

| estratto

Istruzione dibattimentale
e poteri del giudice
sulla prova

di Lina Caraceni

12 09

supplemento al volume
XLI — dicembre 2009, n°12
di Giurisprudenza di merito



GIUFFRÈ EDITORE

ISTRUZIONE DIBATTIMENTALE

| ISTRUZIONE DIBATTIMENTALE E POTERI
DEL GIUDICE SULLA PROVA

La previsione codicistica di un potere giudiziale sulla prova è stata costruita come limite al principio dispositivo secondo cui il verdetto sulla penale responsabilità dell'imputato può fondarsi essenzialmente su prove introdotte dalle parti. Nell'ottica di salvaguardare il carattere indisponibile dell'oggetto del processo, l'ordinamento ammette una ingerenza probatoria *ope iudicis* nella misura in cui si connoti in termini di eccezionalità e residualità, fungendo da semplice completamento di un'istruttoria di parte rimasta lacunosa.

Sommario 1. Premessa. — 2. Principio dispositivo e potere officioso. — 3. L'art. 507 c.p.p.: natura e caratteri dei poteri d'ufficio. — 3.1. Criteri giustificativi. — 3.2. Integrazione *ope iudicis* e diritto alla controprova delle parti. — 3.3. Prova negoziata ed iniziative d'ufficio. — 4. L'art. 506 c.p.p.: *ratio*. — 4.1. L'ampliamento d'ufficio del *thema decidendum* al termine dell'esame. — 4.2. Il potere del presidente di «compulsare» la fonte delle informazioni.

di **Lina Caraceni**

1. PREMESSA

Non è che un ossimoro l'idea di un giudice che disponga degli strumenti del proprio convincimento: l'approvvigionamento delle conoscenze ai fini della decisione *merito causae*, per sua natura, è mestiere estraneo alla funzione giudicante, in quanto comporta una scelta di valore⁽¹⁾, mentre nel compito di giudicare è insita l'acquisizione di un distacco critico. La previsione di un potere dispositivo del giudice sulla prova appare ancor più in difficoltà di senso se inserita in un sistema processuale a vocazione dialettica. La giurisdizione penale declinata secondo i canoni del giusto processo⁽²⁾ impone, da un punto di vista funzionale, la puntuale distinzione dei ruoli: due contraddittori che si fronteggiano, su un piano di parità, nell'opera di persuasione di un

(1) C. VALENTINI, *I poteri del giudice dibattimentale nell'ammissione della prova*, Padova, 2004, 79.

ZELLI, *Giusto processo*, in *Dig. disc. pen.*, II Agg., Torino, 2004, 342 ss.; FERRUA, *Giusto processo*, Bologna, 2007, *passim*.

(2) Per un approfondimento della tematica, BUZZI,

terzo che, in una posizione di imparzialità ed equidistanza, è chiamato a decidere essenzialmente *iuxta alligata et probata a partibus* ⁽³⁾.

Purtuttavia, il processo penale uscito dalla riforma del 1988 con una chiara im-pronta accusatoria, rafforzata nel 1999 dalla modifica dell'art. 111 Cost. ⁽⁴⁾, non rinuncia ad un intervento *ex officio* del giudice nell'ambito del procedimento probatorio, in modo particolare nella fase di acquisizione delle prove (art. 190 comma 2 c.p.p.). Questo viene regolamentato in un'ottica di temperamento del principio dispositivo (art. 190 comma 1 c.p.p.), in forza del quale l'introduzione degli elementi di conoscenza dovrebbe avvenire per il tramite di accusa e difesa, le quali, secondo la dinamica dell'agone dialettico, mirano ciascuna a dimostrare il fondamento del proprio assunto e la falsità di quello dell'avversario.

La scelta di fondo su cui è stato costruito l'art. 190 comma 2 c.p.p. è da rinvenire nella consapevolezza che la disponibilità degli elementi conoscitivi affidata alle parti non va considerata in termini assoluti, poiché la totale inerzia probatoria del giudice non offre maggiori garanzie, da un punto di vista epistemologico, di un suo parziale coinvolgimento nell'acquisizione delle prove ⁽⁵⁾. Invero, sarebbe rischioso lasciare chi è chiamato a pronunciarsi sul fatto alla mercè delle informazioni raccolte e presentate dagli antagonisti, con le loro lacunosità «interessate»: l'intrinseca unilateralità degli incentivi di parte può portare a lasciare fuori dal processo elementi «utili» per la verità, perché contrari (o meglio «non utili») all'interesse perseguito.

Un intervento del giudice in chiave probatoria, nella sostanza, potrebbe risultare necessario per salvaguardare l'oggetto stesso dell'accertamento penale, sottratto alla disponibilità dei contraddittori. L'esercizio della giurisdizione punitiva è organizzato in maniera tale da impedire che, per il suo tramite, si pervenga a risultati elusivi della legge: il processo non è strumento posto a servizio esclusivo del pubblico ministero e dell'imputato, ma di esso le parti possono servirsi compatibilmente con le finalità di attuazione della giustizia sostanziale che persegue. L'esito finale dell'esperimento gnoseologico è indisponibile ⁽⁶⁾, con la conseguenza che è diritto-dovere anche del giudice dotarsi degli strumenti necessari per ottenere il «giusto» risultato. In sostanza, *res iudicanda* e potere istruttorio «sono correlati: dove una sia indisponibile, l'altro compete in qualche misura al giudice» ⁽⁷⁾. Pertanto, una volta preso atto che nell'esercizio della giurisdizione penale da un intervento probatorio officioso non può prescindersi, il problema sta tutto nell'individuazione dei confini entro cui il giudice è legittimato ad introdurre nel processo elementi di conoscenza necessari per la decisione, senza tradire la fisionomia del sistema (dialettica processuale, parità delle armi, principio dispositivo e contraddittorio nell'acquisizione delle prove) e la sua condizione di organo *super partes* (estraneità dalle funzioni sia dell'accusa che della difesa, senza confusione di ruoli) ⁽⁸⁾.

2. PRINCIPIO DISPOSITIVO E POTERE OFFICIOSO

La formulazione letterale dell'art. 190 comma 2 c.p.p. («la legge stabilisce i casi in

— — —

⁽³⁾ FERRUA, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in AA.VV., *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 2005, 286.

⁽⁴⁾ L'introduzione in Costituzione dei principi del giusto processo si deve alla l. cost. 23 novembre 1999, n. 2.

⁽⁵⁾ In questo senso, CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2006, 948.

⁽⁶⁾ Cfr. GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del)*, *Diritto processuale penale*, in *Enc. giur.*, X, Ro-

ma, 2002, 2. Sul fondamento indisponibile del processo, per una ricognizione delle diverse posizioni, v. volendo, CARACENI, *Poteri d'ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice penale*, Milano, 2007, 46 s.

⁽⁷⁾ CORDERO, *Codice di procedura penale commentato*, Torino, 1992, 611.

⁽⁸⁾ UBERTIS, *Neutralità metodologica del giudice e principio di acquisizione processuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 18.

cui le prove sono ammesse di ufficio»), fissa una riserva di legge per l'attribuzione di poteri probatori all'organo giudicante. Ogni iniziativa istruttoria officiosa dovrà ricadere all'interno delle fattispecie tipizzate a livello normativo: il giudice non può introdurre direttamente elementi conoscitivi, assumendo che rispondano a criteri di ammissibilità, ma deve prima verificare che ricorrano le ipotesi in cui ciò gli è consentito, al di fuori delle quali ogni attività probatoria d'ufficio sarebbe illegittima ⁽⁹⁾.

La collocazione sistematica della previsione nella disciplina che consacra il diritto alla prova delle parti fornisce due significative indicazioni rispetto alla regolamentazione del fenomeno probatorio. L'una evidenzia come il diritto alla prova non si traduca mai in una disponibilità totale per accusa e difesa degli strumenti di conoscenza; l'altra mostra lo stretto legame intercorrente tra le prerogative istruttorie dei protagonisti del processo: un rapporto regola (il diritto alla prova)-eccezione (poteri d'ufficio), per cui quest'ultima trova legittimazione soltanto all'interno della prima e realizzazione esclusivamente in via residuale ⁽¹⁰⁾. E non potrebbe essere altrimenti. L'intervento probatorio *ope iudicis* si innesta in un processo a struttura triadica, il cui antecedente logico giuridico è rappresentato dalla rigida distinzione tra organo d'accusa e organo giudicante ⁽¹¹⁾: il primo è chiamato a circoscrivere l'area dell'accertamento e, attraverso la disputa probatoria con la difesa, a fissare l'oggetto su cui si innesta il dovere deliberativo del secondo; parallelamente, su quest'ultimo incombe l'onere di astenersi da pronunce su situazioni che esorbitano dal tema così posto ⁽¹²⁾. Al giudice non solo è precluso un intervento diretto sulla formulazione della *res iudicanda*, ma anche l'introduzione di nuovi capitoli probatori — di fatto una modificazione — attraverso la disponibilità degli strumenti della conoscenza. Il suo raggio d'azione è riassumibile nel brocardo *ne eat iudex ultra petita partium* ⁽¹³⁾.

Il parametro che delimita il potere del giudice sulla prova è rappresentato dalla formulazione del *thema probandum* — l'ipotesi di addebito — e dalla successiva definizione del *thema decidendum* — accusa confermata o precisata dal pubblico ministero a seguito della raccolta di tutti gli elementi di giudizio ⁽¹⁴⁾. L'agire del giudice per la prova segue gli «itinerari suggeriti dal dibattito intercorso in contraddittorio» ⁽¹⁵⁾ e deve proiettarsi verso la decisione, senza attardarsi nella conferma o smentita delle prospettazioni di parte ⁽¹⁶⁾, o ancora peggio, nella verifica di autonome ipotesi ricostruttive dei fatti ⁽¹⁷⁾: si dovrebbe manifestare, piuttosto, come una sorta di intervento integrativo, che, in presenza di una incompleta ricostruzione del *thema decidendum*,

— — —
⁽⁹⁾ GRIFANTINI, *Commento all'art. 190 c.p.p.*, in CONSO - GREVI, *Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova, 2005, 537; BELLUTA, *Imparzialità del giudice e dinamiche probatorie ex officio*, Torino, 2006, 68 s.

⁽¹⁰⁾ CHIAVARIO, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, Roma, 2007, 328.

⁽¹¹⁾ COSÌ, CONSO, *Accusa e sistema accusatorio*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 330 ss.

⁽¹²⁾ CORDERO, *Considerazioni sul principio d'identità del "fatto"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, 936.

⁽¹³⁾ In questo senso, LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2008, 534.

⁽¹⁴⁾ Per la definizione dei due concetti, RAFARACI, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, Milano, 1996, 96 ss., spec. 101.

⁽¹⁵⁾ DI BITONTO, *Profili dispositivi dell'accertamento penale*, Torino, 2004, 98.

⁽¹⁶⁾ DE CARO, *Poteri probatori del giudice e diritto alla prova*, Napoli, 2003, 130.

⁽¹⁷⁾ PAULESU, *Giudice e parti nella "dialettica" della prova testimoniale*, Torino, 2002, 258 ss., spec. 260. V. Già, in questo senso, GIOSTRA, *Valori ideali e prospettive metodologiche del contraddittorio in sede penale*, in *Pol. dir.*, 1986, 14 e LOZZI, *I principi dell'oralità e del contraddittorio nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 673.

consenta di reperire gli elementi utili alla sua definizione ⁽¹⁸⁾. Sarebbe sistematicamente e logicamente errato prevedere iniziative istruttorie officiose in chiave di supplenza dell'inerzia delle parti, poiché l'attività dell'agire in giudizio per la tutela di un interesse e quella del giudicare sono ontologicamente diverse.

Un potere, pertanto, che va ricostruito secondo canoni di eccezionalità e residualità, che sia volto a supplire a mancanze riscontrate nell'attività degli antagonisti ⁽¹⁹⁾. Ricorrendo ad una semplificazione, potremmo dire che il potere *officio iudicis* sulla prova deve trovare nella proposizione della domanda il suo limite logico e nel contraddittorio quello normativo.

Nel rispetto della riserva di legge contenuta nell'art. 190 comma 2 c.p.p., più di una norma assegna al giudice un potere di disposizione sulla prova nella fase del giudizio dibattimentale: l'art. 195 comma 2 c.p.p. (a proposito della citazione del teste-fonte nella testimonianza indiretta), l'art. 501 comma 2 c.p.p. (che prevede l'acquisizione di documenti e note scritte nel corso dell'esame di periti e consulenti), l'art. 508 c.p.p. (riguardante la perizia dibattimentale), l'art. 603 (riferito all'integrazione istruttoria nel dibattimento d'appello). Ma sono gli artt. 506 e 507 c.p.p. le norme-simbolo del riconoscimento di un impulso probatorio d'ufficio in sede di accertamento del merito. L'art. 507 c.p.p. è per l'istruttoria dibattimentale complessivamente intesa ciò che l'art. 506 c.p.p. rappresenta per il singolo mezzo di prova: congegni attraverso i quali far sprigionare tutte le potenzialità maieutiche del contraddittorio nel momento della decisione sulla responsabilità dell'imputato. È proprio la pronuncia sul merito ad imporre ingerenze istruttorie *ope iudicis*, a garanzia dell'attuazione della stessa funzione giurisdizionale.

A conclusione di questa breve rassegna, non va taciuta, all'interno del tessuto normativo del codice, l'esistenza di un variegato universo di disposizioni che, pur non essendo annoverabili tra i «casi» previsti dalla legge di ammissione d'ufficio delle prove ex art. 190 comma 2 c.p.p., assegnano all'organo della decisione un potere istruttorio che gli consente di incidere in maniera significativa sull'andamento e, conseguentemente, sull'esito del giudizio. A titolo esemplificativo, possono essere ricordati i poteri concernenti una corretta esposizione introduttiva (art. 493 comma 4 c.p.p.), quello di accogliere o rigettare le richieste di prova (art. 190 comma 1 e 495 c.p.p.), di decidere sulle opposizioni (art. 495 comma 4 e 504 c.p.p.), nonché quelli tesi ad assicurare il rispetto del testimone (art. 499 comma 4 c.p.p.), la lealtà dell'esame e la correttezza delle contestazioni (art. 499 comma 6 e 504 c.p.p.) ⁽²⁰⁾.

3. L'ART. 507 C.P.P.: NATURA E CARATTERI DEI POTERI D'UFFICIO

Disposizione-paradigma dell'intervento giudiziale in materia probatoria è senza dubbio l'art. 507 c.p.p., il quale si qualifica in termini di sensibile deroga ai principi espressi nell'art. 190 comma 1 c.p.p., poiché, da un lato, ribalta la valenza del riconoscimento alle parti del diritto alla prova e, dall'altro, tempera il carattere assoluto del

⁽¹⁸⁾ Sulla necessità che l'intervento probatorio *ex officio* sia tale da preservare il giudice da un inquinamento pre-giudiziale dovuto al suo coinvolgimento nelle prospettazioni ricostruttive della *res iudicanda*, UBERTIS, *Neutralità metodologica del giudice*, cit., 22.

⁽¹⁹⁾ Condivide questa impostazione KALB, *Commento all'art. 190 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale*, a cura di TRANCHINA, I, Milano, 2008, 1434.

⁽²⁰⁾ NOBILI, *Dal garantismo inquisitorio all'accusatorio non garantito?*, in NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, 54. Per un'esautiva panoramica sull'incidenza dei poteri del giudice nelle fasi di ammissione e assunzione delle prove introdotte dalle parti, si rinvia a CARACENI, *Poteri d'ufficio in materia probatoria*, cit., *passim*.

principio dispositivo processuale ⁽²¹⁾. Relativamente al primo aspetto, va sottolineato che l'uso dell'inciso «anche d'ufficio» sembrerebbe riconoscere ad accusa e difesa, una volta aperto il dibattimento ed esauriti i tempi per la formulazione delle richieste istruttorie, non tanto il diritto all'ammissione di tutte le prove ritenute indispensabili per l'affermazione della propria pretesa, ma un residuale potere di sollecitazione. La possibilità di vedere ammesso il *surplus* probatorio dipende, in sostanza, da una più penetrante valutazione di rilevanza, che sovverte la presunzione di ammissibilità prevista dal primo comma dell'art. 190 c.p.p. Ma una volta riscontrati i presupposti che autorizzano l'integrazione, questa realizzerebbe un potere-dovere del giudice ⁽²²⁾, il cui mancato esperimento dovrebbe consentire un sindacato in sede d'impugnazione ⁽²³⁾.

Rispetto al principio dispositivo — per il quale l'iniziativa istruttoria è nelle mani delle parti — viene introdotta la garanzia dell'intervento del giudice ogni qual volta ravvisi lacune ed incompletezze nel materiale probatorio su cui dovrà rendere la sua decisione ⁽²⁴⁾. L'esigenza di assicurare un accertamento corrispondente alle istanze di verità e di giustizia connaturali all'esercizio del potere giurisdizionale richiede la partecipazione attiva dell'organo terzo nelle dinamiche dell'accertamento dialettico. Come è stato osservato in giurisprudenza, «la collettività non può dirsi indifferente rispetto alla definizione del processo secondo giustizia, sicché il giudice non può restare inerte allorché l'inattività o l'iperattività di una delle parti minacci la possibilità di arrivare a tale definizione» ⁽²⁵⁾.

Ma questa doverosa intromissione del giudice nell'ambito del diritto delle prove mantiene una sua coerenza rispetto ai canoni del giusto processo, in particolare con riferimento al valore dell'imparzialità del giudice, nella misura in cui abbia una portata residuale, si ponga, cioè, in un'ottica d'integrazione, funzionale allo sviluppo e al completamento delle tesi prospettate dalle parti ⁽²⁶⁾. L'intervento d'ufficio si atteggia a

— — —
⁽²¹⁾ MANZIONE, *Commento artt. 506-507 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, V, Torino, 1991, 377 s.; PETRILLO, *Funzioni e limiti dell'esercizio del potere istruttorio integrativo del giudice del dibattimento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 1201; TRANCHINA, *Nostalgie inquisitorie nel "sistema accusatorio" del nuovo codice di procedura penale*, in *Legislaz. pen.*, 1989, 390.

⁽²²⁾ Si esprimono a favore di tale impostazione, GIORDANO, *Ammissione di nuove prove e sindacato sull'attività del giudice*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 1010; MANZIONE, *op. cit.*, 391; POTETTI, *Vicende del diritto alla prova nella fase del giudizio*, in *Cass. pen.*, 1994, 1405; C. VALENTINI, *op. cit.*, 46. In giurisprudenza, seguono questo orientamento, Cass. 20 settembre 2005, p.m. in c. Di Carlantonio, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2006, 31 ss.; Cass. 11 ottobre 2005, p.m. in c. Tiranti, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 1007. In senso contrario, Cass. 3 febbraio 1993, p.m. in c. Gatto ed altro, in *Riv. pen.*, 1993, 1247; Cass. 8 novembre 1993, Capizzi, in *Cass. pen.*, 1995, 308; Cass. 14 febbraio 1994, Crescente, *ivi*, 1995, 1550. In dottrina, per questa lettura, Rossi, «Potestà suppletiva» del giudice e «diritto alla prova» delle parti. *Riflessioni a margine della sentenza costituzionale n. 111 del 1993*, in *Giust. pen.*, 1993, I, 378.

⁽²³⁾ GIORDANO, *op. loc. ult. cit.*; POTETTI, *op. loc.*

ult. cit.; in giurisprudenza, Cass. 6 febbraio 1995, Spinelli, in *Cass. pen.*, 1996, 1202; Cass. 16 aprile 1998, Biacchi, *ivi*, 1999, 2233; Cass. 20 settembre 2005, p.m. in c. Di Carlantonio, *cit.*; Cass. 11 ottobre 2005, p.m. in c. Tiranti, *cit.*; Cass. 25 ottobre 2007, Seclì, in *Ced. Cass.*, n. 238273. V. però, VALENTINI REUTER, *Sui limiti insiti nei poteri conferiti al giudice dagli artt. 506 e 507 c.p.p.*, in *Giur. it.*, 1992, II, 109, secondo la quale non vi è la necessità di motivare il mancato esercizio di un potere eccezionale, qual è quello dell'art. 507 c.p.p., esercitabile solo in *extremis*. Nello stesso senso, Cass. 23 gennaio 1997, Volpe, in *Cass. pen.*, 1998, 1130. Sono orientate, invece, per l'insindacabilità del diniego del giudice di attivare i poteri di cui all'art. 507 c.p.p., Cass. 30 gennaio 1995, Rizzo, in *Cass. pen.*, 1996, 2243; Cass. 10 dicembre 1996, Adragna, in *Ced. Cass.*, n. 207461.

⁽²⁴⁾ Per NAPPI, *L'art. 507 c.p.p.: un eccessivo self restraint giurisprudenziale*, in *Cass. pen.*, 1991, II, 774, «il principio dispositivo ha nel nuovo processo una funzione soltanto espansiva dei poteri delle parti, non ha una funzione preclusiva dell'accertamento dei fatti».

⁽²⁵⁾ Cass., sez. un., 6 novembre 1992, Martin, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 822 ss.

⁽²⁶⁾ GIARDA, *I giudici della Consulta recuperano qualche caratteristica del sistema accusatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1452. Per MOROSINI, *Il*

suggerimento, impulso, approfondimento, senza mai tramutarsi in invadenza, supplenza o autonoma iniziativa ⁽²⁷⁾. Dovendo il giudice restare indifferente rispetto alle posizioni in conflitto, deve trattarsi di un potere eccezionale, accessorio ed ausiliario rispetto a quello di parte, attraverso il quale egli si limita ad integrare eventuali temi di prova che emergono dall'istruzione, ma che risultano incompleti. Seguendo questa linea interpretativa, è conseguentemente da escludere un intervento giudiziale in assenza di attività probatoria condotta dall'accusa o dalla difesa ⁽²⁸⁾: il potere di cui all'art. 507 c.p.p., in sostanza, deve trovare legittimazione in una qualche prova già acquisita al fascicolo dibattimentale ⁽²⁹⁾.

Anche se l'*intentio legis* che si ricava dalla formulazione letterale della norma trova conferma nella relazione al progetto preliminare del codice del 1988 ⁽³⁰⁾, si sono affermate, soprattutto in giurisprudenza, ricostruzioni esegetiche dei poteri *ex officio non* in chiave di eccezionalità, di sussidiarietà rispetto alle corrispondenti prerogative di accusa e difesa, ma piuttosto di supplenza, di sovrapposizione: si è arrivati a sostenere che il giudice rappresenterebbe «il primo ed esclusivo motore dell'istruzione probatoria dibattimentale» ⁽³¹⁾. Seguendo questa linea interpretativa, non vi sarebbe alcun limite all'integrazione giudiziale, a condizione che sussista l'assoluta necessità di acquisire il dato probatorio ai fini della decisione ⁽³²⁾.

Le sezioni unite della corte di cassazione, alle quali va ricondotta questa impostazione ⁽³³⁾, prendono le mosse da due argomentazioni di fondo. La prima si sostanzia

— — —

giudice del dibattimento, in *Quest. giust.*, 2001, 1259, condizione all'esercizio dei poteri integrativi del giudice è la «sussidiarietà rispetto alle iniziative dell'accusa e della difesa», per evitare che venga ostacolato o intralciato il percorso probatorio del pubblico ministero e dell'imputato. Nel senso dell'eccezionalità del potere *ex officio*, anche ORLANDI, *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, in AA.VV., *La prova*, cit., 17.

⁽²⁷⁾ Cfr. UBERTIS, *I poteri del pretore ex art. 506 e 507 c.p.p. e il principio di acquisizione processuale*, in *Cass. pen.*, 1996, 366, il quale parla di «neutralità metodologica» del giudice, che deve mantenersi «esente da ogni condizionamento pregiudiziale che gli possa derivare dall'aver conosciuto preventivamente l'impostazione di una delle parti o dall'aver assunto o personalmente coltivato (...) una determinata ipotesi come linea di ricerca per la ricostruzione del fatto di cui è investito».

⁽²⁸⁾ Accolgono questa ricostruzione, AMODIO, *Il dibattimento nel nuovo rito accusatorio*, in *Giust. pen.*, 1989, III, 585; BERTOROTTA, *Mezzi di prova disposti d'ufficio dal giudice e principi accusatori*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1992, 10; CARRERI, *Acquisizioni probatorie documentali e poteri istruttori del giudice del dibattimento*, in *Cass. pen.*, 1992, 1101; CASARTELLI, *Le innovazioni riguardanti il dibattimento*, in *Giudice unico e garanzie difensive. La procedura penale riformata*, a cura di Amodio — Galantini, Milano, 2000, 197; DEL COCO, *Disponibilità della prova penale e accordi tra le parti*, Milano, 2004, 225; ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in AA.VV., *La prova*, cit., 93; TREVISSON LUPACCHINI, *Sul potere*

del giudice di «disporre anche di ufficio l'assunzione di nuovi mezzi di prova», in *Giur. it.*, 1992, II, 584; UBERTIS, *op. ult. cit.*, 369. Per la giurisprudenza, Cass. 3 dicembre 1990, Ventura, in *Cass. pen.*, 1991, II, 495; Cass. 18 dicembre 1991, Sala, in *Giur. it.*, 1992, II, 562; Cass. 4 febbraio 1992, Lucente, in *Cass. pen.*, 1993, 2292; Cass. 2 giugno 1992, p.m. in c. Flammia, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1993, 134; Cass. 11 aprile 1994, Di Passio, in *Giur. it.*, 1995, II, 644; Cass. 30 gennaio 1995, Rizzo, in *Cass. pen.*, 1996, 2243; Cass. 28 settembre 1995, Di Lena, in *Riv. pen.*, 1996, 659.

⁽²⁹⁾ Cass. 23 ottobre 1991, Marinkovic, in *Riv. pen.*, 1992, 887. Sul punto, v. *infra*, par. 3.1.

⁽³⁰⁾ *Rel. prog. prel. c.p.p.*, in G.U. 24 ottobre 1988, n. 250, serie generale, 117.

⁽³¹⁾ Riassume, in questi termini, la lettura estensiva dell'art. 507 c.p.p. operata da Cass., sez. un., 6 novembre 1992, Martin, cit., MARAFIOTTI, *L'art. 507 c.p.p. al vaglio delle Sezioni unite: un addio al processo accusatorio e all'imparzialità del giudice dibattimentale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 841.

⁽³²⁾ Così, Cass. 10 ottobre 1991, Paoloni, in *Cass. pen.*, 1992, 1258; Cass. 12 maggio 1995, Baggi, *ivi*, 1996, 1202; Cass. 22 novembre 1995, p. m. in c. Causserano, in *Riv. pen.*, 1996, 1013. In dottrina, si esprime per un potere giudiziale che si sostituisca alle inerzie, decadenze o omissioni delle parti, NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, Milano, 2007, 532 s.

⁽³³⁾ Cass., sez. un., 6 novembre 1992, Martin, cit., la cui linea interpretativa è stata confermata, più di recente, da Cass., sez. un., 17 ottobre 2006, Greco, in *Cass. pen.*, 2008, 1079, con nota di BELLUÀ, *Irripetibilità congenita degli atti d'indagine e poteri istruttori del giudice dibattimentale: dalle sezioni unite un*

nella correlazione esistente tra poteri *ex officio* e principio di indisponibilità del processo: l'irretrattabilità dell'azione penale renderebbe necessario prevedere strumenti istruttori azionabili d'ufficio dal giudice per far fronte ad eventuali carenze probatorie. La seconda può essere riassunta nell'impossibilità di proporre un sistema di accertamento che impedisca al giudice un intervento in chiave probatoria proprio nelle ipotesi in cui più radicale è l'esigenza di una tale ingerenza a causa dell'inerzia delle parti. Mentre si condivide la prima delle premesse interpretative, va, invece, criticata la seconda, la quale individua un potere di supplenza dell'organo terzo di dubbia compatibilità con il suo essere distinto e distante da accusa e difesa. Si propone l'idea di un giudice «sostituto» degli attori dello scontro dialettico nella costruzione delle basi conoscitive per l'affermazione delle rispettive pretese. Assunto da cui scaturisce il riconoscimento di un potere giudiziale autonomo dalle iniziative delle parti: ove queste ultime non abbiano esercitato il diritto alla prova o siano decadute, resta intatta la prerogativa del giudicante di introdurre prove di sua iniziativa, seguendo quale criterio di ammissibilità quello dell'assoluta necessità ai fini della deliberazione sulla responsabilità⁽³⁴⁾.

Questa ricostruzione, in chiave fortemente espansiva dei poteri d'ufficio, è stata accolta da una copiosa giurisprudenza⁽³⁵⁾ e confermata da una pronuncia della Corte costituzionale⁽³⁶⁾, la quale sembrerebbe aver individuato nel sistema processuale i principi legittimanti una lettura estensiva della previsione: l'obbligatorietà dell'azione

intervento (non proprio) chiarificatore. Secondo quest'ultimo pronunciamento del supremo collegio, la novella dell'art. 111 Cost. non ha modificato il rapporto tra principio dispositivo e poteri *ex officio* del giudice nell'acquisizione della prova.

⁽³⁴⁾ Per Cass., sez. un., 17 ottobre 2006, Greco, cit., l'art. 507 c.p.p. mirerebbe «a salvaguardare la completezza dell'accertamento probatorio, sul presupposto che se le informazioni probatorie a disposizione del giudice sono più ampie è più probabile che la sentenza sia equa e che il giudizio si mostri aderente ai fatti».

⁽³⁵⁾ Seppur con accenti diversi, la giurisprudenza maggioritaria è oramai attestata su questa posizione. È stato sottolineato che il potere integrativo del giudice è del tutto autonomo rispetto ai poteri delle parti e all'iniziativa di queste (v., tra le molte, Cass. 2 febbraio 1995, p.m. in c. Bolla, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1996, 455; Cass. 12 maggio 1995, Baggi, cit.; Cass. 22 novembre 1995, p.m. in c. Causerano, cit.); può essere esercitato con riferimento a prove che la parte pubblica avrebbe potuto richiedere e non ha richiesto (Cass., sez. un., 17 ottobre 2006, Greco, cit.; Cass. 14 dicembre 2007, Barbaglio, in *Ced Cass.*, n. 239111); trova legittimazione esclusivamente nella necessità del suo esercizio ai fini della decisione (Cass. 13 febbraio 1997, p.m. in c. Massera, in *Guida dir.*, 1997, n. 30, 70 s.; Cass. 21 marzo 1997, Falchi, in *Cass. pen.*, 1998, 133; Cass. 5 marzo 1998, Agnone, in *Ced Cass.*, n. 210528) e solo rispetto a questa va motivato l'eventuale rifiuto di esercitarlo (Cass. 2 maggio 1995, Benassi, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1995, 634; Cass., 20 settembre 1995, Campitiello, *ivi*, 1996, 455.). A quest'ultimo proposito, si è precisato che «il giudice ha l'obbligo, a pena di nullità della

sentenza, di acquisire, anche d'ufficio, in virtù dei poteri conferitigli, ex art. 507 c.p.p., i mezzi di prova indispensabili per la decisione, non essendo rimessa alla sua discrezionalità la scelta tra disporre i necessari accertamenti ed il proscioglimento dell'imputato» (Cass. 11 ottobre 2005, p.m. in c. Tiranti, cit.; Cass. 13 maggio 1997, p.m. in c. Fani, in *Ced Cass.*, n. 208207). Nella sostanza, il potere *ex officio* avrebbe funzione riequilibratrice e sarebbe volto a colmare eventuali lacune probatorie che incidono sulla formazione del convincimento e sul risultato dell'accertamento (Cass. 17 gennaio 1994, Tigani, in *Cass. pen.*, 1995, 1877; Cass. 27 settembre 1996, Papini, *ivi*, 1998, 1133; Cass. 19 giugno 1998, Brotini, in *Giust. pen.*, 1999, III, c. 502), lacune determinate dal comportamento delle parti, in particolare dall'inerzia, dagli errori o dalla rinuncia del pubblico ministero (Cass. 23 febbraio 2005, Maiorana, in *Ced Cass.*, n. 231730; v. anche Cass. 13 febbraio 1997, Massaria ed altri, in *Ced Cass.*, n. 207815, la quale si è spinta fino a ritenere che il giudice, attraverso i poteri di cui all'art. 507 c.p.p. possa acquisire atti del fascicolo del pubblico ministero, non trasmessi al giudice dell'udienza preliminare ex art. 416 comma 2 c.p.p.; Cass. 2 febbraio 1995, p.m. in c. Bolla, cit.; v. altresì Cass. 18 dicembre 2002, Rossetto, in *Guida dir.*, 2003, n. 16, 90, secondo la quale il potere suppletivo del giudice «deve essere esercitato, a pena di nullità della sentenza, anche con riferimento ai testimoni del pubblico ministero preventivamente ammessi ma non citati per inerzia della parte»; nello stesso senso, Cass. 18 marzo 1999, Vitanza, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2000, 66 ss.; Cass., 20 aprile 2001, Tomasella, in *Cass. pen.*, 2002, 2417).

⁽³⁶⁾ C. cost. 26 marzo 1993, n. 111.

penale, che comprime gli spazi di discrezionalità dell'accusa e introduce forme di controllo giudiziari sul suo operato ⁽³⁷⁾; la ricerca della verità, quale fine primario del processo, che non tollera scelte di metodo atte a impedire l'accertamento che conduca alla giusta decisione; infine, i principi di legalità (che esclude la sussistenza in materia probatoria di un principio dispositivo, il quale renderebbe indirettamente disponibile la stessa *res iudicanda*) e di uguaglianza (che assicura nel processo le condizioni per il libero convincimento e la non dispersione dei mezzi di prova) ⁽³⁸⁾.

Nella ricostruzione offerta dalla Corte costituzionale i poteri di cui all'art. 507 c.p.p. appaiono non certo residuali ed integrativi, ma autonomi e suppletivi: ciò in quanto la supplenza impone che l'organo della decisione si sostituisca alla parte, facendo propria la sua azione postulativa e dimostrativa. Intercambiabilità di obiettivi tale da condizionare la sua imparzialità e — conseguentemente — pregiudicare il successivo giudizio sul fatto.

Per tali ragioni, l'esegesi espansiva dei poteri di cui all'art. 507 c.p.p. va respinta, in quanto si tramuterebbe nell'elusione del diritto a *contra dicere*, poiché sarebbe alterato l'equilibrio probatorio tra iniziativa delle parti (la regola) e intervento giudiziale (l'eccezione) ⁽³⁹⁾. E non è mancato chi ha posto in rilievo che le ampie possibilità di introdurre *ex officio* nuovi mezzi di prova, potrebbero determinare il risorgere della figura del giudice istruttore ⁽⁴⁰⁾, bandita dall'impianto codicistico del 1988 ⁽⁴¹⁾.

Di regola, l'elaborazione della prova deve essere affidata al contraddittorio, anche quando il giudice esercita un potere di impulso. Così, per quanto riguarda le modalità di assunzione delle prove dichiarative introdotte ai sensi dell'art. 507 c.p.p., si impone l'espletamento dell'esame incrociato. L'art. 151 disp. att. c.p.p. disciplina sia l'ipotesi della prova richiesta dalla parte, sia quella della prova immessa d'ufficio. Nel primo caso (art. 151 comma 1 disp. att. c.p.p.), si segue l'ordine di escussione previsto dall'art. 496 c.p.p.; nell'altro, l'esame è condotto dal presidente, il quale, sentito il dichiarante, determina la parte che dovrà effettuare l'escussione diretta ⁽⁴²⁾.

Un ultimo rilievo sia consentito a proposito della tipologia dei mezzi istruttori che il giudice può introdurre ai sensi dell'art. 507 c.p.p. La lettera della previsione codicistica sembrerebbe non lasciare dubbio alcuno: attraverso il riferimento espresso ai

— — —

⁽³⁷⁾ Sul punto, CORDERO, *Procedura penale*, cit., 948; G. DEAN, *Sull'escussione ex officio delle fonti di prova dichiarative nel giudizio penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 136.

⁽³⁸⁾ Cfr. SPANGHER, *L'art. 507 c.p.p. davanti alla Corte costituzionale: ulteriore momento nella definizione del «sistema accusatorio» compatibile con la Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1993, 921 s.

⁽³⁹⁾ LOZZI, *Lezioni*, cit., 540; VALENTINI REUTER, *La Corte costituzionale alle prese con l'art. 507 c.p.p. ovvero: ritorno al futuro*, in *Giur. cost.*, 1993, 934. Secondo ILLUMINATI, *op. cit.*, 96, se si consentisse al giudice di sostituirsi completamente alle parti, il modello processuale non sarebbe più lo stesso: la scelta potrebbe risultare plausibile, ma sarebbe incoerente con le premesse del sistema.

⁽⁴⁰⁾ V., per tutti, SCELLA, *I residuali poteri di iniziativa probatoria del giudice dibattimentale*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1992, 1215.

⁽⁴¹⁾ In senso contrario si è espressa quella parte della dottrina che, nel condividere la lettura estensiva dell'art. 507 c.p.p., ritiene che essa sia quella siste-

maticamente più coerente con i principi su cui poggia un sistema di tipo accusatorio. Tra i molti, FERRUA, *I poteri probatori del giudice dibattimentale*, cit., 1072, ritiene che la lettura estensiva è in grado di soddisfare sia l'esigenza di accertamento dei fatti, sia l'imparzialità del giudice, sia il diritto alla prova delle parti; v. anche NAPPI, *L'art. 507 c.p.p.*, cit., 775; D. SIRACUSANO, *Introduzione allo studio del nuovo processo penale*, Milano, 1989, XII; TERRUSI, *Gli «eccessi ideologici» del nuovo processo penale: a proposito, tra l'altro, dell'art. 507 c.p.p.*, in questa *Rivista*, 1993, IV, 904. Secondo, PERONI, *L'istruzione dibattimentale nel giudizio d'appello*, Padova, 1995, 153, l'art. 507 c.p.p. dovrebbe innanzitutto fungere da congegno atto a rimediare «a condotte di inerzia istruttoria dell'accusa che trasmodino in vere e proprie forme di non esercizio dell'azione penale».

⁽⁴²⁾ Cfr. BELLUTA, *Imparzialità del giudice*, cit., 187, secondo cui, malgrado il tenore *tranchant* dell'art. 151 comma 2 disp. att. c.p.p., non è «da escludersi l'eventualità di cui all'art. 496 comma 2 c.p.p.», vale a dire un diverso ordine di escussione concordato dalle parti.

mezzi di prova, si dovrebbero ritenere esclusi i mezzi di ricerca ⁽⁴³⁾. Malgrado parte della dottrina e la giurisprudenza si siano espresse in senso contrario ⁽⁴⁴⁾, questa sembra essere la lettura che meglio risponde all'assetto sistematico e funzionale dell'art. 507 c.p.p. Il potere giudiziale di ampliare la piattaforma dimostrativa, necessaria per emettere la decisione di merito, può essere esercitato al termine di un'istruttoria dibattimentale incompleta e mutua la sua natura dai poteri probatori riconosciuti alle parti, poteri che si traducono nell'«assunzione» degli elementi di conoscenza. Attività, quest'ultima, che è ricollegabile al momento di materiale formazione della prova, non certo alla fase d'investigazione, alla quale, più correttamente, può associarsi il ricorso ai mezzi di ricerca.

3.1. Criteri giustificativi

Ai sensi dell'art. 507 c.p.p. sono tre i presupposti che legittimano l'intervento d'ufficio del giudice: l'assoluta necessità (attributo del *surplus* probatorio), la novità (qualità del mezzo di prova da formare) e il previo espletamento dell'istruttoria dibattimentale. Relativamente al primo dei tre canoni, preme osservare come il vaglio di ammissibilità dell'integrazione va individuato in una più penetrante valutazione di pertinenza e di rilevanza delle nuove prove, la quale autorizza l'introduzione dei soli mezzi istruttori il cui risultato dimostrativo sia prevedibilmente decisivo per la definizione di uno dei temi di prova ⁽⁴⁵⁾.

Perché l'assoluta necessità possa operare, il giudice deve trovarsi di fronte ad una piattaforma cognitiva non esauriente, dalla quale emergono tematiche non sondate o non sufficientemente approfondite, rispetto alle quali l'integrazione *ex art. 507 c.p.p.* dovrebbe consentire il raggiungimento di una conoscenza adeguata per innestarvi le regole di giudizio previste per l'emissione del provvedimento decisorio. Deve trattarsi, in sostanza, di vuoti che possono essere riempiti, di una prova che necessita di completamento. In alternativa, di fronte a elementi insufficienti o contraddittori, non

(43) Così, APRILE, *L'art. 507 c.p.p. tra principio dispositivo delle parti, terzietà del giudice del dibattimento e poteri officiosi di iniziativa istruttoria, dopo la sentenza del 6 novembre 1992 delle Sezioni unite della Cassazione*, in *Nuovo dir.*, 1993, n. 2-3, II, 106; DINACCI, *Giurisprudenza penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, Padova, 2003, 98. V. anche NAPPI, *Guida al codice*, cit., 533, il quale precisa che il concetto di mezzo di prova include anche il mezzo di ricerca della prova quando tenda «alla ricerca di una cosa o di un documento la cui acquisizione sia per la legge obbligatoria o la cui esistenza o collocazione risulti agli atti».

(44) In dottrina, MANZONI, *Op. cit.*, 388, per il quale la formula utilizzata dal legislatore sarebbe frutto di un *lapsus calami*, piuttosto che orientata a delimitare la tipologia delle prove assumibili. La conclusione secondo cui nell'espressione «mezzi di prova» andrebbero considerati anche i mezzi di ricerca, la si ricaverebbe, sia dalla rubrica dell'art. 507 c.p.p., sia dal raffronto sistematico con l'art. 523 comma 6 c.p.p. Nello stesso senso, MORETTI, *Il potere probatorio integrativo del giudice: da eccezione a regola*, in *Crit. dir.*, 1992, n. 6, 26; PLOTINO, *Assunzione delle prove in dibattimento ad istanza di parte e d'ufficio*, in questa *Rivista*, 1994, 234. In giurisprudenza, Cass. 12 luglio

2004, Improta, in *Cass. pen.*, 2005, 3395 (fattispecie nella quale, avendo gli interessati negato il proprio consenso al prelievo di campioni biologici utili per confronti con materiale repertato dopo una violenza sessuale di gruppo, il giudice dibattimentale ha disposto la perquisizione domiciliare in danno degli imputati ed il sequestro di indumenti ed oggetti da loro utilizzati). Per una panoramica giurisprudenziale in argomento, CARACENTI, *Commento all'art. 507 c.p.p.*, in CONSO - GREVI, *Commentario breve*, cit., 1780.

(45) Per la giurisprudenza, prova decisiva è quella che incide, in modo significativo, sul procedimento decisionale e tale da determinare «una differente valutazione complessiva dei fatti e portare in concreto a una decisione diversa»: Cass. 24 giugno 2003, Sangalli, in *Ced. Cass.*, n. 226326. Nello stesso senso, Cass. 19 dicembre 1991, Principato, in *Ced. Cass.*, n. 189481; Cass. 23 marzo 1992, Ambrisi, in *Ced. Cass.*, n. 190216; Cass. 9 dicembre 1993, Chiericoni, in *Ced. Cass.*, n. 197837; Cass. 8 gennaio 2002, Ginoli, in *Ced. Cass.*, n. 220705. Vedi anche Cass., sez. un., 17 ottobre 2006, Greco, cit., la quale aggiunge che il potere di cui all'art. 507 c.p.p., seppur ampio, va esercitato «nell'ambito delle prospettazioni delle parti e non per supportare probatoriamente una diversa ricostruzione che il giudice possa ipotizzare».

suscettibili di ulteriore approfondimento, «il giudice è tenuto a pronunciare una decisione di merito, applicando il criterio risolutore del fatto incerto, dettato, in via generale, dall'art. 530 comma 2 c.p.p.»⁽⁴⁶⁾.

Anche rispetto al criterio del *novum* è doveroso ricorrere ad una nozione che sia agganciata all'attività probatoria svolta dalle parti, per evitare azioni di supplenza del giudice nei loro confronti. La definizione del concetto va operata in un duplice senso: novità come approfondimento di temi di prova posti dai contraddittori e non adeguatamente sondati e novità come necessità di verificare temi di prova emersi nel corso dell'istruttoria dibattimentale.

Rispetto alla prima accezione, è da considerare nuova una prova non conosciuta o non conoscibile o che, allo stato delle risultanze al momento delle richieste istruttorie, le parti ritenessero irrilevante e che, perciò, non hanno potuto tempestivamente dedurre⁽⁴⁷⁾: il dato probatorio di cui il giudice dispone l'assunzione è sfuggito al suo spettro cognitivo perché pubblico ministero e imputato solo nel corso dell'istruttoria, o al termine di questa, ne sono venuti a conoscenza o ne hanno riscontrato la rilevanza. Anche il *novum* deve scaturire dagli esiti del contraddittorio dibattimentale. Di conseguenza, va qualificata come nuova non solo la prova sopravvenuta o scoperta successivamente rispetto all'allegazione di parte (art. 493 c.p.p.), ma anche quella non disposta precedentemente, preesistente e conosciuta, di cui risulti la rilevanza epistemologica dall'attività probatoria svolta in giudizio. La prova nuova (il riferimento, in questo caso, è al mezzo) non è quella che cronologicamente si situa al termine dell'istruttoria dibattimentale, come sembrerebbe ricavarsi dall'*incipit* dell'art. 507 c.p.p.; piuttosto, quella che risulta tale in forza delle conoscenze scaturite dallo «scontro» dialettico tra le parti⁽⁴⁸⁾.

Nel concetto di *novum* probatorio vanno altresì ricompresi — e veniamo al secondo significato — gli elementi necessari per l'accertamento di ogni tema di prova sopravvenuto all'istruttoria dibattimentale. Si può ritenere, in tale evenienza, che il carattere di novità debba investire, non tanto lo specifico mezzo, quanto piuttosto l'apporto conoscitivo che deriverebbe dalla sua acquisizione. Conseguentemente, gli ulteriori contributi dimostrativi possono essere ottenuti, ex art. 507 c.p.p., anche attraverso l'escussione di testi già noti⁽⁴⁹⁾ o l'esame di dichiaranti già sentiti⁽⁵⁰⁾.

Il criterio per l'ammissione della prova «nuova» che guida il giudice non è più quello fissato dall'art. 190 c.p.p. (legalità, rilevanza, non manifesta superfluità), ma quello, più restrittivo, previsto dall'art. 507 c.p.p. (l'assoluta necessità ai fini della decisione), il quale determina il superamento della presunzione di ammissibilità che accompagna l'esercizio del diritto alla prova. All'esito dell'istruttoria dibattimentale, il giudice non deve più dimostrare l'irrilevanza di una prova per escluderne l'acquisizione, ma, al contrario, la sua decisività per ammetterla⁽⁵¹⁾.

(46) CATALANO, *Il giudizio abbreviato*, in *Giudice unico e garanzie difensive. La procedura penale riformata*, a cura di Amodio - Galantini, Milano, 2000, 128.

(47) BERTOROTTA, *op. cit.*, 10; GAETA, *Il «sapere per la verità»: inerzia probatoria delle parti e poteri del giudice del dibattimento*, in *Quest. giust.*, 1993, 564; DINACCI, *op. cit.*, 104.

(48) Sul punto, ILLUMINATI, *op. cit.*, 94 s. In giurisprudenza, Cass. 19 agosto 1993, Poluzzi, in *Cass. pen.*, 1994, 1263. Per una compiuta disamina del concetto, v. CARACENI, *Poteri d'ufficio in materia probatoria*, cit., 168 ss.

(49) Cass. 2 aprile 1992, Pieroni, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1992, 801 s.; v. anche Cass. 18 settembre 1997, Annunziata, in *Riv. pen.*, 1998, 395, che considera prova nuova l'audizione di un teste che sia stato presente al dibattimento.

(50) Cass. 17 marzo 1994, Sansone e altro, in *Giust. pen.*, 1995, III, 106 s.; Cass. 10 agosto 1995, Caprioli, *ivi*, 1996, III, 369; Cass. 16 marzo 1998, Girmaldi ed altri, in *Riv. pen.*, 1999, 306.

(51) NAPPI, *Il diritto alla prova. Modello accusatorio e principio dispositivo. Poteri di integrazione officiosa*, in *Quad. C.s.m.*, 1997, n. 98, 104.

In sostanza, una volta avviata la fase di assunzione, la mutevolezza del quadro probatorio e l'emergere di ulteriori apporti dimostrativi dettati dagli sviluppi dell'istruttoria rispondono ai più rigorosi parametri di ammissibilità previsti dall'art. 507 c.p.p.: in generale, le richieste tardive passano attraverso le maglie più strette dell'«assolutamente necessario», eccettuate le ipotesi in cui sopravvengano o si scoprano prove successivamente alle richieste formulate *in limine* al dibattimento, per le quali rivive il diritto alla prova delle parti, con i corrispondenti limiti di ammissibilità di cui all'art. 190 c.p.p.

In conclusione, è da ritenere nuova, e va acquisita quando appaia decisiva per l'epilogo del giudizio, ogni prova non indicata nelle liste e non richiesta ai sensi dell'art. 493 comma 2 c.p.p., a prescindere dalla ragione che non ne ha consentito l'ammissione prima dell'espletamento dell'istruttoria dibattimentale ⁽⁵²⁾.

Il terzo canone di ammissibilità del potere integrativo giudiziale è quello dettato dalla locuzione «terminata l'acquisizione delle prove» che, secondo l'interpretazione offerta dalle sezioni unite e recepita dalla Corte costituzionale — individua il limite temporale decorso il quale il giudice può disporre il supplemento probatorio, «anche nel caso in cui non vi sia stata alcuna precedente attività delle parti» ⁽⁵³⁾. Non si tratterebbe, quindi, di un limite logico, in quanto l'intervento *ex officio* è possibile pur in assenza di previa istruttoria ⁽⁵⁴⁾.

L'assunto non appare convincente: disancorare l'iniziativa del giudice da una prodromica attività probatoria dibattimentale, significherebbe costringerlo a muovere da una propria ipotesi ricostruttiva del fatto, mancando una piattaforma cognitiva che orienti la sua attività officiosa ⁽⁵⁵⁾. Maggiormente coerente con il sistema è una lettura dell'*incipit* dell'art. 507 c.p.p. che ne subordini l'operatività all'esistenza di una qualche attività istruttoria documentata nel fascicolo per il dibattimento, dalla quale si possa desumere la necessità dell'integrazione ⁽⁵⁶⁾. La collocazione dell'intervento giudiziale al termine dell'istruttoria dibattimentale rappresenta una scelta obbligata, almeno sinché si voglia tenere il giudice al riparo da «contaminazioni inquirenti», poco

⁽⁵²⁾ Secondo Cass. 11 novembre 2004, Scuderi, in *Cass. pen.*, 2006, 594, «rientra tra i poteri del giudice assumere d'ufficio i mezzi che, sia pure intempestivamente, sono stati indicati».

⁽⁵³⁾ Cass., sez. un., 6 novembre 1992, Martin, cit.; nello stesso senso, Cass. 2 dicembre 1992, p.m. in c. Di Fonzo, cit.; Cass. 20 febbraio 1998, Biolo, in *Guida dir.*, 1998, n. 24, 88; Cass. 12 ottobre 1999, Paternò, in *Ced Cass.*, n. 215016; Cass. 11 giugno 2002, Misino, in *Guida dir.*, 2003, n. 3, 78; Cass., sez. un., 17 ottobre 2006, Greco, cit.

⁽⁵⁴⁾ Seguono questo orientamento, BASSI, *Principio dispositivo e principio di ricerca della verità materiale: due realtà di fondo del nuovo processo penale*, in *Cass. pen.*, 1993, 1378, la quale precisa che «l'iniziativa officiosa totalmente suppletiva dell'attività delle parti rappresenta un caso limite, difficile se non impossibile da verificarsi», posto che il giudice non ha a disposizione alcunché per valutare la necessità di un determinato mezzo istruttorio; considerazioni analoghe svolgono GRILLI, *La procedura penale. Guida pratica*, Padova, 2009, 1250 ss.; LOMBARDO, *Principio dispositivo e poteri officiosi del giudice penale: osservazioni sull'art. 507 c.p.p.*, in *Riv. dir.*

proc., 1993, 1283 s. e NAPPI, *Guida al codice*, cit., 532.

⁽⁵⁵⁾ PAULESU, *Considerazioni sull'intervento probatorio «ex officio» del giudice dibattimentale*, in *Giur. it.*, 1995, II, 649 s.; v. anche ILLUMINATI, *op. cit.*, 95, secondo il quale non legare l'intervento officioso del giudice alle iniziative probatorie condotte dalle parti prefigura un potere d'ufficio come sostitutivo, non più solo integrativo, tanto da spingere il giudice a «trascurare le allegazioni delle parti, per sovrapporre ad esse una diversa prospettiva di indagine ed inseguire ipotesi ricostruttive non verificate».

⁽⁵⁶⁾ In quest'ottica, PAULESU, *op. ult. cit.*, 650; VALENTINI REUTER, *Sui limiti insiti nei poteri conferiti al giudice*, cit., 112; in giurisprudenza, Cass. 1 dicembre 2004, p.m. in c. Canzi, in *Ced Cass.*, n. 232156, per la quale il potere di integrazione giudiziale si ricollega alla sussistenza di un principio di supporto probatorio suscettibile dell'intervento suppletivo, con la conseguenza che «è esclusa dall'ambito di operatività della disciplina di cui all'art. 507 c.p.p. l'ipotesi in cui vi sia assoluta mancanza di mezzi probatori di parte»; precedentemente, nello stesso senso, Cass. 19 agosto 1993, Poluzzi, cit.; Cass. 26 novembre 1993, p.m. in c. Palomba, in *Giust. pen.*, 1994, III, 80; Cass. 11 aprile 1994, Di Passio, cit.

compatibili con l'indefettibile connotato dell'imparzialità⁽⁵⁷⁾: egli può valutare la necessità di una integrazione probatoria solo una volta che ha acquisito una compiuta conoscenza dei fatti oggetto di accertamento e non può più ostacolare l'esercizio del diritto alla prova delle parti⁽⁵⁸⁾.

3.2. Integrazione *ope iudicis* e diritto alla controprova delle parti

Rispetto alle prove *a iudice repertae*, le parti hanno il diritto, oltre a intervenire nella loro assunzione, all'ammissione della prova contraria. Un diritto costituzionalmente tutelato⁽⁵⁹⁾, nel quale si traduce il valore della partecipazione dialogica alla formazione del convincimento giudiziale⁽⁶⁰⁾.

Da un punto di vista sistematico, il riconoscimento del diritto alla controprova si colloca dopo l'effettiva assunzione delle prove ammesse d'ufficio, in analogia con la regola prevista dall'art. 493 comma 3 c.p.p., posto che spesso è solo dopo questo momento «che sono individuabili con chiarezza i temi su cui controdedurre»⁽⁶¹⁾. Non solo: il previo esperimento gnoseologico consente anche la determinazione del «segno» del tema probatorio da confutare, ai fini dell'individuazione della parte cui spetta il diritto alla prova *ex adverso*. E ciò non sempre è agevole quando si tratta di elementi di conoscenza introdotti dal giudice: nel caso in cui l'acquisizione probatoria d'ufficio sia stata disposta su sollecitazione di parte, è nell'atto d'impulso stesso che potrà rinvenirsi il carattere a carico o a discarico del mezzo istruttorio⁽⁶²⁾, mentre ove l'introduzione del mezzo sia frutto dell'iniziativa del giudicante, il tema probatorio è da ritenersi neutro e sarà possibile parlare di prova a carico o a discarico solo dopo che

(57) Secondo DE FRANCESCO, *Il principio del contraddittorio nella formazione della prova nella costituzione italiana. Analisi della giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di prova penale*, Milano, 2005, 74, vi è un ulteriore incombente cui deve assolvere il giudice prima di attivare il potere d'ufficio: interloquire con le parti in merito all'assunzione di un qualunque mezzo di prova. L'organo giurisdizionale, «per svolgere un ruolo "imparziale" di controllo e di sussidiarietà, potrà ammettere d'ufficio nuove prove solo dopo aver "contraddetto" sul punto con l'accusa e la difesa ed aver valutato che l'assenza di una istanza probatoria di parte in merito all'ammissione di tale prova non sia giustificabile ed irragionevole (...) considerata la concreta situazione processuale e l'astratta rilevanza della prova da assumere». Nello stesso senso, già AMODIO, *Il dibattimento nel nuovo rito accusatorio*, in Aa. Vv., *Lezioni sul nuovo processo penale*, Milano, 1990, 205.

(58) NAPPI, *L'art. 507 c.p.p.*, cit., 774. In più di una occasione, si sono registrate decisioni giurisprudenziali che non hanno applicato nemmeno il criterio temporale, tanto da ritenere che una integrazione disposta dal giudice in un momento diverso dal termine dell'istruttoria costituisca una mera irregolarità: Cass. 22 novembre 1994, Raciti, in *Cass. pen.*, 1996, 2243; Cass. 15 giugno 1995, De Tommasi, in *Dir. pen. proc.*, 1995, 1145; Cass. 10 agosto 1995, Caprioli, cit.; Cass. 12 luglio 1996, Serluca, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 1207; Cass. 14 aprile 1997, Nerla, in *Cass. pen.*, 1998, 2633; Cass. 4 ottobre 2000, Pietrostefani

ed altri, in *Arch. nuova. proc. pen.*, 2001, 429; Cass. 17 giugno 2004, De Masi, in *Cass. pen.*, 2006, 183.

(59) FERRUA, *I poteri probatori del giudice dibattimentale*, cit., 1071, riconduce la tutela costituzionale del diritto alla controprova nell'art. 24 Cost. che assicura l'esercizio del diritto di difesa. Con l'introduzione dell'art. 111 comma 3 Cost., se ne è avuto un riconoscimento espresso, rafforzato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova, del quale il diritto alla controprova può essere visto come un corollario. In questa prospettiva, anche RAFARACI, *La prova contraria*, Torino, 2004, 8 ss.

(60) Si sono espressi per il riconoscimento del diritto alla controprova, BELLUTA, *Imparzialità del giudice*, cit., 182 s.; FERRUA, *op. loc. ult. cit.*; MARAFIOTI, *op. cit.*, 847; MAZZA, *Giudizio di primo grado (disciplina del) nel diritto processuale penale*, in *Dig. disc. pen.*, I Agg., Torino, 2000, 371; RAFARACI, *op. ult. cit.*, 207; D. SIRACUSANO, *Il giudizio*, in SIRACUSANO ed altri, *Diritto processuale penale*, II, Milano, 2006, 353; UBERTIS, *Neutralità metodologica del giudice*, cit., 26; in giurisprudenza, Cass., sez. un., 6 novembre 1992, Martin, cit.; Cass. 2 dicembre 1992, p.m. in c. Di Fonzo, cit.; Cass. 26 giugno 1997, Abatini, in *Ced. Cass.*, n. 208817; Cass. 6 aprile 2000, La Vardera e altri, in *Riv. pen.*, 2000, 1066; Cass. 4 maggio 2007, Costanza, in *Ced. Cass.*, n. 237257.

(61) FERRUA, *op. loc. ult. cit.*

(62) RAFARACI, *op. ult. cit.*, 211, il quale evidenzia come, generalmente, sollecitazione e fissazione del tema dell'accertamento e del suo specifico segno, per lo più coincidano.

questa sia stata assunta. In tale ultima evenienza, sembrerebbe profilarsi un'alternativa, per la verità solo apparente: o le parti antagoniste vengono subito parimenti ammesse a dedurre la prova contraria, prefigurando ciascuna un risultato dell'esperimento gnoseologico a sé sfavorevole (opzione in contrasto con la previsione dell'art. 190 comma 1 c.p.p., poiché consentirebbe l'introduzione di prove irrilevanti nell'ottica della confutazione); oppure, soluzione da preferire, il diritto è esercitabile dopo l'acquisizione dell'atto, allorché potrà essere qualificato a carico o a discarico a seconda del suo risultato, consentendo alla parte interessata la deduzione della prova contraria. Questa lettura, del resto, troverebbe un aggancio normativo nel comma 2 dell'art. 151 disp. att. c.p.p., laddove si prevede che, nell'assunzione delle nuove prove, il giudice stabilisca la parte che dovrà condurre l'esame diretto del testimone soltanto all'esito dell'escussione d'ufficio.

Sui canoni di ammissibilità della prova *ex adverso* richiesta dalla parte, vi è, in dottrina, chi ha ritenuto operante, non già l'«assolutamente necessario» previsto dall'art. 507 c.p.p., quanto piuttosto i criteri generali fissati dall'art. 190 comma 1 c.p.p. Una interpretazione da avallare, poiché ha il pregio di impedire che l'esercizio di poteri *ope iudicis* si configuri «come un momento di "protagonismo" rigidamente officioso, che comporti la gestione probatoria esclusiva da parte del giudice del punto oggetto di accertamento»⁽⁶³⁾. Accedendo a questa interpretazione, verrebbe sottratto al giudicante il potere di decidere, secondo il suo insindacabile apprezzamento, quali controprove sono da considerare necessarie per la confutazione.

3.3. Prova negoziata ed iniziative d'ufficio

Rispetto alla formulazione originaria dell'art. 507 c.p.p., l'introduzione del comma 1-bis, ad opera della legge 16 dicembre 1999, n. 479, ha ampliato i poteri d'ufficio, prefigurando un controllo giudiziale sugli atti entrati nello spettro cognitivo del giudice in base ad un accordo delle parti⁽⁶⁴⁾, una sorta di presidio del contraddittorio nella formazione della prova, inteso come metodo privilegiato di accertamento dei fatti⁽⁶⁵⁾.

Il comma 1-bis, dunque, non si iscrive in un potere di integrazione tendente a colmare eventuali lacune nel materiale probatorio sottoposto all'attenzione giudiziale: piuttosto, è volto «a bilanciare il deficit di affidabilità derivante da una prova non formata in contraddittorio e dinnanzi al giudice che la deve valutare»⁽⁶⁶⁾. Invero, il tenore della previsione evidenzia una certa diffidenza verso il meccanismo di "trasmissione concordata" introdotto agli artt. 431 comma 2 e 493 comma 3 c.p.p.; esso

⁽⁶³⁾ RAFARACI, *op. ult. cit.*, 207.

⁽⁶⁴⁾ Per CORDERO, *Procedura penale*, cit., 950, la disposizione, solo apparentemente pleonastica, ha un valore didattico, prevedendo un temperamento del potere dispositivo delle parti sulla prova a tutela dell'oralità: il giudice, «anziché stare alle carte, ora fruibili, punti sulle prove vive»; nello stesso senso, MAGI, *Accordi sulla prova e poteri istruttori del giudice nel dibattimento*, in *Quest. giust.*, 2004, 140; secondo MOROSINI, *Il giudice del dibattimento*, cit., 1261 s., il controllo ha anche natura formale, in quanto consente al giudicante di «selezionare gli atti da porre a fondamento della sua decisione», escludendo gli assolutamente nulli, i formati *contra legem* e quelli affetti da inutilizzabilità patologica, poiché la disponibilità della prova per le parti non avrebbe una efficacia sanante; v. anche RUSSO, *L'ampliamento dell'ambito di assunzione dei nuovi mezzi di prova*, in *Le recenti modifiche al codice di procedura penale*,

II, *Le innovazioni in tema di giudizio*, a cura di PIERRO, Milano, 2000, 222.

⁽⁶⁵⁾ BACCARI, *Una nuova espressione del metodo dialettico: l'acquisizione concordata di atti di indagine*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 875; SCAGLIONE, *Dichiarazioni procedurali e giusto processo*, Torino, 2005, 83.

⁽⁶⁶⁾ MOROSINI, *Commento artt. 41-43 l. 479/1999*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 413; v. anche BELLUTA, *Contraddittorio e consenso: metodi alternativi per la formazione della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 167, il quale parla di potere giudiziale quale compensazione per la mancata assunzione dibattimentale della prova; secondo BUZZELLI, *Fascicolo dibattimentale negoziato e acquisizione probatoria*, in *Indice pen.*, 2001, 397, il giudice anche in questo caso interverrebbe per superare uno «stato di inerzia», sostanzialmente simile a quello riscontrabile nel comma 1,

sembra tradire un intimo disagio nei confronti di materiali spuri, tramutati in prova in forza del semplice accordo tra le parti ⁽⁶⁷⁾.

La formulazione della norma ha dato adito ad incertezze interpretative, derivanti essenzialmente dal fatto che, nel creare una connessione diretta tra prove acquisite consensualmente e intervento istruttorio del giudice, assegna a quest'ultimo la facoltà di immettere congegni conoscitivi ulteriori rispetto a quello sfuggito, per volontà delle parti, al confronto dialettico. L'uso dell'inciso «mezzi di prova relativi agli atti acquisiti [mediante consenso]» sembrerebbe autorizzare l'introduzione di ogni dato utile ad accertare la corrispondenza tra il risultato probatorio scaturito dall'acquisizione concordata e quello frutto del confronto dialettico. L'operazione, al contrario, non dovrebbe essere consentita: se la *voluntas legis* che ha condotto all'introduzione del comma 1-bis dell'art. 507 c.p.p. è quella di apportare un correttivo alla rilevante espansione della disponibilità della prova e alla conseguente deroga ai principi di oralità e del contraddittorio nella sua formazione, non si giustifica il ricorso ad altri strumenti probatori per saggiare l'attitudine dimostrativa di una fonte: logica vorrebbe che questa venisse sottoposta al vaglio dialettico, il dispositivo ritenuto più idoneo per il raggiungimento del miglior risultato conoscitivo. L'ingerenza giudiziale dovrebbe servire esclusivamente a ricostituire il confronto mancato per concorde decisione delle parti.

Non è da condividere, pertanto, quell'indirizzo dottrinale che non pone limiti alla tipologia dei mezzi istruttori che possono essere assunti: potrebbe trattarsi sia dell'«asunzione dibattimentale delle fonti di prova dalle quali le parti hanno creduto di prescindere, sia di mezzi di prova diversi, la cui escussione sia resa necessaria da quegli atti» ⁽⁶⁸⁾. Secondo tale impostazione, l'unico baluardo contro l'intervento giudiziale sarebbe rappresentato dal fatto che le prove da assumere debbono riguardare gli atti entrati nel fascicolo per il dibattimento su consenso delle parti, non potendo il giudice, per esercitare il proprio potere, attingere al fascicolo del pubblico ministero ⁽⁶⁹⁾.

In verità, l'inciso «relativi a» — quello che di fatto crea il dubbio interpretativo — è servito al legislatore per delimitare il raggio d'azione del giudicante, potendo essere più d'uno i mezzi di prova da introdurre ⁽⁷⁰⁾: egli è autorizzato ad avvalersi del solo esperimento conoscitivo corrispondente all'atto acquisito mediante consenso per ricondurre lo specifico atto probatorio formato attraverso l'accordo delle parti all'interno dell'aureo criterio epistemico del contraddittorio.

4. L'ART. 506 C.P.P.: *RATIO*

Al pari dell'art. 507 c.p.p., anche l'art. 506 c.p.p. si iscrive nell'alveo delle regole tendenti al superamento dei limiti posti ai poteri giudiziali dal principio dispositivo. Le due diverse previsioni della norma (comma 1 — potere di indicazione di nuovi temi di prova utili; comma 2 — potere di porre nuove domande al dichiarante) rappresentano altrettante deroghe alle regole enucleabili dal principio suddetto secondo cui *secundum alligata et probata a partibus iudex iudicare debet*: in particolare, il potere del

ma «camuffato» «con il consenso su qualcosa di inadeguato».

⁽⁶⁷⁾ GALGANI, *Commento art. 42 l. 16/12/1999*, n. 479, in *Legislaz. pen.*, 2000, 510; v. anche CIANI, *In dibattimento si rafforza il contraddittorio*, in *Dir. e giust.*, 2000, n. 2, 68, il quale ritiene che gli atti oggetto di questa sorta di patteggiamento abbiano una «valenza probatoria attenuata o condizionata».

⁽⁶⁸⁾ FASSONE, *Il giudizio*, in FORTUNA ED ALTRI,

Nuovo manuale pratico del processo penale, Padova, 2002, 973; v. anche CIANI, *Le nuove disposizioni sul giudizio*, in *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, a cura di Peroni, Padova, 2000, 582; Magi, *op. cit.*, 140; PAULESU, *Giudice e parti*, cit., 270.

⁽⁶⁹⁾ CASARTELLI, *op. cit.*, 196.

⁽⁷⁰⁾ L'accordo acquisitivo, ad esempio, può «sostituire» una testimonianza, un confronto, o anche l'esame di un consulente di parte.

giudice di indicare alle parti temi nuovi o più ampi si porrebbe come deroga alla regola per cui *iudex iudicare debet secundum alligata*, mentre il comma 2 dell'art. 506 c.p.p. consentirebbe di superare il limite del dovere per il giudice di giudicare *secundum probata partibus* ⁽⁷¹⁾.

La *ratio* dell'art. 506 c.p.p. sembrerebbe quella di assicurare, nella dialettica probatoria, il «più ampio sfruttamento gnoseologico possibile delle fonti di prova prodotte dalle parti, cosicché massimo sia il loro grado di apporto critico-ricostruttivo al *thema probandum*» ⁽⁷²⁾. L'obiettivo perseguito è consentire al giudice l'integrazione dei fatti di prova oggetto dell'esame dibattimentale, quando l'attività delle parti non abbia portato al raggiungimento della completezza.

Rispetto all'art. 507 c.p.p., vanno segnalate significative differenze nella natura del potere di integrazione: nel caso dell'art. 506 c.p.p., le prerogative giudiziali non agiscono sull'intero quadro probatorio frutto dell'istruttoria dibattimentale, ma sul singolo esperimento gnoseologico, anzi, per meglio dire, su un solo tipo di prova: l'esame (di testimoni, periti, consulenti e parti private) ⁽⁷³⁾. Il potere *ex officio si resolve* nel completamento delle iniziative istruttorie messe in campo sia dal pubblico ministero che dalle parti private. Inoltre, si tratta di un potere di sollecitazione attribuito al solo presidente, mentre *ex art. 507 c.p.p.* la prerogativa istruttoria è propria dell'intero collegio.

4.1. L'ampliamento d'ufficio del *thema decidendum* al termine dell'esame

Il potere presidenziale *ad argumenta addenda* regolamentato nel comma 1 incontra un duplice limite: temporale, rappresentato dall'espletamento dell'istruttoria dibattimentale ⁽⁷⁴⁾, e funzionale, legato all'esigenza di completezza dell'esame della fonte di prova ⁽⁷⁵⁾, emergente sia dall'assunzione della stessa, sia da altre risultanze dibattimentali ⁽⁷⁶⁾. L'ampliamento del *thema* su cui il teste è chiamato a riferire deve avere uno stretto collegamento oggettivo con le circostanze indicate nelle liste *ex art. 468 c.p.p.* ⁽⁷⁷⁾ — se si vogliono evitare pregiudicanti sconfinamenti cognitivi del giudice

⁽⁷¹⁾ LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., 535-537.

⁽⁷²⁾ BELLUTA, *Riflessioni sui poteri del giudice dibattimentale in materia probatoria*, in *Giur. it.*, 2000, 1534.

⁽⁷³⁾ CHELAZZI, *Disciplina processuale e poteri del giudice nel dibattimento*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1990, 298; MANZIONE, *op. cit.*, 379; E. VALENTINI, *Così esteso l'ambito applicativo dell'art. 506 comma 1 c.p.p.?*, in *Cass. pen.*, 2006, 2602. Non condividono questa impostazione quanti ritengono che il potere integrativo *ex art. 506 c.p.p.* può essere esercitato su qualunque mezzo di prova introdotto nel giudizio: D'ANDRIA, *Commento all'art. 506 c.p.p.*, in LATTANZI-LUPO, *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, VII, Milano, 2003, 102; PLOTTINO, *Il dibattimento nel nuovo codice di procedura penale*, Milano, 1994, 134 ss.

⁽⁷⁴⁾ È necessario che le prove richieste da accusa e difesa siano state ammesse ed assunte, con la conseguenza che non è concesso al giudice «suggerire un nuovo tema di prova durante l'escussione del teste» (PAULESI, *Giudice e parti*, cit., 247), come si ricava dalla formulazione letterale del comma 1 dell'art. 506 c.p.p. che ancora il potere giudiziale «ai risultati delle prove assunte nel dibattimento a ini-

ziativa delle parti o a seguito delle letture». V. anche ILLUMINATI, *op. cit.*, 93; MANZIONE, *op. cit.*, 378.

⁽⁷⁵⁾ RIVELLO, *L'istruzione dibattimentale: poteri di parte e poteri di ufficio. La discussione finale, in Giudizio ordinario*, coordinato da Nosengo, Torino, 2002, 203.

⁽⁷⁶⁾ L'esigenza di completamento può essere ricavata, sia dall'indicazione delle circostanze al momento del deposito delle liste testimoniali (art. 468 c.p.p.), sia dai temi di prova individuati nell'esposizione introduttiva e nella richiesta di prove (art. 493 c.p.p.), sia dagli esiti delle acquisizioni dibattimentali (ivi comprese letture e prove documentali).

⁽⁷⁷⁾ Cfr. LIBERINI, *L'onere di produrre documenti nel dibattimento e il principio di acquisizione processuale*, in *Cass. pen.*, 1994, 3134 e E. VALENTINI, *op. cit.*, 2604, nota 26, la quale accoglie questa lettura restrittiva, precisando che andrebbero considerati «temi di prova nuovi o più ampi» solo quelli delineati dalle parti con la presentazione delle liste testimoniali, ma, di fatto, non sondati in sede di esame dibattimentale. L'A. osserva come tale soluzione sembrerebbe in contrasto con il concetto di «novità» degli approfondimenti probatori suggeriti dal presidente, poiché, intuitivamente, il *novum* evoca «temi del tutto inediti, mai prefigurati nelle pregresse

— ed è vòlto a far emergere quelle potenzialità dimostrative che l'esame delle parti non è riuscito a mettere in luce.

Il ricorso al criterio della novità, in sostanza, non riconosce al presidente un potere che possa prescindere dai risultati dell'istruttoria dibattimentale, per evitare che l'organo giurisdicente vada alla ricerca di autonome conferme rispetto alle ipotesi ricostruttive avanzate dal pubblico ministero e dall'imputato. Un rischio di compromissione che può essere evitato riconoscendo esclusivamente ai contraddittori la facoltà di porre nuove domande alle fonti di prova già escusse, tenendo conto del *thema probandum* suggerito. Invero, può ricavarsi dal dato normativo che l'invito presidenziale non vincola in alcun modo le parti, le quali possono anche non tenerne conto ⁽⁷⁸⁾, né il giudice può sostituirsi ad esse «nell'intraprendere tali nuovi indirizzi di ricerca, essendo egli autorizzato soltanto a formulare "suggerimenti", sulla base del quadro probatorio delineatosi fino a quel momento» ⁽⁷⁹⁾.

La residualità del potere integrativo, sotto forma di ampliamento del *thema probandum*, è posta in evidenza dal fatto che l'iniziativa presidenziale presuppone l'assunzione delle prove richieste dalle parti. La formulazione della norma non chiarisce se la sollecitazione del giudice possa intervenire al termine dell'intera istruttoria o in esito al singolo esperimento probatorio, ma per lo spirito della disposizione e per la sua strumentalità rispetto allo svolgimento dell'esame di testimoni e parti private, è preferibile quest'ultima soluzione ⁽⁸⁰⁾, la quale, fra l'altro, impedirebbe al giudice di procedere d'ufficio, in ogni momento e senza alcun filtro di ammissibilità, al «riesame» di fonti dichiarative precedentemente escusse. Oltretutto, se alle luce di tutte le prove assunte e delle letture disposte al termine dell'istruttoria emergesse un allargamento dei temi probatori per cui si renda necessario, ai fini della decisione, risentire testimoni già esaminati, vi è l'art. 507 c.p.p. ad assicurare la riassunzione della prova, poiché saremmo di fronte ad aspetti nuovi, non sondati che legittimano il ricorso ad un più ampio potere integrativo.

— — —

scansioni del procedimento probatorio». Invero, la novità del tema proposto dal giudice va valutata in relazione al singolo mezzo istruttorio, rispetto al quale risulterebbero nuove tutte quelle circostanze, pur indicate nelle liste o contemplate nella richiesta ex art. 493 c.p.p., ma che non rientrano tra i capitoli di prova sui quali il dichiarante è chiamato a deporre. V. però, D. SIRACUSANO, *Il giudizio*, cit., 352, il quale propende per una lettura più estensiva, laddove afferma che le sollecitazioni del presidente, utili per la completezza dell'esame, «non rilevano soltanto per la verifica del tema di prova originario; offrono anche lo spunto per nuove verifiche da effettuare nell'ambito di temi diversi da quello originario».

⁽⁷⁸⁾ TAORMINA, *Diritto processuale penale*, II, Torino, 1995, 602.

⁽⁷⁹⁾ RIVELLO, *Il dibattimento nel processo penale*, Torino, 1997, 254; nello stesso senso, AMODIO, *Il dibattimento*, cit., 585; UBERTIS, *Neutralità metodologica del giudice*, cit., 24.

⁽⁸⁰⁾ Propende per questa lettura, BONETTO, *La formazione della prova nel dibattimento*, in *Quad.*

C.s.m., 1989, n. 27, 484. Si schiera per un intervento giudiziale «solo quando l'esame sia esaurito in ogni sua fase», compresa quella del riesame, MAMBRANI, *Giusto processo e non dispersione delle prove*, Piacenza, 2002, 901. La dottrina maggioritaria tende, invece, a riconoscere che il presidente possa intervenire una volta esaurite le escussioni: AVANZINI, *L'esame dibattimentale delle fonti di prova personali*, in *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di UBERTIS, Milano, 1992, 63; ICHINO, *Il giudice del dibattimento, le parti e la formazione della prova nel nuovo processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 693; MANZIONE, *op. cit.*, 380; UBERTIS, *Giudizio di primo grado (disciplina del) nel diritto processuale penale*, in *Dig. disc. pen.*, V, Torino, 1991, 537; v. anche AMODIO, *op. ult. cit.*, 584, il quale parla esplicitamente di conclusione dell'istruttoria dibattimentale. In giurisprudenza, ritengono che, ai sensi dell'art. 506 comma 1 c.p.p., possano essere sottoposti a nuovo esame testi già escussi, Cass. 17 marzo 1994, Sansone e altro, cit.; Cass. 24 settembre 1996, Rispoli ed altri, in *Riv. pen.*, 1997, 340.

4.2. Il potere del presidente di «compulsare» la fonte delle informazioni

Al termine dell'esame dibattimentale il presidente può porre domande al dichiarante ai sensi dell'art. 506 comma 2 c.p.p. Un potere di integrazione che non riguarda soltanto i temi di prova nuovi o più ampi sollecitati ai sensi del comma 1, ma tutte le conoscenze di cui è depositaria la fonte delle informazioni, con lo scopo di colmare le lacune conseguenti all'inoperosità delle parti.

I soggetti ai quali il presidente può rivolgere domande sono testimoni, periti, consulenti tecnici, le parti già esaminate e le persone imputate in procedimento connesso ex art. 12 c.p.p. o collegato ai sensi dell'art. 371 comma 2, lett. b c.p.p. che non debbano essere sentite come testimoni. Malgrado l'assenza di una espressa indicazione dei dichiaranti previsti dall'art. 197-bis c.p.p. (i cosiddetti testimoni assistiti), è da ritenere che la categoria possa essere ricompresa nel più generale concetto di testimone e, pertanto, destinataria delle domande del presidente ⁽⁸¹⁾.

La possibilità per il giudice di escutere direttamente una prova orale incontra un duplice limite: *in primis*, le parti debbono aver concluso il loro esame; secondariamente, le domande del presidente debbono riguardare le «circostanze indicate dalle parti e sulle quali si è formato il provvedimento ammissivo» ⁽⁸²⁾. Sul primo aspetto, preme osservare come l'intento legislativo sembra essere quello di operare un recupero tangibile del contraddittorio nell'*iter* di formazione della prova ⁽⁸³⁾, riservando al giudice una residuale funzione di disvelamento degli aspetti rimasti oscuri solo dopo l'azione maieutica delle parti ⁽⁸⁴⁾. L'intervento del giudice, in ossequio al principio di concentrazione, è consentito non appena accusa e difesa hanno concluso sia l'esame che il controesame della fonte ⁽⁸⁵⁾, includendovi anche la fase del riesame ⁽⁸⁶⁾; di conseguenza, è esclusa la domanda presidenziale prima che l'escussione completa del dichiarante sia stata portata a termine, per evitare di compromettere il disegno probatorio voluto dal pubblico ministero e dall'imputato.

I contenuti del potere di porre domande — e veniamo al secondo limite all'intervento *ope iudicis* — sono individuabili nelle richieste di chiarimento su quanto riferito

⁽⁸¹⁾ CORBETTA, *Commento all'art. 506 c.p.p.*, in GIARDA - SPANGHER, *Codice di procedura penale commentato*, II, Milano, 2007, 4755.

⁽⁸²⁾ AVANZINI, *op. cit.*, 64; v. anche FASSONE, *op. cit.*, 968, il quale rileva che «il presidente non potrà, con le sue domande, introdurre direttamente nuovi temi di prova, giacché questo distorcerebbe e dilaterrebbe la facoltà di indicare tali temi, senza darvi direttamente ingresso»; nello stesso senso, LOZZI, *Lezioni*, cit., 536, secondo cui consentire, attraverso la proposizione di domande, l'introduzione di nuovi temi di prova, significherebbe vanificare i limiti posti dal primo comma, vale a dire svincolare il potere presidenziale dalle risultanze probatorie dibattimentali. *Contra*, MANZIONE, *op. cit.*, 385, per il quale attraverso il potere di domanda «il giudice può allargare il tema probatorio al di là di quanto richiesto dalle parti con la presentazione della lista di cui all'art. 468 c.p.p.», interpretazione che, secondo l'A., sarebbe in linea «con il principio della residualità dell'iniziativa officiosa in materia probatoria»; in senso analogo, PAULESU, *Giudice e parti*, cit., 249; PLOTINO, *Assunzione delle prove in dibattimento*, cit., 233.

⁽⁸³⁾ Tuttavia, malgrado l'opportuna modifica e la

condivisibile *ratio* che la sottende, non sono state introdotte sanzioni processuali volte a colpire l'inosservanza della disposizione. Ha espressamente escluso la sussistenza di un'invalidità nel caso d'intervento del presidente prima della conclusione dell'esame, Cass. 20 maggio 2008, Bonfondi, in *Ced Cass.*, n. 240262. Sui profili sanzionatori connessi all'inosservanza delle prescrizioni di cui all'art. 506 c.p.p., sia consentito un rinvio a CARACENI, *Commento all'art. 506 c.p.p.*, in CONSO - GREVI, *Commentario breve*, cit., 1772 s.

⁽⁸⁴⁾ GALGANI, *op. cit.*, 510; v. anche SAMMARCO, *Metodo probatorio e modelli di ragionamento nel processo penale*, Milano, 2001, 227, secondo cui con la fissazione del momento di proposizione delle domande dopo esame e controesame «si è voluto chiaramente impedire che le scelte e le stesse strategie di esame possano essere condizionate da imprevisti ed ingiustificati interventi del presidente»; analogamente, CASARTELLI, *op. cit.*, 192.

⁽⁸⁵⁾ AVANZINI, *op. cit.*, 64; CORDERO, *Procedura penale*, cit., 947.

⁽⁸⁶⁾ G. DEAN, *op. cit.*, 143; ILLUMINATI, *op. cit.*, 105; MAMBRIANI, *op. cit.*, 902; PAULESU, *Giudice e parti*, cit., 250.

nel corso dell'esame, nonché in domande relative al capitolo di prova ritualmente introdotto, ma eventualmente non emerso o non approfondito in sede di escussione⁽⁸⁷⁾. L'integrazione giudiziale è «destinata a riempire i vuoti di un esame lacunoso»⁽⁸⁸⁾ e, nel rispetto del principio del contraddittorio, non dovrebbe sconfinare oltre il perimetro tracciato dalle circostanze indicate nella lista testimoniale⁽⁸⁹⁾, dai temi nuovi emersi nel corso dell'esame e da quelli suggeriti dal giudice e fatti propri dalle parti ai sensi del primo comma dell'art. 506 c.p.p.⁽⁹⁰⁾.

Ulteriore indice della residualità dell'intervento presidenziale può essere rinvenuto nell'ultima parte del secondo comma, dove è disciplinato il diritto delle parti di concludere, secondo l'ordine prestabilito, l'esame della fonte sentita dal presidente. Il diritto è riconosciuto a tutte e non solo a quella che abbia chiesto l'assunzione della prova⁽⁹¹⁾.

(87) ILLUMINATI, *op. loc. cit.*; *contra* AVANZINI, *op. cit.*, 65, il quale limita le domande presidenziali ai capitoli di prova indicati dalle parti e sui quali si è formato il provvedimento ammissivo.

(88) SELVAGGI, *Esame diretto e controesame*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1990, 283.

(89) CHELAZZI, *op. cit.*, 298; FERRUA, *La testimonianza nell'evoluzione del processo penale italiano*, in FERRUA, *Studi sul processo penale. II, Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino, 1992, 110; GALGANI, *op. cit.*, 509.

(90) *Contra*, APRILE, *Giudice unico e processo penale. Commento alla legge "Carotti" 16 dicembre 1999, n. 479*, Milano, 2000, 227, secondo il quale le

domande «possono riguardare anche temi ulteriori rispetto a quelli indicati dalle parti ed essere pure finalizzati a favorire dichiarazioni spontanee del teste a chiarimento ed integrazione delle risposte già date»; analogamente G. DEAN, *op. cit.*, 142, il quale precisa che il giudice «gode di ampie prerogative, le quali gli consentono di esplorare qualunque fatto, elemento, circostanza utile alla piena comprensione della vicenda giudiziaria»; v. anche, ILLUMINATI, *op. cit.*, 106, secondo il quale il presidente può rivolgere domande al testimone sui temi di prova da lui suggeriti, anche se non recepiti dalle parti.

(91) D. SIRACUSANO, *Il giudizio*, cit., 352.



GIURISPRUDENZA DI MERITO

direttore scientifico
Ciro Riviezzo

www.giuffre.it/riviste/merito