

Ludovica Tavassi

---

**LISTA TESTI, DIRITTO ALLA PROVA  
CONTRARIA E IMPARZIALITÀ DEL  
GIUDICE: SPUNTI PER UNA  
COERENTE RICOSTRUZIONE DEL  
SISTEMA**

---

Estratto

**LUDOVICA TAVASSI**

---

Dottore di ricerca in Diritto processuale penale - Università di Milano-Bicocca

**LISTA TESTI, DIRITTO ALLA PROVA  
CONTRARIA E IMPARZIALITÀ DEL GIUDICE:  
SPUNTI PER UNA COERENTE  
RICOSTRUZIONE DEL SISTEMA**

859

*Abstract*

Nell'ambito della sequenza probatoria, i rapporti fra la *discovery* anticipata, imposta negli atti preliminari al dibattimento, e il successivo esercizio del diritto alla prova appaiono connotati da evidenti aporie normative, accentuate dalle prassi applicative, da cui discendono non secondarie diseconomie di sistema. A ciò si aggiunga che non sempre è tenuta nella giusta considerazione l'esigenza concettuale, ma anche pratica, di distinguere la prova diretta da quella contraria in funzione dei contrapposti interessi delle parti.

*Witness List, Right to submit Proof to the Contrary, and Impartiality of Judges:  
Suggestions for a Consistent Reconstruction of the Jurisdictional System*

*Abstract*

*In the procedural rules of evidence, critical normative situations are exacerbated by jurisdictional practices, imbalances in the relationship between the early discovery and the right to submit proof to the contrary. Moreover, in trial, the discipline doesn't provide a clear distinction between direct evidence of guilt and proof of the contrary as a function of the respective parties' conflicting interests.*

SOMMARIO: 1. La *discovery* per il diritto alla prova contraria. — 2. Errori legislativi e distorsioni della prassi. — 3. L'elusione del diritto alla prova contraria: l'arte di formulare le circostanze di prova. — 4. Decadenza dal diritto alla prova, poteri suppletivi e imparzialità del giudice.

1. *La discovery per il diritto alla prova contraria.* — Nell'ordinata sequenza degli atti che compongono il processo penale, gli artt. 465-469 c.p.p. disciplinano le attività preliminari al dibattimento<sup>1</sup>. Si tratta di un segmento procedimentale spesso trascurato dal legislatore e dagli interpreti, come testimonia la più recente novella che, introducendo il comma 1-bis nell'art. 469 c.p.p., ha previsto la declaratoria di non doversi procedere per la non punibilità determinata dalla particolare tenuità del fatto, quando, da sempre, nella sistematica codicistica le cause di non punibilità attengono al "merito" e vanno dichiarate con sentenza di assoluzione (art. 530 comma 1 c.p.p.). Ad ogni modo, all'interno di questa sotto fase assumono particolare rilievo le prescrizioni normative che consentono alle parti di predisporre (artt. 466 e 468 c.p.p.) alla formazione della prova in contraddittorio (art. 111 comma 4 Cost.)<sup>2</sup> e al giudice di disporre di quel compendio di conoscenze indispensabile nella gestione del dibattimento<sup>3</sup>.

860

<sup>1</sup> In generale sul tema, v. G. ANDREAZZA, *Gli atti preliminari al dibattimento nel processo penale*, Padova, 2004, *passim*; G. BONETTO, *Il predibattimento*, in *Giudizio ordinario*, coordinato da S. Nosengo, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, a cura di M. Chiavario-E. Marzaduri, Padova, 2002, p. 1 ss.; R. BONSIGNORI, *Dibattimento. II) Atti preliminari al dibattimento*, in *Enc. giur. Treccani*, X, Roma, 2001, p. 1; V. GAROFOLI, *L'introduzione della prova testimoniale nel processo penale*, Milano, 2005, *passim*; F.M. GRIFANTINI, *Attività preparatorie del contraddittorio dibattimentale*, Torino, 2009, *passim*; L. IAFISCO, *Gli atti preliminari al dibattimento di primo grado*, Torino, 2009, *passim*; G. ILLUMINATI, *Giudizio*, in AA. Vv., *Compendio di procedura penale*, a cura di G. Conso-V. Grevi-M. Bargis, Padova, 2018, p. 812; Id., *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in AA. Vv., *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 2007, p. 70; O. MAZZA, *Giudizio di primo grado (disciplina del) (dir. proc. pen.)*, in *Dig. disc. pen.*, Aggiornamento, 2000, p. 364; G. SANTALUCIA, *Gli atti preliminari al dibattimento*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, Vol. IV, t. II, *Procedimenti speciali. Giudizio. Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, a cura di L. Filippi e G. Spangher, Padova, 2009, p. 3; G. UBERTIS, *Giudizio di primo grado (disciplina del) nel diritto processuale penale*, in *Dig. disc. pen.*, V, 1991, p. 523.

<sup>2</sup> P.P. PAULESU, *Giudice e parti nella "dialettica" della prova testimoniale*, Torino, 2002, p. 46, ritiene che « l'espresso riconoscimento del contraddittorio come tecnica epistemica da parte dell'art. 111 comma 4 primo periodo Cost., dovrebbe implicitamente dare un rilievo costituzionale anche alla garanzia della *discovery* pre-dibattimentale ».

<sup>3</sup> E.M. MANCUSO, *Il regime probatorio dibattimentale*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Ubertis e G.P. Voena, t. XXXIII.1, Milano, 2017, p. 66, precisa che « l'introduzione del caso da parte del pubblico ministero, seguito dalla esposizione delle richieste di prova, segna il passaggio verso la costruzione della conoscenza giudiziale: le narrazioni delle parti si alternano per descrivere ragioni contrapposte, spesso incompatibili le une con le altre, adducendo schemi di verifica/falsificazione dei presupposti dell'accusa ».

In questo frangente <sup>4</sup>, l'art. 468 comma 1 c.p.p. <sup>5</sup> addossa alle parti "l'onere" <sup>6</sup> di svelare anticipatamente quali fonti di prova intendano escutere e su quali circostanze verterà l'esame. La norma è improntata al massimo *fair play* processuale, peraltro sconosciuto nei sistemi *adversary* puri, di modo che le parti siano costrette, a pena di inammissibilità delle successive richieste, alla *discovery* delle strategie probatorie <sup>7</sup>.

<sup>4</sup> G. LOZZI, *I limiti cronologici della fase predibattimentali*, Milano, 1963, p. 1, inquadra tale momento processuale come « il primo 'stato' del dibattimento ». Analogamente, L. IAFISCO, *Gli atti preliminari al dibattimento di primo grado*, cit., p. 6.

<sup>5</sup> Su tale disposizione, cfr. G. BONETTO, Sub art. 468, in *Commento al codice di Procedura penale*, II, coordinato da M. Chiavario, Torino, 1990, IV, p. 43 ss.; M.G. COPPETTA, Sub art. 468, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. Conso-G. Illuminati, Padova, 2015, p. 2150 ss.; R.E. KOSTORIS, Sub art. 468 c.p.p., in *Codice di procedura penale. Commentario*, coordinato da A. Giarda, Milano, 1990, vol. III, p. 5 ss.; D. SERVI, Sub art. 468, in *Commentario al codice di procedura penale*, a cura di A. Giarda-S. Spangher, Milano, 2017, p. 2203 ss.

<sup>6</sup> V. GAROFOLI, *L'introduzione della prova testimoniale nel processo penale*, cit., p. 97, lo definisce « onere di allegazione ». Lo inquadrano in tal modo, anche A. AVANZINI, *L'esame dibattimentale delle fonti di prova personali*, in AA. VV., *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di G. Ubetis, Milano, 1992, p. 42; G. CHELAZZI, *Disciplina processuale e poteri del giudice del dibattimento*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1990, p. 295; S. CORBETTA, *Oneri di allegazione probatoria e sanzioni processuali*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 200; F. PERONI, *Sull'onere di allegazione di cui all'art. 468 comma 1 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1553; G. SCARPETTA, *L'art. 468 del codice di procedura penale e la funzione di discovery*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1990, p. 2667.

Tuttavia, si deve a F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, p. 919, una specificazione densa di significato attraverso l'apposizione dell'aggettivo "imperfetto" per indicare che « [sono] acquisibili d'ufficio, alla fine, le prove 'assolutamente necessarie' (e sono deducibili al dibattimento, in limine, quelle rispetto a cui fosse e risulti impossibile una deduzione tempestiva) l'inosservante corre rischi seri (diversamente dal vecchio sistema: anche l'art. 415 comminava una 'decadenza'; ma essendo allora acquisibile d'ufficio ogni prova, in qualsiasi momento, importava poco che fosse dedotta in termine) ».

Nella giurisprudenza costituzionale, Corte cost., sent. n. 111 del 26 marzo 1993, in *Giur. cost.*, 1993, p. 917-918, ha precisato come tale onere non configuri un vero e proprio potere dispositivo in materia probatoria, « perché ciò significherebbe rendere disponibile, indirettamente, la stessa *res iudicanda* ». Allo stesso modo, si è pronunciata anche Cass., S.U., sent. n. 11227 del 6 novembre 1992, Martin, in *Cass. pen.*, 1993, p. 286 con nota di F. Iacoviello.

<sup>7</sup> Sostengono che il deposito delle liste assolve a una funzione di *discovery*, fra gli altri, E. ANDOLINA, *Gli atti anteriori all'apertura del dibattimento*, Milano, 2008, p. 27 ss.; F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 919; Id., *Commento all'art. 468*, in *Codice di procedura penale commentato*, Torino, 1992, p. 574; A. DALIA-M. FERRAJOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 2016, p. 722; E. FASSONE, *Il giudizio*, in AA. VV., *Manuale pratico del nuovo processo penale*, Padova, 2007, p. 874; P. FERRUA, *La testimonianza nell'evoluzione del processo penale italiano*, in *Studi sul processo penale*, II, *Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino, 1992, p. 96; V. GAROFOLI, *L'introduzione della prova testimoniale nel nuovo processo penale*, cit., p. 30, 62; G. GARUTI, *Il giudizio ordinario*, in AA. VV., *Procedura penale*, Torino, 2018, p. 581; F.M. GRIFANTINI, *Attività preparatorie del contraddittorio dibattimentale*, cit., p. 172; L. IAFISCO, *Gli atti preliminari al dibattimento di primo grado*, cit., p. 54 ss.; G. ICHINO, *Il giudice del dibattimento, le parti e la formazione della prova nel nuovo processo penale*, in *Riv. it. dir. proc.*

## LUDOVICA TAVASSI

In concreto, chi intende chiedere l'esame di testimoni, periti o consulenti tecnici, nonché delle persone indicate nell'art. 210 c.p.p.<sup>8</sup>, deve depositare, almeno sette giorni prima della data fissata per il dibattimento, la lista delle persone da escutere e delle circostanze su cui verterà l'esperimento probatorio in modo da evitare l'introduzione di prove a sorpresa<sup>9</sup>.

La parte può anche chiedere al presidente del tribunale o della corte di assise, ovvero al giudice monocratico, l'autorizzazione alla citazione delle fonti di prova<sup>10</sup>. Quando il mezzo istruttorio non risulti essere

---

*pen.*, 1989, p. 701; G. ILLUMINATI, *Giudizio*, in AA. Vv., *Compendio di procedura penale*, cit., p. 781; L. KALB, *Giudizio*, in *Il giudizio di primo grado*, a cura di A.A. Dalia, Napoli, 1991, p. 384; F. NUZZO, *Regole consolidate e prospettazioni interpretative in materia di liste testimoniali*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 612; P.P. PAULESU, *Giudice e parti nella "dialettica" della prova testimoniale*, cit., p. 39; P.P. RIVIELLO, *Liste testimoniali ed indicazione di circostanze per l'esame*, in *Cass. pen.*, 1993, fasc. 3, p. 178; E. ZAPPALÀ, *Una nuova "dimensione" del giudizio ordinario di primo grado*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, cit., p. 7.

Di opinione diversa, G. BONETTO, *Il predibattimento*, in *Giudizio ordinario*, cit., p. 17; C. FANULI, *Esistono termini processuali preclusivi in tema di richiesta di prove?*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1999, p. 105; L. GRILLI, *Il dibattimento penale*, Padova, 2003, p. 33; F. IACOVIELLO, *Processo di parti e poteri probatori del giudice*, in *Cass. pen.*, 1993, fasc. 2, p. 289.

<sup>8</sup> Queste ultime sono state inserite dall'art. 38, comma 1, della l. n. 479 del 16 dicembre 1999, recependo l'equiparazione fra il testimone e l'imputato di reato connesso o collegato, relativamente alle dichiarazioni precedentemente rese sul fatto altrui, operata da Corte cost., sent. n. 361 del 2 novembre 1998, in *Cass. pen.*, 1999, p. 35, con nota di D. CARCANO, *Effetti di una dichiarazione di incostituzionalità annunciata*. Sulla modifica v., in dottrina, S. CIANI, *Le nuove disposizioni sul giudizio*, in AA. Vv., *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, a cura di F. Peroni, Padova, 2000, p. 572; D. CURTOTTI, *L'onere di indicazione in lista e l'autorizzazione alla citazione di imputati di fatti connessi*, in AA. Vv., *Le recenti modifiche al codice di procedura penale*, a cura di G. Pierro, II, Milano, 2000, p. 113; B. GALGANI, *Sub art. 38 l. 16 dicembre 1999, n. 479 (rito monocratico e modifiche al c.p.p.)*, in *Leg. pen.*, 2000, p. 490.

<sup>9</sup> G. BONETTO, *Sub art. 468*, in *Commento al codice di Procedura penale*, cit., p. 45, richiama, con l'uso di una metafora, la necessità che « le carte siano messe in tavola per tempo e senza trucchi » per impedire l'ingresso di prove a sorpresa. Analogamente A. GIARDA, *Riforma della procedura e riforme del processo penale*, in AA. Vv., *Studi in memoria di P. Nuvolone*, III, Milano, 1991, p. 311-312, sottolinea « il rispetto più assoluto del ruolo al quale sono chiamati tutti gli altri [...] avendo come criterio guida la lealtà processuale ». Sul tema si è soffermato anche M. DAMASKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, Bologna, 2003, p. 125, 144.

Inoltre, l'imprescindibile funzione assolta dall'art. 468 c.p.p. è stata riconosciuta anche da Corte cost., sent. n. 111 del 26 marzo 1993, cit., p. 917, oltre che, fra le tante, da Cass., sez. V, sent. n. 27698 del 15 giugno 2018, B., Rv. n. 273555; Id., sez. II, sent. n. 31882 del 22 luglio 2016, Cicconetti, *ivi* n. 267505; Id., sez. VI, sent. n. 26048 del 22 giugno 2016, Gandini, *ivi* n. 266976; Id., sez. II, sent. n. 12607 del 23 ottobre 1991, Marinkovic, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1165.

<sup>10</sup> Il decreto che autorizza la citazione dei testimoni è un atto assumibile soltanto su richiesta di parte. Peraltro, la mancata richiesta di autorizzazione alla citazione non pregiudica le richieste di prova vere e proprie: sul punto v. G. BONETTO, *Sub art. 468*, in *Commento al codice di Procedura penale*, cit., p. 48; E. FASSONE, *Il giudizio*, in AA. Vv., *Manuale pratico del nuovo processo penale*, cit., p. 878; L. IAFISCO, *Gli atti preliminari al dibattimento di primo*

vietato dalla legge o sovrabbondante, il presidente o il giudice monocratico, con decreto, può accordare la citazione « per la data fissata per il dibattimento ovvero per altre successive udienze nelle quali ne sia previsto l'esame. In ogni caso, il provvedimento non pregiudica la decisione sull'ammissibilità della prova a norma dell'art. 495 » (art. 468 comma 2 c.p.p.).

Quest'ultima precisazione mette in evidenza come la decisione sulla richiesta di autorizzazione alla citazione non incida né condizioni l'ordinanza del collegio che valuterà, negli atti introduttivi al dibattimento, se ammettere o meno le prove<sup>11</sup>. Il soggetto che dispone l'autorizzazione è infatti diverso (salvo che nei procedimenti davanti al tribunale in composizione monocratica) e i criteri per emanare tale decreto sono qualitativamente più ridotti, non investendo la rilevanza probatoria in senso stretto. Può pertanto riconoscersi che « il vaglio presidenziale serve [soltanto] per stabilire se la parte richiedente possa giovare di uno strumento di pressione psicologica (citazione), ed eventualmente anche coercitivo (accompagnamento coattivo ex art. 133 c.p.p. in caso di mancata comparizione senza legittimo impedimento), al fine di ottenere la presenza dibattimentale della fonte di prova »<sup>12</sup>. Si tratta, infatti, di « un intervento meramente formale, che, prescindendo da ogni valutazione di merito, non richiede la conoscenza degli atti del processo, 'non pregiudica la decisione dell'ammissibilità della prova' ed è inteso esclusivamente a fornire alla parte privata uno strumento di coercizione di testimoni renitenti, che le offra *chances* assimilabili a quelle del p.m. »<sup>13</sup>.

*grado*, cit., p. 76; P.P. PAULESU, *Giudice e parti nella "dialettica" della prova testimoniale*, cit., p. 92; P. SILVESTRI, *Omessa citazione del teste e diritto alla prova*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 4686.

<sup>11</sup> Di diverso avviso è un orientamento giurisprudenziale minoritario rappresentato da Cass., sez. V, sent. n. 7721 del 26 giugno 1996, Locata, in *Cass. pen.*, 1998, fasc. 5, p. 1384, secondo cui « la pertinenza ossia l'inerenza al tema di prova, è limite coesistente all'ammissibilità della prova stessa, sicché l'esclusione, ove essa difetti, può avvenire anche nella fase degli atti preliminari (e non solo in quella degli atti introduttivi al dibattimento) ». Hanno giustamente criticato tale impostazione G. ANDREAZZA, *Gli atti preliminari al dibattimento nel processo penale*, cit., p. 104; B. GALGANI, *Sub art. 38 l. 16 dicembre 1999, n. 479 (rito monocratico e modifiche al c.p.p.)*, cit., p. 494; L. GRILLI, *Il dibattimento penale*, cit., p. 52; G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in AA. VV., *La prova nel dibattimento penale*, cit., p. 82, nota 24; O. MAZZA, *Giudizio di primo grado (disciplina del) (dir. proc. pen.)*, cit., p. 365; P.P. PAULESU, *Giudice e parti nella "dialettica" della prova testimoniale*, cit., p. 92, nota 146; C. RIVIEZZO, *Il presidente può decidere sull'ammissibilità delle prove in sede di autorizzazione alla citazione dei testimoni?*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 1385.

<sup>12</sup> O. MAZZA, *Giudizio di primo grado (disciplina del) (dir. proc. pen.)*, cit., p. 365.

<sup>13</sup> A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, Milano, 2007, p. 521. Analogamente, anche G. BONETTO, *Sub art. 468*, in *Commento al codice di Procedura penale*, cit., p. 43; F.

La “manifesta sovrabbondanza” fornisce, allora, soltanto un criterio preliminare per operare una valutazione di natura meramente quantitativa, ma non certo qualitativa, delle prove che verranno richieste. Il vaglio presidenziale può considerare quelle cause di inammissibilità della richiesta di prova rilevabili *ictu oculi*, sulla base di una prognosi prettamente selettiva tesa ad evitare che mezzi di prova ritenuti quantitativamente ridondanti nel numero possano essere inutilmente autorizzati alla citazione in un processo in cui, successivamente, con tutta probabilità, non supererebbero il vaglio dell’art. 190 c.p.p. perché « manifestamente superflui »<sup>14</sup>.

Non diversamente, il dovere di escludere l’autorizzazione in rapporto alle prove vietate dalla legge è regola di profilassi che risponde a esigenze di economia processuale per cui il presidente può, già negli atti preliminari, negare la concessione del decreto autorizzativo per le fonti di conoscenza la cui assunzione violerebbe le regole a presidio della legalità probatoria. Fra queste, ad esempio, le prove vietate non solo non dovrebbero essere ammesse, ma, quand’anche erroneamente assunte, sarebbero comunque inutilizzabili<sup>15</sup>.

864

---

CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 919; G. ILLUMINATI, *Giudizio*, in AA. VV., *Compendio di procedura penale*, cit., p. 697; G. LATTANZI, *La formazione della prova in dibattimento*, in *Cass. pen.*, 1989, p. 2301; P.P. PAULESU, *Giudice e parti nella “dialettica” della prova testimoniale*, cit., p. 89; C. RIVIEZZO, *Il presidente può decidere sull’ammissibilità delle prove in sede di autorizzazione alla citazione dei testimoni?*, cit., p. 1385; D. SIRACUSANO-F. SIRACUSANO, *Gli atti del predibattimento*, in AA. VV., *Diritto processuale penale*, II, Milano, 2018, p. 666, 676; F. SIRACUSANO, *Brevi riflessioni in tema di presentazione delle liste testimoniali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, fasc. 4, p. 1365; D. VICOLI, *La citazione del testimone tra poteri ordinatori del giudice dibattimentale ed onere delle parti*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 621.

<sup>14</sup> Il parallelismo con la « manifesta superfluità » di cui all’art. 190 c.p.p. è stato analizzato anche da P.P. PAULESU, *Giudice e parti nella “dialettica” della prova testimoniale*, cit., p. 94, per il quale « la ‘sovrabbondanza’ è un canone di ‘soltimento’ del numero di testimoni ancorato ai singoli frammenti del fatto storico da ricostruire nel corso del dibattimento. Di conseguenza, lo *screening* predibattimentale mira esclusivamente a cogliere l’incidenza della prova testimoniale in ordine ad un circoscritto punto di indagine e serve, come già detto, a evitare inutili citazioni di testimoni. Il vaglio del giudice in ordine alla ‘manifesta superfluità’ della testimonianza attinge ad una realtà processuale più ampia e definita, perché arricchita dalle connessioni logiche individuabili tra i fatti descritti dalle parti ».

<sup>15</sup> Sui complessi rapporti fra ammissione e acquisizione probatoria, cfr. P.P. PAULESU, *Giudice e parti nella “dialettica” della prova testimoniale*, cit., p. 93. Secondo M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, p. 152, « occorre stabilire se l’art. 191/1 usa la parola ‘acquisizione’ in senso selettivo. Si deve rispondere di no. Sarebbe del tutto irragionevole che il legislatore avesse voluto riferirsi solo ai divieti inerenti all’apprensione, acquisizione, formazione della prova e non già al momento dell’ammissione ». Analogamente, C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007, p. 27; N. GALANTINI, *Inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992, p. 243; L. IAFISCO, *Gli atti preliminari al*

Il deposito delle liste e l'eventuale richiesta di preventiva autorizzazione alla citazione risultano, pertanto, finalizzati sia a consentire il contraddittorio nella fase delle richieste di prova sia a meglio organizzare lo svolgimento delle attività dibattimentali.

In particolare, la *discovery* anticipata rispetto alle richieste dibattimentali è funzionale all'esercizio del diritto alla prova contraria<sup>16</sup> che rappresenta la massima espressione del contraddittorio. Già l'art. 2 n. 75 legge delega n. 81 del 1987 prescriveva al giudice del dibattimento « l'obbligo di assumere, salvo che risulti superfluo l'assumere, le prove indicate a scarico dell'imputato sui punti costituenti oggetto delle prove a carico, nonché le prove indicate dal pubblico ministero a carico dell'imputato sui punti costituenti oggetto delle prove a carico »<sup>17</sup>.

La prova contraria può essere definita, pertanto, come la « prova dedotta *ex adverso* sull'*idem punctum* [la cui richiesta di assunzione] interviene quando l'interlocuzione probatoria delle parti con il giudice è già in corso, [per] assicurare la regolarità di un dialogo probatorio reciproco tra le parti: la facoltà vicendevole di critica, con proprie prove, delle prove avversarie, affinché l'accertamento si ottenga per forza di resistenza della prova al controllo della prova di segno opposto sullo stesso tema »<sup>18</sup>.

A dispetto della novità e della rilevanza, il diritto alla prova contraria viene spesso confuso con il deposito delle liste riguardanti le prove dirette che le parti intendono introdurre.

*dibattimento di primo grado*, cit., p. 79; A. SCCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, Torino, 2000, p. 181.

<sup>16</sup> Il tema è stato ampiamente analizzato da T. RAFARACI, *La prova contraria*, Torino, 2004, p. 38 ss.

<sup>17</sup> Su quella che all'epoca fu una novità legislativa nel segno di un sistema tendenzialmente accusatorio si v. M. CHIAVARIO, *Considerazioni sul diritto alla prova nel processo penale*, in *Studi sul processo penale in ricordo di Assunta Mazzarra*, Padova, 1996, p. 47; G. CONSO, *Precedenti storici ed iter della legge n. 108 del 1974*, in G. CONSO-V. GREVI-G. NEPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, vol. I, Padova, 1989, p. 25.

In particolare, sulla direttiva n. 75 si rinvia a S. SOTTANI, *Il regime della « controprova »*, in *Le nuove disposizioni sul processo penale, Atti del convegno di Perugia*, 14-15 aprile 1988, Padova, 1989, p. 245.

<sup>18</sup> T. RAFARACI, *La prova contraria*, cit., p. 87.

Sull'argomento, anche O. MAZZA, *Contraddittorio (principio del)*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. VII, 2014, p. 264-265, ha definito tale istituto sostenendo che « il diritto alla prova contraria attiene alla facoltà di smentita dell'elemento di prova veicolato dalla prova principale mediante ulteriori esperimenti conoscitivi di segno opposto vertenti sul medesimo *thema probandum (idem punctum)* ».



Il disegno codicistico intende, invece, riservare uno spazio a sé stante al diritto alla prova contraria che risulta garantito anche dalla previsione di uno specifico motivo di ricorso per cassazione (art. 606 lett. d c.p.p.) e che trova espressa consacrazione nella Convenzione europea più che nella Costituzione<sup>19</sup>.

L'art. 468 comma 4 c.p.p. solleva, perciò, ciascuna parte dall'onere di allegazione di una "contro-lista" delle prove *ex adverso*, dal momento che l'assunzione di quest'ultime può essere chiesta senza previa allegazione e senza autorizzazione alla citazione, essendo sempre possibile la presentazione diretta in dibattimento dopo il provvedimento ammissivo<sup>20</sup>.

Resterebbe da valutare se il richiedente la prova contraria, ai sensi dell'art. 495 comma 2 c.p.p., possa avvalersi dei mezzi di coercizione successivi alla infruttuosa citazione del testimone che non sarebbe stata previamente autorizzata dal presidente, proprio perché la richiesta di prova contraria sfugge alle scadenze degli atti predibattimentali. La risposta dovrebbe essere ragionevolmente positiva, anche solo per garantire un elementare principio di parità fra le parti che non può non investire anche la distinzione fra prova diretta e prova contraria. Del resto, nulla osta a che il giudice, nell'ammettere la prova contraria, autorizzi alla citazione la parte richiedente.

Il deposito delle liste delle prove "dirette" è, invece, strumentale proprio all'esercizio del diritto alla prova contraria in sede di richieste di

<sup>19</sup> Il diritto alla prova contraria è riconosciuto nell'art. 6 comma 3 lett. d) della Cedu, mentre l'art. 111 comma 3 Cost. sembra riguardare piuttosto il diritto al controesame e il diritto alla prova diretta. Per alcune riflessioni sulle fonti nazionali ed europee v., per tutti, M. CHIAVARIO, *Considerazioni sul diritto alla prova nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2021; V. GREVI, *Spunti sull'art. 6 § 3 lett. d) della convenzione europea dei diritti dell'uomo (in tema di citazione dei testimoni a discarico nella fase del giudizio)*, in *Ind. pen.*, 1986, p. 409; P. TONINI-C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, Milano, 2014, p. 63.

In generale sull'argomento, fra gli altri, cfr. R. APRATI, *Prove contraddittorie e testimonianza indiretta*, Padova, 2007, p. 7; C. CONTI, *Giusto processo (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, V, 2001, p. 633; L. IAFISCO, *Gli atti preliminari al dibattimento di primo grado*, cit., p. 74; P.P. PAULESU, *Giudice e parti nella "dialettica" della prova testimoniale*, cit., p. 142; T. RAFARACI, *La prova contraria*, cit., p. 31, 45; S. SOTTANI, *Dibattimento (profili pratici)*, in *Dig. pen.*, Aggiornamento, III, 2005, p. 368.

In giurisprudenza, cfr. Corte cost., sent. n. n. 203 del 1992 in *Giur. cost.*, 1992, p. 1492; ID., ord. n. 245 del 24 giugno 2005, *ivi*, 2005, p. 2126.

<sup>20</sup> F. NUZZO, *Regole consolidate e prospettazioni interpretative in materia di liste testimoniali*, cit., p. 613, evidenzia che « la *discovery* attiene solo all'esercizio del diritto alla prova diretta, mentre nessun adempimento è richiesto per i mezzi di prova contraria, la cui assunzione può essere chiesta in dibattimento: la diversità trova la sua giustificazione nell'intento di non aggravare le scadenze procedurali ».

prova. In quest'ottica, la rivelazione delle precise circostanze che costituiranno gli oggetti delle future escussioni testimoniali consente alla *controparte* il diritto alla confutazione delle prove dirette mediante prove contrarie.

Soltanto osservando tali prescrizioni, dunque, « il contraddittorio si realizza coordinando la selezione delle prove proprie (anche) con quella delle prove altrui [assumendo] un valore programmatico che si proietta in avanti. L'attività probatoria sarà infatti positivamente caratterizzata dai connotati dialogici insiti in quelle scelte. Nel giudizio, in altre parole, si provvederà all'assunzione di prove già selezionate e ammesse secondo i canoni di un dialogo antagonistico già attuato sul terreno della specificazione dell'oggetto delle prove »<sup>21</sup>.

Per completare il quadro, va ricordato che nella fase introduttiva del dibattimento, oltre alle richieste di prova diretta e contraria, le parti possono formulare istanza di ammissione delle prove dirette che non avevano tempestivamente potuto indicare nelle liste (art. 493 comma 2 c.p.p.), accordarsi per l'acquisizione degli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero o provenienti dalle investigazioni difensive (art. 493 comma 3 c.p.p.) e possono richiedere l'acquisizione dei documenti ai sensi dell'art. 234 c.p.p.<sup>22</sup>, anche sotto forma di mera riserva di successiva produzione documentale<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> T. RAFARACI, *La prova contraria*, cit., p. 77.

<sup>22</sup> In generale sul tema, fra i tanti, v. S. CAMPANELLA, *Profili problematici in tema di documenti dichiarativi*, in *Ind. pen.*, 2008, p. 148; R. CANTONE, *La prova documentale*, Milano, 2004, p. 20; A. CARDINO, *La nozione di documento nel sistema processuale penale*, in AA. VV., *Processo penale e prove documentali*, a cura di A. Cardino, R. Guida e A. Ranaldi, Padova, 2004, p. 88; A. CORBO, *I documenti*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, Vol. II, *Prove e misure cautelari*, t. I, *Le prove*, a cura di A. Scalfati, cit., p. 346; N. LIBERINI, *L'onere di produrre documenti nel dibattimento ed il principio di acquisizione processuale*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 3129; L. KALB, *Il documento nel sistema probatorio*, Torino, 2000, p. 101; O. MAZZA, *Giudizio di primo grado (disciplina del) (dir. proc. pen.)*, cit., p. 364; ID., *Le insidie al primato della prova orale rappresentativa. L'uso dibattimentale di materiale probatorio preconstituito*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1519; A. NAPPI, *La prova documentale e i limiti al contraddittorio*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1189; P.P. RIVIELLO, *Il dibattimento nel processo penale*, cit., p. 72; G. UBERTIS, *Documenti e oralità nel nuovo processo penale*, in *Studi in onore di G. Vassalli*, II, Milano, 1991, p. 131; F. ZACCHE', *La prova documentale*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Ubertis e G.P. Voena, t. XIX, Milano, 2012, p. 88, 92.

In proposito, v. anche Corte cost., sent., n. 284 del 6 luglio 1994, in *Giur. cost.*, 1994, p. 3284 con nota di R.E. KOSTORIS, *Ammissione di documenti e diritto alla prova contraria*; ID., sent. n. 203 del 28 aprile 1992, *ivi*, 1992, p. 1488, con nota di V. GAROFOLI, *Sulla sospensione del dibattimento per assoluta necessità ex art. 477, secondo comma, c.p.p.*

<sup>23</sup> La giurisprudenza ritiene che « la preclusione alle richieste probatorie delle parti, conseguente al mancato rispetto del termine fissato nel primo comma dell'art. 468 cod. proc.

2. *Errori legislativi e distorsioni della prassi.* — Distinte le incombenze predibattimentali dalle richieste di prova, non si possono non registrare alcune evidenti aporie del sistema normativo, accentuate dalle prassi applicative.

La più evidente riguarda la scelta legislativa che, a stretto rigore, imporrebbe la citazione dei testimoni già per la prima udienza dibattimentale, ossia prima che venga assunto il provvedimento ammissivo delle relative fonti di prova. Non risponde né a logica giuridica né a un elementare principio di economia processuale costringere le parti a far comparire i testimoni in un'udienza in cui la prova potrebbe anche non essere ammessa; sebbene sia proprio l'art. 468 comma 2 c.p.p. a determinare questa paradossale conclusione, stabilendo, da un lato che « la citazione dei testimoni sia effettuata per la data fissata per il dibattimento ovvero per le successive udienze nella quali ne sia previsto l'esame », dall'altro che il provvedimento presidenziale di autorizzazione alla citazione « non pregiudica la decisione sull'ammissibilità della prova a norma dell'art. 495 c.p.p. ».

868

Il problema non è determinato solo dalla illogicità di far precedere la citazione al provvedimento ammissivo, un disordine aggravato dal fatto che il presidente dovrebbe addirittura prevedere in quale udienza verrà assunta la prova non ancora ammessa, ma anche dalle numerose variabili che potrebbero vanificare la comparizione delle fonti di prova già alla prima udienza.

Ancor prima di ammettere le prove, il giudice è chiamato, infatti, a verificare la regolare costituzione delle parti e a risolvere le questioni preliminari. In tali situazioni frequentemente si manifesta l'esigenza di un rinvio, come, ad esempio, quando si deve procedere alla rinnovazione

---

pen., non riguarda le richieste di acquisizione di prove documentali, che possono dunque essere avanzate anche in un momento successivo a quello fissato dalla disposizione suddetta; ne consegue che deve escludersi che l'art. 493 cod. proc. pen., il quale disciplina l'esposizione introduttiva e le richieste di prova avanzate dalle parti, preveda una preclusione alla esibizione di documenti, ed all'ammissione di essi da parte del giudice, in un momento successivo a quello fissato dalla norma suddetta, essendo tale preclusione esplicitamente limitata alle prove che devono essere indicate nelle liste di cui all'art. 468 cod. proc. pen. (In motivazione la S.C. ha precisato che in caso di esibizione di documenti successiva all'esposizione introduttiva, tuttavia, deve essere garantito alle altre parti il diritto di esaminarli, secondo quanto prescrive l'art. 495, comma terzo, cod. proc. pen.) » (Cass., sez. V, sent. n. 23004 dell'11 maggio 2017, Russo e altro, Rv. n. 270218). Analogamente, v. anche Id., sez. II, sent. n. 48861 del 21 novembre 2009, Della Cella e altri, *ivi* n. 246472; Id., sez. VI, sent. n. 1542 del 14 febbraio 1995, Rollandin, *ivi* n. 200540.

della notifica della citazione dell'imputato. Verificandosi siffatta eventualità, sarebbe gravemente antieconomico aver fatto comparire tutti i testimoni indicati nelle liste per un'udienza in cui non potrà comunque aver luogo il loro esame.

Al di là delle possibili ipotesi non prevedibili, rimane poco comprensibile l'inversione dei fattori che dovrebbero costituire la sequenza probatoria. Oltre a consentire la citazione di testimoni che potrebbero anche non essere ammessi, il modello legislativo sacrifica irrimediabilmente il diritto alla prova contraria e l'ordine dell'assunzione probatoria. Una volta citate tutte le fonti di prova diretta, sarebbe difficile dedicare alle fonti di prova contraria un'udienza successiva senza operare inversioni della sequenza stabilita dall'art. 498 c.p.p.

L'errore legislativo trova conferma nell'art. 145 comma 2 disp. att., laddove si afferma che « se il dibattimento deve protrarsi per più giorni, il presidente, sentiti il pubblico ministero e i difensori può stabilire il giorno in cui ciascuna persona deve comparire »<sup>24</sup>.

Ancora una volta si vorrebbe che, subito dopo il deposito delle liste, il presidente decidesse, previa interlocuzione con le parti nel corso di un incontro informale non disciplinato nemmeno nelle modalità di convocazione, il calendario d'udienza, attività che, però, presuppone la risoluzione di una serie di questioni di competenza del collegio che vanno dalla verifica della regolare costituzione delle parti, alla risoluzione delle questioni preliminari, fino all'ammissione delle prove dirette e delle prove contrarie. Senza aver prima esaurito queste attività, come detto di competenza collegiale, è praticamente impossibile stabilire le date d'udienza per la citazione dei testimoni.

L'art. 145 comma 2 norme att. c.p.p. potrebbe anche essere interpretato nel senso che il calendario delle udienze venga fissato nel corso della prima udienza dibattimentale, una volta assunta l'ordinanza ammissiva delle prove. Se così fosse, bisognerebbe concedere che negli atti preliminari al dibattimento il presidente possa limitarsi ad autorizzare la citazione per una data che verrà stabilita solo nel corso del dibattimento.

---

<sup>24</sup> Per dei commenti sull'articolo menzionato si rinvia a G. BONETTO, *Sub art. 145 disp. att. e coord. c.p.p.*, in *Commentario al nuovo codice di procedura penale, Norme complementari*, I, Torino, 1992, p. 551; O. BRUNO, *Sub art. 145*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda e G. Spangher, Tomo III, Milano, 2017, p. 890-891; F. INSOM, *Sub art. 145 disp. att. e coord. c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Gaito, Tomo II, Milano, 2012, p. 4493.

Quest'ultima soluzione, certamente più rispondente tanto alla logica quanto alle esigenze di economia processuale, è spesso praticata nella prassi, sebbene si faccia sempre più strada, nell'ottica della massima efficienza, l'opposta interpretazione che valorizza il tenore letterale del combinato disposto degli art. 468 comma 2 c.p.p. e 145 comma 2 norme att. c.p.p. stabilendo che spetta al presidente il dovere di indicare l'udienza già con il decreto che autorizza la citazione.

L'incertezza potrebbe essere superata, *de iure condendo*, facendo espressamente coincidere il momento ammissivo e quello autorizzativo, di modo che il collegio possa pronunciarsi contestualmente sulle prove da assumere e sul relativo calendario. Così facendo, anche i criteri per l'ammissione e quelli per l'autorizzazione si uniformerebbero sotto lo stesso catalogo dei requisiti previsti dagli artt. 190 comma 1 e 190 *bis* c.p.p., evitando la convocazione di potenziali testimoni la cui assunzione non sia stata ancora né richiesta in contraddittorio dalle parti né ammessa dal giudice.

870

3. *L'elusione del diritto alla prova contraria: l'arte di formulare le circostanze di prova.* — La *discovery* anticipata dei mezzi e dei temi di prova è stata importata nel nostro sistema processuale al fine di scongiurare attività probatorie a sorpresa. Per escludere tale rischio, le carte devono essere scoperte per intero<sup>25</sup> e l'articolazione delle circostanze deve quindi essere esaustiva, non potendo ritenersi sufficienti rinvii generici e *per relationem* ai contenuti dell'imputazione.

Ancora una volta, la prassi giurisprudenziale<sup>26</sup>, governata dal *judge made law*<sup>27</sup>, sembra però procedere nella direzione opposta.

La formulazione delle circostanze, sebbene l'art. 468 comma 1 c.p.p.

<sup>25</sup> F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 919, non a caso intitola il paragrafo sull'argomento con l'espressione « carte scoperte ».

<sup>26</sup> G. BONETTO, *Il predibattimento*, in *Giudizio ordinario*, cit., p. 35, ha denunciato che l'interpretazione della giurisprudenza rischia di vanificare l'effettività del comma 1 dell'art. 468 c.p.p. « fino a privarlo di ogni autentico contenuto ». Analogamente, fra gli altri, cfr. A. GRANATA, *Ancora sulla funzione di discovery dell'art. 468 del cod. proc. pen.: necessità di indicazione delle circostanze specifiche e determinate nella lista testimoniale*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1990, p. 596-597; F.M. GRIFANTINI, *Attività preparatorie del contraddittorio dibattimentale*, cit. p. 198; L. IAFISCO, *Gli atti preliminari al dibattimento di primo grado*, cit., p. 59; R.E. KOSTORIS, *Sub art. 468 c.p.p.*, in *Commentario al codice di procedura penale*, cit., p. 6; O. MAZZA, *Giudizio di primo grado (disciplina del) (dir. proc. pen.)*, cit., p. 364; P.P. PAULESU, *Giudice e parti nella "dialettica" della prova testimoniale*, cit., p. 70-71.

<sup>27</sup> *Infra*, § 2, p. 17, nota 35.

non lo prescriva direttamente, deve essere specifica<sup>28</sup>. Le circostanze devono infatti descrivere quei frammenti di conoscenza idonei, una volta divenuti risultati di prova, alla verifica del più generale *thema probandum* indicato dall'art. 187 c.p.p.

Del resto, la corretta divulgazione delle stesse circostanze è la prima condizione per la piena attuazione del contraddittorio il quale « esige, per definizione, la comune chiara conoscenza dell'oggetto del contendere. Ma, essendo fenomeno prettamente dialogico, richiede altresì che i contendenti, al fine di interloquire controdeducendo siano reciprocamente al corrente non solo della specifica posizione che l'avversario assume rispetto all'oggetto del contendere bensì anche degli argomenti che lo stesso avversario conta di adoperare ed effettivamente adopera in vista della persuasione del giudice »<sup>29</sup>.

La necessaria specificazione delle circostanze non può assurgere al grado di precisione analitica richiesta nel rito civile dagli oneri di « capitolazione della prova »<sup>30</sup>. Nel giudizio penale, tali peculiari speci-

<sup>28</sup> Al riguardo, la comparazione con quanto stabilito dal codice di procedura civile può rivelarsi utile: nell'art. 244 c.p.c., rubricato « modi di deduzione », si precisa che « la prova per testimoni deve essere dedotta mediante indicazione specifica delle persone da interrogare e dei fatti, formulati in articoli separati, sui quali ciascuna deve essere interrogata ». Per un commento dell'art. 244, cfr. V. BARONCINI-M. MONTANARI, *Sub art. 244*, in *Codice di procedura civile. Commentario*, diretto da C. Consolo, Tomo II, Milano 2012, p. 488; P. DELLA VEDOVA, *Sub art. 244*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da L.P. Comoglio, C. Consolo, B. Sassani, R. Vaccarella, III, 1, Torino, 2012, p. 1020; L. TROGNI, *Sub art. 244*, in *Commentario breve al codice di procedura civile*, diretto da F. Carpi e M. Taruffo, VII, Padova, 2012, p. 890.

In generale sul tema, si rinvia a V. ANDRIOLI, *Prova testimoniale (dir. proc. civ.)*, in *Nvss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, p. 329; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Milano, 2010, p. 185; A. DONDI, *Prova testimoniale nel processo civile*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, XVI, Torino, 1997, p. 40; C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, XXV ed., II, Torino, 2016, p. 294; C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche. II. La fase di cognizione nella tutela dei diritti*, II ed., Torino, 2010, p. 82; S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, II, Milano, 1959-1960, p. 253; M. TARUFFO, *Rilevanza specifica dei fatti nella deduzione della prova testimoniale*, in *Riv. dir. proc.*, 1970, p. 689; ID., *Prova testimoniale (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 2014, p. 729; G. TARZIA-F. DANOVÌ, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, Milano, 2014, p. 195; V. VERDE, *Profili del processo civile. 2. Processo di cognizione*, IV ed., aggiornata da A. Auletta-G.P. Califano-G. Della Pietra-N. Rascio, Bologna, 2015, p. 100.

<sup>29</sup> T. RAFARACI, *La prova contraria*, cit., p. 75.

<sup>30</sup> Secondo P. FERRUA, *La testimonianza nell'evoluzione del processo penale italiano*, cit., p. 97, la formulazione delle circostanze di prova non può essere tale da costringere a « presentare anticipatamente quasi una griglia delle domande formulabili nell'esame orale ». Analogamente, fra gli altri, cfr. A. AVANZINI, *L'esame dibattimentale delle fonti di prova personale*, cit., p. 46; A. BASSI, *L'onere di indicazione delle circostanze nella lista testimoniale e la piena realizzazione del contraddittorio fra le parti*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 628; G. BONETTO, *Sub art. 468*, in *Commento al codice di Procedura penale*, cit., p. 47; F.M. GRIFANTINI, *Attività*

## LUDOVICA TAVASSI

ficazioni, anticipate rispetto all'esercizio delle virtù maieutiche del contraddittorio, costringerebbero indebitamente la *cross examination* in ranghi così serrati da imporre una capitolazione di domande per il testimone tanto preconfezionata nei contenuti da correre il rischio di esercitare una distorsiva suggestione sul dichiarante<sup>31</sup>, oltretutto finire per limitare drasticamente lo svolgimento dell'esame diretto per una genuina formazione dei risultati di prova. D'altro canto, però, l'onere di specificazione va rapportato a un obiettivo di chiarezza che conceda alla parte avversa « una chiara percezione del contenuto della futura deposizione dibattimentale, permettendo, così, [...] di dedurre controprove e di formulare, nell'ambito del controesame, domande 'mirate', suscettibili di generare risposte precise »<sup>32</sup>. L'indicazione delle circostanze rappresenta un esercizio di individuazione dei micro-elementi che potranno comporre i macro-oggetti di prova di cui all'art. 187 c.p.p., circoscrivendo il tema dell'escussione testimoniale sul quale si potrà valutare l'ammissione della prova contraria e ponderare, tramite l'ordinanza del collegio, se la richiesta della prova diretta superi il vaglio dei criteri di cui agli artt. 190 e 190-bis c.p.p. In altre parole, può affermarsi che « il grado di determinatezza richiesto nella indicazione delle circostanze dovrà, in

872

---

*preparatorie del contraddittorio dibattimentale*, cit. p. 198; L. IAFISCO, *Gli atti preliminari al dibattimento di primo grado*, cit., p. 59; F. NUZZO, *Regole consolidate e prospettazioni interpretative in materia di liste testimoniali*, cit., p. 618; O. MAZZA, *Giudizio di primo grado (disciplina del) (dir. proc. pen.)*, cit., p. 364; G. UBERTIS, *Giudizio di primo grado (disciplina del) nel diritto processuale penale*, cit., p. 525.

<sup>31</sup> Tale rischio è stato paventato da A. AVANZINI, *L'esame dibattimentale delle fonti di prova personale*, cit., p. 46; F. BARTOLINI, *Appunti sulla ammissione delle prove nel nuovo processo penale*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1991, p. 259; A. BASSI, *L'onere di indicazione delle circostanze nella lista testimoniale e la piena realizzazione del contraddittorio fra le parti*, cit., p. 630; G. BONETTO, *Sub art. 468*, in *Commento al codice di Procedura penale*, cit., p. 47; R. BONSIGNORI, *Dibattimento. II) Atti preliminari al dibattimento*, in *Enc. giur. Treccani*, cit., p. 8; P. FERRUA, *La testimonianza nell'evoluzione del processo penale italiano*, cit., p. 97; L. IAFISCO, *Gli atti preliminari al dibattimento di primo grado*, cit., p. 66; O. MAZZA, *Giudizio di primo grado (disciplina del) (dir. proc. pen.)*, cit., p. 364; F. NUZZO, *Regole consolidate e prospettazioni interpretative in materia di liste testimoniali*, cit., p. 618; P.P. PAULESU, *Giudice e parti nella "dialettica" della prova testimoniale*, cit., p. 73; P.P. RIVIELLO, *Liste testimoniali ed indicazione di circostanze per l'esame*, cit., p. 74; F. SIRACUSANO, *Brevi riflessioni in tema di presentazione delle liste testimoniali*, cit., p. 1359.

<sup>32</sup> P.P. PAULESU, *Giudice e parti nella "dialettica" della prova testimoniale*, cit., p. 72. Della stessa opinione, A. AVANZINI, *L'esame dibattimentale delle fonti di prova personale*, cit., p. 47; G. ICHINO, *Il giudice del dibattimento, le parti e la formazione della prova nel nuovo processo penale*, cit., p. 707; G. ILLUMINATI, *Ammissione ed acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, cit., p. 68; F. PERONI, *Sull'onere di allegazione di cui all'art. 468 comma 1 c.p.p.*, cit., p. 1158; P.P. RIVIELLO, *Liste testimoniali ed indicazione di circostanze per l'esame*, cit., p. 183.

concreto, conformarsi alle esigenze dello svolgimento dell'esame 'mediante domande su fatti specifici' »<sup>33</sup>.

La tempestività dell'incombenza definitiva delle circostanze nel deposito delle liste rappresenta, inoltre, anche sotto il profilo cronologico, un requisito cruciale, dal momento che essa non può trovare rimedio nelle richieste di cui all'art. 493 c.p.p. e ciò per evitare, appunto, che possa arrivarsi agli atti introduttivi con *intenzioni* probatorie non ancora svelate. Infatti, « se alle parti fosse consentito preannunciare le circostanze in modo generico, con la possibilità di dettagliarle nel successivo contesto di ammissione della testimonianza, verrebbe compromessa l'effettività delle controdeduzioni probatorie e del controesame »<sup>34</sup>.

La giurisprudenza sul punto, invece, è connotata da un approccio lassista e consolidato nel ritenere che « l'obbligo delle indicazioni delle circostanze sulle quali deve vertere l'esame testimoniale è necessario soltanto allorché le circostanze si discostino dal fatto descritto nel capo di imputazione. Pertanto, l'obbligo deve intendersi rispettato allorché sia possibile dedurre *per relationem* che il soggetto individuato è in grado di riferire i fatti articolati nel capo di imputazione e le circostanze sulle quali è chiamato a deporre sono ricomprese nello stesso o in altri atti noti alle parti, stante la finalità del citato art. 468 di impedire la introduzione di prove a sorpresa consentendo alle altre parti la tempestiva predisposizione di proprie controdeduzioni »<sup>35</sup>.

L'interpretazione giurisprudenziale ha travalicato il dettato della disciplina posta a presidio della leale *discovery*, acconsentendo a riferimenti generici che non permettono in concreto un'individuazione precisa dell'oggetto della escussione della fonte di prova. La disciplina rimaneg-

<sup>33</sup> F. PERONI, *Sull'onere di allegazione di cui all'art. 468 comma 1 c.p.p.*, cit., p. 1155. Dello stesso avviso, N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., p. 292; L. IAFISCO, *Gli atti preliminari al dibattimento di primo grado*, cit., p. 66; D. MANZIONE, *Le nuove « regole » per l'esame testimoniale (a proposito dell'art. 499 c.p.p.)*, in *Cass. Pen.*, 1991, p. 1481; P.P. PAULESU, *Giudice e parti nella "dialettica" della prova testimoniale*, cit., p. 72.

<sup>34</sup> P.P. PAULESU, *Giudice e parti nella "dialettica" della prova testimoniale*, cit., p. 72.

<sup>35</sup> Cass., sez. III, sent. n. 41691 del 21 novembre 2005, Latini, Rv. n. 232369-01. La massima è stata ripresa in più pronunce, fra cui, di recente, Cass., sez. II, sent. n. 3668 del 25 gennaio 2019, Immobile, *inedita*; Id., sez. I, sent. n. 980 del 12 gennaio 2018, Valente e altri, *inedita*.

Dello stesso avviso, in precedenza, Cass., sez. V, sent. n. 43361 del 5 ottobre 2005, Grispo, Rv. n. 232978; Id., sez. IV, sent. n. 25523 del 10 maggio 2007, Boldrini, *ivi* n. 236990; Id., sez. II, sent. n. 38526 del 23 settembre 2008, Scaccianoce, *ivi* n. 241114; Id., sez. III, sent. n. 32530 del 6 maggio 2010, H. e altri, *ivi* n. 248221.



giata dalla Cassazione può pregiudicare il diritto alla prova contraria, la cui ammissione finirebbe per essere arbitraria, non disponendo il giudice di circostanze tanto precise da permettergli, obiettivamente, di pronunciarsi sull'ammissione dei mezzi probatori *ex adverso*, e al tempo stesso l'esercizio del contraddittorio.

Il richiamo ai fatti oggetto di imputazione o, in alcuni casi, agli atti del fascicolo delle indagini non è in grado di circoscrivere un preciso oggetto della deposizione. Il giudice, infatti, non solo non è tendenzialmente a conoscenza dei risultati delle indagini preliminari, ma non avrebbe comunque gli strumenti conoscitivi necessari per circoscrivere il tema dell'esame diretto dal momento che, normalmente, i testimoni sono chiamati a rendere dichiarazioni su quanto da loro percepito e non certo sul contenuto degli atti del processo.

Le clausole di stile ammesse dalla giurisprudenza, come quelle rappresentate dal rinvio ai « fatti in causa » o ai « fatti in contestazione », descrivono delle circostanze equivoche che, in realtà, integrano riferimenti insufficientemente specifici, soprattutto quando si intenda condurre un esame testimoniale su fatti secondari che non sono direttamente rappresentati dalla descrizione del fatto principale contenuto nell'imputazione. Per essere più chiari, quando, ad esempio, si intende formare un indizio, il riferimento al fatto principale è del tutto inconferente rispetto alla circostanza secondaria che sarà oggetto dell'informazione richiesta alla fonte di prova.

4. *Decadenza dal diritto alla prova, poteri suppletivi e imparzialità del giudice.* — L'inosservanza del dettato normativo dovrebbe essere foriera di conseguenze non trascurabili: tanto per il mancato rispetto dei termini di deposito delle liste, quanto per la mancata indicazione delle circostanze è infatti prevista la medesima sanzione dell'inammissibilità<sup>36</sup>. La Corte di cassazione, invece, riconosce come inammissibili

<sup>36</sup> In generale, sul tema si rinvia, per tutti, a O. CAMPO, *Inammissibilità ed improcedibilità*, in *Enc. giur. Treccani*, XVI, Roma, 1989, p. 1; A. CAPONE, *L'invalidità nel processo penale. Tra teoria e dogmatica*, Padova, 2002, p. 194; G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, Milano, 1955, p. 67; T. DELOGU, *Contributo alla teoria della inammissibilità nel diritto processuale penale*, Milano, 1938, p. 161; M. FAVALLI, *L'ammissibilità nel processo penale*, Napoli, 1969, p. 67; R. FONTI, *L'inammissibilità*, in *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, a cura di A. Marandola, Milano, 2015, p. 177; G. GALLI, *L'inammissibilità dell'atto processuale penale*, Milano, 1969, p. 38; A. GHIARA, *Inammissibilità*, (*dir. proc. pen.*), in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1970, p. 480; R. PANNAIN, *Le sanzioni degli atti processuali penali*, Napoli, 1933, p. 467.

soltanto le liste intempestive<sup>37</sup>, svuotando così di contenuto la garanzia per una leale *discovery*<sup>38</sup>, come dimostrano i già citati orientamenti volti a permettere l'indicazione nelle liste di circostanze meramente apparenti.

D'altra parte, « per assicurare una efficace informazione sulle prove testimoniali, occorre la necessaria compresenza di entrambi i fattori suindicati. Il criterio cronologico ha senso solo se rapportato a quello gnoseologico, e viceversa. Quale utilità potrebbe rivestire il deposito tempestivo di una lista dal contenuto generico nella prospettiva di colui che avesse interesse a confutarla? »<sup>39</sup>.

Il procedimento per l'introduzione dei mezzi di prova risponde, allora, ad una fattispecie complessa a formazione progressiva, dove, appunto, il mancato assolvimento dell'onere di depositare le liste redatte nel rispetto di tutti i requisiti stabiliti comporta la decadenza dal diritto alla prova della parte inadempiente, con la conseguenza che, « solo dopo aver accertato il rispetto degli adempimenti prescritti per lo svolgimento del sub-procedimento ammissivo, il giudice passa a deliberare il merito della domanda »<sup>40</sup>.

Trattandosi di un atto complesso la cui efficacia è subordinata all'adempimento di una situazione soggettiva imperfetta<sup>41</sup>, ossia non

<sup>37</sup> Cass., sez. III, sent. n. 28371 del 1° luglio 2013, Tomassini, Rv. n. 256904 - 01; Id., sez. V, sent. n. 14457 del 11 aprile 2011, Filippi e altro, *ivi* n. 249934 - 01; Id., sez. III, sent. n. 6298 del 25 maggio 1992, Proc. rep. Circ. Catanzaro in proc. Greci, *ivi* n. 190440 - 01; Id., sez. III, sent. n. 11530 del 30 novembre 1992, Carnabuci, *ivi* n. 192384 - 01.

In dottrina, in tal senso, si è espresso G. SCARPETTA, *L'art. 468 del codice di procedura penale e la funzione di discovery*, cit., p. 267.

<sup>38</sup> P.P. PAULESU, *Giudice e parti nella "dialettica" della prova testimoniale*, cit., p. 83, ha denunciato che la giurisprudenza « invece di ripudiare apertamente il requisito della specificità delle circostanze, lo ridimensiona affrancandolo dal presidio offerto dalla sanzione d'innammissibilità. Ma il risultato resta identico: elusione della *discovery* e lesione della controprova e del controesame ».

<sup>39</sup> P.P. PAULESU, *Giudice e parti nella "dialettica" della prova testimoniale*, cit., p. 84.

<sup>40</sup> L. IAFISCO, *Gli atti preliminari al dibattimento di primo grado*, cit., p. 81, riprendendo G. UBERTIS, *Prova (in generale)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. X, Torino, 1995, p. 324. Sulla distinzione fra le due diverse valutazioni, v., per tutti, M. BARGIS, *Testimonianza (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Annali, II, tomo 1, 2008, p. 1120; P. FERRUA, *I poteri probatori del giudice dibattimentale: ragionevolezza delle Sezioni unite e dogmatismo della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, p. 1068; G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, cit., p. 76.

<sup>41</sup> *Supra* § 1, p. 2, nota 6.

Sull'argomento, F. CORDERO, *Il giudizio d'onore*, Milano, 1959, p. 89, sostiene che « per il resto, è agevole constatare come la prova rilevi di per se stessa, quale che ne sia la fonte, purché, beninteso, siano state adempiute le prescrizioni del singolo metodo istruttorio e

## LUDOVICA TAVASSI

autosufficiente, in quanto non rimettente nelle sole parti il potere esclusivo di raggiungere il risultato probatorio prefissato, in caso di inottemperanza al modello legale si ammette una forma di inammissibilità soltanto di senso debole, secondo la quale « quando N sia decaduto dal potere, non avendolo esercitato tempestivamente, l'atto tardivo nasce invalido e l'invalidità ha un nome; la chiamiamo 'inammissibilità'. Esiste un uso debole della formula 'a pena di decadenza' [...] e a 'a pena di inammissibilità', l'art. 468 richiede le liste testimoniali 7 giorni prima del dibattimento, ma, a parte eventuali istanze istruttorie posteriori (art. 493<sup>3</sup>), la prova non dedotta è acquisibile *ope iudicis ex art. 507* »<sup>42</sup>.

Partendo dal presupposto, pertanto, che l'inosservanza dell'art. 468 c.p.p. rende comunque inammissibile la richiesta di prova, ma non la prova in sé<sup>43</sup>, l'opportunità persa dalle parti sul piano del diritto alla prova può essere recuperata attraverso una sollecitazione rivolta all'organo giudicante, il quale, terminata l'istruzione, « se risulta assolutamente necessario, può disporre anche di ufficio l'assunzione di nuovi mezzi di prove [*rectius*, prova] » (art. 507 comma 1 c.p.p.)<sup>44</sup>.

876

risultino osservati certi altri limiti piuttosto indefiniti. [...] Alla luce di questi dati d'esperienza, si rischia di esporsi ad un definitivo affossamento: sarebbe espediente di scarsa efficacia persuasiva richiamarsi alla pallida figura dell'onere incompleto, imperfetto e simili, per designare i casi nei quali l'omissione o l'insuccesso dell'iniziativa istruttoria di una parte possono essere rimediati da un'acquisizione d'ufficio o addirittura dalla prova che l'avversario abbia incautamente somministrato ».

In dottrina, cfr. le diverse analisi offerte da G.P. AUGENTI, *L'onere della prova*, Roma, 1931, p. 171; R. BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, Milano, 1936, p. 113; G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, p. 796; F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale. Studi sulle dottrine generali del processo penale*, Torino, 1956, p. 256; J. GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage. Eine Kritik des Prozessualen Denkens*, Berlino, 1925, p. 361; G. GUARNERI, *Sulla teoria generale del processo penale*, Milano, 1939, p. 179; G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1966, p. 147; P. SARACENO, *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, Padova, 1940, p. 62.

<sup>42</sup> F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 318.

<sup>43</sup> Secondo P. FERRUA, *I poteri probatori de giudice dibattimentale: ragionevolezza delle Sezioni unite e dogmatismo della Corte costituzionale*, cit., p. 1068, « la decadenza delle parti dal diritto alla prova non incide sul potere suppletivo del giudice, perché quella che diventa inammissibile a norma degli artt. 468 e 493 c.p.p. non è la prova ma la richiesta ».

Anche la Cassazione riconosce questa possibilità: « l'ammissione di prove non tempestivamente indicate dalle parti nelle apposite liste non comporta alcuna nullità, né le prove in questione, dopo essere state assunte, possono essere considerate inutilizzabili, posto che l'art. 507 cod. proc. pen. consente al giudice di assumere d'ufficio anche prove irregolarmente indicate dalle parti, ed in ogni caso non sussiste un divieto di assunzione che possa attivare la sanzione di inutilizzabilità prevista dall'art. 191 cod. proc. pen. » (Cass., sez. V, sent. n. 8394 del 21 febbraio 2014, Tardiota, Rv. N. 259049).

<sup>44</sup> Per i commenti alla norma, definita da R. ADORNO, *L'ammissione della prova in dibattimento*, cit., p. 110, come « la pietra angolare della misura dell'ingerenza probatoria del

Questa seconda *chance* esclude la ricorrenza nel processo penale di un principio dispositivo assoluto <sup>45</sup>, in quanto il soddisfacimento dell'esigenza cognitiva implicata dalla indisponibilità dell'accertamento penale non può dipendere esclusivamente dal contegno processuale delle parti. Tuttavia, gli *officia iudicis* devono contemperarsi con lo statuto costituzionale del giusto processo che per l'organo giudicante, nell'art. 111 comma 2 Cost., prevede i connotati di imparzialità rispetto all'oggetto del processo e di terzietà fra le parti.

Cionondimeno, posto che nel processo penale il tema di prova è la colpevolezza dell'imputato (fatto costitutivo), essendo il suo contrario presunto dall'art. 27 comma 2 Cost. (la non colpevolezza), a rigor di logica solo il pubblico ministero sarebbe interessato all'acquisizione di prove dirette, ossia quelle dimostrative del fatto costitutivo, mentre la

---

giudice », cfr. L. CARACENI, *Sub art. 507*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, diretto da G. Conso e G. Illuminati, cit., p. 2287; S. CORBETTA, *Sub art. 507*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda e G. Spangher, cit., p. 2427; D. MANZIONE, *Sub artt. 506-507*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, cit., p. 377; A. NAPPI, *L'art. 507 c.p.p.; un eccessivo self-restraint giurisprudenziale*, in *Cass. pen.*, 1991, p. 773; G. TRANCHINA, *Nostalgie inquisitorie nel "sistema accusatorio" del nuovo codice di procedura penale*, in *Leg. Pen.*, 1989, p. 387.

In generale sul tema dei poteri probatori del giudice, fra i tanti, si rinvia a H. BELLUTA, *Imparzialità del giudice e dinamiche probatorie ex officio*, Torino, 2005, p. 155; L. CARACENI, *Poteri d'ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice*, Milano, 2007, p. 83; C. CONTI, *La preclusione nel processo penale*, Milano, 2014, p. 160; A. DE CARO, *Poteri probatori del giudice e diritto alla prova*, Napoli, 2003, *passim*; M.L. DI BITONTO, *Profili dispositivi dell'accertamento penale*, Torino, 2004, p. 131; F.R. DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, Padova, 2003, p. 117; C. FIORIO, *La prova nuova nel processo penale*, Padova, 2008, p. 28; F.M. IACOVIELLO, *Processo di parti e poteri probatori del giudice*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 286; G. ICHINO, *Il giudice del dibattimento, le parti e la formazione della prova nel nuovo processo penale*, cit., p. 697; E. MANCUSO, *Il regime probatorio dibattimentale*, cit., p. 219; P.P. PAULESU, *Giudice e parti nella "dialettica" della prova testimoniale*, cit., p. 219; G. RICCIO, *La procedura penale. Tra storia e politica*, Napoli, 2010, p. 280; A. SCCELLA, *I residui poteri di iniziativa probatoria del giudice dibattimentale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 1212; P. TONINI-C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 140 ss.; F. VERGINE, *Sistema delle prove e interventi del giudice*, Bari, 2008, p. 296.

<sup>45</sup> Per tutti, P. BRONZO, *Il "principio dispositivo in tema di prova" nel processo penale*, in *Riv. it. per le scienze giuridiche*, 2014, p. 419, ha evidenziato come « il coinvolgimento del giudice nella selezione probatoria è frutto di un'opzione dettata da criteri di 'opportunità tecnica' e da considerazioni relative alla migliore conoscenza dei fatti. Se lo scontro tra le parti è epistemologicamente fruttuoso, ciò non implica tuttavia che la selezione del materiale per la decisione possa essere *in tutto* rimessa ai contendenti ».

## LUDOVICA TAVASSI

difesa potrebbe limitarsi alla prova contraria<sup>46</sup> (o alla prova diretta dei fatti impeditivi<sup>47</sup>).

Così impostata la questione, intendendo rettamente l'onere di deposito previsto dall'art. 468 c.p.p. come riguardante le sole prove dirette, e considerando che esse si rivolgono principalmente, anche se non esclusivamente, ai fatti costitutivi, il sillogismo si chiude prendendo atto di come l'inammissibilità per inosservanza dell'onere di deposito della lista testi dovrebbe colpire pressoché esclusivamente il pubblico ministero. È un caso tutto sommato di scuola quello che vede la difesa depositare tardivamente la lista dei testimoni chiamati a deporre in via diretta sul fatto impeditivo. Le prove indicate nella lista *ex art.* 468 c.p.p. dai difensori sono normalmente prove contrarie, ossia volte a smentire il fatto costitutivo che il pubblico ministero intende provare grazie alle prove dirette, dunque fonti probatorie la cui ammissione potrebbe essere legittimamente richiesta ai sensi dell'art. 495 comma 2 c.p.p., senza previo deposito delle liste.

Questa premessa di carattere logico-giuridico, consente di svelare l'equivoco su cui si sono fondate tanto la Corte costituzionale quanto la Corte di Cassazione nell'ammettere un potere giudiziale non solo integrativo, ma anche suppletivo, rispetto all'inerzia delle parti nel corso del *sub-procedimento* ammissivo della prova<sup>48</sup>. In realtà, la decadenza legata all'inosservanza dell'art. 468 c.p.p. non può che riguardare il pub-

878

<sup>46</sup> Dunque, negli atti preliminari la difesa non dovrebbe esser tenuta a formulare la lista per la *discovery* di una strategia che è necessariamente costituita da prove contrarie agli elementi costitutivi del reato di cui l'accusa doverosamente, e non liberamente sulla base di un potere dispositivo, deve assumersi il compito di dimostrare, allegando tutti i mezzi di prova in suo possesso.

<sup>47</sup> F. CORDERO, *Il giudizio d'onore*, cit., p. 102, ha definito il fatto impeditivo in questo modo: « ipotizzando, in uno schema normativo complesso, un elemento di cui non occorre la prova, si suol dire che il suo inverso rappresenti un requisito impeditivo della fattispecie ».

Sull'argomento, per tutti, si rinvia per ben più ampi cenni a F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1938, p. 425; Id., *Teoria generale del reato*, Padova, 1933, p. 44, 53; V. COLESANTI, *Eccezione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 173; G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, cit., p. 112-113; A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1935, p. 15; E. FINZI, *Il possesso dei diritti*, Milano, 1968, p. 359; M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, 1951, p. 19; F. GRISPIGNI, *Diritto processuale penale*, I, Roma, 1945, p. 14; G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., p. 272; L. ROSENBERG, *Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches und der Zivilprozeßordnung*, V ed., München-Berlin, 1965, p. 108; D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, p. 43, 54; D. SIRACUSANO, *Studio sulla prova delle esimenti*, Milano, 1959, p. 12 ss.

<sup>48</sup> Sul tema v. Corte Cost., sent. n. 73 del 26 febbraio 2010, in *Giur. cost.*, 2010, p. 840; Id., sent. n. 111 del 26 marzo 1993, *ivi*, 1993, p. 901, con nota di G. SPANGHER, *L'art. 507 c.p.p.*

blico ministero (ovviamente sui fatti costitutivi), con la conseguenza che la supplenza giudiziale non sarà mai imparziale, ma, di fatto, sempre univocamente orientata a supporto delle ragioni dell'accusa ossia alla dimostrazione dei fatti costitutivi altrimenti resa impossibile dalla decadenza dal diritto alla prova del pubblico ministero.

Inquadrata la questione nelle sue esatte coordinate teoriche, il problema del difficile temperamento fra i poteri probatori suppletivi e il principio di imparzialità del giudice appare in tutta la sua evidenza e dovrebbe indurre un radicale e salutare ripensamento della disciplina affermata dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità. La soluzione più agevole sarebbe quella di attribuire al giudice un potere esclusivamente integrativo, recuperando così un'interpretazione strettamente letterale dell'art. 507 c.p.p. In alternativa, si potrebbe accedere a

---

*davanti alla Corte costituzionale, ovvero: ritorno al futuro, ivi, p. 919 ss., e di C. VALENTINI REUTER, La Corte costituzionale alle prese con l'art. 507, ivi, p. 922 ss.*

Di recente, in senso contrario al dettato letterale dell'art. 507 c.p.p., si è espressa anche Cass. sez. VI, sent. n. 1332 dell'11 dicembre 2018, Massarini, *inedita*, p. 4-5, affermando che « il proprio potere di integrazione probatoria, se indispensabile per la decisione, anche nell'ipotesi in cui vi sia assoluta mancanza di mezzi probatori di parte ed ha pertanto l'obbligo di motivare in ordine al mancato esercizio di tale potere-dovere (Sez. 1, n. 29490 del 27/06/2013, P.M. in proc. Liu e altro, Rv. 256116, non essendo rimessa alla sua discrezionalità la scelta tra l'acquisizione della prova e il proscioglimento (o la condanna) dell'imputato. Non vale obiettare, si osserva in tale decisione, che allorché il giudice ripristina, tramite l'applicazione dell'art. 507 cod. proc. pen., poteri probatori da cui una parte è decaduta, finisce inevitabilmente per favorire questa, collaborando, di fatto — laddove essa si identifichi nel pubblico ministero — alla costruzione della piattaforma probatoria d'accusa in una situazione nella quale dovrebbe altrimenti assolvere l'imputato per carenza di prova del fatto contestato. Vero è che l'esercizio del potere di cui all'art. 507 cod. proc. pen. può ridondare, in concreto, a potenziale vantaggio della parte che sollecita la prova (peraltro, solo in via di ipotesi, la cui realizzazione è comunque sempre legata al concreto risultato probatorio, al quale può concorrere e sul quale può incidere la controparte mediante il controesame). Ma ciò non può essere concepito come indice di « parzialità »: l'ammissione di una prova a richiesta di parte giova sempre, per definizione, a chi, avendo formulato la richiesta stessa (tempestiva o tardiva che sia), si veda accordato uno strumento argomentativo da impiegare a sostegno della propria tesi e pur sempre sottoposto alla verifica della escussione dialettica dibattimentale. La prospettiva del giudice è, in effetti, diversa da quella della parte: il giudice ammette la prova in quanto risponda al criterio legale, parametrato sulla sua idoneità a permettere una decisione causa cognita (nella specie, in termini di indispensabilità); che poi la prova, una volta introdotta nel processo, torni a beneficio della parte istante è una delle possibili conseguenze naturali, non un dato che entri nella valutazione del giudice in sede di ammissione ».

Analogamente, fra le tante, v. anche *Id.*, sez. V, sent. n. 32017 del 16 marzo 2018, Parnoffo, Rv. n. 273643; *Id.*, sez. 4, sent. n. 22033 del 12 aprile 2018, Militello, *ivi* n. 273267; *Id.*, sez. I, sent. n. 3979 del 28 novembre 2013, P.G. in proc. Milano, *ivi* n. 25913; *Id.*, sez. I, sent. n. 29490 del 27 giugno 2013, P.M. in proc. Liu e altro, *ivi* n. 256116; *Id.*, Ss. Uu., sent. n. 41281 del 17 ottobre 2006, P.M. in proc. Greco, *ivi* n. 234907; *Id.*, Ss. Uu., sent. n. 11227 del 6 novembre 1992, Martin, cit.

quella interpretazione che ritiene l'inerzia del pubblico ministero nel deposito delle liste foriera di una nullità assoluta nella prosecuzione dell'azione <sup>49</sup>.

---

<sup>49</sup> Ha prospettato questa soluzione O. MAZZA, *I protagonisti del processo*, in AA.VV., *Procedura penale*, Torino, VI ed., 2018, p. 118, secondo il quale « dall'obbligatorietà dell'azione discende anche l'obbligo, sempre in capo al pubblico ministero di sostenere l'accusa in giudizio adducendo ogni prova disponibile. L'organo dell'accusa non può venir meno al preciso dovere di acquisire in dibattimento le prove necessarie per dimostrare concretamente la fondatezza dell'imputazione. Il dovere di prova, definibile anche come dovere di accusare provando, non è altro che il portato dell'obbligatorietà dell'azione e la sua eventuale inosservanza non potrebbe che determinare l'invalidità dell'azione stessa ».