede che, ad ogni parte, sia fornita l'opportunità di difendere le proprie ragioni in condizioni che non mettano essa in una posizione di sostanziale svantaggio rispetto alla “controparte”. Il diritto al contraddittorio nel processo penale implica che, sia all'accusa che alla difesa, venga fornita l'opportunità di avere conoscenza e di potere contro-dedurre rispetto agli argomenti e alle prove presentate dalla parte avversa. In virtù del principio di buona amministrazione della giustizia si afferma che le decisioni delle corti e dei tribunali interni devono contenere ed illustrare adeguatamente la motivazione⁶⁴ in base alla quale sono state assunte.

⁶³ S. BUZZELLI, sub *articolo 6 CEDU*, in “AA. VV., *Codice di procedura penale commentato*”, coordinato da A. GIARDA, G. SPANGHER, vol. I, V edizione, Wolters Kluwer, Milano, 2017, pag. 209 ss.

⁶⁴ La motivazione soddisfa l'esigenza di dimostrare alle parti che le loro argomentazioni sono state prese in considerazione e valutate dal giudice procedente; inoltre, l'obbligo di motivazione impone al giudice della discussione di articolare il proprio ragionamento in base ad argomenti di tipo oggettivo, basandosi pertanto su quanto stabilito dalle leggi e dal codice di procedura penale, a tutela dei diritti di difesa.

Il principio che sancisce la pubblicità dei procedimenti giudiziari tutela le parti processuali da un'amministrazione segreta della giustizia e senza controllo del pubblico; la notorietà rappresenta il canale attraverso cui è possibile mantenere, ed incrementare, la fiducia nei confronti dell'autorità giudiziaria. Il principio di pubblicità dei procedimenti giudiziari contempla due diversi profili: quello delle udienze e quello della lettura in pubblico delle sentenze.

Esso è particolarmente importante in ambito penale ove chiunque sia stato accusato di un reato deve essere posto in condizione di partecipare al processo.

L'impossibilità di partecipare si tradurrebbe per l'imputato nell'incapacità di esercitare gli specifici diritti garantiti dall'articolo 6 CEDU; va nondimeno precisato come, laddove il processo si celebri *in absentia* dell'accusato, il processo non sia di per sé incompatibile con il dettato dell'articolo testé evocato⁶⁵.

Nell'ambito processuale-penalistico ad obiettivo dell'articolo 6 paragrafo 1 CEDU si elegge assicurare che l'accusato non sia costretto a rivestire la qualità di imputato troppo a lungo e che l'accusa elevata nei suoi confronti venga decisa in tempi ragionevoli. Il periodo di tempo rilevante ai fini della determinazione della "ragionevole durata" va calcolato a muovere dal giorno in cui l'imputato viene formalmente accusato; tale termine può iniziare a decorrere già prima che il processo inizi, ad esempio dal momento dell'arresto, della formulazione

⁶⁵ C. eur. dir. uomo, sent. 1 marzo 2006, Sejdovic c. Italia, in <https://www.echr.coe.int>.

dell'imputazione o dall'avvio delle indagini preliminari. La Corte EDU ha affermato⁶⁶ che il lasso di tempo cui l'articolo in esame si riferisce copre l'intero procedimento fino al giudizio di legittimità.

Si noti che l'articolo 6 non impone, *sic et simpliciter*, che i procedimenti giudiziari siano “spediti” ma implica finanche il più generale principio della corretta amministrazione della giustizia. Occorre dunque sempre effettuare un equo bilanciamento tra i vari aspetti di un tale fondamentale diritto.

Nel secondo paragrafo dell'articolo 6 CEDU viene sancito il “principio” della "presunzione d'innocenza" il quale vieta che i componenti di un organo giudicante, nell'esercizio delle proprie funzioni, si siano preformati il convincimento che l'imputato sia colpevole del fatto addebito. La disposizione prescrive che l'onere della prova sia a carico dell'accusa e che ogni dubbio debba essere valutato a favore dell'imputato.

Il diritto alla difesa enucleato all'articolo 6 paragrafo 3 CEDU deve essere inteso quale profilo particolare del più generale diritto ad un giusto processo disciplinato all'articolo 6 paragrafo 1. In altri termini, le garanzie sopracitate esemplificano la nozione di equo processo in ordine ad una serie di situazioni tipiche del processo penale benché il loro scopo volga ad assicurare l'equità complessiva del procedimento.

⁶⁶ C. eur. dir. uomo, sent. 27 giugno 1968, Neumeister c. Austria, in <https://www.echr.coe.int>.; C. eur. dir. uomo, sent. 27 giugno 1978, Wemhoff c. Germania, in <https://www.echr.coe.int>.; C. eur. dir. uomo, sent. 3 dicembre 2009, Kart c. Turchia, in <https://www.echr.coe.int>.

L'articolo 6 paragrafo 3 consta di cinque lettere: in primo luogo va precisato che la portata della lettera *a)* deve essere vagliata alla luce del principio di equità processuale fornendo inoltre informazioni complete e dettagliate circa le accuse contestate.

La lettera *b)* si concentra su due elementi fondamentali per un'adeguata difesa ovvero le "facilitazioni" ed il "tempo"; tale norma implica che l'attività difensiva svolta nell'interesse dell'accusato possa comprendere tutto ciò che risulti necessario in vista del processo.

La lettera *c)* garantisce che il procedimento non si svolga senza adeguata rappresentazione delle ragioni della difesa: Ivi si comprendono tre diritti distinti e separati:

a) il diritto di difendersi personalmente;

b) il diritto di avere l'assistenza di un difensore di fiducia;

c) il diritto di ottenere assistenza legale gratuita.

La lettera *d)* evoca il principio giusta il quale, prima che l'imputato venga condannato, tutte le prove devono essere formate ed assunte in contraddittorio durante una pubblica udienza. Eccezioni a tale principio sono possibili ma non devono violare i diritti della difesa i quali impongono che, all'accusato, venga fornita l'opportunità di contraddire e di interrogare i testi a carico nella fase dibattimentale del processo.

Nella lettera e) viene garantito il diritto all'assistenza gratuita di un interprete ma soltanto nel caso in cui l'imputato non comprenda o non parli la lingua utilizzata in udienza.

In questo paragrafo ci focalizzeremo sull'aspetto del diritto alla prova. La Convenzione europea non contempla espressamente la regola del contraddittorio nella formazione della prova e, di conseguenza, neppure eccezioni ad esso⁶⁷. Nonostante spetti alle giurisdizioni interne pronunciarsi sull'utilità del contraddittorio e sulla pertinenza delle prove di cui l'imputato sollecita l'acquisizione⁶⁸, circostanze eccezionali possono indurre la Corte europea a concludere per la violazione dell'equità processuale⁶⁹.

Va ricordato che la difesa, come peraltro l'accusa, si esplica attraverso l'esercizio del diritto alla prova il che implica non solo il diritto all'ammissione di un "esperimento probatorio" rilevante su di un oggetto di prova ma anche quello all'effettiva assunzione della prova in contraddittorio ed alla valutazione dei suoi esiti⁷⁰.

In merito al diritto all'ammissione probatoria la Corte di Strasburgo ha rammentato come sia dovere del giudice precedente motivare il rigetto dell'istanza di parte quantunque spetti al ricorrente l'onere di dimostrare tanto la necessità di convocare un testimone per

⁶⁷ P. FERRUA, *"La prova nel processo penale"*, II edizione, Giappichelli, Torino, 2015, pag. 241.

⁶⁸ C. eur. dir. uomo, sent. 13 luglio 2006, Popov c. Russia, in <https://www.echr.coe.int>.

⁶⁹ Cfr. C. eur. dir. uomo, sent. 7 luglio 1989, Bricmont c. Belgio, in <https://www.echr.coe.int>.

⁷⁰ G. UBERTIS, *"Argomenti di procedura penale"*, Giuffrè, Milano, 2006, pag. 17 ss.

l'accertamento della verità⁷¹ quanto il pregiudizio che il rifiuto di interrogarlo ha apportato al diritto di difesa.

Alla luce delle statuizioni “europee” in ordine all'articolo 6 paragrafi 1 e 3 lettera *d*) giova valorizzare come la nostra disciplina sulle contestazioni dibattimentali si ponga al di sopra dello *standard* minimo fissato dalla Corte EDU in materia di contraddittorio. Giusta l'angolo visuale delle impugnazioni è ritenuto contrario all'articolo 6 paragrafo 1 lettera *d*) CEDU rigettare l'istanza della difesa di escutere i testimoni, le cui disposizioni sono risultate decisive, per volgere una sentenza di proscioglimento in sentenza di condanna⁷². Ovviamente diritto di ammissione probatoria non significa “diritto all'ammissione di ogni prova”: a tale riguardo l'articolo 6 comma 3 lettera *d*) CEDU non esige la citazione di tutti i testimoni indicati dalle parti bensì garantisce all'accusato il diritto “*di ottenere la convocazione e l'interrogazione dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico*”. Ivi si contempla la parità delle armi⁷³ la quale non opera solo in sede di ammissione ma altresì comporta il diritto di assunzione della prova in fase dibattimentale.

⁷¹ C. eur. dir. uomo, sent. 6 maggio 2003, Perna c. Italia, in <https://www.echr.coe.int>.

⁷² C. eur. dir. uomo, sent. 18 maggio 2004, Destrehem c. Francia, in <https://www.echr.coe.int>.

⁷³ C. eur. dir. uomo, sent. 27 luglio 2000, Pisano c. Italia, in <https://www.echr.coe.int>.; C. eur. dir. uomo, sent. 27 marzo 2008, Peric c. Croazia, in <https://www.echr.coe.int>.

Spetta dunque al giudice del dibattimento valutare l'utilità di ricorrere a un dato strumento conoscitivo richiamandosi ai requisiti di pertinenza e di rilevanza dell'interrogazione dei testimoni⁷⁴.

Il nostro sistema codicistico, quanto a contraddittorio nella formazione della prova, non è in linea con l'interpretazione che la Corte europea "pratica" in rapporto al diritto dell'accusato di "esaminare e far esaminare i testimoni a carico" (articolo 6 paragrafo 3 lettera d) CEDU). Quest'ultima è orientata a ritenere che le dichiarazioni divenute irripetibili possano essere utilizzate in vista della condanna solo in quanto la responsabilità non si fondi in modo esclusivo o determinante su di esse⁷⁵; per altro verso la stessa Corte EDU ritiene che, quando l'accusato abbia avuto possibilità di controesaminare i testi a carico, non costituisca violazione delle regole codicistiche l'eventuale utilizzazione in chiave probatoria delle precedenti dichiarazioni, raccolte dagli organi inquirenti e contestate al testimone.

Sorge allora il quesito se venga a delinearsi un duplice contrasto del nostro sistema codicistico con la normativa convenzionale, *rectius*, con gli insegnamenti della Corte europea. Si evince, a bene vedere, che gli articoli 500⁷⁶ comma 4, 512⁷⁷ e 512 *bis*⁷⁸ c.p.p. sono esposti

⁷⁴ F. CASSIBBA, sub *articolo 6 CEDU*, in "AA. VV., *Codice di procedura penale commentato*", coordinato da A. GIARDA, G. SPANGHER, vol. I, V edizione, Wolters Kluwer, Milano, 2017, pag. 236.

⁷⁵ C. eur. dir. uomo, sent. 13 ottobre 2005, Bracci c. Italia, in <https://www.echr.coe.int>.

⁷⁶ Per il cui testo vedi *supra*, nota 49.

⁷⁷ L'articolo 512 c.p.p. afferma: "Il giudice, a richiesta di parte, dispone che sia data lettura degli atti assunti dalla polizia giudiziaria, dal pubblico ministero dai difensori delle parti private e dal giudice nel corso dell'udienza preliminare quando, per fatti o circostanze imprevedibili, ne è divenuta impossibile la ripetizione.

È sempre consentita la lettura dei verbali relativi all'acquisizione ed alle operazioni di distruzione degli atti di cui all'articolo 240 codice di procedura penale."

a una declaratoria di incostituzionalità nella parte in cui consentono al giudice di fondare una condanna in maniera esclusiva o determinante su dichiarazioni assunte senza contraddittorio. Nessuno si è motivato fino ad ipotizzare una declaratoria di illegittimità dell'articolo 500 c.p.p. nella parte in cui nega valore probatorio a quelle dichiarazioni limitandosi a prospettare soluzioni interpretative volta ad uniformare il regime delle contestazioni all'indirizzo della Corte europea o ad insistere sul rischio che l'Italia si trovi isolata dal contesto "europeo" e dall'azione unificatrice della Corte di Strasburgo.

Difficile risulta altresì "profetizzare" l'indirizzo della Consulta la quale, "suggestionata" dalla giurisprudenza europea, potrebbe respingere la questione di legittimità affermando che la Costituzione "*permette*" ma "*non impone*" l'irrilevanza probatoria delle contestazioni.

Diverso il discorso in rapporto a dichiarazioni divenute irripetibili⁷⁹ o acquisite a séguito di condotta illecita. Viene ipotizzato dalla dottrina⁸⁰ che gli articoli 500 comma 4⁸¹ c.p.p., 512⁸² c.p.p. e 512

⁷⁸ L'articolo 512 bis c.p.p. afferma: "*Il giudice, a richiesta di parte, può 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 essa, essendo stata citata, non è comparsa e solo nel caso in cui non ne sia assolutamente possibile l'esame dibattimentale.*"

⁷⁹ Con ciò ci si riferisce all'irripetibilità di natura oggettiva: se essa dipendesse dalla libera scelta di sottrarsi al controesame verrebbe in essere il divieto di provare la colpevolezza sulla base delle dichiarazioni già rese fuori dal contraddittorio.

⁸⁰ E. ZANETTI, "*Sulla tutela internazionale delle vittime di crimini contro l'umanità*", in "*Studi in onore di Mario Pisani. Diritto processuale penale e profili internazionali: diritto straniero e diritto comparato*", a cura di P. CORSO, E. ZANETTI, La Tribuna, Piacenza, 2010, pag. 219.

⁸¹ L'articolo 500 comma 4 c.p.p. afferma: "*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*

*bis*⁸³ c.p.p. possano essere dichiarati illegittimi nella parte in cui consentono al giudice di fondare una condanna in modo determinante o esclusivo su dichiarazioni raccolte fuori del contraddittorio. Tale illegittimità deriva dal contrasto con la Convenzione europea che, per effetto delle sentenze costituzionali numeri 348 e 349⁸⁴, è oramai entrata a fare parte del parametro di costituzionalità delle norme interne.

In secondo luogo, a bene vedere, non vi è ragione per ipotizzare un contrasto tra la normativa codicistica e quella della Convenzione europea. Né l'una né l'altra dettano criteri di valutazione per le dichiarazioni divenute irripetibili; la differenza sta nel fatto che, mentre il nostro codice consente *apertis verbis* l'uso in chiave probatoria delle dichiarazioni irripetibili, la Convenzione europea

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 comma 3 possono essere utilizzate.”

⁸² L'articolo 512 c.p.p. afferma: “*Il giudice, a richiesta di parte, dispone che sia data lettura degli atti assunti dalla polizia giudiziaria, dal pubblico ministero, dai difensori delle parti private e dal giudice nel corso della udienza preliminare quando, per fatti o circostanze imprevedibili, ne è divenuta impossibile la ripetizione.*

È sempre consentita la lettura dei verbali relativi all'acquisizione ed alle operazioni di distruzione degli atti di cui all'articolo 240.”

⁸³ L'articolo 512 *bis* c.p.p. afferma: “*Il giudice, a richiesta di parte, può 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 essa, essendo stata citata, non è comparsa e solo nel caso in cui non ne sia assolutamente possibile l'esame dibattimentale.”*

⁸⁴ Corte cost., sentt. 22 – 24 ottobre 2007, nn. 348-349, in <https://www.giurcost.org>. La Corte costituzionale ha definito in termini innovativi rispetto al passato il rapporto che intercorre fra la legislazione ordinaria ed i vincoli che derivano dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (d'ora in innanzi, per acronimo, CEDU) a cui si è data esecuzione *ex lege*. Le decisioni *de quibus*, che pur si riferiscono all'intera area dei vincoli giuridici che derivano dalla CEDU, si applicano in modo specifico al rapporto che intercorre fra le fonti primarie ed i vincoli che originano dalla CEDU essendo quelle determinate proprio da vicende processuali che facevano riguardo al problema del rispetto di alcuni principi di detta Convenzione, quali applicati da una serie di sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo.

tace sul punto limitandosi a stabilire il diritto al controesame dei testi a carico.

Qui abbiamo due alternative: o si concepisce il diritto al contraddittorio come assoluto, insuscettibile di deroga, o lo si intende come relativo, *id est* subordinato alla circostanza che il controesame non sia impossibile per motivi di natura oggettiva. La Corte europea propende all'evidenza per la seconda soluzione giacché non vieta l'uso delle dichiarazioni *de quibus* bensì ne attenua il valore probatorio. Tale conclusione appare del tutto ragionevole ma, più che da un precetto della Convenzione, si desume da una regola empirica di "buona" valutazione delle prove, riconducibile al fondamentale "canone" giusta cui la colpevolezza va provata oltre ogni ragionevole dubbio.

Se così è non si vede perchè identico epilogo non possa altresì valere nell'ambito del nostro sistema codicistico ove la regola della colpevolezza "al di là di ogni ragionevole dubbio" è stato ufficialmente "consacrato" nell'articolo 533⁸⁵ comma 1 c.p.p. Le dichiarazioni divenute irripetibili vedono ridurre al minimo il loro valore quando siano rese da coimputati, da *infradiciottenni*, da testimoni indiretti o, caso limite, da persona defunta dopo essersi rifiutata di rispondere nel corso del giudizio. Per converso non va *a priori* escluso che, in situazioni particolari, quelle possano assumere consistente, se non determinante, valore probatorio.

⁸⁵ L'articolo 533 comma 1 c.p.p. afferma: "Il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio. Con la sentenza il giudice applica la pena e le eventuali misura di sicurezza."

La prospettiva sostenuta aderisce alla tipologia di vaglio sostenuta dalla Corte europea che non giudica sulla conformità delle norme processuali alla Convenzione quanto, piuttosto, sull'equità delle singole vicende sottoposte al suo esame. La Corte EDU si è limitata⁸⁶ ad accertare la violazione di questa direttiva in determinati processi allorquando la condanna fosse stata fondata esclusivamente su dichiarazioni irripetibili assunte al di fuori del contraddittorio; a tale conclusione si è giunti tenendo conto dello specifico contesto probatorio.

Se la violazione della Convenzione registrata nel caso concreto dipendesse dall'imperfezione della legge nazionale applicata si manifesterebbe l'esigenza di una riforma relativa all'esame delle dichiarazioni irripetibili assunte fuori contraddittorio. Ma non è questa l'ipotesi che riguarda, giacché la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio permette di considerare la disciplina del nostro processo perfettamente in linea con l'insegnamento della Corte europea.

Nel tentativo di fornire un'interpretazione convenzionalmente orientata della disciplina delle letture del giudice di legittimità⁸⁷ la Corte di cassazione⁸⁸ ha superato l'indirizzo giusta cui è sempre ammesso in udienza l'uso delle dichiarazioni raccolte *inaudita*

⁸⁶ C. eur. dir. uomo, sent. 19 dicembre 1990, Delta c. Francia, in <https://www.echr.coe.int>; C. eur. dir. uomo, sent. 20 settembre 1993, Visser c. Francia, in <https://www.echr.coe.int>; C. eur. dir. uomo, sent. 2 ottobre 2002, S.N. c. Svezia, in <https://www.echr.coe.int>.

⁸⁷ Cfr. Corte cost., sent. 22-24 ottobre 2007, n. 349, in <https://www.giurcost.org>.

⁸⁸ Cass. pen., sez. VI, 5 ottobre 1998, G.G. C. e G.V., in <https://www.dejure.it>.

altera parte di cui sia impossibile la ripetizione in contraddittorio per causa oggettiva⁸⁹.

A differenza della Corte costituzionale la Corte europea non è giudice delle leggi: essa, difatti, si limita ad accertare se in un determinato processo si sia verificata, o meno, un'inosservanza della normativa convenzionale di tal che, e solo in quel contesto decisorio⁹⁰, i suoi *dicta* sono limitati alla causa in esame. Le interpretazioni della Corte rappresentano autorevolissimi precedenti sulla cui base si può facilmente pronosticare la sorte di analoghi casi riservandosi allo Stato interessato di prendere ogni misura necessaria ad evitare nuove condanne, inclusa la “revisione” della legge da cui fosse derivata la violazione del dettato convenzionale.

Nella giurisprudenza della Corte EDU si registra un *overruling* in tema di disciplina delle dichiarazioni *de quibus* a muovere dal caso *Al-Khawaja*⁹¹ e *Tahery*⁹² c. Regno Unito: ivi la Grande Camera

⁸⁹ Per causa oggettiva si intende una causa indipendente dalla volontà di taluno, assimilabile a causa di forza maggiore.

⁹⁰ C. eur. dir. uomo, sent. 28 giugno 2018, G.I.E.M. S.R.L. c. Italia, in <https://www.echr.coe.int>.

⁹¹ C. eur. dir. uomo, sent. 15 dicembre 2011, *Al-Khawaja* c. Regno Unito, in <https://www.echr.coe.int>. In detta evenienza il ricorrente, medico, era accusato di avere commesso abusi sessuali su due pazienti sotto ipnosi; senonché la prima donna, dopo avere raccontato a due amici ed alla polizia la dinamica dell'accaduto, si era suicidata. Nel corso del dibattimento venivano sentiti i due testimoni *de relato* e letti i verbali delle sommarie informazioni. Quanto al secondo episodio veniva escussa la vittima ed appurato che le due donne non si conoscevano. Il ricorrente veniva condannato per entrambi i capi d'imputazione da una giuria che aveva ricevuto istruzioni dagli esperti del settore sulla necessità di valutare con estrema cautela le dichiarazioni per sentito dire (cosiddetta *hearsay evidence*).

⁹² C. eur. dir. uomo, sent. 15 dicembre 2011, *Tahery* c. Regno Unito, in <https://www.echr.coe.int>. Il caso riguardava una persona accusata di avere accoltellato alle spalle un ulteriore individuo durante una lite in cui erano coinvolti più soggetti. Nelle prime battute dell'inchiesta la persona offesa e gli altri testimoni avevano dichiarato di non avere visto alcunché. Durante le indagini, nondimeno, uno dei presenti all'accaduto aveva mutato versione dichiarando alla polizia che il responsabile dell'aggressione si dimostrava il ricorrente; nel dibattimento, dopo l'infruttuoso esame della vittima, il giudice aveva disposto su richiesta del pubblico ministero la lettura delle dichiarazioni assunte dalla polizia. L'acquisizione delle

della Corte EDU ha “relativizzato” il divieto di utilizzare la testimonianza unilateralmente acquisita che abbia esercitato un peso determinante ed esclusivo per la condanna stabilendo che ad esso si può derogare allorché l’impossibilità per la difesa di interrogare il teste sia giustificata da un evento non imputabile all’autorità giudiziaria e che trovi compensazione in adeguate garanzie procedurali idonee, pertanto, ad assicurare l’equità complessiva del procedimento.

Nella vicenda *Al-Khawaja* era interesse della pubblica accusa ammettere le dichiarazioni della vittima che si era suicidata. Le sue narrazioni erano state documentate dalla polizia mentre la sua credibilità era supportata da due concordi testimonianze *de relato* riscontrandosi forti somiglianze sulle modalità degli abusi nel racconto della vittima e nella testimonianza della seconda persona offesa. Tanto più che, negli episodi di violenza sessuale in cui sono presenti solo vittima e agente, è difficile ottenere prove di maggiore persuasività in specie giacché non fosse possibile esaminare altri testimoni chiamati eventualmente a deporre al processo attraverso il metodo della *cross-examination*.

Si è esclusa pertanto la violazione dell’articolo 6 commi 1 e 3 lettera *d*) CEDU.

Diverso l’esito del caso *Tahery*. Qui, per il giudice di Strasburgo, l’indagine effettuata onde accertare i timori lamentati dal testimone è stata appropriata; di conseguenza si è mostrata giustificata

prove raccolte al di fuori del contraddittorio era giustificata dal timore dell’io narrante di deporre nel dibattimento avendo egli ricevuto minacce anonime. Ad epilogo il ricorrente veniva dichiarato colpevole da una giuria debitamente istruita da esperti del settore sul modo di valutare le dichiarazioni rese.

l'opzione di disporre la lettura delle dichiarazioni raccolte senza contraddittorio nonostante esse risultassero determinanti ai fini della condanna. L'uso delle dichiarazioni così acquisite non è pur tuttavia controbilanciato nella vicenda di specie da sufficienti garanzie; a tale riguardo, osserva la Corte EDU, il ricorrente non è stato messo nelle condizioni di vagliare la veridicità e l'attendibilità delle dichiarazioni del testimone assente per mezzo dell'esame incrociato nonostante questi fosse l'unica persona disposta o in grado di specificare che cosa avesse percepito con i propri sensi.

La difesa, del resto, non ha potuto neppure citare nessun altro testimone onde contrastare le dichiarazioni lette; la vittima medesima ha inoltre dichiarato nel dibattimento di non sapere chi fosse stato l'assalitore tanto più che il suo racconto solo in pochi punti corroborava le affermazioni del teste assente⁹³.

La Corte europea, pertanto, ha ravvisato una violazione dell'articolo 6 commi 1 e 3 lettera *d*) CEDU.

Nelle successive pronunce in materia il giudice europeo non ha più abbandonato i principi elaborati nel 2011, ossia il cosiddetto "*Al-Khawaja test*", imperniato sui motivi per cui il teste non è stato escusso nel processo, sul carattere unico o determinante della prova unilaterale di cui a condanna nonché, infine, sull'esistenza di adeguati fattori in grado di controbilanciare il *deficit* dialettico. Il ricorso a tali parametri da parte della Corte EDU non è stato sempre lineare da tal che si rendeva inevitabile che il totale *overruling* delle

⁹³ F. ZACCHE', "*Regole europee e processo penale*", Cedam, Padova, 2016, pagg. 216 – 217.

dichiarazioni rese in giudizio approdasse ad incertezze sull'estensione dei criteri utilizzati nel corso della discussione e sulle loro reciproche interferenze⁹⁴.

A risolvere tali dubbi interviene la sentenza *Schatschaschwili c. Germania*⁹⁵ con la quale il giudice europeo ha altresì colto l'occasione per ribadire e per specificare la portata dei singoli criteri dell'*Al-Khawaja test*. La Grande Camera ha precisato che la mancanza di buone ragioni idonee a giustificare l'assenza del testimone non può di per sé implicare l'iniquità del processo; applicare tale regola in maniera automatica, ovvero per le ipotesi in cui la prova unilaterale non sia determinante o risulti irrilevante per la soluzione del caso, si mostra in contrasto con il tradizionale approccio di considerare la *fairness* processuale nella sua globalità. La Grande Camera ha quindi, nella sentenza *Schatschaschwili c. Germania*, ribadito come l'equità processuale implichi un esame sia dell'importanza delle dichiarazioni accusatorie non verificate in contraddittorio sia delle misure adottate dall'autorità giudiziaria all'obiettivo di compensare il pregiudizio provocato alla difesa. Da qui emerge come l'estensione delle misure necessarie onde controbilanciare le dichiarazioni del teste assente dipenda dall'importanza da quest'ultime assunte nell'economia del giudizio: più la loro rilevanza è maggiore più gli elementi compensatori

⁹⁴ Siffatte divergenze interpretative suscitavano però almeno due questioni: se l'accertamento della *fairness* processuale dovesse fissarsi, o meno, attraverso tutti e tre i criteri contenuti nell'*Al-Khawaja test*; come si orienti la successione dei menzionati parametri nello svolgimento del *test*.

⁹⁵ C. eur. dir. uomo, sent. 15 dicembre 2015, *Schatschaschwili c. Germania*, in <https://www.echr.coe.int>.

dovranno essere “forti” all’obiettivo di considerare l’equa procedura nel suo insieme.

La Corte ha inoltre enfatizzato come l'assenza in dibattimento del testimone possa dipendere dai più molteplici motivi: si pensi, oltre ai casi della morte e del timore di ripercussioni, all'infermità oppure all'irreperibilità del dichiarante. In questi ultimi casi spetta all'organo giurisdizionale il dovere di compiere ogni sforzo plausibile per ottenere la comparizione della fonte di prova; dal canto suo il giudice nazionale è tenuto ad effettuare una valutazione approfondita delle ragioni che hanno impedito la comparizione del dichiarante in udienza.

Se il giudice di Strasburgo manterrà le linee tracciate dalla Grande Camera nella vicenda *Al-Khawaja e Tahery* è prevedibile una drastica riduzione del contenzioso con l’Europa. Prima dell’*overruling* testè menzionato la Corte europea pareva interdire che le dichiarazioni unilateralmente assunte fossero idonee a fondare la ricostruzione giudiziale del fatto essendone consentito al massimo un loro uso indiretto. Oggigiorno il giudice “europeo” pare contentarsi di molto meno validando l’uso esclusivo o determinante di prove assunte senza contraddittorio quando esse siano controbilanciate da “forti” garanzie procedurali. Di conseguenza, laddove una condanna si fondasse su dichiarazioni unilaterali decisive, sembrerebbe ora plausibile assumere che l’equità processuale verrebbe fatta salva tutte le volte in cui la loro affidabilità venisse riscontrata da ulteriori dati conoscitivi acquisiti al processo.

4. Il fondamento della prova nel codice di procedura penale

Il nostro codice di rito penale dedica l'intero libro III alla prova: dopo il preambolo dedicato alle disposizioni generali al titolo I dal quale origina una sorta di catalogo dei principi-guida da osservarsi in materia probatoria esso incentra la disciplina dei mezzi di prova al titolo II e dei mezzi di ricerca della prova al titolo III.

L'idea di sussumere in un unico contesto normativo la disciplina delle prove corrisponde ad una duplice esigenza: sottolineare, *in primis*, la centralità del tema nell'ambito di un processo caratterizzato dall'adesione allo schema accusatorio; *in secundis* "ripudiare" l'impostazione frammentaria cui erano ispirati i codici previgenti che, proprio attraverso ciò, manifestavano un orientamento teso a riflettere, nella fase delle indagini, il vero "baricentro" del processo⁹⁶.

Risulta prioritario interrogarsi se le disposizioni contenute nel libro III del codice di procedura penale possano, o debbano, trovare applicazione finanche al di là delle sedi ordinariamente destinate alla formazione della prova (dibattimento ed incidente probatorio), in particolare nella fase delle indagini preliminari. Il quesito ha evidente risposta positiva con riguardo ai diversi momenti, anteriori alla fase dibattimentale, in cui è previsto l'intervento del giudice, ora in funzione di garanzia ora in funzione di organo di decisione altresì nel merito.

Più nel dettaglio il giudice in sede di udienza preliminare, oppure quello chiamato a pronunciarsi sull'adozione di un provvedimento

⁹⁶ V. GREVI, "Prove", in G. CONSO, V. GREVI e M. BARGIS, "Compendio di procedura penale", VII edizione, Cedam, Padova, 2014, pag. 313 s.

di natura cautelare, sarà *sine dubio* tenuto ad osservare le disposizioni generali in tema di ammissione delle prove. Risulta più delicato il discorso circa l'operatività delle disposizioni generali in materia di prove rispetto alle indagini preliminari effettuate dal pubblico ministero sia a causa della loro ordinaria inidoneità a conseguire risultati apprezzabili come prova in dibattimento sia a causa della scelta legislativa di adottare una terminologia diversa rispetto ai corrispondenti atti compiuti di fronte al giudice per le indagini preliminari all'obiettivo, laonde per cui, di sottolinearne la differente rilevanza probatoria. Quanto detto non può significare che il pubblico ministero possa operare nel compimento delle indagini preliminari come *legibus solutus* ovvero senza osservare i principi di fondo dettati *in restricta materia*⁹⁷; d'altronde non va sottaciuto come le indagini preliminari da egli espletate risultino suscettibili di assurgere a livello di prova contribuendo pertanto alla formazione del convincimento del giudicante⁹⁸.

Si è ritenuto in dottrina⁹⁹ che, non riscontrandosi nel codice di procedura penale un'apposita ed autonoma disciplina per gli atti di

⁹⁷ Risulta necessario, nelle indagini preliminari, che il pubblico ministero non “cospiri” a ledere i diritti costituzionalmente garantiti e di tal che acquisisca finanche gli elementi a favore dell'indagato ex articolo 358 c.p.p. il quale così afferma: “*Il pubblico ministero compie ogni attività necessaria ai fini indicati nell'articolo 326 codice di procedura penale e svolge altresì accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini.*”

⁹⁸ In quest'enunciazione con riferimento all'attività svolta dal pubblico ministero risulta necessario ricondursi, giusta citando alcuni tipi di prova, agli accertamenti irripetibili ed all'acquisizione di atti investigativi su accordo delle parti.

⁹⁹ Cfr. a riguardo F. ALBANO, “*Misure cautelari e sequestri nel processo penale nei confronti di imputati o indagati*”, in *Cass. pen.*, 2018, pag. 435; F. CALLARI, “*L'abuso del processo penale tra diritto alla prova delle parti e poteri probatori del giudice*”, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, pag. 177; G. GIOSTRA, “*Segreto processuale, tra esigenze di giustizia, diritti individuali e controllo democratico*”, in *Cass. pen.*, 2018, pag. 747; C. PANSINI, “*Percorso di controllo sulla capacità processuale dell'imputato*”, in *Cass. pen.*, 2018, pag. 1389.

indagine del pubblico ministero omologhi ai tipici mezzi di prova, le norme previste per questi ultimi debbano trovare applicazione riguardo ai primi solo in via residuale ovvero per gli aspetti che non risultino coperti dalla loro specifica disciplina. Si tratterà evidentemente di un'operazione interpretativa "delicata" occorrendo verificare quando, nel silenzio della legge, debba ravvisarsi una vera e propria lacuna da colmarsi facendo ricorso alla corrispondente disciplina dei mezzi di prova.

Le disposizioni generali si aprono con l'articolo 187¹⁰⁰ c.p.p. dedicato all'oggetto di prova; tale norma risponde all'esigenza di evitare che l'attività probatoria possa arbitrariamente orientarsi verso qualunque obiettivo di verità storica circoscrivendone invece l'operatività verso temi coesenziali all'oggetto del procedimento.

Costituiscono oggetto di prova, da un lato, i fatti che si riferiscono all'imputazione, alla punibilità nonché alla determinazione della pena o della misura di sicurezza; dall'altro i fatti processuali o, più precisamente, i fatti dai quali dipende l'applicazione di norme processuali.

Segue l'articolo 188¹⁰¹ c.p.p. che codifica il principio secondo cui non possono essere utilizzati, neppure con il consenso della persona interessata, tecniche o metodi probatori idonei ad influire sulla

¹⁰⁰ L'articolo 187 c.p.p. così afferma: "Sono oggetto di prova 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. Se vi è costituzione di parte civile, sono inoltre oggetto di prova i fatti inerenti alla responsabilità civile derivante dal reato."

¹⁰¹ L'articolo 188 c.p.p. afferma: "Non possono essere utilizzati, neppure con il consenso della persona interessata, metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti."

libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti.

La norma in esame delinea un limite di origine generale alla libertà di formazione del materiale probatorio attraverso l'esclusione di tutte le prove che limitino la volontà morale dell'individuo. Quest'ultima è considerata dalla dottrina¹⁰² alla stregua di un valore metagiuridico indisponibile collegato ad un principio generale di tutela della dignità dell'uomo la cui protezione si rivede prioritaria rispetto all'esigenza di accertamento processuale.

Trattasi di un principio regolatore del diritto delle prove penali: l'articolo esplicita un'indicazione che conferma l'operatività di strumenti scientifico-tecnici nella formazione della prova, indirizzando maggiormente verso divieti di utilizzabilità a tutela dei valori della persona.

L'espressione "metodi o tecniche" è una endiadi che fa riguardo a qualunque intervento "manipolatore" attuabile con attività scientifiche quali narcoanalisi, *lie-detector* e simili nonché con altri mezzi più o meno "grossolani"¹⁰³.

¹⁰² C. CONTI, P. TONINI, "Il diritto delle prove penali", II edizione, Giuffrè, Milano, 2014, pag. 132; D. GROSSO, "L'udienza preliminare", Giuffrè, Milano, 1991, pag. 175; M. MURONE, "Il regime delle dichiarazioni nel processo penale", II edizione, Giuffrè, Milano, 2001, pag. 76.

¹⁰³ Con questa affermazione ci si riferisce, ad esempio, a fame, a sete, a luce abbagliante, a buio, ad esami estenuanti, a minacce. Un approccio analitico da parte di medici ed esperti del settore distingue tra metodi che influiscono sulla libertà di autodeterminazione dell'individuo sottoposto a queste pratiche (tortura fisica o psichica, tanto per esemplificare), metodi che tendono finanche ad alterare la capacità di ricordare i fatti (ipnosi, narcoanalisi, putacaso) e metodi idonei ad alterare la capacità di valutare i fatti (poligrafo, invero).

Successivamente l'articolo 189¹⁰⁴ c.p.p. si occupa delle prove cosiddette *atipiche* ossia non disciplinate dalla legge. La configurabilità delle prove atipiche è stata oggetto di vivace dibattito in dottrina¹⁰⁵ anche sotto la vigenza del precedente codice di procedura penale; chi riteneva inammissibili, pur sostenendo la necessità di vincolare l'ingresso di simili strumenti conoscitivi al rispetto delle garanzie fondamentali costituzionalmente riconosciute all'articolo 3¹⁰⁶, stava "di fronte" chi valorizzava il principio di tassatività delle prove sul rilievo che la relativa disciplina si articolava per il "filtro" di norme di garanzia la cui interpretazione analogica doveva ritenersi vietata.

Tra il principio di tassatività e quello di libertà della prova il codice ha dopotutto sottoscritto un'opzione intermedia: se l'articolo 189 c.p.p., da un lato, consente l'ammissione di prove non disciplinate dalla legge dall'altro enumera una serie di condizioni, suscitando nel dettaglio tre limiti:

1) la prova deve essere idonea all'accertamento del fatto oggetto della questione;

¹⁰⁴ L'articolo 189 c.p.p. afferma: "*Quando è richiesta una prova non disciplinata dalla legge, il giudice può assumerla se essa risulta idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti e non pregiudica la libertà morale della persona.*

Il giudice provvede all'ammissione, sentite le parti sulle modalità di assunzione della prova."

¹⁰⁵ A riguardo cfr. A. CAMON, "*La disciplina delle indagini scientifiche*", in *Cass. pen.*, 2014, pag. 1426; O. MAZZA, "*La fase delle indagini preliminari nel progetto Alfano e il suo impatto sul sistema processuale vigente*", in *Cass. pen.*, 2009, pag. 3263; S. SIGNORATO, "*Indagini preliminari al processo penale. Investigazioni della polizia giudiziaria in genere*", in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, pag. 580.

¹⁰⁶ L'articolo 3 Costituzione sancisce: "*Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.*

E' compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese."

- 2) è necessario che la stessa rispetti la libertà morale della persona;
- 3) ricorra la necessità di fare affidamento sulle parti in merito alle modalità di acquisizione della prova.

Con l'articolo 190 c.p.p. si entra nel contesto della disciplina delle modalità di ammissione delle prove il che identifica uno dei "terreni" sui quali è destinato a incidere più decisamente il nuovo modello del processo di parti. Esso esordisce affermando che "*le prove sono ammesse a richiesta di parte*" mentre, al secondo comma, viene precisato che "*la legge stabilisce i casi in cui le prove sono ammesse d'ufficio*".

Tra i principi direttivi della legge delega 16 febbraio 1987, n. 81¹⁰⁷, recante "*Delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale*", viene ad "esaltarsi" il concetto che impone l'introduzione del diritto alla prova.

Nel corso dei lavori per la "preparazione" della menzionata legge delega venne avanzata finanche una proposta di modifica al dettato della direttiva volta a sostituire, alle parole "*salvo che siano irrilevanti*", le altre "*salvi i casi di manifesta estraneità ed irrilevanza*¹⁰⁸".

L'allora Ministro Guardasigilli Giuliano Vassalli aveva *in temporibus* sottolineato, nel corso dei lavori preparatori al "nuovo" codice di procedura penale, il valore del principio del "difendersi

¹⁰⁷ Legge delega 16 febbraio 1987, n. 81, a Rubrica "*Delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale*".

¹⁰⁸ La variante venne spiegata dall'allora Ministro Guardasigilli Giuliano Vassalli in quanto il termine "salvo che siano irrilevanti" lasciava margini di discrezionalità eccessivi trovando le argomentazioni grande adesione da parte dei componenti dell'Assemblea legislativa, con la modifica dell'espressione tradottasi poi nella redazione definitiva del dettato in "salvi casi manifesti di estraneità ed irrilevanza".

provando" in cui evocava l'articolo 6 comma 3 lettera d)¹⁰⁹ della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali in base al quale ogni accusato ha diritto di interrogare, o di fare interrogare, i testimoni a carico nonché di ottenere la citazione dei testimoni a discarico a pari condizioni dei testimoni suddetti.

Nell'odierno codice di procedura penale spetta alle parti il potere di ricercare le fonti di prova e di chiedere al giudice per le indagini preliminari, al giudice per l'udienza preliminare, o a quello per il dibattimento, l'ammissione del relativo mezzo di prova. In sede di assunzione della stessa le parti partecipano direttamente alla sua formazione ponendo le domande all'imputato, o ad eventuali testimoni, oppure avanzando richieste al giudice di cui sopra; tale profilo si realizza giusta l'esautiva parità di armi tra le parti. Nella formazione della prova le richieste formulate dal pubblico ministero, dall'imputato e dall'eventuale parte civile sono valutate in base ai criteri della pertinenza e della rilevanza; gli elementi ricavati sono sottoposti successivamente al vaglio di attendibilità.

Con "diritto alla prova" si enfatizza una locuzione di sintesi che riassume il diritto di tutte le parti a ricercare le fonti di prova, a chiedere l'ammissione del relativo mezzo nonché a partecipare alle sue assunzioni.

Il sistema accusatorio, per essere effettivo, deve permettere alle parti di ricercare le prove; il diritto di esaminare le prove è loro

¹⁰⁹ L'articolo 6 comma 3 lettera d) CEDU afferma: "Esaminare o far esaminare i testimoni a carico ed ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico."

concesso in tutto il corso del procedimento, anche durante la fase del giudizio.

Da un lato, quindi, l'articolo 430¹¹⁰ c.p.p. attribuisce al pubblico ministero la facoltà di compiere un esercizio ulteriore di indagine, altresì dopo l'emissione del decreto che dispone il giudizio, all'obiettivo di presentare le richieste di assunzione di prove "nuove" al giudice del dibattimento.

A tale riguardo l'istanza di acquisizione di prove "nuove" depositata presso la segreteria dalle parti è inserita nel fascicolo del pubblico ministero stesso *ex* articolo 433¹¹¹ c.p.p. laddove l'istanza sia stata utilizzata dal giudice onde accogliere la richiesta.

La rubrica dell'articolo 190 c.p.p. è intitolata "diritto alla prova". Per diritto alla prova si intende il diritto delle parti a non vedere escluse dal materiale utilizzabile dal giudice gli elementi che possano servire alla dimostrazione delle proprie tesi. Il diritto alla prova è composto da varie componenti; oltre al diritto all'ammissione delle medesime nei limiti previsti *ex lege*, il diritto

¹¹⁰ L'articolo 430 c.p.p. afferma: "*Successivamente all'emissione del decreto che dispone il giudizio, il pubblico ministero e il difensore possono, ai fini delle proprie richieste al giudice del dibattimento, compiere attività integrativa di indagine, fatta eccezione degli atti per i quali è prevista la partecipazione dell'imputato o del difensore di questo. La documentazione relativa all'attività indicata nel comma 1 è immediatamente depositata nella segreteria del pubblico ministero con facoltà delle parti di prenderne visione e di estrarne copia.*"

¹¹¹ L'articolo 433 c.p.p. afferma: "*Gli atti diversi da quelli previsti dall'articolo 431 codice di procedura penale sono trasmessi al pubblico ministero con gli atti acquisiti all'udienza preliminare unitamente al verbale dell'udienza. I difensori hanno facoltà di prenderne visione ed estrarre copia, nella segreteria del pubblico ministero, degli atti raccolti nel fascicolo formato a norma del comma 1. Nel fascicolo del pubblico ministero ed in quello del difensore è altresì inserita la documentazione dell'attività prevista dall'articolo 430 codice di procedura penale quando di essa le parti si sono servite per la formulazione di richieste al giudice del dibattimento e quest'ultimo le ha accolte.*"

di ricercare e di ottenerne una corretta valutazione nonché il diritto di partecipare alla formazione di quelle costituende¹¹².

Il diritto alla prova implica altresì quello di ottenere l'ammissione dei mezzi di prova richiesti; a tale proposito l'articolo 190 c.p.p. afferma che il giudice è "vincolato" ad ammetterli "*senza ritardo con ordinanza escludendo le prove vietate dalla legge e quelle che manifestamente sono superflue o irrilevanti*".

Il riconoscimento del diritto alla prova suscita un limite al potere discrezionale "azionabile" dal giudice.

«Oggi il diritto ad ottenere l'ammissione della prova di tipo dichiarativo è stato limitato alle ipotesi di imputazione avente ad oggetto il delitto di associazione mafiosa *ex* articolo 416 *bis* c.p. o delitti ad esso collegati.

Se la persona, che una parte vuole sentire in dibattimento, ha già reso dichiarazioni in sede di incidente probatorio, l'esame è ammesso soltanto se il giudice lo ritiene assolutamente necessario ai sensi dell'articolo 190 *bis* c.p.p. Questo impone alla parte che chiede l'esame, un *quantum* di prova importante, perché la stessa deve dimostrarne non solo la rilevanza, ma soprattutto l'indispensabilità.

Nel fare questo è costretta a scoprire le domande che intende porre al dichiarante, perdendo di conseguenza la possibilità di utilizzare l'effetto "sorpresa" per saggiare l'attendibilità di questi¹¹³».

Una volta premesso che l'ammissibilità delle prove avviene a richiesta di parte, stabilendosi al riguardo che il giudice del

¹¹² Le prove costituende, ovvero quelle che devono formarsi nell'"agone" processuale, implicano perciò, di riflesso, un'attività processuale all'interno dell'Aula di tribunale specificatamente indirizzata alla formazione del mezzo di prova.

¹¹³ P. TONINI, "*La prova penale*", III edizione, Cedam, Padova, 1999, pag. 49.

dibattimento provvede senza ritardo con ordinanza circa la loro ammissione, escludendo di conseguenza quelle superflue o irrilevanti, risulta necessario esplicitare più a fondo quanto disposto nell'articolo 190 comma 1 c.p.p. con la locuzione “senza ritardo”.

Con ciò si fa aggio al fatto che il giudice del dibattimento è obbligato ad emettere una decisione circa la richiesta di prova; risultava quindi necessario, per il legislatore, enfatizzare l'importanza del diritto alla prova nella sua dimensione di “diritto di venire a conoscenza”, prima della decisione finale, del quadro probatorio per mezzo del quale il giudice del dibattimento formerà la propria *intime conviction*.

L'ultimo comma dell'articolo 190 c.p.p. assicura che “*i provvedimenti sull'ammissione della prova possono essere revocati sentite le parti in contraddittorio*”.

Si è affermato che il provvedimento di revoca, adottabile con la veste dell'ordinanza, è sottratto ad un'autonoma forma di impugnazione, in difetto di specifica previsione normativa, giacché, trattandosi di un *quid* destinato ad incidere sulla decisione finale, le eventuali censure possono trovare luogo nell'impugnazione proposta attraverso quest'ultima¹¹⁴.

Onde per cui, una volta adottato, il provvedimento sull'ammissione della prova può essere revocato solo nel contraddittorio delle parti; nello specifico, una volta introdotto un teste nella dinamica dibattimentale mediante la sua indicazione nella lista approvata dal giudice monocratico o dal presidente della sezione del tribunale,

¹¹⁴ S. RAMAJOLI, “*La prova nel processo penale*”, Cedam, Padova, 1995, pag. 19.

l'escussione non è più rimessa in via esclusiva alla volontà della parte.

Il diritto dell'imputato all'ammissione delle prove a discarico, di cui all'articolo 495 comma 2¹¹⁵ c.p.p., va coordinato con il potere attribuito al giudice del dibattimento, dal comma 4 del suddetto articolo, di revocare l'ammissione di prove che risultino superflue o di ammettere prove già escluse.

Detto potere, esercitato dal giudice del dibattimento in base ai risultati ottenuti dall'istruttoria dibattimentale, è ben più ampio di quanto riconosciuto al medesimo ad esordio del processo; ne viene che la censura di mancata ammissione di una prova decisiva si risolve, una volta che il giudice abbia indicato in sentenza le ragioni della revoca della prova già *in temporibus* ammessa, in una verifica della logicità e della congruenza della relativa motivazione rapportata al materiale probatorio raccolto e valutato¹¹⁶.

Proprio con riguardo alla motivazione appare importante sottolineare la correlazione tra la medesima ed il procedimento probatorio. La natura di tale nesso, alla luce del "nuovo" articolo 111 comma 3 della Costituzione, è quella di affermare il diritto dell'imputato ad *"ottenere la convocazione dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore"*.

Non avrebbe difatti senso garantire all'imputato il diritto a difendersi adducendo prove a suo favore se poi il giudice del

¹¹⁵ L'articolo 495 comma 2 c.p.p. afferma: *"L'imputato ha diritto all'ammissione delle prove indicate a discarico sui fatti costituenti oggetto delle prove a carico; lo stesso diritto spetta al pubblico ministero in ordine alle prove a carico dell'imputato sui fatti costituenti oggetto delle prove a discarico."*

¹¹⁶ M. D'ANDRIA, sub articolo 495 c.p.p., in "AA.VV., Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina", coordinato da G. LATTANZI, E. LUPO, Volume VII, Giuffrè, Milano, 2003, pag. 12.

dibattimento potesse impunemente ignorarle o modificarne il senso: costui deve tenere conto della prova, darne resoconto fedele nella motivazione e qualificare come l'abbia valutata.

«Il nesso tra diritto alla prova e diritto alla motivazione può essere apprezzato anche sul piano più strettamente giuridico. Occorre tenere presente, difatti, che dalle norme che disciplinano l'ammissione e l'acquisizione delle prove può agevolmente ricavarsi, in capo alle parti e al giudice, una situazione soggettiva di potere: qualora esso, in presenza di certi presupposti, sia validamente esercitato, il suo effetto finale tipico va ravvisato nella costituzione di un dovere di valutazione, il quale *ex art. 192 comma 1 c.p.p.*, si traduce processualmente nel dar conto nella motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati¹¹⁷».

Dacchè la psiche del giudice è insondabile ai fini del sindacato di legittimità ciò che conta è il *dictum* il cui vaglio si effettua in base alle ragioni indicate nella motivazione. Il distinguo che se ne evince, tra i possibili vizi della motivazione, fra *errores in procedendo* ed *errores in iudicando* risulta allora più nitido: non solo è diversa la natura delle norme che possono essere violate ma altresì i valori costituzionali che potrebbero venire lesi.

Ai sensi dell'articolo 111 comma 3 della Costituzione il materiale probatorio da porre a base della decisione deve tradursi in quanto validamente acquisito in dibattimento; a mente dell'articolo 111 comma 6 della Costituzione si afferma infine che la decisione deve essere inoltre razionalmente giustificata¹¹⁸.

¹¹⁷ A. CAPONE, "Diritto alla prova e obbligo di motivazione", in *Ind. pen.*, 2002, pag. 38.

¹¹⁸ Per "decisione razionalmente giustificata" si intende che il giudice, nel momento in cui dovrà motivare la scelta effettuata ad epilogo del processo, dovrà di necessità ricondursi alle

Pur escluso che la scelta che comporta la valutazione possa essere necessitata da una pura e rigorosa razionalità logico-formale il vaglio su cui quella si fonda deve rivelarsi corrispondente a ragioni in logica connessione con i principi accettati dall'ambiente socioculturale giacché è proprio da quest'ultimo che il giudizio deve essere considerato espressione di giustizia.

L'articolo 190 *bis*¹¹⁹ c.p.p., a sua volta, pone un limite al diritto delle parti alla prova quando sia richiesto l'esame di un testimone o di un imputato *ex* articolo 210¹²⁰ c.p.p. nei procedimenti ad oggetto i delitti di criminalità organizzata elencati nell'articolo 51 comma 3 *bis*¹²¹ c.p.p. oppure l'esame testimoniale di un minore degli anni

massime di esperienza, al dettato costituzionale dell'articolo 111 e a quello sovranazionale dell'articolo 6 CEDU.

¹¹⁹ L'articolo 190 *bis* c.p.p. afferma: *“Nei procedimenti per taluno dei delitti indicati nell'articolo 51, comma 3 bis, quando è richiesto l'esame di un testimone o di una delle persone indicate nell'articolo 210 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'articolo 238, 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 si applica quando si procede per uno dei reati previsti dagli articoli 600 bis, primo comma, 600 ter, 600 quater, 600 quinquies, 609 bis, 609 ter, 609 quater, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'articolo 600 quater 1, 609 quinquies e 609 octies del codice penale, se l'esame richiesto riguarda una testimone minore degli anni sedici e, in ogni caso, quando l'esame testimoniale richiesto riguarda una persona offesa in condizione di particolare vulnerabilità.”

¹²⁰ L'articolo 210 c.p.p. afferma: *“Nel dibattimento, le persone imputate in un procedimento connesso a norma dell'articolo 12, nei confronti delle quali si procede o si è proceduto separatamente, sono esaminate a richiesta di parte, ovvero, nel caso indicato nell'articolo 195, anche di ufficio.*

Esse hanno obbligo di presentarsi al giudice, il quale, ove occorra, ne ordina l'accompagnamento coattivo. Si osservano le norme sulla citazione dei testimoni.

Le persone indicate nel comma 1 sono assistite da un difensore che ha diritto di partecipare all'esame. In mancanza di un difensore di fiducia è designato un difensore di ufficio.

Prima che abbia inizio l'esame, il giudice avverte le persone indicate nel comma 1 che, salvo quanto disposto dall'articolo 66 comma 1, esse hanno facoltà di non rispondere.

All'esame si applicano le disposizioni previste dagli articoli 194, 195, 499.

Le disposizioni dei commi precedenti si applicano anche alle persone imputate di un reato collegato a quello per cui si procede, nel caso previsto dall'articolo 371 comma 2 lettera b).”

¹²¹ L'articolo 51 comma 3 *bis* c.p.p. afferma: *“Quando si tratta di procedimenti per i delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 416, sesto e settimo comma, 416, realizzato allo scopo*

sedici nei procedimenti in merito a delitti di violenza sessuale e di pedo-pornografia, o ancora quando l'esame testimoniale richiesto riguarda una persona offesa in condizione di particolare vulnerabilità.

Nel testo del riformato articolo 190 *bis* c.p.p. la disposizione, pur se vede ridimensionata la violazione del diritto al contraddittorio che si poteva ascrivere alla sua versione originaria¹²², bensì contempla ancora la possibilità di derogare al principio di oralità¹²³ sulla base di una valutazione discrezionale rimessa al giudice.

Infatti, consentendo di non ammettere l'esame dibattimentale quando possano essere utilizzati i verbali delle dichiarazioni rese in altra sede, viene data prevalenza alla dichiarazione scritta rispetto all'escussione orale, secondo una *ratio* intesa ad evitare al

di commettere taluno dei delitti di cui all'articolo 12, commi 3 e 3 ter, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, 416, realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dagli articoli 473 e 474, 600, 601, 602, 416 bis, 416 ter, 452 quaterdecies e 630 del codice penale, per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416 bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti previsti dall'articolo 74 del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, dall'articolo 291 quater del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, le funzioni indicate nel comma 1, lettera a), sono attribuite all'ufficio del pubblico ministero presso il tribunale del capoluogo del distretto nel cui ambito ha sede il giudice competente.”

¹²² L'articolo 190 *bis* c.p.p. nella sua versione precedente affermava: “*Nei procedimenti per taluno dei delitti indicati nell'articolo 51, comma 3 bis, quando è richiesto l'esame di un testimone o di una delle persone indicate nell'articolo 210 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'articolo 238, 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 si applica quando si procede per uno dei reati previsti dagli articoli 600 bis, primo comma, 600 ter, 600 quater, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'articolo 600 quater 1, 600 quinquies, 609 bis, 609 ter, 609 quater, 609 quinquies e 609 octies del codice penale, se l'esame richiesto riguarda un testimone minore degli anni sedici.”

¹²³ Nel predetto articolo si afferma che l'esame dei testimoni che già hanno reso dichiarazioni in sede di incidente probatorio o in dibattimento “*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.*”

dichiarante l'onere di presentarsi a deporre, anche ripetutamente, nei dibattimenti in cui le sue dichiarazioni siano di rilievo primario, con ciò esponendosi a conseguenti disagi e a possibili rischi per la sua persona; nonché volta, nel caso del minore, a risparmiare il trauma della deposizione nell'aula del tribunale su argomenti particolarmente delicati quali, ad esemplificare, un'eventuale abuso sessuale.

La disciplina di specie si applica finanche nell'ipotesi in cui debba procedersi a rinnovazione del materiale istruttorio per il sopravvenuto mutamento della persona del giudice; l'articolo testé citato è applicabile anche per la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale nel giudizio di appello.

A tutela del principio di legalità in materia probatoria, cui sono preposte le disposizioni generali, si pone soprattutto l'articolo 191¹²⁴ c.p.p. laddove sancisce l'inutilizzabilità delle prove illegittimamente acquisite ovvero assunte in violazione dei divieti stabiliti dalla legge. Esso si rappresenta come norma generale di previsione della sanzione dell'inutilizzabilità, norma invero destinata a combinarsi con tutte le molteplici disposizioni che prevedono un divieto probatorio.

Il seguente articolo 192¹²⁵ c.p.p. si occupa invece della valutazione della prova retta, quale regola generale, sul libero convincimento

¹²⁴ L'articolo 191 c.p.p. afferma: *“Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate.*

L'inutilizzabilità è rilevabile anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento.

Le dichiarazioni o le informazioni ottenute mediante il delitto di tortura non sono comunque utilizzabili, salvo che contro le persone accusate di tale delitto e al solo fine di provarne la responsabilità penale”.

¹²⁵ Per il cui testo vedi *supra*, nota 10.

del giudice; essa può avere ad oggetto in esclusiva l'area delle prove legittimamente ammesse ed acquisite e, quindi, utilizzabili.

L'esigenza di legalità nel momento valutativo trova conferma nella previsione del necessario raccordo tra le valutazioni operate dal giudice del dibattimento ai fini del suo convincimento e la motivazione dei provvedimenti che ne sono derivati nella quale motivazione dovrà darsi conto tanto dei risultati acquisiti che dei criteri adottati per valutarne l'attendibilità.

5. L'accertamento tecnico non ripetibile

Per quel che concerne il dettato dell'articolo 360¹²⁶ c.p.p. in merito agli accertamenti tecnici non ripetibili, la disciplina di specie muove, da un lato, a garantire l'ingresso nel processo di dati tecnici acquisibili solo durante la fase delle indagini preliminari e, dall'altro, a rispettare il principio accusatorio il quale esige che la prova si formi solo nel confronto delle parti dinnanzi ad un giudice

¹²⁶ L'articolo 360 c.p.p. afferma: *“Quando gli accertamenti previsti dall'articolo 359 codice di procedura penale riguardano persone, cose o luoghi il cui stato è soggetto a modificazione, il pubblico ministero avvisa, senza ritardo, la persona sottoposta alle indagini, la persona offesa dal reato e i difensori del giorno, dell'ora e del luogo fissati per il conferimento dell'incarico e della facoltà di nominare consulenti tecnici.*

Si applicano le disposizioni dell'articolo 364 comma 2.

I difensori nonché i consulenti tecnici eventualmente nominati hanno diritto di assistere al conferimento dell'incarico, di partecipare agli accertamenti e di formulare osservazioni e riserve.

Qualora, prima del conferimento dell'incarico, la persona sottoposta alle indagini formuli riserva di promuovere incidente probatorio, il pubblico ministero dispone che non si proceda agli accertamenti salvo che questi, se differiti, non possano più essere utilmente compiuti.

La riserva di cui al comma 4 perde efficacia e non può essere ulteriormente formulata se la richiesta di incidente probatorio non è proposta entro il termine di dieci giorni dalla formulazione della riserva stessa.

Fuori del caso di inefficacia della riserva di incidente probatorio previsto dal comma 4 bis, se il pubblico ministero, malgrado l'espressa riserva formulata dalla persona sottoposta alle indagini e pur non sussistendo le condizioni indicate nell'ultima parte del comma 4, ha ugualmente disposto di procedere agli accertamenti, i relativi risultati non possono essere utilizzati nel dibattimento”.

terzo ed imparziale¹²⁷. La norma in esame si ricollega all'articolo 359¹²⁸ c.p.p. quanto al presupposto del compimento di accertamenti discostandosene, per vero, ove richiede che gli atti *de quibus* siano connotati dal carattere dell'irripetibilità¹²⁹.

Il compimento di atti irripetibili rappresenta dunque una delle deroghe eccezionali al principio di formazione della prova nel dibattimento; infatti la caratteristica peculiare di tale fattispecie sta nel realizzare una formazione anticipata della prova con atti destinati a confluire, *ex* articolo 431¹³⁰ c.p.p., nel fascicolo del dibattimento, di tal che acquisiti, mediante il meccanismo delle letture, al sapere giudiziale nella fase della decisione.

¹²⁷ S. RECCHIONE, sub *articolo 360 c.p.p.*, in "AA.VV., *Codice di procedura penale*", coordinato da G. CANZIO, G. TRANCHINA, Giuffrè, Milano, 2012, pag. 3236.

¹²⁸ L'articolo 359 c.p.p. disciplina: "*Il pubblico ministero, quando procede ad accertamenti, rilievi segnaletici, descrittivi o fotografici e ad ogni altra operazione tecnica per cui sono necessarie specifiche competenze, può nominare e avvalersi di consulenti, che non possono rifiutare la loro opera.*

Il consulente può essere autorizzato dal pubblico ministero ad assistere a singoli atti di indagine."

¹²⁹ G. ANDREAZZA, sub *articolo 360 c.p.p.*, in "AA.VV., *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*", coordinato da G. LATTANZI, E. LUPO, vol. V, Giuffrè, Milano, 2013, pag. 415.

¹³⁰ L'articolo 431 c.p.p. afferma: "*Immediatamente dopo l'emissione del decreto che dispone il giudizio, il giudice provvede nel contraddittorio delle parti alla formazione del fascicolo per il dibattimento. Se una delle parti ne fa richiesta il giudice fissa una nuova udienza, non oltre il termine di quindici giorni, per la formazione del fascicolo. Nel fascicolo per il dibattimento sono raccolti:*

- a) gli atti relativi alla procedibilità dell'azione penale e all'esercizio dell'azione civile;
- b) i verbali degli atti non ripetibili compiuti dalla polizia giudiziaria;
- c) i verbali degli atti non ripetibili compiuti dal pubblico ministero e dal difensore;
- d) i documenti acquisiti all'estero mediante rogatoria internazionale e i verbali degli atti non ripetibili assunti con le stesse modalità;
- e) i verbali degli atti assunti nell'incidente probatorio;
- f) i verbali degli atti, diversi da quelli previsti dalla lettera d), assunti all'estero a seguito di rogatoria internazionale ai quali i difensori sono stati posti in grado di assistere e di esercitare le facoltà loro consentite dalla legge italiana;
- g) il certificato generale del casellario giudiziario e gli altri documenti indicati nell'articolo 236;
- h) il corpo del reato e le cose pertinenti al reato, qualora non debbano essere custoditi altrove. Le parti possono concordare l'acquisizione al fascicolo per il dibattimento di atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero, nonché della documentazione relativa all'attività di investigazione difensiva."

Il legislatore ha pur tuttavia rinunciato sia a fornire una nozione generale di “irripetibilità” sia a presentare un’elencazione di atti tipicamente non ripetibili da cui desumere, in via interpretativa, la stessa lasciando alla valutazione in concreto ed al divenire dell’esperienza teorica e pratica l’enucleazione della differenza tra atti ripetibili e non ripetibili.

La nozione di irripetibilità identifica una delle “chiavi di volta” dell’attuale modello processuale. La funzione assegnata al concetto di atto di specie nell’ambito del sistema risulta chiara: esso, in quanto provvisto di dati cognitivi non riproducibili come tali in sede dibattimentale, è mirato ad evitare che tali elementi vengano sottratti al “bagaglio” di conoscenze del giudice del dibattimento medesimo¹³¹.

La rinuncia a definire la nozione di specie, da parte del legislatore, lascia aperti margini notevoli all’incertezza e alla prassi applicativa sommandosi a tutto ciò la mancanza di una tassativa elencazione di atti da considerare *ex lege* irripetibili.

E’ stato osservato in dottrina¹³² come la giurisprudenza di legittimità formatasi in materia di atti irripetibili faticosi a trovare un contesto stabile al di là della generica definizione di irripetibilità in termini di irripetibilità intrinseca o congenita o originaria. Onde per cui, in un quadro dai contorni incerti ed instabili, si è avuto modo di verificare come l’atto irripetibile sia stato non di rado identificato tra i cosiddetti “atti a sorpresa”; essendo quest’ultima qualificazione

¹³¹ C. CESARI, “*L’irripetibilità sopravvenuta degli atti d’indagine*”, Giuffrè, Milano, 1999, pag. 68.

¹³² Cfr. S. BUZZELLI, “*Le letture dibattimentali*”, Giuffrè, Torino, 2000, pag. 71 ss.; C. CESARI, “*L’irripetibilità sopravvenuta degli atti d’indagine*”, Giuffrè, Milano, 1999, pag. 71; L. SURACI, “*L’atto irripetibile*”, Cedam, Padova, 2012, pag. 157 ss.

genericamente attribuita ai mezzi di ricerca della prova si è pervenuti a delineare una sorta di coincidenza tra queste ultime due classi di atti processuali.

L'irripetibilità di un atto investigativo emerge dalla suscettibilità del suo oggetto di subire, nel corso del procedimento, alterazioni tali da compromettere il risultato probatorio alla cui assicurazione esso verrebbe a destinarsi.

Tale concezione trova il proprio punto di riferimento nei dati normativi che, nell'ambito di un sistema volutamente privo di approcci definitivi rispetto alla classe dell'atto irripetibile, più di altri hanno concorso all'identificazione di un istituto generale che riconducono alla figura degli accertamenti tecnici irripetibili.

L'irripetibilità "svela" una categoria dogmatica di prova che si presta ad operare, sulla base di una configurazione unitaria, giusta diverse prospettive. Può essere quindi irripetibile l'atto del procedimento già compiuto; si parlerà, in questo caso, di irripetibilità effettiva intendendosi, per tale, l'atto che, nel momento della valutazione giudiziale, viene a connotarsi per il profilo costituito dall'impossibilità di reiterazione dell'atto stesso nel corso del procedimento medesimo.

In quest'evenienza il requisito dell'irripetibilità produce la legittimazione all'utilizzo di un modello acquisitivo con informazioni di rilievo diverso ed eccezionale rispetto a quello impiegato ordinariamente e, valorizzato per l'acquisizione delle prove nella dinamica processuale. Onde cogliere al meglio la dinamica dell'irripetibilità nell'ambito del processo è sufficiente

prendere ad esempio gli articoli 431¹³³ c.p.p. e 511¹³⁴ c.p.p.: *rebus sic stantibus* è possibile comprendere come l'irripetibilità faccia sì che la funzione dell'atto di indagine preliminare "esorbiti" dai confini delineati dall'articolo 326¹³⁵ c.p.p. per omologarsi a quella delle prove formate in dibattimento¹³⁶.

¹³³ L'articolo 431 c.p.p. afferma: "Immediatamente dopo l'emissione del decreto che dispone il giudizio, il giudice provvede nel contraddittorio delle parti alla formazione del fascicolo per il dibattimento. Se una delle parti ne fa richiesta il giudice fissa una nuova udienza, non oltre il termine di quindici giorni, per la formazione del fascicolo. Nel fascicolo per il dibattimento sono raccolti:

- a) gli atti relativi alla procedibilità dell'azione penale e all'esercizio dell'azione civile;
- b) i verbali degli atti non ripetibili compiuti dalla polizia giudiziaria;
- c) i verbali degli atti non ripetibili compiuti dal pubblico ministero e dal difensore;
- d) i documenti acquisiti all'estero mediante rogatoria internazionale e i verbali degli atti non ripetibili assunti con le stesse modalità;
- e) i verbali degli atti assunti nell'incidente probatorio;
- f) i verbali degli atti, diversi da quelli previsti dalla lettera d), assunti all'estero a seguito di rogatoria internazionale ai quali i difensori sono stati posti in grado di assistere e di esercitare le facoltà loro consentite dalla legge italiana;
- g) il certificato generale del casellario giudiziario e gli altri documenti indicati nell'articolo 236;
- h) il corpo del reato e le cose pertinenti al reato, qualora non debbano essere custoditi altrove. Le parti possono concordare l'acquisizione al fascicolo per il dibattimento di atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero, nonché della documentazione relativa all'attività di investigazione difensiva."

¹³⁴ L'articolo 511 c.p.p. afferma: "Il giudice, anche di ufficio, dispone che sia data lettura, integrale o parziale, degli atti contenuti nel fascicolo per il dibattimento.

La lettura di verbali di dichiarazioni è disposta solo dopo l'esame della persona che le ha rese, a meno che l'esame non abbia luogo.

La lettura della relazione peritale è disposta solo dopo l'esame del perito.

La lettura dei verbali delle dichiarazioni orali di querela o di istanza è consentita ai soli fini dell'accertamento della esistenza della condizione di procedibilità.

In luogo della lettura, il giudice, anche di ufficio, può indicare specificamente gli atti utilizzabili ai fini della decisione. L'indicazione degli atti 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.

La facoltà di chiedere la lettura o l'indicazione degli atti, prevista dai commi 1 e 5, è attribuita anche agli enti e alle associazioni intervenuti a norma dell'articolo 93."

¹³⁵ L'articolo 326 c.p.p. così dispone: "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."

¹³⁶ L'articolo 326 c.p.p. delinea le finalità delle indagini preliminari contemplando 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. Esso si relaziona all'articolo 358 c.p.p., rubricato "Attività di indagine del pubblico ministero", il quale, nel richiamare i fini indicati nell'articolo 326 c.p.p. funzionalizza al perseguimento di essi gli accertamenti su fatti e su circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini.

Ci si chiede se la valutazione di irripetibilità possa riguardare finanche un atto non ancora compiuto potendosi dunque configurare un'irripetibilità potenziale. La risposta, *prima facie*, sembra potere essere affermativa dal momento che appare coessenziale al concetto di irripetibilità la sussistenza materiale di un atto che, essendo già stato compiuto, non può essere rinnovato ulteriormente nel corso delle indagini.

Alla luce di una riflessione più accurata l'epilogo risulta viziato stante le vicende che hanno caratterizzato il rapporto tra il concetto di irripetibilità e quello di indifferibilità giacché la "non ripetibilità" presuppone che l'atto non sia riproducibile *ad libitum* o, che comunque, perda la sua efficacia probatoria se procrastinato nel tempo. Ciò che è irripetibile attiene all'informazione medesima contenuta nell'atto; la "non rinviabilità" della prova sta invece a significare che essa è, per sua natura, ripetibile e che conserva intatta nel tempo la sua intrinseca valenza probatoria¹³⁷.

Il problema dell'irripetibilità riconduce alla tempistica del compimento dell'atto: poiché, per esigenze fisiologiche, non è possibile esaminare nell'immediatezza il reperto, la sua realizzazione appare definitivamente compromessa così che, ancora prima che la possibilità di un'eventuale ripetizione, verrebbe pregiudicato il venire in essere dell'atto medesimo. *Rebus sic stantibus* il venire in esistenza della prova è, giusta ogni profilo, programmabile di modo che, in ragione di ciò, non può trascurarsi la necessità di coniugare l'utilità attuale dell'atto ai fini

¹³⁷ R. D'ISA, "Osservazioni sulla disciplina del fascicolo per il dibattimento", in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, pag. 1102.

dell'indagine con l'esigenza di protezione degli interessi dei soggetti che, dell'atto medesimo, sono destinati a subire gli effetti con la decisione finale¹³⁸.

Appare chiaro come il giudizio di prevedibilità relazionato al carattere dell'irripetibilità dell'atto non possa dirsi del tutto "emancipato" da quest'ultimo. Ambedue possono coesistere e, nell'unitarietà di una valutazione finale, assumere un ruolo fondamentale in virtù della significativa incidenza sulle modalità di formazione dell'atto.

Venendone che, a sinossi compendiosa, possiamo affermare che irripetibilità effettiva ed irripetibilità potenziale costituiscono espressioni qualificative di un concetto unitario accomunate dal medesimo regime di utilizzabilità dei relativi atti in prospettiva dibattimentale.

Il tema dei criteri di ricostruzione della nozione di atto irripetibile è stato approfondito finanche dalle Sezioni unite della Corte di Cassazione.

Alla luce della pronuncia con sentenza 18 dicembre 2006 n. 41281¹³⁹ il nodo centrale è costituito dall'acquisizione, al fascicolo per il dibattimento, delle relazioni di servizio della polizia giudiziaria e di quelle descrittive di attività investigative che consistono in osservazioni, in constatazioni dello stato dei luoghi o di fatti ed in pedinamenti. Qui la Suprema Corte ha colto il destro per tentare di indicare alcuni principi di carattere generale dotati di

¹³⁸ L. SURACI, "L'atto irripetibile", Cedam, Padova, 2012, pag. 21 ss.

¹³⁹ Cass. pen., SS.UU., 18 dicembre 2006, G.A, in <http://www.altalex.com>.

validità al fine di stabilire se un atto d'indagine meriti, o meno, l'attribuzione della qualità di atto irripetibile.

A tale proposito le Sezioni unite fanno notare come la disciplina degli atti irripetibili riguardi sia gli atti del pubblico ministero e della polizia giudiziaria che quelli compiuti dal difensore ai sensi della l. 7 dicembre 2000 n. 397¹⁴⁰.

A sèguito si viene ad indicare una premessa metodologica la quale consente all'interprete di non incorrere in un doppio errore: il primo riconduce al contesto in cui l'atto è stato compiuto; muovendo da tale prospettiva non esisterebbe giammai un atto irripetibile in dibattimento in quanto non è mai riproducibile il contesto in cui l'atto è stato formato al punto che altresì le dichiarazioni rese dalla persona informata sui fatti godrebbero del carattere dell'irripetibilità¹⁴¹.

Un secondo errore, del pari segnalato dalla Corte di legittimità, consiste nel fare rinvio esclusivo alla possibilità di descrizione in sede dibattimentale delle attività compiute dal soggetto che ha svolto le indagini, mostrandosi palese che ben questi potrebbe essere chiamato a ripercorrere oralmente i vari aspetti delle attività espletate.

Ciò premesso le Sezioni Unite delineano due nozioni alternative di non ripetibilità; la prima riguarda la descrizione di luoghi, di cose o di persone suscettibili di subire modificazioni per effetto del decorso del tempo. Secondo la Corte l'irripetibilità, in questo caso,

¹⁴⁰ La L. 7 dicembre 2000, n. 397, recante "*Disposizioni in materia di indagini difensive*".

¹⁴¹ L. SURACI, "*L'atto irripetibile*", Cedam, Padova, 2012, pag. 223 ss.

deriva dalla perdita di informazioni connessa al possibile mutamento dell'oggetto dell'osservazione¹⁴².

La seconda nozione, più complessa, fa diretto rinvio all'articolo 431¹⁴³ c.p.p. collegandosi inoltre alla tematica del giusto processo nell'assetto che deriva dall'innovato articolo 111¹⁴⁴ della Costituzione in quanto l'inserimento del verbale di un atto di indagine nel fascicolo processuale costituisce una deroga non soltanto al principio di oralità ma finanche al principio del contraddittorio nella formazione della prova.

Ad epilogo, nonostante i vari passaggi esplicativi da parte della Corte, la quale espone il concetto giusta cui l'acquisizione dell'atto investigativo rappresenta strumento esclusivo al fine di garantire la non dispersione delle informazioni e della loro genuinità, la pronuncia del giudice di legittimità non riesce a fornire soluzioni invero appaganti in ordine alla nozione di "irripetibilità".

Gli interpreti ritengono difatti 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 saldi¹⁴⁵».

¹⁴² In questo passaggio la Corte adduce ad esempio gli atti di accertamento e di rilievo planimetrico e volumetrico nonché le rilevazioni tecniche su luoghi, su persone o su cose.

¹⁴³ Per il cui testo vedi *supra*, nota 133.

¹⁴⁴ Per il cui testo vedi *supra*, nota 37.

¹⁴⁵ L. SURACI, "L'atto irripetibile", Cedam, Padova, 2012, pag. 229.

5.1 L'accertamento tecnico non ripetibile nella riforma Orlando

La legge 23 giugno 2017, n. 103, recante “*Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario*”, cosiddetta Riforma Orlando dalle generalità del facente funzioni di Ministro Guardasigilli, ha inciso profondamente sulla riserva di incidente probatorio soggiungendo, all'articolo 360 c.p.p., un comma 4 *bis* il quale così dispone:

«La riserva di cui al comma 4, perde efficacia e non può essere ulteriormente formulata se la richiesta di incidente probatorio non è proposta entro dieci giorni dalla formulazione della riserva stessa».

Dopo avere proposto riserva di incidente probatorio la persona sottoposta alle indagini ha quindi l'onere di agire in tempi brevi rivolgendosi al giudice per le indagini preliminari "per azionare" tale procedura entro un termine massimo di dieci giorni. La scarna disposizione del comma 4 provocava per vero effetti paradossali; l'indagato, "abusando" del suo diritto alla garanzia giurisdizionale, poteva paralizzare l'azione del pubblico ministero con una mera dichiarazione di riserva: la disposizione legislativa infatti non richiedeva l'avvenuta effettuazione, posteriormente alla riserva, della domanda di incidente probatorio.

L'inconveniente era risolto nella prassi dal pubblico ministero il quale indirizzava la richiesta al giudice per le indagini preliminari, *id est* facendola propria¹⁴⁶. A tale riguardo, evidente era la

¹⁴⁶G. MASTRANGELO, "Le modifiche in tema di incidente probatorio", in "Il penalista", 2017, pag. 42 ss.

mancanza di un termine entro il quale la parte che aveva formulato riserva doveva richiedere l'incidente probatorio; l'introduzione del summenzionato termine ha, per obiettivo, di impedire un utilizzo strumentale della facoltà per finalità puramente dilatorie.

Vedendone che, laddove entro tale scadenza non sia stata presentata la richiesta di incidente probatorio, il pubblico ministero è libero di procedere all'accertamento tecnico nelle forme previste *ex* articolo 360 c.p.p.

La recente riforma del processo penale ha altresì modificato il comma 5 dell'articolo 360 c.p.p. il quale, ora, risulta così formulato:

«Fuori del caso di inefficacia della riserva di incidente probatorio previsto dal comma 4 *bis*, se il pubblico ministero, malgrado l'espressa riserva formulata dalla persona sottoposta alle indagini e pur non sussistendo le condizioni indicate nell'ultima parte del comma 4, ha ugualmente disposto di procedere agli accertamenti, i relativi risultati non possono essere utilizzati nel dibattimento».

La disposizione introdotta rappresenta una "clausola di coordinamento" con il comma 4 *bis* fissando un'eccezione all'ipotesi di inutilizzabilità degli atti compiuti dal pubblico ministero nonostante la presentazione della riserva di incidente probatorio. Se l'articolo 360 c.p.p. parla di "modificazione" dello stato di persone, di cose o di luoghi, l'articolo 392¹⁴⁷ c.p.p. vuole che essa

¹⁴⁷ L'articolo 392 c.p.p. afferma: *“Nel corso delle indagini preliminari il pubblico ministero e la persona sottoposta alle indagini possono chiedere al giudice che si proceda 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;

sia "non evitabile" onde per cui il passaggio dall'accertamento tecnico irripetibile all'incidente probatorio non può avvenire sulla base della mera richiesta dell'indagato se la modificazione è evitabile.

Sanzioni "drastiche" e chiare nel contenuto, ma suscettibili di interrogativi di sistema, perché imperniate su una categoria (l'inefficacia) che è utilizzata nella prassi, però senza un collegamento diretto con le ipotesi di invalidità degli atti¹⁴⁸.

In applicazione del principio del *tempus regit actum*, il "nuovo articolo 360 c.p.p." trova valenza nei procedimenti pendenti; ciononostante la disposizione dettata dall'articolo 360 c.p.p. non opera nei confronti delle riserve di incidente probatorio in rapporto

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;

d) all'esame delle persone indicate nell'articolo 210 e dei testimoni di giustizia;

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.

Nei procedimenti per i delitti di cui agli articoli 572, 600, 600 bis, 600 ter e 600 quater, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'articolo 600 quater.1, 600 quinquies, 601, 602, 609 bis, 609 quater, 609 quinquies, 609 octies, 609 undecies e 612 bis del codice penale il pubblico ministero, anche su richiesta della persona offesa, o la persona sottoposta alle indagini possono chiedere che si proceda con incidente probatorio all'assunzione della testimonianza di persona minorenni ovvero della persona offesa maggiorenne, anche al di fuori delle ipotesi previste dal comma 1. In ogni caso, quando la persona offesa versa in condizione di particolare vulnerabilità, il pubblico ministero, anche su richiesta della stessa, o la persona sottoposta alle indagini possono chiedere che si proceda con incidente probatorio all'assunzione della sua testimonianza.

Il pubblico ministero e la persona sottoposta alle indagini possono altresì chiedere una perizia che, se fosse disposta nel dibattimento, ne potrebbe determinare una sospensione superiore a sessanta giorni ovvero che compori l'esecuzione di accertamenti o prelievi su persona vivente previsti dall'art. 224 bis."

¹⁴⁸ A. GIARDA, "Le nuove indagini preliminari: rinforzo di garanzie ed accelerazioni funzionali", in *Dir. pen. proc.*, 2017, pag. 1303.

alle quali, prima dell'entrata in vigore della legge di riforma, sia già decorso il termine di dieci giorni.

Per le riserve di incidente probatorio presentate prima dell'entrata in vigore della riforma, il termine di dieci giorni onde avanzare la richiesta di incidente probatorio, a pena di inefficacia della medesima, decorre dal 1° settembre 2017.