

CAPITOLO I

LE RAGIONI DEL RECUPERO DI CENTRALITÀ DELL'ESAME INCROCIATO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il declino della prova dichiarativa e le opposte fortune dell'esame incrociato. – 3. Cenni sulla natura dell'esame incrociato. – 4. Le poche regole legali. – 5. Diritto giurisprudenziale e ruolo dell'interpretazione nel processo penale – 6. Significato e limiti della riserva di legge processuale. – 7. La mancata previsione di sanzioni processuali.

1. PREMESSA

La previsione di rango costituzionale del contraddittorio per la prova¹ esime dal compito di illustrare, anche solo per cenni, le ragioni che sottendono la scelta di elevarlo a metodo esclusivo di produzione della conoscenza, se pure con limitate e tassative eccezioni che non ne scalfiscono la centralità². L'ampio dibattito sui suoi fondamenti epistemologici consegna un risultato non facilmente controvertibile: ancor prima che diritto, il contraddittorio è il miglior metodo di produzione del

¹Sul tema del contraddittorio la letteratura è molto ampia e per un esaustivo inquadramento può rinviarsi a P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, Zanichelli, Bologna, 2012, e a G. GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del) (dir. proc. pen.)*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, VIII, Roma, 2001.

²R. ORLANDI, *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, in AA.VV., *La prova nel dibattimento penale*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 3 ss., evidenzia come il codice di rito attuale, sì come integrato dalla legge di modifica dell'art. 111 Cost., «segna il passaggio da una gnoseologia giudiziaria impostata prevalentemente sulla 'prova argomentata', vale a dire sulla prova intesa come 'fatto sensibile' separata dall'argomentazione che vi si riferisce, a una diversa metodologia basata sulla 'argomentazione provata'; vale a dire sulla prova intesa come 'ragionamento' o 'argomento' che ingloba il mezzo [...] usato come strumento dalle parti per dimostrare la fondatezza delle rispettive tesi».

sapere processuale, che garantisce correttezza nella procedura e affidabilità dei risultati. È solo un luogo comune che la verità nel processo non sia e non possa essere la verità storica dei fatti, che la verità processuale sia altro dalla verità materiale³. L'adozione del contraddittorio è invece attestazione di quanto il sistema aspiri a costruire conoscenze compiute e corrispondenti alla realtà. In questo senso esso non è un limite alle capacità cognitive posto a tutela delle posizioni soggettive coinvolte nell'accertamento; è il fattore che potenzia la ricerca del sapere, selezionando l'informazione che merita fiducia da quella che, formata al di fuori di collaudate regole epistemologiche, non può costituire verità.

Si ha modo con questa premessa di cogliere l'intima connessione tra i cosiddetti profili oggettivi e soggettivi del contraddittorio, che è garanzia e diritto delle parti nella misura in cui è metodo affidabile di conoscenza; e che, specularmente, è strumento di formazione di un sapere veridico proprio perché implica una rigorosa tutela dei diritti⁴.

³Cfr. M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Laterza, Bari, 2009, p. 83 ss., il quale osserva che una distinzione priva di fondamento, da accantonare rapidamente, è quella tra verità formale o processuale e verità reale. L'una si stabilisce nel contesto del processo, l'altra sarebbe accertata soltanto fuori del processo. Per l'Autore non esistono varie specie di verità a seconda che si sia all'interno o all'esterno del processo, perché la verità degli enunciati sui fatti è determinata dalla realtà di questi fatti, e ciò accade sia nel processo, sia al di fuori di esso. Le regole di ammissione, di assunzione e di valutazione della prova possono limitare o condizionare la ricerca della verità, ma ciò non vuol dire che esse inducano a scoprire una verità diversa da quella che si potrebbe scoprire al di fuori del processo. Possono produrre un *deficit* nell'accertamento della verità, che però non si risolve nel fatto che vi sia una verità processuale; esso implica soltanto che in un processo in cui vigono limitazioni di prova, si accerta solo una verità limitata ed incompleta o, nei casi più gravi, non si accerta nessuna verità. Il problema, allora, non riguarda la verità, ma i limiti entro i quali il processo consente che essa venga accertata. Resta sullo sfondo la questione più ampia di cosa debba intendersi per verità. Sul punto cfr., ancora, M. TARUFFO, *op. cit.*, p. 81, il quale rileva che è ancora valido il classico criterio proposto da Tarsky, secondo cui l'enunciato «la neve è bianca è vero soltanto se la neve è bianca».

⁴Come è stato efficacemente evidenziato da G. UBERTIS, *Giusto processo (dir. proc. pen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, II, Giuffrè, Milano, 2008, p. 433, la valorizzazione del contraddittorio come metodo privilegiato di ricerca della verità conduce al «rifiuto della distinzione tra contraddittorio oggettivo e contraddittorio soggettivo». Esso è, infatti, un modo di procedere che, se si vuole, si attua attraverso il riconoscimento alle parti di adeguati diritti di intervento; e sono questi diritti, non già il

Il contraddittorio trova, e anche di questo si ha conferma dal testo costituzionale, il terreno d'elezione nella prova dichiarativa, su cui agisce in funzione di efficace inibizione degli errori connaturati a modelli di formazione della conoscenza costruiti intorno alla segretezza e alla prevalenza dell'autorità pubblica sulle parti private.

La tecnica di assunzione della prova dichiarativa è costituita dall'esame incrociato⁵, formula con cui si fa

contraddittorio, ad avere un profilo soggettivo. E, si aggiunge, quando si parla di diritto al contraddittorio si intende più propriamente il diritto all'esercizio del contraddittorio e non già una situazione soggettiva che possa contrapporsi concettualmente al contraddittorio come metodo.

⁵E. SELVAGGI, *Esame diretto e controesame*, in *Digesto delle Discipline Penali*, IV, Utet, Torino, 1990, rist. 1994, p. 281, chiarisce molto opportunamente che con l'espressione 'esame e controesame' si fa riferimento alle modalità di assunzione dibattimentale dei mezzi di prova che consistono in dichiarazioni e che con l'espressione 'esame' si intende anche lo specifico mezzo di prova, disciplinato dagli artt. 208-210 c.p.p., consistente nell'audizione dell'imputato e delle altre parti private. In prospettiva solo in parte diversa I. FRIONI, *L'esame dell'imputato*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 5 ss., analizza la portata semantica del termine 'esame' all'interno del sistema e precisa, con riguardo alla testimonianza, che essa si è evoluta nel significato codicistico tanto da non esaurirsi più nell'atto dichiarativo, «poiché, quando considerata in un contesto più specifico, la testimonianza acquista il più comprensivo senso di attività binaria, al cui interno è contenuta la stessa dichiarazione del testimone preceduta, però, dall'interrogazione dell'esaminante». La testimonianza, in buona sostanza, si risolve in «un'attività composita della quale il testimone è solo soggetto partecipante e di cui la stessa dichiarazione è elemento [...] risultante dell'incontro tra un'interrogazione e una narrazione, quest'ultima costituente il secondo momento dell'attività denominata 'mezzo di prova'». Nonostante il termine 'testimonianza' abbia conservato il suo originario significato, si è esteso il riferimento del termine a un'ulteriore situazione, «originata dalla decisione del legislatore di eleggere l'espressione 'esame delle parti' a denominatore di un mezzo di prova affiancato ad essa [...] Soggettivamente considerata, come dichiarazione rappresentativa, essa resta un atto a struttura complessa, ma sul piano oggettivo-probatorio si trasforma in attività, in cui più atti (l'interrogazione e la dichiarazione rappresentativa) contribuiscono su un piano di parità alla formazione del concetto». Questo fenomeno si è verificato per effetto dell'ingresso dell'esame delle parti tra i mezzi di prova orali: non sono più qualificati come atti personali di natura dichiarativa, ma si presentano come attività partecipate, caratterizzate in senso plurisoggettivo. Alla luce di una puntuale disamina della disciplina dei mezzi di prova orali e delle regole dell'esame incrociato, l'Autore giunge alla conclusione di una netta distinzione, all'interno del codice di rito, tra i mezzi di prova (esame testimoniale, esame peritale, esame delle parti) e il metodo dell'esame diretto e del controesame, «da intendere dunque non già come mezzo di prova ma

riferimento all'insieme dei segmenti della procedura acquisitiva delle prove dibattimentali orali e, quindi, all'«esame diretto» condotto dalla parte che ha richiesto la prova, al «controesame» eventualmente condotto da controparte, ed al «riesame», ossia alla prosecuzione dell'esame diretto successivo al controesame. Per questa ragione si evita di ricorrere alla locuzione *cross-examination* che nei sistemi di *common law* indica, invece, solo la fase che segue l'esame del testimone condotto dalla parte che lo ha richiesto⁶.

Emerge con evidenza, già dalla indicazione dei tratti in cui si articola, la fisionomia dialettica dell'esame, rifrazione immediata del contraddittorio: le parti, in posizione di parità, si misurano in una contesa, leale e regolamentata, per la costruzione della prova; sono protagoniste dell'istruzione probatoria anche nella fase di assunzione, potendo porsi in contatto diretto con il soggetto chiamato a riversare nel processo le sue conoscenze; si sono affrancate dal paternalistico condizionamento previsto dal codice del 1930 della mediazione presidenziale nell'escussione del testimone e, più in generale, del dichiarante. Possono così decidere con ampia libertà della propria strategia probatoria e trovano nel giudice (meglio: nel presidente del collegio), ormai estraneo all'impegno istruttorio, la garanzia per uno scontro dialettico che si svolga entro i confini tracciati dalla legge secondo i principi di lealtà e correttezza. Può così dirsi, senza timore di enfasi, che l'esame incrociato costituisce il precipitato dei postulati della moderna epistemologia⁷.

come [...] mezzo per la prova, strumento attraverso il quale l'esame si realizza o il mezzo di prova viene acquisito».

⁶V. FANCHIOTTI, *Cross examination*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, X, Roma, 1991, p. 1, evidenzia che la legge-delega del vigente codice di rito utilizza l'espressione esame diretto (svolto cioè senza il tramite del giudice) per indicare nel suo complesso l'esame condotto dalle parti, mentre il codice indica come esame diretto e controesame le due fasi principali dell'escussione. Cfr., nello stesso senso, G. FRIGO, *Art. 498 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. CHIAVARIO, V, Utet, Torino, 1991, p. 226.

⁷C. TAORMINA, *Il regime della prova nel processo penale*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 390, individua nell'esame incrociato «il metodo principe del processo accusatorio, perché attua la triade: "disponibilità-giurisdizionalità-oralità della prova"». Sul rapporto tra principio del contraddittorio ed esame incrociato v. anche C. CESARI, *Prova*, in *Digesto delle Discipline Penali*, II, Utet, Torino, 2004, p. 694.

Non è poi casuale che il legislatore lo abbia collocato in via assolutamente prioritaria nel dibattimento, che è il luogo della pubblicità⁸. Come si vedrà, l'esame incrociato è penetrato anche in fasi anteriori: dall'incidente probatorio si è diffuso all'udienza preliminare, ma ciò non toglie che le potenzialità euristiche trovino la massima espansione nel contesto dominato dalla pubblicità, che ne valorizza la componente drammatica⁹.

A fronte di questa posizione privilegiata di centralità nell'istruttoria dibattimentale la curiosità per le cause che ne hanno determinato il declino si struttura in stimolo per una ricerca.

Non v'è dubbio che all'iniziale entusiasmo con cui le categorie professionali accolsero l'innovazione¹⁰ si sostituì,

⁸Non sempre l'esame incrociato è svolto in regime di pubblicità. Deroghe alla pubblicità dell'esame sono costituite oltre che dalle eccezioni generali alla pubblicità del dibattimento (art. 472 c.p.p.), dalla disciplina dell'incidente probatorio – in ragione della natura della fase in cui si inserisce e dei presupposti della sua ammissione, consistenti per lo più nel pericolo per la genuinità della prova – da quella dell'udienza preliminare – limitatamente allo svolgimento dell'esame dell'imputato – e dalla previsione che il giudice, ove all'esame siano sottoposti minorenni, possa temporaneamente sospendere il regime di pubblicità. In quest'ultimo caso si vuole evitare, consentendo l'esame a porte chiuse, una pressione psicologica eccessiva sul minore, di cui è presunta una particolare fragilità psicologica e la cui dignità merita particolare salvaguardia. La pubblicità dell'esame può subire limitazioni anche con riferimento alle persone – testi o imputati in procedimento connesso – ammesse a programma di protezione (art. 147-bis att. c.p.p.): ai fini di una loro ampia tutela o quando la loro comparazione comporti gravi difficoltà possono essere disposte dal giudice o dal presidente nei casi di urgenza «necessarie cautele» (es.: impedire la visione della persona sottoposta ad esame) o il cosiddetto «esame a distanza». È ovvio che si tratta di eccezioni, come tali non suscettibili di applicazione estensiva perché la pubblicità non solo giova a garantire correttezza e rispetto della legge da parte di tutti i partecipanti ma è fattore di efficacia euristica e validità gnoseologica dell'atto dal momento che si assume una ben maggiore responsabilità nel rendere una dichiarazione in segreto ovvero *coram populo*.

⁹Come dice bene G. UBERTIS, *Dibattimento (principi del) nel diritto processuale penale*, in *Digesto delle Discipline Penalistiche*, III, Utet, Torino, 1989, p. 454, «il dibattimento rappresenta [...] la fase anche “scenograficamente” più interessante dell'intero processo, non foss'altro perché in esso trovano la massima estrinsecazione i caratteri tipici del “duello” giudiziario».

¹⁰Nei primi anni di applicazione del codice del 1988 E. AMODIO, *L'esame incrociato tra gli insegnamenti della prassi angloamericana e le scelte del legislatore italiano*, in M. STONE, *La cross-examination. Strategie e tecniche*, Giuffrè, Milano, 1990, p. XIII, ipotizzava che la *cross-examination* sarebbe apparsa ai difensori «come l'emblema del riscatto da una

mano a mano, il disincanto operativo per una tecnica avvertita come irrimediabilmente estranea alla nostra cultura processuale.

Si diffuse – magari non nelle teorizzazioni di sistema – il convincimento che il legislatore del 1988 avesse velleitariamente inteso emulare strutture del processo angloamericano, che li hanno ben altra sorte in ragione dell'assenza dell'obbligo di motivazione delle decisioni sul merito dell'imputazione e della conseguente valorizzazione delle 'impressioni' per il convincimento¹¹.

E, per verità, pure da noi in quei primi anni di esperienza accusatoria l'attenzione si concentrò sulle capacità dell'esame incrociato di far emergere, attraverso la rivelazione di stati emotivi, di gestualità e di mimiche espressive dell'esaminando, i vizi di un contributo dichiarativo pur apparentemente coerente.

emarginazione vissuta nella prassi del vecchio sistema come avvilito e mortificante».

¹¹Già nel corso dei lavori parlamentari preparatori della legge-delega per l'emanazione del vigente codice di rito (legge 16 febbraio 1987, n. 81), più furono le voci che si alzarono per manifestare perplessità in ordine all'introduzione del meccanismo dell'esame incrociato in un sistema come quello italiano. Il senatore F. De Cataldo, nel corso della seduta del 30 giugno 1982, si disse favorevole all'esame incrociato pur facendo presente che si sarebbe inserito in un rito in cui il magistrato non è solo garante della procedura, ma è anche colui che pronuncia la sentenza. Mise allora in evidenza il tratto spurio di un interrogatorio diretto anche da parte del giudice, che avrebbe finito per sovrapporsi a quello delle parti, con nocumento per la genuinità del dibattimento. Successivamente, in sede di discussione generale nella seduta del 19 novembre 1986, lo stesso senatore ebbe a dire che l'esame incrociato sarebbe stata una grande conquista se non si fosse introdotto il diritto del presidente di formulare nuove contestazioni, di fare nuove domande, e così via. L'esame diretto delle parti, infatti, ha rilevanza in quanto «è non solo immediato, non solo diretto, ma avviene in un contesto nel quale il testimone risponde direttamente a verbale, detta a verbale, senza possibilità di inserimento di chicchessia, la risposta alla contestazione, alla domanda, anche alla domanda o alla contestazione insinuante della parte». Nella stessa seduta il senatore M. Gallo espresse dubbi sul fatto che la proposta di direttiva (poi direttiva n. 73) mutuasse un istituto del processo accusatorio, dal momento che nel processo anglosassone il presidente non fa domande, potendo solo ammetterle o respingerle. Anche E. AMODIO, *L'esame incrociato tra gli insegnamenti della prassi angloamericana e le scelte del legislatore italiano*, cit., p. XXIV, sottolineava che «quanto ai fattori di specificità che rendono diversa la disciplina dell'esame delle parti nel nostro processo rispetto al modello angloamericano, la posizione di primo piano va certamente riservata alla mancanza della giuria».

La delusione ai primi entusiasmi sopraggiunse, probabilmente, come conseguenza del fatto che, così considerato, l'istituto appariva eccentrico.

Ci si convinse dell'impossibilità di sfruttare fino in fondo la nuova tecnica, in astratto efficace strumento di formazione della prova, ma in concreto di ben più limitate capacità, per la difficoltà di consacrare in un verbale le tracce delle incertezze narrative e, quindi, dell'insufficiente credibilità complessiva dell'esaminando.

La non brillante *performance* dell'istituto nelle aule giudiziarie era ricollegabile anche alla mancata attuazione del progetto di concentrazione del dibattimento, progetto sul quale il codice era nato e che avrebbe dovuto offrire al giudice gli elementi necessari per la valutazione delle prove dichiarative e dell'attendibilità dei soggetti ascoltati¹².

Ma il nostro processo non è stato e non è in grado di contenere entro confini di ragionevolezza i tempi di svolgimento; troppe volte è modulato su una pluralità di udienze intervallate da lunghi periodi, particolarmente nocivi per la conservazione di un buon ricordo dei tratti drammatici della formazione della prova dichiarativa. Si finisce così con l'affidare le impressioni sul comportamento dichiarativo esclusivamente alla memoria del giudice, su cui pesa la difficoltà di farne (buon) uso al momento della giustificazione razionale della decisione.

Lo svilimento dell'esame incrociato trovava nel frattempo altra causa nella derogabilità del principio di immediatezza. Le fatiche delle parti spese nella laboriosa formazione delle prove orali si disperdevano non appena – e l'evenienza era ed è frequente – mutava il giudice per le più varie ragioni, spesso legate a disordini organizzativi dell'apparato giudiziario.

L'esigenza di contenimento dei tempi processuali induceva a soluzioni che consentissero la rapida chiusura dei processi prevalendo su quella, di non minore pregnanza, di assicurare un contatto diretto del giudice con la prova. Si giustificavano, in questa prospettiva, soluzioni volte a mantenere efficacia alle

¹²In quella logica si costruiva il processo monosoggettivo, modello subito abbandonato per la persistente necessità di far ricorso ai processi cumulativi.

prove dichiarative assunte innanzi al giudice sostituito, si da evitare quanto più possibile la reiterazione dei relativi esami.

Una lettura riduttiva del contraddittorio ha infatti portato al consolidamento di una giurisprudenza che lo restringe al momento più strettamente formativo della prova, espungendolo dai profili in cui emerge la relazione del dato di prova con il giudice, come se la percezione che questi ha dell'elaborazione delle conoscenze non sia un elemento che concorre a spiegare l'essenzialità del metodo elevato a inderogabile strumento dell'istruttoria dibattimentale.

Il riferimento è alle statuizioni delle Sezioni unite della Corte di cassazione¹³ contenute in una importante sentenza di più di un decennio fa, con cui fu proclamata la centralità sistematica del principio di immutabilità del giudice ma ne fu immediatamente dopo ridimensionata la portata. Si rilevò, invero, che i verbali delle prove acquisite nel precedente tratto dibattimentale compongono legittimamente il fascicolo. Su questa premessa, indiscutibile, si trasse la conseguenza, opinabile, che i verbali delle prove precedentemente acquisite siano utilizzabili mediante lettura. Si ritenne, di conseguenza, che «non è irragionevole, né lesivo dei principi di oralità e immediatezza che la medesima ... entri nel contraddittorio delle parti e venga recuperata ai fini della decisione» sol che nessuna delle parti riproponga la richiesta di ammissione della prova già assunta in precedenza o vi sia consenso espresso alla non reiterazione dell'esame.

Su questa premessa sono state via via articolate altre e più mortificanti interpretazioni dell'immediatezza¹⁴.

¹³Cass., Sez. un., 15 gennaio 1999 n. 2, Iannaso ed altro, in *C.E.D. Cass.*, n. 212395.

¹⁴Come è osservato da P. RENON, *Mutamento del giudice penale e rinnovazione del dibattimento*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 10 ss., la regola dell'immutabilità del giudice è stata tradizionalmente ritenuta un corollario, oppure un attributo, del principio di immediatezza, inteso come espressione di un rapporto diretto tra il giudice e la fonte di prova. Una reale immediatezza – questa l'idea – non può essere garantita che dalla necessaria identità fra il giudice del dibattimento e quello della decisione. Questa impostazione non è però, secondo l'Autore, del tutto accettabile e ha fatto correre il rischio di sovrapporre il canone dell'immutabilità a quello dell'immediatezza e di negare pertanto l'autonomia delle relative previsioni normative. La garanzia dell'immutabilità dell'organo giudicante, invero, non può essere letta come un'appendice del principio di immediatezza, e il suo spessore è colto nel riferimento al principio del contraddittorio, in quella forma particolare di contraddittorio in senso “forte”, che trova espressione nel dibattimento ed è

La giurisprudenza di legittimità è giunta alla conclusione secondo cui la previsione del consenso delle parti per la lettura «non implica che, qualora il consenso manchi, detti verbali debbano essere stralciati dal fascicolo per il dibattimento, del quale fanno parte integrante, in quanto relativi ad una fase che, pur soggetta a rinnovazione, conserva il carattere di attività legittimamente compiuta. Ne deriva che, ove in sede di rinnovazione il soggetto esaminato confermi le precedenti dichiarazioni e le parti non ritengano di chiedergli chiarimenti o di formulare nuove domande e contestazioni, è legittimo utilizzare *per relationem* il contenuto materiale di tali precedenti dichiarazioni, in quanto atti legittimi del processo»¹⁵.

In un simile clima era naturale che la centralità dell'esame incrociato fosse avvertita come aspetto di forma più che di sostanza, un ornamento di un sistema che comunque ne avvertiva l'estraneità, piegato com'era, e come è, a valorizzare soprattutto il momento delle valutazioni del giudice sul risultato di prova, meno la costruzione argomentativa della prova ad opera delle parti.

Alla consapevolezza dei limiti dell'innesto sistematico si accompagnò la sperimentazione di un'altra illusione che aveva guidato il legislatore del 1988. Questi, infatti, nel mutuare con convinta adesione il contraddittorio delle parti dai sistemi con struttura *adversary*, aveva frettolosamente operato l'equazione tra esame incrociato e prova dichiarativa, elevando quest'ultima ad elemento centrale dell'istruttoria dibattimentale; e ciò proprio quando iniziava l'espansione dei saperi tecnici e la loro intromissione sempre più consistente nell'accertamento penale, che ne avrebbero inevitabilmente ridimensionato la portata¹⁶.

La sorte dell'esame incrociato era irrimediabilmente segnata: pur essendo stato progettato con la convinzione di vincere modelli comportamentali impigriti in vecchie logiche, si avviava ad essere riposto negli spazi angusti di quei vecchi strumentari, rifiutati dall'esperienza concreta e dalle prassi che

caratterizzata dalla contestuale presenza fisica degli interlocutori chiamati ad interagire tra loro e con gli altri soggetti del processo.

¹⁵Cass., Sez. I, 21 settembre 2004 n. 41095, Scavo, in *C.E.D. Cass.*, n. 230624.

¹⁶In dottrina, per una documentata ricostruzione circa la crisi del processo orale ed i nuovi bisogni del processo documentato, cfr. G. RICCIO, *Procedura penale. Tra storia e politica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011.

non prestano ossequio ai modelli astratti ma che ne saggiano la tenuta e ne misurano l'effettività al di là delle formulazioni normative.

2. IL DECLINO DELLA PROVA DICHIARATIVA E LE OPPOSTE FORTUNE DELL'ESAME INCROCIATO

Il legislatore del 1988 si mosse sull'«ingenuo» convincimento che l'adozione del modello accusatorio e l'accoglimento del contraddittorio per la prova si risolvessero nella prevalenza della prova dichiarativa, della testimonianza soprattutto, e che essa fosse il terreno privilegiato, se non esclusivo, dell'esame incrociato. Questa idea riposava su altra premessa, inespressa ma radicata, secondo cui il sapere scientifico gode di un'oggettività di contenuto che rende incompatibile, per la sua immissione nel processo, il ricorso a strumenti di verifica rivolti a svelare fallacie narrative, scarsa credibilità del dichiarante, vaghezza dei ricordi, contraddizioni e lacune informative.

Ne è sicuro indice il fatto che il codice ha riservato all'esame dibattimentale dei periti e dei consulenti tecnici – figure per mezzo delle quali il sapere scientifico entra nel processo – una disposizione di mero rinvio, con la clausola di adeguamento «in quanto applicabili», alle disposizioni sull'esame dei testimoni. Ha così rimesso all'interprete il compito di individuare margini di compatibilità dello statuto acquisitivo della prova testimoniale con la prova si dichiarativa, ma dal contenuto tecnico-scientifico; quasi che, anche per frequenza e incidenza quantitativa, la prova per consulenti e per periti fosse marginale rispetto a quella per testimoni.

Dunque, i discutibili assunti da cui si è mosso il legislatore del 1988 sono due: la convinzione per cui la prova scientifica non fosse destinata ad avere spazio e l'idea secondo cui essa, seppure introdotta nel processo, non necessitasse di particolari attenzioni nella disciplina di assunzione, come se il sapere preconfezionato – valido perché, appunto, scientifico – potesse transitare senza cautele e accorgimenti specifici.

Il primo è stato smentito dai fatti, perché dall'entrata in vigore del codice del 1988 la prova scientifica ha conquistato la centralità prima detenuta dalla prova dichiarativa, fino al punto da far ritenere che il futuro del processo penale sarebbe stato

caratterizzato dalla «progressiva adozione di modelli scientifici nell'indagine sui fatti», dato che «un numero sempre più elevato di fatti rilevanti nel processo può essere oggetto di accertamento soltanto con strumenti tecnici sofisticati»¹⁷.

Il secondo si radicava in un retroterra culturale superato, che tradiva l'attaccamento ad una concezione ingenuamente positivista della scienza, e delle scienze fisiche e naturali in particolare, intrisa di una fideistica credenza nella universalità e nella indiscutibilità del sapere scientifico, oggettivamente valido in ogni contesto. Se si vuole, un'ontologia della scienza che non si misurava con i rilevanti problemi che l'esistenza della pluralità dei metodi e delle teorie scientifiche pone al momento in cui occorre scegliere quali tra essi sia il più affidabile e quali, viceversa, non siano meritevoli addirittura del connotato della scientificità.

La consapevolezza della fallacia della scienza e del pericolo, per nulla marginale, di aprire così le porte del processo alla cattiva scienza e ai cattivi scienziati; quindi, l'inaccettabile ma realistica previsione di dare luogo, nei fatti, ad una sorta di prova legale – tenendo ferma l'acritica fiducia nel sapere scientifico senza essere capaci di discernere origini e risultati – hanno innescato l'avvio di complesse elaborazioni teoriche per restituire il sapere giudiziale al giudice e di conseguenza alle parti. Se il giudice ha il compito di vagliare criticamente le informazioni scientifiche, egli deve essere posto in grado di espellere la cattiva scienza, di valutare l'idoneità scientifica del soggetto ad illustrare e veicolare il sapere specialistico, di controllare la bontà del metodo utilizzato e la riferibilità a teorie accreditate; ma in questa attività non può fare a meno delle parti, del loro contributo dialettico e, quindi, del confronto in contraddittorio, non tanto e non solo per misurarsi sulla valutazione degli esiti delle conoscenze immesse nel processo, quanto e prima per selezionare, già al momento acquisitivo, ciò che merita di essere considerato, di essere utilizzato, di essere formato.

Lo strumento per questo apporto collaborativo – l'espressione è chiaramente estranea a ogni forma di inquisitorio asservimento al giudice – è l'esame incrociato, che diviene il setaccio per scartare ciò che inquinerebbe

¹⁷M. DAMASKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 205.

l'accertamento dei fatti e per immettere il sapere utile e affidabile.

Si è efficacemente detto che il metodo del contraddittorio costringe gli esperti ad adeguare il linguaggio a quello comune usato dalle parti, semplificando le ipotesi scientifiche richiamate e consentendo così al loro sapere di essere oggetto di valutazione al fine di individuarne eventuali criticità¹⁸. Il contraddittorio giova, ancora, a superare sempre possibili solidarietà di categoria tra gli esperti di una determinata materia, evenienze che ostacolerebbero l'emersione di contrasti e quindi l'effettivo approfondimento dei fatti.

Sul punto non si registra un ampio consenso; anche parte della dottrina di *common law* dubita dell'efficacia dell'esame incrociato in quest'ambito, suggerendo di sottrarre ad esso gli apporti peritali¹⁹.

L'incompatibilità della prova scientifica con il contraddittorio è colta nella distinzione tra formazione argomentativa della prova nel contesto dialettico e struttura dimostrativa delle evidenze scientifiche. Si osserva, in aggiunta, che la contrapposizione dialettica sulla prova scientifica implicherebbe, per ambire a una qualche efficacia, l'esistenza di un sapere omogeneo e di un comune linguaggio tra parti ed esperto. L'inadeguatezza tecnico-scientifica delle parti fa correre il rischio di impedire un necessario approfondimento delle ipotesi scientifiche messe in campo e di una sostanziale banalizzazione delle questioni controverse. Incapaci di misurarsi sui profili di maggiore complessità, infatti, le parti potrebbero focalizzare l'attenzione su aspetti di più facile comprensione, seppure marginali, lasciando in ombra i dati centrali di una certa tesi scientifica; se fosse così, il contraddittorio risulterebbe del tutto inefficiente; anzi, esso potrebbe rivelarsi dannoso, ove si giungesse a screditare il perito le cui tesi fossero insuscettibili di essere volgarizzate nella dialettica dell'esame incrociato e fossero percepite, al di là di ogni serio parametro di giudizio, come assurde, paradossali.

¹⁸P.P. RIVELLO, *Il processo penale di fronte alle problematiche dell'età contemporanea. Logiche processuali e paradigmi scientifici*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 92 ss.

¹⁹Per i necessari riferimenti cfr. P.P. RIVELLO, *Il processo penale di fronte alle problematiche dell'età contemporanea. Logiche processuali e paradigmi scientifici*, cit., p. 94 ss.

Ancora. Il contrasto tra specialisti assertori di tesi opposte non può utilmente essere affidato al contraddittorio, perché ciascuno è portato a ragionare all'interno della cornice della propria impostazione teorica; senza contare che la prova scientifica si compone di apporti connotati da irripetibilità, si atteggia a prova pre-costituita e come tale sottoponibile al contraddittorio unicamente per la critica sui risultati e non anche per la formazione della prova stessa²⁰.

I dubbi di compatibilità tra prova scientifica ed esame incrociato sono meglio illustrati da chi considera che quest'ultimo debba adattarsi alla peculiarità della prima rendendo duttile il modello costruito intorno alla prova testimoniale.

È pur vero che la clausola «in quanto applicabili» – art. 501 c.p.p. – a cui la legge processuale affida le scelte di adattamento dell'esame testimoniale a quello di periti e consulenti «sembra autorizzare ablazioni di talune disposizioni previste per la testimonianza piuttosto che escogitazioni di regole non previste»²¹; ma è la struttura normativa stessa dell'esame incrociato a prestarsi, nella sua essenzialità, a manipolazioni applicative senza che esse possano dirsi contrarie alla legge.

Come efficacemente detto, la disposizione in materia di esame incrociato di periti e consulenti mette capo ad un'atipicità, per così dire, interna del mezzo di prova, espressa appunto dalla clausola «in quanto applicabili», che consente la deroga al modello di esame testimoniale²², diversa dall'atipicità che non si connette ad una norma contenuta nel catalogo legale delle prove²³.

D'altronde, quali che siano i dubbi sull'efficacia che l'esame incrociato può avere in tema di prova scientifica, non pare che altre soluzioni siano seriamente prospettabili e che, quel che più importa, propongano meccanismi di assunzione della prova altrettanto capaci di assicurare il mantenimento di autonomia valutativa alle parti e, infine, al giudice.

²⁰G. CANZIO, *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 1200.

²¹O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 268 ss.

²²O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, cit., p. 109 ss.

²³Sarà oggetto di approfondimento nel prosieguo di questo studio la verifica se l'adattamento senza totale premissione del modello possa essere sufficiente ai fini di una corretta assunzione della prova.

Dunque, la rinascita dell'esame incrociato accompagna – meglio: deve accompagnare – la progressiva estensione della prova scientifica, facendosi carico di una nuova e delicata funzione, quella di contribuire al mantenimento e al rafforzamento della legalità della prova e del libero convincimento giudiziale.

In questa direzione, si scopre che l'efficacia dello strumento non riposa soltanto sulle evenienze drammatiche della formazione della prova che esso riesce a porre in evidenza e ad affidare alla memoria degli spettatori, e non anche al testo di un verbale di udienza. Lo sguardo di un testimone, l'improvviso rossore del suo viso, il torcere le mani mentre si risponde con fare incerto a una domanda sono dati di scena che un verbale non può consacrare e la conseguenza è che questo significativo complesso di dati si disperde e non gioca un ruolo al momento della valutazione di quella prova se non attraverso la memoria del giudice che vi abbia assistito, e sempre che riesca a superare le non poche difficoltà nel darne compiutamente atto nella trama della motivazione.

Invece, nell'esame di un perito o di un consulente, ma anche di un teste esperto, quel che rileva in maggior misura è la capacità di svelare contraddizioni logiche o insufficienze informative, e queste divengono agevolmente oggetto di verbalizzazione, la loro incidenza nel momento valutativo prescinde dalla memoria di chi abbia assistito all'esame, il loro uso in motivazione non incontra particolari ostacoli.

La qualità del contenuto di conoscenze su cui l'esame incrociato opera finisce con l'esaltarne ora alcuni ora altri degli aspetti di efficacia euristica: ad una conoscenza tecnico-scientifica corrisponde la valorizzazione della capacità di cogliere profili, oggettivamente apprezzabili, di scarsa razionalità del costruito d'esame; ad una conoscenza comune di fatti di vita corrisponde piuttosto l'accentuazione dell'efficacia nel disvelamento di condizioni di disagio emotivo, di apprezzamento maggiormente soggettivo, indici di narrazioni incerte e scarsamente fedeli alla verità storica. E sono le qualità che l'esame incrociato mette in campo nella formazione della prova scientifica ad essere assai più in linea con il nostro sistema costruito intorno ad un giudice tecnico-professionale gravato dell'obbligo di motivazione che, proprio per questa configurazione, non è propenso a sfruttare tutti i risultati che

l'esame incrociato può assicurare sul terreno della prova non tecnica.

Se la perdita progressiva di centralità della prova dichiarativa ha contribuito ad alimentare diffidenze e disattenzioni per l'esame incrociato, l'accresciuta importanza della prova scientifica lo restituisce ad una condizione di rinnovata efficacia, che merita di essere riscoperta dagli operatori pratici.

3. CENNI SULLA NATURA DELL'ESAME INCROCIATO

L'esame incrociato non è un mezzo di prova; mezzi di prova, intesi come strumenti che veicolano informazioni, sono di volta in volta la testimonianza, la perizia, l'esame delle parti. L'esame incrociato è la tecnica prescelta per modellare lo strumento, per maneggiarlo e per consentire che esso espliciti la sua funzione.

Disciplinato solo per l'assunzione della prova testimoniale, l'esame incrociato costituisce il metodo generale di formazione della prova dichiarativa. Ne è conferma il fatto che il legislatore ha regolato le modalità di assunzione dell'esame richiamando espressamente, in tutto o in parte, le norme concernenti l'esame dibattimentale del teste (artt. 210 comma 5 e 503 comma 2 c.p.p.)

Esso è, dunque, istituto generale quanto a forma – nel senso che i suoi caratteri fondamentali sono stabiliti in modo unitario negli artt. 498, 499, 504, c.p.p. –, la cui disciplina, dettata per le dichiarazioni dibattimentali dei testimoni, è immediatamente estesa all'esame delle parti (arg. ex artt. 503 comma 2, 504, 506 comma 2 c.p.p.), ivi compresa quella relativa alle contestazioni mediante l'utilizzo delle precedenti difformi dichiarazioni predibattimentali (artt. 500 e 503 c.p.p.).

Pertanto lo statuto regolativo dell'esame incrociato ha una forza unificante rispetto a più mezzi di prova a connotato dichiarativo e sembra assumere anche rispetto alla prova – quella testimoniale, su cui si è espressamente conformato – una sostanziosa autonomia.

Non è dubbio, infatti, che il testimone abbia l'obbligo, penalmente sanzionato, di deporre, ossia di presentarsi al giudice e di rispondere secondo verità. Egli non ha il potere di scegliere se rendere testimonianza, pur conservando il diritto di

non rispondere a determinate domande ove queste possano indurlo a dichiarazioni *contra se*, da cui possa scaturire addirittura un'incriminazione.

In tale assetto non sembra del tutto coerente la previsione, collocata nella disciplina delle contestazioni in corso di esame, di un rifiuto di sottoporsi all'esame o, finanche, al controesame di taluna delle parti, per poi trarne alcune soluzioni in punto di inutilizzabilità soggettivamente parziale delle dichiarazioni rese all'altra parte.

Se l'esame è la tecnica di assunzione della prova, e se questa priva il soggetto del potere di scelta tra la deposizione e il silenzio, non si vede come possa ipotizzarsi che l'esaminando selezioni le domande a cui dare risposta, che decida, in buona sostanza, le modalità con cui attuare il dovere di deposizione, e che il legislatore ammetta, a fini di utilizzazione probatoria, il frazionamento dei contributi conoscitivi apportati attraverso l'amputazione di articolazioni dell'esame; e questo sembra il dato più significativo.

È pur vero che il compimento di un *facere* è incoercibile, potendosi al più sanzionare l'inadempimento contrario al comando di legge; ma il compimento parziale, per scelta arbitraria, del *facere* dovrebbe equivalere ad un totale inadempimento, all'assenza radicale di quel che si era comandato di fare. Specificamente, se l'affidabilità del contributo conoscitivo poggia interamente sul rispetto del contraddittorio, se questo si attua nelle prove dichiarative per mezzo dell'esame incrociato, la manipolazione arbitraria che conduca all'eliminazione di tasselli strutturali dell'esame dovrebbe causare la perdita integrale di quel sapere²⁴; a meno di

²⁴I. FRIONI, *L'esame dell'imputato*, cit., p. 175 ss., osserva che la disposizione non legittima l'interruzione del rapporto esame-controesame e non assegna alcun diritto o facoltà di astensione in capo al testimone, limitandosi ad apprestare un rimedio ad un fenomeno degenerativo riscontrato nella prassi. Il testimone ha l'obbligo di sottoporsi all'esame, ossia di rendere testimonianza, seppure, data l'incoercibilità dell'atto di risposta, possa sempre nei fatti rifiutarsi di rispondere, contegno questo che resta estraneo al lecito giuridico. Il silenzio del testimone vizia il processo formativo della prova e rende inutilizzabile il suo contenuto, salvo che la parte titolare del diritto negato preli il proprio consenso all'utilizzabilità. In tal senso cfr. A. SANNA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nei procedimenti connessi*, in *Trattato di procedura penale*, a cura di G. UBERTIS-G.P. VOENA, Giuffrè, Milano, 2000, p. 129, secondo cui la sanzione dell'inutilizzabilità era già desumibile dal sistema, dal momento che il silenzio del testimone impediva il compiuto realizzarsi del contraddittorio e quindi la formazione della prova.

non ammettere che l'obbligo di deposizione testimoniale possa essere osservato al di fuori dell'esame incrociato, magari rispondendo alle domande poste dal giudice; e, quindi, che esso sia tecnica privilegiata ma non veicolo esclusivo di assunzione di quella prova.

Le ragioni concrete e contingenti di questa anomala previsione sono certo altre e sono state messe in evidenza dalla dottrina: qualche voce autorevole ha addirittura parlato di «feticismo garantistico»²⁵.

La disposizione è stata introdotta dalla l. n. 63 del 2001 sul 'giusto processo' come concretizzazione del principio costituzionale di cui all'art. 111 comma 4 Cost., secondo cui la prova della colpevolezza non può essere tratta dalle dichiarazioni di chi si sia «volontariamente sottratto» all'esame da parte dell'imputato o del suo difensore.

Ma, nel testo costituzionale, la sottrazione volontaria indica l'impossibilità che abbia luogo l'esame e giova ad evidenziare che l'impossibilità per fatti non oggettivi preclude il recupero delle dichiarazioni rese nella fase predibattimentale in danno dell'imputato. Non pare che essa possa aver inteso prefigurare il compimento di esami parziali, di esami non seguiti da controesami o di esami condotti soltanto da una delle parti tra quelle che ne avevano fatto richiesta e ciò per una determinazione arbitraria dell'esaminando.

Ciò nonostante, la disposizione consegna un dato difficilmente eludibile e che riassume la cifra della distanza che ormai separa l'esame incrociato dal suo tipico alveo probatorio.

E non è tutto qui. V'è un aspetto in cui tra statuto della testimonianza e regole dell'esame si potrebbe cogliere una piena corrispondenza: la testimonianza deve svolgersi su fatti determinati, l'esame deve essere condotto per mezzo di domande su fatti specifici. Le due espressioni potrebbero

Per V. FANCHIOTTI, *Le eccezioni al contraddittorio: uno sguardo comparato*, in *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo. Un itinerario attraverso la giurisprudenza*, a cura di G. DI CHIARA, Giappichelli, Torino, 2009, p. 58, qualora il diritto di ogni singolo imputato di escutere il testimone d'accusa sia frustrato dal silenzio del testimone stesso deve essere preclusa la possibilità di considerare le dichiarazioni testimoniali rese nell'esame condotto dalle altre parti come un'unica testimonianza. Nei confronti dell'imputato che sia stato privato del diritto al controesame, l'eventuale utilizzazione dei frutti dell'esame o dei controesami altrui violerebbe il precetto costituzionale di cui all'art. 111 comma 3.

²⁵F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 716.

sembrare perfettamente coincidenti, tanto da ridurre la previsione in materia di esame ad una mera e ridondante ripetizione di quella a monte sullo strumento di prova cui elettivamente accede.

A ben vedere le cose stanno diversamente; e ancora una volta l'approfondimento esegetico conduce alla rilevazione di un consistente grado di autonomia dell'esame incrociato dalla prova dichiarativa che lo avrebbe dovuto interamente conformare.

Le due espressioni rispondono a finalità diverse, autonome seppure concorrenti: l'una mira a evidenziare che il tema della prova, per quanto ampio, deve essere previamente definito, circoscritto entro confini che evitino racconti con i quali il testimone-narratore guidi per mano parti e giudice facendo loro perdere il dominio ricostruttivo; l'altra presidia la correttezza dell'esame, evitando il rischio che domande su fatti non specifici possano finanche disorientare l'esaminando, possano dare la sensazione che questi non abbia sufficiente conoscenza di quanto riferisce, finiscano per ingenerare incomprensioni. La determinatezza dei fatti oggetto di testimonianza è garanzia di controllo ricostruttivo del fatto ad opera dei giudici e delle parti; la specificità della domanda è uno dei presidi della correttezza dell'esame.

Si è dunque di fronte ad un istituto che ambisce ad una portata generale, le cui peculiarità non possono essere comprese senza correlarne la struttura con le modalità di espressione determinate dal variare delle sue componenti soggettive (i soggetti processuali che vi partecipano) o oggettive (le fasi processuali in cui si svolge).

4. LE POCHE REGOLE LEGALI

Alla centralità sistematica e alla vocazione espansiva dell'istituto il legislatore ha risposto con la scelta di non apprestare un compiuto ed articolato apparato di regole per disciplinare le modalità dell'esame incrociato, che pure coglieva culturalmente impreparati e privi delle indispensabili tecniche i giuristi pratici.

Come si legge nella Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale a proposito delle contestazioni in corso di esame, l'idea fu quella di affidare alla pratica

giudiziaria il perfezionamento «in tutta la sua complessa articolazione» di una disciplina tratteggiata soltanto per «punti fermi». D'altronde, un istituto formatosi in sistemi ove il legislatore è tradizionalmente alieno da interventi corposi sulla procedura non poteva essere forgiato con indifferenza rispetto alle prassi, che ovviamente ancora non si erano strutturate. La cautela legislativa era quindi funzionale al riconoscimento del ruolo 'forte' concesso alle parti e al giudice, chiamati non tanto e non solo a fare applicazione della legge, quanto a riempire di contenuti un'architettura regolativa delineata soltanto nella struttura portante.

Certo, la derivazione dai sistemi di *common law* incise sulla scelta di non predisporre una disciplina di dettaglio; ma non sarebbe corretto individuare in essa la ragione esclusiva di una siffatta opzione. Invero, anche nella nostra tradizione giuridica è un dato acquisito il convincimento secondo cui, per quanto siano minuziose le norme che disciplinano lo svolgimento del procedimento, «le attività che lo compongono non possono mai essere previste in maniera così rigorosa da non lasciare un certo margine all'iniziativa e alla discrezione personale di chi è chiamato a compierle»²⁶.

L'osservazione, saggia e autorevole, deve oggi misurarsi con la previsione costituzionale, in forza della novella di fine secolo, di una riserva di legge assoluta in materia processuale, che sembra collegare in maniera esclusiva e radicale il giusto processo, la sua esistenza e la possibilità di un suo concreto apprezzamento alla regolazione per legge.

Epperò, le riflessioni che la dottrina e, ancor meno, la giurisprudenza hanno dedicato a questa previsione sono poche²⁷; e non è da escludersi che il sostanziale

²⁶Così P. CALAMANDREI, *Diritto processuale e costume giudiziario*, in M. CAPPELLETTI (a cura di), *Opere giuridiche*, I, Morano editore, Napoli, 1965, pp. 633-635, secondo cui «ciò che plasma il processo, ciò che gli dà la sua fisionomia tipica non è la legge processuale, ma è il costume di chi la mette in pratica. Il diritto scritto non è che un contorno esterno, entro il quale il rilievo, coi colori ed i chiaroscuri, è dato dal costume».

²⁷Di recente il tema dei rapporti tra riserva di legge e interpretazione giudiziaria è stato ripreso da A. CAPONE, *L'invalidità nel processo penale. Tra teoria e dogmatica*, Cedam, Padova, 2012, p. 149 ss., secondo cui «l'esplicitazione del principio di legalità processuale pare confermare e attribuire rango costituzionale alla regola della forma necessariamente vincolata degli atti processuali», che dovrebbe contenere le forti spinte giurisprudenziali dirette a far prevalere il principio di economia processuale.

ridimensionamento della portata innovatrice del precetto sia dovuto alla consapevolezza dell'origine della modifica costituzionale, individuabile nella reazione parlamentare alla Corte costituzionale che, con la sentenza n. 361 del 1998 in punto di ammissibilità delle contestazioni acquisitive anche sul mero silenzio dell'esaminando, aveva posto in crisi la struttura bifasica del processo. E non va trascurato che una giurisprudenza spiccatamente creativa si sia formata in tema di esame incrociato, proprio perché l'istituto non è interessato da una dettagliata disciplina.

Altra ragione della scarsa attenzione alla modifica costituzionale è probabilmente rintracciabile nel forte radicamento che il principio di legalità in ambito penale, anche processuale, ha nella nostra cultura, al di là delle contingenti polemiche.

Ciò non toglie che il tema meriti un pur sintetico esame, in esordio allo studio di un istituto – l'esame incrociato, appunto – in cui l'apporto ricostruttivo dell'interpretazione è preponderante per l'assenza di un'esaustiva regolazione di legge che dà modo alla giurisprudenza di assumere, più che altrove, un marcato ruolo regolativo.

5. DIRITTO GIURISPRUDENZIALE E RUOLO DELL'INTERPRETAZIONE NEL PROCESSO PENALE

Cosa si intenda per diritto giurisprudenziale è da tempo oggetto della riflessione dei teorici generali del diritto, che si sono impegnati a studiare il ruolo dell'interpretazione applicativa del diritto positivo per verificarne le relazioni con la funzione legislativa.

Sono ormai definitivamente superate le posizioni di un positivismo radicale, secondo cui il giudice è mero applicatore della norma legislativa ed il suo compito è puramente meccanico, svolto attraverso un sillogismo che, muovendo dalla norma generale, risolve la questione con deduzione della regola concreta per derivazione dalla premessa, secondo la tradizionale definizione risalente ai tempi della Rivoluzione francese che voleva il giudice "bocca della legge".

Nessuno oggi dubita che l'ingenuità illuminista sia stata messa a dura prova e definitivamente superata dall'esperienza applicativa, ed anche i positivisti radicali hanno dovuto da

tempo prendere atto che l'interpretazione, soprattutto quella giudiziale, è attività intellettuale più complessa del sillogismo di tipo deduttivo e meno vincolata dalla premessa generale costituita dalla norma di legge.

L'impostazione rivoluzionaria, che comprimeva sino alla totale eliminazione il momento interpretativo sul presupposto politico che il ceto dei giudici fosse reazionario, ha ceduto alla forza della realtà ed è riuscita ad imbrigliare l'interpretazione soltanto per i primi pochi anni²⁸.

Del resto, pure in tempi dominati dal positivismo giuridico e dalla pretesa di ridurre l'impegno decisorio del giudice ad una semplice deduzione logica del precetto dalla regola

²⁸Eppure, la teoria della separazione dei poteri si consolidò proprio con la Rivoluzione francese, che mutuò dal pensiero illuminista il principio della separazione dei poteri come necessario antidoto. Si legge nell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 che «ogni società nella quale la garanzia dei diritti non è assicurata e la separazione dei poteri determinata, non ha costituzione», ove il non aver costituzione sta ad indicare l'inerenza delle condizioni enunciate al concetto stesso di legge fondamentale. Il giacobinismo rivoluzionario si nutriva di alcune illusioni: che le leggi potessero essere poche, chiare e semplici e che i giudici non dovessero fare altro che applicarle ai casi concreti, senza alcuna necessità di introdurre mediazioni interpretative tra il comando di sovranità e la regolazione del conflitto portato al loro cospetto. Su queste illusioni si costruiva una teoria della separazione dei poteri, che faceva conservare al potere legislativo un insopprimibile primato e che faceva degli altri poteri separati, in particolare del giudiziario, una costola, che si collocava all'esterno di esso per necessità di limitazione dell'assolutismo, ma che continuava a mantenere un collegamento stabile, reso visibile dall'istituto del *referé législatif*. Era questa la via per coniugare la separazione dei Poteri, meglio per la separazione dal Potere, inteso come potere di dettare la legge, con il principio democratico, espresso dalla regola della rappresentanza del popolo ad opera del ceto politico, per il tramite dello strumento elettorale. Questa impostazione culturale non fu ovviamente esperienza esclusiva ed originaria della Francia rivoluzionaria. Nell'opera di Cesare Beccaria, "*Dei delitti e delle pene*", tradotta in francese nel 1765, si colgono immediatamente i passaggi di sintonia illuminista con la teorizzazione del potere giudiziario come potere nullo. Scrive Beccaria che solo le leggi possono stabilire le pene per i delitti, perché solo il legislatore «rappresenta tutta la società unita per un contratto sociale; nessun magistrato (che è parte di società) può con giustizia infligger pene contro ad un altro membro della società medesima»; e per corollario indiscutibile Beccaria prosegue con l'affermazione stentorea che «nemmeno l'autorità d'interpretare le leggi penali può risiedere presso i giudici criminali per la stessa ragione che non sono legislatori [...] Chi sarà dunque il legittimo interprete della legge? Il sovrano, cioè il depositario delle attuali volontà di tutti, o il giudice, il cui ufficio è solo l'esaminare se il tal uomo abbia fatto o no un'azione contraria alle leggi?».

predeterminata in un sistema chiuso, appariva evidente il carattere illusorio del tradizionale modo di intendere i rapporti tra giudice e legge; anche allora sembrava insufficiente la spiegazione dell'interpretazione applicativa soltanto con l'attribuzione al giudice del compito di mera dichiarazione della volontà del legislatore.

Il rasserenante modello concettuale della sentenza come prodotto di pura logica, l'aspirazione a fare della legge «la muraglia senza finestre», capace di porre il giudice al riparo dalla politica, si disperdeva al cospetto della considerazione dei fatti e dell'esperienza giudiziaria, inducendo, anche quanti si erano intellettualmente formati nella convinzione del ragionamento giudiziale in termini di catene di sillogismi logici, a prendere atto che ogni interpretazione, e soprattutto quella del giudice, «è una ricreazione»²⁹.

Era così, ad esempio, col positivismo kelseniano, che ammetteva spazi di creatività discrezionale del giudice in ragione della teoria dello sviluppo per gradi dell'ordine giuridico, che proprio nella sentenza (ma anche nel provvedimento amministrativo) vedeva la concretizzazione della norma superiore, strutturalmente generica rispetto al dispositivo di regolazione del caso concreto³⁰.

Ancora nell'ambito delle concezioni positiviste, si dava giustificazione della discrezionalità giudiziale tenendo conto delle peculiarità dello strumento comunicativo della norma, che è appunto il linguaggio, strutturalmente composto da termini generici, aperti a plurimi significati. La ricerca della volontà normativa – questo l'assunto – non poteva fare a meno dell'impegno critico del giudice, chiamato a leggere la formula linguistica, nella pluralità di significati possibili, nel senso aderente al nucleo contenutistico inequivoco o comunque di minore equivocità.

L'importanza della mediazione interpretativa è infine aumentata e si è assestata con il varo della Carta costituzionale, perché la prevalenza nella gerarchia delle fonti ha aperto una nuova e ricca stagione dell'impegno giudiziale³¹. La legge

²⁹P. CALAMANDREI, *Giustizia e politica: sentenza e sentimento*, in M. CAPPELLETTI (a cura di), *Opere giuridiche*, cit., p. 637 ss.

³⁰H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 2000, p. 117 ss.

³¹Come acutamente osservato da G. ZACCARIA, *Il giudice e l'interpretazione*, in *La comprensione del diritto*, Laterza, Bari, 2012, p. 155,

fondamentale è una trama di valori e principi; le regole sono poche, se con il termine si intendono le prescrizioni che pongono per sé l'alternativa secca tra l'integrale rispetto e l'integrale violazione. L'immediata cogenza non ha riferimento soltanto alle regole: anche i principi hanno un contenuto normativo, che postula di essere attuato senza che si attenda una disposizione legislativa che ne specifichi il contenuto, essendo da essi orientata. Essi, però, esprimono il loro contenuto prescrittivo in maniera tutt'affatto particolare rispetto alle regole, perché non danno indicazioni puntuali sulle conseguenze giuridiche che si determinano a certe condizioni; essi esprimono un senso di orientamento razionale verso una direzione di valore, ma non rivelano quale sia specificamente l'azione o la decisione da assumere.

I principi sono «norme senza fattispecie ... predeterminata e a prescrizione generica»³², che richiedono di essere concretizzati per essere adattati alla regolazione di un episodio di vita. Per il caso in cui non intervenga il legislatore, la concretizzazione spetta al giudice, che provvede con l'interpretazione, quindi con lo svolgimento di un ragionamento, non di tipo sillogistico e che giocoforza si misura sulle capacità combinatorie che i principi hanno nella funzione integratrice dell'ordinamento.

Ciò non equivale a legittimare la creazione del diritto ad opera del giudice-interprete, nel senso dell'autorizzazione a disciplinare settori e materie che non siano già compresi nell'ambito dei principi medesimi³³: è però vero che i principi

«se è vero che non c'è diritto senza interpretazione, il venir meno di qualsiasi mediazione interpretativa – ipotesi già di per sé del tutto contraddittoria – renderebbe sterile la regolamentazione giuridica, ed il diritto resterebbe mera lettera morta».

³²G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)*, in *Quaderni fiorentini. Per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 31, Giuffrè, Milano, 2002, p. 874.

³³Come ha efficacemente precisato G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1722 ss., «riconoscere la 'creatività' giurisprudenziale non vuol dire, infatti, essere disposti ad avallare la discrezionalità interpretativa più spinta e disinvolta; al contrario, il riconoscimento di ampi margini di "inevitabilità" di tale discrezionalità sollecita un controllo critico, il più rigoroso possibile, dei metodi interpretativi, delle tecniche argomentative e degli stili di ragionamento che la giurisprudenza utilizza nella prassi». In questa prospettiva, si individua nella Corte di cassazione l'istanza capace di svolgere un ruolo-guida per distinguere tra diritto giurisprudenziale creativamente

non sono norme chiuse ma fisiologicamente aperte, rinviando ad altro, implicando che si attinga per la determinazione dei contenuti regolativi ad elementi culturali, che stanno fuori dalla Costituzione, pur se ricadono nello spettro dei valori da essa espressi, intesi come beni finali che pretendono realizzazione.

Non ci si spinge sino ai confini tracciati dalla teoria realistica del diritto se si ammette che l'interpretazione applicativa si avvale di una consistente mediazione valutativa nell'uso del diritto positivo. Ciò non significa riconoscere che la decisione giudiziale nasca «da una combinazione di un'interpretazione conoscitiva della legge e di un atteggiamento valutativo proprio della coscienza giuridica» né che col termine interpretazione si intenda «nascondere la funzione creativa del diritto del giudice celandola con la funzione che il giudice sia la bocca della legge»³⁴.

Al di là di un piano condiviso di giusta valorizzazione del momento interpretativo³⁵, la formula 'diritto giurisprudenziale' si colora di accezioni negative, evoca la progressiva accentuazione di un ruolo creativo della giurisprudenza che riempie spazi non coperti dal legislatore, che si spinge sino ad atteggiarsi a co-fattore di un'opera di decodificazione, introducendo principi o norme in contrasto con le linee del

legittimo e quindi prevedibile in termini di ragionevole certezza e diritto giurisprudenziale creativamente abusivo o capricciosamente anarchico.

³⁴A. ROSS, *Diritto e giustizia*, Einaudi, Torino, 2001, pp. 131-132.

³⁵G. ZACCARIA, *La giurisprudenza come fonte di diritto: un'evoluzione storica e teorica*, in *La comprensione del diritto*, Bari, Laterza, 2012, p. 13, ha efficacemente osservato che «non è affatto semplice mettere le briglie all'attività concretizzatrice della giurisprudenza anche in campo penale: una realtà, questa, che preoccupa chi temendo un'elusione del principio di legalità sul piano dell'applicazione giurisprudenziale ha polemicamente parlato di "decodificazione giurisprudenziale"». Di recente la Corte di cassazione – Sez. un., 11 gennaio 2010 n. 18288, Beschi, in *Cass. pen.*, 2011, p. 17 ss., con nota di R. RUSSO, *Il ruolo della law in action e la lezione della Corte europea dei diritti umani al vaglio delle Sezioni unite. Un tema ancora aperto* – ha superato ogni infingimento, affermando che «il processo di conoscenza di una norma presuppone, per così dire, una 'relazione di tipo concorrenziale' tra potere legislativo e potere giudiziario, nel senso che il reale significato della norma, in un determinato contesto socio-culturale, non emerge unicamente dalla mera analisi del dato positivo, ma da un più complesso *unicum*, che coniughi tale dato con l'atteggiarsi dell'esatta portata della norma, che, nella sua dinamica operativa, vive attraverso l'interpretazione che ne viene data. La struttura necessariamente generica della norma è integrata, riempita di contenuti dall'attività 'concretizzatrice' della giurisprudenza».

sistema³⁶. Nella prospettiva che muove dalla considerazione del principio di legalità processuale, il diritto giurisprudenziale è visto come momento di rottura degli argini imposti dalla legge all'interpretazione e di produzione di un assetto regolativo che si sostituisce alla disciplina legislativa, al contempo realizzando la ribellione al dato letterale delle disposizioni normative e lo snaturamento degli istituti da queste disposizioni coinvolti³⁷.

In questa direzione di analisi, che sollecita ad una ferma critica dell'estensione e della pervasività sistematica del diritto giurisprudenziale, non si deve porre attenzione soltanto alla Corte costituzionale e alla sua produzione di sentenze 'additive' e di sentenze 'riduttive'. Si può anzi affermare che, a fronte dell'indubbia forza che le decisioni costituzionali hanno di modificare il sistema normativo, deve prendersi atto che la Corte, pur non approvando o emanando leggi, ha fisiologicamente un compito, per così dire, normativo: anche il più ordinario dei suoi prodotti, l'eliminazione di una norma di cui accerti l'incostituzionalità, priva l'ordinamento di un tassello regolativo su cui il sistema sino a quel momento poteva contare³⁸.

Il riferimento principale è piuttosto alla giurisprudenza dei giudici comuni, e ciò anche nella materia penale che dovrebbe restare immune dal fenomeno per le forti esigenze di tutela dei diritti fondamentali di libertà, che implicano una consistente compressione della discrezionalità valutativa del giudice. Con lo sguardo rivolto al diritto penale sostanziale si è, infatti, detto che «i giudici italiani sono abbastanza liberi nell'interpretazione delle norme» e che il principio di legalità «dall'analisi in action esce piuttosto malconco», consacrando un ruolo creativo del giudice, che ne mette in crisi la reale effettività³⁹.

A questa conclusione si è giunti argomentando, da un lato, con l'esistenza di numerosi contrasti giurisprudenziali – diacronici e sincronici, semplici e multipli – che possono segnare le relazioni tra Corti di pari livello e Corti di diverso

³⁶In tal senso cfr. E. AMODIO, *Il processo penale tra disgregazione e recupero del sistema*, in *Ind. pen.*, 2003.

³⁷O. MAZZA, *Imputazione e "nuovi" poteri del giudice dell'udienza preliminare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008.

³⁸Cfr. M. ROMANO, *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008.

³⁹Così A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 78, 80, 107 e 124.

livello⁴⁰; dall'altro, ad eguale risultato conduce la genesi giurisprudenziale di alcune fattispecie in forza dell'ampliamento del loro raggio di azione, che ha finito per crearne sostanzialmente di nuove.

Sul versante del diritto processuale penale lo scenario, per dir così, si aggrava, perché da vari anni i giudici, specie di legittimità, si sono resi protagonisti di un'erosione della tenuta del sistema legislativo in vista di una ristrutturazione dell'ordinamento proiettata a dare risposte soprattutto all'esigenza di contenimento dei tempi. Facendo leva sulla previsione costituzionale della ragionevole durata e sui principi fondamentali dell'ordinamento, le Sezioni unite hanno escogitato soluzioni applicative in assenza di regole legislative o, il che è indubbiamente più ardito, pur in presenza di una disciplina legale di cui sono stati compressi gli spazi operativi, sfruttando la sua capacità di adattarsi ai casi di volta in volta presi in considerazione⁴¹.

⁴⁰Come precisato da A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., p. 78, i contrasti diacronici si hanno quando una decisione su un determinato punto di diritto è smentita da una decisione successiva; i contrasti sincronici postulano che i diversi orientamenti coesistano in uno stesso contesto temporale; i contrasti semplici si distinguono dai contrasti multipli a seconda che su di un certo problema giuridico si formino solamente due o più orientamenti. Sul ruolo nomofilattico della Corte di cassazione cfr., per tutti, G. CANZIO, *Giurisprudenza di legittimità, precedenti e massime*, in *Quest. giust.*, 2008, p. 51.

⁴¹Gli esempi di questa giurisprudenza sono plurimi. Per restare a casi recenti può farsi riferimento a Cass., Sez. un., 31 gennaio 2008 n. 6026, Huzunianu, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2358 – con nota di G. DE AMICIS, *Osservazioni in margine ad una recente pronuncia delle Sezioni unite in tema di rapporti tra unicità del diritto di impugnazione e restituzione nel termine per impugnare una sentenza contumaciale di condanna* –. L'esclusione del diritto del condannato in contumacia alla restituzione nel termine di impugnazione, nel caso in cui il suo difensore, nominato d'ufficio, abbia esperito tutte le ordinarie impugnazioni all'interno del processo contumaciale, è stata giustificata con l'argomentazione che «l'astratta configurabilità di una duplicazione di impugnazioni, promananti le une dal difensore, e le altre dall'imputato, rappresenterebbe una opzione (per la verità, neppure mai "suggerita" dalla Corte europea) palesemente incompatibile, a tacer d'altro, con la esigenza di assegnare una "ragionevole durata" al processo, imposta dall'art. 111 Cost. e dallo stesso art. 6 della CEDU». Quel che è configurabile sulla base dell'assetto di regole di legge è dunque scartato in nome di un principio di rango superiore, la ragionevole durata, che si atteggia a strumento di manipolazione della disciplina codicistica, piuttosto che, come dovrebbe forse essere, a parametro di valutazione di legittimità costituzionale. Si ricorderà che una siffatta soluzione è stata "bocciata" da Corte cost. n. 317 del

Questi indirizzi interpretativi non sono mutati – anzi: si sono irrobustiti – dopo l’inserimento in Costituzione della riserva di legge processuale.

Qualche anno fa – il dato è particolarmente esemplificativo della situazione – le Sezioni unite hanno ribadito la legittimazione di una giurisprudenza ‘creativa’, sorta ben prima della novella costituzionale dell’art. 111, senza curarsi di verificarne la compatibilità con il nuovo ordinamento.

2009, in *Giur. cost.*, 2010, p. 1816 – con nota di D. BUTTURINI, *La partecipazione paritaria della Costituzione e della norma sovranazionale all’elaborazione del contenuto indefettibile del diritto fondamentale. Osservazioni a margine di Corte cost. n. 317 del 2009* –, che ha osservato come «il diritto di difesa ed il principio di ragionevole durata del processo non possono entrare in comparazione, ai fini del bilanciamento, indipendentemente dalla completezza del sistema delle garanzie. Ciò che rileva è esclusivamente la durata del “giusto” processo, quale delineato dalla stessa norma costituzionale invocata come giustificatrice della limitazione del diritto di difesa del contumace. Una diversa soluzione introdurrebbe una contraddizione logica e giuridica all’interno dello stesso art. 111 Cost., che da una parte imporrebbe una piena tutela del principio del contraddittorio e dall’altra autorizzerebbe tutte le deroghe ritenute utili allo scopo di abbreviare la durata dei procedimenti. Un processo “non giusto”, perché carente sotto il profilo delle garanzie, non è conforme al modello costituzionale, quale che sia la sua durata. In realtà, non si tratterebbe di un vero bilanciamento, ma di un sacrificio puro e semplice, sia del diritto al contraddittorio sancito dal suddetto art. 111 Cost., sia del diritto di difesa, riconosciuto dall’art. 24, secondo comma, Cost.: diritti garantiti da norme costituzionali che entrambe risentono dell’effetto espansivo dell’art. 6 Cedu e della corrispondente giurisprudenza della Corte di Strasburgo». Ancora, il riferimento è a Cass., Sez. un., 20 dicembre 2007 n. 5307, Battistella, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2310 ss., che ha escogitato il rimedio all’imputazione generica in udienza preliminare fondato sull’atto atipico del giudice, espressivo dei suoi poteri di controllo sull’imputazione, di sollecitazione al pubblico ministero delle necessarie integrazioni e correzioni. Atto di sollecitazione che si pone come necessaria premessa per l’esercizio del potere di disporre la regressione del procedimento in caso di mancata adesione del pubblico ministero all’invito di rimediare alla genericità imputativa, pena altrimenti l’abnormità del provvedimento di restituzione degli atti, in nome anche delle esigenze di economia della giurisdizione, che hanno indotto ad una «rilettura rigorosa e costituzionalmente orientata della categoria dell’abnormità». Le Sezioni unite hanno proseguito su quest’aspetto affermando che «ogni fattispecie di indebita regressione costituisce un serio *vulnus* all’*ordo processus*, inteso come sequenza logico-cronologica coordinata di atti, in spregio dei valori di rilievo costituzionale (art. 111 Cost., comma 2: regola precettiva e interpretativa, a un tempo) dell’efficienza e della ragionevole durata del processo». Per un commento critico a tale ultima sentenza sia consentito il rinvio a V. MAFFEO, *L’udienza preliminare tra diritto giurisprudenziale e prospettive di riforma*, Cedam, Padova, 2008, p. 99 ss.

Il riferimento è alla ‘storica’ sentenza⁴² che, per fondare il valore regolativo a tutto campo del principio di preclusione endoprocedimentale non codificato, ha affermato, riprendendo testualmente il passo di una datata pronuncia⁴³, che «sul metodo dell’indagine interpretativa in mancanza di un’esplicita disposizione di legge ... il silenzio del legislatore, di per sé solo, non ha valore concludente, nel senso che non equivale a certa regola di esclusione, per la semplice, ma evidente, ragione che nella ricostruzione della reale portata di una legge il fatto pretermesso non è affermato né escluso e che, stante il valore non univoco di quel silenzio, compito indeclinabile dell’interprete è quello di attribuire, caso per caso, alla omessa menzione del fatto il significato più coerente con la *ratio legis*, con il contesto normativo delineato dal sistema e con gli interessi tutelati ed i fini effettivamente perseguiti». Più specificamente, essa ha aggiunto – individuando la regola di soluzione dei casi di litispendenza interna ad uno stesso ufficio – che «al di fuori dell’area del diritto penale sostanziale per il quale vigono il principio costituzionale di stretta legalità e la riserva assoluta di legge (art. 25, comma 2, Cost.), la mancanza di un’esplicita disposizione non può fare considerare esaurito il compito dell’interprete, il quale, prima di optare per una conclusione di *non liquet* o di negare l’esistenza di una norma, ha il dovere di sperimentare tutti gli altri strumenti ermeneutici dei quali dispone, verificando, in particolare, la praticabilità della via additata dall’art. 12, comma 2, delle Disposizioni sulla legge in generale, a norma del quale “se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell’ordinamento giuridico dello Stato”».

La riproposizione del passo testuale dell’argomentazione vuol rendere evidente come l’innovazione costituzionale sia passata sotto silenzio, perché il riferimento alla riserva di legge assoluta è stato operato esclusivamente per il diritto penale sostanziale, come se l’art. 111 Cost. non fosse da anni modificato.

⁴²Cass., Sez. un., 28 giugno 2005 n. 34655, Donati ed altro, in *Giust. pen.*, 2006, c. 336.

⁴³Cass., Sez. un., 25 febbraio 1998 n. 4265, Gerina ed altro, in *Cass. pen.*, 1998, p. 1951, con nota di D. CARCANO, *Una sentenza “manipolativa” delle sezioni unite*.

6. SIGNIFICATO E LIMITI DELLA RISERVA DI LEGGE PROCESSUALE

L'introduzione della riserva di legge in materia processuale, lo si è accennato, ha inteso rispondere ad atteggiamenti della giurisprudenza, soprattutto costituzionale, che si erano risolti nella sostanziale pretermissione del contenuto prescrittivo di alcune disposizioni di legge, sostituite da regole di produzione interpretativa⁴⁴; ma, al di là delle contingenti intenzioni di quel legislatore, finisce con adempiere un compito di garanzia, facendo da argine all'ampliamento degli spazi di discrezionalità libera dei giudici⁴⁵.

Essa, però – ed è questa una prima notazione critica –, è stata inserita nel nostro ordinamento con una non felice scelta

⁴⁴Il riferimento è soprattutto a Corte cost., sentenze nn. 24, 254 e 255 del 1992 e n. 361 del 1998.

In dottrina v. E. MARZADURI, *La riforma dell'art. 111 Cost. tra spinte contingenti e ricerca di un modello costituzionale del processo penale*, in *Leg. pen.*, 2000.

⁴⁵G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, p. 79 ss., osserva «che può apparire plausibile persino rispetto al settore penale affermare che oggi viviamo nell'età della giurisdizione o – detto altrimenti – nell'epoca del giudice». L'Autore giustifica quest'affermazione forte chiamando in causa la constatazione della crescente espansione del potere giudiziario e del diritto penale giurisprudenziale ed evidenzia come si sia fatta breccia tra gli stessi penalisti la scoperta «che il giudice in qualche modo e misura crea [...] e crea persino quando interpreta e applica le norme penali». L'analisi prosegue riconoscendo che l'interprete/applicatore finisce con l'essere creativo non per infedeltà al ruolo, non per atteggiamenti ribellisti, ma perché «la visione (cara soprattutto al penalista tradizionale) dell'interprete fedele e passivo servitore del legislatore-padrone assoluto del diritto non è altro che pura ideologia». Non manca poi di sottolineare come «la più evoluta giurisprudenza penale contemporanea mostri una crescente consapevolezza del proprio ruolo di co-produttrice del diritto». Epperò, come condivisibilmente detto da C.F. GROSSO, *Il fascino discreto della conservazione (considerazioni in margine all'asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)*, in *Criminalia*, 2011, p. 125 ss., «nel nostro sistema giuridico non vi [è] spazio per concezioni che mettono in dubbio l'esistenza della legalità quale parametro di giudizio preesistente all'interpretazione e indisponibile da parte del giudice». Di qui l'affermazione che «sul terreno della funzione esercitata dalla magistratura ordinaria in sede d'interpretazione ed applicazione della legge penale interna italiana, non è prospettabile un problema di crisi del principio della riserva di legge determinato dall'interferenza interpretativa dei giudici sulla produzione normativa».

dei tempi, dato che oggi, assai più di ieri, il diritto interno è messo in interazione con sistemi normativi sovranazionali – il riferimento è alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ma non solo – e, al pari di ogni altro settore dell'ordinamento, posto in relazione dinamica con i principi costituzionali, attraverso non solo il sindacato di costituzionalità ma anche l'adempimento, ad opera di ogni giudice, dell'obbligo dell'interpretazione conforme.

Ma non è tanto la statuizione della riserva di legge a destare perplessità, perché essa ben potrebbe convivere con il riconoscimento di un significativo ruolo all'interpretazione giudiziale⁴⁶. Quel che non persuade è la riserva di regolazione del giusto processo, con un'espressione che sembra imporre al legislatore di intervenire nella materia non con norme di principio ma con norme a contenuto strettamente regolativo.

In quell'espressione – «regolato dalla legge» – sembra cogliersi il riferimento alla regola come esigenza di prescrizioni puntuali e di dettaglio che rende insufficiente una disciplina soltanto per principi, ovviamente di taluno dei settori della materia processuale.

Se si conviene su questa lettura del dato costituzionale, la riserva di legge rischia di trasformarsi in motivo di tensione, difficilmente superabile nell'impegno giudiziale volto a dare attuazione per via interpretativa ad una superiore legislazione per principi, che trova un riferimento interno nella Carta costituzionale e un riferimento sovranazionale nella giurisprudenza della Corte Edu⁴⁷.

Se il giusto processo non può fare a meno di regole di matrice legislativa, è seriamente da dubitarsi che i giudici

⁴⁶Si consideri, del resto, che sempre è stata affermata, con più decisioni della Corte costituzionale, la riserva di legge statale in materia processuale e di giurisdizione – come del resto evidenzia C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, Cedam, Padova, 2008, p. 67 –, specie per negare ogni potestà normativa in materia alle Regioni. Tuttavia, questa giurisprudenza nulla toglie al dato di significativa novità della modifica costituzionale dell'art. 111, la cui forza trova causa soprattutto nella previsione della necessità, perché si abbia 'giusto processo', di un intervento del legislatore per una puntuale regolazione, non potendo bastare una normazione per principi, almeno secondo la lettura che qui si paventa come plausibile.

⁴⁷Sull'evoluzione della Corte di cassazione da giudice delle regole a giudice dei diritti, con la conseguente strutturazione della sua giurisprudenza secondo principi, sulla falsariga della Corte europea dei diritti dell'uomo, cfr. F.M. IACOVIELLO, *Il quarto grado di giurisdizione: la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 282 ss.

possano dare attuazione alle prescrizioni di giusto processo contenute nelle decisioni della Corte Edu, escogitando soluzioni spesso al di là della disciplina regolativa di legge, seppure evincibili dalle norme di principio di cui il nostro sistema processuale si compone⁴⁸.

⁴⁸Per qualche esemplificazione di particolare efficacia è sufficiente fare richiamo anzitutto a Cass., Sez. I, 1 dicembre 2006 n. 2800/07, Dorigo, in *C.E.D. Cass.*, n. 235447, la quale, per dare attuazione ad una pronuncia della Corte Edu che aveva accertato la violazione dell'art. 6 della Convenzione nell'ambito di un processo conclusosi con sentenza irrevocabile, ha premesso che dette pronunce della Corte Edu sono «direttamente produttive di diritti ed obblighi nei confronti delle parti, vale a dire sia rispetto allo Stato, che è tenuto a conformarsi al *dictum* della stessa Corte e ad eliminare tempestivamente le conseguenze pregiudizievoli della verificata violazione, sia rispetto al cittadino, al quale non può negarsi il diritto alla riparazione, nella forma pecuniaria ovvero nella forma specifica della *restitutio in integrum* mediante la rinnovazione del giudizio diretta a ristabilire il diritto del richiedente ad un *proces equitabile*». Ha quindi affermato che l'obbligo di conformazione travolge la forza del giudicato interno, che resta inesequibile per dare modo di riaprire il procedimento penale. Il processo penale, come disegnato dal legislatore, non ha un meccanismo di recupero del tasso di garanzie che definiscono a livello sovranazionale il processo equo; spetta dunque al giudice, in luogo del legislatore, apprestare gli strumenti di adeguamento, travolgendo anche codificate e sedimentate regole di legge. Si pensi, poi, a Cass., Sez. VI, 12 novembre 2008 n. 45807, Drassich, in *C.E.D. Cass.*, n. 241753, che ha rinvenuto nel ricorso straordinario per errore di fatto, rimedio straordinario preposto al soddisfacimento di tutt'altre esigenze, lo strumento per consentire il superamento del giudicato di legittimità conclusivo di un processo dichiarato non equo dalla Corte Edu per l'esercizio officioso ad opera del giudice di legittimità, in assenza di interlocuzione difensiva, del potere di riqualificazione del fatto. Nel sistema interno, il potere di riqualificazione che spetta al giudice di ogni grado non deve essere esercitato attraverso la mediazione dell'intervento delle parti. L'assunto non è sostenibile alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, per come interpretata dalla Corte Edu, che impone di riconoscere all'imputato il diritto di interloquire sulla qualificazione. Dunque, non solo il giudice interno deve forzare gli istituti (ricorso straordinario) per adattarli ad una funzione non propria, ma d'ora in poi, in assenza di un intervento adeguatore del legislatore ordinario, potrà e dovrà avvalersi di procedure atipiche per conformare il potere di riqualificazione del fatto alle pretese di garanzia individuate dalla Corte Edu. A proposito di questa giurisprudenza G. RICCIO, *La procedura penale. Tra storia e politica*, cit., p. 38, ha acutamente osservato che i recenti arresti mettono in discussione la riserva di legge, dettando «principi protési alla creazione analogica di strumenti per il riconoscimento di diritti, il più delle volte sul presupposto dell'obbligo di adattamento del nostro ordinamento ai dettati europei». Ha quindi affermato che la giurisprudenza ripropone una versione “debole” della riserva di legge in materia processuale, «conferendo al ‘momento interpretativo del diritto’ compiti creativi extrasistemici».

Può allora discutersi se la riserva di legge attenga a tutto il fenomeno processuale o solo a quei profili che definiscono l'ambito del giusto processo; se e quale spazio dia al potere discrezionale del giudice di regolare l'evoluzione processuale, di governarne lo sviluppo al di fuori di sicuri parametri legislativi e quindi quale legittimazione possa conferire agli sforzi giurisprudenziali diretti ad assicurare la ragionevole durata dei processi⁴⁹. In questo senso potrebbe concludersi che spetta alla legge, e solo alla legge, la definizione dei contenuti del giusto processo, che il bilanciamento tra garanzie e bisogni di efficienza è materia esclusiva del legislatore, che l'uso del canone della ragionevole durata in funzione interpretativa non può legittimare operazioni di ortopedia normativa talmente avanzate da porre nel nulla regole codificate, e che non è più 'giusto' il processo che si arricchisca di tasselli di garanzia che non abbiano una matrice legislativa⁵⁰. Essa dovrebbe valere a tutto tondo, nei confronti del Governo con la sua potestà regolamentare, della Corte costituzionale – per contenerne, ove esistenti, le tentazioni di manipolare il sistema senza troppa attenzione alle valutazioni discrezionali del legislatore⁵¹ – e anche, soprattutto, nei confronti dei giudici comuni, costringendo a valutare negativamente le innovazioni interpretative *praeter legem*, specie quelle dell'ultimo periodo della produzione di legittimità. Con l'ulteriore dirompente conseguenza, per il caso di regolazione di tratti del fenomeno processuale con prescrizioni non legislative, della mancanza in

⁴⁹M. CECCHETTI, *Il principio del giusto processo nel nuovo art. 111 della Costituzione. Origini e contenuti normativi generali*, in AA.VV., *Giusto processo*, a cura di P. TONINI, Cedam, Padova, 2001. Il problema della formula costituzionale "giusto processo regolato dalla legge" è affrontato, pur senza particolari approfondimenti, da C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, cit., p. 67, affermando, per quel che attiene ai rapporti tra riserva di legge e interpretazione giudiziale, che la locuzione «impone di ritenere incostituzionale quel processo in cui la forma e i termini, i poteri delle parti e del giudice, siano rimessi, per quanto concerne le modalità ed i tempi, alla discrezionalità dell'organo giurisdizionale».

⁵⁰Corte cost. n. 317 del 2009.

⁵¹Rispetto alla giurisprudenza costituzionale si è osservato che la riserva di legge, se non mette in discussione la legittimità delle sentenze di tipo ablativo, impone un netto *self-restraint* alla Corte nei suoi interventi nomopoietici, pur non arrivando a porre un divieto per le sentenze additive, divieto che sembrerebbe eccessivo e fors'anche inopportuno per l'incertezza di tracciare il confine tra attività creativa e attività interpretativa. Sul punto cfr. P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 98.

concreto di un giusto processo; non si potrebbe allora parlare di attuazione della giurisdizione e l'attività compiuta al di fuori di regole di legge non sarebbe qualificabile come giurisdizionale: della giurisdizione essa sarebbe un mero simulacro⁵².

Epperò, il discorso può virare in altra direzione per una valorizzazione, anche sul piano della legalità processuale, del significato della riserva, che è quello di rafforzare la tutela dei diritti fondamentali potenzialmente compromessi dall'esercizio dei pubblici poteri⁵³, e non certo di deprimere il ruolo delle parti e del giudice di contribuzione alla progressione processuale.

Se la riserva di legge è argine a presidio degli sconfinamenti del Potere in danno della libertà delle parti private, non può agire in senso opposto alla sua naturale ed esclusiva vocazione, inibendo la partecipazione delle parti e privandole – in uno con il giudice nel suo ineliminabile ruolo di direzione e sintesi della dialettica interna – della possibilità di costruire tasselli procedurali all'interno di direttrici legislative volutamente generali.

E, ancora una volta, non è un caso che questo modulo, fondato sull'interazione tra norme di legge poste a garanzia dei diritti fondamentali e autonomia regolativa delle parti – assistita e conformata dal potere decisorio del giudice – sia stato previsto sul terreno delle prove. Il riferimento è alla prova atipica, tale perché il legislatore non ha potuto – comunque ha preferito non – disciplinare predisponendo un dettagliato statuto di assunzione. Fissate le regole generali di garanzia (idoneità ad assicurare l'accertamento dei fatti; assenza di pregiudizi per la libertà morale della persona), il legislatore affida al giudice, attraverso il preventivo ascolto delle parti, la definizione delle modalità di assunzione⁵⁴; in tal modo le parti concorrono a

⁵²Cfr. G. UBERTIS, *Corte europea dei diritti dell'uomo e «processo equo»: riflessi sul processo penale italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 33 ss., secondo cui «sintetizzando al massimo, può affermarsi che l'inosservanza dei requisiti del processo equo, imposti sia dall'art. 6 Conv. eur. dir. uomo [...] sia dall'art. 111, comma 1, Cost., generi il venir meno della giurisdizione in senso proprio, originandone unicamente un suo simulacro».

⁵³In tal senso G. RICCIO, *La procedura penale. Tra storia e politica*, cit., p. 36, secondo cui la finalità dell'introduzione nel sistema della riserva di legge processuale «non è solo quello di salvaguardare il cittadino, vietando atti processuali previsti da fonti di rango inferiore alla legge; [...] la moderna finalità delle fonti è soprattutto quella di tutelare i diritti fondamentali della persona».

⁵⁴Sul punto è d'obbligo il rinvio a V. GREVI, *Prove*, in *Compendio di procedura penale*, Cedam, Padova, 2012, p. 299 ss.

disciplinare questo momento procedurale, tracciando i confini entro cui si esplica il potere decisorio del giudice, e questo non è certo un meccanismo che tradisce il senso della riserva di legge.

Allo stesso modo si deve ragionare sul terreno dell'esame incrociato che non è compiutamente regolato dalla legge se non per una sua importante eventualità costituita dalle contestazioni in corso di esame. Il motivo per cui le contestazioni hanno goduto di maggiore attenzione legislativa è abbastanza chiaro: esse possono innescare meccanismi acquisitivi di elementi informativi raccolti in fase di indagine e, quindi, si atteggiano a potenziale deroga al sistema della netta separazione delle fasi; sicché il legislatore non poteva non regolarle con uno sforzo di maggiore completezza. Esse sono sicuramente una modalità di svolgimento dell'esame incrociato, ma aprono ad una fase ulteriore e, da frammento di un più articolato meccanismo di formazione di una prova dibattimentale, divengono premessa per l'acquisizione di una prova che dibattimentale non è⁵⁵.

Il fatto che le regole di legge dell'esame incrociato siano poche non deve essere letto – per quanto sino ad ora abbozzato – in relazione ad una presunta assenza di interesse del legislatore, segno di una trascuratezza inspiegabile per ciò che concretizza il contraddittorio in riguardo a quell'ampio ventaglio di prove che si connotano per struttura dichiarativa.

È piuttosto il segnale della consapevolezza che, in alcuni momenti del processo, l'incremento delle regole rischia di ostacolare invece che agevolare il compimento di attività che, per essere conformi alle finalità del sistema, non devono essere ingabbiate in schemi inevitabilmente rigidi e che hanno bisogno di apprendere continuamente dalla prassi quale sia il più adeguato modello di conformazione.

Al mancato intervento legislativo non segue, però, l'arbitrio dei singoli attori processuali. L'assenza di una compiuta disciplina non si risolve nella possibilità incontrollata che all'interno di ciascun processo si sia liberi di scegliere se e quali regole osservare, perché le parti sono chiamate a conformarsi a quelle maturate nei rispettivi ambiti professionali come espressione di quella correttezza, lealtà e probità che qualificano l'agire dei protagonisti di un processo di stampo

⁵⁵In forza di questa caratteristica non si è inteso farne oggetto di trattazione in questo studio che si propone di analizzare l'esame incrociato esclusivamente come strumento di formazione della prova dibattimentale.

accusatorio, e il giudice è tenuto ad esercitare i poteri di vigilanza e di direzione per assicurare correttezza alla contesa.

L'accusatorietà del modello ha uno dei tratti qualificanti nella ricomposizione del rapporto dei soggetti privati con l'Autorità attraverso l'eliminazione di posizioni di predominio e la spiccata preferenza per protocolli di cogestione del fenomeno processuale. Affrancate da nervature latamente gerarchiche, le relazioni tra i soggetti e tra questi e il giudice – che pure resta e anzi si rafforza nel ruolo di arbitro e risolutore dei micro-conflitti che costellano la progressione –, si irrobustiscono in una prospettiva di collaborazione che giocoforza postula una maggiore esposizione dei ruoli professionali.

Ed è in questa direzione che si apprezza, pur nel mantenimento del significato di garanzia della riserva di legge, la scelta di affidare alle parti, e quindi alle esperienze culturali elaborate dai ceti professionali di rispettiva appartenenza, il compito di integrare, specificare, inverare indicazioni ampie, generali seppure non generiche circa il modo con cui le prove vanno forgiate 'nel' contraddittorio e 'dal' contraddittorio.

Proprio sul terreno dell'esame incrociato si è assistito alla formazione di un'esperienza di cooperazione tra le figure professionali che agiscono nell'ambito della giustizia penale: avvocati, magistrati ed esponenti del mondo accademico. Da alcuni anni si è costituito il Laboratorio Permanente per l'Esame e il Controesame (LAPEC) con l'obiettivo di mettere a punto, utilizzando il metodo della concertazione, regole di condotta che coprano gli spazi lasciati dalla legge o siano di questa opportuna esplicazione. Uno sforzo di riflessione comune, di discussione aperta per la formazione di un «decalogo di 'buone maniere'», che giudici, difensori e pubblici ministeri si impegnano a diffondere e a far condividere, nella convinzione che «la deontologia, lungi dall'essere una disciplina minimale e residuale, è un fondamentale momento di rilegittimazione quotidiana e permanente degli attori del processo»⁵⁶. Dunque, la strada da percorrere per un recupero della legalità è la ricerca di soluzioni condivise che completino, integrino e specifichino le previsioni di legge in una relazione

⁵⁶Per una deontologia giudiziaria condivisa. *Il Nuovo progetto del LAPEC e giusto processo*, in *Criminalia*, 2011, p. 559 ss.

feconda tra autorità della regola predeterminata e autonomia delle parti sostenuta dalla comunanza di cultura processuale⁵⁷.

L'impegno ha già prodotto un risultato nella predisposizione di alcune linee-guida, di cui si darà atto mano a mano che si prenderanno in considerazione i profili di interesse.

A questo punto è bene anticipare una considerazione di fondo: non si è di fronte ad un complesso di regole innovative; alcune volte si tratta della riproposizione di prescrizioni desumibili agevolmente dalla disposizione legislativa di riferimento. Quel che merita di essere evidenziato è la 'forza' che risiede non nell'originalità dei contenuti – che peraltro potrebbe essere motivo di attrito con la pur generale previsione di legge – ma, appunto, nell'essere il frutto di un impegno condotto con metodo «rivoluzionario», consistito nel porre «attorno a un tavolo del “loro” processo penale» giudici, avvocati, pubblici ministeri e professori per dibattere «con spirito di colleganza in una zona franca che favorisce la considerazione dei punti di vista altrui senza rinunciare ai propri»⁵⁸.

7. LA MANCATA PREVISIONE DI SANZIONI PROCESSUALI

Le regole sono poche, ma ancora meno sono le disposizioni che prevedono sanzioni per l'eventualità di una loro inosservanza. È sufficiente sfogliare una raccolta di massime della giurisprudenza di legittimità per avvedersi di quanto peso abbia l'assenza di previsioni di nullità e di inutilizzabilità per la violazione non soltanto delle disposizioni sugli esami ma anche degli adempimenti preliminari agli stessi.

Si pensi al caso di illegittimità più radicale dell'esame condotto – al di fuori di una previsione in deroga – dal giudice in luogo delle parti e con la richiesta all'esaminando se

⁵⁷Si veda, in particolare, E. RANDAZZO, *L'esame incrociato nelle aule di giustizia: dalle devianze al ritorno alla legalità*, in *Cultura e diritti*, 2012, n. 1, p. 127 ss.

⁵⁸E. RANDAZZO, *L'esame incrociato nelle aule di giustizia: dalle devianze al ritorno alla legalità*, cit., p. 135. Osserva poi F. GIUNTA, *Luci ed ombre sulle prospettive di riforma dell'esame incrociato*, in *Giust. pen.*, 2011, III, c. 40 ss., «che la forza sostanziale delle linee-guida sta paradossalmente nella loro debolezza formale: esse sono fonti del diritto nella misura in cui la loro osservanza venga accompagnata dal perdurante consenso culturale degli attori dell'esame incrociato».

confermi le dichiarazioni rese in una precedente fase del dibattimento. Questa situazione di totale compressione dello spazio riservato all'esame incrociato ha fatto dire alla giurisprudenza che l'inevitabile difformità dalle regole di legge – conseguente al fatto che la richiesta di conferma è domanda suggestiva e quindi vietata in esame diretto e non è domanda che verta su fatti specifici, come è invece imposto dalla legge – non dà luogo ad inutilizzabilità, perché non si è di fronte ad una prova assunta in violazione di un divieto probatorio, e non consuma una nullità, dato che la violazione delle regole sopra indicate non è riconducibile ad alcuna delle previsioni di cui all'art. 178 comma 1 *lett. c)* c.p.p.⁵⁹.

Ancora, sempre a titolo esemplificativo, può farsi il caso dell'esame testimoniale a cui si sia proceduto erroneamente con le forme dell'audizione protetta, in violazione della regola di legge che riserva tali modalità all'esame del minore per tutelarne la personalità ancora fragile. Nessun dubbio che l'adozione delle particolari misure di protezione – come la schermatura della posizione fisica in cui si trova l'esaminando, in modo che non sia visto dalle parti e dal pubblico – impedisca alle parti stesse di valutarne le reazioni emotive non dichiarative, certamente importanti per la prosecuzione dell'esame stesso. Eppure, non solo la giurisprudenza esclude la ricorrenza della nullità, ma nega anche che possa esserci spazio per un intervento della Corte costituzionale, dichiarando la manifesta infondatezza dell'art. 179 c.p.p., in riferimento all'art. 111 comma 2 Cost., nella parte in cui non prevede la nullità dell'esame disposto e condotto con modalità di protezione al di fuori dei casi consentiti. La ragione si rinviene nel fatto che l'inosservanza delle norme sull'esame, «quando non si concretizzi nella violazione di divieti probatori, determina irregolarità ma non nullità né inutilizzabilità, non risolvendosi nella violazione del diritto di difesa e non essendo, pertanto, riconducibile ad alcuna delle previsioni della norma censurata, purché sia assicurato il diritto della difesa di porre domande al teste, con la conseguenza che, in tal caso, non è violato il principio del contraddittorio»⁶⁰.

⁵⁹Cass., Sez. II, 8 luglio 2002 n. 35445, Natalotto, in *C.E.D. Cass.*, n. 227360; ed in senso conforme, più di recente, Cass., Sez. V, 17 luglio 2008 n. 38271, Cutone, in *C.E.D. Cass.*, n. 242025.

⁶⁰Cass., Sez. V, 19 giugno 2007 n. 36061, Poulain Didier, in *C.E.D. Cass.*, n. 237721.

Un ultimo esempio: il presidente, o il giudice se monocratico, può direttamente rivolgere domande all'esaminando ma ciò può fare per espressa previsione di legge solo dopo che le parti abbiano svolto l'esame diretto e il controesame. Non è difficile comprendere come un intervento in corso di esame sia fattore di indebita alterazione delle strategie che le parti perseguono nella concatenazione delle domande e causi quindi una compromissione dell'esercizio dei loro diritti processuali. Si potrebbe allora ipotizzare una reazione sanzionatoria dell'ordinamento processuale, ma la Corte di cassazione, ancora una volta, ha negato che possa parlarsi di inutilizzabilità perché non si tratta di prova assunta in violazione di un divieto probatorio di legge, e con una certa genericità nell'argomentazione ha fatto riferimento alla categoria delle nullità. Esclusa l'ipotesi di nullità assolute, ha ragionato in termini di nullità relativa, trascurando però che le nullità relative sono speciali e in questo caso non v'è appunto espressa previsione di una nullità; ma ciò ha fatto per evidenziare che sarebbe stato necessario eccipirla immediatamente dopo l'intervento irregolare del presidente e quindi, sostanzialmente, per negarne in quel caso la deducibilità con il ricorso per cassazione⁶¹.

Rispetto ai casi ora evocati, desta perplessità la scelta di sanzionare espressamente con la nullità violazioni che appaiano meno pregnanti quanto a violazione degli interessi delle parti, quale l'inosservanza delle norme sugli avvertimenti al teste prima dell'esame e sulla relativa dichiarazione di impegno (art. 497 commi 2 e 3 c.p.p.). E può anche sorprendere che la giurisprudenza non riconosca spazi operativi alle sanzioni in caso di violazione di espressi divieti che sembrano inerire così strettamente alla struttura di un (buon) esame da condizionarne, se violati, l'esito probatorio, benché il legislatore abbia presidiato con la nullità violazioni a regole dell'esame meno significative, seppure importanti. Il riferimento è alla violazione del divieto di porre domande nocive e suggestive: sul punto la poca giurisprudenza esistente ha affermato che essa non determina inutilizzabilità della prova, perché l'inutilizzabilità attiene alle prove vietate dalla legge, e non dà luogo a nullità

⁶¹Cass., Sez. III, 20 maggio 2008 n. 27068, B., in *C.E.D. Cass.*, n. 240262; cfr., in precedenza, Cass., Sez. III, 11 gennaio 1994 n. 3125, Di Santo, in *C.E.D. Cass.*, n. 198598.

per l'assenza di una previsione in tal senso e, quindi, per lo sbarramento determinato dal principio di tassatività⁶².

Fatta eccezione per i tassativi casi di regolazione espressa, l'idea di fondo si rintraccia nel fatto che l'inutilizzabilità resta estranea alle difformità dal modello legale di acquisizione della prova⁶³, e che le nullità, in tale settore, necessitano di previsione espressa per la ritenuta difficoltà di fare applicazione delle previsioni d'ordine generale di cui all'art. 178 c.p.p.

⁶²Cass., Sez. III, 25 giugno 2008 n. 35910, Ouertatani, in *C.E.D. Cass.*, n. 241090.

⁶³Esclusa la rilevanza, ai fini dell'apprezzamento di stati patologici, della violazione delle mere regole tecniche di esame, in particolare delle disposizioni che fissano la legittimazione a porre domande in prima battuta al soggetto che ha chiesto l'esame e che regolano la successiva procedura dell'alternanza delle domande – e ciò perché il diritto alla conduzione dell'esame e del controesame è disponibile – si afferma – cogliendo la divergenza dal modello legale e quindi l'illegittimità dell'acquisizione – il collegamento della sanzione dell'inutilizzabilità alla violazione dei divieti di domande nocive e domande suggestive. Così N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Cedam, Padova, 1992, p. 306 ss. L'inutilizzabilità dovrebbe afferire peraltro alle risposte ma con possibilità di estensione, previa verifica dell'incidenza causale, alle successive domande e risposte. La giurisprudenza di legittimità prevalente, invece, resta ancorata all'idea che l'inosservanza delle formalità legali di acquisizione della prova non causa, di per sé, l'inutilizzabilità. Il ragionamento è consolidato: la previsione generale di inutilizzabilità per le prove acquisite in violazione di divieti probatori non ha estromesso dal terreno delle prove la categoria delle nullità, che conserva una sua autonomia e capacità di intervento in riguardo alle prove. La posizione è stata espressa con chiarezza da Cass., Sez. un., 27 marzo 1996 n. 5021, Sala, in *C.E.D. Cass.*, n. 204643-4, che sul punto ha testualmente affermato: «l'inutilizzabilità della prova, come sanzione di carattere generale, proprio perché applicabile alle “prove acquisite in violazione ai divieti probatori”, è un rimedio che si aggiunge ma non assorbe lo strumento della “nullità”. In linea generale, le categorie della nullità e dell'inutilizzabilità, pur operando nell'area della patologia della prova, restano distinte ed autonome, perché correlate a diversi presupposti: la nullità attiene sempre e soltanto all'inosservanza di alcune formalità di assunzione della prova, vizio che non pone il procedimento formativo o acquisitivo completamente al di fuori del parametro normativo di riferimento, ma questo non rispetta in alcuni dei suoi peculiari presupposti; invece l'inutilizzabilità, come sanzione di carattere generale, presuppone la presenza di una prova “vietata” per la sua intrinseca illegittimità oggettiva, ovvero per effetto del procedimento acquisitivo la cui manifesta illegittimità lo pone completamente al di fuori del sistema processuale». La conseguenza è che la violazione delle regole di espletamento dell'esame incrociato, oltre a non causare inutilizzabilità, si sostanzia in una difformità dal modello legale di assunzione non sanzionabile con nullità per estraneità alle previsioni tassative di cui all'art. 178 c.p.p.

Le posizioni dottrinali – se ne avrà conferma approfondendo lo studio del tema – sono più variegata e più aperte alla considerazione delle ragioni che sostengono la necessità di rimedi efficaci, che non possono esaurirsi nello schema dell'opposizione delle parti in corso di esame e nella conseguente decisione presidenziale, con, al più, la possibilità di un reclamo al collegio.

Se è così, la scelta legislativa di astenersi dal porre espressamente sanzioni mostra di essere ancora più avanzata – nel potenziare il ruolo delle parti – rispetto a quella, prima commentata, di arretramento regolativo funzionale alla definizione di più ampi spazi in cui giudice e parti agiscono come 'costruttori' di modelli operativi per l'assunzione delle prove dichiarative; e proprio attraverso il ricorso alle sanzioni processuali si sarebbe potuto evidenziare l'importanza delle poche regole legali, elevandole a direttrici inderogabili dell'azione delle parti: ciò avrebbe conferito all'intervento del giudice un'efficacia che altrimenti rischia di disperdersi. Peraltro, la previsione sanzionatoria sarebbe stata coerente con la premessa delle determinazioni legislative, concedendo a parti e giudice di riempire gli spazi vuoti di regolazione all'interno di una cornice definita e inderogabile rispondente al principio della riserva di legge e al suo elevato tasso di garanzia dei diritti fondamentali.

Con questi rilievi non si esprime dissenso rispetto alla posizione di chi – dopo aver premesso che nei rapporti tra gli attori processuali emergono spazi operativi non regolamentati dalla legge e quindi affidati alla lealtà e alla correttezza, «canoni-guida per propiziare comportamenti che scongiurino l'abuso» – ritiene che non sia la sanzione «la risposta al quesito se esistano rimedi preventivi e successivi, capaci di rimuovere gli effetti dell'atto abusivo»⁶⁴. Si conviene con l'idea che si debba costruire una comune area dei modi di agire nel processo di avvocatura e magistratura, sì che parti e giudice possano riconoscersi in modelli comportamentali a cui si conformino per vocazione professionale, e la cui violazione dia luogo, al di là della previsione di una sanzione processuale, «alla riprovazione comune»⁶⁵. E non si trascura che lo spazio che si riserva nel

⁶⁴S. LORUSSO, *I canoni deontologici come reazione all'abuso nel e del processo penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2010, p. 137 ss.

⁶⁵S. LORUSSO, *I canoni deontologici come reazione all'abuso nel e del processo penale*, cit., p. 138.

processo alla regola deontologica è direttamente proporzionale alla constatazione che il meccanismo tradizionale regola-sanzione sarebbe, su quegli stessi terreni, meno efficiente. Non può negarsi, ad esempio, che la violazione del divieto di domanda suggestiva abbia come sanzione la non ammissione della domanda stessa, e che già il fatto che sia stata pronunciata determini una lesione del corretto svolgimento dell'esame⁶⁶.

Se è ragionevole che si guardi in via principale al momento preventivo, e ci si affidi soprattutto alla deontologia professionale, non sarebbe però incoerente una previsione di sanzioni a presidio di alcuna tra le poche regole basilari dell'esame, perché i piani di azione sarebbero complementari e non certo contrastanti.

Nessun dubbio, quindi, che «la deontologia ha ... un ruolo fondamentale e non sostituibile da sanzioni processuali»⁶⁷, e però l'infungibilità non significa incompatibilità, e l'una e le altre possono convivere se sapientemente calibrate.

A ben riflettere, allora, non è il fatto che siano poche le regole di legge quanto la mancanza di sanzioni a porre in crisi il rapporto con la riserva di legge; almeno questa è in prima battuta l'impressione.

Se può essere utile che le regole di legge traccino i confini del campo di azione delle parti e del giudice, non è di immediata percezione la ragione che ha condotto a non presidiare meglio i confini per l'eventualità che l'arbitro della contesa probatoria non sappia prontamente impedire gli assalti delle parti sleali; del resto si è fatto cenno al progetto legislativo di costruire dibattimenti concentrati in una sola udienza che, se non fosse fallito, avrebbe posto il giudice nelle condizioni di trarre con immediatezza e senza difficoltà le conseguenze di una cattiva conduzione dell'esame incrociato sul piano della valutazione del risultato di prova.

Se si indaga più a fondo sulle ragioni delle scelte legislative, si può ipotizzare che la mancata previsione di sanzioni sia stata dovuta alla considerazione che qualunque di

⁶⁶S. LORUSSO, *I canoni deontologici come reazione all'abuso nel e del processo penale*, cit., p. 140, e ancora prima, negli stessi termini, G. SALVI, *Abuso del processo e deontologia dei soggetti processuali*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 4094 ss.

⁶⁷G. SALVI, *Abuso del processo e deontologia dei soggetti processuali*, cit., p. 4099.

esse, dalla nullità all'inutilizzabilità, avrebbe travolto l'intero risultato probatorio dell'esame incrociato, non potendosi ammettere forme parziali di invalidità; e ciò si sarebbe risolto in un pesante sacrificio sia delle energie processuali che degli interessi della parte che, pur traendo vantaggio da quella prova, non si fosse resa autrice di alcuna scorrettezza nella conduzione di quell'esame.

Astrattamente, l'alternativa avrebbe potuto essere la segmentazione dell'apporto dichiarativo per l'espunzione di quel pezzo affetto dal vizio; ma è agevole comprendere come sarebbe opera estremamente difficoltosa isolare i brani dichiarativi da eliminare, specie se si considera che la risposta ad una domanda suggestiva o nociva – per restare all'esemplificazione proposta – genera naturalmente ulteriori domande, magari formulate in modo rispettoso dei precetti di legge ma giocoforza condizionate dalla precedente risposta che ne ha comunque compromesso la correttezza, ad là di una considerazione isolata. E comunque, una tale operazione si porrebbe probabilmente in contrasto col principio di legalità, dal momento che la legge riserva la sanzione alla prova nella sua unità, e prova è l'intero complesso delle dichiarazioni rese in esame, non i singoli tratti in cui il contributo di conoscenza possa in ipotesi essere frazionato.

Dunque, la rigidità sanzionatoria ha suggerito, con ogni probabilità, di optare per meccanismi eliminatori del vizio dotati di maggiore flessibilità e destinati ad operare nel momento valutativo in cui l'ampiezza dell'apprezzamento discrezionale può assicurare pari efficacia repressiva senza gli inconvenienti prima tratteggiati. Spetta così al giudice il compito di selezionare il materiale dichiarativo affidabile e di darne conto in motivazione, spiegando le ragioni che inducono a ritagliare in un più ampio contributo quella parte di dichiarazioni di cui non ci si può e non ci si deve fidare.

Il quadro è allora sufficientemente chiaro: l'incerta efficienza d'azione del rimedio che si è appena descritto trova compensazione sul piano degli accorgimenti di tipo preventivo. A tal fine il legislatore esce di scena e la legge cede il passo alla regola deontologica, alla prescrizione che vuol conformare i comportamenti degli attori processuali senza incidere sugli atti che essi compiono.

Regole legali e prescrizioni di etica professionale, cristallizzate in disposizioni deontologiche, finiscono per

interagire senza diversificarsi quanto a meccanismi di reazione per la loro inosservanza.

Per un verso, la legge, non prevedendo sanzioni, riserva alla mera irregolarità – quale categoria processuale da esaminare con una cura sino a oggi mancata – la qualificazione degli atti inficiati dalla violazione delle prescrizioni impartite; per altro verso, la regola deontologica, in caso di sua inosservanza, può avere solo uno sbocco extraprocessuale nell'ambito della responsabilità disciplinare, in cui del resto può confluire la violazione di legge che dia luogo soltanto all'irregolarità.

La doppia cautela del legislatore, che non prescrive sanzioni processuali e che regola poco a beneficio del rafforzamento del ruolo delle parti, interpella sull'effettività del modello di conoscenza, che invece è così ritenuto essenziale per il giusto processo da avere posizione costituzionale con poche e restrittive eccezioni.

Di qui l'abbrivio di una ricerca che si prefigge, attraverso una puntuale ricostruzione delle impalcature regolative 'leggere' dell'esame in tutte le sue variegate forme, di acquisire una maggiore consapevolezza sulle ragioni che giustificano, o dovrebbero giustificare, l'arretramento della legge, non trascurando che possono emergere lacune, anche solo applicative, come frutto di una pigrizia culturale negli operatori che oppone resistenza alla piena esplicazione della forza innovatrice di un modello probatorio sulla cui tenuta si giocano le speranze del giusto processo per una giusta decisione.

CAPITOLO II

L'ORDINE NELL'ASSUNZIONE DELLE PROVE E L'ORDINE NELL'ESAME: CORRISPONDENZE E ASIMMETRIE

SOMMARIO: 1. Adempimenti preliminari per un efficace esame incrociato. – 2. L'ordine nell'assunzione delle prove. – 2.1. L'ordine interno al turno. – 3. L'incidenza dell'esame delle parti sull'ordine di assunzione delle prove. – 4. L'accordo delle parti come eccezione all'ordine legale dei turni istruttori. – 5. Questioni applicative in tema di pluralità di esami.

1. ADEMPIMENTI PRELIMINARI PER UN EFFICACE ESAME INCROCIATO

L'efficacia dell'esame incrociato dipende da almeno due fattori: preparazione professionale di quanti con esso si misurano¹ e rispetto rigoroso delle regole del gioco. Tra queste ve ne sono alcune che attengono a momenti della fase dibattimentale, regolati in funzione eminentemente preparatoria dell'istruzione.

Innanzitutto si consideri che, se non si avesse tempestiva e preventiva conoscenza dei temi di prova, non si avrebbe modo di preparare con cura il controesame. Il deposito della lista testimoniale nei sette giorni (liberi) antecedenti l'udienza serve, dunque, a evitare effetti di sorpresa che spiazzino la controparte e non le consentano di contrastare efficacemente le prospettazioni della prova in danno; solo eventualmente esso può giovare a consentire la predisposizione di autonome prove in funzione antagonista, per il caso in cui la lista sia depositata

¹Sull'aspetto relativo alle tecniche dell'esame, che esula dai confini di questo studio mirato esclusivamente al profilo normativo e al correlato dato applicativo, v. E. RANDAZZO, *Insidie e strategie dell'esame incrociato*, Giuffrè, Milano, 2012.

prima del limite temporale previsto, raggiunto il quale l'adempimento è precluso per tutte le parti²; resta non condizionato da alcun termine il diritto di citazione a prova contraria sulle circostanze indicate nelle liste, perché esso, all'evidenza, è contenuto nei confini tematici tracciati dalle altre parti³. Con previsione simmetrica all'esonero

²G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in AA.VV., *La prova nel dibattimento penale*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 79, rileva che la corretta dialettica processuale presuppone che l'intero materiale sia indicato all'inizio dell'istruttoria dibattimentale in modo che tutte le parti possano elaborare la propria strategia in vista della conduzione degli esami. L'istituto della lista persegue fini analoghi al meccanismo della *discovery* dei giudizi civili di *common law* per F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 925. In essi «i contraddittori scambiano i “pleadings”; poi ognuno segnala ed esibisce i suoi documenti; “disclosure” e “inspection” scongiurano sorprese al “trial”». In generale, sulla funzione della lista si veda G. SANTALUCIA, *Gli atti preliminari*, in *Trattato di procedura penale*, a cura di G. SPANGHER, vol. 4, tomo II, Utet, Torino, 2010, p. 27 ss.

Il rafforzamento del principio della *discovery* è uno degli obiettivi cui tende il disegno di legge governativo – proponente il Ministro Guardasigilli on. A. Alfano e approvato dal Consiglio dei Ministri il 6 febbraio 2009 – presentato al Senato della Repubblica – S n. 1440 – con cui si prevede la modifica dell'art. 468 c.p.p., stabilendo che la lista contenga l'indicazione delle specifiche circostanze d'esame. Si vuole così richiamare l'attenzione sulla necessità di puntuale illustrazione dell'oggetto della prova e della relazione tra le persone chiamate a deporre e i fatti da provare, in modo tale che il nesso soggettivo possa concorrere ad una migliore e più analitica rappresentazione dei confini fattuali entro cui si svilupperà la prova per esame.

³Sul punto cfr. A.A. DALIA-M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, Cedam, Padova, 2000, p. 580, in cui si afferma che la diversità di disciplina tra prova diretta e prova contraria è giustificata dall'inevitabile appesantimento della procedura che si sarebbe verificato nell'ipotesi in cui il legislatore avesse previsto un onere di deposito di lista anche per i mezzi di prova intesi a contrastare l'assunto di controparte. In questo caso, infatti, «sarebbe stato necessario prevedere, al fine di assicurare parità di trattamento, un duplice termine di deposito, uno per i mezzi di prova diretta e uno per i mezzi di prova contraria». In giurisprudenza, di recente, riconosce che la citazione a prova contraria non è soggetta alle condizioni fissate dal comma 1 dell'art. 468 c.p.p., Cass., Sez. V, 3 novembre 2011 n. 9606, Cazzador, in *C.E.D. Cass.*, n. 252158, secondo cui «la parte che abbia ommesso di depositare la lista dei testimoni nel termine di legge ha la facoltà di chiedere la citazione a prova contraria dei testimoni, periti e consulenti tecnici, considerato che il termine perentorio per il deposito della lista dei testimoni è stabilito, a pena di inammissibilità, dall'art. 468, comma primo, soltanto per la prova diretta e non anche per quella contraria, giacché diversamente, il diritto alla controprova che costituisce espressione fondamentale del diritto di difesa, ne risulterebbe vanificato». Negli stessi

dall'adempimento di lista, il codice riconosce il diritto dell'imputato all'ammissione delle prove a discarico sui fatti costituenti oggetto delle prove a carico e, all'opposto, il diritto del pubblico ministero all'ammissione delle prove a carico sui fatti oggetto delle prove a discarico.

Anche in tal caso gli obblighi di *discovery* impongono la fissazione di un confine temporale per l'esercizio del diritto, individuato nel termine di compimento della fase degli atti introduttivi al dibattimento, che si consuma con la definizione della sottofase dedicata all'ammissione delle prove.

Le necessità dell'esame incrociato implicano dunque che la prova dedotta in opposizione non sia ad oggetto libero ma si correli specificamente alla prova contraria con una «pur schematica indicazione del tema o dei temi di prova addotti dall'avversario che la prova a discarico mira a confutare o comunque a contrastare», secondo quanto espressamente previsto dall'art. 495 comma 2 c.p.p.⁴.

La fiducia che il legislatore ripone nelle capacità dell'esame incrociato di costruire conoscenze veridiche lo ha spinto ad assicurare, attraverso l'anticipata conoscenza dei mezzi di prova di controparte, la maggiore efficacia possibile a quel segmento interno all'esame – il controesame – la cui funzione è eminentemente falsificatoria degli assunti probatori in formazione⁵. Unica sostanziale deroga all'obbligo di

termini, in precedenza, Cass., Sez. III, 3 marzo 2010 n. 15368, Arseni e altro, in *C.E.D. Cass.*, n. 246613, per la quale «il termine perentorio previsto per il deposito della lista testimoniale vale unicamente per la prova diretta e non anche per quella contraria, potendo quest'ultima essere richiesta sino alla pronuncia dell'ordinanza di ammissione delle prove, fatte salve le ipotesi di emersione dei relativi presupposti nel corso dell'istruzione dibattimentale».

⁴Cass., Sez. VI, 16 aprile 2008 n. 18755, Bacarelli, in *C.E.D. Cass.*, n. 239979, ha precisato opportunamente che «il diritto alla controprova [...] ancorché non sottoposto al limite temporale stabilito per le prove cd. dirette dall'art. 468, comma primo c.p.p., deve essere esercitato non oltre la fase degli atti introduttivi del dibattimento e deve porsi in specifica correlazione critico-funzionale con la prova dedotta dalla controparte».

⁵Il controesame sarà oggetto di approfondimento nel capitolo seguente, ma può essere utile anticipare qui alcune notazioni, specie di diritto comparato, esplicative della sua vocazione funzionale. Nel sistema di *common law* lo scopo della *cross-examination* è duplice: sviluppare elementi emersi nella fase della *direct-examination* e attaccare la credibilità del teste stesso e delle sue affermazioni, attraverso il cosiddetto *impeachment*. Essa costituisce la fase più complessa ed impegnativa dell'esame testimoniale finalizzata a infirmare la ricostruzione dei fatti e a introdurre elementi di favore alla propria teoria del caso. La fase dell'*impeachment* in cui può culminare la

discovery anticipata è costituita dall'ammissione di liste fuori termine, che peraltro può essere disposta soltanto a condizione che la parte interessata provi di non aver potuto adempiere tempestivamente.

Anche su questo versante di disciplina le prassi hanno recepito male e con discutibile indulgenza le indicazioni precettive di legge, privando l'adempimento di lista di quei caratteri stringenti che sono essenziali per il perseguimento delle finalità ad esso connesse.

È orientamento consolidato, e condivisibile, che la prova non debba essere articolata per capitoli, sulla falsariga di quel che avviene nel processo civile, perché una indicazione troppo analitica ingabbierebbe il controesame deprimendone oltre misura la capacità di insinuarsi tra le pieghe di una narrazione di cui tenda a disvelare incoerenze e contraddizioni⁶. Non è accettabile, però, quanto la giurisprudenza afferma ammettendo che le circostanze possano essere indicate attraverso il rinvio ai fatti di cui all'imputazione, specie quando, come sempre più frequentemente accade, le imputazioni non siano costruite con specificità e puntualità descrittiva⁷.

cross-examination è uno strumento molto efficace ma pericoloso per chi lo usa, perché il tentativo eventualmente infruttuoso di dimostrare che le dichiarazioni di un teste sono false può avere l'effetto di aumentarne oltremisura la credibilità agli occhi della giuria «che spesso tende a simpatizzare col teste che ritiene ingiustamente maltrattato da una parte». L'*impeachment* del teste si avvale dei seguenti strumenti: a) i difetti fisici o psichici del testimone, tali da impedire una corretta percezione, memorizzazione e capacità di riferire fatti e circostanze; b) *i prior inconsistent statements*, cioè le dichiarazioni rese prima del dibattimento e contrastanti con quelle rese al *trial*; c) i pregiudizi e gli interessi del teste che ne pongono in dubbio la credibilità; d) la cosiddetta *character evidence* mirante a dimostrare che il teste ha un *bad character for truthfulness and veracity*. In argomento si veda V. FANCHIOTTI, *Cross examination*, cit., p. 1 e ss.

⁶A. AVANZINI, *L'esame dibattimentale delle fonti di prova personali*, in G. UBERTIS (a cura di), *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 45-47, correttamente osserva che non si deve «imboccare la strada di un rigore formalistico ingiustificato» e quindi non si deve esigere «l'atomizzazione delle proposizioni oggetto di verifica probatoria», occorrendo piuttosto che gli enunciati dei nuclei dei fatti abbiano i requisiti minimi di determinatezza e specificità da consentire la prova contraria e da essere raggiunti, in sede di esame, da una potenziale corona di domande». Per un approfondimento sul tema cfr. R. ADORNO, *Ammissione delle prove*, in *Trattato di procedura penale*, a cura di G. SPANGHER, vol. 4, tomo II, Utet, Torino, 2009, p. 155 e indicazioni dottrinali e giurisprudenziali lì contenute.

⁷Per Cass., Sez. II, 23 settembre 2008 n. 38526, Scaccianoce, in *C.E.D. Cass.*, n. 241114, «l'obbligo di indicare nella lista testimoniale le circostanze

Dunque, deve essere recuperata l'importanza dell'adempimento. E ve ne è diffusa consapevolezza, tra l'altro, nel punto del progetto di riforma del codice di rito elaborato dalla commissione ministeriale di studio presieduta dal prof. Dalia e istituita con d.m. 29 luglio 2004⁸. In esso era prevista la facoltà per ciascuna parte di indicare, nel corso dell'udienza preliminare, l'ordine di assunzione dei mezzi di prova, sia rappresentativi che documentali (in modo da consentire la calendarizzazione delle udienze), con conseguente diritto di acquisizione secondo l'ordine indicato. Si è poi ribadita l'esigenza che la lista non si limiti ad una generica indicazione delle circostanze su cui dovrà vertere l'esame, dovendo rappresentare in modo trasparente la trama della futura dialettica dibattimentale, con lo stabilire non solo chi entrerà in scena e su quali circostanze deporrà, ma anche quando interverrà, ossia secondo quale ordine.

Il progetto suggeriva, in sostanza, che già al momento della presentazione della lista dovesse essere indicato l'ordine di escussione dei testimoni. La proposta fu accolta in dottrina con moderato favore da chi, condividendone gli intenti, dubitava che essa avrebbe potuto arginare effettivamente le prassi

su cui deve vertere l'esame è adempiuto se i temi che la parte intende proporre nell'istruzione dibattimentale possono inequivocamente individuarsi e, quindi, anche se tale individuazione è consentita dall'inserimento della lista nel decreto di citazione, in modo da rendere chiaro che i fatti su cui i testimoni devono essere esaminati sono quelli oggetto dell'imputazione». E non pare soddisfacente nemmeno il più accurato principio di diritto stabilito da Cass., Sez. III, 6 maggio 2010 n. 32530, H. e altri, in *C.E.D. Cass.*, n. 248212, secondo cui «l'onere dell'indicazione delle circostanze di esame è soddisfatto anche con il semplice riferimento ai 'fatti del processo' a condizione che si versi nell'ipotesi di un'unica contestazione di reato per fatti storicamente semplici, non valendo invece ciò ove la vicenda processuale sia complessa, gli imputati siano più di uno e molteplici siano i capi di imputazione». Se può infatti comprendersi agevolmente il riferimento ai procedimenti non cumulativi, né oggettivamente né soggettivamente, non altrettanto chiaro è il presupposto della non complessità della vicenda processuale e cosa possa in concreto significare il richiamo a contestazioni per fatti storicamente semplici. Il timore è che il principio di diritto non possa in concreto essere una valida guida per gli apprezzamenti discrezionali circa l'ammissibilità delle liste con descrizione non puntuale delle circostanze.

⁸Per il testo dell'articolato elaborato dalla commissione presieduta dal prof. Andrea Antonio Dalia nel 2005 e della relazione di accompagnamento cfr. AA.VV., *Verso un nuovo processo penale. Opinioni a confronto sul progetto di riforma Dalia*, a cura di A. PENNISI, Giuffrè, Milano, 2008.

devianti⁹. Si immaginava, in particolare, non senza una opportuna dose di realismo, che la giurisprudenza, nel caso – non inverosimile – dell’assenza per legittimo impedimento del testimone, si sarebbe mostrata propensa a decretare il carattere elastico e meramente indicativo dell’ordine di audizione dei testi, onde evitare un irrigidimento del sistema che avrebbe portato alla crescita esponenziale dei rinvii e all’allungamento dei tempi processuali.

Gli accorgimenti suggeriti in replica non sono convincenti.

Nessun dubbio – come evidenziato dalla stessa dottrina intervenuta criticamente sul progetto – che la previsione di un’apposita causa di sospensione del corso della prescrizione non possa essere una soluzione, e ciò perché la sospensione finirebbe con l’operare in danno dell’imputato pur quando il testimone, la cui assenza determini la stasi istruttoria per necessità di osservanza dell’ordine, dovesse essere indicato dal pubblico ministero. Ma anche la soluzione alternativa – di un’ipotesi di sospensione della prescrizione soltanto ove il rinvio fosse determinato da esigenze dell’ordine delle prove programmato dalla difesa – non è del tutto condivisibile, perché in gioco è la concentrazione dei lavori dibattimentali a beneficio dell’accertamento e di una decisione che possa sfruttare al meglio il complesso delle emergenze istruttorie, non soltanto il rischio che l’allungamento dei tempi processuali determini l’estinzione del reato per prescrizione.

Più saggia appare la prospettiva di un rafforzamento dei doveri delle parti nella formulazione puntuale e specifica delle circostanze in lista attraverso il ripristino di una severa valutazione dell’adempimento, non a caso, presidiato dalla sanzione dell’inammissibilità¹⁰. Ciò passa necessariamente per una rinnovata sensibilità culturale tra gli operatori del processo, ma resta egualmente misura insufficiente in assenza di un complessivo intervento legislativo che sappia tradurre in nuove regole di deflazione dei carichi dibattimentali l’idea, abbondantemente sperimentata nella prassi, che occorre quanto prima liberarsi dalla tirannia dei tempi, che porta a fare male

⁹Il riferimento è a F. GIUNTA, *Luci ed ombre sulle prospettive di riforma dell’esame incrociato*, cit., c. 40.

¹⁰La soluzione è prospettata da F. GIUNTA, *Luci ed ombre sulle prospettive di riforma dell’esame incrociato*, cit., c. 40 e ss.

qualunque processo tra i molti, tra i troppi che illusoriamente si cerca di governare¹¹.

Ulteriori prescrizioni finalizzate alla migliore riuscita degli esami attengono al dovere di testimoni¹², periti, interpreti e consulenti citati di essere presenti all'inizio dell'udienza¹³ e di non assistere alle operazioni istruttorie prima di aver deposto.

¹¹Al tema specifico delle circostanze il LAPEC – Laboratorio Permanente Esame e Controesame – ha dedicato la direttiva n. 1 delle linee-guida elaborate, secondo cui «la lista testimoniale deve contenere l'indicazione specifica delle circostanze oggetto dell'esame».

¹²La norma sul divieto fa riferimento ai soggetti citati, sicché deve ritenersi che lo stesso non abbia riguardo ai testimoni presentati direttamente all'udienza, che – appunto – non sono citati per l'udienza. Cass., Sez. I, 23 marzo 1998 n. 5285, Calia, in *C.E.D. Cass.*, n. 210541, precisa che la norma di cui all'art. 149 disp. att. c.p.p. si riferisce chiaramente alle persone citate come testi dall'accusa o dalla difesa ai sensi dell'art. 468 c.p.p. o a quelle citate “ex” art. 507 per un'udienza successiva, e pertanto non trova applicazione allorché si tratti di persone delle quali venga disposta l'escussione immediata, per essere esse presenti in aula. In motivazione la Suprema Corte ha posto in evidenza che una diversa interpretazione delle norme comporterebbe l'inammissibile conseguenza di non poter procedere all'audizione di tali persone, la cui escussione sia stata comunque ritenuta necessaria, sol perché esse siano state legittimamente presenti al dibattimento, non potendosi in anticipo prevedere che il giudice ne avrebbe ordinato l'audizione.

¹³L'art. 145 disp. att. c.p.p. fa obbligo di presentarsi al giudice nel luogo, nel giorno e nell'ora stabilita. A tale obbligo ci si può sottrarre – temporaneamente – soltanto mediante una idonea e documentata giustificazione, da cui emerga un impedimento legittimo a comparire, proporzionato alla disfunzione che la mancata presentazione comporta per la celebrazione del processo. Va poi evidenziato che l'art. 145 disp. att. c.p.p. fa riferimento all'inizio dell'udienza e non già del dibattimento. Quest'ultimo ha inizio con il compimento di un atto formale, costituito dalla lettura dell'imputazione ad opera dell'ausiliario che assiste il giudice – art. 492 –: l'apertura del dibattimento è momento distinto e successivo cronologicamente all'apertura dell'udienza, che è l'unità giornaliera di misura dei dibattimenti. Si consideri, a tal proposito, che in un'udienza possono trovare svolgimento più dibattimenti, sì come più udienze possono essere necessarie per lo svolgimento di un solo dibattimento. L'udienza ha infatti inizio con l'ingresso del giudice nell'aula, annunciato ad alta voce dall'ufficiale giudiziario che deve trovarsi lì «prima che cominci l'udienza» (art. 21 d.m. n. 334 del 1989 – Regolamento per l'esecuzione del codice di procedura penale). Se si procede ad una calendarizzazione in più giorni del dibattimento, il presidente, sentiti pubblico ministero e difensori, può stabilire il giorno di comparizione di ciascun esaminando, ovviamente nel rispetto dell'ordine stabilito dalle parti ex art. 497 comma 1 c.p.p.

L'art. 149 disp. att. c.p.p. impone la misura dell'isolamento dei testimoni¹⁴ in modo che non possano comunicare con alcuna delle parti o con i difensori e consulenti tecnici, o assistere agli esami degli altri o vedere o udire o essere altrimenti informati di ciò che avviene in udienza (*rectius*: dibattimento) prima della loro deposizione¹⁵. È evidente la finalità di assicurare in tal modo genuinità e spontaneità delle dichiarazioni testimoniali, preservando il testimone da condizionamenti o pressioni esterne oltretutto dalla tentazione di adeguarsi a quanto da altri dichiarato immediatamente prima¹⁶.

Il compito di far osservare dette disposizioni, eventualmente su ordine del presidente, spetta all'ufficiale

¹⁴La norma ripropone sostanzialmente l'art. 448 comma 3 c.p.p. 1930 e l'art. 24 disp. reg. c.p.p. abr.

¹⁵In argomento cfr. C. CASTELLANI, *Art. 149 disp. att. c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. CHIAVARIO, I, Utet, Torino, 1992, p. 577.

¹⁶A completamento della disposizione la legge n. 479 del 1999 ha introdotto uno specifico divieto non solo in capo al difensore, ma anche al pubblico ministero ed alla polizia giudiziaria, di assumere informazioni da persone a conoscenza dei fatti, qualora debbano rendere testimonianza, sino a quando questa «non sia stata assunta, non sia ammessa o non abbia luogo» (art. 430-*bis* c.p.p.). Siffatta preclusione muove dalla esigenza di evitare che l'attività investigativa, nello svolgimento della quale è comunque riconosciuta la possibilità di «conferire con le persone in grado di riferire circostanze utili ai fini della stessa», possa spingersi sino al punto di orientare il contenuto delle dichiarazioni da assumere successivamente in sede di testimonianza. In dottrina è stato osservato che la misura dell'isolamento dei testimoni appare ormai anacronistica e priva di effettivo significato, soprattutto in relazione ai dibattimenti che si snodano attraverso una pluralità di udienze. Con riferimento alla finalità di impedire che il teste possa conformare o comunque coordinare la sua deposizione rispetto a quella dei soggetti precedentemente escussi, è stato osservato come l'attuale realtà processuale renda sempre più frequenti le ipotesi di dibattimenti fatti oggetto di riprese televisive o radiofoniche, nei quali pertanto il soggetto chiamato a deporre in un'udienza successiva conosce perfettamente il contenuto delle dichiarazioni rese dagli altri testi. D'altra parte, tenuto conto del fatto che ai difensori è stato riconosciuto il diritto di avere un colloquio e di assumere informazioni dalle persone in grado di riferire circostanze utili, ai sensi dell'art. 391-*bis* c.p.p., introdotto dalla l. 7 novembre 2000, n. 397 (disposizioni in materia di indagini difensive), può apparire contraddittorio il divieto di contatto tra testi e difensori fissato dall'art. 430-*bis* c.p.p. e, dunque, non giustificato dal timore di un possibile condizionamento dei testi indicati dalle altre parti. Così P.P. RIVELLO, *Il dibattimento nel processo penale*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 173.

giudiziario¹⁷; ma l'eventuale violazione del divieto non è assistita dalla previsione di alcuna espressa sanzione.

L'orientamento giurisprudenziale consolidato muove dalla considerazione che il legislatore non ha posto sanzioni; e si orienta nel senso che non sia impedito l'esame del testimone – non identificato come tale all'inizio dell'udienza – rimasto nell'aula durante lo svolgimento del dibattimento. L'unico rimedio ipotizzato consiste nel dare atto a verbale della violazione in modo che se ne possa tener conto ai fini delle valutazioni di attendibilità¹⁸.

¹⁷Il quadro delle precauzioni si completa con l'art. 21 d.m. n. 334 del 1989 – Regolamento per l'esecuzione del codice di procedura penale – che, nello specificare le funzioni dell'ufficiale giudiziario, gli affida espressamente il compito di impedire qualunque comunicazione tra testimoni che abbiano già deposto e quelli ancora da esaminare, oltretutto tra questi ultimi e gli estranei, e di vigilare che gli esaminandi non assistano al dibattimento prima del loro esame. C. CESARI, *L'isolamento del testimone prima dell'esame: spunti di riflessione sull'istituto dell'inutilizzabilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 691, sottolinea come nella disposizione non si faccia menzione del profilo centrale di cui all'art. 149 c.p.p. ovvero quello dei rapporti tra testimoni da escutere e parti. Per l'Autrice la ragione è da rinvenirsi nella scelta del legislatore di affidare il compito di vigilare sui comportamenti di questi ultimi al presidente del collegio (o al giudice singolo) trattandosi di ipotesi che rientrano nella generale disciplina dell'udienza (art. 470 c.p.p.).

¹⁸In giurisprudenza si richiama a tal proposito la categoria della irregolarità, per concludere che l'unico effetto ad essa collegato si coglie al momento delle valutazioni sull'attendibilità. L'indirizzo interpretativo fu inaugurato da Cass., Sez. I, 5 maggio 1992 n. 7399, Rendina, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 689, secondo cui «nel caso in cui i testi, prima del loro esame, non siano stati posti in condizione di non comunicare con le parti, in violazione del disposto di cui all'art. 149 delle norme di attuazione del codice di rito, non può parlarsi di inutilizzabilità, a norma dell'art. 191 c.p.p., che riguarda le “prove illegittimamente acquisite”, cioè le prove che contrastino con uno specifico divieto di acquisizione. L'inutilizzabilità non può quindi derivare dalla violazione di qualsiasi norma che detti regole per l'assunzione della prova, ma semmai questa può dare luogo ad una irregolarità dalla quale, in relazione alla sua natura e gravità, può portare alla nullità assoluta o relativa, ad essa ricollegabile secondo il principio di tassatività di cui all'art. 177 stesso codice, conseguenza che non può derivare dall'inosservanza del citato art. 149, che costituisce una norma regolamentare, cui non è collegata alcuna sanzione sul piano processuale». E, ancora, v. Cass., Sez. I, 14 gennaio 1997, Bilardi, in *Dir. pen. e proc.*, 1997, p. 558, che ha ribadito il principio di diritto nell'ipotesi di un dibattimento protratto per più udienze e di testi che, esaminati in un'udienza, erano venuti in contatto con altri da esaminare in un'udienza successiva; Cass., Sez. I, 3 luglio 1998, Dose ed altri, in *C.E.D. Cass.*, n. 211279; Cass., Sez. IV, 29 ottobre 2003 n. 49491, Branda, in *C.E.D. Cass.*, n. 226726; Cass., Sez. IV, 15 gennaio 2007 n. 10103, Granata e altri, in *C.E.D. Cass.*, n. 236100; Cass., Sez. VI, 10 marzo 2010 n. 21784, Cocchi ed

Le posizioni dottrinali sono caratterizzate invece da un maggior sforzo di approfondimento e traggono spunto dalla comparazione della disposizione di attuazione in esame con il corrispondente testo normativo del codice del 1930.

L'art. 448 di quel codice, infatti, poneva un omologo divieto di preventiva comunicazione del testimone, ma usava un'espressione di minore cogenza – ricorrendo all'avverbio «possibilmente» – che ne condizionava l'osservanza alla possibilità concreta di attuazione. Il codice vigente ha eliminato l'avverbio, dando così il senso di un maggior rigore; però ha confinato la previsione del divieto tra le disposizioni attuative, quasi a voler significare una marginale importanza nel procedimento acquisitivo della prova¹⁹. Pur con l'attenzione rivolta al dato di novità costituito dall'eliminazione dell'avverbio, si è concluso comunque che non può giungersi all'affermazione dell'esistenza di una nullità, perché manca la previsione di una nullità speciale e per la più ampia considerazione che, quanto ai profili preparatori della testimonianza, l'unica nullità speciale è prevista per il caso dell'omissione delle attività preliminari all'escussione – art. 497 comma 2 c.p.p. –, costituite dall'ammonimento del presidente a dire il vero e dalla lettura da parte del testimone della dichiarazione che ha sostituito il giuramento²⁰.

altro, in *C.E.D. Cass.*, n. 247107, secondo cui la violazione del divieto fatto al testimone di assistere al dibattimento prima della sua deposizione non si risolve in una violazione del principio del contraddittorio. Per la giurisprudenza di legittimità – e lo si è detto già accennando alle statuizioni della sentenza Iannasso delle Sezioni unite – il contraddittorio è limitato al momento più strettamente formativo della prova, rileva dal momento in cui ha inizio l'esame, e tutto quel che sta prima, e che magari è direttamente funzionale alla correttezza dell'esame, soggiace ad uno statuto normativo di assai minor rigore; *Cass.*, Sez. V, 9 aprile 2010 n. 21886, Panaioli, in *C.E.D. Cass.*, n. 247312.

¹⁹C. CASTELLANI, *Art. 149 disp. att. c.p.p.*, cit., p. 577, spiega il recupero di un maggior rigore nella formulazione del divieto col fatto che «un codice che si presenta forte nell'affermazione dei principi e delle garanzie non poteva apparire indulgente verso le prassi e l'abbandono della formula condizionata, in termini di coerenza espositiva, si spiega agevolmente».

²⁰La nullità relativa, siccome afferisce ad un atto compiuto in presenza della parte interessata all'osservanza della disposizione violata (nel caso di specie sono interessate tutte le parti, atteso che le norme predette sono poste a tutela della genuinità della deposizione, considerato il principio di acquisizione processuale nonché il diritto al controesame di ogni parte non richiedente), deve essere eccepita prima del compimento dell'atto stesso. In giurisprudenza si afferma che, tempestivamente eccepita la nullità, il giudice

Né si è ritenuto di poter far ricorso alla inutilizzabilità, ipotesi ad una prima considerazione dotata di plausibilità in considerazione del fatto che il divieto potrebbe inerire indifferentemente al momento ammissivo o a quello acquisitivo, con rilevanza, in entrambi i casi, della previsione generale di cui all'art. 191 c.p.p.

Il rilievo, pienamente condivisibile, è che la disposizione non tutela un interesse extraprocessuale costituzionalmente previsto, «essendo palesemente dettata in funzione di un accertamento giudiziale il più possibile degno di fede»²¹, e che quindi resta fuori dal terreno della inutilizzabilità. Il pericolo che sia alterata la deposizione per effetto del preventivo contatto del testimone con una parte è scongiurato efficacemente non con la previsione di sanzioni bensì attraverso la possibilità di esperire il controesame, capace di ricondurre la prova alla sua effettiva portata; e ciò perché «la struttura del processo accusatorio consente di risolvere fisiologicamente, attraverso il contraddittorio, le alterazioni della fonte»²².

Tra le prescrizioni a contenuto preparatorio si annovera, ancora, quella che impone che i testimoni siano sentiti «uno dopo l'altro» (art. 497 comma 1 c.p.p.), in forma individuale e disgiuntiva – dunque non cumulativamente – per evitare influenze reciproche e seri rischi per la genuinità della prova proprio nel momento della sua assunzione (l'istituto del confronto, che presuppone dichiarazioni contrastanti già formalizzate, è espressamente disciplinato dagli artt. 211 e 212 c.p.p.). Altro aspetto connesso al precedente è rivolto ad impedire confusioni nella individuazione dell'origine di un'affermazione e sostanzialmente la vanificazione del giudizio di attendibilità di ciascuna fonte. Rilevano, poi, ragioni di

debba disporre la rinnovazione dell'atto, che si risolve nel compimento delle formalità omesse e nella richiesta al teste se, ciò fatto, confermi o no le dichiarazioni appena rese. In ragione del principio di tassatività si è ancora detto che nessuna conseguenza patologica deriva dall'omesso avvertimento al teste sospettato di falsità ai sensi dell'art. 207 c.p.p., in quanto tale prescrizione non rientra tra quelle considerate dall'art. 497 comma 2 c.p.p. Il principio è affermato da Cass., Sez. II, 6 luglio 2004 n. 31384, Caddeo ed altro, in *C.E.D. Cass.*, n. 229730. Non viola il principio di tassatività delle nullità, invece, l'estensione della norma di cui all'art. 497 c.p.p. ai testimoni assistiti *ex art. 197-bis* c.p.p., che sono pur sempre testimoni.

²¹C. CESARI, *L'isolamento del testimone prima dell'esame: spunti di riflessione sull'istituto dell'inutilizzabilità*, cit., p. 696.

²²C. CESARI, *L'isolamento del testimone prima dell'esame: spunti di riflessione sull'istituto dell'inutilizzabilità*, cit., p. 701.

ottimizzazione della resa informativa della fonte stessa e l'impossibilità di conciliare la disciplina delle contestazioni con un esame cumulativo.

Diversamente da quanto accadeva vigente il codice del 1930 (art. 448 comma 2), l'inosservanza della disposizione in questione non è sanzionata da nullità, benché sembri comportare effetti di una qualche gravità sul valore probatorio delle dichiarazioni²³.

2. L'ORDINE NELL'ASSUNZIONE DELLE PROVE

Se l'esame incrociato non fosse un meccanismo ordinato secondo cadenze dialettiche che riflettono le relazioni processuali tra le parti si potrebbe anche fare a meno di disciplinare il contesto in modo correlato alle sue connotazioni di struttura. Ma non v'è istituto, più dell'esame incrociato, per il quale i tratti morfologici ne rivelano immediatamente la vocazione funzionale; sarebbe dunque irragionevole non tener conto che l'ordine di parola deve informare l'intero apparato che disciplina la formazione della prova dichiarativa.

L'assunto è tanto più fondato sol che si consideri che con la legge del 1999 (c.d. legge Carotti) è stato espunto dalla normativa codicistica l'adempimento dell'esposizione introduttiva con cui le parti preparavano il giudice alla decisione sulle conseguenti richieste di prova. In particolare, al pubblico ministero spettava il compito di esporre i fatti di cui all'imputazione e alle parti private quello di indicare i fatti che intendevano provare con le richieste che da lì a breve avrebbero avanzato.

La modifica fu una reazione alle prassi distorte che si erano diffuse rendendo l'esposizione introduttiva del pubblico ministero un corposo intervento narrativo capace di influenzare l'intero corso del dibattimento con perdita di significato per il meccanismo del doppio fascicolo²⁴. Oggi a tutte le parti è

²³«...sarebbe quindi valido l'esame simultaneo, sebbene "irregolare"». Così F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 680.

²⁴Sull'utilità dell'esposizione introduttiva nell'impianto originario del codice cfr. E. AMODIO, *Il dibattimento nel nuovo rito accusatorio*, in *Giust. pen.*, 1989, III, c. 582, secondo cui essa consacra il principio dell'onere della prova, offrendo al giudice, che aveva limitata conoscenza dei risultati delle indagini preliminari disponendo del solo fascicolo per il dibattimento,

consentita la mera indicazione dei fatti che si intendono provare, facoltà ritenuta evidentemente più rispettosa della condizione di verginità cognitiva del giudice, che, però, gli rende meno agevole, almeno all'inizio, tenere il passo con l'evoluzione istruttoria governata dalle parti.

È facile comprendere come, senza l'esposizione dei fatti relativi all'imputazione, il giudice, tendenzialmente all'oscuro della vicenda storica in cui si inserisce il tema di prova, rinvenga soltanto nell'ordine delle prove il tracciato logico per una più compiuta, chiara e corretta conoscenza *in action* delle indispensabili premesse fattuali per la decisione sul merito²⁵.

gli elementi necessari a stabilire la rilevanza della prova. Critiche ragionevoli all'abolizione dell'esposizione introduttiva sono state mosse da G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruttoria dibattimentale*, cit., p. 76, nota 3, il quale ha efficacemente osservato che «la legge 16 dicembre 1999, n. 479, ha modificato l'art. 493 allo scopo di contrastare le deviazioni occasionalmente manifestatesi nella prassi, per cui si tollerava che il pubblico ministero riferisse il contenuto di atti di indagini che non avrebbero dovuto essere conosciuti dal giudice: prassi che traeva argomento da una presunta maggiore ampiezza della "esposizione" riservata al pubblico ministero, dei fatti oggetto dell'imputazione, rispetto alla semplice indicazione dei fatti che intendono provare spettante alle parti private. A dire il vero la diversità delle formule impiegate dal primo e dal secondo comma dell'art. 493 nel testo previgente non legittimava affatto una simile conclusione rispecchiando soltanto il diverso atteggiarsi dell'onere della prova, gravante sempre sul pubblico ministero con riferimento all'imputazione, la quale deve necessariamente essere rappresentata al giudice perché possa decidere, mentre le parti private possono anche esimersi dall'espone (e provare) alcunché. Dunque, aver eliminato la distinzione tra il primo e il secondo comma, riducendo per tutte le parti l'esposizione introduttiva a semplice indicazione dei fatti da provare non è di per sé sufficiente ad evitare possibili abusi (a questo fine risulta se mai decisivo aver riconosciuto esplicitamente al presidente il potere di impedire "ogni lettura o esposizione del contenuto degli atti compiuti durante le indagini preliminari", art. 493 comma 4); mentre per altro verso comporta una descrizione meno precisa della funzione e dello svolgimento della fase in questione». In senso contrario alle scelte del legislatore cfr. anche P.P. PAULESU, *Giudice e parti nella "dialettica" della prova testimoniale*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 165. Secondo l'Autore, indipendentemente dalla terminologia adottata, «è da coltivare la prospettiva di assicurare in capo a tutte le parti il potere di fornire al giudice le rispettive versioni dei fatti».

²⁵A differenza del precedente modello processuale, in cui il presidente aveva un'idea preconstituita di come la causa dovesse essere impostata ed era in grado di determinare l'andamento dell'istruzione dibattimentale, prefigurandosi certe mete o certi temi dell'accertamento, nel sistema attuale «sono le parti che portano per mano il giudice, nel senso che fanno vedere al giudice quali sono gli itinerari della ricostruzione del fatto». Così E. AMODIO, *Il dibattimento nel nuovo rito accusatorio*, cit., c. 587.

L'ordine con cui le prove sono immesse – la successione si compone dei cd. turni istruttori²⁶, scansioni riservate all'assunzione delle prove richieste da ciascuna delle parti –, offre al giudice l'indispensabile chiave per una decifrazione immediata delle scelte che le parti compiono nel costruire secondo un determinato programma la prova dichiarativa; si evita così che egli recuperi soltanto nel momento della decisione finale quella consapevolezza sui fatti, anche sulle sfumature e sui tratti marginali degli accadimenti di vita, che deve consentire un pieno ed efficace esercizio dei poteri di direzione e vigilanza sull'andamento dei singoli esami incrociati²⁷.

Peraltro quest'ordine, che – al pari dell'indicazione dei fatti da provare e della discussione finale – inizia con l'intervento del pubblico ministero, seguito da quelli dei difensori della parte civile, del responsabile civile, del civilmente obbligato per la pena pecuniaria e, per finire, dell'imputato, può essere derogato dall'accordo tra le parti. Il margine di discrezionalità concesso loro ne rimarca il protagonismo probatorio perché molto prudentemente il legislatore ha considerato che le concrete vicende possono indurre a modificare la successione astrattamente prefigurata²⁸, sia pur al medesimo fine di consegnare al giudice gli strumenti per capire sin da subito quel che avviene²⁹.

²⁶L'espressione è di A. MAMBRIANI, *Esame e controesame delle parti: spunti sistematici*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1999, p. 457.

²⁷M. DINAPOLI, *La cross examination: tecniche e regole*. Relazione all'incontro di studi riservato agli uditori *destinati* alle funzioni requirenti, organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura – Roma, 26-30 maggio 2003 – ha sottolineato l'importanza dell'ordine nell'assunzione della prova, precisando che il giudice non è a conoscenza dei fatti da provare e quindi, almeno all'inizio, non è in grado di comprendere il reale significato dimostrativo delle dichiarazioni raccolte in sua presenza. La raccolta delle prove secondo un ordine logico favorisce invece i meccanismi percettivi del giudice, mentre il disordine ne riduce le capacità cognitive e deduttive.

²⁸La disposizione sull'accordo delle parti derogatorio all'ordine legale nell'assunzione delle prove, pur essendo calibrata sulla successione dei *cases* potrebbe servire per anticipare o posticipare l'acquisizione dei singoli mezzi di prova, senza così incidere sull'ordine dei *cases*, e ciò anche al fine di rimediare consensualmente ad alcuni inconvenienti pratici, fermo restando l'obbligo di esaurire le assunzioni probatorie dell'accusa prima di procedere all'esame delle parti. Così A. AVANZINI, *L'esame dibattimentale delle fonti di prova personali*, cit., p. 54.

²⁹È stato efficacemente segnalato da E.M. CATALANO, *La prova d'alibi*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 106 ss., che l'accordo delle parti può evitare

A differenza di quanto accadeva vigente il codice del 1930, quando il giudice, titolare del potere/dovere di ricerca della verità, stabiliva in piena autonomia l'ordine di assunzione delle prove orali³⁰, al ruolo forte delle parti non corrisponde alcun potere giudiziale. Ovviamente gli rimane un potere di sollecitazione affinché le parti si accordino per un ordine

l'inversione del naturale ordine logico nell'introduzione e confutazione della prova d'alibi. Secondo l'ordine di legge, infatti, l'assunzione della controprova d'alibi, necessariamente contenuta all'interno del turno d'accusa, dovrebbe avvenire prima dell'assunzione della prova d'alibi, seppure sul piano logico sia incoerente far precedere la confutazione di una deduzione difensiva all'argomento di prova difensivo.

³⁰L'art. 448 comma 1 c.p.p. 1930 assegnava al presidente o al pretore il potere di esaminare il teste, aggiungendo, poi, che le parti e i difensori potevano, per mezzo del presidente o del pretore, fare domande (art. 467). Con riferimento alla suddetta norma G. FRIGO, *Art. 498 c.p.p.*, cit., p. 222, mette in evidenza come in quel sistema il potere del giudice funzionasse da vero e proprio filtro, non solo quanto alla legittimità e alla pertinenza delle domande, ma anche semplicemente in ordine alla opportunità delle stesse. È stato anche rilevato che il presidente ed il pretore, attraverso questo loro potere censorio, finivano con l'essere arbitri dell'acquisizione della prova. E ciò perché, anche quando la domanda veniva ammessa, la mediazione giudiziale era di per sé causa di scarsa genuinità della risposta, sia per la mancanza di un rapporto diretto tra gli interlocutori, sia per la possibilità del testimone di costruire mentalmente la risposta durante il tempo necessario alla mediazione. Per non tacere del fatto che con una certa frequenza accadeva che quel potere si esercitasse attraverso modificazioni e adattamenti della domanda, che finivano per stravolgerne il senso originario. Ancora, e diversamente da quanto accadeva vigente il codice del 1930, è appena il caso di sottolineare come non sia più prevista l'audizione, ad esordio d'istruttoria, dell'imputato, perché prima che abbia inizio e si svolga la fase della raccolta delle prove queste, appunto, mancano e quindi l'imputato non ha nulla con cui misurarsi. Nella sistematica del codice del 1930, invece, la fase istruttoria si svolgeva abbondantemente prima che avesse inizio il dibattimento, sicché era funzionale a quella logica inquisitoria che l'interrogatorio dell'imputato, nettamente informato da un'esigenza difensiva, segnasse l'inizio del dibattimento. L'esame dell'imputato nell'attuale sistema ha, invece, essenzialmente una funzione di prova e come prova deve essere disciplinato, seppure con l'attenzione, che si è visto non fare difetto, per l'attitudine difensiva che comunque conserva. E. AMODIO, *Il dibattimento nel nuovo rito accusatorio*, cit., c. 583, ha posto in evidenza che il dato più qualificante del sistema processuale attuale è l'abolizione dell'interrogatorio dibattimentale. L'imputato prende la parola in giudizio o attraverso le spontanee dichiarazioni o sottoponendosi all'esame, sì che le sue dichiarazioni «assumono valore di prova nel fuoco dell'esame diretto e dell'esame incrociato». Si è così di fronte a qualcosa di simile alla testimonianza volontaria, seppure di testimonianza non possa parlarsi perché l'imputato non è assoggettato alla dichiarazione di responsabilità sostitutiva del giuramento, che il codice di rito prescrive per il testimone.

diverso, qualora contingenze processuali ed organizzative lo consiglino³¹; la decisione ultima rimane però alle parti, e basta il dissenso di una perché l'ordine legale rimanga intatto.

La strutturazione dell'ordine intorno alla nozione di turno sembra evocare l'idea che alla conclusione di questo corrisponda, per fisiologico andamento processuale, l'esaurimento del potere istruttorio della parte interessata, con la conseguenza che da lì in poi essa non potrà più vantare un pieno diritto alla prova.

Se però l'istruzione fa emergere fatti e circostanze ignote alle parti o che esse non potevano conoscere, le parti che abbiano interesse alla prova sulle sopravvenienze sono restituite nel relativo diritto, trattandosi di prove da considerarsi nuove, pur quando la fonte soggettiva da escutere nuovamente sia la stessa. Rispetto a questo eventuale incremento istruttorio non è stabilito un ordine di assunzione ed è ovvio che non vi sia alcun problema ove intervenga l'accordo delle parti o la prova possa essere inserita nel turno, non ancora esaurito, della parte che l'ha richiesto.

Il problema sorge, invece e soprattutto, per le prove di cui il pubblico ministero abbia ottenuto l'ammissione *ex art. 493 comma 2 c.p.p.* nel corso dell'assunzione dell'esame dell'imputato o delle prove a discarico, dovendosi stabilire – in un simile caso – se si debba procedere ad assumerle subito o dopo il termine dell'istruttoria a discarico.

Sembra decisiva la natura dell'oggetto della prova: se esso si considera in rapporto di pregiudizialità rispetto al percorso argomentativo che le altre parti intendono sviluppare nel prosieguo dell'istruttoria, la prova deve essere assunta immediatamente; altrimenti può essere posticipata all'esito dell'istruttoria a discarico, salvo il diritto di cui all'*art. 495 comma 2 c.p.p.*

³¹Una delle evenienze frequenti è che dei più testimoni del pubblico ministero ne siano presenti solo alcuni: si escutono questi, poi si procede all'esame dell'imputato e dell'unico testimone a difesa anch'esso presente, e all'audizione degli altri testimoni d'accusa si provvede all'udienza di rinvio. A tal proposito, però, E. RANDAZZO, *Insidie e strategie dell'esame incrociato*, cit., p. 68 ss., mette in guardia i difensori degli imputati dal prestare il consenso ad un diverso ordine soltanto per ragioni di accelerazione del processo nell'eventualità, ad esempio, che «le persone da esaminare presenti in aula non siano quelle previste dall'ordine indicato dall'*art. 496*».

Ancora collegata all'idea del turno istruttorio come scansione processuale è la previsione per la quale «qualora l'imputato, già presente, rimanga volontariamente assente nell'udienza dibattimentale fissata per il suo esame, legittimamente il giudice dà lettura delle sue dichiarazioni rese nelle indagini preliminari come previsto dall'art. 513 comma 1 c.p.p., senza procedere al detto esame nel corso della successiva prosecuzione del dibattimento»³². Il significato di questa disciplina si coglie guardando alla progressione dell'attività istruttorio che, con il succedersi dei turni, designa termini con possibili effetti decadenziali.

La progressione dei turni istruttori influenza anche la disciplina dell'assunzione delle prove all'esito dell'istruttoria dibattimentale per i casi di assoluta necessità decisoria.

In armonia con i principi sopra individuati, l'art 151 disp. att. c.p.p., per il caso che siano ammesse d'ufficio nuove prove ex art. 507 c.p.p., dispone che, se l'ammissione è avvenuta a richiesta di parte, le prove devono essere assunte nell'ordine stabilito dall'art 496 c.p.p.; se, invece, è avvenuta di ufficio, il presidente o il giudice provvedono direttamente all'esame, visto che, avendo ammesso per impulso proprio una prova ritenuta assolutamente necessaria ed essendosi quindi rappresentato l'oggetto su cui essa deve vertere, non potrà che essere lui a provvedere alla diretta assunzione; e ciò sul presupposto che nessuno meglio di chi ha introdotto la prova sa come elaborarla. All'esito dell'esame, apprezzata la valenza degli elementi acquisiti a carico o a discarico dell'imputato, il giudice dovrà stabilire chi debba condurre l'esame diretto; il controesame delle parti controinteressate seguirà di diritto³³.

Ovviamente, la norma suppone che le prove ammesse ex art. 507 c.p.p. siano assunte al termine dell'istruttoria dibattimentale. Deve però tenersi conto dell'orientamento giurisprudenziale secondo cui «l'assunzione di una testimonianza ai sensi dell'art. 507 in un momento diverso

³²Cass., Sez. VI, 6 aprile 1995 n. 9712, Primavera ed altri, in *C.E.D. Cass.*, n. 202348.

³³Cfr. R. ADORNO, *Assunzione della prova*, in *Trattato di procedura penale*, a cura di G. SPANGHER, vol. 4, tomo II, Utet, Torino, 2009, p. 284, per il quale «se non c'è stata richiesta di parte, si seguirà il criterio di cui all'art. 496 c.p.p., sempre che sia possibile distinguere, in base al *thema probandum*, le prove a carico da quelle a discarico: in caso contrario, deciderà il giudice valutando le esigenze dell'accertamento da compiere».

rispetto a quello indicato dalla norma (“terminata l’acquisizione delle prove”) costituisce mera irregolarità e non è sanzionata né sotto il profilo della nullità né dell’inutilizzabilità. In particolare si afferma l’inesistenza della nullità di ordine generale ricollegabile all’art. 178 *lett. c)* c.p.p. sul presupposto che l’assunzione intempestiva di un esame testimoniale non ha incidenza né sull’assistenza, né sulla rappresentanza, né sull’intervento dell’imputato»³⁴.

In queste posizioni, soprattutto della giurisprudenza, traspare la scarsa comprensione del modello istruttorio imposto dal codice, che nell’ordine e nella progressione di adempimenti, poteri e facoltà consegna il valore aggiunto della logica del processo di parti. L’anticipazione dell’esercizio di un potere pur legittimo – il pensiero è ai poteri istruttori del giudice –, l’inversione di un ordine istruttorio, l’intromissione del giudice nel corso dell’esame delle parti con proprie domande, sono tutti fattori di alterazione di un modello che non trovano compensazione nel fatto che ciascuno di essi abbia comunque incrementato le conoscenze processuali, arricchendo il sapere del giudice, che è alla fin fine ciò che conta per una decisione giusta. Essi depotenziano le capacità di accertamento, perché possono impedire la corretta messa a fuoco della ricostruzione dei fatti, il cui senso è colto non solo dai tasselli acquisiti l’uno dopo l’altro, ma anche dal modo in cui l’ordito è progressivamente tessuto, perché esso offre una chiave di lettura aggiuntiva di quei fatti e, soprattutto, affida alle parti il compito di forgiarla a beneficio della decisione del giudice, che anche per questa via si assicura maggiori *chances* di aderenza alla realtà.

Quali che siano le potenzialità espansive dell’istruzione, la *ratio* dell’ordine legale va in ogni caso ricercata nella necessaria conformità al principio di non colpevolezza, per cui l’innocenza non è oggetto di prova; è la tesi accusatoria che deve essere sottoposta a verifica, con inevitabile immediata chiamata in causa dell’onere di prova del pubblico ministero³⁵; specularmente il rispetto del diritto di difesa riserva l’ultima

³⁴Di recente cfr., in tal senso, Cass., Sez. V, 11 maggio 2010 n. 26163, Bontempo, in *C.E.D. Cass.*, n. 247896; nonché Cass., Sez. VI, 6 novembre 2009 n. 2424/10, S., in *C.E.D. Cass.*, n. 245808.

³⁵E. AMODIO, *Il dibattito nel nuovo rito accusatorio*, cit., c. 582.

parola all'imputato, dovendo questi agire in confutazione di quanto già delineato in suo danno³⁶.

Dunque, quell'ordine, così come costruito dalla legge, risponde alla struttura cognitiva del processo di parti, che richiede la formulazione di un'ipotesi storico-giuridica da sottoporre a verifica mediante tentativi di falsificazione/confutazione, secondo lo schema della prova e della controprova e, quindi, per quanto concerne l'istruzione, della prova a carico contro la prova a discarico³⁷.

Si potrebbe dubitare che l'accordo possa sovvertirlo sino al punto da posticipare all'intervento dell'imputato quello del pubblico ministero; eppure, considerazioni di utilità pratica della previsione dell'accordo derogatorio conducono a ritenere che il limite ipotizzato lo vanificherebbe nella gran parte dei casi, quando cioè non vi sono parti eventuali.

Pur così delineata l'importanza dell'ordine, l'idea diffusa, anche in dottrina³⁸, riconosce alle relative norme natura ordinatoria, sì che dalla loro violazione non discende né nullità né inutilizzabilità delle prove. La giurisprudenza in materia è quanto mai assertiva, e pur quando spende qualche argomento di motivazione in più si limita a opporre, alle pretese di ricorso circa l'esistenza di sanzioni, che l'ordine è fondato su regole di

³⁶Cfr. A. AVANZINI, *L'esame dibattimentale delle fonti di prova personali*, cit., p. 51; A. MAMBRIANI, *Esame e controesame delle parti: spunti sistematici*, cit., p. 458; G. UBERTIS, *Giudizio di primo grado (disciplina del) nel diritto processuale penale*, in *Digesto delle Discipline Penalistiche*, V, Utet, Torino, 1991, p. 530.

³⁷Per A. DIDDI, *Principio di disponibilità ed ordine nella formazione della prova dibattimentale*, in *Giust. pen.*, 1995, III, c. 491, la previsione di regole inerenti all'ordine di formazione della prova è la conseguenza di precise scelte di fondo con riferimento al metodo di ricostruzione del fatto oggetto di accertamento nel processo.

³⁸Cfr., da ultimo, R. ADORNO, *Assunzione delle prove*, cit., p. 285 e bibliografia ivi citata. *Contra* G. GIANZI, *Esame diretto e controesame dei testimoni*, in *Enciclopedia del diritto*, III, Giuffrè, Milano, 1999, p. 594, secondo cui la violazione dell'ordine integra una nullità *ex art. 178 lett. b) e c) c.p.p.*, potendo incidere sulla partecipazione al giudizio del pubblico ministero e sull'intervento e sull'assistenza dell'imputato e delle altre parti. L'Autore peraltro precisa come in concreto sia difficilmente configurabile la lesione dei diritti di partecipazione del pubblico ministero e della parte civile, dato l'ordine di assunzione stabilito dalla legge; non così per il diritto di intervento e di assistenza dell'imputato e delle parti portatrici degli stessi interessi, che si vedono pregiudicati dall'inversione dell'ordine rispetto alla pubblica accusa.

natura ordinatoria e che, comunque, le prove – pur violato l'ordine – sono assunte nel contraddittorio delle parti³⁹.

Sebbene le chiusure giurisprudenziali lascino con ogni probabilità insoddisfatte legittime pretese di tutela, non convince la tesi dottrinale che fa ricorso alle nullità di tipo intermedio, eventualmente anche per la violazione dell'ordine nell'assunzione delle prove testimoniali – art. 497 c.p.p. –, con una verifica in concreto di una lesione del diritto del pubblico ministero a partecipare al processo o del diritto della difesa ad intervenire⁴⁰.

Allo schema delle nullità deve restare estranea l'indagine sulla lesione in concreto degli interessi tutelati dalla disposizione sanzionatoria, perché altrimenti il principio di legalità, espresso dalla tassatività delle previsioni, subisce una inaccettabile compromissione.

Per questa fondamentale ragione non va incoraggiata la giurisprudenza che si è formata in materia con statuizioni rinvenibili anche nelle pronunce delle Sezioni unite⁴¹, secondo

³⁹Cass., Sez. VI, 23 gennaio 2003, Grippo ed altro, in *C.E.D. Cass.*, n. 224057; Cass., Sez. VI, 22 ottobre 2009 n. 9072/10, Bianco ed altro, in *C.E.D. Cass.*, n. 246169; Cass., Sez. II, 25 gennaio 2011 n. 6914, Manzato, in *C.E.D. Cass.*, n. 241362. In senso contrario cfr., in dottrina, F.M. GRIFANTINI, *Precisazioni in tema di inutilizzabilità probatoria suggerite da un singolare caso di "utilizzabilità sopravvenuta" della testimonianza e da una sospetta irrivalenza della perizia*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 3029, secondo cui «in una visione dialettica del processo la violazione delle regole [sull'ordine] si traduce in un depotenziamento del principio del contraddittorio».

⁴⁰A. MAMBRIANI, *L'esame delle fonti dichiarative*. Relazione tenuta all'incontro di studi organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura, sul tema "La prova nel dibattimento penale", cit.

⁴¹Cass., Sez. un., 17 ottobre 2006 n. 10251, Michaeler, in *C.E.D. Cass.*, n. 235697-235700, ha affermato che pure le nullità assolute e insanabili, come quelle derivanti dalle violazioni della disciplina sull'uso processuale della lingua negli uffici giudiziari della provincia di Bolzano, sono soggette, per la loro rilevanza, alla verifica in concreto dell'effettiva lesione degli interessi protetti. Ha così riconosciuto l'esistenza delle invalidità sostanzialmente non lesive ed innocue, concludendo che «se è pur vero che, in base al vigente sistema di rito, rimane privo di rilievo, di fronte ad un atto nullo, il ricorrere di un concreto pregiudizio all'interesse protetto, considerato che tale pregiudizio deve considerarsi, come sostenuto da autorevole dottrina "immanente nella circostanza pura e semplice che lo schema legale non si sia realizzato" è anche vero che lo stesso sistema legittima una lettura non rigorosamente formalistica degli effetti connessi ad un atto processuale nullo, che in concreto non ha dato luogo ad un "danno" misurabile e non ha aggredito il nucleo della garanzia oggetto di tutela, ove si considerino la prevista categoria concettuale della sanatoria per "conseguimento dello scopo", il richiesto interesse –

cui la difformità da fattispecie tale da integrare nullità non è condizione sufficiente se non si apprezza una reale offesa agli interessi protetti; non è infatti questa la strada per sperimentare soluzioni di flessibilità nella risposta sanzionatoria e l'unico risultato che si ottiene è la disarticolazione dell'intero sistema che si fonda sulla predeterminazione legale delle fattispecie, indifferente alla rilevazione dei contenuti offensivi dell'atto, presunti in via generale dal legislatore.

2.1. *L'ordine interno al turno*

All'interno di ciascun turno istruttorio è possibile apprezzare altro e diverso ordine, che regola, secondo valutazioni di opportunità della parte di volta in volta interessata, la prospettazione del "caso", vale a dire del programma probatorio che s'intende perseguire, secondo la sequenza che ricalca quella prevista dall'art. 493 comma 2 c.p.p. per le richieste di prova.

Se il turno nell'assunzione delle prove è stabilito dalla legge (artt. 496 comma 1, 503 comma 2 c.p.p., 150, 151 disp. att. c.p.p.), salvo il diverso accordo tra le parti, l'ordine nell'assunzione dei mezzi di prova all'interno del turno di competenza è nella completa disponibilità della parte che ne è di volta in volta titolare (art. 497 comma 1 c.p.p.)⁴².

Lo schema dei turni istruttori, esterni ed interni, riprende il sistema dei *cases* di matrice angloamericana, secondo cui la formazione dibattimentale delle prove si articola in due fasi distinte: *the case for the prosecution*, nel quale l'accusa introduce le prove a carico, cui segue *the case for the defense*, nel quale la difesa introduce quelle a discarico. Anche in quel sistema la parte ha facoltà di organizzare secondo sue insindacabili determinazioni l'ordine delle prove che intende acquisire⁴³. Ma la differenza sostanziale tra i due sistemi

concreto ed attuale – a fare valere la nullità e gli effetti diffusivi o no di questa».

⁴²«Sebbene dettata in materia di testimonianza, la regola fissata dall'art. 497 comma 1 c.p.p. deve ritenersi applicabile all'intera attività probatoria delle parti, salva l'eccezione stabilita dall'art. 150 disp. att. c.p.p., in tema di esame delle parti private». Così A. AVANZINI, *L'esame dibattimentale delle fonti di prova personali*, cit., p. 52.

⁴³Cfr., in argomento, V. FANCHIOTTI, *Cross examination*, cit., p. 4; M. SCAPARONE, *L'attività probatoria dibattimentale nel nuovo processo penale*,

consiste nel fatto che in quello italiano, non anche in quelli angloamericani, la programmazione del *case* difensivo dev'essere resa per tempo conoscibile dalle altre parti, senza quindi che possa esser tenuta riservata ed eventualmente mai svelata se, terminato il *case* d'accusa, si determinino le condizioni per chiedere ed ottenere l'immediato proscioglimento, secondo quanto previsto nel sistema italiano dall'art. 129 c.p.p.⁴⁴.

La strutturazione dell'ordine interno al turno deve tener conto del fatto che il giudice ignora la vicenda storica su cui si svilupperà l'istruttoria; dunque, devono essere le parti a organizzare l'assunzione delle prove secondo l'ordine più razionale possibile.

La 'discrezionalità' della parte è libera soltanto sotto il profilo giuridico-formale, perché il vincolo funzionale è rivolto a raggiungere lo scopo di agevolare la migliore comprensione dell'impegno ricostruttivo⁴⁵. Il criterio-guida è di tipo argomentativo, al pari di quello che informa di sé l'intero contributo delle parti all'accertamento: alla luce del contenuto delle dichiarazioni rese dagli esaminandi in fase pre-dibattimentale o, se non v'è stata preventiva audizione, di quel che ci si attende da quella fonte di prova, le parti hanno l'onere di aumentare, anche attraverso una sapiente distribuzione dell'ordine interno delle prove, le possibilità che la propria ipotesi si riveli la più persuasiva⁴⁶.

in *Giust. pen.*, 1990, III, c. 65. Con riferimento all'art. 496 c.p.p. cfr. anche G. FRIGO, *Art. 496 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. CHIAVARI, V, Utet, Torino, 1991, p. 208.

⁴⁴A. AVANZINI, *L'esame dibattimentale delle fonti di prova personali*, cit., p. 51, nel mettere in evidenza gli echi – anche nel nostro modello processuale – del sistema dei *cases* di matrice angloamericana, sottolinea le differenze tra i due modelli, come è dato evincere dal fatto che «mentre nel processo di *common law* la difesa dell'imputato può attendere l'esito del *case for the prosecution* prima di decidere sull'apertura o meno del proprio caso e sulle prove da introdurre, nel nostro ordinamento tutte le parti, dopo aver adempiuto l'onere di *discovery* nei limiti di cui all'art. 468 comma 1 c.p.p., devono formulare le istanze dirette all'ammissione delle prove nel corso di un'unica fase preliminare all'apertura dell'istruzione dibattimentale, ed il provvedimento ammissivo del giudice determina il contenuto dei casi».

⁴⁵A. MAMBRIANI, *Esame e controesame delle parti: spunti sistematici*, cit., p. 457.

⁴⁶L'intera logica delle prove è di tipo argomentativo e ogni aspetto, anche quello che può apparire marginale, viene in rilievo nello sforzo di persuadere l'interlocutore e, nella specie, il giudice. Sulla logica dell'argomentazione è sufficiente il rinvio all'opera classica di C. PERELMAN e

Per il pubblico ministero, su cui grava l'onere della prova, il criterio adeguato è quello di provare anzitutto i fatti primari (quelli dedotti in imputazione o ad essi legati da un nesso inferenziale più o meno stretto) e poi quelli secondari (riscontri, elementi riguardanti l'attendibilità dei testimoni ed imputati in procedimento connesso, ecc.). Ciascuna parte, inoltre, deve tenere in debito conto il criterio cronologico, secondo cui i fatti vanno provati nella loro successione, allo scopo di sottolinearne e comunque non turbarne il collegamento effettuale e, in generale, storico; ma non va neppure sottovalutato il criterio secondo cui divengono rilevanti fatti processuali, spesso peraltro di natura secondaria, la cui prova può non essere di semplicissimo coordinamento con le altre.

3. L'INCIDENZA DELL'ESAME DELLE PARTI SULL'ORDINE DI ASSUNZIONE DELLE PROVE

La disposizione del codice sull'ordine di assunzione non dà indicazioni su come debbano succedersi le varie prove a contenuto dichiarativo; sicché, considerando che il dato letterale dell'art. 496 c.p.p. si limita a stabilire la regola secondo cui l'istruzione ha inizio col turno affidato al pubblico ministero e poi prosegue con i turni delle parti private – parte civile, responsabile civile, civilmente obbligato e, infine imputato –, potrebbe ritenersi che, all'interno del proprio turno, la parte possa determinarsi come meglio crede, anticipando, posticipando o frammezzando l'eventuale prova per esami all'eventuale prova testimoniale.

In questo contesto, si potrebbe pensare, ad esempio in riferimento all'esame dell'imputato, che possa essere svolto

L. OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione*, Einaudi, Torino, 1989, in cui, tra molto altro, si legge – p. 18 – che «il desiderio di convincere qualcuno implica sempre una certa modestia da parte di chi argomenta, ciò che egli dice non costituisce “parola di vangelo”, egli non dispone di un'autorità sufficiente a renderlo indiscusso e senz'altro convincente. Egli ammette di dover persuadere, di dover pensare agli argomenti che possono influire sul suo interlocutore, di doversi preoccupare di lui». In questa direzione, l'onere della “modestia” non può che comportare per le parti processuali una particolare attenzione per tutto quel che rileva nello sforzo di prova dei fatti, dal contenuto informativo che si immette nel processo ai modi e ai tempi con cui questo apporto di conoscenze è posto all'attenzione del giudice, che forma i suoi convincimenti sui fatti già nel corso dell'istruttoria.

all'esito dell'intera istruttoria o, a scelta dell'imputato, nel corso della raccolta delle prove a discarico, in modo da valorizzarne la connotazione difensiva.

Occorre però tener presente che, per quanto concerne gli esami delle parti, è l'art. 503 c.p.p. a prevedere che, quali che siano le parti richiedenti, quello della parte civile debba sempre essere svolto per primo e quello dell'imputato per ultimo, con in mezzo gli esami del responsabile civile e del civilmente obbligato. L'apposita configurazione dell'ordine degli esami delle parti conferisce alla disposizione natura speciale rispetto all'art. 496 comma 1 c.p.p. sottraendo quei mezzi di prova ai turni istruttori. La conseguenza è che i turni sono formati dagli esami dei testimoni, periti, consulenti, imputati in procedimenti connessi, non dagli esami delle parti, i quali si concentrano nella porzione centrale dell'istruttoria dibattimentale.

Da questo rapporto di specialità tra le norme discende che debbano essere assunte, prima, tutte le prove a carico del o degli imputati – anche se la prova a carico di uno finisca nel contempo per risultare a discarico di altro –, quindi gli esami delle parti nell'ordine indicato dalla legge, ed infine le prove a discarico introdotte dalle diverse parti.

Il raccordo tra le indicate disposizioni non è però in grado di risolvere ogni problema legato all'ordine istruttorio e, in particolare, trascura un'esigenza prioritaria, ossia che l'esame dell'imputato si svolga dopo l'acquisizione delle prove a carico per consentire un'efficace difesa, ma prima di quelle a discarico, per evitare che la genuinità sia minata mediante la conformazione delle sue dichiarazioni a quelle dei dichiaranti a favore già sentiti.

A differenza dell'ordine delle prove in generale, quello che si delinea per l'esame delle parti non deve mirare a rendere evidenti i contorni della ricostruzione dei fatti a beneficio di chi non sa – il giudice –, ma deve porre prioritaria attenzione agli interessi delle parti che si mettono in gioco nella dinamica istruttoria. È allora importante, per qualunque parte privata da esaminare, che prima si sia esaurita la costruzione delle prove a carico che danno corpo e sostanza all'imputazione.

A questo bisogno di una compiuta regolazione ha dato risposta l'art. 150 disp. att. c.p.p.⁴⁷, stabilendo che l'esame delle

⁴⁷La *ratio* della norma, da rinvenirsi nell'esigenza di evitare che l'imputato modelli le sue dichiarazioni su ciò che hanno affermato i testi a discarico, è criticata da G. FRIGO, *Art. 150 disp. att. c.p.p.*, in *Commento al*

parti abbia luogo appena terminata l'assunzione delle prove a carico, e cioè subito dopo il turno del pubblico ministero ed eventualmente quello della parte civile, ma prima dell'assunzione delle prove a discarico richieste dai difensori delle altre parti: responsabile civile, civilmente obbligato per la pena pecuniaria e, infine, imputato⁴⁸.

Le specifiche ragioni sottese a questa disposizione si colgono dalle osservazioni governative fatte in sede di formazione della disciplina attuativa del codice⁴⁹. Il rilievo critico riguardava la combinazione delle due disposizioni del codice – artt. 496 e 503 –, dalla quale non era dato evincere che l'esame dell'imputato si dovesse inserire nell'ambito destinato alle prove a discarico e che esso non si dovesse collocare alla fine dell'istruzione dibattimentale; quella combinazione, anzi, poteva ingenerare l'idea che l'esame dell'imputato fosse posto all'esito dell'audizione di tutti i testimoni, sia a carico che a discarico, e all'esito dell'esame di tutte le altre parti private; oppure che l'imputato potesse scegliere il momento in cui rendere l'esame nell'ambito dell'istruzione a discarico.

La scelta ritenuta più appropriata fu allora quella di inserire l'esame delle parti tra l'istruzione a carico e quella a discarico, in modo che la parte civile si trovasse a dover parlare in coda alle prove d'accusa, mentre l'imputato fosse sottoposto all'esame prima delle prove a difesa.

Ad essa si giunse considerando quanto previsto nei sistemi di *common law*, ove si impone all'imputato di prendere la parola dopo i testi a carico ma prima dei testi a discarico, con espresso richiamo alla legislazione inglese – *Police and Criminal Evidence Act 1984* –; e ciò per evitare che l'imputato possa modellare le sue dichiarazioni su quanto dichiarato dai testi a discarico.

nuovo codice di procedura penale, coordinato da M. Chiavario, I, Utet, Torino, 1992, p. 582.

⁴⁸Opportunamente A. AVANZINI, *L'esame dibattimentale delle fonti di prova personali*, cit., p. 53, sottolinea come «con riferimento all'esame delle parti, la provenienza dell'istanza di ammissione serva esclusivamente ad individuare il soggetto che condurrà l'esame diretto, dal momento che l'escussione della parte, qualunque essa sia, sarà effettuata al di fuori del case del richiedente, essendo all'uopo destinata una sezione *ad hoc* dell'istruzione dibattimentale».

⁴⁹Art. 137-ter *Prog. def. disp. att. C.p.p.*, in *Spec. Doc. Giust.*, 1990, p. 148 ss.

La soluzione ha sollevato più di una perplessità⁵⁰.

A proposito delle considerazioni comparatistiche contenute nel rilievo governativo circa la collocazione dell'esame dell'imputato si è acutamente osservato che la regola inglese – secondo cui «se nel giudizio penale la difesa intende chiamare due o più testimoni sui fatti del suo caso e tra essi è incluso l'accusato, costui sarà chiamato prima dell'altro o degli altri testimoni, salvo che il giudice, nell'esercizio dei suoi poteri discrezionali, non disponga altrimenti» – attiene all'ordine interno del turno, laddove la disciplina che si è dettata nel nostro sistema per gli esami delle parti ne ha comportato l'estromissione dalla logica dei *cases*.

Si è poi posto in evidenza che nel nostro ordinamento possono sottoporsi all'esame tutte le parti private, non solo l'imputato, e ciò diversamente da quel che accade nei sistemi di *common law*, in cui l'esame – o atto probatorio omologo – è solo dell'imputato.

E si è correttamente concluso per l'impossibilità che la disciplina si conformi pienamente al sistema dei turni istruttori di matrice angloamericana, nonostante la pur lodevole intenzione legislativa di collocare l'esame della parte civile come ultima prova a carico, in modo da iscriverla nel *case* d'accusa e di inserire l'esame dell'imputato quale prima prova a discarico, atto d'inizio del *case* di difesa.

L'elemento di eccentricità rispetto a quel sistema è racchiuso nella rigidità e nell'automatismo della regola di cui all'art. 503 comma 1 c.p.p., secondo cui – giova ribadirlo – gli esami si susseguono, sempre e comunque, nell'ordine che inizia dalla parte civile e si conclude con l'imputato. L'irragionevole conseguenza rispetto alla costruzione per turni istruttori risiede nel fatto che l'imputato è sempre esaminato ad esordio del turno a discarico, mentre la parte civile è esaminata all'esito dell'assunzione delle prove 'a carico'.

Ebbene, se è comprensibile la diffidenza per l'esame dell'imputato che si svolga dopo l'espletamento delle prove a favore – perché, appunto, potrebbe essere inquinato dalla conoscenza di quanto hanno riferito i testi a discarico –, non v'è ragione per non dubitare della genuinità dell'esame della parte civile che si colloca, per espressa previsione di legge, sempre e

⁵⁰G. FRIGO, *Art. 150 disp. att. c.p.p.*, cit., p. 585.

comunque in chiusura al *case* d'accusa: anche per la parte civile dovrebbe valere la regola di non esaminarla dopo che siano state assunte le prove a carico per non darle modo di tener conto di quello svolgimento istruttorio nel momento in cui articola le sue risposte in sede di esame.

Le asimmetrie non si esauriscono qui.

La struttura dei *cases* è infatti alterata dal fatto che nel nostro sistema l'esame può essere chiesto anche da controparte e non solo da quella che ad esso intenda sottoporsi. L'esame della parte civile, per esempio, non può essere qualificato in ogni caso come l'ultima delle prove a carico, con automatica iscrizione nel *case* d'accusa, dal momento che, ove richiesto dall'imputato, esso si atteggia come prova a discarico⁵¹. Di contro, l'esame dell'imputato di per sé non si atteggia sempre e comunque a prova a discarico, perché, se è richiesto dal pubblico ministero, si prospetta oggettivamente come prova a carico⁵². Il vero è che, per quanto il legislatore abbia guardato ai sistemi di *common law*, la disciplina sull'ordine degli esami difetta di corrispondenza con il sistema dei casi; potendo ben accadere che una prova a discarico, come l'esame della parte civile richiesto dall'imputato, preceda una prova a carico, quale è l'esame dell'imputato richiesto dal pubblico ministero.

Alle serrate critiche qui riassunte non si può aderire totalmente. Invero, persuade il rilievo di disparità di trattamento in favore della parte civile che, a differenza dell'imputato, può prendere la parola a chiusura del 'suo' turno istruttorio; anche se la portata della critica è ridimensionata dalla non marginale osservazione secondo cui l'esame della parte civile può avere ad oggetto soltanto i profili direttamente afferenti alla pretesa risarcitoria e/o restitutoria e non già un contributo conoscitivo

⁵¹Per G. FRIGO, *Art. 150 disp. att. c.p.p.*, cit., p. 585, l'esame cui si procede a domanda di un'altra parte è necessariamente estraneo al "caso" della parte richiesta (al cui interesse e ai cui obiettivi può solo occasionalmente e parzialmente corrispondere), collocandosi logicamente dentro il "caso" della parte richiedente; e ciò a maggior ragione se viene accettato per evitare l'automatica utilizzazione probatoria di dichiarazioni precedenti. È allora palese che l'esame entri nella strategia probatoria del richiedente, il quale, proprio perché l'ha introdotto, si ripromette certamente di ricavarne risultati utili alle proprie tesi.

⁵²«Si pensi all'ipotesi, tutt'altro che scolastica, in cui il pubblico ministero si riprometta di fare emergere fatti sfavorevoli all'imputato, magari sfruttando, per le contestazioni, un precedente verbale di interrogatorio». Così, ancora, G. FRIGO, *Art. 150 disp. att. c.p.p.*, cit., p. 585.

sul fatto. In tal caso la persona offesa o danneggiata, costituita parte civile, dovrebbe essere sentita come testimone, previo adempimento dell'onere d'indicazione in lista. Sicché non sembra che l'assenza di corrispondenza al sistema dei casi riveli un difetto di disciplina meritevole di censura.

È vero che l'esame dell'imputato, ove sia prospettato come prova a carico, si colloca successivamente ad una prova a discarico quale è l'esame della parte civile richiesto dalla difesa dell'imputato; ma ciò è diretta ed apprezzabile conseguenza del fatto che, al di là delle prospettazioni probatorie di parte richiedente, l'esame dell'imputato conserva una naturale vocazione difensiva che giustifica, una volta che il sistema si connota per la pluralità di parti private, la scelta di riservare all'imputato l'ultimo intervento⁵³.

⁵³In dottrina I. FRIONI, *L'esame dell'imputato*, cit., p. 165 ss., contrasta l'idea che l'esame abbia anche natura di mezzo di difesa, perché «è necessariamente ed esclusivamente un mezzo di prova in quanto 'oggettivamente' idoneo, prima ancora che funzionale, ad introdurre nel processo elementi di conoscenza destinati a provare». È dunque fuorviante l'attribuzione all'esame dell'imputato di una duplice natura «non mutando la sua essenza in base al soggetto che ne richieda l'introduzione». La giurisprudenza di legittimità è, invece, su posizioni opposte: è sufficiente fare qui richiamo al principio di diritto espresso da Cass., Sez. IV, 3 novembre 2005 n. 47345, Di Mauro, in *C.E.D. Cass.*, n. 233179, secondo cui «il mancato esame dell'imputato, anche se in precedenza ammesso dal giudice del dibattimento, non comportando alcuna limitazione alla facoltà di intervento, di assistenza e di rappresentanza dell'imputato medesimo, non integra alcuna violazione del diritto di difesa, tanto più che in ogni momento l'imputato ha la facoltà di rendere le sue spontanee dichiarazioni». L'affermazione che alla mancata assunzione di un mezzo di prova (l'esame dell'imputato, appunto) possa rimediare l'esercizio di facoltà eminentemente difensive (quale quella di rendere spontanee dichiarazioni) non può che fondarsi sulla premessa di una qualche omogeneità tra i due istituti e quindi di una partecipazione dell'esame ad una funzione (latamente) difensiva. Sembra cogliere nel segno A. DIDI, *Principio di disponibilità ed ordine nella formazione della prova dibattimentale*, cit., c. 512, che pone in rilievo come l'esame, pur quando richiesto dal pubblico ministero, è uno strumento con cui l'imputato tenta di disculparsi, non potendo di contro ritenersi che egli acconsenta a «divenire organo di prova per fornire argomenti a sostegno dell'assunto del pubblico ministero ovvero per soddisfare un interesse di questa parte». Osserva poi che la connotazione difensiva dell'esame dell'imputato è così spiccata che l'intera disciplina è contraddistinta da una serie di garanzie per l'espletamento, costituite dalla presenza della difesa tecnica, dall'avvertimento circa la facoltà di non farsi esaminare, e di non rispondere, eventualmente anche ad una sola domanda, e circa l'esonero dal dovere di riferire la verità.

Pertanto, benché qualche critica sia eccessiva, resta il fatto che la disciplina non risolve alcune questioni che possono sorgere nella prassi. In particolare nulla è previsto circa l'ordine da assegnare all'esame, richiesto dal pubblico ministero, di quegli imputati che abbiano reso dichiarazioni accusatorie; e ciò perché l'art. 150 disp. att. c.p.p. non differenzia la posizione del coimputato chiamato in correità da quella dell'imputato come tale. La soluzione di collocare tali esami all'interno del turno istruttorio del pubblico ministero, sulla falsariga di quanto avviene nel caso in cui per il coimputato che ha chiamato in correità si proceda separatamente, non può essere praticata perché è di ostacolo non eludibile proprio la previsione dell'art. 150 disp. att. c.p.p., che più che restare silente sul punto regola allo stesso modo e inderogabilmente tutti gli esami degli imputati all'interno di uno stesso procedimento. Si può al più accogliere il suggerimento dottrinale, quanto mai opportuno, di far precedere all'esame di tutti gli altri imputati quello dell'imputato che renda dichiarazioni accusatorie⁵⁴.

Ulteriore incertezza, anch'essa concernente l'interpretazione della lettera dell'art. 150 disp. att. c.p.p., attiene all'individuazione del momento in cui debba svolgersi l'esame delle parti, e specificamente se esso cada non appena sia terminata l'assunzione delle prove a carico del solo imputato oppure quando si sia conclusa l'assunzione delle prove collocate all'interno del turno del responsabile civile e del civilmente obbligato per la pena pecuniaria.

La soluzione di maggiore conformità alla *ratio* della disciplina dell'ordine legale è quella più ampia, in linea con la logica sia costituzionale che civilistica della distribuzione degli oneri probatori⁵⁵. Infatti, anche in vista di una tutela effettiva del diritto di difesa, è ragionevole che tutte le parti che possono essere condannate, quindi non solo l'imputato, possano essere sentite dopo l'assunzione di tutte le prove a carico. Diversamente, resterebbe compromessa l'integrità dei turni istruttori delle «parti di accusa», che dovrebbero essere spezzati per dare corso agli altri esami, per poi essere ripresi per l'assunzione delle prove a carico del responsabile civile e del civilmente obbligato.

⁵⁴Il riferimento è a G. FRIGO, *Art. 150 disp. att. c.p.p.*, cit., p. 586.

⁵⁵In tal senso cfr. A. MAMBRIANI, *Esame e controesame delle parti: spunti sistematici*, cit., pp. 458-459.

4. L'ACCORDO DELLE PARTI COME ECCEZIONE ALL'ORDINE LEGALE DEI TURNI ISTRUTTORI

Si è già messo in evidenza come l'ordine legale fondato sulla successione dei turni sia derogabile in forza dell'accordo tra le parti. Ora bisogna stabilire quale sia l'ampiezza dell'accordo, ovvero quale sia il suo ambito operativo, attraverso quali forme esso possa estrinsecarsi e quali siano le parti legittimate a formarlo.

Quanto al primo aspetto, la questione attiene alla domanda se possa avere ad oggetto solo le testimonianze – dato che il comma 2 dell'art. 493 c.p.p., richiamato dall'art. 496 comma 1 c.p.p., non è letteralmente riferito alla previsione di cui all'art. 150 disp. att. c.p.p. – oppure tutti i tipi di prova dichiarativa, compresi gli esami delle parti. La disposizione letterale dell'art. 496 c.p.p. fa riferimento, genericamente ed ampiamente, all'«ordine nell'assunzione di prove», e dunque non fornisce indicazioni risolutive, rendendo necessario il ricorso all'interpretazione sistematica, in forza della quale può affermarsi che l'ordine è fissato dal combinato disposto degli artt. 496 comma 1, 503 comma 1 c.p.p. e, appunto, 150 disp. att. c.p.p., con possibilità che l'accordo ricomprenda gli esami delle parti.

La previsione circa la collocazione mediana degli esami delle parti private all'interno della bipartizione costituita dalle prove del pubblico ministero e della parte civile (prove a carico) e dalle prove del responsabile civile, civilmente obbligato e imputato (prove a discarico) tace in ordine alla possibilità di deroghe e non fa menzione dell'accordo tra le parti; il che, però, non deve indurre a soluzioni affrettate circa l'esistenza di un limite al potere delle parti. Invero, si può ammettere che l'ordine sia derogabile dall'accordo senza perciò sminuire il significato di garanzia di questa disciplina, che può essere colto nell'esigenza di tutelare la genuinità dei risultati della prova per esami. Del resto, l'accordo partecipa della stessa funzione di garanzia dell'ordine a cui deroga, e la soluzione ampia evita irrigidimenti normativi che potrebbero causare disagi dal punto di vista della migliore organizzazione dei tempi e delle attività processuali.

L'accordo derogatorio, ancora, può interessare soprattutto le prove a contenuto tecnico, dal momento che l'accorpamento in un unico contesto temporale può contribuire a vivacizzare la

dialettica processuale, come quando, richiesto l'esame di un perito, le parti possono preferire che siano immediatamente sentiti i rispettivi consulenti⁵⁶.

In ordine al profilo formale, si deve ritenere che esso possa formarsi anche tacitamente: è il caso in cui la parte, che potrebbe dissentire dall'assunzione di una prova in deroga, non faccia opposizione prima che inizi l'escussione.

L'ammissibilità della formazione tacita trova fondamento in un duplice ordine di considerazioni. La prima è che le parti – presenti anche solo per *fictio iuris* allo svolgimento dell'istruzione –, se a fronte del compimento di un'attività in modo difforme dal dettato di una norma derogabile non eccepiscono la violazione avvalendosi del potere di opposizione, rivelano indubbiamente, in base a logica e interpretazione dei comportamenti secondo lealtà, di non avere un concreto interesse contrario, e quindi di acconsentire a quella diversa organizzazione delle attività.

L'altra si sostanzia nell'osservazione che il meccanismo di formazione dell'accordo affidato all'inequivocità del comportamento è del tutto simile a quello adottato dal legislatore in tema di sanatoria delle nullità per mancata deduzione ad opera della parte che ha interesse alla rilevazione del vizio; da ciò si trae conferma della sua piena compatibilità sistematica.

Poi, circa l'individuazione dei soggetti tra i quali l'accordo possa formarsi, occorre stabilire se possano interloquire tutte le parti o solo quelle che abbiano richiesto l'ammissione delle prove la cui assunzione sia interessata dalla definizione di un diverso ordine.

Alla soluzione di restringere l'area dei legittimati si potrebbe essere indotti dalla più o meno accorta valorizzazione del principio dispositivo; con l'osservazione che la potestà di rinuncia, massima esplicazione del potere di incidere sull'andamento dell'istruzione, spetta soltanto alle parti che abbiano richiesto la prova.

In senso contrario può argomentarsi muovendo dall'osservazione che, dopo l'ammissione, le prove sfuggono alla disponibilità delle parti che le hanno introdotte, e che pertanto sarebbe irragionevole escludere dalla partecipazione

⁵⁶Così R. KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 335.

all'accordo quella (es. parte civile rispetto al pubblico ministero, responsabile civile rispetto all'imputato) che, pur avendo interesse alla prova, abbia confidato sul fatto che essa era stata richiesta dalla 'parte affine', sentendosi così esonerata dall'impegno di chiederne l'ammissione. Infatti, se alla parte non richiedente è riconosciuto il diritto all'esame diretto ove abbia un interesse comune all'assunzione di quella prova (art. 499 comma 3, 503 comma 2 c.p.p.) – con ciò riconoscendosi parità di posizione nel delicato momento dell'elaborazione della prova –, allora non può leggersi in senso restrittivo il disposto dell'art. 496 comma 2 c.p.p., dovendosi invece riconoscere a tutte le parti, abbiano o no dedotto prove, il diritto di dissentire da accordi circa il mutamento dell'ordine legale⁵⁷.

5. QUESTIONI APPLICATIVE IN TEMA DI PLURALITÀ DI ESAMI

L'ordine indicato dalla legge, che struttura la successione delle prove a carico e di quelle a discarico, non è criterio capace di dare immediata risposta ad alcuni problemi che nella prassi possono sorgere nelle ipotesi in cui una stessa prova dichiarativa sia richiesta da più parti.

Nel caso, meno complesso, di più esami per una pluralità di imputati richiesti da più parti, la regola desumibile dal combinato disposto degli artt. 496, 503 c.p.p. e 150 disp. att. c.p.p. in qualche modo consente di pervenire all'accettabile soluzione secondo cui – terminata l'assunzione delle prove a carico e prima che si dia corso ai turni istruttori dei più imputati – si proceda all'esame di costoro, avendo inizio dagli esami

⁵⁷In senso contrario si esprime la giurisprudenza di legittimità. Cass., Sez. VI, 22 ottobre 2009 n. 9072/10, Bianco e altro, in *C.E.D. Cass.*, n. 246169, pur riconoscendo in linea di principio il diritto di tutte le parti, ivi compresa la parte civile, di concordare un diverso ordine di assunzione delle prove, ha affermato che «non è revocabile in dubbio che la facoltà di concordare o accettare una inversione dell'ordine di assunzione delle prove riguarda le parti che in concreto possono avere specifico interesse al rispetto dell'ordine previsto dalla disciplina codicistica», per poi negare legittimazione, in quel caso di specie, alla parte civile che non aveva presentato specifiche richieste di esami testimoniali da assumersi prima dell'esame dei testimoni di difesa degli imputati, senza chiedersi se questa avesse un comune interesse all'assunzione delle prove testimoniali richieste dal pubblico ministero.

richiesti dal pubblico ministero per poi passare allo svolgimento degli esami richiesti dalle altre parti, sino a quelli a istanza degli imputati⁵⁸.

È stato giustamente osservato che siffatto ordine segna, ancora una volta, la distanza dal sistema anglosassone dei *cases*, a cui – come si è detto – il nostro legislatore ha inteso ispirarsi nella definizione dell'ordine istruttorio, dato che in quel sistema, ove più siano gli imputati nel procedimento, ognuno di essi dà corso al proprio caso, sempre che lo voglia, eventualmente iniziando con la propria deposizione⁵⁹.

Di maggiore difficoltà è la soluzione per l'ipotesi in cui più parti, eventualmente contrapposte, chiedano l'esame della stessa fonte di prova, sia essa un teste, un imputato in procedimento connesso o un imputato. Occorre stabilire se, all'interno dei rispettivi turni, debba procedersi a tanti esami (con correlativi controesami ed eventuali domande del presidente *ex art.* 506 c.p.p.) quante sono le parti che hanno richiesto la prova seguendo la successione indicata dall'art. 496 c.p.p., con la conseguenza che uno stesso soggetto debba essere esaminato più volte, ed in diversi contesti temporali, per la necessità che sia definito l'intero turno istruttorio della parte che ha già esaminato prima di dar luogo all'esame successivo. Oppure, se sia possibile svolgere gli esami in un unico contesto temporale, in modo che, conclusosi quello condotto dalla parte richiedente che sia titolare del primo turno istruttorio, le altre parti possano immediatamente procedere all'esame dello stesso soggetto, ovviamente inserendosi nel turno dalla prima parte, pur quando sia per esse controparte.

È necessario decidere, questo dunque il profilo problematico d'ordine generale, se l'esame incrociato di una stessa fonte di prova abbia una struttura necessariamente unitaria in grado di resistere alla frammentazione per pluralità di parti richiedenti.

⁵⁸In senso conforme Cass., Sez. I, 27 giugno 2002 n. 30286, Boscherini ed altri, in *C.E.D. Cass.*, n. 222583, per la quale «in tema di esame delle parti private, poiché l'art. 503 c.p.p. non contempla il caso della richiesta concorrente dell'imputato e del pubblico ministero, l'ordine di escussione previsto dal comma secondo va integrato con quello di cui all'art. 496, comma primo, c.p.p., che assegna la precedenza alla pubblica accusa, in quanto l'esame richiesto dal pubblico ministero può essere qualificato come mezzo di prova a carico dell'imputato stesso».

⁵⁹Sempre G. FRIGO, *Art. 150 disp. att. c.p.p.*, cit., p. 585 ss.

A questo punto non può farsi a meno di considerare che il sistema normativo attribuisce alle parti, che abbiano chiesto ed ottenuto l'ammissione di prove, il diritto di assumerle nell'ambito del proprio turno: dell'assunto si ha conferma, ove mai necessario, dalla disposizione dell'art. 498 comma 1 c.p.p., che menziona, quali titolari del diritto all'esame, alternativamente – e non cumulativamente – il pubblico ministero e il difensore richiedente.

Su questa indiscutibile premessa si è argomentato circa la necessità di procedere a più esami della stessa fonte, ciascuno collocato nel turno delle parti richiedenti. Si avrebbe così un primo esame nell'ambito del turno della parte che precede nell'ordine dei turni istruttori, durante il cui svolgimento l'altra parte richiedente non potrebbe fare domande, appunto perché estranea a quel turno; seguirebbero le domande delle parti non richiedenti (cointeressate e controinteressate), quindi il riesame del richiedente titolare del turno⁶⁰. La conseguenza sarebbe quella di privare le ulteriori parti richiedenti della facoltà di controesame nell'ambito dell'esame condotto dalla parte titolare del turno.

Successivamente, una volta aperto il turno delle altre parti richiedenti, l'esame della medesima fonte sarebbe nuovamente effettuato seguendo l'ordine generale dei turni istruttori, con l'impossibilità per la parte che abbia già svolto l'esame di fare altre domande; anche durante ciascuno dei nuovi esami si darebbe poi luogo alle domande delle parti non richiedenti e infine al riesame del richiedente, con la particolarità che a quest'ultimo tratto potrebbero partecipare, con la formulazione di domande, le parti richiedenti il cui turno si sia già esaurito.

Nell'ulteriore ipotesi di esame di una stessa fonte richiesto da due parti contrapposte (es.: pubblico ministero ed imputato), tutte le altre, siccome cointeressate dell'una o dell'altra, potrebbero prendere parte all'esame solo per il tratto di esame diretto, con l'impossibilità quindi di controesaminare e, dunque, di porre domande suggestive⁶¹.

⁶⁰A. MAMBRIANI, *Esame e controesame delle parti: spunti sistematici*, cit., p. 461.

⁶¹Un'esigenza di regolazione della specifica evenienza è stata avvertita dalla Commissione ministeriale per la riforma del codice di procedura penale presieduta dal prof. Giuseppe Riccio, istituita con d.m. 27 luglio 2006, nel cui progetto di disegno di legge-delega approvato in via definitiva il 18 febbraio 2008, alla direttiva 74.2, si propone di individuare specifiche modalità «per

Il difetto di questa impostazione è stato rilevato ponendo in evidenza l'incongruità del divieto per l'ulteriore parte richiedente, ancorché controinteressata, di accedere al controesame al termine del primo esame diretto. Così ragionando, si finirebbe per introdurre una sequenza procedimentale asimmetrica legata ad un fattore occasionale, quale – appunto – il fatto che la richiesta di esame di uno stesso soggetto sia avanzata da più parti. Si è allora proposto di correggere la sequenza illustrata, consentendo che l'ulteriore parte richiedente possa procedere, se controinteressata, al controesame dopo il primo esame diretto⁶².

Pur con questo aggiustamento, la soluzione appare poco opportuna nella misura in cui la necessità di frammentazione temporale dell'assunzione delle dichiarazioni di una stessa fonte rivela una concezione esasperata del diritto delle parti all'elaborazione della prova, con negative ripercussioni sia sui tempi dell'accertamento che sulla correttezza della formazione del sapere processuale. Ben può accadere che il soggetto esaminato più volte, magari anche a distanza di tempo, perda almeno in parte la capacità di riferire con chiarezza e precisione la conoscenza che ha dei fatti, senza incorrere in confusione. Peraltro, l'incidenza negativa sui tempi dell'accertamento può essere aumentata per il concreto rischio che la frammentazione degli esami incentivi le opposizioni delle parti con una moltiplicazione degli incidenti circa l'utilità di domande a cui l'esaminando potrebbe aver già dato risposta durante i precedenti esami⁶³. Tra gli ulteriori effetti negativi si è anche annoverato il pericolo che si incrementino i comportamenti sleali e dilatori, quelli ad esempio della parte che, letta la lista testimoniale di controparte, indichi gli stessi testimoni al fine di disturbare l'altrui strategia probatoria, cercando, a meri fini dilatori, di ostacolarne la lineare attuazione.

A voler ritenere, allora, che la lettera della legge non consenta altra soluzione al frazionamento dell'esame – ma, come da qui a breve si dirà, sono stati tentati altri percorsi

determinare la parte che deve condurre l'esame diretto, anche quando la fonte di prova sia stata indicata sia dall'accusa che dalla difesa».

⁶²P. SILVESTRI, *Controesame, potere del presidente di rivolgere domande e divieto di domande suggestive*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1560.

⁶³Così A. MAMBRIANI, *Esame e controesame delle parti: spunti sistematici*, cit., p. 461, e F. PLOTINO, *Assunzione delle prove in dibattimento ad istanza di parte e d'ufficio*, in *Giur. mer.*, 1994, p. 220.

ricostruttivi – possono essere prese in considerazione alcune contromisure escogitate in dottrina. Anzitutto, si potrebbe affidare al giudice il potere di non ammettere, al momento della deliberazione delle richieste di prova e in applicazione del principio di non superfluità, la duplicazione di esami, specie testimoniali, riservando l'esame alla sola parte effettivamente interessata in modo da consentire alle altre unicamente il controesame. Quindi, si dovrebbe valorizzare senza riserve l'accordo tacito delle parti e concludere che, quando le parti richiedenti – e successive alla prima nell'ordine dei turni – effettuino domande durante l'esame condotto da altri, esse rinunciano tacitamente allo svolgimento dell'esame nell'ambito del proprio turno, il che, peraltro, avviene spesso nella prassi per la diffusa consapevolezza delle controindicazioni insite nel frazionamento degli esami. E, ancora, si dovrebbe convenire sulla legittimità di interventi del giudice, anche officiosi, di revoca dell'ordinanza ammissiva, per il caso in cui l'esperimento di precedenti identici mezzi di prova (esame/controesame/riesame) sulla medesima fonte ne abbia esaurito le possibilità informative, specie quando l'esame sia stato richiesto da parti cointeressate (es. pubblico ministero e parte civile) che, tendenzialmente, non vedono lesi propri interessi da una anticipazione nell'assunzione della deposizione.

Ma, come anticipato, si è pure prefigurata, sfruttando le indicazioni offerte da alcune disposizioni codicistiche, la diversa soluzione di concentrazione degli esami, che si fa carico delle non trascurabili esigenze di speditezza processuale.

Si è a tal proposito osservato che l'art. 497 comma 2 c.p.p. prevede adempimenti preliminari che mal potrebbero adattarsi al caso di pluralità di esami della stessa fonte all'interno di diversi turni istruttori; e, ancora, che l'art. 511 comma 3 c.p.p., fissando la regola secondo cui la lettura della relazione peritale deve essere disposta dal giudice solo dopo l'esame del perito, sembra imporre, in caso di plurime richieste di esami dello stesso perito (per la cui assunzione sono richiamate dall'art. 501 c.p.p., in quanto compatibili, le norme previste per l'esame dei testimoni), lo svolgimento in unico contesto, pena l'incertezza

sulla individuazione del momento per la lettura della relazione⁶⁴.

L'argomento più forte, che trae sempre spunto dalle previsioni di codice, è che, in riferimento agli esami delle parti, la specialità del combinato disposto degli artt. 503 comma 1 e 150 disp. att. c.p.p. rispetto al disposto dell'art. 496 comma 1 c.p.p. induce a ritenere, nel silenzio della legge, che l'esame di ciascuna delle parti debba essere unitario anche quando esso sia chiesto da più parti; in tal caso non si frazionano gli esami in tanti atti quanti sono i richiedenti con riproduzione dei relativi turni istruttori, ma si procede ad assumere l'uno dietro l'altro, nell'ordine stabilito dall'art. 498 commi 1 e 2 c.p.p., gli esami dei richiedenti (e dei non richiedenti ed i controesami) nell'ambito di un atto unitario⁶⁵.

Epperò, anche questa tesi non è immune da osservazioni critiche nella misura in cui non può tenere conto delle giuste pretese dell'imputato, il quale ben può avere interesse ad assumere la prova, nel caso di teste comune, in maniera autonoma e distinta, nell'ambito del proprio turno istruttorio, atteso che le domande volte a provare le circostanze indicate nella lista potrebbero essere diverse da quelle che egli sarebbe in grado di formulare ove la prova fosse assunta in unico contesto: esse, infatti, collocandosi in un momento avanzato, avrebbero come riferimento un materiale probatorio diverso e più ricco rispetto a quello del momento in cui il teste è assunto nell'ambito delle prove a discarico. Si pensi al testimone indicato anche dalla difesa che dovrebbe essere sentito, in caso di frammentazione degli esami, all'esito dell'esame dello stesso imputato, e, quindi, in un momento molto differente rispetto a quello in cui sarebbe sentito all'interno del turno istruttorio d'accusa. La conduzione dell'esame del testimone potrebbe giovare, ove collocato all'interno del turno istruttorio della difesa, delle conoscenze addotte dall'esame dell'imputato o dalle altre deposizioni testimoniali a discarico eventualmente raccolte nell'ambito dello stesso turno; gli incrementi istruttori, insomma, potrebbero suggerire domande a cui non si sarebbe potuto pensare ove quel testimone fosse stato escusso nell'ambito del turno d'accusa.

⁶⁴Ancora A. MAMBRIANI, *Esame e controesame delle parti: spunti sistematici*, cit., p. 461.

⁶⁵A. MAMBRIANI, *Esame e controesame delle parti: spunti sistematici*, cit., p. 461.

Sembra quindi da preferirsi la tesi per così dire intermedia che fa leva su una preliminare distinzione circa il rapporto tra le circostanze dedotte nelle più liste⁶⁶. Se le circostanze sono diverse può dirsi che la prova è diversa, seppure la fonte soggettiva resti la stessa, e che quindi alla sua diversità, che significa pluralità, deve seguire la reiterazione degli esami per quante sono le parti che hanno indicato circostanze diverse e nell'ambito dei turni di loro rispettiva competenza. È comunque fatta salva la possibilità che le parti si accordino per una diversa collocazione della prova, data la facoltà loro riconosciuta di scegliere la cadenza temporale di assunzione che più sembra rispondente alle loro strategie probatorie. Se, invece, le circostanze sono le medesime, non può certo parlarsi di una pluralità di prove; è allora coerente che l'esame della medesima fonte avvenga in un contesto unitario, secondo l'ordine imposto dall'art. 496 c.p.p., e quindi con precedenza per il pubblico ministero. Terminato l'esame condotto dal pubblico ministero, la prosecuzione è affidata all'intervento delle altre parti richiedenti ed infine della difesa dell'imputato, con l'impossibilità per tutti di avvalersi delle potenzialità del controesame, in ragione del fatto che in relazione ai temi di prova d'esame nessuno può qualificarsi come controparte.

⁶⁶R. ADORNO, *Assunzione della prova*, cit., pp. 284-285. Sul punto già G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, cit., p. 108, nonché G. UBERTIS, *Giudizio di primo grado (disciplina del) nel diritto processuale penale*, cit., p. 531; L. KALB, *Ruolo delle parti e poteri del giudice nello svolgimento dell'esame testimoniale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, p. 1548; P.P. PAULESU, *Giudice e parti nella "dialettica" della prova testimoniale*, cit., p. 187.

CAPITOLO III

LE REGOLE DI SVOLGIMENTO DELL'ESAME

SOMMARIO: 1. Le modalità di svolgimento dell'esame. – 2. L'esame diretto. – 2.1. La legittimazione all'esame. – 2.2. L'oggetto delle domande d'esame. – 2.3. Il dovere di specificità. – 2.4. Le domande nocive. – 2.5. Le domande suggestive. – 2.6. Le domande suggestive negli esami in fase di indagine preliminare. – 3. Il controesame. – 4. Il riesame. – 5. I compiti giudiziali di controllo sulla correttezza dell'esame. – 5.1. Le opposizioni in corso di esame. – 5.2. La consultazione di documenti in aiuto alla memoria. – 5.3. L'indicazione di temi nuovi o incompleti. – 5.4. Le domande del presidente. – 5.5. Gli sviluppi ulteriori dell'esame.

1. LE MODALITÀ DI SVOLGIMENTO DELL'ESAME

Le regole-base dell'esame incrociato sono contenute negli artt. 498 e 499 c.p.p., rubricati, l'uno, «esame diretto e controesame dei testimoni», l'altro, «regole per l'esame testimoniale»; essi individuano le diverse fasi di cui si compone e disciplinano le modalità di svolgimento di ciascuna di esse, nonché i diritti delle parti che ivi si innestano.

Le fasi di svolgimento sono tre: la prima è costituita dall'«esame diretto», ovvero dalle domande rivolte dalla parte che ha chiesto l'ammissione della prova; il suo esaurirsi è presupposto per la formulazione di «altre domande» poste dalle parti che non hanno chiesto l'esame; il che peraltro non vuol dire che dopo le domande della parte che ha chiesto l'esame abbia immediatamente luogo il controesame che ne costituisce la seconda fase. Esaurito l'esame ad iniziativa della parte richiedente, infatti, legittimate a proporre «altre domande» sono sia le parti che non hanno chiesto la prova ma hanno un

interesse comune con chi l'ha chiesta¹, sia quelle non richiedenti e con interesse contrapposto; solo quest'ultimo è «controesame» in senso proprio.

La distinzione non è puramente teorica nella misura in cui regole ben diverse governano l'una e l'altra ipotesi.

L'ultimo segmento è rappresentato dal «riesame» che ha luogo nell'eventualità in cui la parte che ha chiesto l'esame decida di avvalersi della facoltà di «proporre nuove domande» riconosciuta dall'art. 498 comma 3 c.p.p.

Esame, controesame e riesame hanno presupposti, scopi e caratteristiche differenti. L'esame diretto tende a ottenere l'accurata e puntuale esposizione delle conoscenze da parte dell'esaminando, che possono essere ora storiche, se esso attiene alla prova testimoniale, ora critiche, se riguarda consulenti e periti, ora storico-critiche, se ha riguardo al cd. teste esperto². In ogni caso, la parte che conduce l'esame diretto ha conoscenza preventiva del complesso delle informazioni di cui dispone l'esaminando, previamente vagliate per valutarne l'utilità probatoria. Questa situazione può instaurare una relazione psicologica tra interrogante e interrogato qualificabile come di tipo conciliativo-collaborativo³.

Quanto al controesame, la finalità è duplice: da una parte, contestare la ricostruzione dei fatti operata nell'esame diretto, e in quest'ambito fare in modo che l'esaminando rettifichi,

¹«In questo caso l'intervento si configura come un'appendice, eventuale, dello stesso esame diretto». Così, testualmente, A. AVANZINI, *L'esame dibattimentale delle fonti di prova personali*, cit., p. 63. Sul punto cfr. G. FRIGO, *Art. 498 c.p.p.*, cit., p. 244, secondo il quale «nella sintesi espressiva del secondo comma dell'art. 498 si racchiude non solo il controesame (inteso, in senso stretto, come quello svolto da chi contraddice colui che ha svolto l'esame), ma, nei congrui casi, anche una possibile appendice di esame: tale è, per esempio, rispetto all'esame di un teste svolto dal pubblico ministero, la sequenza delle domande che allo stesso teste rivolga il difensore della parte civile (che, nell'ordine prescritto dall'art. 493 comma 2 c.p.p. – cui rinvia, attraverso l'art. 496, il secondo comma dell'art. 498 – deve intervenire subito dopo); ovvero rispetto all'esame di un teste svolto dal difensore dell'imputato, la sequenza delle domande del difensore del responsabile civile».

²Sulla testimonianza tecnica nel processo penale cfr. il recente studio di C. MIUCCI, *La testimonianza tecnica nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2011, che ricorda – p. 70 – come possa parlarsi di tal tipo di prova quando la narrazione dei fatti implichi necessariamente il ricorso a una specifica esperienza del dichiarante, sì che le «specifiche competenze incidono [...] sulla scansione dei passaggi psichici della conoscenza: sensazione, percezione, memorizzazione e rievocazione».

³Così G. FRIGO, *Art. 498 c.p.p.*, cit., p. 228.

corregga o modifichi le precedenti dichiarazioni in modo da neutralizzare l'effetto negativo della deposizione o, comunque, da presentare i fatti in una luce più favorevole alla parte contro la quale il teste è stato introdotto; dall'altra, ove l'esaminando tenga ferma la narrazione resa nel corso dell'esame diretto, dimostrare la sua non credibilità⁴. L'interrogante in tal caso, per quante notizie possa avere assunto sul tema di prova, di norma non conosce con precisione l'area delle cognizioni dell'interrogato. E il clima psicologico del dialogo è, almeno potenzialmente, di conflittualità o di diffidenza.

È appena il caso di osservare che risponde ad una buona norma tecnica far uso del controesame soltanto se ne sia saggiata preventivamente ed in concreto l'effettiva utilità, prevedendo con oculatezza gli sbocchi a cui può ragionevolmente condurre. Un controesame non riuscito non solo non adempie il fine primario di infirmare la ricostruzione dei fatti consegnata dall'esame diretto, ma può finire col consolidarla⁵.

Il riesame, infine – attraverso precisazioni o chiarimenti – tende a consentire il recupero della ricostruzione dei fatti emersi nell'esame e dell'attendibilità dell'esaminato. Ad esso si dà luogo soltanto se si è svolto il controesame e sempreché la parte avente diritto se ne voglia avvalere. In questo senso è fase doppiamente eventuale.

⁴Negli ordinamenti di *common law* il controesame tende a ottenere: a) quando è *as fact* (cioè, sui fatti), la manifestazione di circostanze o fatti diversi o in sequenza diversa o in prospettiva diversa rispetto all'esame in modo che sia contraddetto l'assunto (si discorre, in queste ipotesi, di *cross-examination* "costruttiva"); b) quando è *as credit* (cioè, sull'attendibilità del teste), la verifica, appunto, di queste condizioni, fino all'eventuale *impeachment* ("cross-examination distruttiva"). Così, ancora, G. FRIGO, *Art. 498 c.p.p.*, cit., p. 228.

⁵Sul punto cfr. E. RANDAZZO, *Insidie e strategie dell'esame incrociato*, cit., pp. 66, 108 e 115. Sulle tecniche e sulle strategie del controesame cfr. G. CAROFIGLIO, *Il controesame. Dalle prassi operative al modello teorico*, Milano, Giuffrè, 1997; D. CARPONI SCHITTAR-L. HARVEY CARPONI SCHITTAR, *Modi dell'esame e del controesame*, Giuffrè, Milano, 1996; L. DE CATALDO NEUBURGER, *Esame e controesame nel processo penale*, Cedam, Padova 2000; M. STONE, *La cross-examination. Strategie e tecniche*, Giuffrè, Milano, 1990.

L'importanza di ciascuno dei segmenti di cui si compone l'esame incrociato è dimostrata dalla scelta del legislatore di assegnare distinti commi a ciascuno di essi⁶.

Come giustamente osservato dalla dottrina già all'indomani dell'entrata in vigore del codice di rito, il fenomeno non si risolve semplicemente nell'assegnazione alle parti del diritto di far domande. Il legislatore si è infatti curato di predisporre gli spazi e i segmenti attribuiti a ciascuna parte nel procedimento di acquisizione della prova e si è premurato di distribuirli secondo un ordine logico-giuridico. L'esame ed il controesame costituiscono così i poli essenziali della dialettica probatoria, «tesi e antitesi della rappresentazione "argomentativa"»⁷: con il primo si prospettano i fatti costitutivi del tema di prova; con il secondo quegli stessi fatti sono oggetto dei tentativi di demolizione.

Lo schema riproduce l'ordine di distribuzione tra le parti dello spazio per i rispettivi 'casi', secondo la norma di cui all'art. 496 c.p.p.⁸. In altre parole, la parte che conduce l'esame diretto ha diritto di iniziare, di svolgere e di esaurire la sequenza delle sue domande, così come di seguito la parte che conduce il controesame ha diritto di iniziare, di svolgere e di esaurire le proprie in contraddizione o contestazione.

Il dato comune alle tre fasi è l'immediato contatto della parte con la fonte di prova, elemento che insieme alla pubblicità ed alla garanzia di pari opportunità concorre a definire l'esame incrociato come il miglior mezzo di elaborazione dibattimentale della prova e, quindi, lo strumento migliore di ricerca della verità.

Solo all'esito dell'esame, del controesame e dell'eventuale riesame è consentito al giudice o al presidente, anche su

⁶Nell'art. 472 del progetto preliminare del 1978 la sequenza, pur analoga, era espressa in un unico comma. Ma lo stesso progetto del 1978, pur muovendo da direttive analoghe, non aveva fatto alcuna distinzione fra esame e controesame, aveva ignorato il riesame e non aveva disciplinato alcuna modalità differenziata di escussione.

⁷G. FRIGO, *Art. 498 c.p.p.*, cit., p. 243.

⁸Cfr. G. FRIGO, *Art. 498 c.p.p.*, cit., p. 245, secondo cui la distribuzione degli spazi d'esame tra le parti, pur tenuto conto dei limiti derivanti dalla disciplina degli interventi giudiziali, è espressione di un processo *adversary*. Non mancano però ipotesi in cui interessi concorrenti con quello volto alla ricerca della verità inducono a preferire la conduzione diretta da parte del giudice con il conseguente ridimensionamento del ruolo delle parti in corso di esame.

richiesta di altro componente del collegio, di rivolgere direttamente domande ai testimoni, fatto salvo il diritto delle parti di concludere l'esame secondo l'ordine previsto (art. 506 comma 2 c.p.p.).

Ancora in termini generali – quanto alle caratteristiche dell'esame incrociato – è importante osservare come le fasi di cui esso si compone siano previste come l'una immediatamente successiva all'altra⁹. Si tratta di una condizione importante per l'efficacia euristica dell'atto: coerenza dichiarativa o contraddizioni, difficoltà o invece capacità di fornire spiegazioni chiare ed immediate emergono meglio, in genere, se l'atto non viene spezzato; una interruzione, consentendo al teste di rimeditare la materia, non giova alla genuinità delle acquisizioni.

La continuità dell'esame si ricava anche dal disposto dell'art. 509 c.p.p., secondo il quale il dibattimento può essere sospeso per esigenze istruttorie solo nei casi di ammissione di prove escluse (art. 495 comma 4 c.p.p.), di indicazione giudiziale alle parti di temi di prova nuovi o più ampi (art. 506 comma 1 c.p.p.), di ammissione di nuovi mezzi di prova (art. 507 c.p.p.).

È sempre fatta salva la regola generale di cui all'art. 477 c.p.p. circa la sospensione o il rinvio del dibattimento, ma il coordinamento con il predetto articolo 509 c.p.p. impone di valutare con rigore ancora maggiore il requisito dell'assoluta impossibilità di proseguire il dibattimento quando si tratti di interrompere l'esame.

Anche in questo senso, del resto lo si è già sottolineato¹⁰, appare assai poco opportuna la disciplina che impone il frazionamento dell'esame della medesima fonte in funzione del rispetto dei turni istruttori: l'apparente vantaggio che si ottiene in termini di coerenza nell'istruttoria di parte si perde in termini di efficacia nell'elaborazione della prova.

La caratteristica di immediata continuità temporale si attenua soltanto per la necessità di adattamento ad alcune particolari modalità di svolgimento del processo. Ad esempio,

⁹L'incalzante susseguirsi dei vari interventi denota anche l'impossibilità di prevedere interruzioni – al di là di quelle originate dall'intervento del giudice ai fini del controllo sul rispetto delle regole – poiché ciascuna parte legittimata a condurre l'esame ha diritto a completare la sequenza delle domande che intende formulare.

¹⁰Capitolo II, paragrafo 5.

se più sono le imputazioni e ciascuna riguarda episodi in relazione di reciproca autonomia ma l'esaminando è informato su più di uno, può essere utile procedere ad esami e controesami sui singoli capi di imputazione piuttosto che ad un esame unitario seguito da una fase di controesame parimenti unitaria, sempre che vi sia l'accordo delle parti e ragioni di tutela della dignità dell'esaminando non impongano l'interruzione dell'esame.

2. L'ESAME DIRETTO

Chi ha chiesto l'esame ha il potere di porre le domande che ritenga opportune in vista degli scopi dimostrativi che si prefigge. Della medesima posizione soggettiva gode la parte che non abbia chiesto l'esame ma che abbia interesse comune alla prova. Da questa elementare premessa si trae, secondo taluno, la conseguenza che ogni domanda possa essere considerata, in sé, mezzo di prova: pur essa, infatti, è sottoposta attraverso lo strumento dell'opposizione di parte ad un vaglio preliminare di ammissibilità, così come accade per il mezzo di prova nel cui ambito si colloca l'esame incrociato¹¹. L'osservazione merita una precisazione: una domanda o alcune domande di un esame, più che mezzo di prova, sono strumenti di assunzione di una autonoma porzione di una più ampia prova dichiarativa, ove abbiano capacità di consegnare al processo un tassello di conoscenze autonomamente valutabili. Non può allora condividersi l'idea che una singola domanda, così come l'intero esame, sia, di per sé, mezzo di prova: al di là della somiglianza che possa cogliersi tra l'indagine circa la sussistenza o meno di un divieto probatorio per l'ammissione della prova e la valutazione della praticabilità di alcune delle domande poste in corso di esame, esse altro non sono che lo strumento attraverso il quale il mezzo di prova viene introdotto nel complesso degli accertamenti.

¹¹A. MAMBRIANI, *Esame e controesame delle parti: spunti sistematici*, cit., p. 465.

2.1. *La legittimazione all'esame*

Un profilo di prioritaria considerazione attiene alla legittimazione a condurre l'esame. Ci si chiede, infatti, se tra i legittimati possano annoverarsi, oltre che il pubblico ministero ed i difensori delle parti private – ivi compreso quello degli enti collettivi – anche le parti in senso sostanziale, ed in particolare l'imputato.

La risposta negativa è certamente scontata con riferimento alle altre parti private: queste ultime stanno in giudizio a mezzo del difensore procuratore speciale (art. 101 comma 1 c.p.p.); per l'imputato, invece, la possibilità di procedere all'escussione diretta, quanto meno con riguardo ai testimoni, trova un esplicito addentellato costituzionale nell'art. 111 comma 3. La norma, invero, recependo il contenuto dell'art. 6 comma 3 *lett. d)* della Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo e dell'art. 14 comma 3 *lett. e)* del Patto internazionale dei diritti civili e politici, attribuisce alla «persona accusata» la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico. La giurisprudenza di merito ha valorizzato il dato normativo e, sia pur con un'isolata pronuncia, ha riconosciuto all'imputato il diritto di condurre personalmente la *cross-examination*¹².

La soluzione non può essere condivisa. Al di là del fatto che il sistema riconosce all'autodifesa spazi limitati, e sempre in forza di espressa previsione (artt. 99 comma 2 e 571 c.p.p), ciò che appare decisivo nel negare plausibilità alla tesi è la formulazione letterale dell'art. 498 comma 1 c.p.p. – nella parte in cui stabilisce che le domande sono poste direttamente dal pubblico ministero o dal difensore – che non ha subito alcuna modifica con la legge n. 63 del 2001 attuativa dei principi del giusto processo¹³. Si vuol dire, che ove il legislatore avesse

¹²Trib. Cagliari, 9 febbraio 2004, Porcu, in *Foro it.*, 2000.

¹³Così, in dottrina, C. CESARI, *Prova*, cit., p. 702; S. CORBETTA, *Principio del contraddittorio e disciplina delle contestazioni nell'esame dibattimentale (artt. 499, 500, 503 c.p.p.)*, in *Giusto processo. Nuove norme sulla forma e valutazione della prova (legge 1° marzo 2001, n. 63)*, a cura di P. TONINI, Cedam, Padova, 2001, p. 465; G. DI CHIARA, Osservazioni a T. Cagliari 9 giugno 2000, Porcu, in *Foro it.*, 2000, II, p. 50; G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, cit., p. 109; P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 124; P.P. PAULESU, *Giudice e parti nella "dialettica" della prova testimoniale*, cit., p. 190. *Contra* S.

inteso attribuire la facoltà di porre domande anche all'imputato, attesa l'importanza del profilo, sarebbe certamente intervenuto modificando la disposizione¹⁴.

A questi fini sono irrilevanti le diverse formulazioni degli artt. 498 comma 2 e 499 comma 3 c.p.p. – che paiono suggerire una conduzione dell'esame direttamente ad opera della parte – sia perché sarebbe incongruo prevedere che il controesame possa essere effettuato dall'imputato e l'esame no, sia perché il disposto della seconda norma ha una portata evidentemente specificativa di quella prevista dal comma 1 dell'art. 498 c.p.p., circostanza – questa – rivelatrice della imprecisione lessicale contenuta nella norma di dettaglio.

Del resto, sarebbe stato quanto mai inopportuno consentire all'imputato di porre domande, perché l'esame è fatto tecnico che deve essere ben governato, pena altrimenti la sua inefficacia¹⁵. Ma ciò non esclude che la linea di conduzione

MAFFEI, *Il diritto al confronto con l'accusatore*, La Tribuna, Piacenza, 2003, p. 308 ss.

In giurisprudenza cfr., in tal senso, Cass., Sez. VI, 17 dicembre 2004, Marietti, in *Cass. pen.*, 2006, p. 2216, secondo cui l'art. 111 comma 3 Cost. esprime un principio di garanzia le cui modalità concrete di attuazione sono rimesse al legislatore ordinario, il quale è lasciato libero di scegliere tra le due possibilità – quella di ammettere l'accusato all'interrogatorio diretto delle persone che rendono dichiarazioni a suo carico e quella di accordargli il potere di far interrogare dette persone – in funzione del modello di difesa previsto nei diversi procedimenti. Nella occasione la Corte ha sottolineato come a diverse conclusioni non possa giungersi nemmeno sulla base dell'art. 526 comma 1-bis c.p.p., che, al fine di introdurre nel codice la regola della inutilizzabilità probatoria di cui all'art. 111 comma 4 Cost., ha trascritto il testo della norma costituzionale che inibisce «l'utilizzazione delle dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre sottratto all'esame da parte dell'imputato o del suo difensore». Sennonché – si afferma in sentenza – se l'enunciato disgiuntivo ha un senso rilevante nel testo costituzionale perché copre entrambe le possibili soluzioni che il legislatore ordinario potrebbe attuare, rimane senza efficacia nel codice, ove non è prevista una disciplina positiva dell'esame da parte dell'imputato.

¹⁴Per F. RIZZO, *L'elaborazione della prova dichiarativa: il metodo dell'esame incrociato*, in *La prova penale*, diretto da A. GAITO, Utet, Torino, 2010, p. 526, non è da escludere che la ragione per cui il legislatore non ha previsto che l'imputato possa interrogare direttamente i soggetti che rendono dichiarazioni contro di lui risiede nel fatto che altri istituti processuali accordano all'imputato il diritto di far sentire la sua voce nel processo, quali l'esame dell'imputato stesso, le dichiarazioni spontanee e, ove ne sussistano i presupposti, il confronto.

¹⁵Cfr. G. FRIGO, *Art. 498 c.p.p.*, cit., p. 247, secondo cui la regola che affida il diritto di difendersi provando al difensore e non già alla parte personalmente è posta dalla combinazione dei primi due commi dell'art. 498

dell'esame possa essere oggetto di accordi tra il difensore ed il suo assistito, il quale, senza turbare l'atto in corso di compimento (artt. 499 commi 4 e 6, 475 c.p.p.), può anche suggerire al difensore domande da porre o temi da esplorare.

Quanto agli enti e alle associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato, va osservato come – in armonia con la concezione dell'esame quale espressione del processo di parti – il codice non abbia previsto pieno diritto alla prova per chi partecipi al dibattimento in veste di semplice soggetto processuale. Perciò, questi, per fare domande, deve chiedere il permesso al presidente (art. 505 c.p.p.)¹⁶.

È però controverso se, ottenuta l'autorizzazione, l'ente rappresentativo abbia il potere di fare direttamente le domande, e ciò a causa della formula normativa alquanto ambigua: il riferimento al potere di chiedere al presidente di rivolgere domande ai testimoni, ai periti, ai consulenti tecnici e alle altre parti private non fa chiaramente intendere se involga anche quello di condurre l'esame.

Benché non manchino posizioni dottrinali contrarie¹⁷, appare di una certa plausibilità la tesi per così dire estensiva alla luce della comparazione dell'appena richiamato inciso normativo con la disposizione letterale della norma di cui all'art. 422 comma 3 c.p.p. in materia di esame in sede di udienza preliminare, ove con indubbia chiarezza si stabilisce che «il pubblico ministero e i difensori possono porre domande, a mezzo del giudice...».

Si può allora argomentare che l'esclusione di un potere significativo nell'architettura di un sistema accusatorio non può

c.p.p. Riservando al difensore dell'imputato l'escussione probatoria il legislatore ha inteso riconoscere che l'adozione del nuovo metodo implica una specifica professionalità.

¹⁶È appena il caso di ricordare che parte del processo è il soggetto titolare di un interesse per la cui tutela l'ordinamento assegna un complesso di poteri per l'intervento nella progressione processuale – diritto alla prova, diritto alle conclusioni e diritto all'impugnazione –; di minore pregnanza è, invece, il corredo di facoltà che accompagna l'ammissione sulla scena dei meri soggetti processuali, il cui ruolo è marginale, di intervento *ad adiuvandum*, con possibilità al più di sollecitazione dell'esercizio delle potestà spettanti alle parti. Parla perciò di partecipazione 'indiretta' all'esame, in quanto condotta attraverso il filtro presidenziale, M. CHIAVARIO, *La riforma del processo penale*, Utet, Torino, 1990, p. 133.

¹⁷P.P. RIVELLO, *Riflessioni sul ruolo ricoperto in ambito processuale dalla persona offesa dal reato e dagli enti esponenziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 608.

essere affidata a formule letterali non univoche, seppure esse abbiano riferimento non alle parti ma a meri soggetti del processo, sforniti di 'pieno' diritto alla prova. Non è poi trascurabile l'osservazione secondo cui, se l'esame ad opera del giudice può trovare più facile collocazione in fasi – come l'udienza preliminare – sfornite di pubblicità e soprattutto estranee a verifiche del merito dell'imputazione, non così può dirsi in riferimento al dibattimento, sede in cui dovrebbe conservare le sue ordinarie caratteristiche e non essere contaminato da momenti di pur minima 'inquisitorialità', pur quando ad esso si dia corso per iniziativa di meri soggetti processuali.

Ad ogni modo, che si riconosca o si neghi il potere di esaminare senza la mediazione presidenziale, l'intervento integrativo degli enti esponenziali si deve situare all'esito dell'esame o del controesame condotto dalle parti in quanto soggetti cointeressati rispetto alle posizioni del pubblico ministero e della parte civile¹⁸.

2.2. *L'oggetto delle domande d'esame*

L'aspetto dell'esame forse più esposto al pericolo di violazione delle poche regole legali che lo governano è quello che afferisce alla delimitazione dell'oggetto delle domande.

La legge si limita a stabilire che la parte richiedente rivolge direttamente le «domande» all'esaminando; aggiunge, che le parti non richiedenti – e qui il riferimento all'esame deve intendersi al mezzo di prova –, possono rivolgere «altre domande»; quanto al riesame, prevede che chi ha chiesto l'esame – ancora una volta il riferimento è al mezzo di prova – può proporre «nuove domande».

Le espressioni utilizzate dal legislatore: «domande», «altre domande», «nuove domande», considerate isolatamente sono assai poco indicative degli esatti confini entro cui le parti possono e devono muoversi. Il senso regolativo viene

¹⁸P.P. RIVELLO, *Il dibattimento nel processo penale*, cit., p. 191, ritiene che lo spazio di intervento concesso dall'art. 505 c.p.p. sia estremamente limitato in considerazione del carattere non vincolante delle richieste avanzate dagli enti collettivi, ai quali non è attribuito alcuno strumento processuale per opporsi all'eventuale rigetto delle loro domande, basato – ad esempio – sulla presunta inutilità dell'ammissione di nuovi mezzi di prova.

recuperato nel coordinamento con la disposizione, già oggetto di approfondimento, sulle circostanze della lista testimoniale, e con quella relativa all'inizio dell'istruzione dibattimentale, che chiama pubblico ministero e parti ad indicare i fatti che intendono provare come adempimento immediatamente preliminare alle richieste di ammissione delle prove. Di qui la considerazione che le domande dell'esame incrociato – per meglio dire: dell'esame diretto – non possano avere ad oggetto fatti non previamente indicati, a meno di non vanificare le cautele legislative per l'effettività dei meccanismi di *discovery*¹⁹.

¹⁹Ulteriori divieti si ricavano dalle norme generali sulla testimonianza: non possono essere poste domande sulla moralità dell'imputato – salvo che su fatti specifici idonei a qualificarne la personalità (art. 194 comma 1 c.p.p.) –, sulla personalità della persona offesa – a meno che non servano per valutare il fatto dell'imputato (art. 194 comma 2 c.p.p.) –, quelle concernenti le voci correnti nel pubblico o che implicino apprezzamenti personali separati dalla narrazione dei fatti (art. 194 comma 3 c.p.p.). Si è però precisato nella giurisprudenza di legittimità, secondo un orientamento consolidato, che «il divieto di esprimere apprezzamenti personali non si applica nel caso in cui il testimone sia persona particolarmente qualificata, in conseguenza della sua preparazione professionale, quando i fatti in ordine ai quali viene esaminato siano inerenti alla sua attività, giacché l'apprezzamento diventa inscindibile dal fatto, dal momento che quest'ultimo è stato necessariamente percepito attraverso il “filtro” delle conoscenze tecniche e professionali del teste. (Nella specie la Corte ha ritenuto legittimamente acquisita la testimonianza di un dipendente di una ditta specializzata che era stato sentito durante le indagini per il riconoscimento di un marchio e in dibattimento aveva riferito su tale attività, esprimendo la sua valutazione compatibile con la sua qualifica professionale)» – cfr. Cass., Sez. V, 29 settembre 2004 n. 42634, Comberlato, in *C.E.D. Cass.*, n. 230330 –; o, ancora, che «non incorre nel divieto di esprimere apprezzamenti personali il testimone, che, in forza della specifica preparazione tecnica, risponde su fatti e circostanze concernenti la sua attività professionale e fornisce elementi di supporto agli atti compiuti dalla polizia giudiziaria (fattispecie in cui il testimone, in un procedimento per i reati di truffa e falso in titoli di credito, aveva affermato, a proposito di un assegno bancario, che era una riproduzione fotostatica idonea a trarre in inganno il beneficiario del titolo)» – così Cass., Sez. II, 16 gennaio 2007 n. 12942, Mucci, in *C.E.D. Cass.*, n. 236384 –. Sono altresì vietate le domande aventi ad oggetto dichiarazioni rese dall'imputato o indagato nel corso del procedimento (art. 62 c.p.p.) o fatti appresi da persone depositarie del segreto professionale o d'ufficio (art. 195 comma 6 c.p.p.); infine, un ulteriore limite oggettivo, a presidio del principio di oralità, è contemplato in materia di testimonianza indiretta della polizia giudiziaria (art. 195 comma 4 c.p.p.). Le Sezioni Unite hanno chiarito che il divieto riguarda tanto le dichiarazioni ritualmente documentate, quanto quelle che si sarebbero dovute acquisire con le stesse modalità; mentre «gli altri casi» nei quali, ai sensi dell'art. 195 comma 4 c.p.p., la prova è ammessa si riferiscono alle dichiarazioni

Il criterio-guida per la individuazione delle domande consentite discende dalla *ratio* del deposito della lista: se la funzione di questo adempimento è tutelare la controparte dalle prove a sorpresa e permettere ad essa la deduzione della prova contraria, appaiono vietati gli ampliamenti dell'esame idonei ad aggirare tale garanzia. La regola non può però essere invocata per inibire domande su quelle nuove circostanze che abbiano ad emergere per la prima volta nel corso dell'esame e che non fossero preventivamente note e già suscettibili di essere precisate al momento del deposito delle liste; resta fermo il conseguente esercizio del diritto alla prova contraria ex art. 495 comma 2 c.p.p., se ed in quanto ne ricorrano i presupposti.

Deve allora convenirsi con l'osservazione che la pertinenza vada commisurata anche all'andamento dell'escussione, se è vero che alla parte richiedente la prova non è imposto un onere di indicare analiticamente ogni domanda che andrà a proporre, mentre la conduzione dell'esame non può che essere determinata dalla dialettica stessa delle domande e delle risposte²⁰. L'articolazione delle domande nel corso dell'esame

«percepite al di fuori di uno specifico contesto procedimentale di acquisizione, in una situazione operativa eccezionale o di straordinaria urgenza e, quindi, al di fuori di un dialogo tra teste e ufficiale o agente di polizia giudiziaria, ciascuno nella propria qualità» (Sez. un., 28 maggio 2003, Torcasio, in *Cass. pen.*, 2004, p. 4182, con nota di M. LONGO, *La testimonianza indiretta della polizia giudiziaria: un «banco di prova» dei principi del giusto processo*). Da ultimo la Corte costituzionale – investita della questione nell'ambito di un procedimento in cui il giudice di merito, ritenendosi vincolato, in sede di rinvio, al principio di diritto stabilito da una sentenza di annullamento della Suprema Corte intervenuta prima della decisione delle Sezioni Unite, aveva seguito il contrario orientamento – ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 195 comma 4 c.p.p. ove interpretato «nel senso che gli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria non possono essere chiamati a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese dai testimoni soltanto se acquisite con le modalità di cui agli artt. 351 e 357 comma 2 lett. a) e b) c.p.p., e non anche nel caso in cui, pur ricorrendone le condizioni, tali modalità non siano state osservate» (Corte cost., 30 luglio 2008 n. 305).

²⁰Per G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, cit., p. 111, «se originariamente l'unico vincolo è rappresentato dalle circostanze indicate dalla parte che ha introdotto il testimone, in concreto il tema di prova verrà ad essere via via individuato e circoscritto dalle domande effettivamente rivolte e dalle risposte date». A. AVANZINI, *L'esame dibattimentale del teste*, cit., p. 62, ritiene invece che le uniche domande a non esser vincolate dalla previa deduzione delle circostanze su cui deve vertere l'esame sono quelle attinenti alla credibilità del testimone, espressamente consentite dall'art. 194 comma 2 c.p.p.

diretto, insomma, risente naturalmente dello sviluppo dell'escussione; si vuol dire che lo spettro dell'indagine può ampliarsi in base alle risposte di volta in volta date, sempre che non siano compromesse le finalità della *discovery*.

Più problematica è l'individuazione del significato da attribuire all'espressione «altre domande».

La giurisprudenza si è limitata a sostenere che in sede di controesame la parte non può porre domande su circostanze diverse da quelle specificate al momento della presentazione della lista da chi ne ha richiesto l'esame²¹; la dottrina, invece, ha riservato maggiore attenzione alla questione²².

Considerando la funzione di rivisitazione critica dell'esame diretto, si afferma che il controesame può avere ad oggetto non solo i fatti indicati in lista e quelli eventualmente precisati in sede di richieste ammissive, «ma anche tutti gli altri fatti – fatti secondari, fatti semplici – palesemente legati all'area tematica dei primi, dei quali costituiscono naturale articolazione, e al contesto concreto della narrazione»²³.

Dunque, il controesame deve avere ad oggetto gli stessi fatti esplorati nel corso dell'esame diretto, non foss'altro perché

²¹Per Cass., Sez. IV, 23 marzo 2005 n. 20585, Visconti, in *C.E.D. Cass.*, n. 232243, in tema di esame testimoniale, la parte che non ha indicato il teste a suo favore non può porre, in sede di controesame di quello introdotto da altra parte, domande su circostanze diverse da quelle specificate da chi ne ha richiesto l'esame al momento della presentazione della relativa lista; se così non fosse, verrebbero frustrati i termini temporali ed i limiti di ammissibilità prescritti dal codice di rito per l'ingresso nel processo delle prove indicate dalle parti, nonché le regole concernenti le modalità di assunzione. Conforme Cass., Sez. I, 5 novembre 1996 n. 10284, Di Gennaro, in *C.E.D. Cass.*, n. 206120.

²²La questione, a ben vedere, si pone solo per l'ipotesi in cui la *cross examination* sia *as to fact*, ovvero sui fatti, non anche per il caso in cui la *cross examination* sia *as to credit*. Ed invero, quando il controesame è sulla credibilità, il limite non opera. Così D. MANZIONE, *Le nuove «regole» per l'esame testimoniale (a proposito dell'art. 499 c.p.p.)*, in *Cass. pen.*, 1991, p. 1481.

²³Così T. RAFARACI, *La prova contraria*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 217. L'Autore ha messo in luce la differenza tra la prova contraria, momento autonomo del procedimento probatorio, e quel genere di "prova contraria" che, quale critica volta alla demolizione degli assunti di esame, si situa all'interno del procedimento formativo della prova orale, e specificamente in controesame. La prova contraria di controesame serve a saggiare immediatamente l'affidabilità della fonte di prova, ancor prima di porre a confronto quel risultato di prova con quello delle prove antagoniste provenienti da altre fonti.

fisiologicamente mira alla diretta ‘distruzione’ delle conoscenze introdotte con quel primo momento dell’esame incrociato e, soprattutto, in ragione dell’ovvia considerazione che esso accede alla costruzione di un mezzo di prova rispetto al quale il diritto di richiederne l’ammissione è stato esercitato da controparte. Tuttavia, può naturalmente dispiegarsi nella formulazione di domande su altri fatti e circostanze, anche nuovi, al fine di far emergere aspetti rimasti in ombra e idonei a dare una diversa prospettiva ai fatti stessi²⁴.

La possibilità di far riferimento a circostanze nuove non implica che la parte in controesame possa formulare domande su fatti completamente avulsi dal contesto sviluppato nel corso dell’esame diretto; se così fosse, la fase sarebbe a tal punto snaturata da atteggiarsi ad esame diretto. Deve invece ritenersi che nell’ambito di uno stesso fatto, magari caratterizzato da una certa complessità, il controesame possa legittimamente mirare all’emersione di profili non trattati in esame, di risvolti fors’anche marginali ma che, opportunamente sviscerati, possono introdurre incoerenze ricostruttive di una qualche pregnanza.

In questa direzione si è anche osservato come possa risultare fisiologica in controesame la deduzione, quale prova contraria, di elementi nuovi in confutazione di una risposta del dichiarante riferita a temi interni a quelli di lista ma più specifici e divenuti rilevanti soltanto a seguito dell’esame²⁵. È importante evitare però un’eccessiva dilatazione del controesame: pur senza essere condizionati dal timore di introdurre, per esso, temi di prova estranei ai fatti indicati in lista o in sede di richieste ammissive, non può essere trascurato il pericolo che il controesame finisca per avere ad oggetto fatti

²⁴Cfr. G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell’istruzione dibattimentale*, cit., p. 111, ad avviso del quale ulteriori circostanze potrebbero essere introdotte per la prima volta nel controesame. Ciò però può avvenire esclusivamente entro limiti di pertinenza determinati dalle domande rivolte e dalle risposte date nel corso dell’esame diretto, limiti indispensabili per evitare che il tema della prova possa essere trasformato in un altro senza che ci sia stata una rituale richiesta di ammissione.

²⁵T. RAFARACI, *La prova contraria*, cit., p. 219, esemplifica l’assunto facendo il caso di chi «chiamato [...] coma da lista, semplicemente a deporre sull’esistenza di una certa operazione bancaria, [...] durante l’escussione affermi che l’operazione fu da lui personalmente perfezionata in un certo giorno e il controesaminante produca un registro delle presenze della banca da cui risulta che quel giorno il teste era assente dall’ufficio».

obiettivamente esterni, anche se connessi, alla tematica dell'esame, quindi sostanzialmente nuovi.

L'individuazione del limite tra ciò che è consentito e ciò che è estraneo alla fisiologia del controesame non può essere individuato se non con l'adozione di criteri elastici, che evitino l'impoverimento irragionevole dell'istruzione dibattimentale, ispirati al principio per il quale il tema di prova indicato dalla parte richiedente non può vincolare in modo rigido il controesame, sia nel caso in cui il tema sia stato appositamente delineato in modo più ristretto ma innaturale in riguardo al contesto dei fatti rilevanti, e ciò per fini di strategia di parte, sia nel caso in cui l'andamento dell'istruzione abbia consegnato nuove circostanze sulle quali l'esame diretto, magari per scelta consapevole di parte, non ha posto attenzione²⁶.

Ovviamente, se il controesame finisce con l'ampliare il tema dell'esplorazione dell'esame diretto, occorre – per l'elementare esigenza di assicurare la parità delle armi nella contesa dibattimentale – ammettere la parte che ha introdotto la prova ad un riesame su quei fatti nuovi, pur se il riesame, in tal modo, rischia di modellarsi nei fatti come un controesame.

Diverso il caso in cui il controesame miri ad infirmare la credibilità del dichiarante: in queste ipotesi, invero, esso non incontra limiti ulteriori rispetto a quelli derivanti dalla necessaria pertinenza delle domande, il cui parametro aperto è fissato, in tema di testimonianza, dall'art. 194 comma 2 c.p.p. che amplia l'oggetto dell'esame «alle circostanze il cui accertamento è necessario per valutarne la credibilità»²⁷.

Quanto al riesame, bisogna tener presente che la logica del sistema esige che la parte richiedente la prova abbia un nuovo spazio dopo la conclusione del controesame, ma solo nell'ottica di un recupero della ricostruzione dei fatti operata con l'esame diretto o per ripristinare le condizioni di credibilità dell'esaminando. Il riesame, dunque, deve essere inteso in senso 'restrittivo', non può cioè aprire all'approfondimento di

²⁶Ancora una volta T. RAFARACI, *La prova contraria*, cit., pp. 220-221.

²⁷«L'escussione (specialmente *ex adverso*) cade su ogni dato pertinente alla "credibilità" (art. 194.2): rapporti con le parti o altri testimoni, precedenti, circostanze che avallino, smentiscano o qualificano l'asserto testimoniale; ad esempio, che N abbia la fobia del disordine e frequenti conventicole d'incappucciati, è piuttosto interessante nella causa in cui sia *unus testis* contro P, ritenuto eversore dei costumi». Così F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 682. Nel medesimo senso v. anche D. MANZIONE, *Le nuove «regole» per l'esame testimoniale (a proposito dell'art. 499 c.p.p.)*, cit., p. 1481.

temi di prova non esplorati in sede di esame diretto, pur se relativi alle più ampie circostanze di lista. Del resto, se non avesse questo limite il riesame si sostanzierebbe nella indebita restituzione in termini per il compimento di facoltà a cui si è rinunciato. Ne consegue che, con l'espressione «nuove domande», si fa riferimento a domande collegate alla materia emersa nel controesame, non certo a domande totalmente nuove, volte cioè ad aprire un diverso tema o un diverso argomento²⁸.

2.3. *Il dovere di specificità*

Il codice prevede che l'esame si svolga mediante domande su «fatti specifici» (art. 499 comma 1 c.p.p.), e tale dovere incombe sia sulla parte che ha chiesto l'esame sia sulla controparte²⁹.

Il significato dell'inciso normativo è meglio messo in evidenza dal raccordo con la previsione, in tema di testimonianza, per cui l'esame deve vertere su «fatti determinati» (art. 194 comma 3 c.p.p.), e ciò, beninteso, nel rispetto dei confini delineati dall'art. 187 c.p.p. che individua il tema di prova nel riferimento ai fatti oggetto dell'imputazione, ai fatti relativi alla punibilità, alla determinazione della pena o di una misura di sicurezza, nonché a quelli da cui dipende, ove vi sia costituzione di parte civile, la responsabilità civile derivante da reato e, più in generale, l'applicazione di norme processuali.

È noto: le domande sono ammesse soltanto se ricadenti nell'ambito del tema di prova; quelle non pertinenti, ovvero estranee al *thema probandum*, sono inammissibili e vanno escluse dal presidente, anche d'ufficio (art. 499 comma 5 c.p.p.)³⁰.

²⁸Cfr. il paragrafo 4 di questo Capitolo.

²⁹A proposito dell'art. 499 comma 1 c.p.p. si vedano le osservazioni di F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 680, per il quale «la norma, nel prescrivere che le domande devono vertere su fatti specifici, utilizza una battuta approssimativa, dal momento che nessun fatto è generico, può darsi che ne parliamo genericamente».

³⁰Sotto questo profilo merita approvazione quell'orientamento giurisprudenziale volto ad ancorare il *thema probandum*, anche in sede di controesame, alla capitolazione delle circostanze sulle quali s'intende articolare l'esame del testimone (Cass., Sez. II, 19 ottobre 2000 n. 192,

Le domande, dunque, devono riguardare fatti determinati. E, siccome tra domanda e risposta vi è una naturale interdipendenza, la risposta può avere ad oggetto fatti specifici soltanto se la domanda è quanto più specifica possibile³¹.

La specificità delle domande fa sì che sia agevolato il vaglio di pertinenza rispetto al tema dell'esame; tende altresì ad ottenere dichiarazioni dettagliate e precise al fine di consentire la valutazione dell'apporto dichiarativo ed una più fedele ricostruzione del fatto. Ma l'obbligo della specificità tutela anche le finalità del controesame, più difficilmente perseguibili a fronte di una genericità di racconto³².

Ancora. La prescrizione sulla specificità delle domande consente di preservare la sincerità della deposizione, impedendo che il dichiarante, attraverso una narrazione continuata, riferisca una versione dei fatti preconfezionata³³. Del resto, la dottrina da tempo ha messo in evidenza come un racconto non frammentato da domande – se pure garantisce maggiore completezza descrittiva perché consente di far emergere dati che potrebbero sfuggire nell'incalzare di domande e risposte – si sottrae in maggior misura ai tentativi, assolutamente benefici,

Cangelosi, in *C.E.D. Cass.*, n. 217878), in modo sufficiente, cioè, da non risultarne pregiudicato il diritto alla controprova (*Cass.*, Sez. VI, 11 dicembre 1992 n. 669, Ferroni, in *C.E.D. Cass.*, n. 193472); mentre non poche perplessità sono destinate a suscitare quelle soluzioni provenienti dalla prassi, secondo le quali è ammissibile anche l'indicazione di circostanze del tutto generiche, il più delle volte facenti rinvio *in toto* ai capi di imputazione.

³¹«Sono tali le domande determinative, che tendono ad evocare il ricordo del dichiarante mediante l'uso di pronomi interrogativi, del tipo: “com'era vestito l'imputato?”». Così E. GORRA-I. RAMPOLLI, *Come nell'interrogatorio la domanda può influenzare la risposta*, in G. GULOTTA (a cura di), *Trattato di psicologia giudiziaria nel sistema penale*, Giuffrè, Milano, 1987, p. 539 ss.

³²È così per D. MANZIONE, *Le nuove «regole» per l'esame testimoniale (a proposito dell'art. 499 c.p.p.)*, cit., p. 1479.

³³Il Progetto di riforma del codice di procedura penale elaborato dalla commissione presieduta dal prof. Andrea Antonio Dalia vieta non solo le domande suggestive o implicative o aventi comunque attitudine a orientare la risposta ma anche quelle generiche, idonee a provocare una narrazione continuata. La proposta di riforma prevede inoltre che la domanda dichiarata inammissibile per le ragioni appena dette non possa essere riproposta sotto altra forma, a meno che non si tratti di domanda generica riformulabile in modo specifico. Per il testo dell'articolato elaborato dalla commissione presieduta dal prof. Andrea Antonio Dalia nel 2005 e la relazione di accompagnamento cfr. AA.VV., *Verso un nuovo processo penale. Opinioni a confronto sul progetto di riforma Dalia*, cit., p. 231 ss.

di disvelamento di eventuali contraddizioni e reticenze e non pone al riparo dal pericolo di inutili divagazioni su circostanze irrilevanti³⁴.

Pertanto deve ritenersi preferibile – anche se non espressamente imposta dal legislatore – la tecnica delle *shorts questions*, basata su domande brevi e risposte sintetiche, la cui finalità è quella di pervenire ad una minuziosa scomposizione dei fatti³⁵. Non manca peraltro chi esclude che con la previsione di specificità si possa evitare il racconto preconfezionato. Nell'eventualità che il dichiarante sia stato preparato dalla parte che introduce la prova – si afferma con specifico riferimento alla prova testimoniale – è improbabile che la sua eventuale inattendibilità possa essere svelata dal divieto di domande non specifiche. Accordi preventivi possono agevolmente mettere a punto domande su fatti specifici per dare un'apparenza di genuinità nonostante l'artificiosa preparazione della narrazione³⁶.

È opinione condivisa quella per la quale, a seconda dei fatti che vengono in rilievo, possono essere ammesse, almeno inizialmente, domande abbastanza generali di inquadramento dei fatti, salvo precisazioni successive³⁷. Vi è poi chi ritiene che

³⁴L. DE CATALDO NEUBURGER, *Psicologia della testimonianza e prova testimoniale*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 171 ss.

³⁵G. ILLUMINATI, *Il nuovo dibattimento: l'assunzione diretta della prova*, in *Foro it.*, 1988, V, p. 364. In senso contrario v. E. AMODIO, *L'esame incrociato tra gli insegnamenti della prassi angloamericana e le scelte del legislatore italiano*, cit., p. xxv, secondo cui «l'assenza della giuria rende del tutto improponibile nel nostro sistema la tecnica delle *short questions* nell'esame diretto. Le domande brevi, volte a stimolare risposte estremamente circoscritte, sono funzionali ad una esigenza di atomizzazione della conoscenza che si ritiene necessaria al fine di somministrare ai laici i dati probatori a dosi omeopatiche, così da evitare effetti fuorvianti nell'accertamento della verità. Un simile pericolo non può essere istituzionalmente presunto con riguardo ai magistrati professionalmente preparati che hanno per lo più l'obbligo di motivare i loro provvedimenti». In termini analoghi cfr. D. MANZIONE, *Le nuove «regole» per l'esame testimoniale (a proposito dell'art. 499 c.p.p.)*, cit., p. 1481, per il quale è da escludersi che con l'enunciato 'fatti specifici' si sia inteso dire, in conformità al modello americano, che si possono proporre solo domande brevi a cui debba replicarsi con risposte altrettanto brevi, quanto piuttosto che la domanda sia mirata, circostanziata e non generica.

³⁶Il riferimento è ad A. MAMBRIANI, *Esame e controesame delle parti: spunti sistematici*, cit., p. 466.

³⁷«Il caso tipico è quello delle vicende semplici: è certo legittimo chiedere all'ufficiale di polizia giudiziaria, che ha arrestato in flagranza uno spacciatore colto nell'atto di cedere ad altri una dose di stupefacente, di

le domande possano essere formulate in modo progressivo, ovvero che «è possibile gradatamente restringere sempre di più i riferimenti all'episodio a base della lista man mano che i profili dubbi dell'avvenimento diminuiscano»³⁸; in egual modo devono ritenersi ammissibili le 'domande aperte', ossia quelle domande che, pur non essendo particolarmente specifiche, presentano un livello di determinatezza adeguato al raggiungimento dell'obiettivo³⁹.

Nella prassi è accettata anche la tecnica delle 'domande a seguire' per l'esame da parte del pubblico ministero di un testimone-verbalizzante, come nel caso di un appartenente alla polizia giudiziaria che abbia compiuto un qualche atto di indagine, se il contenuto delle sue dichiarazioni è ampiamente prevedibile, essendo facile ipotizzare che si conformerà a quello dell'atto di riferimento⁴⁰.

Ma, se questo è il quadro delle opinioni dottrinali e delle prassi giudiziarie che conferiscono pari legittimità alle domande brevi e a quelle a tendenza più ampia, sembra di dover convenire con chi ha da sempre osservato che il nostro sistema non ha recepito il modello tipico degli ordinamenti di *common law*, connotato da domande e risposte brevi, ma si è soltanto ispirato a un sostanziale divieto di genericità delle domande⁴¹.

riferire sulle circostanze dell'arresto stesso». In tal senso A. MAMBRIANI, *Esame e controesame delle parti: spunti sistematici*, cit., p. 466.

³⁸Così, testualmente, M. MENNA, *Gli interventi del giudice dibattimentale sull'acquisizione della prova*, in *Dir. pen. e proc.*, 2007, p. 707.

³⁹E. AMODIO, *Il modello accusatorio statunitense e il nuovo processo penale italiano: miti e realtà della giustizia americana*, in E. AMODIO-C. BASSIUNI, *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 588. Nel medesimo senso cfr. V. FANCHIOTTI, *Cross examination*, cit., p. 6.

⁴⁰L'esempio è: «descrive alla Corte l'operazione di servizio da lei effettuata il giorno [...] nei confronti di [...]». Così M. DINAPOLI, *La cross examination: tecniche e regole*. Relazione all'incontro di studi riservato agli uditori destinati alle funzioni requirenti, organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura, Roma, 26-30 maggio 2003.

⁴¹D. MANZIONE, *Le nuove «regole» per l'esame testimoniale (a proposito dell'art. 499 c.p.p.)*, cit., p. 1482.

2.4. *Le domande nocive*

In qualunque fase dell'esame «sono vietate le domande che possono nuocere alla sincerità delle risposte» (art. 499 comma 2 c.p.p.)⁴².

Ancora una volta il legislatore non si fa carico di una maggiore cura nell'articolare le prescrizioni vincolanti di esame e opportunamente è stato notato che nessuna domanda in sé nuoce alla sincerità della risposta, con conseguente difficoltà di catalogare le domande 'nocive'⁴³ e che il carattere nocivo spesso è conseguenza del modo in cui il quesito è formulato, altre volte è dovuto al suo contenuto⁴⁴. La sincerità della risposta, allora, più che dal contenuto del quesito, può essere compromessa dal modo in cui lo stesso è formulato.

L'interesse perseguito dal legislatore per l'ipotesi di cui si discute è che siano inibiti quegli espedienti volti a limitare la libertà morale dell'esaminando; sono pertanto vietate le larvate minacce, gli allettamenti, gli ammiccamenti, le parole o i gesti violenti, gli atteggiamenti di provocazione o derisione.

In linea generale sono nocive le domande che tendono a condizionare il dichiarante alterandone la capacità di rievocare o di narrare correttamente i fatti. Così le domande che, in quanto idonee a turbarne la libertà psichica, inducono a mentire nel prosieguo dell'esame, quali le domande 'intimidatrici' e 'subornanti', che sottintendono, rispettivamente, minacce e lusinghe; quelle che cercano di innervosire l'esaminando; come pure le domande attraverso le quali si tende ad approfittare delle sue debolezze culturali o caratteriali.

Al pari delle nocive sono vietate le domande 'inopportune', menzionate espressamente dal codice previgente come domande inammissibili; esse sono quelle motivate da mere

⁴²Per G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, cit., p. 115, «il divieto di domande nocive per la sincerità della risposta non deve ritenersi incluso nel più generale dovere del presidente di intervenire per assicurare la genuinità delle risposte (art. 499 comma 6 c.p.p.): la sincerità va considerata come corrispondenza tra quanto conosciuto dal testimone e quanto dichiarato; la genuinità come corrispondenza tra la dichiarazione e l'intenzione. Come dire, una risposta può essere contemporaneamente genuina e non sincera e viceversa».

⁴³G. CAROFIGLIO, *Il controesame. Dalle prassi operative al modello teorico*, cit., p. 168 ss.

⁴⁴Cfr. P.P. PAULESU, *Giudice e parti nella "dialettica" della prova testimoniale*, cit., p. 205.

curiosità o divaganti, valutabili in tal modo per l'assenza di un collegamento con l'oggetto dell'esame⁴⁵. Nell'apprezzamento dell'opportunità della domanda il giudice però non deve andare oltre la verifica della sussistenza di questo legame per non immettere un troppo ampio tasso di discrezionalità che potrebbe alterare le strategie d'esame delle parti.

Di più difficile collocazione sono le domande 'trabocchetto', ovvero quelle che muovono dalla premessa di un fatto falso, della cui falsità l'esaminante è pienamente consapevole. Esse possono atteggiarsi come domande suggestive, più che nocive, e quindi ammissibili in sede di controesame, sempre che facciano riferimento a fatti di cui il testimone abbia personale conoscenza⁴⁶. Non è detto peraltro che tali domande assumano sempre i connotati della domanda suggestiva, dal momento che «partire da un presupposto fattuale non corrispondente al vero non significa necessariamente suggerire la risposta»⁴⁷.

2.5. *Le domande suggestive*

Per l'esame diretto, e quindi anche per il riesame che ne è la prosecuzione, è fatto divieto di porre domande suggestive (art. 499 comma 3 c.p.p.); divieto che vale sia per la parte che ha richiesto la prova, sia per quella che ha con essa un interesse comune.

La ragione per la quale il divieto è previsto per l'esame e non anche per il controesame può essere rinvenuta nella loro diversa finalità. Con il primo – lo si è detto – si tende a portare a conoscenza del giudice i fatti favorevoli alla parte che ha chiesto e conduce l'esame; con il controesame si tende a sminuire i fatti narrati dal dichiarante attaccandolo sui fatti o sulla credibilità. È naturale allora che solo durante l'esame il tipo di rapporto che lega parte e persona ad esso sottoposta può

⁴⁵Cfr. P.P. PAULESU, *Giudice e parti nella "dialettica" della prova testimoniale*, cit., p. 199 ss.

⁴⁶P. FERRUA, *La testimonianza nell'evoluzione del processo penale italiano*, in *Studi sul processo penale*, II, Giappichelli, Torino, 1992, p. 102.

⁴⁷F. RIZZO, *L'elaborazione della prova dichiarativa: il metodo dell'esame incrociato*, cit., p. 535, secondo cui l'equazione "domanda trabocchetto" "domanda suggestiva" non è sempre corretta, dal momento che nella maggioranza dei casi la domanda trabocchetto può rientrare nel novero delle domande nocive ma senza essere suggestiva.

essere tale da far temere che la modalità di formulazione della domanda possa diventare *escamotage* per guidare la risposta; sicché è altrettanto naturale che viga, in questa fase, il divieto di domande suggestive che, invece, non ha alcuna ragion d'essere nei confronti della controparte. In sede di controesame, invero, il rapporto tra chi formula le domande e chi è chiamato a rispondere è solitamente di tipo conflittuale – il che esclude il rischio di un accordo sulla risposta – e poiché si persegue lo scopo di minare l'attendibilità dell'esaminando, il ricorso alle domande suggestive può rivelarsi utile per indebolire le dichiarazioni già rese, svelandone la natura artificiosa e preconfezionata e così pervenire ad un'approfondita verifica della veridicità delle dichiarazioni.

La *ratio* del divieto risiede, dunque, nell'esigenza di tutela della genuinità nell'acquisizione degli elementi di prova, genuinità posta in pericolo dalla presumibile pregressa conoscenza dei fatti da parte di chi ha richiesto la prova e dalla probabile 'consonanza di intenti' tra l'interrogante e l'interrogato⁴⁸.

Insomma, l'ambito del divieto riconosce la sostanziale differenza, di carattere funzionale, tra esame e controesame, l'uno teso a dimostrare una determinata ipotesi ricostruttiva, l'altro diretto a minare le fondamenta di quella costruzione e ad infirmare l'attendibilità del dichiarante⁴⁹. Ciò non toglie che

⁴⁸Così R. ADORNO, *Assunzione della prova*, cit., p. 309; G. FRIGO, *Art. 499 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. CHIAVARIO, V, Utet, Torino, 1991, p. 274; G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, cit., p. 114; D. MANZIONE, *Le nuove «regole» per l'esame testimoniale (a proposito dell'art. 499 c.p.p.)*, cit., p. 1482; P.P. PAULESU, *Giudice e parti nella "dialettica" della prova testimoniale*, cit., pp. 206-207. In giurisprudenza cfr. Cass., Sez. III, 12 dicembre 2007 n. 4721, Muselli, in *C.E.D. Cass.*, n. 238794; Cass., Sez. III, 3 giugno 1993, Tettamanti, in *Cass. pen.*, 1995, p. 79, secondo cui alla parte che conduce il controesame non possono essere inibite domande suggestive neppure in virtù del potere presidenziale, previsto dall'art. 499 comma 6 c.p.p., di intervenire per assicurare la genuinità e sincerità delle risposte. Secondo una diversa impostazione esegetica, il divieto di cui all'art. 499 comma 2 c.p.p., relativo alle domande nocive, serve anche da limite al potere di porre domande suggestive, impedendone l'esercizio in sede di controesame. Così G. GULLOTTA, *Strumenti concettuali per agire nel nuovo processo penale*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 215.

⁴⁹Ad esempio, controesaminando si può porre una domanda avente come presupposto implicito una circostanza confliggente con quelle sino a quel momento riferite: se il dichiarante rileva la contraddizione, ne è confermata l'attendibilità; se risponde senza rilevare la contraddizione si può innescare

anche il controesame possa svolgere una funzione in tutto o in parte fondativa, specie se – come si avrà modo di osservare – l'esame dovesse mancare. Peraltro, in alcuni casi, l'esame può svolgere una funzione eminentemente distruttiva della ricostruzione fattuale di controparte: è esempio tipico l'esame dell'imputato richiesto e condotto dal pubblico ministero.

È appena il caso di osservare, poi, che con il progredire dell'esame domande che potrebbero essere qualificate come suggestive se considerate autonomamente perdono tale connotato perché si inseriscono in un contesto dialettico che si è già arricchito della conoscenza di fatti e circostanze ormai naturalmente poste a fondamento dei successivi tratti dell'interrogazione.

A voler individuare le domande che 'suggeriscono le risposte' – pur se nessuna catalogazione possa ambire alla completezza data la estrema varietà della casistica –, conviene preliminarmente precisare che «ogni quesito presenta un grado ineliminabile di suggestività»⁵⁰. Non sono pertanto riconducibili all'area del divieto le domande con un tasso di suggestività fisiologica; in esso ricadono invece le domande a forte suggestività. Rientrano tra le domande a suggestività consentita quelle 'determinative', che esordiscono con «chi, dove, quando, come, perché», e quelle 'disgiuntive', articolate su un'alternativa che l'esaminando deve sciogliere.

Sono, invece, sicuramente vietate, perché fortemente suggestive, le domande 'implicative' per presupposizione, che presuppongono una circostanza rilevante non ancora acquisita al processo; cosicché, rispondendo, il teste finisce per dare per scontato un fatto su cui non ha reso dichiarazioni esplicite; quelle 'implicanti una aspettazione' poste in modo da far

una ricostruzione del fatto alternativa a quella fino a quel momento accreditata, con il risultato di minarne l'attendibilità e della necessità di chiarire ulteriormente quale sia la versione degna di credito. Nel silenzio del legislatore la dottrina si è interrogata sull'estensibilità del divieto di domande suggestive anche nel riesame. E, considerando che la *ratio* sottesa al divieto è costituita dall'esigenza di tutelare la spontaneità delle risposte, che potrebbe essere alterata da accordi intercorsi precedentemente tra l'esaminante e l'esaminato, e poiché il riesame è condotto dalla stessa parte che ha introdotto il teste, la risposta che la dottrina ha dato è stata positiva. Sul tema specifico v. P.P. PAULESU, *Giudice e parti nella "dialettica" della prova testimoniale*, cit., p. 208.

⁵⁰P.P. PAULESU, *Giudice e parti nella "dialettica" della prova testimoniale*, cit., p. 209.

comprendere all'esaminato che l'esaminante si aspetta una risposta necessariamente affermativa; quelle 'a disgiunzione completa' che implicano l'esclusione di una alternativa possibile ma non compresa nella domanda; quelle 'consecutive', che, sulla base di una risposta a domanda suggestiva, ne completano ed aggravano l'effetto; quelle 'guidanti' che contengono per intero la risposta voluta; ancora quelle 'affermative per congettura', in cui si dà per scontato che il testimone abbia un certo ricordo, ritenute dalla dottrina in assoluto le più suggestive⁵¹.

In questi casi l'interrogante fa apparire come detto dal teste ciò che in realtà egli non ha detto o può indurlo a fornire una risposta che descrive il fatto in modo incompleto o distorto, con ciò nuocendo sia alla genuinità della deposizione, sia alla fedele ricostruzione del fatto.

Altra tipologia di domande che inquinano la deposizione sono quelle 'condizionali', sia affermative che negative, perché fanno intendere all'esaminando che nell'un caso ci si attende una risposta positiva e nell'altro una risposta negativa⁵².

La giurisprudenza ha ritenuto che rientri nel divieto anche la formulazione di domande tramite una sorta di «capitolato di prova», e ciò perché in tal modo si finisce col provocare la «mera ripetizione di una testimonianza predisposta nel suo complesso» e si sollecita pertanto una risposta che si modelli nei contenuti interamente sulla domanda⁵³.

Non appartengono, invece, alla categoria delle domande suggestive quelle 'riepilogative', nelle quali si cerca di riassumere e mettere un punto fermo a quanto riferito, soprattutto nelle deposizioni più complesse ed articolate. Esse possono essere volte anche a riportare ordine espositivo nelle risposte confuse, o che abbiano divagato, attraverso la sollecitazione a riassumere quanto detto⁵⁴.

⁵¹Così L. DE CATALDO NEUBURGER, *Psicologia della testimonianza e prova testimoniale*, cit., p. 186. In queste domande – afferma l'autrice – «l'esistenza di un oggetto è implicitamente suggerita da una domanda di diverso contenuto, da una domanda che si riferisce all'esistenza o meno dell'oggetto, da una domanda di controllo in cui l'oggetto in questione non è menzionato».

⁵²P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 1027 ss.

⁵³Cass., Sez. I, 21 gennaio 1992, Daniele, in *Giur. it.*, 1993, II, p. 126.

⁵⁴Queste domande seguono lo schema del tipo: "mi faccia capire bene: lei ha detto che [...]; ho capito bene?".

In questi casi la ricorrenza della funzione suggestiva è esclusa dal fatto che sul relativo oggetto l'esaminando abbia già deposto. E si comprende che se l'esame si è svolto attraverso domande specifiche su ristretti segmenti narrativi, su unità fattuali elementari, maggiormente risultano utili le domande riepilogative, per migliorare il livello di chiarezza delle deposizioni, perché con esse è possibile ricucire in una narrazione articolata i diversi, separati segmenti narrativi forniti in risposta a specifiche domande. Epperò, nonostante abbiano una concreta utilità, non è infrequente nella prassi che siano oggetto di contestazione in ragione della loro attitudine a correggere, con un certo grado di infedeltà, il contenuto delle dichiarazioni rese in precedenza⁵⁵.

Eccezioni al divieto sono prefigurate sia in dottrina che in giurisprudenza. Quelle di provenienza dottrinale attengono all'esame del teste "ostile", ovvero del teste che nel corso dell'esame diretto si riveli prevenuto nei confronti della parte che lo ha citato⁵⁶, situazione che si differenzia da quella in cui la deposizione si riveli semplicemente svantaggiosa, e che pone per l'esaminatore un'esigenza del tutto simile a quella che si coglie naturalmente in fase di controesame. Venuto meno il pericolo che possano celarsi deposizioni precostituite, le domande suggestive sono recuperate per la capacità di imprimere efficacia all'esame, di stanare reticenze e smascherare falsità; non è però agevole, se dalla formulazione dell'astratta regola si passa ad ipotizzare come possa funzionare in concreto l'eccezione, stabilire in corso di esame quando il teste sia ostile e da qual momento si strutturi l'asserita ostilità, perché entrambe sono le necessarie condizioni del rafforzamento dei poteri dell'esaminatore.

Si potrebbe allora impostare diversamente la questione e sottolineare che la parte richiedente la prova non può non addossarsi il rischio che essa si riveli svantaggiosa anche per l'eventualità che l'esaminando assuma atteggiamenti di

⁵⁵Così M. DINAPOLI, *La cross examination: tecniche e regole*. Relazione all'incontro di studi riservato agli uditori destinati alle funzioni requirenti, organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura, Roma, 26-30 maggio 2003.

⁵⁶Per un approfondimento in tema di teste ostile si rinvia a G. CAROFIGLIO, *Il controesame. Dalle prassi operative al modello teorico*, cit., p. 168.

chiusura pregiudiziale, e che in ragione di questo rischio deve prudentemente adempiere l'onere di preparazione della prova.

L'accorgimento si risolve, nel caso di prova dichiarativa, nella preventiva audizione della fonte, così da poter poi giovarsi dello strumento delle contestazioni in corso di esame, che restano lo strumento più efficace, anche rispetto alle domande suggestive, per superare preconcepite ostilità⁵⁷.

La giurisprudenza, invece, struttura l'eccezione al divieto in favore del giudice che esamina, specie in riferimento all'esame del minore, seppure l'orientamento non sia assolutamente pacifico. La ragione della deroga è riassumibile nella considerazione che il giudice tende alla ricerca della verità e che non vi può essere il timore di un accordo con l'esaminando che comprometta la genuinità delle risposte⁵⁸; la soluzione che pare ragionevole non trova contrarietà significative in dottrina, seppure abbia una certa, se così può dirsi, 'suggestività' il rilievo critico della scarsa compatibilità con il modello del processo di parti di un potere giudiziale rafforzato rispetto all'omologo potere delle parti: ma anche sul punto si dirà meglio successivamente, trattando dei poteri di domanda del giudice.

2.6. *Le domande suggestive negli esami in fase di indagine preliminare*

L'assunto consolidato nella scarsa giurisprudenza di legittimità riconosce che le regole dell'esame incrociato, attenendo precipuamente alla formazione dibattimentale della prova, non possano trovare ingresso in tutti quegli esami – il termine è qui volutamente ampio e se si vuole atecnico – che possono essere espletati nella fase delle indagini⁵⁹.

⁵⁷P.P. PAULESU, *Giudice e parti nella "dialettica" della prova testimoniale*, cit., p. 209, prospetta l'eventualità che l'atteggiamento ostile si manifesti soltanto in relazione ad alcuni aspetti della deposizione e propone che, in siffatta ipotesi, la deroga al divieto riguardi in via esclusiva il singolo punto della deposizione che abbia suscitato l'avversione dell'esaminando.

⁵⁸Tra le non molte sentenze sul punto cfr. Cass., Sez. III, 20 maggio 2008 n. 27068, B., in *C.E.D. Cass.*, n. 240261.

⁵⁹Cass., Sez. III, 29 ottobre 2008 n. 43837, Garbellini, in *C.E.D. Cass.*, n. 241686; Cass., Sez. III, 5 dicembre 2003 n. 984/04, Menna, in *C.E.D. Cass.*, n. 227679; Cass., Sez. II, 16 aprile 1993 n. 1868, Ciampà ed altri, in *C.E.D. Cass.*, n. 194716.

Esso non suscita perplessità di sorta in prima battuta, perché ogni assunzione di sapere in fase di indagine è improntata dall'unilateralità della ricerca, e di esame incrociato che presuppone la pluralità di parti contrapposte non è possibile parlare.

I dubbi sulla bontà dell'assunto sorgono quando si considera la ragione decisoria, costituita dall'affermazione dell'irrelevanza del divieto di domande suggestive. Orbene, non è contestabile che gli esami di indagine – fuori dei ristretti casi dell'irripetibilità e della contestazione acquisitiva – non formano prove dichiarative; tuttavia, la loro strumentalità alla formazione della prova dibattimentale li rende potenzialmente capaci di incidere sull'assunzione probatoria, alterandone la correttezza procedurale pur in assenza di violazioni dibattimentali alle regole legali. Si vuol dire che se la domanda suggestiva è stata posta durante l'assunzione di informazioni in sede di indagine, lo stesso dichiarante, se escusso in dibattimento, può essere influenzato nella risposta, seppure la domanda non sia suggestiva, dal modo con cui già in fase di indagine ha raccolto e ricostruito il suo ricordo dei fatti, allora dietro impulso di un suggerimento che, se riproposto in dibattimento, sarebbe prontamente, ma inutilmente, inibito. Né può ignorarsi che, pur ammettendo la rilevanza del divieto per gli esami in fase di indagine, cambierebbe poco circa l'effettività dello stesso, perché sarebbe facile per l'esaminante, in particolare per il pubblico ministero, affidare alle conversazioni a margine dell'esame, e quindi non oggetto di verbale, i suggerimenti che ritenga di formulare nella prospettiva del futuro dibattimento.

Ma se è così, l'intero apparato di cautele legislative entra in crisi di effettività regolativa. Il senso di queste prescrizioni è però recuperato da un'osservazione che dà ragione della scelta del legislatore e ne mantiene il valore.

Quali che siano le intese e i suggerimenti dati dall'interrogante prima dell'esame dibattimentale, il dato che consente di ritenere che prescrizioni e divieti sulla sua conduzione siano comunque efficaci è che le domande, per il loro carattere di spiccata specificità, frantumano la narrazione precostituita e disperdono nell'esaminando la trama del racconto eventualmente concordato.

La puntigliosa attenzione alla specificità delle domande in esame diretto è, quindi, la condizione fondamentale per

vanificare eventuali preventive intese tra i protagonisti dell'interrogazione e per rinvigorire il divieto di domande suggestive che, in un contesto di tal fatta, ben possono apparire proprio in corso di esame uno strumento necessario per far emergere quel che prima più agevolmente si era concordato e che ora si fatica a delineare.

3. IL CONTROESAME

Il controesame è fase eventuale dell'esame incrociato ed è svolto dalla parte che non ha chiesto l'esame – e con interesse contrario – a cui viene riconosciuta la facoltà di porre altre domande alla persona già sentita nell'esame diretto; ed è stato sufficientemente chiarito che si intendono per «altre domande» «domande ulteriori e diverse» rispetto a quelle poste nell'esame diretto, che, anche per motivi di economia, non può essere pedissequamente riprodotto in controesame⁶⁰.

Oltre ad essere una fase eventuale, è sottofase accessoria dell'esame incrociato, e di questo carattere è indice l'inciso di legge («successivamente altre domande...»: art. 498 comma 2 c.p.p.) che lo lega all'esame diretto come tratto eventuale, e privo di una qualche autonomia, di prosecuzione dell'interrogazione.

Sul carattere dell'accessorietà va considerato che presupposto essenziale per lo svolgimento del controesame è il fatto che la prova dichiarativa cui esso acceda sia stata ammessa, sia cioè entrata a far parte del patrimonio delle parti e del giudice, non sia più unilateralmente disponibile e non sia, quindi, rinunciabile per determinazione della parte che aveva assunto l'iniziativa ammissiva.

⁶⁰A tal proposito cfr. Cass., Sez. IV, 23 marzo 2005 n. 20585, Morotti, in *C.E.D. Cass.*, n. 232243, secondo cui, in tema di esame testimoniale, la parte che non ha indicato il teste a suo favore non può porre, in sede di controesame di quello introdotto da altra parte, domande su circostanze diverse da quelle specificate da chi ne ha richiesto l'esame al momento della presentazione della relativa lista; se così non fosse, verrebbero frustrati i termini temporali ed i limiti di ammissibilità prescritti dal codice di rito per l'ingresso in processo delle prove indicate dalle parti, nonché le regole concernenti le modalità di assunzione delle stesse. In senso conforme si era espressa già Cass., Sez. I, 5 novembre 1996 n. 10284, Di Gennaro, in *C.E.D. Cass.*, n. 206120.

Ed invero, se la parte che ha adempiuto l'onere di indicazione in lista non chiede l'ammissione della relativa prova, non può apprezzarsi la ricorrenza della condizione per l'attribuzione alle controparti del diritto al controesame. Esse, per effetto della decadenza dal diritto alla prova della parte che ne aveva programmato l'ammissione, si vedono private del diritto di formulare domande, salvo che la prova dichiarativa – ma questo è altro discorso – non sia infine ammessa d'ufficio nei casi di assoluta necessità per la decisione.

Se, invece, la prova dichiarativa è ammessa, il diritto di controparte di porre domande trova fondamento nel principio di acquisizione processuale ed è perciò posto al riparo dagli effetti di una eventuale volontà di rinuncia a quel mezzo di prova ad opera della parte che ha assunto l'iniziativa della sua introduzione.

La modifica avvenuta con legge 7 dicembre 2000 n. 397, aggiungendo il comma 4-*bis* all'art. 495 c.p.p., ha eliminato ogni dubbio sul fatto che l'eventuale rinuncia non comprima il diritto dell'altra parte di agire per l'acquisizione. Una volta che la prova è stata ammessa, la sua assunzione non è più rimessa esclusivamente alla volontà della parte richiedente, e ciò perché si può rinunciare alle prove ammesse esclusivamente con il consenso dell'altra parte.

Può ritenersi così definitivamente risolto il contrasto tra quanti, anteriormente alla modifica del 1999, ritenevano che nell'ipotesi di prove già ammesse la rinuncia unilaterale avesse lo stesso valore della mancata richiesta⁶¹, e quanti viceversa, già prima di allora, erano dell'idea che dopo l'ammissione delle prove l'esaminando dovesse essere messo a disposizione del contraddittorio, cosicché la rinuncia non potesse di per sé sola precluderne l'assunzione⁶².

⁶¹Per questo orientamento cfr. G. FRIGO, *Art. 496 c.p.p.*, cit., p. 208, nota 23; D. POTETTI, *Brevi note in tema di rinuncia alla prova*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 3578, ad avviso del quale non vi è motivo di operare alcuna differenziazione, in quanto se la parte è arbitra dei propri interessi lo è sia nel momento della richiesta che nel momento della rinuncia; E. LEONE, *Sull'ammissibilità del controesame o della controprova nell'ipotesi di rinuncia all'esame principale*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 1522; G. DE FALCO, *Rinuncia al teste: poteri delle altre parti e del giudice*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 136.

⁶²In tal senso, già prima della legge 397 del 2000, M. CHIAVARIO, *Considerazioni sul diritto alla prova nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2020; P.P. RIVELLO, *Il dibattimento nel processo penale*, cit., p. 169. In

Oggi, insomma, il diritto all'esame della parte non richiedente non resta travolto dalla rinuncia della parte richiedente, elemento necessario ma non più sufficiente alla revoca della prova, essendo del pari necessario il consenso dell'altra parte, secondo quanto disposto dal comma 4-*bis* dell'art. 495 c.p.p.

Non è però di facile soluzione la questione di come debba essere esercitato il diritto al controesame nel caso di rinuncia alla prova della parte richiedente, che si sostanzia in una rinuncia all'esame diretto. Se la prova non è unilateralmente rinunciabile, occorrendo – come detto – il consenso delle altre parti, non può imporsi alla parte riluttante l'espletamento dell'esame diretto. E si è detto che la parte che nega il consenso alla revoca dimostra un interesse all'acquisizione di quel sapere specifico, un interesse costruttivo e non distruttivo di quel determinato apporto di conoscenze, manifestando quindi la volontà di non disperdere quegli elementi di prova a cui la parte rinunciante ha dimostrato di non avere più interesse. Di qui la conclusione che, al fine di tutelare quest'interesse di tipo costruttivo, non sia misura adeguata l'attribuzione della facoltà di controesame. Per effetto del dissenso alla rinuncia altrui – si afferma – la parte si appropria della prova e l'acquisizione di essa va collocata non già nel turno istruttorio della parte rinunciante, bensì all'interno di quello della parte che ha impedito la revoca dell'ordinanza ammissiva⁶³. L'ulteriore conseguenza è che occorre procedere secondo le regole di

giurisprudenza si precisava che i mezzi di prova, una volta ammessi, sono sottratti alla disponibilità di chi li ha richiesti per divenire patrimonio comune delle parti e del giudice. Quantomeno, si affermava, il giudice era tenuto in tal caso a valutare se, a seguito della rinuncia, sussistessero i presupposti per pervenire alla revoca del provvedimento di ammissione, dovendosi in tal caso provvedere a motivare adeguatamente in ordine alla superfluità della prova, non risultando sufficiente né vincolante al riguardo l'espressa rinuncia della parte (Cass., Sez. VI, 21 marzo 1997, Falchi, in *Cass. pen.*, 1998, p. 132). La tesi volta ad escludere un effetto preclusivo alla rinuncia unilaterale, in ipotesi in cui la controparte avrebbe invece voluto procedere ugualmente all'escussione, sembra trovare ora conferma nel dettato dell'art. 495 comma 4-*bis* c.p.p. introdotto dalla legge 397 del 2000 che, all'art. 17, ha subordinato l'operatività della rinuncia al consenso della controparte.

⁶³In tal senso cfr. A. MAMBRIANI, *L'esame delle fonti dichiarative*. Relazione tenuta a Roma il 24 giugno 2008 nell'ambito dell'incontro di studio organizzato dal Consiglio Superiore della magistratura sul tema “*La prova nel dibattimento penale*”.

acquisizione proprie dell'esame diretto, dovendosi di contro riconoscere alla parte rinunciante il diritto di controesame.

La ricostruzione è tutt'altro che pacifica: quella prova dichiarativa, nonostante il dissenso alla revoca da parte di chi non l'aveva richiesta, continua ad appartenere alla parte rinunciante, la quale, proprio per effetto del mancato consenso alla revoca, conserva il diritto di acquisizione di quella prova con le forme dell'esame diretto⁶⁴. Il soggetto da esaminare, cioè, continua ad essere riconducibile alla parte che lo ha indicato nella lista predibattimentale, e il suo esame deve avvenire nell'ambito del turno istruttorio della parte che ha chiesto ed ottenuto l'ammissione della relativa prova. Ragionando diversamente si darebbe luogo ad un meccanismo asimmetrico, in forza del quale la parte dissenziente alla revoca si vedrebbe attribuire, per effetto della rinuncia di controparte, una prova dichiarativa in aggiunta a quelle legittimamente preparate attraverso l'adempimento di lista, e ciò peraltro in difformità al contenuto della originaria ordinanza ammissiva.

In questa prospettiva la parte rinunciante alla prova potrebbe rivedere la propria decisione, proprio a seguito del mancato accordo dell'altra parte e procedere all'esame diretto, dato che la rinuncia alla prova resta senza effetti in assenza di accordo. Soltanto nel caso in cui persista nella decisione di non rivolgere domande, l'assunzione della prova assume cadenze particolari, con accesso diretto ad un controesame non preceduto da alcun esame diretto, e il cui oggetto è delimitato dalle circostanze indicate nella lista depositata dalla parte rinunciante⁶⁵.

Si può allora affermare che il (contro)esame è accessorio rispetto all'esame solo nel senso che esso segue cronologicamente quest'ultimo, sempre che quest'ultimo sia effettivamente compiuto.

Ancora. Paragonando il disposto dell'art. 498 comma 2 c.p.p. a quello dell'art. 507 c.p.p., si può agevolmente notare che limiti cronologici e caratteri contenutistici del controesame

⁶⁴È così per P. SILVESTRI, *Controesame, potere del presidente di rivolgere domande e divieto di domande suggestive*, cit., p. 1562.

⁶⁵È questa l'idea di P. SILVESTRI, *Controesame, potere del presidente di rivolgere domande e divieto di domande suggestive*, cit. p. 1562, al quale si rinvia anche per la individuazione della parte che debba citare in dibattimento il teste, alla cui assunzione la parte che ha richiesto la prova abbia inteso rinunciare.

corrispondono a quelli propri dell'ammissione della prova nuova ad opera del giudice («successivamente altre domande possono essere rivolte dalle parti che non hanno chiesto l'esame»; «terminata l'acquisizione delle prove, il giudice, se risulta assolutamente necessario, può disporre anche d'ufficio l'ammissione di nuovi mezzi di prova»). Se ne trae, alla luce della consolidata interpretazione del disposto dell'art. 507 c.p.p., un ulteriore e decisivo argomento a favore dell'inesistenza, in capo alla parte che l'ha richiesta, del potere di disporre della prova rinunciandovi in modo vincolante per le altre parti e per il giudice.

Altro aspetto di rilievo riguarda l'ordine di controesame. L'art. 496 c.p.p. descrive l'ordine per la successione dei turni istruttori con il richiamo all'art. 493 comma 2 c.p.p., ma prevede che le parti possano convenire per un diverso ordine. Ebbene, per quanto attiene all'ordine di controesame sembra che il riferimento all'intero articolo 496 c.p.p., anche quindi alla disposizione che autorizza per accordo di tutte le parti un ordine diverso, stia a significare la derogabilità della predisposta sequela se v'è accordo, comunque adattato alle peculiarità dell'adempimento di controesame, momento di assunzione e formazione della prova anche se non strumento di prova.

Si vuol dire che, ammessa la derogabilità dell'ordine, non si può chiedere unanimità nell'accordo; certamente non quello delle parti che hanno svolto o avrebbero avuto diritto a svolgere l'esame diretto, perché la funzione fortemente antagonista del controesame non tollera che le decisioni in ordine al suo svolgimento siano prese col concorso di quelle parti il cui impegno ricostruttivo trova nel controesame lo strumento demolitorio.

Insomma, la decisione per un diverso ordine è affidata esclusivamente alle parti aventi facoltà di controesame.

4. IL RIESAME

Terminato il controesame, chi ha chiesto l'esame può (nel senso: ha diritto di) proporre «nuove domande» dando luogo al riesame (art. 498 comma 3 c.p.p.).

La facoltà di riesame spetta pertanto alla parte che, avendo chiesto l'esame diretto, lo abbia effettivamente condotto, non anche alla parte che, non avendo richiesto quel mezzo di prova

nonostante un comune interesse alla sua assunzione, abbia preferito non porre domande e non contribuire così all'arricchimento di quel primo tratto d'esame. Se la legge avesse fatto uso dell'inciso 'chi ha chiesto la prova', si sarebbe potuto più agevolmente ritenere che la parte non richiedente, ma con un comune interesse alla prova, potesse vantare il diritto al riesame senza aver contribuito all'esame diretto.

Del resto, l'attribuzione della facoltà di riesame alla parte che non ha svolto l'esame diretto si spiegherebbe con la comunanza di interesse alla demolizione dell'esito del controesame, che fosse volto anche in suo danno. La partecipazione a questo interesse rende la facoltà di riesame autonoma rispetto alle decisioni della parte che ha svolto l'esame diretto; indipendente, cioè, dal fatto che essa acceda al riesame o vi rinunci.

La ragionevolezza di una ricostruzione interpretativa in linea con quella appena abbozzata sembra trovare ostacolo nella lettera della legge; non è così, però, se si guarda all'intero complesso delle disposizioni di cui all'art. 498 c.p.p. da cui risulta chiara l'indicazione che il riferimento all'esame equivale a 'prova testimoniale'. Infatti, sia nel primo che nel secondo comma della norma si fa riferimento all'esame e alla richiesta dell'esame per indicare la prova testimoniale e l'iniziativa probatoria ad essa connessa. Sicché, l'individuazione dei soggetti legittimati al riesame con riferimento a quanti hanno chiesto l'esame va 'estesa' a quanti hanno richiesto il mezzo di prova; in tal modo la facoltà di riesame spetta anche alle parti che, pur non avendo svolto l'esame diretto, hanno un interesse comune all'assunzione di quella prova da altri richiesta⁶⁶.

Come il controesame, anche il riesame è fase accessoria, trovando la ragion d'essere nell'esigenza di dare alla parte che ha richiesto la prova l'occasione di ricostruire la credibilità del

⁶⁶In senso conforme, pur ritenendo che la norma costituisca ostacolo non facilmente superabile, E. RANDAZZO, *Insidie e strategie dell'esame incrociato*, cit., pp. 43-44, secondo cui «quando la persona che si vuole esaminare è stata già inserita tra le richieste probatorie di altre parti che abbiano un interesse comune, è preferibile richiedere l'esame. Invero, la richiesta altrui, in ragione appunto del comune interesse processuale, non trasforma il chiesto esame in controesame, mentre piuttosto un presidente attento dovrebbe inibire il riesame, non essendo stato chiesto l'esame. L'art. 498, comma 3, prevede infatti che (solo) "chi ha chiesto l'esame può proporre nuove domande". E ciò, al di là delle deformazioni delle prassi illecite, si traduce in una inutile menomazione».

dichiarante, eventualmente messa in crisi in sede di controesame, oppure di giustificare eventuali contraddizioni e recuperare la sequenza dei fatti posti a sostegno della propria tesi⁶⁷.

Quanto all'oggetto, ci si è chiesti se esso possa essere più ampio rispetto a quello dell'esame diretto.

E se per alcuni le domande non devono aver riguardo solo alle questioni e ai temi già affrontati – non essendo posti limiti al contenuto del riesame⁶⁸ –, altri, per «nuove domande» intendono, non già domande volte ad aprire un diverso tema o un diverso argomento all'esito degli esami delle altre parti, bensì domande che per quanto non poste in precedenza siano collegate alla materia emersa nel controesame al solo fine di recuperare sia l'originaria sequenza dei fatti sia la credibilità dell'esaminando⁶⁹.

Si è messo in evidenza, invero, che la funzione del riesame è quella di offrire la possibilità di chiarire e di precisare aspetti della vicenda eventualmente messi in discussione dal controesame, ovvero di confutare le affermazioni emerse nel corso di quest'ultimo. Se è così, le domande dovranno necessariamente rimanere nell'ambito di quanto sia stato messo in evidenza fino a quel momento⁷⁰.

⁶⁷Per F. GIUNTA, *Luci ed ombre sulle prospettive di riforma dell'esame incrociato*, cit., c. 45, il riesame deve essere consentito solo nell'ambito delle circostanze su cui è stato svolto il controesame onde evitare che le nuove domande diventino un modo per sottrarre temi di prova al vaglio del controesame.

⁶⁸A. AVANZINI, *L'esame dibattimentale delle fonti di prova personali*, cit., p. 62; V. FANCHIOTTI, *Cross examination*, cit., p. 7.

⁶⁹Le domande ammesse nel riesame devono essere nuove nel senso che non è ammessa la reiterazione delle stesse domande già formulate in sede di esame. Di converso, non è possibile spaziare al di fuori del percorso già tracciato e in ordine al quale si sono svolti sia l'esame che il controesame. Così, testualmente, E. RANDAZZO, *Insidie e strategie dell'esame incrociato*, cit., p. 117.

⁷⁰È di quest'idea G. ILLUMINATI, *Ammissione ed acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, cit., p. 114. Nel medesimo senso cfr. anche P.P. PAULESU, *Giudice e parti nella "dialettica" della prova testimoniale*, cit., p. 203, secondo cui a sostegno della lettura restrittiva militano sia la *ratio* del riesame, sia il fatto che, parlando di "nuove domande" e non già di "domande nuove", la legge sembra precludere la formulazione di quesiti concernenti punti non vagliati nelle precedenti microfasi dell'escussione.

La diversità dei due orientamenti si stempera di fronte all'ulteriore questione relativa alla possibilità che a seguito del riesame si abbia un nuovo controesame.

In senso positivo si esprimono quanti ritengono che il riesame non debba nemmeno essere vincolato al controesame perché l'inibizione della facoltà di ribattere rappresenterebbe una lesione del principio di parità: sarebbe scelta libera di chi ha chiesto l'esame la preclusione del controesame mediante il semplice differimento di alcune domande. Epperò, se si considera che il diritto all'esame delle parti non richiedenti è accessorio rispetto a quello delle parti richiedenti; che il riesame è a sua volta accessorio all'esame dei non richiedenti; e che tutte le parti godono di un generale diritto alla controprova (art. 495 comma 2 c.p.p.), formalizzato anche e proprio con riferimento alla sequenza esame/controesame, sembra irragionevole – e ciò anche per l'orientamento più restrittivo – non fare accedere il controesame alla fase del riesame, «purché – naturalmente – le ulteriori repliche siano a loro volta strettamente circoscritte alle questioni toccate nel riesame, e così via fino ad esaurire ogni tema rilevante»⁷¹.

La conclusione vale ancor più per l'ipotesi in cui nel corso del riesame abbiano ad emergere fatti nuovi, prima non considerati⁷². Si vuol dire che, riconoscendo al riesame una funzione innovativa e propulsiva in ordine ai temi già vagliati, occorre assicurare la reiterazione del controesame per non comprimere il diritto di difesa ed il contraddittorio; tra l'altro, ciò assicura una istruttoria completa con riferimento alle conoscenze del dichiarante sui fatti di causa ed alla sua attendibilità.

Certo, è necessario evitare l'estensione all'infinito della sequenza esame-controesame. Del resto è proprio sul presupposto che la reiterazione è suscettibile di produrre un sensibile rallentamento dei tempi del processo in violazione del principio della ragionevole durata di cui all'art. 111 della Costituzione che la giurisprudenza si è orientata in senso contrario⁷³; ma simile esigenza può ben essere soddisfatta

⁷¹G. ILLUMINATI, *Ammissione ed acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, cit., p. 115.

⁷²G. ILLUMINATI, *Ammissione ed acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, cit., p. 115, che, sul punto, richiama F. Cordero.

⁷³Il riferimento è a Cass., Sez. IV, 27 marzo 1997 n. 3496, Musio, in *C.E.D. Cass.*, n. 207798, secondo cui «in tema di esame testimoniale, per

dall'esercizio dei poteri giudiziali di direzione, con cui si inibiscono le domande superflue o alle quali si sia già dato risposta (art. 499 ultimo comma c.p.p.).

Con il riesame si conclude l'esame incrociato condotto dalle parti. La sequenza, peraltro, può essere riaperta con la reiterazione dell'esame incrociato dopo le eventuali domande che il giudice abbia inteso porre all'esaminando secondo quanto previsto dall'art. 506 comma 2 c.p.p., ma di questo si parlerà diffusamente oltre⁷⁴.

5. I COMPITI GIUDIZIALI DI CONTROLLO SULLA CORRETTEZZA DELL'ESAME

Fissati i limiti di conduzione dell'esame, l'attenzione deve spostarsi sui meccanismi approntati per renderli effettivi.

L'esame incrociato, che pure per il contatto diretto con la fonte assurge a tecnica privilegiata di acquisizione della prova, per questa stessa caratteristica espone al rischio di alterazioni psicologiche nell'esaminando che possono riverberarsi sul grado di affidabilità del suo apporto dichiarativo. Si pensi allo stato di soggezione in cui può trovarsi il testimone, che in un esame incrociato condotto con spregiudicatezza può essere ridotto a mero strumento per la ricostruzione della tesi di parte.

Occorre allora che i limiti al potere di esame delle parti siano effettivi, in modo che il contatto diretto con la fonte soggettiva non degeneri in pressione psicologica, in tentativi più o meno maldestri di orientare verso tesi precostituite, di screditare artificiosamente la credibilità, di imporre ritmi eccessivamente incalzanti, il tutto per condizionare la libertà morale dell'esaminando.

È vero, il legislatore ha aperto l'esame ad ogni circostanza utile ai fini della verifica di credibilità dell'esaminando, ma l'ampiezza del tema non può significare che siano consentite le allusioni infamanti o le affermazioni comunque lesive della dignità, dell'onore o della reputazione del testimone. In casi del genere l'intervento del presidente del collegio (o del giudice se

ragioni di economia processuale e di concentrazione del contraddittorio volte ad evitare interventi 'a catena' e senza limiti, non è prevista la possibilità di un ulteriore controesame a seguito delle nuove domande proposte ai sensi del comma 3 dell'art. 498 c.p.p.».

⁷⁴Cfr. paragrafo 5.4. di questo Capitolo.

l'organo è monocratico) è quanto mai opportuno e serve a rendere effettiva quella salvaguardia della libertà morale della persona in sede di assunzione dei mezzi di prova garantita, in via generale, dall'art. 188 c.p.p.⁷⁵.

Dunque, la scelta legislativa di non presidiare la materia con previsioni espresse di nullità o inutilizzabilità non implica affatto una valutazione di irrilevanza delle eventuali violazioni, che certo si traducono in disfunzioni probatorie, soprattutto in perdita di genuinità dell'apporto dichiarativo⁷⁶.

All'opposto, l'importanza del ruolo del presidente in funzione di prevenzione delle degenerazioni d'esame è accresciuta proprio dall'assenza, se non per marginali ipotesi, di previsioni di sanzioni processuali.

Funzione primaria della direzione e della vigilanza presidenziale è la tutela della personalità dell'esaminando: in tale prospettiva sono vietate domande che possono ledere il «rispetto della persona», misura necessaria per preservare un fondamentale interesse extraprocessuale⁷⁷.

L'attenzione è così riposta non soltanto sull'oggetto della deposizione ma – ancor prima – sulle modalità e sulla forma di proposizione delle domande per evitare che, specie in sede di controesame, si giunga ad offendere ed aggredire verbalmente l'esaminando, secondo un modello di esame incrociato aggressivo più vicino alle esperienze processuali di *common law*⁷⁸.

⁷⁵P.P. PAULESU, *Giudice e parti nella "dialettica" della prova testimoniale*, cit., p. 242.

⁷⁶Ha osservato E. SALVAGGI, *Esame diretto e controesame*, cit., p. 283, che la messa a punto dei poteri moderatori del giudice costituisce il traguardo «di una approfondita riflessione circa l'esigenza di evitare che un uso non corretto o una prassi degenerativa possano inquinare l'assunzione della prova e quindi la sua integrità; nel Progetto preliminare del 1978 l'indicato intervento d'ufficio del giudice non era contemplato; nel Progetto preliminare del 1988 era contemplato in termini discrezionali ("può intervenire"), mentre nel codice (art. 499 comma 6 c.p.p.) è stato introdotto in termini di doverosità ("interviene")».

⁷⁷S. CORBETTA, *Art. 499 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. GIARDA-G. SPANGHER, Ipsoa, Milano, 2010, p. 6384.

⁷⁸Tra le linee guida del LAPEC – Laboratorio Permanente Esame Controesame – vi è quella che prevede che il giudice non possa intervenire durante l'esame condotto dalle parti, al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge (n. 6). Nel testo formulato dalla commissione ministeriale per la riforma del codice presieduta dal prof. Dalia si fa espresso divieto al giudice di interrompere la sequenza delle domande e delle risposte, salvo che

È ovvio che la tutela non resti limitata al testimone – seppur l’art. 499 comma 4 c.p.p. faccia espresso riferimento a tale figura – estendendosi a tutte le persone che si sottopongono all’esame, dai periti all’imputato.

In direzione più marcata verso l’oggetto della prova si indirizzano, invece, i poteri di intervento volti ad evitare domande non pertinenti⁷⁹, parametro – è bene evidenziarlo – che interessa tutte le domande, sia dell’esame che del controesame e da qualunque parte esse siano proposte⁸⁰.

In riferimento all’interesse per la genuinità dell’apporto dichiarativo si è poi previsto il potere di inibire domande nocive e suggestive arricchito dalla facoltà di avvertire, già in corso di esame, il dichiarante – in particolare il testimone, ai sensi dell’art. 207 c.p.p. – circa la contraddittorietà, incompletezza o contrasto del suo racconto con altri elementi già acquisiti, e, se del caso, del potere di ammonirlo a dire il vero, con il richiamo

l’intervento non sia inteso a dichiarare o a vietare una risposta a seguito di una domanda inammissibile o a respingere un’opposizione. In questa fase il giudice può intervenire solo come arbitro dell’esame incrociato, non come soggetto partecipe, interessato alla conoscenza dei fatti e alla ricerca della verità processuale. Si tratta di un allontanamento significativo dall’art. 499 comma 6 c.p.p., il quale, consentendo al giudice di intervenire per assicurare la pertinenza delle domande, la genuinità delle risposte, la lealtà dell’esame e la correttezza delle contestazioni, favorisce il suo illimitato potere di incursione nello svolgimento dell’esame incrociato, assecondandone in modo incontrollato la bulimia conoscitiva. Per non dire dei casi in cui il giudice, muovendo dalla ritenuta necessità di esplicitare meglio al teste la domanda rivoltagli dalla parte, trasforma il proprio potere di intervento sulle modalità dell’esame in un’occasione di approfondimento del merito, travisando il disposto dell’art. 498 comma 1 c.p.p. Il Progetto mira dunque ad archiviare la figura del giudice interventista animato da impazienza di capire o spinto dall’esigenza di compensare le carenze di una parte processuale, soprattutto di quella pubblica. In argomento v. F. GIUNTA, *Luci ed ombre sulle prospettive di riforma dell’esame incrociato*, cit., c. 45.

⁷⁹La direttiva n. 2 delle linee-guida del LAPEC – Laboratorio Permanente Esame e Controesame – prevede che «la domanda vietata e non ammessa non [possa] essere riproposta dalla parte che l’ha formulata, anche se correttamente riformulata». La direttiva n. 3 stabilisce, poi, che «nel caso in cui sia reiterata la formulazione di domande vietate, benché espressamente censurate, ovvero siano proposte opposizioni che suggeriscono la risposta alla persona esaminata, il giudice ammonisce la parte dandone atto a verbale».

⁸⁰Per P.P. PAULESU, *Giudice e parti nella “dialettica” della prova testimoniale*, cit., p. 244, il controllo sulla pertinenza delle domande si rivela assai impegnativo soprattutto nell’escussione del testimone assistito e, più in generale, con riferimento alle tipologie in cui è necessario verificare di volta in volta se la singola domanda miri a stimolare risposte sul fatto altrui e/o sul fatto proprio.

delle sanzioni penali irrogabili ai testi falsi o reticenti o che si rifiutino di rispondere, in modo che possano prontamente essere corrette deviazioni e storture⁸¹.

I provvedimenti di direzione dell'esame hanno forma libera e sono assunti oralmente, non devono essere motivati e sono vincolati solo allo scopo e, dunque, rimessi alla sensibilità, tempestività e senso dell'opportunità propri del presidente (o del giudice monocratico). Essi possono risolversi nell'impedire alcune domande o risposte a domande formulate ma non ammesse; o, ancora nell'invitare l'interrogante ad una riformulazione di una domanda mal posta o nell'invitare l'esaminando a risposte prive di divagazioni, più chiare, più specifiche⁸².

Misura estrema dei poteri di direzione è, infine, la sospensione dell'esame per il tempo necessario a che l'esaminando possa riacquistare la serenità necessaria eventualmente compromessa.

Certo, non è dubbio che l'esercizio di questi compiti è reso disagiata dalle scarse conoscenze che il presidente ha delle risultanze di indagine: egli dispone di pochi elementi informativi, a volte non sufficienti perché si colga immediatamente la slealtà o la scorrettezza di un atteggiamento di parte. Ed è per questo che la giurisprudenza di legittimità non esclude che il presidente possa chiedere precisazioni all'esaminando circa il contenuto di una risposta in modo da poter meglio comprendere il senso e la direzione che la parte stia dando all'esame ed eventualmente ripristinare un contesto dialettico improntato a correttezza⁸³.

⁸¹Si consideri ancora che il presidente deve garantire la correttezza delle contestazioni vigilando sulla loro completezza ed aderenza al dichiarato, sulla inerenza a quanto già riferito dallo stesso soggetto, avendo cura di informare l'esaminando del significato che esse assumono.

⁸²F. GIUNTA, *Luci ed ombre sulle prospettive di riforma dell'esame incrociato*, cit., c. 44, ritiene che «la riproposizione della domanda suggestiva, oltre ad apparire una concessione immeritata alla parte che ha violato le regole dell'esame diretto, non rimedia al danno, anzi lo incrementa perché la risposta che la domanda intendeva suggerire è stata già suggerita».

⁸³Cass., Sez. I, 5 dicembre 1994 n. 1344/95, Rizzo ed altri, in *C.E.D. Cass.*, n. 200241.

5.1. *Le opposizioni in corso di esame*

L'intervento del presidente volto a rimediare ad una inosservanza delle regole poste a fondamento dell'esame incrociato, oltre che azionabile *ex officio*, può essere provocato dall'iniziativa delle parti per mezzo delle opposizioni⁸⁴.

L'opposizione è l'istanza di parte con la quale, in corso di esame, si rimette al presidente la decisione su questioni afferenti o al profilo della successione nelle scansioni di esame, o a quello dell'ammissibilità di domande in relazione all'oggetto o, ancora, alle modalità di formulazione, pur quando sia il presidente a condurre l'esame⁸⁵.

Essa, dunque, si sostanzia nella deduzione di una violazione di regole e tende all'adozione di un provvedimento di rimedio. Genera, perciò, un microprocedimento incidentale al fine di verificare, attraverso il contraddittorio sulle forme legali dell'esame, il tasso di regolarità dello stesso.

La facoltà di opposizione spetta ai soggetti legittimati a formulare domande: pubblico ministero e difensori delle parti. È esercitabile oralmente, come si deduce sia dai caratteri di continuità ed unità dell'esame sia di subitanità ed informalità del provvedimento giudiziale risolutivo della questione; e, se per alcuni non necessita di motivazione ed è per sua natura particolarmente succinta⁸⁶, per altri essa deve essere motivata al fine di evitare prassi scorrette o (ab)uso della facoltà, non potendosi escludere che l'opposizione sia in concreto utilizzata per interrompere una sequenza di domande particolarmente

⁸⁴Per M. NOBILI, *Le opposizioni difensive all'uso dibattimentale di atti delle indagini preliminari nel nuovo codice di procedura penale*, in *Studi in onore di Vassalli*, II, Giuffrè, Milano, 1991, p. 329, il potere di opposizione rientra nella categoria dei cd. rimedi preventivi, strumentali ad assicurare il rispetto dei divieti e delle regole generali previsti dal codice.

⁸⁵In ordine alla possibilità di proporre opposizione anche contro le domande poste dall'organo giudicante *ex art. 506 comma 2 c.p.p.*, la dottrina ritiene che la stessa debba ritenersi implicita nell'esigenza di salvaguardare i valori sottesi ai divieti in materia di quesiti proponibili nel corso dell'escussione. In argomento cfr. P.P. PAULESU, *Giudice e parti nella "dialettica" della prova testimoniale*, cit., p. 220; P.P. RIVELLO, *Art. 504 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. CHIAVARIO, V, Torino, 1991, p. 361.

⁸⁶A. MAMBRIANI, *Esame e controesame delle parti: spunti sistematici*, cit., p. 469.

incisive o, in generale, per intralciare l'andamento dell'escussione⁸⁷.

Rispetto all'opposizione non è previsto un diritto di replica della controparte, ma è sempre consentito al presidente chiedere spiegazioni in ordine alle circostanze che legittimano, ad esempio, una determinata domanda in vista della risoluzione della controversia.

La decisione spetta al presidente, non al collegio, con il limite dell'impossibilità di sostituirsi alle parti nella conduzione dell'esame, anche se può riformulare la domanda mal posta, nociva o suggestiva, nello «spirito» inteso dalla parte; in nessun caso, invece, il giudice può porre domande all'interno del turno di escussione di una delle parti. Si tratta, in sostanza, di interventi che devono vertere essenzialmente sul metodo, sulle modalità di conduzione dell'esame. Peraltro, salvi casi in cui l'iniziativa presidenziale sfoci nella preclusione dell'intervento della difesa o della partecipazione del pubblico ministero nell'esame, generalmente si ritiene che l'eccesso di potere del presidente non sia sanzionabile, e che rispetto ad esso le parti possano reagire soltanto con la forma dell'opposizione.

Le decisioni che inibiscono domande sono sottoponibili, su iniziativa della parte interessata, al controllo del collegio, atteso che anche le questioni aventi ad oggetto le doglianze nei confronti del potere presidenziale in materia di prove paiono riconducibili a quelle cui l'art. 478 c.p.p. fa espresso riferimento⁸⁸.

Il collegio, dopo aver instaurato il contraddittorio tra le parti, interviene per rimediare ai provvedimenti che abbiano mal governato l'evoluzione del contraddittorio e ciò fa con ordinanza motivata, impugnabile unitamente alla sentenza⁸⁹.

Dottrina e giurisprudenza si sono interrogate sulle conseguenze derivanti dall'omessa inibizione di una domanda vietata o dall'erronea censura ad una domanda ammissibile.

⁸⁷P.P. PAULESU, *Giudice e parti nella "dialettica" della prova testimoniale*, cit., p. 219.

⁸⁸In dottrina, esclude che al rimedio si possa attribuire una portata generale, attesa la sua incompatibilità con il giudizio celebrato davanti al tribunale in composizione monocratica ovvero con l'udienza preliminare, G. VARRASO, *Violazione del divieto di domande suggestive: il ruolo delle parti e del giudice*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 2868.

⁸⁹Cfr. R. ORLANDI, *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, cit., pp. 24-25.

In ordine al primo profilo, la soluzione più accreditata prevede l'inutilizzabilità della prova⁹⁰, con estensione variabile, dovendo verificarsi caso per caso, in relazione al concreto sviluppo dell'esame, se la formulazione dei quesiti vietati abbia pregiudicato le singole risposte o abbia compromesso l'intero esame⁹¹; compito questo più semplice ad essere delineato in astratto che adempiuto in concreto.

Merita sul punto attenzione la puntualizzazione che l'inutilizzabilità può essere rilevata a condizione che sia stato azionato il meccanismo dell'opposizione con conseguente decisione presidenziale, perché esso giova a concretizzare il comando legale rendendo di conseguenza operativo il divieto probatorio nel caso specifico⁹².

Il diverso orientamento – che riscuote i favori della prevalente giurisprudenza – muove dalla considerazione che le regole sull'esame hanno carattere tecnico e non precettivo perché mirano ad assicurare l'attendibilità della dichiarazione, e giunge alla conclusione che la loro effettività si colga unicamente nell'esercizio dei poteri direttivi del presidente del collegio⁹³.

Dunque, l'alternativa è tra massima espansione alla più rigorosa tra le sanzioni possibili – con il temperamento soltanto teorico derivante dall'individuazione degli specifici passi da espungere dal narrato d'esame – e assenza di rimedi realmente

⁹⁰M. COLAMUSSI, *In tema di domande suggestive nell'esame testimoniale*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1801; FALDATI, *La testimonianza nel giudizio penale*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 201; G. FRIGO, *Art. 499 c.p.p.*, cit., p. 297; A. MAMBRIANI, *Esame e controesame delle parti: spunti sistematici*, cit., p. 467; D. MANZIONE, *Le nuove «regole» per l'esame testimoniale (a proposito dell'art. 499 c.p.p.)*, cit., p. 1485; P.P. PAULESU, *Giudice e parti nella "dialettica" della prova testimoniale*, cit., p. 493.

⁹¹Così G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, cit., p. 122.

⁹²Approfondisce la questione R. ORLANDI, *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, cit., p. 51, il quale, pur ricollegando alla formulazione delle domande vietate l'inutilizzabilità delle risposte, ritiene che l'invalidità in esame non potrebbe essere dedotta o rilevata prima del provvedimento presidenziale (eventualmente confermato dal collegio chiamato a pronunciarsi sull'incidente promosso a norma dell'art. 478 c.p.p.) che specifica il comando legale, rendendo operativo il divieto probatorio nel caso particolare.

⁹³Cfr., per tutte, Cass., Sez. III, 25 giugno 2008 n. 35910, Ouertatani, in *C.E.D. Cass.*, n. 201090.

efficaci in nome di una capacità autocorrettiva dell'esame incrociato, invero più presunta che sperimentata.

Con riferimento, poi, all'esclusione – d'ufficio o in accoglimento di un'opposizione – di una domanda ammissibile, parte della dottrina ritiene che essa consumi una nullità d'ordine generale e a regime intermedio per inosservanza di disposizioni concernenti, rispettivamente, la partecipazione del pubblico ministero al procedimento o l'intervento delle parti private, ai sensi degli artt. 178 *lett. b)* e *c)*, e 180 c.p.p.⁹⁴; altra ipotizza l'esperibilità del ricorso per cassazione *ex art. 606 comma 1 lett. d)* c.p.p., qualora l'esercizio del potere interdittivo da parte del giudice abbia impedito un completo svolgimento dell'esame, sempre che si tratti di testimonianza dedotta *ex adverso* e, per di più, decisiva⁹⁵.

La giurisprudenza ritiene, viceversa, che l'illegittimo esercizio del potere censorio possa essere rilevato nei limiti in cui emerga dalla motivazione del provvedimento presidenziale e ciò sulla premessa che la questione relativa alla proposizione di domande vietate debba essere prospettata direttamente al giudice innanzi al quale si forma la prova⁹⁶.

La distinzione è chiara: il giudice del controllo non è giudice della questione ma solo della motivazione data alla decisione che l'ha risolta, perché le doglianze sulla formazione della prova sono affare esclusivo del giudice dinnanzi al quale il procedimento di assunzione si svolge. Limitazione questa che sarebbe più accettabile se il giudice della prova fosse sempre e comunque il giudice della decisione e che quindi risulta irragionevole le volte in cui la prova venga formata in fasi antecedenti a quella di decisione nel rispetto della fisiologica scansione della progressione.

⁹⁴Tra gli altri cfr. G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, cit., pp. 122-123, e G. FRIGO, *Art. 499 c.p.p.*, cit., p. 283.

⁹⁵S. CORBETTA, *Art. 499 c.p.p.*, cit., p. 4750; L. KALB, *La ricostruzione orale del fatto tra efficienza ed efficacia del processo penale*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 103; P.P. PAULESU, *Giudice e parti nella "dialettica" della prova testimoniale*, cit., p. 220, con specifico riferimento all'accoglimento di un'opposizione infondata nei confronti di un quesito di parte, ai sensi dell'art. 504 c.p.p.; P.P. RIVELLO, *Art. 504 c.p.p.*, cit., pp. 364-365.

⁹⁶Cass., Sez. III, 23 ottobre 2008 n. 47084, Perricone ed altro, cit.; Cass., Sez. I, 31 maggio 2005 n. 22204, Bega ed altro, in *C.E.D. Cass.*, n. 232385.

5.2. La consultazione di documenti in aiuto alla memoria

Il quinto comma dell'art. 499 c.p.p. attribuisce al presidente il potere di autorizzare il testimone alla consultazione, in aiuto alla memoria, di documenti da lui redatti⁹⁷.

Si tratta di una deroga al principio di oralità, che ne avrebbe resa opportuna la limitazione ai soli casi di effettiva necessità. E ciò pur se, nell'ipotesi di consultazione in aiuto alla memoria, «l'esame non cessa di essere orale in quanto elemento di prova rimane non lo scritto ma la dichiarazione del testimone, per la quale si porrà se mai, il problema di valutarne l'attendibilità»⁹⁸.

È necessario allora definirne in maniera più rigorosa i limiti.

Innanzitutto, la consultazione deve essere giustificata dalla necessità di aiutare la memoria: il meccanismo va pertanto adottato unicamente qualora il teste dichiari di non essere in grado di rispondere senza un previo aiuto degli appunti. Deve emergere cioè una difficoltà di ricordare da parte dell'esaminando e di rispondere con precisione. Il presupposto è, dunque, che la scarsa memoria del teste possa essere sollecitata dalla consultazione di documenti da lui stesso provenienti.

Lo scopo perseguito dal legislatore è quello di favorire il riferimento di fatti ed esperienze recepite di persona dal teste.

In secondo luogo bisogna che, ad essere consultato, sia un documento in base alla definizione che il codice ne dà all'art. 234 c.p.p.⁹⁹; è escluso che si possano consultare atti del procedimento¹⁰⁰.

⁹⁷Norme corrispondenti alla disposizione di cui all'art. 499 comma 5 c.p.p. sono presenti anche negli ordinamenti stranieri ed, in particolare, in quelli di *common law*. Sul tema si fa rinvio a G. FRIGO, *Art. 499 c.p.p.*, cit., p. 268.

⁹⁸G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, cit., p. 109.

⁹⁹Sul punto si rinvia a V. MAFFEO, *Prova documentale*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XV, Roma, 2007.

¹⁰⁰In dottrina, ritiene che il legislatore – nell'indicare ciò che può essere consultato dai testimoni – abbia inteso richiamare la nozione di documento nella sua accezione tecnica, G. FRIGO, *Art. 499 c.p.p.*, cit., p. 270. A sostegno dell'affermazione l'Autore ha ricordato come il legislatore abbia dovuto introdurre una specifica previsione derogatrice rispetto alla regola generale

Il teste deve inoltre essere l'autore del documento e non deve trattarsi di documento confezionato specificamente in vista dell'esame. In realtà non manca chi – in assenza di una specifica previsione di legge – ritiene che possa trattarsi di appunti o scritti redatti anche in vista della stessa deposizione; i lavori preparatori sembrano però deporre in senso contrario¹⁰¹.

Sono, invece, sicuramente esclusi dalla consultazione i verbali delle dichiarazioni pre-dibattimentali, non redatti dal teste ed utilizzabili invece per le contestazioni ai sensi dell'art. 500 c.p.p.

Nel caso in cui il documento non appartenga al fascicolo per il dibattimento ovvero non sia noto a tutte le parti, in quanto non contenuto nel fascicolo delle indagini, deve essere reso conoscibile, affinché se ne possa valutare la sussistenza dei requisiti di utilizzabilità, e le parti possano trarne spunti ulteriori per il seguito dell'esame.

In caso di contestazioni circa la consultabilità, spetta al giudice dirimerle una volta che abbia avuto la possibilità di consultare il documento per valutare la sussistenza dei presupposti per la consultazione.

Specificazione ed adattamenti del potere di consultazione si registrano in riferimento all'esame di ufficiali o agenti di polizia giudiziaria, fatta ora eccezione per periti e consulenti tecnici rispetto ai quali vige una regola tutt'affatto peculiare, di cui si dirà.

I verbali ed in genere gli atti di documentazione delle attività di polizia giudiziaria possono essere consultati dall'ufficiale o agente esaminato come teste «a norma dell'art. 499 comma 5 c.p.p.», con un ampliamento del novero degli atti consultabili: non «documenti da lui redatti», ma verbali ed annotazioni dell'attività compiuta. Si vuol dire che, per la

(art. 514 comma 2 c.p.p.) le volte in cui ha inteso ammettere la possibilità da parte dell'ufficiale o dell'agente di polizia giudiziaria di lettura di veri e propri atti del procedimento. *Contra* D. MANZIONE, *Le nuove «regole» per l'esame testimoniale (a proposito dell'art. 499 c.p.p.)*, cit., p. 1483, per il quale il termine è usato in maniera generica ed atecnica ed è comprensivo anche degli atti del procedimento.

¹⁰¹È utile ricordare come l'art. 491 comma 5 del progetto preliminare prevedesse che «il testimone può essere autorizzato dal presidente a consultare documenti da lui redatti in aiuto alla memoria». La modifica del testo definitivo è stata dovuta – verosimilmente – alla preoccupazione che si potesse ritenere consultabile il documento appositamente redatto per essere consultato in dibattimento.

riferibilità del documento all'ufficiale o agente di polizia giudiziaria, è sufficiente che questi abbia contribuito al compimento dell'attività in essi descritta, al di là degli aspetti formali connessi alla documentazione¹⁰². Il che è assolutamente ragionevole: alla redazione del verbale non sempre partecipano tutti coloro che hanno compiuto l'atto, sicché, se si ammettesse alla consultazione soltanto il redattore del verbale, si priverebbe irragionevolmente della facoltà di consultazione colui che abbia partecipato all'atto seppur non alla documentazione dello stesso.

Le Sezioni unite hanno chiarito che le possibili modalità di lettura in aiuto alla memoria vanno differenziate a seconda del diverso oggetto della deposizione¹⁰³. Hanno in particolare precisato che, ove l'accertamento abbia carattere per così dire storico, con uno svolgimento in fasi che restano vive nella memoria, la consultazione consentita si sostanzia in un più o meno rapido esame degli atti compilati, perché è sufficiente richiamare alla memoria quel 'fatto' «articolatosi in vari momenti che rendono il fatto complessivo in certo qual modo unico e diverso da altri fatti del genere». La conseguenza è che, se il testimone non riesce pur dopo la consultazione a ricordare i fatti, il mezzo di prova fallisce, e certo non è ammissibile la lettura completa del documento, che trasformerebbe la consultazione in sede di esame in una lettura vietata di atti predibattimentali.

Se, invece, oggetto della deposizione sono «fatti che implicano dati numerici "anonimi"»¹⁰⁴, la consultazione in aiuto

¹⁰²Così, ad esempio, perché sia consultato un verbale di sequestro è sufficiente che l'ufficiale o agente abbia compiuto l'atto, non essendo necessario che abbia anche redatto il verbale con cui l'atto è stato documentato.

¹⁰³Cass., Sez. un., 24 gennaio 1996 n. 2780, Panigoni e altri, in *C.E.D. Cass.*, n. 201966-71, secondo cui, peraltro, una volta ammessa la testimonianza indiretta degli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria (Corte cost. n. 24 del 1992), i verbali delle dichiarazioni del teste diretto rientrano nel novero di quelli consultabili.

¹⁰⁴In quel processo – per una imputazione di truffa comunitaria – l'ufficiale di polizia giudiziaria sottoposto ad esame aveva, nel corso delle indagini, provveduto a sentire i coltivatori che avevano venduto all'imputato quantitativi di tabacco per i quali l'AIMA aveva riconosciuto e pagato 'premi' e, in relazione a ciascuno di essi, aveva verbalizzato le dichiarazioni rese circa i quantitativi conferiti nei singoli anni e i prezzi pagati dall'imputato; quindi aveva riassunto i dati numerici di cui sopra in prospetti nei quali, in ordine

della memoria non può che risolversi nella lettura dei dati risultanti da documenti redatti dal testimone o, nel caso di ufficiale o agente di polizia giudiziaria, da verbali e altri atti di documentazione dell'attività da lui svolta che tali dati riportano. Non si incorre così nel divieto di cui all'art. 514 c.p.p., che sarebbe violato se si utilizzasse per la decisione un documento del quale venisse data una mera lettura, ma che non entra in gioco nel caso in cui siano acquisiti gli elementi informativi di quel documento per mezzo dell'esame e del controesame del testimone, che garantisce il contraddittorio e consente la piena espressione del diritto di difesa.

Pur con queste notazioni di chiarimento, le disposizioni che consentono la consultazione di testi scritti segnalano un primo limite naturale del sistema del contraddittorio orale, per il caso in cui l'esaminando non ricordi, in tutto o in parte, il fatto su cui è chiamato a riferire, o per difetto di memoria o perché l'oggetto dell'esame è particolarmente complesso.

La prassi giudiziaria, peraltro, rivela frequentemente come sia illusoria l'idea che la consultazione dei documenti sia di concreto aiuto alla memoria: il testimone, spesso sentito a molti anni di distanza dalle indagini, può ricordare poco dei fatti e delle dichiarazioni rese, specie se si tratta di fatti «seriali», ad esempio di operazioni di polizia per episodi che si ripetono in circostanze sempre simili.

In molti casi il documento consultato (annotazioni di servizio, verbali di atti di polizia giudiziaria, ecc. ecc.) è più completo, attendibile, fedele e genuino di quanto non sia la deposizione del testimone: l'esame si risolve allora in un rituale pressoché inutile e la conoscenza del fatto può essere garantita soltanto mediante l'utilizzazione (leggi: sottoponibilità al contraddittorio delle parti sulla prova formata ed al prudente e motivato convincimento del giudice) dei documenti «oralizzati», nei limiti legali della loro acquisibilità ed utilizzabilità. È pur vero, comunque, che l'audizione dell'esaminando garantisce la possibilità, non sempre smentita in concreto, di ottenere un'informazione più particolareggiata e precisa di quella emergente dallo scritto.

alfabetico, erano stati indicati i singoli coltivatori e i dati numerici (quantitativi-prezzo) relativi agli stessi.

5.3. *L'indicazione di temi nuovi o incompleti*

Lo stretto collegamento tra esame incrociato e circostanze di lista, che concorre ad assicurare la correttezza dello scontro dialettico delle parti, non delinea per intero la fisionomia dell'esame, nella misura in cui un allentamento del vincolo tematico può rispondere alle prevalenti esigenze cognitive dell'accertamento. L'indisponibilità degli interessi coinvolti dal processo ben giustifica, a condizione che siano rispettati termini e modalità compatibili con la pienezza del diritto alla prova delle parti, un intervento del giudice che supplisca ad eventuali carenze nella strutturazione dell'esame incrociato quanto a temi trattati (art. 506 comma 1 c.p.p.), ma anche al grado di profondità esplorativa raggiunto (art. 506 comma 2 c.p.p.)¹⁰⁵.

Di qui la disposizione del primo comma dell'art. 506 c.p.p. che consente al presidente l'indicazione, anche su richiesta di altro componente del collegio, di temi di prova nuovi o più ampi, utili per la completezza dell'esame in base ai risultati delle prove assunte a iniziativa delle parti o a seguito delle letture. La disciplina si fa carico dell'eventualità che dalle risultanze dibattimentali emergano temi di prova – cioè, in questo caso, circostanze già oggetto di prova raggiunta in modo più o meno compiuto con altri mezzi – non trattati in sede di esame, cioè «nuovi», o trattati solo in parte e che siano comunque rilevanti e bisognosi di approfondimento o precisazione.

I poteri presidenziali evitano così che, attraverso un esame incrociato mal condotto ovvero condotto con superficialità e incompletezza, le parti possano disporre del relativo mezzo di prova: esse, in buona sostanza, possono elaborare la prova come meglio ritengono, ma non possono precludere l'accertamento in ordine a determinati fatti o circostanze¹⁰⁶.

¹⁰⁵È da notare che il potere spetta al presidente e non al collegio. Ad ogni componente del collegio spetta però un potere di stimolo nei confronti del presidente, stimolo che, tuttavia, può non essere accolto anche senza alcun provvedimento formale, in armonia con i caratteri di immediatezza, concentrazione, continuità ed unità dell'esame. Non dà luogo ad alcuna patologia il fatto che le domande siano rivolte non dal presidente ma da altro componente del collegio, purché a ciò autorizzato dal presidente, il quale ultimo mantiene pur sempre il potere di revocare l'autorizzazione. È invece certamente esclusa ogni iniziativa autonoma dei componenti il collegio.

¹⁰⁶Per A. FURGIUELE, *La prova per il giudizio nel processo penale*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 58, l'indisponibilità dell'oggetto del processo

È allora condivisibile l'affermazione generale secondo cui l'indicazione di temi nuovi o più ampi e la proposizione di domande in esame concretizzano, sul piano dell'assunzione della prova, i principi di uguaglianza, legalità, obbligatorietà dell'azione penale e inviolabilità della difesa che, sul piano dell'ammissione della prova, sono presidiati dai poteri istruttori officiosi di cui all'art. 507 c.p.p.

Il presidente non può prescindere però dai risultati delle prove assunte nel dibattimento; non può cioè percorrere la via di un'autonoma ricostruzione del fatto, perché il sistema vuole il giudice ignaro dei contenuti delle indagini e consapevole soltanto di quanto avviene in udienza¹⁰⁷.

Le indicazioni del presidente – che non devono essere generiche e devono indirizzarsi alla parte che ha interesse al completamento istruttorio – non vincolano. Ove la parte si determini al completamento dell'esame, le altre potranno dare corso agli ulteriori tratti di esame secondo l'ordine stabilito dagli artt. 498 commi 1 e 2 e 503 comma 2 c.p.p. Se, invece, la parte non accoglie l'indicazione, il giudice – e non più il presidente – potrà esercitare i poteri istruttori d'ufficio, assumendo nuovi mezzi di prova (art. 507 c.p.p.).

Il meccanismo pone delicate questioni.

La prima attiene alla natura dei «temi di prova» oggetto di possibile indicazione.

implica che il diritto alla prova non debba atteggiarsi come una sorta di potere assoluto, per evitare che l'accertamento possa dipendere unicamente dal “gioco di abilità” fra le parti. Cfr., sul punto, anche G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 587, e D. MANZIONE, *Art. 506 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. CHIAVARIO, V, Utet, Torino, 1991, p. 378, per il quale il riferimento «ad un giudice che solo dopo l'esame delle parti ha la possibilità di indicare temi di prova nuovi o più ampi è chiaro sintomo di un sistema che, confermando le disposizioni di cui agli artt. 496 ss. c.p.p., sottolinea la funzione “residuale” del giudice nella formazione della prova».

¹⁰⁷Così G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, cit., p. 97. L'Autore peraltro sottolinea come «l'art. 506 comma 1 c.p.p. fornisca un criterio di carattere generale, criterio da osservare, sebbene non esplicitamente ripetuto nelle disposizioni successive, in tutti i casi in cui è attribuita al giudice l'iniziativa probatoria. Anche il comma 2 del medesimo articolo, infatti, nel consentire di rivolgere d'ufficio domande solo alle persone già esaminate, non si limita a fissare un ordine di priorità (ribadito dal riconoscimento del diritto delle parti di concludere l'esame), ma esprime l'esigenza che la decisione di approfondire l'indagine scaturisca dall'escussione effettuata ad opera delle parti e non abbia lo scopo di sovrapporsi ad essa».

In assenza di specificazioni giurisprudenziali, parte della dottrina ritiene che i caratteri di novità e di maggiore ampiezza vadano riferiti al concreto svolgimento dell'esame compiuto dalla parte, perché il tema deve comunque trovare punto di riferimento oggettivo nelle circostanze di lista¹⁰⁸. Soltanto come tappa necessariamente successiva, per il caso in cui le parti restino inerti o sia comunque necessario travalicare il confine delle circostanze, il presidente potrà rivolgere domande dirette, sempreché siano utili alla completezza dell'esame.

In buona sostanza, con l'esercizio del potere di indicazione dei temi nuovi o più ampi, si tende a far sviluppare le potenzialità informative della fonte di prova che la parte non ha saputo compiutamente far emergere, ma pur sempre nel rispetto dei limiti costituiti dall'iniziativa probatoria di parte¹⁰⁹.

Secondo l'opposto orientamento è la stessa norma, mediante il riferimento all'indicazione di temi nuovi, ad autorizzare il superamento dei confini della previa *discovery*¹¹⁰. Pur essendo indubbio un collegamento tra il tema nuovo o incompleto e le circostanze indicate in lista, sembra altrettanto indubbio che per tema nuovo debba intendersi un ambito probatorio differente che costituisca un *novum* rispetto a quello introdotto con la richiesta di prova.

In base a questa lettura, l'intervento presidenziale può essere determinato non solo dall'inerzia delle parti, ma anche dalle esigenze di conoscenza che dovessero residuare a conclusione di un esame pur diligentemente condotto.

¹⁰⁸Il riferimento è a D. MANZIONE, *Art. 506 c.p.p.*, cit., p. 385, secondo cui, in caso contrario, si creerebbero i presupposti per una sovrapposizione di sfere di operatività tra il primo e il secondo comma dell'art. 506 c.p.p., con la conseguenza di vanificare la prima parte della disposizione, dato che, ad identità di presupposti, è facile ritenere che si opterebbe per la soluzione maggiormente invasiva, di formulazione diretta delle domande. E questo esito finirebbe col deprimere la novità introdotta dal codice di rito, dell'attribuzione soltanto alle parti del potere di esame.

¹⁰⁹Sempre D. MANZIONE, *Art. 506 c.p.p.*, cit., p. 385.

¹¹⁰A. DE CARO, *Poteri probatori del giudice e diritto alla prova*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003, p. 206. Per l'Autore, se il tema incompleto evoca necessariamente un collegamento con un parziale sviluppo di un ambito ben preciso della vicenda, quello nuovo può rivelarsi anche del tutto diverso da quelli fissati in precedenza. L'intervento del giudice non deve quindi rispettare necessariamente la tematica probatoria posta dalle parti ma può benissimo travalicarla.

La soluzione, che amplia i poteri presidenziali e riduce i vincoli posti dalle richieste di prova, non sembra far i conti con il dato letterale della disposizione.

La finalità è indicata nel soddisfacimento di esigenze di completezza dell'esame, e il riferimento all'esame sembra definire l'orizzonte dei poteri all'interno del tema di prova su cui l'esame si è svolto. Se la legge avesse voluto valicare i limiti posti dagli oneri di preventiva indicazione dei temi di esame, avrebbe collegato l'esercizio dei poteri presidenziali alla completezza dell'istruttoria e non dell'esame, che – torna utile ribadire – è la modalità di assunzione di una prova; ma in tal caso si sarebbero fortemente ridotte le distanze con i poteri istruttori di iniziativa, potendo la novità del tema, se sganciata dalle circostanze di lista, sovrapporsi concettualmente alla novità di prova.

L'aspetto più delicato afferisce però alla corretta individuazione del momento in cui può collocarsi l'intervento presidenziale. Si tratta, infatti, di prevenire il rischio che l'intempestività dell'intromissione possa alterare la strategia probatoria delle parti e quindi comprimerne senza ragione le prerogative nella ricostruzione dei fatti. Il rischio è tanto maggiore quanto minore è lo scrupolo nel rispetto dell'ordine che le parti intendano dare all'assunzione delle prove.

Si ha ulteriore conferma, su questo versante, di quanto sia importante che le parti non siano indotte a mutamenti dell'ordine che rispondano soltanto, o in gran parte, alle esigenze di organizzazione dei lavori dibattimentali, in dipendenza di fattori occasionali quali, ad esempio, la temporanea assenza di qualche testimone. Attraverso l'ordine, sia esterno che interno, con cui le parti e ciascuna di esse programmano la ricostruzione dei fatti rilevanti, si snoda la trama dell'intero disegno probatorio, che non può essere svelata sin dall'inizio, ma la cui comprensione è appunto affidata alla successione temporale dei vari tasselli che la compongono. Se l'ordine di assunzione – che esprime, con un ruolo prezioso e infungibile, il tracciato logico dell'istruzione – è rispettato, diventa remota l'eventualità che il presidente avverta subito – se può dirsi, con anomala precocità –, nel corso o a conclusione del singolo esame, il bisogno di integrarne, completarne, specificarne i temi che ne sono oggetto. E il progetto delle parti non è così esposto a rimaneggiamenti esterni, che spesso sono

la spia di una scarsa comprensione dell'ordito che lega la pluralità delle prove.

In questa prospettiva si recupera una chiave interpretativa per orientarsi nella pluralità di soluzioni offerte soprattutto in dottrina.

Per l'orientamento assolutamente prevalente, affinché il presidente possa indicare «temi di prova nuovi o più ampi», è necessario attendere il completamento dell'intera fase istruttoria ad iniziativa di parte, «giacché proprio dallo svolgimento e dagli esiti di quest'attività il giudice potrà ricavare spunti che gli consentono di allargare il tema di prova»¹¹¹.

In altri termini, il potere può essere legittimamente esercitato a conclusione non già di ciascun esame incrociato in ogni sua fase ma dell'assunzione di tutte le prove richieste dalle parti, sia perché il giudice non può sapere prima se e come un determinato tema sarà compiutamente affrontato, sia perché non può essere in grado di individuare a quale tra le parti attribuire l'onere di approfondimento del tema.

La soluzione è giustificata sistematicamente in ragione della *sedes materiae* della disposizione, collocata dopo quelle che attengono alle modalità dell'esame, alle contestazioni, alle opposizioni e, addirittura, ai poteri di intervento di enti ed associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato¹¹².

Una posizione minoritaria è espressa da quanti ritengono che per essere coerenti al senso della norma, che finalizza l'indicazione giudiziale al perfezionamento del contributo offerto dalla fonte di prova, l'intervento del giudice vada collocato preferibilmente all'esito dell'escussione del dichiarante.

¹¹¹Così D. MANZIONE, *Art. 506 c.p.p.*, cit., p. 380. In senso sostanzialmente conforme v. P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 691, ad avviso del quale «solo “dopo” che le parti hanno avuto la possibilità di esercitare i loro poteri, il giudice può svolgere la sua attività di supplenza. Ne deriva che il giudice non deve scompaginare l'ordine che ogni parte vuole dare al proprio caso ed alle domande da rivolgere nell'esame incrociato: egli deve evitare di bruciare con interventi maldestri i possibili obiettivi probatori che le parti si propongono».

¹¹²In dottrina, ritengono che il presidente possa esercitare i poteri di cui all'art. 506 comma 1 c.p.p. per il completamento istruttorio solo dopo che siano state acquisite tutte le prove orali, e si sia dato luogo alle eventuali letture, E. AMODIO, *Il modello accusatorio statunitense e il nuovo processo penale italiano: miti e realtà della giustizia americana*, cit., p. 584; A. AVANZINI, *L'esame dibattimentale delle fonti di prova testimoniali*, cit., p. 63.

Si ritiene, in sostanza, che il quadro probatorio sulla base del quale il giudice può esercitare il proprio potere «deve essere quello circoscritto a quanto emerso sino ad allora: non solo, però, grazie all'attività di elaborazione probatoria, ma anche all'eredità cognitiva proveniente dalle fasi anteriori e canalizzata nel fascicolo destinato al giudice»; ciò per fa sì che sia rispettata la consequenzialità che deve animare il suggerimento giudiziale rispetto alla forza euristica e al grado di persuasività degli argomenti emersi in sede di esame¹¹³.

La tesi non persuade; non solo perché sembra trascurare l'importanza dell'ordine impresso dalle parti all'assunzione delle prove, che deve potersi riflettere in un dovere di paziente attesa del presidente, ma anche per il fatto che finisce con sovrapporre questo potere alla più ampia previsione relativa al potere istruttorio del giudice, di cui all'art. 507 c.p.p.

I due poteri non si diversificano soltanto per intensità quantitativa, ma sono qualitativamente diversi: l'uno ha una direzione funzionale esclusiva nell'integrazione e nel completamento dell'impegno istruttorio delle parti ma pur sempre all'interno dei confini tracciabili nel rispetto della loro iniziativa probatoria, e ne sono indici il fatto che spetta al presidente, e non al giudice, e che si risolve nell'attribuzione di un onere e non di un obbligo; l'altro ha invece un orizzonte più ampio, travalica lo spazio probatorio delle parti, completa non già il loro sforzo nell'assunzione delle prove per esame ma l'intero compendio delle conoscenze istruttorie, ed è infatti affidato al giudice, il quale può esercitarlo solo se sia assolutamente necessario, e quindi solo dopo che anche l'esercizio dei poteri di integrazione e completamento di cui all'art. 506 c.p.p. non abbia avuto l'effetto sperato¹¹⁴.

¹¹³H. BELLUTA, *Imparzialità del giudice e dinamiche probatorie ex officio*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 149 ss.

¹¹⁴Correttamente E. VALENTINI, *Così esteso l'ambito applicativo dell'art. 506 comma 1 c.p.p.?*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 2607, pone in evidenza la diversa competenza funzionale tra presidente e giudice, per concludere che i poteri di indicazione di temi nuovi e più ampi non possono essere esercitati al fine di sollecitare l'introduzione di nuovi mezzi di prova. Se così fosse, sarebbe attribuito al presidente il potere di ovviare al regime di preclusioni insito nelle scansioni del procedimento probatorio, potere riservato invece al giudice.

5.4. *Le domande del presidente*

Indipendentemente dall'esercizio dei poteri di indicazione di temi nuovi o più ampi, il presidente, anche su richiesta di altro componente del collegio, può rivolgere domande ai testimoni, ai periti, ai consulenti tecnici, alle persone indicate nell'art. 210 c.p.p. e alle parti già esaminate.

Non è dubbio che l'eventuale esame presidenziale debba collocarsi all'esito di tutte le fasi dell'esame incrociato (art. 506 comma 2 c.p.p. così come modificato dall'art. 41 l. 479/99)¹¹⁵, così come è certo che le parti – richiedenti o no la prova – conservino il diritto di concluderlo nell'ordine previsto dagli artt. 498 commi 1 e 2 e 503 comma 2 c.p.p.¹¹⁶.

¹¹⁵Per G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, cit., p. 111, «il potere di cui all'art. 506 comma 2 c.p.p. è esercitabile non soltanto quando si tratti dell'esame sui temi introdotti d'ufficio ai sensi del primo comma, ma anche al termine di ogni escussione orale condotta dalle parti [...]. La medesima legge n. 479 del 1999 ha precisato – con l'intento di evitare un eccessivo interventismo dei giudici – che le domande spettano al presidente solo dopo l'esame e il controesame, così chiarendo che le persone si debbano considerare già esaminate soltanto quando l'esame incrociato condotto dalle parti sia stato completamente svolto: pertanto va incluso anche l'eventuale riesame, sebbene non risulti testualmente menzionato». E. RANDAZZO, *Insidie e strategie dell'esame incrociato*, cit., p. 119, osserva che l'attribuzione del potere di porre domande ha reso marginale quello di indicazione dei temi nuovi o più ampi, perché il giudice, «piuttosto che suggerire terreni probatori da arare, preferisce provvedere direttamente, anche se così finisce con rimbocarsi le maniche e scendere in campo». In argomento si veda anche la direttiva n. 8 delle linee-guida del LAPEC – Laboratorio Permanente Esame Controesame – per la quale, «prima di procedere alle domande di cui all'art. 506 comma 2, il giudice indica alle parti temi di prova che ritiene rilevanti e utili per la completezza dell'esame, qualora essi non siano stati oggetto dell'esame incrociato».

¹¹⁶Ma è ben possibile che l'esigenza di porre domande dirette ai dichiaranti emerga in un secondo tempo, magari alla luce delle letture *ex art.* 511 c.p.p. In tal caso nulla vieta una nuova citazione del teste già esaminato. Al riguardo l'indirizzo favorevole della Corte Suprema appare consolidato. Si veda a tal proposito Cass., Sez. VI, 24 settembre 1996 n. 9714, Rispoli ed altri, in *C.E.D. Cass.*, n. 206016, secondo cui «la "ricitazione" d'ufficio, da parte del giudice di testi già escussi non è un provvedimento abnorme né da luogo a nullità. Invero come il giudice, terminata l'acquisizione delle prove, può disporre nuovi mezzi, a maggior ragione può escutere nuovamente le persone già sentite; né tale escussione viola il diritto di difesa, rimanendo solo il diritto delle parti di concludere l'esame; d'altro canto la stessa non determina di per sé violazione dell'art. 149 disp. att. c.p.p. che presuppone invece inosservanza delle cautele in esso descritte».

Strumento d'intervento residuale, esso risponde all'esigenza insopprimibile di assicurare la completezza del quadro probatorio in vista di una decisione frutto di adeguato approfondimento. In particolare, il potere presidenziale di porre domande serve ad impedire che le parti, rinunciando a svolgere l'esame, dispongano del mezzo di prova al di fuori delle previsioni di legge.

L'intervento del giudice è stato pensato, insomma, per consentire che egli completi ed integri le eventuali lacune o imprecisioni; nel contempo, però, si è inteso impedirgli di formulare, più o meno aprioristicamente a seconda dello stato dell'istruttoria dibattimentale, una propria ipotesi ricostruttiva.

Similmente a quanto si è fatto in merito ai poteri di indicazione di temi nuovi o più ampi, si è ragionato sull'ampiezza dell'intervento con domande dirette.

Se per alcuni le domande devono essere mantenute nell'ambito delle circostanze indicate in lista, e ciò per evitare distonie con la previsione sul potere di indicazione di temi nuovi o più ampi, che questi limiti impone¹¹⁷, per altri il presidente può rivolgere qualsiasi domanda 'pertinente' all'accusa, nel rispetto e nei limiti previsti dalla legge ed in particolare dall'art. 187 c.p.p.¹¹⁸.

Anche su questo piano, la soluzione più ampia sembra trascurare il profilo letterale della disposizione che colloca il potere presidenziale all'interno dello svolgimento dell'esame condotto dalle parti, e cioè – dato che l'esame si connota soprattutto per i temi che ne sono oggetto – entro i confini tracciati dalle circostanze di lista.

Opportunamente, poi, la dottrina si è interrogata in ordine alle conseguenze di un intervento presidenziale anticipato rispetto alla conclusione della dinamica probatoria di parte¹¹⁹; e

¹¹⁷G. ILLUMINATI, *Ammissione ed acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, cit., p. 112, esclude che al presidente possa essere consentito di esercitare il potere di formulare domande con prerogative superiori a quelle attribuite alle parti; nel medesimo senso si veda anche G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 587; nonché G. UBERTIS, *Giudizio di primo grado (disciplina del) nel diritto processuale penale*, cit., p. 537.

¹¹⁸Di quest'avviso è F. PLOTINO, *Il dibattimento nel nuovo codice di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 129.

¹¹⁹Un diverso ed anticipato intervento del giudice – espressione di una prassi interventista – non potrebbe che tradursi in una ingiustificata interferenza nella gestione dell'escussione del teste, suscettibile di dar luogo ad un'ipotesi di nullità per violazione del diritto di assistenza difensiva e di

si è chiesta se, in simili ipotesi, sia configurabile una qualche forma di invalidità, con particolare riferimento alla sanzione dell'inutilizzabilità¹²⁰.

A fronte di impostazioni volte a porre in evidenza che nel caso di specie non si apprezza l'esistenza di un divieto probatorio, per poi concludere per l'impossibilità di valutare in termini di inutilizzabilità gli interventi del presidente non rispettosi della cadenza temporale di legge, si è osservato che la sanzione può operare in ambiti più estesi di quelli delineati dalla violazione di divieti di ammissione. L'inutilizzabilità può e deve rimediare alla violazione dei divieti, sia pure indiretti, che afferiscano alle modalità di acquisizione della prova, onde impedire che il giudice alteri le sequenze fisiologiche dell'esame incrociato¹²¹.

A voler accogliere questa tesi, la conclusione non potrebbe che essere l'inutilizzabilità dell'intero apporto dichiarativo inquinato dall'intervento intempestivo del presidente, senza possibilità di isolare la porzione più direttamente interessata dall'eccesso inquisitorio. La frammentazione della prova in funzione di una limitazione dell'intervento demolitorio non terrebbe conto, infatti, delle previsioni di legge che, sancendo l'inutilizzabilità, hanno sempre riguardo alla prova unitariamente intesa. Insomma, nel tentativo di recuperare rigore nell'applicazione del principio di legalità, si finirebbe col violarlo ove s'intendesse conformare la sanzione alle peculiarità delle modalità – l'esame incrociato – di assunzione della prova,

quello alla partecipazione del pubblico ministero. Le indicazioni provenienti dalle prassi sono, però, di segno contrario. Si è ritenuto che l'intervento anticipato del presidente non integri né un'ipotesi di nullità, in quanto non espressamente prevista, né un'ipotesi di inutilizzabilità, non essendo mezzo di prova, bensì una mera irregolarità, eccepibile nel corso o al termine di ogni singolo esame (Cass., Sez. II, 21 settembre 1992 n. 11730, Rottino, in *C.E.D. Cass.*, n. 192900). Più di recente, dopo aver inquadrato la fattispecie tra quelle determinanti solo una doglianza sull'uso dei poteri del presidente, Cass., Sez. VI, 18 novembre 1999 n. 909, Spera, in *C.E.D. Cass.*, n. 216626.

¹²⁰La giurisprudenza non si pone simile interrogativo. Cfr., a conferma di ciò, Cass., Sez. VI, 24 settembre 1996 n. 9714, Rispoli, in *C.E.D. Cass.*, n. 206016, secondo cui «il perseguimento dell'esigenza connessa all'iniziativa probatoria è di tale rilevanza da risultare tutelato, in sede applicativa, fino al punto di escludere la necessità che l'esame del presidente si svolga immediatamente dopo la conclusione del controesame».

¹²¹G. DEAN, *Il difficile equilibrio tra parti e giudice nell'assunzione della prova dibattimentale mediante l'esame*, in *Arch. pen.*, 2012, n. 1, p. 275 ss.

sia pure al fine di preservare efficienza ed economicità di risorse nell'istruzione dibattimentale.

Forse anche queste considerazioni orientano per la tesi secondo cui l'inosservanza delle modalità d'intervento presidenziale nell'ambito della sequenza dell'esame incrociato può essere esclusivamente oggetto di opposizione ad opera delle parti ed, eventualmente, di una questione incidentale rimessa al collegio.

Simmetrica a tale ultima posizione è l'affermazione giurisprudenziale secondo cui la generica doglianza sul modo di conduzione del dibattimento da parte del presidente non può comportare alcun risultato utile in sede di impugnazione, atteso che, pur volendo prescindere dalla considerazione che la violazione dell'art. 506 c.p.p. non è sanzionata a pena di nullità, ogni eventuale questione attinente alla conduzione del processo deve essere immediatamente contestata dalle parti e formalizzata nel corso del dibattimento. La decisione o la mancata decisione sull'incidente può assumere, invece, rilevanza nel giudizio di impugnazione in quanto si accerti che essa abbia comportato la lesione dei diritti delle parti o viziato la decisione¹²².

Il senso di questa giurisprudenza, le cui argomentazioni come appena riassunte appaiono di non immediata comprensione è, ancora una volta, abbastanza evidente: l'esame incrociato, per mezzo della costante presenza del giudice in veste di organo di vigilanza sui comportamenti delle parti, è meccanismo capace di elaborare al suo interno la soluzione ai micro-conflitti che esso stesso genera; dall'esterno – e cioè dal giudice dell'impugnazione – può provenire soltanto un controllo formale sulla motivazione del provvedimento risolutore del conflitto. Del resto, non sarebbe ipotizzabile una preclusione al controllo impugnatorio, dal momento che la previsione di cui all'art. 586 c.p.p. – che riguarda l'impugnabilità delle ordinanze emesse nel dibattimento unitamente alla sentenza – ha carattere generale e quindi si applica naturalmente anche alle ordinanze emesse in corso di esame incrociato. Il fatto, però, che se ne ammetta l'impugnabilità significa che dette ordinanze valutano questioni che giocoforza superano i confini della cognizione del giudice

¹²²Cass., Sez. VI, 18 novembre 1999 n. 909, Spera, in *C.E.D. Cass.*, n. 216626, cit.

dell'esame incrociato. Ed è particolarmente interessante il passaggio con cui se ne ammette la censurabilità in grado di appello, a condizione che si riscontri una lesione dei diritti delle parti o una ricaduta sulla decisione di merito.

L'affermazione sembra implicare che l'incidente sulla cattiva conduzione dell'esame incrociato sia stato capace di mettere in evidenza un contenuto offensivo o un'incidenza causale nella determinazione di una ingiusta statuizione di merito; che quindi abbia colto una violazione significativa, non una mera irregolarità secondo la tradizionale impostazione interpretativa.

Il profilo di distinzione rispetto alla normale operatività delle sanzioni dell'inutilizzabilità e della nullità d'ordine generale si coglie nell'indicata necessità di attivazione dello strumento dell'opposizione; ma non si tratta di un'eccentrica posizione interpretativa, dal momento che anche in dottrina – e se ne è prima fatto richiamo – si pone l'accento sull'importanza del preventivo passaggio per l'opposizione, in modo che il divieto legale di inutilizzabilità possa trovare specificazione nel caso concreto. V'è anzi chi ipotizza che il filtro costituito dall'opposizione sia preclusivo dell'eventuale successiva deducibilità o rilevabilità dell'inutilizzabilità – pur rilevabile in ogni stato e grado del procedimento – o della nullità d'ordine generale – con previsione di deducibilità e rilevabilità ampia, sino alla conclusione del grado successivo per i vizi consumati nel giudizio – nella specifica ipotesi di alterazione dell'esame incrociato per gli sconfinamenti dal ruolo residuale che la legge assegna al presidente, e ciò in ragione del fatto che si tratta di profilo su cui può incidere la volontà delle parti di rinuncia alla loro posizione di spiccato protagonismo¹²³.

¹²³F. PERONI, *L'istruzione dibattimentale nel giudizio d'appello*, Cedam, Padova, 1995, p. 225, ha osservato che l'inaccettabilità di un'impostazione che intendesse assorbire ogni inosservanza circa le regole di assunzione dell'esame nel meccanismo delle opposizioni – con impossibilità di dedurre altrimenti l'inutilizzabilità o altro eventuale tipo di invalidità – si attenua nella misura in cui «indici di natura logico-sistematica adombrano, nell'irritualità in discorso, tratti di contiguità con la sfera di quelle prerogative defensionali lasciate in qualche misura alla disponibilità delle parti». La rinunciabilità del ruolo prioritario delle parti nell'esame, desumibile dalla disciplina del dibattimento dinanzi al tribunale in composizione monocratica e al giudice di pace, comporta che, ove il presidente ecceda nei poteri che l'art. 506 c.p.p. gli assegna, le parti hanno l'onere di intervenire tempestivamente mediante opposizione, restando altrimenti preclusa la via di successive iniziative volte a far rilevare l'esistenza del vizio. Si riconduce così l'inutilizzabilità entro

L'indagine sulle possibili alterazioni della fisiologia dell'esame per mezzo dei poteri di intervento presidenziale si completa con una riflessione circa la possibilità di porre domande suggestive¹²⁴. Tra le opposte soluzioni sembra preferibile quella che non vincola il presidente alla previsione di divieto¹²⁵; del resto – può essere utile ribadirlo – esso opera per l'esame diretto, in ragione della duplice esigenza di garantire la genuinità della prova e di evitare che la pregressa conoscenza dei fatti, in uno con l'eventuale comunione di intenti con l'esaminando, possano indurre la parte a 'guidare' l'esame verso uno scopo predeterminato. Si tratta, insomma, di scongiurare il rischio che la parte possa inficiare la genuinità delle risposte. L'esigenza non si pone, invece, nel corso del controesame, per la sua funzione distruttiva, confutativa, di verifica dell'attendibilità dell'esaminando e, quindi, della genuinità delle risposte fornite nel corso dell'esame diretto. Sulla base di questa premessa, e tenuto conto che il potere di conduzione e di intervento del presidente assolve la sostanziale funzione di ottenere i chiarimenti necessari ed è espressione del generale dovere di garantire la genuinità delle risposte, non può non convenirsi sul fatto che sarebbe poco ragionevole riconoscere il potere di porre domande suggestive solo alla parte controinteressata e non anche al presidente del collegio.

5.5. *Gli sviluppi ulteriori dell'esame*

L'iniziativa probatoria *ex officio* determina un'ulteriore sequenza, perché all'esito delle domande poste dal presidente le parti hanno diritto di concludere l'esame (art. 506 c.p.p.). Dunque, l'articolazione delle fasi d'esame si amplia per dare

l'ambito di un'autentica funzione di garanzia, «moderandone l'impiego di tipo meramente strumentale, quando non eversivo» e si valorizzano le parti, il cui ruolo è il tratto qualificante dell'escussione orale per mezzo dell'esame incrociato.

¹²⁴Sul punto il LAPEC – Laboratorio Permanente Esame Controesame – ha previsto che il giudice non possa formulare domande che tendono a suggerire la risposta alla persona esaminata (direttiva n. 7 delle linee-guida).

¹²⁵P. SILVESTRI, *Controesame, potere del presidente di rivolgere domande e divieto di domande suggestive*, cit., p. 1569. In senso contrario v. F. SPACCASASSI, *Considerazioni in tema di esame testimoniale*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1991, p. 497.

alle parti modo di intervenire secondo l'ordine indicato negli artt. 498 commi 1 e 2 e 503 comma 2 c.p.p.¹²⁶.

La disposizione fa riferimento al diritto d'intervento delle parti, e non solo quindi della parte che ha introdotto la prova; si è affermato pertanto che il potere di concludere l'esame spetta a ciascuna di esse¹²⁷. La qualificazione delle domande cui ha diritto la parte che ha introdotto l'esame dopo l'intervento presidenziale non è premessa necessaria per risolvere il problema se consentire alle altre di porre nuove domande: sia che si preferisca parlare di un (nuovo) esame diretto, sia che si voglia evocare la nozione di riesame, intendendo porre in evidenza che si è di fronte alla prosecuzione dopo la parentesi presidenziale dell'esame diretto già compiuto, quel che è in ogni caso essenziale è il riconoscimento alle altre parti del diritto di interloquire sulle nuove prospettive poste in luce con le domande dirette del presidente¹²⁸.

Invece, l'aspetto che la disposizione letterale non aiuta a definire con chiarezza è quello dell'articolazione della nuova sequenza. L'art. 506 comma 2 c.p.p., infatti, nel far salvo il diritto di intervento delle parti, fa riferimento ai commi 1 e 2 dell'art. 498 c.p.p. – concernenti rispettivamente l'esame diretto e il controesame – e non anche al terzo comma, che disciplina il riesame. Ciò ha indotto parte della dottrina a ritenere che si debba considerare esclusa la possibilità di un successivo

¹²⁶ Per P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 691, i poteri esercitabili dal giudice non sono "esaustivi" di altri poteri, sia nel senso che possono essere sollecitati da altri soggetti diversi dalle parti [...], sia nel senso che, una volta che siano stati esercitati dal giudice, le parti possono riprendere l'iniziativa probatoria.

¹²⁷ «Quando il presidente interviene nel corso dell'esame formulando domande dirette "si riapre il giro delle domande con l'esame diretto del p.m. o del difensore che ha chiesto l'assunzione della prova e successivamente con il controesame di tutte le altre parti». Così Cass., Sez. III, 15 marzo 1994, Di Santo, in *Giur. it.*, 1995, c. 517, con nota adesiva di R. TRACCIANO, *Domande del presidente e diritto delle parti di concludere l'esame*.

¹²⁸ Con riguardo al potere del giudice di integrare l'istruzione dibattimentale, l'articolato licenziato dalla Commissione Dalia – in AA.VV., *Verso un nuovo processo penale. Opinioni a confronto sul progetto di riforma Dalia*, cit. – prevede che, al termine dell'assunzione della testimonianza ad opera delle parti, il giudice, nell'ambito delle circostanze oggetto dell'esame, del controesame e del riesame, possa rivolgere domande al soggetto esaminato, osservando le regole per l'esame e fermo il diritto delle parti di concludere l'assunzione del mezzo di prova, formulando domande solo nell'ambito delle circostanze emerse a seguito delle domande del giudice (precisazione oggi assente nella disciplina vigente).

riesame¹²⁹, pur se vi è chi, in senso contrario, ha osservato che la riapertura del caso ad opera del presidente renda irragionevole la conclusione che la successiva nuova escussione non possa estendersi sino alla fase di riesame¹³⁰. In questa prospettiva, il rinvio all'art. 498 commi 1 e 2 c.p.p. avrebbe la più limitata funzione di stabilire l'ordine di formulazione delle domande¹³¹.

La *ratio* del riconoscimento del potere si giustifica solo alla luce dell'esigenza di compensare le eventuali disfunzioni dello scontro dibattimentale. Ciò non toglie che a livello applicativo si possa assistere ad un esercizio del potere giudiziale che trascenda la mera funzione di correttivo delle carenze delle parti¹³².

Definita nella sua più o meno ampia espansione la sequenza d'esame, occorre interrogarsi su quali siano le conseguenze delle eventuali determinazioni presidenziali di precludere un così ampio sviluppo, negando in particolare il diritto al controesame, ma anche, ove si ammetta la soluzione più estesa, al riesame.

La giurisprudenza di legittimità ha in qualche occasione fatto riferimento alla nullità d'ordine generale, configurando in specie il diritto al controesame come strumento di intervento e di assistenza dell'imputato¹³³, con ovvia rifrazione, per quel che attiene alla posizione del pubblico ministero, in termini di potere di partecipazione al procedimento.

Ancora una volta, la tesi dell'inutilizzabilità si scontra con la difficoltà di prefigurarne l'operatività al di là delle ipotesi in

¹²⁹Propendono per simile interpretazione restrittiva A. AVANZINI, *L'esame dibattimentale delle fonti di prova personali*, cit., p. 65; E. FASSONE, *Il dibattimento: ammissione ed assunzione della prova*, in AA.VV., *Contributo allo studio del nuovo codice di procedura penale*, a cura di G. CANZIO-D. FERRANTI-A. PASCOLINI, Giuffrè, Milano, 1989, p. 226; G. GIANZI, *Esame diretto e controesame*, cit., p. 596; G. UBERTIS, *Giudizio di primo grado (disciplina del) nel diritto processuale penale*, cit., p. 537.

¹³⁰In tal senso cfr. D. MANZIONE, *Artt. 506 c.p.p.*, cit., p. 386, e G. FRIGO, *Art. 498 c.p.p.*, cit., p. 251, per il quale a tale conclusione si perviene attraverso l'interpretazione sistematica che valorizza il rinvio alle modalità di cui all'art. 503 c.p.p. richiamato dalla disposizione.

¹³¹Cfr., da ultimo, G. DEAN, *Il difficile equilibrio tra parti e giudice nell'assunzione della prova dibattimentale mediante l'esame*, cit., p. 275 ss.

¹³²È questo il pensiero di R. TRACCIANO, *Domande del presidente e diritto delle parti di concludere l'esame*, cit., c. 516.

¹³³Cfr. la già citata sentenza della terza sezione della cassazione, 15 marzo 1994 n. 3125, Di Santo, in *C.E.D. Cass.*, n. 198598.

cui ricorra la violazione dei divieti attinenti l'*an* della prova, e cioè in ambiti attinenti alle violazioni del modello legale di assunzione, che per orientamento maggioritario soprattutto in giurisprudenza sono riservati alla nullità¹³⁴.

Il canovaccio interpretativo si ripropone, valorizzando il fatto che nel progetto preliminare al codice si parlava di inutilizzabilità esclusivamente per le prove ammesse in violazione dei divieti stabiliti dalla legge e che, soltanto nel testo definitivo, si è offuscato il nitore concettuale sotteso a quell'articolato, con l'aggiunta nell'attuale articolo 191 c.p.p. del riferimento alle prove illegittimamente acquisite, che è peraltro ribadito nell'art. 526 c.p.p.

Epperò, proprio in forza di queste ultime disposizioni si è strutturato un diverso orientamento che guarda all'inutilizzabilità come risposta sia alla violazione dei divieti probatori sia ai vizi concernenti le modalità acquisitive della prova¹³⁵, almeno in riferimento agli atti probatori della fase dibattimentale, visto che l'art. 526 c.p.p. menziona l'inutilizzabilità per le distorsioni delle modalità di acquisizione della prova al dibattimento¹³⁶.

¹³⁴In tal senso cfr., per tutti, G. LOZZI, *Riflessioni sul nuovo processo penale*, Giappichelli, Torino, 1992, p. 114 ss.

¹³⁵Così M. NOBILI, *Art. 191 c.p.p.*, in *Commento al codice di procedura penale*, coordinato da M. CHIAVARIO, II, Utet, Torino, 1991, p. 412. Nei medesimi termini cfr. anche F.M. GRIFANTINI, *Inutilizzabilità*, in *Digesto delle Discipline Penalistiche*, VII, Utet, Torino, 1993, p. 245.

¹³⁶A. NAPPI, *Guida al nuovo codice di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 158 ss.; A. SCELLA, *Sul valore probatorio delle disposizioni assunte anteriormente al mutamento di composizione del collegio giudicante*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 1306.

CAPITOLO IV

LE PARTICOLARI MODALITÀ DELL'ESAME

SOMMARIO: 1. La conduzione presidenziale per accordo delle parti. – 2. L'esame del minore. Premessa. – 2.1. *Segue*: la disciplina. – 2.2. *Segue*: le scansioni d'esame. Una proposta dalla prassi. – 3. L'esame dell'imputato nell'udienza preliminare. – 4. L'esame dei periti e dei consulenti tecnici. – 5. L'esame in appello.

1. LA CONDUZIONE PRESIDENZIALE PER ACCORDO DELLE PARTI

L'attribuzione al presidente del potere di condurre l'esame, di porre in via principale le domande se pure su indicazione delle parti, a volte è misura che il legislatore impone per la tutela degli interessi che vengono coinvolti nello scontro, talvolta duro e aspro, che si realizza nell'esame incrociato; altre è facoltà rimessa alle parti, che possono valutare, nella singola vicenda, se sia preferibile che all'esame non si proceda nelle forme ordinarie. Quest'ultima ipotesi è stata prevista sulla falsariga delle norme sul giudizio pretorile per il dibattimento dinanzi al tribunale in composizione monocratica¹. Ed infatti,

¹«Il rapporto regola (esami svolti dalle parti)-eccezione (conduzione affidata al giudice) ne esce calibrato in termini più chiari rispetto alla scansione precedentemente descritta nel comma 4 dell'art. 567 c.p.p. In tale sede veniva infatti previsto che l'accordo delle parti legittimasse il pretore ad afferrare le redini dell'escussione testimoniale; era cioè espressamente contemplata l'anomalia, mentre la regola principale rimaneva, per così dire, sullo sfondo: nelle prassi applicative, l'invadenza di un giudice che interrompeva il regolare flusso dell'esame (o del controesame) con proprie domande trovava nell'ambiguità del dettato normativo un comodo varco. Bandita dall'attuale testo ogni inclinazione favorevole al protagonismo del giudice – saranno le parti a dover rinunciare esplicitamente alla conduzione dell'esame e del controesame, richiedendo l'intervento di quest'ultimo –, acquista più forza quella (risalente) interpretazione intesa a circoscrivere ai procedimenti di particolare semplicità il potere dell'organo monocratico di condurre direttamente l'esame dei testimoni e delle parti». Così, testualmente,

l'art. 559 comma 3 c.p.p., dopo aver stabilito che l'esame diretto ed il controesame dei testimoni, dei periti, dei consulenti tecnici, delle persona indicate nell'art. 210 c.p.p. e delle parti private sono svolti dal pubblico ministero e dai difensori, aggiunge che «su concorde volontà delle parti l'esame può essere condotto direttamente dal giudice sulla base delle domande e delle contestazioni proposte dal pubblico ministero e dai difensori». Allo stesso modo si procede nei dibattimenti innanzi al giudice di pace; qui, anzi, la devoluzione dell'esame al giudice è maggiormente favorita potendo bastare un consenso tacitamente prestato².

Si tratta decisamente di scelta anomala³: se si considera che il giudice ha una scarsa conoscenza dei fatti di causa, perché ancorata agli atti del fascicolo per il dibattimento ed alle indicazioni circa i fatti da provare che gli provengono attraverso le richieste di prova delle parti, si comprende come egli possa avere difficoltà a condurre l'esame⁴. Appare allora decisamente ragionevole la ricostruzione operata dalla dottrina secondo cui, pur quando le parti chiedano al giudice di condurre l'esame, questi non ne sia affatto obbligato, residuandogli sempre la facoltà di valutare se la lettura degli atti gli assicuri una comprensione della fattispecie processuale tale da rendergli possibile la conduzione diretta dell'esame. Può conclusivamente ritenersi che, nonostante la formulazione legislativa sembri subordinare la conduzione diretta dell'esame al solo accordo delle parti, l'escussione diretta sia possibile a condizione di un doppio presupposto, costituito dall'accordo delle parti e dalla decisione positiva del giudice⁵.

A. BERNASCONI, *Conferme e innovazioni nella disciplina del dibattimento davanti al tribunale monocratico*, in AA.VV., *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico (l. 16 dicembre 1999, n. 479)*, a cura di F. PERONI, Cedam, Padova, 2000, pp. 729-730.

²In argomento si veda A. MARANDOLA, *Il procedimento penale innanzi al giudice di pace*, in *Trattato di procedura penale*, a cura di G. SPANGHER, vol. 7, tomo I, Utet, Torino, 2011, p. 214.

³Così G. NEPPI MODONA-E. SELVAGGI, *Procedimento davanti al pretore*, in *Digesto Discipline Penali*, Utet, Torino, 1995, p. 108.

⁴E. MARZADURI, *Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, in AA.VV., *Compendio di procedura penale*, a cura di G. CONSO-V. GREVI, Cedam, Padova, 2012, pp. 885 ss.

⁵Ad avviso di G. GARUTI, *Il procedimento per citazione diretta a giudizio davanti al tribunale*, in *Trattato di procedura penale*, a cura di G. UBERTIS-G.P. VOENA, Giuffrè, Milano, 2003, p. 222, la decisione del giudice deve assumere la forma dell'ordinanza dal momento che, pur sussistendo un

L'interpretazione risulta avvalorata dalla relazione al progetto preliminare del codice di rito, nella quale si precisa che questo «più celere e semplificato modello di formazione della prova potrà essere attuato solo ove la semplicità del caso lo consenta»⁶.

La dottrina non esclude peraltro la possibilità che l'escussione diretta da parte del giudice riguardi solo alcune e non già tutte le prove⁷; così come reputa sussistente il diritto di revoca sia per il caso in cui il giudice non si senta in grado di assolvere il compito affidatogli, sia per quello in cui le parti non siano soddisfatte dell'andamento dell'escussione⁸.

A voler ricercare il senso dell'attribuzione del potere d'esame al giudice, lo si potrebbe rinvenire nella volontà di semplificare il meccanismo dei controlli sulla correttezza delle domande. Il giudice non formula pedissequamente le domande indicate dalle parti, ma pone le domande «sulla base» di quelle

accordo fra le parti, il provvedimento è volto ad alterare sensibilmente la regola dell'escussione probatoria ad opera delle parti, destinata comunque a rimanere l'opzione principe anche in sede di citazione diretta a giudizio come emerge dalla lettera dell'art. 559 comma 3 c.p.p.

⁶E. MARZADURI, *Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, cit., p. 885. Alla medesima conclusione si era pervenuti anteriormente alla legge Carotti con riferimento al giudizio pretorile; e ciò sia per l'utilizzo dell'espressione «può» riferita al giudice, sia in virtù della considerazione che in questa materia il coinvolgimento della volontà del giudice si spiega con il fatto che egli conosce del processo soltanto gli atti contenuti nel fascicolo per il dibattimento e quindi sembra opportuno lasciare a lui l'ultima parola in ordine allo svolgimento dell'esame. Così A. PIGNATELLI, *Il procedimento davanti al pretore*, in E. FORTUNA-S. DRAGONE-E. FASSONE-R. GIUSTOZZI-A. PIGNATELLI, *Manuale pratico del nuovo processo penale*, Cedam, Padova, 1995, p. 960 ss.

⁷Sull'ampiezza della delega al giudice cfr. F. SIRACUSANO, *L'udienza di comparizione e il dibattimento avanti al giudice monocratico*, in AA.VV., *Le recenti modifiche al codice di procedura penale. Commento alla legge 16/12/1999 n. 479 (c.d. legge Carotti)*, vol. II, *Le innovazioni in tema di giudizio*, a cura di G. PIERRÒ, Giuffrè, Milano, 2000, p. 104, per il quale «nulla esclude che si possa parlare di una delega parziale, di una delega relativa all'assunzione di alcune prove, che venga revocata, magari dopo l'istruzione dibattimentale, dopo che il giudice precedentemente delegato dalle parti, abbia proceduto, soltanto in parte, all'acquisizione del materiale probatorio preconizzato nelle "liste"».

⁸M.F. CORTESI, *Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, in *Trattato di procedura penale*, a cura di G. SPANGHER, vol. 4, tomo I, Utet, Torino, 2010, p. 762; nello stesso senso già F. SIRACUSANO, *L'udienza di comparizione e il dibattimento avanti al giudice monocratico*, cit., p. 105.

formulate dalle parti: ha dunque il potere di articolare diversamente la domanda e di selezionare quelle da formulare. Svolge così un ruolo di filtro immediato sulle proposte di parte garantendo più celermente la corretta acquisizione della prova.

Eppure, non manca chi ha rilevato come il meccanismo non agevoli il controllo di pertinenza delle domande, che resta confinato nei ristretti limiti del patrimonio conoscitivo offerto dalle stesse parti con le richieste probatorie. All'osservazione potrebbe risponderci che, tutto sommato, la deroga alle forme ordinarie d'esame dovrebbe operare nei casi di dibattimento non particolarmente complesso e, quindi, nei casi in cui il presidente può provvedere all'atto senza significative controindicazioni⁹. Il reale rischio è piuttosto che il tempo di cui necessita il giudice per la formalizzazione della domanda possa finire col permettere all'esaminando di organizzare un certo tipo di risposta.

2. L'ESAME DEL MINORE. PREMessa

La scelta per l'esame a conduzione presidenziale può legarsi – lo si è detto –, oltre che a ragioni di semplificazione delle forme, ad esigenze di tutela di interessi prevalenti, che esigono un 'raffreddamento' delle tensioni, in qualche modo fisiologiche nell'esame a conduzione di parte.

Ed invero, i presidi legali di garanzia – costituiti soprattutto dalla posizione di arbitro attribuita al presidente del collegio, o al giudice, con significativi poteri di intervento, di correzione e di inibizione dei comportamenti delle parti – non sono più sufficienti quando ad essere esaminato sia un minore, soggetto strutturalmente meno capace di affrontare senza rischi le sollecitazioni, a volte brusche, che fanno dell'esame incrociato un valido strumento di costruzione della verità¹⁰.

⁹Così, sia pur con riferimento al procedimento pretorile, F. SIRACUSANO, *L'udienza di comparizione e il dibattimento avanti al giudice monocratico*, cit., p. 103.

¹⁰Per interventi successivi della Corte costituzionale la disciplina di protezione è stata estesa al maggiorenne infermo di mente. In particolare, Corte cost., 30 luglio 1997 n. 283, ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 498 c.p.p. nella parte in cui non consentiva, nel caso di testimone maggiorenne infermo di mente, che il presidente, sentite le parti, ove ritenesse che l'esame ad opera delle parti potesse nuocere alla personalità dello stesso, conducesse direttamente l'esame su domande e contestazione proposte dalle parti. A

La testimonianza del minore, ancorché ontologicamente non dissimile da ogni altra, è considerata 'debole', perché tale è

differenza di quanto previsto per il minore, l'applicazione della disciplina di protezione è subordinata ad una verifica caso per caso, dato che nell'ipotesi dell'infermo di mente «le situazioni concrete possono essere le più varie, in relazione al tipo e alla maggiore o minore gravità dell'infermità della persona maggiorenne chiamata a testimoniare». Ancora, Corte cost., 29 gennaio 2005 n. 63, ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 498 c.p.p. nella parte in cui non prevedeva che l'esame del maggiorenne infermo di mente vittima del reato potesse effettuarsi, su richiesta sua o del difensore, mediante l'uso di un vetro a specchio unitamente ad un impianto citofonico; e dell'art. 398 comma 5-*bis* c.p.p. nella parte in cui non prevedeva che il giudice potesse provvedere nei modi ivi previsti (con modalità particolari di protezione) all'assunzione della prova ove fra le persone interessate ad essa vi fosse un maggiorenne infermo di mente, sempre che le esigenze di quest'ultimo lo rendessero necessario od opportuno. Ha poi sottolineato come «rendere testimonianza in un procedimento penale, nel contesto del contraddittorio, su fatti e circostanze legati all'intimità della persona e connessi a ipotesi di violenze subite, è sempre esperienza difficile e psicologicamente pesante: se poi chi è chiamato a deporre è persona particolarmente vulnerabile, più di altre esposta ad influenze e a condizionamenti esterni, e meno in grado di controllare tale tipo di situazioni, può tradursi in un'esperienza fortemente traumatizzante e lesiva della personalità. D'altra parte, l'adozione in questi casi di speciali modalità protette di assunzione della prova, quanto a luogo, ambiente, tempo, assistenza di persone che conoscano il teste o di esperti, nonché a modi concreti di procedere all'esame, non solo non contrasta con altre esigenze proprie del processo, ma, al contrario, concorre altresì ad assicurare la genuinità della prova medesima, suscettibile di essere pregiudicata ove si dovesse procedere ad assumere la testimonianza con le modalità ordinarie (cfr. sentenze n. 283 del 1997, n. 114 del 2001 e n. 529 del 2002). L'apprezzamento in concreto delle condizioni e delle circostanze che impongano o consiglino il ricorso, anche nel caso dell'infermo di mente, a siffatte speciali modalità, previste dal legislatore nel caso di testimonianza del minore o del minore infrasedicenne, deve essere rimesso al giudicante, in relazione alla varietà possibile di situazioni». Infine, il legislatore è intervenuto modificando l'art. 498 comma 4-*ter* c.p.p. – d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 convertito in l. 23 aprile 2009, n. 38 – ed ha così esteso l'operatività della previsione alle ipotesi di reato previste dall'art. 612-*bis* c.p. (reato di *stalking*) ed ha inserito fra i fruitori delle speciali modalità di assunzione della testimonianza il «maggiorenne infermo di mente vittima del reato». La giurisprudenza di legittimità, rifacendosi alle indicazioni della Corte costituzionale, ha affermato che il principio in forza del quale il presidente del collegio ha il potere di condurre l'esame nel caso di teste maggiorenne infermo di mente ha valenza generale, in quanto si applica, oltre che nei casi di infermità o seminfermità mentale, anche a tutte le ipotesi di rilevante insufficienza psichica del teste, intesa come *deficit* intellettuale, facile suggestionabilità e difficoltà a gestire l'ansia – Cass., Sez. III, 2 marzo 2006 n. 16030, Marzano, in *C.E.D. Cass.*, n. 234191 –.

il soggetto che la rende¹¹: per le condizioni psicologiche, la facile influenzabilità, l'incompiuta maturazione dei meccanismi di conoscenza del mondo e di esposizione verbale.

Il legislatore, allora, non poteva non farsi carico di una maggiore tutela del minore, spesso costretto a ripercorrere durante il processo un vissuto di esperienze traumatizzanti¹².

Peraltro, la particolare modalità disciplinata dal codice, oltre che ad esigenze di protezione, serve ad evitare che la fragilità emotiva possa essere utilizzata nell'argomentazione critica per svilire il risultato probatorio. Dunque, l'adozione di cautele, volte a metterlo al riparo dai rischi per la sua personalità ancora in formazione, vale anche a rafforzare il valore probatorio delle sue dichiarazioni, atteso che l'assunzione in un contesto di maggiore serenità e fuori da possibili contaminazioni risulta essere garanzia di affidabilità.

Quali che siano, però, le misure legislative, la necessaria protezione dell'esame testimoniale del minore non si realizza senza la rigorosa e professionale osservanza di un metodo forgiato dalla consapevolezza dei rischi potenziali dell'esame; un metodo idoneo ad assicurare la genuinità del risultato, mettendo la fonte al riparo sia dall'incapacità dell'interrogante di relazionarsi correttamente col minore, e quindi da facili suggestioni; sia dalle argomentazioni demolitorie di quanti intendano confutarne le dichiarazioni con approccio semplicistico. La stretta compenetrazione finalistica delle regole di protezione del minore con il risultato probatorio non consente, insomma, una selezione tra disposizioni dirette esclusivamente alla tutela della personalità e disposizioni che attengono alla correttezza cognitiva dello strumento.

Di qui l'incertezza nell'individuazione dei soggetti legittimati a reagire contro le violazioni delle regole di protezione del minore e la non facile risposta al quesito se a

¹¹Questa consapevolezza emerge con chiarezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale che ha sottolineato «l'esigenza, costituzionalmente rilevante, di assicurare, nella assunzione della testimonianza di soggetti "fragili" – come i minori e gli infermi di mente – modalità che garantiscono la tutela della personalità e la genuinità della prova». Così Corte cost., 18 dicembre 2002 n. 529.

¹²L'esigenza di tutelare le vittime in sede di testimonianza dalla cd. «vittimizzazione secondaria» è affrontata da L. LUPARIA, *L'audizione della vittima e il diritto di produrre elementi probatori*, in *Linee guida per la tutela processuale delle vittime vulnerabili*, a cura di T. ARMENTA DEAU-L. LUPARIA, Giuffrè, Milano, 2011, p. 20 ss.

tanto siano legittimate, oltre che il minore, anche le parti, in quanto interessate al risultato di prova.

La giurisprudenza di legittimità ha risolto la questione affermando che la nullità d'ordine generale prospettabile per il caso in cui non sia osservata la regola dell'assistenza affettiva e psicologica del minore persona offesa di specifici fatti criminosi – art. 609-*decies* c.p. – non possa essere dedotta dalle parti, non ravvisandosi in capo ad esse alcun interesse, e ciò perché la disposizione è unicamente a tutela del minore¹³. Fragile argomento, questo, che trascura la premessa circa la stretta connessione con il fine di rafforzamento della credibilità dell'apporto dichiarativo e che, per il vero, sembra rispondere a un'esigenza che pervade per intero la materia, di sterilizzare quanto più possibile i fattori di potenziale crisi dei tempi processuali, restringendo gli spazi di intervento delle parti in ordine alle modalità di svolgimento degli esami. L'interesse delle parti, infatti, non può essere negato se si accetta che le misure di protezione presidiano personalità del minore e credibilità delle sue dichiarazioni in un intreccio inestricabile, entro il quale è impossibile tracciare la linea di separazione di quel che appartiene soltanto al minore da quel che, invece, si rifrange sulle posizioni di tutte le parti coinvolte nell'attività di ricostruzione dei fatti.

2.1. Segue: *la disciplina*

Una prima regola di cautela è contenuta nell'art. 498 comma 4 c.p.p., ove si dispone che l'esame è condotto dal presidente su domande e contestazioni proposte dalle parti¹⁴.

¹³È inammissibile, per carenza d'interesse, l'impugnazione dell'imputato che deduce la violazione delle norme che prescrivono particolari cautele per l'assunzione della prova testimoniale del minore, trattandosi di modalità previste nell'esclusivo interesse di quest'ultimo (Cass., Sez. III, 30 settembre 2009 n. 42899, R., in *C.E.D. Cass.*, n. 245376).

¹⁴Il divieto di porre al testimone domande suggestive non opera né per il giudice né per l'ausiliario di cui il giudice si avvalga nella conduzione dell'esame testimoniale del minorenne – Cass., Sez. III, 28 ottobre 2009 n. 9157, C., in *C.E.D. Cass.*, n. 246205 –. In motivazione la Corte ha precisato che l'eventuale vizio di acquisizione delle dichiarazioni effettuate dal minore non integra un problema di utilizzabilità, ma può formare oggetto di gravame sotto il profilo dell'attendibilità del risultato della prova a causa delle modalità della sua assunzione.

Evidente la *ratio* della norma: il presidente non ha informazioni sui fatti d'esame e non può che procedere in base alle domande della parte richiedente e poi di quelle delle altre parti, secondo l'ordine di cui agli artt. 498 comma 2 e 496 c.p.p.; non gli è comunque impedito un significativo potere di mediazione in ordine alle domande proposte, esercitabile sulla base della considerazione dei profili di fatto desumibili dall'imputazione, dalle circostanze indicate in lista, dall'esposizione introduttiva e dalle risultanze dell'istruzione sino a quel momento compiuta.

Contemporaneamente, l'esigenza di non comprimere oltre misura il diritto delle parti di condurre direttamente l'esame legittima l'intervento giudiziale, nelle forme dell'ordinanza, per la prosecuzione nelle forme ordinarie per il caso in cui si sia concretamente sperimentato il raggiungimento nel minore di un livello di maturità tale da sopportare le sollecitazioni dell'esame incrociato; ordinanza, peraltro, sempre revocabile al venir meno dei presupposti che ne hanno consentito l'emissione.

In ogni caso, ciò che deve essere assolutamente evitata è la sovrapposizione delle domande di più soggetti; e per tale eventualità il rimedio si sostanzia nell'esercizio dei compiti direttivi del presidente.

Del resto, secondo la più accreditata lettura la generale correttezza del procedere è affidata ai poteri di tipo preventivo del presidente, mancando una sanzione anche per l'eventualità che si dia corso all'esame diretto delle parti senza il previo positivo esperimento presidenziale. La tesi diffusa è che in tale situazione si configuri una mera irregolarità¹⁵.

Altra cautela risiede nella facoltà del presidente di richiedere l'assistenza all'esame di un familiare del minore o di un esperto in psicologia infantile, pur sempre nella duplice

¹⁵Peraltro, la giurisprudenza di legittimità non disconosce che l'attribuzione del potere d'esame al presidente, in luogo delle parti, sia una forma di limitazione del pieno contraddittorio nella formazione della prova, giustificando costituzionalmente la previsione codicistica con il principio di contenimento di cui all'art. 111 comma 5 Cost., per il quale «la legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio»: di qui la dichiarazione di manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 498 comma 4 c.p.p., sollevata per la violazione degli artt. 3, 24 secondo comma e 111 Cost., nella parte in cui prevede la conduzione diretta da parte del presidente dell'esame testimoniale del minorenne, perché realizza un ragionevole bilanciamento tra i diritti dell'imputato e i diritti del minore – Cass., Sez. III, 30 settembre 2009 n. 42899, R., in *C.E.D. Cass.*, n. 245377 –.

prospettiva di tutelarne la personalità e di garantirne la serenità, entrambe precondizioni per l'attendibilità delle dichiarazioni stesse¹⁶.

Si ha così un complesso di presidi di garanzia, con cui il legislatore ha inteso dare attuazione alla direttiva 73.2 della legge-delega per il vigente codice di rito.

A ben vedere, però, la direttiva si limitava alla previsione che l'esame dei testimoni minorenni potesse essere svolto in ogni momento dal giudice in ragione delle esigenze di tutela della loro personalità. Con la cristallizzazione dell'astratta inidoneità dell'esame incrociato a salvaguardare la personalità del minore – presunzione superabile solo in forza di un accertamento in concreto della praticabilità del modello ordinario di esame –, il legislatore delegato sembra esser andato oltre quelle prescrizioni, che non richiedevano, come presupposto per lo svolgimento dell'esame nelle forme ordinarie, una valutazione di opportunità caso per caso.

Maggiore fedeltà alla previsione di delega avrebbe dovuto comportare la messa in campo di un congegno con modalità

¹⁶Perplessità per la disposizione sono espresse da C. PANSINI, *Le dichiarazioni del minore nel processo penale*, Cedam, Padova, 2001, p. 116. Per l'Autrice, non comprendendosi come e quando il presidente si dovrebbe avvalere del familiare o dell'apporto dell'esperto in psicologia infantile, la previsione è destinata a rimanere lettera morta o quantomeno ad essere lasciata alla discrezionalità illimitata e alla sensibilità dell'organo giudiziario. Sul tema cfr. anche D. CARPONI SCHITTAR-G. BELLUSSI, *L'esame orale del bambino nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2000.

¹⁶Le particolari cautele dettate dall'art. 498 comma 4 c.p.p. per l'esame testimoniale del minorenne – la cui adozione è rimessa al potere discrezionale del giudice del dibattimento – non si applicano in sede di sommarie dichiarazioni rese dal minorenne nel corso delle indagini preliminari. Da tale principio, peraltro, non può ricavarsi un divieto alla partecipazione del genitore all'assunzione delle dichiarazioni del minorenne nella fase delle indagini preliminari, né un tale divieto è sancito in qualche altra norma dell'ordinamento. Da queste premesse la Suprema Corte – Cass., Sez. IV, 9 novembre 2006 n. 3576/2007, Porretti, in *C.E.D. Cass.*, n. 236016 – ha rigettato la doglianza articolata sul rilievo dell'inattendibilità delle dichiarazioni accusatorie rese da un minorenne per il fatto che questi, nella fase delle indagini preliminari, era stato sentito alla presenza del genitore (si trattava di circostanza che poteva in ipotesi influire sull'attendibilità del minore, ma non integrava alcuna nullità stante il principio di tassatività delle nullità). Cfr., inoltre, Cass., Sez. III, 14 dicembre 2007 n. 6464/2008, G., in *C.E.D. Cass.*, n. 239090, secondo cui l'applicazione, in sede di indagini preliminari, delle particolari cautele dettate dall'art. 498 comma quarto c.p.p. per l'esame testimoniale del minore è rimessa alla valutazione del giudice che, di volta in volta, ne ravvisi la necessità ai fini della tutela del minore stesso.

invertite; avrebbe dovuto consentire la deroga al regime ordinario solo in caso di emersione in corso di esame di fattori di turbamento della serenità del minore. Evidentemente i poteri presidenziali di moderazione dell'esame incrociato e di tutela del dato probatorio, previsti in via generale dall'art. 499 commi 4 e 6 c.p.p., non sono stati ritenuti sufficienti.

Le ragioni non possono che rinvenirsi nel bisogno di tutela della 'serenità' del minore; per cui l'esigenza di spontaneità e genuinità delle risposte, pure indispensabile per i riflessi sull'accertamento del fatto-reato e della responsabilità del suo autore, ha ricevuto solo una tutela mediata¹⁷.

Sull'attribuzione del potere di domanda al presidente si registrano critiche e diversità di posizioni dottrinali.

Ciò che si contesta è la previsione che – senza alcuna distinzione né attenzione alla specificità della situazione concreta – si proceda per mezzo delle domande del giudice, e che solo ad escussione iniziata questi possa disporre la prosecuzione nelle forme ordinarie. A non essere condivisa è la scelta che fa dell'esame diretto e del controesame l'oggetto di una sorta di concessione, laddove la previsione di delega sembra mantenerli all'interno di un'area di diritto, pure se comprimibile da un provvedimento giudiziale¹⁸. Il meccanismo conforme a direttiva sarebbe stato inverso: si sarebbe dovuto accordare al giudice o al presidente del collegio il potere di sostituirsi alle parti quando la situazione lo avesse richiesto. Si sarebbe in tal modo dettata una disciplina idonea ad assicurare le garanzie della persona (valorizzate dalla direttiva), «che non possono, di per sé e automaticamente, far venire meno il diritto all'esame diretto e al controesame; al più esse pretendono una limitazione in concreto, realizzata attraverso il controllo moderatore del presidente»¹⁹. A questo fine mirava la lettera della delega nel prevedere che l'esame del teste minorenni «possa essere effettuato in ogni momento dal giudice»: essa ipotizzava, cioè, un giudice chiamato ad impedire che la serenità del minore possa essere compromessa dall'esercizio del diritto delle parti.

¹⁷Così, testualmente, C. PANSINI, *Le dichiarazioni del minore nel processo penale*, cit., pp. 114-115.

¹⁸Nella *Relazione al progetto preliminare al c.p.p.*, in *Spec. Doc. Giust.*, 1990, p. 262, non si rintraccia alcuna argomentazione a favore della scelta compiuta né alcuna espressione di consapevolezza della possibile alternativa.

¹⁹Così G. FRIGO, *Art. 498 c.p.p.*, cit., p. 252.

Secondo altra posizione, l'abbandono del metodo dell'esame incrociato è, di per sé, del tutto insoddisfacente, perché il minore è pur sempre esposto all'impatto con l'aula giudiziaria e perché la conduzione dell'esame mediato dal presidente è «congegno macchinoso e dal funzionamento poco fluido»²⁰. Inoltre, l'assenza di una previsione di inefficacia probatoria, in caso di mancata adozione delle particolari modalità di esame, segna un vuoto di tutela²¹.

Nonostante le perplessità dottrinali, l'opzione per l'esame a conduzione presidenziale è stata ribadita e rafforzata dal legislatore delle novelle degli anni novanta con le leggi nn. 66 del 15 febbraio 1996 e 269 del 3 agosto 1998²².

La prima configura una ipotesi di incidente probatorio nei procedimenti per alcuni reati di natura sessuale e per il caso in cui debba essere escusso un minore di anni sedici, sul presupposto che il ricorso all'incidente assicura celerità e modalità più adeguate nell'assunzione della prova, evitando ripetizioni di un ascolto che potrebbero risultare dannose per la serenità dell'esaminato e per la genuinità delle dichiarazioni²³.

Con la stessa riforma si è poi introdotto l'obbligo di procedere sempre a porte chiuse nei dibattimenti in cui il minore risulti persona offesa di alcuni reati sessuali, nonché il divieto di porre domande che abbiano ad oggetto la vita privata o la sessualità della persona offesa, a meno che le stesse non siano necessarie alla ricostruzione dei fatti (art. 472 comma 3-*bis* c.p.p.).

²⁰T. PROCACCIANTI, *L'esame incrociato*, in C. DE MARTINO-T. PROCACCIANTI, *La prova testimoniale nel processo penale*, Cedam, Padova, 2010, p. 267.

²¹Cass., Sez. I, 21 febbraio 1997 n. 2690, Mirino, in *C.E.D. Cass.*, n. 207271.

²²Viene introdotta nell'art. 392 c.p.p. un'ulteriore ipotesi di incidente probatorio che, prescindendo dai presupposti generalmente richiesti, permette l'assunzione anticipata di dichiarazioni rese da minori: la legge 15 febbraio 1996 n. 66 (norme sulla libertà sessuale) inserisce nella norma il comma 1-*bis*, poi ampliato con la successiva legge n. 269 del 3 agosto 1998 (legge sulla pedofilia e sullo sfruttamento sessuale dei minori), cui infine si è aggiunta la legge n. 228 dell'11 agosto 2003 (in materia di misure contro la tratta di persone in tema di reati sessuali).

²³Per Cass., Sez. III, 18 marzo 2009 n. 26341, Castelli ed altro, in *C.E.D. Cass.*, n. 244372, il giudice dell'incidente probatorio in un procedimento per reati sessuali dispone discrezionalmente l'assunzione protetta della prova a cui siano interessati un minore o un maggiorenne infermo di mente, senza necessità di una richiesta in tal senso di costoro o del loro difensore.

La seconda novella amplia in modo significativo il grado di cautele adottabili a protezione del minore, con la previsione dell'applicabilità, anche al dibattimento, delle forme eccezionali di assunzione della prova dichiarativa previste dall'art. 398 comma 5-*bis* c.p.p.²⁴, nonché dell'utilizzo, per l'esame del minore vittima di reati di violenza sessuale o di prostituzione minorile, di un vetro a specchio unito ad un impianto citofonico²⁵.

Le soluzioni legislative non hanno trovato pieno consenso e sono state tacciate, non senza ragione, di confusione: se, infatti, il ricorso all'incidente probatorio consente di raccogliere le dichiarazioni del minore con celerità ed in prossimità al verificarsi dei fatti; e se il meccanismo dell'art. 190-*bis* c.p.p. consente di dar lettura delle dichiarazioni in modo da evitare pericolose esposizioni nello scontro dibattimentale²⁶, la previsione che consente la deroga all'esame in dibattimento per apprezzamento giudiziale o su richiesta di parte motivata da specifiche esigenze apre ad una ampia discrezionalità valutativa, considerata la genericità delle clausole relative alla

²⁴Nel caso di esame protetto di minori di anni sedici nelle forme dell'incidente probatorio (art. 398 comma 5-*bis* c.p.p.) non ricorre alcuna ipotesi di nullità ove sia il giudice a condurre direttamente l'assunzione della prova testimoniale, in quanto l'esperto in psicologia infantile, eventualmente nominato ai sensi dell'art. 498 comma 4 c.p.p., ha solo la funzione di assistere il giudice fornendo sostegno psicologico al minore ovvero di indicare le modalità con cui devono essere preferibilmente poste le domande. Così è per Cass., Sez. III, 15 febbraio 2008 n. 11130, G., in *C.E.D. Cass.*, n. 239003. Conforme Cass., Sez. III, 15 novembre 2003 n. 1048, Marasco, in *C.E.D. Cass.*, n. 223227.

²⁵Su questi temi cfr. L. DE CATALDO NEUBURGER, *L'esame del minore*, in L. DE CATALDO NEUBURGER, *Abuso sessuale di minore e processo penale: ruoli e responsabilità*, Cedam, Padova, 1997, p. 119; C. CABRAS, *Il bambino come prova negli abusi sessuali. Psicologia della prova*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 185; N. GALANTINI, *Commento all'art. 13 e 14 l. n. 66 del 1996*, in A. CADOPPI, *Commentari delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, Cedam, Padova, 1999, p. 375; nonché più di recente, G. SPANGHER, *Le norme contro la pedofilia*, in *Dir. pen. e proc.*, 1998, p. 1232.

²⁶A giustificare la totale permeabilità del dibattimento rispetto ad atti non indifferibili e geneticamente rinviabili è – per C. PANSINI, *Le dichiarazioni del minore nel processo penale*, cit., p. 126 – la tutela dell'integrità psicofisica dell'infrasedicenne, il quale trovandosi in uno stadio evolutivo della sua personalità riceverebbe sicuro nocimento dal dovere rievocare ripetutamente episodi delicati o traumatici della sua esistenza, o perché li abbia subiti, quale soggetto passivo, o perché ne abbia comunque avuto notizia.

«necessità» e alle «specifiche esigenze», che rendono il giudice e le parti arbitri incontrollabili dei modi dell'escussione dibattimentale²⁷.

Per i condivisibili rilievi critici, pur essendo ragionevole l'intento di evitare i pericoli connessi al trascorrere del tempo e alla necessità di reiterazione del racconto del minore, si è persa di vista l'esigenza di una risposta di sistema. Il legislatore si è limitato a regolare un settore in base a specifiche ipotesi criminose, mantenendo la disciplina ordinaria dell'esame incrociato per tutti gli altri casi in cui il minore è chiamato a rendere dichiarazioni nel processo.

Il risultato è confuso, se non paradossale, perché la disciplina contenuta nell'art. 498 c.p.p. – come interpolato con le leggi del 1998 e del 2003 che hanno introdotto i commi 4-*bis* e 4-*ter* – fissa particolari modalità di assunzione delle dichiarazioni dell'infrasedicenne in aggiunta a quelle già previste al comma precedente per il testimone minorenni.

Le incongruenze non sono marginali²⁸.

Con il richiamo fatto dal comma 4-*bis* dell'articolo in esame al comma 5-*bis* dell'art. 398 c.p.p., è stata introdotta la possibilità, su iniziativa del presidente o su richiesta di parte, di assumere le dichiarazioni del minore in un momento diverso dall'udienza dibattimentale, con «modalità particolari», non necessariamente in tribunale, ma anche in altro luogo. In tali ipotesi ci si avvale, dove esistano, di strutture specializzate di assistenza.

Il riferimento alle «particolari modalità» sembra consentire il ricorso a vetri a specchio unidirezionali, nonché ad impianti citofonici, e – ove disponibili – a sistemi di video-conferenza²⁹.

²⁷«Anche ad un primo sommario sguardo, l'attuale disciplina della testimonianza del minorenni presenta due caratteristiche salienti: da un lato, è il settore dove si è manifestato con maggiore evidenza un fermento volto alla ricerca delle modalità più confacenti all'assunzione di questo deperibilissimo e manipolabilissimo contributo conoscitivo; dall'altro, sembra più il risultato di una navigazione a vista del legislatore, che ha proceduto per intuizioni a strappi, anziché a seguito di una rimeditazione organica della delicata materia». Così G. GIOSTRA, *Profili giuridici della testimonianza del minore: tutela del dichiarante e tutela della verità*, in AA.VV., *Testimoni e testimonianze deboli*, a cura di L. DE CATALDO NEUBURGER, Cedam, Padova, 2006, p. 137.

²⁸G. GIOSTRA, *Profili giuridici della testimonianza del minore: tutela del dichiarante e tutela della verità*, cit., p. 137.

²⁹L. SCOMPARIN, *La tutela del testimone nel processo penale*, Cedam, Padova, 2000, p. 312. In argomento, cfr., altresì, S. BUZZELLI, *Il minore fonte*

Non si distingue, però, fra ‘tipologie di minori’ né sono fissati criteri per l’adozione delle ‘particolari modalità’ nei singoli casi; inoltre, non è stato operato un sufficiente raccordo con la previsione del successivo comma 4-*ter*, che prevede il ricorso alle modalità del «vetro a specchio unitamente ad un impianto citofonico» su richiesta dello stesso minore vittima di particolari reati (ricompresi anche nell’art. 398 comma 5-*bis* c.p.p.)³⁰ o del suo difensore.

Il concorso di tale ultima disposizione con la precedente dovrebbe essere regolato da una relazione di specialità, ma quella disposizione appare omnicomprensiva fino al punto da interessare anche i casi ricadenti nella disposizione asseritamente speciale.

Una soluzione al potenziale conflitto si rinviene osservando che, a differenza della disposizione contenuta nel comma 4-*bis*, quella del comma successivo condiziona in ogni caso il provvedimento giudiziale alla richiesta di parte; sicché il giudice, in assenza di richiesta, non può affidarsi alla particolare modalità del vetro a specchio e dell’impianto citofonico. L’effetto vincolante dell’iniziativa della parte spiega l’applicazione limitata della previsione, che opera soltanto per il minore vittima di uno di quei particolari reati, potendo il giudice, negli altri casi, disporre le modalità particolari di cui all’art. 398 comma 5-*bis* c.p.p.³¹.

di prova vulnerabile; quadro giuridico e buone prassi europee, in *Ind. pen.*, 2008, pp. 408-409, secondo la quale «punto di forza (nella scelta delle modalità) sembra essere la variazione ragionata di talune coordinate relative a tempo, luogo, modalità di assunzione probatoria. La distinzione non è per niente rigida: le coordinate medesime sono sovrapponibili tra loro, tanto che alla fine parrebbe prevalere la tendenza a modulare le forme di escussione secondo l’età e lo stadio di sviluppo del minore [...]. I mezzi protettivi che scattano nel momento dell’assunzione probatoria hanno come obiettivo limitare il contatto diretto con l’individuo accusato [...] la metodologia si presta quindi a molte combinazioni accettabili [...] che con la loro presenza non devono rendere il processo iniquo, bensì mantenerlo entro l’alveo dell’art. 6 Cedu».

³⁰Il decreto-legge n. 11 del 23 febbraio 2009, convertito con legge n. 38 del 2009, ha esteso la possibilità di provvedere mediante incidente probatorio nella forma protetta all’audizione dei minori sino ai 18 anni di età, prima consentita dagli artt. 392 comma 1-*bis* e 398 comma 5-*bis* c.p.p., per l’audizione dei minorenni infrasedicenni, e dall’art. 498 comma 4-*ter* c.p.p. per l’esame del minore vittima del reato nel corso del dibattimento.

³¹Sebbene il legislatore non precisi ulteriormente le regole di svolgimento dell’esame dibattimentale (effettuato attraverso modalità particolari) – perché non dice se l’audizione schermata o a distanza protegga il

Per quanto attiene agli aspetti squisitamente tecnici, non è chiaro se l'ordinanza presidenziale debba essere resa necessariamente ad 'esame in corso', visto l'utilizzo nella disposizione normativa del verbo 'proseguire', oppure se la stessa possa essere espressione di un giudizio di inoffensività del *modus procedendi* ordinario emesso prima dell'inizio dell'esame "filtrato"³².

La soluzione preferibile è quella che valorizza il dato letterale, anche per la difficoltà di ipotizzare la non dannosità di un esame non ancora iniziato; soltanto l'esame in corso può fornire al presidente elementi per valutare la specifica personalità del minore e la sua attitudine a resistere al tasso fisiologico di conflittualità dell'esame condotto dalle parti.

2.2. Segue: le scansioni d'esame. Una proposta dalla prassi

Sulla generale premessa della particolare utilità dell'integrazione reciproca tra legge e soluzioni applicative concordate tra gli attori processuali, è importante evidenziare che la disciplina appena illustrata riproduce, in parte, le linee-guida contenute nella Carta di Noto³³. Il documento è nato dalla collaborazione interdisciplinare tra avvocati, magistrati, psicologi, psichiatri, criminologi e medici legali, all'esito del convegno su «abuso sessuale sui minori e processo penale», tenutosi a Noto il 9 Giugno 1996, organizzato dalla Prof.ssa de Cataldo Neuburger e dall'Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali. Esso è ulteriore esempio della vitalità di

minore dalla vista dell'imputato ma non da quella di altri soggetti processuali, o se [...] escluda la presenza nel locale ove si svolge la deposizione di persone diverse dall'esperto psicologo ed, eventualmente, del presidente – la complessiva lettura delle previsioni dedicate all'audizione dibattimentale del minore porta a propendere per la soluzione indicata nel testo. Così L. SCOMPARIN, *La tutela del testimone nel processo penale*, cit., p. 314.

³²Sul punto cfr. C. PANSINI, *Le dichiarazioni del minore nel processo penale*, cit., p. 114, sostiene che solo ad escussione iniziata si potrà rendere un'ordinanza con la quale si dispone la prosecuzione dell'esame nelle forme ordinarie. In senso contrario F. CORDERO, *Codice di procedura penale*, Utet, Torino, 1992, p. 603, il quale ritiene possibile dar luogo sin dall'inizio all'esame incrociato.

³³La Carta di Noto è stata redatta il 20 febbraio 1996 ed aggiornata il 7 luglio 2002 e poi, ancora, il 12 giugno 2011.

iniziative di regolazione extralegale sulla base di esperienze professionali condivise.

Nel documento si legge, ad esempio, che occorre che il minore sia sentito in contraddittorio il più presto possibile; e questa è chiara opzione per l'incidente probatorio. Si dice ancora che l'esame debba avvenire in orari, tempi, modi e luoghi tali da assicurare serenità, per quanto possibile, all'esaminando, che comunque deve essere informato dei suoi diritti e del suo ruolo in relazione alla procedura in corso, e deve essere messo nelle condizioni di esprimere esigenze e preoccupazioni. Si suggerisce, altresì, per la fase delle indagini, di evitare sia modalità comunicative, anche non verbali, che possano compromettere la spontaneità, sia domande che possano nuocere alla sincerità e genuinità delle risposte; ancora, si manifesta favore per il supporto di uno psicologo esperto nel settore, che consenta di interrogare il minore in modo da non traumatizzarlo.

Certo, si tratta di meri suggerimenti, non di regole di acquisizione della prova la cui violazione possa determinare una situazione patologica; in questo senso la giurisprudenza di legittimità, più volte e in maniera concorde, ha statuito che «i principi posti dalla cosiddetta Carta di Noto, lungi dall'aver valore normativo, si risolvono in meri suggerimenti diretti a garantire l'attendibilità delle dichiarazioni del minore e la protezione psicologica dello stesso, come illustrato nelle premesse della Carta medesima»³⁴.

L'importanza di un sapere interdisciplinare per la messa a punto delle migliori tecniche di audizione del minore è attestata anche da altre iniziative che hanno condotto alla costruzione di un decalogo di regole particolarmente utili, volte a suggerire forme di esame in veste di colloquio, condotto con tecniche di interazione distinte da quelle rigorosamente monodirezionali proprie dell'esame di un teste maggiorenne in sede dibattimentale³⁵; metodica che non contravviene all'obbligo di

³⁴Cass., Sez. III, 10 aprile 2008 n. 20568, Gruden, in *C.E.D. Cass.*, n. 239879. Ancor prima Cass., Sez. III, 14 dicembre 2007 n. 6464/08, G., in *C.E.D. Cass.*, n. 239091, secondo cui «le cautele e metodologie prescritte dalla cosiddetta “Carta di Noto”, pur di autorevole rilevanza nell'interpretazione delle norme che disciplinano l'audizione di detti soggetti, presentano carattere non tassativo, sicché l'eventuale inosservanza di dette prescrizioni non comporta nullità dell'esame stesso».

³⁵L'*Home Office* (in sinergia con il *Department of Health*) già dal 1992 ha diffuso in Gran Bretagna un corposo *Memorandum of Good Practice on*

formulazione delle domande su fatti specifici, dovendosi scandire il colloquio in una pluralità di fasi, alcune dedicate proprio alle domande specifiche.

La prima fase, introduttiva e preparatoria, ha impronta marcatamente colloquiale ed è finalizzata alla creazione di un clima di serenità; ma non per questo si pone in contrasto con la regola appena richiamata, dato che anche con i testimoni ordinari è prevista una fase iniziale di contestualizzazione soggettiva. È, questo, il momento per introdurre la consapevolezza dell'obbligo di verità, durante il quale far comprendere al minore la differenza tra il vero e il falso, mettendo l'accento sull'importanza della lealtà del colloquio.

La seconda fase lascia il minore libero di raccontare i fatti e differisce dalle modalità d'esame del maggiorenne perché è specificamente informata dall'esigenza di evitare pressioni dell'esaminante in vista dell'ottenimento di determinate risposte.

Alla fase successiva è affidato l'approfondimento dei fatti con l'elaborazione di domande "mirate", in modo da sollecitare il minore a fornire i dettagli necessari, e ciò pur quando la rievocazione possa essere dolorosa per essere stato vittima di gravi reati³⁶.

Non è, poi, del tutto pacifico se valga per l'esame del minore il divieto di domande suggestive, dato che a condurre

Video-Recorded Interviews with Child Witness in Criminal Proceedings, che resta uno dei migliori esempi di tecnica di intervista giudiziaria del minore. Già dagli anni '70 peraltro negli Stati Uniti analoghi modelli metodologici erano stati elaborati nell'ambito della ricerca sulle tecniche di Intervista Cognitiva, integrate da tecniche di recupero e sviluppo della memoria (cd. memotecniche). Per gli sviluppi degli studi sul tema, a partire dal 1992, cfr. GRAHAM M. DAVIES-H.L. WESTCOTT, *Interviewing Child Witnesses under the Memorandum of Good Practice: A Research review*, Londra, 1999.

³⁶La tecnica statunitense della *Cognitive Interviews* di Geismann suggerisce l'impiego di tecniche particolari, cd. memotecniche, quali quella della 'riattualizzazione del contesto', consistente nel cercare di far rivivere mentalmente durante l'intervista il contesto ambientale e gli stati d'animo del fatto. Ad avviso di G. DI GIORGIO – *Esame, controesame e riesame (confronto di esperienze pratiche anche tramite simulazione)*. Relazione nell'ambito dell'incontro di studio, organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura, sul tema "La prova nel dibattimento penale", Roma, 23-25 giugno 2008 – «l'impiego di simili metodiche deve avvenire in maniera oculata, solo quando si incontrino difficoltà particolari prossime all'*empasse* (chiusura, divagazioni, ermetismo). Questa via, invero, oltre a comportare un maggiore costo emozionale per il minore, reca in sé il rischio di rievocazioni fantastiche».

l'esame è il giudice. La prevalente giurisprudenza di legittimità conclude per l'assenza del divieto, non potendo ipotizzarsi il pericolo di risposte frutto di suggestioni. In particolare si è rilevato che il divieto di domande suggestive non ha lo stesso carattere di assolutezza di quello relativo alle domande nocive, perché le prime sono precluse soltanto alla parte che ha chiesto l'esame e non anche alla parte avente diritto al controesame. Se ne è desunta la possibilità che esse possano essere fatte dal giudice nei casi di conduzione diretta, per l'impossibilità di assimilarlo alla parte³⁷. Si ritiene, cioè, che il giudice, tenuto alla ricerca della verità, non possa soggiacere ad un divieto che non opera per il controesame. La conclusione è che, fatta eccezione per quelle nocive, egli possa formulare qualsiasi domanda utile a fornire un contributo di verità, ivi compresa quella suggestiva³⁸.

L'orientamento è di recente mutato. La Corte di cassazione ha infatti osservato come il divieto di domande suggestive per i minori, pur quando non previsto, trovi giustificazione nell'esigenza di assicurare affidabilità alla deposizione, ricordando «come studi sulla memoria infantile abbiano comprovato che i bambini presentano modalità relazionali orientate in senso imitativo ed adesivo, siano influenzabili da stimoli potenzialmente suggestivi e, mancando di adeguate risorse critiche, tendano a non differenziare le proprie opinioni da quelle dell'interlocutore specie se vissuto come figura autorevole»³⁹. L'estensione del divieto al giudice è allora imposta per scongiurare «l'assurda conclusione che le regole fondamentali per assicurare una testimonianza corretta verrebbero meno laddove, per la fragilità e la suggestionabilità del dichiarante, sono più necessarie».

Nell'ultima fase del colloquio trovano spazio ideale le domande riepilogative, rivolte a creare un'ultima occasione di controllo, di precisazione, di integrazione ed eventualmente di correzione del dichiarato, e, soprattutto, finalizzate a comunicare all'esaminando sensazioni positive che possano ristorarlo – almeno in parte – degli effetti negativi della drammaticità dell'evento.

³⁷Cass., Sez. III, 28 ottobre 2009 n. 9157, C., in *C.E.D. Cass.*, n. 246205.

³⁸Cass., Sez. III, 20 maggio 2008 n. 27068, B., in *C.E.D. Cass.*, n. 240261.

³⁹Cass., Sez. III, 11 maggio 2011 n. 25712, M., in *C.E.D. Cass.*, n. 250615.

3. L'ESAME DELL'IMPUTATO NELL'UDIENZA PRELIMINARE

Nell'originaria sistematica del codice l'esame incrociato era concepito, qualunque fosse il soggetto che vi era sottoposto, come atto tipicamente dibattimentale, sconosciuto nelle fasi precedenti – indagini e udienza preliminare –, eccezion fatta per l'ipotesi di acquisizione anticipata della prova a mezzo di incidente probatorio (art. 401 comma 5 c.p.p.).

Gli spazi istruttori in udienza preliminare erano assai limitati per il timore che potesse rivivere la figura del giudice istruttore, timore arginato attraverso la dichiarata e conclamata atipicità degli atti di prova ivi esperibili. L'atipicità si risolveva, per quel che concerne l'assunzione delle testimonianze, nell'assenza dell'esame incrociato e nell'attribuzione del potere di domanda al giudice⁴⁰.

Solo con la legge n. 267 del 1997 – che ha modificato l'art. 421 c.p.p. – si è prevista anche per l'udienza preliminare la possibilità, a richiesta di parte, di assumere le dichiarazioni dell'imputato con le modalità dell'esame incrociato; contestualmente si è assicurata l'utilizzabilità dibattimentale delle dichiarazioni (art. 514 c.p.p.)⁴¹. In tal modo, pur se la disponibilità dell'interrogatorio è rimasta in capo all'imputato, che solo può decidere se darvi corso o meno, le altre parti, anche solo con richiesta unilaterale, hanno il potere di imporre le modalità dell'esame incrociato.

⁴⁰D. GROSSO, *L'udienza preliminare*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 218. In argomento ci sia consentito anche il rinvio a V. MAFFEO, *L'udienza preliminare tra diritto giurisprudenziale e prospettive di riforma*, cit., p. 153 ss.

⁴¹La principale giustificazione all'innovazione sembra possa essere individuata nella ritenuta opportunità di valorizzare l'udienza preliminare attraverso la previsione di una più pregante forma di esercizio del diritto di difesa, tipicamente rappresentata, appunto, dall'esame diretto. Sembra invece escluso che l'istituto sia stato introdotto per tentare di controbilanciare la regola della tendenziale inutilizzabilità a carico di altri delle dichiarazioni rese dagli imputati al pubblico ministro o alla polizia giudiziaria attraverso l'anticipazione del contraddittorio nella formazione della prova: l'interrogatorio è disposto solo su richiesta dell'imputato e non può dunque essere ammesso su richiesta del pubblico ministro; esclusivamente dopo che l'interrogatorio è ammesso a richiesta della difesa, le parti, e quindi anche il pubblico ministro, potranno esercitare il diritto potestativo di vederlo svolgere nelle forme di cui agli artt. 498 e 499 c.p.p. Così A. MAMBRIANI, *Esame e controesame delle parti: spunti sistematici*, cit., p. 474.

Diversa la scelta del legislatore del 1999. Ed invero la legge Carotti ha radicalmente modificato il testo dell'art. 422 c.p.p., consentendo al giudice di disporre, anche in assenza di richiesta di parte, un'integrazione probatoria, sia pur esclusivamente diretta alla decisione di non luogo a procedere; dunque, una prognosi favorevole all'imputato autorizza il giudice ad autonome iniziative probatorie. Per l'assunzione delle prove dichiarative è stata però mantenuta la forma dell'esame a conduzione diretta del giudice.

La mancata previsione dell'esame incrociato non ha convinto quanti ritengono che l'ampliamento dei poteri istruttori concorra a trasformare l'udienza preliminare in giudizio di merito. Si è colto, in particolare, un profilo di irragionevolezza nello scollamento dalle forme tipicamente dibattimentali di assunzione delle prove dichiarative. Si è detto, in particolare, che un'udienza preliminare che si trasformi da 'giudizio allo stato degli atti' in una sorta di 'giudizio preliminare', inteso a duplicare l'accertamento di merito dibattimentale, avrebbe richiesto l'anticipazione dei metodi acquisitivi propri del dibattimento⁴². Peraltro, il non aver rafforzato il ruolo delle parti nel momento in cui si è previsto per il giudice un potere probatorio d'ufficio, ha determinato ulteriore squilibrio, facendo del giudice dell'udienza preliminare il *dominus* dell'udienza stessa.

L'intenzione era quella di non riproporre in 'forma contratta' il dibattimento e di non ricomprendere gli elementi conoscitivi dell'udienza preliminare nel novero delle prove, finalità perseguita attraverso il persistente connotato dell'atipicità delle forme di assunzione⁴³, ma non si è tenuto presente che – in forza di più interventi novellistici successivi al varo del codice – gli atti acquisiti ai sensi dell'art. 422 c.p.p. non hanno più un'efficacia limitata alla fase dell'udienza⁴⁴.

⁴²N. GALANTINI, *La nuova udienza preliminare*, in AA.VV., *Giudice unico e garanzie difensive*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 101.

⁴³O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 274, ha osservato che «l'impiego della *cross examination* evidenzia maggiormente la caratterizzazione dell'interrogatorio quale mezzo di prova».

⁴⁴In tal modo ha tuttavia fatto posto a scenari equivoci fondati su una posizione di potere del giudice in tema di prova del tutto incomprensibile e contraddittoria rispetto alle opzioni ideologiche che il legislatore ha fatto in tema di contraddittorio con la recente modifica dell'art. 111 Cost. La terminologia in parte utilizzata – interrogatorio ed audizione – lascia

Il risultato è una disciplina irrimediabilmente incoerente.

Torna utile rammentare che nella formulazione originaria del codice le ipotesi di recupero probatorio di atti predibattimentali non contemplavano le attività compiute in udienza preliminare, salvo il caso di sopravvenuta impossibilità di ripetizione⁴⁵.

Già la novella del 1992 modificò con poca coerenza l'art. 500 c.p.p., prevedendo che le dichiarazioni assunte dal giudice a norma dell'art. 422 c.p.p., costituissero prova dei fatti affermati, se utilizzate per le contestazioni, senza che fossero imposte per la loro assunzione le forme dell'esame incrociato. La successiva legge n. 63 del 2001, nel dare attuazione alla riforma costituzionale dell'art. 111, ha ribadito il valore probatorio delle dichiarazioni assunte nel corso dell'attività di integrazione probatoria ex art. 422 c.p.p. mantenendo, fra le ipotesi di deroghe alla non utilizzabilità probatoria del contestato, le dichiarazioni raccolte dal giudice dell'udienza preliminare ex art. 422 c.p.p.⁴⁶, con l'unica eccezione dell'accordo delle parti (art. 500 comma 7 c.p.p.)⁴⁷.

Le forme dell'esame incrociato in quella sede continuano tuttavia ad esser previste esclusivamente per l'interrogatorio dell'imputato. Il diverso regime non è comprensibile, specie alla luce dell'art. 514 c.p.p. – come modificato dalla legge n. 267 del 1997 – a norma del quale la lettura delle dichiarazioni assunte dal giudice dell'udienza preliminare è consentita quando queste siano state rese nelle forme dell'esame incrociato⁴⁸. E pertanto dovrebbe essere leggibile soltanto il

intendere, peraltro, con sufficiente chiarezza che non si tratta di acquisizione di "prove" in senso tecnico. Così A. DE CARO, *Poteri probatori del giudice e diritto alla prova*, cit., p. 166.

⁴⁵L'audizione testimoniale prevista dall'art. 422 c.p.p. era, dunque, soggetta ad un regime di utilizzabilità deteriore rispetto a quello riservato alle dichiarazioni raccolte in incidente probatorio; di qui l'atipicità della forma di assunzione.

⁴⁶...e ciò pur avendo riscritto l'art. 500 c.p.p. in senso rigorosamente conforme al principio del contraddittorio nella formazione della prova.

⁴⁷È infatti principio generale che le parti possono far acquisire al fascicolo per il dibattimento gli atti contenuti in quello del pubblico ministero – artt. 431 comma 2 e 493 comma 3 c.p.p. –, e quindi anche i verbali delle dichiarazioni raccolte dal giudice dell'udienza preliminare.

⁴⁸P.P. RIVELLO, *Inutilizzabili le dichiarazioni dell'imputato se non sono state raccolte in udienza*, in *Guida al dir.*, 1997, fasc. 32, p. 85; G. RICCIO, *Letture più circoscritte e forme "alternative" di acquisizione probatoria*, in *Dir. pen. e proc.*, 1997, p. 1186.

verbale dell'interrogatorio, sempreché svolto con le forme dell'esame incrociato.

La svista del legislatore – si è osservato⁴⁹ – potrebbe essere recuperata riconoscendo ai meccanismi consensuali la capacità di superare i divieti di lettura⁵⁰. Se per l'interrogatorio dell'imputato l'attenzione al principio del contraddittorio si è tradotta nel mutuare le forme dell'esame incrociato, per le altre dichiarazioni acquisite in udienza la compatibilità con il principio dovrebbe essere assicurata dall'accordo per l'acquisizione in deroga al divieto.

Occorre poi sottolineare che, pur quando siano richiamate le forme dell'esame incrociato, il riferimento non pare esteso all'intera disciplina dell'istituto, essendo menzionati soltanto gli artt. 498 e 499 c.p.p. Si è posta allora la questione dell'applicabilità, in via analogica, dell'art. 506 c.p.p. in ordine ai poteri presidenziali di intervento, sia in corso che all'esito dell'esame, con la proposizione di domande aggiuntive.

Ebbene, considerata l'eccezionalità della previsione, ristretta al dibattimento, si può concludere – sul presupposto che il potere istruttorio è rivolto al migliore accertamento del fatto in una fase ad esso appositamente finalizzata – che il giudice non possa integrare l'esame svolto in udienza preliminare, in una fase cioè finalizzata al controllo sulla correttezza dell'esercizio dell'azione penale. Si aggiunga che, quando il legislatore – in situazioni simili a quella in considerazione e cioè con riferimento all'incidente probatorio – ha voluto richiamare *in toto* la disciplina di assunzione della prova prevista per il dibattimento, lo ha fatto espressamente (art. 401 comma 5 c.p.p.).

Nonostante questi rilievi non può escludersi che la preclusione all'integrazione probatoria del giudice possa a volte lasciare insoddisfatte esigenze conoscitive pure essenziali alla finalità precipua dell'udienza preliminare, con il rischio che vadano dispersi dati informativi spesso importanti e non altrimenti acquisibili. Sembra però prevalente l'esigenza, in linea con l'impianto sistematico del codice, che le potenzialità

⁴⁹Così T. PROCACCIANTI, *La testimonianza in udienza preliminare*, in C. DE MARTINO-T. PROCACCIANTI, *La prova testimoniale nel processo penale*, cit., p. 208.

⁵⁰Così T. PROCACCIANTI, *La testimonianza in udienza preliminare*, in C. DE MARTINO-T. PROCACCIANTI, *La prova testimoniale nel processo penale*, cit., p. 208.

cognitive siano sempre calibrate sulle specificità funzionali delle fasi processuali di volta in volta in rilievo.

Non deve infine sfuggire che, pur con le forme dell'esame incrociato, l'atto continua ad essere appellato come interrogatorio e che esso resta estraneo alla disponibilità di tutte le parti, potendo essere richiesto soltanto dall'imputato. Sono queste caratteristiche che ne fanno un istituto nuovo e diverso dal corrispondente esame dibattimentale, che da quest'ultimo mutua soltanto la disciplina di qualche profilo, nell'ambito di un riallineamento dell'accertamento secondo schemi propri del processo di parti di tipo dispositivo.

4. L'ESAME DEI PERITI E DEI CONSULENTI TECNICI

Si sono già esplicate le ragioni che stanno alla base della scelta di approfondire lo studio dell'esame incrociato per la formazione della prova scientifica. E si è anche fatto cenno alle critiche che pongono in luce l'incompatibilità strutturale tra esame incrociato e conoscenze scientifiche: l'uno costruito sulla contrapposizione di tesi sul fatto, le altre solitamente fornite da tesi contrapposte, che possono essere oggetto di distorsioni per effetto del ricorso agli stratagemmi forniti proprio dallo scontro dialettico che fanno perdere di vista il fine della prova scientifica, e cioè di fornire una ricerca spassionata della verità⁵¹.

E potrebbero essere stati proprio questi rilievi a far preferire un mero rinvio alle regole dell'esame testimoniale in luogo di una disciplina tendenzialmente compiuta; anche se, con ogni probabilità, la causa principale della tecnica di normazione prescelta è stata l'insufficiente consapevolezza dell'utilità della prova tecnico-scientifica. Il legislatore non si era prefigurato l'erosione della prova testimoniale ad opera della prova tecnica; e se avesse avuto cognizione di quel che di lì a poco sarebbe avvenuto, si sarebbe forse impegnato in uno sforzo di maggiore regolazione della materia, utile ad evitare disorientamenti applicativi.

Il dato – al di là delle ipotesi sulla genesi normativa – è che l'interprete dispone di una scarna previsione che lo obbliga,

⁵¹Oltre alla dottrina già citata al Capitolo I, v. R. KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, cit., p. 319 ss.

mediante il ricorso all'inciso «in quanto applicabili», a verifiche di compatibilità con la peculiarità della costituenda prova.

Su quest'inciso si sono appuntate le critiche di una parte della dottrina, che ha registrato come la prassi applicativa e la giurisprudenza, specie di merito, non siano state in grado in tutti questi anni di fissare – con sufficiente grado di stabilità uniformità e prevedibilità delle soluzioni – le modalità di conduzione dell'esame del consulente tecnico, né di assicurare il valore probatorio del suo apporto di conoscenza⁵². Del resto è pacifico che le attese ottimistiche, nutrite all'indomani del varo del codice di rito da parte di taluno, siano rimaste deluse perché la prudenza legislativa di non sbilanciarsi nella costruzione di un sistema per lasciar spazio alla prassi, e consentire, così, che l'esame dei periti e consulenti tecnici fosse 'plasmato' dall'esperienza operativa⁵³, ha dato la stura ad una pluralità di interpretazioni che, ora assimilano la figura del consulente a quella del testimone, ora – e in maggior misura – la accostano a quella dell'ausiliario di parte, con un'oscillazione di pronunce giudiziali generatrice di conseguenze pratiche a volte paradossali⁵⁴.

In linea generale, le coordinate operative sono tracciate con chiarezza dalla dottrina che qualifica in termini di atipicità probatoria interna la situazione in cui l'interprete sia legittimato a modellare una regolazione parzialmente derogatoria della disciplina generale richiamata con riserva di applicabilità⁵⁵. Rispetto al modello legale, l'intervento dell'interprete può mettere a punto una regolazione, sì, diversa, ma non a tal punto da sostanzarsi in un risultato prescrittivo che quel modello abbia a ignorare completamente: se ne ha conferma dal fatto che per l'esame di periti e consulenti tecnici non è richiesto, quale requisito di ammissione della prova, l'adozione di un

⁵²F. CENTONZE, *Scienza "spazzatura" e scienza "corrotta" nelle attestazioni e valutazioni dei consulenti tecnici nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 1232 ss.

⁵³In questo modo si esprimeva E. AMODIO, *Perizia e consulenza tecnica nel quadro probatorio del nuovo processo penale*, in *Cass. pen.*, 1989, p. 171, commentando specificamente la nuova – per quel tempo – figura del consulente tecnico extraperitale.

⁵⁴F. CENTONZE, *Scienza "spazzatura" e scienza "corrotta" nelle attestazioni e valutazioni dei consulenti tecnici nel processo penale*, cit., p. 1258, segnala come sia capitato che più sezioni del tribunale di Torino si siano pronunciate lo stesso giorno con tesi sul punto opposte.

⁵⁵O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, cit., p. 109 ss.

provvedimento del tipo di quello indicato in materia di prova atipica dall'art. 189 c.p.p., che determini, cioè, sentite le parti, le modalità di assunzione.

La nitida premessa non impedisce il formarsi di soluzioni difformi già sul piano dell'individuazione dei tratti di attività da disciplinarsi con il rinvio alle regole della testimonianza. Ad esempio, il dato letterale della disposizione contenuta nell'art. 501 c.p.p. non sembra riferirsi anche agli adempimenti preliminari perché il richiamo è alle regole dell'esame; ciò nonostante, il rinvio è stato considerato estensivamente, tanto che si discute se possano essere dettate, sin dagli atti preliminari, regole *ad hoc*, conformate alle peculiarità tecnico-scientifiche dell'apporto dichiarativo.

Emerge così la prima questione: se il divieto di assistere allo svolgimento degli altrui esami e della complessiva attività istruttoria possa essere derogato in favore dei consulenti nominati dalle parti, in modo che possano assisterle con l'apporto delle loro competenze specialistiche, soprattutto in sede di svolgimento dell'esame dei periti.

Una soluzione di questo tipo è prospettata in dottrina, non anche nella giurisprudenza di legittimità. È di ostacolo la qualificazione dei consulenti quali veri e propri testimoni, affermata nelle ricorrenti decisioni della Corte di cassazione. A ben vedere, però, l'ostacolo non è poi insuperabile, perché la giurisprudenza opera l'equazione soltanto al fine delle valutazioni del risultato di prova. Si dice, infatti, che «le dichiarazioni rese dai consulenti tecnici di parte, indipendentemente dallo svolgimento del proprio incarico in ambito peritale ovvero extraperitale, hanno il medesimo valore probatorio di quelle testimoniali, in quanto l'art. 501 comma primo c.p.p. riconosce sostanziale qualità di testimone ai consulenti tecnici ammessi su richiesta di parte»⁵⁶.

Argomenti volti a favorire soluzioni derogatorie possono essere spesi, invece, utilizzando la più recente evoluzione giurisprudenziale, che individua l'esistenza di una nullità d'ordine generale nel diniego di autorizzazione alla parte di farsi assistere dal consulente nel corso dell'esame testimoniale in dibattimento⁵⁷. Epperò, tale giurisprudenza – che usa una

⁵⁶Tra le altre, Cass., Sez. III, 17 gennaio 2008 n. 8377, Scarlassare, in *C.E.D. Cass.*, n. 239281.

⁵⁷Cass., Sez. III, 9 giugno 2009 n. 35702, Raso e altri, in *C.E.D. Cass.*, n. 244423.

lettura sistematica delle disposizioni in materia, muovendo dalla considerazione che l'art. 233 c.p.p. in materia di consulenza extraperitale, come modificato dalla legge 7 dicembre 2000 n. 397⁵⁸ –, non chiarisce con esattezza quali siano gli spazi del consulente tecnico, pur non confinando la possibilità di un'assistenza tecnica nell'ambito condizionato dall'autorizzazione giudiziale.

Senonché, il quesito di fondo attiene al senso della disposizione che attribuisce alle parti la facoltà di nominare consulenti, fino al numero di due, quando poi non è loro consentito di essere realmente assistite al momento del bisogno.

Se ci si fermasse alla lettera della disposizione – questo il rilievo critico – si banalizzerebbe il ruolo del consulente limitandolo alla predisposizione di memorie o all'esame di cose sequestrate o alla partecipazione ad ispezioni, con uno svilimento delle potenzialità funzionali tale da rendere superflua l'esistenza stessa di una previsione legislativa circa il potere di nomina di consulenti, non necessaria una volta che si ritenga che i compiti siano di mera assistenza interna al rapporto con la parte.

Valorizzando il fatto che la disposizione ha di mira ipotesi diverse da quelle in cui è stato conferito incarico peritale, si può concludere che il consulente debba poter partecipare a tutti i momenti procedurali o processuali in cui la parte abbia necessità della sua presenza, perché possa avere percezione diretta dei dati istruttori di natura scientifica e, quindi, adempiere puntualmente l'incarico ricevuto.

Per questa via si giunge ad un'interpretazione estensiva che delinea il consulente tecnico come reale ausiliario della difesa, sulla falsariga di quanto affermato dalla Corte costituzionale, secondo cui «il consulente tecnico appartiene all'ufficio della difesa come è dimostrato anche dalle norme che lo equiparano al difensore nei diritti e nei doveri ...ed integra la difesa tecnica mediante l'apporto delle sue conoscenze scientifiche in discipline diverse da quelle giuridiche»⁵⁹.

In adesione al mutamento di rotta giurisprudenziale – individuabile nell'affermata tutela del diritto della parte di farsi assistere dal proprio consulente nel corso degli esami testimoniali – si è poi osservato, con notazione opportuna, come

⁵⁸L'art. 5 della legge 397 del 2000 ha aggiunto all'art. 233 c.p.p. i commi 1-bis e 1-ter.

⁵⁹Corte cost., 26 ottobre 1989 n. 498.

la disposizione di attuazione relativa all'isolamento distingue i testimoni dai consulenti tecnici, prescrivendo che gli uni, prima di deporre e durante l'udienza, non possano comunicare con «le parti, i difensori ed i consulenti tecnici», con un intreccio di queste tre figure soggettive nell'unità del ruolo difensivo.

La posizione del testimone è con chiarezza differenziata da quella del consulente, il quale perciò conserva la facoltà di conferire, in ogni momento, con la parte, da cui ha ricevuto l'incarico, e con i difensori, e di assistere agli esami per l'assunzione di qualunque prova orale, per offrire l'assistenza specialistica in ragione della quale è stato officiato del ruolo⁶⁰. Questa è peraltro la direzione indicata dalla linee-guida per l'acquisizione della prova scientifica nel processo penale⁶¹, in cui al punto 3 si segnala l'utilità di prevedere che i periti e i consulenti tecnici possano essere presenti durante l'istruzione dibattimentale e nel corso dell'incidente probatorio, suggerendo che l'art. 149 disp. att. c.p.p. non sia applicato a costoro.

Lo stesso problema è stato conformemente, e condivisibilmente, risolto riguardo alla figura del testimone tecnico⁶², con la notazione che il divieto di assistere all'istruzione dibattimentale, siccome tende a preservare l'attendibilità del futuro apporto testimoniale, perde in parte di senso se oggetto di prova è un fatto «percepito con il filtro delle 'competenze specifiche'», patrimonio di conoscenze che consente di percepire e memorizzare un fatto secondo schemi cognitivi non coincidenti con quelli del comune testimone.

Quanto al perito, l'obbligo di isolamento dibattimentale sembra inibito dalla disposizione di cui all'art. 228 comma 2

⁶⁰M. ROSSI, *L'estromissione del consulente: riflessioni sul ruolo dell'esperto della difesa fuori dei casi di perizia*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 4242.

⁶¹Il documento è stato elaborato da un gruppo di esperti di varie discipline nel corso del Seminario sul tema "La prova scientifica nel processo penale", promosso dall'Istituto Superiore Internazionale di Scienze criminali – ISISC – in collaborazione con l'Osservatorio permanente sulla criminalità organizzata – OPCO –, che si è tenuto a Siracusa presso la sede dell'ISISC dal 13 al 15 giugno 2008, su iniziativa della Prof.ssa L. De Cataldo Neuburger, ed è stato approvato all'unanimità.

⁶²Ossia di quel soggetto dotato di conoscenze specialistiche rilevanti nel settore in cui si sono verificati i fatti oggetto di percezione, che non si limita pertanto a registrare le percezioni di un fatto e a narrarle con la deposizione ma che utilizza il suo sapere specialistico già nel momento in cui sintetizza le percezioni, e, quindi, poi nel momento in cui le memorizza e, infine, le rievoca. Sul tema cfr. C. MIUCCI, *La testimonianza tecnica nel processo penale*, cit., p. 73.

c.p.p., ove si legge che il perito «può ... essere autorizzato ad assistere all'esame delle parti e all'assunzione di prove...». La previsione condiziona ad un provvedimento autorizzatorio specifico la facoltà di assistere all'istruzione probatoria; eppure fa ritenere che il divieto generale posto per i testimoni non valga in riferimento al perito, almeno nei casi di perizia disposta in dibattimento, dal momento che la facoltà è descritta come strumentale al compimento degli accertamenti necessari alla relazione peritale. Fuori da questa ipotesi, e cioè nei casi in cui il perito sia stato nominato⁶³ nella fase precedente o in altro procedimento, poiché la relazione è già stata formata, la disposizione contenuta nell'art. 228 c.p.p. non può essere invocata per superare l'obbligo di isolamento; anche se in questa direzione possono valere le considerazioni d'ordine generale già richiamate con riguardo alla figura del testimone tecnico, che spiegano il senso della precauzione dell'isolamento soprattutto per la tutela dell'attendibilità della deposizione testimoniale.

Altro adempimento preliminare, di cui è dubbia l'estensione a periti e consulenti, è quello della dichiarazione di impegno di dire la verità, la cui omissione – si è già detto – causa una nullità, sia pur relativa. Va subito ricordato che per il perito la legge prevede un'apposita dichiarazione – da formularsi al momento del conferimento dell'incarico – di adempiere l'ufficio «senza altro scopo che quello di far conoscere la verità e a mantenere il segreto su tutte le operazioni peritali». Il motivo della parziale diversità della formula rispetto a quella utilizzata per l'esame testimoniale risiede nel fatto che non si tratta soltanto di riferire, senza alcuna alterazione, quanto si sa, ma di far conoscere la verità e quindi di adoperarsi a tal fine sin dal momento iniziale di adempimento dell'incarico – che anticipa apprezzabilmente le dichiarazioni di esame – nello svolgimento delle indagini e nell'acquisizione di fatti o valutazioni che sono preordinati alla formulazione della risposta peritale. La previsione di una formula di impegno *ad hoc*, poi, seppure rilevante nel momento anticipato del conferimento dell'incarico, induce a ritenere che

⁶³La direttiva n. 5 delle linee-guida elaborate dal LAPEC – Laboratorio permanente Esame e Controesame – stabilisce che i periti e i consulenti tecnici possono partecipare ad ogni udienza del processo sia prima che dopo il loro esame.

ad inizio di esame il perito non debba nuovamente impegnarsi sulla falsariga degli adempimenti testimoniali.

Il discorso è più complesso per il consulente tecnico, figura strutturalmente parziale perché gravata dell'obbligo professionale di svolgere il mandato nell'interesse della parte conferente; dunque, il risultato di verità è assicurato soprattutto dall'osservanza del metodo dialettico di assunzione della prova scientifica⁶⁴. Per altro verso, si accentua il dovere di rispondere nel rispetto dei principi di lealtà e sincerità, specie quando la deposizione attenga a dati oggettivi⁶⁵.

Non tutti sono d'accordo. Una soluzione maggiormente condivisibile discende da altra impostazione, volta a pretendere che il consulente tecnico espleti il mandato senza stravolgere il dato obiettivo; e cioè che sostenga le ragioni della parte, che gli ha conferito l'incarico, nel rispetto delle conoscenze «corroborate in via provvisoria in una precisa cornice storica»; insomma, può e deve sostenere la tesi di parte ma nei limiti «di quel corpo di leggi della scienza» che costituiscono il complesso delle conoscenze che definiscono il contesto in cui opera lo scienziato⁶⁶.

In riferimento al testimone tecnico, la dottrina ha precisato che l'obbligo di verità può ritenersi persino più esteso di quello che grava sul testimone comune, in quanto non solo riferisce dati storici, sì come fa quest'ultimo, ma esprime valutazioni tecniche, 'apprezzamenti personali' agganciati a un determinato sapere specialistico e che sono verificabili empiricamente anche attraverso la comparazione con altri contributi dichiarativi raccolti nel processo. Dunque, rispetto a queste dichiarazioni l'obbligo di verità può dirsi addirittura rafforzato⁶⁷, perché tutela non solo la credibilità oggettiva degli accadimenti riferiti ma anche l'affidabilità scientifica delle opinioni espresse⁶⁸.

⁶⁴Cfr. R. KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, cit., pp. 335-336.

⁶⁵V. F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 789.

⁶⁶F. CENTONZE, *Scienza "spazzatura" e scienza "corrotta" nelle attestazioni e valutazioni dei consulenti tecnici nel processo penale*, cit., p. 1261 ss.

⁶⁷Ai consulenti tecnici non è rivolto l'invito alla dichiarazione di impegno a dire la verità in merito alle valutazioni di loro competenza, se non limitatamente ai fatti direttamente appresi durante la loro attività. Così la direttiva n. 4 delle linee-guida del LAPEC – Laboratorio Permanete Esame e Controesame –.

⁶⁸C. MIUCCI, *La testimonianza tecnica nel processo penale*, cit., p. 173.

Di maggiore problematicità è la tesi che, valorizzando l'apporto tecnico-scientifico del perito, intende legittimare, in forza dell'atipicità interna allo strumento di prova, la possibilità che il suo esame venga condotto, non già dal pubblico ministero e dai difensori, ma dai rispettivi consulenti di parte.

Sul punto, la chiusura giurisprudenziale non conosce eccezioni ed è ribadita anche da quella pronuncia, prima citata, che ha riconosciuto l'esistenza di una nullità d'ordine generale per compromissione dei diritti difensivi in conseguenza dell'allontanamento dall'aula in corso di istruzione del consulente tecnico di parte. Le poche decisioni esistenti hanno affermato che i consulenti tecnici non hanno facoltà di controesaminare i periti, dal momento che il rinvio alla disciplina dell'esame testimoniale, con la clausola «in quanto applicabili», non offre margini di adattamento per disposizioni che non prevedono alcuna forma di controesame dei testimoni tra di loro, ma soltanto la possibilità che essi siano posti a confronto e che siano loro rivolte domande dal pubblico ministero o dai difensori delle parti⁶⁹.

È pur vero che, precludendo l'intervento diretto dei consulenti tecnici, si finisce con lo svilire l'esame con l'imposizione di un meccanismo alquanto farraginoso, nel quale difensori e pubblico ministero devono adempiere compiti di 'filtro' sulle questioni che soltanto il consulente può valutare ed apprezzare⁷⁰. Ma – si osserva in risposta – la soluzione di ammetterli a far domande sarebbe certamente lesiva dei limiti che la legge sembra imporre nella pur legittima costruzione della figura del consulente in termini di ausiliario della difesa: essa sconfinerebbe dall'area che è stata definita in termini di atipicità meramente interna perché lo statuto dell'esame testimoniale non risulterebbe integrato, ma del tutto mutato⁷¹.

⁶⁹Cass., Sez. I, 10 luglio 2002 n. 35817, Botticelli e altro, in *C.E.D. Cass.*, n. 222518 e Cass., Sez. II, 27 gennaio 2005 n. 6381, Ferrara ed altro, in *C.E.D. Cass.*, n. 231106.

⁷⁰R. KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, cit., p. 337.

⁷¹Si è già detto delle peculiarità dell'esame del minore, per il quale il presidente può avvalersi dell'ausilio di un esperto, anche nella formulazione delle domande. A tal proposito v. Cass., Sez. III, 27 aprile 2012 n. 20886, in *C.E.D. Cass.*, n. 252770, che ha chiarito come «l'esame del minore è un mezzo di prova la cui ammissione, assunzione e valutazione sono riservate al giudice, mentre l'eventuale conduzione materiale dell'esame da parte del perito resta uno strumento di cui è possibile avvalersi in circostanze particolari, senza che venga meno la "signoria" del giudicante sul contenuto

La conclusione può essere diversa nei casi in cui l'esame incrociato sia utilizzato per l'assunzione di una nuova prova scientifica, ove l'ambito di adattamento delle modalità di esame alle specifiche esigenze cognitive è più ampio, trovando fondamento nella previsione di cui all'art. 189 c.p.p.⁷². Liberati dai vincoli della cd. atipicità interna – che sono riassunti nella clausola di applicabilità con cui l'art. 501 c.p.p. opera il richiamo al paradigma di esame incrociato testimoniale – non si incontrano ostacoli ad ammettere che l'esame dell'esperto si svolga per mezzo di domande poste non dal pubblico ministero e dai difensori ma dai rispettivi consulenti tecnici o anche dal perito. In questo modo non è dubbio che si rafforzi l'efficacia dell'esame, accrescendo la possibilità di immediata valutazione critica delle risposte in modo che sia sempre meglio orientata la prosecuzione dell'esame stesso. Sul punto si è efficacemente evidenziato che la conduzione diretta degli esperti «proietta sulla scena processuale la ricerca dialettica che si pratica nel campo degli studi» ed «esercita una funzione gnoseologica interna alla formazione della prova scientifico-tecnica»⁷³. In proposito residua soltanto una perplessità, e cioè che l'attribuzione del potere di esame diretto agli esperti possa implicare una maggiore difficoltà per giudici e parti nel seguire l'andamento dell'esame e nel cogliere tutti gli aspetti rilevanti del risultato cognitivo se costoro non pongono cura di utilizzare sempre un linguaggio epurato dai tecnicismi di settore. Per questa – magari banale – osservazione, la mediazione nell'esame di pubblico ministero e difensori può conservare, nonostante le aperture consentite dall'atipicità del mezzo di prova, un qualche vantaggio, perché costringe ad un'immediata volgarizzazione del lessico tecnico a beneficio della migliore comprensione del procedimento probatorio e dei suoi esiti. Non sfugge, però, che una sapiente vigilanza presidenziale sull'esame condotto dagli esperti possa efficacemente prevenire

della domanda da rivolgere al testimone. (Nella specie il ricorrente, condannato per violenza sessuale, contestava che il gup fosse intervenuto nel corso dell'esame condotto dal perito, nel momento delicato in cui la vittima sembrava volesse ritrattare)».

⁷²Per prova scientifica nuova si intende far riferimento a tutte quelle operazioni probatorie nelle quali si fa uso di strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione: così O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, cit., p. 12 ss.

⁷³O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, cit., p. 272.

il rischio paventato e far fruire pienamente delle potenzialità insite in tale modalità assuntiva.

Quanto poi alla fase di esame vero e proprio, gli adattamenti imposti dalla peculiarità della prova scientifica si risolvono, per la dottrina, in un allentamento della prescrizione di domande su fatti specifici e nella sostanziale estraneità alla materia del divieto di domande nocive e del ricorso in controesame alle domande suggestive.

Ferma restando l'inaccettabilità di un modulo che riproponga, in sede di prova scientifica, la deposizione-racconto, occorre tener in conto che il perito o il consulente tecnico sono il più delle volte chiamati ad esporre valutazioni complesse e a proporre ragionamenti tecnici particolarmente articolati, che mal tollerano di essere frantumati da continue domande. Anche le deposizioni dei periti e dei consulenti sono confinate, per esigenze di preventiva *discovery*, entro i contorni delle circostanze di lista, ma la difficoltà di segmentare, sulla falsariga del racconto di accadimenti storici, i capitoli del loro apporto conoscitivo per la concatenazione dei ragionamenti esplicativi che esse involgono, rendono più frequente il pericolo che in sede di riesame per mezzo della formulazione delle «nuove domande» si cerchi di ampliare l'ambito del quesito. Questa evenienza è ovviamente scongiurata con il presidio dei poteri direttivi del presidente.

E siccome l'obbligo di verità si atteggia diversamente da quello che orienta la deposizione testimoniale, il divieto di formulare domande che possano nuocere alla sincerità delle risposte perde in gran parte di significato, risultando poco adattabile alla formulazione di un parere tecnico, scientifico o artistico, secondo l'enumerazione contenuta nell'art. 220 c.p.p. che descrive l'oggetto dell'impegno peritale.

Del pari, la possibilità di saggiare l'attendibilità di un testimone attraverso le domande suggestive in controesame non ha valore ove l'esaminando sia chiamato ad una deposizione di carattere tecnico, su temi spesso complessi. Di contro non v'è nessun dubbio circa la piena applicabilità delle disposizioni generali che impongono una conduzione dell'esame improntata al rispetto della persona o che onerano il presidente del controllo sulla pertinenza delle domande e sulla lealtà dell'esame.

Una regola specificamente destinata all'esame di periti e consulenti è posta, infine, dall'art. 501 comma 2 c.p.p., ove si

legge che costoro hanno in ogni caso facoltà di consultare documenti, note scritte e pubblicazioni, acquisibili al fascicolo per il dibattimento anche d'ufficio, diversamente dall'esame testimoniale per il quale è necessaria la previa autorizzazione presidenziale per la consultazione di documenti che il testimone abbia redatto.

Il differente regime ha una ragione giustificatrice sufficientemente chiara: nell'esame di periti e consulenti, che riferiscono non di un'esperienza di vita, più o meno diretta, ma dei risultati di una valutazione tecnico-scientifica di determinati fatti, non v'è pericolo che le loro dichiarazioni possano essere pre-confezionate in danno della genuinità dell'esame; anzi, la preparazione e la documentazione delle argomentazioni tecniche che sono chiamati a svolgere può essere indice di serietà e scrupolo nell'assolvimento dell'incarico.

5. L'ESAME IN APPELLO

La formula normativa che dovrebbe risolvere la questione della necessità o meno di fare uso dell'esame incrociato nei casi di rinnovazione istruttoria in appello è essa stessa concausa del dilemma interpretativo: l'art. 598 c.p.p. stabilisce, infatti, che al giudizio d'appello si estendono le disposizioni relative al giudizio di primo grado in «quanto applicabili»; ma è appunto in quest'ultimo inciso il cuore del problema, dovendosi stabilire quali e quante disposizioni siano applicabili.

L'applicabilità è condizione che sembra rimandare innanzitutto ad una compatibilità con la struttura del giudizio: ed in questo senso risalenti decisioni della giurisprudenza di legittimità avevano inteso valorizzare, negando cittadinanza all'esame incrociato, le peculiarità delle forme del giudizio di appello, che si apre con la relazione della causa da parte del presidente o del consigliere delegato e prosegue con la lettura degli atti del giudizio di primo grado ed eventualmente degli atti compiuti nelle fasi antecedenti secondo la regola che governa la lettura nel dibattimento di primo grado degli atti compiuti nella fase delle indagini o dell'udienza preliminare. Si statui allora, rigettando l'eccezione di nullità per assunzione in appello di prove dichiarative senza il metodo dell'esame incrociato, che esso non è compatibile con la forma di un giudizio di controllo e addirittura, siccome le forme rispondono

a sostanza, che esso non ha più senso in una sede deputata alla rilevazione dei vizi di una decisione, e non alla rinnovazione di un giudizio.

L'assunto di fondo ricordava che il giudice del controllo è a conoscenza degli atti del processo, ha legittimamente letto i verbali degli esami incrociati svolti in primo grado; egli, quindi, non può ricavare alcuna utilità dalla reiterazione dell'esame, perché la cognizione preventiva del risultato rende del tutto inutile ripercorrere la via – già da altri battuta – per ottenerlo⁷⁴.

La posizione della giurisprudenza trovava eco in dottrina, nel cui ambito v'era chi sottolineava come non fosse seriamente sostenibile la contraria soluzione, dal momento che la reiterazione dell'esame incrociato sconterebbe la caduta di *pathos*, elemento coesistente alla particolare tecnica assuntiva, rendendo del tutto inutile la ripetizione di un'attività che, per sua natura, vive di irripetibilità⁷⁵. L'orientamento rifletteva una concezione del giudizio di appello per la quale il controllo volto alla rilevazione dei vizi denunciati con i motivi presuppone la

⁷⁴In tal senso cfr. Cass., Sez. I, 7 luglio 1993, Battipaglia ed altri in *Arch. nuova proc. pen.*, 1993, p. 715; Cass., Sez. I, 29 maggio 1992, Del Conte, in *Riv. pen.*, 1993, p. 623; nonché, in un caso di riassunzione di testimonianze già acquisite in primo grado, Cass., Sez. I, 30 aprile 1992, Idda, in *Cass. pen.*, 1993, p. 2859, con nota di L. CARACENI, *Sulle forme dell'esame testimoniale nella rinnovazione del dibattimento in appello*.

⁷⁵Così E. FASSONE, *L'appello: un'ambiguità da sciogliere*, in *Quest. giust.*, 1991, p. 632: «Come si può pensare ad una *cross-examination* che si ripete proficuamente in appello? Quale senso possono avere in appello le domande suggestive, che pur costituiscono parte essenziale dello strumentario del controinterrogante? Come può essere ignaro il giudice d'appello che conosce ormai tutto? Quale tasso di inquisitorialità è necessario in un appello nel quale le parti hanno già giocato le loro carte nel grado precedente, e quindi è il giudice a stabilire che cosa gli serve per decidere (cfr. l'art. 603)?». In senso sostanzialmente analogo cfr. V. GREVI-G. NEPPI MODONA, *Introduzione alla delega del 1987 (art. 2)*, in G. CONSO-V. GREVI-G. NEPPI MODONA (a cura di), *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delegate ai decreti delegati*, III, Cedam, Padova, 1990, p. 54, nel senso che «il metodo stesso dell'esame diretto e incrociato di imputato, testimoni e periti rende sostanzialmente irrazionale, se non inutile, riproporre a distanza di tempo in appello la reiterazione della formazione della medesima prova, alla stregua di modalità che esauriscono la loro efficacia la prima volta che vengono esperite, in un contesto in cui il principio dell'immediatezza della prova non può più trovare applicazione». Ed ancora F. PERONI, *Metodo orale e logica del controllo nel dibattimento in appello: un'antinomia davvero insuperabile?*, cit., p. 275, nonché in *L'istruzione dibattimentale nel giudizio di appello*, cit., p. 218.

completezza del materiale istruttorio, secondo la presunzione largamente ribadita nella giurisprudenza che il dibattimento di primo grado ha esaurito le potenzialità probatorie, e che la rinnovazione istruttoria è strumento a disposizione del giudice che lo aziona se e quando ritenga quell'apporto cognitivo indispensabile o necessario alla decisione, senza che entri in gioco il diritto alla prova delle parti.

In buona sostanza, la disciplina della rinnovazione istruttoria che, al di fuori dei casi di prova nuova nel senso di prova sopravvenuta o scoperta successivamente al giudizio di primo grado, attribuisce al giudice un potere non condizionabile dalle pretese probatorie delle parti e il cui esercizio è sindacabile solo nel ristretto spazio dei difetti di motivazione, influenzava notevolmente le valutazioni di (in)compatibilità della disciplina dell'esame incrociato con il giudizio di appello. Non si vuol implicitamente dire che il riferimento ai principi del sistema accusatorio rafforzati dalla novella dell'art. 111 Cost. sia di per sé risolutivo, determinando l'automatica trasposizione nel giudizio di appello delle regole dell'istruzione dibattimentale di primo grado, perché conserva plausibilità il rilievo secondo cui, quanto più il giudizio di appello si struttura a strumento di controllo critico della decisione di primo grado, tanto più si riducono le opportunità di un rapporto di immediatezza tra giudice e prova⁷⁶. Tuttavia, se il controllo critico deve avvalersi di un apporto istruttorio, non v'è ostacolo ad agevolare la concretizzazione del rapporto di immediatezza, salvo ovviamente che non si adducano argomenti più consistenti di quelli che si arrestano a generali considerazioni del profilo funzionale del giudizio di appello.

Nello stesso contesto temporale in cui la Corte di cassazione negava l'applicabilità delle regole dell'esame incrociato in appello, si formava altro e contrapposto orientamento di legittimità, secondo cui la prova dichiarativa oggetto di rinnovazione istruttoria in appello deve essere assunta con le forme dell'esame incrociato nel rispetto dei canoni del sistema accusatorio; non si giungeva però ad affermare che la violazione della ordinaria disciplina

⁷⁶F. PERONI, *L'istruzione dibattimentale nel giudizio di appello*, cit., p. 217.

determinasse una nullità e, ancora una volta, si evocava la rassicurante categoria dell'irregolarità⁷⁷.

Il giudizio di appello, del resto, risponde pur esso ai principi del sistema accusatorio, come si desume dal fatto che la rinnovazione dell'istruttoria è disposta su richiesta di parte – se pure residui un margine per rinnovazioni officiose ma come soluzione estrema per i casi di assoluta necessità del supplemento probatorio – ed è addirittura imposta nel caso di prove sopravvenute o scoperte dopo il giudizio di primo grado.

Ciò rende più agevole valorizzare il dato letterale, secondo cui la «rinnovazione» dell'istruttoria suppone la riproduzione nelle stesse forme del giudizio di primo grado, in particolare quando sia stata dichiarata la nullità di un atto di assunzione probatoria compiuto in quel grado⁷⁸; e poi l'esame incrociato è rifrazione del diritto delle parti alla prova, oltretutto il miglior metodo di ricostruzione del fatto, ragioni forti che spingono ad una sua estensione al giudizio di controllo nel merito.

Né può trascurarsi che ricorrono casi in cui il giudice di appello si trova nella stessa situazione di 'ignoranza' del giudice di primo grado, quando, ad esempio, si ha l'annullamento di una declaratoria di estinzione del reato o di non doversi procedere per mancanza di una condizione di procedibilità.

Da questo complesso di condivisibili notazioni si può trarre la conclusione che l'attribuzione al giudice d'appello della

⁷⁷Cass., Sez. II, 21 settembre 1992 n. 11730, Rottino, in *Cass. pen.*, 1994, p. 3010, con nota di P. RENON, *Presupposti e limiti all'applicazione delle forme dell'esame incrociato nel giudizio di appello*. M. MENNA, *Il giudizio d'appello*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1995, p. 308, riconduce le violazioni alla sfera di operatività dell'art. 191 c.p.p., ritenendone la prevalenza sulla disposizione in punto di nullità d'ordine generale, anch'essa in astratto applicabile. In argomento cfr. anche Cass., Sez. III, 3 marzo 1993 n. 9724, Tettamanti, in *C.E.D. Cass.*, n. 196165, secondo cui «non esiste alcuna ragione normativa o sistematica perché le regole dettate dall'art. 499 c.p.p. per l'esame e il controesame testimoniale non debbano essere applicate anche nella istruzione dibattimentale in sede di appello: sicché vale a tal proposito la regola generale dell'art. 598 c.p.p., che estende al processo di appello la disciplina dettata per quello di primo grado».

⁷⁸L'argomento, di per sé, non è ovviamente risolutivo. A tal riguardo F. PERONI, *L'istruzione dibattimentale nel giudizio di appello*, cit., p. 220, ha correttamente replicato che esso può essere utilizzato in senso esattamente contrario, «trattandosi di situazione in cui l'attività istruttoria da svolgersi in appello, lungi dal concretarsi in un risultato di riassunzione, si compie per la prima volta in sede di gravame, essendo per contro del tutto mancata nella fase anteriore».

conduzione diretta dell'esame, lungi dal correggere in suo favore lo squilibrio con le parti, ne causa, esso stesso, l'accentuazione⁷⁹.

Il panorama delle opinioni dottrinali è maggiormente diversificato, con la strutturazione di un orientamento intermedio che preliminarmente distingue l'ipotesi di assunzione di una prova nuova e la riassunzione di una prova già acquisita nel corso del giudizio di primo grado. Si reputa che, per il caso di prova nuova – non assunta nel giudizio di primo grado e rispetto alla quale, quindi, il giudice d'appello versa nella medesima condizione in cui avrebbe potuto trovarsi quello di primo grado –, l'adozione dell'esame incrociato non sia in discussione, mancando ragione per ipotizzare limitazioni al principio del contraddittorio. Viceversa, per la riassunzione di prove già acquisite, l'esame incrociato non sarebbe più in grado di assicurare la genuinità delle risposte, essendo connotato da una sorta di irripetibilità, dovuta al venir meno del necessario effetto psicologico di sorpresa⁸⁰. Nel primo caso, la conoscenza che il giudice d'appello ha dei fatti del processo non sminuisce il valore dell'esame incrociato che, trattandosi il più delle volte di prova nuova nel senso di mai assunta, ha ad oggetto circostanze non emerse nel dibattimento di primo grado; nell'altro, di contro, il giudice, ma soprattutto le parti, si troverebbero ad assistere e partecipare ad un rituale già visto e vissuto, con assai scarso indice di affidabilità probatoria del risultato.

La conclusione è l'incompatibilità della disciplina dell'esame incrociato per la riassunzione di una prova in appello, con conseguente necessità di individuazione di un percorso assuntivo alternativo.

Anche su questo ulteriore aspetto le opinioni sono varie.

Una prima proposta è quella di leggere il rinvio alle norme del primo grado con specifico riguardo alla disposizione di cui all'art. 506 comma 2 c.p.p. – che prevede l'esame presidenziale a conclusione dell'esame delle parti – per dedurre che in appello la riassunzione della prova avviene per mezzo

⁷⁹Così, A. MAMBRIANI, *Esame e controesame delle parti: spunti sistematici*, cit., p. 476; nonché P. RENON, *Presupposti e limiti all'applicazione delle forme dell'esame incrociato nel giudizio di appello*, cit., p. 3018.

⁸⁰P. RENON, *Presupposti e limiti all'applicazione delle forme dell'esame incrociato nel giudizio di appello*, cit., p. 3018.

dell'attribuzione al presidente del potere-dovere di fare le domande, essendo stato irripetibilmente svolto in primo grado l'esame delle parti.

Altri ritiene difficilmente praticabile quello 'strumento', per il carattere eccezionale delle norme che prevedono in primo grado l'esame diretto del presidente (o del giudice)⁸¹; dunque, prende in esame come unica possibile soluzione, in qualche modo estrema, la lettura del verbale relativo all'assunzione della prova nella fase precedente. In una simile ipotesi la rinuncia all'oralità si giustifica in forza della particolare natura del riesame richiesto al giudice di appello, chiamato ad operare solo un vaglio critico sulle risultanze precedentemente acquisite⁸².

Questa soluzione non può che lasciare insoddisfatti e, nonostante qualche residua perplessità circa la compatibilità strutturale con il giudizio di appello, spinge a concludere nel senso che il dato codicistico ammetta senza condizionamenti di sorta la replica di operazioni istruttorie e ne assimili le forme alle modalità prescritte per il dibattimento di primo grado⁸³.

In questa direzione si collocano le posizioni dottrinali più recenti, le quali, con maggiore decisione, optano per la piena

⁸¹F. PERONI, *L'istruzione dibattimentale nel giudizio di appello*, cit., p. 222, è invece dell'idea che la soluzione di attribuire al presidente il potere d'esame è priva di «validi appigli normativi», per l'assoluta particolarità – che ne preclude l'applicazione analogica – delle fattispecie di cui all'art. 506 comma 2 e 567 comma 4 c.p.p., quest'ultima ormai non più in vigore perché riferita al giudizio pretorile, in cui appunto su accordo delle parti l'esame poteva essere condotto dal pretore sulla base delle domande e contestazioni proposte dal pubblico ministero e dai difensori, e che ora trova una corrispondenza nella previsione di cui all'art. 559 comma 3 c.p.p. in tema di dibattimento dinnanzi al tribunale in composizione monocratica.

⁸²P. RENON, *Presupposti e limiti all'applicazione delle forme dell'esame incrociato nel giudizio di appello*, cit., p. 3015 ss., pone però giustamente in evidenza che la riassunzione mediante lettura finisce con l'essere il frutto della sovrapposizione di due diversi istituti, dato che la lettura degli atti del dibattimento di primo grado è già prevista nel giudizio di appello, dall'art. 602 c.p.p., come momento distinto e separato rispetto a quello della rinnovazione istruttoria.

⁸³F. PERONI, *L'istruzione dibattimentale nel giudizio di appello*, cit., p. 222. Sulla stessa linea P. RENON, *Presupposti e limiti all'applicazione delle forme dell'esame incrociato nel giudizio di appello*, cit., p. 3015 ss., invita alla riflessione se alla logica del controllo sia connaturale un giudizio impostato su basi puramente cartolari ovvero se residui la possibilità di aprire spazi di immediatezza e oralità, sebbene ricalibrati rispetto a quelli del dibattimento di primo grado in ragione della non riproducibilità di alcuni delicati meccanismi processuali, tra i quali, per l'appunto, l'esame incrociato.

adottabilità in appello delle forme dell'esame incrociato anche per la riassunzione di una prova già acquisita, facendo leva sulla modifica dell'art. 111 Cost. che impone il pieno rispetto del contraddittorio con limitate e tassative eccezioni⁸⁴. Tale lettura trova oggi qualche aggiuntivo e solido argomento nella giurisprudenza della Corte Edu in materia di regole del giusto processo.

Già nel 2004 la Corte europea⁸⁵ ha individuato una violazione delle regole sul giusto processo nella sentenza di condanna pronunciata in appello sulla base della rivalutazione, in senso ovviamente peggiorativo, delle deposizioni testimoniali a discarico assunte in primo grado senza procedere alla riassunzione delle prove testimoniali chieste dalla difesa⁸⁶.

Altra più recente decisione, intervenendo in un caso in cui la Corte di appello, sulla base delle prove testimoniali, aveva riformato la sentenza di assoluzione senza procedere alla riassunzione delle prove orali acquisite in primo grado, ha stabilito che «those who have the responsibility for deciding the guilt or innocence of an accused ought, in principle, to be able to hear witnesses in person and assess their trustworthiness⁸⁷. The assessment of the trustworthiness of a witness is a complex task which usually cannot be achieved by a mere reading of his or her recorded words»; e cioè, ovviamente, sempre che sia in concreto possibile risentire le persone le cui dichiarazioni siano state già raccolte.

⁸⁴Il riferimento è a F. PERONI, *Giusto processo e doppio grado di giurisdizione nel merito*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 716. Nello stesso senso C. FIORIO, *La prova nuova nel processo penale*, Cedam, Padova, 2008, p. 192.

⁸⁵Sentenza 18 maggio 2004, Destrethem c. Francia.

⁸⁶Questo il principio di diritto, contenuto nell'abstract: «*The European Court of Human Rights noted that the Court of Appeal had essentially grounded the applicant's conviction on a new interpretation of the evidence given by witnesses it had not itself examined, notwithstanding the applicant's requests to that effect. It was as if the Court of Appeal, having doubts about the credibility of the defence witnesses, had "challenged" them without hearing their evidence and relied on that impression in order to overturn the first-instance judgment. The applicant had thus been found guilty on the basis of testimony in relation to which his defence rights had been considerably restricted, and this was compounded by the fact that the Court of Appeal itself had described the penalty it imposed as "severe". The Court accordingly considered that Mr Destrethem had not had a fair trial and held unanimously that there had been a violation of Article 6 § 1 and 3 (d)*».

⁸⁷Sentenza 5 luglio 2011, Dan c. Moldava.

Una prima notazione dottrinale ha tratto la conclusione della doverosità della integrale rinnovazione istruttoria per le prove dichiarative quando si tratti di ribaltare un giudizio assolutorio di primo grado⁸⁸, con piena operatività, in nome del diritto al giusto processo, dei principi dell'oralità e dell'immediatezza⁸⁹.

Una interpretazione più riduttiva è stata invece fatta propria dalla giurisprudenza di legittimità, che, nel prendere in esame la sentenza della Corte Edu da ultimo citata, ha osservato come sia stata emessa in un caso in cui la Corte di appello aveva operato un giudizio di attendibilità dei testimoni sentiti in primo grado, dissentendo così dal giudice di primo grado che aveva affermato l'inattendibilità degli stessi, e aveva pronunciato condanna basandosi sulle dichiarazioni testimoniali come verbalizzate in atti. Su questa premessa ricostruttiva, la Corte di cassazione ha desunto che la necessità di procedere alla riassunzione della prova dichiarativa sorga soltanto in relazione alle valutazioni di attendibilità, che costituiscono un «compito complesso che generalmente non può essere eseguito mediante una semplice lettura delle sue parole verbalizzate»⁹⁰.

Quale che sia la soluzione preferibile – quella di un ampliamento generalizzato della rinnovazione istruttoria in

⁸⁸A. GAITO, *Verso una crisi evolutiva per il giudizio d'appello*, in *Arch. pen.*, 2012, n. 2, p. 1 ss.

⁸⁹La giurisprudenza di legittimità, pur senza giungere alla conclusione della necessità di rinnovazione istruttoria per i casi di riforma dell'assoluzione pronunciata in primo grado, si è interrogata circa l'incidenza della regola dell'«oltre ogni ragionevole dubbio» nel giudizio di appello conseguente ad una pronuncia assolutoria. Ed ha ritenuto, almeno allo stato, che «l'eventuale rivisitazione in senso peggiorativo compiuta in appello sullo stesso materiale probatorio già acquisito in primo grado e ivi ritenuto inidoneo a giustificare una pronuncia di colpevolezza, sia sorretta da argomenti dirimenti e tali da evidenziare oggettive carenze o insufficienze della decisione assolutoria, che deve, quindi, rivelarsi, a fronte di quella riformatrice, non più sostenibile, neppure nel senso di lasciare in piedi residui ragionevoli dubbi sull'affermazione di colpevolezza». Da qui l'affermazione che la diversa valutazione abbia «una forza persuasiva superiore, tale da far cadere “ogni ragionevole dubbio”, in qualche modo intrinseco alla stessa situazione di contrasto» – Cass., Sez. VI, 3 novembre 2011, n. 40159, Galante, in *C.E.D. Cass.*, n. 251066. Cfr., anche, Cass., Sez. VI, 26 ottobre 2011, n. 4996/12, Abbate ed altro, in *C.E.D. Cass.*, n. 251782 –. In dottrina, per un commento a questo nuovo orientamento giurisprudenziale, v. A. MARANDOLA, *Ricostruzione “alternativa” del fatto e test di ragionevolezza del “dubbio” in appello*, in *Arch. pen.*, 2012, n. 1, p. 367 ss.

⁹⁰Cass., Sez. I, 24 aprile 2012 n. 31455, Ruggieri ed altri, inedita.

appello oppure quella contenuta per i soli casi in cui occorre rivedere le valutazioni di attendibilità dei dichiaranti – non pare revocabile in dubbio che debbano dirsi superate le perplessità in ordine all'utilità dell'esame incrociato per la riassunzione di una medesima prova. È pur vero che l'affermata necessità della riassunzione non implica che debba provvedersi con l'esame incrociato; tuttavia, sarebbe paradossale la conclusione che all'estensione dell'area della rinnovazione istruttoria debba seguire l'applicazione di una procedura assuntiva che in primo grado è regolata in termini di disciplina residuale. In questa prospettiva va messo in evidenza, anzi, che pur nella lettura giurisprudenziale, volta a ridimensionare la portata innovatrice della richiamata sentenza della Corte Edu, la riassunzione della prova dichiarativa risponde al fine di consentire un autonomo ed efficace vaglio di attendibilità, e ciò è ulteriore conferma dell'infondatezza della tesi circa una pretesa irripetibilità strutturale.

CAPITOLO V

L'EFFETTIVITÀ DELLE REGOLE: UN'INDICAZIONE RICOSTRUTTIVA

SOMMARIO. 1. Gli esiti della ricerca: l'incerta risposta alle distorsioni dell'esame incrociato. – 2. L'irregolarità dell'atto processuale e i suoi limiti. – 3. Una proposta di revisione degli effetti dell'irregolarità. – 4. Le probabili obiezioni e i possibili argomenti di replica. – 5. Alcune applicazioni dell'irregolarità 'offensiva'.

1. GLI ESITI DELLA RICERCA: L'INCERTA RISPOSTA ALLE DISTORSIONI DELL'ESAME INCROCIATO

La ricostruzione sinora compiuta ha dimostrato la tesi di premessa: il legislatore ha lasciato che fosse la prassi a plasmare l'istituto dell'esame incrociato, perché è dalle prassi che provengono i suggerimenti più adeguati su come articolare una disciplina particolarmente refrattaria ad una fissazione in astratto di regole, in ragione della materia viva e proteiforme che ne è l'oggetto.

La pratica applicativa ha rivelato però l'incapacità della giurisprudenza di raccogliere – con immediatezza ed efficacia – le istanze di puntuale regolazione; e ciò ha indotto le figure professionali che operano nel processo ad iniziative di lavoro comune, a volte anche multidisciplinari, per la messa a punto di cataloghi di regole condivisi da riversare nell'esperienza giudiziaria.

I protagonisti del processo hanno provato a costruire le regole dell'esame incrociato, ovviamente entro i confini dettati dalla legge, avvertendo l'esigenza di dotarsi di parametri di valutazione dei comportamenti processuali più stabili e sicuri. Tuttavia essi non si sono spinti fino ad integrare lo scarno apparato sanzionatorio, e ciò verosimilmente per la convinzione

che il tema dei rimedi sia sottratto ai già ristretti spazi dell'autonomia regolativa. E sul terreno delle risposte alle illegittimità nella conduzione dell'esame incrociato – anche questo è emerso con sufficiente chiarezza – già la giurisprudenza ha palesato che le sanzioni coprono solo in parte, e con non poche difficoltà, la pur ampia casistica delle alterazioni, anche quando esse finiscono col compromettere la corretta formazione delle conoscenze processuali.

Non è un'anomalia che la costruzione autonoma di regole di comportamento abbia trascurato il profilo, pur connesso, dei rimedi sanzionatori; è, infatti, radicato nella cultura giuridica del nostro Paese, fors'anche per le venature di tradizione inquisitoria che ancora la attraversano, che le sanzioni, espressione tipica dell'Autorità, siano nell'esclusiva disponibilità del legislatore. La stessa giurisprudenza ne fa un uso assai contenuto, ora evocando il principio di tassatività delle nullità – che altro non è se non la manifestazione dell'assoluto dominio legislativo su tale tipo di sanzione – ora affermando che l'inutilizzabilità è esclusiva conseguenza della violazione di un divieto probatorio – altro modo per tenere saldamente ancorata a predeterminazioni legali la risposta demolitoria –.

Per aumentare il grado di effettività delle regole dell'esame incrociato, si potrebbe pensare ad un rafforzamento della rinnovazione istruttoria in appello, in modo da recuperare nel giudizio di controllo quel che in primo grado non è stato ben fatto. In questa direzione si dovrebbe ampliare l'ambito della rinnovazione per i casi di prova già acquisita, oggi abbastanza compresso dalla condizione di indecidibilità allo stato degli atti. Se molte delle deviazioni dal modello di esame incrociato ricadono, per giurisprudenza consolidata, nell'area della mera irregolarità, sarebbe arduo sostenere che esse incidano a tal punto sulla tenuta del materiale probatorio acquisito da rendere indecidibile l'impugnazione. Si dovrebbe allora estendere la previsione sul diritto alla prova oltre l'attuale limite delle prove sopravvenute o scoperte successivamente alla pronuncia di primo grado; ma così facendo si imprimerebbe all'appello una marcata connotazione di *novum iudicium*.

Peraltro, si introdurrebbe una previsione che, per quanto è oggetto di questa riflessione, sarebbe poco coerente con la disposizione di cui all'art. 604 comma 5 c.p.p., secondo cui la rinnovazione istruttoria può rimediare ad *errores in procedendo*

nei limiti in cui essi attingano la soglia della nullità. Si amplierebbero le possibilità di rinnovazione istruttoria per coprire tutti quei casi in cui si siano consumate violazioni di legge sfornite di sanzione, e senza fare alcuna selezione all'interno di un'area – delle illegittimità per così dire inoffensive – che può anche essere assai vasta, troppo vasta per consentire al giudizio di appello di conservare, senza stravolgimenti, la sua natura di giudizio di controllo.

Così facendo il percorso riformatore si porrebbe in controtendenza rispetto alle più recenti elaborazioni per una ristrutturazione del sistema delle impugnazioni in vista di un più accorto bilanciamento tra garanzie del sistema accusatorio ed esigenze di ragionevole durata dei processi, che intendono, condivisibilmente, limitare l'istruzione dibattimentale in appello, su richiesta di parte, ai casi di omessa assunzione di prove decisive e di prove sopravvenute e scoperte dopo il giudizio di primo grado¹. Insomma, la strada per rimediare alle violazioni delle regole sull'esame incrociato non può esser quella di estendere a tal punto il giudizio di appello da arrivare ad una duplicazione delle fasi istruttorie, per far sì che si abbia sempre e comunque un'occasione per correggere l'errore, qualsiasi tipo di errore.

¹Progetto di Ricerca di Interesse Nazionale (PRIN 2007), *Le impugnazioni penali nel prisma del giusto processo*, Università di Bologna (coordinatore prof. Renzo Orlandi). *Gruppi di ricerca locali*: Università di Bologna (coordinatore prof. Renzo Orlandi), Tema: *Impugnazioni penali e giusto processo: analisi storico-comparatistica e linee di una possibile riforma*; Università del Piemonte Orientale (coordinatrice prof.ssa Marta Bargis), Tema: *Appello e giusto processo: odierne aporie e prospettive di riforma*; Università di Pisa e Università di Ferrara (coordinatore prof. Enrico Marzaduri), Tema: *Ricorso per Cassazione e giusto processo*; Università di Padova (coordinatore prof. Roberto E. Kostoris), Tema: *Le nuove frontiere delle impugnazioni straordinarie*; Università di Pavia (coordinatori prof. Vittorio Grevi – prof.ssa Livia Giuliani), Tema: *Le impugnazioni dei provvedimenti in materia di libertà personale dell'imputato*. L'idea è quella di sopprimere in seconde cure la rinnovazione dell'istruzione (cioè la riassunzione di prove già acquisite nel dibattimento di primo grado), prevedendo esclusivamente casi di “novazione” (cioè assunzione di prove nuove).

2. L'IRREGOLARITÀ DELL'ATTO PROCESSUALE E I SUOI LIMITI

Il problema è costituito dall'eccessiva ampiezza degli spazi che, sul piano delle deviazioni del modello legale di esame incrociato, la giurisprudenza concede alla mera illegittimità sfornita di sanzione, giustificando l'assenza di tutela con il richiamo alla categoria dell'irregolarità.

La lettura diffusa in dottrina e giurisprudenza delle disposizioni sull'irregolarità mostra che si tratta di condizione rilevante, al più, sul terreno extraprocessuale per valutazioni di eventuale responsabilità disciplinare di chi non abbia osservato la norma processuale, pur quando l'inosservanza non importi nullità o altra sanzione. Come si vede, l'assenza di sanzione equivale ad assenza di conseguenze sul piano del processo e l'atto irregolare è, per questo profilo, del tutto sovrapponibile all'atto legittimo, parimenti efficace e ad efficacia parimenti stabile.

La dottrina ritiene che l'apparente contraddizione, cioè la pienezza d'efficacia di un atto compiuto in violazione di legge, sfumi alla considerazione che essa deriva da un'inesatta interpretazione del ruolo svolto all'interno della fattispecie dalla disposizione di legge violata². L'errore porta a qualificare come elemento di fattispecie «una circostanza che il legislatore enuncia insieme agli elementi costitutivi, ma che, come si può dedurre dalla stessa o da un'altra disposizione, non influisce menomamente ai fini della produzione degli effetti in quanto questi si verificano anche nella sua mancanza»³. Di conseguenza, si sono tenuti distinti gli elementi costitutivi di un

²In dottrina la ricostruzione della categoria dell'irregolarità si deve soprattutto a G. CONSO, *Il concetto e le specie d'invalidità. Introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*, Giuffrè, Milano, 1972, p. 21 ss., che in premessa afferma come sia logicamente e giuridicamente inconcepibile il fenomeno dell'imperfezione dell'atto cui consegua la «stessa rilevanza giuridica della corrispondente entità perfetta». E l'osservazione prosegue con il rilievo secondo cui «affermare che, in forza di un'eccezione, un certo fatto imperfetto è rilevante della stessa rilevanza del corrispondente fatto perfetto, implicherebbe, se preso alla lettera, una piena coincidenza di risultati tra il fatto perfetto e quel fatto imperfetto, e darebbe luogo a una contraddizione, insuperabile da qualsiasi disposizione legislativa. Si arriverebbe [...] all'assurdità di un fatto imperfetto, ma egualmente produttivo dei suoi effetti tipici».

³G. CONSO, *Il concetto e le specie d'invalidità. Introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*, cit., p. 23.

fatto da quelli meramente utili, per poi introdurre specularmente la distinzione tra vizi essenziali e vizi marginali⁴. In sostanza, validità ed efficacia dell'atto, cioè i caratteri della conformità a fattispecie, si riscontrano anche nell'atto irregolare, che è sì difettoso, ma di un «difetto non invalidante»⁵.

La ricostruzione dogmatica consegna un concetto di irregolarità per il quale il difetto non attiene tanto all'atto, quanto al suo compimento, dato che la previsione normativa di un elemento meramente utile «si risolve al massimo nell'imposizione di un obbligo alla persona che compie l'atto»⁶; e spesso nemmeno di obbligo si tratta, quanto di una semplice indicazione, senza portata alcuna.

Il nucleo del ragionamento si individua agevolmente nella convinzione che le norme sanzionatorie concorrono a delineare i contorni della fattispecie e che dall'assenza di sanzioni può dedursi che tale elemento descritto dalla norma per il compimento dell'atto non sia un tassello di fattispecie e non concorra a definire la conformità ad essa. In questo senso si inverte il procedimento di individuazione degli elementi essenziali, perché ad essi si perviene, non come primo momento per verificare se siano assistiti dalla previsione di sanzioni, ma come atto finale di un percorso che muove dalla considerazione delle sanzioni per dedurre i lineamenti fisiologici dell'atto e, quindi, i contorni della fattispecie⁷.

⁴G. LEONE, *Lineamenti di diritto processuale penale*, Napoli, Jovene, 1956, p. 242 ss., ed anche in *Manuale di diritto processuale penale*, Napoli, Jovene, 1975, p. 296 e ss.

⁵F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1190. L'atto irregolare è l'atto affetto dal vizio di inosservanza di una *lex imperfecta* che non concorre a integrare la fattispecie: così ancora F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 844.

⁶C. CONSO, *Il concetto e le specie d'invalidità. Introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*, cit., p. 24.

⁷In questi termini si comprende il rilievo di chi – C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, cit., p. 242 – ha osservato che in materia di irregolarità «l'impegno speculativo della dottrina sembra rivolto più ad analizzare che cosa non sia ... piuttosto che ad individuarne l'essenza connotativa di significato». Per C. CESARI, *L'isolamento del testimone prima dell'esame: spunti di riflessione sull'istituto dell'inutilizzabilità*, cit., p. 694, «la categoria dell'irregolarità non si lascia definire per ciò che è, ma solo negativamente, per ciò che non è [...] si limita ad occupare uno spazio residuo, la zona grigia tra la perfezione dell'atto e l'imperfezione invalidante, per delimitare la quale si deve definire con chiarezza l'ambito occupato dai vizi che comportino una conseguenza sanzionatoria».

Per quel che specificamente attiene al tema di questo studio, va sottolineato che la qualificazione in termini di irregolarità non equivale ad una totale assenza di strumenti di reazione in capo alle parti che si ritengano lese dal compimento di atti illegittimi, processualmente non sanzionati. Nell'ambito dell'esame incrociato – lo si è diffusamente detto – la legge ha previsto la facoltà di immediata opposizione con decisione presidenziale e reclamabilità al collegio e, infine, con impugnabilità unitamente alla sentenza dell'ordinanza dibattimentale.

Dunque, le ragioni delle parti possono essere sottoposte, prima, al giudice del grado, poi al giudice d'appello; e l'attivazione degli strumenti impugnatori non è condizionata dalla configurazione di uno stato patologico dell'atto di cui ci si duole. Così, ad esempio, se l'opposizione a una domanda ritenuta suggestiva dalla controparte è stata rigettata, si può adire il giudice, eventualmente d'appello, che potrà ritenere errato il provvedimento presidenziale ed eventualmente l'ordinanza confermativa del giudice collegiale.

L'affermazione dell'illegittimità non implica, però, la reiterazione dell'esame per riassunzione della prova malamente acquisita, che è evenienza comunque ristretta all'ipotesi generale in cui il giudice ritenga di non essere in grado di decidere allo stato degli atti. L'impugnabilità del provvedimento, pertanto, non si risolve automaticamente nel rafforzamento delle garanzie delle parti.

Altra è, invece, la risposta per i casi in cui possa dedursi una nullità o un'inutilizzabilità: in essi il giudice dell'impugnazione può e deve procedere, ove possibile, alla rinnovazione dell'atto probatorio viziato, a meno che il contributo che esso offre sia del tutto marginale.

Ove, poi, la questione dell'illegittimità non patologica – già dedotta sin dall'opposizione al presidente del collegio – giungesse, per tappe successive, alla cognizione del giudice di legittimità, la griglia dei motivi proponibili la collocherebbe tra i presunti vizi della motivazione, non potendo farsi valere, ovviamente, una violazione di legge processuale sfornita di una delle sanzioni specificamente indicate dall'art. 606 comma 1 *lett. c)* c.p.p.

Insomma, la previsione d'impugnabilità non può soddisfare integralmente e in ogni caso le pretese della parte che si sia sentita lesa dalla conduzione scorretta di un esame, perché il

risultato ultimo dell'estromissione in sede valutativa di quel determinato apporto dichiarativo può non essere misura adeguata se non assistita dalla possibilità di rinnovazione dell'atto: ipotesi confinata nel ristretto spazio dell'indecidibilità ad apprezzamento ampiamente discrezionale del giudice del gravame.

La giurisprudenza di legittimità è peraltro molto rigorosa nel vagliare la novità della prova che restituisce alle parti il diritto alla rinnovazione.

Di prova nuova, invece, si potrebbe ragionare se l'attenzione non fosse pressoché interamente incentrata sui risultati dichiarativi e fosse meglio distribuita in modo da non trascurare le modalità con cui la prova è assunta. Si avrebbe così novità di prova, ad esempio, per il contributo dichiarativo di un coimputato da risentire, una volta che fosse assolto nel giudizio di primo grado, come testimone. È pur vero che in primo grado si sarebbe potuto chiederne l'esame; ma è ovvio che l'esame di tipo testimoniale è tecnica assuntiva sostanzialmente diversa da quella che consente di raccogliere le dichiarazioni di un imputato.

La plausibile considerazione non è accolta dalla Corte di cassazione che riconduce l'ipotesi al di fuori del diritto delle parti per collocarla nell'ambito delle determinazioni ampiamente discrezionali in ordine alla non decidibilità allo stato degli atti⁸.

Su questa linea si colloca la dichiarazione di manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 603 c.p.p., in eventuale connessione integrativa con l'art. 604 comma 5 c.p.p., nella parte in cui non prevede l'obbligo del giudice di appello di disporre la rinnovazione del dibattimento per procedere, con esame incrociato ordinario, all'audizione del testimone già sentito in primo grado, al tempo in cui era minorenni, attraverso un esame condotto con modalità protette – conduzione presidenziale dell'esame –.

È ovvio. Le cautele poste per l'esame del testimone minorenni comprimono il ruolo delle parti nell'esame, sia pure in nome di un interesse meritevole di considerazione; non sarebbe pertanto irragionevole concludere che queste possano

⁸Cass., Sez. III, 13 gennaio 2006 n. 4859, Ehiuwa Ogbaba, in *C.E.D. Cass.*, n. 234052, e prima, negli stessi termini, Cass., Sez. II, 29 dicembre 1999 n. 6426/00, Rocca, in *C.E.D. Cass.*, n. 216302.

pretendere di fare in appello ciò che in primo grado avrebbero voluto ma non hanno potuto fare.

La Corte di cassazione ritiene, di contro, che il caso ora descritto non abbia alcuna omogeneità con l'ipotesi di rinnovazione dell'atto probatorio affetto da nullità, perché la prova raccolta in primo grado non può essere dispersa e la conduzione dell'esame ad opera del presidente tutela un interesse di natura costituzionale preminente⁹. Nessuna attenzione pone al fatto che le parti siano state, sia pure legittimamente, menomate, e mantiene ferma una nozione di novità della prova interamente calibrata sui contenuti dichiarativi con pretermissione scarsamente accettabile delle modalità dialettiche di formazione di quell'apporto di conoscenza.

3. UNA PROPOSTA DI REVISIONE DEGLI EFFETTI DELL'IRREGOLARITÀ

In questo contesto di tutela strutturalmente inadeguata degli interessi delle parti, può essere utile approfondire la riflessione sulla categoria dell'irregolarità.

Ed invero, se concettualmente nulla osta a ipotizzare che il legislatore fissi obblighi senza riservare sanzioni per la loro inosservanza o si limiti a qualche 'indicazione' per il compimento di un atto, lasciando le parti libere di valutare se seguirla o meno, il dato di diritto positivo orienta in senso diverso, giacché l'osservanza della legge processuale è comunque dovuta, anche se la violazione possa soltanto dare luogo a responsabilità disciplinare.

Lo spunto critico è legato all'idea che tale ultima forma di responsabilità afferisca ad un ordinamento punitivo e che essa non possa essere concepita in assenza di una significativa offesa prodotta da comportamenti rilevanti¹⁰; dunque, non è così

⁹Cass., Sez. III, 6 marzo 2003 n. 36619, Artico e altro, in *C.E.D. Cass.*, n. 226368.

¹⁰È appena il caso di osservare che sul piano costituzionale la responsabilità dei magistrati si giustifica con la necessità, derivante dall'estrema delicatezza della funzione giudiziaria, di assicurare un altro piano, rispetto a quello delle valutazioni risarcitorie civili e delle conseguenze penali, di esame del loro operato. Si legittima così l'ulteriore forma di responsabilità – disciplinare – che «rappresenta lo strumento in grado di ristabilire l'equilibrio nell'ordinamento, che comportamenti non corretti da

scontato che l'irregolarità possa essere ridotta all'inosservanza di una mera indicazione di legge non vincolante, che sia fuori dalla fattispecie di riferimento e contestualmente dalla cura degli interessi meritevoli di tutela coinvolti dall'accertamento penale.

Anzi può dirsi che, se le norme devono essere osservate in ogni caso, non possono essere ridotte, già sul piano delle valutazioni del processo, a mere proposte di comportamento per giudici, parti e ausiliari; esse descrivono il percorso da imboccare in vista di un risultato, anche quando restino estranee alla definizione dei contorni essenziali di fattispecie.

Una spia della rilevanza, anche oltre il piano di responsabilità disciplinare, è contenuta nell'espressione dell'art. 124 comma 2 c.p.p., ove è scritto che «i dirigenti degli uffici vigilano sull'osservanza delle norme anche ai fini della responsabilità disciplinare»; se essa fosse l'unica prospettiva possibile dei compiti di vigilanza, non sarebbe menzionata in aggiunta.

Certo, il terreno di rilevanza della norma può essere quello dell'espletamento dei compiti di direzione organizzativa degli uffici: il pensiero corre, a titolo esemplificativo, alle riunioni periodiche di sezione, aventi il fine di discutere collettivamente della giurisprudenza degli uffici (art. 47-*quater* ord. giud.), che ben possono essere il luogo per correggere o per prevenire prassi distorte, costruite su illegittimità senza sanzioni.

Ma la risposta non pare soddisfacente se essa intende escludere ogni possibile incidenza sul piano delle scelte schiettamente processuali: è agevole ricordare che un principio generale delle attività dei pubblici poteri prevede che essi

parte dei magistrati possono avere alterato, allo scopo sia di tutelare il prestigio o l'indipendenza della funzione giudiziaria, sia, in particolare, di preservare il ruolo a favore dei cittadini del sistema giustizia» – così, A. APOSTOLI, *Implicazioni costituzionali della responsabilità dei magistrati*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 80 ss. –. Si è pure ricordato come la Corte costituzionale abbia messo in luce la funzione di protezione esercitata dalle regole disciplinari rispetto ai principi del regolare e corretto svolgimento delle funzioni giudiziarie e del prestigio della magistratura, nel senso che esse «investono il momento della concretizzazione dell'ordinamento attraverso la giurisdizione, vale a dire l'applicazione indipendente e imparziale della legge. Si tratta perciò di beni [...] che non riguardano solo l'ordine giudiziario, riduttivamente inteso come corporazione professionale, ma appartengono alla generalità dei soggetti e [...] costituiscono presidio dei cittadini» (Corte cost., sentenza n. 497 del 2000).

conservino la potestà di revoca e di rinnovazione di quanto compiuto in difformità dalla legge, ove sia opportuno e non contrasti con gli interessi di volta in volta in gioco.

È pur vero che nell'ambito del processo penale la rinnovazione di un atto è valutata sempre in conseguenza dell'apprezzamento di uno stato patologico cui si connetta una sanzione demolitoria; ma è forse rivedibile la convinzione secondo cui di rinnovazione non possa parlarsi al di fuori del tracciato delle patologie sanzionate.

La previsione di una rinnovazione doverosa e che non necessita di apprezzamenti discrezionali sulle ragioni che la sottendono non esclude che se ne possa ipotizzare altra, da affidare ad una valutazione discrezionale di meritevolezza in concreto, fondata sul presupposto che il legislatore abbia preferito non agire di fronte all'imprevedibilità delle conseguenze concrete di un atto illegittimo, non potendo avvalersi di presunzioni invincibili di offesa; per intendersi, quelle su cui fondano i casi di nullità.

Le patologie dell'atto sono un giudizio sintetico circa la lesione di interessi meritevoli di tutela, ma esso non è rimesso all'accertamento giudiziale perché è formulato in via astratta e predeterminata dal legislatore; anche se, da ultimo, si fanno sempre più insistenti le pretese di valutare in concreto la cd. inoffensività, in funzione di sterilizzazione delle nullità¹¹.

Le mere illegittimità che danno luogo alle irregolarità non giustificano una reazione sanzionatoria rigida, ma non si esclude che possano in concreto esprimere un significato offensivo e quindi condurre a scelte di rinnovazione; e ciò perché, se all'inosservanza di una norma si può connettere una responsabilità dell'agente sia pure soltanto di tipo disciplinare, la condotta espressa nel compimento di un atto illegittimo può essere offensiva di interessi che si collocano naturalmente sulla scena processuale.

Deve pertanto riconoscersi che sul terreno dell'irregolarità possano individuarsi casi concreti di irregolarità per così dire 'offensiva', quasi un contraltare alle ipotesi, soprattutto giurisprudenziali, di nullità in concreto inoffensive.

¹¹Sulla persistente tendenza della giurisprudenza a valutare la concreta offensività, in uno con la difformità legale dal modello, per la dichiarazione delle nullità cfr., da ultimo, F. CAPRIOLI, *Abuso del diritto e nullità inoffensive*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 2444.

Potrebbe obiettarsi che le revoche di atti processuali – e tale sarebbe quella di un'intera attività di assunzione della prova – non sono ammesse in assenza di un presupposto espresso, perché il principio generale, legato alla struttura progressiva dell'accertamento, implica che con il compimento dell'atto il giudice consumi il correlato potere e non possa pertanto riesercitarlo, nemmeno in funzione correttiva.

Non si ignora il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, secondo cui «dal punto di vista sistematico a ciascun giudice è preclusa in via generale, salvo e nei limiti in cui gli sia espressamente attribuita, la facoltà di ritornare autonomamente sui propri provvedimenti a carattere definitorio nei cui confronti sia positivamente prevista l'azionabilità di un apposito ed efficace rimedio caducatorio»¹²; ma i confini concettuali entro cui questo divieto sembra destinato ad operare – natura definitoria dell'atto compiuto e previsione di un espresso rimedio caducatorio azionabile dalle parti – non sono quelli in cui si situa la proposta di una revoca per eventuale rinnovazione dell'esame.

Del resto, il rilievo trascurerebbe il fatto che la reiterazione dell'atto non sarebbe slegata da ogni presupposto, e che essa rinverrebbe causa proprio nell'esercizio del potere non conforme a legge, con la rilevante eccezione, rispetto alla condizione di nullità, che non potrebbe mai comportare la regressione procedimentale, effetto 'gravoso' che il legislatore connette soltanto alla rilevazione di stati patologici fondati su gravi presunzioni non vincibili di offesa¹³.

Una rilettura così azzardata della categoria dell'irregolarità non può prescindere da una premessa concettuale parimenti coraggiosa ma opportuna.

La costruzione dogmatica intorno alla nozione di fattispecie delle reazioni alle violazioni di legge all'interno della progressione processuale potrebbe non essere più del tutto

¹²Cass., Sez. un., 14 luglio 2004 n. 36168, Pangallo, in *C.E.D. Cass.*, n. 228666.

¹³L'art. 185 comma 4 c.p.p. esclude, per il vero, che la nullità concernente le prove possa determinare regressione, ma occorre tener presente la precisazione dottrinale che circoscrive il divieto di regressione agli atti di acquisizione probatoria esclusivamente intesi nella loro valenza di operazioni ad efficacia meramente psicologica ed orientativa. E che, quindi, ipotizza la regressione nei casi in cui l'atto probatorio venga in gioco in chiave di vero e proprio presupposto logico necessario di un provvedimento. Così F. PERONI, *L'istruzione dibattimentale nel giudizio d'appello*, cit., p. 243.

adeguata ai bisogni di regolazione flessibile di un sistema permeato dal protagonismo delle parti, effettivo o ancora soltanto tendenziale. La conformità dell'atto ad un modello astratto esprime uno dei possibili modi in cui si esprime il bisogno di legalità processuale, quello forse più intriso di una concezione fortemente razionalistica della logica del controllo giudiziale, corollario – sul versante dell'attività – di quella forma sillogistica che avrebbe dovuto contenere e spiegare la decisione giudiziale. Del resto, i moduli schiettamente razionali del procedere e del giudicare, attraverso gli schemi della fattispecie e del sillogismo, sono derivazione diretta di una concezione positivista del processo e del giudizio; e la loro ideazione in passato era capace di confortare dai timori di arbitrii e prevaricazioni che in un sistema dominato dal principio di autorità ben avevano modo di svilupparsi.

Indicazioni ricostruttive di superamento della tradizionale impostazione incentrata sulla comparazione dell'atto con la fattispecie sono offerte da quella dottrina che valorizza le norme del rito come norme di tutela di situazioni giuridiche in movimento nel processo. Essa giunge alla conclusione che il concetto di imperfezione non possa risolversi soltanto nell'allinearsi o nel discostarsi dell'atto rispetto alle prescrizioni dello schema¹⁴: ad esso inerisce, infatti, il profilo dinamico del procedere, che impone di estendere l'indagine, nella definizione dell'imperfezione, sino a verificare il raggiungimento dello scopo dell'atto e il livello di 'ferimento' della situazione soggettiva protetta, e ciò – si dice espressamente –, «tenendo conto ... del valore che l'atto assume nel contesto delle attività processuali con cui viene in relazione».

Si tratta di un mutamento di prospettiva determinato dalla rafforzata considerazione delle istanze di tutela dei diritti delle parti, che involge una proiezione finalistica della fattispecie tale da trascendere il singolo atto e collocarsi nell'ambito più ampio del processo.

A conclusioni simili perviene altra e più recente dottrina che osserva come la tradizionale dogmatica della rilevanza dell'atto, che lo definisce in termini di condotta tipica astrattamente prevista nella fattispecie, rischia di non essere

¹⁴G. RICCIO, *Introduzione allo studio del sistema sanzionatorio nel processo penale*, in *Quaderni di scienze penalistiche* del Dipartimento di Scienze Penalistiche, Criminologiche e Penitenziarie dell'Università degli Studi di Napoli "Federico II", 2006, p. 44 ss.

adeguato strumento d'analisi della realtà normativa, nella misura in cui estromette dal novero dei componenti dell'atto i requisiti cosiddetti utili, i quali, essendo per definizione superflui ai fini della produzione degli effetti, non sono contemplati come elementi della fattispecie¹⁵. Ma, si aggiunge, la riduzione dei requisiti dell'atto all'esigua somma di quelli che ne condizionano la validità significa proporre una rappresentazione dogmatica gravemente distorta. E siccome l'indagine sull'atto deve mettere in condizione di sapere cosa debba essere fatto – di rispondere alla domanda: *quid agendum?* –, ci si avvede della necessità di tenere in considerazione nella composizione dell'atto anche i requisiti utili, perché, omettendoli, alcuni soggetti del processo potrebbero incorrere in responsabilità disciplinare, secondo quanto previsto dall'art. 124 c.p.p. Di qui l'impegno per una diversa ricostruzione che metta in discussione la premessa secondo cui i requisiti dell'atto debbano essere ricercati nell'ambito della fattispecie.

Alla luce di queste consapevolezza, e della presa d'atto del radicale cambiamento del contesto della ricerca probatoria e della decisione nel senso poc'anzi indicato, può mutare anche l'approccio al concetto di irregolarità processuale.

Il sistema attuale indica nella partecipazione paritaria delle parti all'impegno istruttorio le condizioni per il compiuto recupero della concezione argomentativa della prova, con estromissione pressoché rigorosa del giudice; il che non significa, come da tempo acutamente osservato¹⁶, rifiuto dell'apporto nel processo delle conoscenze tecnico-scientifiche.

L'ordinamento ha piena consapevolezza che non si accerta la verità di un fatto, ma si contribuisce alla sua ricostruzione tramite l'accertamento della verità di contrapposti enunciati sul fatto. In tal modo si affida al momento argomentativo-retorico la rilevanza del contributo di parti e giudice, che, secondo i diversi poteri, concorrono nella ricerca e nella scelta degli elementi di ricostruzione degli accadimenti.

Entro questa nuova cornice di idee e di valori si potrebbe avviare una riflessione critica sull'inquadramento dogmatico dei rimedi alle illegittimità processuali, allentandone

¹⁵A. CAPONE, *L'invalidità nel processo penale. Tra teoria e dogmatica*, cit., p. 155 ss.

¹⁶G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 83 ss.

l'ancoraggio alla nozione di fattispecie e valorizzando ancor di più il mero dato della violazione di regole date; e se lo sforzo che qui si paventa fosse ritenuto praticabile, specie nell'ambito dello statuto acquisitivo della prova, gli esiti vantaggiosi si coglierebbero già sul piano della riaffermazione del principio di legalità entro gli ambiti tradizionali delle sanzioni processuali. Inutilizzabilità e nullità non sarebbero più esposte alle forzature applicative che fanno assistere al continuo oscillare tra pretese estensive dei loro confini e tentazioni di governarne discrezionalmente condizioni e limiti di azione. Sono queste forzature e queste tentazioni a mostrare insofferenza al significato di garanzia della legalità e, più specificamente, della riserva di legge. L'attribuzione all'irregolarità di spazi di incidenza in funzione di una possibile rinnovazione dell'attività viziata darebbe risposta a concreti bisogni di tutela che oggi restano insoddisfatti.

4. LE PROBABILI OBIEZIONI E I POSSIBILI ARGOMENTI DI REPLICA

Un simile approdo può non persuadere perché il meccanismo altro non farebbe che ampliare i poteri discrezionali del giudice, il quale potrebbe ora ritenere quella violazione di legge così grave in concreto da meritare una rimozione dell'atto illegittimo, ora valutarne la scarsa incidenza sugli interessi delle parti, e ciò senza che si disponga di criteri sicuri cui ancorare apprezzamenti così penetranti. In assenza del riferimento alla fattispecie risulterebbe compromessa l'esigenza di pari trattamento; e sarebbe violato il principio di uguaglianza, ancor prima della legalità processuale.

All'obiezione si oppone anzitutto la notazione secondo cui: se il sistema e la prassi applicativa fossero pienamente soddisfacenti; se la tutela degli interessi delle parti fosse pienamente assicurata dall'apparato sanzionatorio e dall'uso che di esso si fa nella realtà giudiziaria; se, in particolare, norme e applicazioni concrete in tema di esame incrociato non rivelassero vuoti di risposta a bisogni meritevoli di considerazione e distorsioni indicative di discutibili sottovalutazioni di quanto invece è essenziale alla correttezza del procedere nell'assunzione della prova dichiarativa; se tutto ciò fosse realizzato, allora sì che la proposta di potenziamento

dell'irregolarità sarebbe operazione velleitaria e soprattutto sterile, al di là della più o meno scarsa plausibilità del ragionamento ricostruttivo.

Tali premesse non corrispondono alla realtà; dunque lo sforzo interpretativo non può dirsi mal riposto.

Le valutazioni critiche devono appuntarsi piuttosto sul merito di quanto si offre alla riflessione, non sull'opportunità di un tentativo che muove dalla considerazione di dati di fatto difficilmente revocabili in dubbio. L'uguaglianza è già oggi messa in crisi dall'alterazione del principio di legalità, che si registra proprio sul versante sanzionatorio per le tendenze della giurisprudenza, sempre più consistenti, a valorizzare il criterio della lesività in concreto come soluzione di aggiramento della vincolatività della fattispecie e della tassatività della previsione di nullità; oppure nell'utilizzare lo strumento dell'abnormità, fisiologicamente sganciato da previsioni di fattispecie, con una sempre maggiore frequenza e con scelte caso per caso che, al di là delle premesse definitorie, si fatica a ricondurre a criteri valutativi omogenei.

È ovviamente utile contrastare quegli indirizzi giurisprudenziali che, come anche da ultimo autorevolmente ricordato, esprimono la tentazione dei giudici di farsi al contempo legislatori¹⁷. Non è però da scartarsi altra e concorrente opzione che cerchi: di indagare le cause profonde di quanto avviene; di scovare – ove esistenti – reali bisogni di tutela che più o meno consapevolmente determinino i criticabili sconfinamenti; e, se del caso, che sappia registrare la parziale insufficienza di assetti normativi e, ancor prima, delle loro premesse dogmatiche.

Il sistema sanzionatorio è oggi attraversato da un indebolimento della legalità, perché il criterio dell'offensività in concreto comprime le previsioni di nullità e la trasformazione in stato patologico autonomo ed atipico dell'abnormità consegna alla giurisprudenza uno strumento di intervento altrettanto ampiamente discrezionale. Ma, se è così, una contromisura può esser quella di collocare le scelte non rigidamente condizionate da previsioni di legge negli spazi ristretti in cui meccanismi di adeguamento flessibile alla concretezza della vicenda possono esprimere un valore da

¹⁷F. CAPRIOLI, *Abuso del diritto e nullità inoffensive*, cit., p. 2444.

preservare, cercando, al contempo e per questa via, di sradicarle dai settori – come quello della nullità – ove, invece, è assai più adeguata una risposta legalmente predeterminata.

Il rinvigorimento della categoria dell'irregolarità, tentato sulla premessa che le sanzioni inderogabilmente repressive non possono esaurire la categoria dei rimedi, vale ancor più per i casi in cui in gioco siano non già atti singolarmente considerati ma catene di atti, attività, in cui i singoli momenti perdono la pur individuabile autonomia per una forte compenetrazione in vista di un risultato che segue alla loro fitta e serrata combinazione funzionale.

Un esempio può essere fornito dagli atti che compongono l'attività dell'esame incrociato, ben distinguibili nei tratti segnati dalla formulazione di singole domande – e delle relative risposte – e che pure sono talmente intrecciati nella trama della narrazione da risolversi unitariamente in una sola attività.

Peraltro, se le fattispecie possono essere semplici o complesse, ma pur sempre calibrate su atti, l'attività, che è per definizione priva di fattispecie di riferimento, si qualifica più agevolmente in termini di regolarità/irregolarità.

In questa situazione, se si facesse ricorso alla categoria delle nullità, una pari conseguenza sarebbe possibile solo al prezzo di un forte irrigidimento dei meccanismi di propagazione, con estromissione di valutazioni caso per caso ed in concreto, capaci di ammorbidire la reazione del sistema, di renderla flessibile e, quindi, più adeguata alle reali esigenze di volta in volta in rilievo.

Come si è tentato di giustificare l'assenza di sanzioni incentrando l'attenzione sul momento della valutazione dei risultati di prova, così il disegno potrebbe irrobustirsi con la previsione, a monte, di una mera possibilità di rinnovazione dell'attività irregolarmente condotta, per determinazione giudiziale fisiologicamente aperta alla rilevazione di un'offensività in concreto.

In buona sostanza, rinnovazione eventuale dell'attività, specie nel giudizio d'appello al di fuori dei ristretti limiti della indecidibilità allo stato degli atti, e valutazione selettiva dei risultati di essa, ove non rinnovata, potrebbero essere le soluzioni di sistema a violazioni di legge di minor pregnanza, eventualmente sperimentabili anche attraverso un rimedio impugnatorio, purché esso consenta un controllo nel merito.

In questo contesto resterebbe preclusa soltanto la possibilità di deduzione del vizio in cassazione, perché la tassatività dei motivi è tale da non lasciare spazio all'irregolarità, se non in riferimento al difetto di motivazione ove essa afferisca ad un'attività probatoria e sia tale da viziare, per grave lacunosità o manifesta illogicità, l'apprezzamento dei suoi risultati dimostrativi.

Ma l'ostacolo forse maggiore alla presa in considerazione di questa proposta si annida nella struttura stessa dell'atto – o meglio: dell'attività – che si vorrebbe rinnovare; l'esame incrociato presenta, infatti, caratteri di irripetibilità che ne rendono poco utile la reiterazione per l'assunzione di una stessa prova.

L'argomento è stato speso in dottrina – lo si è detto – nel valutare se all'esame incrociato debba farsi ricorso una volta disposta la rinnovazione istruttoria in appello¹⁸. Si sostiene, cioè, che la ripetizione dell'atto sconterebbe la perdita di quei tratti di imprevedibilità e di sorpresa che ne costituiscono le indiscusse qualità euristiche¹⁹; che l'esaminando sarebbe inevitabilmente preparato alle domande delle parti, con inevitabile mancanza di genuinità delle risposte: il ricordo di quanto è già stato fatto macchierebbe in modo indelebile il nuovo esame, causandone il depotenziamento quale efficacia tecnica di assunzione della prova; e ciò a tacere dell'ulteriore profilo di necessitata anomalia, rappresentato dal fatto che il giudice, lette le carte del primo giudizio, già conosce i risultati

¹⁸V., più diffusamente, Capitolo IV, paragrafo 5.

¹⁹F. PERONI, *L'istruzione dibattimentale nel giudizio di appello*, cit., p. 216 ss., si domanda «quale genuinità possa tale risultato conservare in rapporto ad un mezzo quale quello in discorso, i cui effetti psicologici, in parte retti sulla logica della sorpresa, tendono ad esaurirsi nell'apporto originario» e conclude per «una tendenziale inconciliabilità tra uno strumento probatorio *ab intrinseco* irripetibile e la sua ipotetica reiterazione in sede di gravame». Ricorda poi che proprio nei sistemi di *common law*, ove più marcata è la matrice accusatoria, è preclusa la reiterazione dell'esame, e ciò non solo per esigenze di coerenza con il ruolo centrale ancora tenuto dalla giuria. Anche nel nostro sistema, benché sia prevista la *discovery* anticipata con il deposito della lista e l'indicazione delle circostanze d'esame, l'esame incrociato si connota per spazi improntati alla logica della sorpresa. Il vero è che per l'esame incrociato valgono «rilievi in tutto analoghi a quelli prospettati da autorevole dottrina – F. Cordero – con riferimento alle ricognizioni: si tratta, nell'un caso come nell'altro, di operazioni il cui autentico apporto cognitivo sta nell'originale, talché, consumato l'effetto psicologico, svuotano l'eventuale messinscena allestita poi».

di prova e quindi non può che riservare scarsa attenzione alla riproposizione di un'attività che degrada ad una messinscena scarsamente utile, che non può più consegnargli, con le modalità drammatiche del suo compimento, alcuna aggiuntiva chiave di lettura di quanto è riferito.

Il rilievo critico è certo serio e non può essere eluso. Esso induce ad una prima considerazione: la ripetizione di un atto, se l'importanza di esso riposa, almeno in parte, sull'assenza di un "copione" e, quindi, sul grado di novità con cui protagonisti e spettatori devono misurarsi nel compierlo e nel valutarne i risultati, non è mai capace di ricostituirlo con l'efficacia che esso ha nel momento in cui è formato per la prima volta.

Ad una riflessione meno immediata si fa strada, però, una seconda osservazione, che in qualche modo si contrappone alla considerazione poc'anzi espressa, nella forma del quesito retorico: ove mai la ripetizione di un atto del genere si imponga come opportuna, se non necessaria, perché è stato compiuto in modo irregolare non consentendo l'esplicazione per intero della sua efficacia, è forse preferibile accontentarsi del risultato di cui si conoscono i difetti sol perché non si potrà avere lo stesso tasso di novità che rassicuri sulla genuinità del prodotto?

Una pur modesta dose di realismo nella predisposizione dei rimedi possibili induce a scegliere la soluzione con minor carattere di radicalità, e non solo per una comune regola di buon senso, che di per sé potrebbe anche essere inadeguata in una valutazione intrisa di tecnicismo, non solo giuridico. A ben riflettere sulle peculiarità dell'esame incrociato, sembra che la reiterazione, con le stesse parti e con la stessa fonte di prova sullo stesso tema, non sia per necessità una riproduzione identica di quanto è già stato fatto. Una volta che si inneschi il meccanismo di domande e risposte, non è per nulla scontato che gli attori dell'esame siano in grado di ricalcare esattamente le orme lasciate dal primo esame, a condizione che si rispetti la regola delle domande brevi e specifiche. E se una diversità comincia a prendere corpo in piccole deviazioni, rispetto al primo esperimento, il ricordo di quanto è stato perde progressivamente capacità di orientamento pedissequo e l'esame reiterato può conservare qualche tratto di novità che ne fa apprezzare la persistente utilità.

Sia ben chiaro: il profilo di novità non si risolve necessariamente nel mutamento dei contenuti della conoscenza riferita dall'esaminando, perché esso consiste soprattutto nel

modo in cui l'esperienza del fatto è consegnata al processo. Le mutevoli modalità con cui si ricostruisce un accadimento possono fornire, a identità di risultato narrativo, utili spunti critici per vagliare credibilità e attendibilità, specie soggettiva.

Se così non fosse non si spiegherebbe, peraltro, la previsione di rinnovazione della fase istruttoria in caso di mutamento del giudice nel corso del dibattimento di primo grado; evenienza non messa in discussione ed anzi indicata come via prioritaria per tener fermi i principi di immediatezza e di immutabilità del giudice²⁰.

L'esame incrociato non è mai un esperimento inutile: lo diviene se ad esso ci si accosta con sostanziale sfiducia e conseguente atteggiamento di sufficienza per forme e rituali che si tende a svilire in nome di un'esclusiva valorizzazione dei contenuti della conoscenza dell'esaminando, sul falso presupposto che essi non siano plasmabili dalla tecnica di assunzione della prova. Ma queste condizioni di pre-giudizio sono un fattore di rischio per la sua utilità, pur quando esso non sia reiterato in conseguenza di una cattiva modalità di esecuzione.

Dunque, e ancora una volta, l'utilità concreta dello strumento è in gran parte affidata, oltre che alla professionalità e alla correttezza di chi deve farne uso, all'accettazione culturale del modello di accertamento a cui esso risponde.

5. ALCUNE APPLICAZIONI DELL'IRREGOLARITÀ 'OFFENSIVA'

È ora il momento di una verifica di quanto si è argomentato, applicando sperimentalmente la categoria dell'irregolarità offensiva nelle ipotesi in cui la giurisprudenza nega un rimedio sanzionatorio.

Un primo caso è quello della violazione del divieto di isolamento e dell'ordine di audizione dei testimoni. Si è detto di come il compito di rimediare al fatto che il testimone abbia avuto modo di assistere ai lavori istruttori, e di contattare parti e difensori, gravi interamente sul controesame, perché esso può svelare quali e quante delle dichiarazioni rese in esame diretto siano frutto di indebita contaminazione. Se ciò può risultare

²⁰Cass., Sez. un., 15 gennaio 1999 n. 2, Iannasso ed altro, in *C.E.D. Cass.*, n. 212395, cit.

efficace in molti dei casi, non si può escludere che se ne possano verificare altri in cui al controesame si rischi di chiedere troppo. Valutazioni in astratto della sufficienza operativa del controesame possono essere un modo ineccepibile di definire sul piano argomentativo la questione, ma non altrettanto risolutivo per rispondere alle parti che, a ragione, abbiano da lamentare, per l'importanza di quella specifica testimonianza o per l'assenza non rimediabile di testimoni che avrebbero potuto smentirla, che in quello specifico contesto la violazione di regole di prevenzione significhi molto in termini di sacrificio delle istanze di correttezza istruttoria. Lo stesso può dirsi per le ipotesi in cui il disordine nell'assunzione delle prove testimoniali abbia reso poco lineare l'andamento narrativo, sì da suggerire ragionevolmente la rinnovazione dei più esami.

I casi di violazione che assumono maggiore gravità sono piuttosto quelli relativi alla successione dei turni istruttori. Per essi, l'osservazione giurisprudenziale è dirimente; si reputa che qualunque sia l'ordine, se non è stata violata la regola del contraddittorio nella formazione della prova, non vi sia spazio per l'apprezzamento di contenuti offensivi nelle eventuali determinazioni illegittime del giudice che mostri scarsa considerazione per il significato di garanzia e di correttezza cognitiva dell'ordine.

È però quanto meno discutibile che il contraddittorio nella formazione della prova abbia questa capacità di annullare ogni altra violazione di legge consumata nel più ampio procedimento probatorio. Se, infatti, si accedesse all'idea che neanche l'accordo delle parti può spingersi sino al punto di posticipare l'intervento istruttorio del pubblico ministero a quello dell'imputato, e ciò perché l'ordine nella sua basilare strutturazione risponde al principio costituzionale di non colpevolezza, allora potrebbe apprezzarsi nelle decisioni giudiziali contrarie all'ordine legale l'esistenza di una violazione di disposizioni comunque afferenti all'intervento dell'imputato, secondo lo schema tipico della nullità. Ma è pur vero che non ogni violazione dell'ordine si manifesta sempre e comunque in termini di indiscutibile gravità.

Per soluzioni meno radicali, e più saggiamente calate nella specificità di ogni concreta vicenda processuale, potrebbe sperimentarsi l'idea che l'irregolarità sia una condizione non sempre innocua, potendo a volte dare spazio a decisioni di rinnovazione – specie in appello – non condizionate dal

principio di completezza dell'istruttoria di primo grado. Tramite la categoria dell'irregolarità 'offensiva' ci si può far carico dei bisogni di regolazione flessibile dei micro-conflitti che costellano la progressione processuale, collocando i poteri giudiziali di valutazione della concreta incidenza offensiva degli atti illegittimi fuori dell'alveo delle sanzioni, appunto nell'area residuale dell'irregolarità; sempre che si accolga la considerazione di fondo che questa possa costituire la premessa per utili e sapientemente calibrate rinnovazioni degli atti mal compiuti.

I pregi applicativi di questa versione dell'irregolarità si possono apprezzare soprattutto sul versante delle domande vietate e che, ciò nonostante, siano state formulate, con conseguente risposta, e delle domande lecite che per errore siano state impedito, con conseguente mancata raccolta di informazioni.

Per la prima ipotesi, l'osservazione che convince dell'inadeguatezza di una previsione sanzionatoria 'classica' – ove si volesse restringere la nullità o l'inutilizzabilità soltanto a porzioni del più ampio dichiarato – è che la concatenazione di domande e risposte è causa assai difficilmente contenibile di propagazione del vizio. L'operazione di sezionamento della parte narrativa affetta dal vizio implicherebbe l'esercizio di un ampio potere discrezionale – forse eccessivo – in capo al giudice chiamato ad applicare la sanzione, con il probabile effetto di accrescere la conflittualità interna al processo, con doglianze di tutte le parti, sia quelle controinteressate alla pronuncia di nullità o inutilizzabilità – il che per il vero è conseguenza inevitabile – sia quelle che il vizio abbiano dedotto con estensione maggiore.

In una visione realistica delle dinamiche processuali, che si faccia carico delle ragioni delle chiusure giurisprudenziali a posizioni di maggiore garanzia espresse dalla dottrina, il passaggio per il rafforzamento dei poteri discrezionali, che si avrebbe ove si riconoscesse all'irregolarità la forza prima tratteggiata, si potrebbe tradurre in un uso più accorto della discrezionalità, che risulterebbe affrancata dal timore di un depotenziamento delle capacità effettive di governo del procedimento acquisitivo della prova e rassicurata dalla possibilità di graduazione in concreto della risposta demolitoria.

Quanto poi all'errata decisione di impedire una domanda lecita, si è prima detto di come le soluzioni oscillino tra la

nullità d'ordine generale, paventata in dottrina, e il mero controllo sulla logicità della motivazione del relativo provvedimento presidenziale, prospettata in giurisprudenza. Si tratta di una forbice molto ampia, rivelatrice della preoccupazione della prassi che l'ordinario apparato sanzionatorio gravi oltre misura sul procedimento di acquisizione probatoria, le cui eventuali storture sono rimesse dalla legge all'esclusiva valutazione e correzione del giudice che ne è preposto. La via mediana potrebbe essere allora tracciata dal rinvigorimento della categoria dell'irregolarità, per il duplice effetto positivo di mantenere flessibilità e più adeguata modulazione all'intervento correttivo e di affidarlo (anche) e interamente al giudice del controllo di merito.

Infine, l'ipotesi dell'irregolarità con possibile rinnovazione potrebbe valere sia per i casi di cattiva conduzione dell'esame ad opera del presidente, sia per quelli in cui l'esame del minore sia stato sin da subito affidato alla conduzione delle parti, senza il previo accertamento in concreto della sua praticabilità.

Si è fatto cenno, con specifico riferimento al caso di cattiva gestione presidenziale dell'esame, a quella giurisprudenza che, da un lato, restringe gli spazi di controllo sulle decisioni che regolano la conduzione dell'esame incrociato, estromettendo le sanzioni dell'inutilizzabilità e della nullità d'ordine generale; e, dall'altro, si premura comunque di assicurare un meccanismo di revisione, per mezzo dell'impugnazione del provvedimento presidenziale che abbia comportato una lesione dei diritti delle parti o abbia compromesso la correttezza della decisione di merito, meccanismo costruito sulla falsariga delle nullità relative con apprezzamento in concreto del contenuto offensivo del provvedimento assunto in violazione di legge.

A ben vedere, questo tentativo giurisprudenziale si muove nella stessa direzione che si è inteso tracciare ipotizzando i casi d'irregolarità 'offensiva': il comune obiettivo è di potersi dotare di uno strumento di governo "temperato" ma effettivo del procedimento di acquisizione delle prove orali, che consenta di intervenire, con eventuali rinnovazioni dell'esame incrociato, soltanto nei casi realmente meritevoli di un rimedio di tal fatta, evitando che generalizzazioni diagnostiche in punto di nullità si riversino sul processo con inaccettabile indifferenza per la sua efficienza ed i suoi tempi.