

RIFLETTENDO SULL'AMMISSIONE DELLA PROVA

di Ivan Frioni

Abstract. *Il presente contributo intende stimolare nuove riflessioni su un tema – quello dell'ammissione della prova – che vede la prassi giurisprudenziale discostarsi, almeno in parte, dalla soluzione tradizionale che 'costringe' la fase ammissiva nel segmento dibattimentale degli atti introduttivi. Il possibile sovrapporsi della fase ammissiva a quella successiva e la possibilità di dare discontinuità alla formulazione delle richieste probatorie sono le principali offerte interpretative che vengono consegnate al lettore, nel tentativo di far riacquistare al procedimento probatorio la coerenza e l'ordine smarriti.*

SOMMARIO: 1. Il vizio d'origine dell'art. 493 c.p.p.: l'assenza di un termine finale. – 2. Il rapporto tra gli artt. 468, 493 e 495 c.p.p. – 3. Decadenza, inammissibilità, preclusione. – 4. L'ammissione della prova tra vecchio e nuovo rito – 5. Possibilità di frammentazione delle richieste di prova. – 6. Le ragioni dell'interpretazione chiusa dell'art. 493 c.p.p. Il principio di concentrazione del dibattimento. – 7. La lealtà processuale e il gioco degli scacchi. – 8. Considerazioni conclusive.

1. Il vizio d'origine dell'art. 493 c.p.p.: l'assenza di un termine finale

Prendendo le mosse dall'interpretazione giurisprudenziale che autorizza le parti ad avanzare la richiesta di ammissione dei contributi documentali anche nel corso del dibattimento¹, ci si è interrogati, nell'ambito di altra riflessione², sulla possibilità di assegnare alla fase di ammissione della prova una struttura elastica o aperta; una struttura difforme, dunque, da quella tradizionalmente proposta, secondo cui la fase di stretta cognizione dovrebbe concentrarsi ed esaurirsi nell'attività di assunzione delle sole prove che le parti, nella precedente e distinta frazione dibattimentale, abbiano sottoposto al filtro valutativo del giudice³.

¹ V. Cass., sez. II, 22.11.1994, Seminara, in *Cass. pen.*, 1996, p. 844. Nello stesso senso, v. sez. VI, 20.10.1995, Udassi e altro, in *Giust. pen.*, 1997, III, p. 33. Più recentemente, Cass. Sez. II, 18.11.2009, in *Cass. pen.*, 2012, p. 1439. In senso contrario, ancorché, sinora, isolata, Cass. Sez. III, 16.11.2006, n. 1343, ined., secondo cui la 'tardiva' produzione di documenti da parte del Pubblico Ministero 'alla fine della fase dibattimentale' integrerebbe una nullità a regime intermedio.

² I. FRIONI, *L'esame dell'imputato*, Milano, 2011, cap. 2, § 3 e 4.

³ Cfr. G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in P. FERRUA-F.M. GRIFANTINI-G. ILLUMINATI- R. ORLANDI, *La prova nel dibattimento penale*, II ed., Torino, 2005, p. 79, secondo il quale 'una volta [...] iniziata la fase dell'istruzione dibattimentale, le richieste di prova non possono più

Intenzione di queste note è riprendere quel discorso che – per via dei limiti imposti dallo specifico tema trattato – è stato sommariamente impostato, e procedere dunque ad un approfondimento più premuroso sui tempi di ammissione dei mezzi probatori, considerati nel loro complesso. Ciò al fine di valutare se l'art. 493 c.p.p. e le disposizioni che ne condizionano l'interpretazione consentano la formulazione di una regola universale, valida dunque per tutti i mezzi probatori, ovvero impongano distinzioni, in linea con la lettura per la quale sembra propendere la giurisprudenza, restia ad estendere alle altre prove l'interpretazione riservata a quelle documentali⁴.

Il dato di partenza non può che essere l'analisi dell'art. 493 c.p.p., il cui portato di senso è lungi dal poter essere agevolmente e meccanicamente compreso.

L'inciso 'chiedono l'ammissione delle prove', con cui termina l'art. 493 comma 1 c.p.p. (cui si potrebbe 'storicamente' affiancare l'inciso 'indica le prove di cui chiede l'ammissione', riferito al pubblico ministero nella versione del primo comma precedente le modifiche del 1999), non esplicita né l'obbligo per le parti di chiedere l'ammissione di 'tutte le prove' che intendano utilizzare a riscontro delle singole prospettive probatorie, né l'ammissione di prove particolari e determinate⁵.

L'analisi dell'art. 493 c.p.p. dovrebbe, dunque, condurre a due alternativi approdi, condizionati dalla natura del suo portato precettivo, cui dovrebbe conseguire, nella prima prospettiva – nel caso cioè in cui lo si erigesse ad argine processuale – l'impossibilità di chiedere l'ammissione di qualsiasi prova dopo gli atti introduttivi (con la sola eccezione di quelle che solo in tale fase risultino, per loro peculiare natura,

essere avanzate'. Nello stesso senso, C. QUAGLIERINI, *In tema di onere della prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 1265, secondo cui 'il sistema è tendenzialmente ispirato al principio della contestualità della deduzione probatoria: le parti devono formulare tutte le loro istanze istruttorie nell'esposizione introduttiva'. Così, ancora, P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, VI ed., Milano, 2005, p. 567: 'Nel momento delle richieste di prova occorre che ciascuna parte chieda l'ammissione di tutte le prove (sia orali, sia reali) delle quali intende servirsi'; E. FASSONE, *Il Giudizio*, in E. FORTUNA-S. DRAGONE-E. FASSONE-R. GIUSTOZZI, *Manuale pratico del processo penale*, Padova, 2007, p. 921-922; R. ADORNO, *L'ammissione della prova nel dibattimento*, Torino, 2012, p. 78-79. Sulla medesima linea, con particolare riferimento proprio alla prova documentale, v. O. MAZZA, *Le insidie al primato della prova orale rappresentativa. L'uso dibattimentale di materiale probatorio precostituito*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1533; F. ZACCHÈ, *La prova documentale*, Milano, 2012, p. 209.

⁴ Relativamente all'esame dell'imputato, ad esempio, mezzo di prova esso stesso non preannunciato, la giurisprudenza si mostra 'conservatrice'. Cfr. Cass., sez. VI, 11.12.1992, Ferroni, in *Cass. pen.*, 1994, p. 1552; sez. I, 27.6.1995, Ruzzone ed altri, in *Arch. n. proc. pen.*, 1996, p. 136, secondo cui l'esame dell'imputato è 'un mezzo di prova che non deve essere preannunciato e che le parti possono anche dedurre in sede di esposizione introduttiva e fino al suo esaurimento a norma dell'art. 493 c.p.p.'. Per osservazioni più diffuse si rimanda a I. FRIONI, *op. cit.*, cap. 2, § 3 e 4.

⁵ Conclusioni certe non provengono neppure dalla lettura della disposizione di cui all'art. 555 comma 4 c.p.p. che, pur più dettagliata nel lessico, non stabilisce alcun termine finale entro cui dovrebbe esaurirsi l'esercizio del diritto di richiesta. Con lo stabilire che 'se deve procedersi al giudizio, le parti, dopo la dichiarazione di apertura del dibattimento, indicano i fatti da provare e chiedono l'ammissione delle prove', la disposizione esplicita il termine iniziale, che nell'art. 493 c.p.p. resta inespresso, ma resta pur sempre, ed esclusivamente, su di esso concentrata.

ammissibili)⁶. Nella seconda, contraria prospettiva, dovrebbe invece essere concessa alle parti – in coerenza con l'assenza all'interno della disposizione di un termine finale – la possibilità di differire il momento della richiesta probatoria alla fase successiva dell'istruzione dibattimentale, sempre con riferimento a qualsiasi prova. Una soluzione, questa, che deve essere indagata a fondo, per via dell'incursione che provoca in quell'ordine che si vorrebbe eletto ad elemento naturale del procedimento probatorio (e che sarebbe dovere dei termini garantire)⁷ e per gli imprevisti effetti che dalla sua opera di disturbo potrebbero derivare. E' peraltro la mancata previsione di termini all'interno dell'art. 493 c.p.p. ad ingenerare una sorta di paradosso, perché se il formalismo processuale è posto a presidio dell'ordine e della certezza⁸, a contraddistinguere la norma sembra essere un *deficit* proprio di formalismo⁹. L'apertura operata dalla giurisprudenza in favore delle sole prove documentali solleva però nuovi interrogativi, sollecitando riflessioni sia sulla sostenibilità dell'alternativa appena proposta, sia sull'esistenza di margini per un'interpretazione diversa e, in particolare, sulla possibilità che l'art. 493 comma 1 c.p.p., autonomamente o nel suo rapporto con altre disposizioni, permetta distinzioni all'interno dei diversi mezzi di

⁶ L'art. 493 c.p.p. non opera nei riguardi delle prove 'costituzionalmente' ammissibili solo nel corso dell'istruzione dibattimentale, come certamente è per l'assunzione del teste di riferimento nella testimonianza indiretta e può essere per ricognizioni ed esperimenti giudiziali, presupponenti l'assunzione di altre prove, per il confronto, "ammesso esclusivamente tra persone già esaminate o interrogate" (art. 211 c.p.p.), e per la perizia, quando non precedentemente espletata.

⁷ Evidenzia R. ORLANDI, *L'attività argomentativa della parti nel dibattimento penale*, in P. FERRUA-F. M. GRIFANTINI-G. ILLUMINATI-R. ORLANDI, *La prova nel dibattimento penale*, cit., p. 35, che 'eventuali anticipazioni o interferenze dell'una [fase] rispetto all'altra pregiudicherebbero la dialettica dibattimentale e, al contempo, la correttezza stessa dell'accertamento, giacché l'atteggiamento sleale di una parte, la quale approfittasse oltre il lecito dello spazio argomentativo offertole dall'art. 493 comma 1, sarebbe idoneo a pregiudicare la situazione della controparte, qualificandosi come patologico di per sé e come fonte di ulteriori patologie: chi ha subito la scorrettezza sarà indotto a fare altrettanto, se solo ne avrà la materiale possibilità, scompaginando così ulteriormente l'ordine normativo (di origine legale o giudiziale) per lo svolgimento dell'argomentazione; oppure si troverà a dover affrontare una situazione falsata dalla intempestiva o sleale iniziativa della controparte'.

⁸ Rilevava G. LEONE, *Lineamenti di diritto processuale penale*, IV ed., Napoli, 1958, p. 240, che 'la determinazione temporale dell'atto processuale si ricollega ad un'esigenza di economia delle attività processuali, la quale mira ad assicurare una sollecita ed ordinata attuazione della funzione giurisdizionale ed a rinsaldare il senso di fiducia nella funzione della giustizia'. Secondo G. BRICHETTI, *Le rinunzie nel diritto processuale penale*, Milano, 1924, p. 151, 'la fissazione dei termini, prima ancora che una creazione legislativa, si palesa come una necessità scaturente dalla natura stessa del procedimento penale. I termini processuali rappresentano dunque una delle fondamentali garanzie del procedimento, disciplinando ed assicurando l'esercizio dei diritti processuali'. V. altresì A. GIARDA, voce *Termine (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, vol. XLIV, Milano, 1992, p. 262-263; C. MASSA, *L'acquiescenza nel processo penale*, Napoli, 1954, p. 199.

⁹ Notava Chiovenda che 'il vizio peggiore d'un sistema di forme processuali non è la sua complicazione, non le sue lungaggini; il vizio peggiore delle forme è l'incertezza e la discutibilità. Entrambe dipendono o dall'imperfetta od oscura formulazione della legge, o dalla sua rilassatezza nella sanzione delle inosservanze formali: l'una e l'altra producono le questioni di forma' (G. CHIOVENDA, *Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, in *ID.*, *Saggi di diritto processuale civile*, vol. I, cit., p. 374).

prova, stabilendo concessioni o preclusioni a seconda del mezzo probatorio da dedurre.

E' proprio la giurisprudenza di legittimità, alla quale i giudici inferiori attingono per concedere il libero ingresso dei documenti nel corso dell'istruzione dibattimentale, ad avere creato il dilemma appena sintetizzato. Se la giurisprudenza ha un merito o una responsabilità è, dunque, di avere riconosciuto la falla interna all'art. 493 c.p.p., il suo vizio d'origine. Il demerito sta invece, forse, nell'averne circoscritto gli effetti alla prova documentale¹⁰, di avere dunque aperto una breccia nell'interpretazione dell'art. 493 c.p.p. senza aver voluto riconoscere, tuttavia, che la mancanza di preclusioni espresse all'ingresso della prova dopo la fase introduttiva non è dal codice limitata a simili prove.

L'approfondimento sull'operatività dell'art. 493 comma 1 c.p.p., al quale al momento ci si limita, sembra autorizzare inferenze ben più radicali rispetto a quelle operate in sede giurisprudenziale ed induce a riflettere sulla possibilità di riconsiderare complessivamente l'art. 493 c.p.p. quale sede processuale in cui 'perentoriamente' collocare la richiesta di ammissione delle prove, comprese quelle che poggiano su un terreno particolarmente tenace, indicate nella lista ex art. 468 c.p.p.

Difficile è disconoscere il seguente dato: l'art. 493 comma 1 c.p.p. non stabilisce, non almeno 'esplicitamente'¹¹, limiti cronologici all'introduzione delle prove di cui all'art. 468 c.p.p.¹², essendo la sanzione di inammissibilità prevista solo quale conseguenza della tardiva presentazione della lista. E' il pre-giudizio a guidare l'interpretazione giudiziale, che parrebbe sbarrare la strada alla coerenza logica nel momento in cui, concessa l'introduzione della prova documentale nel corso dell'istruzione dibattimentale, conclude avversativamente in relazione alle prove di cui all'art. 468 c.p.p. Pregiudizio che diviene contraddizione quando si consideri la restaurazione della barriera temporale al cospetto – ad esempio – della richiesta di esame dell'imputato e delle altre parti private¹³.

¹⁰ Pur senza assumere una posizione precisa, rileva p. p. rivello, *Il dibattimento nel processo penale*, Torino, 1997, p. 72, proprio in relazione alla giurisprudenza in tema di ammissione della prova, come 'palese appare la sussistenza di una non comprensibile differenziazione tra il trattamento riservato alle prove testimoniali e quello mantenuto nei confronti delle prove documentali'.

¹¹ Come invece sostiene la giurisprudenza di legittimità in tema di prova documentale. Cfr. Sez. II, 22.11.1994, Seminara, cit., secondo cui 'deve escludersi che l'art. 493 c.p.p., il quale disciplina l'esposizione introduttiva e le richieste di prova avanzate dalle parti, preveda una preclusione alla produzione di documenti, ed all'ammissione di essi da parte del giudice, in un momento successivo a quello fissato dalla norma suddetta, essendo tale preclusione esplicitamente limitata alle prove che devono essere indicate nelle liste di cui all'art. 468 c.p.p. (testimoni, periti e consulenti tecnici), come desumesi dalla sanzione di inammissibilità prevista da tale articolo e dalla eccezione, in tale campo, prevista dall'art. 493 comma 3 [ora comma 2] c.p.p.'. In senso analogo, sez. II, 18.11.2009, cit.

¹² Si veda in proposito G. L. FANULI, *Esistono termini processuali preclusivi in tema di richiesta di prove?*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1999, pp. 105 ss.

¹³ Cfr. in particolare, Sez. I, 27.6.1995, Ruzzone ed altri, cit. Lo sbarramento che tramite l'art. 493 c.p.p. opererebbe in relazione alla richiesta di esame delle parti difetta fortemente di logica, quando si effettui il confronto proprio con la giurisprudenza in tema di prova documentale, ed è tanto più sorprendente, quasi fosse il prodotto di un incantesimo, ove si consideri che, a differenza del documento (in particolare, del

Si vedrà oltre, invece, come pienamente coerente sia quella dottrina – di cui si è già anticipata la rigorosa linearità d'impostazione – che ritiene obbligata la collocazione della richiesta di tutte le prove nella fase introduttiva del dibattimento. E' proprio a quel punto che si dovrà anche cercare di prendere posizione sulla relativa tesi e valutare se su di essa abbiano avuto e continuino ad avere maggior peso le ragioni in diritto o la forza dell'abitudine mentale. E' dunque necessario comprendere se il tradizionale paradigma d'interpretazione, fondato su una non discussa *intentio legis*, sia uno di quei casi in cui 'la vischiosità delle abitudini rende istintivamente preferibile il partito del fatto compiuto'¹⁴, fino a condurre a certezze escludenti la possibilità di altre letture critiche, ovvero se esso resti preferibile, se non addirittura l'unico razionalmente possibile, nel qual caso occorreranno altre valutazioni.

2. Il rapporto tra gli artt. 468, 493 e 495 c.p.p.

Il dato critico, rappresentato da una previsione d'inammissibilità della richiesta collegata al solo difetto di indicazione della prova nella lista ex art. 468 c.p.p., stimola il ragionamento sollecitando l'approfondimento del rapporto corrente tra le previsioni di cui agli artt. 493 e 495 c.p.p. e quell'onere preliminare, inserito all'interno dell'art. 468 c.p.p., la cui funzione è stata individuata principalmente in motivi di correttezza processuale radunati nell'espressione '*discovery*'. E' necessario cioè comprendere se le disposizioni di cui agli artt. 468, 493 e 495 c.p.p. siano associate da una relazione di interdipendenza e se, dunque, almeno con riguardo alle prove 'anticipate', la richiesta ammissiva debba essere ricondotta all'interno di una logica comune, tale da estendere il principio di trasparenza assicurato dall'art. 468 c.p.p. alla fase immediatamente successiva.

L'analisi dell'art. 493 c.p.p., considerato nel suo complesso, sembra consentire una prima conclusione: il suo contenuto è in potenza proiettabile all'interno dell'istruzione. Ciò per effetto dell'elemento qualificante la norma nell'insieme considerata, ovvero l'inesistenza al suo interno di termini finali.

Se si considerano la particolare ipotesi di restituzione nel termine prevista dal comma 2 della disposizione e la possibilità di concordare l'acquisizione al fascicolo per il dibattimento di atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero (comma 3), si nota, infatti, una certa disponibilità dell'art. 493 c.p.p. (come degli artt. 494 e 495 c.p.p.) ad orientare e regolare le stesse attività realizzabili nella fase dell'istruzione.

Quanto all'art. 493 comma 2 c.p.p., che autorizza 'l'acquisizione di prove non comprese nella lista prevista dall'art. 468 quando la parte che le richiede dimostra di non averle potute indicare tempestivamente', esso non stabilisce un preciso momento

documento prodotto dall'imputato), nessuna sorpresa può determinare nelle parti l'assunzione dell'esame di un soggetto immanente al processo. Senza considerare che prova documentale ed esame delle parti hanno la medesima collocazione sistematica e sono entrambi sottratti (eccezion fatta per i verbali di prove di altro procedimento) all'obbligo di preventiva indicazione previsto dall'art. 468 c.p.p.

¹⁴ Così, in altro contesto, F. CORDERO, *Procedura penale*, IX ed., Milano, 1987, p. 1137.

ove collocare la richiesta della prova non tempestivamente indicata. L'analisi letterale, in particolare, non sembra autorizzare vincoli interni alla fase preistruttoria, non prevedendo limiti espliciti all'ammissibilità di prove la cui richiesta di introduzione sia presentata in un momento successivo. Nulla sembrerebbe vietare, ad esempio, che l'introduzione della prova dichiarativa non inserita nella lista ex art. 468 c.p.p., possa essere reclamata (ai sensi dell'art. 493 comma 2 c.p.p.) anche nel corso dell'istruzione dibattimentale, sempre che la parte richiedente dimostri (problema affatto diverso) di non averla potuta indicare tempestivamente, al momento dunque del deposito della lista testimoniale. L'ipotesi è ulteriore a quelle tipiche, coincidenti con la sopravvenienza della prova o con la sua prima individuazione all'interno dell'istruzione, che peraltro già aprono al differimento della richiesta all'interno della fase istruttoria, laddove al suo interno la prova sopravvenga o sia individuata¹⁵; riguarda invece il caso estremo in cui la parte, che naturalmente abbia incolpevolmente omissso di indicare la prova ex art. 468 c.p.p., decida di avanzare la richiesta in un momento interno all'istruzione dibattimentale pur potendo giustificare i motivi dell'omissione e l'impossibilità della richiesta tempestiva già all'interno della fase introduttiva.

Vero è che la dimostrazione dell'impossibilità di indicare la fonte probatoria all'interno della lista testimoniale deve misurarsi, con il passare del tempo, con l'aumento delle probabilità di rigetto della richiesta. Le possibilità di una dichiarazione di superfluità della testimonianza, infatti, aumentano con il progredire delle attività istruttorie, il cui avanzamento determina la proporzionale contrazione delle opportunità petitorie¹⁶. Vero è, dunque, che nel caso in cui la parte interessata avanzasse la richiesta di 'recupero' dopo l'assunzione di altre fonti probatorie¹⁷, si assumerebbe il rischio di una dichiarazione di intervenuta superfluità della prova. E

¹⁵ Cfr. sul punto D. POTETTI, *Vicende del diritto alla prova nella fase del giudizio*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 1401; P. FERRUA, *I poteri probatori del giudice dibattimentale: ragionevolezza delle Sezioni unite e dogmatismo della Corte costituzionale*, in *Studi sul processo penale*, III, Torino, 1997, p. 16; P. P. PAULESU, *Giudice e parti nella 'dialettica' della prova testimoniale*, Torino, 2002, p. 172.

¹⁶ Come rilevato da D. SIRACUSANO, *Studio sulla prova delle esimenti*, Milano, 1959, p. 189-190, 'l'esperibilità di nuove indagini diminuisce progressivamente col procedere l'accertamento verso la decisione. Ciò perché le situazioni probatorie tendono a cristallizzarsi sempre più e l'iter giudiziario che unisce l'inizio alla fine del processo segna le fasi successive di questo consolidamento [...]. Insomma, consolidatisi ormai determinati risultati probatori, la dichiarazione di conoscenza non funziona ai fini della prova né quando esprime delle circostanze già sufficientemente accertate, né quando esprime delle circostanze ritenute inidonee a dare un nuovo indirizzo all'indagine del giudice'. Cfr. anche G. UBERTIS, *Prova (in generale)*, in *Dig. disc. pen.*, X, Torino, 1995, p. 322; ID., *Diritto alla prova nel processo penale e corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, p. 492-493.

¹⁷ Rientra poi sempre nell'ambito della discrezionalità del giudice valutare la giustificatezza della richiesta. È costante l'orientamento giurisprudenziale che ritiene costituire una valutazione discrezionale quella attinente l'impossibilità della parte di indicare tempestivamente le prove all'interno della lista. Si veda *Cass.*, sez. sez. I, 1 febbraio 1995, Catti e altro, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1195, secondo cui 'il giudice di merito non è vincolato dal legislatore da criteri tassativi [...] ma può considerare qualsiasi circostanza, anche relativa a situazioni soggettive od occasionali, che abbia determinato la tardività nella allegazione delle prove'; più recentemente, sez. III, 15 gennaio 2004, Sevà, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1293.

tuttavia, se un simile attendismo può apparire poco ragionevole, se non addirittura eccentrico e antistrategico, è solo l'eccentricità – tale da emarginare l'ipotesi nella sfera della pura teoria – ad essere dimostrata, non invece la tardività e, per conseguenza, l'inammissibilità della prova quale effetto della posticipazione della domanda.

Se l'art. 493 comma 2 c.p.p. non sembra obbligare la parte a collocare nella fase degli atti introduttivi la richiesta delle prove incolpevolmente omesse dalla lista ex art. 468 c.p.p.¹⁸, è ancora l'art. 493 comma 3 c.p.p. ad evidenziare ulteriormente come la norma possa trovare una sua dimensione all'interno della fase istruttoria¹⁹. Il tema della riflessione consente di eludere una presa di posizione sulla possibilità o meno di superare la fase introduttiva per la definizione dell'accordo sulla prova. E' sufficiente rilevare che la dottrina, in prevalenza, ne assume l'ammissibilità proprio in ragione dell'insussistenza di un termine finale all'interno della disposizione²⁰, che si manifesta in ultima analisi come il vero elemento qualificante il complesso dell'art. 493 c.p.p.

¹⁸ In senso contrario, in giurisprudenza, v. Sez. I, 24 giugno 1992, Primerano, in *Arch. n. proc. pen.*, 1992, p. 757. In dottrina, v. G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova*, cit., p. 80, nota 21.

¹⁹ È forse opportuno in proposito sottolineare che, nell'indagine sull'operatività spaziale dell'art. 493 c.p.p., il relativo terzo comma assume rilevanza differente a seconda del valore che si attribuisca all'evoluzione normativa, trattandosi di inserimento modificativo dell'impianto originario (la modifica dell'art. 493 c.p.p., con l'inserimento della previsione di cui all'attuale comma terzo, è stata effettuata dalla legge 16 dicembre 1999, n. 479). Optando per una ricerca del significato normativo da concentrare sul testo originario (sempre restando alla personalità dell'interprete la ricerca di tale scopo), potrebbe giungersi anche alla estromissione dell'art. 493 comma 3 c.p.p. dall'ambito dell'analisi. È peraltro sempre possibile che disattenzioni lessicali, errori redazionali, difetti di coordinamento provochino mutazioni in grado di pregiudicare anche profondamente il tessuto normativo, ove non vengano elaborati ma formalisticamente colti e interpretati. Si pensi proprio alla riformulazione dell'art. 493 c.p.p. operata dalla legge 16 dicembre 1999, n. 479, che stabilisce ora al primo comma (e non più al secondo) l'ordine nel quale le parti devono richiedere le prove ed all'omesso adattamento dell'art. 496 comma 1 c.p., che ancora richiama, nella definizione dell'ordine della loro assunzione, l'art. 493 comma 2 c.p.p. Ove si accolga invece l'idea che ogni inserimento normativo – che non produca effetti irrazionali o incompatibili con il sistema – sia tale da esercitare un'azione sulla norma, da osservare nei mutamenti che subisce durante il suo percorso evolutivo, anche l'art. 493 comma 3 c.p.p. dovrebbe assumere valenza, naturalmente nell'ambito dell'interpretazione complessiva dell'art. 493 c.p.p.

²⁰ Sulla validità dell'accordo ex art. 493 comma 3 c.p. che intervenga nel corso dell'istruzione dibattimentale si vedano G. M. BACCARI-C. CONTI, *Una nuova espressione del metodo dialettico: l'acquisizione concordata di atti di indagine*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 883; G. CASARTELLI, *Le innovazioni riguardanti il dibattimento*, in AA.VV., *Giudice unico e garanzie difensive. La procedura penale riformata*, a cura di E. AMODIO-N. GALANTINI, Milano, 2000, p. 186; G. CIANI, *Le nuove disposizioni sul giudizio*, in AA.VV., *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, Padova, 2000, p. 579; R. DEL COCO, *Disponibilità della prova penale e accordi tra le parti*, Milano, 2004, p. 135 ss.; E. DI DEDDA, *Il consenso delle parti nel processo penale*, Padova, 2002, p. 325; G. L. FANULI, *Riflessioni sull'istituto della acquisizione di atti su accordo delle parti*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 355; G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova*, cit. p. 92; A. SCAGLIONE, *Dichiarazioni procedurali e giusto processo*, Torino, 2005, p. 64; P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 569. In senso contrario S. BUZZELLI, *Fascicolo dibattimentale 'negoziato' e acquisizione probatoria*, in *Ind. pen.*, 2001, che giunge a una diversa conclusione proprio muovendo dal dato testuale e critica 'la tendenza ad ampliare, forse eccessivamente, al di là delle intenzioni dello stesso legislatore, i luoghi ove acquisire in via consensuale: quasi ci trovassimo di fronte a un principio generalizzato, valido per l'intero arco del processo. Un limite c'è, invece, e lo si scorge nella formula del comma 3 dell'art. 493 c.p.p. [...] Il dato testuale non va trascurato, ed è superabile a fatica; questo itinerario probatorio *extra ordinem* non può sconfinare oltre la soglia degli

Quanto osservato in relazione all'art. 493 c.p.p. appare trasferibile alla disposizione di cui all'art. 495 comma 1 c.p.p. ove – del tutto analogamente – non si rintracciano indicazioni cronologiche tali da autorizzare certezze in ordine alla collocazione dell'ordinanza sull'ammissibilità della prova. Poiché peraltro la richiesta di prova è logico presupposto dell'ordinanza del giudice, quest'ultima dovrà necessariamente essere emessa nella fase degli atti introduttivi se e solo se l'art. 493 c.p.p. preveda un termine perentorio per la formulazione della richiesta. Accreditando invece la tesi secondo cui l'ammissione delle prove può essere collocata anche in un momento successivo, e dunque nel corso dell'istruzione dibattimentale, privo di ogni interesse sarebbe il collegamento tra l'art. 495 c.p.p. e la richiesta delle prove di cui all'art. 468 c.p.p. La regola di cui all'art. 495 comma 1 c.p.p. si porrebbe in tutto e per tutto come dettaglio dell'art. 190 c.p.p. (caratterizzato in senso atemporale), applicabile dunque alla fase introduttiva come a quella successiva, a seconda del momento di enunciazione della richiesta probatoria.

L'operatività dell'art. 495 c.p.p. appare comunque, ed indubbiamente, proiettabile all'interno della fase acquisitiva. E' il comma 4, in particolare, secondo il quale 'nel corso dell'istruzione dibattimentale il giudice decide con ordinanza sulle eccezioni proposte dalle parti in ordine alla ammissibilità delle prove', ad aprire alla fase dell'istruzione il diritto alla prova garantito alle parti, di cui la fase preparatoria parrebbe dunque costituire il primo, ma non unico, momento realizzativo. La facoltà del giudice di 'revocare con ordinanza l'ammissione di prove che risultano superflue o ammettere prove già escluse' presuppone poi certamente l'esistenza di un precedente provvedimento di ammissione, senza però che ne sia logicamente necessitata la collocazione all'interno degli atti introduttivi²¹. L'apertura dell'art. 495 c.p.p. alla fase istruttoria trova infine nei commi 2 e 3 ulteriori possibilità di convalida, non esplicitandosi nulla al loro interno circa il momento di presentazione della domanda di ammissione, né in relazione alla prova contraria né a quella documentale²².

atti introduttivi' (ivi, pp. 395-396). V. anche A. SCCELLA, *La formazione in contraddittorio del fascicolo per il dibattimento*, in AA.VV., *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, Padova, 2000, p. 439; A. SANNA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nei procedimenti connessi. Alla luce del giusto processo*, Milano, 2007, p. 136; R. ADORNO, *L'ammissione della prova in dibattimento*, cit., p. 223. Nello stesso senso, sebbene in termini non espliciti, L. MARAFIOTI, *Prova 'negoziata' e contraddittorio*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2946; C. CESARI, *Prova (acquisizione della)*, in *Dig. disc. pen.*, Aggiornamento, 2004, p. 717.

²¹ Il comma 4 dell'art. 495 è strutturato sulla falsariga dell'art. 439 comma 2 c.p.p. 1930, che concedeva alle parti, in sede di reclamo, di eccepire la decisione del giudice sull'ammissibilità delle prove assunta nella fase predibattimentale. Mentre però il codice abrogato prevedeva un termine perentorio per la presentazione della questione (da proporre, 'a pena di decadenza [...] subito dopo compiute per la prima volta le formalità di apertura del dibattimento'), il codice vigente non esclude la possibilità di proporre eccezioni all'interno della fase dibattimentale. È proprio la mancanza di un'espressa, analoga previsione a quella del codice abrogato, a consentire la proiezione all'interno dell'istruzione della richiesta di ammissione della prova, così come della relativa ordinanza e della sua eventuale modifica. In dottrina, in senso contrario all'interpretazione qui proposta, si veda ad esempio G. CHELAZZI, *Disciplina processuale e poteri del giudice nel dibattimento*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1990, p. 294.

²² È infine da segnalare, all'interno del capo relativo agli atti introduttivi, anche la presenza di un'ulteriore disposizione oltrepassante lo spazio della preistruzione, ovvero l'art. 494 c.p.p. relativo alle 'dichiarazioni

Si può notare, in conclusione, come gli artt. 493 e 495 c.p.p. si aprano complessivamente all'istruzione dibattimentale e come, dunque, del tutto coerente sarebbe un analogo sbocco per le iniziali disposizioni dei due composti normativi e, in particolare, per il primo comma dell'art. 493 c.p.p.²³.

3. Decadenza, inammissibilità, preclusione.

Né l'interpretazione sistematica limitata alla *sedes materiae*, né le aperture che sotto il profilo letterale sembrano ricavarsi dalle disposizioni di cui agli artt. 493 e 495 c.p.p., assumono decisività²⁴. Se dimostrano qualcosa, dunque, è solo la loro inconcludenza ai fini di un'esegesi univocamente indirizzabile.

Mentre l'interpretazione concentrata sulla *sedes materiae* si scontra con la formulazione delle disposizioni sopra analizzate – che, come si è visto, conduce

spontanee dell'imputato'. Nella parte in cui opera riferimenti al potere di intervento del presidente nonché alle forme di verbalizzazione, la norma si rivolge ad attività chiaramente esperibili nella fase successiva, ovvero al momento in cui l'imputato decida di eventualmente intervenire.

²³ Nessuno squarcio al sistema deriverebbe, peraltro, da un'interpretazione tale per cui la sovrapposizione alla fase istruttoria delle singole norme contenute all'interno degli artt. 493 e 495 c.p.p. venisse limitata esclusivamente ad alcune di esse. Proprio un fautore dell'interpretazione chiusa dell'art. 493 comma 1 c.p.p. ritiene ad esempio ammissibile l'accordo ex art. 493 comma 3 c.p.p. anche nel corso dell'istruzione dibattimentale (G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova*, cit. p. 92).

²⁴ Sotto il profilo normativo, si è già sottolineato come l'art. 493 comma 2 c.p.p. sia privo della necessaria veracità, così come sembra esserlo l'art. 507 c.p.p. Non sembra infatti decisivo l'argomento, pur di autorevole provenienza, secondo cui sarebbe la lettera dell'art. 507 c.p.p. a confutare le interpretazioni aperte degli artt. 493 c.p.p. e 495 c.p.p. Tale disposizione, infatti, prevedendo che il giudice può disporre 'anche di ufficio' l'assunzione di nuove prove, contemplerebbe proprio, attraverso la presenza della congiunzione, l'ipotesi di una richiesta di parte, intesa appunto a superare l'eventuale decadenza' (G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova*, cit. p. 79 ss). Il legislatore, nel concedere *anche* alle parti attraverso l'art. 507 c.p.p. la facoltà di sollecitare il giudice ad assumere nuove prove, affermerebbe per vie implicite la decadenza del potere di richiedere la prova una volta conclusa la fase introduttiva, che risorgerebbe dunque solo al termine dell'istruzione dibattimentale sotto tale forma, sottoposta al più rigoroso criterio dell'assoluta necessità.

La presenza del vincolo temporale non sembra tuttavia dimostrabile attraverso il richiamo dell'art. 507 c.p.p., perché l'interpretazione che ne viene offerta segue, non precede, l'interpretazione degli artt. 493 e 495 c.p.p.

Il fatto che la richiesta di 'nuova prova' debba riferirsi alla prova non richiesta nella fase introduttiva è *decisione* che implica proprio l'esistenza del vincolo temporale per la valida richiesta di ammissione delle prove indicate nella lista ex art. 468 c.p.p. E tuttavia, anche ove si ammettesse il diritto delle parti di avanzare la richiesta di ammissione di tali mezzi di prova in un momento successivo, quando dunque si delimitasse l'ipotesi della decadenza esclusivamente alla mancata indicazione della prova nella lista testimoniale, l'art. 507 c.p.p. manterrebbe assoluta logicità. In tal caso, nuove prove in relazione alle quali poter sollecitare l'intervento del giudice sarebbero sempre e comunque le prove dalle quali le parti siano decadute. Si tratterebbe, però, non delle prove non richieste entro il termine di cui all'art. 493 c.p.p., bensì di quelle non puntualmente indicate nella lista testimoniale.

In definitiva, per 'prova nuova' intenderà la prova non richiesta nella fase degli atti introduttivi chi interpreti l'art. 493 c.p.p. come norma che stabilisce un termine perentorio, la prova non indicata nella lista ex art. 468 c.p.p. chi limiti al contenuto di tale norma la possibilità della decadenza.

giurisprudenza e dottrina a superare, in più casi, la fase degli atti introduttivi come sede del loro operare – l’interpretazione letterale soffre di altro difetto, non assicurando alle richieste probatorie una sede tipica ovvero un limite alla loro presentazione. Il che, naturalmente, ingenera un evidente problema. Pur mancando all’interno dell’art. 493 c.p.p. un termine espressamente sottoposto a pena di decadenza, limiti cronologici alle istanze probatorie dovrebbero comunque essere rinvenuti, ché non esiste ordine senza limiti alla libertà²⁵. Proprio attraverso l’interpretazione chiusa dell’art. 493 c.p.p., elevata in dottrina al rango di dogma nella sua relazione con le prove di cui all’art. 468 c.p.p.²⁶, viene affermata, d’altra parte, una necessità primaria del processo, ovvero l’esigenza che esso si svolga in modo corretto e sollecito, anche in funzione di un accertamento del fatto che conduca non alla pronuncia di una sentenza qualunque ma di una sentenza giusta, che ne costituisce lo scopo istituzionale²⁷. Ad essere affermata, nondimeno, è solo ed esclusivamente un’esigenza che, come tale, occupa la sfera della teleologia e non dell’ontologia normativa. L’ordine, in realtà, potrebbe mancare – e dovrebbe in tal caso essere ristabilito²⁸ – ma potrebbe anche essere caratterizzato da una struttura diversa rispetto a quella tradizionalmente considerata.

Il problema, dunque, è non tanto valutare se limiti alla richiesta delle prove vi siano, essendo la fisiologia del processo a pretenderli, ma individuarne la precisa collocazione.

Nel procedere a tale indagine, di indubbio significato è la riserva di legge stabilita dall’art. 173 c.p.p., secondo cui ‘i termini si considerano stabiliti a pena di

²⁵ Nota ad esempio M. TARUFFO, voce *Preclusioni (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir. Aggiornamento*, I, p. 795, che ‘nessun processo avrebbe una struttura riconoscibile, né raggiungerebbe i requisiti minimi dell’ordo iudicii, se fosse fondato sull’assoluta libertà delle parti di difendersi come e quando vogliono’.

²⁶ V. ad esempio C. VALENTINI, *I poteri del giudice dibattimentale nell’ammissione della prova*, Padova, 2004, p. 128, 137, 182, che pur discostandosi dalla impostazione tradizionale e convenendo sulla possibilità di richieste di ammissione dei mezzi probatori anche nel corso dell’istruzione dibattimentale, ritiene vincolante la fase degli atti introduttivi proprio per l’ammissione delle prove elencate dall’art. 468 c.p.p.: ‘può dirsi, senza tema di smentita, che gli unici mezzi di prova, di cui è indubbio il limite temporale posto alla richiesta d’ammissione, risultano essere prove testimoniali (e assimilate), consulenze tecniche e perizie già effettuate in sede predibattimentale. Sembra doveroso premettere come il dissidio esegetico appaia francamente inspiegabile, a fronte della completa assenza di qualsivoglia indice normativo che induca il sospetto dell’esistenza di un limite ‘temporale’ d’ammissibilità, per le prove diverse da quelle elencate nell’art. 468 c.p.p.’ (ivi, p. 128).

Sulla tesi tradizionale, secondo cui il collegamento tra gli artt. 468 e 493 c.p.p. sarebbe giustificato dall’esigenza di tempestiva discovery che entrambe le norme sarebbero destinate a garantire, v. a titolo puramente esemplificativo, A. NAPPI, *Sulla necessità di distinguere il procedimento di ammissione delle prove dal procedimento di formazione del fascicolo del dibattimento*, in *Cass. pen.*, 1991, II, p. 766. Sull’onere in capo alle parti di richiedere nella sede introduttiva del dibattimento le prove prearticolate nella lista testimoniale, v. anche V. GAROFOLI, *L’introduzione della prova testimoniale nel processo penale*, Milano, 2005, p. 71. In giurisprudenza per ‘la ratio degli artt. 493, 494 e 495 c.p.p. [...] da individuarsi nell’esigenza di assicurare la celerità e la lealtà del processo’, cfr. Sez. VI, 15 giugno 1994, Burgan, in *Arch. n. proc. pen.*, 1994, p. 810.

²⁷ Sul punto si rinvia a P. CALAMANDREI, *Processo e giustizia*, in ID., *Studi sul processo civile*, VI, Padova, 1957, p. 15. V. anche G. GUARNERI, *Sulla teoria generale del processo penale*, Milano, 1939, p. 84-85.

²⁸ Un intervento legislativo potrebbe ad esempio prevedere l’introduzione all’interno dell’art. 493 c.p.p. della parola ‘decadenza’ o della parola ‘inammissibilità’, al fine di rendere inequivoco il testo normativo.

decadenza soltanto nei casi previsti dalla legge²⁹. Se è incontestabile il difetto di una simile previsione all'interno dell'art. 493 c.p.p., molto meno automatico ed anzi indubbiamente problematico è l'esito cui si perviene nel momento in cui la questione venga affrontata sotto il profilo dell'inammissibilità³⁰, non riscontrandosi nel codice in relazione ad essa un analogo, espresso principio di tassatività³¹. L'invalidità dell'atto di

²⁹ Sulla tassatività delle ipotesi di decadenza dei termini processuali, v. R. FOIS, *Termini processuali penali*, in *Dig. disc. pen., Aggiornamento*, 2000, p. 608; A. GIARDA, voce *Termine (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, p. 252.

³⁰ Sull'unicità del fenomeno che assume il nome di inammissibilità o decadenza, a seconda del punto d'osservazione, si riportano le parole di F. CORDERO, *Procedura penale*, 1987, cit. p. 938: 'non si tratta, infatti, di analogia ma di identità: dire 'termine di decadenza' o 'termine entro il quale un certo atto deve essere compiuto a pena di inammissibilità'... significa esprimere un solo concetto con parole e in prospettive diverse, prima dal punto di vista della vicenda estintiva del potere e poi da quello dell'invalidità dell'atto che ciononostante fosse compiuto. L'equivalenza è tale che l'atto sarebbe definibile sotto specie di inammissibilità, malgrado il silenzio della legge, ogniqualvolta fossimo di fronte a un termine di decadenza'. Nello stesso senso, N. GALANTINI, *Vizi degli atti processuali penali*, in *Dig. disc. pen.*, XV, Torino, 2004, p. 344; A. GIARDA, voce *Termine (diritto processuale penale)*, cit., p. 255; G. P. VOENA, *Atti*, in G. CONSO-V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, Milano, III ed., Padova, 2006, p. 258-259; R. FOIS, *Termini processuali penali*, cit., p. 608. Non diverso l'esito cui perviene G. GALLI (*L'inammissibilità dell'atto processuale penale*, Milano, 1968, p. 19, nota 25), secondo cui l'inammissibilità è predicato dell'atto, mentre la decadenza è perdita di un potere; v. anche G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità. Introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*, Milano, 1955, p. 85-86, n. 50, secondo il quale mentre l'inammissibilità si risolve 'nel mancato determinarsi di un effetto giuridico e, perciò, anche di un diritto, la decadenza è perdita di una facoltà che già si aveva'.

³¹ Per l'estensione del principio di tassatività all'inammissibilità, v. F. CORDERO, *Procedura penale*, 1987, cit., p. 913, secondo cui 'l'inammissibilità è una specie di invalidità prevista tassativamente in ordine a certi atti privi di determinati requisiti'; ID., *Procedura penale*, VIII ed., Milano, 2012, p. 1194: 'L'atto risulta inammissibile solo quando lo dica una norma'. L'A. specifica però che 'non essendo univoche tali previsioni, spetta al lettore individuarle nei vari contesti'. Una maggiore apertura verso ipotesi di inammissibilità inesplicitate era presente in ID., *Prove illecite*, in *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, p. 162, ove l'autore, con riferimento alla 'ammissibilità della prova', così si esprimeva: 'Rifiutata ogni soluzione preconcepita, s'impone un'indagine che affondi nel vivo della singole norme, e sceveri caso per caso le prescrizioni la cui inosservanza non importa conseguenze processuali, dalle altre, nel cui sfondo si avverte un canone probatorio: l'inammissibilità... si deduce da limiti intrinseci al processo, sia pure non esplicitamente previsti ma ricostruibili in sede interpretativa'. Nel senso della tassatività, G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, cit., p. 98, il quale peraltro evidenziava che 'decisivo è il trattamento, non il termine usato dal legislatore. Questo può, al massimo, avere valore indicativo [...]. [Esiste dunque] la possibilità di ravvisare delle ipotesi di invalidità anche là dove il legislatore, pur prendendo in considerazione il vizio di un atto, non gli attribuisca né la qualifica di nullo né di annullabile né simili [...]. Ne consegue che quelle norme [...] che si riferiscono a disposizioni stabilite a pena di nullità, inammissibilità, decadenza, ricomprendono nell'ambito della propria previsione anche le disposizioni la cui inosservanza, pur non ricevendo una esplicita qualifica in termini di nullità, inammissibilità, decadenza, appaia, senza ombra di dubbio, trattata alla stessa stregua dei casi espressamente indicati come nullità, inammissibilità o decadenza' (ivi, p. 83-85). Cfr. altresì G. P. VOENA, *Atti*, cit., p. 267; A. GALATI-E. ZAPPALÀ, *Gli atti*, in D. SIRACUSANO-A. GALATI- G. TRANCHINA- E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, vol. I, cit., p. 313, secondo cui 'anche per l'inammissibilità vige il principio di tassatività, dal momento che il codice aggancia la sanzione *de qua* sempre a cause tipiche e ben individuabili, e non lascia spazi per disinvolute declaratorie di questa specie di invalidità'. Nel medesimo senso, O. DOMINIONI, *Art. 177*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, diretto da E. Amodio e O. Dominioni, II, Milano, 1990, p. 257. Per l'esclusione della tassatività delle cause di inammissibilità, G. GALLI, *L'inammissibilità dell'atto*

richiesta posticipato all'interno dell'istruzione potrebbe essere proprio per tale via argomentabile – solo peraltro ove fosse possibile accreditarne una genesi implicita, da dedurre per via sistematica – o, in alternativa, estendendo la ricerca oltre le ipotesi di stretta invalidità dell'atto processuale, attraverso ad esempio la riesumazione dell'istituto della preclusione, ove fosse lecito valorizzarlo in ambito processuale penale³².

La questione dei limiti sollecita l'apertura della ricerca anche oltre le ipotesi di stretta invalidità dell'atto processuale e proprio la preclusione – ove se ne accetti la natura autonoma rispetto alla decadenza e all'inammissibilità – potrebbe soddisfare la naturale esigenza dell'ordine (più della stessa inammissibilità, intesa come risvolto della decadenza), in quanto rivolta alla sostanza e non alla forma.

Mentre la decadenza è sanzione indissolubilmente collegata alla presenza di termini perentori, il fattore tempo, nella preclusione – che interviene ora non come termine empirico e atecnico, ma come istituto giuridico distinto dalla decadenza e dall'inammissibilità³³ – incide diversamente, non agendo come termine ma come fatto

processuale penale, cit., p. 27 ss. L'A. specifica che 'il silenzio del legislatore non è affatto decisivo. Gli istituti processuali offrono l'esempio di situazioni giuridiche la cui introducibilità nel procedimento dà necessariamente vita ad un problema di inammissibilità, pur se la legge non lo prospetti affatto – testualmente – in quei termini' (ivi, p. 30). V. anche N. GALANTINI, *Vizi degli atti processuali penali*, in *Dig. disc. pen.*, XV, Torino, 2004, p. 345-346; C. PEYRON, voce *Inammissibilità*, in *Enc. dir.*, XXII, 1972, p. 618. V. infine, recentemente, R. FONTI, *L'inammissibilità degli atti processuali penali*, Padova, 2008, p. 46, secondo la quale 'benché anche in relazione all'inammissibilità non si possa escludere la vigenza del principio di tassatività, tuttavia tale principio è destinato ad operare con significati ed implicazioni parzialmente diversi a seconda della tipologia di cause da cui deriva l'inammissibilità'.

³² Le prime riflessioni sul fenomeno della preclusione – la cui (controversa) nozione ha trovato nella dottrina del processo civile sia l'origine che i più ampi spazi di approfondimento (cfr. anche per i richiami dottrinali A. ATTARDI, voce *Preclusione*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, 1985, pp. 893 ss.) – si devono a Chiovenda, il quale, dopo aver affermato che 'il processo va innanzi per via di preclusioni, che sono effetti di decorso dei termini, di omissioni o d'atti positivi' (G. CHIOVENDA, *Cosa giudicata e competenza*, in *ID.*, *Saggi di diritto processuale civile*, vol. II, Milano, 1993, p. 414), sviluppava e chiarificava il suo pensiero definendo la preclusione come 'perdita, o estinzione, o consumazione d'una facoltà processuale che si subisce per il fatto: a) o di non aver osservato l'ordine assegnato dalla legge al suo esercizio, come i termini perentori o la successione legale delle attività e delle eccezioni; b) o di aver compiuto un'attività incompatibile coll'esercizio della facoltà, come la proposizione d'un'eccezione incompatibile con altra [...]; c) o di avere già una volta validamente esercitato la facoltà' (G. CHIOVENDA, *Cosa giudicata e preclusione*, in *ID.*, *Saggi di diritto processuale civile*, vol. III, cit., p. 233). Le cause di preclusione non sarebbero dunque identificabili con le ipotesi di decadenza per decorrenza dei termini caratterizzati in senso perentorio, consistendo l'essenza dell'istituto nella 'perdita o estinzione o consumazione, che dir si voglia, di una facoltà processuale per il solo fatto che si sono raggiunti i limiti dalla legge assegnati al suo esercizio' (ivi, p. 232). La preclusione, dunque, secondo questa teoria, sarebbe 'un espediente del quale il legislatore si serve nel corso del processo al fine di rendere certo, ordinato e sollecito il suo cammino, vale a dire di assicurare al giudizio uno svolgimento spedito e scevro di contraddizioni e di ripiegamenti e di garantire altresì la certezza delle situazioni processuali' (A. ATTARDI, *op. cit.*, p. 896). Cfr. anche M. TARUFFO, *Preclusioni (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, aggiornamento I, Milano, p. 794 ss. Sul tema della preclusione si vedano altresì i recenti lavori di L. LUPARIA, *La maschera e il volto della preclusione nei delicati equilibri del rito penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 132 ss.; e di C. CONTI, *La preclusione nel processo penale*, Milano, 2014, *passim*.

³³ In ambito processuale penale, è la dottrina risalente alla vigenza del codice abrogato ad essersi occupata, con diversi accenti, della preclusione, sulla cui nozione non vi è peraltro accordo. Oltre al problema

giuridico impeditivo³⁴ necessitato '[d]all'ordine logico e [d]all'economia processuale', da motivi dunque sostanziali e non formali³⁵. Il fenomeno della preclusione potrebbe dunque venire in aiuto, nel caso in cui si optasse per la tassatività delle ipotesi di inammissibilità.

Poiché sottratta al vincolo normativo di cui all'art. 173 c.p.p., in virtù della sua distinzione dal fenomeno della decadenza³⁶, la preclusione potrebbe essere utilizzata per giustificare l'interpretazione chiusa dell'art. 493 c.p.p., quale fenomeno rispondente all'esigenza dell'ordinato svolgimento del processo e posto, dunque, a presidio della natura sistematica del processo.

Quel che è indubbio è che 'non c'è campo della ricerca giuridica, che non implichi una questione di limiti'³⁷, i quali devono dunque essere ricercati e, quando logicamente necessari, individuati anche in assenza di risposte normative esplicite³⁸. Il discorso, dunque, rimane aperto.

Limitando ancora il ragionamento al più comodo e meno problematico ambito della decadenza, è opportuno osservare quali effetti promanino – escludendo l'art. 173

relativo alla riconducibilità dell'istituto nell'ambito delle sanzioni processuali, limitate secondo alcuni autori alle ipotesi di nullità, inammissibilità e decadenza (cfr. G. RICCIO, *La preclusione processuale penale*, Milano, 1951, p. 69; S. RANIERI, *Manuale di diritto processuale penale*, V ed., Padova, 1965, p. 331) secondo altri da estendere al nostro istituto (G. BELLAVISTA, *Lezioni di diritto processuale penale*, V ed., a cura di G. TRANCHINA, Milano, 1979, p. 256), la questione che ai presenti fini più interessa concerne il suo inquadramento dal punto di vista prettamente dogmatico. Secondo alcuni autori la preclusione non sarebbe dotata di autonomia, non sarebbe dunque un istituto avente contenuto tecnico, ma sarebbe il semplice 'effetto della decadenza e della inammissibilità' (così E. FLORIAN, *Diritto processuale penale*, III ed., Torino, 1939, p. 151). In questo senso, in ambito processuale civile, A. ATTARDI, *op. cit.*, il quale contesta l'utilità del principio, che non sarebbe dotato di alcuna autonomia. Per l'autonomia dell'istituto, v. G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, I, Napoli, 1961, p. 782 ss.; si veda soprattutto G. RICCIO, *op. ult. cit.*: 'Al centro della decadenza [...] sta un interesse [...] consistente nella esigenza che un determinato atto di esercizio del diritto sia compiuto dal titolare – ove intenda compierlo – in un determinato termine; in altre parole, sia ha una sanzione per la deficienza del requisito temporale dell'atto (ivi, p. 71). La preclusione, invece, sebbene possa porsi anche come effetto diretto della decadenza, è fatto giuridico non collegato alla teoria dei termini e non è, dunque, 'perdita del diritto per decorso dei termini, ma bensì perdita del diritto processuale dipendente da una determinata attività e dal contegno del soggetto, normativamente o logicamente ritenuti incompatibili con l'esercizio di quel diritto' (ivi, p. 75).

³⁴ V. G. RICCIO, *op. ult. cit.*, p. 12; G. BELLAVISTA, *op. ult. cit.*, p. 256; G. LEONE, *op. ult. cit.*, p. 783.

³⁵ V. ancora G. RICCIO, *op. ult. cit.*, p. 113. Cfr. nel medesimo senso, M. TARUFFO, *Preclusioni (diritto processuale civile)*, cit, p. 794, secondo cui 'la preclusione rappresenta un ingrediente di cui non si può fare a meno per costruire il processo come sequenza di atti ordinati in vista del provvedimento finale'. Sul tema della preclusione, v. anche R. FONTI, *L'inammissibilità degli atti processuali penali*, cit., p. 62-63.

³⁶ V. ancora M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, p. 795, che distingue la decadenza intesa come 'perdita del diritto non esercitato' dalla preclusione, riferita 'essenzialmente all'impossibilità di esercitare successivamente quel diritto, in conseguenza del fatto che esso non è più 'azionabile' oltre un certo momento del processo'.

³⁷ '[...] e non impegni lo studioso a farne oggetto pregiudiziale di meditazione'. Queste le parole d'esordio del lavoro di A. CRISTIANI, *La discrezionalità dell'atto nel processo penale*, Milano, 1985.

³⁸ Sulla presenza di limiti 'logicamente necessari', imposti dal senso giuridico che ha il dovere di mediare tra la lettera e lo spirito della legge, tra gli schemi astratti e le vicende concrete, si veda, sia pur con riguardo al diritto sostanziale, P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Palermo, 1974, pp. 9, 10, 30.

c.p.p. decadenze implicite³⁹ – dall'ipotesi dell'apertura e valutare se un procedimento probatorio caratterizzato nella porzione iniziale in modo elastico possa assumersi come soluzione razionalmente accettabile, adattabile alla conformazione del sistema processuale.

Poiché un'espressa previsione di inammissibilità è presente nell'art. 468 c.p.p. ma non trova riscontro nell'art. 493 c.p.p., dovrebbero essere autorizzate conclusioni di massima apertura: mentre la mancata indicazione dei testimoni nella lista esclude la possibilità di chiederne successivamente l'ammissione⁴⁰, salva sempre l'eccezione prevista per le ipotesi ricadenti all'interno dell'art. 493 comma 2 c.p.p., ad una conclusione diversa dovrebbe giungersi in caso di richiesta ammissiva posticipata rispetto all'apertura del dibattimento, anche per le prove dichiarative di cui all'art. 468 c.p.p., a condizione che, naturalmente, esse siano state puntualmente preannunciate.

Il problema non riguarda naturalmente l'ipotesi in cui la parte, che abbia ritualmente e tempestivamente indicato nella lista ex art. 468 c.p.p. una serie di prove, al momento della richiesta di ammissione ex art. 493 c.p.p. ne chieda l'ingresso di alcune soltanto, rinunciando alle rimanenti⁴¹. Deve invece considerarsi se l'ordinamento reagisca, sanzionandola, alla mancata richiesta in tale momento della prova ritualmente indicata nella lista testimoniale, ovvero se esso conceda alla parte il diritto di riservare ad un momento successivo la valutazione in merito all'opportunità di chiedere o rinunciare alla richiesta della prova della quale abbia anticipato l'intenzione di avvalersi⁴².

Interpretando l'art. 493 c.p.p. come sbarramento temporale alla richiesta, diviene consequenziale assegnare alla relativa omissione, prodottasi in tale frangente, il senso di rinuncia implicita alla richiesta medesima. La prospettiva da cui ci si muove

³⁹ F. CORDERO, *Procedura penale*, IX edizione, Milano, 2012, p. 317.

⁴⁰ Sottolinea G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova*, cit., p. 76 (in linea con Sez. Un., 6 novembre 1992, Martin, in *Cass. pen.*, 1993, p. 280), che – in caso di presentazione tardiva della lista testimoniale – 'inammissibile dev'essere considerata la richiesta, poiché l'acquisizione della prova non viene comunque ad essere pregiudicata, qualora la stessa sia chiesta da un'altra parte o successivamente disposta dal giudice'. V. anche P. FERRUA, *I poteri probatori del giudice dibattimentale: ragionevolezza delle sezioni unite e dogmatismo della corte costituzionale*, in ID., *Studi sul processo penale*, III, Torino, 1997, p. 11.

⁴¹ L'atto di rinuncia che anticipi l'ordinanza di ammissione è diritto riconosciuto alla parte, non essendovi alcun obbligo di richiesta delle prove che pure siano state inserite nella lista ex art. 468 c.p.p. Con il deposito della lista si anticipa agli altri contraddittori l'insieme delle prove delle quali la parte intende avvalersi, non quelle delle quali, concretamente, verrà chiesta l'assunzione. Altrimenti detto, con l'indicazione delle prove all'interno della lista le parti non ne promuovono l'introduzione nel processo, ma solo la loro conoscenza alle parti avversarie. Nel lasso temporale che intercorre tra l'indicazione e la richiesta di ammissione, alle parti sono concesse nuove valutazioni ed anche dunque la facoltà di ridefinire le rispettive strategie, legittimamente oggettivabili attraverso la rinuncia a chiedere l'ammissione dei mezzi probatori preannunciati. V. in questo senso P. P. PAULESU, *Giudice e parti nella 'dialettica' della prova testimoniale*, Torino, 2002, p. 178-179.

⁴² Sulla riserva come conservazione di un diritto, v. G. GUARNERI, *Sulla teoria generale del processo penale*, cit., p. 171. Una definizione più precisa si trova in B. PELLINGRA, *Le nullità nel processo penale. Teoria generale*, Milano, 1957, p. 106: 'Il meccanismo della riserva consiste [...] nel creare quella situazione-chiave, per la quale il diritto o il potere del soggetto processuale rimane allo stato di pendenza, con la conseguenza che il mancato esercizio, entro i limiti di tempo stabiliti dalla legge, comporta la caducazione dell'atto-riserva'.

permette tuttavia di assegnare legittimità al differimento della richiesta probatoria, con garanzia per la parte di conservare il diritto alla sua ammissione. Ancora una volta, come si è in precedenza osservato a proposito dell'art. 493 comma 2 c.p.p., se problemi sussistono, non vanno ad incidere sull'inammissibilità della richiesta, ma sulla sua ammissibilità in concreto. In caso di posticipazione oltre la fase introduttiva della richiesta della prova ritualmente preannunciata, la parte dovrebbe, infatti, confrontarsi con il maturare, nel corso dello sviluppo dell'attività processuale, di un accrescimento del rischio di negazione del giudice in punto di ammissibilità. E' questo il motivo, di natura, però, sempre ed esclusivamente pratica, che rende difficile il verificarsi di siffatto contegno. Nel momento in cui la parte presenta la lista testimoniale, assegna soggettivamente rilevanza alla prova testimoniale indicata, affermandone l'esigenza sotto il profilo del risultato da conseguire. E' la coscienza della 'importanza grande, assorbente della prova per testi nei processi penali', poiché 'è da essa che vengono attinti principalmente, talora quasi esclusivamente gli elementi, i coefficienti del giudizio'⁴³, che provoca in ciascuna parte interessata la decisione di attivarsi nell'immediato per conseguire l'ingresso nel processo dei 'propri' testimoni.

A dover essere risolta, o almeno investigata, nondimeno, è non la praticabilità effettiva e concreta (peraltro non infallibilmente presagibile) del contegno ipotizzato, ma la sua possibilità in astratto, che è quanto solo incide sul problema dell'ammissibilità della prova ad istruzione dibattimentale in corso.

4. L'ammissione della prova tra vecchio e nuovo rito

Un breve ritorno al codice del 1930 è forse utile per comprendere le ragioni dell'incontestata relazione tra l'art. 493 e l'art. 468 c.p.p.

Nel codice del 1930 a difettare era proprio l'ordinanza dibattimentale di ammissione della prova, essendo la decisione del giudice sulle istanze di parte⁴⁴ collocata – con eccezione del giudizio pretorile, in cui alle 'parti private' era concessa la facoltà di presentare i testimoni direttamente all'udienza fissata per il dibattimento⁴⁵ – nella fase degli 'atti preliminari al giudizio'⁴⁶.

⁴³ Così, E. FLORIAN, *Delle prove penali*, Milano-Varese, III ed, 1961, p. 331, che sottolineava altresì come 'quasi nessun processo può svolgersi senza testi. Il processo riguarda un brano di vita vissuto, un frammento di vita sociale, un episodio dell'umana convivenza, ond'è naturale, inevitabile che venga rappresentato mediante vive rappresentazioni di persone'.

⁴⁴ Sull'istanza quale atto inteso a provocare un'attività del giudice, v. F. CARNELUTTI, *Lezioni di procedura penale*, vol. III, Roma, 1949, p. 18. Sulla lista testimoniale come istanza, si vedano, relativamente al codice del 1930, F. CORBI, *La disciplina dell'ammissione della prova nel processo penale*, Milano, 1975, p. 150; G. BONETTO, *L'introduzione della prova testimoniale negli atti predibattimentali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1962, p. 42.

⁴⁵ Quello del processo pretorile, quando le parti private, e non anche il pubblico ministero, avessero esercitato la facoltà di condurre direttamente in udienza i testimoni, era l'unico caso in cui l'ammissione avveniva al momento della presentazione, e dunque all'interno del dibattimento.

⁴⁶ Sull'argomento v. in particolare G. LOZZI, *I limiti cronologici della fase predibattimentale*, Milano, 1962, *passim*. V. altresì G. FOSCHINI, *Il termine a dibattere*, in *Id.*, *Il dibattimento. Studi*, Milano, 1956, p. 3 ss; C. U.

Prima dell'apertura del dibattimento, all'interno dunque della fase di enunciazione dell'istanza, il giudice valutava l'ammissibilità dei testimoni indicati nella lista testimoniale⁴⁷, dichiarandone l'inammissibilità, decretandone l'ammissione ovvero riducendo la lista in caso di sovrabbondanza e – in caso di valutazione positiva in ordine all'ammissibilità dei testimoni – ne ordinava la citazione⁴⁸.

L'attività valutativa del giudice, unitamente al preliminare deposito della lista testimoniale, era dunque concentrata nel predibattimento, non nella fase successiva, nella quale era concessa alle parti, *in limine iudicii*, la possibilità di presentare eccezioni sull'ammissibilità dei testimoni (art. 439 comma 2 c.p.p.)⁴⁹ o di successivamente sollecitare il giudice ad introdurre nuovi mezzi di prova ritenuti necessari (artt. 457 comma 2 e 469 c.p.p.)⁵⁰.

DEL POZZO, voce *Atti preliminari al dibattimento*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, p. 100 ss. Per l'utilizzo sinonimo del termine 'predibattimento' e della locuzione positiva 'atti preliminari al giudizio', v. ancora G. FOSCHINI, *Impossibilità di contestazione suppletiva nel predibattimento*, in *ID.*, *op. ult. cit.*, p. 47; F. CORDERO, *Procedura penale*, 1987, cit., p. 673 ss.; S. RANIERI, *Manuale*, cit., p. 368.

⁴⁷ È opportuno precisare, peraltro, che in relazione ai testimoni già esaminati nella fase precedente il dibattimento, l'art. 415 comma 4 c.p.p. 1930 consentiva alle parti di chiederne la citazione senza indicazione dei fatti e delle circostanze su cui concentrare l'esame, ovvero anche di evitarne l'inserimento in lista, domandando semplicemente che fosse data lettura in dibattimento delle loro precedenti dichiarazioni.

⁴⁸ Sulle modalità di introduzione della prova testimoniale nel codice del 1930, v. G. BONETTO, *L'introduzione della prova testimoniale negli atti predibattimentali*, cit., p. 33 ss.; F. CORBI, *La disciplina dell'ammissione della prova nel processo penale*, Milano, 1975, p. 135 ss.; G. FOSCHINI, *Sistema del diritto processuale penale*, II, Milano, 1965, p. 347 ss.; V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, III, Torino, 1967, p. 365 ss.; E. FLORIAN, *Diritto processuale penale*, cit., p. 426 ss.; *ID.*, *Delle prove penali*, cit., p. 438 ss.; V. GAROFOLI, *L'introduzione della prova testimoniale nel processo penale*, cit., p. 58 ss.

⁴⁹ L'intervento delle parti nella fase dibattimentale era dunque limitato, nella c.d. 'fase degli incidenti' (G. FOSCHINI, *Il dibattimento penale di primo grado*, Milano, 1964, p. 57), alla possibilità di 'reclamo' nei confronti della decisione presidenziale precedentemente emessa. Cfr. anche V. GAROFOLI, voce *Prova testimoniale (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 788. Come evidenziato da F. CORBI, *op. cit.*, p. 153, (v. anche *ivi*, p. 171 ss.), non si trattava dunque 'di nuova richiesta di ammissione della prova per testimoni, ma di discussione sulle questioni relative alla prova già richiesta nella fase precedente ed in ordine alla quale [era] stato emesso un provvedimento'. Nel corso del dibattimento, dunque, oltre al reclamo avverso la precedente decisione sull'ammissione dei testi indicati nella lista testimoniale, l'attività delle parti in ordine alla prova testimoniale si risolveva nella possibilità di presentare istanze per sollecitare il potere integrativo del giudice, altrimenti esercitabile d'ufficio ai sensi degli artt. 457 e 469 c.p.p. Sul punto, v. anche M. BARGIS, *Profili sistematici della testimonianza penale*, Milano, 1984, p. 57 ss.

⁵⁰ Proprio la presenza dell'art. 457 comma 2 aveva indotto la dottrina ad assegnare al deposito della lista la natura di 'onere imperfetto, in quanto l'atto del giudice supplisce all'inerzia della parte' (così F. CORDERO, *Procedura penale*, 1987, cit., p. 677-678). Analogamente, notava G. GALLI, *L'inammissibilità dell'atto processuale penale*, cit., p. 156, come la presenza degli artt. 299 c.p.p. e 457 comma 2, esplicitazioni della logica sostanzialistica di quel sistema, rendessero puramente formali le sanzioni della decadenza (art. 415 comma 1) e della inammissibilità (art. 415 comma 3), non incidendo esse 'sul potere-dovere del giudice di esaminare i testimoni a conoscenza dei fatti, indipendentemente dalla circostanza che la lista sia stata tempestivamente presentata [...]'. Si vedano anche G. BONETTO, *L'introduzione della prova testimoniale*, cit., p. 35-37; G. GUARNERI, *Sulla teoria generale del processo penale*, cit., p. 143 ss.; V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, I, Torino, 1967, p. 247.

Evidenti le ragioni della concentrazione dell'attività di introduzione della prova nella fase preliminare, ove dunque venivano scelte le prove da utilizzare, al di fuori di ogni contraddittorio sull'ammissione delle medesime (posticipato nella sede del reclamo, dedicata alle questioni sui provvedimenti attinenti l'ammissibilità delle prove già adottati): la conoscenza del giudice del materiale probatorio acquisito nel corso della fase istruttoria, convogliato in un unico fascicolo, rendeva superflua ogni attività dialettica, nella fase ammissiva come in quella successiva, destinata alla verifica delle prove già acquisite⁵¹.

Ciò che rileva attualmente non è peraltro la sottolineatura delle note differenze tra l'impianto vigente e quello abrogato in ordine alla struttura del processo e alle modalità dell'accertamento⁵², quanto cogliere la fondamentale deviazione che dal punto di vista formale si è verificata con il passaggio al nuovo codice, che ha estromesso dall'ambito del procedimento probatorio e, in particolare, dalla fase ammissiva, proprio il deposito della lista testimoniale, che costituiva nel codice abrogato un suo momento espressivo.

Rispetto al codice del 1930, l'innovazione principale in materia di ammissione della prova, è la sua dislocazione all'interno del dibattimento. Alla 'citazione del testimone' intesa quale espressione di volontà ammissiva del giudice, preliminare all'apertura del dibattimento, si è sostituito un semplice atto autorizzatorio (la 'autorizzazione alla citazione'), inteso soltanto a riscontrare la preventiva manifestazione di volontà della parte di voler utilizzare una determinata fonte di prova

⁵¹ In assoluta coerenza con l'impostazione sostanzialistica dell'accertamento (come rilevato da A. MELCHIONDA, voce *Prova* (dir. proc. pen.), in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 664, l'assenza di una precisa disciplina del momento dedicato all'ammissione della prova – relegata nel codice del 1930 alla previsione di cui all'art. 420 – era connaturale alla logica di quel sistema processuale: 'questioni non si pong[on]o quando il procedimento probatorio non è avviato o stimolato dalle parti, ma saldamente in mano all'autorità giudiziaria', l'assunzione delle testimonianze con 'l'aria e la luce dell'udienza' dibattimentale (G. CHIOVENDA, *Sul rapporto fra le forme del procedimento e la funzione della prova (L'oralità e la prova)*, in *Riv. dir. proc. civ.*, I, 1924, ora in *Id.*, *Saggi di diritto processuale civile*, vol. II, Milano, 1993, p. 225) era sostanzialmente negletta, surrogata nella prassi dalla 'ridicola sequenza' delle conferme (così G. LATTANZI, *La formazione della prova nel dibattimento*, in *Cass. pen.*, 1989, p. 2298).

Sull'illusorietà accusatoria del dibattimento nel codice del 1930, alla cui logica era pur formalmente ispirato, si vedano, tra gli altri F. CARNELUTTI, *La malattia del processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 1962, p. 1 s.; M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974, p. 409 ss.; F. CORDERO, *Scrittura e oralità*, in *Id.*, *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, p. 220 ss.; P. FERRUA, *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*, Milano, 1981, p. 274 ss., 305 ss.; G. FOSCHINI, *Sistema del diritto processuale penale*, vol. II, Milano, 1965, p. 452-453; G. LOZZI, *Lecture testimoniali e diritto di difesa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, p. 883; M. MASSA, *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, Milano, 1964, p. 287 ss.

⁵² 'Sappiamo come sono andate le cose', ha rilevato autorevolmente D. SIRACUSANO, *Vecchi schemi e nuovi modelli per l'attuazione di un processo di parti*, in *AA.VV.*, *Studi in onore di Giuliano Vassalli, Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale, 1945-1990*, II, Milano, 1991, p. 175: 'Un contraddittorio "differito" non può che avere ridotte dimensioni processuali. E la pratica giudiziaria si è incaricata di dimostrarlo. Utilizzato al dibattimento dopo un'istruzione tendenzialmente completa, si svolge su un risultato probatorio, ormai sufficientemente consolidato... Lo schema è ormai collaudato: il contraddittorio non pretende di esorcizzare il peso delle scritture e si accontenta, alla fine, di confrontarsi con esse'.

all'interno del processo, munendola di uno strumento di coercizione nei confronti del teste⁵³.

Per altro verso, alla lista testimoniale intesa come istanza rivolta all'ammissione della prova, precludente per la parte ripensamenti, si è sostituito un atto di indicazione che non implica l'obbligo per la parte di richiedere l'ammissione del teste indicato, ma dimostra soltanto la sua 'intenzione' di avvalersi di quella determinata fonte di prova. E' il caso di notare che la lista testimoniale ha nel nuovo codice non più natura di istanza, ma di istanza solo eventuale, costituendo essa una mera comunicazione alle altre parti delle prove delle quali l'interessato intende avvalersi (la dichiarazione di volontà non è un'istanza), senza implicare per il giudice alcun onere di decisione⁵⁴. Il suo deposito è dunque funzionale esclusivamente a garantire la conoscenza del suo contenuto al giudice e alle parti, e solo eventualmente si presenta in forma di istanza, quando cioè contenga la richiesta al giudice di autorizzazione alla citazione delle fonti di prova indicate.

Al momento della presentazione della lista testimoniale, dunque, non sembra che il codice attribuisca alle parti alcun onere ulteriore rispetto a quello di indicazione delle prove di cui intendano avvalersi. Non è dunque necessario, al suo interno, né chiedere l'autorizzazione alla citazione dei testimoni, che è possibilità rimessa alla discrezionalità della parte, né tanto meno chiedere l'ammissione della relativa fonte probatoria, puramente e semplicemente perché le prove non vengono ammesse al di fuori del contraddittorio, ma solo in costanza di esso, dopo l'apertura del dibattimento ed alla presenza del giudice⁵⁵.

5. Possibilità di frammentazione delle richieste di prova.

Le parti dovrebbero naturalmente presentare, direttamente alla prima udienza dibattimentale, i testimoni annunciati, ovvero citarli, eventualmente previa richiesta di autorizzazione preventiva al giudice (art. 468 comma 2 c.p.p.), per conseguire

⁵³ Nella Relazione al progetto preliminare del codice era evidenziato come 'questa autorizzazione preventiva del presidente alla parte che ne faccia richiesta ha lo scopo di munire di sanzione l'obbligo di presentazione della persona citata dalle parti private, eliminando così una disparità di poteri tra le parti private medesime ed il pubblico ministero [...] la citazione autorizzata dal presidente, in sostanza, serve solo a fornire uno strumento coercitivo a chi intende ottenere la presentazione del testimone: quando a giudizio della parte ciò non è necessario, le relative formalità possono essere eliminate, e resta solo l'onere di indicare il testimone nella lista, a titolo di comunicazione alle altre parti'.

⁵⁴ Il Giudice, prima dell'apertura dell'udienza in cui procede all'ammissione delle prove, ha sulla lista testimoniale il solo potere di ridurre le liste, espungendo da esse quelle vietate e quelle sovrabbondanti.

⁵⁵ Cfr. Sez. VI, 8.1.1997, Rover, in *Arch. n. proc. pen.*, 1997, p. 453, secondo cui nel caso in cui la parte interessata si limiti alla indicazione delle prove da assumere nell'istruzione dibattimentale, e non avanzi anche la richiesta di autorizzazione alla citazione delle fonti di prova, 'per la quale è d'obbligo la forma rituale dell'istanza', il deposito può avvenire 'anche a mezzo di trasmissione con i mezzi tecnici di cui all'art. 150 cod. proc. pen., che bene assolvono in ipotesi di completa e corretta ricezione alla funzione di comunicazione all'ufficio ed agli interessati di quanto in essa contenuto'. In senso parzialmente difforme, sez. I, 24.9.2008, n. 38161, ined.; sez. V, 3.6.2010, in *Cass. pen.*, 2011, p. 4379.

l'ammissione in tale sede. Meno certo è che il pubblico ministero ed il difensore abbiano l'obbligo, a pena di decadenza, di chiedere l'ammissione delle prove in tale momento, nell'ipotesi in cui al processo debbano essere dedicate più udienze, come quasi sempre accade, sia in armonia a quel 'principio di adeguatezza tra struttura e funzione' cui si conforma lo sviluppo del processo, sulla base dell'importanza della reg Giudicanda e la difficoltà del giudizio⁵⁶, sia in assoluta dissonanza da esso, essendo di norma motivi meramente organizzativi e di saturazione delle udienze a non consentire l'immediata celebrazione del dibattimento⁵⁷.

La posticipazione della richiesta ammissiva, l'intervenuta separazione, dunque, tra l'indicazione delle prove orali deducibili e la loro ammissione, consente pratiche di attesa sconosciute al previgente sistema, improntato alla contestualità tra indicazione/richiesta della prova ed ammissione della stessa.

Il pubblico ministero, in particolare – sulla base dell'interpretazione aperta dell'art. 493 c.p.p. – una volta indicate le fonti probatorie di cui intenda servirsi, potrebbe rimandare la decisione sulla richiesta di ammissione di alcune di esse ad un momento successivo⁵⁸, interno all'istruzione dibattimentale, attraverso un'espressa riserva⁵⁹. Il pubblico ministero potrebbe dunque avvalersi soltanto di alcune delle fonti probatorie ritenute utili e valutare nel prosieguo dell'attività dibattimentale se richiedere l'ammissione di quelle rimanenti⁶⁰.

⁵⁶ Così G. FOSCHINI, *Sistema*, vol. II, cit., p. 9. L'A. sottolineava 'l'errore di coloro che, *de jure condendo*, pensano al processo penale livellando tutte le forme processuali, immaginando cioè un tipo di processo penale che, con identità di struttura, dovrebbe sempre attuarsi con riguardo a tutte le reg Giudicande. È questo un errore veramente generale per il quale si ritiene che un processo tipo, teoricamente ipotizzato, possa, sempre e uniformemente attivarsi nella pratica' (ivi, p. 10).

⁵⁷ È questo il motivo che induce nella più parte dei casi le parti a non presentare i propri testimoni all'udienza d'apertura (gli art. 142 e 145 disp. att. c.p.p. impongono alle parti, una volta adempiuto l'onere del deposito della lista, un ulteriore onere di attivazione per garantire la presenza, sin dall'inizio dell'udienza dibattimentale, dei testimoni indicati nella lista, in anticipo dunque sul provvedimento di ammissione) ed a posticiparne la citazione solo dopo che sia intervenuta l'ordinanza di ammissione (si consideri peraltro che gli stessi tribunali, anche quando la parte avanzi istanza di autorizzazione alla citazione dei testi, raramente vi danno riscontro positivo, posticipando di norma la decisione all'interno dell'udienza).

⁵⁸ V. ancora, nel medesimo senso. G. L. FANULI, *Esistono termini processuali preclusivi*, cit. p. 108.

⁵⁹ Con riguardo al potere di riserva in capo al giudice in merito all'ammissione della prova richiesta dalla parte interessata, v. G. BIANCHI, *L'ammissione della prova nel dibattimento penale*, Milano, 2001, p. 137 ss. Secondo l'A. la 'ratio del potere del giudice di 'riservarsi' risponde, da un lato, alla necessità di salvaguardare i diritti della parte richiedente e, dall'altro, all'esigenza di economia processuale di non disporre l'espletamento di un articolato mezzo di prova che potrebbe rivelarsi superfluo per accertare il *thema decidendum*' (ivi, p. 139). È peraltro da considerare che l'attuale impostazione codicistica non prevede espressamente la possibilità di riserva in favore del giudice, che dovrebbe provvedere sulle richieste di prova 'senza ritardo' (art. 190 comma 1 c.p.p.), diversamente da quanto stabiliva il codice abrogato, che all'art. 439 comma 3 espressamente concedeva al giudice la possibilità di differire la discussione sulle questioni inerenti l'ammissibilità della prova. Sul punto, v. V. MANZINI, *Trattato*, cit., vol. IV, p. 460; G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, II, cit., p. 349-350; G. BELLAVISTA, *Lezioni*, p. 384.

⁶⁰ In caso di successiva rinuncia al testimone non ancora ammesso, peraltro, la stessa avrebbe immediato effetto, in quanto non necessiterebbe del 'consenso dell'altra parte' (art. 495 comma 4 bis c.p.p.), che assume rilievo solo in relazione alla prova già ammessa a seguito dell'ordinanza del giudice, momento in

Il difensore dell'imputato, in questa prospettiva interpretativa, potrebbe addirittura decidere in prossimità del 'caso di difesa' se e quali tra le prove orali indicate ex art. 468 c.p.p. utilizzare, potendo anche mancare – al termine della fase di assunzione delle prove a carico – il relativo interesse⁶¹.

Come si è cercato di evidenziare, l'interpretazione aperta dell'art. 493 c.p.p. avrebbe in definitiva l'effetto di frammentare le singole richieste, di assegnare cioè discontinuità all'esercizio del diritto alla prova.

6. Le ragioni dell'interpretazione chiusa dell'art. 493 c.p.p. Il principio di concentrazione del dibattimento.

Ponendoci ora nell'ottica contraria, un'interpretazione degli artt. 493 e 495 c.p.p. intesa ad accreditare l'interferenza della fase ammissiva in quella dedicata all'assunzione delle prove potrebbe essere respinta nel caso in cui, come si è incidentalmente anticipato, si riscontrasse l'esistenza di una causa di inammissibilità tacita o di un vincolo preclusivo idonei ad affermare la non conformità al sistema di allegazioni probatorie operate nel corso dell'istruzione.

Se all'interpretazione normativa si affiancano o sostituiscono considerazioni 'di principio', l'interpretazione aperta dell'art. 493 c.p.p. non sembra trovare motivi di rigetto più convincenti di quelli, scarsamente pregnanti, che possono essere tratti dalla collocazione della norma all'interno del capo riguardante gli atti introduttivi. Invocando il 'criterio di congruenza'⁶² allo scopo di armonizzare l'interpretazione con i principi generali dell'ordinamento, ed adeguando ad essi l'interpretazione normativa, l'esito potrebbe capovolgersi con non poche difficoltà.

Potrebbe essere il costituzionalizzato principio della ragionevole durata del processo⁶³, del quale il principio di concentrazione del dibattimento (art. 477 c.p.p.) è

cui la prova diviene indisponibile e la cui sottrazione al processo è subordinata al consenso altrui, secondo la nuova sistemazione normativa operata dalla legge 7 dicembre 2000, n. 397.

⁶¹ Simile interpretazione conduce all'avvicinamento del sistema interno a quello statunitense, non però ad alcuna identificazione. A differenza di quel modello, caratterizzato da una *discovery* preliminare limitata e autorizzante la difesa dell'imputato ad attendere la conclusione del *case for the prosecution* per introdurre le proprie prove, non dunque previamente anticipate, è tale anticipazione che il sistema italiano prevede come obbligatoria. Anche dunque nel caso si ammettesse la possibilità per l'imputato di attendere la conclusione del caso d'accusa, prima di chiedere l'ammissione delle prove a difesa, le stesse, quando trattisi delle prove indicate dall'art. 468 c.p.p., dovrebbero sempre e comunque essere comunicate al contraddittore in anticipo.

⁶² V. D. CANALE, *Forme del limite nell'interpretazione giudiziale*, Padova, 2003, p. 93.

⁶³ All'interpretazione del principio della ragionevole durata come garanzia individuale, presente nell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, è stata affiancata – dalla prevalente dottrina – una lettura oggettiva, quale effetto della sua traduzione nella nostra Carta costituzionale. Cfr. M. BARGIS, *La prescrizione del reato e i "tempi" della giustizia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 1403-1404; M. CECCHETTI, *Il principio del "giusto processo" nel nuovo art. 111 della costituzione. Origini e contenuti normativi generali*, in AA.VV., *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova (legge 1 marzo 2001, n. 63)*, a cura di P. TONINI, Padova, 2001, p. 82; R. DEL COCO, *Disponibilità della prova penale e accordi tra le*

corollario⁶⁴, ad indirizzare l'interpretazione nel senso dell'onere di procedere alla richiesta delle prove alla prima udienza utile, e dunque nella fase degli atti introduttivi. Non sembra tuttavia che una richiesta di prova posticipata possa con esso collidere.

Il principio di continuità della causa, invero incompatibile con un processo penale che, in questo non diversamente dal codice abrogato⁶⁵, prevede come regola la celebrazione di più udienze⁶⁶, non sembra poter essere invocato come argomento per sostenere l'interpretazione chiusa dell'art. 493 c.p.p., perfettamente in linea con un sistema effettivamente concentrato ma eccentrica quando calata all'interno di un sistema nel quale sono presenti diverse regole, anche sul piano prettamente operativo, con esso contrastanti. Tanto più che il principio di concentrazione, rispetto al passato

parti, Milano, 2004, p. 90; P. FERRUA, *Il processo penale dopo la riforma dell'art. 111 della Costituzione*, in *Quest. giust.*, 2000, p. 52 ss.; ID., *Garanzia del contraddittorio e ragionevole durata del processo*, ivi, 2003, p. 453 ss.; ID., *Il giusto processo*, Bologna, 2005, p. 53 ss.; V. GREVI, *Spunti problematici sul nuovo modello costituzionale di 'giusto processo' penale (tra 'ragionevole durata', diritti dell'imputato e garanzia del contraddittorio)*, in ID., *Alla ricerca di un processo penale 'giusto'*, Milano, 2000, p. 327-328; E. MARZADURI, *La riforma dell'art. 111 Costituzione tra spinte contingenti e ricerca di un modello costituzionale del processo penale*, in *Leg. pen.*, 2000, p. 773 s.; A. NAPPI, *La ragionevole durata del giusto processo*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1541; ID., *Guida al Codice di procedura penale*, X ed, Milano, 2007, p. 26 ss.; P. SILVESTRI, *Ragionevole durata del processo e forme di comunicazione in funzione partecipativa dell'imputato e delle altre parti*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1092; F. SIRACUSANO, *La durata ragionevole del processo quale 'metodo della giurisdizione'*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 757 ss.

Critico nei confronti della possibilità di assegnare al principio natura di 'garanzia oggettiva' E. AMODIO, *Giusto processo, proces equitable e fair trial: la riscoperta del giusnaturalismo processuale in Europa*, in ID., *Processo penale diritto europeo e common law, dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milano, 2003, p. 137; ID., *Ragionevole durata del processo penale, abuse of process e nuove esigenze di tutela dell'imputato*, ivi, p. 153 ss.

⁶⁴ Sul tema si vedano G. CHIOVENDA, *Relazione sul progetto di riforma del procedimento elaborato dalla Commissione per il dopo guerra*, in ID., *Saggi di diritto processuale civile*, vol. II, cit., p. 31 ss., che sottolineava in particolare come alla regola della concentrazione non dovessero sottrarsi proprio 'i così detti incidenti, sia che riguardino le questioni preliminari della lite, sia che riguardino l'ammissione di mezzi istruttori e soprattutto le questioni che nascono durante le prove' (ivi, p. 32); D. SIRACUSANO, *Introduzione allo studio del nuovo processo penale*, Milano, 1989, p. 101, 147, 159-160; P. FERRUA, *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*, cit., il quale nel distinguere la 'immediatezza in senso spaziale' dalla 'immediatezza in senso temporale o concentrazione', qualifica il principio come 'la continuità delle operazioni probatorie onde permettere al giudice di emanare la decisione in un periodo di tempo non eccessivamente distante dal primo contatto con le fonti di prova' (ivi, p. 283); G. FOSCHINI, *Il principio di concentrazione del dibattimento*, in *Arch. pen.*, 1959, I, p. 437 ss.; ID., *Sistema*, vol. II, cit., p. 376 ss.; F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, p. 156; C. MASSA, *Il principio di concentrazione del dibattimento*, in *Arch. pen.*, 1964, I, p. 88 ss.; M. MASSA, *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, cit., p. 278-279; G. UBERTIS, *Dibattimento (principi del) nel diritto processuale penale*, in *Dig. disc. pen.*, III, Torino, 1989, p. 461 ss.; O. VOCINO, voce *Oralità nel processo (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 596; E. ANDOLINA, *Gli atti anteriori all'apertura del dibattimento*, Milano, 2008, p. 117; D. CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, Milano, 2005, p. 11 ss.

⁶⁵ Si vedano sul punto le osservazioni di M. CHIAVARIO, *La sospensione del processo penale*, Milano, 1967, p. 35 ss. ID., *Processo e garanzie della persona*, II, *Le garanzie fondamentali*, III ed., Milano, 1984, p. 8-9. V. altresì D. SIRACUSANO, *Il Giudizio*, in D. SIRACUSANO-A. GALATI- G. TRANCHINA- E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, vol. II, cit., p. 299-300.

⁶⁶ Lo stesso legislatore, prendendo atto di questo dato naturale del processo, ha con la L. 16 dicembre 1999, n. 479, modificato l'art. 468 comma 2 c.p.p., assegnando opportunamente la possibilità al giudice di autorizzare la citazione dei testimoni anche per udienze successive rispetto a quella di esordio del dibattimento.

ordinamento⁶⁷, è attualmente ancor meno tutelato, in virtù dell'ampiezza delle garanzie interne all'attività di giudizio, effetto tra l'altro proprio della formazione dibattimentale delle prove e dei conseguenti, più frequenti rispetto al passato, recuperi del diritto alla prova in capo alle parti⁶⁸.

L'eventuale discontinuità nella formulazione delle richieste di prova non sembra peraltro tale da rallentare il corso del dibattimento e da incidere sensibilmente sui tempi processuali fino a rivelarsi antieconomica – ove anche si volesse 'irragionevolmente' inquadrare il principio costituzionale in una ristretta cornice efficientistica⁶⁹ – sia perché difficilmente comprensibile sarebbe una simile conclusione, di fronte a quelle plurime situazioni in cui la prova viene effettivamente ammessa nel corso dell'istruzione⁷⁰, sia perché l'ammissibilità di diverse prove in corso d'istruzione

⁶⁷ Notava E. FLORIAN, *Diritto processuale penale*, cit., p. 116, come il principio di concentrazione trovasse 'pieno e tipico impero in sede di dibattimento, dove è tanto più possibile quanto è malagevole nella istruttoria. Infatti la seconda fase del processo trova ormai raccolto tutto o quasi tutto il materiale, sul quale si svolgerà il dibattimento'.

⁶⁸ D. CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, cit., p. 50, riconosce che 'quanto più l'itinerario si arricchisca di garanzie e di meccanismi di accertamento complessi, tanto più se ne rallenta l'andatura, quasi che tra garanzie processuali e celerità intercorresse un rapporto di inversa proporzionalità'.

⁶⁹ La necessità di interpretare il principio della durata ragionevole del processo in armonia con altri principi ed in particolare con le garanzie difensive, è peraltro unanimemente condivisa. V. in particolare S. BUZZELLI, *Giusto processo*, in *Dig. disc. pen., Aggiornamento*, 2004, p. 350-351; M. CECCHETTI, *op. cit.*, p. 82; C. CONTI, voce *Giusto processo (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, V, 2001, p. 630-631; R. DEL COCO, *Disponibilità della prova penale e accordi tra le parti*, cit., p. 90 ss.; P. FERRUA, *Il 'giusto processo in costituzione'*, in *Dir. & giust.*, 2000, n. 1, p. 28; F. SIRACUSANO, *La durata ragionevole del processo*, cit., p. 763 ss. Cfr. altresì Corte cost., ord. 11 dicembre 2001, n. 399, in *Giur. cost.*, 2001, p. 3889; Corte cost., ord. 9 febbraio 2001, n. 32, *ivi*, 2001, p. 121; Corte cost., ord. 22 giugno 2001, n. 204, *ivi*, p. 1525.

⁷⁰ Si considerino, ad esempio, le ipotesi di cui agli artt. 493 comma 2 e 507 c.p.p., cui è tra l'altro collegato il diritto delle parti di controdedurre, nonché l'ipotesi prevista dall'art. 523 comma 6 bis c.p.p., ed ancora quella di nuove contestazioni, che riassegna alle parti la facoltà di richiesta. Con riferimento al diritto di richiesta di prova contraria in caso di attivazione del meccanismo di recupero previsto dall'art. 493 comma 2 c.p.p., v. Corte cost., 28 aprile 1992, n. 203, in *Giur. cost.*, 1992, p. 1488. Per ogni riferimento dottrinale e giurisprudenziale in tema di prova contraria a seguito dell'intervento officioso del giudice, v. T. RAFARACI, *La prova contraria*, Torino, 2004, p. 206 ss. Con riferimento all'ammissione officiosa di nuove prove, v. in particolare Sez. Un., 6 novembre 1992, Martin, in *Cass. pen.*, 1993, p. 280, secondo cui 'all'ammissione di una prova nuova... il giudice non potrebbe non far seguire l'ammissione anche delle eventuali prove contrarie'. V. anche Cass., sez. VI, 6 aprile 2000, La Vardera e altro, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1269. Nel caso delle nuove contestazioni, la facoltà di richiesta che è stata affermata, in favore di tutte le parti e secondo i criteri generali previsti dall'art. 190 c.p.p., con la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 519 comma 2 c.p.p., pronunciata da Corte cost., 3 giugno 1992, n. 241, in *Cass. pen.*, 1992, p. 2001). V. in giurisprudenza Sez. VI, 12.7.2000, Pinto, in *CED Cassazione*, n. 216926, secondo cui 'poiché alla contestazione suppletiva che modifichi l'imputazione originaria consegue un ampliamento del 'thema probandum', è necessario che a ciascuna parte sia garantito il pieno esercizio del diritto alla prova rispetto ai nuovi fatti emersi nel processo; ne consegue che, se nel dibattimento viene contestato un reato concorrente, alla parte va riconosciuto il diritto alla prova nella medesima estensione stabilita per la fase degli atti preliminari al dibattimento'. In dottrina, si vedano F. NUZZO, *Regole consolidate e prospettazioni interpretative in materia di liste testimoniali*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 617; T. RAFARACI, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, Milano, 1996, p. 193. In proposito rilevava D. SIRACUSANO, *Introduzione allo studio del nuovo processo penale*, Milano, 1989, p. 159, che 'la concentrazione del dibattimento può essere pienamente realizzata nel caso in cui la contestazione originaria non debba essere modificata al dibattimento. Appare,

è implicitamente prevista, sia infine poiché esiste una disposizione, l'art. 496 c.p.p., che regola l'ordine di assunzione delle prove e dunque già delimita, in relazione alle singole parti, l'ambito entro il quale dovrebbe potersi autorizzare la sovrapposizione tra istanze di richiesta e assunzione delle prove.

Sembrerebbe o potrebbe essere l'art. 496 c.p.p., dunque, a delineare i limiti d'esercizio del diritto alla prova, sia con riferimento alle prove di cui all'art. 468 c.p.p. sia con riguardo alle altre prove. Anche in tal caso, naturalmente, lo sbarramento avrebbe natura implicita e, tuttavia, più solidamente argomentabile in ragione della chiara regolamentazione dell'ordine di assunzione delle prove in esso descritta.

7. La lealtà processuale e il gioco degli scacchi

Per concludere, però, nel senso dell'affrancamento dell'art. 493 c.p.p. dall'art. 468 c.p.p. e dalle prove in esso enucleate, è con la lealtà processuale, principio senza disposizione o inespresso⁷¹, che la tesi deve soprattutto misurarsi, al fine di comprendere se su di esso possa plasmarsi un'implicita sanzione di inammissibilità di allegazioni probatorie posticipate nella fase dell'istruzione.

La lealtà processuale, 'lodevole invocazione'⁷² per alcuni, principio neo-costituzionalizzato per altri⁷³, è indissolubilmente legata alla natura necessariamente ordinata del sistema e, in quanto caratterizzante tutte le attività giurisdizionali, riconducibile alla teoria generale del processo⁷⁴.

Obiettivamente più coerente, rispetto alla tesi giurisprudenziale in materia di prova documentale, è l'impostazione dottrinale secondo cui 'una corretta dialettica processuale impone che il materiale probatorio da escutere sia tutto schierato all'inizio dell'istruzione dibattimentale, per consentire alle parti di elaborare la propria strategia nella presentazione delle prove e nella conduzione degli esami'⁷⁵.

Riscontrare nel codice una o più disposizioni che definiscano in tal senso la meccanica dibattimentale è nondimeno operazione disagiata e, soprattutto, improficua se attestata sul tenore dell'art. 493 c.p.p.

insomma, perfettamente in linea con un sistema rigido di preclusioni (cristallizzatesi con l'atto conclusivo dell'istruzione) e non con un sistema che preveda ampie possibilità di contestazioni suppletive (al dibattimento)'.

⁷¹ Sulla distinzione tra principi espressi e inespressi o impliciti, v. R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993, p. 452-453; ID., *Il diritto come linguaggio, Lezioni*, Torino, 2006., p. 39-40.

⁷² V. D. CARPONI SCHITTAR, *Esame diretto e controesame nel processo accusatorio*, Padova, 1989, p. 36.

⁷³ Si veda in particolare lo studio di E.M. CATALANO, *L'abuso del processo*, Milano, 2004, p. 61, 71 ss. V. altresì E. ANDOLINA, *Gli atti anteriori all'apertura del dibattimento*, cit., p. 27.

⁷⁴ In questo senso, così si esprimeva G. BELLAVISTA, *Lezioni*, cit., p. 3: 'Chi oserebbe dubitare, per esempio, che il principio della probità e della lealtà processuale, postulato da una esplicita norma della legge processuale civile (art. 88 c.p.c.), non sia applicabile a tutti i processi, anche nel silenzio, ad esempio, della legge processuale penale [...]?'.

⁷⁵ Così G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova*, cit. p. 76. Si veda anche T. RAFARACI, *La prova contraria*, cit., p. 199.

Se il procedimento di ricerca muove da considerazioni di natura normativa, e non di astratta teleologia, se dunque ‘la lealtà va intesa innanzitutto come conformità del comportamento delle parti alle previsioni normative fissate, in via generale, nella legge processuale’⁷⁶, ogni canale di sfogo sembra essere ostruito perché proprio la legge processuale, nel definire quelle regole nel cui rispetto il processo deve svilupparsi (il processo è gioco solenne e non festa, nel quale dunque non la libertà d’azione ma le regole ne costituiscono l’essenza⁷⁷), stabilisce in relazione all’ammissione della prova regole segnate dall’apertura e non da rigidi divieti. Se una preclusione, a livello normativo, è fissata, sembrerebbe essere contenuta nell’organizzazione della fase di assunzione delle prove presidiata dall’art. 496 c.p.p.

Non sembrano in realtà esistere divieti, non solo sotto il profilo normativo ma nemmeno sotto il profilo del *fair play*, ad una mobilitazione dell’ingresso della prova nel dibattito, sulla base di regole del gioco diverse da quelle tradizionalmente ritenute valide.

Una volta mostrate le carte (restando alla classica metafora utilizzata in tema di *discovery*), parrebbe almeno plausibile, nel corso del dibattito, ridefinire la rotta del principio di lealtà processuale per indirizzarla verso altri aspetti della dinamica processuale. Il legislatore, nel proibire la presentazione di prove a sorpresa all’interno del processo, fissa in effetti la regola secondo cui i partecipanti non possono partecipare al gioco completamente ‘al buio’. A fianco dell’onere di mostrare le carte a disposizione in anticipo, non sembra tuttavia rintracciabile l’ulteriore aggravio di necessariamente giocarle, né di giocarle in un unico momento.

Restando all’immagine ludica del processo, sarebbe forse preferibile sostituire alla classica metafora delle carte quella degli scacchi, in cui ‘il giocatore non conosce le mosse ma conosce le armi dell’avversario’⁷⁸, che sembra meglio sposarsi con la tesi che, pur zoppicando⁷⁹, si propone.

⁷⁶ Così, ancora R. ORLANDI, *L’attività argomentativa delle parti*, cit., p. 20.

⁷⁷ ‘È inoltre essenziale il momento della regola del gioco. Il giocare è retto e costituito da un vincolo, è limitato nell’arbitrario variare di azioni a piacimento, non è sconfinatamente libero. Se non viene fissato e riconosciuto alcun vincolo, in genere non si può giocare’ (E. FINK, *Oasi della gioia, idee per un’ontologia del gioco*, Salerno, 1987, p. 43). Sul processo come gioco, v. P. CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, p. 23 ss.; F. CARNELUTTI, *Gioco e processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, p. 101 ss.; M. VAN DE KERCHOVE-F. OST, *Il diritto ovvero i paradossi del gioco*, Milano, 1995; cfr. anche G. DE LUCA, *La cultura della prova e il nuovo processo penale*, in AA.VV., *Studi in onore di Giuliano Vassalli, Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale 1945-1990*, vol. II, Milano, 1991, p. 191 ss.

⁷⁸ ‘[...] alle carte, invece, ignora anche queste. La tentazione delle parti, nel processo, è di giocare alle carte anzi che agli scacchi; il giocatore di carte mette in tavola le carte buone il più tardi possibile. Io penso che il *fair play* processuale non consente questo atteggiamento. Il processo, insomma, dovrebbe essere un giuoco a carte scoperte’ (così, F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, cit., p. 204).

⁷⁹ “Ciò che non si può raggiungere a volo, occorre raggiungerlo zoppicando [...]”. Le parole con cui Freud conclude ‘Al di là del principio di piacere’ (S. FREUD, *Al di là del principio di piacere* (1920), Torino, 1975, p. 102) nascono dal fatto che quell’opera, come è stato autorevolmente rilevato, poggia su una “atesi” (così J. DERRIDA, *Speculare – su ‘Freud’*, Milano, 2000, p. 1 ss.), su una logica indecisa, aporetica, sostanzialmente intuitiva, del che lo stesso autore era almeno in parte consapevole, come la conclusione dell’opera sembra dimostrare. Della conclusione di Freud ci si appropria, una volta presa la decisione di misurarsi con un

Preannunciare una prova non implica il dovere di esibirla con immediatezza, ma soltanto di garantire ai contendenti la conoscenza di quale prova trattasi, ciò che viene appunto garantito dal deposito della lista in anticipo rispetto al dibattimento. E' il deposito della lista, in altre parole, che da sé garantisce alle parti il diritto di conoscenza in ordine sia ai fatti che ciascuna parte intende provare, sia alle fonti di prova che si intendono utilizzare in tale prospettiva. Disposte le prove sulla scacchiera, tuttavia – e garantita dunque all'avversario la conoscenza delle potenzialità avversarie nella conduzione del gioco – il giocatore non ha l'obbligo di avvalersi di ciascuna di esse né di utilizzarle nell'immediato.

La finalità dell'art. 468 c.p.p. e del principio in esso compendiato è, dunque, quella di consentire alle parti di reciprocamente attrezzarsi al fine di veder garantito in anticipo, e senza sorprese, il diritto di contrastare le prove avversarie, quando esse siano introdotte nel processo. L'introduzione della prova, tuttavia, sembra possa avvenire in un momento del dibattimento successivo a quello d'esordio, perché 'prova sleale' può essere solo quella inaspettata che, semmai, parrebbe essere proprio la produzione di documenti nel corso della progressione dibattimentale, non già quella che, certa nel suo oggetto perché ritualmente indicata, sia incerta solo in relazione al momento, peraltro sempre eventuale, in cui ne sarà richiesto l'ingresso nel processo⁸⁰.

Il codice peraltro, come anticipato, stabilisce una precisa regola d'ordine relativa all'assunzione delle prove, che sembrerebbe autorizzare la parte – nel momento dedicato all'assunzione delle proprie prove – a decidere se e quali delle prove preannunciate utilizzare.

La prova tardiva, dunque, diviene tale (in particolare per il pubblico ministero)⁸¹ non già nel momento in cui venga oltrepassata la fase degli atti introduttivi, bensì il momento stabilito dall'art. 496 c.p.p., inteso proprio a regolare l'ordinato svolgimento del processo⁸².

Si potrebbe ancora dire che le regole del gioco cambiano dal momento in cui il dibattimento si apre all'istruzione, al cui interno la lealtà tra le parti assume un nuovo

aspetto tanto nevralgico quanto problematico, sebbene essa possa elevarsi a precetto guida di ogni attività interpretativa, necessariamente zoppa nel suo movimento e incerta nel suo risultato.

⁸⁰ Utilizzando un'espressione di Amodio, 'la saracinesca dell'art. 493' (E. AMODIO, *Disciplina processuale e poteri del giudice nel dibattimento*, in *Tecnica dell'esame delle parti e dei testimoni nel dibattimento penale*, Quaderni CSM, 1991, p. 35) dovrebbe abbassarsi inesorabilmente di fronte all'ammissione delle prove non indicate nella lista testimoniale, non delle prove in essa ritualmente inserite e, dunque, esposte in anticipo alla conoscenza dei contraddittori.

⁸¹ V. ancora, in tema di documenti, Cass. Sez. III, 16.11.2006, n. 1343, cit.

⁸² Una volta ritualmente indicate le prove delle quali ciascuna parte intende avvalersi, il pubblico ministero, le cui prove debbono essere acquisite in anticipo su quelle delle altre parti, ben potrebbe differire, quando abbia indicato ad esempio più testimoni, l'ammissione di alcuni di essi, valutando dunque all'esito dei relativi esami l'opportunità di chiedere l'ammissione delle prove restanti, ovvero di rinunciarvi, senza che, in questo caso, cadendo la rinuncia sulla richiesta di prova e non sulla prova già ammessa, la volontà delle altre parti possa incidere sulla sua assunzione. Successivamente, le altre parti, sempre secondo l'ordine stabilito dal codice, potrebbero – sempre che non abbiano prima dell'apertura dell'istruzione dibattimentale chiesto l'ammissione di tutte le prove indicate nella lista testimoniale – attivarsi per chiedere l'ammissione delle prove sulle quali abbiano nella fase introduttiva posto riserva.

significato, concentrato su aspetti tecnico-formali di altra natura. Differire le mosse, d'altra parte, è tutt'altro che scelta senza rischi, posto che al giudice, regolatore delle attività processuali, sono consegnate prerogative, in particolare il vaglio di ammissibilità della prova, che con lo sviluppo processuale si intensificano.

Come in precedenza sottolineato, proprio il controllo sull'ammissibilità della prova rimesso al giudice, insieme alla diminuzione delle possibilità di efficacia che ha la deduzione probatoria nel progredire dell'attività dibattimentale, emargina verso il piano della pura ipotesi l'eventualità in esame, non avendo le parti alcun interesse, di norma, a posticipare la richiesta di ammissione di prove delle quali abbiano anticipato l'intenzione di avvalersi. E' questo il motivo per cui la fase introduttiva del dibattimento resterebbe sempre e necessariamente momento centrale del procedimento probatorio, quand'anche fosse esonerata dal rigido compito che quasi universalmente le è attribuito. L'interpretazione aperta dell'art. 493 c.p.p. non potrebbe dunque emarginarne la funzione – relegandola ad elemento esornativo del processo – in quanto anche se l'ammissione delle prove potesse proiettarsi al suo esterno e se, dunque, anche le prove elencate nell'art. 468 c.p.p. fossero ammissibili nel corso della fase istruttoria, in relazione a queste ultime la possibilità che il momento della richiesta sia complessivamente rinviato al momento della fase dedicata all'acquisizione della prova resta poco più che un'esercitazione teorica.

8. Considerazioni conclusive.

Le conclusioni, pur consapevolmente imperfette⁸³, cui si è ritenuto di poter pervenire in ordine all'avanzamento del termine per la richiesta di ammissione delle prove, nel loro complesso considerate, vogliono non tanto rappresentare una sollecitazione all'intesa sull'interpretazione normativa, quanto stimolare più approfondite riflessioni su un complesso dispositivo equivoco (artt. 468, 493, 495 c.p.p.).

Poiché è con la norma, più che con la disposizione giuridica⁸⁴, che l'interprete deve confrontarsi, accostandosi ad essa osservandola nei mutamenti che subisce nel

⁸³ Invocando l'autorità di B. Russell, 'le teorie imperfette sono ... spesso utili quali tappe di attesa, e sembra dunque auspicabile esporle, anche se non si è sicuri della loro assoluta esattezza (B. RUSSELL, *I paradossi della logica* (1906), in F. RIVETTI BARBÒ, *L'antinomia del mentitore*, Milano, 1986, p. 225).

⁸⁴ Con riferimento alla distinzione tra disposizione e norma si vedano V. CRISAFULLI, voce *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 195 ss.; G. TARELLO, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, 1974, p. 395 ('il processo interpretativo si esercita su di un enunciato [...] e perviene alla norma; la norma non precede come dato, bensì segue come prodotto, il processo interpretativo'); ID., *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, p. 63, 64, 363, ove l'A. giunge all'identificazione tra norma e interpretazione del testo. Le norme sono 'da considerarsi piuttosto il risultato che il presupposto delle attività in senso lato interpretative' (*ivi*, p. 38). Sulla distinzione, nei medesimi termini, v. R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, Torino, 1990, p. 25-27; ID., *Il giudice e la legge*, Torino, 1995, p. 17; ID., *Il diritto come linguaggio*, cit., p. 29. Secondo l'A. 'nessuna disposizione ha un significato determinato se non dopo l'interpretazione (e come risultato dell'interpretazione)... [al punto che essa] deve essere concepita come

corso del suo processo di formazione⁸⁵, e poiché la posizione della dottrina tradizionale regge con fatica di fronte alle aperture giurisprudenziali in favore della prova documentale e a un sistema normativo che a quelle aperture sembra almeno in parte concedersi, più approfondite riflessioni dovrebbero essere operate, allo scopo di riassetare il primo momento del procedimento probatorio, privo di quella coerenza che si è cercato, attraverso un'interpretazione adeguatrice dell'art. 496 c.p.p., di ristabilire.

La struttura lessicale dell'art. 493 c.p.p. non consente la delimitazione del suo piano applicativo, né sotto il profilo oggettuale (stante l'aperto riferimento alle 'prove') né sotto quello temporale (mancando ogni riferimento al termine finale della richiesta). La lettera della legge giustifica, dunque, la critica alla lettura convenzionale dell'art. 493 c.p.p. che, nel rispondere alla fondamentale esigenza processuale dell'ordine – tratto distintivo di ciò che è sistema o ordinamento giuridico, intesi promiscuamente⁸⁶ – ne sembra, però, troppo condizionata. Ma è soprattutto quando si consideri il salto in avanti operato con riferimento alla prova documentale dalla giurisprudenza che ad assumere carattere necessario è – se non l'accettazione dell'interpretazione aperta dell'art. 493 c.p.p. e della proiezione del limite di deduzione probatoria verso il disposto dell'art. 496 c.p.p. – certamente un nuovo approfondimento critico del tessuto normativo di riferimento.

Può naturalmente concedersi, come dato del tutto ovvio, che il ragionamento seguito sia parziale e comunque ribaltabile, allorché si considerino i seguenti due aspetti: l'interpretazione letterale è un metodo dell'interpretazione, ma non è l'interpretazione; la giurisprudenza applica la legge, e ne determina il senso sul piano pratico, ma non è depositaria di 'verità interpretative' sul senso. E tuttavia, più ancora del metodo interpretativo utilizzabile nell'atto interpretativo, che spesso conduce a risultati alternativi, è proprio con l'interpretazione giudiziale che l'interprete critico ha

l'unica 'vera' fonte del diritto' (*op. ult. cit.*, p. 118). V. infine F. VIOLA-G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, V ed., Roma-Bari, 2004, p. 125, 159. In senso critico nei confronti della distinzione, P. BECCHI, *Enunciati, significati, norme. Argomenti per una critica dell'ideologia neoscettica*, in P. COMANDUCCI-R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto* 1999, Torino, p. 1 ss.

⁸⁵ 'Insomma il giurista' – sottolineava ancora E. Betti – 'deve considerare il complesso dell'ordine giuridico non già staticamente come un'ossatura fossilizzata o come una formazione graduale di cristalli, della quale si tratti solo di mettere in luce e allo scoperto le successive stratificazioni, ma dinamicamente come una viva e operante concatenazione produttiva..., come un organismo in perenne movimento, che, immergendosi nel mondo dell'attualità, è capace di auto-integrarsi secondo un disegno di razionale coerenza e in accordo con le mutevoli vicende e le sopravvenienti vitali esigenze della società presente in quanto vi si possano dimostrare rispecchiate... Il complesso unitario dell'ordine giuridico dev'essere rielaborato e approfondito di continuo ad occasione di ogni singola norma: perché riportare la norma alla totalità del sistema significa già riformare l'unità e rinnovare l'integrazione, ritrovando di ciascuna norma la ragion sufficiente e rimuovendo le disarmonie' (E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1971, pp. 31-32).

⁸⁶ La definizione di sistema come 'totalità ordinata' è in L. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, p. 201. Cfr. anche F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, p. 95: l'ordinamento 'in altre parole il complesso dei comandi giuridici, concreti od astratti, non è un caos, ma un ordine; si può anche dire che il diritto, per sua natura, esclude la confusione'.

il dovere di misurarsi, perché le norme in ultima analisi ‘valgono non certo nei limiti della loro formale enunciazione, ma in quelli della loro effettiva ricezione giurisprudenziale’⁸⁷.

Sostenere oggi che l’art. 493 c.p.p. interpone uno sbarramento cronologico all’introduzione dei documenti significa perdere il contatto con la realtà del processo, il cui adattamento all’ingresso di tali mezzi probatori senza vincoli temporali costituisce un dato piuttosto consolidato.

Sebbene lo spazio per altre interpretazioni esista, indubbiamente, e se non è dubitabile che ‘la c.d. giurisprudenza costante [...] a volte può risolversi in un errore esegetico costante’⁸⁸, pur tuttavia bisogna anche essere consapevoli che di fronte all’effettività delle norme (al *diritto che è*) il rischio è la trasfigurazione dell’atteggiamento critico in atteggiamento polemico (improduttivo)⁸⁹. Un’interpretazione è critica e diviene potenzialmente feconda, quale istanza di controllo e di offerta di una possibile soluzione del determinato problema normativo, fino a quando oggetto di riflessione sia la norma *in fieri*⁹⁰, ma sfocia inevitabilmente nell’improduttività (giuridica), quando la scelta interpretativa sia stata dalla prassi definitivamente operata. In tali situazioni-limite, l’unica possibilità per ricomporre il sistema – quando la prassi lo abbia reso incoerente è l’intervento legislativo.

Se dunque, al termine del discorso sin qui condotto, si ritiene preferibile optare, nel momento della scelta, per la soluzione che autorizza il superamento della fase degli atti introduttivi, non può comunque non rilevarsi che tale lettura, cui sembra inclinare la sintesi dei profili esegetici seguiti, addensa su di sé non pochi problemi, quale è certamente quello relativo alla disparità delle armi che in tal modo verrebbe concessa ai disputanti. Quel che più rileva rimarcare, ad ogni modo, è uno stato dell’arte caratterizzato da un disarmonico e disordinato assetto delle regole che, a livello operativo, presiedono all’ammissione della prova. Il che è sufficiente per auspicarne un coerente riassetto.

E’ opportuno sottolineare a questo punto la presenza sul piano della riflessione teorica di un approdo ormai piuttosto consolidato, secondo cui l’ordinamento giuridico non viene meno né quando sia lacunoso, e difetti dunque di completezza, né quando sia antinomico, e manchi dunque proprio di ordine o coerenza⁹¹, potendosi reggere

⁸⁷ Così G. FOSCHINI, *Sistema*, I, cit., p. 5.

⁸⁸ Così G. BELLAVISTA, *Lezioni*, cit., p. 29.

⁸⁹ Sulle due fallacie – quella ‘normativistica’, che non vede il *diritto che è*, e quella ‘realistica’, che non vede il *diritto che deve essere* – entrambe destinate alla ‘amputazione dell’universo del discorso giuridico’, si vedano le illuminanti parole di L. FERRAJOLI, *La pragmatica della teoria del diritto*, in *Analisi e diritto*, 2002-2003, p. 367-368. Cfr. anche, ID., *Diritto e ragione, Teoria del garantismo penale*, VII ed., Roma-Bari, 2002, pp. 347-362, 724-725, 912-921.

⁹⁰ V. C. LUZZATI, *L’interprete e il legislatore*, Milano, 1999, p. 67, che definisce ‘*in fieri*’ o ‘*in divenire*’ la ‘norma che non si è ancora completamente individualizzata e/o concretizzata nel momento in cui l’esame viene compiuto’.

⁹¹ V. N. BOBBIO, *Teoria dell’ordinamento giuridico*, Torino, 1960, p. 69 ss. V. anche F. MODUGNO, voce *Ordinamento giuridico (dottrine)*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milano, 1980, pp. 704 ss.; C. LUZZATI, *L’interprete e il legislatore*, cit., p. 168. R. GUASTINI, *Il diritto come linguaggio*, cit. p. 123-124; C. E. ALCHOURRON-E. BULYGIN,

anche in presenza di norme tra loro incompatibili. Ciò non significa, tuttavia, che esse debbano essere tollerate ma che, al contrario, come all'interno dell'attività di interpretazione non possono essere accettate sovra interpretazioni – letture cioè estranee all'ambito della possibilità – è doveroso, proprio tramite l'interpretazione, cercare di attribuire ovvero restituire all'ordinamento quella coerenza interna che, se non è elemento idoneo a qualificarlo, resta però un valore, un obiettivo cui si deve rigorosamente tendere⁹², perché il diritto esiste pur sempre 'per essere certo'⁹³, anche quando sia impossibile renderlo tale⁹⁴.

Sistemi normativi, Introduzione alla metodologia della scienza giuridica, Torino, 2005, p. 77; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 360 ss.

⁹² Sul 'valore' della coerenza come elemento qualificante l'ordinamento giuridico v. E. AMODIO, *La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1420 ss.; ID., *Il processo penale tra disgregazione e recupero del sistema*, in *Ind. pen.*, 2003, p. 14 ss. Così l'A.: 'La sollecitazione a ricostruire il sistema, derivante dalle leggi di recupero e consolidamento, sembrerebbe peraltro scontrarsi con una sorta di cultura della rassegnazione al disordine, diffusa tra i giuristi che traggono spunto da riflessioni della sociologia e della filosofia giuridica contemporanee. Sta infatti imponendosi una moda culturale che, muovendo dalla rilevazione del disordine normativo e dalla disorganicità dell'ordinamento giuridico, promuove un abbandono dell'idea della legge come pilastro del sistema giuridico... In queste prese di posizioni, che appaiono veramente sconcertanti per lo studioso del processo penale, c'è un vizio logico manifesto, consistente nella fallacia dello scambio tra essere e dover essere. Nessun dubbio che anche il sistema processuale sia afflitto da mali che rendono evidente la crisi della legalità. Su questa constatazione non si può peraltro far leva per rassegnarsi alla destrutturazione, come se fossimo ormai condannati a convivere in futuro con una pluralità di fonti normative farraginose e contraddittorie, analogamente a quanto avveniva nel diritto intermedio prima dell'età della codificazione [...] Il nostro compito è dunque quello di lavorare per la ricostruzione del sistema perché il processo è anzitutto ordine, senza farci suggestionare dagli echi di coloro che, giustamente, segnalano la complessità del diritto nell'esperienza contemporanea [...] Sapere che il diritto è flessibile, fluido, mite o si risolve in un oscillante gioco tra indeterminatezza e legalità aiuta certo a non drammatizzare l'attuale situazione del sistema processuale penale. Deve essere chiaro, però, che lo studioso del processo penale non può rifugiarsi una filosofia da buco della serratura per assistere al tumultuoso decomorsi dell'ordinamento. Il suo impegno nasce anzitutto dalla consapevolezza che la disgregazione di un sistema processuale, naturalmente fondato sull'ordo, è sinonimo di arbitrio (ivi, p. 14-16). V. ancora ID., *Crisi della legalità processuale, filosofia della rassegnazione e autorevolezza dei giuristi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 432 ss. V. altresì M. BARCELLONA, *Critica del nichilismo giuridico*, Torino, 2006, p. 160; G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, Milano, 1962, p. 113-117. Notava G. KALINOWSKI, *Introduzione alla logica giuridica*, Milano, 1971, p. 12, che l'interprete 'non può mai restare indifferente alle relazioni logiche tra le norme, se è vero che da queste ultime dipendono, da un lato, la coerenza dell'ordinamento giuridico, e dall'altro la correttezza dei ragionamenti con cui si elabora, si interpreta e si applica il diritto'. Così A. CRISTIANI, *La discrezionalità dell'atto nel processo penale*, cit., p. 12-13: 'I limiti del sistema normativo sono molteplici, sia per difetto di previsione (o di prevedibilità espressa), sia quanto alla sua 'effettività', appunto per le smentite *di fatto* che esso frequentemente subisce. Ma le infinite cause di imperfezione del diritto positivo, che inducono a contrapporre 'giudizi di verità giuridica' a 'giudizi di verità fattuale', ed a parlare di ambivalenza delle norme, non possono certo esimere il giurista dal tentativo (o, meglio, dalla necessità) di superarne l'incompletezza, eliminando, per quanto possibile, le antinomie e le contraddizioni'.

⁹³ L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto*, in *Dig. disc. priv. Sezione civile*, Torino, 1988, vol. II, p. 276

⁹⁴ L'eliminazione delle antinomie e delle contraddizioni interne al diritto è un compito immane e, come ha osservato L. Ferrajoli 'votato all'insuccesso, e le sistemazioni dottrinarie elaborate a tal fine dai giuristi risultano spesso degli occultamenti, assai più che delle soluzioni, delle aporie presenti nel discorso del legislatore. Moltissime antinomie riflettono, infatti, divaricazioni profonde, radicate nella struttura stessa

Nella coscienza, che vorrebbe sottintendersi, dell'opinabilità della conclusione, potrebbe essere riletta nel senso proposto la presenza all'interno del codice dell'art. 496 c.p.p. In caso contrario, sarebbe auspicabile che il legislatore assolvesse il suo compito di razionalizzazione dell'ordinamento, anche convogliando all'interno della fase introduttiva, a pena di inammissibilità o di decadenza, l'insieme delle richieste probatorie. Senza di ciò, continueranno ad avere buon gioco interpretazioni discrezionali quali quelle che regolano, attualmente, la fase di ammissione della prova.

dell'ordinamento, e nelle stratificazioni storiche di cui essa è il prodotto, che non è possibile negare e neppure nascondere o minimizzare' (L. FERRAJOLI, *La semantica della teoria del diritto*, in U. SCARPELLI (a cura di), *La teoria generale del diritto. Tendenze e problemi attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Milano, 1983, p. 119).