

QUESTIONI APERTE

Incidente probatorio

La decisione

Giudice penale - Incidente probatorio - Rinnovazione - Prova - Esame testimoniale - Immediatezza - Limiti - Valutazione discrezionale - Giudice - Manifesta superfluità (C.p.p., artt. 190, 190-*bis*, 238, comma 5, 511 e 525 c.p.p.).

In caso di dichiarazioni rese in altro procedimento ex art. 238, comma 5, c.p.p. ovvero assunte da giudice in diversa composizione, nonché di incidente probatorio disposto nello stesso procedimento, la richiesta delle parti di ripetere l'esame deve essere valutata dal giudice che può denegarla per manifesta superfluità della rinnovazione.

CASSAZIONE, QUINTA SEZIONE, 18 febbraio 2021 (ud. 24 novembre 2020), DE GREGORIO, *Presidente* - BRANCACCIO, *Relatore* - ODELLO, *P.G* (conf.) - Costantino, *ricorrente*.

La “nuova” immediatezza applicata all’incidente probatorio.

Numerosi interventi legislativi che hanno riguardato il combinato disposto degli articoli 190-*bis* e 392 c.p.p. hanno esasperato, negli anni, la possibilità per chi decide di avere contezza mediata delle prove. Da ultimo la Suprema Corte, che già nel “caso Bajrami” ha optato per un sacrificio dell’immediatezza, promuove una generica irripetibilità della prova formata in incidente probatorio.

New relationship between judge and evidence obtained in the investigation.

Multiple laws have expanded the breadth of the articles 192-bis and 392 c.p.p., which provide the possibility for the judge of decide about evidences obtained during investigations. Now the Supreme Court did the same by applying the principles of the “Bajrami case”, which transformed the relationship between judge and evidence.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. *Excursus* sull’incidente probatorio. Una genesi accusatoria. - 3. “Liberalizzazione” dell’incidente e interventi legislativi che ne hanno mutato la struttura. - 4. L’interpretazione abrogatrice dell’art. 190-*bis* alla luce delle Sezioni Unite *Bajrami*: critica. - 5. Per concludere a proposito della *nouvelle vague* contro l’immediatezza.

1. *Premessa.* Le considerazioni che seguono traggono spunto dalla recente pronuncia della Cassazione¹ che è tornata a decidere in materia di incidente probatorio.

L’istituto è stato oggetto di ampi dibattiti sin dalla sua genesi, collocabile nell’*iter* di riforma del codice; plurime sono state anche le modifiche legislati-

¹ Cass., Sez. V, 18 febbraio 2021, Costantino, non ancora massimata.

ve che lo hanno riguardato negli anni e che paiono averne minato il carattere accusatorio².

Lo strumento in esame è (o dovrebbe essere) eccezionale e limitato ai casi di non rinviabilità delle prove, dal momento che è preposto all'anticipazione di una parte del dibattimento davanti ad un giudice diverso da quello della decisione, in deroga al principio di immediatezza³.

Quest'ultimo è stato recentemente ri-tratteggiato dalle Sezioni Unite *Bajrami*⁴, richiamate dalla sentenza per affermare che la decisione di rinnovare la prova acquisita tramite incidente probatorio deve essere affidata alla discrezionalità del giudice⁵.

La vicenda alla base della decisione in commento riguarda un omicidio seguito dal tentativo di uccisione dell'unico testimone oculare del reato, l'esame del quale è stato esperito in sede di incidente probatorio e non ripetuto davanti al giudice della condanna, applicata in sede di giudizio di rinvio: ciò nonostante si trattasse di dichiarazioni fondamentali per l'accusa, ma contraddittorie⁶.

² Per un approfondimento sull'involuzione inquisitoria del nuovo codice v. GATTO - LA ROCCA, *Vent'anni di "giusto processo" e trent'anni di "codice Vassalli": quel (poco) che rimane...*, in questa *Rivista*, 2019, 3 e MONTAGNA, *Dialettica dibattimentale, limitazione dell'oralità e processo «giusto»*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1994, 1564 ss.

³ Cfr. LA ROCCA, *Quale immediatezza, ora?*, in questa *Rivista*, 2020, 3.

⁴ Cass., Sez. un., 10 ottobre 2019, n. 41736, *Bajrami*, in *Mass. Uff.*, n. 276754, con note di LIVI, *Profili critici delle Sezioni unite Bajrami: ciò che resta dell'immediatezza*, in questa *Rivista*, 2020, 1; MANGIARACINA, *Inmutabilità del giudice versus efficienza del sistema: il dictum delle Sezioni Unite*, in *Processo penale e giustizia*, 2020, 1, 11; SCACCIANOCE, *Mutamento del giudice e rinnovazione della prova: la Corte costituzionale esorbita dai confini accusatori*, in *Processo penale e giustizia*, 2020, 1; SPANGHER, *Sentenza Bajrami, il nuovo dibattimento nel solco delle divisioni*, in *Guida al diritto*, n. 47, 16 novembre 2019.

La pronuncia, discostandosi dall'invalso orientamento fissato dalle Sezioni unite "*Iannasso*", ha fornito una nuova interpretazione dell'art. 525 c.p.p., per cui - in buona sostanza - la ripetizione istruttoria che dovrebbe seguire il mutamento della composizione del collegio è ammessa se richiesta e se il giudice, compiendo una valutazione informata ai criteri di cui agli artt. 190 e 495 c.p.p., la ritiene non manifestamente superflua. Di conseguenza, non è necessario il consenso delle parti alla lettura degli atti già assunti dal giudice di originaria composizione con riguardo alle dichiarazioni per cui non sia stata ammessa, non sia stata richiesta o non sia più possibile la rinnovazione.

⁵ Così come il Supremo consesso, nel caso *Bajrami*, ha deciso che sia il giudice - con valutazione discrezionale circa la non manifesta superfluità della rinnovazione probatoria - a dover decidere se acquisire nuovamente le prove dichiarative assunte innanzi ad un diverso organo giudicante, per qualsivoglia motivo mutato nel corso del giudizio.

⁶ L'imputato del caso di specie era stato assolto in appello e, a seguito di cassazione della pronuncia d'appello, condannato dal giudice del rinvio, che aveva rifiutato di ripetere la testimonianza assunta con incidente probatorio, nonostante il testimone chiave - interrogato in sede incidentale a proposito del tentativo di uccisione subito - si fosse più volte contraddetto, ad esempio confondendo il nome dell'imputato.

L'imputato, con ricorso per cassazione, ha pertanto individuato nella mancata rinnovazione un contrasto con le Sezioni unite *Dasgupta e Patalano*⁷ e con il nuovo art. 603, comma 3-*bis*, c.p.p., nonché con l'orientamento di legittimità per cui, fuori dai casi del 190-*bis*, è consentita la lettura delle dichiarazioni rese dal testimone in sede incidentale solo successivamente alla rinnovazione del suo esame, ove richiesto dalle parti e possibile⁸.

Il motivo di ricorso è stato dichiarato inammissibile perché generico, ma la Corte ha comunque affermato che «*l'anticipata acquisizione della prova realizzata in sede dibattimentale comporta la sua utilizzazione in sede dibattimentale senza alcun bisogno di procedere - si intende, obbligatoriamente - alla sua rinnovazione a seguito di richiesta del difensore, avanzata in ragione della necessità di provvedere ad integrazioni ovvero a contestazioni della stessa, risultando diversamente vanificata la funzione stessa dell'incidente probatorio*».

Si è dato conto, *apertis verbis*, di aver risolto la questione alla luce dei "criteri *Bajrami*", che hanno ricondotto l'immediatezza ad un principio modulabile in vista di esigenze di efficienza e ragionevole durata del processo⁹.

⁷ Cfr. Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, *Dasgupta*, in questa *Rivista*, con nota di GIUNCHEDI, *Ulisse approda a Itaca. Le Sezioni unite impongono la rilevanza d'ufficio dell'omessa rinnovazione dell'istruzione dibattimentale*, Id., Sez. un., 19 gennaio 2017, *Patalano*, in *Cass. pen.*, 2017, 2666 ss., con nota di APRATI, *Overturning sfavorevole in appello e mancanza del riesame*, 2672 ss.

L'art. 603, comma 3-*bis*, c.p.p., come è noto, dispone la rinnovazione obbligatoria in appello della prova dichiarativa, in caso di riforma della sentenza assolutoria. La Suprema Corte non ha ritenuto la norma applicabile al caso in esame, ravvisando una diversità fra la situazione prevista in astratto dalla fattispecie e quella sottoposta alla sua attenzione. Segnatamente, i presupposti applicativi della rinnovazione a seguito di cd. *overturning in malam partem* non riguarderebbero il caso in cui il ribaltamento dall'assoluzione alla condanna si abbia in fase di rinvio. Secondo la giurisprudenza, l'obbligo di rinnovazione - anche perché espressamente riferito all'appello del pubblico ministero e non al ricorso per cassazione - non potrebbe estendersi all'art. 627 c.p.p. che limita le decisioni del giudice del rinvio entro i limiti individuati dalla decisione rescindente della cassazione. Aggiunge la sentenza in esame, che la sentenza d'appello assolutoria poi cassata non potrebbe assurgere a termine di comparazione, essendo stata travolta dagli effetti dell'annullamento. Dal canto suo, il ricorrente aveva indicato una questione di illegittimità costituzionale proprio ai sensi degli artt. 603-*bis* e 627 c.p.p., dichiarata anch'essa manifestamente infondata.

⁸ Cfr. Cass., Sez. I, 20 febbraio 2019, *Alabi Kumbayo*, in *Mass. Uff.*, n. 275895 che - come ricorda la Corte - si ispira a Id., Sez. un., 15 gennaio 1999, *Iannasso*, in *Mass. Uff.*, n. 212395.

⁹ L'orientamento trae spunto dalla sentenza 132 del 2019 della Corte costituzionale, parametro espressamente richiamato dalla decisione in oggetto, per la analisi della quale si rinvia al *Confronto di idee su: La post immediatezza nella nuova giurisprudenza costituzionale (a margine della sentenza n. 132 del 2019)*, contributi di FERRUA, MAZZA, NEGRI, ZILLETTI, in questa *Rivista*, 2019, 2 e a DANIELE, *Le "ragionevoli deroghe" all'oralità in caso di mutamento del collegio giudicante: l'arduo compito assegnato dalla corte costituzionale al legislatore*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2019, 3.

2. Excursus *sull'incidente probatorio. Una genesi accusatoria*. L'incidente probatorio è istituto antico, il funzionamento del quale è stato indagato dalla più autorevole dottrina.

È opportuno tratteggiare la storia e le ragioni della sua nascita, al fine di ricordare la matrice accusatoria di tale strumento, andata perduta con il tempo a causa di interventi legislativi disorganici e pronunce, come quella che si annota, che hanno stravolto il significato dell'art. 392 c.p.p.

Negli anni di dibattito sulla riforma organica del processo penale, Francesco Carnelutti maturò un progetto¹⁰ che prevedeva una netta ripartizione tra fasi del processo: i risultati derivanti da quella che era l'“inchiesta preliminare” sarebbero dovuti entrare in via eccezionale all'interno del procedimento definitivo, solo in casi tassativi di pericolo di dispersione della prova.

Il disegno normativo dell'insigne studioso non fu recepito ma trovò largo consenso in dottrina.

Chi nel dibattito culturale degli anni Sessanta immaginava una nuova dignità per l'imputato, promuoveva un sistema in cui le informazioni raccolte dall'organo dell'accusa fossero ricondotte nell'alveo di un'attività *pre-processuale* di parte e considerate prive di efficacia probatoria. Le prove avrebbero potuto formarsi solo dinanzi al giudice e alle parti nel dibattimento¹¹, salva l'anticipazione della prova nell'inchiesta preliminare in caso, per esempio, di testimonianze dette a futura memoria¹² o di altri atti che non avrebbero espiato la loro piena utilità se non acquisiti quanto prima, con il cd. «*incidente d'istruzione*»¹³.

Nell'aprile del 1965, nel pieno di tale fermento culturale, si aprì un *iter* di riforma per una nuova architettura del codice di procedura penale, che confluì in prima battuta nella legge delega del 1974.

Per quanto riguarda l'incidente probatorio, il progetto ministeriale si limitava a stabilire che il giudice istruttore dovesse assumere «*le prove che per la loro complessità o urgenza non sono rinviabili al dibattimento*»¹⁴.

¹⁰ Progetto di riforma che il Carnelutti presentò al Ministro di grazia e giustizia che lo aveva incaricato, Guido Gonella, nel 1962.

¹¹ RENON, *L'incidente probatorio nel procedimento penale. Tra riforme ordinarie e riforme costituzionali*, Padova, 2000, 22 e ss.

¹² Poi inserite nell'art. 357, comma 3, c.p.p. del 1930.

¹³ CORDERO, *Linee di un processo di parti*, in *Ideologie del processo penale*, Milano, 1966, 182. Egli, in *Linee di un processo accusatorio. Criteri direttivi per una riforma del processo penale (Atti del Convegno di studi "Enrico De Nicola"*, Lecce, 1-3 maggio 1964), Milano, 1964, 61 ss., parlava di incidente «*giurisdizionale*», sia perché da svolgere provocando l'intervento del giudice, sia per contrapporlo - anche nel lemma - alla «*privatezza*» dell'istruzione svolta dal pubblico ministero.

¹⁴ L'art. 413 del progetto di riforma era rubricato «*Limiti all'assunzione delle prove*».

L'istituto vide poi la sua prima e completa indicazione legislativa nel disegno di legge del Ministro Morlino n. 845 del 1979¹⁵, che per gli atti non rinviabili al dibattimento prevedeva il potere delle parti di chiedere al giudice, nel corso delle indagini preliminari e nelle forme dell'*incidente istruttorio*, un'assunzione anticipata cui lo stesso pubblico ministero e i difensori avevano facoltà di partecipare¹⁶ e il cui esito sarebbe confluito nel fascicolo dibattimentale.

Nelle more del varo di una completa riforma del processo penale, che abbisognò di ulteriori sette anni e due legislature¹⁷, l'istituto in esame si arricchì nel contenuto e mutò nella forma¹⁸, non senza incontrare le preoccupazioni di quanti temevano che i limiti troppo labili preposti al suo utilizzo avrebbero potuto condurre ad una reviviscenza della vecchia istruzione formale.

Mossi da preoccupazioni opposte, altri avevano invece proposto emendamenti relativi all'inserimento di una stratificazione del procedimento di anticipazione della prova. Si suggeriva ad esempio che esso fosse condotto alla pre-

¹⁵ Era prevista l'abolizione degli atti di istruzione e la concessione di più tempo al pubblico ministero per la conduzione delle indagini preliminari (centottanta giorni prorogabili dal giudice, su richiesta dello stesso pubblico ministero, in relazione alla complessità delle indagini e alla gravità del reato). Al termine di detto tempo il pubblico ministero sarebbe stato tenuto a scegliere fra il richiedere l'archiviazione per manifesta infondatezza della *notitia criminis* ovvero la fissazione dell'udienza preliminare, formulando l'imputazione. La partecipazione della difesa era circoscritta solo ad alcuni atti di indagine (interrogatorio, perquisizione, sequestro, ispezione), ma degli atti compiuti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria non si faceva lettura in pubblica udienza, a meno che non si trattasse di atti irripetibili.

¹⁶ RENON, *L'incidente probatorio nel procedimento penale. Tra riforme ordinarie e riforme costituzionali*, cit., 40.

¹⁷ La commissione giustizia della Camera il 15 luglio 1982 (VIII legislatura) approvava il disegno di una nuova legge delega che correggeva l'impianto della legge n. 845 del 1979 nei punti in cui più aspramente era stata criticata; tale disegno cadeva al termine della legislatura che lo aveva disegnato e veniva riproposto durante la IX legislatura e approvato infine con legge n. 81 nel 1987.

¹⁸ La Commissione Giustizia del Senato nel 1986 ne modificò la locuzione: restò il nome "incidente", indicativo di un momento indipendente dell'*iter* processuale, ma fu sostituito all'aggettivo "istruttorio" il più emblematico "probatorio", segnatamente per denotare la proiezione dibattimentale che l'istituto attribuisce agli atti per mezzo di esso assunti. Così LA ROCCA, *L'incidente probatorio*, in *Le Indagini preliminari e l'udienza preliminare*, a cura di Negri, *Trattato teorico pratico di diritto processuale penale*, diretto da Illuminati e Giuliani, Torino, 2017, 408. Anche in LUPO, *L'incidente probatorio, Quaderni del CSM, Incontri di studio sul nuovo codice di procedura penale*, II, n. 28, 1989, 21, si legge «le caratteristiche dell'istituto sono palesate dalla sua denominazione: l'"incidente" esprime la sua accidentalità rispetto al normale svolgimento delle indagini preliminari; la qualifica "probatorio" indica la funzione dell'istituto».

Questa modifica aveva anche un significato politico, come non si mancò di sottolineare in Senato, cioè quello di impedire ogni possibile confusione con il sistema delineato nel 1974. Asserì il sen. Gallo in sede di discussione generale: «abbiamo voluto sostituire all'espressione che ci veniva dal testo della Camera dei deputati *incidente istruttorio*, quella di *incidente probatorio*, proprio perché l'attuale delega disegna un profilo nel quale di istruttoria non è il caso di parlare». Cfr. l'intervento del sen. Gallo in Senato, in sede di discussione generale, nella seduta del 20 novembre del 1986, in *Senato.it/storico, Lavori, IX Legislatura*.

senza del difensore e del pubblico ministero solo nei casi in cui la difesa non avrebbe inciso sulla genuinità dell'assunzione¹⁹. Fu proposta anche l'introduzione di un'ipotesi di incidente con contraddittorio differito²⁰.

Queste ipotesi furono respinte: l'opzione per un contraddittorio completo venne preferita nonostante le pure autorevoli voci in senso contrario²¹.

Ebbene, la direttiva n. 40 della legge delega del 1987²² che ha configurato il nuovo rito, mancante del giudice istruttore e modellato su di una netta separazione delle fasi processuali, ha previsto che il dibattimento sia il «*locus standi*»²³ della formazione probatoria e l'incidente probatorio una mera «*parentesi giurisdizionale*»²⁴ connotata di rigorosa eccezionalità.

3. “*Liberalizzazione*”²⁵ dell'incidente probatorio e interventi legislativi che ne hanno mutato la struttura. Pare opportuno ricordare brevemente quali siano state le scelte normative che hanno condotto alla generale liberalizzazione

¹⁹ Fra cui in dottrina GIORDANA, *L'incidente Istruttorio*, in *Giust. Pen.*, 1982, III, 667, che si schierava per la soluzione del «doppio incidente» per le esigenze che potevano sorgere nei processi contro le forme più gravi di criminalità organizzata.

²⁰ Così il Comitato ristretto della Commissione Giustizia del Senato. Si rinvia a CONSO - GREVI - NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati*, vol. III, *Le direttive della delega per l'emanazione del nuovo codice (art. 2 legge 16 febbraio 1987, n. 81)*, Padova, 1990, 349. Si trattava di un meccanismo che avrebbe attribuito al giudice il potere di disporre che – in casi particolari e su richiesta motivata del P.M. – l'incidente probatorio si svolgesse, in una prima fase, senza l'assistenza dei difensori delle parti interessate. Avrebbe dovuto partecipare, in compenso, un avvocato estraneo al processo e designato dal Consiglio dell'ordine degli avvocati. In una seconda fase, presa visione dei verbali degli atti depositati in cancelleria, i difensori delle parti interessate avrebbero potuto richiedere di rivolgere, in contraddittorio, specifiche domande al testimone e all'imputato. V. sul punto RENON, *L'incidente probatorio nel procedimento penale. Tra riforme ordinarie e riforme costituzionali*, cit., 52.

²¹ Ricordiamo l'intervento di Giuliano Vassalli che, in sede di discussione generale al Senato, espresse il timore che, attraverso un'elusione dell'istituto, la difesa potesse anticipare la *discovery* processuale o far prolungare i tempi del processo per esigenze dell'imputato. Egli manifestò i suoi dubbi anche per ciò che riguardava i processi della grande criminalità ed asserì che specialmente in quei casi si sarebbe manifestata la problematica «*resistenza di alcuni magistrati ad usare di questo [...] incidente probatorio per non scoprire troppo presto le carte alla difesa; ma al tempo stesso la spinta ad anticipare i risultati del dibattimento*». Vedasi su *Senato.it/Storico, IX Legislatura, Lavori*, l'intervento del sen. Vassalli nella seduta del 19 novembre 1986, di cui si è riportato un estratto.

Le proposte di “doppio incidente” o di “incidente differito” sono state respinte in favore di una esigenza condivisa: la centralità dell'istruttoria dibattimentale e la tutela del diritto alla difesa dovevano essere il fulcro del sistema accusatorio cui si aspirava. Così MACCHIA, *L'incidente probatorio, Contributi allo studio del nuovo codice di procedura penale*, a cura di Canzio - Ferranti - Pascolini, 1989, 26.

²² L. 16 febbraio 1987, n. 81, per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale.

²³ Formula di SAU in *L'incidente probatorio*, Padova, 2001, 62.

²⁴ Così anche DE ROBERTO, voce *Incidente probatorio*, in *Enc. Giur. Treccani*, XVI, 1989, 4.

²⁵ V. LA ROCCA, *L'incidente probatorio*, cit., 428.

dell'ambito di applicazione dello strumento in questione²⁶. Comprendere la portata dell'attuale art. 392 c.p.p., e della conseguente deroga all'immediatezza, permette di valutare l'esigenza di rinnovare le prove assunte nelle fasi pre-dibattimentali ma di fatto ripetibili davanti all'organo funzionalmente preposto, esigenza disattesa dalla pronuncia che si annota.

L'incidente probatorio è esperibile, sin dalla sua introduzione, per i casi di testimonianza cd. a futura memoria (392 lett. *a*) c.p.p.); di prova che perderebbe la propria genuinità se rinviata al dibattimento (392 lett. *b*) c.p.p.); di esame della persona sottoposta alle indagini riguardo fatti relativi alla responsabilità di terzi (392 lett. *c*) c.p.p.) o dei soggetti di cui all'articolo 210 c.p.p. (392 lett. *d*) c.p.p.) ovvero che, in altro incidente probatorio o dinanzi al pubblico ministero, abbiano reso dichiarazioni discordanti (392 lett. *e*) c.p.p.); di perizia o di esperimento giudiziale se la prova riguarda una persona, una cosa o un luogo il cui stato è soggetto a modificazione non evitabile (392 lett. *f*) c.p.p.); di atti ricognitivi per i quali particolari ragioni di urgenza comportino l'irripetibilità (392 lett. *g*) c.p.p.).

La prima riforma legislativa incisiva è consistita nell'introduzione del comma 1- *bis* all'art. 392 c.p.p. che ha esteso l'istituto incidentale alla testimonianza del minore infrasedicenne nei procedimenti per i reati di cui agli artt. 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*quinquies* e 609-*octies* c.p.²⁷.

Parte della dottrina ha sostenuto che sia così stata inserita una presunzione di non rinviabilità della prova²⁸. Altri hanno all'opposto ritenuto non convincente

²⁶ La riforma dell'art. 11 della legge n. 397 del 2000, ha esteso alla difesa - con un rinvio nel comma 11 dell'art. 391-*bis* - la possibilità di procedere all'incidente probatorio. Nello specifico è stato previsto che il difensore, se la persona in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa ha esercitato la facoltà di non rispondere, possa richiedere di procedere all'assunzione della testimonianza o all'esame della stessa nelle forme di cui all'articolo 392 c.p.p., anche al di fuori dei limiti (di non rinviabilità) che questo impone al primo comma. Ma in dottrina si è ritenuto che questa manovra di liberalizzazione non abbia perseguito la medesima *ratio* di quelle che immediatamente si indicheranno. Sul tema ampiamente DI CHIARA, *Incidente probatorio*, *Enc. Dir.* VI, Milano, 2002, 556-557.

²⁷ V. L. n. 66 del 15 febbraio 1996. La modifica risponde all'esigenza di preservare il minore dagli effetti negativi che la prestazione dell'ufficio di testimone può produrre in rapporto alla peculiare condizione del soggetto, ma non può addirittura impedire che il minore viva il «disagio» connesso al fatto di dover rendere testimonianza, perché altrimenti risulterebbero compresse altre garanzie costituzionali, quali specialmente il principio del contraddittorio e il più generale diritto alla difesa (Corte costituzionale, sentenza n. 92 del 21 febbraio 2018). Ulteriori interventi sull'art. 392 comma 1-*bis* sono conseguiti alle leggi n. 269 del 1998, n. 228 del 2003 e n. 38 del 2006. Cfr. *ex multis* VENTURINI, *L'esame del minore in incidente probatorio, tra dati normativi (nazionali e sovranazionali) e prassi giudiziale*, in *Cass. pen.*, 2011, 5, e CAPORALE, *L'audizione dei minori in incidente probatorio: una questione di equilibri*, in questa *Rivista*, 2015, 3, 959.

²⁸ Si tratterebbe di soggetti privi, per età, della capacità di preservare la genuinità dei ricordi ed intenderne il significato etico-sociale. Si vedano in tal senso MASTROGIOVANNI, *Le nuove regole per l'assunzione*

lo schema della irripetibilità presunta, assumendo che la richiesta di incidente probatorio effettuata ai sensi dell'art. 392 comma 1-*bis* debba comunque fondarsi su esigenze di anticipazione verificate, anche se atipiche²⁹.

Ad ogni modo, quale che sia stata l'intenzione del legislatore, è evidente che nella riforma le ragioni di non rinviabilità della prova sono rimaste sullo sfondo³⁰. Così l'incidente probatorio ha cominciato a dismettere le proprie vesti di strumento straordinario.

È poi intervenuta la manipolazione delle lettere *c)* e *d)*, dell'art. 392, comma 1, c.p.p.: per le ipotesi riguardanti l'esame della persona sottoposta alle indagini su fatti concernenti la responsabilità di altri e l'esame delle persone indicate nell'art. 210 c.p.p. è stato espunto il riferimento alla non rinviabilità della prova in nome dell'esigenza di garantire in anticipo che essa non venga "inquinate"³¹.

anticipata di mezzi di prova, cit., 37 che scrive «è lo stesso legislatore [...] - a connotare la prova di una presunzione iuris et de iure di "non rinviabilità" rimediabile unicamente con la cautela probatoria» e SAU, *L'incidente probatorio*, cit., 144.

Da ultimo, si ricorda che il Tribunale di Macerata, sezione G.i.p., ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 392, comma 1-*bis*, laddove la norma non limita l'acquisizione della testimonianza in incidente probatorio al soggetto vulnerabile che sia anche persona offesa. Così, estendendo l'istituto all'escussione di un qualsiasi testimone infrasedicenne, si consente un sacrificio dell'immediatezza cui non corrisponde la tutela di chi dalla audizione dibattimentale potrebbe essere effettivamente traumatizzato, o che rischia di dimenticare l'evento su cui deve essere esaminato; rischio che sarebbe comunque prevenibile - secondo l'ordinanza di rimessione - tramite il ricorso all'art. 392, comma 1, lettere a) e b). La questione è stata dichiarata non fondata, spettando al giudice «un ampio margine di flessibilità nel definire modalità di escussione del testimone minorenni idonee a garantire un adeguato bilanciamento tra l'esigenza di preservare la libertà e la dignità di quest'ultimo e le garanzie difensive dell'imputato» (Corte cost., 10 febbraio 2021, n. 45).

²⁹ Così PIZIALI, in *Reati contro la libertà sessuale (aspetti processuali)*, *Riv. Dir. proc.*, 1997, a pag. 198 scrive che il dato testuale della nuova norma lascia il dubbio se la richiesta di incidente probatorio debba comunque trovare appiglio in ragioni di non rinviabilità probatoria anche se non espressamente indicate dalla legge oppure se sia stato il legislatore ad aver compiuto un giudizio di non rinviabilità che prescinda dai casi concreti.

³⁰ La necessità di anticipare l'assunzione probatoria non è stata considerata condizione da dimostrare *sine qua non* per richiedere l'esperimento incidentale. V. SPANGHER, *Trattato di procedura penale*, Torino, 2009, 572 e RENON, *L'incidente probatorio nel procedimento penale*, cit., 99.

³¹ In altri termini si è ritenuto che sia da presumersi che i soggetti di cui alle lettere *c)* e *d)* dell'art. 392 corrono il rischio, per le dichiarazioni *erga alios* che devono rendere, di subire minacce, vessazioni o subornazioni. Scrive LA ROCCA, in *L'incidente probatorio*, cit., 422: «le ipotesi sono state concepite, ovviamente, in funzione dei processi di criminalità organizzata per tutelare quanto più possibile le potenzialità dell'apporto conoscitivo che può derivare dai collaboratori di giustizia».

Ancora, il d.lgs. n. 212 del 2015³², all'articolo 90-*quater* c.p.p., ha introdotto il concetto di persona offesa vulnerabile³³, configurando per la stessa l'applicabilità dell'art. 392.

In conclusione, è opportuno sottolineare che le manovre espansive sopra descritte hanno comportato una sostanziale riduzione dei limiti preposti all'assunzione anticipata della prova³⁴.

4. *L'interpretazione abrogatrice dell'art. 190-bis alla luce delle Sezioni Unite Bajrami: critica.* Se le occasioni di ricorso all'incidente probatorio sono state nel tempo così ampliate, il contraddittorio ha subito – proporzionalmente – un sacrificio sempre maggiore, insieme ai corollari principi di oralità ed immediatezza³⁵.

Per queste ragioni pare corretto affermare che l'esame già assunto in via incidentale dovrebbe essere reiterato in dibattimento innanzi al giudice proprio della decisione, ogni volta che sia possibile in condizioni ottimali.

Tale regola generale sembra desumibile, *a contrario*, dalla disposizione di cui all'art. 190-*bis* che stabilisce i casi per i quali la rinnovazione di detta prova deve essere limitata³⁶, ossia quando si tratti di dichiarazioni rese dai testimoni

³² In attuazione della Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio. V. la c.d. “sentenza Pupino” del 2005, Corte di giustizia, Grande Sez., 16 giugno 2005, con cui i giudici del Lussemburgo – interpellati ex art. 276 T.F.U.E. – si pronunciarono riguardo l'interpretazione delle norme della decisione quadro n. 2001/220/GAI. Si rinvia a BARGIS - BELLUTA, *La direttiva 2012/29/UE: diritti minimi della vittima nel processo penale*, a cura di Bargis - Belluta, *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Giappichelli, 2017 e LA ROCCA, *La tutela della vittima*, in *Regole europee e processo penale*, a cura di Chinnici e Gaito, Milano, 2018, 105 ss.

³³ Recita la norma: «*Agli effetti delle disposizioni del presente codice, la condizione di particolare vulnerabilità della persona offesa è desunta, oltre che dall'età e dallo stato di infermità o di deficienza psichica, dal tipo di reato, dalle modalità e circostanze del fatto per cui si procede. Per la valutazione della condizione si tiene conto se il fatto risulta commesso con violenza alla persona o con odio razziale, se è riconducibile ad ambiti di criminalità organizzata o di terrorismo, anche internazionale, o di tratta degli esseri umani, se si caratterizza per finalità di discriminazione, e se la persona offesa è affettivamente, psicologicamente o economicamente dipendente dall'autore del reato*».

Scrivono FILIPPI, in *Il difficile equilibrio tra garanzie dell'accusato e tutela della vittima dopo il D. Lgs. n. 212/2015*, in *Diritto penale e processo*, 2016, f. 7, 845 ss., che la vittima, soprattutto se particolarmente vulnerabile, è stata resa un soggetto «*da tutelare non solo “nel processo”, ma anche “dall'imputato” e “dal processo”*». Ma il legislatore avrebbe, a suo dire, dovuto tenere presente che i diritti processuali riconosciuti alla vittima non dovrebbero mai ridurre quelli garantiti all'imputato «*tanto meno a quello vulnerabile al quale non sono state nemmeno assicurate analoghe garanzie, anche se da tempo previste nella “tabella di marcia” del Consiglio U.E.*».

³⁴ Così LA ROCCA, *L'incidente probatorio*, cit., 412.

³⁵ V. CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, Milano, 2005, 37, per cui: «*oralità e immediatezza [sono] predicati concettualmente inscindibili, tanto da risolversi in un solo principio*».

³⁶ V. BOSELLI, *Un nuovo caso di incidente probatorio*, in *Critica penale*, 1996, 73; ESPOSITO, *Contributo allo studio dell'incidente probatorio*, Napoli, 1989, 150; RENON, *L'incidente probatorio nel proce-*

o dai soggetti indicati nell'art. 210 c.p.p. nei procedimenti per i delitti di cui all'art. 51 comma 3-*bis* c.p.p.; di minore infrasedicenne nei procedimenti per i reati a sfondo sessuale³⁷; di persona offesa che versa in condizioni di particolare vulnerabilità³⁸.

Un generalizzato onere di rinnovazione probatoria dovrebbe dedursi dalla stessa evoluzione normativa della previsione dell'art. 190-*bis*³⁹, che originariamente la escludeva - nei casi citati - se il giudice non la avesse ritenuta «*assolutamente necessaria*»; questo parametro è stato sostituito nel 2001⁴⁰ con la più ampia previsione che il giudice potrà ammettere una nuova escussione purché questa inerisca a «*fatti o circostanze diverse da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni*», ovvero «*se il giudice o taluna delle parti lo ritengano necessario, sulla base di specifiche esigenze*».

Va detto che, se la vecchia formula dell'art. 190-*bis* era stata stigmatizzata perché rimetteva alla discrezionalità del giudice la valutazione circa l'assoluta necessità della rinnovazione probatoria, quella che la ha sostituita è stata criticata per non essere comunque riuscita a sottrarre la domanda di parte ad un penetrante controllo dell'organo giudicante⁴¹.

In ogni caso, la modifica disvela il rilievo da attribuire alla necessità di formare la prova in dibattimento. Rilievo desumibile anche dai commi secondo e terzo dell'art. 511 c.p.p., che dispongono la lettura dei verbali delle dichiara-

dimento penale. Tra riforme ordinarie e riforme costituzionali, cit., 292 ss.; SAU, *L'incidente probatorio*, cit., 329.

³⁷ A tale fattispecie la disciplina è stata estesa con la legge n. 269 del 1998 (prima, la L. n. 66 del 1996, che aveva esteso l'istituto incidentale anche per i reati di violenza e sfruttamento sessuale di minorenni, non aveva previsto la preclusione dell'esame dibattimentale ove le parti ne avessero fatto richiesta).

³⁸ Previsione così aggiunta dall'art. 1, comma 1, lett. e) del D.lgs. n. 212 del 15 dicembre 2015.

³⁹ Il decreto-legge n. 306 del 1992 (convertito nella L. n. 356) aveva seguito alcuni suggerimenti della Commissione parlamentare Antimafia nel modificare il codice di rito. Si era introdotta la previsione del 190-*bis* che recitava: «*nei procedimenti per taluni dei delitti indicati nell'art. 51 comma 3-*bis* c.p.p., quando è richiesto l'esame di un testimone o di una delle persone indicate dall'art. 210 c.p.p. e queste hanno già reso dichiarazioni in sede di incidente probatorio ovvero dichiarazioni i cui verbali sono stati acquisiti a norma dell'art. 238 c.p.p., l'esame è ammesso solo se assolutamente necessario*».

⁴⁰ Legge cost. n. 63 del 2001. Sull'istituto incidentale alla luce della riforma costituzionale, v. ERRICO, *Rilettura dell'incidente probatorio per l'attuazione di un "processo giusto"*, in *Dal principio del giusto processo alla celebrazione di un processo giusto*, a cura di Cerquetti e Fiorio, Padova, 2002, 157 ss.

⁴¹ Si è asserito infatti che le due nuove formule riportate, in quanto elastiche, potrebbero essere riempite nella maniera preferita dall'interprete, mentre sarebbe opportuno dare un'interpretazione ampia delle formule del 190-*bis* che aprono - anche implicitamente - alla ripetizione dell'esame. V. MOROSINI, *La formazione della prova nei processi, per fatti di criminalità organizzata (art. 190 bis)*, in *Giusto processo e nuove norme sulla formazione della prova*, a cura di Tonini, Padova, 2001, 228, che ritiene non sia stato del tutto evitato il rischio di una «*riesumazione - più o meno volontaria - del vecchio parametro della assoluta necessità*» e SAU, *L'incidente probatorio*, cit. 335.

zioni solo se è avvenuto l'esame della persona che le ha rese e, quando si tratta di relazione peritale, dopo l'esame del perito⁴².

È già evidente, dunque, un'incoerenza sistematica della pronuncia all'attenzione, che ha addirittura immaginato una generalizzata irripetibilità della prova assunta in incidente probatorio, a prescindere dal tipo di testimone da udire, ma salva la discrezione del giudice in senso contrario.

Anche il riferimento alle Sezioni Unite *Bajrami*, esplicito nella decisione che si annota, non pare corretto. A parte i rilievi fortemente critici di tale sentenza, ancor più irragionevole sembra la sua estensione allo strumento incidentale.

Il recente *revirement* giurisprudenziale di cui la pronuncia *Bajrami* è emblema, mira a contenere il dispendio di tempo e risorse che l'amministrazione della giustizia deve sostenere quando, mutato il giudice, si procede alla ri-udizione di tutti i testimoni ex art. 525 c.p.p., operazione che può rallentare il giudizio di mesi.

Nel caso sottostante alla sentenza in esame, diversamente, sarebbe bastata un'udienza per ri-ascoltare un solo testimone, peraltro non soggetto a rischi di vittimizzazione secondaria o di cd. "usura" della genuinità della prova.

Lascia perplessi, allora, che il canone dell'immediatezza sia considerato così secondario da poter essere sacrificato *tout court*, senza che sussistano serie esigenze di efficienza.

Alla luce dei moniti provenienti dalla Corte di Strasburgo, poi, neppure la ragionevole durata del processo dovrebbe rappresentare - di per sé - una giustificazione acciò valida, perché il prezzo di un processo celere non può consistere nella rinuncia alla verità processuale, o nel sacrificio del diritto dell'imputato a veder decidere della propria libertà personale lo stesso giudice che ha avuto una percezione diretta delle prove⁴³.

⁴² Ciò significa che se il testimone, già escusso in sede incidentale, viene esaminato in dibattimento perché la preclusione di cui al 190-bis c.p.p. non è applicabile, la precedente dichiarazione può essere letta solo dopo il suo esame, onde evitare che si cada nella prassi delle conferme. Da ciò dovrebbe ricavarsi che la lettura, nel dibattimento, abbia il ruolo di permettere un confronto fra le dichiarazioni rese nelle due fasi e non di fare le veci dell'esame. Così SAU, *L'incidente probatorio*, cit., 333, che ricorda come l'eventuale contrasto fra le due risultanze probatorie dovrebbe anche essere risolto, dal giudice, a favore della dichiarazione in dibattimento, preferibile, salvo consistenti elementi contrari, poiché assunta nel pieno rispetto del contraddittorio.

⁴³ V. fra tutte Corte EDU, 5 luglio 2011, *Dan c. Moldavia*, in questa *Rivista* con nota di GAITO, *Verso una crisi evolutiva del giudizio d'appello*, 2012, 1, 349 e Corte EDU, 10 novembre 2020, *Dan c. Moldavia* (n.2), in questa *Rivista*, 2020, 3, con note di GAETA, *Quando l'assoluzione viene riformata in condanna: le regole minime europee su prove e regole di giudizio nelle impugnazioni penali*; GAITO, *Ancora alla ricerca di un passaggio a Nord-Ovest... oltre il giudizio d'appello*; GIUNCHEDI, *In claris non fit interpretatio. "Dan c. Moldavia 2" impone rinnovazioni effettive*.

Peraltro, i Giudici alsaziani ravvisano la violazione dell'art. 6, § 1, CEDU solo se sussistono ritardi consistenti e non in qualsiasi ipotesi dilatoria del procedimento⁴⁴: l'irragionevole durata deve essere apprezzata applicando parametri rigorosi, quali la complessità del caso trattato, il comportamento degli organi preposti alle attività processuali e soprattutto «*l'enjeu du litige pour l'intéressé*⁴⁵». Così, se “la posta in gioco” per l'imputato è una condanna all'ergastolo, non è corretto negare la ri-audizione del testimone nodale da parte del giudice decidente, solo per ottenere un vantaggio irrisorio in termini di economia processuale.

C'è un ulteriore ordine di ragioni per cui l'estensione all'incidente probatorio dei “principi *Bajrami*” non convince.

In tema di mutamento del giudice, la deroga all'immediatezza riguarda pur sempre giudici funzionalmente preposti alla stessa fase decisoria, il più delle volte affiancati da colleghi che hanno avuto una percezione diretta della prova. Ebbene, un conto è che le prove utilizzate per decidere siano comunque assunte da giudici tenuti a condannare o ad assolvere, altro conto è che siano acquisite da chi, come il Giudice per le indagini preliminari o il Giudice dell'udienza preliminare, ha un ruolo ben diverso nel processo⁴⁶. Non perché si tratta di organi deputati a compiti “inferiori”, ma perché dinanzi ad essi, in sede di incidente probatorio, la difesa è sempre «*parziale e insufficiente, dal momento che in quella fase manca la conoscenza completa degli atti di indagine, quale si realizza nel dibattimento*»⁴⁷. Peraltro, quando cambia un giudice

⁴⁴ Da ultimo Corte EDU, 18 marzo 2021, *Petrella c. Italia*. Nel caso di specie la Corte EDU ha riconosciuto alla parte civile la violazione dell'art. 6, § 1, CEDU per un ritardo - ingiustificato - di cinque anni nell'avvio delle indagini, termine ben diverso da quello che sarebbe bastato per la ri-escussione di un testimone.

⁴⁵ V. p. 9 della sentenza *Petrella c. Italia* cit., che rinvia sul punto a Corte EDU, *Grand Chambre*, 27 giugno 2000, *Frydender c. France*.

⁴⁶ LO RUSSO, *Il fascino indiscreto della “mediatezza”*, in *Sistema penale*, 2020, nota come «*l'elemento di prova, insomma, si fa strumento cognitivo per il convincimento del giudice senza destare particolare scandalo, a dispetto di un processo che avrebbe dovuto trovare nella fase dibattimentale la sua essenza*». V. AIUTI, *L'immediatezza presa sul serio*, in *Diritto penale e processo*, 2019, 1, 114, laddove critica la tendenza a confrontare l'art. 190-bis e le altre ipotesi di rinnovazione previste dal codice. L'A. si riferisce, segnatamente, al confronto fra la rinnovazione in appello e la ri-acquisizione della prova proveniente dall'incidente probatorio, sottolineando come fra i due fenomeni manchi una *ratio* comune. Il discorso può estendersi all'accostamento compiuto dalla decisione che si annota fra gli articoli 392 c.p.p. e l'art. 525 c.p.p. per come applicato dalle Sezioni Unite *Bajrami*: sembra una forzatura estendere categorie processuali ad un istituto che non si radica nel processo, ma nella ben diversa fase “preliminare” al rinvio a giudizio.

⁴⁷ ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in *La prova nel dibattimento penale*, di Ferrua, Grifantini, Illuminati e Orlandi, Torino, 2007, 87. Scrive BARGIS,

del dibattimento – fatta eccezione per la composizione monocratica – le sentenze vengono comunque sottoscritte da uno o più giudici che abbiano avuto diretta percezione della prova su cui si basa la condanna.

Infine, lascia perplessi anche il fatto che la Cassazione, a sostegno di una sostanziale irripetibilità dell'incidente probatorio, abbia richiamato il combinato disposto degli artt. 238, comma 5, c.p.p. e 190-*bis*, che consente ai verbali di prove dichiarative formati in altri procedimenti di sostituire l'escussione della fonte: retaggio dell'involuzione inquisitoria del '92, questo articolo sarebbe, piuttosto, da ripensare⁴⁸.

Non solo, se l'art. 238 c.p.p. è utilizzato di rado, il 392 c.p.p. gode di una portata applicativa amplissima.

Si pensi che da procedimenti nei quali le indagini durano due anni⁴⁹ – seguendo l'interpretazione della sentenza in oggetto – potrebbero scaturire decisioni basate su prove dichiarative assunte, tutte, in una sede diversa dal dibattimento.

5. *Per concludere a proposito della nouvelle vague contro l'immediatezza.* La decisione che si annota promuove una sostanziale abrogazione dei limiti che circoscrivono l'applicazione dell'art. 190-*bis*, già vivacemente censurato per la sua ampiezza⁵⁰.

L'incidente probatorio, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 1350: «*La difesa, di fronte ad una discovery necessariamente parziale, si trova in condizioni di netta disparità*».

⁴⁸ In MOROSINI, *La formazione della prova nei processi*, cit., 220 ss., si ricorda che la legge n. 356 del 1992 aveva inciso negativamente sulla separazione fra le indagini e il processo, promuovendo un largo utilizzo nel dibattimento del materiale probatorio acquisito altrove. La stagione del terrorismo avrebbe portato ad una sorta di «restaurazione» del processo inquisitorio; la prova scritta era ritornata ad essere la regola, mentre quella orale era divenuta l'eccezione. In ogni caso, come scriveva MAZZUCA, *Verso la controriforma del processo penale: l'alibi della lotta alla criminalità*, in *Il giusto processo*, 1991, 11-12, 348, proprio l'incidente probatorio è stato uno dei protagonisti della «controriforma» del processo penale, in quanto divenuto, nei fatti, uno dei meccanismi istruttori per mezzo dei quali il sistema si è reindirizzato verso i principi – che si volevano abbandonati – del Codice Rocco.

⁴⁹ Così all'art. 407, comma 2, c.p.p.

⁵⁰ La compressione del diritto alla prova che la norma consente, ha spinto a sollevare anche rilievi di illegittimità costituzionale. Invero, poiché la rinnovazione è limitata in base in base capo di accusa, si lederebbero la presunzione di non colpevolezza ed il diritto alla difesa, questo vulnerato anche dal fatto che la *cross examination* svolta in sede di incidente probatorio non può insistere su tutti i profili oggetto di decisione, perché basata su una *discovery* limitata. Se entrambe le parti dell'incidente probatorio possedessero un'uguale cognizione dei fatti oggetto della causa, risulterebbe soddisfatta la parità delle armi. Invece la posizione “privilegiata” dal punto di vista informativo del pubblico ministero, *de facto dominus* delle indagini preliminari, comporta una specie di “naturale” disparità delle parti. Così *ex multis* DI CHIARA, *Il contraddittorio nei riti camerali*, Milano, 1994, 249.

In letteratura erano state prospettate soluzioni che riducessero, al contrario, i casi di cristallizzazione della prova formata davanti ad un organo diverso dal decidente, riguardanti la possibilità di utilizzare il collegamento audiovisivo per la ri-audizione anonima dei collaboratori di giustizia già sentiti in incidente probatorio⁵¹; ovvero il minore e la vittima particolarmente vulnerabile, che potrebbero essere ri-sentiti – se necessario – con le stesse modalità protette di cui all’art. 398 comma 5-*bis*, applicabili anche in dibattimento ex art. 498 commi 4-*bis* e 4-*ter*⁵².

Ora la *nouvelle vague* giurisprudenziale contro l’immediatezza vuol demandare al giudice il compito di decidere – discrezionalmente – se sia manifestamente superfluo che delle prove acquisite fuori dal dibattimento si possa occupare, in via diretta, chi è *naturalmente* preposto alla decisione.

Occorre sottolineare che una simile interpretazione stride con la diversa corrente di pensiero che vorrebbe un recupero dell’animo accusatorio del codice e un’adesione agli insegnamenti della Corte europea dei diritti dell’uomo.

Lo stato dell’arte restituisce, in sintesi, una stratificazione del principio di immediatezza, diversamente modulato a seconda dell’interpretazione adottata.

Un primo livello di tutela, più ampio e rispondente al dato letterale, è quello che promuove l’identità fra il giudice del dibattimento e il giudice della decisione ogni qual volta ciò sia materialmente possibile: in questo senso l’art. 190-*bis* e l’art. 514 c.p.p. limitano all’essenziale l’entrata nel dibattimento delle prove raccolte nella fase delle indagini; l’art. 525 c.p.p. prescrive l’immutabilità del giudice; l’art. 603-*bis* dispone la rinnovazione se ad un di-

⁵¹ Per i testimoni o i soggetti indicati nell’art. 210 c.p.p. si è sottolineata la possibilità di utilizzare il regime di escussione a distanza mediante collegamento audiovisivo, affinché essi continuino a restare nell’anonimato e, in ogni caso, al riparo da interferenze indebite o minacce da parte delle persone evocate nelle memorie accusatorie. Così GIARDA, *Il processo penale in audiovisione: teleimputati, teletestimoni e “teleimpunoni”*, in *Corriere Giur.*, 1998, 3, 259 ss. V. MOROSINI, *La formazione della prova*, cit., 223.

⁵² In base al combinato disposto di queste norme, in dibattimento, il minore può essere esaminato con modalità particolari. A tal fine l’udienza si svolge anche in luogo diverso dal tribunale, avvalendosi il giudice, ove esistano, di strutture specializzate di assistenza o, in mancanza, presso l’abitazione della persona interessata all’assunzione della prova. Le dichiarazioni testimoniali così assunte sono allora documentate integralmente con mezzi di riproduzione fonografica o audiovisiva, la cui trascrizione è disposta solo su richiesta dalle parti. V. CAMALDO, *La testimonianza dei minori nel processo penale: nuove modalità di assunzione e criteri giurisprudenziali di valutazione*, in *L’indice penale*, 2000, 1, 181; LA ROCCA, *L’incidente probatorio*, cit., 442; SAU, in *L’incidente probatorio*, cit., 338, che scrive: «*Neppure sembra che la reiterazione della prova testimoniale in dibattimento possa creare dei traumi al minore visto che la legge n. 269 del 1998 ha di recente esteso alla fase del giudizio le medesime particolari modalità di audizione protetta previste per l’incidente probatorio dall’art. 398, comma 5-*bis* c.p.p.*».

verso apprezzamento della prova orale si vuole far conseguire una *reformatio in peius*⁵³.

Secondo una diversa prospettiva, l'immediatezza deve essere ripensata dal legislatore, giacché potrebbe essere assicurata – o meglio, sostituita – con metodi alternativi, che non incidano negativamente sulle tempistiche giudiziali e garantiscano la non dispersione delle prove.

In quest'ottica la sentenza costituzionale n. 132 del 2019 ha ipotizzato che una veloce definizione dei processi potrebbe essere favorita se la legge prevedesse mezzi diversi sia dalla rinnovazione, troppo onerosa, che dalla scrittura, retaggio del vecchio rito: così, ad esempio, invece di ripetere l'escussione di un testimone chiave ascoltato da un altro giudice, il decidente potrebbe avvalersi di registrazioni dell'esame già svolto⁵⁴.

È emerso, infine, un indirizzo che vuol lasciare alla discrezionalità del giudice la scelta se ripetere o meno la prova dichiarativa assunta in sedi extra-dibattimentali, pur in assenza di norme che garantiscano “misure compensative”.

Questo il tenore della già citata decisione a Sezioni Unite *Bajrami*, che ha prefigurato una grave deroga alla rinnovazione probatoria in caso di muta-

⁵³ Scrive GAITO, *Ancora alla ricerca di un passaggio a Nord-Ovest...* cit., 5: «per salvaguardare la legittimità della *reformatio in peius* fondata sul diverso apprezzamento della prova orale, si impone il riesame diretto della prova stessa attraverso una nuova fase dibattimentale, non potendosi giungere alla condanna in luogo di pregressa assoluzione in ipotesi di mancata riassunzione della prova dichiarativa nella pienezza ed effettività del contraddittorio dinanzi al giudice deliberante».

⁵⁴ Sorgono, allora, ulteriori questioni: dove e con quali tempistiche il giudice che non conosce la prova dovrebbe visionare le registrazioni; potrebbe “mettersi in pari” da solo oppure sarebbe necessaria la presenza di tutti i membri del collegio; e in quest'ultimo caso, dovendosi sostanzialmente riprodurre una giornata di udienza, si risparmierebbe davvero del tempo o il sacrificio dell'immediatezza non comporterebbe neppure benefici? Per una critica v. LA ROCCA, *Quale immediatezza, ora?*, cit., 7, che parla di «*surrogato*» dell'immediatezza. Per un apprezzamento favorevole v. APRATI, *Una diversa modulazione del principio di immediatezza: riflessioni sulla proposta Gratteri*, in *Cass. pen.*, 2016, 3537 ss. In DANIELE, *Le “ragionevoli deroghe” all'oralità in caso di mutamento del collegio giudicante*, cit., 9, si trova un ragionamento sulla videoregistrazione come mezzo non già alternativo alla ripetizione probatoria, bensì utile per capire se essa sia o meno operazione necessaria: «*Che la riassunzione orale possa davvero servire ai fini di una migliore valutazione di una testimonianza scritta, dunque, in linea di massima non è pronosticabile a priori, prima di averla praticata. Tutt'altro ausilio verrebbe dalla sostituzione – anche essa suggerita dalla Corte costituzionale – della verbalizzazione con la videoregistrazione della precedente deposizione. Ma si deve essere consapevoli del rischio che l'impiego di quest'ultima, che dell'oralità rappresenta il surrogato più prossimo, finisca col giustificare la prassi generalizzata di rinunciare alla rinnovazione dell'esame*».

mento del giudice. Lungo la stessa direttiva si inserisce la pronuncia in nota, che indica come eccezionale la ripetibilità delle prove assunte in incidente probatorio e – più in generale – afferma che la rinnovazione dell'art. 603-bis c.p.p. non si estende al giudizio d'appello successivo all'annullamento di una assoluzione. In buona sostanza, l'immediatezza risulterebbe tutelata appieno solamente in ipotesi di *overturning* di condanna della sentenza di assoluzione di primo grado.

La conclusione non è nuova: recenti proposte di legge hanno provato, per ora senza successo, a relegare l'oralità e l'immediatezza a principi secondari, dipendenti dalle valutazioni di opportunità del giudice⁵⁵.

Ma è il caso di ricordare che «*l'inquisitore è un giudice cui la legge accorda un credito illimitato*»⁵⁶.

SUSANNA LIVI

⁵⁵ È noto come il legislatore abbia tentato di operare riforme «*non propriamente in linea con l'idea di giusto processo*», così GAITO, *Il segreto di Pulcinella: i 32 punti della riforma del processo penale*, in questa *Rivista*, 2019, 1. V. già la proposta del 2014 della cd. Commissione Gratteri, laddove ha proposto di «*trasformare la regola dell'art. 190bis da norma speciale a norma generale*». Per la più recente riforma v. LA ROCCA, *La prima delega del decennio per la riforma del processo penale: una corsa folle contro il tempo che ora scorre senza contrappesi*, in questa *Rivista*, 2020, 1, in argomento alle pagine 12 ss.

⁵⁶ CORDERO, *Linee di un processo di parti*, in *Ideologie del processo penale*, Milano 1966, 168.