

CONVEGNI

FILIPPO GIUNCHEDI

I poteri istruttori del giudice*

1. Poteri probatori *ex officio* e neutralità del giudice: prospettive di indagine. Per tradizione il rapporto giudice-prova segna la latitudine del modello processuale e dal catalogo dei diritti e delle garanzie posti in capo alle parti¹. In relazione all'alternarsi dei modelli processuali e alle maggiori venature dell'uno o dell'altro riposano le ideologie delle legislazioni, soprattutto in termini di politica criminale².

Ad un modello inquisitorio fondato sulla piena libertà del giudice nella raccolta delle prove, conseguenza della disomogeneità di posizione tra le parti, si contrappone quello accusatorio ove, in relazione alla prova, è esclusa ogni forma di ingerenza del giudice nella loro ricerca a favore di una parte o dell'altra, riflesso della parità assoluta tra accusatore e accusato.

In ordine ai poteri probatori esercitabili *ex officio* l'accusatorio misto – per cui ha optato il legislatore del codice attuale – trova esplicito riconoscimento nella legge-delega che, alla direttiva n. 73, prevede la possibilità per il giudice, nel corso del dibattimento, di surrogare le parti mediante i poteri riconosciuti dagli artt. 506 e 507 c.p.p. ovvero alla direttiva n. 94 secondo la quale, in sede di appello, è possibile disporre la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale anche d'ufficio quando il giudice non sia in grado di decidere allo stato degli atti (art. 603 c.p.p.). Ma non sono solo queste le incursioni probatorie previste per il giudice prefigurandosene altre, disseminate in tutte le fasi del procedimento e del processo (artt. 409, 421-*bis*, 422, 441, 666 e 678 c.p.p.). D'altronde ciò risponde al dettato dell'art. 190 c.p.p. che in relazione al diritto alla prova, all'iniziativa delle parti (co. 1) affianca la possibilità che questa venga ammessa anche d'ufficio (co. 2).

Infatti se la tensione sistematica verso la verità è indiscutibile, nonostante

*. Relazione presentata al IX Congresso giuridico-forense per l'aggiornamento professionale organizzata dal Consiglio Nazionale Forense, Scuola Superiore dell'Avvocatura, Sessione di Diritto e Procedura penale dal titolo «*Procedimento probatorio, giusto processo, diritto alla prova e prova a discarico*», Roma 21 marzo 2014.

¹ Per un'esauriente e stimolante prospettiva di metodo, DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo*, Padova, 2003, *passim*.

² CONSO, voce *Accusa e sistema accusatorio*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, p. 336.

debba essere temperata dai canoni che hanno improntato l'esaltazione del contraddittorio quale metodo per l'elaborazione dibattimentale della prova, abbandonando caratterizzazioni "inquisitorie", quali il riconoscere al giudice (istruttore) l'utilizzo di «*tutti quegli atti [...] necessari all'accertamento della verità*»³, non possono trascurarsi le reazioni a scelte così assolutiste registrate in giurisprudenza – costituzionale ed ordinaria – mediante un atteggiamento di rifiuto verso un sistema teso ad attribuire attenzione esclusiva alle garanzie individuali a discapito della ricerca della verità⁴, soprattutto al cospetto di persistenti manifestazioni di criminalità⁵. Ciò non significa che tuttora si persegua l'adozione di un metodo processuale che garantisca «*una decisione correttamente presa in una contesa dialettica tra le parti, secondo un astratto modello accusatorio, nel quale un esito vale l'altro, purché correttamente motivato*»⁶. Un simile concetto è oramai screditato dagli studi di epistemologia giudiziaria che ritengono il contraddittorio un valido strumento per un'ortodossa ricostruzione dei fatti⁷ anche in relazione alla norma giuridica da applicare in concreto⁸. In sintesi estrema, il legislatore quando ha prefigurato la disciplina probatoria del rito criminale non ha indicato solo il metodo da seguire per scoprire la verità⁹, ma ha dettato una serie di previsioni normative tali da «*stabilire assetti gerarchici tra valori processuali ed extraprocessuali regolando i modi per risolvere eventuali collisioni tra essi*»¹⁰ senza con ciò ricadere nel vacuo formalismo processuale¹¹. L'opzione accusatoria non poteva che implicare il riconoscimento del ruolo fondamentale delle parti alle quali viene rimesso l'onere probatorio¹²:

³ Così l'art. 299 c.p.p. abr.

⁴ Principio chiaramente espresso da Corte cost., n. 255 del 1992: «*Fine primaria ed ineludibile del processo penale non può che rimanere quello della ricerca della verità (in armonia con i principi della Costituzione; come reso esplicito nell'art. 2, prima parte, e nella direttiva n. 73 della legge delega, tradottasi nella formulazione degli artt. 506 e 507)*», la quale prosegue sostenendo che «*il sistema accusatorio positivamente instaurato ha prescelto la dialettica del contraddittorio dibattimentale quale criterio maggiormente rispondente all'esigenza di ricerca della verità*».

⁵ Come in occasione delle stragi di Capaci e via d'Amelio che portarono la Corte costituzionale, con le sentenze n. 254 e 255 del 1992, a formulare il principio di non dispersione probatoria. Per ulteriori considerazioni SANTORIELLO, voce *Garantismo (processo penale)*, in *Dig. Pen.*, III, Agg., Torino, 2005, p. 566 e, specificamente la nota 138.

⁶ In questi termini RIVELLO, *Limiti al diritto alla prova*, in *Le prove. Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, diretta da Chiavario, Marzaduri, I, Torino, 1998, p. 12.

⁷ SANTORIELLO, voce *Garantismo (processo penale)*, cit., p. 563.

⁸ UBERTIS, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Torino, 1995, p. 7.

⁹ SANTORIELLO, voce *Garantismo (processo penale)*, cit., p. 564.

¹⁰ UBERTIS, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, cit., p. 57.

¹¹ SATTA, *Il formalismo nel processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 1143.

¹² A tal proposito NOBILI, *Il nuovo "diritto delle prove" ed un rinnovato concetto di prova*, in *Leg. pen.*, 1989, 396, per il quale lo stesso riconoscimento normativo del "diritto alla prova" reca l'impronta di

l'assunzione e l'acquisizione delle prove è demandata all'iniziativa delle parti in capo alle quali è posto un onere, peraltro imperfetto, di allegazione ed indicazione del materiale probatorio, al quale si affianca l'apporto del giudice grazie ai poteri conferitigli dalla legge¹³; potere costituente un temperamento alla previsione che smentisce interpretazioni "distorte" del sistema accusatorio, dato che il principio dispositivo avrebbe nell'attuale processo penale una funzione soltanto espansiva dei poteri delle parti, e non già preclusiva dell'accertamento dei fatti¹⁴. La chiave di volta pare costituita dal prestare attenzione al monito di chi denuncia «*i rischi connessi all'exasperazione dei poteri dispositivi*» ed in particolare la possibilità che un eccessivo sbilanciamento in tal senso inneschi «*forti reazioni al modello accusatorio*», senza trascurare che «*lasciare il valore della verità al processo inquisitorio, che lo persegue in un contesto autoritario e chiuso al dialogo, è un errore capitale di cui approfittano i nemici del contraddittorio*»¹⁵.

Non si può disconoscere che l'attuale codice, qualora ortodossamente interpretato, permette di attenuare un'impostazione "eversiva" del residuale potere istruttorio del giudice¹⁶, che rischia di comprometterne la posizione di terzietà¹⁷ attribuendo alle parti quel potere dispositivo che - pur nell'eterogeneità di scopi - è tipica del processo civile. A ben vedere, il dotare le parti private di poteri pari a quelli del pubblico ministero mediante la legge sulle investigazioni difensive, offre continuità alle finalità che hanno guidato il legislatore a riformulare alcuni istituti in occasione dell'istituzione del giudice unico di primo grado. In ciò ci si riferisce, precipuamente, all'udienza preliminare ed al giudizio abbreviato i quali se, per certi versi, hanno attribuito maggior potere dispositivo alle parti (si pensi alle richieste *ex artt. 421-bis e 438, co. 5, c.p.p.*), di contro hanno dotato il giudice di poteri di supplenza probatoria che, in taluni casi, evitano di paralizzarne la decisione.

Nello specifico quando l'art. 421-*bis* stabilisce che «*il giudice, se le indagini preliminari sono incomplete, indica le ulteriori indagini*», questi assume un

una svolta in senso accusatorio.

¹³ DEAN, *Il difficile equilibrio tra parti e giudice nell'assunzione della prova dibattimentale mediante l'esame*, in *Arch. pen.*, 2012, 275, spiega che i poteri istruttori del giudice servono «*per correggere le possibili degenerazioni del principio dispositivo in materia probatoria*».

¹⁴ NAPPI, *L'art. 507 c.p.p.: un eccessivo self restraint giurisprudenziale*, in *Cass. pen.*, 1991, 774.

¹⁵ Così FERRUA, *I poteri probatori del giudice dibattimentale: ragionevolezza delle Sezioni unite e dogmatismo della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1065 ss.

¹⁶ PETRILLO, *Funzioni e limiti dell'esercizio del potere istruttorio integrativo del giudice del dibattimento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 1201.

¹⁷ FERRUA, *I poteri probatori del giudice dibattimentale, ragionevolezza delle Sezioni unite e dogmatismo della Corte costituzionale*, cit., 1079.

ruolo di “vicario” che importa una serie di conseguenze tali da riverberarsi sulla sua stessa incompatibilità per un eventuale “indebito” esercizio del potere qualora quest’attività di indagine “coatta” implichi un’opinione anticipata sugli epiloghi dell’udienza¹⁸.

Ad analoghe conclusioni si perviene nel giudizio abbreviato “condizionato”¹⁹. I motivi che hanno spinto il legislatore a coniare questa forma di definizione del rito contratto – che perde i tratti tipici di giudizio allo stato degli atti – trova la sua ragion d’essere in un effetto incentivante che supera anche l’integrazione *iussu iudicis* di cui all’art. 441, co. 5, c.p.p. ove i connotati di inquisitorialità sono senza dubbio più marcati. In realtà, l’impossibilità di apportare dati probatori avrebbe reso vacua la soluzione adottata dal legislatore di rimettere al solo imputato l’opzione procedimentale, posto che in taluni casi la definizione del processo con i soli protocolli delle indagini tende a svilire le *chances* di successo, spingendo alla soluzione procedimentale abbreviata solo quando nemmeno l’alternativa dibattimentale prospetta la possibilità di azzerare gli elementi a carico²⁰. La rivoluzione del giusto processo, nella parte in cui ha costituzionalizzato il diritto alla prova contraria, consente – in una lettura ad ampio spettro del tenore dell’art. 111, co. 3, Cost. – di riconoscere all’imputato l’ultima parola sulla cristallizzazione del materiale probatorio, aprendosi verso nuove prospettive che, rispetto alle esigenze di celerità e semplificazione, cedano il passo alla profondità dell’accertamento nel segno di quella considerazione di non colpevolezza che impone l’acquisizione di ogni mezzo di prova a favore dell’imputato²¹. Da differente prospettiva ci si è domandati, a ragione, se la successiva valutazione del giudice dibattimentale sulla ortodossia del diniego manifestato sulla richiesta condizionata, avvenendo da un’analisi del fascicolo delle indagini, non ne contamini la purezza nel decidere di colui che opera in un procedimento basato sul doppio fascicolo. La valutazione, pur avendo ad oggetto la legittimità del supplemento istruttorio proposto dall’imputato in relazione ai risultati delle indagini e a quelli acquisiti nel corso dell’udienza preliminare, ha un esclusivo valore contenutisti-

¹⁸ SCALFATI, *La riforma dell’udienza preliminare tra garanzie nuove e scopi eterogenei*, in *Cass. pen.*, 2000, 2818.

¹⁹ Per più approfondite considerazioni sia concesso il rinvio a GIUNCHEDI, *Giudizio abbreviato*, in *La giustizia penale differenziata*, I, *I procedimenti speciali*, coord. da Giunchedi, Torino, 2010, pp. 685 ss.

²⁰ Già in questo senso argomentava PAOLOZZI, *Il giudizio abbreviato nel passaggio dal modello «tipo» al modello pretorile*, Padova, 1991, p. 246 s., agli albori del codice Vassalli.

²¹ È quanto asseriva VASSALLI, *Il diritto alla prova nel processo penale*, cit., 3 ss., per il quale l’imputato gode del buon diritto a «non veder menomata la propria possibilità di difesa attraverso una arbitraria restrizione dei mezzi di prova offerti al giudice o dell’oggetto della prova proposta».

co²² anche se la loro conoscenza può «*offuscare la posizione di terzietà e imparzialità del giudice imposta dall'art. 111, co., Cost.*»²³, nonostante la giurisprudenza l'abbia escluso²⁴.

Poste queste premesse metodologiche, focalizzeremo – circoscrivendo l'analisi alle indagini e al giudizio di primo grado – le ipotesi in cui è consentito al giudice di avvalersi di poteri istruttori in ordine alla prova ed i potenziali rischi che minano la sua neutralità.

2. In nome della completezza delle indagini: l'intervento probatorio del G.i.p. sulla richiesta di inazione.

All'esito delle indagini preliminari, quando il p.m. non intende esercitare l'azione penale, a seguito della opposizione della persona offesa, nel contraddittorio camerale il giudice per le indagini preliminari, «*a seguito dell'udienza, [...] se ritiene necessarie ulteriori indagini, le indica con ordinanza al pubblico ministero, fissando il termine indispensabile per il compimento di esse*» (art. 409, co. 4, c.p.p.).

Si tratta di un intervento sostitutivo volto ad incrementare una piattaforma investigativa lacunosa o a formulare l'imputazione coatta²⁵. Lacunosità delle indagini che potrebbe essere dettata anche dalla volontà del p.m. di non perseguire una determinata pista investigativa. È naturale che il G.i.p. nell'attivare i suoi poteri probatori – che di fatto si sostanziano nell'indicare al titolare delle indagini di esplorare ulteriori sentieri gnoseologici – operi irradiato del canone valutativo che consente l'opzione tra azione ed inazione e che è costituito dalla idoneità o meno degli «*elementi acquisiti nelle indagini preliminari [...] a sostenere l'accusa in giudizio*» (art. 125 disp. att. c.p.p.). Posta in questi termini l'opzione parrebbe non implicare atteggiamenti del g.i.p. in violazione dei requisiti costituzionali di terzietà ed imparzialità, ma una simile conclusione, per quanto apparentemente corretta, si manifesterebbe superficiale in quanto, come è stato suggestivamente affermato²⁶, il g.i.p. nel momento in cui opta per l'attivazione dei poteri officiosi che la legge gli assegna perde il suo

²² ZACCHE', *Il giudizio abbreviato*, Milano, 2004, pp. 77 s.

²³ LOZZI, *Un ripensamento della Corte costituzionale in tema di giudizio abbreviato*, in *Giur. cost.*, 2003, 1348.

²⁴ Cfr. Cass., Sez. VI, 30 ottobre 2001, Calabrò, in *Cass. pen.*, 2002, 3140, secondo cui «*la mera conoscenza da parte del giudice del dibattimento degli atti contenuti nel fascicolo del p.m. senza che vi sia poi alcuna valutazione di merito, non rende lo stesso giudice incompatibile a partecipare al giudizio*».

²⁵ CARACENI, *Poteri d'ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice penale*, Milano, 2007, p. 246.

²⁶ CARACENI, *Poteri d'ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice penale*, cit., p. 248.

ruolo di giudice “per” le indagini, per incarnare quello di giudice “delle” indagini con la conseguenza di ampliare il suo orizzonte cognitivo fino a farlo coincidere con i patrimoni delle parti in quanto il controllo sulla richiesta del p.m. di archiviare devolve completamente al giudice l’intera vicenda indipendentemente dalle ragioni addotte dall’inquirente²⁷. Da ciò ne deriva una serie di conseguenze che non trova ostacolo nella legittimazione del potere di controllo sull’esercizio dell’azione penale che il legislatore assegna al g.i.p. il quale, oltre che ordinare nuove indagini al p.m., può anche imporgli l’iscrizione del nominativo di persone non sottoposte ad indagini²⁸, trovando l’unico limite – che sarebbe viziato sotto il profilo dell’abnormità – nell’ordine di formulare l’imputazione coatta²⁹.

Passiamo, pertanto, a verificare il perimetro applicativo della norma e conseguentemente i rischi di inquinamento della purezza del giudice sotto il profilo della terzietà. In passato si è ritenuto che al giudice non venga «*attribuito alcun potere di indagine ex officio, e neppure alcun potere di impulso sul piano investigativo e probatorio*»³⁰, limitandosi questi a indicare al p.m. di colmare una piattaforma probatoria da lui stesso costruita, escludendosi con ciò un provvedimento tale da indicare tassativamente gli atti da compiere, risolvendosi l’ordinanza in un’indicazione generica, volta a precisare il tema e la direzione che l’indagine deve seguire all’interno del perimetro originariamente fissato dall’inquirente, onde non frustrarne le potenzialità investigative³¹. Ci si rende conto, però, che una simile costruzione, seppur costituisca un agevole disimpegno per svincolare il g.i.p. da opzioni differenti, vanifichi la valutazione di percorsi probatori suggeriti dalla persona offesa con l’atto di opposizione la cui ammissibilità è proprio legata all’indicazione «*della investigazione suppletiva e i relativi elementi di prova*» (art. 410, co. 1, c.p.p.). Il che svincola dal tema di indagine del p.m. e ripropone i fondati timore di quella parte autorevole della dottrina, la quale denuncia come il coinvolgimento del giudice nelle fasi iniziali dell’indagine determini un «*inequivocabile orientamento del processo verso schemi inquisitori*»³². A voler sostenere il contrario si scivole-

²⁷ Esempiarmente Corte cost., n. 478 del 1993.

²⁸ Cass., Sez. un., 31 maggio 2005, Minervini, in *Mass. uff.*, n. 231163.

²⁹ Cfr., da ultimo, gli snodi argomentativi di Cass., Sez. un., 28 novembre 2013, P.G. in proc. Leka, in www.archiviopenale.it.

³⁰ GREVI, *Funzioni di garanzia e funzioni di controllo del giudice nel corso delle indagini preliminari*, in *Il nuovo processo penale. Dalle indagini preliminari al dibattimento*, Milano, 1989, p. 34 Ss.

³¹ CARACENI, *Poteri d’ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice penale*, cit., p. 250; CERTOSINO, voce *Giudice (poteri istruttori del)*, in *Dig. Pen.*, cit., VI, Agg., 2011, p. 262.

³² TRANCHINA, *Ruoli naturali ed innaturali del giudice nel nuovo processo penale*, in *Ind. pen.*, 1989, 621.

rebbe verso un'ottusa e irrealistica visione di un processo disegnato nei testi normativi, ma ben lontano dal diritto positivo ove spesso accade che il g.i.p. in sede di archiviazione indichi in modo chiaro gli ambiti dell'investigazione suppletiva al p.m.³³. Insomma, la distonia nel diritto positivo che, oggi più che mai³⁴, non si può più trascurare, deve realisticamente portare ad evidenziare i tratti inquisitori del g.i.p. che utilizzi i poteri previsti dall'art. 409, co. 4.

A differenti epiloghi deve giungersi in relazione all'ordine di formulare l'imputazione ai sensi dell'art. 409, co. 5, c.p.p. ove si è al cospetto di valutazione di ordine processuale non involgente i *merita causae*, e tale quindi da non coinvolgere la neutralità del giudice che si limita esclusivamente a non ritenere superfluo il processo³⁵.

3. Il g.u.p. tra poteri di impulso al p.m. ...

Considerazioni analoghe valgono per l'ordinanza di integrazione delle indagini da parte del giudice per l'udienza preliminare che quando non è in grado di decidere sulla base dei risultati delle indagini precedentemente svolte dal p.m., di quelli delle investigazioni difensive e della documentazione prodotta in udienza, in ragione dell'incompletezza del quadro gnoseologico, «*indica le ulteriori indagini, fissando il termine per il loro compimento e la data della nuova udienza preliminare*» (art. 421-bis, co. 1, c.p.p.). Si tratta di attribuzioni nuove legate all'innovato impianto dell'udienza preliminare costituente la sede deputata per preparare la piattaforma cognitiva e, quindi, ad incentivare l'opzione per forme di definizione del giudizio con alternative procedurali di stampo inquisitorio.

L'*intentio legis* risponde a quella necessità di evitare forme di disattivazione dell'azione penale costituente uno dei primi problemi che l'iniziativa di parte porta seco e limpidamente tracciati dalla Consulta³⁶, ma che inevitabilmente riporta alla contaminazione della purezza del giudice che deve «*vigilare sulla correttezza dell'azione esercitata*»³⁷. Attività che influisce sulla neutralità di giudizio se lo stesso è chiamato a supplire sul piano investigativo alle carenze dell'inquirente. D'altronde la cartina tornasole della padronanza della *quae-*

³³ Esempiarmente, *ex multis*, G.i.p. Forlì, 25 novembre 2011, p.o. in proc. ignoti, in www.archiviopenale.it.

³⁴ V., ad esempio, gli insegnamenti di Cass., Sez. un., 21 gennaio 2010, Beschi, in *Cass. pen.*, 2011, 17.

³⁵ Da ultimo in ordine a questi aspetti DINACCI, voce *Regole di giudizio (dir. proc. pen.)*, in *Dig. Pen.*, cit., Agg., VIII, 2014, in corso di stampa.

³⁶ Corte cost., n. 88 del 1991 e, in tempi più recenti, Id., n. 184 del 2009.

³⁷ VALENTINI REUTER, *Le forme di controllo sull'esercizio dell'azione penale*, Padova, 1994, p. 260; analogamente FERRAIOLI, *Il ruolo di «garante» del giudice per le indagini preliminari*, Padova, 1993, p. 95.

stio decidenda in capo esclusivamente al p.m. è da rinvenire nel potere dello stesso di intervenire sull'imputazione ai sensi dell'art. 423 c.p.p.³⁸.

Ad evitare duplicazioni circa le perplessità relative all'ingerenza del g.u.p. in fatto di prova, deve sottolinearsi come non appaia condivisibile quell'interpretazione secondo cui il potere del giudice in ordine all'integrazione delle indagini involga anche quelle compiute dai soggetti privati secondo la disciplina delle investigazioni previste dalla legge n. 397 del 2000³⁹. L'assunto, benché affascinante, trascura di considerare che l'incompletezza delle indagini deve intendersi riferita a quelle istituzionalmente previste dal legislatore e che competono al solo p.m.⁴⁰, posto che in capo al difensore non vi è alcun obbligo di compiere le investigazioni, trattandosi di una mera facoltà e anche qualora le abbia svolte non necessariamente le stesse devono essere spese sulla ribalta procedimentale e/o processuale, potendo queste risultare nocive per il proprio assistito.

La *quaestio de iure* da risolvere in relazione a questo spaccato di inquisitorialità, consiste nel determinare se il p.m. possa adottare iniziative solipsistiche circa gli ambiti investigativi delineati dal g.u.p. ed in particolare se possa indirizzarsi verso piste antitetiche rispetto a quelle suggerite dal giudice. Ad una parte della letteratura che ha minimizzato il problema ammettendo l'autonomia del p.m.⁴¹, si contrappone altro indirizzo, maggiormente condivisibile, secondo cui il *thema* dell'indagine suppletiva non possa deviare dalle linee guida tracciate dal g.u.p., il quale, proprio ad evitare sconfinamenti, può effettuare un'elencazione tassativa⁴².

3.1. ... ed iniziative probatorie dirette.

Diversa è l'ipotesi prevista dall'art. 422 c.p.p. secondo cui «*il giudice può disporre, anche d'ufficio, l'assunzione delle prove delle quali appare evidente la decisività ai fini della sentenza di non luogo a procedere*». Trattasi della norma involgente i poteri d'ufficio del giudice che più di ogni altra attiene, mi-

³⁸ CARACENI, *Poteri d'ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice penale*, cit., p. 285.

³⁹ POTETTI, *Il principio di completezza delle indagini nell'udienza preliminare e il nuovo art. 421 bis c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2000, 2150.

⁴⁰ La letteratura sul punto è pressoché unanime. *Inter alios*, CARACENI, *Poteri d'ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice penale*, cit., p. 318; DE CARO, *L'integrazione investigativa e probatoria nell'udienza preliminare*, in *Le recenti modifiche al codice di procedura penale*, I, a cura di Kalb, Milano, 2000, p. 417; VARRASO, *Le indagini suppletive ed integrative delle parti*, Padova, 2000, p. 54.

⁴¹ APRILE, SASO, *L'udienza preliminare*, Milano, 2005, p. 156; BARAZZETTA, *Gli snodi processuali: la nuova udienza preliminare e i riti speciali*, in *Ind. pen.*, 2000, 536; BRICCHETTI, PISTORELLI, *L'udienza preliminare*, Milano, 2003, p. 202.

⁴² DE CARO, *L'integrazione investigativa e probatoria nell'udienza preliminare*, cit., p. 419; MAFFEO, *L'udienza preliminare. Tra diritto giurisprudenziale e prospettive di riforma*, Padova, 2009, p. 145.

nandola, alla neutralità del giudice in quanto questi, a differenza che nell'ipotesi prevista dall'art. 421-*bis*, adotta una determinata soluzione in funzione di un preciso risultato, costituito dalla sentenza di cui all'art. 425 c.p.p., mutando nettamente la fisionomia dell'originaria formulazione della norma la quale prevedeva la possibilità per il giudice, qualora si trovasse nell'assoluta impossibilità di decidere sulla base degli atti raccolti dal p.m. durante le indagini, poteva indicare alle parti i temi nuovi o incompleti che riteneva rilevanti per completare il quadro probatorio in vista della decisione mediante la produzione di documenti, l'audizione di testimoni e consulenti tecnici e l'interrogatorio di persone indicate nell'art. 210 c.p.p. Si trattava, in buona sostanza, di un potere di stimolo delle parti, svincolata da un potere di iniziativa. Potere che oggi, al contrario, il giudice possiede e che può essere esercitato nella prospettiva secondo cui le prove assunte appaiano finalizzate *pro reo*.

La dottrina si è interrogata intorno all'inquadramento del potere *ex art.* 422 c.p.p. giungendo ad interpretazioni differenti⁴³. A coloro che ritengono di leggere la norma come complementare rispetto all'art. 421-*bis* – nel senso che quest'ultima sarebbe applicabile ogni qualvolta il g.u.p. ravvisi una totale mancanza di elementi per decidere tanto a favore che contro l'imputato, mentre l'art. 422 assolverebbe a potere residuale, presupponendo un'integrazione solo a favore dell'imputato⁴⁴ – si contrappongono quegli studiosi che parlano in termini di "sussidiarietà interna" il che suggerisce di ritenere che i poteri di cui all'art. 422 c.p.p. vadano attivati solo una volta sperimentato senza successo il potere integrativo di cui all'art. 421-*bis* e qualora il nuovo quadro istruttorio faccia intravedere margine per una sentenza liberatoria⁴⁵. È questo, peraltro, il motivo per cui non è prevista la possibilità per l'imputato di chiedere l'ammissione di prove a discarico in quanto si tratterebbe di ammetterle in funzione già di per sé tale⁴⁶.

Siamo al cospetto anche in questa ipotesi, al pari di quella delineata dall'art. 421-*bis*, di previsioni normative fortemente pregiudicanti la terzietà e l'imparzialità del giudice, ma mentre la prima può celarsi dietro un rapporto dialettico, la seconda determina palesemente una perdita di equidistanza del

⁴³ Per una compiuta ricostruzione in tal senso CERTOSINO, voce *Giudice (poteri istruttori del)*, cit., p. 264 s.

⁴⁴ CARACENI, *Poteri d'ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice penale*, cit., p. 313 e la dottrina ivi citata.

⁴⁵ SCALFATI, *La riforma dell'udienza preliminare tra garanzie nuove e scopi eterogenei*, in *Cass. pen.*, 2000, 2828.

⁴⁶ *Contra* CARACENI, *Poteri d'ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice penale*, cit., p. 314.

giudice dalle parti mediante quel pre-convincimento che lo spinge ad assumere determinate prove in funzione di un risultato che egli prefigura anticipatamente⁴⁷. Per taluno, però, la circostanza che il supplemento di indagine e/o di prove verrebbe a innestarsi in un quadro già delineato dalle investigazioni del p.m. ed eventualmente della difesa, oltre che sui documenti presentati in udienza, impermeabilizzerebbe il g.u.p. da contaminazioni⁴⁸.

Al di là di queste suggestive etichette quel che realmente è importante scongiurare consiste nel fatto che, sotto il falso pretesto di una possibile sentenza di non luogo a procedere, il giudice assuma il predominio della gestione delle prove impedendolo al p.m. anche in quelle ipotesi di “buio totale” che giustificano di operare secondo gli schemi previsti dall’art. 421-*bis*.

4. L’integrazione *iussu iudicis* nel rito abbreviato tra conformità alla Costituzione e apparenti “schizofrenie”.

Partendo dal presupposto che, ad esclusione della nuova ipotesi “condizionata”, il rito abbreviato è un giudizio allo stato degli atti, ogni integrazione probatoria disposta dal giudice si rivela come eccezionale e pertanto non può ritenersi una sorta di diritto alla prova delle parti, altrimenti l’iniziativa del giudice, eventualmente sollecitato dagli antagonisti, snaturerebbe il giudizio in un «*dibattimento camerale*»⁴⁹, riespandendo poteri probatori delle parti ai quali, con l’opzione procedimentale in discorso, hanno rinunciato.

Discorso apparentemente scontato se non fosse per interpretazioni del dato normativo che consentono, talvolta, di ritenere i poteri di cui all’art. 441, co. 5, c.p.p. un *escamotage* per aggirare il rigetto dell’istanza condizionata. Distorsioni applicative che si riscontrano con frequenza nelle aule giudiziarie⁵⁰, e che vengono repressi solo in minima parte.

Si tratta di indirizzo che, da un lato, tende a forzare i principi che governano il giudizio abbreviato (economia processuale e speditezza), ma al contempo risultano ossequiosi del diritto alla prova e dell’esigenza di non trascurare apporti gnoseologici che possano ridurre lo scarto tra verità reale e verità processuale. D’altro canto, i presupposti per le due tipologie processuali mutano: necessarietà ai fini della decisione e compatibilità con le finalità di economia

⁴⁷ Concordemente CARACENI, *Poteri d’ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice penale*, cit., p. 305 s.

⁴⁸ SCALFATI, *La riforma dell’udienza preliminare tra garanzie nuove e scopi eterogenei*, cit., 2829.

⁴⁹ Così, in maniera plastica, PISTORELLI, BRICCHETTI, *Giudizio abbreviato*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, I, *Procedimenti speciali*, a cura di Filippi, Torino, 2008, p. 280.

⁵⁰ PISTORELLI, BRICCHETTI, *Giudizio abbreviato*, cit., p. 278. In giurisprudenza cfr. Cass., Sez. V, 13 marzo 2007, Giuliano, in *Mass. Uff.*, n. 236639.

processuale nell'ipotesi prevista dall'art. 438, co. 5, c.p.p.; necessarietà ai fini della decisione per l'integrazione *iussu iudicis*. Ecco, pertanto, che decisioni apparentemente "schizofreniche" del giudice il quale prima rigetti la richiesta condizionata per insussistenza dei parametri imposti dal legislatore ed in special modo di economicità processuale, e che poi assuma d'ufficio gli elementi di prova necessari per la decisione, rispondono allo spirito delle due norme, ma forse tradiscono l'unità sistematica che deve connaturare tutti i provvedimenti relativi ad un determinato istituto⁵¹. In una prospettiva esclusivamente probatoria, il giudizio abbreviato è un istituto che – a maggior ragione oggi che nella forma semplice è svincolato dal *placet* del p.m. – si fonda su un consenso alla rinuncia alla formazione della prova in contraddittorio in cambio di una piattaforma probatoria (quasi) statica che offre determinate garanzie all'imputato, posto in condizione, al momento in cui presta il consenso, di ponderare attentamente le conseguenze della sua rinuncia a difendersi provando, ragion per cui l'indiscriminato potere del giudice, eventualmente sollecitato dal p.m. ad accrescere il contenuto del paniere probatorio, costituisce una variabile "impazzita" che deve essere regimentata ed utilizzata solo nei casi in cui le prove non consentano al giudice la decisione pur tenendo conto dei canoni decisorii di colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio e dell'obbligo di decidere anche in ipotesi di mancanza, insufficienza o contraddittorietà della prova (art. 530, co. 2, c.p.p.).

Quali allora le ipotesi per un legittimo intervento probatorio da parte del giudice? Va riconosciuto che in effetti quei timori giustamente manifestati dalla dottrina⁵² in ordine all'"abuso" da parte del giudice dei poteri attribuitigli dal co. 5 dell'art. 441, sono stati in gran parte fugati, avendo i giudici, nella maggior parte dei casi, contenuto ed utilizzato *cum grano salis* i poteri probatori d'ufficio. Se, quindi, il parametro per addivenire al giudizio è l'essenza stessa dell'istituto, vale a dire la definibilità allo stato degli atti⁵³, è su questo parametro che occorrerà misurare la possibilità del giudice di intervenire di propria iniziativa o su sollecitazione delle parti. Ed è, a nostro avviso, il medesimo parametro che deve guidare l'organo giudicante nel provvedimento di acco-

⁵¹ In maniera assolutamente condivisibile CANZIO, voce *Giudizio abbreviato*, in *Enc. Dir.*, IV, Agg., Milano, 2000, p. 634, «*la definibilità del processo allo stato degli atti*», pur non configurandosi più come condizione di ammissibilità della richiesta, resta tuttavia il presupposto logico ineludibile del giudizio semplificato».

⁵² MONTAGNA, voce *Giudizio abbreviato*, in *Dig. Pen.*, cit., II, Agg., 2004, 332; NEGRI, *Il «nuovo» giudizio abbreviato: un diritto dell'imputato tra nostalgie inquisitorie e finalità di economia processuale*, in *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, a cura di Peroni, Padova, 2000, p. 486.

⁵³ Esempio nello spiegare i connotati dello "stato degli atti", Cass., Sez. un., 6 dicembre 1992, Di Stefano, in *Giur. it.*, 1993, II, 711.

glimento o di rigetto dell'istanza condizionata. In questo senso il giudice dovrà determinarsi in ordine agli apporti gnoseologici: quando cioè, *rebus sic stantibus*, la piattaforma probatoria lo metta di fronte ad un *non liquet*, non ammesso nel nostro ordinamento. Ed in tal senso dovrà determinare la cifra probatoria necessaria ai fini di "una" (qualsiasi) decisione e non "della" decisione. E si spiega. Non siamo di fronte all'ipotesi di cui all'art. 422 c.p.p., ove il giudice percorre determinati sentieri gnoseologici intravedendo la soluzione del processo con la sentenza di non luogo a procedere. In questo caso, il giudice deve solo colmare la piattaforma probatoria nel senso prospettato dalle parti, con preclusione verso nuovi temi di prova, che possono essere determinati esclusivamente dalle parti⁵⁴ senza possibilità alcuna per solipsistiche iniziative, dovendosi e potendosi attivare solo a fronte di uno stallo probatorio⁵⁵ o anche solo per sciogliere la capacità persuasiva ovvero per valutare l'attendibilità di un determinato mezzo di prova⁵⁶.

La norma di riferimento, anche per la lunga sperimentazione, è senza dubbio l'art. 507 c.p.p. che prevede un intervento probatorio del giudice all'esito dell'istruzione dibattimentale, quando cioè gli antagonisti hanno esaurito i loro strumenti dimostrativi delle tesi probatorie dichiarate ex artt. 468, 493 e 495 c.p.p., e in caso di assoluta necessità. L'art. 441, co. 5, c.p.p. non richiede l'assoluta necessità, ma riteniamo si tratti solo di una sfumatura terminologica che non va ad intaccare la similitudine tra le due norme e la *eadem ratio*⁵⁷.

Se le problematiche intorno all'intervento integrativo del giudice nel giudizio abbreviato semplice risultano appianate, trattandosi semmai di determinarne i limiti, ben diversa è l'ipotesi del modello condizionato. Nei primi commenti⁵⁸, infatti, era stata negata la possibilità di un intervento del giudice sulla prova per ragioni di ordine sistematico legate all'incoerenza tra la possibilità di ammettere un'integrazione probatoria specifica e mirata da parte dell'imputato – che potrà vedersela neutralizzata dal p.m. che gode del diritto all'ammissione

⁵⁴ MANGIARACINA, *I limiti al potere di integrazione probatoria del giudice in sede di giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.*, 2005, 703 ss.

⁵⁵ CANZIO, voce *Giudizio abbreviato*, cit., p. 634.

⁵⁶ MANGIARACINA, *I limiti al potere di integrazione probatoria del giudice in sede di giudizio abbreviato*, cit., 706.

⁵⁷ Anche per l'impossibilità di «graduare il necessario»: BONZANO, *Note critiche sul nuovo giudizio abbreviato*, in *Giur. mer.*, 2000, 745. A medesime considerazioni perviene Cass., Sez. V, 19 dicembre 2005, Simoncelli ed altro, in *Mass. Uff.*, n. 233632.

⁵⁸ AMODIO, *Lineamenti della riforma*, in *Giudice unico e garanzie difensive. La procedura penale riformata*, a cura di Amodio, Galantini, Milano, 2000, p. 36; CATALANO, *Il giudizio abbreviato*, in *Giudice unico e garanzie difensive. La procedura penale riformata*, cit., p. 125; A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, Milano, 2000, p. 490.

alla prova contraria, anche se nel limite del *thema probandum* prescelto – e la possibilità di soggiacere a percorsi probatori scandagliati dal giudice. La tesi, invero, sconta la mancata sperimentazione dell'istituto al momento della sua teorizzazione, successivamente superata da un utilizzo oculato di questi poteri da parte del giudice in quelle ipotesi di *empasse* determinate anche dalla neutralizzazione degli elementi probatori favorevoli all'imputato dalla controprova del p.m. con conseguente incapacità per il giudice di decidere⁵⁹. La possibilità per il giudice di attivarsi con poteri probatori d'ufficio, non implica, di contro, il diritto alla prova per le parti che lo sollecitino in tal senso⁶⁰. Lo stesso è a dirsi in ordine alla prova contraria, nonostante parte della letteratura⁶¹, riprendendo i passaggi argomentativi delle Sezioni unite sull'art. 507⁶², ritenga possibile tale facoltà. Invero la fisionomia stessa del giudizio abbreviato ove, a fronte della richiesta di essere giudicato allo stato degli atti, la parte accetta il rischio di veder mutato il panorama probatorio per gli apporti conoscitivi indotti dal giudice, non dovrebbe precludere tale facoltà in capo alle parti. A nostro avviso, anche in considerazione del tenore dell'art. 111, co. 3, Cost. che prevede in capo all'imputato «*l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore*», non dovrebbero sussistere limitazioni in questa circoscritta prospettiva, dovendo la forma fare aggio sulla sostanza (si pensi, a mo' d'esempio, all'impossibilità di assumere la prova d'alibi⁶³).

5. I poteri istruttori del giudice del dibattimento tra (buoni) propositi legislativi e prassi (devianti).

Le situazioni di inerzia emergenti durante il dibattimento possono essere colmate dal giudice mediante poteri istruttori che gli consentono di indicare alle parti temi di prova nuovi o più ampi (art. 506, co. 1, c.p.p.) o la facoltà per il presidente del collegio, anche su sollecitazione di altro componente, di

⁵⁹ Cass., Sez. II, 18 ottobre 2007, Mirizzi, in *Mass. Uff.*, n. 238833.

⁶⁰ Cass., Sez. V, 7 dicembre 2005, Capezuto, in *Cass. pen.*, 2007, 2558.

⁶¹ AMODIO, *Lineamenti della riforma*, cit., p. 35; BONETTI, *Il giudizio abbreviato*, in *I procedimenti speciali in materia penale*, a cura di Pisani, Milano, 2003, p. 72; MANGIARACINA, *I limiti al potere di integrazione probatoria del giudice in sede di giudizio abbreviato*, cit., 711; ZACCHE, *Il giudizio abbreviato*, Milano, 2004, p. 102. Di diverso avviso, LOZZI, *Giudizio abbreviato e contraddittorio: dubbi non risolti di legittimità costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1090; MONTAGNA, voce *Giudizio abbreviato*, cit., p. 332; SPANGHER, *I procedimenti penali tra razionalizzazione e modifiche di sistema*, in *Il nuovo processo penale davanti al giudice unico*, Milano, 2000, p. 170.

⁶² Cass., Sez. un., 6 novembre 1992, Martin, in *Giur. it.*, 1993, II, 18, secondo cui «*all'ammissione di una nuova prova, a norma dell'art. 507 c.p.p., il giudice non può non far seguire l'ammissione anche delle eventuali prove contrarie*».

⁶³ Sul tema si rinvia per la completezza a CATALANO, *La prova d'alibi*, Milano, 1998; e più di recente, EAD., voce *Prova (canoni di valutazione della)*, in *Dig. Pen.*, IV, Agg., cit., 2008, p. 787 ss.

rivolgere domande direttamente a testimoni, periti, consulenti e persone imputate in procedimento connesso (art. 506, co. 2) ovvero di disporre, in caso di assoluta necessità, l'assunzione, anche di ufficio, di nuovi mezzi di prova (art. 507). Norma quest'ultima, ritenuta di «*cruciale importanza*»⁶⁴ in quanto costituisce la trasposizione della citata direttiva n. 73 della legge-delega e che si pone come strumento in grado di minare la neutralità del giudice rispetto alle parti processuali, anche se la prospettiva ortodossa per qualificare questi interventi è da ravvedersi nella necessità di evitare che venga offuscato il fondamentale valore della conoscenza, vanificandolo per l'inerzia o l'inettitudine delle parti, tali da giustificare un «*atto di straordinaria amministrazione*»⁶⁵ da parte del giudice dibattimentale.

Si tratta comunque di funzione sussidiaria del giudice che presuppone un'attività già svolta dalle parti ed esaurita⁶⁶.

Ma procediamo con ordine.

5.1. I poteri in ordine alla *cross-examination*: dalla completezza della piattaforma probatoria alle interferenze sulla strategia delle parti.

Sicuramente è opportuno distinguere i concetti di temi più ampi rispetto a quelli nuovi. Mentre i primi costituiscono un prolungamento di quanto oggetto della *cross-examination* e quindi il riferimento corre alle circostanze indicate nella lista o a prova contraria; temi nuovi sono quelli che travalicano i confini delle circostanze definite prima dell'inizio dell'istruttoria⁶⁷.

Sicuramente detto potere tende ad interferire su quello dispositivo posto in capo alle parti onde consentire al giudice di esplorare tutte le potenzialità conoscitive che la fonte orale può offrire al processo.

La norma non appare molto chiara sul tempo di intervento del giudice e quindi se ciò debba avvenire all'esito dell'intera istruttoria o, invece, al termine di ciascuna assunzione di prova. Se, da un lato, sarebbe consigliabile adottare la decisione di sondare la fonte orale in relazione a sentieri gnoseologici non totalmente o interamente inesplorati in ragione del quadro complessivo emergente dall'istruttoria (ed è ciò che pare emergere, benché vanificato *in action*, dal tenore del co. 1), poiché diversamente si rischia di interagire con

⁶⁴ CERTOSINO, voce *Giudice (poteri istruttori del)*, cit., p. 269.

⁶⁵ DEAN, *L'escussione ex officio delle fonti di prova dichiarativa nel giudizio penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 136.

⁶⁶ ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in *La prova nel dibattimento penale*, a cura di Ferrua, Grifantini, Illuminati, Orlandi, Torino, 2010, p. 97.

⁶⁷ DE CARO, *Ammissione e formazione della prova nel dibattimento*, in *La prova penale*, a cura di Gaito, II, Torino, 2008, p. 395.

l'architettura strategica impostata dalla parte; dall'altro, ragioni di opportunità ed economia processuale (si pensi al teste già presente in aula) consigliano di procedervi al termine di ogni singola prova.

Il co. 2 dell'art. 506, invece, consente al giudice di porre direttamente domande alla fonte dichiarativa all'esito dell'esame e del controesame. Non viene effettuato alcun riferimento al riesame, ma è ragionevole ipotizzare che si tratti di *lapsus calami* dettato da mancanza di coordinamento, riproposto nella riformulazione della norma con la legge "Carotti"⁶⁸, tra art. 506, co. 2, e art. 498, co. 3, che può tranquillamente essere colmato per via ermeneutica⁶⁹.

All'esito di questa breve analisi della norma si può concludere che se il potere di porre domande secondo la disciplina del co. 2, può essere esercitato al termine di ogni esame incrociato, l'indicazione di temi nuovi o più ampi per risultare in armonia con i principi del processo accusatorio (*id est* principio dispositivo) dovrebbe essere attivato solo al termine dell'istruttoria affinché, come accennato, non interferisca con la strategia delle parti.

Soffermiamoci sulla tipologia di domande esperibili dal presidente. Se dubbi non si pongono in ordine alle domande nocive, sempre vietate, controversa, almeno fino a qualche recente arresto giurisprudenziale⁷⁰, il potere di porre le *cc.dd. leading questions*, vale a dire le domande suggestive – quelle, cioè, che contengono la risposta nella stessa domanda – le quali tendono a guidare l'esaminato verso il postulato assertivo che l'esaminatore intende asseverare e che sono bandite per l'esame in quanto mirano a suffragare o veicolare la tesi favorevole (ma, avallando questa ipotesi, strategicamente potrebbe verificarsi proprio l'esatto contrario: citare un teste avverso per portarlo, mediante l'esame, ad affievolire il suo *narratum* mediante domande suggestive favorevoli alla propria tesi). La finalità euristica dell'esame incrociato consiglia di circoscriverla al solo controesame.

Tornando alla possibilità per il giudice di porre domande suggestive, la dottrina maggioritaria ritiene che questi minino la neutralità del giudicante⁷¹ presupponendo le stesse un atteggiamento conflittuale. L'inevitabile sviluppo della questione porta ad analizzare come inquadrare sul piano sistematico le violazioni del giudice a questi divieti. La soluzione che riporta alle nullità di or-

⁶⁸ Non vi è, infatti, alcuna traccia nei lavori preparatori.

⁶⁹ DEAN, *Il difficile equilibrio tra parti e giudice nell'assunzione della prova dibattimentale mediante l'esame*, cit., 281.

⁷⁰ Tra le più recenti Cass., Sez. III, 18 gennaio 2012, B., in *Arch. pen.*, 2013, 357.

⁷¹ *Inter alios* FERRUA, *La testimonianza nell'evoluzione del processo penale italiano*, in *Studi sul processo penale*, 1992, p. 110; KALB, *Ruolo delle parti e poteri del giudice nello svolgimento dell'esame testimoniale*, in *Dir. pen. proc.*, 200, 1551.

dine generale ex art. 178, co. 1, lett. *b)* e *c)*, c.p.p. francamente non appare convincente, posto che non sono in gioco le prerogative inquisitorie del p.m. o le garanzie difensive dell'imputato, dovendosi piuttosto ritenere che vengano attentate le modalità acquisitive della prova la cui inosservanza impone di espungerne, ai sensi degli artt. 191 e 526 c.p.p.⁷², i risultati dallo scibile processuale.

Da una diversa prospettiva muovono, invece, quegli autori che ritengono che la violazione non attenga alle nullità o all'inutilizzabilità, dovendosi piuttosto parlare in termini di affidabilità/inaffidabilità del risultato⁷³.

5.2. L'assunzione di nuovi mezzi di prova: un limite al potere dispositivo con alti rischi per la neutralità del giudice.

Potere previsto dall'art. 507 c.p.p., norma ritenuta – anche in relazione a quanto previsto dalla direttiva n. 73 della legge-delega – fondamentale per non assolutizzare il potere dispositivo della prova in capo alle parti poiché «*dove una sia indisponibile, l'altro compete in qualche misura al giudice; se no, la res iudicanda dipenderebbe indirettamente dalle parti*»⁷⁴, così come ha affermato la giurisprudenza della Corte costituzionale⁷⁵ e delle Sezioni unite per la quale «*la decadenza delle parti dal potere di richiedere l'ammissione della prova non incide negativamente sul potere di ammissione del giudice: quella che diventa inammissibile a norma degli artt. 468 e 493 non è la prova, ma la richiesta come atto di esercizio del diritto alla prova. L'assoluta necessità richiesta dall'art. 507 può dirsi sussistere quando il mezzo di prova risulti dagli atti del giudizio e la sua assunzione appaia decisiva. Perciò, al giudice non è dato valersi dell'art. 507 per verificare solo una propria ipotesi ricostruttiva sulla base di mezzi di prova non dotati di sicura concludenza; è proprio un'attività di questo genere che potrebbe apparire disarmonica in un processo di parti, non l'assunzione di una prova il cui valore dimostrativo in base agli atti si imponga con evidenza. Le parole "terminata l'acquisizione delle prove" indicano lo stato dell'istruzione dibattimentale in cui l'ammissione delle nuove prove può avvenire: momento iniziale, quindi, e non presupposto per l'esercizio del potere del giudice*»⁷⁶. Indirizzo resistente anche in ordine

⁷² DEAN, *Il difficile equilibrio tra parti e giudice nell'assunzione della prova dibattimentale mediante l'esame*, cit., 281.

⁷³ ZAVAGLIA, *In tema di domande suggestive nell'esame testimoniale condotto dal giudice*, in *Arch. pen.*, 2013, 366, alla quale si rinvia per la ricca ricostruzione effettuata.

⁷⁴ CORDERO, *Codice di procedura penale commentato*, Torino, 1992, p. 611.

⁷⁵ Corte cost., n. 111 del 1993.

⁷⁶ Cass., Sez. un., 6 novembre 1992, Martin, cit.

alla congruenza dei poteri officiosi del giudice con l'equidistanza dalle parti, parametro ora di rango costituzionale (art. 111, co. 2), in quanto «*il potere del giudice di disporre d'ufficio l'assunzione di nuovi mezzi di prova, ai sensi dell'art. 507 c.p.p., può essere esercitato pur quando non vi sia stata precedente acquisizione di prove, e anche con riferimento a prove che le parti avrebbero potuto chiedere e non hanno chiesto, ma sempre che l'iniziativa probatoria sia assolutamente necessaria e miri, pertanto, all'assunzione di una prova decisiva nell'ambito delle prospettazioni delle parti, non essendo consentito, invece, che il giudice possa coltivare un'ipotesi autonoma e alternativa, pena la violazione del basilare principio di terzietà della giurisdizione*»⁷⁷. Assunto successivamente ribadito dalla Consulta: «*vero è che l'esercizio del potere di cui all'art. 507 c.p.p. 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*»⁷⁸.

L'ortodossa latitudine operativa della norma che mira a colmare un'istruttoria dibattimentale incompleta in relazione alle prospettazioni delle parti nella lista e nell'indicazione dei fatti che si intendono provare di cui all'art. 493, co. 1, c.p.p., può avvenire solo al cospetto di precise condizioni e cioè che sia terminata l'istruttoria dibattimentale.

Certo è che posti questi punti fermi non risulta di facile comprensione come gli arresti delle Sezioni unite muovano proprio da situazioni differenti – il “deserto probatorio” – in nome di un principio costituito dalla necessità di colmare un *vulnus* consistente in due situazioni contrapposte. Da un lato, im-

⁷⁷ Cass., Sez. un., 17 ottobre 2006, Greco, in *Guida dir.*, 2007, 2, 78.

⁷⁸ Corte cost., n. 73 del 2010.

pedire la disattivazione dell'esercizio dell'azione penale a causa di negligenze o di deliberate inerzie del titolare della funzione di accusa il quale può essere surrogato dal giudice solo qualora abbia accidentalmente o consapevolmente evitato di sondare ipotesi alternative tali da ricadere negli *standards* probatori codificati, idonei ad imporre la condanna solo qualora la responsabilità dell'imputato sia provata al di là di ogni ragionevole dubbio (arg. ex art. 533, co. 1, c.p.p.)⁷⁹; dall'altro, l'inerzia o l'inefficienza in ordine alla difesa dell'imputato.

In linea con la prima parte dell'argomentazione una frangia della giurisprudenza ha recisamente escluso che i poteri ex art. 507 possano essere utilizzati qualora vi sia una totale inerzia delle parti in quanto «*ricollegandosi l'iniziativa di integrazione probatoria del giudice alla sussistenza di un "principio" di supporto probatorio suscettibile dell'intervento integrativo, 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*»⁸⁰. Interpretazione questa in controcorrente rispetto al primo arresto a Sezioni unite "Martin" del 1992, poi suffragato dalla sentenza "Greco" del 2006.

Vi è un ultimo aspetto da considerare. Secondo i citati precedenti di Consulta e Sezioni unite la prova ammessa ai sensi dell'art. 507 c.p.p. dovrebbe essere connotata dal carattere della novità, inteso non già come mezzo di prova sopravvenuto o scoperto successivamente all'allegazione di cui all'art. 493 c.p.p., ma bensì quale mezzo di prova non precedentemente valutato anche a causa di decadenze in cui le parti siano incorse. Seguendo questa impostazione, che risponde all'esigenza di non lasciare lacune probatorie tanto per le scansioni previste dal codice quanto per eventuali incapacità degli antagonisti, occorre inevitabilmente domandarsi se la parte (non necessariamente i soli p.m. e imputato, ma anche i portatori di interessi extrapenalici) che "subisce" l'ammissione del mezzo di prova possa "reagire" domandando l'ammissione della prova contraria. A nostro avviso, deve offrirsi risposta positiva, nonostante si corra il rischio di cadere in una successiva ipotesi di necessità di integrazione della piattaforma probatoria ai sensi dell'art. 507 c.p.p.

6. Profilassi per un corretto utilizzo dei poteri istruttori.

Per concludere le incursioni *ex officio* del giudice, indipendentemente dalla fase processuale in cui operano (l'eccezione è costituita, per le sue peculiarità,

⁷⁹ CONTI, *Al di là di ogni ragionevole dubbio*, in *Novità su impugnazioni e regole di giudizio*, a cura di Scalfati, Milano, 2006, p. 114.

⁸⁰ Cass., Sez. V, 1° dicembre 2004, P.G. in proc. Canzi, in *Mass. Uff.*, n. 232156.

dal procedimento *post rem iudicatum*), devono svilupparsi sempre nel solco degli itinerari gnoseologici seguiti dalle parti (c.d. intervento integrativo), evitando quindi di assurgere ad autonoma via di indagine conoscitiva (c.d. intervento suppletivo), posto che i poteri probatori del giudice devono indirizzarsi verso la decisione e giammai verso la conferma o la smentita di una tesi.

È questa la ragione per bandire, nel contesto dell'art. 506, co. 2, c.p.p., la possibilità per il giudice di porre domande suggestive posto che, come già sottolineato, si rischia di invadere con vigore gli spazi riservati alle parti. Solo in tal modo si eviterà di intaccare il corredo costituzionale del giudice che deve essere neutrale verso le parti e verso la regiudicanda.

In una parola, il giudice per poter intervenire sul piano probatorio deve trovarsi nell'impossibilità di adottare una decisione allo stato degli atti, anche se è ben possibile che una prova, soprattutto se adottata su sollecitazione di parte, giovi all'istante⁸¹.

Qualora si deroghi a queste coordinate si rischia di scivolare verso un metodo euristico ove *male captum est bene retentum* e che postula l'indifferenza dei mezzi rispetto al fine della prova. D'altronde, come ricordava Pascal, la forma ha inevitabili riflessi sulla sostanza: «*i nostri magistrati hanno ben compreso questo mistero. Le loro toghe rosse, gli ermellini in cui si avvolgono come gatti impellicciati, i palazzi dove rendono giustizia, i fiordalisi, tutto quell'angusto apparato è più che necessario*»⁸².

⁸¹ Cfr., da ultimo, in relazione ai profili di contrasto con la terzietà del giudice intervenuto ai sensi dell'art. 507 c.p.p., Corte cost., n. 73 del 2010.

⁸² PASCAL, *Pensée* (1669), trad. it. di Serini, *Pensieri*, Torino, 1992, p. 117.