

ANTICIPAZIONI

FILIPPO RAFFAELE DINACCI

**L'art. 190-bis c.p.p.:
«controriforma» del diritto probatorio**

SOMMARIO: 1. I limiti del diritto alla prova come «restaurazione» ideologica. - 2. Le frizioni costituzionali. - 3. Il quadro normativo «differenziato». - 4. Le aporie di disciplina. Verso un tentativo di interpretazione «adeguata». - 5. L'azione giurisprudenziale verso una dilatazione della disciplina: il mutamento del giudice. - 6. Il 190-bis tra rimessione e ricasazione. - 7. Conclusioni.

1. I limiti del diritto alla prova come «restaurazione» ideologica

L'art. 190-bis c.p.p. dispone che, per alcuni reati specificatamente enunciati, «*l'esame di un testimone e di una delle persone indicate nell'art. 210*» è ammesso «*solo se riguarda fatti e circostanze diversi da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni ovvero se il giudice o una delle parti lo ritengano necessario sulla base di specifiche esigenze*», purché quelle persone abbiano già reso «*dichiarazioni in sede di incidente probatorio o in dibattimento nel contraddittorio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni medesime saranno utilizzate ovvero dichiarazioni i cui verbali sono stati acquisiti a norma dell'art. 238 c.p.p.*».

Si è al cospetto di una limitazione del diritto alla prova che condiziona le metodiche di conoscenza sottraendole alle logiche confutazioniste tipiche del contraddittorio.

La regola non è altro che espressione di quella tendenza culturale ad accentuare lo scopo finalistico del processo indipendentemente dai modi in cui lo stesso si persegue¹. E ciò, occorre rimarcarlo, si pone in controtendenza con i principi dell'ordinamento, oltre che con i «segnali» costituzionali². La situazione risulta particolarmente rilevante nella misura in cui incide sulle metodiche di conoscenza giudiziale. Queste, infatti, per la prima volta, non sono disciplinate solo negli aspetti regolamentari, prevedendosene un'organica trattazione in apposito titolo dedicato alle disposizioni generali³. Il rilievo non ha solo un valore sistematico, ma è indice del fatto che le regole in quella sede

¹ Sul tema cfr., volendo, DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008, 22.

² Come si avrà modo di specificare nel testo, la limitazione contenuta nell'art. 190-bis c.p.p. si pone in termini di frizione rispetto al sistema di regole di un processo cognitivo che risulta presidiato da specifici «comandi», contenuti negli artt. 3, 24 e 111 Cost.

³ Sull'argomento v. GREVI, *Prove*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di Conso, Grevi, Padova, 2006, 289.

dettate, incluse le forme probatorie, sono quelle valutate dal legislatore come le più idonee a conseguire il più genuino dato conoscitivo. In sostanza quel che si accoglie sul piano ordinamentale non è un sistema probatorio “onnivoro”⁴, ma una concezione dialettica della prova in forza della quale la “conoscenza” non può prescindere dalle «modalità di formazione, dai soggetti che potranno intervenire e dalla qualità giurisdizionale della procedura»⁵. Ne deriva che i metodi probatori non costituiscono un mero strumento tecnico indipendente dai valori⁶ e, comunque, sono predisposti per garantire un risultato conoscitivo il più rispondente possibile alla realtà. In tale contesto, la previsione di metodi di conoscenza differenziati non può che generare disagi nella misura in cui, a tacere d’altro, le diverse forme probatorie non solo incidono sulla linearità gnoseologica, ma producono risultati conoscitivi potenzialmente diversi anche nei contenuti. Tale considerazione evidenzia il rischio di pervenire ad una “giustizia differenziata”; circostanza che rileva ancor di più ove si consideri che l’eventualità prospettata opera per categorie di reato. In tal modo però, si giunge al tradimento dell’uguaglianza processuale in omaggio ad un principio di semplificazione e speditezza o, se si vuole, di sicurezza sociale, che può costituire un valore laddove non deroghi alle regole di garanzia del processo che ne costituiscono la «buona coscienza»⁷.

⁴ Così, MARZADURI, *Appunti sulla riforma costituzionale del processo penale*, in *Scritti in onore di Antonio Cristiani*, Torino, 2001, 46.

⁵ In tal senso, NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, 11. Sul tema, cfr. pure A. GAITO, *Il procedimento probatorio nell’evoluzione della giurisprudenza europea, Procedura penale e garanzie europee*, a cura di A. Gaito, Torino, 2006, 48.

⁶ Sul punto cfr. DE LUCA, *La cultura della prova e il nuovo processo penale*, in *Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale, Studi in onore di Giuliano Vassalli*, Milano, II, 1991, 184; si vedano altresì le acute considerazioni di GIULIANI, voce *Prova (filosofia)*, in *Enc. Dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 522 e 523, secondo il quale, storicamente parlando, per quasi due millenni il campo del dominio della verità è stato conteso fra la logica e l’etica. Pertanto il problema tecnico del processo sul tema della prova sfocia in quello etico, nel senso che il problema della verità non riguarda solo la conoscenza del fatto controverso ma anche la condotta delle parti.

⁷ Correttamente si è posto in luce come non bisogna incorrere nell’errore del richiamo all’efficienza del processo quale valvola a giustificazione di scelte legislative dirette ad assegnare ad alcuni istituti «eccentrici compiti di prevenzione e di lotta alle forme più insidiose e violente del crimine. L’efficienza viene contrabbandata, cioè, come criterio funzionale al conseguimento della “certezza della pena”, quale risultato della “celerità” del processo, sull’erroneo implicito presupposto di considerare “presunto colpevole” la persona sottoposta a giudizio; tanto in evidente contrasto con l’opposta previsione dell’art. 27, co. 2, Cost. che, viceversa, come è noto, ancora il trattamento e la regola di giudizio che devono caratterizzare l’accertamento processuale alla presunzione di non colpevolezza del soggetto sino alla condanna definitiva. Di qui il ricorso al principio della ragionevole durata del processo introdotto dal nuovo art. 111, co. 2, Cost., in funzione di grimaldello politico-dogmatico in grado di ridimensionare le garanzie processuali difensive di rango costituzionale, che appesantirebbero la speditezza e, quindi, l’efficienza dell’accertamento processuale». Così, con la consueta chiarezza, BARGI, *La ragionevole durata del processo tra efficienza e garanzia*, in *Processo penale e Costituzione*, a cura di Dinacci, Milano, 2010, 470.

2. Le frizioni costituzionali

I rilievi formulati non risultano superabili nemmeno alla luce della tipologia dei reati inclusi nella disciplina di cui all'art. 190-*bis* c.p.p. La gravità del reato e delle sue eventuali conseguenti sanzioni non giustificano un abbassamento dei diritti difensivi e, ancor meno, la creazione di un modello probatorio in grado di ripercuotersi sui risultati dell'accertamento.

E, in tale impostazione ideologica, lo schema dell'art. 190-*bis* c.p.p. è davvero poco comprensibile e costituisce un antigene del sistema anche sul piano costituzionale. Quel che maggiormente sorprende non è tanto l'introduzione della disciplina derogatoria dell'art. 190-*bis* c.p.p.⁸, quanto la sua "resistenza" in un ordinamento il quale ha fatto del diritto alla prova e del principio dispositivo in tema di prova il suo asse portante che vede in tali principi l'estrinsecarsi del metodo della giurisdizione presidiato dai valori costituzionali espressi dagli artt. 3, 24 e 111 della Carta dei valori.

E non è un caso che le questioni di legittimità costituzionale siano state ritenute manifestamente infondate dalla Corte di cassazione, che non ha inteso rimettere gli atti al Giudice delle leggi sul presupposto che il particolare regime disciplinato nell'art. 190-*bis* c.p.p. «si giustifica per l'esigenza di prevenire l'usura delle fonti di prova»⁹ e «il pericolo della loro intimidazione»¹⁰.

Pur prendendosi atto che l'organo nomofilattico rafforza la sua decisione col rilievo che le dichiarazioni del soggetto di cui non si autorizza la citazione provengono da «persona già debitamente esaminata e controesaminata dal soggetto nei cui confronti saranno utilizzate»¹¹, si deve constatare che il giudizio di «manifesta infondatezza» poggia su considerazioni di politica criminale che risultano assai differenti da quelle che era lecito aspettarsi: e cioè i profili di compatibilità della disposizione normativa con i precetti costituzionali. Emerge quindi, sul piano operativo, un istinto di conservazione della norma; istinto che è stato manifestato anche all'indomani della introduzione del giusto processo e, dunque, della presa di consapevolezza che il contraddittorio costituisce un «metodo di conoscenza»¹² derogabile solo nelle ipotesi eccezzua-

⁸ Si pensi ai gravi fatti di mafia che hanno originato l'introduzione della norma con D.L. 8 giugno 1992, n. 306, convertito in L. 7 agosto 1992, n. 356.

⁹ Cfr. Cass., Sez. VI, 18 giugno 2003, Cottone, in *Cass. pen.*, 2005, 906.

¹⁰ V. Cass., Sez. I, 16 giugno 2001, Bagarella, in *Cass. pen.*, 2002, 3502.

¹¹ In tal senso, Cass., Sez. VI, 18 giugno 2003, Cottone, cit.

¹² Cfr. Corte cost., n. 32 del 2002, in *Giur. cost.*, 2002, 280; Id., n. 36 del 2002, *ivi*, 2002, 324-325; v. anche Id., n. 473 del 2002, *ivi*, 2002, 3965; Id., n. 453 del 2002, *ivi*, 2002, 3736-3737; Id., n. 396 del 2002, *ivi*, 2002, 2899; Id., n. 365 del 2002, *ivi*, 2002, 2725. Sul tema in generale, si rimanda alle considerazioni di MAZZA, *Le deroghe costituzionali al contraddittorio per la prova*, in *Il garantismo al tempo del giusto processo*, a cura di Mazza, Milano, 2011, 3.

tive contemplate dall'art. 111, co. 5, Cost.

Eppure, anche dopo la riforma intervenuta con L. 1 marzo 2001, n. 63, l'art. 190-*bis* c.p.p. continua a mantenere immutati i profili di disallineamento col sistema costituzionale. Si registra, anzi, la sua estensione operativa a reati diversi da quelli di mafia¹³.

3. Il quadro normativo «differenziato»

Deve quindi constatarsi la perdurante limitazione del diritto alla prova con riferimento all'esame di un «testimone o di una delle persone indicate dall'art. 210 c.p.p.» se «hanno già reso dichiarazioni in sede di incidente probatorio o in dibattimento nel contraddittorio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni medesime saranno utilizzate ovvero dichiarazioni i cui verbali sono stati acquisiti a norma dell'art. 238 c.p.p.». In tali evenienze, «il diritto di difendersi provando»¹⁴ è riconosciuto solo se l'esame attiene a «fatti o circostanze diversi da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni ovvero se il giudice o taluna delle parti lo ritengono necessario sulla base di specifiche esigenze». La disposizione relega il diritto alla prova su cui si basa il principio dispositivo e la concretezza operativa del diritto di difesa a mera facoltà rimessa alla valutazione del giudice ancorata, peraltro, a parametri non ben determinabili. In tale prospettiva, e nella misura in cui è possibile acquisire verbali di dichiarazioni rese innanzi ad altro giudice, si palesa la deroga ai principi di oralità e immediatezza, arrivandosi a capovolgere la sequenza conoscitiva prevista dall'art. 511, co. 2, c.p.p. in forza del quale la lettura dei verbali contenenti dichiarazioni è consentita solo dopo l'escussione dibattimentale di chi le ha rese. In tal modo viene data prevalenza alla documentazione scritta rispetto all'escussione orale¹⁵. Né pare che tale scelta legislativa possa ricondursi ad armonia con i principii sul rilievo secondo cui le dichiarazioni acquisite dal dichiarante sono state rese osservando quei «limiti soggettivi» imposti dalla norma e, quindi, garantendo comunque il contraddittorio e la partecipazione alla formazione della prova del soggetto cui quelle dichiarazioni si rife-

¹³ Attualmente la disciplina derogatoria dell'art. 190-*bis* c.p.p. trova operatività, a seguito delle modifiche ampliative introdotte con l. 3 agosto 1998, n. 269 e l. 6 febbraio 2006, n. 38, oltre che ai reati di cui all'art. 51, co. 3-*bis*, c.p.p., anche alle fattispecie di cui agli artt. 600-*bis*, co. 1, 600-*ter*, 600-*quater*, c.p. sebbene relative al materiale pornografico di cui all'art. 600-*quater* 1, 600-*quinqüies*, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*quinqüies*, 609-*octies*, c.p. se l'esame richiesto riguarda un testimone minore degli anni sedici.

¹⁴ La felice espressione è di VASSALLI, *Il diritto alla prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, 3.

¹⁵ In tale direzione cfr. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, FERRUA, GRIFANTINI, ILLUMINATI, ORLANDI, *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 2007, p. 87.

riscono. Basti pensare che il contraddittorio si sviluppa su un tema di prova che l'art. 187 c.p.p. vuole perimetrato dalla imputazione. Se, dunque, i verbali attentano ad una diversa contestazione, non può ritenersi integrato il contraddittorio, ma solo un simulacro dello stesso.

Il rilievo risulta ancor più "centrato" avuto riguardo ai verbali assunti in incidente probatorio. E ciò non solo perché solitamente l'istituto trova applicazione in indagini preliminari e, quindi, in una fase in cui l'addebito è fluido, ma anche per i limiti di conoscenza degli atti investigativi. Non deve infatti sfuggire che l'obbligo, per il pubblico ministero, di depositare unitamente alla richiesta di incidente probatorio tutti gli atti di indagine compiuti è prescritta dall'art. 392, co. 2-*bis*, c.p.p. soltanto nel caso di incidente probatorio relativo alla testimonianza di soggetto infrasedicenne limitatamente alle fattispecie di reato di cui all'art. 392, co. 1-*bis*, c.p.p.¹⁶.

A ciò aggiungasi che il giudice chiamato a valutare quella prova risulta diverso da quello che l'ha acquisita. La situazione, se paragonabile al meccanismo di acquisizione di verbali di prova di altro procedimento¹⁷, ne evidenzia la diversità di disciplina laddove l'art. 238, co. 5, c.p.p., ad eccezione delle ipotesi contemplate dall'art. 190-*bis* c.p.p., in ogni caso fa salvo il diritto della parte ad ottenere la citazione di soggetti che hanno rilasciato le dichiarazioni acquisite da altro procedimento.

4. Le aporie di disciplina. Verso un tentativo di interpretazione «adeguata»

La negazione di un diritto alla citazione, prevista nell'art. 190-*bis* c.p.p., rileva nella misura in cui è derogabile solo se la citazione stessa riguarda fatti o circostanze diversi da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni ovvero se il giudice o le parti la ritengono «necessaria» sulla base di «specifiche esigenze».

Il richiamo a fatti o circostanze diverse potrebbe condurre a riconoscere un diritto alla citazione ogniqualvolta le precedenti dichiarazioni provengono da altro procedimento. Tuttavia, il riferimento linguistico a «fatti o circostanze» e la scarsa attenzione operativa ai limiti derivanti dal principio di pertinenza offrono lo spunto per una "restrizione" del diritto alla citazione.

Residua, allora, il requisito della «necessarietà» qualificato da «specifiche esigenze». E qui l'opzione legislativa si segnala per forti incongruenze ed illogicità. L'evocazione di un parametro normativo sovrapponibile a quello previsto all'art. 507 c.p.p. appare del tutto irrazionale nella misura in cui il criterio re-

¹⁶ Cfr. Cass., Sez. VI, 29 settembre 2008, C.G., in *Mass. Uff.*, n. 241625 laddove precisa come la differente disciplina rispetto agli altri casi di incidente probatorio si giustifichi in ragione del fatto che le dichiarazioni del soggetto minore degli anni sedici subiscono i limiti dell'art. 190-*bis* c.p.p.

¹⁷ Anche nell'art. 238 c.p.p. si richiede il rispetto del limite soggettivo e, cioè, la partecipazione in termini di contraddittorio alla formazione della prova di altro procedimento acquisita nel processo *ad quem*.

strittivo dell'ammissione della prova opera con riferimento ai poteri officiosi del giudice ed in una fase avanzata, se non conclusiva, dell'istruttoria dibattimentale. In una fase, cioè, in cui la conoscenza di gran parte dei risultati probatori consente una valutazione di necessità della prova. Situazione questa, non trasponibile nella fase in cui opera l'art. 190-*bis* c.p.p. Qui il giudice ha una visione limitata del materiale probatorio, potendo conoscere solo gli atti contenuti nel fascicolo del dibattimento al momento della richiesta di prove¹⁸. Peraltro, il requisito della necessità risulta rafforzato da «specifiche esigenze» per far valere le quali la parte che intende richiedere la citazione del testimone o dell'imputato di reato connesso deve obbligatoriamente anticipare i contenuti dell'auspicato risultato probatorio svelando, in tal modo, se non le domande, quantomeno il percorso contenutistico dell'esame.

Al di là di tale non marginale profilo, che determina una sorta di dazio per l'esercizio del diritto alla prova, il requisito di ammissione risulta «formalmente rigoroso ma dai contorni tutt'altro che definiti»¹⁹ e finisce per attribuire al giudice un potere «incontrollato e soggettivo»²⁰.

Del resto, a fronte di dichiarazioni rese da un soggetto, qualsiasi parte processuale voglia tentare di «cavargli parole di senso diverso, sullo stesso tema, l'escussione non è mai superflua»²¹.

Ogni diversa soluzione negherebbe la logica confutazionista del contraddittorio. Ed anzi, in tale modello di conoscenza, la possibilità di mettere a prova di resistenza una tesi di ricostruzione storica, implica in sé il requisito della «necessarietà» combinato alle «specifiche esigenze».

Una tale interpretazione, seppure la più corretta ed imposta da un allineamento costituzionale, farebbe venire meno il senso dell'esistenza della norma. Ma non è stata questa la scelta legislativa ribadita anche all'indomani della modifica dell'art. 111 Cost.; circostanza indicativa della volontà di «custodire» la disciplina che, quindi, può essere annullata non sul piano di una avvertita esigenza di interpretazione conforme, ma solo con un intervento censorio della Corte costituzionale. Tuttavia, si è visto come sul tema pesino istinti di «conservazione» che non consentono l'accesso al sindacato del Giudice delle leggi²².

¹⁸ Sul tema cfr. RIVELLO, *Art. 190-bis*, in *Comm. C.p.p.*, coordinato da Chiavario, App. II, Torino, 1993, 70.

¹⁹ Così, UBERTIS, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Torino, 1995, 72.

²⁰ In questi termini, GAROFOLI, *Artt. 190 e 190-bis c.p.p.: dal metodo della giurisdizione al sistema del doppio binario*, *Dir. pen. proc.*, 2008, 945.

²¹ Così, CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2006, 621.

²² Il riferimento è a quei provvedimenti di manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale adottati da Cass., Sez. VI, 18 giugno 2003, Cottone, cit.; Id., Sez. I, 16 giugno 2001, Bagarella, cit.

Non resta quindi che operare, allo stato, in una prospettiva esegetica diretta a limitare le frizioni con il dato costituzionale. In una simile linea metodologica potrebbe sostenersi che l'incompletezza o la contraddizione del quadro probatorio giustifichi un diritto alla citazione del dichiarante²³.

La situazione, però, mal si concilia con la fase della richiesta prove.

In quella sede vi è l'impossibilità per il giudice di esprimersi sull'incompletezza del materiale probatorio. Cosa diversa è il giudizio sulla contraddizione nella misura in cui è limitato a quei verbali di dichiarazioni che, ai sensi dell'art. 190-*bis* c.p.p., fanno regredire il diritto alla prova ad un mero *ius postulandi*. Ma, anche tale eventualità espone la parte all'anticipazione di un "contraddittorio argomentativo" sulle dichiarazioni rese dal teste o dall'imputato di reato connesso che necessariamente condiziona i risultati dell'esame.

Comunque, in attesa che si ritrovi la stella polare del costituzionalismo dei valori, in un'ottica di contenimento dei danni, non è azzardato ipotizzare la necessità di un nuovo esame della dichiarazione ogniqualvolta sorga un dubbio sulla dichiarazione precedentemente resa, «sull'attendibilità del dichiarante, ovvero sia necessario colmare lacune o verificare imprecisioni e incongruenze»²⁴. La conclusione sembra abbia ricevuto il consenso giurisprudenziale laddove si è affermato che «la parziale reticenza del testimone che abbia già reso, nel contraddittorio delle parti, dichiarazioni in sede di incidente probatorio o in dibattimento» può consentire un nuovo esame purché «siano indicati gli elementi in base ai quali può ritenersi probabile il superamento delle lacune»²⁵. Nella consapevolezza che si tratta di soluzione palliativa non resta che prendere atto dell'opacità di un dato legislativo completamente disallineato rispetto alla Carta dei valori.

5. L'azione giurisprudenziale verso una dilatazione della disciplina: il mutamento del giudice

La conclusione riveste particolare "pregnanza" a fronte di soluzioni giurisprudenziali tendenti ad allargare i profili operativi dell'art. 190-*bis* c.p.p.

Infatti, nonostante la rubrica della disposizione normativa dal titolo «Requisiti della prova in casi particolari» evidenzia la volontà di limitare il criterio di disciplina solo alle ipotesi ivi contemplate, si è affermato che «la disciplina det-

²³ In tale prospettiva, SCALFATI, SERVI, *Premesse sulla prova penale*, in *Trattato di procedura penale*, II, tomo I, a cura di Scalfati, Torino, 2009, 39.

²⁴ Così MONTAGNA, *I requisiti della prova in casi particolari: art. 190-bis c.p.p.*, in *Il «doppio binario» nell'accertamento dei fatti di mafia*, a cura di Bargi, Torino, 2013, 735; già negli stessi termini, ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, cit., 89.

²⁵ Così Cass., Sez. III, 8 aprile 2010, P.G. e altri, in *Mass. Uff.*, n. 247190.

tata dall'art. 190-*bis* c.p.p. secondo la quale l'esame di soggetti i quali ebbero già reso dichiarazioni acquisite in sede di incidente probatorio o in dibattimento, ovvero acquisite ai sensi dell'art. 238 c.p.p., può avere luogo solo in presenza di determinate condizioni, trova applicazione – non trattandosi di norma qualificabile come eccezionale – anche nel caso di dichiarazioni rese nell'ambito del medesimo procedimento dinanzi a giudice al quale sia poi subentrato altro giudice con conseguente necessità di rinnovazione del dibattimento»²⁶.

L'orientamento giurisprudenziale genera perplessità sotto più ordini di profili. A parte l'evidente forzatura interpretativa di voler considerare come non eccezionale una disposizione che, *expressis verbis*, è definita come tale, suscita difficoltà ermeneutica anche il testo di legge. In quella sede, infatti, se è vero che il riferimento all'incidente probatorio e al dibattimento nella misura in cui è posto in alternativa ai verbali acquisiti *ex art.* 238 c.p.p. rafforza l'idea che i verbali di dichiarazioni rese in incidente probatorio e in dibattimento abbiano riguardo al medesimo procedimento, è anche vero che in tale prospettiva risulta privo di logica l'ulteriore requisito che tali dichiarazioni siano rese «nel contraddittorio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni medesime saranno utilizzate». Se il procedimento è il medesimo, è ovvio che la persona nei cui confronti i verbali saranno utilizzati, e cioè l'imputato, ha partecipato in via diretta o tramite il difensore alla formazione della prova. Si tratta, evidentemente, di una «svista» legislativa che, se mina la logicità della regola, non pare consentire soluzioni interpretative diverse.

Comunque, pur riferendo i verbali di dichiarazioni rese in incidente probatorio o in dibattimento al medesimo procedimento, la trasposizione dei limiti dell'art. 190-*bis* c.p.p. nell'ipotesi di diversa composizione del collegio giudicante è operazione non consentita. E ciò non solo sulla base di una volontà legislativa che esprime un limitato campo operativo della norma, ma anche in ragione del fatto che la violazione dell'immutabilità del giudice determina, ai sensi dell'art. 525 c.p.p., una nullità assoluta. Ed allora, la diversa soluzione adottata in sede giurisprudenziale «tratta» l'art. 190-*bis* c.p.p. come una deroga all'art. 525 c.p.p. ma, costituendo una deroga relativa ad una nullità assoluta, lo stesso è chiamato ad operare come una sorta di sanatoria preventiva. Ma, come è noto, non è questa la caratteristica della sanatoria²⁷ e, soprattutto, non è sanabile ciò che l'art. 179 c.p.p. qualifica «insanabile».

Il rilievo svela la forzatura giurisprudenziale che risiede nel non volere accettare che i limiti probatori dell'art. 190-*bis* c.p.p. operano solo con stretto rife-

²⁶ In questi termini, Cass., Sez. VI, 20 aprile 2005, Aglieri ed altri, in *Mass. Uff.*, n. 233087.

²⁷ Sul tema si rimanda a CONSO, *Il concetto e le fattispecie di invalidità*, Milano, 1972, p. 33.

rimento alle ipotesi in quella sede disciplinate²⁸. E non è un caso, quindi, che l'estensione giurisprudenziale dell'art. 190-*bis* c.p.p. si pone in linea di conflitto con quella decisione del massimo organo nomofilattico che, con riferimento all'art. 525, co. 2, c.p.p., sul presupposto che «la norma in esame tende ad assegnare alla lettura una funzione integrativa dell'escussione della prova orale che sia stata ammessa su richiesta delle parti» ha differenziato l'ipotesi in cui nessuna delle parti ripropone la richiesta di ammissione della prova assunta in precedenza – e allora si deve ritenere che, non avendo alcuna parte esercitato la facoltà di nuova richiesta di prove, il giudice possa d'ufficio disporre la lettura delle dichiarazioni precedentemente raccolte nel contraddittorio delle parti e inserite legittimamente negli atti dibattimentali – dall'evenienza in cui l'ammissione della prova sia nuovamente richiesta. In tal caso è da escludere che il giudice, laddove decide di ammetterla «ai sensi degli articoli 190 e 495 c.p.p. abbia il potere di disporre la lettura delle dichiarazioni raccolte nel dibattimento precedente, alla quale non consentano entrambe le parti, senza previo riesame del dichiarante»²⁹.

Tale operazione ermeneutica può, allo stato, essere accreditata come diritto vivente³⁰, e comunque rafforzata da quell'intervento della Corte costituzionale la quale ha ribadito che alla parte è riconosciuto «il diritto all'assunzione della prova davanti al giudice chiamato a decidere». Tale diritto si raccorda, almeno per quanto riguarda l'imputato, anche alla garanzia prevista dall'art. 111, co. 3, Cost. nella parte in cui riconosce alla «persona accusata di un reato ... la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico» e «di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa»³¹.

In tale quadro costituzionale si inserisce l'art. 525 c.p.p. con la necessità della rinnovazione dell'istruttoria in caso di mutamento del giudice.

La *ratio* della norma «non si richiama, dunque, ad una presunta incompletezza o inadeguatezza della originaria escussione, ma si fonda sulla opportunità di mantenere un diverso e diretto rapporto tra giudice e prova, particolarmente quella dichiarativa, non garantito dalla semplice lettura dei verbali; vale a dire la diretta percezione, da parte del giudice deliberante, della prova stessa nel momento della sua formazione, così da poterne cogliere tutti i connotati

²⁸ Nella medesima direzione cfr. Corte cost., n. 67 del 2007.

²⁹ Cfr. Cass., Sez. un., 15 gennaio 1999, Iamasso, in *Cass. pen.*, 1999, 1429 e 2494, dove si è osservato come tale interpretazione sia imposta dal carattere eccezionale delle norme che, deviando dai principi di oralità e immediatezza del processo, derogano al generale divieto di lettura (art. 514 c.p.p.) dei verbali delle dichiarazioni non raccolte dal giudice stesso che deve deliberare.

³⁰ Così RENON, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale a seguito di mutamento del giudice nel prisma della giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2011, 3333.

³¹ Così, Corte cost., n. 205 del 2010.

espressivi, anche quelli di carattere non verbale, particolarmente prodotti dal metodo dialettico dell'esame e del controesame; connotati che possono rivelarsi utili nel giudizio di attendibilità del risultato probatorio, così da poterne poi dare compiutamente conto nella motivazione»³².

Se nelle altre pronunce sull'art. 525 c.p.p. la Corte si era limitata a ricordare la definizione del principio di immediatezza quale requisito «connaturale alla stessa essenza del processo, che esige, salve le deroghe espressamente previste dalla legge, l'identità tra il giudice che acquisisce le prove e quello che decide»³³, con la sentenza n. 205 del 2010 ne viene valorizzata l'essenza, il legame con il co. 3 dell'art. 111 Cost. («davanti al giudice»), e viene espressamente enucleato «il diritto all'assunzione della prova davanti al giudice chiamato a decidere».

E sul punto non è un caso che le Sezioni unite, a fronte del mutamento della composizione del giudice, impongano la rinnovazione della serie dalla dichiarazione di apertura del dibattimento³⁴. Ciò a dimostrazione del fatto che la nullità sancita dall'art. 525, co. 2, c.p.p. travolge tutta l'attività compiuta dal giudice poi modificato³⁵.

Del resto, se è vero che la riforma dell'art. 111 Cost. non ha ripreso la locuzione varata dalla Commissione bicamerale per le riforme costituzionali in cui all'art. 130 si prevedeva che «la giurisdizione si attua mediante giusti processi regolati dalla legge, ispirati ai principi dell'oralità, della concentrazione e dell'immediatezza», è pur vero che, ai fini in questione, l'affermazione secondo cui è garantita all'imputato «la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o fare interrogare le persone che rendono dichiarazioni» risulta ancora più chiara dell'intento del legislatore di includere l'immediatezza nel presidio costituzionale. Basti pensare che laddove l'art. 130 della Commissione bicamerale ritiene che il «giusto processo» debba «ispirarsi», tra gli altri, al principio di immediatezza, l'art. 111 Cost. prevede espressamente la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o far interrogare. L'utilizzo grammaticale della preposi-

³² Cfr. ancora Corte cost., n. 205 del 2010, la quale prosegue osservando che «è ben vero che l'anzidetto diritto della parte alla nuova audizione non è assoluto, ma "modulabile" (entro limiti di ragionevolezza) dal legislatore: nei ricordati precedenti, questa Corte ha fatto, in effetti, riferimento alla possibilità che il legislatore introduca "presidi normativi volti a prevenire il possibile uso strumentale e dilatorio" del diritto in questione (ordinanze n. 318 del 2008 e n. 67 del 2007); mentre la stessa Corte di Strasburgo ha riconosciuto che esso ammette eccezioni; [...] ciò non toglie, tuttavia, che il riesame del dichiarante, in presenza di una richiesta di parte, continui a rappresentare la regola: il che priva di ogni validità la ricordata convinzione del rimettente, riguardo al fatto che "i tempi [siano] maturi" per l'accoglimento della questione di costituzionalità proposta».

³³ V. Corte cost., n. 399 del 2001, in *Giur. cost.*, 2001, 3888.

³⁴ Cass., Sez. un., 15 gennaio 1999, Iannasso, cit.

³⁵ Basti pensare, come si specificherà *infra*, § 6, che il vizio dell'atto non attiene solo alla decisione, ma a tutti gli atti compiuti dal giudice poi sostituito.

zione articolata «al» in contrapposizione a quella indeterminata del comma secondo (davanti «a» giudice terzo e imparziale) rende ragione del fatto che il giudice davanti al quale si può esercitare il diritto di interrogare o far interrogare è «il» giudice investito del potere di decisione³⁶.

Inoltre, mentre nel testo varato dalla Commissione bicamerale l'immutabilità è invocata come principio a cui il legislatore deve "ispirarsi", nell'attuale testo costituzionale la facoltà di interrogare e fare interrogare davanti «al giudice» assume il valore di un comando precettivo ben diverso da quella semplice linea di indirizzo contenuta nel testo della bicamerale.

Peraltro, la mancata adozione di quest'ultimo non sta a significare il disegno di escludere la immutabilità dalla garanzia costituzionale ma, al contrario, la volontà di rafforzare la tutela costituzionale del principio, tramutando un semplice suggerimento in comando precettivo³⁷.

Se così è, non pare potersi condividere quell'affermazione del Giudice delle leggi in forza della quale il diritto della parte alla nuova audizione del teste davanti al diverso giudice non è assoluto ma «modulabile» dal legislatore entro limiti di ragionevolezza³⁸.

A parte l'evanescenza del criterio di ragionevolezza, tale conclusione sarebbe recepitibile se il Costituente non avesse accolto il principio di immutabilità. Altrimenti sarebbe come dire che in un sistema normativo rigido, il principio costituzionale può essere "modulato" o meglio "derogato" a piacimento del legislatore secondo le esigenze del caso concreto. Del resto, i segnali normati-

³⁶ In tal senso si rimanda alle puntuali osservazioni di FERRUA, *Carenze ed eccessi di garanzia nel diritto di difesa dell'imputato*, Riv. pol., 2013, 543; nei medesimi termini cfr., volendo, DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, Padova, 2003, 169.

³⁷ Del resto, tale opzione normativa è espressione della consapevolezza che il dato sul quale si deve esprimere il giudizio attinge contemporaneamente la sfera conoscitiva ed emozionale del soggetto senza alcuna possibilità di poter distinguere i due momenti. La considerazione deriva dalla consapevolezza che non esiste una sfera conoscitiva separata da una sfera emozionale. Pertanto, una presa di coscienza rispetto al dato implica «l'inferenza in misura maggiore a volte del momento conoscitivo a volte di quello emozionale, senza che nessuno dei due possa mai venire isolato dall'altro in un'operazione densa di rapporti scambievoli il cui rispettivo peso dà l'impressione di potere essere colto soltanto rispetto a quei casi in cui l'usualità ricorrente dell'atteggiarsi in un senso determinato della coscienza emozionale della percezione del dato, sembra annullare il momento valutativo e lasciare in rilievo quello meramente conoscitivo» (così MASSA, *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, Milano, 1966, 259); di qui l'impossibilità di distinguere i giudizi di fatto da quelli di valore. Se il dato è portatore di valore, nel senso che impone al soggetto decidente il giudizio sulla base della rilevazione delle proprie strutture di valore, è facile comprendere come il giudizio deve poter essere espresso scorta base di un rapporto percettivo diretto ed immediato tra il soggetto ed il dato. In tale prospettiva, è ovvio, che ogni forma di intermediazione tra la prova e chi la deve valutare per definizione finisce per alterare il giudizio. In questi termini sia consentito il rinvio a DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, Padova, 2008, 171.

³⁸ Cfr. Corte cost., n. 205 del 2010; nella medesima direzione v. Corte eur. dir. uomo, 10 maggio 2005, Gravano c. Italia.

vi sono chiari. Una concezione del principio del contraddittorio ridotto al mero diritto di esaminare il dichiarante non coglie il valore della disciplina. Il contraddittorio esiste solo se è garantita l'immediatezza, se le parti hanno piena conoscenza dell'accusa e degli elementi che hanno indotto il pubblico ministero a formularla, se il giudice evita di farsi combattente entrando nella *mischia probatoria*³⁹.

6. Il 190-*bis* tra rimessione e ricusazione

I rilievi formulati in merito alla tutela costituzionale del principio di immutabilità del giudice obbligano l'interprete ad esegesi costituzionalmente orientate e consentono di risolvere quelle ulteriori evenienze in cui il mutamento del giudice potrebbe porre a rischio il diritto alla rinnovazione della prova davanti al giudice chiamato a decidere.

Vengono qui in evidenza le ipotesi delle assunzioni dichiarative realizzate innanzi al giudice ricusato o astenuto o a seguito di spostamento del processo per rimessione.

Prendendo le mosse da quest'ultima evenienza, occorre rilevare come l'art. 48, co. 5, c.p.p. costituisca un avvicinamento al parametro costituzionale nella misura in cui prevede che «fermo quanto disposto dall'art. 190-*bis*, il giudice designato dalla Corte di cassazione procede alla rinnovazione degli atti compiuti anteriormente al provvedimento che ha accolto la richiesta di rimessione quando ne è richiesta da una delle parti e non si tratta di atti di cui ne è divenuta impossibile la ripetizione». Si prevede pertanto la necessità di rinnovare l'atto purché la parte ne faccia istanza e non si verta in ipotesi di imprevedibile irripetibilità sopravvenuta. In sostanza, l'inerzia della parte in ordine agli atti compiuti in precedenza viene equiparata al consenso circa la loro utilizzazione. Sul punto però, se indiscutibilmente la disciplina costituisce un momento di avvicinamento al dettato dell'art. 111 Cost., occorre rilevare come non ponga in essere un completo adeguamento allo stesso. La riserva trova origine nell'arbitraria equiparazione tra mancata richiesta e consenso; quest'ultimo infatti postula una manifestazione della volontà realizzabile anche attraverso *facta concludentia*; ma questi in tanto ricorrono nella misura in cui i comportamenti taciti sono tali da esprimere senza possibilità di equivoci una volontà di consenso. E non è certamente questa l'ipotesi della mancata formulazione di una richiesta: la stessa può conseguire anche ad una "dimenticanza" che anzi è confermativa dell'assenza di un consenso. Pertanto la disciplina dell'art. 48, co. 5, c.p.p. può consentire l'utilizzazione degli atti compiuti dal giudice

³⁹ Sul tema, v. NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, 54; sul medesimo tema, cfr., volendo, DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, cit., 77.

sostituito anche a fronte di un mancato consenso dell'imputato: di qui il profilo di mancato adeguamento della disciplina al dettato costituzionale. A ben vedere sarebbe sufficiente invertire lo schema regola, eccezione e cioè, prevedere come regola l'obbligo di rinnovazione degli atti salvo la diversa opinione espressa congiuntamente dalle parti. Pertanto l'art. 48, co. 5, c.p.p., nonostante sia orientato ad un *favor* per la rinnovazione degli atti compiuti dal giudice sostituito, come dimostrato anche dal fatto che a tal fine è sufficiente la richiesta di «una sola delle parti», necessita di un adeguamento normativo diretto a ricondurla in uno schema di compatibilità con la Costituzione.

Il discorso non è dissimile con riferimento all'art. 42, co. 2, c.p.p. In quella sede si prevede come il «provvedimento che accoglie la dichiarazione di astensione e ricsuzione dichiar(i) se e in quale parte gli atti compiuti precedentemente dal giudice astenuto o ricsutato conservino efficacia». Sul punto è sufficiente cogliere la differenza contenutistica tra atto utilizzabile e atto efficace, per comprendere come tale disposizione non possa mettere a rischio, nemmeno tramite la invocazione dell'art. 190-*bis* c.p.p. il diritto della parte alla rinnovazione dell'atto e, quindi, alla citazione del dichiarante.

Non a caso, anche in sede giurisprudenziale, si è evidenziato come spetti al Presidente del tribunale, e non al nuovo collegio giudicante, indicare se e in quale misura gli atti compiuti precedentemente conservino efficacia e, cioè, possano essere mantenuti nel fascicolo del dibattimento «ferma restando poi la competenza esclusiva del collegio giudicante a statuire in merito alla loro utilizzabilità effettiva ai fini del decidere, sulla scorta di quanto previsto dall'art. 525 dello stesso codice»⁴⁰. Si prospetta dunque una lettura dell'art. 42, co. 2, c.p.p. che «cede il passo» alla regola di immutabilità del giudice attraverso una distinzione tra efficacia dell'atto e sua utilizzabilità. Sul punto, però, se l'atto efficace può condurre ad un giudizio di utilizzabilità o di inutilizzabilità, non può pervenirsi alla stessa conclusione avuto riguardo all'atto colpito da nullità assoluta *ex art. 525 c.p.p.*⁴¹ Questa, una volta dichiarata, non consente alcuna forma di utilizzo dell'atto.

Né varrebbe obiettare che la nullità dell'art. 525, co. 2, c.p.p. colpirebbe la pronuncia e non gli atti su cui si fonda. A parte il rilievo che in quel caso viene attinta l'idoneità del giudice ad esercitare quella funzione, è sufficiente rilevare come il vizio dell'atto attenga a tutte le attività compiute nel corso del dibattimento dal giudice poi sostituito. La norma, infatti, pone quale presup-

⁴⁰ Così, Cass., Sez. I, 16 aprile 1997, Confl. Comp. Zuccotti, *Giust. pen.*, 1998, 176.

⁴¹ In tal senso cfr., volendo, DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, cit., 255.

posto della validità degli atti che tanto quelli componenti la serie del dibattimento quanto la decisione siano compiuti dallo stesso giudice. Se questo si modifica, la nullità attinge gli uni e gli altri. Soluzione questa, condivisa dalle Sezioni unite che, a fronte di un mutamento dell'organo giudicante, hanno statuito la necessità di disporre la rinnovazione degli atti a partire dalla dichiarazione di apertura del dibattimento⁴².

Pertanto, dal momento in cui si è in presenza di un giudice diverso da quello che ha acquisito la prova, la medesima deve essere rinnovata davanti al nuovo giudice chiamato ad emettere pronuncia, delimitandosi così uno schema di incompatibilità con il diverso meccanismo dell'art. 190-*bis* c.p.p.

Le conclusioni raggiunte rendono ragione anche di quelle diverse evenienze in cui si verifica il mutamento del giudice per differenti motivi.

Si pensi ai casi di riunione di processi nella fase dell'istruttoria dibattimentale⁴³ e di rinnovazione di dibattimento in appello per mutamento del giudice⁴⁴.

Anche in tali ipotesi, a prescindere dalla criticabilità di un'opzione esegetica la quale estende il perimetro operativo di una norma che il legislatore ha inteso varare solo per regolamentare «casi particolari», l'esigenza di tutela dell'immutabilità, con conseguente diritto delle parti alla rinnovazione dell'atto, consente di concludere per l'inapplicabilità, anche ai casi in questione, dell'art. 190-*bis* c.p.p.

7. Conclusioni

In conclusione, le problematiche applicative tendenti ad ampliare la sfera di azione dell'art. 190-*bis* c.p.p. costituiscono la naturale conseguenza dell'inserimento e della permanenza nel tessuto codicistico di una regola che, seppur dettata solo per «casi particolari», ha la caratteristica di porsi in contrasto con i principi portanti dell'ordinamento e della stessa Costituzione.

In particolare, la disposizione in esame costituisce un esempio tipico di destrutturazione del «sistema processuale mediante creazione di sottosistemi speciali»⁴⁵; situazione questa, che corrompe la coerenza del sistema in conse-

⁴² Cfr. Cass., Sez. un., 15 gennaio 1999, Iannasso, cit.

⁴³ Nel senso dell'applicabilità dell'art. 190-*bis* c.p.p. cfr. MARZADURI, *Sub art. 3, l. 1 marzo 2001, n. 63*, in *Leg. pen.*, 2002, 169; BERNASCONI, *Diritto al contraddittorio e requisiti della prova nei processi di criminalità organizzata*, in *Il giusto processo*, a cura di Kostoris, Torino, 2002, 114. Occorre tuttavia segnalare la residualità del caso in cui la riunione di processi possa porre il problema della rinnovazione degli atti. Infatti, l'ipotesi prospettata risulta trovare un'evenienza concreta solo laddove la riunione possa essere proposta «nel corso del dibattimento» ai sensi dell'art. 491, co. 2, c.p.p..

⁴⁴ Cfr. Cass., Sez. VI, 20 aprile 2005, Aglieri, cit.; Id., Sez. I, 5 dicembre 2004, Giugliano, in *Mass. Uff.*, n. 231413; Id., 9 maggio 2003, Cottone, cit.

⁴⁵ In questi termini, v. le puntuali considerazioni di GAROFALI, *Artt. 190 e 190-bis c.p.p.*, cit., 947.

guenza dell'inserimento di norme allogene rivelatrici di antinomie e conflitti. In particolare, la tendenza ad istituire "doppi binari" porta con sé il rischio di una decodificazione dell'ordinamento che conduce alla perdita di unità per via del formarsi di aggregati normativi autonomi che si ispirano a logiche estranee, se non antitetiche al codice.

E la situazione assume particolare valore nella misura in cui tali operazioni legislative toccano il diritto probatorio. Questo è lo strumento per giungere all'accertamento e, se le metodiche sono differenziate "per gruppi" è palese l'alea di pervenire ad una differenziazione di decisione. Il tema involge non solo profili di allineamento costituzionale con l'art. 111 della Carta dei valori, ma ben più penetranti attentati di costituzionalità per violazione dell'uguaglianza processuale.

Il rischio che si corre è quello di un "uso alternativo" del diritto perseguito attraverso forme di tutela differenziata le quali, non a caso, trovano la loro realizzazione nei processi acognitivi⁴⁶.

Ed allora deve essere chiaro che la funzionalità del processo, sotto le sue diverse prospettive (efficienza, accelerazione, sicurezza sociale, ragionevole durata, semplificazione, speditezza) non può giustificare scelte che pongano in discussione la capacità di accertamento. Questa costituisce la funzione finalistica del processo e, quindi, se condotto attraverso criteri e strumenti disomogenei e differenziati per tipi di reato mina la ragion d'essere del risultato processuale. Si realizza così il paradosso per cui, al fine di garantire l'efficienza della funzione, si introducono regole finalizzate ad annullare proprio il risultato cui è la stessa funzione è diretta⁴⁷.

Peraltro, l'adozione di una tecnica normativa "per casi", oltre al rischio della giustizia del "caso singolo", introduce una molteplicità di discipline in cui trova terreno fertile quel diritto giurisprudenziale tendente a manipolare la norma flettendola alle esigenze del caso singolo.

Ed allora, a fronte di un legislatore "emotivamente disattento" e di una giurisprudenza che non solo estende l'ambito operativo di una norma pensata per disciplinare alcuni casi ma pone argini all'introduzione di sindacati di costituzionalità⁴⁸, occorre recuperare quella funzione del giurista chiamato a segnalare la presenza di eventuali poteri extragiuridici, assolvendo ad un compito di garanzia sociale che si risolve nell'azione di tutti per assicurare a ciascuno il

⁴⁶ In tale prospettiva sia consentito il rinvio a DINACCI, *I procedimenti speciali tra spinte all'omologazione ed esigenze di differenziazione*, in *La giustizia penale differenziata*, diretto da Gaito, Spangher, Torino, II, 2010, 751.

⁴⁷ Così ancora, volendo, DINACCI, *I procedimenti speciali tra spinte all'omologazione ed esigenze di differenziazione*, in *La giustizia penale differenziata*, cit., 752.

⁴⁸ Cfr. Cass., Sez. VI, 18 giugno 2003, Cottone, cit.; Id., Sez. I, 12 giugno 2001, Bagarella, cit.

godimento e la conservazione dei suoi diritti»⁴⁹. A ben vedere, si tratta di un'esplicazione normativa di quella «lotta per il diritto» intesa come dovere della persona verso sé stessa e, al tempo stesso, verso la comunità⁵⁰.

⁴⁹ Cfr. art. 23 della Costituzione francese del 1793.

⁵⁰ Sull'argomento si rimanda a JHERING, *La lotta per il diritto*, 1872, Traduzione italiana a cura di Mariano, Bari, 1960, III, 70.