



UNIVERSITÀ DI SIENA 1240

Dipartimento di Giurisprudenza

Dottorato in Scienze Giuridiche

XXXV° Ciclo

Coordinatore: Prof. Lorenzo Gaeta

**Circolazione probatoria e invalidità.
Riflessi dell'inutilizzabilità nei rapporti tra
processo penale e altri giudizi.**

Settore scientifico disciplinare: *IUS/16*

Candidata

Dott.ssa Giulia Pecchioli

Supervisore

Prof. Sergio Lorusso

Università degli Studi di Foggia

Anno accademico di conseguimento del titolo di Dottore di ricerca
2022/23

A mio marito.
Con immenso amore

INDICE

INTRODUZIONE.....	IV
-------------------	----

CAPITOLO I

FATTI, VERITÀ, CONOSCENZA, PROVE. L'INUTILIZZABILITÀ QUALE PRESIDIO DI 'GIUSTEZZA' DELLE DECISIONI GIUDIZIALI

1. IL PROCESSO COME LUOGO DI CONOSCENZA	1
a. <i>L'aspirazione alla conoscenza 'totale'</i>	10
b. <i>Il metodo inquisitorio, l'art. 299 del codice 'Rocco' del 1930...e dintorni</i>	20
c. <i>Lo iato tra ontologia ed epistemologia. Il reato come 'lost fact'</i>	39
d. <i>(Irrinunciabile) funzione epistemica della prova e giusto processo (accusatorio)</i>	53
e. <i>Total evidence principle: il principio epistemologico di completezza delle informazioni</i>	60
f. <i>Una verità 'metodologicamente ed assiologicamente orientata'. L'essenza normativa della conoscenza giudiziale</i>	81
g. <i>Le regole di esclusione come presupposto ed attuazione della Verità processuale: principio di legalità e diritto alla prova (cenni e rinvio)</i>	96
h. <i>Una forza eccentrica ma non troppo: la circolazione probatoria (cenni e rinvio)</i>	104
2. GIUSTIFICAZIONE STORICO-SISTEMATICA DEL FENOMENO MIGRATORIO DELLE CONOSCENZE GIUDIZIALI.....	113
a. <i>(Segue) Ratio ed origini della circolazione probatoria tra processi penali</i>	123
3. GIUSTO PROCESSO, CIRCOLAZIONE PROBATORIA E REGOLE DI ESCLUSIONE	145
a. <i>Contraddittorio come metodo di conoscenza</i>	146
b. <i>L'immediatezza e l'oralità. Il giudice 'impregiudicato'</i>	163
4. LA STRUTTURA MULTIFORME DELL'INUTILIZZABILITÀ: DIVIETI PROBATORI GNOSEOLOGICI E DIVIETI PROBATORI ETICO-DEONTICI.	176

CAPITOLO II

LA CIRCOLAZIONE PROBATORIA COME 'STRATEGIA' EPISTEMICA. PROFILI CRITICI: PRASSI ESTENSIVA E RAPPORTI INTERPROCESSUALI

1. PREMessa. DELIMITAZIONE DEL CAMPO D'INDAGINE.....	189
2. FONDAMENTI NORMATIVI DELL'INTERSCAMBIO PROBATORIO	198
3. LA DIVERSITÀ STRUTTURALE ED OGGETTIVA DEI PROCESSI COME POSSIBILE OSTACOLO ALLA TRASMIGRAZIONE PROBATORIA.....	221
4. LA PROVA PENALE CIRCOLANTE: "METAMORFOSI" DOCUMENTALE	230

5.	CRITICITÀ DOGMATICHE DELL'ADOZIONE DEL MODULO DOCUMENTALE PER LO SCAMBIO INTERPROCESSUALE DI PROVE (VERSO IL PROCESSO PENALE)	247
	<i>a. Deviazioni dal modello del contraddittorio nella formazione della prova nel processo penale. L'essenziale 'unità di tempo, spazio e (azione) persona' per la piena attuazione del diritto alla prova: il relativismo probatorio.....</i>	247
	<i>b. Gli atti irripetibili formati aliunde.....</i>	269
	<i>c. Verifica dell'idoneità del procedimento di ammissione nel rito penale delle prove allogene a tutelare i principi fondamentali e i diritti delle parti (comb. disp. artt. 468, comma 4-bis, e 495 c.p.p.)</i>	281
6.	CRITICITÀ DOGMATICHE DELL'ADOZIONE DEL MODULO DOCUMENTALE PER LO SCAMBIO INTERPROCESSUALE DI PROVE (DAL PROCESSO PENALE AD ALTRI GIUDIZI)	288
	<i>a. Apparente semplificazione degli scambi probatori. Indagine in merito all'individuabilità di un procedimento ammissivo delle prove penali in riti di diversa natura. Riflessi in punto di prova inutilizzabile</i>	290
7.	DISORIENTAMENTI SULLO STATUTO DI AMMISSIBILITÀ DELLE PROVE PENALI ESPORTATE ALTROVE	296
	<i>a. L'atteggiamento ondivago della giurisprudenza: tra aspirazioni autonomistiche e «bulimia conoscitiva»</i>	297
	<i>b. Usi ed abusi delle classificazioni giuridiche in materia di prova per giustificare l'apprensione nel giudizio ad quem di materiale probatorio di genesi aliena. La teoria delle prove atipiche, del modello indiziario-presuntivo, del 'mero' argomento di prova.....</i>	299
	<i>c. Critica all'idea che l'ammissibilità delle prove 'prestate' possa rinvenirsi in canoni inerenti alla valutazione del peso conoscitivo degli elementi circolanti. Conseguenze di simile atteggiamento esegetico: la negativa incidenza sul rilievo della malformazione genetica della prova penale inutilizzabile (cenni e rinvio).....</i>	314
8.	UNA PARENTESI SU UNA PECULIARE IPOTESI DI INTERFERENZA PROCESSUALE E PROBATORIA TRA RITO PENALE E RITO CIVILE DI DANNO: IL GIUDIZIO DI RINVIO AI SOLI EFFETTI CIVILI (ART. 622 C.P.P.)	317
	<i>a. Una contaminazione sistematica controversa</i>	317
	<i>b. I principi in materia di impugnazioni agli effetti civili (cenni)</i>	321
	<i>c. Il dibattito. Il modello 'autonomista' e la restituzione dell'azione civile al suo 'giudice naturale'.....</i>	326
	<i>d. Un modello alternativo per la piena salvaguardia del giusto processo: la traslatio della competenza funzionale. L'art. 622 c.p.p. quale apparente fenomeno circolatorio: la medesimezza processuale.....</i>	340
	<i>e. Il modello compromissorio delle Sezioni Unite Cremonini (Sez. un. 22065/2021).....</i>	346
	<i>f. Il recente intervento del legislatore (l. 134/2021 e d.lgs. 150/2022) e i nuovi casi di interscambio probatorio nell'ipotesi di impugnazione penale a fini civili.</i>	352
	<i>g. Alcuni spunti di ordine generale e sistematico sul tema della sorte delle prove penali (inutilizzabili) esportate altrove (cenni).....</i>	363
9.	UNA RETE A MAGLIE ALQUANTO LARGHE: LA CIRCOLAZIONE DELLE SENTENZE PENALI.....	368

CAPITOLO III

RIFLESSI DELL'INUTILIZZABILITÀ NEL MOMENTO DELL'INTERSCAMBIO PROBATORIO

1. LA VALIDITÀ DELL'ELEMENTO CONOSCITIVO CIRCOLANTE: INCERTEZZE ESEGETICHE.....	376
a. <i>L'obiettivo dell'indagine: una premessa</i>	376
b. <i>Incertezze esegetiche, tra dottrina e formante giurisprudenziale</i>	377
2. IL «DIFETTO FUNZIONALE DELLA “CAUSA” DELL'ATTO PROBATORIO» INUTILIZZABILE: DIVIETO DI AMMISSIONE, DIVIETO DI ACQUISIZIONE, DIVIETO DI FRUIZIONE PER LA DECISIONE.....	391
3. UN'IPOTESI SPECIALE DI CIRCOLAZIONE PROBATORIA DI PROVE INUTILIZZABILI: LE INTERCETTAZIONI RIVERSATE IN PROCEDIMENTI DIVERSI (ART. 270 C.P.P.).....	405
a. <i>Ratio del divieto di acquisizione trans-procedimentale di intercettazioni aliunde disposte</i>	408
b. <i>L'approccio restrittivo (ma non troppo) delle Sezioni unite Cavallo (Cass. pen., Sez. un., n. 51/2019)</i>	412
c. <i>Prospettive alternative: la metonimia del diverso procedimento</i>	419
d. <i>I fraintendimenti della recente riforma</i>	423
4. PROVE ACQUISITE IN VIOLAZIONE DI DIVIETI STABILITI DALLA LEGGE PROCESSUALE E PROVE CONTRA IUS. SPINOSE CONCETTUALIZZAZIONI DOGMATICHE APPLICATE ALLA DINAMICA DEL FENOMENO CIRCOLATORIO.....	429
a. <i>(Segue) Prove illecite, prove incostituzionali ed osmosi processuale intersistemica</i>	439
5. L'INUTILIZZABILITÀ A TUTELA DEL 'MIGLIOR ACCERTAMENTO': VALUTAZIONE IN PUNTO DI ESPORTABILITÀ IN PROCESSI DI NATURA NON PENALE.	447
6. MANCANZA DI UN MODULO PROCEDIMENTALE <i>AD HOC</i> PER UN VAGLIO ANTICIPATO DELL'EVENTUALE DIFETTO D'ORIGINE DELLA PROVA PENALE CIRCOLANTE. CONCLUSIONI: UNA PROPOSTA <i>DE IURE CONDENDO</i>	459
BIBLIOGRAFIA.....	I

INTRODUZIONE

In un caso giunto all'attenzione della Corte di cassazione penale qualche anno fa, nel 2018, si è posta una peculiare questione, concernente il modo d'essere dei rapporti tra giudizio criminale e giudizio civile e, al contempo, i margini e le condizioni di eventuale operatività '*per estensione*' della sanzione processuale dell'inutilizzabilità della prova penale dinanzi al giudice civile¹.

In particolare, la Suprema corte era stata sollecitata dall'imputata a scrutinare il ricorrere di un vizio della motivazione della sentenza di condanna a suo carico, vizio discendente dalla necessità di espungere dal substrato conoscitivo una prova acquisita in violazione delle norme che, a date condizioni, vietano la testimonianza indiretta (in specie, art. 195, comma 4, c.p.p.). Riscontrato il vizio, a fronte dell'estinzione del reato per prescrizione, la Corte ha annullato i capi penali senza rinvio. E tuttavia, data la natura cumulativa del giudizio, nel quale il danneggiato si era costituito parte civile, non essendo stata esaurita l'integralità della materia del contendere, gli Ermellini avevano rinviato per la definizione della domanda risarcitoria al giudice civile competente secondo l'art. 622 c.p.p., il quale era stato investito del compito di accertare l'*an* e il *quantum* della pretesa del danneggiato previa riperimetrazione del materiale probatorio fruibile per la decisione. Si chiedeva, dunque, al giudice civile di applicare dinanzi a sé una regola di esclusione, la cui violazione risulta sanzionata a pena di inutilizzabilità, che rappresenta connotato identitario tipico del solo processo penale di stampo accusatorio accolto nel nostro ordinamento a partire dal 1988.

Una vicenda di tal sorta – al di là degli specifici interrogativi che solleva con riferimento allo statuto del singolare strumento del rinvio a meri fini civili – stimola lo studioso della procedura ad osservare, affascinato, i modi – che sono numerosi e multiformi, ma che non sempre affiorano in superficie con altrettanta evidenza – nei quali i sistemi processuali afferenti ai vari rami della giurisdizione dialogano tra loro.

E pone un dilemma all'interprete, che si proietta ben al di là del singolo caso

¹ Ci si riferisce a Cass. pen., sez. VI, 3 ottobre 2018, n. 43896, Luvaro.

concreto. Nel contesto di dinamiche nelle quali, specie se per soddisfare l'afflato epistemologico che muove naturalmente qualsiasi esperienza giudiziale, si trasferisca materiale istruttorio penale da un giudizio all'altro, rendendolo così fruibile per la decisione da rendersi sulla regiudicanda della sede di destinazione, cosa resta del vizio genetico della 'prova prestata'? Ancora prima, a fronte delle differenze strutturali che sembrano rendere incomunicabili le istruttorie condotte in differenti settori della giurisdizione, entro quali limiti risulta consentito esportare altrove dati cognitivi formati secondo un dato *format* di costruzione della conoscenza giudiziale?

A questo riguardo, e prendendo quale punto privilegiato di osservazione quello dello studioso del processo penale, vale la pena anticipare qualche riflessione.

È acquisizione delle migliori elaborazioni di filosofia analitica, oltreché di autorevoli voci della processualistica, che il metodo di acquisizione della conoscenza necessaria a pervenire ad una decisione (in specie, giudiziale) non è neutro rispetto all'esito che si mira a perseguire. Quest'ultimo, d'altro canto, si modella e si plasma proprio alla luce delle dinamiche conoscitive accreditate dal sistema.

Per afferrare compiutamente l'essenza giustificativa della selezione ordinamentale dei modelli processuali adottati dal legislatore, punto di osservazione privilegiato risulta senz'altro la disciplina predisposta per la individuazione del materiale cognitivo idoneo a fondare l'accertamento giudiziale, ovvero sia il diritto delle prove.

Il processo penale si muove, tendenzialmente, fra due istanze altrettanto pressanti. Da un lato, il giudice è posto a confronto con lo scorrere irreversibile del tempo, che amplifica lo iato tra eventi reali e conoscenza: il fatto del passato non solo è irriproducibile nei suoi tratti *hic et nunc*, ma è altresì qualcosa di totalmente distante ed estraneo dall'organo giudiziale. Il fatto storico è ormai *perduto*, parrebbe dunque mancare il termine di raffronto indispensabile per valutare la corrispondenza degli enunciati giudiziali e pervenire così all'apprensione della conoscenza. Tuttavia, a tale scopo soccorrono le *prove*, fatti presenti direttamente esperibili dal giudice tramite i quali del *lost fact* si ri-costruiscono i sembianti, per renderlo 'presente' innanzi al giudice.

Dall'altro lato, non potrebbe accantonarsi l'inderogabile ossequio per i fondamentali diritti costituzionali sanciti a presidio dell'inviolabilità della difesa (art. 24, comma 2, Cost.) nonché delle libertà individuali incise dal processo (non solo al suo esito, bensì anche durante l'*iter* che ivi conduce). La risultante di queste due forze eccentriche è la 'verità processuale', *rectius*: la miglior conoscenza processualmente

acquisibile.

È pacifico – quantomeno in linea teorica – che l’opzione del codificatore del 1988, prima, e del legislatore costituzionale, poi (legge cost. n. 2/1999), sia stata a favore del metodo dialettico nella formazione della prova. Il contraddittorio *per la prova* è stato ritenuto lo strumento meno imperfetto e più equo per assicurare l’affidabilità del sapere giudiziario, pur nella consapevolezza del valore relativistico di tale conoscenza. Inoltre, si è assicurato che la conoscenza giudiziale non venisse raggiunta in dispregio delle più sacre istanze etico-morali (si veda, ad es., l’art. 188 c.p.p.). A questi fini – ovverosia assicurare la capacità gnoseologica delle informazioni veicolate nel processo e tutelare i diritti individuali – sono state predisposte regole di esclusione che fungano, in definitiva, da filtro privilegiato del materiale conoscitivo a disposizione del giudice. A presidio della loro osservanza, con una incisiva novità rispetto alla tradizione del processo penale para-inquisitorio del 1930, l’attuale codice di rito penale ha coniato e disciplinato, in tutte le sue sfaccettature, la sanzione processuale dell’inutilizzabilità (artt. 191 e 526 c.p.p.).

D’altro canto, le scelte del legislatore in favore di un modello votato al *favor separationis* e non più al *simultaneus processus* hanno posto dinanzi all’esigenza, percepita con insistenza e più volte manifestata nel corso del tempo, di recuperare quanto più materiale probatorio possibile, veicolandolo, se del caso, dall’esterno. Vale a dire, da un altro, diverso contesto processuale nel quale il dato conoscitivo sia stato formato, al fine di giungere ad una decisione su un fatto diverso, tra parti, il più delle volte, diverse.

La preminenza accordata ai ‘diritti’ della difesa (*lato sensu* intesi) e alla qualità epistemico-gnoseologica degli elementi conoscitivi fruibili in giudizio, piuttosto che al perseguimento ad ogni costo della verità assoluta, ha imposto, pertanto, di dare soluzione al problema del trasferimento di elementi conoscitivi da un processo all’altro, nell’ottica dell’indispensabile bilanciamento tra collidenti esigenze e con l’inespressa consapevolezza che, nonostante tutto, i giudizi, seppur autonomi, spesso non sono autosufficienti. A questo scopo, fin dalla sua entrata in vigore trentacinque anni fa, il codice Vassalli ha disciplinato, all’art. 238 c.p.p., il portentoso marchingegno processuale della circolazione probatoria.

Se è senz’altro vero che, da un punto di vista costituzionale (oltreché funzionale), la trasmigrazione di materiale istruttorio precostituito da un processo ad un altro può giustificarsi nella misura in cui il contraddittorio nella formazione della prova non

costituisce un fine in sé, bensì un mezzo il cui utilizzo appare ragionevole fintantoché non diventi disfunzionale allo scopo del processo, è altrettanto vero che l'ammissibilità di tale fenomeno deve fare i conti con una numerosa serie di problematiche. La circolarità probatoria extraprocessuale incide, tra gli altri, sulla qualità e affidabilità accertativa dei dati 'circolanti', sull'oralità e immediatezza, sul diritto al silenzio dell'imputato, sul diritto alla prova contraria, sul *right to confrontation*, sui poteri del giudice di vagliare l'eventuale invalidità dell'elemento riversato *ab externo*: occorre, dunque, vigilare per evitare di sacrificare sull'«altare dell'efficientismo [...] l'etica del giusto processo»².

Senza contare, da ultimo, che la postulata possibilità di far accedere ad un determinato processo materiale probatorio *aliunde* formato implica, di necessità, che la genesi di quest'ultimo si possa radicare altresì in un procedimento di natura non penale. Con la conseguenza di dover tenere in considerazione le peculiarità del sistema probatorio da cui l'elemento sia originato e di valutare, con ciò, la compatibilità di tali diverse forme accertative con le garanzie minime che siano richieste nel processo penale.

Regole di esclusione e circolazione della prova paiono, di primo acchito, situarsi su due sponde opposte di un medesimo problema, di natura ontologica e gnoseologica: le prime, volte a chiudere selettivamente l'area del processualmente conoscibile; la seconda, finalizzata a potenziare i canali di approvvigionamento della conoscenza giudiziale e a rendere più vasto l'ambito probatorio fruibile per la decisione. Come contemperare ed adeguatamente bilanciare le due esigenze? L'art. 238 c.p.p. si pone solo all'apparenza a soluzione del dilemma, nulla dicendo, invero, in merito al destino della prova inutilizzabile fatta, eventualmente, circolare tra diversi processi. Esso pare giustificare, così, esegesi variegata, che lascino all'interprete di turno la possibilità di valorizzare, secondo la propria sensibilità e discrezionalità, l'una o l'altra istanza: di salvaguardia del *proprium* delle garanzie processuali; di recupero – talora oltranzista – della conoscenza *aliunde* formata.

Sullo sfondo, una questione si intravede solo in filigrana: che fare della prova penale – in particolar modo, di quella invalida per violazione di divieti probatori – che

² A. GAITO, *La circolazione delle prove e delle sentenze*, in *Arch. pen. web*, 2011, 3, 1.

voglia esser fatta migrare in una sede le cui regole processuali non coincidano con quelle del rito penale di cognizione? Risulta difficile – ma, si badi bene, non impossibile – rinvenire in sistemi di diritto delle prove differenti dalla *lex probatoria* penale norme analoghe a quanto predisposto dal codice Vassalli, né per quanto concerne la regolazione delle dinamiche circolatorie né sul fronte della predisposizione di una qualche forma di invalidità processuale dedicata ai vizi genetici delle prove che risulti assimilabile all'inutilizzabilità della prova penale di cui all'art. 191 c.p.p.

Le occasioni di intersezione ed osmosi sono tuttavia frequenti e, tutto sommato, ineludibili, in un sistema processuale sempre più integrato, interdisciplinare e votato al dialogo, nel quale addirittura risultano talora oggetto di moti migratori certe essenziali regole istruttorie denotative dell'identità stessa del rito penale, trasposte in via pretoria in altre sedi a presidio di talune istanze fondamentali la cui rilevanza, un tempo, si manifestava soltanto nel giudizio penale e che oggi, invece, fanno la propria comparsa anche altrove (si pensi, per tutti, ai procedimenti per l'irrogazione di sanzioni amministrative sostanzialmente penali; ovvero all'ultimissima disciplina del 'rinvio in prosecuzione' dell'azione civile cumulata in sede penale e rimessa in sede civile per vicende legate alla fase dell'impugnazione). Si aprono scenari affascinanti e tutti da esplorare.

Ciò pretende che l'interprete si interroghi a fondo, con sguardo aperto ed un cauto atteggiamento propositivo, sulle complesse dinamiche sin qui evidenziate.

CAPITOLO I

FATTI, VERITÀ, CONOSCENZA, PROVE. L'INUTILIZZABILITÀ QUALE PRESIDIO DI 'GIUSTEZZA' DELLE DECISIONI GIUDIZIALI

SOMMARIO: 1. IL PROCESSO COME LUOGO DI CONOSCENZA – a. *L'aspirazione alla conoscenza 'totale'* – b. *Il metodo inquisitorio e l'art. 299 c.p.p. 'Rocco' del 1930...e dintorni* – c. *Lo iato tra ontologia ed epistemologia. Il reato come 'lost fact'* – d. *(Irrinunciabile) funzione epistemica della prova e giusto processo (accusatorio)* – e. *Total evidence principle: il principio epistemologico di completezza delle informazioni* – f. *Una verità 'metodologicamente ed assiologicamente orientata'*. *L'essenza normativa della conoscenza giudiziale* – g. *Le regole di esclusione come presupposto ed attuazione della Verità processuale: principio di legalità e diritto alla prova (cenni e rinvio)* – h. *Una forza eccentrica (ma non troppo): la circolazione probatoria (cenni e rinvio)* – 2. GIUSTIFICAZIONE STORICO-SISTEMATICA DEL FENOMENO MIGRATORIO DELLE CONOSCENZE GIUDIZIALI - a. *(Segue) Ratio ed origini della circolazione probatoria tra processi penali* – 3. GIUSTO PROCESSO, REGOLE DI ESCLUSIONE E CIRCOLAZIONE PROBATORIA – a. *Contraddittorio come metodo di conoscenza* – b. *L'immediatezza e l'oralità. Il giudice 'impregiudicato'* – 4. LA STRUTTURA MULTIFORME DELL'INUTILIZZABILITÀ: DIVIETI PROBATORI GNOSEOLOGICI E DIVIETI PROBATORI ETICO-DEONTICI. L'ATTITUDINE EURISTICA DELL'INUTILIZZABILITÀ COME BALUARDO DI GIUSTIZIA SOSTANZIALE DEL PROCESSO E DEL *DECISUM* GIUDIZIALE: ALCUNI CENNI. TRATTI CONTROVERSI DEL RAPPORTO TRA CIRCOLAZIONE PROBATORIA ED INUTILIZZABILITÀ *(cenni e rinvio)*

1. IL PROCESSO COME LUOGO DI CONOSCENZA

Il processo può essere definito, utilizzando un paradigma tipico della filosofia analitica, come una *pratica conoscitiva* scettica ed aletica, pragmaticamente orientata all'accertamento della verità mediante strumenti appositi, le prove, che consentono di acquisire progressivamente la conoscenza necessaria al fine ultimo dell'emissione di una decisione che sia ed appaia giusta³.

Il concetto di 'pratica conoscitiva' è tipicamente adoperato nel contesto delle teorie epistemiche della verità. L'intuizione che sta alla base di suddetto indirizzo filosofico è l'idea della coesistenzialità e dell'immanenza della verità alle ricerche dell'uomo inerenti alla realtà. L'aspirazione alla conoscenza non può, in altri termini, prescindere dalla

³ G. VOLPE, *La verità*, Carocci editore, Roma, 2014, 48 ss.; F. D'AGOSTINI, *Introduzione alla verità*, Bollati Boringhieri, Torino, 2011, 13 nonché 259 ss.; B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica*, Milano, 1996, *passim*; S. PUGLIATTI, voce *Conoscenza*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 45 ss.; A. FALZEA, voce *Accertamento (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 205 ss.; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, III ed., Milano, 2010, 3 ss.; A. FARANO, *Scienza moderna e valutazione della prova scientifica*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, 1, 140; S. HAACK, *Epistemology and the Law of Evidence: Problems and Projects*, in EAD., *Evidence Matters. Science, Proof and Truth in Law*, Cambridge, 2014, 1; EAD., *Epistemology Legalized: or, Truth, Justice, and the American Way*, *ibidem*, 34; C. COSTANZI, *La morfologia del processo penale. Un approccio storico-filosofico all'epistemologia giudiziaria*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 4, 74, definisce il processo come uno dei più emblematici «algoritmi conoscitivi posti in essere dall'uomo per la ricostruzione dei fatti del passato» (corsivo nostro). Per ulteriori precisazioni ed approfondimenti, v. *infra*.

verità di quanto si mira ad apprendere riguardo al mondo⁴.

La ragione profonda ed essenziale per la quale tale ultimo assunto può essere ritenuto condivisibile risiede nel ruolo ‘pragmatico’ che la verità, quale predicato di asserzioni concernenti i fatti della realtà, di norma riveste. Anche solo facendo riferimento alle pratiche della vita quotidiana, non sfugge che si è soliti domandarsi se un fatto sia vero⁵, *rectius*: se una data affermazione relativa ai fatti sia vera o falsa, nel momento in cui si è in dubbio, nelle situazioni di indecisione, quando insorgono dispute e contrasti sul reale stato ed accadimento dei fatti ovvero sull’attendibilità delle fonti da cui si è acquisita una certa informazione⁶.

Dunque, per un verso, la ricerca del ‘vero’ ha la propria genesi in frangenti di incertezza. Paradossalmente, quasi, è lo scetticismo ciò che alimenta la pratica conoscitiva, che proprio in virtù di ciò risulta dotata di una natura dubitativa, ma altresì ispettiva e dialettico-discussiva⁷.

⁴ F. D’AGOSTINI, *Introduzione alla verità*, cit., 333; G. VOLPE, *La verità*, cit., 49

⁵ Per la precisione, come è stato messo in chiaro in letteratura, la qualità di verità o falsità non può propriamente predicarsi di fatti, rispetto ai quali è senz’altro più corretto discorrere di esistenza/inesistenza, ovvero – con una terminologia che si attaglia meglio ai fatti che sono oggetto di accertamento giudiziale – di fatti accaduti o non accaduti. Sono, piuttosto, le proposizioni che si riferiscono agli avvenimenti e ai fatti che possono essere qualificate vere o false. Il punto critico sta, invero, nel definire quale sia il criterio di assegnazione del predicato di verità alle asserzioni. Sul punto si tornerà *infra*. Cfr., in filosofia, *ex multis*, F. D’AGOSTINI, *Introduzione alla verità*, cit., 42 ss., la quale chiarisce che «i fatti non sono veri o falsi in se stessi, è se mai vero o falso quel che pensiamo o crediamo o diciamo dei fatti», specifica l’importanza del linguaggio per poter isolare una credenza e predicarne la verità, ed affronta, infine, il tema dei c.d. ‘portatori di verità’ (*truthbearers*), ossia gli enunciati dichiarativi il cui contenuto possa esser detto vero o falso. In termini, in filosofia del diritto, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, VII ed., Bari, 2002, 95; J. FERRER BELTRAN, *Prova e verità nel diritto*, trad. it. V. Carnevale, Bologna, 2004, *passim*, il quale si occupa proprio di stabilire quale sia il significato più corretto dell’enunciato «p è provato», confermando che la conoscenza, la verità non sono altro che predicati di enunciati, che nel processo assumono veste di enunciati probatori. Nella dottrina processualistica, si rinviene l’affermazione che la verità sia attribuito delle asserzioni formulate intorno ai fatti nel processo e che, viceversa, le entità extralinguistiche non possano essere vere o false, posto che dei fatti, al più, può dirsi che siano o meno accaduti, in: L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 4; C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007, 2; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 19 ss.; P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, I, *Struttura e procedimento*, Torino, 2015, 24; O. MAZZA, *La verità giudiziale nel sistema delle prove tecnologiche*, in ID., *Tradimenti di un codice. La Procedura penale a trent’anni dalla grande riforma*, Torino, 2020, 11; P. TONINI-C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, II ed., Milano, 2014, 2, nt. 2; G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, 1979, 89 ss.; ID., *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano, 2015, 13 ss. Sembrano invece dell’opposto avviso F. CARNELUTTI, *La prova civile. Parte generale: il concetto giuridico della prova*, Milano, 1992, 47, il quale alternativamente discorre di «dimostrare la verità di una proposizione affermata» e di «dimostrare la verità dei fatti» (corsi nostri); F. CORDERO, *Il procedimento probatorio*, in ID., *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, 4.

⁶ F. D’AGOSTINI, *Introduzione alla verità*, cit., 259 ss.; H.G. FRANKFURT, *Il piccolo libro della verità*, trad. it. a cura di S. Galli, Rizzoli, Milano, 2007, *passim*.

⁷ F. D’AGOSTINI, *Introduzione alla verità*, cit., 260-263, la quale, in particolare, dopo aver esemplificato situazioni tipiche di utilizzo del c.d. predicato «V» («è vero»), conclude: «Sembra, dunque, di dover dire che il concetto di V fa la sua comparsa nel linguaggio e nel pensiero quando *non c’è verità*, o meglio: c’è, ma non è riconosciuta, o c’è ma in modo precario, incerto, quel che è ritenuto V da una parte sociale o un “agente epistemico” non è ritenuto tale dall’altra parte». Due precisazioni paiono opportune. Quando asseriamo di condividere l’idea che la verità sia un concetto ‘scettico’, vogliamo significare che la pratica conoscitiva nasce da un dubbio *costruttivo*, dalla constatazione dell’incertezza su uno stato di fatto e da un atteggiamento intellettuale

Per altro verso, questa consapevolezza scettica, che guida la ricerca della verità, non può che avere quale connaturato obiettivo la tensione verso il disvelamento, la soluzione del dubbio e del disaccordo⁸.

Il giudizio giurisdizionale condivide suddetti connotati essenziali. Esso, infatti, scaturisce da una situazione di incertezza che ‘paralizza’ i rapporti intersoggettivi, e la decisione che ne costituisce l’esito è finalisticamente volta a rimuovere tale incertezza, gettando luce sui presupposti storico-fattuali individuali in relazione alla cui esistenza siano state prospettate ipotetiche asserzioni contrastanti⁹.

proteso alla ricerca e alla ‘mobilizzazione’ delle verità acquisite (in un senso molto vicino allo scetticismo di epoca classica e di quello che Dante Alighieri ha descritto come nascente «a guisa di rampollo / al piè del vero» (corsivo nostro), in D. Alighieri, (*Divina*) *Commedia, Paradiso*, IV, 130-131, BUR, Milano, 2014, 55). Non intendiamo certo avvalorare le tentazioni dello scetticismo contemporaneo, radicale e definitivo, che si appaga del dubbio come approdo e non come motore della ricerca intellettuale, che vorrebbe che ci si arrendesse alla constatazione dell’impossibilità di conoscere il vero o che ci liberassimo una volta per tutte del concetto stesso di verità, che non sarebbe altro che una nozione dogmatica nel senso deteriore del termine (su quest’ultimo aspetto, cfr. G. VATTIMO, *Addio alla verità*, Roma, 2009, il quale è stato aspramente criticato da M. TARUFFO, *Verso la decisione giusta*, Torino, 2020, 138-139 e da E. ANCONA, *Veritas est adaequatio rei et intellectus. L’epistemologia tommasiana di fronte alle problematiche del processo penale*, Torino, 2020, 4; nel medesimo senso critico, G. TUZET, *Filosofia della prova giuridica*, Torino, 2013, 77-78, il quale si oppone a coloro che criticano l’idea di verità *oggettiva*). Condivide la fiducia epistemologica nell’ancora attuale possibilità dell’esperimento di pratiche conoscitive che abbiano successo nel consentirci la conoscenza del vero C. CONTI, *Accertamento del fatto*, cit., 13 (nonché, *ivi*, riferimenti bibliografici). Inoltre, proprio per i caratteri suddetti, che riteniamo fondamentali nel concetto di verità, in specie la sua coesistenzialità con le indagini umane sugli accadimenti della realtà, riteniamo fuorvianti quelle teorie, note come *deflazionistiche*, le quali, con accenti più o meno radicali, hanno sostenuto la superfluità di una ricerca volta a far emergere il senso profondo della verità, a definirne la natura e a chiarire i modi d’uso del concetto di ‘vero’ (sul punto, cfr. G. VOLPE, *La verità*, cit., 98 ss.). Sul rilievo della natura dialettica, per un verso, e dubitativa, per l’altro, della verità e sul suo evidente impatto sulla teoria processuale, si vedano G. DE LUCA, *Il sistema delle prove penali e il principio del libero convincimento nel nuovo rito*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 4, 1259, definisce la dialettica come «l’arte del mettere alla prova e del cercare la verità»; M. NOBILI, *L’immoralità necessaria*, Bologna, 2009, 180, n. 460, il quale richiama le parole di G. ZAGREBELSKY, *Contro l’etica della verità*, Roma-Bari, 2008, VII-VIII: «“Al di là delle apparenze, il dubbio non è affatto il contrario della verità”. E il postularlo “non significa [...] sottrarsi [al] vero». D. PULITANÒ, *Il dubbio e il paradigma penalistico della certezza. Una ricognizione di problemi*, in *disCrimen.it*, 2020, 9, nonché in *Quaderno di storia del penale e della giustizia*, 2020, 2, 211 ss., il quale significativamente osserva che «Con specifico riguardo al diritto penale e alla sua attuazione giudiziaria, il tema del dubbio si pone sullo sfondo di un paradigma epistemologico e normativo che presuppone la possibilità e avanza la pretesa di certezza del diritto, e di verità attingibili sul mondo di fatti e di valori rilevanti per il diritto [...] per la giustizia penale, la verità fa problema; è una condizione necessaria; non di per sé sufficiente, se per giustizia intendiamo un valore non meramente epistemico [...] L’etica del dubbio, sottesa al paradigma cognitivo del garantismo, non è contro l’etica della verità: ne è la dimensione critica» (corsivo nostro).

⁸ Per questo, possiamo condividere l’idea che la ricerca della verità sia una pratica conoscitiva *aletica*. Difatti, tale ultimo termine deriva dall’aggettivo greco ἀληθής, composto di α- privativo e della radice λαθ- del verbo λανθάνω (“nascondere”), il cui significato letterale può tradursi come “non nascosto”, quindi “manifesto” e, in senso figurato, “vero”. Si veda L. ROCCI, *Vocabolario GRECO ITALIANO*, XXVIII ed., Società editrice Dante Alighieri, Roma, 1979.

⁹ M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., 195 («[la] decisione finale sui fatti della causa [...] è una decisione presa “in condizioni di incertezza”, ma è finalizzata a rimuovere l’incertezza [...] ossia il dubbio tra verità e falsità [che] caratterizza le narrazioni dei fatti che vengono compiute all’inizio o nel corso del processo» ed il compito del giudice «è di “fare certezza”, ossia di risolvere il dubbio intorno alla verità o alla falsità delle ipotesi sui fatti»); J. FERRER BELTRAN, *Prova e verità*, cit., 63-64; G. DE LUCA, *Il sistema delle prove penali*, cit., 1259, il quale ritiene che le regole di giudizio dettate dal nuovo codice di rito penale del 1988 mirino a «neutralizzare il pericolo dell’arbitrio attraverso l’*esasperazione del dubbio*: garantendo così un tipo di certezza che può essere fornito solo per il tramite di un *processo di accertamento passato attraverso il travaglio del dubbio*» (corsivo nostro); B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica*, cit., 30-31: «Il caso concreto costituisce un *accadimento problematico* che solleva la questione di come risolverlo (giuridicamente). Il *giudizio allora può essere configurato come*

A differenza, però, di quelli che, in chiave aristotelica, potrebbero definirsi ‘*saperi teorici*’, il sapere la cui apprensione e formazione sono fatte oggetto del processo ha una dimensione essenzialmente *pratica*¹⁰. La ricerca, l’acquisizione della conoscenza della verità nel processo non rappresentano di per sé il fine di tale esperienza epistemica¹¹. Piuttosto, ne costituiscono il mezzo, in vista della deliberazione con la quale il giudice, sciolto il dubbio su un dato accadimento giuridicamente e socialmente rilevante, applicherà le conseguenze previste dalla norma che disciplina il fenomeno empirico¹² riscontrato.

L’inevitabilità della aspirazione alla completa consapevolezza della base fattuale rilevante a fini decisori dipende, pertanto, dalla circostanza, puntualizzata con chiarezza in letteratura, che l’attuazione della legge nel caso concreto è possibile soltanto se il fatto di riferimento sia realmente accaduto e, dunque, se l’affermazione di tale avvenimento, che costituisce la premessa di fatto della pronuncia giudiziale, sia vera¹³.

*risposta ad una domanda, secondo un modello centrato sulla scelta tra ipotesi diverse relative alla soluzione del caso problematico» (corsivo nostro); A. FALZEA, voce *Accertamento*, cit., 207 ss., il quale distingue incertezza soggettiva ed oggettiva, che, rispettivamente, si riconnettono alla conoscenza, quale fenomeno soggettivo, e all’accertamento, quale strumento oggettivo di rimozione dell’incertezza tramite la formalizzazione giuridica del processo di ricerca e disvelamento (in termini, cfr. altresì F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013, 295); G. CAPOGRASSI, *Giudizio processo scienza verità*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, 19, il quale asserisce che il processo suppone la verità, confermando così l’assunto iniziale che abbiamo posto, per il quale la verità è immanente alle pratiche conoscitive, di cui il processo è una lampante manifestazione; M. BONTEMPELLI, *Prova, verità e giudicato penale*, in *Archivio penale*, 2020, 1, 1-2; C. RENZULLI, *Contraddittorio e verità*, in AA.VV., *Scenari e trasformazioni del processo penale. ricordando Massimo Nobili*, a cura di C. Iasevoli, Napoli, 2020, 159; G. MONTELEONE, *Limiti alla prova di ufficio nel processo civile (cenni di diritto comparato e sul diritto comparato)*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 865.*

¹⁰ B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica*, cit., 33 ss.

¹¹ Sul punto, G. UBERTIS, *Verità e dibattito*, in AA.VV., *Scenari e trasformazioni*, cit., 155. Che si tratti di affermazione generalmente valida – condivisa, quindi, anche in sistemi giurisdizionali diversi da quello italiano, di cui ci occuperemo – lo si evince in modo limpido dalla *Rule 102* delle *Federal Rules of Evidence* statunitensi. Tale disposizione, infatti, enuncia in questi termini il solenne scopo cui sono rivolte le *Federal Rules of Evidence* stesse: «*These rules should be construed so as to administer every proceeding fairly, eliminate unjustifiable expense and delay, and promote the development of evidence law, to the end of ascertaining the truth and securing a just determination*» («Queste norme dovrebbero essere interpretate in modo da amministrare ogni procedimento in modo equo, eliminare spese e ritardi ingiustificabili e promuovere lo sviluppo del diritto delle prove, al fine di accertare la verità e garantire una giusta decisione»). Come ben si vede, il fine dell’accertamento del vero mediante le prove non è posto quale valore assoluto, ma trae fondamento dallo scopo ultimo dell’adozione di una decisione che sia giusta (*just*). Sul nesso inestricabile tra verità, giustizia e prove si tornerà nel prosieguo.

¹² Qui adoperiamo il termine ‘empirico’ non quale contrario di ‘metafisico, speculativo’ (quindi, non nel senso deteriore di ‘fondato sulla pratica e quindi estraneo al rigore scientifico e per questo generalmente sconsigliabile’); cfr. G. DEVOTO-G.C. OLI, *Devoto-Oli. Dizionario della lingua italiana*, Le Monnier, Milano, 2012), bensì nel significato di ‘attinente alla realtà dei fatti, relativo ai fenomeni’.

¹³ J. FERRER BELTRAN, *Prova e verità*, cit., 117; P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., 40-41; O. MAZZA, *La verità giudiziale nel sistema delle prove tecnologiche*, cit., 12 ss.; S. PUGLIATTI, voce *Conoscenza*, cit., 105 ss.; M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, dir. da A. Cicu-F. Messineo, cont. da L. Mengoni, III, 2, 1, Milano, 1992, 43; M. TARUFFO, *Verso la decisione giusta*, Torino, 2020, 140; P. TONINI-C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, XXII ed., Milano, 2021, 1-2; A. CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Rivista di diritto processuale*, 2003, 1, 27 ss., in partic. §§ 1 e 4, nonché nt. 35. Parzialmente in disaccordo appare G. VERDE, *A proposito di statuto del giudice e accertamento*

È innegabile, infatti, che se non si vuole che la pratica giudiziaria trasmodi in un'esperienza arbitraria, irrazionalistica e/o fondata sul mero decisionismo¹⁴, occorre valorizzarne la duplice dimensione istituzionale, normativa e cognitiva insieme¹⁵. Proprio perché il venire ad esistenza di vicende uniche ed ontologicamente irriproducibili nei loro peculiari connotati *hic et nunc* costituisce la scaturigine di una determinata serie di conseguenze giuridicamente rilevanti, «sarebbe [addirittura] insensata, prima che ingiusta, una disciplina del processo che non fosse preordinata alle esigenze dell'accertamento e, quindi, alla ricerca della verità»¹⁶.

dei fatti nel processo (e del XXXII Convegno dei processualisti civili), in *Riv. dir. proc.*, 2021, 2, 579. L'A. da ultimo citato parrebbe criticare l'idea che nel processo si miri a stabilire ciò che è vero, perché, a suo dire, lo scopo del processo è piuttosto stabilire ciò che è giusto. A nostro avviso, una simile posizione meriterebbe di essere mitigata, proprio alla luce della ricostruzione dei concetti di verità e processo in chiave teleologica che riteniamo di accogliere: senza verità non c'è decisione giusta, ma la verità non è il fine ultimo, bensì solo l'obiettivo mediato ed intermedio cui tende il processo.

¹⁴ Un esempio lampante di modello giudiziale anti-cognitivo, decisionista e 'costruttivista' è quello elaborato da Hans Kelsen, il quale sostiene l'idea di una funzione costitutiva della conoscenza giuridica, ed in particolare dell'asserzione secondo cui «il fatto x è provato». In altri termini, per Kelsen il rapporto tra giudice, prove, conoscenza e fatti della realtà non muove dai fatti e dagli elementi di prova che li riguardano per giungere alla conoscenza che il giudice ne abbia. Tale rapporto procede, piuttosto, nella direzione opposta, quella dell'autoreferenzialità della conoscenza del giudice, il quale artificialmente 'costruisce' i fatti oggetto della decisione, alla stessa stregua di come costruisce la norma da applicarvi: attraverso un mero atto volontaristico. Sul punto, ben più ampi riferimenti sono riportati da B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica*, cit., 82 ss., il quale icasticamente osserva che «Kelsen esclude che in ambito giurisdizionale l'attività del giudizio sia intesa come funzione della conoscenza. Si tratta, invece, di un'attività assolutamente decisionale». Sul punto, in chiave critica, cfr. altresì, J. FERRER BELTRAN, *Prova e verità*, cit., 20 ss.

Altro esempio di modello giudiziale meramente potestativo, radicato su un paradigma (para)accertativo a sfondo autoritario, che finisce per trasmodare in vero soggettivismo etico, è quello di cui si nutre il processo inquisitorio. In esso, per una paradossale eterogenesi dei fini, la fervida aspirazione al raggiungimento dell'assoluta certezza sui fatti (o la convinzione che tale approdo sia davvero alla portata del giudice, grazie al suo carisma istituzionale) scolora immancabilmente in un decisionismo che si affranca del tutto da una precisa ricostruzione degli avvenimenti e si affida all'intuizione del giudice, il quale andrà solo in cerca di conferme al proprio pre-giudizio: in questi termini, il processo raggiungerà sempre il suo obiettivo (la Verità), costruita strumentalmente, senza riferimenti empirici ma solo secondo il soggettivo sentire del giudicante (per approfondimenti, v. *infra*). In termini, O. MAZZA, *La verità giudiziale nel sistema delle prove tecnologiche*, cit., 5. Cfr. altresì L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, VII ed., Bari, 2002, 43, il quale fa criticamente riferimento a schemi puramente decisionistici o moralistici o efficientistici o consensualistici di giustizia che sono stati teorizzati e praticati nel corso della storia degli ordinamenti giuridici; G.F. RICCI, *Principi di diritto processuale generale*, V ed., Torino, 2012, 226-227.

¹⁵ Ritiene che sia funzione *istituzionalmente* assegnata al processo quella di tendere all'accertamento di fatti e responsabilità, a scopo *informativo*, N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, Padova, 2003, 1 e 3. Si veda altresì L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 9-10 («una giustizia penale non arbitraria dev'essere in qualche misura "con verità", cioè basata su giudizi penali prevalentemente cognitivi (in fatto) e ricognitivi (in diritto)») e 43. Quest'intuizione dovrebbe valere anche per processi di natura diversa da quella penale (in termini, M. TARUFFO, *Verso la decisione giusta*, cit., 140), posto che «se anche un processo come quello civile mira alla tutela di un interesse privato, una volta che viene messo in moto esso diventa affare pubblico, in quanto non può che mirare all'accertamento della verità [...] fin tanto che [la lite] è in essere ed il processo perdura, scopo di quest'ultimo è di accertare chi dei due litiganti abbia ragione» (G.F. RICCI, *Principi di diritto processuale generale*, cit., 345). Sono poi questioni di tecnica processuale, probatoria, ad incidere su tale configurazione basilare e a delineare assetti nei rapporti tra giudice, parti, prove ed esiti decisori che con maggiore o minore nettezza si discostano dalla dimensione epistemica cui il fenomeno giudiziale, su un piano di teoria generale della tutela giudiziaria, è naturalmente improntato. Sull'incidenza che la consistenza degli interessi in gioco, dei beni incisi dalla decisione, della volontà soggettiva delle parti hanno sulla propensione cognitiva del processo e, di conseguenza, sull'assetto di strumenti euristici in esso fruibili, si tornerà nel prosieguo del lavoro.

¹⁶ P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, Bologna, 2012, 20. Nel medesimo senso, P. TONINI-C. CONTI, *Manuale*, cit., 271; F.M. IACOVIELLO, *Conclusioni. Il processo senza verità*, in AA.VV., *Processo mediatico e processo*

In definitiva, per quanto, a più riprese e con svariati argomenti, siano state prospettate opinioni discordi che, con approccio agnostico-nichilistico, utilitaristico o, ancora, proceduralistico¹⁷, hanno tentato di negare la natura epistemologicamente

penale. Per un'analisi critica dei casi più discussi da Cogne a Garlasco, a cura di C. Conti, Milano, 2016, 219; G. CAPOGRASSI, *Giudizio processo scienza verità*, cit., 20 («la verità [...] è la madre della giustizia. [...] La giustizia nasce dalla verità così riconosciuta»); O. MAZZA, *La verità giudiziale nel sistema delle prove tecnologiche*, cit., 3. Ecco, quindi, che il *decisum* giudiziale esige quello che nel lessico processuale anglosassone viene definito come *'finding of fact'*: presupposto di un verdetto giusto è la scoperta di ciò che è stato per come le cose sono effettivamente andate, i.e. la conoscenza come prodotto dell'accertamento fattuale. Sul punto, G. CANZIO, *Intelligenza artificiale, algoritmi e giustizia penale*, in *Sist. pen. web*, 8 gennaio 2021, §1, il quale fa esplicito riferimento alla «funzione cognitiva e aletica» del processo; A. GIULIANI, *Ordine isonomico ed ordine asimmetrico: "nuova retorica" e teoria del processo*, in *Sociologia del diritto*, 1986, 2-3, 90; S. HAACK, *Epistemology Legalized*, cit., 27-28; H.L. HO, *A Philosophy of Evidence Law. Justice in the Search for Truth*, Oxford, 2008, 268; G. TUZET, *Filosofia della prova giuridica*, cit., 60. In termini, si veda altresì F. CORDERO, *Il procedimento probatorio*, cit., 43; B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica*, cit., 129 (in particolare: «Nel processo il passato è rievocato, ricostruito, per statuire una regola di condotta che valga per il presente ed il futuro [...] compiendo un atto fondamentale nell'identificazione del diritto»); M. TARUFFO, *Verso la decisione giusta*, cit., 139 ss. (in particolare: «nessuna decisione è giusta se si fonda sui fatti sbagliati [...] un "giusto processo" può condurre ad una sentenza ingiusta, e ciò accade tutte le volte che non si accerta la verità dei fatti»).

Sulla rilevanza che l'accertamento del fatto riveste anche in un giudizio tradizionalmente incentrato su profili di c.d. legittimità, qual è il processo amministrativo, v. L. QUERZOLA, *L'efficacia dell'attività processuale in un diverso giudizio*, Bononia University Press, Bologna, 2016, 69 e 90, nonché G. D'ANGELO, *Le prove atipiche nel processo amministrativo*, Napoli, 2008, 214. Il medesimo peso cruciale dell'accertamento fattuale è ritenuto sussistente anche per il processo tributario da L. QUERZOLA, *ibidem*, 105.

G.F. RICCI, *Principi di diritto processuale generale*, V ed., Torino, 2012, 227-228, ritiene che l'attività del giudice non possa descriversi come meramente dichiarativa di fatti che, per il sol fatto di essere ricostruiti, sarebbero incasellabili in una fattispecie astratta. L'opera ricostruttivo-accertativa processuale è senz'altro più complessa ed articolata di così e si compone di un elemento imperativo-volitivo che non può prodursi in automatico. Ciò che, però, consente di non far precipitare la ricostruzione teorica profilata dal citato A. nel costruttivismo kelseniano più sopra segnalato è l'osservazione che «il giudice nell'applicare il comando [deve] controllare se il fatto rientra in una specifica fattispecie e quindi [deve] compiere un'operazione conoscitiva, che pur potendo non costituire [...] la sostanza della sentenza da un punto di vista di teoria generale, è però sempre richiesta da un punto di vista logico. Altrimenti le sorti del processo potrebbero essere affidate anche al semplice giuoco dei dadi».

¹⁷ Sostenitore della teoria della verità procedurale appare, *inter alios*, T. WEIGEND, *Is the Criminal process About Truth?: a German Perspective*, in *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 2003, Vol. 26, n.1, 157 ss., spec. 167 e 170 ss. Riportano criticamente talune di suddette posizioni L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 20; H.L. HO, *A Philosophy of Evidence Law. Justice in the Search for Truth*, Oxford, 2008, 61 ss.; R. ORLANDI, *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, Milano, 1992, 20; G.F. RICCI, *Principi di diritto processuale generale*, cit., 22; M. TARUFFO, voce *Prova giuridica*, in *Enc. dir.*, Annali, I, Milano, 2007, 1025 ss.; ID., *La semplice verità*, cit., 102 ss.; ID., *Verso la decisione giusta*, cit., 140-141, il quale esprime il proprio dissenso tanto rispetto alla teoria della c.d. *procedural justice* che, legando l'idea di giustizia a quella di procedimento, prescindono dalla qualità delle decisioni rese in giudizio; quanto rispetto la teoria argomentativa, i cui fautori riducono il processo ad un mero fenomeno di interpretazioni e narrazioni più o meno persuasive; ID., *La semplice verità*, cit., 99 ss. e 107 ss.

P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., 16 ss., riferendosi al processo penale, lo definisce un modello di «giustizia procedurale imperfetta» (corsivo nostro). Non bisogna farsi trarre in inganno. L'A. non sposa affatto l'idea tipica dei fautori delle teorie procedurali della giustizia e della verità nel processo, i.e. il fatto che sia il rispetto in sé dei previsti passaggi procedurali a rendere giustificata ed accettabile come giusta una decisione. Al contrario, Ferrua pone l'accertamento veritiero dei fatti alla base del suo modello giudiziale, al punto da elevarlo a criterio principe di valutazione della 'giustezza' di ogni vicenda processuale individuale. Accogliendo l'elaborazione di J. Rawls, l'A. evidenzia infatti come, nella giustizia 'imperfetta', «vi è un criterio esterno sulla cui base si qualifica come giusti il risultato [...] la procedura è il mezzo (necessario) per raggiungere il fine di giustizia definito dal criterio esterno. Ma [...] l'osservanza delle regole, pur finalizzata a quell'esito, non è tale da assicurare il suo raggiungimento [...] Se si riconosce la 'fallibilità' della procedura, è proprio perché si assume come parametro ideale di decisione giusta quello in cui alle condizioni 'interne' al processo se ne aggiunge un'altra, esterna e indipendente dal processo: *che l'enunciato storico formulato dal giudice non sia solo 'provato', ma anche 'vero' nel senso forte del termine, ossia 'corrispondente ai fatti', a ciò che realmente 'è stato'*» (corsivo nostro). Sembra accogliere una medesima posizione, pur se diversamente espressa, E. AMODIO, *Il processo come gioco tra letteratura e diritto vivente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 4, 1666-1667. Su simili argomenti si tornerà *infra*.

orientata dell'attività giudiziale, l'indirizzo senz'altro prevalente è di ben altro avviso. Si ritiene, con ciò, che la naturale propensione cognitiva e, quindi, la strumentale dimensione epistemica del processo costituiscano il fulcro della logica attorno a cui ruotano il sistema processuale nel suo complesso, il rito penale in particolar modo (date le esiziali conseguenze che dal suo esito derivano) e, in specie, il diritto delle prove¹⁸.

La 'inter-finalità' gnoseologica¹⁹, che, sulla scorta di quanto detto, va riconosciuta all'esperienza giudiziale, trova una delle sue massime espressioni proprio nel fenomeno probatorio. Nel fornire la definizione di processo quale pratica conoscitiva, è già stato evocato l'inestricabile nesso che lega tra loro processo, conoscenza, verità e prove²⁰. Queste ultime, quali mezzi a valenza dimostrativo-accertativa, rappresentano lo strumento elettivo per il miglior perseguimento del risultato intermedio di «possibile acquisizione epistemologica»²¹ di conoscenze, idonee a giustificare una decisione conforme ai parametri di 'giustizia' propri di un modello essenzialmente cognitivistico di esercizio della giustizia²².

¹⁸ A. GIULIANI, *Ordine isonomico ed ordine asimmetrico: "nuova retorica" e teoria del processo*, in *Sociologia del diritto*, 1986, 83, il quale sottolinea la complessità dell'istituzione processuale, in quanto, *inter alia*, rinvia al problema, che l'A. reputa di natura «logica», del rapporto tra verità e prova nel giudizio. Si veda, inoltre, ID., voce *Prova (fil. dir.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Milano, 1988, 522: l'A. sembrerebbe porre su piani diversi gli aspetti logici e quelli epistemologici che denotano il fenomeno dell'accertamento processuale, allorché asserisce che «logica ed epistemologia [...] legittimano, in termini di razionalità, valori politico-costituzionali diversi, e, al limite, opposti».

¹⁹ Utilizziamo questa peculiare terminologia in quanto, come evidenziato nel testo, riteniamo condivisibile l'idea che lo scopo accertativo tipico del processo costituisca in sé non il risultato finale cui aspira la pratica cognitiva giudiziale, bensì un risultato intermedio, indispensabile come premessa (non in termini sillogistici) per la corretta applicazione della norma giuridica, e, in definitiva, per l'adozione di una decisione realmente giusta. In termini, L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 12.

²⁰ In dottrina, *ex multis*, oltre agli Autori già menzionati, cfr. A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, VI ed., Napoli, 2014, 405; S. PUGLIATTI, voce *Conoscenza*, cit., 92; G.F. RICCI, *Principi di diritto processuale generale*, cit., 340; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, XXII ed., Torino, 2016, 261; G. TUZET, *Filosofia della prova giuridica*, cit., 74, 91, 95 ss.; G. UBERTIS, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Torino, 1995, 2-3. In filosofia analitica, le già menzionate teorie epistemiche della verità manifestano piena consapevolezza del nesso necessario tra l'*obiettivo* delle ricerche conoscitive (l'acquisizione della verità) e le prove, intese quali marchingegni che consentono di riconoscere e distinguere le proposizioni vere da quelle che non possiedono tale connotato. Ciò che, come vedremo *infra*, di simili teorie non ci sembra del tutto 'esportabile' nel contesto giuridico-processuale sono le specifiche chiavi di lettura, i criteri interpretativi sulla cui scorta viene definito il concetto di verità ed il rapporto che esso instaura tra fatti ed enunciati che li riguardano. Sul punto si rinvia a G. VOLPE, *La verità*, cit., 50.

²¹ L.P. COMOGLIO, *La prova civile*, cit., 7.

²² H.L. HO, *A Philosophy of Evidence Law*, cit., 268; S. HAACK, *Epistemology and the Law of Evidence*, cit., 3; J. FERRER BELTRAN, *Prova e verità nel diritto*, Bologna, 2004, trad. it. V. Carnevale, 83-84: «Se una delle funzioni principali del diritto è quella di disciplinare le condotte, il compimento di questa funzione richiede che nel processo si applichino le conseguenze giuridiche previste nelle norme se, e solo se, sono stati effettivamente prodotti i fatti che condizionano queste conseguenze. Perciò *la prova come attività ha la funzione di comprovare la produzione di questi fatti condizionanti* o, che è lo stesso, di determinare il valore di verità degli enunciati che descrivono il loro verificarsi. Il successo dell'istituto della prova giuridica si produce quando gli enunciati sui fatti che si dichiarano provati sono veri, così che può sostenersi che *la funzione della prova è la determinazione della verità sui fatti*» (corsivo nostro). Cfr. altresì A. MELCHIONDA, voce *Prova in generale (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, agg. I, Milano, 1997, §2; L. QUERZOLA, *L'efficacia dell'attività processuale*, cit., 62 nonché 74 («la prova è

Se, in linea di massima, si può condividere quanto evidenziato sinora, si deve tuttavia rilevare che porre al centro l'opzione, sistematica ed ordinamentale, per un processo orientato al fine del disvelamento del vero non risolve tutti i problemi. Anzi, se possibile, li alimenta²³.

Difatti, incardinare l'esperienza processuale sulla tensione atletico-cognitiva ancora nulla ci dice sull'idea di verità attorno alla quale si coagulano, a monte, le scelte tecnico-strutturali del legislatore processuale e, a valle, le aspettative individuali e collettive sul risultato cognitivo auspicabile. Aver chiaro quale sia il concetto – filosofico ed etico, ancor prima che giuridico – di verità, assunto a riferimento dell'attività giudiziale di ricostruzione del fatto, è uno *step* imprescindibile per rispondere agli ulteriori quesiti inerenti al *se* e al *come* tale verità possa esser fatta oggetto di accertamento nel processo.

Sussiste infatti un coesistente rapporto biunivoco tra obiettivo di una ricerca e strumenti e metodi approntati per perseguirlo. L'identificazione di una specifica consistenza del concetto di verità, in funzione della quale articolare l'impalcatura cognitivistica del processo, incide sulla configurazione dello strumentario funzionale a immettere in giudizio elementi idonei a soddisfare proprio quel tipo di aspirazione veritativa²⁴. Come sottolineato dalla più attenta dottrina, la domanda ineludibile sul significato del termine “verità” nel contesto giudiziale, che a più riprese ritorna in auge, è a tutt'oggi priva di una risposta definitiva. Si naviga ancora a vista, col rischio di incappare nelle infide secche della confusione concettuale o di precipitare nel fascinoso vortice dell'abuso di nozioni inadeguate alla sede cui si fa riferimento²⁵.

cammino verso la dimostrazione di un fatto materiale che sostanzia una posizione giuridica soggettiva»); M. CONTE, *Le prove nel processo civile*, Milano, 2002, XV. Nel senso che la pronuncia di sentenze giuste è requisito imprescindibile di un processo giusto, cfr. *ex multis* S. CHIARLONI, voce *Giusto processo (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, II-1, Milano, 2008, 405 ss.

²³ G. DE GIORGI CEZZI, *La ricostruzione del fatto nel processo amministrativo*, Napoli, 2003, 54: «il richiamo ai 'giudizi di verità' finisce per condensare simbolicamente tutti i problemi che sono sorti intorno al giudizio di fatto e al suo tentativo di razionalizzazione: lo stesso termine «verità» infatti “esprime problemi più che soluzioni”». Si veda anche ciò che scrive D. PULITANÒ, *Il dubbio e il paradigma penalistico della certezza*, cit., 212, il quale osserva come l'uso della «funzione 'verità'» intesa come corrispondenza ai fatti «lascia aperti tutti gli interrogativi, *se e come la verità di asserzioni su fatti possa essere verificata*».

²⁴ Tuttavia, occorre evidenziare come, con una certa dose di 'sano realismo', G. VOLPE, *La verità*, cit., 22, osservi: «In realtà, però, non è lecito dare per scontato che scoprire la natura della verità ci garantirebbe il possesso di un metodo per assegnare a ogni proposizione il suo valore di verità».

²⁵ Evidenziano la pericolosa incertezza speculativa e i fraintendimenti che connotano gli studi sul senso da assegnare alla verità P. TONINI-C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., 1; M. TARUFFO, *Verso la decisione giusta*, cit., 138; ID., *Fatto, prova e verità (alla luce del principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio)*, in *Criminalia*, 2009, 313; S. HAACK, *Nothing Fancy: Some Simple Truths about Truth in the Law*, *ibidem*, Cambridge, 2014,

D'altronde, l'interdipendenza si manifesta anche in direzione uguale e contraria. L'opzione normativa, a monte, per l'accreditamento di un determinato catalogo di mezzi probatori con tutta evidenza finisce per segnare, a valle, i limiti della tensione gnoseologica che si manifesta nel momento processuale. Non soltanto le potenzialità d'indagine fattuale (in senso lato), che una data epoca storica è in grado di esprimere, possono incidere con nettezza nel segnare le rive cui il giudice 'cercatore di verità'²⁶ può sperare di approdare²⁷. Ma, a ben vedere, il diritto probatorio non rappresenta la quintessenza solo delle scelte tecniche²⁸, ma anche (e forse, soprattutto) di quelle etiche, di cui il legislatore processuale è portato a farsi carico: le prove e la loro disciplina sono immancabilmente costruite, in misura più o meno determinante, anche in funzione dell'implementazione e della tutela di un variegato insieme di valori metagiuridici²⁹. Questo loro peculiare modo d'essere non può non pesare nel tracciare i confini dell'oggetto della ricerca cui le prove stesse sono preordinate³⁰.

Come è stato riconosciuto in dottrina, il problema non sta, di per sé, nel fine della

294; E. ANCONA, *Veritas est adaequatio rei et intellectus*, cit., 3.

²⁶ Traduciamo così, un po' liberamente, l'evocativa espressione con la quale, nel lessico giuridico anglosassone, si identifica il ruolo spettante, di norma, alla giuria: *tryer of fact*, ovvero anche *finder of fact*.

²⁷ A tal proposito, pare interessante richiamare due teorie elaborate dai due massimi esponenti del filone pragmatista delle già menzionate teorie epistemiche della verità. La prima, la c.d. *teoria del limite ideale* (nota anche come *teoria della asseribilità ideale*), elaborata dal filosofo analitico pragmatista, Charles S. Peirce, sostiene che la verità combacerebbe con il limite, appunto, ideale verso cui convergerebbero le ricerche (della scienza) qualora non vi fossero limitazioni di tempo e risorse impiegabili. Limitazioni che, in una situazione non idealizzata qual è quella in cui vengono portate avanti le indagini scientifiche, determinano la lacunosità, l'imprecisione o l'erroneità del contenuto delle proposizioni accettate come valide in un certo momento (in proposito, si veda C.S. PEIRCE, *Opere*, Bompiani, Milano, 2003, in partic. 391). La seconda teoria è nota come *teoria della verità come idealizzazione dell'accettabilità razionale*, ed è stata tratteggiata da Hilary Putnam (nella Seconda delle sue *John Locke Lectures*, sul tema "Significato e conoscenza", tenute all'Università di Oxford nel 1976, raccolte nel saggio H. PUTNAM, *Verità e etica*, trad. di A. La Porta, Il Saggiatore, Milano, 1982, 31-33). Al di là dell'idea di verità sposata dal filosofo da ultimo citato, ai nostri fini rileva il fatto che il presupposto su cui questi ha eretto tale teoria è proprio la consapevolezza che le situazioni epistemiche nelle quali gli esseri umani si trovano sono limitate dalla completezza dei dati che si è in grado di procurarsi, dalle capacità di cogliere ed elaborare tali informazioni, quindi dalle risorse spendibili per sciogliere i dubbi su una data questione. Pertanto, la conclusione del filosofo è uno scollamento tra ciò che è vero e ciò che risulta razionale accettare nella situazione epistemica data. Sul punto, cfr. altresì la ricostruzione delle menzionate teorie filosofiche e le relative critiche mosse nei loro confronti da G. VOLPE, *La verità*, cit., 58 ss.; F. D'AGOSTINI, *Introduzione alla verità*, cit., 62 ss. In ambito giuridico, cfr. B. Pastore, *Giudizio, prova, ragion pratica*, cit., 156-157.

²⁸ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 24.

²⁹ P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, 20; A. MELCHIONDA, voce *Prova (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, §2; S. HAACK, *Epistemology Legalized*, cit., 34; B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica*, cit., 143.

³⁰ C. CONTI, *Accertamento del fatto*, cit., 10 ss. Cfr. altresì L. QUERZOLA, *L'efficacia dell'attività processuale*, cit., 49, la quale osserva, con una riflessione dal tenore più generale che vale a confermare il nostro assunto, che «le norme processuali [...] non sono fini a sé stesse ma "funzionali alla migliore preparazione della decisione sul merito"», nonché *ivi*, 81: l'A. richiama l'attenzione sulla circostanza che le norme sul rito (quindi, senz'altro, le regole probatorie) influiscono in modo netto sull'attitudine del processo al raggiungimento della verità. In giurisprudenza, Corte cost., 12 marzo 2007, n. 77, in www.cortecostituzionale.it, in partic. §5.

ricerca giudiziale; «il problema sta nel metodo»³¹.

a. *L'aspirazione alla conoscenza 'totale'*

Prendiamo le mosse dal primo dei due termini della relazione biunivoca che abbiamo delineato nel paragrafo precedente.

La strutturazione in senso nettamente cognitivo che si ritiene essere uno dei caratteri basilari del fenomeno giudiziale implica la necessità di approfondire, alla luce della ricchissima produzione dottrinale sul punto, i tratti principali dell'oggetto della pratica conoscitiva che si svolge nel teatro processuale.

In via di prima approssimazione, abbiamo asserito che, proprio in ragione della finalizzazione del fenomeno giudiziale all'applicazione del diritto nei casi concreti, nei quali si riscontrino tutti i presupposti fattuali previsti dal legislatore, al fine di placare quel turbamento nell'ordine sociale (pubblico o privato) che ha leso interessi giuridicamente rilevanti, nessun processo può realizzarsi senza che in esso si miri a soddisfare una naturale tensione al disvelamento dei fatti per come sono o sono stati³². Tuttavia, per quanto la descrizione proposta sembri generale e trasversalmente applicabile nel tempo e nello spazio giuridico-ordinamentale, bisogna esser consapevoli del multiforme sembiante che la suddetta aspirazione conoscitiva ha assunto in periodi diversi della storia dell'elaborazione dogmatica relativa all'oggetto dell'accertamento condotto mediante le prove nel giudizio³³.

Prima di intraprendere l'indagine sulla consistenza specifica che, in ragione di variegata influenza (non solo giuridiche, ma altresì ideologiche, culturali, filosofiche,

³¹ P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., 8; B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica*, cit., 9: «il giudizio [...] presenta una dimensione conoscitiva che si specifica secondo *peculiari forme attuative* e rimanda all'esplicazione di attività probatorie» (corsivo nostro).

³² M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., 114 ss., incardina, condivisibilmente, la prospettiva da noi tratteggiata sul fondamento costituzionale della giurisdizione, ossia sul principio di legalità ritraibile dall'art. 24, comma 1, Cost., il quale assegna un essenziale ruolo di garanzia all'amministrazione della giustizia nella misura in cui questa è chiamata ad offrire tutela ai diritti soggettivi ed interessi legittimi, non in astratto, bensì «attraverso l'accertamento della posizione giuridica che costituisce l'oggetto su cui la giurisdizione si esercita, e che investe sia la dimensione giuridica della controversia, ossia il diritto della cui esistenza si discute, sia la *dimensione fattuale* della stessa, ossia la determinazione delle circostanze concrete che fondano l'esistenza di quel diritto. In altri termini, nei sistemi governati dal principio di legalità, la giurisdizione è finalizzata all'accertamento e all'attuazione del diritto: ciò comporta che la decisione giudiziaria sia fondata sulla corretta applicazione della legge alle circostanze del caso concreto [...] Ciò equivale a dire che *l'accertamento della verità dei fatti* corrispondenti alla così detta fattispecie astratta [...] è un *requisito essenziale della legalità* della decisione [...] la verità dei fatti [...] condiziona e determina la correttezza giuridica della soluzione della controversia» (corsivo nostro).

³³ Osserva C. COSTANZI, *La morfologia del processo penale*, cit., 74, che «la storia delle pratiche giudiziarie consta, infatti, di una successione ininterrotta di sovrastrutture sempre intrise di *ambizioni epistemiche*, ancorché *estremamente variegata*» (corsivo nostro).

scientifiche), ha assunto ed assume la nozione di ‘verità’ nel contesto processuale, con tutto il corredo di conseguenze che ne discende sul piano della strumentazione gnoseologica giudiziale, pare opportuno anticipare alcune delle conclusioni concettuali cui si perverrà nel prosieguo del lavoro. Per il momento, le si prospetteranno come dati acquisiti – postulati, dunque, in chiave non problematica – in quanto funzionali ad apprezzare le riflessioni che si svolgeranno nel presente e nel successivo paragrafo.

Secondo le migliori elaborazioni in materia, di verità (e falsità) dovrebbe discorrersi in termini di qualificazione di enunciati, asserzioni, proposizioni di natura dichiarativa³⁴. ‘Entificare’ la verità non è altro che l’esito di un fraintendimento concettuale, che porta a sovrapporla ai fatti di cui si occupano gli enunciati che possano dirsi ‘veri’. Per quanto, dunque, comunemente si ritenga che si possa scoprire, accertare, conoscere la verità, è necessario intendersi sul significato più opportuno da assegnare a tali assunti.

A fronte di un’apparente ineffabilità della nozione di verità³⁵, se si accoglie la premessa da cui siamo partiti si dovrebbe sostenere che essa costituisca un concetto di relazione, tra la realtà per come essa è e ciò che di quest’ultima si dice. All’evidenza, non può, semplicisticamente, sostenersi che la verità collima con il reale modo in cui si svolgono o si sono svolti i fatti. Un simile assunto, che in modo improprio assegna una consistenza materiale a ciò che non è altro che una proprietà logica predicabile rispetto ad enunciati, è la ragione per la quale si asserisce che la verità possa essere scoperta o accertata. Invero, per la precisione, si possono direttamente sperimentare (nel senso etimologico di ‘avere o fare esperienza di’) fatti ed accadimenti che hanno luogo nel mondo reale, si può acquisire conoscenza indiretta di tali eventi sensoriali mediante

³⁴ F. D’AGOSTINI, *Introduzione alla verità*, cit., 101.

³⁵ Si consideri, a titolo meramente esemplificativo, che la verità era inserita, nella dogmatica medievale, nel novero dei c.d. *‘trascendentali’*, una sorta di sovrastruttura necessaria per leggere ed interpretare la realtà. I c.d. *trascendentali* sono, essenzialmente, tre: *unum* (o *esse*), *bonum* e *verum*. Si tratta di quei concetti di cui J.L. AUSTIN, *La verità*, 1950, in ID., *Saggi filosofici*, 1961, trad. di P. Leonardi, Guerini, Milano, 1990, ebbe a dire: «*Unum, verum, bonum* – queste vecchie glorie meritano la loro celebrità. C’è qualcosa di strano in ciascuna di esse»; e che L. Wittgenstein, conscio di questa loro ‘stranezza’, classificò come «superconcetti». Si tratta di entità dotate della peculiarissima caratteristica di non poter essere dequotate, né sul piano logico né su quello pratico. Più precisamente, è assai difficile, per non dire impossibile, disfarsi del concetto di ‘verità’ (o di ‘buono’ o di ‘essere’) o alterarne lo specifico significato funzionale, senza precipitare in paradossi inaccettabili. Si veda, per un esempio, F. D’AGOSTINI, *Introduzione alla verità*, cit., 15 ss. nonché, più in dettaglio, 95 ss., la quale perviene alla conclusione, coerente con quanto osservavamo, che il concetto di vero, poiché è condizione dei ragionamenti e, per derivazione, delle azioni umani, è una nozione «inevitabile», «irriducibile» e ubiqua. Siffatto approdo non implica però un atteggiamento dogmatico e assolutista: asserire che il predicato V («è vero») sia implicato da tutto ciò che pensiamo o affermiamo «non significa che veramente si possa conoscere la verità su qualsiasi argomento».

inputs informativi (*i.e.* evidenze, prove) e su di essi si possono formulare proposizioni. *Conoscere* la verità consiste, invece, nell'applicare un criterio (che, come si chiarirà meglio altrove, è dato dalla *corrispondenza*) che permetta di stabilire se 'le cose stanno proprio così come le si descrive', nella loro datità storicamente verificatasi.

Con questo, non si vuole affatto negare che sia possibile discorrere di una verità *oggettiva*. Il fatto che essa consista in una relazione logica, e non in un fenomeno dotato di corporea materialità, non rinnega affatto che un'entità di tal sorta esista; semmai, la presuppone come condizione necessaria affinché si sia in grado di discernere gli enunciati corrispondenti ai fatti da quelli che non lo sono. Si può, pertanto, stipulativamente convenire sull'assegnazione di una dimensione *ontologica* alla verità, la quale, su tale piano, è senz'altro unica, completa, totale (assoluta, si potrebbe dire, se non fosse che l'utilizzo di tale aggettivazione rischia di richiamare alla mente del processualista storiche dicotomie che, a nostro giudizio, non sono del tutto proficue per l'indagine che si andrà a svolgere nel prosieguo). Ciò significa riconoscere come non possa predicarsi l'esistenza di una verità 'più vera' e di una 'meno vera' che possa costituire il parametro di valutazione e qualificazione di un enunciato. Le proposizioni o sono vere, o non lo sono; se lo sono, però, lo sono completamente.

Ciò che, al contrario, può essere 'graduato' e modulato è la conoscenza. Come rilevato da autorevoli voci in letteratura, la verità, qualunque sia l'ambito nel quale se ne parli, dovrebbe concepirsi come nettamente non epistemica: la sua consistenza non dipende, infatti, dalla conoscenza umana sui fatti di cui trattasi, né dalle credenze e dalle convinzioni che si hanno a tal riguardo, né, infine, dalla qualità e quantità di argomenti addotti a giustificazione di tali credenze. L'ampiezza ed il grado della conoscenza degli accadimenti, d'altro canto, scontano tutti i limiti dati dal contesto della ricerca, dall'opzione metodologica effettuata, dagli strumenti in concreto disponibili, dall'inevitabile fallibilità dell'essere umano *etc.*

Si può dunque concordare su due approdi. Innanzitutto, non può francamente ritenersi che parlare di verità oggettiva costituisca un'illusione, ma deve riconoscersi che, almeno in determinati ambiti e limiti, si possa pervenire ad un accurato rendiconto di quali proposizioni oggettivamente corrispondano al reale stato dei fatti. Per converso, ed in secondo luogo, è a ben vedere illusorio, per quanto fascinoso, postulare che sia possibile conoscere la verità nella sua purezza distillata. Un approccio gnoseologico fallibilista si mostra, da questo punto di vista, più prudente e meno ingenuo, poiché ammette l'esistenza della verità, nel senso ontologico menzionato, e contestualmente è

incline a dubitare che si possa avere garanzia assoluta di possedere l'esatta cognizione di come stiano davvero le cose. Ciò induce ad essere scrupolosi nel vagliare le esperienze e ad esercitare il dubbio scettico in senso costruttivo.

Sul terreno delimitato dalle premesse testé profilate, è possibile ora tornare al dilemma da cui si sono prese le mosse, ossia al senso profondo che il concetto di verità e l'aspirazione conoscitiva assumono nel contesto del processo³⁶.

Una pietra miliare da cui si ritiene di dover e poter avviarsi è l'essenziale valore *regolativo* che la nozione di verità svolge rispetto all'accertamento fattuale di cui il giudizio rappresenta la sede. Il processo – per quante altre funzioni gli si vogliono assegnare – è costruito per mirare naturalmente al disvelamento dei fatti sui quali il conflitto sociale getta l'ombra del dubbio, fomentando così la domanda di giustizia. Dunque, l'attribuzione della qualità di 'vero' all'enunciato inerente a fatti giuridicamente rilevanti è ineludibile passaggio dell'*iter* giurisdizionale che conduce alla pronuncia giudiziale. Più semplicemente, si può affermare che la verità rappresenta un referente privilegiato del processo.

Se, dunque, alla luce delle più moderne acquisizioni epistemologiche si può affermare che la concezione aletica ed ontologica, con la quale la filosofia analitica affronta il problema della natura della verità, sia esportabile con i dovuti aggiustamenti nel contesto processuale³⁷, tuttavia siffatto approdo rappresenta l'esito di una travagliata presa di coscienza mediante la quale la dogmatica processuale si è infine liberata dalle pastoie delle ideologie che impedivano di affrontare con neutralità la questione della dimensione aletico-cognitiva del fenomeno giudiziale.

Com'è noto, costituisce traluzio 'luogo comune' del vocabolario degli operatori del diritto una concezione dualistica della verità, che è espressa dalla tradizionale

³⁶ Si farà riferimento prevalentemente ad elaborazioni inerenti al processo penale. Ciò non toglie, tuttavia, che, con accenti in parte diversi e con taluni opportuni aggiustamenti, le riflessioni che si andranno a proporre possano attagliarsi anche a processi di natura diversa. Anzi, l'ottica interprocedimentale che impronta la ricerca qui condotta si radica proprio nella consapevolezza, motivata più oltre nella trattazione, che l'oggetto ideale dell'aspirazione conoscitiva che si manifesta nell'esperienza giudiziale abbia la medesima natura (perché, come detto, unica è la verità, in senso ontologico e non epistemico, ed unico è il referente oggettivo di essa, *i.e.* il mondo dei fenomeni fattuali). Ciò che muta è, invece, il metodo di acquisizione di conoscenza accreditato in ciascun ramo giurisdizionale, posto che il modello gnoseologico configurato *ex lege* subisce una serie di inevitabili influenze che dipendono, *inter alia*, dai paradigmi costituzionali di riferimento per ciascun tipo di processo, dalle scelte di tecnica probatoria (in certi casi, condizionate anche dal diritto sostanziale), dal bene giuridico la cui tutela è chiesta dinanzi al giudice, dal rilievo assegnato all'interesse a garantire protezione ad eventuali altri beni giuridicamente significativi incisi. Sul punto si tornerà con il dovuto approfondimento.

³⁷ Cfr., *infra*, §§ 1.c. e 1.f. del presente Capitolo.

contrapposizione tra una verità materiale, assoluta, reale e fattuale ed una verità formale, relativa, processuale.

Simile dicotomia, per come essa veniva intesa in origine, riposa su una serie di fraintendimenti logici ed epistemologici; il suo indubbio successo ideologico, che l'ha condotta a rappresentare la base della struttura processuale (in specie, sul piano probatorio) in epoca fascista, si lega alla debole matrice teorica dei suoi presupposti, manipolabili con facilità in funzione della connotazione moraleggiante ed ideologizzante di cui, in quel periodo, si voleva vestire strumentalmente il fenomeno giudiziale. Anticipando le conclusioni del nostro ragionamento, la rappresentazione teorica di una verità duale ha finito, quasi in chiave paradossale, per indurre negli operatori del diritto la fallace convinzione che il solo degno traguardo dell'opera accertativa del giudice fosse l'apprensione di una conoscenza *totale*. Una conoscenza, per meglio dire, *totalizzante*, perché in grado di giustificare qualsiasi metodica di acquisizione di informazioni, nella sopravvalutazione ingenua dell'opportunità di affastellare innanzi al giudice quanti più elementi dotati, all'apparenza, di 'taumaturgiche' proprietà gnoseologiche.

Ebbene, l'elaborazione dogmatica, che storicamente ha prevalso nell'epoca considerata, ha fatto ampio uso del concetto, dal tenore metafisico, di 'Verità *assoluta*', 'Verità *storica*' o 'Verità *materiale*'. Non si tratta, invero, di quella verità oggettiva a fondamento aletico-ontologico cui si faceva cenno in precedenza. Piuttosto, si trattava di espressioni sintetiche mediante le quali compendiare l'idea della sicura, innegabile esistenza di un'entità, dotata di materiale consistenza, definibile appunto come Verità, la quale non solo era sottoposta per tal via ad un'opera di reificazione, ma veniva altresì rappresentata come qualità 'naturale' dei fatti, idonea a palesarsi in modo pressoché autoevidente all'osservatore.

Qualsiasi vincolo venisse imposto, che potesse frapporre un velo tra l'ente-Verità e il suo aspirante scopritore, avrebbe alterato la purezza del referente oggettivo della ricerca conoscitiva, rendendolo 'artificiale'. Di qui, la connotazione in termini di 'verità *relativa*' o, ancor meglio, di 'verità *formale*', che ne manifestava, con un'accezione in un certo qual senso dispregiativa, il tratto caratteristico, ossia la sua derivazione dall'applicazione di limiti formali che, inevitabilmente, ne diminuivano il valore rispetto al contrapposto Vero materiale. Addirittura, una certa parte della dottrina attaccava con veemenza l'idea stessa che il risultato di un'indagine fattuale soggetta all'influenza di vincoli – relativi alla forma, agli strumenti adoperabili, alle modalità spendibili –

potesse in effetti qualificarsi come verità³⁸.

Come è stato ampiamente illustrato da autorevoli voci della letteratura giuridica sul punto³⁹, sono molteplici gli ascendenti teorici che hanno avuto un notevole peso specifico nel percorso di elaborazione del dualismo concettuale appena illustrato. Esso, a propria volta, ha poi finito col plasmare un paradigma processuale e probatorio funzionalmente orientato alla soddisfazione di brame para-cognitive coerenti con le ambizioni autoritarie del sistema.

Per un verso, si deve considerare come la concezione dicotomica in tema di verità affondi le proprie radici in un *humus* culturale, inaugurato già nel XVII secolo e ormai compiutamente interiorizzato tra Ottocento e primi anni del Novecento, il cui principale aspetto denotativo era senz'altro costituito da un diffuso ottimismo epistemologico a sfondo filosofico-scientifico. Sul piano filosofico si può evidenziare il divorzio netto dalla logica controversiale-argomentativa della retorica classica e dalla sua coesistente teoria della conoscenza, fondata sulla naturale consapevolezza «della debolezza delle facoltà della ragione umana, la quale non è statica ed incorruttibile, ma soggetta a leggi di sviluppo e di decadenza, ed influenzata dalle passioni»⁴⁰. Al loro posto, viene promossa ed attecchisce l'idea di un'evidenza razionale, dell'intuizione intellettuale di cui l'essere umano, nella sua solitaria autonoma singolarità, è di per sé in grado di cogliere ogni aspetto. «L'evidenza razionale presuppone che la verità è manifesta»⁴¹.

Sull'altro versante, il positivismo baconiano consegna alla cultura giuridica l'idea dell'infalibilità della Scienza, in conseguenza dell'autoevidenza dei fatti empirici, che si manifestano alla percezione sensibile dell'osservatore della natura. Se, come osservava Giuliani, sino al momento del diffondersi delle convinzioni di matrice illuministica era stata la logica della prova giuridica a plasmare le tecniche epistemologiche applicate in ambito filosofico e scientifico, con l'avvento del positivismo il rapporto si è invertito. Difatti, i giuristi, attratti dalla fascinosa promessa

³⁸ Arcinota è l'icastica affermazione di F. CARNELUTTI, *La prova civile*, cit., 32, in base alla quale «La verità è come l'acqua: o è pura, o non è verità».

³⁹ P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., 13 ss.

⁴⁰ A. GIULIANI, voce *Prova (fil. dir.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 523.

⁴¹ G. DE LUCA, *La cultura della prova*, cit., 202; ID., *Il sistema delle prove penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 4, 1264-1265; B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica*, cit., 78 (l'illuminismo giuridico «si illude ottimisticamente di poter raggiungere ed asserire una verità oggettivamente, assolutamente certa») e 79 («L'evidenza dei fatti (sia nella sua accezione empiristica di evidenza sensibile, sia in quella razionalistico-cartesiana di evidenza razionale) basta a se stessa»).

della sicura conseguibilità della conoscenza completa dei fatti empirici nella loro pura e perfetta essenza, hanno trasposto tale paradigma in ambito processuale. Il portato del trapianto di una così pervasiva sovrastruttura culturale di interpretazione della realtà e delle capacità umane di interfacciarsi con essa è rappresentato dalla esasperata fiducia nell'infalibile potenziale conoscitivo della mente del giudice. A quest'ultima il Vero storico delle vicende giudiziarie portate all'attenzione del giudicante si sarebbe senz'altro palesato, a condizione che l'evidenza a sua disposizione fosse completa e che nessuna interferenza fosse frapposta nel momento dell'esperienza epistemica. Se Verità è solo ciò che si auto-manifesta, bisogna rifuggire da ogni tipo di formalizzazione delle modalità d'indagine della realtà.

Tanto la matrice del positivismo scientifico quanto il suo derivato filone applicativo giuridico-processuale, a dispetto della filosofia razionalistica da cui erano influenzate, all'osservatore, che li consideri al metro degli approdi più evoluti dell'epistemologia contemporanea, sembrano poggiare su una concezione, invero, irrazionalistica dei modi del conoscere (fuori e dentro il processo). Dal momento che l'oggetto della *quête* ha la proprietà di manifestarsi nella sua perfetta datità a chi lo ricerchi, non solo esso deve rappresentare l'obiettivo di qualsiasi esperienza pienamente conoscitiva (e di quella processuale, in specie), ma, soprattutto, il solo modo che esiste per assicurarsi che lo si raggiunga è impostare l'attività gnoseologica in termini di fenomeno di «pura coscienza, che si esaurisce sul piano intimo ed imperscrutabile della mera soggettività»⁴².

C'è una certa dose di ingenuità in un pensiero di questo tipo; ingenuità che consiste nel non considerare, *inter alia*, quanta parte svolge, nella ricerca scientifica sulla quale si voleva modellare l'epistemologia giudiziaria, la posizione delle ipotesi di ricerca e dunque la definizione stessa dell'oggetto d'indagine. Già questa sola operazione delimita di per sé il percorso conoscitivo, lo influenza, lo *formalizza*. Senza considerare, poi, il peso specifico esercitato dalla scelta del metodo, che *procedimentalizza* l'*iter* di avvicinamento alla comprensione dei fatti empirici oggetto di studio. Quest'ingenuità ha portato in modo inevitabile ad un malinteso, ovvero a ritenere le indagini scientifiche sulla natura, svolte al di fuori del processo, come scevre da qualsiasi 'distorsione' e,

⁴² M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento*, cit., 7; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 36-37; H. PUTNAM, *Verità ed etica*, cit., 95 («sono sicuro che lo 'scientizzare' le scienze sociali (un termine barbaro che ho coniato per esprimere un'idea barbara) sia una confusione e una fonte di confusione»); B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica*, cit., 35.

perciò, in grado di restituire un completo prospetto della realtà, conoscibile totalmente. L'idea della Verità assoluta, *i.e.* non solo unica e completa bensì anche del tutto sciolta (*ab-soluta*) da qualsivoglia vincolo, è, in buona parte, figlia di siffatto fraintendimento.

Su di un altro, interconnesso fronte, non va dimenticata la radicale indole autoritaria che, in epoca pre-costituzionale, ha improntato i rapporti tra Stato e cittadini, ed ha altresì definito il senso funzionale dell'attività giurisdizionale e il ruolo dei suoi protagonisti. Essa rappresenta il sottofondo politico-ideologico sul quale l'epistemologia processuale dell'epoca ha costruito il binomio 'Verità materiale – verità formale' secondo le cadenze summenzionate.

Si tratta, come noto, del periodo storico-politico nel quale l'individualità del singolo, e con essa la libertà morale e politica di quest'ultimo, venne svalutata, fino ad annichirla, in un movimento che la portava a sovrapporsi e, così, a coincidere con la volontà dello Stato, nella ferma convinzione della superiorità statale e dei suoi fini, innanzi ai quali ed in funzione dei quali i diritti del singolo potevano e dovevano essere sacrificati⁴³. Ne derivò, come conseguenza, l'elaborazione di un nuovo modo di intendere il ruolo, lo scopo della funzione giurisdizionale. Il processo penale, in specie, rappresentava la più potente arma repressiva dello Stato contro il nemico della società, contro il soggetto etichettato come 'pericolo' in ragione della sua interiorità deviante rispetto alle aspettative dello Stato.

Se lo scopo del processo doveva essere, pertanto, soffocare la pericolosità sociale, perché il processo era lo strumento principe tramite il quale lo Stato difendeva se stesso, la tentazione, cui fu inevitabile cedere, fu quella di accogliere una ideologia prettamente teleologica sulla quale strutturare l'architettura giudiziale e, in particolare, il potere accertativo spettante al giudice⁴⁴. In altre parole, la costante soddisfazione del preminente interesse statale pretese la definizione di un modello processuale-epistemologico a ciò funzionale.

Questa è la ragione per la quale assunse così preponderante rilievo il postulato della capacità del giudice di distillare la Verità assoluta. Egli manifestava nel momento cruciale il potere repressivo dello Stato ed il carisma dell'autorità veniva fatto

⁴³ M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento*, cit., 30.

⁴⁴ M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento*, cit., 242-243; G. DE LUCA, *La cultura della prova*, cit., 211 e 213.

discendere in modo diretto dalla vocazione veritativa che il *decisum* giudiziale esprimeva. Di qui, la pretesa di radicare il potere espressione della difesa sociale su una verità monolitica, alla cui affermazione la liturgia giudiziale ed i suoi protagonisti erano totalmente asserviti, per un verso. Per l'altro, un siffatto paradigma fomentò l'emersione di forme di decisionismo che, con un movimento circolare, costruiva esso stesso la verità, vestita di quei connotati di purezza assoluta proprio perché si preferiva fare del tutto a meno di referenti empirici sottoponibili a verifiche e controlli. Si faceva questione di una «costruzione puramente logica»⁴⁵ dei fatti dedotti in giudizio. Essa rappresentava, in coerenza con l'irrazionalismo dell'autoevidenza scientifica cui si faceva già cenno, il solo meccanismo che poteva assicurare il raggiungimento di una totale padronanza dei fatti e della loro 'vera verità' e, con essi, implementare i prioritari valori repressivi statuali.

In apertura abbiamo definito la verità come figlia di un dubbio scettico costruttivo. Il modello autoritario, che tante ferventi aspettative riponeva nella proclamazione del potere del giudice (e, per estensione, dello Stato-autorità) di conoscere e detenere la Verità, ne contemplava piuttosto un'idea che già a monte prescindeva radicalmente dal dubbio, lo considerava già risolto⁴⁶. Al più, occorre trovare conferma di quanto già noto e pre-stabilito (ma, data l'affermazione della presunzione di colpevolezza, era piuttosto l'innocenza che doveva essere comprovata).

Dove, viceversa, non era affatto in gioco l'affermazione dei rapporti di forza tra sfera pubblica ed interessi e libertà del singolo, vale a dire nell'ambito dei conflitti tra privati, l'afflato autoritativo per lo più si ritraeva. Il dominio sui fatti e sulle evidenze veniva attribuito ai titolari dei beni giuridici in gioco nel processo; la fase di ricostruzione giudiziale delle vicende empiriche dalle quali sarebbero discese conseguenze

⁴⁵ F. CARNELUTTI, *La prova civile*, cit., 29.

⁴⁶ C. COSTANZI, *La morfologia del processo penale*, cit., 94 esplicita queste medesime riflessioni con riferimento al processo penale della Germania nazista: «la storia contemporanea ha visto e vede ordinamenti politici di stampo totalitarista *permeare le categorie processuali agli opportunismi di potere*. Essa è incredibilmente *circolare* e non molto dissimile dalla pratica criminale seicentesca è la pratica criminale del *Terzo Reich*. La legislazione nazista espunse dal lessico processuale termini come 'parti' e 'controversia' per far meglio risaltare la funzione di rafforzamento del regime attraverso il processo civile e penale. "Se la verità è una sola, e questa si identifica con la verità ufficiale, di cui solo il Führer è depositario, non può sorgere su questo fine supremo alcun dissenso tra i sudditi", perché la verità è data, va attuata e non ricercata, e i sudditi non possono che conoscerla già» (corsivo nostro). In termini, G. DE LUCA, *Il sistema delle prove penali*, cit., 1270 («per stabilire che cosa è la *verità manifesta* (per una tragica involuzione di questa falsa epistemologia, che è alla base di ogni norma di fanatismo), è necessaria un'*autorità*, cioè la volontà del tiranno che imprime il crisma della *infallibilità ufficiale della verità*» (corsivo nostro)).

giuridicamente rilevanti veniva sottoposta a vincoli normativi che ne formalizzavano l'*iter* conoscitivo. Eppure, forse proprio per una forma di distorsione ideologica, che la rammentata concezione autoritaria aveva contribuito a diffondere capillarmente, il risultato di un tale modulo epistemologico, progettato per assicurare garanzie anche con riguardo all'esito gnoseologico della fase probatoria, veniva percepito come incapace di attingere alla conoscenza totale del fatto controverso. Senza la purezza che l'assenza di limiti epistemici assicurava nel processo criminale, il prodotto della ricostruzione giudiziale in ambiti diversi da quello penale subiva la dequotazione già ricordata, venendo «battezza[ta] per verità *formale* [...] ricercata mediante leggi giuridiche, non solo mediante leggi logiche, e solo per effetto di queste leggi giuridiche si [sostituiva] alla verità materiale»⁴⁷.

Se ne evince, su tutti i fronti, una qual certa idiosincrasia per le forme, repute responsabili per la deprivatione del giudice del massimo strumentario possibile perché, con la sola forza della sua pura intuizione e contando sulla certa autoevidenza dei fatti empirici, egli logicamente potesse dedurre i presupposti materiali sulla cui scorta pronunciare la sentenza. La radicale critica avverso il formalismo si tradusse, quanto ai giudizi civilistici, nella disillusa delusione epistemologica che negava qualunque praticabile *chance* di ottenere ricostruzioni giudiziali corrispondenti alle reali modalità di svolgimento dei fatti. La verità *formale* valeva solo a porre fine al conflitto tra le parti, a risolvere la lite intorno al bene giuridico in contesa: la sua verità stava meramente nella forza vincolante della «cosa giudicata», secondo il noto brocardo «*res iudicata pro veritate habetur*» (art. 2909 c.c.)⁴⁸. Nulla, o quasi, era in grado di dire sulla consistenza *materiale* dell'ente-Verità.

Sul fronte del giudizio penale, la contrapposta illusione di un infallibile dominio su quest'ultima superiore entità epistemologica, unita ad una uguale netta insofferenza verso le forme del metodo giudiziario nel momento di estrazione della Verità dai dati

⁴⁷ F. CARNELUTTI, *La prova civile*, cit., 29; ID., *Illecita produzione di documenti*, in *Rivista di diritto processuale civile*, 1935, II, 63.

⁴⁸ Con riferimento al giudizio penale, con una ricostruzione che mirava a mostrare le debolezze della concezione che il previgente sistema accoglieva con riferimento alla finalità del processo penale e al suo monolitico oggetto, la Verità assoluta, si leggano le ancora attuali parole di A. MELCHIONDA, voce *Prova in generale (dir. proc. pen.)*, cit., §3, p5-6mie: «Tutto il meccanismo processuale, al di là delle dichiarazioni enfatiche, è strettamente ancorato ad una fattispecie: dalla *notitia criminis* all'avvio dell'azione penale, dall'indagine probatoria alla decisione finale, giudice e parti sono impegnati a conoscere (e valutare) i reali profili di quel fatto: se si preferisca, ad accertare la verità intorno a quella notizia iniziale, per tradurla da ipotesi in ritenuta verità, allo stato. Donde l'aforisma che il giudicato *pro veritate habetur*».

probatori, sfociò nella elaborazione di una teoria del libero convincimento che, confidando nell'intuizionismo soggettivo del giudice inquisitore, mirava a fare completamente a meno delle regole probatorie sull'acquisizione del materiale conoscitivo. La più formidabile chiave di accesso al Vero *assoluto*, *materiale* risiedeva, infatti, nella determinazione delle condizioni necessarie affinché il giudice potesse accedere alla conoscenza *totale*. Ossia, l'amplificazione del margine di libertà non solo nella valutazione, bensì anche e prioritariamente nella costruzione del compendio istruttorio, in modo tale che l'autorità giudiziaria risultasse del tutto autosufficiente nell'opera creatrice di una asserita verità che, in modo ostentato (ma illusorio; *sic!*), si accreditava come massima espressione di razionalità.

b. *Il metodo inquisitorio, l'art. 299 del codice 'Rocco' del 1930...e dintorni*

Tenuto conto di tutto quanto evidenziato, ai fini della presente indagine pare opportuno soffermarsi su taluni specifici profili che costituiscono il precipitato tecnico-applicativo del paradigma accertativo di riferimento del sistema processuale di epoca pre-costituzionale.

Costituisce un dato ormai ampiamente acquisito che l'archetipo nel quale può essere annoverato il processo penale configurato dal codice di rito del 1930 è quello c.d. 'misto prevalentemente inquisitorio'. Sull'onda delle influenze politiche, ideologiche e filosofiche di cui si è detto, i compilatori di epoca fascista costruirono un modello di giudizio criminale che attuasse nel modo più efficace possibile il Principio di Autorità. Il caposaldo su cui esso poggiava era senza dubbio rappresentato dall'idea secondo la quale i due poli, quello del potere-autorità e quello del sapere-verità, rappresentano grandezze tra loro direttamente proporzionali. Quanto maggiore è la forza volontaristica potestativa, tanto superiore sarà il risultato conoscitivo (e vale altresì il reciproco, posto che il preteso fondamento dell'esercizio di un potere assoluto si giustifica sulla base dell'asserita assolutezza del valore epistemico perseguito e preteso)⁴⁹.

⁴⁹ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 17-18; M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento*, cit., 39; P. TONINI-C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, cit., 5 ss.; P. TONINI, *La prova penale*, IV ed., Padova, 2000, 1 ss.: «Il sistema inquisitorio si basa sul principio di autorità, secondo il quale la verità è tanto meglio accertata quanto più potere è dato al soggetto inquirente [...]. Più ampi sono i poteri anche coercitivi che gli sono attribuiti, tanto meglio può essere accertata la verità [...]. Poiché nel giudice inquisitore si cumulano tutte le funzioni attinenti al processo, ne deriva che non si avverte la necessità di disciplinare la materia della prova. Anzi, un'eventuale regolamentazione si tradurrebbe immediatamente in un limite all'accertamento della verità. Gli strumenti di controllo, che dovessero essere posti in opera nel momento in cui l'inquisitore sta esercitando i suoi poteri, ne ridurrebbero l'efficacia. Ciò sarebbe contrario al postulato del sistema inquisitorio, che impone il

La teorizzazione della priorità statale rispetto all'individuo, che valeva ad azzerare apparentemente il conflitto tra interesse dell'ordinamento e interesse del cittadino, assicurava preminente peso al decantato bene superiore della difesa sociale. Poiché il luogo deputato a perseguire in modo zelante ed efficiente tale fine pubblico era quello nel quale in massimo grado si manifestava l'asimmetria di poteri nel rapporto Stato-individuo, *i.e.* il processo penale che vantava, peraltro, il monopolio sulla Verità, la combinazione di siffatto insieme di influenze politico-ideologiche ebbe riflessi tanto sul piano ordinamentale generale, quanto sul fronte, più specifico, della tecnica processuale.

Quanto al primo profilo, l'enfasi programmatica sulla necessità prioritaria di realizzare la sicurezza interna dello Stato e della collettività implicò il radicarsi di una coerente (ma «assurd[a] e funest[a]») filosofia pangiudizialista, imperniata sulla convinzione della completezza perfetta dell'intervento giudiziario⁵⁰. Sul presupposto che lo Stato fosse uno ed indivisibile, altrettanto monolitica doveva essere la funzione giurisdizionale, da esso promanante ed investita dell'autoritario potere di applicare la legge statale per assicurare l'esigenza di difesa collettiva e di coesione dei rapporti sociali, in armonia coi valori della Ragion di Stato.

Ebbene, il portato di tale concezione fu l'affermazione del principio di unità della giurisdizione, che fondava il netto rifiuto dell'eventualità di un contrasto tra accertamenti e decisioni di giudici diversi su vicende fattuali tra loro interrelate⁵¹. Sul piano dei rapporti tra processi criminali, il precipitato normativo di simile approccio fu la decisa implementazione dei casi di connessione tra procedimenti, cui conseguiva la trattazione unificata dei giudizi. Il *simultaneus processus* appariva la più formidabile arma a tutela della coerenza delle decisioni, riducendo sensibilmente l'eventualità di conflitti teorici tra giudicati, che avrebbero potuto insidiare l'apparente monismo della funzione repressiva-autoritaria attuata nel rito penale. Per di più, il processo penale cumulativo nei casi di connessione appariva funzionale alla perpetuazione dell'immagine del giudizio quale «fenomeno finalizzato all'accertamento della verità

massimo del cumulo dei poteri processuali per accertare nel modo migliore la verità. In base a questa filosofia, qualsiasi prova è ammissibile allo scopo di permettere all'inquisitore di accertare la verità».

⁵⁰ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 573.

⁵¹ R. ORLANDI, *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale*, cit., 10 (cui si rinvia anche per gli opportuni riferimenti bibliografici).

storica [...], “cioè come ricostruzione della storia”»⁵². Qualora il marchingeo appena delineato non avesse funzionato, il sistema correva ai ripari per mantenere integra l’immagine dell’unitarietà nell’esercizio del potere repressivo. Il codice Rocco, infatti, provava a tutelare *in extremis* l’esigenza di non contraddizione tra pronunce penali tramite la previsione della sospensione (lett., rinvio) del procedimento in attesa della definizione di altro giudizio penale da cui il primo in tutto o in parte dipendesse (art. 18 c.p.p. 1930)⁵³.

Per quanto concerne, invece, i rapporti e le intersezioni tra giudizio sulla responsabilità penale e processo civile, il risvolto principale della incondizionata funzionalizzazione del primo alla realizzazione della difesa sociale era rappresentato dalla collocazione dell’attività giudiziale in ambito criminale su di un piedistallo, che la sopraelevava rispetto ad ogni altro settore giurisdizionale⁵⁴. Difatti, la natura pubblicistica del rito penale e la sua supposta superiorità gnoseologica⁵⁵, connessa alla

⁵² G.M. BACCARI, *La cognizione e la competenza del giudice*, in *Trattato di procedura penale*, dir. da G. Ubertis – G.P. Voena, II, Milano, 2011, 271 ss. (nonché, *ivi*, riferimenti bibliografici); G. CONSO, *Relazione introduttiva*, in AA.VV., *Connessione dei procedimenti e conflitti di competenza. Atti del Convegno*, Milano, 1976, 9; N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., 7-8, la quale descrive il previgente sistema processuale come imperniato sul principio di unità della giurisdizione e sull’esigenza di non contraddizione logica tra giudicati ed osserva che la struttura configurata dal codice Rocco per il giudizio penale che, «coerente con una visione autoritaria del processo, assicurava ancora una grande espansione ai vincoli connettivi».

⁵³ S. LORUSSO, *Acquisizione di sentenze irrevocabili ex art. 238 bis c.p.p. e pregiudizialità penale: una norma controversa*, in *Urb. app.*, 1999, 3, 329 ss., il quale, con un sintagma nitidamente evocativo nella sua sinteticità, definisce questo tipo di rapporto in termini di «pregiudizialità omogenea», in quanto, a differenza delle classiche ipotesi di pregiudizialità, nel caso di specie il legame tra procedimento pregiudicante e procedimento pregiudicato si sarebbe connotato, appunto, per l’omogeneità della materia, ed inoltre la decisione resa nel primo non avrebbe esplicitato *ex lege* quell’ineludibile efficacia vincolante che rappresentava, viceversa, il *proprium* del nesso sancito dall’art. 21 c.p.p. 1930 tra processo penale e processi civili o amministrativi. In termini non del tutto concordi L. MARAFIOTI, voce *Questioni pregiudiziali (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1987, XXXVIII, 110-111, il quale reputa che la singolare relazione instaurata ai sensi dell’art. 18 c.p.p. abr. tra giudizi penali *lato sensu* connessi potesse comunque classificarsi nell’ambito della pregiudizialità in senso tecnico, nonostante le particolarità della regolamentazione normativa del fenomeno. Sul tema, cfr. altresì R. ORLANDI, *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale*, cit., 10.

⁵⁴ Sul punto, ci paiono alquanto significative le riflessioni di F. TOMMASEO, *Nuovi profili nei rapporti fra processo civile e processo penale*, in AA.VV., *Nuovi profili nei rapporti fra processo civile e processo penale*, Atti del Convegno di studio Trento 18 e 19 giugno 1993, Milano, 1995, 20: «il principio di prevalenza del processo penale sul processo civile [...] evoca un’ideologia dei rapporti fra giustizia penale e giustizia civile che, sul terreno della disciplina normativa, esige la necessaria precedenza del processo penale su quello civile; precedenza sia quanto alla trattazione in sede penale delle domande per i crediti risarcitori e restitutori, sia quanto al valore assorbente attribuito alla pregiudizialità penale, sia quanto agli effetti della sentenza penale nei giudizi civili di danno e, più in generale, quanto all’accertamento dei “fatti materiali” compiuto nella sentenza penale passata in giudicato». In termini, L. ALGERI, *L’impugnazione della parte civile*, Padova, 2014, 1-11, il quale rammenta proprio come storicamente il fondamento della prevista trattazione cumulativa di azione penale ed azione civile di danno da reato risiedesse nel principio di unità della giurisdizione e di supremazia dell’accertamento del giudice penale; P. TONINI-C. CONTI, *Manuale*, cit., 1022, osservano che il sistema della totale efficacia vincolante del giudicato penale in processi extrapenalari «è denominato *unità della giurisdizione* in quanto soltanto il giudice penale può accertare l’esistenza o meno della responsabilità per un fatto di reato».

⁵⁵ F. TOMMASEO, *Nuovi profili*, cit., 22, bene evidenzia come il dogma della prevalenza della giustizia penale su quella civile si fondasse «sull’ingannevole mito della presunta qualità del giudizio che soltanto il processo penale sarebbe in grado di garantire, quasi fosse esclusivo *theatrum veritatis ac iustitiae*».

vagheggiata attitudine di questo alla manipolazione⁵⁶ della materiale verità dei fatti storici, imponevano di affermarne una naturale primazia che si traduceva nella previsione di efficacia *erga omnes* delle decisioni emesse in tale sede. Per tal via, si provvedeva, certo, a garantire la coerenza delle pronunce giudiziali, ma, soprattutto, si concretizzava il precipuo obiettivo di rimarcare la priorità dell'interesse pubblico (espresso nel modo più autentico dal processo penale) rispetto a quello privato. Dunque, il codice Rocco, facendo leva sul sovrastimato valore veritativo dell'accertamento penalistico, ne prevedeva l'efficacia vincolante generalizzata sia nei giudizi civili sulla responsabilità per il danno da reato (art. 185 c.p.), sia in ogni altro giudizio extrapenale in cui la controversia concernesse diritti o interessi, l'affermazione della cui sussistenza dipendesse da una questione pregiudiziale penalistica⁵⁷.

⁵⁶ Da intendersi, qui, in senso prettamente etimologico di "lavorare, trattare con le mani una determinata sostanza che possa essere plasmata". Vero, però, come si vedrà in seguito, che, per come la giurisprudenza di epoca fascista – in ciò favorita dalla duttilità del dettato normativo del codice Rocco del 1930 – interpreterà e configurerà gli strumenti conoscitivi ed i poteri accertativo-decisori a disposizione nel giudizio penale, si può altresì adoperare il termine "manipolazione" nel senso figurato (e dispregiativo) di uso comune di "rielaborazione tendenziosa delle informazioni in modo da elaborare e presentare una versione, alterata o parziale, dei fatti strumentale/conforme ai propri scopi".

⁵⁷ Più in dettaglio, la pregiudizialità penale, menzionata nel testo, si traduceva nella subordinazione necessitata degli accertamenti extrapenali a quelli, relativi ai medesimi rilevanti fatti materiali, effettuati nel corso del processo penale (artt. 23 ss. c.p.p. 1930). La conseguenza ineludibile era la fisiologica sospensione *ex lege* del corso dei processi diversi da quello penale, in pendenza di quest'ultimo e fino alla definitività della sentenza ivi emessa: in questo modo, si sarebbe assicurata la vincolatività di quanto ricostruito nel *decisum* dell'autorità giudiziaria penale, scongiurando il rischio di contrasti nella ricostruzione delle circostanze fattuali di rilievo. Inoltre, con specifico riguardo per la questione risarcitoria dipendente da reato, vale la pena evidenziare la circostanza, di indubbio rilievo, che il legislatore del 1930, optando per un sistema incardinato sulla pregiudiziale penale, aveva altresì previsto la possibilità per il danneggiato di esercitare la propria pretesa civilistica innanzi al giudice penale procedente per il reato dal quale, in ipotesi, fossero derivate conseguenze dannose risarcibili *ex artt. 2043-2059 c.c.* In effetti, si lasciava astrattamente al danneggiato la scelta tra le due sedi ove far valere il proprio diritto alla riparazione del danno. Eppure, proprio in ragione della necessità ordinamentale della precedenza cronologica da assicurare al rito penale, da cui discendeva la previsione della sospensione obbligatoria (artt. 3 e 24 c.p.p. 1930) che sarebbe in ogni caso scattata in caso di contestuale pendenza dei due separati giudizi, civile e penale, legati dal vincolo di pregiudizialità logica inerente all'esistenza ed alla attribuibilità del fatto di reato in capo all'imputato-danneggiante, il danneggiato era in concreto 'vincolato' all'opzione per la costituzione in sede penale. E ciò tanto più se si tiene conto che, prima dell'intervento reiterato della Consulta nel primo quinquennio degli anni Settanta del secolo scorso (cfr. Corte cost., 22 marzo 1971, n. 55, in *Giur. it.*, 1971, 784; Corte cost., 27 giugno 1973, n. 99, in *Giur. it.*, 1973, 14; Corte cost., 26 giugno 1975, n. 165, in *Giur. it.*, 1976, 28), si prevedeva che il citato effetto vincolante extrapenale si producesse a prescindere dall'effettiva possibilità per il danneggiato di prendere parte al giudizio penale pregiudiziale, quindi in spregio al suo diritto di contraddire dinanzi al giudice e di «difendersi provando» (l'espressione è tratta dalla nota quanto evocativa pagina di G. VASSALLI, *Il diritto alla prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, 1, 12). In proposito, P. CALAMANDREI, *La sentenza civile come mezzo di prova*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, I, 2, 108 ss., in particolare 125 ss., il quale richiama l'idea di un'efficacia *panprocessuale* della pronuncia definitiva resa nel giudizio penale; A. CARRATTA, *Accertamento fattuale del giudice penale ed efficacia nel processo civile*, in AA.VV., *Processo penale e processo civile: interferenze e questioni irrisolte*, a cura di L. Luparia-L. Marafioti-G. Paolozzi, Torino, 2020, 36 ss. (nonché, *ivi*, riferimenti bibliografici); A. CHILIBERTI, *L'azione civile nel processo penale*, III ed., a cura di C. Brusco, Milano, 2017, 179 ss., ed in particolare nt. 66 (cui si rinvia anche per i ricchi riferimenti bibliografici); F. FALATO, *Giudicato assolutorio penale e processo civile di danno. Studio sulla preclusione processuale*, Napoli, 2012, 17; G. PAOLOZZI, *Giurisdizioni fuori asse*, in AA.VV., *Processo penale e processo civile*, cit., 3 ss.; G. SPANGHER, *Nuovi profili nei rapporti fra processo civile e processo penale*, in AA.VV., *Nuovi profili nei rapporti fra processo civile e processo penale*, cit., 32 ss.; G. TARZIA, *Sui limiti della pregiudizialità ed efficacia della sentenza penale nel processo civile*, *ivi*, 121-123; M. VARADI, *La sentenza penale come mezzo di*

Veniamo, a questo punto, al secondo aspetto sul quale il formante politico di stampo autoritario di epoca fascista ha esplicitato un notevole influsso, ovverosia la dimensione della tecnica processuale, ed in specie il profilo probatorio. A tal proposito, le osservazioni svolte con riguardo al dogma del processo penale quale terreno d'elezione per l'apprensione della Verità materiale, nella sua reificata consistenza, offrono l'ideale punto di partenza per alcune riflessioni ulteriori. Il tema presenta un fascino indubbio ed una innegabile complessità; in questa sede si dovrà procedere ad una vertiginosa sintesi, soffermando l'attenzione solo su quegli aspetti che più appaiano funzionali all'indagine che si condurrà nel prosieguo.

Intesa l'acquisizione della Verità sostanziale assoluta come fine giuridico e fondamento ideologico del rito criminale, le conseguenze in punto di definizione della gnoseologia giudiziaria sono state di non poco momento, manifestandosi nelle vesti di una progressiva ed inesorabile erosione delle forme accertative. Il cardine dello straripamento della finalità gnoseologica del processo a svantaggio della metodica conoscitiva è rinvenibile in una distorta concezione del principio del libero

prova, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1943, I, 4, 255 ss., il quale escludeva che si potesse correttamente parlare di efficacia di giudicato della pronuncia penale definitiva, quantomeno nei casi (che facevano capo all'art. 28 c.p.p. 1930) di identità meramente parziale tra fattispecie penale 'pregiudicante' e fattispecie civile 'pregiudicata': l'A. critica che a fondamento della predicata vincolatività potesse argomentarsi richiamando l'*unità* tra i due giudizi, riscontrabile, al più, nelle ipotesi dei giudizi di danno da reato «in quanto può dirsi che per l'art. 185 cod. pen. in ogni giudizio penale sia implicato il germe di un giudizio civile riparatorio, invero non anche sostenibile ci sembra nei casi contemplati dall'art. 28». Una ricognizione dei paradigmi essenziali sui quali venivano giustificate la posizione di preminenza della giurisdizione penale rispetto a quelle extrapenali e, con essa, la supremazia su ogni altro giudizio del prodotto finale definitivo dell'accertamento condotto in tale sede è offerta, in giurisprudenza, da alcune recenti pronunce della Consulta (che, a più riprese, è stata investita della questione di legittimità costituzionale relativa all'impostazione che il codice di rito del 1988 ha inteso adottare quando si è confrontato con il problema dei rapporti intergiurisdizionali): cfr. Corte cost., 3 aprile 1996, n. 94, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 5, 547; Corte cost., 29 gennaio 2016, n. 12 (spec. §§2-3 del *Considerato in diritto*), *ivi*, 2016, 2, 150; Corte Cost., 30 luglio 2021, n. 182, *ivi*, 2021, 11, 1483, nonché in *Arch. pen. web*, 2021, 3, con nota critica di C. SANTORIELLO.

A fronte del panorama dei rapporti interprocessuali appena descritto, decisamente peculiare era il modo di porsi della relazione sussistente tra processo penale e processo tributario concernenti i medesimi fatti di evasione fiscale. Difatti, in un primo momento, sulla scorta della previsione di cui all'art. 21, ult. comma, della legge 7 gennaio 1929, n. 4, i rapporti tra gli accertamenti condotti nelle due sedi giudiziali menzionate si atteggiavano in senso del tutto opposto rispetto a quanto avrebbe poi stabilito il citato art. 28 c.p.p. 1930 con riferimento ad ogni altro giudizio non penale. Come evidenzia D. GUIDI, *I rapporti tra processo penale e processo tributario ad oltre dieci anni dal d.lgs. n. 74 del 2000*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 11, 1384 ss., anche in virtù di una qual certa sfiducia nella capacità del giudice penale di procedere a valutazioni tecniche sull'entità dell'evasione fiscale addebitata, si prevedeva la c.d. 'pregiudiziale tributaria' in forza della quale la procedibilità dell'azione penale era subordinata alla conclusione del giudizio tributario, il cui esito accertativo avrebbe esplicitato efficacia vincolante nel successivo processo criminale (se non fosse che, dati i tempi decisamente dilatati del processo tributario, i reati fiscali tendevano nella maggior parte dei casi ad estinguersi per prescrizione). È solo con la legge n. 516 del 1982, il cui art. 12 recitava «la sentenza irrevocabile di condanna o di proscioglimento pronunciata in seguito a giudizio relativa a reati previsti in materia di imposte sui redditi e di imposta sul valore aggiunto ha autorità di cosa giudicata nel processo tributario per quanto concerne i fatti materiali che sono stati oggetto del giudizio penale», che anche nella materia in esame si è realizzato un sistema di relazioni interprocessuali coerente con i principi tipicamente inquisitori dell'unità della giurisdizione e della primazia del processo penale su ogni altro giudizio. Per un più approfondito esame della questione, si rinvia all'Autore appena citato (nonché ai riferimenti bibliografici ivi richiamati).

convincimento, il cui originario senso garantistico venne subendo una netta metamorfosi, in chiave strumentale alle pretese ideologiche del regime. Suddetto principio era nato come marchingegno ‘rivoluzionario’ per svincolare una volta per tutte i giudici dalle vischiosità del sistema aritmetico della prova legale, che era incardinato sulla regola della predeterminazione *ex lege* dell’esito conoscitivo-decisorio in funzione della tipologia e della combinazione dei mezzi di prova⁵⁸. Una volta che, in funzione della piena manifestazione della autorità dello Stato e dell’efficace perseguimento dell’obiettivo di difesa sociale, si era assegnata alla giurisdizione penale una preminente finalità repressiva, necessitante di un processo forte e di un giudice altrettanto potente per controllare e accreditare la verità, la libertà di convincimento assunse il ruolo di baluardo dei fini istituzionali e politici del rito criminale. Difatti, il momento di spendita della suddetta libera facoltà valutativa del giudicante venne anticipato alla fase di acquisizione degli elementi di prova, sui quali si sarebbe dovuto poi fondare il *decisum*. Dunque, il libero convincimento si trasfigurò: sia sul piano normativo, sia su quello pratico-applicativo esso venne a rappresentare l’ampliamento tendenzialmente sconfinato del margine di discrezionalità spettante al potere giudiziale nell’accertamento della verità. Dal momento che il vero storico risultava tanto meglio accertato quanta più autorità fosse concentrata nelle mani del decidente, libero apprezzamento non poteva non significare altresì totale signoria sul materiale conoscitivo, sin dal momento del suo ingresso nell’arena giudiziale⁵⁹.

L’equazione sulla quale si fondava il nuovo concetto di prova libera era, in altre

⁵⁸ G. UBERTIS, *Profili di epistemologia giudiziaria*, cit., 162 ss. Sul tema, si rinvia per tutti alla approfondita disamina condotta da M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento*, cit., 81 ss.

Non si può, ad ogni buon conto, trascurare di menzionare il fatto che, *ab origine*, il sistema fondato sul canone della prova legale è emerso e si è strutturato per far fronte all’auspicio di assicurare all’individuo una incisiva tutela contro decisioni arbitrarie dei giudici, in un periodo descritto in dottrina come di «decadenza del costume giudiziario» (A. BARGI, *Procedimento probatorio e giusto processo*, cit., 14-15). Sul tema, M. CAPPELLETTI, *Le grandi tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato*, in ID., *Processo e Ideologie*, Bologna, 1969, 196-197, nonché 222 ss., ritiene possibile attribuire alle regole di prova legale un valore garantista (quantomeno, nel momento della loro genesi primigenia). Infatti, esse venivano ritenute indispensabile baluardo per la ‘giustizia’ della decisione in quanto e nella misura in cui rappresentavano uno strumento per ovviare alla carenza di contatto diretto tra prove e giudice: difettando l’immediatezza, si riparava assegnando alle prove un valore prestabilito per impedire al giudice di interpretarne il contenuto in modo arbitrario e di decidere senza la necessaria imparzialità; ID., *Ritorno al sistema della prova legale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, 139, il quale, forse liquidando la questione in modo un po’ semplicistico, pone in risalto il nesso tra prova legale e migliore ricerca della verità, sulla scorta di un modulo epistemologico deduttivo e dogmatico nonché di un concetto autoritativo ed aprioristico di verità; G. DE GIORGI CEZZI, *La ricostruzione del fatto nel processo amministrativo*, cit., 55-56.

⁵⁹ M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento*, cit., 32 ss.; N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., 160, in specie nt. 204 (cui si rimanda per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali).

parole, la seguente. Se lo scopo del giudizio penale è esprimere l'autorità dello Stato, perseguendo lo scopo repressivo della difesa sociale, e se ciò si ottiene se e solo se il risultato del giudizio è il totale dominio della verità nella sua monistica datità, il potere del giudice non può subire alcun legittimo vincolo, poiché egli è autosufficiente. Anzi, sul pretesto che la prova giudiziale gode delle medesime proprietà di razionalità ed inequivoca limpidezza della evidenza scientifica, veniva rifiutata con decisione l'imposizione di una qualsiasi cadenza tecnica che potesse frapporre un diaframma tra il giudice – con la sua capacità d'intuizione – e l'informazione grezza. La fallacia dell'accertamento non veniva, in definitiva, addebitata ad altro se non all'interferenza di limitazioni all'esercizio del tutto discrezionale dell'autorità epistemologica, sia che tali vincoli provenissero da specifiche modalità acquisitive sia che fossero ascrivibili alla partecipazione attiva di altri soggetti, il cui intervento nel fenomeno probatorio veniva concepito come freno indebito alla piena espressione del privilegio gnoseologico del giudice⁶⁰.

Ebbene, la ridetta 'ossessione' autoritaria così accreditata a livello del fenomeno probatorio ha giustificato un sistematico ripudio delle metodiche dialettico-argomentative nella ricostruzione del fatto, con il depotenziamento del contraddittorio tra le parti in quanto mero ostacolo alla perfezione dell'attività autarchica, solipsistica ed autoreferenziale del giudice. In una sorta di circolo paradossale, un sistema, che quanto al momento della scoperta del vero in giudizio vantava la più completa libertà da

⁶⁰ M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento*, cit., 274, il quale critica una ormai risalente ma significativa pronuncia della Corte d'Assise di Perugia, ove si rilevava che il plesso di principi posti dalla normativa processuale avrebbe costituito «una remora invalicabile [*rectius*, un ostacolo intollerabile] all'accertamento dei fatti criminosi e [avrebbe] condotto ad assoluzioni reputate ingiuste», col che si era ritenuto legittima la scelta, rappresentata dal *dictum* citato dall'A. come un vero e proprio *dovere* del giudicante di «dare rilevanza ad elementi probatori normalmente preclusi dalla legge vigente». Osserva A. BARGI, *Procedimento probatorio e giusto processo*, Napoli, 1990, 15, che «dopo aver respinto, coerentemente, ogni prospettazione di formalismo giuridico "superato dalle più formidabili esigenze sociali e dalla più alta concezione della sovranità e dello Stato" [...] le regole processuali perdono qualsiasi funzione di garanzia e di tutela delle diverse situazioni soggettive per divenire meri dispositivi di sostegno al potere discrezionale del giudice, sempre più ampio». F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale*, cit., 123, illumina in questi termini il ruolo dell'imputato e del difensore nel processo prevalentemente inquisitorio configurato dal codice Rocco: l'opzione concettuale di fondo è rappresentata dall'idea che «il processo [sia] un affare dei pubblici poteri. La difesa è una variabile esterna: a volte necessaria, sempre tollerata. [...] Alla difesa competono poteri facoltativi di *breve respiro* [...]. Ma non le compete un potere di prova. Al fondo – saggiamente inespresso – circola un *pre-giudizio*: la difesa difende un imputato-presunto colpevole. La difesa entra nel processo come un ospite inatteso». Di notevole peso le ulteriori osservazioni dell'Autore (*ivi*, 513), allorché illumina un aspetto di ulteriore criticità nella metodologia inquisitoria del codice Rocco, fondata sulla pretesa di una coincidenza necessaria e necessitata tra certezza e verità (che, invece, secondo gli approdi della miglior letteratura, sono due concetti non coincidenti): «Come non si tollerano divaricazioni tra certezza e verità, così non si tollerano scostamenti tra la verità del processo e la verità della realtà. In questo modo, però, il principio di verità materiale è una potente spinta verso l'errore, perché esso forza gli argini del processo per farvi entrare anche informazioni probatorie inaffidabili».

vincoli legali, ha finito col rispecchiare, nella calibrazione dei poteri cognitivi dei protagonisti della vicenda processuale, un prototipo di controversia giudiziale, quello del c.d. *ordine asimmetrico*, che – secondo gli illuminanti studi di Giuliani – era la diretta manifestazione di un sistema basato proprio sul paradigma della prova legale. «L'ordine asimmetrico – legato ad un sistema di prove legali – riflette un modello di razionalità soggettiva, formale, calcolante che – in opposizione a quella dialettica – potremmo definire burocratica. [...] Nell'ordine asimmetrico uno dei partecipanti al dialogo [...] ha una *posizione privilegiata, in quanto vanta un'evidenza* o un sostituto dell'evidenza. Tale "ordine" permette di garantire *rapidamente, e in ogni caso, la decisione del fatto incerto: il contraddittorio appare un ingombrante ostacolo alla ricerca della verità*»⁶¹.

Nella dimensione inquisitoria del codice di rito del 1930, siffatti connotati ritornano, seppur contraddittoriamente legati al principio che, *ab origine*, avrebbe dovuto spodestarli⁶². La ragione risiede in una fallace identificazione tra libero convincimento e

⁶¹ A. GIULIANI, *Ordine isonomico ed ordine asimmetrico*, cit., 86 ss. (corsivo nostro). L'Autore prosegue nell'enumerare i connotati tipici dell'ordine asimmetrico: «Il processo è indirizzato ad un fine, ad un risultato: il pentimento del reo, la difesa della società, la tutela dei diritti soggettivi. Viene meno l'idea che il metodo probatorio è condizionato dall'oggetto dell'indagine: la verità è una come la logica. [...] L'ordine asimmetrico ha una costitutiva vocazione per l'autorità, la gerarchia, la rapidità della decisione [...]. Esso combina i postulati di epistemologie in apparente contraddizione». E. AMODIO, *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 315; A. BARGI, *Procedimento probatorio e giusto processo*, cit., 14-15 fa notare la circostanza che la disciplina delle prove disposta dal codice Rocco «riflette immediatamente i postulati della nuova filosofia del processo: maggior potere del giudice, emarginazione della difesa dei diritti dell'imputato, riduzione degli spazi di pubblicità e di oralità, svilimento, se non disconoscimento, del principio di presunzione di non colpevolezza»; aggiunge poi che «la teoria del libero convincimento si dimostra di grande ausilio [...] sostenendo il potenziamento dell'iniziativa e della attività di accertamento del giudice e il conseguente impoverimento del contraddittorio. Comporta, così, l'abbandono definitivo della concezione dialettica della prova, attesa la posizione di centralità assegnata al giudice nell'attività probatoria»; F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1981, 579 ss. pone in luce lo scarso rilievo conferito al contraddittorio nella formazione della prova, nel vigore del precedente codice di procedura penale; G. DE LUCA, *Il sistema delle prove penali*, cit., 1268; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 32-33, addebita una scarsa autenticità agli elementi probatori raccolti nel contesto del sistema inquisitorio, a causa della carenza di aspetti essenziali ad assicurare tale autenticità (*i.e.* contraddittorio, immediatezza, oralità *etc*) e, per converso, in ragione delle tecniche di assunzione delle prove (segreto e scrittura), che perdono vividezza e, nel processo – decisamente non impersonale – di verbalizzazione, subiscono una indebita deformazione soggettiva che, lungi dal garantire quella totale libertà da influenze e vincoli di sorta cui aspirava il sistema inquisitorio, interpola nel procedimento probatorio un ulteriore filtro formato dalla soggettività dei verbalizzanti, con tutto il portato dei loro pre-giudizi; M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento*, cit., 247, nonché 261 («Libertà del giudice veniva a significare convincimento al di fuori del contraddittorio, poiché il processo "non è più per nessuna recondita influenza una combinazione di forze... Tutto è inquadrato nella necessità superiore della scoperta del vero ed ogni attività singola deve elevarsi a mezzo di tale scoperta. La via migliore per giungervi non è il contrasto di parti"») ed altresì 272 («Il principio del libero convincimento era [...] dotato di una storica patente di nobiltà, in quanto s'era affermato ed aveva trionfato con la caduta del sistema inquisitorio; sarebbe servito ottimamente, *anche se paradossalmente*, da alibi per *mascherare una involuzione in senso autoritario* della maniera di concepire ed utilizzare il sistema delle prove giudiziali») (corsivo nostro); N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., 16 ss., nt. 25 e nt. 27.

⁶² E che in effetti la notata (patologica) circolarità esegetico-applicativa si sia realizzata è arguibile emblematicamente dalle parole con cui M. CAPPELLETTI, *Ritorno al sistema della prova legale?*, cit., 139, rappresenta il sistema della prova legale in termini di complesso di regole rivolte ad assicurare il miglior perseguimento di una verità, che veniva intesa in senso dogmatico, quale verità dell'autorità, che si impone a

verità sostanziale, e nella radicata convinzione che quest'ultima il giudice «la crea con le proprie forze»⁶³: se la difesa sociale si realizza solo per il tramite dell'affermazione giudiziale della premessa indispensabile, ossia la Verità materiale, il giudice deve per principio essere fornito dei più ampi poteri in ordine all'acquisizione della conoscenza dei fatti. Siffatta tendenziale illimitatezza sconfinava poi inesorabilmente nel più marcato disinteresse per le modalità di ottenimento di tale conoscenza⁶⁴.

La latitudine della potestà giudiziale sugli strumenti conoscitivi, nella circostanza tipica della loro acquisizione (da intendersi *lato sensu*), è stata ottenuta mediante la configurazione di strumenti tecnici oltremodo efficaci, sulla scorta di un determinato assetto di disposizioni normative, le quali, in parte per il proprio tenore 'malleabile' ed in parte per l'applicazione datane nella prassi giudiziale, hanno rappresentato un potente veicolo per il fine politico-istituzionale da perseguire.

A questo proposito, non si può che prendere le mosse dal rammentare la solenne proclamazione 'teleologica' contenuta nell'art. 299, comma 1, c.p.p. abr. Quest'ultima disposizione, dettata in materia di poteri del giudice istruttore, prescriveva infatti che quest'ultimo avesse «obbligo di compiere prontamente *tutti* e soltanto quegli atti che [...] appaiano *necessari all'accertamento della verità*». Al di là del richiamo altisonante all'accertamento della verità⁶⁵, la norma testé citata – con il suo *alter ego* nell'art. 368

priori. Una medesima descrizione si attaglierebbe altresì all'archetipo di libero convincimento cui hanno inteso far riferimento gli approdi della giurisprudenza (ed altresì di alcuni esponenti della dottrina) in epoca fascista.

⁶³ M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento*, cit., 262, criticando E. Carnevale (*L'investigazione obiettiva nel processo criminale*, in *Diritto criminale*, Vol. III, Roma, 1932, 429) (corsivo nostro).

⁶⁴ E. AMODIO, *Libertà e legalità della prova*, cit., 311, in senso alquanto critico, descrive la «progressiva decomposizione dell'originaria matrice razionalistica della regola [della libertà di convincimento] che si è ormai trasformata da salutare affrancamento dai vincoli legislativi nella logica dell'accertamento ad una sorta di "anarchia" nelle operazioni conoscitive del giudice. Con la libertà di valutazione è venuto infatti a saldarsi ed a confondersi il diverso profilo della *libertà di acquisizione della prova* che si riassume nel potere del giudice di ricercare ed assumere *ex officio* elementi probatori al di là del materiale addotto dalle parti. Libertà di valutazione e libertà di acquisizione sfociano poi, nell'esperienza del nostro processo penale, in quella che potrebbe definirsi *la libertà di ammissione della prova* – conquistata dalla giurisprudenza *forzando il sistema normativo* – che si risolve nel potere del magistrato di utilizzare come fonte della decisione *qualsiasi dato fornito di forza persuasiva*, ancorché raccolto in violazione di un divieto probatorio». Sul punto, M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento*, cit., 38-39. L'Autore (*ivi*, 273) osserva come il libero convincimento potesse «*dilatarsi oltre ogni normale limite*, tutte le volte che il giudice [vedesse] frustrato il successo dell'indagine dalla reticenza dei testimoni, degli imputati, delle stesse vittime dei reati; l'esigenza della difesa sociale imporrebbe, come si suol dire, il *superamento di ogni formalismo*» (corsivo nostro).

⁶⁵ F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1981, 577 suggerisce che si tratti di una «espressione iperbolica». A tal proposito, verrebbe da osservare come, se pure in effetti fosse una scelta lessicale enfatica, ciò non eliderebbe affatto la pregnanza ideologica della disposizione in esame, che anzi esalta il ruolo del giudice istruttore-inquisitore incaricandolo espressamente del più alto compito istituzionale, *i.e.* la più volte menzionata difesa sociale per il tramite dell'affermazione giudiziale della chimerica verità materiale. Verrebbe, inoltre, da richiamare le parole di Calamandrei, allorché metteva in guardia la classe degli scienziati del diritto dall'effetto deleterio per quel prezioso bene, che è la certezza del diritto, proveniente dalla formulazione 'difettosa' delle leggi, caratterizzate da '*distrofie*' legate anche alle scelte lessicali operate dal legislatore (cfr. P. CALAMANDREI,

c.p.p. 1930 – offre una raffigurazione, in linea con la filosofia gnoseologica su cui posa il sistema processuale previgente, del giudice istruttore come (quasi) esclusivo depositario del compito di «investigatore della verità materiale»⁶⁶. Invero, sembra accreditare *per tabulas* l'idea di una verità preconcepita ed in un certo qual senso già nota, nella sua dimensione reificata, all'istruttore, il quale conseguentemente sarebbe titolare di indiscussi margini di discrezionalità nella selezione in ingresso del materiale conoscitivo⁶⁷. La non pertinenza e la non rilevanza della prova sono alla totale mercé

La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina, in *Riv. dir. comm.*, 1942, 343 ss.). Eppure – per tornare all'osservazione di Cordero – a nostro avviso l'espresso richiamo, che l'art. 299 cit. operava, al dovere di accertamento della verità 'ad ogni costo' non può trattarsi solo di un'opzione terminologica roboante ma, in sostanza, non così significativa. Se solo si considera il fatto che nel vigente codice di rito i compilatori hanno consapevolmente bandito quasi ogni riferimento esplicito al concetto di 'verità', la circostanza che, viceversa, il codice Rocco lo contemplasse come vero e proprio oggetto di un obbligo posto in capo al giudice ha un valore notevole altresì sul piano tecnico-giuridico, poiché è proprio da quelle poche ma incisive parole che sgorga la fonte della asimmetrica (e, dunque, sbilanciata) ripartizione di poteri, facoltà e diritti in punto di accertamento dei fatti nel corso del procedimento probatorio. Per queste ultime argomentazioni, G. VASSALLI, *Il diritto alla prova nel processo penale*, cit., 23; A. BARGI, *Procedimento probatorio e giusto processo*, cit., 157; L.P. COMOGLIO, *Prove ed accertamento dei fatti nel nuovo c.p.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 129.

⁶⁶ A. BARGI, *Procedimento probatorio e giusto processo*, cit., 153; M. DAMAŠKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, trad. it. di F. Cuomo Ulloa e V. Riva, a cura di M. Taruffo, Il Mulino, Bologna, 2003, 154 ss., in particolare 156 («si considera il processo penale come la roccaforte della ricerca d'ufficio della verità») (corsivo nostro); G. DE LUCA, *Il sistema delle prove penali*, cit., 1266; ID., *La cultura della prova e il nuovo processo penale*, cit., 204: «Domina incontrastato il principio basato sul monismo dell'idea della verità e sul contenuto metafisico che si attribuisce all'evidenza: concezione travasata nell'art. 299 dell'abrogato codice di procedura penale».

⁶⁷ E. AMODIO, *Libertà e legalità della prova*, cit., 313, per il quale la versione autoritaria del principio del libero convincimento emergente dal sistema processuale dell'epoca si manifestava «con una esasperazione del potere inquisitorio che lascia al giudice la libertà di appropriarsi in ogni caso del materiale capace di confermare qualsiasi tesi emotivamente o politicamente prescelta» (corsivo nostro); G. DE LUCA, *La cultura della prova e il nuovo processo penale*, cit., 205; L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., 134: «È accaduto infatti, nel vecchio regime processuale Rocco, che il tabù delle prove legali e l'equivoco dogma del libero convincimento hanno squalificato sul piano teorico prima che pratico qualunque disciplina del procedimento probatorio diretto a vincolarlo alla loro soddisfazione».

Ci sembra decisamente interessante richiamare la circostanza che, anche nella congerie variegata di norme in materia di giustizia amministrativa per come configurata all'inizio del Novecento, fossero molteplici i richiami al fine pregnante della scoperta del vero, cui si riconnetteva la previsione in capo al Consiglio di Stato di poteri istruttori del tutto svincolati da limitazioni di sorta, al punto che in letteratura si è fatto notare il carattere tendenzialmente inquisitorio del rito amministrativo di suddetto periodo. Sul punto, G. DE GIORGI CEZZI, *La ricostruzione del fatto nel processo amministrativo*, cit., 52 ss., la quale richiama l'art. 36 T.U. 17 agosto 1907, n. 638 (poi, art. 44 T.U. Cons. St., 26 giugno 1924, n.1054), ove, con riferimento al giudizio di merito della V sezione del Consiglio di Stato si prevedeva che il giudice potesse «ordinare qualunque altro mezzo istruttorio», oltre a quelli previsti per il giudizio di legittimità della IV sezione del Consiglio di Stato. Inoltre, bisogna rammentare quanto prevedeva il Regolamento per la procedura dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato (R.D. 17 agosto 1907, n. 642): all'art. 27, esso disponeva che la citata V sezione potesse, tra le altre attività istruttorie, «fare tutte le altre indagini che possono condurre alla scoperta della verità». È innegabile una qual certa similarità rispetto al tenore dell'art. 299 c.p.p. Rocco. In linea di massima, il mero richiamo all'obiettivo epistemologico non può, *ex se*, essere inteso quale inequivoco sintomo di inquisitorialità di un sistema processuale, posto che in generale l'afflato teleologico che muove la macchina processuale, ancora oggi, è l'accertamento, la conoscenza (ciò che veramente crea un discrimine tra tali altisonanti enunciazioni di principio e l'approccio contemporaneo al problema della verità nel processo è il modo di intendere tale verità, e la proiezione di tale divergente concezione sul piano tanto della tecnica accertativa quanto dei suoi riflessi in punto di giustizia del *decisum* giudiziale). Purtroppo, il tenore lessicale delle abrogate norme richiamate in materia di istruttoria dinanzi al Consiglio di Stato testimonia il carattere inquisitorio del sistema allora profilato, che si evince dalla metodologia accreditata per pervenire all'obiettivo, incentrata sulla discrezionalità del giudicante nella selezione – anche al di fuori di espresse previsioni normative – della strumentazione istruttoria significativa: sembrerebbe, dunque, che non vi fossero differenze tra il modello accolto dall'art. 299 c.p.p. Rocco e le norme che regolavano l'istruttoria nel processo amministrativo all'inizio del secolo scorso.

dell'autorità giudiziaria, che le flette a proprio piacimento affinché il procedimento probatorio possa rispecchiare quella verità storica che sin dalla formulazione dell'addebito è stata accreditata.

La menzionata discrezionalità è diretto precipitato della distorsione interpretativo-applicativa concernente il principio del libero convincimento. Ebbene, si capisce come mai l'esegesi dottrinale e giurisprudenziale della norma in rassegna giungesse alla conclusione che «la ricerca e l'acquisizione delle prove sono il compito istituzionale dell'organo istruttorio, *i cui poteri a questo riguardo non incontrano limiti*»⁶⁸. L'esaltazione della mèta totalizzante della verità storico-materiale, propugnata finanche dal nucleo normativo di riferimento, ha nutrito e fomentato la diffusa tentazione alla fuga dalla regola, accompagnata da una insistente tendenza alla 'bulimia' conoscitiva. L'obiettivo era l'ampliamento smisurato delle potenzialità gnoseologiche inerenti ai fatti che si volevano dimostrare veri. Lo strumento era l'aggiramento – ma potrebbe dirsi pure 'l'eversione' – di quel minimo di confini normativamente previsti per l'esplicarsi del fenomeno probatorio, oltre all'inclinazione alla massimizzazione delle occasioni per l'acquisizione di informazioni utili. Si potrebbe affermare – anticipando le conclusioni – che, nel vigore del previgente sistema, la vagheggiata aspirazione veritativa, con il suo peculiare carattere autoritativo, ha rappresentato il più efficiente alibi per giustificare la strategia giurisprudenziale che legittimava l'acquisizione della conoscenza *ad ogni costo*.

Sotto questo profilo, vale la pena di soffermare la disamina su due questioni di notevole peso.

Quanto alla attitudine della prassi applicativa all'espansione del panorama di conoscenze nella libera disposizione del giudice, un canale sicuramente ricco di potenzialità era rappresentato, *inter alia*, dalla norma – dedicata alla disciplina delle

⁶⁸ F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 577. ID., *Il procedimento probatorio*, in *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, 64-65, nt. 159: paradossalmente, o addirittura ironicamente, è «il disinteresse per il giudizio di fatto [che] ispira la regola dell'assoluta libertà nella scelta dei mezzi di persuasione [...] il convincimento è libero, perché sovraneamente libera è la scelta dei mezzi per formare il giudizio storico» (IMP il resto che dice nella nota). Si veda, sul punto, anche quanto scrive A. BARGI, *Procedimento probatorio e giusto processo*, cit., 145 ss., nel contrapporre la concezione della prova accolta nel previgente sistema processuale a quella accreditata, invece, dal codice di rito del 1988.

In ambito processualciviltistico, emblematiche sono le parole con cui Carnelutti inaugurava un contributo sul tema della produzione in giudizio di prove illecitamente acquisite: «A prima vista verrebbe voglia di dire: il giudice cerca la verità e quando una prova gli serve per fargliela conoscere, se ne deve giovare» (F. CARNELUTTI, *Illecita produzione di documenti*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1935, 2, 63). Cfr. altresì B. CAVALLONE, *Oralità e disciplina delle prove nella riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 4, 695.

letture dibattimentali – di cui all’art. 466, comma 2, c.p.p. abr.⁶⁹. Essa si occupava di prevedere la facoltà di lettura-acquisizione di atti provenienti da altri, diversi procedimenti (penali e civili), purché definiti con sentenza irrevocabile.

Alquanto significativi appaiono, a nostro parere, almeno tre aspetti arguibili dal dettato testuale della disposizione in parola. *In primis*, è del tutto evidente come, su di un piano generalissimo, la previsione della possibilità di fare uso di atti altrove raccolti rappresenti una delle massime espressioni della ambizione ad una conoscenza totale, cui si faceva riferimento in precedenza. Un siffatto marchingegno consente, difatti, di ampliare gli orizzonti gnoseologici dell’organo giudicante al di là dei limiti segnati dal tempo e dallo spazio della vicenda giudiziale che gli si prospetta dinnanzi. Date queste premesse, è chiaro come il sistema misto a prevalenza inquisitoria di epoca fascista contemplasse una simile facoltà. Per un verso, il trasferimento di atti da un giudizio ad un altro, diverso ed autonomo, si reggeva sul dogma dell’unità della giurisdizione e concorreva a garantirgli concretezza applicativa, sebbene l’importazione di atti di genesi aliena non implicasse certo un’efficacia vincolante extraprocessuale delle pronunce rese al termine dei giudizi ove le suddette prove erano state *ab origine* formate. Per l’altro – ed è il punto saliente – la lettura di atti *aliunde* costituiti permetteva al giudice di inglobare una considerevole quantità di informazioni «necessari[e] all’accertamento della verità» che, per avventura, non fossero acquisibili in modo immediato dal giudicante nel ‘suo’ processo «prontamente» e con agevole semplicità⁷⁰.

Il secondo aspetto rilevante, legato a doppio filo col precedente, si colloca sul piano dell’efficienza allo scopo dello strumento dell’interscambio di atti giudiziari e concerne, in specie, i limiti entro i quali ciò poteva attuarsi legittimamente. Il ‘vecchio’ codice pareva accontentarsi, infatti, della circostanza che il trasferimento interprocessuale di prove fosse attuabile da un punto di vista materiale, posto che il vincolo della irrevocabilità della sentenza resa nel giudizio ove fosse stato formato l’atto istruttorio, potenziale oggetto di trasferimento altrove, non rappresentava un limite efficace. Difatti, sul piano giuridico, tale presupposto nulla era in grado di aggiungere al valore logico

⁶⁹ Si riporta il testo della norma citata: «È pure permessa la lettura di atti relativi ad un altro procedimento penale definito con sentenza irrevocabile o di un giudizio civile definito con sentenza che ha acquistato autorità di cosa giudicata, quando il presidente o il pretore ne riconosce la pertinenza e l’utilità».

⁷⁰ L’idea di base è quella, chiaramente riassunta da N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., 1, per cui «non si dovrebbero avere remore a recuperare apporti conoscitivi formati in altra sede processuale se rilevanti in un diverso giudizio».

cognitivo del singolo elemento probatorio, dal momento che non sanciva alcun vincolo sul piano valutativo-accertativo per il giudice *ad quem*. Ciò avrebbe cozzato in modo irrimediabile contro il dogma del libero convincimento. Peraltro, l'irrevocabilità della sentenza conclusiva del processo *a quo* non solo non ci sembra fosse posta a baluardo della qualità gnoseologica del dato probatorio da trasferire⁷¹, ma, d'altronde, non poteva neppure rappresentare l'esito di un bilanciamento operato a monte dal legislatore a garanzia di altri beni giuridici la cui tutela potesse frapporre una legittima barriera all'incessante avanzata verso l'affermazione della Verità.

La intrinseca debolezza del 'filtro' in ingresso di cui si discorre fu colta e, di conseguenza, sfruttata dalla giurisprudenza del tempo, impegnata in una serrata battaglia contro ogni tipo di formalismo (su cui si tornerà a breve). Come faceva rilevare Cordero, a fronte della regola ricavabile *a contrario* dal dettato del secondo comma dell'art. 466 c.p.p. abr., ossia il divieto di inclusione nel compendio istruttorio di atti formati in giudizi non ancora definitivamente conclusi, l'esegesi offertane nella prassi risultava quantomeno lassa. Sfruttando la 'debolezza' del divieto *de quo*, la cui violazione non era sanzionata a pena di invalidità dell'acquisizione probatoria, la giurisprudenza ha lavorato per eroderne i margini, tanto da giungere a sovvertire tale regola di esclusione implicita. Un certo indirizzo, in palese conflitto con la lettera della norma, aveva avallato l'assunto che la lettura degli atti formati in un processo diverso ed ancora in corso fosse del tutto legittima. Vi era invece chi sosteneva che la trasgressione alla previsione *de qua*, se pure avesse determinato una nullità, avrebbe beneficiato della sanatoria conseguente all'inerzia delle parti⁷². Altri ancora avevano respinto la tesi della legittimità dell'acquisizione di atti *aliunde* formati in mancanza del requisito dell'irrevocabilità della pronuncia conclusiva del giudizio *a quo*: ritenevano

⁷¹ M. DAMAŠKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, trad. it. di F. Cuomo Ulloa e V. Riva, a cura di M. Taruffo, Il Mulino, Bologna, 2003, 92, il quale riflette sul fatto che nelle giurisdizioni di *civil law* (che, di regola, hanno optato per modelli processuali non *adversary* ma piuttosto di tipo misto-inquisitorio) «il materiale probatorio non è vagliato in modo severo, di modo che *informazioni di valore incerto* possono facilmente trovare ingresso nel processo» (corsivo nostro).

⁷² Più in generale, sul tema della comminatoria di nullità per violazione di un divieto di lettura e della sanatoria per inerzia delle parti, F. CORDERO, *Scrittura e oralità*, in *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, 189: il solo fatto che le parti tacciano e non eccepiscano il vizio «immette nel dibattito una prova, che non si sarebbe dovuta addurre. La prova inammissibile ed acquisita con un atto nullo, grazie alla sanatoria di quest'ultimo, entra nel novero delle risultanze processualmente rilevanti». Una ragione di ciò risiederebbe, per l'interpretazione riportata dal citato Autore, nella circostanza che «non risponde ai canoni dell'economia considerare giuridicamente *infectum* ciò che si è ottenuto con l'opera svolta nel primo stadio del processo: ovvio, quindi, che, nel quadro di un sistema quale il nostro, la possibilità di usare le acquisizioni del procedimento preliminare [...] ne rappresenti un naturale corollario».

però che, in ogni caso, la eventuale sopravvenienza di tale elemento riverberasse i propri effetti 'legittimanti' a ritroso, sin dal momento della migrazione della prova nel processo *ad quem*. Infine, in tempi meno risalenti, l'approccio della migliore dottrina tendeva a rinnegare recisamente l'aggiramento palese del limite dell'irrevocabilità posto dall'art. 466, comma 2, c.p.p. Rocco: «il divieto che discende *a contrario* [dalla norma da ultimo citata] non è dettato sotto pena di nullità; *ma questo non significa che l'acquisizione di una prova inammissibile sia efficace*: l'atto è certamente *invalido*»⁷³ ed insanabile, in mancanza di una previsione *ad hoc*⁷⁴.

Infine, vale la pena evidenziare come, salvo il pur debole e talora disinnescato presidio che avrebbe dovuto essere offerto dal citato requisito dell'irrevocabilità, la norma in rassegna non faceva altro che confermare la notevole discrezionalità sul fronte probatorio assegnata all'organo giudicante. Era quest'ultimo il *dominus* della prova, anche di quella extra-costituita, avendo il potere di ammetterla o di escluderla sulla base dei parametri di pertinenza ed utilità (da ponderarsi sempre in relazione al sovradimensionato fine proclamato nell'art. 299 cit.). Il dubbio sull'inutilità al raggiungimento della conferma della vera Verità fattuale precludeva senz'altro l'ingresso dell'elemento di origine aliena, non essendo garantito il diritto alla prova della parte nei termini in cui il codice Vassalli l'ha ampiamente riconosciuto (cfr. art. 190 c.p.p.), ma qualsiasi dato che potesse far propendere per quella che si riteneva la vera soluzione del caso sarebbe stato battezzato col crisma dell'utilità. Si trascurava completamente non soltanto il diritto dell'imputato di difendersi provando, ma in special modo il suo diritto di confrontarsi con l'accusatore.

Difatti, in linea con la filosofia fatta propria dal codice Rocco, per cui ogni spazio ritagliato per la tutela in ambito istruttorio dei diritti di parte costituiva un indebito limite al vero scopo del giudizio, non era previsto alcun vincolo soggettivo in punto di utilizzabilità delle prove provenienti da processi differenti. Dunque, anche colui che non

⁷³ F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 645 ss. (corsivo nostro). Si vedano, *ivi*, anche i riferimenti giurisprudenziali relativi agli indirizzi esegetici menzionati nel testo.

⁷⁴ Si consideri, peraltro, che l'art. 3, l. 8 agosto 1977, n. 534, aveva novellato il codice di rito del 1930, interpolando l'art. 144 *bis*, il quale disponeva che, nell'eventualità in cui imputati di reati connessi fossero giudicati separatamente, l'acquisizione e la lettura degli atti provenienti da uno dei procedimenti connessi fossero legittime nonostante che il giudizio *a quo* non fosse ancora concluso con sentenza irrevocabile. Sui problemi di coordinamento tra la previsione appena evocata e la disciplina generale ex art. 466, comma 2, c.p.p. 1930, cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 647; v. inoltre V. PERCHINUNNO, voce *Prova documentale (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, 1988, Milano, 724.

aveva avuto alcun modo di difendersi rispetto alle emergenze dell'istruzione probatoria altrove condotta era soggetto all'eventuale utilizzo *contra se* di tali atti⁷⁵. Il bene supremo della difesa sociale, assicurato dalla capacità intuitiva del giudice di conoscere la Verità materiale, non poteva retrocedere dinanzi alle esigenze di tutela del diritto dell'imputato di confrontarsi con le prove a carico. Così come, rispetto alle prove formate in segreto dall'istruttore, era sufficiente l'esplicarsi del contraddittorio sulla prova, altrettanto doveva predicarsi di atti a contenuto probatorio provenienti da altre diverse vicende giudiziali⁷⁶.

Su di un altro, ma interconnesso, fronte, la vocazione alla massimizzazione dello strumentario probatorio a disposizione del giudice per l'estrazione della verità storica ha trovato una solidissima sponda nell'abusivo asservimento della tecnica del libero convincimento alla demolizione dei (pur minimi) canoni di legalità della prova.

Per un verso, siffatto approccio si nutre di quella che è stata evocativamente definita una «cultura [...] antiformale»⁷⁷, che ignora con pervicacia il valore contenutistico di garanzia che le forme sono intese ad esplicitare in ambito probatorio⁷⁸. Al più, si era

⁷⁵ In senso critico ed auspicando una maggior valorizzazione degli spazi di attuazione del contraddittorio nell'operatività del meccanismo di interscambio probatorio, E. AMODIO, *Libertà e legalità della prova*, cit. 330.

⁷⁶ F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 646.

Un approccio di tal sorta al fenomeno di interscambio probatorio era senz'altro legato anche alle posizioni razionalistiche filosofico-scientifiche che i compilatori del 1930 avevano posto a fondamento dell'elaborazione del proprio concetto di prova, intesa quale mezzo *oggettivo ed indeformabile* di conoscenza (come scrive B. PASTORE *Giudizio, prova, ragion pratica*, cit., 79, «l'evidenza dei fatti [...] basta a se stessa») che dunque, anche per questo, non necessita di particolari cautele quanto alla sua introduzione in giudizio. «Se la prova ha una sua oggettività significativa, insensibile al processo di estrazione, una volta venuta alla luce è valida dovunque e comunque. Di qui la trasmissibilità della prova e la sua efficacia *erga omnes*. La prova è una pianta resistente: può essere trapiantata in qualsiasi terreno e sopravvive in ogni clima. Questa idea taglia la prova dalle proprie radici, ne fa un organismo autosufficiente» (F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale*, cit., 189).

Sembra a questo punto necessario aprire una brevissima parentesi per richiamare l'attenzione sul fatto che la disposizione esaminata nulla prevedeva con riferimento all'importazione in sede di giudizio penale di atti provenienti dall'autorità amministrativa. La giurisprudenza formatasi nel vigore del codice Rocco, pertanto, aveva – anche in questo caso – improntato la propria strategia esegetica sull'abusato paradigma del libero convincimento: la tendenza era dunque rivolta «all'uso *pressoché indiscriminato* di atti e informazioni provenienti dall'autorità amministrativa, sul presupposto che il libero convincimento fungesse da *criterio anche di ammissibilità* (oltre che di valutazione) della prova» (R. ORLANDI, *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale*, cit., 3) (corsivo nostro).

Per quanto concerne, invece, il fenomeno, inverso a quello considerato *supra*, di trapasso di risultanze del procedimento penale in giudizi di diversa natura, ed in specie civile, le soluzioni proposte da dottrina e giurisprudenza apparivano alquanto variegate, tanto sotto il profilo della definizione del catalogo di atti legittimamente esportabili da rito penale a rito civile (e delle condizioni per siffatto trasferimento), quanto sotto quello del valore conoscitivo da assegnare ai verbali di prove penali acquisite nel giudizio civile *ad quem*. I termini del dibattito sono limpidamente riportati da B. CAVALLONE, *Oralità e disciplina delle prove*, cit., 696 ss.; nonché da G.F. RICCI, *Prove penali e processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, 867 ss., cui si rinvia anche per i ricchi riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

⁷⁷ G. DE LUCA, *La cultura della prova e il nuovo processo penale*, cit., 209.

⁷⁸ F. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Bari, 1981, 558, ove si legge: «Severamente disciplinato dal modello accusatorio, l'atto acquisitivo tende nell'inquisitorio a *uno stile formalmente libero*: qui conta poco come agiscano le parti [...]; un *interesse gnoseologico ipertrofico eclissa la procedura*. [...] Una condotta deviante

disposti ad accettare – e comunque non di buon grado – un qualche simulacro di formalismo meramente estrinseco che, in modo forse pretestuoso, doveva rappresentare una sorta di ‘consolazione’ per la difesa, ostracizzata quasi del tutto dal momento tipico dell’istruzione probatoria⁷⁹. Formalismo che, per converso, finiva invece col potenziare ulteriormente gli spazi autoritativi del giudice nel manipolare le norme ed il materiale conoscitivo addotto in giudizio, perché nient’affatto coesistente al valore gnoseologico della prova e, dunque, dispensabile⁸⁰.

Per altro verso, ma per una medesima ragione, non si era consapevoli della emblematica specificità della prova giudiziale, che, da un lato, veniva con ingenuità rivestita del manto asseritamente oggettivo delle evidenze scientifiche, e che, dall’altro, soggiaceva – in modo incongruo – al medesimo trattamento cui erano sottoposti gli atti d’impulso processuale, per ciò che concerne gli eventuali vizi che avrebbero potuto tangere e l’una e gli altri⁸¹.

A livello di tecnica normativa, la combinazione di simili influenze dogmatiche si può senz’altro apprezzare nella scelta di prevedere regole probatorie ‘spuntate’, in ragione del fatto che o la violazione del procedimento per la genuina formazione dell’elemento istruttorio non pativa sanzioni di alcun genere⁸² o la garanzia del rispetto di previsioni

[nell’acquisizione delle prove] non pregiudica l’effetto» (corsivo nostro).

⁷⁹ Si parla, a questo proposito, di ‘garantismo inquisitorio’, secondo l’evocativa immagine coniata da E. AMODIO, voce *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 181. S. LORUSSO, *L’illusione accusatoria al tramonto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 12, 1465; A. SCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, Torino, 2000, 99.

⁸⁰ Il sistema adottato per pervenire ad un siffatto risultato è suggestivamente tratteggiato da F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale*, cit., 122 ss., che ne rileva l’ironia: «La consumata tecnica del sistema inquisitorio è definire la tipologia degli atti processuali, lasciandone indefiniti i presupposti. Gli atti processuali sono regolati nelle loro forme, nell’oggetto, negli effetti e nella loro concatenazione seriale. Ma vengono lasciati nel vago i presupposti. [...] In questo modo il potere è ad un tempo libero e legale: legale negli atti che compie, libero nelle scelte. La legge processuale assume quindi la funzione di mera *delimitazione esterna* del potere, ma non vincola internamente la libertà di decidere del potere». G. DE LUCA, *La cultura della prova e il nuovo processo penale*, cit., 209.

⁸¹ F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale*, cit., 136. In dottrina, però, la consapevolezza che tra atti a rilevanza probatoria e atti propulsivi vi fosse una sostanziale differenza parrebbe percorrere il contributo di F. CORDERO, *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, 680 ss., come base concettuale delle riflessioni condotte dall’Autore, in specie con riferimento alla delineazione delle conseguenze dell’accertamento della nullità, quale sanzione che, nel vigore del codice previgente, doveva applicarsi sia alle prove sia agli atti d’impulso processuale che risultassero compiuti *contra legem* (sul punto, *op. cit.*, 693 ss.).

⁸² Per un emblematico esempio dell’approccio – definito «sconcertante» per i risultati cui conduceva – adottato dalla giurisprudenza con riferimento all’impiego in dibattimento dei verbali di sommarie informazioni formati dalla p.g., il cui divieto di transito nella fase dibattimentale non era espressamente sanzionato, con la conseguenza che la prassi ne giustificava un uso illimitato mediante lettura (arg. ex art. 466, comma 4, c.p.p. 1930), si veda F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 639 ss. e in particolare 642. Bisogna dar atto del fatto che talune voci in dottrina avevano ipotizzato che, ogni qualvolta il legislatore avesse contemplato il vizio di un atto istruttorio, seppur senza comminare una sanzione purchessia (nullità, inefficacia o simili), la prova sarebbe stata da considerare invalida ed in particolare sempre assoggettabile al regime dell’inammissibilità (G. CONSO, //

normative sul metodo era affidata ad una comminatoria di nullità⁸³. Ed essa era ben poca cosa, in quanto, trattandosi di nullità relativa (o, al più, intermedia, dopo la riforma che per la prima volta aveva coniato tale categoria, ossia la legge 8 agosto 1977, n. 534), era strutturata in modo tale da poter essere scavalcata con relativa disinvoltura dall'organo giudiziario⁸⁴.

concetto e le specie d'invalidità. Introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali, Milano, 1972, 84).

⁸³ Per una puntuale disamina storica delle problematiche questioni legate ai margini di tutela della legalità probatoria nel contesto del rito prevalentemente inquisitorio coniato nel 1930, si veda, per tutti, A. SCCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit., 65 ss.

F. CORDERO, *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, cit., 683, nt. 11, faceva notare però che «la fattispecie dell'atto non sempre può essere interamente ricostruita sulla scorta delle previsioni di nullità»: adoperando le categorie dogmatiche in tema di invalidità che, all'epoca, erano concepibili *de iure condito*, l'Autore evidenziava la circostanza per la quale taluni requisiti costitutivi delle fattispecie di certi atti processuali sono tali per cui la loro carenza, piuttosto che una nullità, avrebbe potuto addirittura produrre l'inesistenza della fattispecie stessa, deficienza che pertanto sarebbe stata insanabile. L'Autore, ragionando in questi termini, ha applicato il concetto di inesistenza a certuni atti di acquisizione probatoria (in ID., *Prove illecite nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, 32 ss.), concludendo che «il dato istruttorio irrualmente assunto non è passibile d'essere utilizzato agli effetti della decisione». Le medesime riflessioni vengono condotte anche altrove dall'Autore: si veda ID., *Riti e sapienza del diritto*, cit., 559, ove si legge: «Una prova inammissibile o acquisita invalidamente non conta nel quadro decisorio, fosse anche irresistibilmente persuasiva». Eppure, *ivi*, sembra aleggiare ancora l'ombra dell'incertezza del confuso discrimine, sul piano dogmatico-classificatorio ed altresì su quello della tecnica di trattamento processuale, tra prova inammissibile (ritenuta radicalmente inefficace) e prova nulla in senso tecnico e quindi passibile di sanatoria (sui limiti e le incongruenze di un sistema che «all'oscuro di alternative sanzionatorie, puntava su di un solo tipo di vizio per colpire sia la prova inammissibile che la prova male acquisita», cfr. N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992, 47-48). Come scrive A. SCCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit., 73 ss., deve ritenersi che la strategia esegetica allora praticata, volta ad appurare se l'acquisizione di una prova inammissibile fosse o meno prevista *expressis verbis* a pena di nullità, fosse fallimentare, poiché ciò avrebbe di necessità comportato di dover giudicare processualmente rilevante ed utilizzabile per la decisione prove vietate ma prive di un corredo sanzionatorio esplicito. Piuttosto, si sarebbe dovuto porre mente al fatto che la gamma di imperfezioni *lato sensu* idonee a colpire gli atti di acquisizione probatoria era più ampia del solo ambito occupato dalle nullità, comprendendo altresì l'inefficacia «da considerarsi intrinseca ad ogni divieto probatorio» quale «tipica figura di vizio che, per sua natura, non si presta ad essere riparato».

F. CARNELUTTI, *Illecita produzione di documenti*, cit., 63, prospetta la tesi della inefficacia dell'atto probatorio introdotto in giudizio *iniuria*, ma ipotizza che, per appurare la bontà di tale idea, sia necessario valutare «come le cose sarebbero state senza l'atto illecito» (una sorta di 'prova di resistenza' *ante litteram*), posto che l'autore dell'illecito non dovrebbe poter beneficiare di una situazione processuale migliore per merito della commissione di un fatto *non iure* e *contra ius*. Su questa scorta e considerando le modalità di funzionamento dello strumento processualciviltistico dell'esibizione di documenti, l'Autore perviene a sostenere che, salve le conseguenze extraprocessuali, «in difetto di una norma, la quale statuisca contro tale illecito, anche la inefficacia della produzione in giudizio, il giudice non potrebbe rifiutare di considerarlo come ogni altra prova», allorché colui che abbia introdotto la prova illecitamente ottenuta avrebbe in ogni caso avuto diritto ad ottenerne l'esibizione.

⁸⁴ La trasgressione dei divieti posti in materia probatoria non avrebbe potuto – strutturalmente – essere inclusa nelle ipotesi di prescrizione a pena di nullità assoluta, stante il disposto dell'art. 185 c.p.p. 1930, poiché – come rilevava la dottrina – era assai difficoltoso far rientrare i divieti probatori nel catalogo di norme inerenti ad intervento, assistenza o rappresentanza dell'imputato (che rappresentavano i possibili casi di nullità assoluta). E certamente siffatto tentativo esegetico non sarebbe comunque stato più praticabile dopo la novella intervenuta nel 1977 (citata *supra*), essendo stato ulteriormente ristretto l'ambito di operatività delle nullità insanabili, con la creazione della categoria delle nullità intermedie. In termini, A. SCCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit., 66-67, nonché più in dettaglio 79 ss.; ID., voce *Inutilizzabilità della prova* (*dir. proc. pen.*), in *Enc. dir.*, Annali, II, 1, 2008, 479-480. Fa notare la scarsa effettività del previgente sistema di sanzioni processuali in ambito probatorio N. GALANTINI, *Inosservanza di limiti probatori e conseguenze sanzionatorie*, in AA.VV., *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di G. Ubertis, Milano, 1992, 169-170, la quale pone in evidenza come taluni casi di divieto probatorio fossero insufficientemente salvaguardati, «posto che l'apposizione di una semplice nullità (relativa) poteva far sì che la successiva sanatoria vanificasse l'autorità del limite probatorio enucleato». In argomento, si consideri quanto ha osservato Cass., SS.UU., 9 aprile 2010, n. 13426, Cagnazzo, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 6, 679 ss., che evidenzia come, nel corso dei lavori preparatori per il nuovo codice di rito, la dottrina e la giurisprudenza (sia di legittimità che costituzionale) avevano manifestato la propria profonda insoddisfazione per il modo di operare della nullità con riferimento ai divieti probatori «che il regime delle sanatorie costringe(va)

Quest'ultimo poteva, infatti, contare su due portentosi quanto incongrui 'antidoti' al vizio della prova, *i.e.* rinnovazioni e sanatorie, posto che, per sua natura, la nullità impatta sull'atto probatorio e non sul suo contenuto conoscitivo, che pertanto, secondo la ricostruzione dogmatica dell'epoca, non avrebbe subito conseguenze di sorta.

Se la prova è autoevidente, non è il procedimento istruttorio a formarla e ad incidere – in positivo o in negativo – sulla qualità informativa del dato ottenuto, che dunque, *in primis*, potrà essere 'estratto' dalla fonte quante volte si ritenga opportuno, correggendo la forma dell'atto senza che ciò produca significative conseguenze sull'elemento ricavato⁸⁵.

In secondo luogo, ciò spiega limpidamente la strategia 'sanante' adottata dalla giurisprudenza⁸⁶. Poiché, in funzione dell'apprensione della Verità assoluta, non si

a ritenere come non scritti, quando (era) acquisita una prova *contra legem*» senza che venisse eccepito tempestivamente il vizio. D'altronde, a seguito di alcune prese di posizione della Consulta (significativa la sentenza Corte cost., 6 aprile 1973, n. 34), il legislatore non è rimasto del tutto sordo alle menzionate censure: nel 1974 per la prima volta il concetto di inutilizzabilità della prova ha fatto il proprio ingresso nel codice Rocco, per il tramite dell'introduzione dell'art. 226-*quinqües*, in materia di intercettazioni 'incostituzionali', ossia assunte in violazione della libertà fondamentale tutelata dall'art. 15 Cost. In particolare, la norma citata ha decretato l'inutilizzabilità delle captazioni effettuate al di fuori dei casi consentiti dalla legge (intercettazioni *extra legem*) e quelle eseguite in difformità delle prescrizioni legali (intercettazioni *contra legem*), oltre che delle immagini e notizie ottenute violando la norma incriminatrice di cui all'art. 615-*bis* c.p. La peculiarità della fattispecie si percepisce nel momento in cui si consideri la curiosa circostanza – comprensibile alla luce del substrato normativo e dogmatico che facevano da sfondo all'interpolazione in disamina – che il legislatore avesse previsto, per simili elementi conoscitivi viziati, l'inutilizzabilità *a pena di nullità assoluta*. Il riformatore, come notato in dottrina (N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992, 463), aveva inteso supportare il precetto paralizzante della spendita a fini probatori delle captazioni irrituali e/o illegali con una sanzione tradizionale, *sub specie* di nullità assoluta per evitare qualsiasi eventuale recupero sanante a fronte di un approccio della prassi teso a degradare a mera irregolarità qualsiasi violazione di prescrizioni non sancite a pena di nullità. Sul punto, C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità*, cit., 40 ss., la quale ricostruisce in chiave storico-critica l'evoluzione del sistema sanzionatorio in materia probatoria, a partire dal sistema, costruito sulla nullità, del codice Rocco, per ripercorrere poi tutte le tappe che hanno condotto alla introduzione, con il codice del 1988, della disposizione di cui all'art. 191 c.p.p. che sanziona espressamente con la inutilizzabilità la acquisizione di prove in violazione dei divieti probatori; cfr. inoltre EAD., *Nullità e inutilizzabilità: problemi attuali e prospettive di riforma*, in *Cass. pen.*, 2008, 4, 1651B, § 3.

⁸⁵ F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale*, cit., 187 ss. A. SCCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit., 75 ss., manifesta le proprie perplessità sulla correttezza teorica, prima ancora che pratica, dell'utilizzo del marchingegno della rinnovazione quale 'antidoto' della nullità, qualora ricorresse un vizio incidente sul procedimento ammissivo della prova che la legge vietava di acquisire. Difatti, facendosi questione di un'attività processuale proibita in assoluto, sarebbe del tutto fuori luogo ritenere che l'errore fatto nell'ammettere la prova vietata sia correggibile mediante una ripetizione *ex novo* dell'atto istruttorio *de quo*, poiché ciò non farebbe altro che tradursi nel compimento di un'ulteriore attività probatoria radicalmente preclusa *ex lege*. «Il problema di una valida rinnovazione dell'atto acquisitivo di una prova inammissibile non può a rigore neppure porsi, dovendosi per definizione escludere che sia consentito mettere in luogo dell'atto nullo un altro atto valido ed efficace». In termini, F. CORDERO, *Il procedimento probatorio*, cit., 72, il quale precisa che «la possibilità d'una rinnovazione è esclusa, se il vizio concerne il provvedimento ammissivo: per quante volte si reiteri l'atto, il risultato non muta, giacché l'ammissione urta contro il divieto di legge».

⁸⁶ Ad un osservatore attento, tuttavia, si mostra con chiarezza l'incongruità di un meccanismo operativo di tal fatta. Il divieto probatorio si pone quale filtro in ingresso rispetto ad una prova che il legislatore non avrebbe voluto divenisse parte del plesso conoscitivo a disposizione del giudice. L'acquisizione *contra legem* della prova dovrebbe condurre alla radicale espunzione di essa dal panorama degli strumenti accertativi disponibili. Eppure, sanzionare con la nullità – relativa o intermedia – l'atto acquisito in violazione del divieto probatorio dischiude alla possibilità di meccanismi sananti (è, difatti, sufficiente la mera inerzia delle parti nel far constatare la violazione intervenuta nell'acquisire la prova perché si attivi la sequenza sanante), il cui risultato consiste nella produzione

poteva – *rectius*: non si doveva – rinunciare ad alcuna informazione, né a beneficio dell'affidabilità dell'accertamento né a garanzia di beni giuridici di altra natura indebitamente incisi, la nullità probatoria finiva per essere accortamente elusa, mediante un uso spregiudicato del canone del libero convincimento, «vorace potenza superlogica»⁸⁷ capace financo di tramutare una prova *tipica* assunta illegittimamente, e dunque *invalida*, in una prova *atipica* da cui trarre argomenti utili per l'accertamento della verità.

Si attuava, in questo modo, una fuga dalla fattispecie probatoria e dai requisiti per la sua valida formazione. Pur di non perdere alcun elemento informativo purchessia, qualora questo non fosse conforme alla previsione normativa se ne escludeva, per avventura, la qualifica di 'prova', ma non si voleva con ciò certo sostenere che esso dovesse espungersi dal panorama conoscitivo del giudice. Il convincimento doveva essere libero, e pertanto vi doveva essere altresì la libertà di maneggiare elementi 'spuri', concepiti alla stregua di «ineliminabile "realtà di fatto"», passibile di essere legittimamente posta a base del *decisum* all'esito della consentita valutazione da parte del giudice – al quale, al più, si richiedeva un superiore livello di cautela nella ponderazione dell'attendibilità del suddetto «*mero accertamento di fatto*»⁸⁸.

Ebbene, tirando le fila di quanto osservato sin qui, verrebbe da dire che, in fin dei conti, al processo inquisitorio ben poco importava di assicurare un'acquisizione

di un effetto giuridico che mai sarebbe stato possibile ottenere qualora si fosse operato in conformità alle previsioni normative sin dall'origine. Sul punto, cfr. quanto scrivono F. CORDERO, *Il procedimento probatorio*, cit., 74; N. GALANTINI, *Inosservanza di limiti probatori e conseguenze sanzionatorie*, cit., 171 (nonché, *ivi*, riferimenti giurisprudenziali); A. SCCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit., 67, nonché 74 ss.

⁸⁷ F. CORDERO, *Diatribe sul processo accusatorio*, in ID., *Ideologie del processo penale*, Milano, 1966, 230. Analogamente, E. AMODIO, *Prove legali, legalità probatoria e politica processuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, 373 ss.: in particolare, con disappunto l'A. rileva «la gravità del male ormai dilagante nel diritto delle prove penali, male tanto più *insidioso perché dissimulato nella forma benigna del libero convincimento*» e addebita «il corrompersi della regola del libero convincimento» - coerentemente con quanto evidenziavamo *supra* - alla circostanza che essa fosse stata «saldata al principio inquisitorio». Si tratta però, a dire dell'A., di una degenerazione che ha impattato solo sulla struttura del processo penale, mentre «nel processo civile non si rinviene questa *smisurata signoria giudiziale sulla prova*» (corsivo nostro). G. DE LUCA, *La cultura della prova e il nuovo processo penale*, cit., 204; P. FERRUA, *La prova nel processo penale: profili generali*, in AA.VV., *La prova penale*, a cura di P. Ferrua-E. Marzaduri-G. Spangher, Torino, 2013, 6.

⁸⁸ M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento*, cit., 276 ss. Oltre a quest'ultimo Autore, per una diagnosi critica rispetto al riportato approccio ermeneutico, volto a strumentalizzare il principio del libero convincimento quale strumento per far breccia nella 'fortezza' dei divieti probatori, si vedano: E. AMODIO, *Libertà e legalità della prova*, cit., *passim*; F. CORDERO, *Il procedimento probatorio*, cit., 65; ID., *Procedura penale*, cit., 639 ss. (cui si rinvia anche per i copiosi riferimenti giurisprudenziali); F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale*, cit., 187 ss.; P. NUVOLONE, *Le prove vietate nel processo penale nei Paesi di diritto latino*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, 442 ss.; A. SCCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit.

Con riferimento ad una medesima propensione all'aggiramento 'efficiente' dei divieti probatori manifestata dalla giurisprudenza civile, cfr. E. ALLORIO, *Efficacia giuridica di prova ammesse ed esperite in contrasto con un divieto di legge?*, in *Giur. it.*, 1960, I, 867 ss.

metodica della conoscenza dei fatti controversi, posto che era sufficiente garantire che in sede processuale nessun vincolo fosse opposto all'onnipotente *auctoritas* del giudicante affinché questi, del tutto libero di cercare conferme ad un pre-giudizio piuttosto che di convincersi⁸⁹, potesse *plasmare* la verità nella sua reificata purezza⁹⁰. Ed ecco riemergere, in modo carsico, l'ombra insidiosa di una verità che, a dispetto delle proclamazioni altisonanti, potrebbe definirsi 'artificiale' o, meglio, 'autoritativa', e senz'altro 'a-cognitiva'. Forse non limitata dalle asserite pastoie delle metodiche formali, che invece si ritenevano denotative del processo civile in ragione della sua natura dispositiva. Ma certamente non priva di condizionamenti altrettanto, se non più intensi, a causa dei quali l'assolutezza auspicata si perdeva inesorabilmente, anche in ragione dello scarso interesse che, in concreto, veniva dedicato alla ricostruzione fattuale quale baluardo della giusta decisione⁹¹.

Il dogma della Verità assoluta e della sua disponibilità reale (in senso etimologico, da *res*) mostrava così tutta la propria ingenuità ed i propri limiti intrinseci.

c. Lo iato tra ontologia ed epistemologia. Il reato come 'lost fact'

Si è così preso atto delle debolezze teoriche del modello para-gnoseologico totalizzante (fondato su di una verità monolitica capace di auto-manifestazione) e delle distorte conseguenze applicative che ha prodotto l'opzione politico-ideologica di porre tale idea a fondamento del prototipo decisionistico di processo inquisitorio.

Il passo successivo consiste, quindi, nel tentare di individuare un diverso paradigma filosofico-giuridico di riferimento, che, in definitiva, giustifichi le peculiarità del conoscere giudiziale e permetta di apprezzarne appieno i meccanismi di operatività, con specifico riguardo alle tecniche accreditate per 'setacciare' la mole di informazioni

⁸⁹ E ciò, posto che, anche sotto il profilo etimologico, il convincimento (dal latino, *cum* e *vinco*) implica uno scontro, un raffronto, una dialettica tra opposte posizioni. Si veda, a tal proposito, quanto scrive G. DE LUCA, *Il sistema delle prove penali*, cit., 1260-1261; ID., *La cultura della prova e il nuovo processo penale*, cit., 212, parla di un «divorzio tra conoscenza e convincimento», dovuta ad una imperversante anarchia gnoseologica.

⁹⁰ Volendo riformulare taluni tratteggi brocardi inerenti al rapporto tra potere e sapere nell'ambito dell'attività del giudice, potremmo asserire che, nel processo misto a prevalenza inquisitoria delineato dal codice Rocco, *auctoritas facit iudicium et veritatem*. In termini, C. COSTANZI, *La morfologia del processo penale*, cit., 89; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 17.

⁹¹ A. BARGI, *Procedimento probatorio e giusto processo*, cit., 147, osserva condivisibilmente che un tratto essenziale della struttura accusatoria del processo risiede proprio nel metodo gnoseologico che «esclude verità autoritative», le quali, per converso, sono il *proprium* dei riti inquisitori; O. MAZZA, *La verità giudiziale nel sistema delle prove tecnologiche*, cit., 14 («In realtà, l'epistemologia inquisitoria-autoritaria, più che caratterizzarsi come teoria della conoscenza, appare funzionale alla celebrazione, per scopi politico-ideologici, di un processo *senza garanzie e senza verità*» (corsivo nostro)).

astrattamente utili e ricavarne, così, la *miglior conoscenza possibile* ai fini del decidere.

Occorre richiamare quanto già osservavamo circa la speciale caratteristica del predicato di verità (o falsità), ovverosia la sua idoneità a qualificare enunciati piuttosto che fatti ed eventi. Il punto è di centrale importanza ed è da qui che si deve partire.

Difatti, ammettere, come generalmente si fa nell'ambito sia dell'analisi filosofica sia della letteratura processualistica, che il concetto di verità rappresenti una proprietà assegnabile ad entità linguistiche, il cui oggetto è costituito da 'stati di cose' (*i.e.* «unità ontologiche determinate»⁹²), consente di sviluppare alcuni teoremi.

Il primo di essi consiste nella circostanza che il significato di «vero» rappresenta il modo – talmente intuitivo da apparire quasi scontato – con cui descriviamo la *relazione* che sussiste tra parole e mondo, *rectius*: tra conoscenza/pensiero e fatti della realtà. Sono innumerevoli le elaborazioni filosofiche che, nei secoli, hanno provato a chiarire una volta per tutte quale fosse, in effetti, il pregnante significato del predicato «vero». Ebbene, alla luce delle migliori ricostruzioni, sembra che sia ancora attualissima la teoria – di illustre e risalente memoria – della verità come *corrispondenza*, le cui prime tracce si rinvencono nelle opere di Platone ed Aristotele. Quest'ultimo scriveva, nella *Metafisica* (IV, 7, 1011b), che «dire, di ciò che è, che non è e, di ciò che non è, che è, è dire il falso; dire, di ciò che è, che è e, di ciò che non è, che non è, è dire il vero»⁹³. Altrimenti detto, per quanto banale possa apparire, V («è vero») si predica quando le cose stanno così come le si rappresenta, ovverosia un'affermazione è vera quando, appunto, *corrisponde* ai fatti⁹⁴. Si ha a che fare, perciò, con una verità *realistica* e

⁹² F. D'AGOSTINI, *Introduzione alla verità*, cit., 49.

⁹³ G. TUZET, *Filosofia della prova giuridica*, cit., 68; E. ANCONA, *Veritas est adaequatio rei et intellectus*, cit., 4-5; F. D'AGOSTINI, *Introduzione alla verità*, cit., 48, nonché 86 ss.

⁹⁴ M. DAMAŠKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, cit., 137 ss.: «La scoperta della verità, implicita nell'idea di indagine razionale, presuppone l'esistenza di qualche collegamento tra i nostri enunciati sulla realtà e la realtà stessa. In altre parole, essa presuppone una variante della teoria della verità come corrispondenza»; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 20 ss. (è opportuno, tuttavia, sottolineare che l'Autore si riferisce più precisamente all'analisi della verità elaborata da Alfred Tarski e nota come *teoria semantica* della verità, la quale costituisce una evoluzione in senso matematico, prima ancora che filosofico, della teoria corrispondentista, di cui abbandona l'intuizione realista per accogliere una stipulazione generale delle condizioni sintattiche d'uso del termine «vero»; sul punto, cfr. *infra*); P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., 44, il quale sottolinea come il pregio della versione aristotelica della V-corrispondenza riposi proprio sulla capacità «di mettere in luce come l'essere vero di un enunciato possa consistere solo in una relazione fra l'enunciato e ciò su cui esso verte, ossia il suo oggetto»; S. HAACK, *Epistemology Legalized*, cit., 29: «*inquiry is an attempt to discover the truth of some question or questions. To understand this, no elaborately articulated theory of truth is needed; it is sufficient that the concept of truth satisfy the Aristotelian Insight, that "to say of what is not that it is not, and of what is that it is, is true" – that a proposition be true just in case things are as it says*» (ossia, «l'indagine è un tentativo di scoprire la verità di una o più domande/questioni dubbie. Per comprendere ciò, non è necessaria una teoria elaborata della verità; è sufficiente che il concetto di verità soddisfi l'intuizione aristotelica secondo cui "dire di ciò che non è, che non è, e di ciò che è, che è, è vero" – che una proposizione sia vera solo nel caso in cui le cose stiano

*fattuale*⁹⁵.

come essa dice»); B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica*, cit., 1, nt. 1; H. PUTNAM, *Introduzione*, in Id., *Verità e etica*, cit., 11: «Prima di Kant, quasi tutti i filosofi condividevano l'opzione secondo cui la verità è una corrispondenza di qualche tipo fra idee e "stati di cose". Un punto di vista indiscutibilmente naturale [...]. C'è un mondo là fuori; e ciò che diciamo, o pensiamo, è "vero" quando *corrisponde al modo in cui è*, e "falso" quando non corrisponde al modo in cui è»; M. TARUFFO, *Verso la decisione giusta*, cit., 141, nonché 170 e 193; Id., *La semplice verità*, cit., 78 ss.

⁹⁵ Con lo sguardo rivolto già al fenomeno dell'accertamento condotto in giudizio, ci sembra, infatti, che il rilievo che il *fatto* assume, come oggetto della conoscenza che si mira a raggiungere con l'esperimento di prove innanzi al giudice, possa essere meglio espresso accogliendo una rielaborazione matura della posizione corrispondentista aristotelica.

Pare invece meno adeguata – ma solo perché, applicata all'esperienza giudiziale, offre una visione meramente 'parziale' dell'indagine accertativa ivi condotta – la rielaborazione 'non robusta' della teoria della V-corrispondenza, ossia la *concezione semantica della verità* di cui Alfred Tarski è il più noto teorizzatore (cfr. A. TARSKI, *La concezione semantica della verità e i fondamenti della semantica* (1944), trad. it. di A. Meotti, in L. Linski (a cura di), *Semantica e filosofia del linguaggio*, Il Saggiatore, Milano, 1969, 25 ss.). Si tratta di un'elaborazione che si impegna non tanto a definire il significato del predicato V («è vero»), quanto piuttosto a formalizzare il criterio d'uso di tale concetto (che, peraltro, secondo F. D'AGOSTINI, *Introduzione alla verità*, cit., 70, non viene neanche inteso come predicato, ma piuttosto come 'operatore' logico). La menzionata teoria ruota intorno all'assunto che un enunciato <X> è vero *se e solo se* X (classico l'esempio portato da Tarski, per cui <La neve è bianca> è vero *se e solo se* la neve è bianca). Tarski parla, a questo proposito, di *relazione di soddisfacimento*, e non di corrispondenza; inoltre, imposta tale relazione in termini meramente semantici: la verità è ciò che il linguaggio dice di se stesso, o, più esattamente, è ciò che, in chiave ricorsiva, il meta-linguaggio L1 dice del linguaggio L0, per cui la relazione di soddisfacimento dovrebbe concepirsi come predicato che il linguaggio L1 esprime rispetto ad un enunciato formulato con le risorse del linguaggio L0 (es: (L1) «La neve è bianca» è vero in L0 *se e solo se* la neve è bianca; sulle criticità, sul piano filosofico, di siffatta ricostruzione, cfr. G. VOLPE, *La verità*, cit., 87 ss.). Senza addentrarci oltre nelle sottigliezze della teoria semantica della verità, che meriterebbero ben altro approfondimento che non è possibile svolgere in questa sede, ci preme sottolineare come in ambito processualistico il 'verbo' tarskiano abbia avuto un certo successo (*inter alios*, un convinto sostenitore della fruttuosa esportabilità dell'analisi di Tarski sul concetto di verità come fondamento dell'epistemologia giudiziaria è G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, cit., 91 ss.; Id., *La prova penale*, cit., 10 ss.; Id., *Profili di epistemologia giudiziaria*, cit., 15 ss.; Id., *Verità e dibattimento*, cit., 151 ss.; condividono simile approccio L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 20 ss., il quale però sembra oscillare tra una posizione realista e fattuale e la più 'classica' versione meramente linguistica tipica della teoria semantica; nonché M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano, 1992, 38 e 145 ss.; inoltre, in Id., *La semplice verità*, cit., 81, l'A. fa un fugace riferimento alla teoria tarskiana), sul presupposto che il processo rappresenti un universo linguistico in cui si pongono a confronto tra loro non fatti ed enunciati, bensì solo enunciati, al fine di verificare se le asserzioni in essi contenuti coincidano o meno. Non vi è dubbio, per un verso, che l'accoglimento della teoria semantica in ambito giudiziale abbia il pregio di chiarire il fatto che la verità non dev'essere reificata – come erroneamente avveniva nel vigore del previgente sistema processuale – in quanto essa esprime, piuttosto, una relazione funzionale. Per altro verso, come si vedrà più oltre, la circostanza che il processo si occupi di ricostruire fatti del passato che, proprio per questa loro natura, non sono direttamente oggetto di esperimento da parte dei protagonisti dell'agone processuale, richiede che l'elemento fattuale venga introdotto in giudizio mediante enunciati (ad es., quelli pronunciati dai testimoni), che costituiscono le prove, quali *traits d'union* che ricuciono lo iato tra essere-realtà e conoscenza esprimibile mediante linguaggio.

Eppure, come dicevamo, l'ottica tarskiana parrebbe insufficiente, poiché, concentrando tutta l'attenzione sul confronto linguistico-logico tra enunciati, trascura il peso essenziale che la realtà fattuale ha – e deve avere, a fini di giustizia – per il diritto in genere, ed in specie nel momento dell'accertamento in giudizio. Portata ai limiti estremi, la teoria semantica applicata all'indagine probatoria in giudizio potrebbe giustificare un dannoso disinteresse per ciò che, invero, rappresenta la ragione stessa di esistenza del diritto quale strumento di regolazione dei fenomeni umani e sociali nella realtà. Si finirebbe con l'accontentarsi taumaturgicamente di una pronuncia giudiziale che attesti la conformità di enunciati in dipendenza della loro mera coincidenza logica, senza alcun appiglio fattuale che ne attestasse la correttezza, con la garanzia – che a quel punto diverrebbe meramente 'di facciata' – della motivazione della sentenza, che tuttavia nulla avrebbe di razionale e di ragionevole, non interfacciandosi affatto con il fatto storico, che rappresenta il termine ultimo di confronto non solo delle conclusioni argomentative del *decisum* giudiziale, bensì anche del contenuto accertativo grezzo di ciascun elemento di prova introdotto in giudizio. È questa la ragione per la quale, in fin dei conti, pur senza rinnegare il valore che la teoria semantica della verità può rivestire nella descrizione della dinamica accertativa giudiziale, ci sembra più adeguato riferirsi alle versioni più moderne ed approfondite del corrispondentismo aristotelico, poiché esse non trascurano il ruolo di pregnante rilievo che spetta alla realtà come base fondante del giudizio di verità (su cui si veda *infra* nel testo). In questi stessi termini, una critica all'opzione per la trasposizione 'pura' della teoria semantica della verità in ambito processuale viene mossa da E. ANCONA, *Veritas est adaequatio rei et intellectus*, cit., 10 ss., in specie 13, dove si legge: «Proprio perché nel processo non possiamo fare a meno del riferimento alla realtà, proprio perché non ci possiamo accontentare di una verità

Una prima conseguenza che se ne può ricavare è la necessità di postulare l'esistenza effettiva del mondo, come entità extralinguistica (o, quantomeno, extraepistemica). In effetti, posto che per asserire che un enunciato è V è indispensabile *referirsi* a qualcosa che *renda vera* quella proposizione, deve ammettersi che la verità sia ontologicamente fondata: la verità-corrispondenza non può fare a meno di una realtà, altra dal linguaggio, che ne costituisca il presupposto primo ed imprescindibile⁹⁶. La versione tommasiana della teoria corrispondentista, tornata di recente in auge nel panorama processualistico⁹⁷, per cui *veritas est adaequatio rei et intellectus* e *veritas supra ens fundatur*, compendia proprio questo punto essenziale. Ciò che 'decide' la verità della conoscenza è l'«essere-realtà»⁹⁸, non viceversa⁹⁹.

puramente intralinguistica, abbiamo bisogno di una metafisica, ovvero [...] di una teoria della "corrispondenza ontologica tra le tesi di cui è predicata la verità e la realtà di cui esse parlano».

⁹⁶ G. VOLPE, *La verità*, cit., 25 ss., nel descrivere la teoria corrispondentista aristotelica, definisce suddetta idea «intuizione *realista*», poiché essa «fa dipendere la verità (o falsità) di ciò che crediamo e diciamo da qualcosa di *diverso* dalle proposizioni che costituiscono il contenuto delle nostre credenze e affermazioni. Secondo lo Stagirita, il valore di verità di ciò che crediamo e diciamo dipende da ciò su cui *vertono* le nostre credenze e affermazioni. [...] Sembra dunque lecito affermare in via del tutto generale che, *se una proposizione è vera, è tale perché le cose stanno in un certo modo, e non viceversa*». In termini, M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., 78: «Il primo punto – solo apparentemente banale ma *assai impegnativo sotto il profilo ontologico* – è che *ha senso ritenere che il mondo esterno esista*. [...] Un secondo punto consiste nel configurare un'idea *aletica* di verità in funzione della quale ogni enunciato relativo ad accadimenti del mondo reale è vero o è falso in funzione dell'esistenza di questi accadimenti nel mondo reale» (corsivo nostro).

⁹⁷ E. ANCONA, *Veritas est adaequatio rei et intellectus*, cit., *passim*, in particolare 13 ss. nonché 56 ss. La concezione 'scolastica' della verità come «adeguazione» (oggi diremmo 'corrispondenza' o – prendendo a prestito le parole di E. Ancona – «coappartenenza ontologica») di realtà e intelletto è esplicitata da S. TOMMASO D'AQUINO nella sua *Contra Gentiles*, I, 59. Su questa medesima linea, con specifico riferimento all'attività di giudizio genericamente intesa, parrebbe porsi B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica*, cit., 2: «il giudizio si pone come aspetto originario della nostra esperienza del mondo. Si tratta di un'attività con cui *l'intelletto è intenzionalmente rivolto al reale e che si costituisce entro l'orizzonte del linguaggio*» (corsivo nostro).

⁹⁸ Utilizza quest'evocativa immagine H.G. FRANKFURT, *Il piccolo libro della verità*, cit., 49.

⁹⁹ E ciò, a ben vedere, a prescindere dalla necessità di prendere posizione con riferimento ad una specifica teoria inerente a come sia fatto il mondo, la realtà cui ci si riferisce. In questo senso, si tratta perciò di realismo *aletico* ma non anche *metafisico*. Sul punto, W.P. ALSTON, *A Realist Conception of Truth*, Cornell University Press, Ithaca, 1996, *passim*, secondo cui presupporre una realtà che renda vero ciò che il soggetto afferma non impone alcuna decisione metafisica definita; F. D'AGOSTINI, *Introduzione alla verità*, cit., 108 ss. e poi 249 ss.: l'Autrice evidenzia però come «per ammettere tutto ciò occorre una minima riflessione *metafisica*» per non cadere nelle pastoie delle critiche antifattualiste ed antirealiste le quali, sull'assunto che ontologia e metafisica soffrano il vizio d'origine di pretendere che le cose stiano solo in un certo modo (quello, di volta in volta, sostenuto dalla specifica teoria), precipitano poi nella evidente contraddizione di voler sostenere in quale modo stiano le cose, accreditando loro malgrado proprio una tesi metafisica; H. PUTNAM, *Significato e conoscenza*, cit., 42 ss., il quale, al termine di un percorso argomentativo in cui reinterpreta in termini di *dimostrabilità* i connettivi logici utilizzati per esprimere filosoficamente la funzione V in termini tarskiani («La neve è bianca» è vero se e solo se la neve è bianca), perviene a sostenere che l'esistenza potrebbe anche essere un «concetto intra-teorico» e non fattuale, pur accogliendo come presupposto un'idea realista. Pare, ad ogni modo, opportuno rinviare a G. TUZET, *Filosofia della prova giuridica*, cit., 81 ss., il quale sposa la tesi corrispondentista ma, per giungere a siffatta conclusione, passa per la demolizione di approcci filosofici di diverso tenore, che risultano inadeguati ad esprimere nel modo più efficiente le peculiari cadenze del ragionamento probatorio condotto in giudizio. In particolare, l'Autore rifiuta nettamente la posizione dell'*idealismo radicale*, incentrato sull'assunto dell'inesistenza del mondo esterno indipendente dall'io; viene altrettanto sconfessata la posizione radicale che l'Autore qualifica *realismo ingenuo*, che si fonda sul concetto di 'rispecchiamento', che già sul piano linguistico sconta una serie di insuperabili debolezze nella sua scarsa capacità di offrire un criterio veritativo universalmente valido. Egli infine avvicina l'*idealismo costruttivista* ed il *realismo non ingenuo*, come tesi metafisiche moderate

In quest'ultimo senso, alquanto significative nel sintetizzare tutti gli assiomi fondamentali della posizione realista sono le costruzioni teoretiche sostenute da Bertrand Russell. Egli ha difatti fissato talune acquisizioni basilari per le teorie realistiche della verità: «è un dato ridicolmente ovvio [...] che il mondo contiene *fatti*, e che questi sono ciò che sono *indipendentemente* da ciò che scegliamo di pensare

che, prendendo le mosse da poli opposti, sembrerebbero pervenire ad un medesimo esito teorico (il costruttivismo, pur sul presupposto che non possa esistere corrispondenza tra realtà ed enunciati poiché il mondo è 'costruito', potrebbe non escludere che la corrispondenza sia rintracciabile tra enunciati e costruzioni; il realismo non ingenuo postula la possibilità della corrispondenza tra essere-realtà e linguaggio, ma non la intende come rispecchiamento puro e semplice, bensì come verificabilità alla luce dei criteri della logica e delle concettualizzazioni umane). Ad ogni modo, ci sembra che il miglior indirizzo filosofico metafisico cui appoggiarsi, per esprimere in cosa consista la verità e, di qui, esportare il concetto in ambito processuale-probatorio, sia quello del realismo non ingenuo, che, per come lo delinea Tuzet stesso (*ibidem*, 86 ss.), si combina in modo soddisfacente con un ulteriore paradigma da cui si ritiene non si possa prescindere, ossia l'idea che i fatti sono quello che sono indipendentemente da ciò che siamo in grado di dire e pensare su di loro (su questi assunti, cfr. *infra*).

Nei medesimi termini da noi sostenuti, cfr. M. TARUFFO, *Verso la decisione giusta*, cit., 127, il quale richiama il «principio fondamentale della filosofia tomistica per cui "l'essere è la base del conoscere, non il conoscere è la base dell'essere"»; ID., *La semplice verità*, cit., 78: «In sostanza, è la realtà a determinare la verità o la falsità delle narrazioni che la descrivono». Come spiega G. VOLPE, *La verità*, cit., 27, «l'operazione dei fautori della teoria della corrispondenza è, in breve, quella di offrire come analisi della verità qualche particolare resoconto del modo in cui il valore di verità delle proposizioni dipende da ciò su cui vertono le nostre credenze e affermazioni. Essi non si limitano ad asserire che, se <Tu sei bianco> è vera, è vera perché tu sei bianco e non viceversa, ma aggiungono che, se <Tu sei bianco> è vera, vi è nel mondo qualche entità che la rende tale, e che la sua verità consiste in qualche forma di corrispondenza a tale entità. Abbracciare la teoria della corrispondenza significa dunque accettare due tesi aggiuntive rispetto all'intuizione realista di Aristotele. La prima è che, se una proposizione è vera, vi è nel mondo qualche entità che la rende tale; la seconda è che, se una proposizione è vera, il suo essere vera *consiste* nel suo corrispondere a tale entità». Il corrispondentismo, verrebbe da dire, implica quasi naturalmente l'opzione per il realismo.

È d'uopo dare conto di una diversa, opposta prospettiva filosofica che respinge l'assunto realista di cui si è detto ed accoglie, piuttosto, una posizione *verificazionista* (o, per meglio dire, *epistemicista*; cfr. M. Taruffo, *La semplice verità*, cit., 79). Come scrive H. PUTNAM, *Introduzione*, cit., 11: «oggi, possiamo distinguere due tipi di concezioni della verità: le concezioni "realistiche", che interpretano la verità come una corrispondenza di qualche tipo agli stati di cose sussistenti, e le concezioni "verificazionistiche", che l'interpretano come, ad esempio, ciò che in condizioni ideali di indagine risulterebbe verificato». Altrimenti detto, l'atteggiamento filosofico dell'epistemicismo si fonda sull'idea che non possano esistere proposizioni vere che siano ignote al soggetto o, più precisamente, indipendenti dalla consapevolezza che ne abbia il soggetto. Rovesciando l'assunto tipico del realismo, le teorie epistemiciste sostengono che *la verità richiede conoscenza*: non negano, con ciò, che l'«essere-realtà» esista (potrebbe forse sussistere, e potrebbe sussistere indipendentemente dal soggetto e dal suo pensiero su di esso), ma asseriscono che la proposizione inerente allo stato di cose è vera solo e necessariamente in dipendenza della conoscenza (o giustificazione, o dimostrazione). Ai nostri fini, non ci pare, tuttavia, di poter concordare con questo approccio, soprattutto se si ha riguardo per come si attualizza il fenomeno conoscitivo in sede giudiziale (sul punto si tornerà a breve). Preferibile risulta la posizione realista per cui «perché la proposizione p sia detta (o ritenuta essere) vera o falsa occorre verifica, conoscenza, pensiero; ma non perché [essa] sia vera» (F. D'AGOSTINI, *Introduzione alla verità*, cit., 90; critica le posizioni verificazioniste anche E. ANCONA, *Veritas est adaequatio rei et intellectus*, cit., 61). L'essenza della relazione veritativa tra proposizione/idea e fatti che ne sono oggetto risiede nella realtà di questi ultimi, ma la nostra credenza nella verità della proposizione suddetta richiede la 'mediazione' di elementi che ci offrano conferma e giustificazione al riguardo. È questa la ragione per la quale, in accordo con le posizioni di quei filosofi che sono stati definiti 'empiristi ragionevoli', si ritiene che la teoria metafisica del realismo sia coniugabile – e debba coniugarsi – con un approccio *empirista*. L'empirismo è una teoria epistemologica, che ha dunque a che fare strettamente con la conoscenza: sulla sua scorta, si asserisce che la base, il fondamento primo e primario della conoscenza, risiede nell'esperienza – o evidenza empirica – che avvia il processo di acquisizione del sapere e di formazione della credenza. Ebbene, riconoscere l'importanza dell'empirismo non significa tornare contraddittoriamente ad una tesi epistemicista, dal momento che non implica abbandonare l'idea che la verità dipenda dal modo d'essere della realtà che è del tutto indipendente da ciò che siamo in grado di sperimentare e, per estensione, di conoscere e ritenere su di essa. Una sintesi delle tesi testé esposte si ritrova in H. PUTNAM, *Realismo e ragione*, in Id., *Verità e etica*, cit., 141 ss., ed in particolare 148-149, ove l'Autore, nel combinare realismo e verificazionismo, teorizza quello che egli stesso definisce *realismo interno*.

riguardo a essi, e che ci sono anche credenze, che si riferiscono a fatti e che *a causa* di tale riferimento sono vere e false»¹⁰⁰. Se ne può evincere con chiarezza non solo e non tanto il postulato della predicabilità della qualità di verità rispetto ad enunciati (o, meglio, credenze, come le definisce Russell), ma soprattutto la circostanza che – nella visione del filosofo – la priorità logica dev’essere attribuita ai fatti costitutivi della realtà. Una realtà – estrinseca rispetto al soggetto e al linguaggio – che senz’altro esiste e che esiste a prescindere da cosa si sia in grado di dire su di essa, ma che ha la speciale proprietà di rappresentare la pietra di paragone d’elezione proprio per le proposizioni che la riguardano¹⁰¹.

Ne consegue – ed in ciò si configura il secondo corollario dell’accoglimento della teoria corrispondentista – che non è logicamente corretto ritenere che ‘verità’ e ‘conoscenza’ siano sinonimi: i due concetti non collimano. Come si sarà già intuito dalle riflessioni sin qui condotte, il realismo non ingenuo fondato sulla teorica corrispondentista implica che l’essenza della relazione funzionale¹⁰² tra le unità ontologiche della realtà e proposizioni che le concernono (ossia, la funzione-verità) stia in un concetto aletico¹⁰³, prima e piuttosto che epistemico: *ergo*, non dipende dalla

¹⁰⁰ B. RUSSELL, *La filosofia dell’atomismo logico* (1918), a cura di M. Di Francesco, Einaudi, Torino, 2003, 8; ID., *I problemi della filosofia* (1912), Feltrinelli, Milano, 1959, 143 («La verità o la falsità di ciò che si crede dipendono sempre da qualcosa che sta *al di là* del nostro credere» (corsivo nostro)).

¹⁰¹ La tesi testé riportata viene comunemente qualificata *tesi di indipendenza*. Nei medesimi termini rispetto a quanto elaborato da Russell, H.G. FRANKFURT, *Il piccolo libro della verità*, cit., 49-50, scrive: «Ora, i fatti rilevanti sono quello che sono, indipendentemente da quello che ci capita di pensare di loro e da come preferiremmo che fossero. E infatti proprio questa è l’essenza e la prerogativa dell’oggettività, cioè dell’essere-reale: la proprietà della realtà, come le verità che le riguardano, sono quelle che sono indipendentemente da ogni diretto o immediato controllo della nostra volontà. Non possiamo cambiare i fatti né, analogamente, modificare le verità che li riguardano, con un semplice atto di giudizio o un impulso di desiderio». Sul tema, cfr. altresì F. D’AGOSTINI, *Introduzione alla verità*, cit., 88-90, nonché 192; U. ECO, *Assoluto e relativo*, in ID., *Sulle spalle dei giganti*, Milano, 2017, *passim*; H. PUTNAM, *Significato e conoscenza*, cit., 31, nt. 1 (il quale puntualizza di aver esaminato in suoi precedenti scritti «le ragioni per cui la credenza in un mondo esterno e in altre menti non può essere considerata come “un’ipotesi”»); M. TARUFFO, *Verso la decisione giusta*, cit., 126, rammenta il «principio generale per cui è la realtà a stabilire la verità o falsità di ciò che si dice intorno ad essa»; G. TUZET, *Filosofia della prova giuridica*, cit., 86 ss., si pone su questa medesima lunghezza d’onda.

Accoglie pianamente l’idea dell’esistenza di una realtà esterna, in cui si verificherebbero i fatti di cui parlano le proposizioni che sono oggetto del processo, J. FERRER BELTRAN, *Prova e verità nel diritto*, cit., 27-28; in termini, cfr. altresì P. FERRUA, *Il ‘giusto processo’*, cit., 24. Sembra invece collocarsi su di un polo opposto, G. UBERTIS, *Verità e dibattito*, in AA.VV., *Scenari e trasformazioni*, cit., 148, il quale parrebbe sovrapporre i concetti di ‘verità’ e di ‘conoscenza’ e trarne la conclusione per cui, poiché le capacità gnoseologiche dell’uomo patiscono limiti di svariata natura che rendono illusoria la convinzione di poter trarre incontestabili conferme sul modo d’essere dei fatti, allora non si potrebbe affatto predicare l’esistenza della realtà al di là del soggetto conoscente (e delle potenzialità giustificative della conoscenza che si possa avere della realtà stessa) e, per conseguenza, non si potrebbe neppure postulare un’oggettività della verità. L’errore, probabilmente, sta nel trascurare che la bi-direzionalità della verità, che rappresenta una qualità predicabile di proposizioni, ma che trae alimento ed essenza dalla sfera extralinguistica ed extraepistemica occupata dai fatti.

¹⁰² Parla di «relazione funzionale» H. PUTNAM, *Significato e conoscenza*, cit., 54.

¹⁰³ M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., 78; P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., 20 ss.

conoscenza. La verità, si potrebbe sostenere, in quanto criterio di relazione possiede una natura *bi-direzionale*, è una proprietà predicabile di credenze, enunciati, idee ma la sua sostanza si ricava e dipende dalla realtà extralinguistica. Quando si utilizza la parola «vero» non si fa altro che riferirsi ad un 'interregno', ad una zona *trasversale* che congiunge e mette in comunicazione le due sfere non sovrapponibili di fatti e proposizioni, realtà e linguaggio/conoscenza¹⁰⁴.

Da tutto quanto detto, si può ricavare *in primis* che non costituisce un passo sconsiderato postulare che di verità si possa parlare in senso *ontologico* (come già evidenziato *supra*, § 1.a.) in quanto attributo dipendente e conformato dall'essere-realtà (dal greco: τὸ ὄν). Tale criterio funzionale, in questo senso, può essere a ragione concepito come unico, unitario. Da questo angolo visuale, il relativismo 'verifobico' decostruttivo ed il soggettivismo costruttivistico sono da destituire di fondamento, nella misura in cui pretendono di relativizzare la V-corrispondenza in ragione della diversa misura (quantitativa e/o qualitativa) di acquisizione, da parte di ciascun soggetto, di conoscenza, credenze e giustificazioni circa i fatti¹⁰⁵.

¹⁰⁴ F. D'AGOSTINI, *Introduzione alla verità*, cit., 103.

¹⁰⁵ *Veriphobia* è una nozione coniata nell'ambito degli studi di epistemologia sociale da A.I. GOLDMAN (*Knowledge in a Social World*, Clarendon press, Oxford, 1999, 7), il quale ha notato come una serie di approcci filosofici dell'ultimo secolo (costruttivismo, postmodernismo, pragmatismo *etc*) fossero accomunati da un profondo scetticismo ed un totale ripudio della verità come criterio utile e praticabile per lo studio dei fenomeni epistemici: al più, suddette teoriche ammettono una qualificazione della verità in termini di credenza accettata o di mera coerenza, dunque in termini relativistici e soggettivistici. Una serrata critica rispetto alle tesi *verifobiche* si può ritrovare in M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., 74 ss., delle cui parole vale la pena riportare taluni passaggi oltremodo significativi: «il concetto di verità, insieme a molti altri concetti come quelli di ragione, storia e conoscenza, venne messo da parte come uno strumento superato e inaffidabile. [...] La tesi secondo la quale la verità avrebbe dovuto essere bandita dal discorso filosofico, e quindi da ogni discorso, venne sostenuta con la massima decisione da Richard Rorty, secondo il quale parlare di verità sarebbe un nonsenso, *dato che la verità non sarebbe altro che ciò su cui un gruppo di ragionevoli amici dialoganti si trova d'accordo*. L'idea di verità [...] venne *de-costruita sino a renderla inservibile* per qualunque uso: nel postmodernismo finì con l'essere dominante un *atteggiamento cinico verso la verità, così come verso l'obiettività e la conoscenza* [...] Si affermò anche la tendenza a sostenere l'esistenza di *verità multiple a seconda dei punti di vista e a seconda dei gruppi sociali di appartenenza*, nonché a pensare che *se un numero sufficiente di persone accetta una narrazione, questa costituisce la verità*. [...] Inoltre, rimasticazioni semplicistiche della teoria khuniana delle rivoluzioni scientifiche finirono col favorire *uno scetticismo e un relativismo radicali* [...]. Il *paradosso* insito in questi atteggiamenti è evidente: *ognuno ha la sua personale verità*, sicché nessuno commette errori e *qualunque costruzione del mondo è vera per coloro che ci credono*. Vi è dunque stato un tempo [...] in cui era vero che la Terra era piatta e il Sole girava intorno ad essa. [...] [Molti ripiegarono] su una concezione *radicalmente "contestualizzata" della verità*, secondo la quale la verità di un enunciato potrebbe stabilirsi soltanto in funzione della *coerenza* di esso con gli altri enunciati che costituiscono il *contesto* nel quale esso si inserisce. *In questo modo si poteva salvare qualche significato dell'idea di verità, ma si rendeva definitiva la separazione tra la conoscenza ed il mondo esterno*, proponendo un *revival* dell'orientamento di pensiero scettico che risale almeno al diavolo ingannatore di Cartesio. *Veniva così negata ogni possibilità di configurare una conoscenza in qualche modo veritiera di qualunque accadimento esterno al soggetto* [...]. Affermando che la conoscenza, la realtà e la verità sono esclusivamente prodotti del linguaggio, si finiva col *negare l'esistenza di qualunque realtà indipendente dal linguaggio che potesse determinare la verità o la falsità di ogni pensiero*» (corsivo nostro).

Altrettanto critica nei confronti di coloro che lei definisce *New Cynics* si mostra S. HAACK, *Epistemology Legalized*, cit., *passim*; in termini altresì E. ANCONA, *Veritas est adaequatio rei et intellectus*, cit., 3 ss. (cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici), nonché 59, nt. 13; G. De Giorgi Cezzi, *La ricostruzione del fatto*,

In secondo luogo, e correlativamente, se è condivisibile – come riteniamo – quanto sin qui esposto, ciò sembrerebbe dimostrare che tra essere e linguaggio, tra realtà e conoscenza, esiste uno *iato*, che li pone su piani distinti¹⁰⁶. Eppure, essi sono in grado di fronteggiarsi e di correlarsi proprio a causa della funzione-veritativa, che rappresenta l'anello di congiunzione delle due sfere considerate¹⁰⁷. Ontologia ed epistemologia non devono, dunque, essere confuse. L'erronea sovrapposizione tra le due dimensioni è la ragione per la quale si ha, generalmente, l'impressione che la verità non possa essere assoluta (o oggettiva). Se, viceversa, si abbandona l'ottica che Maurizio Ferraris ha etichettato come *fallacia trascendentale*¹⁰⁸, per abbracciare la più proficua tesi realista

cit., 130 («Contro le derive di un possibile irrazionalismo, si innesta così il tentativo di riscoprire un senso diverso da dare a quel 'bisogno' di conoscenza 'oggettiva', tipico della sensibilità moderna»); N. VASSALLO, *Contro la verifobia: sulla necessità epistemologica della nozione di verità*, in AA.VV., *Conoscenza e verità*, a cura di M.C. Amoretti-M. Marsonet, Milano, 2007, 1 ss.

Interessante richiamare, a proposito del dibattito sulla *veriphobia*, lo scambio «amichevolutamente polemico» tra il già citato M. Taruffo e B. Cavallone. Il primo ha addebitato all'altro un allineamento criticabile al relativismo culturale in tema di verità (cfr. M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., 75; Id., *Contro la veriphobia. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 5, 995 ss., in partic. 1001 ss.). Dal canto suo, Cavallone (cfr. B. CAVALLONE, *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 1, 1 ss.) ha ribattuto manifestando di condividere le posizioni critiche di Taruffo contro i *veri* verifobici, nelle cui schiere non ritiene di poter essere annoverato. Quel che quest'ultimo Autore sostiene, infatti, è che, nel contesto processuale, l'esito conoscitivo cui si deve e si può aspirare tiene conto di una serie di condizioni (e ne elenca alcune: la correttezza del procedimento, la qualità della decisione, financo la valenza simbolica dell'amministrazione della giustizia) che sono indispensabili perché si abbia una «buona giustizia». Non si tratterebbe di decostruttivismo, soggettivismo o intuizionismo, bensì solo di riconoscere l'essenziale incidenza del *metodo* sulla formazione dell'accertamento giudiziale (sul punto si tornerà *infra*). Ad ogni buon conto, a nostro modo di vedere, la disputa sarebbe più agevolmente sanata se si concordasse sull'unitarietà della verità e sulla modulabilità della conoscenza e dunque del linguaggio descrittivo degli accadimenti di fatto.

Si noti, infine, quanto scrive H. PUTNAM, *Significato e conoscenza*, cit., 43: «Ora, ritengo che [...] abbandonare il realismo – vale a dire, abbandonare la credenza in un mondo descrivibile di oggetti non osservabili, e nutrire al suo posto la convinzione che tutti gli "oggetti non osservabili" (e magari anche quelli osservabili) discussi nelle teorie scientifiche [...], non siano *altro che* comodità teoriche [...] – non comporterebbe la dissoluzione completa delle nozioni di *verità e riferimento*». Dunque, parrebbe difficile *disfarsi* del concetto di verità come corrispondenza, pur ipotizzando di rinnegare il realismo. Tuttavia, non si condivide *in toto* la conclusione che il filosofo ne trae, allorché, mantenendo ferma la definizione ricorsiva standard di verità secondo la posizione formalistica e meramente semantica di A. Tarski, definisce la verità come «asseribilità garantita». Ebbene, dal nostro punto di vista, l'asseribilità garantita, che chiama in causa i concetti di giustificazione e di evidenza, non dovrebbe utilizzarsi per riempire di contenuto la nozione di verità, poiché sembra far leva sui concetti di giustificazione e di credenza, che attengono al piano della conoscenza piuttosto che a quello della verità. L'asseribilità garantita offre un criterio di valutazione della conoscenza, individua il ruolo essenziale dell'evidenza nel processo di formazione della conoscenza sul mondo, ma non è in grado di dire nulla sul senso del predicato «vero», che esprime la relazione di corrispondenza di pensiero e fatti (e nulla ha a che vedere con le giustificazioni del perché si pensa o si crede vero qualcosa intorno a questi ultimi).

¹⁰⁶ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 117.

¹⁰⁷ Come in forme diverse messo in luce dall'analisi di diversi filosofi (*inter alios*, Tarski e Quine), il predicato V rappresenta una nozione *riflessiva* o, altrimenti detto, *inferenziale*, nel senso che esso opera ponendo in collegamento fatti e proposizioni, che costituiscono entità percepibili, ma non è esso stesso direttamente esperibile e registrabile. La verità è, in un certo qual senso, *invisibile* (così come lo sono gli altri trascendentali o superconcetti, *i.e.* *bonum* ed *esse*). Eppure, è l'arma più potente per amplificare le proprie conoscenze, in tutti quei casi in cui si dubiti di determinate evidenze, o si abbia una convinzione ma ancora si debba trovare evidenze che, confermando la corrispondenza della credenza con la realtà dei fatti, rimuovano la situazione di incertezza. F. D'AGOSTINI, *Introduzione*, cit., 103-104.

¹⁰⁸ M. FERRARIS, *Postverità e altri enigmi*, Il Mulino, Bologna, 2017, 35. Per fallacia trascendentale l'Autore intende proprio una confusione tra ontologia, *i.e.* ciò che è, ed epistemologia, ossia ciò che sappiamo o crediamo

independentista, si giunge finalmente a svelare che il vero elemento non assolutizzabile, variegato e mutevole, nella triade composta da essere-verità-conoscenza, è proprio quest'ultimo, in quanto non ontologico.

In particolare, proprio a causa dello iato suddetto, il soggetto, nel momento in cui si rivolge all'acquisizione di conoscenza circa il mondo, subisce una serie di interferenze e limiti che, sul piano gnoseologico, rendono alquanto problematica la apprensione schietta dei fatti. Detto altrimenti, le esperienze, che costituiscono la base empirica della conoscenza e che sono il *prius* indispensabile per fondare la funzione della V-corrispondenza, non sono di per sé in grado di determinare la percezione diretta della verità, che ha una natura ontologicamente ibrida perché fondata, sì, sui fatti ma non estraibile o distillabile da essi. Occorre un processo di ricomposizione degli *input* fattuali che si basa su inferenze, le quali ci consentono di argomentare e, così, trarre conoscenza da ciò che percepiamo¹⁰⁹. È in questo processo che possono eventualmente ricorrere, quindi, tutte quelle forme – non solo patologiche, bensì anche del tutto fisiologiche – di interferenza che possono far sì che il contenuto conoscitivo degli enunciati sul mondo corrisponda solo parzialmente alla realtà dei fatti¹¹⁰.

Non si tratta, quindi, di un problema di verità relative, bensì di *conoscenze* relative¹¹¹. O, per utilizzare un termine più neutrale e meno carico di disvalore ideologico, si ha a che fare con una questione di *duttilità* della conoscenza della verità,

di sapere». A questa critica posizione Ferraris (*ivi*, 123 ss.) propone di sostituire un diverso approccio, più proficuo, incentrato sul concetto di *iperverità*, che appunto fa leva sulla relazione necessaria tra ontologia ed epistemologia, le quali, però, restano distinte e legate in modo tale che sia la realtà a fornire il criterio di verità di ciò che si dice intorno ad essa. Sul tema, M. TARUFFO, *Verso la decisione giusta*, cit., 126 ss., nonché in particolare 131; F. D'AGOSTINI, *Introduzione alla verità*, cit., 88; E. ANCONA, *Veritas est adaequatio rei et intellectus*, cit., 5.

¹⁰⁹ F. D'AGOSTINI, *Introduzione alla verità*, cit., 238 ss.

¹¹⁰ Si veda, per un emblematico esempio, quanto scrive G. Ubertis con riferimento alle acquisizioni, sul piano della ridefinizione dell'epistemologia in ambito scientifico e matematico, legate alla formulazione del principio di indeterminazione di Heisenberg e alla c.d. prova di Gödel. Si veda sul punto G. UBERTIS, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, cit., 6; Id., *Profili di epistemologia giudiziaria*, cit., 5-7; Id., *Verità e dibattito*, cit., 148.

¹¹¹ M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., 83: «L'enunciato è vero o non è vero: non può essere 'più o meno' vero. Ciò che può variare a seconda delle circostanze è il grado di conferma che a questo enunciato può essere attribuito sulla base delle conoscenze disponibili [...]. Dunque è la conoscenza della verità che si qualifica come relativa [...] La conoscenza della verità è relativa, ma è anche oggettiva poiché la giustificazione del convincimento veritiero non si fonda sulle preferenze o le idiosincrasie di soggetti particolari, ma sulla capacità di esso di esprimersi in proposizioni che rappresentano il mondo così com'è». Tuttavia, poco dopo, l'Autore torna a confondere i piani di verità e conoscenza quando afferma che nel contesto del processo è appropriato parlare di una verità relativa e oggettiva. La verità, come lo stesso Taruffo ha asserito, «non ammette gradi» perché «univocamente determinata dalla realtà dell'evento che [l'enunciato che lo esprime] rappresenta». Sembra accogliere una ricostruzione analoga a quella da noi favorita anche A. CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 1, §5, il quale discorre di *gradi diversi* di accertamento o conoscenza.

poiché il risultato conoscitivo sconta i vincoli di sottodeterminazione che discendono dall'opzione per una certa metodica epistemologica; dalla «struttura finita [e dai] limiti cognitivi»¹¹² dei soggetti che si dedicano alla attività conoscitiva; dalla selezione a priori di una certa finalità d'indagine nonché di una 'sezione di realtà' su cui formulare proposizioni rispetto alle quali ponderare la sussistenza della relazione di corrispondenza; dalla collezione di evidenze ed *input* informativi che possano porsi a base delle inferenze¹¹³.

Orbene, quanto osservato ci sembra possa fornire una solida, proficua base concettuale a partire dalla quale affrontare la questione dell'acquisizione di conoscenza in giudizio. In particolare, seguendo un filone dottrinale autorevolissimo che si è cimentato nell'applicare i risultati teorici della filosofia analitica alle tecniche di epistemologia giudiziaria, riteniamo che la tesi corrispondentista coniugata col realismo aletico independentista, di cui abbiamo trattato, sia quanto di più adeguato ad offrire una privilegiata chiave di lettura del fenomeno di accertamento che si conduce in sede processuale. Come si affermava in apertura, il giudizio rappresenta un'attività intellettuale che, a causa di una condizione di originaria incertezza sullo stato dei fatti, si rivolge alla realtà nella quale gli eventi rilevanti sono avvenuti, per fugare, attraverso evidenze (quelle che abbiamo definito anche *input* empirici), il dubbio sulla corrispondenza tra le proposizioni formulate dai 'contendenti' ed i fatti nella loro ontologica datità¹¹⁴.

¹¹² B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica*, cit., 6.

¹¹³ Oltre agli Autori menzionati nelle note precedenti, si veda altresì: O. MAZZA, *La verità giudiziale*, cit., 7; M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., 81: «[...] ad essere legata al contesto non è la verità in sé considerata, ma le metodologie e le tecniche che si impiegano per tentare di determinarla. Ciò consente di porre su di un piano diverso la questione della contestualità, sia nel senso di riconoscere che in diversi contesti si adottano metodi diversi, con la conseguenza che saranno con ogni probabilità diversi anche gli esiti ai quali questi metodi metteranno capo, sia nel senso [...] che vi sono metodi adatti alla scoperta della verità e metodi che non sono adatti a questo fine»; G. Ubertis, *Verità e dibattito*, cit., 147 ss., nonché, ivi, riferimenti bibliografici.

¹¹⁴ B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica*, cit., 2, nonché 59 ss.; G. CANZIO, *Intelligenza artificiale, algoritmi e giustizia penale*, cit., §1. In termini non esattamente coincidenti ma collocandosi nel medesimo orizzonte teorico, ex plurimis, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 20 ss.; O. MAZZA, *La verità giudiziale*, cit., 9 (nonché, ivi, riferimenti bibliografici). F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale*, cit., 512, adotta un'interessante prospettiva che ci consente di annoverarlo nella schiera dei fautori del realismo aletico in ambito processuale: «Noi condanniamo X perché realmente ha fatto qualcosa là fuori, nella realtà. Se negassimo questa verità, il processo penale sarebbe un gioco [...]».

Parzialmente difforme l'angolo visuale da cui affronta il tema della V-corrispondenza nel processo J. FERRER BELTRAN, *Prova e verità nel diritto*, cit., 49-50, poiché, collocato il concetto di verità nei confini dell'attività accertativa processuale, asserisce che «un enunciato probatorio, contenuto in una risoluzione giudiziale, sarà dunque vero quando ciò che il giudice considera provato corrisponde con quello che è provato nel processo. L'enunciato probatorio sarà, invece, falso, quando questa coincidenza non si produce»: il 'fatto' della realtà cui l'Autore pensa quale termine di riferimento per la valutazione della funzione di corrispondenza veritativa è limitato all'elemento di prova ricavato in giudizio. Sembrerebbe però che non si tratti di una mera riformulazione

La lettura appena tratteggiata consente, innanzitutto, di chiarire rapidamente le ragioni per le quali abbiamo sostenuto che non fosse più condivisibile la rappresentazione dicotomica della verità, che tanta fortuna ha avuto nella letteratura processualistica e nella giurisprudenza del secolo scorso. Se si concorda sugli approdi che abbiamo delineato, infatti, sembra difficile, se non impossibile, continuare a concepire – sia consentita la metafora sportiva – Verità ‘di serie A’ (la Verità assoluta) e verità ‘di serie B’ (la verità formale). In altre parole, posto che l’accoglimento della teoria della V-corrispondenza letta attraverso le lenti del realismo aletico porta con sé l’idea dell’essenza ontologica e, quindi, unitaria della funzione-verità, sembra preferibile convenire sull’unicità, completezza e totalità del concetto di verità, anche nell’ambito giudiziale. Solo in questo modo essa potrà svolgere il proprio ruolo di ideale regolativo (normativo) delle attività conoscitive svolte nel teatro processuale.

Con ciò non si vuol sostenere che debba essere destituita di fondamento e abbandonata la nomenclatura tradizionale (che si riferisce, rispettivamente, ad una verità ‘materiale’ e ad una verità ‘processuale’ o ‘formale’ *etc*), ma piuttosto che debba essere spostato il piano ideologico-concettuale che essa richiama. In primo luogo, bisogna riconoscere che ciò che varia, tra un archetipo processuale e l’altro, non è la nozione di verità – la quale offre solo il criterio di misurazione della corrispondenza fra fatti rilevanti ed enunciati formulati dalle parti –, bensì il *tipo di conoscenza* che ciascuna struttura giudiziale consente di acquisire per operare tale valutazione.

Secondariamente (ma il punto dipende dal precedente), non sembra ragionevole ipotizzare che certi modelli gnoseologici processuali – a differenza di altri, che sarebbero asseritamente ‘*ipercognitivi*’ – producano solo verità *dimidiate*, indegne quasi di essere denominate ‘verità’. Si può discutere della maggiore o minore idoneità

della teoria semantica della verità, in quanto Ferrer Beltran non si limita a riferirsi alla dimensione linguistica del processo, considerando comunque di un certo rilievo l’aspetto fattuale in esso implicato. Verrebbe da dire, quasi, che il singolare approccio adottato dall’Autore citato, più che per spiegare il ruolo della verità come ideale regolativo dell’accertamento in giudizio, sia pregevole per chiarire le specificità di un peculiare momento valutativo della bontà dell’accertamento effettuato dal giudice mediante prove, vale a dire il giudizio della Corte di cassazione in punto di contraddittorietà c.d. processuale della motivazione, ai sensi dell’art. 606, comma 1, lett. e), c.p.p. Secondo la migliore prospettazione dottrinale e giurisprudenziale sul punto, infatti, l’indagine che la Suprema Corte è chiamata a svolgere per riconoscere la fondatezza o meno delle doglianze formulate a norma dell’articolo citato consiste proprio nella valutazione della corrispondenza tra premesse probatorie dell’argomentazione del giudice in sentenza e prove concretamente risultanti dagli atti. Sul tema, *ex plurimis*, G. CANZIO, *Il processo penale fra verità e dubbio*, in *Dir. pen. cont. web*, 25 novembre 2010, § 7; F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale*, cit., 409 ss.; C. SANTORIELLO, *Le nuove regole di giudizio in Cassazione*, in AA.VV., *La disciplina delle impugnazioni tra riforma e controriforma. L’incostituzionalità parziale della “legge Pecorella”*, a cura di A. Gaito, Milano, 2007, 68 ss.; da ultimo, A. CHELO, *L’autosufficienza del ricorso per cassazione nel processo penale*, Milano, 2020, 23 ss.

epistemologica di determinati strumenti approntati da ciascun paradigma giudiziale con riferimento al procedimento probatorio, e dunque della maggiore o minore efficienza nella eliminazione progressiva del margine d'errore che rende difficoltosa l'approssimazione alla verifica della corrispondenza tra fatti enunciati dalle parti e fatti storici. Ma il punto è proprio che, indipendentemente dalle tecniche prescelte ed utilizzate in giudizio per la ricostruzione fattuale, dal grado di conferma dell'ipotesi accusatoria (o dell'attore) e dalle giustificazioni che motivano la pronuncia giudiziale, la verità resterà sempre uguale a se stessa¹¹⁵.

Di conseguenza, occorre esser consapevoli della assoluta neutralità dell'uso del sintagma 'verità *processuale*' (ed anche 'verità formale' o 'giudiziale'). Anzi, verrebbe da suggerire un mutamento di paradigma, sostituendo a 'verità' il termine 'conoscenza', poiché è quest'ultima – e non la verità, che è pur sempre la V-corrispondenza – che si colora di una luce particolare a causa delle peculiarità che definiscono l'acquisizione di *input* informativi nella sede giudiziale¹¹⁶. Si tratta di un profilo di essenziale rilievo, sul

¹¹⁵ L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 21-23, riconosce che la dimensione ontologica della verità sia trasversale ad ogni tipo di modello processuale (civile, penale, tributario, amministrativo), e che dunque la verità resti sempre una soltanto, e che, invece, la differenza la fa «perlopiù sulla base di precise (seppur contingenti e mutevoli) condizioni ideologico-politiche, l'opzione tecnica dei modi in cui il suo accertamento sia reso possibile, in armonia con i principi strutturali e, soprattutto, con il rispetto delle garanzie». In termini, G.F. RICCI, *Principi di diritto processuale generale*, cit., 350; M. TARUFFO, voce *Prova giuridica*, cit., 1027.

¹¹⁶ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 23-24, in specie allorché osserva: «Sia le condizioni di uso del termine "vero", che le condizioni per asserire che una tesi giudiziaria è vera non sono indipendenti dal modo in cui è formato il sistema legale con riferimento al quale la verità processuale è predicabile, ma sono *strettamente legate alle tecniche legislative e giurisdizionali da esso normativamente ammesse e praticate*. Queste tecniche [...] sono le garanzie penali e processuali, *in assenza delle quali non si può parlare di verità nel processo neppure in senso approssimativo*» (corsivo nostro); P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., 15, il quale spiega come «sia improprio contrapporre la verità 'materiale' del processo inquisitorio alla verità 'formale' del sistema accusatorio, quasi che la prima fosse quella 'reale' e la seconda una 'finzione'. Ogni verità prodotta dal giudice è 'formale' in quanto non 'trovata', ma 'elaborata' attraverso una metodologia; ed è 'formale' persino quella dello storico, sebbene il metodo non sia codificato; al tempo stesso, l'una e l'altra aspirano alla corrispondenza con la realtà materiale del passato, specie quella del giudice, perché tale aspirazione fonda l'esercizio del potere punitivo e l'accettazione sociale della pena»; F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale*, cit., 512 ss., chiarisce le ragioni per cui la concettualizzazione dualistica della verità nel processo non è proficua per la configurazione di un efficace paradigma accertativo giudiziale: «Noi condanniamo X perché realmente ha fatto qualcosa *là fuori*, nella realtà. Se negassimo questa verità, il processo penale sarebbe un gioco [...] La teoria della verità materiale ha questo di positivo: impone al giudice di ancorarsi ai fatti, di "*salvare i fenomeni*". Il fatto è un limite e una garanzia [...] Ma c'è una tentazione allettante e minacciosa: erigere il principio della ricerca della verità materiale a supremo principio regolatore del giudizio penale. Il percorso logico è lineare: un fatto criminoso è un pezzo di mondo e di storia. Dunque, questa realtà, che è esterna al processo, urta e preme sul processo perché vuole irrompere in esso. Insomma, se la verità è corrispondenza al fatto, tutto ciò che si sa del fatto deve entrare nel processo. [Nel sistema inquisitorio] come non si tollerano divaricazioni tra certezza e verità, così non si tollerano scostamenti tra la verità del processo e la verità della realtà. In questo modo, però, il principio di verità materiale è una potente spinta verso l'errore, perché esso forza gli argini del processo per farvi entrare anche informazioni probatorie inaffidabili. Agire nei limiti cognitivi del processo, non oltre i suoi limiti. Questa è l'unica vera garanzia contro l'errore. Non di rado, si pensa di aver trovato la verità materiale. Ma si è trovato solo l'errore»; P. TONINI-C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., 2, nonché più in dettaglio 5 ss., ove definiscono la verità processuale «come quel risultato che si può ottenere attraverso l'impiego di tutti e soli gli strumenti accertativi di cui il processo dispone»; G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, cit., 129, riflette sulla circostanza che la verità (*rectius*: la conoscenza) è definibile *giudiziale* «sia perché conseguita nel giudizio,

quale, pertanto, si tornerà ancora.

In questa sede ci preme però rimarcare un aspetto alquanto significativo, che può rendere emblematicamente ragione della scissione tra fattualità storica e proposizioni oggetto del vaglio giudiziale mediante le prove. Scissione che, come è facile dedurre, comporta una difficoltà nell'acquisire la piena consapevolezza di aver avuto successo nel processo di verifica della corrispondenza tra enunciati giudiziali ed avvenimenti rilevanti. E che non dipende affatto dall'opzione per una specifica tecnica probatoria più o meno 'veri-centrica'.

inteso come [...] 'luogo' in cui dialetticamente si realizza, sia perché derivante dal giudizio, inteso tanto come attività di ricerca degli elementi su cui si fonda una deliberazione quanto come formazione di quest'ultima, sia perché manifestata tramite il giudizio, inteso come decisione e sua definitiva pronuncia giurisdizionale».

Già una critica della confusione generata dalla suddetta antitesi tra verità materiale e formale, ritenuta difettosa anche su di un piano prettamente terminologico prima ancora che sostanziale, era stata espressa da M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento*, cit., 34 ss., il quale inoltre aveva già colto, nel vigore del precedente sistema processualpenalistico a base inquisitoria, il peso essenziale delle *tecniche* di acquisizione delle informazioni gnoseologicamente significative per la validità della decisione giudiziale (*ibidem*, 276 ss.). Si veda, inoltre, G. CAPOGRASSI, *Giudizio processo scienza verità*, cit., 13, il quale, con profonda modernità di pensiero, affrontando il tema spinoso dell'errore nella ricostruzione del fatto storico, riflette sulla circostanza per cui «quando la via dell'obiettività [*i.e.*, il metodo che, secondo logica e secondo diritto, è il più affidabile] è stata seguita interamente, l'errore è veramente una cosa di puro fatto [...]. Questa è la radice profonda della cosiddetta *verità legale*: la verità legale *non* significa una verità finta e presunta per necessità pratica, ma in sostanza è *la verità che si trova seguendo la via dell'obiettività*. La verità legale è la verità umana, cioè la verità che gli uomini trovano procedendo umanamente alla ricerca, *con le possibilità i metodi e i modi che sono propri della condizione umana*».

In ambito processualciviltico, si veda A. CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, cit., § 3; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 21, il quale osserva che «è profondamente erroneo configurare due verità diverse [*i.e.* quella materiale e fattuale esclusa per definizione dalla fenomenologia processuale, e quella giudiziale limitata e relativa], sol perché siano diverse le forme o le tecniche della loro ricerca (e, quindi, le modalità specifiche di acquisizione della loro conoscenza). La "verità", nel processo o al di fuori, è sempre una e, come tale, resta pur sempre conoscibile, entro i limiti propri del contesto in cui la si invoca, non potendo invece mai essere, nemmeno nel processo, negata *a priori*, o comunque ritenuta *a priori* irrilevanti» (corsivo nostro). Inoltre, cfr. G. BERTOLINO, *Giusto processo civile e verità. Contributo allo studio della relazione tra garanzie processuali e accertamento dei fatti nel processo civile*, Torino, 2010, 71: «non possiamo condividere le opinioni di coloro che, sostenendo la mancanza di criteri assoluti e oggettivi per verificare la corrispondenza tra verità storica e processuale, rendono il concetto stesso di verità processuale inservibile, ammettendo che l'accertamento dei fatti nel processo segua logiche decisionistiche, di potere e non di sapere. Di solito, i sostenitori di tale tesi muovono da due tipi di considerazioni, coinvolgenti argomenti di filosofia ed epistemologia, dove non rileva la distinzione tra verità nel processo e verità materiale. La vera questione riguarda, allora, la possibilità di parlare, in linea generale, fuori del processo, di accertamento della verità e di conoscenza della realtà. alcuni, partendo da posizioni antirazionali, sostengono che non sia possibile parlare di conoscenza razionale dei fatti, poiché la conoscenza della realtà è soltanto una costruzione mentale priva di legami con i fenomeni del mondo reale. [...] in questa prospettiva non esisterebbe, quindi, una conoscenza oggettiva della realtà ma solo versioni soggettive della stessa. [...] Altri, muovendo da un ideale di verità assoluta, e constatata l'impossibilità di raggiungerla, si rifugiano all'estremo opposto, sostenendo l'impossibilità di qualunque tipo di conoscenza razionale. [...] queste premesse epistemologiche irrazionali ed idealiste non sono però ragioni sufficienti per eliminare a priori dal processo la questione dell'accertamento della verità. È infatti possibile avvalersi del concetto di verità nel processo a condizione di definire con precisione i termini e le condizioni del suo utilizzo», che l'Autrice individua – in una chiave non del tutto coincidente con quanto da noi sostenuto – nella teoria tarskiana della verità in senso semantico. Eppure, le conseguenze che Bertolino ne trae si avvicinano a quanto osservavamo *supra*, poiché l'A. conclude scrivendo che la verità processuale deve essere intesa quale «criterio di riferimento per valutare l'adeguatezza e la razionalità dei *metodi di accertamento del fatto* nel processo, *in relazione alla loro capacità di approssimarsi a tale valore ideale*. Il valore cui tendere non è la verità, ma *la migliore verità possibile*» (corsivo nostro). Come si vede, si accoglie qui l'idea del valore *regolativo* della verità, concepita come *criterio di verifica* della corrispondenza (nonostante che l'A., sposando la tesi 'non robusta' della verità in termini semantici à la Tarski, intenda la corrispondenza come nesso tra enunciati fattuali ed enunciati probatori, lasciando sullo sfondo il problema metafisico dell'esistenza e della natura dei fatti che sono oggetto delle proposizioni introdotte in giudizio).

Si fa riferimento, in particolare, alla «*speciale natura* dei riferimenti empirici [...] delle proposizioni fattuali [...] che compongono i discorsi giudiziari». Come illustre dottrina non ha mancato di rilevare, «la verità processuale fattuale è infatti una forma particolare di verità *storica*, relativa a proposizioni che parlano di eventi passati, come tali non direttamente accessibili all'esperienza»¹¹⁷. Dunque, tali enunciati che hanno ad oggetto avvenimenti passati, ormai conclusi nella loro singolarità e finitezza, come ogni enunciato fattuale sono potenzialmente verificabili (*i.e.*, di essi si può dire se sono veri o falsi); eppure, essi sono insuscettibili di essere posti a confronto con la realtà che ne è oggetto e che, nonostante sia ormai relegata nella zona d'ombra degli eventi passati, ha un'efficacia ed una rilevanza attualissime per la sfera dell'esperienza giuridica¹¹⁸.

Il giudice è posto a confronto con la «legge d'irreversibilità del tempo»¹¹⁹, che amplifica in modo netto lo iato, di cui si è detto, tra eventi reali e conoscenza: il fatto del passato non solo è irriproducibile nei suoi tratti *hic et nunc*, ma è altresì qualcosa di totalmente distante ed estraneo dall'organo giudiziale, la cui capacità di comprensione viene messa a dura prova. Il fatto storico è ormai *perduto*, dunque sembra che venga a mancare il termine di raffronto indispensabile per valutare la corrispondenza degli enunciati giudiziari. Tuttavia, nel processo si compie una «magia»¹²⁰: del *lost fact* si ri-

¹¹⁷ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 25; A. GIULIANI, voce *Prova*, cit., 518 ss., in particolare 527; P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., 33; A. MELCHIONDA, voce *Prova (dir. proc. pen.)*, cit., §3: «Nel processo penale si deve tentare di ricostruire un frammento del passato quasi sempre inconoscibile, o comunque irripetibile in chiave fenomenica»; A. PANZAROLA, *Jeremy Bentham e la «Proportionate Justice»*, in *Rivista di diritto processuale*, 2016, 6, 1482; M. TARUFFO, voce *Prova giuridica*, in *Enc. dir.*, Annali, I, Milano, 2007, 1016; P. TONINI-C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., 2: «Il fatto storico non può rivivere, è un *lost fact*. [...] Il rito penale guarda all'indietro ed è perennemente esposto al rischio di imbattersi nel volto di Medusa: l'errore ricostruttivo pietrifica l'istanza accertativa e può rivelarsi esiziale. Questo è il vizio d'origine che affligge il processo e che lo rende, si potrebbe dire, terribilmente umano, perché fisiologicamente imperfetto ed impegnato in una lotta titanica per superare i propri limiti costitutivi».

Vi è, forse, un'eccezione, alquanto delicata, alla 'passatità' del fatto storico, la cui esasperazione potrebbe, tuttavia, comportare distorsioni accertative che rischierebbero di riportare l'euristica processuale alle fallacie decisionistiche fondate sull'irrazionale fiducia nell'autoevidenza della verità come *res* apprensibile nella sua immediata datità. Si fa riferimento, in specie, ai fatti passati avvenuti nella cosiddetta realtà *virtuale*: «Nella realtà fisica, il passato viene recuperato attraverso ricordi, analisi, documenti. In quella virtuale, fatta di milioni e milioni di dati, tutto viene conservato e non diventa mai passato. Ha un'attualità ed una immediatezza che sconfiggono il tempo e lo spazio. Anche, e forse soprattutto, quando tempo e spazio sono quelli del processo penale». In questi termini, D. CURTOTTI, *Indagini hi-tech, spazio cyber, scambi probatori tra Stati e Internet provider service e "Vecchia Europa": una normativa che non c'è (ancora)*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 6, 746.

¹¹⁸ P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., 14; ID., *Il 'giusto processo'*, cit., 33. In termini, R. BRIANI, *L'istruzione probatoria nel processo amministrativo. Una lettura alla luce dell'art. 111 della Costituzione*, Milano, 7 (in partic., nt. 21), nonché 15; B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica*, cit., 127 ss., il quale riflette sulla circostanza che «Per il diritto, infatti, il passato esiste solo in quanto può *illuminare* il presente» (corsivo nostro).

¹¹⁹ F. CORDERO, *Il procedimento probatorio*, cit., 10.

¹²⁰ Sono arcinote le emblematiche, quasi poetiche, parole di G. CAPOGRASSI, *Giudizio processo scienza verità*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, 5 ss.: «C'è certamente qualche cosa di *magico* nel processo: un far ricomparire presente quello che è passato, un far tornare immediato quello che è sparito nella sua immediatezza, un far ripresentare vivi sentimenti che sono spenti, e insieme, più singolare ancora, far tornare integra una situazione

costruiscono i sembianti, per renderlo ‘presente’ innanzi al giudice.

Il salto logico-concettuale tra accadimento e conoscenza della corrispondenza tra quello e le proposizioni introdotte dalle parti in giudizio richiede pertanto un intermediario, rappresentato dai variegati effetti prodotti dall’evento fattuale perduto¹²¹. Tali effetti sono le prove, le quali, in quanto fatti presenti direttamente esperibili dal giudice, gli permettono di risalire, mediante un’elaborazione logico-concettuale, ad un passato ignoto e non più apprensibile in via diretta, in modo da assicurare quel termine fattuale di riferimento che è indispensabile nel modello corrispondentista di acquisizione di conoscenza circa la verità degli eventi empirici¹²².

d. (*Irrinunciabile*) *funzione epistemica della prova e giusto processo (accusatorio)*

che si è scomposta. Questo fa appunto quella speciale mediazione che è la procedura. Il processo è l’unico momento, in cui l’esperienza si ferma, ritorna sui suoi passi, ripensa quello che ha pensato [...] *Il processo è la vera e sola ricerca del tempo perduto che fa l’esperienza pratica*: il tempo che si ripresenta, il fiume che risale verso la sorgente, la vita che si coglie nella sua lacerazione e si reintegra nella sua unità. E tutto questo deve fare non l’agente stesso che ha vissuto, e che rivive, come in una proustiana ricerca, il suo tempo perduto, ma proprio un assente, una persona che non è mai passata per quella esperienza, una persona essenzialmente indifferente. *Doppia magia*» in quanto «tutto questo rivivere, che il giudice fa traverso il rivivere degli altri, non è mai un vedere direttamente, non è mai la presenza. La presenza è impossibile. È un *rimpiazzare* la presenza: qui è la magia» (corsivo nostro).

¹²¹ Quelli che C.I. Lewis ha evocativamente definito «*segni di passatità*» (*pastness*). Per gli opportuni riferimenti, cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 25, nt. 42, nonché, per ulteriori osservazioni sul tema, 107 ss. Cfr., inoltre, F. CARNELUTTI, *La prova civile*, cit., 56: «non è possibile che il giudice conosca direttamente se non i fatti *presenti* e perciò i fatti *permanenti* (durevoli sino al tempo del processo) e i fatti *transeunti* che si svolgono alla sua presenza nel corso del processo».

P. FERRUA, *Il ‘giusto processo’*, cit., 44: «il giudice ricostruisce il fatto, definisce ciò che ‘è stato’, ma i suoi punti di contatto col reale sono rappresentati dalle prove [...] proprio in forza di questo *aggancio extralinguistico*, il processo può esprimere la sua pretesa di verità» (corsivo nostro). Riteniamo che sia questo il motivo che rende la versione tarskiana della teoria della verità non del tutto adeguata all’esperienza conoscitiva del processo, mentre risulta più adatta la teoria della V-corrispondenza. Si consideri quanto scrive C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità*, cit., 16, nt. 30: «A nostro avviso, in ogni caso, qualsivoglia approfondimento sul rapporto tra prova penale e verità deve muovere da una concezione “intuitiva” di quest’ultimo concetto, che superi d’un balzo le pastoie e i paradossi che si incontrano nelle analisi strettamente logiche e semantiche» qual è la teoria tarskiana della verità.

¹²² Come si vede, sembrerebbe dimostrarsi corretta la definizione di processo con la quale abbiamo inaugurato il presente Capitolo, quando abbiamo qualificato l’attività giudiziale quale ‘pratica conoscitiva’ fondata sull’utilizzo di prove (cfr. *supra*).

Con immediata ma efficacissima semplicità, così scrive M. TARUFFO, *Verso la decisione giusta*, cit., 187: «la prova è uno degli elementi più importanti di ogni tipo di processo nel quale, come accade normalmente, il giudice deve accertare la verità o la falsità di determinati enunciati di fatto»; P. FERRUA, *Il concetto di “provare” e di “provato”*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 5, 557; G. TUZET, *Filosofia della prova giuridica*, cit., 103; G. CAPOGRASSI, *Giudizio processo scienza verità*, cit., 6, per il quale la magia del processo, che riproduce innanzi al giudice ciò che è passato, proprio per questo «è sempre un procedere *attraverso segni*, che significano ma non sono, la cosa significata; quasi si direbbe un procedere traverso tracce figure geroglifici, che il giudice *deve tradurre in quella realtà ricercata e ormai sparita nella sua irraggiungibile presenza attuale*» (corsivo nostro); M. CONTE, *Le prove nel processo civile*, cit., XV-XVII; O. MAZZA, *La verità giudiziale*, cit., 11, con sguardo forse un po’ radicale, sostiene che «la verità conseguibile processualmente *non riguarda i fatti descritti*, bensì *la descrizione degli stessi. Non concerne direttamente i fatti*, che di per sé non possono essere né veri né falsi, *ma l’affermazione circa la loro esistenza*». A nostro avviso, l’opinione, in questi termini manifestata dall’Autore, è conseguenza della sovrapposizione tra piano ontologico e piano epistemologico, che conduce alla confusione tra oggetto della proposizione di cui occorre verificare la corrispondenza ai fatti e questi ultimi, che costituiscono il referente privilegiato dell’attività d’indagine.

Le riflessioni da ultimo condotte offrono il più proficuo angolo visuale dal quale affrontare – *rectius*: rimarcare, avendone già anticipato in parte la trattazione – un problema cruciale per le più specifiche questioni che si verranno ad analizzare nel prosieguo. Vale a dire, il dilemma concernente la natura o, meglio, la funzione della prova nel contesto processuale. Si tratta, invero, di tematica complessa, che involge considerazioni inerenti altresì allo scopo dell'attività giurisdizionale. In questa sede accenneremo soltanto ai profili più significativi dell'argomento, rinviando a fonti ben più autorevoli per trattazioni più diffuse e complete.

Com'è stato messo in luce in dottrina, non è unanime l'accoglimento della teoria che assegna una dimensione aletico-cognitiva al processo. Con una qual certa semplificazione concettuale, si può evidenziare il ricorrere di almeno due altre diverse ricostruzioni del ruolo dell'attività giurisdizionale, alle quali si legano altrettante coerenti posizioni sul tema della funzione attribuita allo strumento probatorio.

Mettendo da parte le radicalissime teorie nichilistiche (quelle che, nel precedente paragrafo, abbiamo definito *veriphobics*) che ritengono del tutto destituita di fondamento l'idea che abbia qualche senso parlare di verità nel processo, una prima tesi che viene in rilievo è quella generalmente etichettata come *procedural justice* (teoria della giustizia procedurale). Secondo i sostenitori di tale posizione, il reale valore degno di implementazione in sede giudiziale è quello della *correttezza* del procedimento seguito per giungere alla pronuncia della decisione. Altrimenti detto, al fine dell'adozione di una sentenza che sia e sia percepita come giusta e, conseguentemente, sia accettata dalle parti e dalla società, ciò che conta è il pedissequo rispetto di tutti i ritualistici passaggi procedurali. Dunque, in siffatta prospettiva, non interessano il contenuto né la qualità della pronuncia conclusiva, poiché la giustizia alberga nel rito ed il suo rispetto assume un valore socialmente simbolico, sufficiente a pacificare il conflitto tra le parti, a legittimare l'attività giurisdizionale agli occhi della collettività e a soddisfare l'idea di giustizia.

Per questa ragione, i teorici della *procedural justice* non hanno approfondito il tema della natura della prova e del suo legame con l'acquisizione di conoscenza ai fini dell'adozione della decisione: ne hanno, sì, studiato l'aspetto ritualistico (e, secondo certe ricostruzioni, anche *teatrale*), ma non hanno assegnato alcun peso all'indagine sulla loro funzionalizzazione all'accertamento dei fatti. In definitiva, è plausibile sostenere che nel contesto delle teorie della giustizia procedurale il solo scopo da assegnare istituzionalmente al processo sia quello – potremmo dire, utilitaristico – di

mera risoluzione delle controversie, sul presupposto antropologico e psicologico che le parti saranno disposte e propense ad accogliere di buon grado una pronuncia pur che sia, a patto che siano state rispettate tutte le regole procedurali. Come si vede, da questo modello teorico consegue che «tra soluzione delle controversie e giustizia delle decisioni non vi è alcuna corrispondenza necessaria»¹²³.

Su di un altro fronte, è possibile rammentare la teorica, di cui si nutrono i processi *adversary* tipicamente nordamericani, del processo come competizione sportiva (ben tratteggiata da Roscoe Pound). In perfetta aderenza con l'ideologia individualistica che permea la società americana, la *sporting theory of justice* ritiene che lo scopo del processo sia attestare chi, tra le parti in contesa, abbia giocato 'le carte migliori' e debba dunque esser decretato vincitore della partita che si è svolta innanzi al giudice (o giuria). Occorre, pertanto, lasciare che le parti si confrontino tra loro, senza interferenze da parte dell'autorità giudiziaria, che siede in udienza col mero ruolo di arbitro del *fairplay* dei contendenti. La decisione finale sarà, dunque, giusta in quanto attesti chi, tra le parti, abbia meglio fatto uso degli strumenti processuali per prevalere sull'avversario.

Anche in quest'ottica – è evidente – le prove non hanno una dimensione strumentale rispetto alla acquisizione di conoscenza attendibile circa il modo in cui si sono svolti gli eventi rilevanti per il giudizio. Piuttosto, esse assumono un valore in quanto più o meno idonee alla *persuasione* del giudice. Rappresentano, in effetti, gli ingranaggi che permettono di strutturare una *narrazione*, il cui pregio nel ricostruire i fatti rilevanti per il giudizio risiede non tanto nell'offrire il parametro per la valutazione di corrispondenza, quanto nel prospettare al giudice una versione degli avvenimenti più convincente e meglio argomentata di quanto faccia la controparte. Dunque, si adotta una concezione *retorico-argomentativa* della prova, finalizzata alla produzione di credenze in capo al giudice ma slegata da un concreto afflato aletico-gnoseologico.

Il punto di vista che abbiamo fatto nostro sin dall'inizio della trattazione, tuttavia, non coincide – almeno, non primariamente ed in modo totale – con nessuna delle due posizioni appena esposte.

La ragione per la quale nel processo assume rilievo l'elemento storico-fattuale, la materialità delle vicende umane, è rintracciabile, come si diceva più sopra, nella

¹²³ M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., 107.

circostanza ineludibile che le norme giuridiche, la cui applicazione in situazioni di conflittuale incertezza è rimessa all'autorità giudiziaria, presuppongono il verificarsi di quei *fatti* sui quali è modellata, per l'appunto, la fattispecie legale. La precondizione perché si possano produrre gli effetti stabiliti dalla disposizione di legge è che si siano verificati i fatti rilevanti in base al diritto¹²⁴. Se questi ultimi non si sono realizzati o se si sono realizzati in modo difforme dallo schema legale che li prevede, applicare la norma rappresenterebbe un errore e la decisione giudiziale che così disponesse sarebbe, perciò, ingiusta.

Dunque, un processo che si svolga secondo tutti i crismi rituali, ma che si disinteressa della ricostruzione dei fatti per come si siano verificati, ed una pronuncia che nulla accerti rispetto al reale accadimento delle vicende materiali dalla cui esistenza dipende la selezione e l'applicazione corretta delle norme giuridiche, non potrebbero mai assurgere a quel livello di giustizia che costituisce, a livello costituzionale interno ma anche sovranazionale, un requisito essenziale del corretto esercizio della giurisdizione. Per poter a ragione parlare di 'giusto processo' (art. 111 Cost.), *fair trial*, *due process of law*, *procès équitable*, la correttezza dell'attività ricostruttiva dei presupposti fattuali della vicenda giuridica all'esame del giudice rappresenta un connotato indispensabile (seppur non da sé sufficiente): «nessuna decisione è giusta se si fonda sui fatti sbagliati»¹²⁵.

Ecco, dunque, il peso capitale che nell'attività di amministrazione della giustizia assumono i concetti di verità e di conoscenza, per come li abbiamo delineati in precedenza. Ebbene, se quanto detto è condivisibile, risulta altrettanto condivisibile la connessa, illustre posizione dottrinale che ha a più riprese inteso assegnare al processo una funzione necessariamente epistemica, cognitiva. Allora, ed in chiave altrettanto necessitata, anche la prova, che abbiamo già individuato quale strumento indispensabile per colmare lo iato tra eventi passati e irripetibili e autorità decidente, non può che condividere questa funzione epistemicamente orientata che qualifica l'attività giudiziaria.

¹²⁴ A. MELCHIONDA, voce *Prova in generale (dir. proc. pen.)*, cit., §3 («il processo è il mezzo per la concreta applicazione della legge ad una ipotesi circoscritta, la fattispecie oggetto dell'azione»).

¹²⁵ M. TARUFFO, voce *Prova giuridica*, cit., 1028; J. FERRER BELTRAN, *Prova e verità nel diritto*, cit., 83-84; H.L. Ho, *A Philosophy of Evidence law*, cit., 80-81, chiarisce l'essenza del concetto di *justice*, che va oltre quello di mera *fairness* procedurale.

Le prove giudiziali hanno, infatti, il ruolo di fornire al giudice le informazioni necessarie a compiere il vaglio di corrispondenza ai fatti passati che permetta di attestare la verità delle asserzioni formulate dalle parti nel corso della controversia¹²⁶.

Il processo è, senz'altro, un *luogo di conoscenza*, la sede di attuazione di pratiche conoscitive; le prove, dal canto loro, ne sono gli strumenti primari, che consentono di dar concretezza all'aspirazione veritativa la quale, sul piano istituzionale, è funzionale alla applicazione del diritto secondo giustizia.

Viene, così, in gioco un trinomio inscindibile, i cui termini sono *legalità, conoscenza e giustizia*.

Prima di concludere la rapida disamina *de qua*, risulta appropriato operare due precisazioni.

Innanzitutto, vale la pena evidenziare come la circostanza che si sia individuato nella funzione epistemica il primario scopo della prova giudiziale non esclude affatto che esso attualizzi ulteriori sfaccettate finalità, che contribuiscono a plasmare il volto dello strumento conoscitivo *de quo*. A differenza di ciò che avviene nel caso in cui si prediligano le teorie retorico-argomentative o quelle meramente proceduralistiche, infatti, accogliere la tesi 'cognitivistica' in materia probatoria permette di configurare lo schema funzionale della prova in termini *plurivalenti*¹²⁷. Come si anticipava, la giustizia della decisione non dipende solo ed esclusivamente dalla più attendibile verifica della corrispondenza degli enunciati processuali alle materiali vicende storiche rilevanti per l'applicazione della norma alla fattispecie concreta, sebbene ciò sia un elemento indispensabile ed irrinunciabile. La giustizia decisoria richiede una più vasta serie di condizioni collaterali, che, a seconda dei casi (come si vedrà), sono idonee a potenziare l'afflato gnoseologico del modello probatorio in esame o, viceversa, ne rappresentano limitazioni che rinvengono la propria giustificazione nella necessità di non trascurare istanze ordinamentali di notevole peso.

In particolare, si considerino i seguenti profili. *In primis*, assegnare essenza

¹²⁶ S. HAACK, *Epistemology and the Law of Evidence*, cit., 3, condivide la tesi suddetta allorché afferma di adoperare il termine «*proof* in the current sense of the word, of *showing some claim to be true*» («*prova*» nel senso comune della parola, ossia di *mostrare che una certa pretesa è vera*). In termini, L. QUERZOLA, *L'efficacia dell'attività processuale*, cit., 144.

¹²⁷ J. FERRER BELTRAN, *Prova e verità nel diritto*, cit., 84: «Il fatto che si affermi che *qualcosa* è il proposito di un istituto o di un'attività non esclude che esistano anche altri propositi o altre finalità. Questo succede chiaramente nel caso della disciplina giuridica della prova. È chiaro che, oltre alla determinazione della verità dei fatti, questa disciplina giuridica ha anche altri obiettivi»; M. DAMAŠKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, cit., 150.

epistemica alla prova giudiziale non impedisce di riconoscerne anche la valenza retorico-persuasiva. Se, riguardata nella prospettiva dell'autorità giudicante, chiamata a verificare la relazione di corrispondenza e dunque ad acquisire retrospettivamente conoscenza per vagliare la verità delle asserzioni di parte rispetto ai fatti storici di riferimento, la dimensione cognitiva rappresenta il *proprium* della prova, ponendosi invece nell'ottica delle parti quest'ultima viene a svolgere un ruolo dinamico. In quest'ottica, la proiezione finalistica alla produzione di conoscenza si coniuga con una funzione pragmatica, ossia quella di indirizzare persuasivamente il convincimento del giudice. Le prove rappresentano, così, anche la base fattuale sulla quale strutturare quella costante attività argomentativa, che rappresenta il cuore del diritto di azione e difesa delle parti nel processo e che, sempre partecipando dell'afflato gnoseologico, contribuisce, lungo tutto il corso del giudizio, a creare, plasmandola anche con la forza dell'argomentazione, la progressiva conoscenza nel giudice il quale, all'esito di tale sequenza, dovrà poi liberamente convincersi ed emettere la decisione¹²⁸.

In secundis, neanche l'approccio della *procedural justice* dev'essere totalmente marginalizzato, allorché si opti per la teoria cognitiva della prova giudiziale. Piuttosto, è necessario reinterpretare il suddetto approccio, in modo da amalgamarlo e renderlo coerente con l'orientamento qui prediletto quale prevalente chiave d'interpretazione della funzione dell'esperienza probatoria nel processo. Accennando soltanto ad un profilo cui si dedicherà un maggior approfondimento a breve, la bontà euristica dell'elemento probatorio sul quale il giudice debba ponderare la sussistenza della funzione di verità-corrispondenza degli asserti di parte non dipende in modo esclusivo dal contenuto oggettivo 'grezzo' della prova in sé. Per la precisione, anzi, il ridetto contenuto oggettivo – al contrario di quanto si sosteneva tra fine Ottocento e primi del Novecento – non è 'autosussistente' ed autosufficiente, non può esistere prima ed indipendentemente dall'attività con la quale si vada a 'stimolare' la fonte di prova per ricavarne il dato informativo: insomma, non è autoevidente. Il processo tramite il quale si giunge a formare l'*input* conoscitivo non è, dunque, irrilevante: al contrario, il maggiore o minore grado di attendibilità della ricostruzione fattuale, da cui dipende la 'giustizia' del *decisum* giudiziale, è anche in funzione delle specifiche modalità con le

¹²⁸ G. BIANCHI, *L'ammissione della prova nel dibattimento penale. Analisi dell'attività argomentativa delle parti*, Milano, 2001, 35 ss.

quali si acquisisce il compendio di informazioni rilevanti. È in questo senso, pertanto, che si può – e, anzi, si deve – assegnare un ruolo al profilo ritualistico-procedurale. Non in quanto esso di per sé, indipendentemente dal contenuto decisorio, assicuri *ipso facto* la giustizia (e ciò in quanto un procedimento corretto perché rispettoso delle formalità procedurali non offre alcuna garanzia di correttezza accertativa: così inteso, resta un mero formalismo vacuo). Piuttosto, la giustizia alligna nel rispetto del metodo procedimentalizzato (a fini epistemici) di acquisizione della conoscenza in giudizio; nel rispetto, in altri termini, di quella che un'autorevole voce della dottrina¹²⁹ ha denominato *forma essentialis* dell'atto probatorio, una forma che incide in modo inevitabile sul contenuto stesso dell'elemento di conoscenza giudiziale.

A conferma degli assunti appena esposti, basti considerare il testo del novellato art. 111 Cost., che, anche in combinato disposto con l'art. 24, commi 1 e 2 Cost., lega indissolubilmente il valore di giustezza del processo a profili che concernono e il valore cognitivo della prova e la sua propensione a fornire strumenti di persuasione nella disponibilità delle parti e, infine, il suo essenziale connotato metodologico-procedurale¹³⁰.

La seconda precisazione che preme fare in questa sede concerne la dimensione *etica* nella quale l'ordinamento colloca la funzione epistemica della prova giuridica. Difatti, a differenza del sistema previgente nel quale – quantomeno nel processo penale, come visto – l'accertamento indossava vesti 'moralizzanti' e mirava all'esaltazione della unica Verità che lo Stato volesse accreditare, in rapporto di strumentalità rispetto alle pressanti istanze securitarie, attualmente l'affermazione della propensione aletico-cognitiva (del processo e) della prova appare *neutrale* rispetto all'obiettivo accertativo in sé e per sé considerato. Quel che interessa, nell'indagine conoscitiva giudiziale, è accertare ciò che corrisponde alla storica dinamica fattuale solo in quanto, così facendo, si assicurerà la giusta applicazione del diritto. Eppure, questa neutralità non è eticamente disinteressata. In un ordinamento costituzionale a base personalistica qual è il nostro, difatti, il legislatore è fisiologicamente portato ad addossarsi la tutela di istanze diverse ed ulteriori rispetto al puro perseguimento della conoscenza. Non sono i

¹²⁹ C. CONTI, *Annullamento per violazione di legge in tema di ammissione, acquisizione e valutazione delle prove: le variabili giurisprudenziali*, in *Cass. pen.*, 2013, 2, 493.

¹³⁰ Su tutti i profili di cui si fa menzione nel testo si tornerà *infra*: cfr. in questo Capitolo il §3.

soggetti ad essere in funzione dell'attività giurisdizionale, è tutto il contrario: il processo si fa carico di offrire protezione a significative posizioni giuridiche, non solo quelle la cui essenza è fisiologicamente legata alla vicenda giudiziale, bensì anche quelle situazioni giuridiche che potremmo definire 'extra-giudiziali' e di cui siano titolari altresì – e soprattutto – soggetti estranei alla controversia.

La verità non si persegue 'ad ogni costo', la conoscenza ha prezzi molto alti e non sempre si può essere disposti a pagarli: di questo il legislatore processuale è pienamente consapevole.

e. *Total evidence principle: il principio epistemologico di completezza delle informazioni*

Giunti a questo punto, corre l'obbligo di aprire una parentesi per accennare ad una deriva della teorica che assegna alla prova una dimensione cognitiva aleticamente orientata. Deriva invero non del tutto tranquillizzante per le (talora esasperate) conseguenze che è in grado di produrre.

Si fa, in specie, riferimento a quell'indirizzo esegetico che, con modalità ed appigli tecnico-giuridici anche non sempre del tutto coincidenti, ha invocato la trasposizione *sic et simpliciter* nell'ambito processuale probatorio di un principio coniato nel contesto della filosofia della scienza e della logica induttiva, noto come *total evidence principle* o, nella sua versione italiana, principio epistemologico di completezza delle informazioni.

Senza avventurarci in approfondimenti che, per quanto di notevole interesse, ci porterebbero troppo lontano e richiederebbero ben altre competenze, basti qui osservare quanto segue. Il principio epistemologico appena rammentato è stato forgiato da Rudolf Carnap, il quale, nell'affrontare il tema dell'applicazione della logica induttiva della probabilità e nel tratteggiarne le divergenze rispetto alla probabilità frequentista, ha asserito che il criterio concettuale di base nell'ambito esaminato fosse quello di «grado di conferma» dell'ipotesi¹³¹. Si è interessato, quindi, a chiarire le condizioni per

¹³¹ Per un approfondito esame delle questioni *de quibus*, R. CARNAP, *On the Application of Inductive Logic*, in *Philosophy and Phenomenological Research*, Sep., 1947, Vol. 8, No. 1, 133 ss. (cui si rinvia per ulteriori riferimenti bibliografici sul tema); ID., *On Inductive Logic*, in *Philosophy of Science*, 1945, XII, 72 ss.

Le acquisizioni della ricerca logico-filosofica condotta da Carnap appaiono, da questo punto di vista, affiancabili alle modalità di elaborazione della conoscenza giudiziale proprio in ragione del rilievo che, se non altro a partire dai primi anni del XXI secolo, è stato attribuito dalla giurisprudenza italiana ai principi della logica induttiva quali strumenti privilegiati per la verifica delle ipotesi giudiziali sulle modalità di accadimento dei fatti rilevanti per la decisione. Si è difatti chiarito, a fronte di risalenti teorie che opinavano in senso contrario, che

nell'ambito della ricostruzione storico-fattuale operata mediante prove in giudizio, il modulo logico di ragionamento – una volta scartato l'intuizionismo giudiziale che andava a cozzare con i principi fondanti di un sistema giudiziario garantista – non poteva ritenersi soddisfatto dalla applicazione di un modello di probabilità meramente statistico-quantitativo (incarnato proprio dal paradigma della probabilità frequentista). Bisogna dare atto dei tentativi, invero connotati da scarsa efficacia, compiuti da una certa parte della dottrina, che si è impegnata nel cercare di esprimere in una formula statistico-matematica (nota come *teorema di Bayes*) il procedimento per calcolare il valore probabilistico di una certa conclusione (*rectius*, un certo grado di credibilità) probatoria rispetto alle evidenze disponibili in giudizio: differenziandosi dalla logica frequentista, l'induzione/inferenza bayesiana interpreta la probabilità non come frequenza statistica, appunto, bensì come livello, o grado, di fiducia riponibile in una data ipotesi, a fronte delle prove disponibili, e si occupa di «misurare l'incremento della probabilità di un'ipotesi fattuale prodotto da un elemento di prova» (M. TARUFFO, *Verso la decisione giusta*, cit., 275, cui si rinvia per ulteriori approfondimenti sul tema; ID., voce *Prova giuridica*, cit., 1028 ss., nonché ivi riferimenti bibliografici; sul punto, cfr. altresì i riferimenti proposti da A. Carratta, *Funzione dimostrativa della prova*, cit., 91 ss., in particolare nt. 45). E tuttavia, sebbene alcune voci della dottrina abbiano cercato di offrire spazi ad una teoria siffatta nel contesto dello studio della logica probatoria e decisoria tipica del fenomeno processuale, esso non ha avuto successo. La debolezza del teorema di Bayes applicato al ragionamento probatorio starebbe, secondo le prevalenti voci critiche che se ne sono occupate, nel fatto di mantenersi comunque al livello del calcolo 'quantitativo' di probabilità per gradi di credibilità delle ipotesi formulate. Per un verso, si richiedono calcoli di notevole difficoltà, che non è ragionevole chiedere di compiere ad operatori del diritto (giudici e avvocati); per altro verso, ed è qui che emerge il difetto principale che rende la dottrina bayesiana non esportabile nel settore processuale, il teorema *de quo* pretende che si attribuisca *a priori* una precisa ed oggettiva quantificazione di probabilità a ciascuna prova, e, come ben si comprende, non si tratta di operazione agevole nel contesto dell'istruttoria giudiziale. Sul tema, G. UBERTIS, *Profili di epistemologia giudiziaria*, cit., 113 ss.; diffusamente AA.VV., *Conoscenza e verità*, a cura di M.C. Amoretti-M. Marsonet, Milano, 2007, *passim*; E. ANCONA, *Veritas est adaequatio rei et intellectus*, cit., 122 ss.).

Ebbene, la chiave di lettura preferibile, sul fondamentale tema dello schema logico più idoneo ad offrire non solo la miglior descrizione del processo mentale tramite cui il giudice perviene alla ricostruzione fattuale, bensì soprattutto a definire strumenti adeguati (e verificabili) mediante i quali si possa condurre tale ragionamento esprimendo tutte le peculiarità del giudizio giuridico, è senz'altro quella che è stata proposta dalla Cassazione penale nel 2002, nella nota sentenza Franzese (Cass., SS.UU., 11 settembre 2002, n. 30328, Franzese, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1133; in *Cass. pen.*, 2002, 3643; in *Arch. n. proc. pen.*, 2003, 168; in *Corr. giur.*, 2003, 3, 348; sugli effetti 'benefici' che, nel lungo periodo, l'innovativo e coraggioso approccio avvalorato dalla pronuncia *de qua* ha prodotto sugli snodi nevralgici del processo penale, si veda l'illuminante analisi proposta da P. TONINI, *L'influenza della sentenza Franzese sul volto attuale del processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 10, 1225 ss.). In tale arresto, talmente epocale da aver indotto una certa dottrina a parlare di vera e propria «rivoluzione copernicana» nel campo dell'epistemologia giudiziaria (P. TONINI-C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., 174 ss., cui si rinvia per una ricchissima serie di spunti di riflessione sull'argomento, nonché per l'altrettanto copioso novero di riferimenti bibliografici), si può leggere che «la probabilità statistica attiene alla verifica empirica circa la misura della frequenza relativa nella successione degli eventi [...], la *probabilità logica*, seguendo l'incedere *induttivo* del *ragionamento probatorio* per stabilire il grado di conferma dell'ipotesi formulata in ordine allo specifico fatto da provare, contiene la verifica aggiuntiva, sulla base dell'intera evidenza disponibile, dell'attendibilità dell'impiego della legge statistica per il singolo evento e della persuasività e razionale credibilità dell'accertamento giudiziale». Se, dunque, di probabilità si può (e si deve) parlare con riferimento alla ricostruzione del fatto storico mediante prove in giudizio per la valutazione della corrispondenza dell'ipotesi di parte alla reale modalità di svolgimento della vicenda rilevante, non si avrà a che fare, se non in prima battuta (cioè solo al momento della posizione dell'ipotesi ricostruttiva, da sottoporre poi al vaglio in concreto mediante prove), con una probabilità statistica. Una frequenza statistica non è, infatti, mai idonea a consentire di fondare su di essa una conclusione relativa ad un singolo evento *hic et nunc* qual è quello che viene in rilievo sulla scena processuale. Ebbene, il tipo di ragionamento (abduktivo) nel quale l'induzione svolge un ruolo primario, l'irriproducibilità sperimentale dell'oggetto della prova, la sottodeterminazione del risultato conoscitivo rispetto alla quantità e qualità di elementi di prova che svolgano il ruolo di 'ponte' tra il fatto passato ed il giudice, sono tutti elementi che spostano il paradigma di riferimento e conducono a discorrere di probabilità logica. Come ha scritto H.L. HO, *A Philosophy of Evidence Law*, cit., 71 ss., l'obiettivo finale del giudizio consiste nel pervenire a credenze giustificate sulla scorta di uno standard di correttezza esterno, rappresentato dalla verità («fact-finding aims at beliefs that are internally justified. But that is not all that it aims at. Externally, *truth* is the standard of correctness for *belief* and, hence, for positive finding that is grounded on that belief. Fact-finding [...] aims at *knowledge*»). Più precisamente, ci si confronta in giudizio con conoscenze probabili il cui grado di conferma è legato alla capacità del plesso probatorio raccolto di offrire giustificazione ad un certo convincimento inerente ad un irriproducibile *lost fact* del passato, giudizio la cui correttezza non dipende solo dalla coerenza con quanto ritraibile dalle prove, ma che (nella logica qui accolta) si rinviene anche nella corrispondenza con ciò che sia accaduto nella realtà. Il punto è, però, che il grado di giustificazione della credenza veritiera non è passibile di una precisa quantificazione in termini statistici, né è plausibile esprimerlo in chiave formalizzata mediante l'elaborazione di una formula matematica, proprio perché si ha a che fare con eventi passati, singoli, individuali, non reiterabili in tutti i loro connotati *hic et nunc*. Piuttosto, è possibile codificare un metodo che si ponga a garanzia della bontà epistemica dell'inferenza condotta dal giudice rispetto alle evidenze fruibili: e questo metodo

consentire il corretto funzionamento della logica induttiva in «situazioni di conoscenza date o date per assunte» per trovare conferma alle ipotesi poste. Secondo la ricostruzione filosofica proposta dal citato Autore, il requisito essenziale per un siffatto procedimento di acquisizione di conoscenza consiste nel considerare quale evidenza la *totalità della conoscenza disponibile*. In termini più specifici, per soddisfare il teorema per il quale, in una situazione conoscitiva data, il grado di conferma (c) di una certa ipotesi data (h) in relazione all'evidenza (e) è pari a (q), «dobbiamo prendere come evidenza (e) la *total evidence* disponibile per la persona in questione nel momento in questione, vale a dire la sua conoscenza *totale* in merito ai risultati delle sue osservazioni»¹³². Dunque, in base ai fautori della teoria *de qua*, costituisce un principio di razionalità quello secondo cui, per ponderare il grado di conferma di una certa ipotesi, la strategia più efficace sia quella di tenere in conto ed utilizzare ogni elemento di prova (*item of evidence*) che sia, anche solo in termini dubitativi, rilevante per la situazione conoscitiva data¹³³.

è rappresentato dal tentativo di smentita, dalla formulazione di ipotesi alternative a quella prescelta a monte, in modo da metterne alla prova la tenuta e la capacità esplicativa del compendio probatorio a disposizione. Sul tema, G. CANZIO, *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 10, 1193 ss.; ID., *Il processo penale fra verità e dubbio*, cit., § 9; ID., *I nuovi confini del diritto alla salute e della responsabilità medica*, in *Giur. it.*, 2014, 8-9, 2082, *passim*; C. CONTI, *Il BARD paradigma di metodo: legalizzare il convincimento senza riduzionismi aritmetici*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 6, 833: «la sentenza Franzese ha preso le mosse proprio dal problema della prova (scientifica) del rapporto di causalità, introducendo il concetto di probabilità logica che significa certezza processuale della sussumibilità del caso concreto nell'area operativa della legge di copertura, alla luce di tutte le risultanze disponibili e con esclusione anche solo di un dubbio circa la prospettabilità di una ipotesi alternativa»; sul tema del ragionamento e della probabilità induttivi nel quadro dell'attività probatoria e decisoria del processo, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 107 ss. (in partic. 117, ove l'A. conduce una interessante riflessione in cui mostra che la «frattura logica, che immancabilmente separa i dati probatori dai fatti provati e che nessun artificio legale è in grado di colmare», è in definitiva una delle ragioni per cui «la "certezza" della verità giudiziaria fattuale [...] non è mai assoluta o oggettiva», ma, al pari della verità empirica di cui si occuparono Hume e Locke, ha «carattere meramente "probabile". Una simile acquisizione epistemologica mostra in modo efficace i nessi 'sommersi' tra i vari aspetti da noi analizzati sin qui); critico nei confronti sia dell'applicazione della probabilità statistico-frequentista sia dei fautori dell'esportazione in sede processuale delle teorie bayesiane, O. MAZZA, *La verità giudiziale*, cit., 19 ss. (cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici sul tema); D. PULITANÒ, *Il dubbio e il paradigma penalistico della certezza*, cit., 222-223; G. TUZET, *Filosofia della prova giuridica*, cit., 282 ss.

¹³² R. CARNAP, *On the Application of Inductive Logic*, cit., 138-139 (corsivo nostro). Il citato Autore rammenta come il principio da lui accreditato sia stato «generalmente riconosciuto» seppur non sempre e non propriamente seguito da altri filosofi: tra questi, egli menziona J.M. KEYNES, *A Treatise on Probability*, London, 1921, 313, il quale faceva riferimento a quella che l'A. definisce la «massima di Bernoulli», secondo la quale nel computare una probabilità bisogna prendere in considerazione e mettere in conto tutte le informazioni che si hanno a disposizione. Sul medesimo principio della *total evidence*, si vedano le sintetiche osservazioni proposte da I.J. GOOD, *On the Principle of Total Evidence*, in *The British Journal for the Philosophy of Science*, Feb., 1967, Vol. 17, No. 4, 319 ss.

¹³³ R. CARNAP, *On the Application of Inductive Logic*, cit., 139: «An additional item of evidence i may be omitted only if it can be shown that this omission does not change the value of c , in other words, that $c(h, e \text{ and } i) \equiv c(h, e)$. If this condition is fulfilled, i is said to be irrelevant for h with respect to e . In practice i is often omitted if its irrelevance is plausible though not actually proved. But if there is any doubt as to the irrelevance of i , it ought to be retained. And if, moreover, it is recognized that i is relevant, that is to say, that $c(h, e \text{ and } i) \neq c(h, e)$, then it would obviously be wrong to omit i ». Evidenzia il fatto che il principio della *total evidence*

Come si evince dalle sintetiche riflessioni svolte, la teoria logico-filosofica in esame si radica sull'idea che la migliore e più razionale garanzia di acquisizione di conoscenza sia rappresentata dalla *completezza* (in gergo: *comprehensiveness* o, ancora, *completeness*) del materiale conoscitivo che sia connotato dalla caratteristica dell'*utilità* accertativa, che sussiste quando il risultato atteso varia allorché si provveda ad aggiungere alle altre evidenze già catalogate quell'ulteriore elemento osservato. Non usufruire di informazioni dotate di siffatto carattere, non ampliare il *plateau* gnoseologico includendovi tutte le evidenze rilevanti, renderebbe più dubbio l'esito accertativo¹³⁴.

All'apparenza, l'assunto inespresso di fondo è che il valore aletico-euristico dell'elemento probatorio si radica in modo *esclusivo* nella rilevanza (potenziale utilità accertativa) dello stesso rispetto alla dimostrazione dell'ipotesi d'indagine. Sembrerebbe, invece, trascurato il valore euristicamente significativo della *qualità* o della *provenienza* del dato informativo che si voglia acquisire ed utilizzare. Al contempo, quanto al profilo più attinente al contenuto conoscitivo dell'accertamento e alla modalità più efficace di acquisire rassicurazione sul risultato epistemico ottenuto tramite il ragionamento induttivo seguito, parrebbe quasi che si tralasci di considerare il più moderno approdo raggiunto dalla filosofia della scienza, ovverosia la valorizzazione delle tecniche *falsificazioniste*, che hanno provveduto a smentire il dogma per il quale l'«accumulo» di dati a conferma dell'ipotesi sia reale garanzia di correttezza di una teoria. Piuttosto, è la capacità della ricostruzione fattuale di reggere l'urto del tentativo di smentita a garantire – *coeteris paribus* e per il momento – di non poter spiegare

sia diretta gemmazione del principio di razionalità I.J. GOOD, *On the Principle of Total Evidence*, 319 (nonché 321), dal momento che, specialmente se si ha riguardo per evidenze che siano *già* disponibili, non acquisirle per stimare la probabilità (*i.e.*, il grado di conferma dell'ipotesi posta), sarebbe irragionevole, dal momento che il costo nel raccoglierle ed usarle sarebbe trascurabile, a fronte della loro *utilità* conoscitiva. Dunque, tutte le informazioni ritraibili da osservazioni fatte dovrebbero entrare nel computo, pena l'irrazionalità della ricerca. Come riporta M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., 141, vi è chi ha obiettato al principio in questione invocando ragioni di carattere economico-efficientista, secondo cui l'acquisizione totale delle informazioni utili non dovrebbe operarsi qualora ciò comportasse costi non vantaggiosi. Ad osservazioni critiche di tal sorta si è risposto che, però, prendere in considerazione gli aspetti economici del fenomeno probatorio non avrebbe alcun nesso con la funzione epistemica del principio di completezza epistemologica delle informazioni disponibili, dal momento che l'analisi economica frappone un limite alla ricerca del vero e all'acquisizione di conoscenza. Eppure, ci verrebbe da osservare, il parametro di rilevanza – quantomeno nel contesto giuridico-processuale, ma il discorso potrebbe estendersi anche ad ulteriori ambiti epistemicamente orientati – è diretta manifestazione di un qual certo principio di economia ed efficienza, posto che esso vale a filtrare, sfozzare ed alleggerire il novero di elementi da prendere in considerazione per esprimere un determinato giudizio su una certa ipotesi, escludendo *a priori* ciò che non appaia potenzialmente proficuo ed utile per tale operazione logico-cognitiva. Le medesime riflessioni sono svolte da M. TARUFFO, voce *Prova*, cit., 1030 (cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici).

¹³⁴ M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., 140-141.

altrimenti il fenomeno osservato¹³⁵.

Ora, si può agevolmente riscontrare una qual certa consonanza tra taluni profili

¹³⁵ Invero, se il 'padre' delle teorie post-positivistiche note come falsificazionismo è senz'altro Karl R. Popper, Rudolf Carnap sembra aver condiviso le posizioni espresse da quest'ultimo filosofo, nonostante avesse formalizzato il *total evidence principle*. In sintesi, i cardini attorno ai quali ruota il 'nuovo' concetto di scienza delineato da Popper sono rappresentati: dall'assunto della fallibilità non solo dell'essere umano bensì anche della scienza; dalla constatazione che l'induzione per enumerazione non sia una tecnica idonea alla formulazione di leggi generali, posto che, per quanti casi si osservino, quelli ancora non osservati sono potenzialmente infiniti e, dunque, potrebbe trovarsi tra questi il caso in grado di demolire una teoria; dalla idea che, pertanto, una teoria formulata a partire da informazioni ed osservazioni date (e, quindi, finite) non potrà mai essere verificata con certezza, ma solamente falsificata. Basta, infatti, un solo caso non coerente con la teoria formulata per smentirne la portata. La scientificità non sta, dunque, nella assoluta certezza delle conclusioni cui conducono le teorie formulate dagli scienziati, bensì piuttosto nella sua idoneità e propensione ad essere sottoposta a tentativi di smentita. Sul punto, cfr. K.R. POPPER, *Logica della scoperta scientifica* (1934), trad. it., Torino, 1970; ID., *Congetture e confutazioni* (1972), trad. it., Bologna, 2009; R. CARNAP, *I fondamenti filosofici della fisica*, trad. it., Milano, 1971.

In argomento, ex multis, P. TONINI-C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., 164 ss.; P. TONINI, *La prova scientifica*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale*, dir. da G. Spangher, vol. II, t. 1, a cura di A. Scalfati, Torino, 2009, 88, definisce cosa debba intendersi per 'scienza': quel tipo di conoscenza che ha per oggetto i fatti della natura, è ordinata secondo un insieme di regole generali (le leggi scientifiche) che sono collegate tra loro in modo sistematico, e, nella formulazione delle regole, accoglie un metodo controllabile dagli studiosi, mediante la verifica e la falsificabilità delle leggi scientifiche elaborate; C. CONTI, *La prova del rapporto di causalità*, in AA.VV., *La prova scientifica nel processo penale*, a cura di L. De Cataldo Neuburger, Padova, 2007, 135 ss.; EAD., *La prova scientifica*, in AA.VV., *La prova penale*, a cura di P. Ferrua-E. Marzaduri-G. Spangher, Torino, 2013, 87 ss.; EAD., voce *Contraddittorio*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. VII, Torino, 2013, §1, cala la tecnica falsificazionista nelle trame della disciplina probatoria giudiziaria, osservando che il contraddittorio rappresenta il «metodo euristico universale, ipostatizzazione del tentativo di smentita caro alla filosofia della scienza contemporanea» (corsivo nostro); EAD., *Il BARD paradigma di metodo*, cit., 829 ss., in partic. 831 ss., ove l'A. non soltanto assegna un ruolo chiave al tentativo di smentita nella definizione del metodo epistemologico del processo penale con riferimento a qualsiasi tipo di prova (rappresentativa o critica/scientifica), ma esalta gli approdi normativi raggiunti con la c.d. riforma Orlando (l. 23 giugno 2017, n. 103), che, rimaneggiando la struttura dell'art. 546, comma 1, lett. e), c.p.p., si è fatta carico di trasporre in un modello legale la tecnica della falsificazione funzionale alla *inference to the best explanation* (in connessione col canone probatorio e di giudizio del ragionevole dubbio: art. 533 c.p.p.), calando la logica della confutazione nella struttura dialogica della motivazione della sentenza («La grande novità - che parrebbe essere sfuggita a prima lettura - consiste in definitiva nella codificazione del tentativo di confutazione quale passaggio necessario del ragionamento inferenziale con un *quid pluris* rispetto alla classica (ma generica) correlazione tra prova e giudizio da esporre in positivo e negativo: dalla motivazione deve emergere esaustivamente il tentativo di falsificazione di ogni massima di esperienza e di ogni legge scientifica»); EAD., *La prova scientifica alle soglie dei vent'anni dalla sentenza Francese: vette e vertigini in epoca di pandemia*, in *Sist. pen. web*, 9 febbraio 2021; G. CANZIO, *La motivazione della sentenza e la prova scientifica: "reasoning by probabilities"*, in AA.VV., *Prova scientifica e processo penale*, a cura di G. Canzio-L. Luparia, Milano, 2017, 3 ss.; ID., *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento*, cit., *passim*; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 120 ss., il quale fa riferimento allo schema di esplicazione causale delineato da Popper e alla tecnica della falsificazione (c.d. del *modus tollens*) come metodo tipico della ricerca scientifica ma anche giudiziale. Ora, l'A. lo definisce modello nomologico-deduttivo, tuttavia occorre precisare come la sua applicazione in sede giudiziale (tanto penale quanto civile, che per questa parte della prova del nesso causale, in materia di responsabilità civile ma anche da inadempimento, si riferisce direttamente alle acquisizioni della scienza penale e processuale penale; si veda F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XVIII ed., Napoli, 2017, 716) richieda un passaggio ulteriore rispetto alla selezione della legge scientifica (o massima d'esperienza) ritenuta esplicativa della vicenda all'attenzione del giudice: si tratta proprio dello *step* mediante il quale, con ragionamento *ex post*, si sottopone a tentativo di smentita la tenuta esplicativa della ipotesi formulata, seguendo così uno schema definibile inferenziale-induttivo. O. MAZZA, *La verità giudiziale*, cit., 31: «Nella incapacità [...] di attribuire connotati di certezza al ragionamento induttivo [...] al ragionevole dubbio va comunque riconosciuto il merito di configurare la probabilità logica come induzione (anche) *eliminatória*, inglobante esigenze di tipo falsificazionista»; D. PULITANÒ, *Il dubbio e il paradigma penalistico della certezza*, cit., 223, il quale parla della *regola aurea* dell'esclusione di ipotesi esplicative alternative. Su taluni dei più spinosi problemi in punto di rapporto tra processo e scienza, letti alla luce delle acquisizioni della giurisprudenza nordamericana (in particolare, *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579, 113 S. Ct. 2786 (1193), che si trova nella traduzione italiana in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, 278) cfr. M. TARUFFO, *La scienza nel processo: problemi e prospettive*, in ID., *Verso la decisione giusta*, cit., 283 ss.; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 92 ss.; G. TUZET, *Filosofia della prova giuridica*, cit., 59 ss., nonché 129; A. FARANO, *Scienza moderna*, cit., 139 ss.

denotativi del principio epistemico testé esaminato ed il fenomeno probatorio accertativo che si attua in sede processuale. La circostanza che la decisione giudiziale, protesa alla ricostruzione dei fatti secondo il criterio veritativo corrispondentista, dipenda dall'esistenza e dall'acquisizione di prove (sia, cioè, *evidence responsive*) è senz'altro un elemento di prossimità tra i due fenomeni. Inoltre, la regola della *rilevanza* a fini accertativi costituisce, invero, uno dei cardini centrali sui quali si struttura, in ogni tipo di giudizio e di procedimento probatorio, il vaglio di ammissibilità delle evidenze (quanto al processo penale, si veda l'art. 190 c.p.p., che parla di *non manifesta irrilevanza*; in ambito processualcivile, siffatto parametro è viceversa sancito in termini positivi, posto che l'art. 183, comma 7, c.p.c. e l'art. 420, comma 5, c.p.c. pongono indirettamente in capo al giudice il dovere di valutare la *rilevanza* dei mezzi di prova richiesti dalle parti)¹³⁶.

¹³⁶ Quanto ai criteri di ammissibilità della prova nel processo penale, P. TONINI-C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, cit., 243 («Infine, la prova deve essere *rilevante*, e cioè utile per l'accertamento: il suo probabile risultato deve essere idoneo a dimostrare l'esistenza del fatto da provare. Non occorre che la "rilevanza" o la "non superfluità" siano certe; è sufficiente il dubbio, e cioè la *non manifesta irrilevanza* o superfluità. Alle parti è sufficiente dimostrare la probabile rilevanza [...]. Ciò significa che il *quantum* di prova imposto alla parte richiedente è particolarmente basso»); Id., *Il diritto delle prove penali*, cit., 62 ss. (ove si specifica altresì il diverso, più stringente, parametro di ammissibilità di prove dichiarative in «casi particolari» disciplinati dall'art. 190 *bis* c.p.p.); P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., 56 (ove fa rilevare come il criterio della rilevanza della prova non sia, *stricto sensu*, un vincolo di ammissibilità – com'è invece il requisito della legittimità della prova: «Il giudizio sulla [...] irrilevanza, infatti, non riguarda la prova in sé, intesa come premessa probatoria, ma il suo rapporto con il contesto in cui si colloca, e, più specificamente, con la proposizione da provare» ed è questa la ragione per cui il giudizio di irrilevanza è sempre rivedibile, dal momento che «la prova già esclusa può, [...] in una diversa prospettiva di ricostruzione del fatto, mostrarsi successivamente utile e rilevante, mentre una prova vietata dalla legge resta inammissibile, quale che sia il contesto in cui si inserisce»), nonché 97 ss.; per una approfondita disamina anche sul fronte giurisprudenziale, cfr. C. QUAGLIERINI, voce *Art. 190*, in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda-G. Spangher, Milano, 2023, § II; L.P. COMOGLIO, *Prove ed accertamento dei fatti*, cit., 133 ss.; N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992, 148 ss.; A. MELCHIONDA, voce *Prova in generale (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Agg. I, Milano, 1997, § 5; D. SIRACUSANO, voce *Prova III) Nel nuovo codice di procedura penale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma, 1991, 7 (definisce la irrilevanza della prova in termini di «assoluta inconducenza rispetto alla regiudicanda»).

Per uno sguardo trasversale sul tema della rilevanza probatoria, G.F. RICCI, *Principi di diritto processuale generale*, cit., 366; M. TARUFFO, voce *Prova giuridica*, cit., 1029 ss.

Quanto al valore che il parametro di rilevanza assume per l'ammissione delle prove nei processi civili, si vedano per tutti: A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 411 ss.; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 183 ss., cui si rinvia anche per i riferimenti giurisprudenziali e la ricca bibliografia; R. BRIANI, *L'istruzione probatoria nel processo amministrativo*, cit., 121 ss., la quale sembra accogliere un'interpretazione del criterio ammissivo *de quo* che lo sovrappone a quello che i processualpenalisti denominano 'pertinenza' (ossia l'attinenza della prova, di cui si richiede l'ammissione, all'oggetto del processo, ciò che l'art. 187 c.p.p. nella sua rubrica definisce «oggetto della prova»); G. VERDE, voce *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, 1988, 619 ss.

Quanto al profilo inerente alla disciplina probatoria nel processo amministrativo, vale la pena di notare come, sebbene il criterio di rilevanza non sia espressamente sancito da alcuna previsione normativa quale parametro di ammissibilità delle prove, tuttavia la dottrina risulta unanime nel riconoscere validità a suddetto requisito (A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 261 ss. A dimostrazione del peso che il criterio di rilevanza, seppur solo implicitamente contemplato nel sistema della prova nel processo amministrativo, svolge in quest'ultimo settore, si consideri il fatto che il procedimento probatorio nel rito amministrativo viene regolato secondo il noto principio *dispositivo con metodo acquisitivo* (quello che, in ambito processualpenalistico è detto *principio dispositivo temperato*, uno dei caratteri denotativi del sistema accusatorio accolto dal codice Vassalli: sul punto, cfr. P. TONINI-C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, cit., 762 ss.): dunque, sebbene il giudice non

Eppure, una diretta e totale riproposizione nell'ambito giudiziale del principio della *total evidence*, oltre che perpetuarne in maniera dannosa le debolezze da ultimo messe in chiaro, finirebbe per favorire un deleterio ritorno alle logiche probatorie intuizionistiche, di cui già abbiamo mostrato i difetti, con la loro aspirazione ad una conoscenza totale e totalizzante¹³⁷.

Ma procediamo con ordine.

Secondo un certo filone esegetico, la medesima nozione epistemica sponsorizzata dai fautori del *total evidence principle* sarebbe – come in parte è – rintracciabile anche nelle pieghe del sistema probatorio nel contesto dell'attività giurisdizionale: in specie, un equivalente processuale del criterio di completezza epistemologica delle informazioni sarebbe espresso dal menzionato principio di *rilevanza* della prova. Si tratta di una regola economicamente funzionalizzata alla selezione in ingresso del solo materiale conoscitivo che abbia, in termini ipotetici ed *ex ante*, potenziale utilità per la

abbia il potere di autonomamente introdurre i fatti in giudizio, avrà la facoltà di integrare gli elementi di prova conferiti dalle parti, disponendo anche d'ufficio l'acquisizione di quelle prove che paiano *utili* ai fini del decidere (cfr. art. 64, comma 3, c.p.a.). È palese, pertanto, il ruolo che, anche in questo ambito, viene svolto dal criterio di rilevanza, inteso come potenziale utilità conoscitiva circa i fatti oggetto della regiudicanda. Sul punto, cfr. R. CHIEPPA-R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, III ed., Milano, 2017, 1204 ss.; R. BRIANI, *L'istruzione probatoria nel processo amministrativo*, cit., 82 ss. nonché 333 ss.; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 143, nonché 376 ss.; in merito alla disciplina previgente rispetto all'introduzione del Codice del processo amministrativo, C.E. GALLO, *La prova nel processo amministrativo*, Milano, 1994, 37 ss.

Con riferimento al processo tributario, si tenga presente che, nonostante l'attività istruttoria sia molto limitata, vi si applicano i medesimi principi che regolano il procedimento probatorio civile, tra cui, pertanto, anche il parametro di rilevanza (che si riscontra indirettamente altresì nel caso di poteri istruttori officiosi, esercitabili dal giudice tributario entro i limiti fissati dai *fatti* allegati dalle parti, rispetto ai quali, dunque, le prove devono essere di necessità rilevanti. In termini, P. RUSSO-G. FRANSONI-L. CASTALDI, *Istituzioni di diritto tributario*, II ed. rivista ed ampliata, Milano, 2016, 282 ss.; G.M. CIPOLLA, voce *Prova (dir. trib.)*, in *Digesto comm.*, Milano, 2008, § 7 nonché § 12.

Per un'analisi sul concetto di rilevanza probatoria nel contesto della *evidence law* dei Paesi di *common law*, si rinvia a R. EMSON, *Evidence*, V ed., Palgrave Macmillan, London, 2010, 26 ss.; M. DAMAŠKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, cit., 82 ss. Si veda, inoltre, il dettato della *Rule 401* delle *Federal Rules of Evidence* statunitensi, la quale si occupa proprio di offrire una definizione di *relevant evidence*: «*Evidence is relevant if: a) it has any tendency to make a fact more or less probable than it would be without the evidence; and b) the fact is of consequence in determining the action*» («La prova è rilevante se: a) ha una qualche tendenza a rendere l'esistenza di un certo fatto più probabile o meno probabile di quanto sarebbe senza quella prova; e b) il fatto sia utile per la definizione dell'azione»). La menzionata definizione normativa sembra ricalcare con precisione la massima elaborata da Carnap e di cui abbiamo riportato un passaggio alla precedente nota 131. H.L. HO, *A Philosophy of Evidence Law*, cit., 10-11: «*A proposition of relevant fact is a proposition that is capable of supporting or undermining, directly or in one or more steps and to varying degree, a conclusion on a dispute over a material fact*» e «*A proposition of fact is irrelevant if it is incapable of supporting or undermining the conclusion directly or indirectly to any non-negligible degree*» («Una proposizione su di un fatto rilevante è una proposizione che è capace di supportare o minare, direttamente o in uno o più passaggi e a vari livelli, una conclusione circa una controversia su di un fatto materiale» e «una proposizione di fatto è irrilevante se è incapace di supportare o minare la conclusione, direttamente o indirettamente, in un qualsiasi grado non trascurabile»).

¹³⁷ E, tuttavia, agli occhi del cittadino comune, del profano, potrebbe non apparire disdicevole che il processo tenda ad inglobare qualsiasi fonte conoscitiva portatrice di una parvenza di utilità per l'accertamento della regiudicanda. Come evidenzia E. AMODIO, *Il processo come gioco*, cit., 1664, «chi guarda e analizza dall'esterno questa realtà [i.e., quella dell'agone processuale] può procedere a una lettura che risulta *fuorviata* dall'impossibilità di acquisire la *total evidence*» e, di conseguenza, manifestare stupore o, anche, disapprovazione per un sistema 'selettivo' di apprensione della conoscenza a fini decisori (corsivo nostro).

ricostruzione dei fatti controversi: ciò che non sia utile, viceversa, dev'essere escluso.

Il principio in questione avrebbe, perciò, un valore *inclusivo* sul piano euristico-gnoseologico. Difatti, «l'esclusione di informazioni utili vizierebbe *ab origine* ogni procedimento epistemico, mentre *il solo modo per massimizzare l'attendibilità dei risultati di tale procedimento consiste nell'impiego adeguato di tutte le conoscenze disponibili*»¹³⁸. Un principio espresso in questi termini manifesta, per un verso, notevole fiducia nella ontologica efficacia della regola di rilevanza rispetto alla massimizzazione delle possibilità di pervenire ad accertamenti attendibili e veritieri, e quindi asseritamente giusti, dei fatti dedotti in giudizio. La rilevanza della prova garantirebbe anche la sua attendibilità e, di conseguenza, la qualità gnoseologica della ricostruzione storico-fattuale operata su tale base.

Per altro verso, se ne deduce una profonda diffidenza per qualsiasi genere di meccanismo che, a fronte di elementi informativi potenzialmente utili, ne sancisca l'esclusione per ragioni di varia natura¹³⁹. L'idea di fondo è che l'imposizione di limiti

¹³⁸ M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., 142 (corsivo nostro). A detta del citato Autore, il solo caso nel quale sarebbe ragionevole escludere una prova rilevante, per come definita dallo stesso Taruffo, senza che ciò comporti una decurtazione dell'efficacia inclusiva del principio di rilevanza ricorrerebbe allorché si abbia a che fare con prove sovrabbondanti, ridondanti e, dunque, superflue poiché miranti a dimostrare fatti oggetto di altre prove già ammesse. Sul piano normativo, il legislatore processuale ha fatto propria questa esigenza di economia del procedimento probatorio, prevedendo, all'art. 190 c.p.p., il criterio della *non manifesta superfluità* quale criterio di ammissione delle prove penali e, all'art. 209 c.p.c., la regola per cui il giudice avrebbe il potere di escludere l'assunzione di prove già ammesse quando ne ravvisi la *superfluità* alla luce dell'istruttoria già condotta.

In termini, cfr. L. QUERZOLA, *L'efficacia dell'attività processuale*, cit., 110, la quale fa riferimento ad un asserito «*principio generale di ragione* che vuole siano ammissibili tutti gli elementi utili per l'accertamento dei fatti, potendo pertanto costituire "prova" tutto ciò che serve logicamente a dimostrare la rispondenza al vero di un enunciato fattuale e non ciò che la legge qualifica come tale» (corsivo nostro).

¹³⁹ Sembra di sentir risuonare ancora e ancora le note parole di Jeremy Bentham: «*evidence is the basis of justice: to exclude evidence is to exclude justice*» («la prova è la base della giustizia: escludere la prova è escludere la giustizia»). In parte, tenuto conto anche di quanto abbiamo asserito nel precedente paragrafo, si può essere d'accordo con un simile adagio. Tuttavia, la sua radicalità non consente di accoglierne ogni sfaccettatura ed ogni corollario, come si cercherà di dimostrare nel prosieguo della trattazione. Un richiamo al menzionato principio di 'non esclusione' di cui Bentham si fece portavoce è operato da A. PANZAROLA, *Jeremy Bentham e la «Proportionate Justice»*, cit., 1467-1468: «Bentham formula una teoria prescrittiva della prova che ruota attorno alla affermazione del "*principle of non-exclusion*". [...] Su tutto campeggia l'idea secondo cui "*evidence is the basis of justice: exclude evidence you exclude justice*" e, più ampiamente, il convincimento che il fine della procedura è la correttezza della decisione, vale a dire la giusta applicazione della legge sostanziale a fatti "veri". I fatti possono acquistare tale qualità alla condizione che – in ossequio alla direttiva della non-esclusione – tutte le prove siano ammesse salvo che si tratti di prove irrilevanti, superflue o se la loro acquisizione comporti "*preponderant vexation, expense or delay in the individual case, judged by the standard of utility*". In ciò, sinteticamente, si attualizza nel processo il principio utilitaristico. Sulla posizione benthamiana rispetto alle questioni qui esaminate, cfr. A. GIULIANI, voce *Prova (filosofia dir.)*, cit., 569 ss.; M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Torino, 2009, 38 ss.; R. ORLANDI, *Atti e informazioni dell'autorità amministrativa*, cit., 21, in specie nt. 33; nonché, S. HAACK, *Epistemology and the Law of Evidence*, cit., 22, la quale rileva come l'idea sostenuta da Bentham, secondo cui la completezza (*comprehensiveness*) della prova costituisce un «*desideratum*» epistemologico, sia in parte condivisibile, ma non nel momento in cui giunge a destituire di fondamento tutte le regole di esclusione probatoria; EAD., *Epistemology Legalized*, cit., 40, dove esamina nel dettaglio le critiche mosse dal filosofo utilitarista rispetto al sistema processuale angloamericano a base accusatoria: «*the second epistemological criticism of the Anglo-American legal system*

all'inclusione di materiale probatorio giudicato rilevante avrebbe sempre un esito controepistemico e sarebbe, dunque, inaccettabile poiché irrazionale e disfunzionale per l'obiettivo centrale del processo. Inoltre, sempre in termini generali, si lamenta che la predisposizione di vincoli all'ammissibilità di certe tipologie di *input* di conoscenza impatterebbe in modo alquanto deleterio sulla principale forma di manifestazione del diritto di azione e difesa in giudizio, ossia il diritto alla prova. Frapporre una barriera in ingresso alle prove apparentemente rilevanti priverebbe le parti dei più potenti strumenti a loro disposizione per dimostrare l'esistenza dei fatti sui quali si radichi la fondatezza delle loro pretese giuridiche¹⁴⁰.

Ebbene, su queste premesse, i fautori dell'indirizzo qui in rassegna additano come

*[is] that exclusionary rules are inherently at odds with the epistemological desideratum of completeness. This is the main theme of Bentham's treatise on evidence: "the theorem to be proved" is that "merely with a view to rectitude of decision, [...] no species of evidence whatsoever [...] ought to be excluded". For evidence to have probative force, it must not only be correct, but also complete [...] So, Bentham argues, exclusionary rules are to be avoided; the right way to deal with misleading evidence is to put it in the context of further evidence, either by bringing out more details by interrogation, or by introducing other witnesses» («La seconda critica epistemologica del sistema giuridico anglo-americano [è] che le regole di esclusione sono intrinsecamente in contrasto con il desiderio epistemologico di completezza. Questo è il tema principale del trattato di Bentham sulle prove: "Il teorema da dimostrare" è che "solo in vista della rettitudine della decisione, [...] nessuna specie di prova di qualsiasi tipo [...] dovrebbe essere esclusa". Affinché una prova abbia forza probatoria, deve essere non solo corretta, ma anche completa [...] Quindi, sostiene Bentham, le regole di esclusione devono essere evitate; il modo giusto di trattare le prove fuorvianti è quello di metterle nel contesto di ulteriori prove, sia facendo emergere maggiori dettagli attraverso l'interrogatorio, sia introducendo altri testimoni»). Decisamente interessante rimarcare il peculiare metodo con il quale, come riporta Haack, il filosofo e giurista inglese riteneva che si potesse ovviare al all'elemento probatorio epistemologicamente difettoso (che, in nome del principio di completezza istruttoria, avrebbe comunque dovuto essere incluso nel panorama conoscitivo del giudice): non sottraendo tale dato spurio, bensì *aggiungendo, cumulando* ulteriori *inputs* probatori.*

¹⁴⁰ M. TARUFFO, voce *Prova giuridica*, cit., 1031; ID., *La semplice verità*, cit., 169 ss.; L. QUERZOLA, *L'efficacia dell'attività processuale*, cit., 57, nt. 3, ove, a supporto riporta un passaggio della più volte menzionata opera di L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 60, in cui l'A., tuttavia, non sta esponendo la propria posizione, bensì riportando il punto di vista prevalente nella giurisprudenza civile inerente ai temi, delicatissimi, della natura e dei limiti (se mai ve ne fossero) alla circolazione tra processi di prove formate in altra sede giudiziale. In particolare, Comoglio evidenzia che la notevole apertura manifestata dalla giurisprudenza nei confronti degli apporti probatori precostituiti *ab extrinseco*, «a prescindere dalla spiegazione giuridico-politica o dalla giustificazione concreta e pratica del fenomeno, [si radica sulla convinzione che] *quanto maggiore è l'ambito di utilizzabilità nel processo delle prove materialmente disponibili – pur se si tratti di fonti probatorie oggettivamente o strumentalmente atipiche, ma comunque tecnicamente idonee a concorrere all'accertamento della verità* dei fatti controversi, senza intaccare alcuno dei divieti posti a tutela dei diritti fondamentali della persona – *tanto maggiore è il grado di effettività* delle forme con cui si esercita il "diritto alla prova"» (corsivo nostro).

Aspramente critico rispetto all'approccio lasso dei Paesi di *civil law* rispetto ai bisogni epistemici che si manifestano in sede di procedimento probatorio, M. DAMAŠKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, cit., 30 («la teoria europea delle prove guarda solo all'ipotesi che le informazioni provenienti dal passato di una persona abbiano *valore probatorio*: se hanno questo valore, *possono e devono essere usate ai fini della decisione*» (corsivo nostro)). Tuttavia, più di recente, è stata fatta rilevare la tendenza, riscontrata anche e proprio nell'ordinamento processuale della Gran Bretagna (parte della temperie della *common law*), a costruire il criterio di ammissibilità della prova sul solo parametro della efficacia dimostrativa, senza dar peso alla conformità al modello e dunque alla qualità del dato stesso: sul punto, cfr. S. LORUSSO, *Il fascino indiscreto della 'mediatezza'*, in *Sistema penale web*, 23 novembre 2020, § 3. Si veda inoltre quanto scrive A. CARRATTA, *Funzione dimostrativa della prova*, cit., 82, il quale ritiene che si ponga in netto contrasto con il principio di soggezione del giudice alla sola legge «la convinzione che il migliore sistema probatorio sia quello che consente al giudice di sperimentare tutti i mezzi possibili e leciti per riuscire ad accertare la verità/falsità dell'enunciato fattuale; sia, cioè, quel sistema che stabilisce che il giudice (e non il legislatore) possa liberamente individuare il *factum probans* più efficace a dimostrare la veridicità delle affermazioni fattuali di parte».

deplorable segno di *disinteresse* per l'adozione di decisioni epistemicamente fondate (e, perciò, giuste) la circostanza che la disciplina del procedimento probatorio – in maniera più o meno incisiva a seconda del tipo di giudizio – sia punteggiata da una serie di regole che impongano una, talvolta rigorosa, selezione degli strumenti probatori esperibili¹⁴¹. Ed è in siffatto atteggiamento che si radica, a nostro avviso, la debolezza della teoria che confida in chiave totalizzante sul solo valore della massima completezza informativa quale baluardo di giustezza decisoria in ambito processuale. Il punto dolente, a nostro avviso, si rinviene infatti nella circostanza che, in nome dell'assoluto valore-scopo della ricerca della verità, destituisce di fondamento regole probatorie pensate proprio per assicurare tale obiettivo: così facendo, si sacrifica irragionevolmente ciò che si credeva di difendere a spada tratta. Ed il 'sogno' di una giustizia che emerga da pronunce attendibili sul piano aletico sfuma, per lasciare il posto a forme più o meno intense di decisionismo cognitivamente 'bulimico'.

Per aver chiaro il punto da ultimo evidenziato, si consideri quanto segue.

A fronte di vincoli all'ammissione in giudizio di determinate prove, che siano dettati per la tutela di valori extraprocessuali ovvero per assicurare una superiore qualità delle informazioni veicolate innanzi al giudice¹⁴², la dottrina giuridica del *total evidence principle* sembrerebbe al più disposta ad accondiscendere alla presenza di disposizioni normative che includano divieti di ammissione di informazioni rilevanti a motivo della scelta di assicurare protezione prevalente a beni giuridici estranei all'accertamento giudiziale. Pur riconoscendo che previsioni di tal fatta risultino preclusive di prove rilevanti sui fatti controversi, loro malgrado sono portati ad ammettere il valore ineludibile di talune posizioni giuridiche soggettive che, nel bilanciamento con l'interesse alla assunzione di decisioni sulla scorta di ricostruzioni processuali corrispondenti alla storicità fattuale, siano state privilegiate dal legislatore, tenuto altresì conto del fondamento personalistico del nostro ordinamento costituzionale¹⁴³.

¹⁴¹ Con un'immagine vividissima, G. UBERTIS, *La prova penale*, cit., 4, osserva – in chiave nettamente critica – come le «forze contrarie al nuovo codice di rito penale» abbiano frainteso lo spirito del codice Vassalli e gli abbiano addebitato un istinto «*iconoclasta*», senza comprendere la profonda immersione che i compilatori avevano compiuto nei più moderni approdi degli studi epistemologici del secolo scorso.

¹⁴² Sul tema dell'oggetto delle regole di esclusione/ammissibilità delle prove si tornerà in modo ben più approfondito nei prossimi paragrafi.

¹⁴³ M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., 153; L. PASSANANTE, *La prova illecita nel processo civile*, Torino, 2017, 356; si richiama altresì il passo, già riportato *supra*, tratto da L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 60, ove emerge con lampante chiarezza che l'indirizzo giurisprudenziale estensivo che, in nome dell'aspirazione alla

A questo proposito vale la pena di osservare che si ha a che fare con vincoli alla pretesa veritativa dell'accertamento mediante prove che sembrerebbero costituire una specificità del giudizio giuridico (processuale, in specie). Cosa che segnerebbe un dislivello rispetto alla estrinsecazione del principio epistemologico di completezza delle informazioni rilevanti nella realtà della filosofia della scienza e della logica induttiva, nella quale è forse possibile – ad un livello teorico-dogmatico – soprassedere sull'attuazione di istanze di natura etica. All'atto pratico, ciò non è probabilmente così lineare, posto che, nel loro concreto operare, anche gli appartenenti alla comunità scientifica devono fare i conti con una serie di principi etico-valoriali che sia in grado di incidere sulle operazioni acquisitive di informazioni e materiale conoscitivo spendibile per testare la bontà delle ipotesi formulate *ex ante*. Potrebbe invero trattarsi di direttive morali autoimposte dal ricercatore ovvero di regole a base deontica che gli siano imposte *ab extrinseco* dall'ordinamento (o anche dalle aspettative del tessuto sociale) di cui è parte e nel quale si svolge la sua ricerca. È però senz'altro vero che, se nell'ambito della ricerca scientifica siffatte limitazioni sono meramente eventuali, altrettanto non può dirsi dell'indagine conoscitiva a fini decisori che si svolge nel processo. Questo, in quanto struttura giuridicamente conformata, non può che addossarsi il pesante, ma inevitabile, compito di assicurare, per quanto possibile ed in misura di volta in volta variabile a seconda del bilanciamento 'costi-benefici' condotto a monte dal legislatore, quantomeno i basilari valori etico-morali, incarnati nei diritti fondamentali degli individui. Con tutte le conseguenze che da ciò derivino: *in primis*, la consapevole rinuncia all'acquisizione di elementi istruttori che, per quanto rilevanti, in ragione delle modalità di acquisizione o dell'oggetto su cui cadano siano lesivi di pregnanti istanze individuali o collettive irrinunciabili.

Dunque, a meno di non voler voltare le spalle alle scelte dei Padri costituenti o di non assegnare rilievo a beni giuridici – di portata non costituzionale ma che erano – già tenuti in considerazione financo in epoca fascista, una prima legittima erosione della completezza informativa che l'indirizzo esegetico qui esaminato auspicherebbe proviene da scelte politiche di sistema inaggirabili senza comportare una metamorfosi

conoscenza totale dei fatti di causa, tende ad acquisire, trattare ed utilizzare a fini decisori, nella veste di prove *atipiche*, prove che, per svariate ragioni, dovrebbero essere tecnicamente inammissibili, comunque si preoccupa di precisare come questo meccanismo non metta a repentaglio alcuno dei diritti fondamentali presidiati dalla normativa processuale mediante la posizione di divieti.

del sistema stesso.

È innegabile, tuttavia, che le regole appena esaminate importino limitazioni alle ragionevoli potenzialità di conseguimento di una conoscenza quanto più completa e sorretta da giustificazioni razionali.

Non è questo, a ben vedere, il caso dell'altro genere di barriere in ingresso – quelle volte ad escludere dati qualitativamente insoddisfacenti – che i fautori del *total evidence principle* contestano quali regole ingiustificate, capaci di produrre indebiti *deficit* nel fondamento epistemico della ricostruzione storico-fattuale condotta dal giudice in sentenza. O, perlomeno, siffatte critiche non sembrano aver pregio se riferite ad un certo gruppo di disposizioni che si occupano di filtrare gli *inputs* probatori a motivo dell'inaffidabilità della fonte o del metodo di estrazione dell'elemento istruttorio.

In effetti, in base agli argomenti spesi dall'indirizzo che pretenderebbe l'ampliamento totalizzante dell'oggetto dell'istruttoria processuale, sembra possibile individuare, nel *genus* suddetto, almeno due *species* di regole probatorie, investite dalle più aspre critiche.

Per un verso, con riferimento più specifico al tessuto normativo che informa i processi di natura non penale, si contesta l'ancora attuale mantenimento di talune regole di prova legale (es., art. 2700 c.c. in relazione all'atto pubblico; art. 2702 c.c. quanto alla scrittura privata autenticata; art. 2733, comma 2, c.c. ed art. 2735, comma 1, primo periodo c.c., rispettivamente per la confessione giudiziale e quella stragiudiziale; infine, art. 2738, comma 1, c.c. in riferimento al giuramento) e di quelle che impediscono di fornire prova di certi fatti mediante uno specifico mezzo, cui ne viene preferito in esclusiva un altro (per tutti, si prenda il caso del divieto di offrire prova testimoniale dei contratti di valore superiore ad un certo ammontare, *ex* art. 2721, comma 1, c.c. – cui, in ogni caso, vengono poste eccezioni variegata). In ipotesi di tal sorta, si ha a che fare non tanto con limiti incidenti sull'ammissibilità della prova, quanto piuttosto con regole inerenti al valore, all'efficacia del contenuto accertativo veicolato dal mezzo di prova nel processo. In altri termini, si tratta di una serie di vincoli che vengono imposti direttamente al libero convincimento del giudice, cui viene indicato dalla legge l'esito valutativo cui dovrà pervenire in presenza di elementi probatori ricavati dai mezzi

selezionati *ex lege*¹⁴⁴.

Com'è stato evidenziato in dottrina, siffatte previsioni parrebbero trovare giustificazione in un processo di «assolutizzazione di una massima di esperienza corrispondente all'*id quod plerumque accidit*»¹⁴⁵. A titolo meramente emblematico, si

¹⁴⁴ L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 151: «Schematicamente, il loro *modus operandi* si traduce in una valutazione aprioristica dell'efficacia di una prova, assunta od acquisita nelle forme di rito, rendendo più agevole la verifica del fatto, attraverso la mera sovrapposizione della fattispecie probatoria concreta a quella astrattamente disciplinata dalla legge». A. GIULIANI, *Il concetto di prova*, cit., 160, connette il sintagma 'prova legale' ad una «teoria della valutazione delle prove, fatta in anticipo dal legislatore», in contrapposizione all'utilizzo del medesimo sintagma quale espressione di una «logica delle esclusioni», in punto di ammissibilità e rilevanza delle prove: questa duplicità di significato che la dottrina ha ritenuto di assegnare alla medesima espressione riecheggia, con tutti i fraintendimenti concettuali che ne sono il portato, nell'acceso dibattito che, nella prima parte degli anni Settanta del secolo scorso, ha visto come protagonisti Ennio Amodio e Mauro Cappelletti (E. AMODIO, *Libertà e legalità della prova*, cit., 310 ss.; M. CAPPELLETTI, *Ritorno al sistema della prova legale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, 139 ss.; E. AMODIO, *Prove legali, legalità probatoria*, cit., 373 ss.). Sulla questione, cfr. anche F. CORDERO, *Scrittura e oralità*, cit., 177 ss.; nonché ID., *Il procedimento probatorio*, cit., 31-32. G. UBERTIS, *Fatto e valore*, cit., 123 ss., il quale riferisce, condivisibilmente, la denominazione di prova legale alle regole che incidono, limitandola in positivo o negativo, la valutazione del giudice in merito all'attendibilità della prova acquisita, fa notare l'esistenza di una differenza concettuale nella spendita di tale concetto da parte di processualcivili e processualpenalisti: i primi, difatti, la utilizzerebbero per indicare comprensivamente l'esistenza di qualsiasi norma inerente alla regolazione probatoria; i secondi, viceversa, la dedicherebbero solo ai vincoli relativi all'attività valutativa svolta dal giudice; A. Carratta, *Funzione dimostrativa della prova*, cit., 80 (cui si rinvia anche per i ricchi riferimenti bibliografici): «il risultato dell'assunzione di prove legali è di escludere, rispetto all'enunciato fattuale oggetto della prova legale, qualsiasi efficacia ad altri elementi di prova di segno contrario, pure emersi all'interno del processo, e quindi di escludere che il giudice possa fondare su basi razionali il proprio ragionamento sulla relazione esistente fra *factum probans* e *factum probandum*».

Sembra sovrapporre i due concetti – invero assai diversi – di prova tipica e di prova legale, G. TUZET, *Filosofia della prova giuridica*, cit., 148 ss. Ivi si legge, difatti, che «una prima distinzione è quella fra *prove tipiche* e *atipiche*. Il codice civile menziona espressamente alcune prove stabilendone per legge l'efficacia probatoria. un esempio è la prova documentale (art. 2699 ss. c.c.), fra cui si contano l'atto pubblico e la scrittura privata. L'art. 2699 definisce l'atto pubblico e l'art. 2700 ne determina l'efficacia: con ciò la valutazione e la decisione del giudice sono vincolate all'efficacia stabilita dalla legge, in quanto, a meno che non abbia successo una querela di falso, il giudice è tenuto a considerare provato ciò che l'atto pubblico attesta. Così (stabilendone definizione ed efficacia) funzionano le prove tipiche espressamente disciplinate dalla legge». In verità, i termini della questione non sono esattamente questi. Quando si parla di *tipicità* della prova, si allude in genere al fatto che il legislatore si è fatto carico di delineare e definire le caratteristiche di un certo mezzo di prova, di disciplinarne i modi di acquisizione in giudizio, secondo una valutazione *ex ante* ed *a priori* effettuata dalla legge in merito alla potenziale idoneità accertativa del mezzo stesso (mentre invece è atipica quella prova che immette nello schema tipico di un certo mezzo istruttorio delle componenti non tipizzate, non preventivamente contemplate dalla legge e di cui, pertanto, è indispensabile valutare in giudizio in concreto la potenziale capacità accertativa). Pertanto, ad un livello generale, la tipicità concerne le modalità di assunzione della prova, non il suo valore. Viceversa, il concetto di prova legale si riconnette proprio al profilo della predeterminazione *ex lege* dell'efficacia conoscitiva dell'elemento istruttorio che si fregia di tale qualità. Che i due profili non siano così semplicisticamente accomunabili è dimostrato dal fatto che, nel processo penale, sono previsti ben sette mezzi di prova tipici (accanto alla espressa previsione dei requisiti indispensabili per l'ammissione di prove atipiche, ex art. 189 c.p.p.), ma nessuno di essi possiede la forza vincolante della prova legale quanto alla propria efficacia gnoseologica, essendo stato di netto bandito un sistema di tal sorta in favore della adozione del principio del libero convincimento.

¹⁴⁵ M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., 162; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 150 (cui si rinvia anche per ricchi riferimenti bibliografici): «le c.d. *regole di prova legale* [...] "canonizzano" dati acquisiti di esperienze tratte e, accogliendo a loro fondamento l'astrazione generalizzata di calcoli probabilistici effettuati sull'*id quod plerumque accidit*, mirano a "semplificare" l'iter di accertamento della verità controversa, con una disciplina cogente dell'idoneità rappresentativa del mezzo di prova e dei suoi risultati»; in termini, A. GRAZIOSI, *Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 3, 698 («l'insieme delle prove legali [...] integra indubbiamente un sistema di limiti alla possibilità di verifica giudiziale della verità, che però trova la sua giustificazione, vuoi nell'esigenza di assicurare certezza nei rapporti giuridici, quantomeno a determinati livelli e alle condizioni fissate dalla legge [...], vuoi nell'esigenza di semplificazione del giudizio di fatto sulla base di acquisite massime di comune esperienza ed in correlazione, comunque, con l'operare del principio dispositivo (e mi riferisco qui, in special modo, ai limiti di ammissibilità delle prove costituite e alle ipotesi di loro efficacia di prova legale)»); S. PUGLIATTI, voce *Conoscenza*, cit., 92 ss.

pensi alla regola che assegna senz'altro valore di piena prova alla confessione, contro chi l'abbia resa: *prima facie*, sembrerebbe incontestabile riconoscere che nessuno sarebbe portato ad ammettere la verità di un fatto a sé sfavorevole, se esso non fosse corrispondente al vero. Eppure, come anche la storia del processo penale insegna, vi sono molteplici ragioni che possono indurre taluno a rendere dichiarazioni contrarie ai propri interessi e, ciononostante, non corrispondenti al vero (si pensi, per fare un esempio forse estremo ma di certo evocativo, alle confessioni rese sotto tortura: riconoscersi colpevoli del fatto ascritto e per cui si è torturati potrebbe dipendere, molto più semplicemente che no, dal desiderio di far cessare i tormenti)¹⁴⁶. In modo analogo, risulta ben possibile formulare ipotesi del tutto realistiche che smentiscano le massime d'esperienza che fondano le altre menzionate regole di prova legale¹⁴⁷. Quest'ultima

¹⁴⁶ Non si tratta di osservazioni che possiedono mero valore storicistico, hanno invece una qual certa attualità, se solo si pensa alla nota vicenda delle 'spontanee dichiarazioni' rese da Amanda Knox nella notte tra il 5 ed il 6 novembre 2007, quando, sottoposta ad indebite pressioni psicologiche ed in un clima nient'affatto sereno o, quantomeno, neutrale, aggravato altresì dal ritmo incalzante di domande poste in una lingua a lei quasi del tutto ignota, è stata 'portata' a rendere dichiarazioni che, *inter alia*, la collocavano pericolosamente sulla scena del delitto (l'omicidio efferato di Meredith Kercher). Come è stato fatto notare dalla Corte d'assise d'appello di Perugia, l'ostilità estrema della situazione e la condizione di pressione cui la ragazza era stata sottoposta (si consideri, ad esempio, che quando la stessa aveva chiesto l'assistenza di un difensore le era stato fatto notare che, così facendo, avrebbe dato l'idea di non voler collaborare con la giustizia, apparendo, pertanto, colpevole) avevano provocato un crollo emotivo nella giovane, la quale, nel tentativo disperato di far cessare quella insostenibile situazione che si protraeva da ore, aveva preferito *contra se edere*. Per analoghe più approfondite riflessioni, si rinvia a P. TONINI-D. SIGNORI, *Il caso Meredith Kercher*, in AA.VV., *Processo mediatico e processo penale*, cit., 172 ss.; M. GIALUZ, *La violazione dei diritti fondamentali nuoce alla ricerca della verità: la Corte di Strasburgo condanna l'Italia per il procedimento nei confronti di Amanda Knox*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 2, 155.

¹⁴⁷ Si pensi, ad esempio, alla norma sancita dal menzionato art. 2700 c.c. Se è plausibile presumere, infatti, che, se un documento è redatto da un soggetto investito di una pubblica funzione, il suo contenuto corrisponderà a verità, è tuttavia altrettanto possibile smentire tale assunto, dal momento che è ragionevole ipotizzare che un pubblico ufficiale attesti il falso in un atto pubblico. E così via, per ogni altro caso in cui le disposizioni in esame assegnano un determinato valore conoscitivo a mezzi probatori applicando *ex ante* una regola esperienziale della cui generalità è, tuttavia, lecito dubitare.

Per quanto attinenti ad un ambito non coincidente, ci sembra non sia affatto un fuor d'opera richiamare all'attenzione le numerose pronunce della Consulta che si sono occupate a più riprese del tema generale dell'applicazione del ragionamento presuntivo fondato proprio sulla generalizzazione di quel che si ritiene il normale *modus* di estrinsecazione delle relazioni e delle vicende umane. Ad uno sguardo complessivo, pare possibile enucleare una comune *ratio decidendi* sulla cui scorta la Corte costituzionale si è, di volta in volta, pronunciata a favore o contro il mantenimento nel tessuto normativo di disposizioni che imponevano in modo assoluto di adoperare ragionamenti presuntivi fondati su ciò che il legislatore aveva supposto essere l'*id quod plerumque accidit*. In particolare, la Corte ha sempre sostenuto che debbano ritenersi irragionevoli, e quindi formulate in violazione dell'art. 3 Cost. (oltreché di vari altri parametri costituzionali che venissero in rilievo nella specifica questione di legittimità all'esame del Giudice delle leggi), tutte quelle norme che prevedessero l'imposizione di presunzioni costruite come assolute, non passibili di alcuna prova contraria, a fronte di un ricco novero di situazioni concrete che, nella realtà dei fatti, smentissero con facilità la regola. Solo per citare alcuni esempi emblematici di un siffatto indirizzo esegetico, si considerino le nove pronunce concordi mediante le quali la Corte costituzionale ha smantellato il sistema delineato dall'art. 275, comma 3, c.p.p. che, per i delitti di cui agli artt. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater*, c.p.p. nonché quelli indicati specificamente dalla norma *de qua*, contemplava una presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere rispetto ad esigenze cautelari altrettanto presunte in presenza di gravi indizi di reità. L'*iter* argomentativo seguito per ciascuna delle ricordate declaratorie di illegittimità costituzionale è stato proprio quello descritto *supra*: le presunzioni assolute sono ragionevoli solo se espressione di massime esperienziali generali, e comunque solo in casi eccezionali; qualora, invece, sia agevole offrire una smentita formulando ipotesi di accadimenti reali contrari alla regola posta a base

della presunzione, allora quest'ultima è irrazionale e, dunque, viola l'art. 3 Cost. Nel rilevare il ricorrere di quest'ultima circostanza con riguardo alla citata presunzione di adeguatezza della carcerazione cautelare, la Corte ha, col tempo, indotto il legislatore a riformulare la disposizione che, come noto, ad oggi prevede un meccanismo incentrato su un duplice meccanismo presuntivo che, per le tipologie di delitti indicati al terzo periodo dell'art. 275, comma 3, c.p.p., è sempre di natura relativa e, quindi, sottoponibile a prova contraria tanto con riferimento all'esistenza di esigenze cautelari quanto in relazione alla presunta adeguatezza della custodia in carcere. Solo per i delitti di cui agli artt. 270, 270 *bis* e 416 *bis* c.p., l'art. 275, comma 3, secondo periodo, c.p.p. prevede invece una presunzione relativa quanto alle esigenze cautelari in presenza di gravi indizi di colpevolezza, ma una regola presuntiva assoluta, e quindi non sottoponibile a prova contraria, sul fronte dell'adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere (presunzione assoluta giudicata conforme a ragionevolezza dalla Consulta per i gravissimi delitti in questione, con le due pronunce Corte cost., 21 luglio 2010, n. 265, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 8, 949, con nota di P. TONINI, e Corte cost., 31 luglio 2020, n. 191, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 9, 1170). I riferimenti sono a: Corte cost., 21 luglio 2010, n. 265, cit.; Corte cost., 12 maggio 2011, n. 164, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 6, 673; Corte cost., 22 luglio 2011, n. 231, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 8, 937; Corte cost., 3 maggio 2012, n. 110, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 8, 985, con nota di M. INGENITO; Corte cost., 29 marzo 2013, n. 57, in *Foro it.*, 2013, 10, I, 2743; Corte cost., 18 luglio 2013, n. 213, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 9, 1030; Corte cost., 23 luglio 2013, n. 232, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 4, 430; Corte cost., 26 marzo 2015, n. 48, in *Sito uff. Corte cost.*). Seguendo una coerente medesima linea argomentativa, il Giudice delle leggi ha, a più riprese, provveduto a sottoporre a vaglio talune fattispecie incriminatrici costruite dal legislatore seguendo lo schema dei reati di pericolo presunto. L'anticipazione della tutela penale, si è detto, è legittima se opportuna per assicurare protezione a beni giuridici ritenuti meritevoli di essere tutelate non solo allorché subiscano una lesione, un danno, bensì fin da un momento ancor precedente, quando vi sia meramente un pericolo che essi subiscano una lesione. Tuttavia, la possibilità per il legislatore di costruire fattispecie penali di questo tipo è vincolata al rispetto del principio di ragionevolezza, che impone che si confezionino presunzioni solo allorché queste rispecchino l'*id quod plerumque accidit* e trovino conferma, su di un piano generale, nella realtà empirica. Quando ciò non avvenga, viceversa, l'irrazionalità e l'arbitrarietà della regola presuntiva ne comportano il contrasto con l'art. 3 Cost. Solo per menzionare taluni esempi, si vedano Corte cost., 24 luglio 1995, n. 360, in *Foro it.*, 1995, I, 3083; Corte cost., 20 giugno 2008, n. 225, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 8, 955; Corte cost., 23 luglio 2015, n. 185, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 12, 1490.

E ancora. Quantomeno per quel che concerne la summenzionata regola, che vieta di considerare prove diverse da quelle scritte in materia di contratti, siffatto limite può senz'altro essere ritenuto giustificato nella dimensione del diritto sostanziale e della regolazione dei rapporti al di fuori dell'arena giudiziale, allo scopo cioè di garantire certezza nella circolazione della ricchezza e nelle relazioni giuridiche e, così, ridurre la conflittualità. Dal punto di vista della loro funzionalità come regole processuali, come fanno notare esponenti della dottrina (M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., 162; L.P. COMOGGIO, *Le prove civili*, cit., 151, individua una delle *rationes* della predisposizione di regole di prova legale proprio nel fatto che esse permettono al legislatore di risolvere, *inter alia*, il problema della percepita "collisione" o incompatibilità fra prove di attendibilità diversa, allo scopo di contestualmente prediligere una e scoraggiarne un'altra), regole di tal sorta vorrebbero evitare che il giudice si trovi a dover porre a paragone e soppesare il valore accertativo di prove di diversa natura (in specie, documentale e testimoniale), in quanto si tratta di circostanza che potrebbe mettere il giudicante in difficoltà. Si tratta invero di una ragione controepistemica, che peraltro contraddice il fondamento generale del sistema di valutazione delle prove rappresentato dal principio del libero convincimento del giudice. Senza considerare, per giunta, che rientra nella norma della pratica processuale quotidiana che il giudice si trovi nella situazione nella quale sono introdotti in giudizio mezzi di prova di natura diversa diretti ad offrire prova o smentita della medesima circostanza fattuale (posto che, solo per menzionare un esempio, non vi è obbligo di offrire, quale prova contraria di un fatto dimostrato dalla controparte, una prova che abbia la medesima struttura di quella principale). Sarebbe dunque illogico ritenere che, a seconda dell'oggetto del processo, l'organo giudicante debba essere considerato più o meno idoneo e capace di valutare quale delle prove offerte dalle parti sia più attendibile.

Con riferimento al catalogo e alla disciplina dei mezzi istruttori nel processo amministrativo, più volte additati come insufficienti ed eccessivamente limitati, sono state sollevate varie questioni di legittimità costituzionale, specialmente quando ancora non era stato varato il Codice del processo amministrativo. Il parametro del richiesto vaglio di legittimità era, di norma, quello di uguaglianza, declinato anche nella forma del diritto alla parità delle armi. La Consulta, tuttavia, ha sempre respinto le questioni adoperando proprio il medesimo ragionamento di cui si è detto, ossia ha sostenuto che, a fronte di una situazione normativa in cui la fa da padrone la discrezionalità del legislatore (come, appunto, in materia probatoria), al Giudice delle leggi non resta che far uso del canone fondamentale della ragionevolezza. Pertanto, solo allorché si verifichi che i limiti posti dal legislatore e la disparità così creata tra le parti sono irragionevoli, perché privi di giustificazione alcuna, allora la norma in materia istruttoria dev'essere ritenuta incostituzionale e rimossa dall'ordinamento. Altrimenti detto, il limite probatorio è incostituzionale quando sopprime il nucleo essenziale delle garanzie di azione e difesa, perché priva la parte della occasione di influire sull'esito dell'attività accertativa condotta dal giudice. Sul punto, cfr. ampiamente G. D'ANGELO, *Le prove atipiche nel processo amministrativo*, cit., 151 ss., il quale fa rilevare, in termini condivisibili, come al vaglio del profilo della proporzionalità del vincolo istruttorio rispetto alle esigenze difensive sia prioritaria una ponderazione in punto di non arbitrarietà del fondamento logico e giuridico della regola limitativa posta dalla legge.

In materia di prove tributarie – ambito nel quale le presunzioni, non solo semplici ma addirittura legali, sono

circostanza, in definitiva, mette in chiaro che l'applicazione delle suddette previsioni limitative della libertà valutativa del giudice è destinata a provocare, in taluni casi, un qual certo margine d'errore nella ricostruzione fattuale. La ragione risiede proprio nello scarto eventuale che potrebbe prodursi tra la non generalità della massima d'esperienza e la (tendenziale) assolutezza applicativa della regola di prova legale: ciò ne manifesta, dunque, la valenza controepistemica e, quindi, l'irrazionalità.

Sotto questo profilo, la posizione dei fautori del *total evidence principle* appare in buona sostanza condivisibile, per quanto ci sembri che le critiche mosse contro gli ultimi residui del sistema delle prove legali siano in effetti 'spuntate'. Posto il principio di soggezione del giudice alla sola legge (art. 101, comma 2, Cost.), col suo corollario racchiuso nel principio di legalità processuale (in specie, probatoria), riteniamo che non vi siano margini perché i giudici possano scrollarsi di dosso i vincoli valutativi di cui si è detto né facendo uso degli strumenti esegetici, né, a maggior ragione, mediante l'esercizio del proprio libero convincimento, pena l'aggiramento surrettizio di regole sancite *ex lege*. Il rischio di un approccio qual è quello sponsorizzato dalla teoria qui in esame è, però, proprio di giustificare strategie probatorie di tal genere, condotte sotto il vessillo dell'aspirazione alla completezza epistemologica delle informazioni da porre a disposizione dell'autorità giudiziaria per un accertamento processuale quanto più corrispondente alla vicenda fattuale rilevante.

D'altro canto, i teorici dell'applicazione processuale del *total evidence principle* hanno mosso censure particolarmente accese nei confronti della scelta legislativa di predisporre regole idonee a filtrare l'accesso di determinate prove in giudizio, per sottrarle in modo anticipato alla conoscenza del giudice, sul presupposto della inaffidabilità epistemica del loro oggetto o del metodo di raccolta dell'informazione veicolata per loro tramite. Senza scendere troppo nei particolari di questa specifica tematica – che ci occuperà nel prosieguo – basti qui richiamare l'attenzione su taluni profili di non poco momento.

È stato scritto, a proposito delle limitazioni che operano in punto di ammissibilità di

tecnica privilegiata dal legislatore per riequilibrare il divario di potenzialità conoscitive che in tale contesto pare svantaggiare l'ente impositore rispetto al cittadino-contribuente (sul punto, cfr. *amplius* L. QUERZOLA, *L'efficacia dell'attività processuale*, cit., 105-106) – autorevole dottrina ha in certi casi dubitato, in coerenza con le riflessioni da noi svolte *supra*, della legittimità costituzionale di un siffatto strumentario a base presuntiva. Si veda, per tutti, G.M. CIPOLLA, voce *Prova (dir. trib.)*, cit., 3.

prove a monte giudicate (a vario titolo) inaffidabili che, di primo acchito, «si potrebbe essere tentati di formulare apprezzamenti positivi per legislatori che manifestano preoccupazioni epistemiche così analitiche e intense, sino al punto da costruire insieme complicati di norme dirette a prevenire errori» ricostruttivi da parte dei giudici. «Ad un'analisi più approfondita, tuttavia, è difficile evitare l'impressione di trovarsi di fronte a situazioni paradossali. *Quali che siano le giustificazioni addotte a fondamento delle varie regole d'esclusione, e qualunque sia la loro effettiva capacità di prevenire errori di valutazione, rimane comunque il fatto che esse operano nel senso di impedire che il giudice del fatto [...] venga a conoscenza di determinate informazioni. Il problema nasce dalla circostanza che si tratta di informazioni rilevanti, ossia di prove che, se venissero ammesse, potrebbero condizionare la decisione finale sui fatti della causa e comunque contribuirebbero a massimizzare l'eventualità che di questi fatti si accerti la verità*». La conclusione che se ne trae consiste nel ritenere controproducenti rispetto all'obiettivo gnoseologico del processo regole che impediscano di prendere cognizione di informazioni rilevanti, per quanto a monte giudicate inattendibili¹⁴⁸.

L'impressione che se ne ricava è quasi quella di una circolarità dell'*iter* dimostrativo, che, per attestare come l'unico parametro idoneo a garantire completezza epistemica all'accertamento giudiziale sia la rilevanza, adopera quale canone argomentativo proprio quel criterio di rilevanza della prova che costituiva l'oggetto dell'ipotesi da verificare. A fronte di ciò, si può controbattere invece che, se l'obiettivo ritenuto degno di perseguimento (anche proprio dai sostenitori del principio della *total evidence*) è rappresentato dal miglior accertamento fattuale perché da ciò dipende la giustizia della decisione, allora non si può con serenità affermare che norme intese a selezionare gli strumenti conoscitivi in dipendenza dell'inaffidabilità gnoseologica di taluni di essi siano irragionevoli in quanto controepistemiche. E ciò dal momento che, a ben

¹⁴⁸ Il passo è tratto da M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., 150 (corsivo nostro), il quale prosegue mettendo addirittura in dubbio la serietà del legislatore che ponga regole escludenti del tipo appena esaminato nel testo, posto che, a detta dell'Autore, tramite queste ultime più che aumentare il pregio epistemico dell'accertamento si finirebbe per creare dei *vulnera* insanabili nel tessuto conoscitivo di cui il giudice dovrebbe poter fruire per valutare la corrispondenza ai fatti delle asserzioni introdotte in giudizio dalle parti. Si consideri, però, in senso contrario, quanto scrive, con estrema lucidità, F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale*, cit., 295: «Come è possibile che giudici razionali giungano a conclusioni opposte? La risposta è che la verità dipende dalla prova. [...] Un processo che ritiene utilizzabile una confessione estorta giunge ad una verità ben diversa da un processo che ritenga inutilizzabile quella prova. Si può dire: tutto è prova. O si può dire: è prova solo l'informazione rilevante ed attendibile». A. CARRATTA, *Funzione dimostrativa della prova*, cit., 81, si mostra particolarmente critico nei confronti dell'indirizzo esegetico, patrocinato proprio dal già citato M. Taruffo, che vorrebbe bandire qualsiasi tipo di limite in punto di ammissibilità della prova in nome di un'interpretazione eccessivamente lassa dell'art. 24, comma 2, Cost.

guardare, la preoccupazione epistemologica è proprio ciò che informa tale tecnica escludente.

Far leva, come la tesi qui criticata fa, sul parametro della rilevanza quale unica e sola garanzia di affidabilità di qualunque elemento conoscitivo rappresenta, certo, una strada ‘in discesa’ per soddisfare l’ingenua convinzione che, quanto più materiale si abbia tra le mani, tanto più si avrà dominio della *quaestio facti*. Così ragionando, tuttavia, si finisce per dar spazio ad interpretazioni deleterie per il sistema. Si finisce per amplificare, difatti, in maniera pericolosamente sregolata il terreno di operatività del prudente apprezzamento del giudice, riletto quale strumento cui dovrebbe essere rimessa, *ex post*, la valutazione di attendibilità di elementi che non dovrebbero trovare, viceversa, alcuna barriera in ingresso.

Non è solo tramite il richiamo al principio di rilevanza probatoria che, in letteratura, si è cercato e ancora si cerca di alimentare l’idea, che discende dall’estremizzazione di quella che è stata definita *freedom of proof theory* (oltreché *total evidence principle*)¹⁴⁹, di un processo che, quasi dotato di forza magnetica, sia capace di attrarre a sé qualsiasi tipo di fonte informativa, senza distinzioni di sorta quanto alla genuinità di ciascuna. Ebbene, si è fatto ancora una volta leva su di un supposto superiore, illimitabile interesse alla «ricerca della verità»¹⁵⁰. Per tal via, si è giunti a ‘sfrangere’ i confini legali volti a selezionare le prove in ingresso, manipolando principi cardine del diritto probatorio ed altresì regole fondanti dei rapporti sussistenti tra procedimenti diversi ma interconnessi secondo variegata modalità, ovvero, talora, conandone addirittura di nuovi, geneticamente plasmati per ampliare nella massima portata desiderabile la piattaforma empirica fruibile dal giudice a fini decisori.

¹⁴⁹ Si è fatto notare in dottrina come la teoria della *freedom of proof*, nella sua versione più fortemente esasperata, comporta l’affermazione della tesi per la quale è prova *qualsiasi* elemento conoscitivo che appaia *utile* per l’accertamento, senza alcuna considerazione per la valenza e la validità euristiche di tali dati. Pare, dunque, quasi superfluo rimarcare la notevole vicinanza concettuale tra la dottrina qui menzionata e la teoria della completezza epistemologica delle informazioni rilevanti. Sul tema, cfr. B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica*, cit., 167 ss.

¹⁵⁰ Sono più che note le parole che, ormai trent’anni or sono, la Consulta utilizzò per stigmatizzare quello che, all’epoca, la Corte riteneva essere il «fine primario ed ineludibile del processo penale» (il rinvio è alla sentenza Corte cost., 3 giugno 1992, n. 255, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 1132, con nota di P. TONINI; nonché, *ex multis*, in *Cass. pen.*, 1992, 2022, con nota di F.M. IACOVIELLO e in *Corr. giur.*, 1992, 981, con nota di A. GIARDA).

Si noti, *en passant*, che i Giudici costituzionali, ponendo come oggetto del processo la «ricerca della verità», avevano accolto un’idea di verità assimilabile a quella su cui – come abbiamo cercato di chiarire – si ergeva tutta la struttura tecnico-probatoria del rito criminale in epoca fascista: non una verità come funzione e relazione di corrispondenza tra essere-realtà e conoscenza, bensì quale entità reificata costituente essa stessa l’oggetto di una ricerca.

Le direttrici lungo le quali siffatto movimento esegetico si è concretizzato sono riducibili (con una qual certa dose di semplificazione: ma sul punto si tornerà *amplius* nei prossimi capitoli) a due.

Sotto un primo profilo, si può individuare il tentativo di *svalutazione della tecnica* di formazione delle prove. Questa viene difatti concepita quale mero meccanismo di protezione delle istanze personali delle parti, alle quali deve di necessità concedersi di difendersi anche introducendo in giudizio elementi di conoscenza da loro ricercati. Contestualmente, tuttavia, il metodo è percepito come *impedimento* alla piena esplicazione del potere-dovere del giudice di acquisire ogni informazione necessaria per assicurare la totale conoscenza. Esempi emblematici di un siffatto atteggiamento di sfiducia rispetto alla proficuità euristica di una sorvegliata tecnica di acquisizione del sapere giudiziale sono rappresentati dagli approdi risalenti – ma sotto certi aspetti, recentemente recuperati in talune pronunce giurisprudenziali – in tema di contraddittorio per la formazione della prova, letto in netta contrapposizione con la finalità aletica del giudizio e, dunque, ad essa inevitabilmente soccombente¹⁵¹. Ovvero,

¹⁵¹ Non si può, a questo proposito, omettere un riferimento alle aversate pronunce con cui, negli anni Novanta del secolo scorso, la Consulta ha inciso con decisione sulla disciplina posta dal neonato codice Vassalli di stampo accusatorio in ordine all'utilizzabilità dibattimentale delle precedenti dichiarazioni. In tale occasione, il Giudice delle leggi, con atteggiamento in parte reazionario rispetto alle nuove modalità del conoscere inaugurate dal legislatore del 1988, ha pronunciato l'incostituzionalità di una serie di disposizioni cardinali del sistema che prescrivevano barriere interfasiche rigorose a tutela della formazione della conoscenza giudiziale sulla scorta del metodo accreditato per il dibattimento. L'assunto di base sposato dalla Corte, e divenuto di lì in avanti un vero e proprio adagio nella letteratura e nella giurisprudenza processualpenalistiche, è quello per cui «fine primario ed ineludibile del processo penale non può che rimanere quello della ricerca della verità» (Corte cost., 3 giugno 1992, n. 255, in *Foro it.*, 1992, I, 2012, con nota di G. DI CHIARA; in *Cass. pen.*, 1992, 2022, con nota di F.M. IACOVIELLO; in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 1232, con nota di P. TONINI; in termini analoghi, Corte cost., 3 giugno 1992, n. 254, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 1115, con nota di V. GREVI; Corte cost., 31 gennaio 1992, n. 24, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 678, con nota di F. PERONI): da un simile presupposto, costruito intorno all'erronea contrapposizione tra ricerca della verità (peraltro ontologizzata) e metodo conoscitivo dialettico, orale, immediato, la Consulta ha preteso ricavare l'esistenza nel sistema di un principio di c.d. *non dispersione dei mezzi di prova*, in forza del quale argomentare in favore della conservazione e del recupero di tutta una congerie di atti unilaterali, segreti, strutturalmente inaffidabili perché non vagliati al lume del contraddittorio, altrimenti votati all'espunzione dal panorama conoscitivo del giudice. A supporto di una siffatta fuorviante ricostruzione si è poi portata anche la canonizzazione del principio di ragionevole durata del processo, da taluno letto come conferma della necessità di conservare quanto più possibile gli effetti dell'attività procedimentale, evitando di ripeterli. Non ci si è avveduti, tuttavia, che, per un verso, non vi è alcuna inconciliabilità tra esigenza conoscitiva e metodica prescelta dal sistema per approssimarsi con maggior efficacia all'obiettivo accertativo; e che, per l'altro, la garanzia della ragionevole durata non si pone in frontale contrapposizione con la scelta della dialettica quale strumento di apprensione della conoscenza giudiziale. D'altronde, a quest'ultimo riguardo basta rammentare le illuminate parole con cui la Consulta, nel 2009 (Corte cost., 4 dicembre 2009, n. 317, in *Sit. uff. Corte cost.*), ha radicalmente escluso la bilanciabilità di diritto di difesa e giusto processo con il valore efficientistico della ragionevole durata, dovendo quest'ultima essere assicurata come *posterius* rispetto alla configurazione *ex ante* del nocciolo duro del processo equo, il conflitto non sussiste. Deve, pertanto, ritenersi logicamente ragionevole la durata del processo necessaria per formare la prova nell'immediatezza della dialettica processuale: e se talune deroghe sono prospettabili, purché espressamente contemplate dalla legge, ad ogni buon conto snaturerebbe la portata 'giusta' del processo (e minerebbe la possibilità di assicurare una decisione altrettanto e veramente 'giusta') conculcare radicalmente l'esigenza di rispetto della metodica privilegiata dal sistema a tutto vantaggio dell'efficienza e della celerità. Sembrano aver 'riesumato' gli insegnamenti della Consulta degli anni Novanta, nonostante l'evoluzione anche costituzionale della disciplina del giusto processo, alcune recenti pronunce della

anche, in materia di utilizzabilità delle intercettazioni, che si è disposti, con vari *escamotages* tecnico-applicativi, ad includere nel *plateau* probatorio pur se ottenute senza il rispetto di quei parametri legali posti a garanzia della genuina acquisizione dei contenuti intercettivi¹⁵².

Altrettanto incisiva è l'ulteriore strategia di implementazione dell'aspirazione alla massimizzazione conoscitiva, strategia che sposta il *focus* sul momento di valutazione degli elementi probatori e che, ancora una volta, si regge su di una *distorta concezione* del principio del libero convincimento. Questo, in definitiva, rappresenta una sorta di taumaturgico potere attribuito all'organo giudicante ed in grado di porre rimedio a qualunque genere di malformazione genetica che possa inficiare la genuinità delle prove raccolte. Il giudice, libero di apprezzare e, per un verso, il peso che la maldestra acquisizione possa aver esercitato sul contenuto informativo dell'elemento *de quo* e, per altro verso, la serietà ed univocità di quest'ultimo in termini di significato euristico, potrà dunque discrezionalmente valutare se una determinata tecnica debba o meno ritenersi essenziale alla formazione della prova in funzione dello scopo veritativo che muove il fenomeno processuale¹⁵³. È, questa, la strada che la giurisprudenza ha percorso nel momento in cui ha plasmato e fatto reiteratamente uso della teoria della *convergenza del molteplice* o, per restare in tema di valutazione degli indizi, ha asserito la

Consulta e del *plenum* della Corte di cassazione penale in tema di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale a seguito del mutamento dell'organo giudicante. Sul punto si tornerà diffusamente nel prossimo § 2, cui si rinvia altresì per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali e dottrinali.

L. QUERZOLA, *L'efficacia dell'attività processuale di un diverso giudizio*, Bologna, 2016, 68, parrebbe accogliere il punto di vista del *total evidence principle*, nella misura in cui giunge addirittura a sostenere che il principio del contraddittorio (su cui si tornerà *infra*, in questo Capitolo al § 2.a) sia *contrapposto* e, eccezion fatta per il processo penale, *soccombente* rispetto al diritto alla prova, da intendersi – come lo definisce anche Taruffo – quale diritto della parte di impiegare tutte le prove di cui dispone al fine di dimostrare la verità dei fatti su cui si fonda la sua pretesa. *Ex plurimis*, merita di essere qui segnalata la severa e significativa critica mossa da G. UBERTIS, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Torino, 1995, 56: «il metodo dialettico rappresenta finora quello migliore escogitato dagli uomini per stabilire la verità di enunciati fattuali, in qualsiasi campo e specialmente in quello giudiziario; *chi ne compromette l'impiego non si avvede di porre a repentaglio lo stesso risultato che intende raggiungere*» (corsivo nostro).

¹⁵² Cfr. P. TONINI-C. CONTI, *Il diritto delle prove*, cit., 101, nonché 112, in partic. nt. 162, ove si fa riferimento a Cass. pen., Sez. un., 17 novembre 2004, n. 45189, Esposito; C. CONTI, *L'inutilizzabilità*, in AA.VV., *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, a cura di A. Marandola, Torino, 2015, 110 ss.; EAD., *Il volto attuale dell'inutilizzabilità: derive sostanzialistiche e bussola della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 7, 781 ss.; EAD., *Nullità e inutilizzabilità: problemi attuali e prospettive di riforma*, in *Cass. pen.*, 2008, 4, 1651B, § 6; EAD., *Accertamento del fatto e inutilizzabilità*, cit., in specie 82 ss. e 323 ss.; L. FILIPPI, *Intercettazioni, accesso ai dati personali e valori costituzionali. La giurisprudenza e l'impatto con la l. n. 7/2020*, e-Book, Pisa, 2021, 269 ss., nonché 279 ss., cui si rinvia anche per la copiosa rassegna giurisprudenziale in materia, che dà conto proprio del diffuso *modus operandi* 'recuperatorio' con cui la prassi delle aule di giustizia si confronta con l'eventuale difetto di presupposti sostanziali o di requisiti procedurali per l'intercettazione, al fine di giustificare in ogni caso l'uso dei risultati captativi.

¹⁵³ M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento*, cit., 279 ss., in partic. 282.

sufficienza, *praeter se* non addirittura *contra legem*, di un solo indizio qualora il giudice lo ritenga idoneo a dimostrare i fatti dedotti in giudizio¹⁵⁴. È così, inoltre, che si è invocato il principio strutturale di *autonomia* tra procedimenti di diversa natura per acquisire prove di formazione aliena, nate viziata nella sede di origine, ma asseritamente giudicate valutabili in modo discrezionale nel giudizio *ad quem*¹⁵⁵. Ed è, ancora, per tal via che dottrina e giurisprudenza hanno ritenuto di recuperare elementi non conformi al modello stabilito *ex lege* facendo loro indossare le vesti – non del tutto appropriate – dell’*argomento di prova*, per poi talvolta finire con l’assegnare a questa peculiare forma di dato conoscitivo il medesimo potenziale epistemico delle prove ‘piene’¹⁵⁶.

All’esito della panoramica sin qui tratteggiata sulle più significative conseguenze applicative della dottrina del principio epistemologico di completezza delle informazioni probatorie, non sfuggirà senz’altro la pericolosa vicinanza di quest’indirizzo rispetto alle elaborazioni, di cui già si è dato conto, tipiche dell’autoritarismo decisionistico del periodo fascista¹⁵⁷. L’ammaliante richiamo dell’utopico dominio della Verità continua ad aleggiare sulle acque su cui navigano i processualisti. Occorre rendersi conto, però, del grave rischio che si corre a dirigere la prua dritta verso la fonte del canto: non solo la lesione di istanze fondamentali dell’individuo, bensì anche la perdita della concreta occasione di afferrare un’opportunità di genuina conoscenza dei fatti.

¹⁵⁴ Si veda, *ex multis*, G. TUZET, *Filosofia della prova giuridica*, cit., 261 ss.

¹⁵⁵ A titolo meramente esemplificativo, *ex multis*: Cass. pen., sez. I, 21 gennaio 1991, Piromalli, in *Giur. it.*, 1992, II, 299; Cass. pen., sez. IV, 10 settembre 1992, in *Cass. pen.*, 1994, 396; Cass. pen., sez. VI, 3 novembre 2005, n. 39953, Nicastro, in *Giur. it.*, 2006, 7, 1482; Cass. pen., sez. I, 20 luglio 2007, n. 29688, Muscolino, in *Giur. it.*, 2008, 2, 444; Cass. pen., sez. VI, 10 gennaio 2008, n. 1161, Cicino, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1, 90; Cass. pen., sez. II, 26 giugno 2008, n. 25919, Rosaniti, in *CED*, 240629; Cass. pen., sez. I, 23 dicembre 2008, n. 47764, in *CED*, 242507; Cass. pen., Sez. un., 9 aprile 2010, n. 13426, Cagnazzo, in *CED*, 246271; Cass. pen., sez. VI, 30 gennaio 2013, n. 4668, in *CED*, 254417; Cass. pen., sez. II, 19 giugno 2013, n. 26774, Chianese, in *CED*, 254417; Cass. pen., sez. V, 15 dicembre 2014, n. 52095, in *CED*, 2014; Cass. pen., sez. V, 18 gennaio 2016, n. 1831, in *CED*, 265862; Cass. pen., sez. I, 1 luglio 2016, n. 27147, in *CED*, 267058; Cass. pen., sez. II, 15 marzo 2018, n. 11846, in *CED*, 272496; Cass. pen., sez. VI, 24 settembre 2018, n. 40913.

¹⁵⁶ Ne dà conto, *ex multis*, A. CARRATTA, *Funzione dimostrativa della prova*, cit., 81 ss., cui si rinvia altresì per la copiosa rassegna giurisprudenziale.

¹⁵⁷ P. FERRUA, *Il ‘giusto processo’*, Bologna, 2012, 30-31, confrontandosi con le posizioni teoriche di M. Damaška con riguardo alla strutturazione di un modello processuale funzionale al diritto sostanziale, giudica siffatta ricostruzione negativamente, come riproposizione di un modulo giudiziario di stampo inquisitorio: «si capisce che l’Autore allude ad un processo dove, *in nome della ‘verità’*, si forzano le regole ed entrano nel quadro decisorio anche prove illegittimamente acquisite [...]. Il processo funzionale all’attuazione del diritto sostanziale viene così inequivocabilmente ad identificarsi con quello inquisitorio; o, comunque, al di là delle etichette, *con una devastante esperienza in cui si pretende di ‘accertare’ la colpevolezza, in spregio alle regole del contraddittorio, dei diritti della difesa, della stessa imparzialità giurisdizionale*».

f. *Una verità 'metodologicamente ed assiologicamente orientata'. L'essenza normativa della conoscenza giudiziale*

Ci pare ormai assodato – ma vale la pena ripeterlo – che un cardine imprescindibile per il giusto svolgimento dell'attività giurisdizionale è rappresentato dalla proiezione di quest'ultima alla verifica epistemologica di corrispondenza ai reali accadimenti storici delle allegazioni fattuali asserite dalle parti. La giustizia della decisione cui mette capo il processo (qualunque processo) pretende con vigore un accertamento delle circostanze empiriche rilevanti secondo il criterio veritativo: si tratta, quasi, di un concetto assiomatico, nel riconoscere il quale, com'è stato notato in dottrina, si dà voce a pregnanti istanze giuspubblicistiche e costituzionali¹⁵⁸.

È innegabile, d'altronde, che, da un punto di vista più individualistico, la posizione della ricostruzione storico-fattuale quale centro nevralgico dell'universo conoscitivo giudiziale costituisca altresì la più efficace strategia per assicurare alle parti le prerogative di cui sono titolari al lume delle solenni proclamazioni di cui agli artt. 24 e 111 Cost. È, infatti, quasi un'elementare constatazione che il diritto di azione e difesa dei protagonisti dell'agone processuale trovi piena esplicazione solo in funzione del riconoscimento del correlativo diritto alla prova¹⁵⁹, il quale, a propria volta, è davvero soddisfatto solo allorché si muniscano i contendenti degli strumenti e della concreta facoltà di dimostrare la verità di tutto quanto asseriscono a base delle proprie pretese sostanziali.

Siffatte considerazioni ci paiono pertanto giustificare le critiche che si muovessero contro quelle arbitrarie limitazioni che, senza finalità ragionevoli e coerenti con l'ordinamento, venissero frapposte tra le parti e la loro legittima aspirazione a fornire al giudice tutta la conoscenza necessaria a dimostrare la verità degli enunciati fattuali posti a fondamento dei rispettivi *petita*. E ciò perché, a ben vedere, si tratterebbe di vincoli

¹⁵⁸ A. GRAZIOSI, *Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2011, 3, 694; H.L. HO, *A Philosophy on Evidence Law*, cit., 68: «truth is the standard of correctness for a positive finding; the standard is absolute in the sense that the finding is wrong whenever and just because it is false».

¹⁵⁹ Si ricordino le parole di Giuliano Vassalli, il quale condensava queste prerogative nella evocativa formula del «diritto di difendersi provando». Sul punto, M.C. VANZ, *La circolazione della prova*, cit., 43 ss.; G.F. RICCI, *Le prove atipiche*, Milano, 1999, 208 ss. R. BRIANI, *L'istruzione probatoria*, cit., 132, all'esito di una panoramica delle norme che, nella disciplina del processo civile in genere, hanno introdotto sostanziose eccezioni al principio dispositivo in materia di prova attribuendo al giudice poteri istruttori esercitabili *ex officio*, conclude con una riflessione di sistema che pare attagliarsi bene a quanto da noi osservato: il principio dispositivo, quale espressione del potere monopolistico delle parti di disporre delle situazioni giuridiche soggettive di cui siano titolari, deve «accordarsi con l'odierna concezione *pubblicistica* del processo civile stesso, *inteso come strumento per produrre decisioni giuste*» (corsivo nostro).

indebiti.

D'altro canto, e per contro, le premesse che abbiamo posto non possono condurci a sostenere che una qualunque delimitazione dell'attività istruttoria in giudizio sia incondizionatamente da qualificarsi come indebita e debba, per ciò stesso, cadere. È questo, a nostro avviso, l'equivoco di fondo che indebolisce, sino a scardinare del tutto, l'approccio che i fautori del *total evidence principle* hanno adottato.

Per comprendere simile asserto, è indispensabile partire dalla seguente considerazione generale. Ci pare che meriti di essere in definitiva sfatata la convinzione, nutrita da una certa parte della dottrina nonché espressa implicitamente in alcune pronunce giurisprudenziali (che hanno adottato peculiari strategie epistemiche a fondamento delle prescelte opzioni probatorie e decisorie), che il 'difetto' della conoscenza giudiziale risieda nel fatto di non essere altrettanto libera ed illimitata di quella ricerca epistemologica che si svolge in altri contesti della vita umana (i referenti del paragone vanno, classicamente, dalla pratica quotidiana sino ai noti ambiti della ricerca scientifica e storiografica).

Sussiste infatti – già ad un livello di base, minimale – una serie di vincoli e condizionamenti, incidenti sulla potenzialità epistemica, che ricorrono sia nel momento in cui è il giudice a dedicarsi alla verifica di corrispondenza tra fatti allegati e fatti storicamente avvenuti, sia allorché si tenti di approdare alla riva della conoscenza della verità nei contesti tipici delle altre pratiche conoscitive messe in atto dall'essere umano.

Come detto, la verità, su di un piano ontologico, è sempre una, unica, indivisibile ed ha essenza non epistemica; il modo che l'uomo ha di relazionarsi con essa, però, non può prescindere dalla spendita di metodi epistemologici, che consentano cioè la formazione di conoscenza. Ebbene, il percorso di acquisizione di conoscenza fondato sull'apprensione di evidenze empiriche, quale anello di congiunzione tra *trier of fact* e verità, dovrebbe indurre a ritenere già strutturalmente 'imperfetta' una qualunque pratica epistemica, in ragione di tale fisiologica 'distanza' che impedisce di accedere puramente e semplicemente alla manifestazione del Vero.

Ma, ancor di più, un fattore di essenziale rilievo, che vale a livellare – quantomeno per quel che interessa in questa fase del nostro ragionamento – ogni tipo di esperienza gnoseologica, è rappresentato dal coefficiente di naturale fallibilità dell'essere umano. «Le situazioni epistemiche degli esseri umani sono solitamente ben lungi dall'essere *ideali*: i dati che essi sono in grado di procurarsi quando devono dirimere una questione sono spesso incompleti, le capacità di calcolo a loro disposizione insufficienti, il tempo

e le altre risorse che potrebbero favorire la soluzione del problema limitati»¹⁶⁰. E ancora, sono fattori naturalmente ‘inquinanti’ di ogni giudizio veritativo: l’incapacità (o, almeno, l’estrema difficoltà) di processare senza pre-giudizi/pre-comprensioni le informazioni che si percepiscono con i cinque sensi, che, peraltro, non sono mai complete; i difetti mnemonici e rievocativi; gli errori nell’applicazione delle leggi della logica e del ragionamento razionale¹⁶¹. Da ultimo, non si può trascurare di considerare quanta parte svolga, nella configurazione degli strumenti volti alla selezione, all’acquisizione e/o al vaglio delle informazioni empiriche, il fattore costituito dal grado di avanzamento della scienza e della tecnica in un dato momento storico¹⁶².

Una volta acquisita consapevolezza del fatto che i processi epistemici umani difficilmente si svolgono in condizioni ideali, per l’interferenza esercitata dai ‘fattori di disturbo’ rammentati (esser consci dei quali, però, consentirà di mettere in campo precauzioni che appaiano adatte a limitarne l’impatto negativo sulla pratica conoscitiva)¹⁶³, bisogna compiere un ulteriore passo. Non solo, infatti, si deve riconoscere come non esista una conoscenza pura come acqua distillata¹⁶⁴, ma bisogna altresì essere disposti ad ammettere come non sia un connotato esclusivo del fenomeno

¹⁶⁰ G. VOLPE, *La verità*, cit., 59 ss.

¹⁶¹ Sulle fisiologiche pecche del processo conoscitivo, studiate anche in funzione della comprensione dei limiti della testimonianza, si vedano gli studi in materia di psicologia della testimonianza menzionati in P. TONINI-C. CONTI, *Manuale*, cit., 1127 ss. S. PUGLIATTI, voce *Conoscenza*, cit., 93 (il quale evidenzia, *inter alia*, i limiti conoscitivi che discendono, riflettendosi a cascata sull’intero procedimento penale (ma la stessa cosa vale, *mutatis mutandis*, in ogni altro contesto epistemico), dalle modalità prescelte per la redazione della denuncia); M. DAMAŠKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, cit., 51, chiama in causa le «imperfezioni del ragionamento umano *tout court*»; P. FERRUA, *Il ‘giusto processo’*, cit., 20; G. VERDE, *A proposito di statuto del giudice e accertamento dei fatti nel processo (e del XXXII Convegno dei processualisti civili)*, in *Rivista di diritto processuale*, 2021, 2, 583; L. DITTRICH, *La ricerca della verità nel processo civile: profili evolutivi in tema di prova testimoniale, consulenza tecnica e fatto notorio*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1, 111; L. QUERZOLA, *L’efficacia dell’attività processuale*, cit., 159-160 (cui si rimanda anche per una serie di riferimenti bibliografici sul tema della psicologia della testimonianza), ne dà atto nel mettere in luce l’estrema delicatezza della prova testimoniale.

¹⁶² È possibile, infatti, che sulla scorta di un certo compendio di regole tecnico-scientifiche si abbia una determinata certezza in merito ad un dato fenomeno/evento, ma che tale certezza non corrisponda affatto alla verità dei fatti, e che ciò venga dimostrato in un momento successivo di sviluppo e modifica dei paradigmi euristici accreditati in una certa epoca.

Sul punto, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 23, sottolinea la fisiologica fallibilità della conoscenza scientifica, nonostante che in essa e nella sua presunta capacità di acquisire il ‘vero’ una volta per tutte si riponga, nell’immaginario volgare collettivo, una profonda fiducia. Ancor più significativa è la notazione proposta dal menzionato Autore alla naturale modalità di progresso delle teorie scientifiche, ossia la falsificazione che conduce ad evidenziare contraddizioni tra le varie teorie ritenute valide in un certo momento e la loro sostituzione con elaborazioni coerenti con lo stato di avanzamento della conoscenza in quel settore: si giunge, così, a riconoscere come anche la verità della scienza sia contingente e non assoluta, «sicché, quando si afferma la “verità” di una o più proposizioni, la sola cosa che si dice è che queste sono (plausibilmente) vere *per quanto ne sappiamo*, ossia rispetto all’insieme di conoscenze confermate che possediamo».

¹⁶³ G. VOLPE, *La verità*, cit., 61.

¹⁶⁴ La nota similitudine è stata adoperata da F. CARNELUTTI, *La prova civile*, cit., 32.

probatorio processuale il fatto di condurre la ricerca epistemica nel rispetto di determinati binari e, quindi, non secondo canoni di completa ed assoluta libertà. A ben guardare, in ciascuna delle branche del sapere (tra cui quello scientifico e quello storiografico) l'esperienza veritativo-conoscitiva risulta in buona misura improntata al rispetto di proprie specifiche *metodiche*. Esse, in definitiva, svolgono proprio il compito di indirizzare, guidare e delimitare le operazioni di acquisizione ed elaborazione dei dati informativi rilevanti per la formazione della conoscenza oggetto di tale branca del sapere: e ciò con il precipuo obiettivo di assicurare il più attendibile avvicinamento possibile all'apprezzamento della verità dell'essere-realtà che, volta a volta, è fatto oggetto di studio¹⁶⁵.

Invero, la differenza tra il conoscere giudiziale e le altre discipline parrebbe risiedere, piuttosto, nella circostanza che la metodologia inerente al primo è oggetto di una *formalizzazione* particolarmente incisiva, poiché disposta *ex lege* con forza cogente, cosa che non ricorre di norma per le seconde¹⁶⁶.

¹⁶⁵ B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica*, cit., 13: «Giudicare [...] richiede sempre, se non vuole essere arbitrario, un *criterio*» (dove per 'giudicare' l'Autore intende qualunque tipo di attività, anche non giuridica, che, sulla scorta di evidenze, esprima una decisione). Ed infatti, Pastore (*ivi*, 134) prosegue, più oltre nella sua analisi relativa alle pieghe denotative del ragionamento probatorio e delle condizioni epistemologiche per l'espressione del giudizio, con un'osservazione che dà ragione di quanto andiamo sostenendo, ossia che «le "ristrette barriere" che delimitano l'indagine del giudice [...] [rappresentano] restrizioni che, in buona misura, definiscono i vincoli operativi e cognitivi della pratica giurisdizionale. Ciò invero *non significa contrapporre ai limiti normativi e strutturali che incontra il giudice nell'attività di ricostruzione il carattere libero e illimitato della ricerca storica. Anche l'indagine storiografica è un'attività che incontra limiti*» e segue metodi di ricerca (corsivo nostro).

Sulla rilevanza, quale condizione epistemologica indefettibile per una verifica della V-corrispondenza soddisfacente, dell'individuazione di criteri metodologici razionali di riferimento, si consideri quanto osservava H. PUTNAM, *Ragione, verità e storia*, Il Saggiatore, Milano, 1994, 141 (citato da B. PASTORE, *ivi*, 105): «quando qualcuno promette di rivelarci la verità non ci rivela proprio *nulla* fintanto che ignoriamo quali siano per quella persona i criteri di accettabilità razionale, quale sia secondo lui un modo razionale di svolgere un'indagine, quali i criteri di oggettività, a quale punto ritenga razionale concludere l'indagine, quali le basi che forniscono una buona ragione per accettare un verdetto piuttosto che un altro su qualunque argomento lo interessi».

¹⁶⁶ Per tutti, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 108: l'Autore, trattando dell'induzione quale tecnica logico-conoscitiva che trova espressione anche nel fenomeno giudiziale, osserva difatti che «l'induzione giudiziaria è sotto questo aspetto identica a qualunque altra induzione [...] La sua specificità consiste nel fatto che il procedimento mediante il quale è operata non è solo un'attività intellettuale ma è anche *un'attività giuridica, normativamente disciplinata*» (corsivo nostro); P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., 33, il quale puntualizza: «'Ricostruzione' e non 'scoperta' è l'espressione che scolpisce il lavoro del giudice, come dello storico, nell'accertamento dei fatti, *con la differenza che la metodologia del primo è codificata dalla legge*» (corsivo nostro); M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., 191, asserisce che la dimensione epistemica del processo assume una funzione *normativa*.

Oltre al fattore rappresentato dalla formalizzazione del procedimento probatorio, di cui si è detto, v'è da sottolineare un ulteriore connotato tipico della ricostruzione fattuale condotta in giudizio, che in genere non rileva invece in differenti contesti epistemologici: vale a dire, l'istituzionalizzazione, il fatto che l'attività istruttoria, di raccolta e valutazione delle evidenze, si svolga entro un contesto istituzionale, quello della giurisdizione, a propria volta altamente formalizzato e strutturato secondo cadenze imposte dalla legge (a tal proposito, si consideri la ricostruzione di P. CALAMANDREI, *Il processo come gioco*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, 27, secondo cui il processo è costituito da una serie ordinata di atti che si intersecano, proprio come le mosse di una partita o di un gioco, secondo una ritmica e con effetti predeterminati dal legislatore). Una simile necessitata collocazione – che non è altro che il precipitato tecnico del ruolo che, in Costituzione, è assegnato all'attività giurisdizionale – rappresenta già a monte un fattore idoneo ad incanalare l'epistemologia giudiziaria in un solco che ne influenza

Peraltro, è indubbio che l'obiettivo della ricerca epistemica, la tipologia di sapere, il contesto della ricerca influiscono con piglio deciso sulla scelta del metodo più idoneo a soddisfare le rispettive esigenze; a propria volta l'opzione metodologica finisce in modo inevitabile con il determinare un risultato conoscitivo specifico, magari diverso da quello che si sarebbe ottenuto applicando un'altra strategia gnoseologica¹⁶⁷. Com'è stato evidenziato con estrema efficacia nell'ambito della filosofia analitica, «i metodi di indagine impiegati in discipline differenti – e i risultati conseguiti in virtù della loro applicazione – esibiscono spesso divergenze così significative da alimentare il sospetto che le proposizioni vere di campi di indagine differenti siano “vere” in modi assai più diversi di quanto faccia pensare l'uso del medesimo termine in riferimento a tutte»¹⁶⁸. Invero, l'elemento realmente mutevole non è il concetto relazionale di 'verità', sempre identico a se stesso, bensì la metodica di acquisizione delle conoscenze, che vale a distinguere tra loro i vari campi del sapere¹⁶⁹: in ciascuno di essi, il rispetto delle

inevitabilmente gli esiti conoscitivi apprensibili. Che il processo *in quanto tale* debba annoverarsi tra i limiti che definiscono l'aspetto specifico e peculiare dell'esperienza cognitiva in giudizio è ritenuto da J. FERRER BELTRAN, *Prova e verità nel diritto*, cit., 65 ss.

¹⁶⁷ B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica*, cit., 149 illumina la relazione biunivoca, di cui si è detto, in questi termini: le regole che disciplinano un processo conoscitivo così da ricavare le condizioni di verità di un discorso in quel dato contesto sono regole «che disciplinano un ambito di attività la cui definizione dipende dalle regole che lo prevedono». Il medesimo concetto viene espresso dall'Autore *ivi*, 7 ss., allorché osserva che «invero, le procedure, gli argomenti ed i modelli giustificativi variano con il variare degli ambiti esperienziali in cui si esercita la facoltà di giudizio e con riferimento ai vincoli specifici di ogni contesto e di ogni pratica».

¹⁶⁸ G. VOLPE, *La verità*, cit., 123, il quale riporta nei termini citati la teoria del pluralismo aletico di C. Wright. Il punto di notevole interesse che caratterizza tale concezione consiste nel fatto che Wright riconosce una serie di 'luoghi comuni' inerenti alla verità – sette, per la precisione – che, in definitiva, attestano l'unicità ed assolutezza della verità intesa come corrispondenza di fatti e pensiero, nel senso che una proposizione è vera se corrisponde alla realtà, e ciò vale indipendentemente dalle giustificazioni che si abbiano a favore di un simile enunciato, che, se è vero, lo è sempre ed in modo incondizionato. Ciò che può mutare e differire «in regioni di pensiero o di discorso differenti» (ed è in ciò che si riflette l'approccio pluralista) è rappresentato dalle conoscenze che si abbiano in ciascuno di tali ambiti, in quanto dipendenti dal metodo d'indagine impiegato nonché dall'oggetto su cui cada la ricerca. In questo medesimo senso possono leggersi le parole di P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., 43 ss. («Qui occorre mantenere ben distinto il *significato* di verità dai *criteri* o *metodi* di accertamento della verità. Il *significato* di verità è dato dalla tradizionale teoria aristotelica della verità come corrispondenza ai fatti o alla realtà [...] la corrispondenza indispensabile per definire il concetto di vero non fornisce alcuna indicazione in ordine al *metodo* per accertare il vero»).

¹⁶⁹ A CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice*, cit., §5 («Basti pensare all'uso, che spesso si rinviene nelle motivazioni delle sentenze, di formule quali “certezza dei fatti” o “accertamento veritiero dei fatti di causa” o che finalità del processo (di qualsiasi processo) è l'“accertamento della verità”, salvo poi puntualizzare (ma non sempre lo si fa) che in realtà il riferimento è alla c.d. “verità giudiziale” o “verità formale” o “legale”, o specificare che nel processo si consegue una “verità” dei fatti che non corrisponde a quella conseguibile fuori di esso, *come se fosse possibile individuare nella realtà diverse gradazioni o diverse forme della “verità”* [...] Queste distinzioni appaiono tutt'altro che precise e la mancanza di precisione dipende dal fatto che si tratta di *diversi gradi* [*rectius*: modi] di accertamento (o di conoscenza), piuttosto che di forme distinte ed autonome» di verità (corsivo nostro)).

Si veda, inoltre, in una prospettiva comparatistica, M. DAMAŠKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, cit., 23, evidenzia proprio la ridetta circostanza, allorché pone debitamente in risalto che «Il *metodo* previsto dalla legge per la conduzione dell'accertamento dei fatti si allontana in larga misura dal metodo di investigazione utilizzato nella comune pratica sociale. Questa evidente complessità si riflette non solo nell'esclusione di molte informazioni che sarebbero altrove dotate di influenza probatoria, e nel modo caratteristico in cui le fonti di informazione vengono usate nelle aule di giustizia, ma anche in una varietà di altri modi» (corsivo nostro). Vale la

direttive metodologiche – più o meno cogenti – assicura la *validità* delle informazioni ricavate nel corso della ricerca¹⁷⁰.

Si tratta, in definitiva, di una questione di metodo.

Non può, dunque, rappresentare uno ‘scandalo’ se, nell’ambito della più illuminata dottrina processualistica, si è parlato, in termini nient’affatto dispregiativi e senza alcun intento di dequotazione, di *verità processuale*. Intendendosi, con tale sintagma, la *conoscenza* (piuttosto che la verità) acquisibile *in giudizio* mediante le regole stabilite per la formazione delle evidenze probatorie in quella sede, oltreché in esito all’applicazione dei criteri di giudizio imposti *ex lege*)¹⁷¹.

pena sin d’ora riflettere su di un dato che si rivelerà alquanto significativo nel prosieguo dell’analisi qui condotta: non soltanto le differenti metodiche accertative distinguono il fenomeno di ricostruzione dei fatti in giudizio dai procedimenti gnoseologici tipici di altre discipline, ma il grado di condivisione relativo alla tecnica epistemica non è totale nemmeno con riferimento all’attività probatoria processuale per come disciplinata rispetto ai diversi riti predisposti dall’ordinamento. E ciò, nonostante che l’afflato conoscitivo rivolto alla giusta soluzione della questione controversa portata dinanzi al giudice sia una nota costante dell’indagine processuale sui fatti rilevanti ai fini del decidere. In questa sede non è necessario soffermarsi oltre sul profilo in esame, che verrà approfondito più oltre, per meglio comprendere le interazioni processuali incentrate sul trasferimento di prove dalla sede giudiziale di genesi ad altra diversa e per analizzare come i diversi moduli euristico-cognitivi configurati dal legislatore per riti di natura differente possano riflettersi sulle questioni legate ai vizi originari del materiale istruttorio circolante (si vedano, sul punto, i Capitoli II e III).

¹⁷⁰ M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., 168, si riferisce alla «natura e [alla] validità dei metodi» seguiti nella ricerca epistemologica da storici, scienziati ed esponenti di altre discipline, riconoscendo con ciò che ciascun ambito di ricerca della verità fa affidamento su di un proprio metodo, e che la validità della ricerca discende proprio dal rispetto di tale metodo.

¹⁷¹ È senza dubbio una conoscenza caratterizzata da cadenze acquisitive diverse da quelle sperimentabili in altri settori del sapere umano. Essa, difatti, è oggetto di disciplina normativa, si colloca in un contesto che – già di per sé – è una delle massime rappresentazioni della *formalizzazione*. Il processo, invero, rappresenta il culmine dell’espressione dello scopo per cui esiste il diritto, poiché è il luogo in cui si esprime il potere pubblico, e ciò anche nel caso dei processi non penali; poiché si assegna ad un potere terzo ed imparziale il compito di statuire con efficacia vincolante sul modo d’essere dei rapporti giuridici tra i soggetti che interagiscono nell’ordinamento; poiché in esso trovano riconoscimento le istanze soggettive bisognose di tutela a fronte di lesioni cagionate da altri, e, a maggior ragione, nei processi penali – e, con gradi diversi di incisività, anche in quelli amministrativi e tributari, oltre che nel procedimento di prevenzione – posto che una parte si trova a contraddire con un avversario investito di poteri autoritativi. Si trattano di elementi che senz’altro incidono sulla struttura della procedura e che, in definitiva, provocano conseguenze anche sul risultato accertativo che si mira a raggiungere). N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., 160 («il conoscere giudiziale, quale esercizio di potere, è attività giuridicamente regolata»); L.P. COMOGGIO, *Le prove civili*, cit., 11 ss., osserva che la prova, il cui nucleo identificativo consiste nel fornire al giudice gli strumenti conoscitivi per la corretta e razionale ricostruzione degli accadimenti storici rilevanti, «risente non soltanto dei *limiti naturali* (del tutto ovvi), che in assoluto condizionano l’umana conoscenza, ma anche dei *limiti modali e tecnici*, che, per volontà delle leggi processuali, sono imposti all’attività di cognizione, con cui, su iniziativa di parte o d’ufficio, il giudice è in grado di “accertare” i fatti controversi».

Una panoramica delle possibili divergenze tra la ‘ritmica’ accertativa processuale e la auspicata perfetta valutazione di corrispondenza tra fatti ed enunciati è offerta da L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 24 ss. (cui si rinvia altresì per la ricchezza dei riferimenti bibliografici): l’Autore individua quali fattori irriducibili di peculiarità del risultato gnoseologico ottenibile in giudizio (*i.e.* la verità/conoscenza *processuale*) *i*) il carattere probabilistico della conclusione del ragionamento induttivo concernente i fatti; *ii*) l’opinabilità del risultato dell’inferenza deduttiva di sussunzione del fatto storico entro una data fattispecie astratta nonché di esegesi della norma applicabile; *iii*) la soggettività specifica della conoscenza giudiziaria, riferibile per un verso ai condizionamenti (socio-ambientali, emotivi, etico-politici *etc.*) che influenzano il *trier of fact*, ossia il giudice (sebbene, come sottolinei pure Ferrajoli, si riscontrino fenomeni distorsivi simili anche rispetto alla ricerca storica e a quella scientifica, sebbene attutiti in quanto l’oggetto d’indagine non è altrettanto coinvolgente sul piano emotivo e, soprattutto, la storiografia e la scienza sono più facilmente e più direttamente sottoponibili al controllo della comunità degli ‘addetti ai lavori’, che possono pertanto stimolare l’auto-correzione delle tesi formulate), e per

L'esigenza atletico-conoscitiva che muove la macchina processuale – è innegabile – trova soddisfacimento sulla scorta di cadenze acquisitive tipiche e peculiari dello specifico *locus* in cui l'indagine fattuale si svolge. Ebbene, se è condivisibile, come riteniamo, quanto osservato sin qui, ci sembra che riconoscere questa circostanza e, per conseguenza, etichettare come 'processuale' il prodotto della ricerca epistemologica condotta in conformità al modello normativo sancito per il giudizio non implichi affatto che il risultato conseguibile consista in una verità *minus quam perfecta*, insoddisfacente e di cui tuttavia accontentarsi malgrado tutto¹⁷².

l'altro verso alla soggettività delle fonti di prova che introducono la propria versione dei fatti in giudizio; iv) la condizione, essenziale per predicare in via giurisdizionale la verità delle tesi fattuali formulate dalle parti, dell'osservanza di regole e procedure che *ex lege* disciplinano l'accertamento. Quanto ad alcuni elementi che contraddistinguono l'operare accertativo giudiziario rispetto alle indagini scientifiche e storiografiche, cfr. quanto scrive l'Autore, *ivi*, 34.

S. HAACK, *Epistemology and the Law of Evidence*, cit., 22, indica (alcune del)le ragioni per cui la 'ricerca' (*inquiry*) giudiziale è necessariamente regolata in maniera diversa, più stringente, rispetto alla ricerca scientifica o storiografica: «and – unlike scientific inquiry, which takes the time it takes – *legal decisions are made under significant constraints of time and resources and in light of competing desiderata and interests*. Arguably, given those constraints and desiderata, an adversarial process that gives each side a strong incentive to seek out favorable evidence and to undermine, or find some different explanation for, apparently unfavorable evidence can be a good-enough way of arriving at factually sound verdicts given these exigencies» (corsivo nostro) («e – diversamente dalla indagine scientifica, che impiega tutto il tempo che occorre – *le decisioni legali sono prese sotto vincoli significativi di tempo e risorse e alla luce di interessi e aspettative contrastanti*. Probabilmente, dati quei vincoli ed aspettative, un processo accusatorio che dà ad ogni parte un forte incentivo a cercare prove favorevoli e a minare, o trovare qualche spiegazione diversa per, prove apparentemente sfavorevoli può essere un modo abbastanza buono di arrivare a verdetti validi sul piano fattuale date queste esigenze»); concetto analogo, seppur espresso meno esplicitamente, si può ritrovare in EAD., *Nothing Fancy*, cit., 305-306.

¹⁷² Come si riteneva invece tradizionalmente secondo le coordinate costituite dal binomio "materiale/formale", di cui convinto sostenitore è stato F. CARNELUTTI, il quale in *La prova civile*, cit., 53, coerentemente con la sua visione dualistica della verità, nella convinzione che a porsi come oggetto e fine del processo sia una verità meramente formale (una non-verità), ha osservato «come la disciplina giuridica del processo della ricerca dei fatti controversi da parte del giudice alteri profondamente la funzione del processo medesimo, il quale non serve più a *conoscere* i fatti, cioè a *stabilire la verità*, ma unicamente a *conseguirne una fissazione formale*» (corsivo nostro). Non riteniamo condivisibile l'assunto. Se è vero che l'attività di produzione, formazione, acquisizione di conoscenza in giudizio è metodologicamente (e anche eticamente) indirizzata sui binari fissati dall'ordinamento, questo non trasforma l'attività probatoria in mera fissazione potestativa dei fatti (a prescindere da come essi si siano verificati nella realtà), ma resta pur sempre attività conoscitivo-epistemologica. Anzi, a nostro avviso deve essere pienamente condiviso il punto di vista accolto da L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 24, il quale sostiene che senza il rispetto delle tecniche giurisdizionali predisposte in via normativa «non si può parlare di *verità* nel processo neppure in senso *approssimativo*» (corsivo nostro); e ciò in quanto le condizioni per asserire che gli enunciati formulati dalle parti e dal giudice sono veri «non sono indipendenti dal modo in cui è formato il sistema legale con riferimento al quale la verità processuale è predicabile»; in termini, F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 17 («al di fuori delle forme non solo non c'è garanzia ma addirittura non c'è processo»); M. CONTE, *Le prove nel processo civile*, cit., 28; C. DE ANGELIS, *Processo civile e processo penale. Diritto 'interprocessuale'*, Torino, 2009, 90; L. QUERZOLA, *L'efficacia dell'attività processuale*, cit., 144.

Sul concetto di verità *convenzionale*, cfr. C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità*, cit., 6 ss., nonché, *ivi*, riferimenti bibliografici.

Sul principio di non contestazione quale modalità di esplicazione del potere processuale delle parti di delimitare quella porzione di verità fattuale su cui potrà e dovrà pronunciarsi il giudice sulla scorta delle prove, quale forma di manifestazione del potere dispositivo inerente alla situazione sostanziale dedotta in giudizio, e sulle possibili critiche a tale ricostruzione, a cui si contrappone l'idea che la non contestazione costituisca espressione dell'autoresponsabilità delle parti, le quali nel rinunciare a contestare specificamente le allegazioni avversarie o nel concordare con esse, non dispongono certo del proprio diritto, ma piuttosto rinunciano ad avvalersi di tutte le occasioni e tutti i mezzi che potrebbero spendere per vincere la lite, cfr. R. BRIANI, *L'istruzione probatoria del processo amministrativo*, cit., 133 ss., la quale trae conferma di quest'ultima ricostruzione dal fatto che il principio di non contestazione si applichi tanto alle controversie su diritti disponibili

A nostro avviso, invero, la spendita del sintagma *verità processuale* significa consapevolmente assegnare una *specificata genesi* formativa ad un certo tipo di conoscenza. Significa, inoltre, riconoscere che, ad un livello profondo e radicale, il *processo* si struttura proprio in funzione dell'essenziale valore della tensione *veritativa*, poiché la sceglie come proprio *fine* (nel duplice senso etimologico di scopo e di confine ultimo¹⁷³). Significa, in definitiva, collocare la pratica conoscitiva nel contesto processuale, riconoscendo come elemento denotativo della stessa l'utilizzo della *semantica* e della *sintassi giudiziali* per operare il vaglio concernente la V-corrispondenza.

Pertanto, nonostante le aspre doglianze di chi addebita al legislatore processuale un qual certo disinteresse per il bene supremo del giusto accertamento della verità (contestandone, in specie, la scelta strategica di imporre vincoli inerenti al materiale acquisibile e fruibile per la decisione), sembra, di contro, che il sistema sia proprio orientato in tale ultima direzione: la verità è posta quale vero e proprio *standard normativo di correttezza* del verdetto giudiziale¹⁷⁴.

quanto a quelle sui diritti indisponibili: per questo, la *ratio* del principio, pertanto, viene ricondotta alla necessità di assicurare l'imparzialità del giudice. L'A., condivisibilmente, osserva altresì che l'effetto dell'operare della non contestazione non può essere quello di ritenere *già provato* il fatto che ne è oggetto, quanto piuttosto quello di considerarlo *non bisognoso* di prova: il che farebbe sì che il giudice mantenga integro il potere di accertamento del fatto pacifico, cosicché, qualora dagli atti emergano elementi tali da suggerire la necessità di verificare la corrispondenza alla storicità fattuale delle circostanze non contestate, potrebbe anche ammettere la prova su di esse; sul tema, cfr. altresì M. TARUFFO, *Verso la decisione giusta*, cit., 158 ss.; ID., *La semplice verità*, cit., 133; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 99 ss., cui si rinvia per ulteriori riferimenti bibliografici; B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica*, cit., 166.

¹⁷³ Dal latino, *finis* (-is), che propriamente indicava il confine (specialmente nella costruzione *finis loci*), ma figurativamente veniva impiegato per significare la fine (i.e., la conclusione) ed il fine (nel senso di obiettivo) (cfr. *Dizionario della lingua latina*, Latino-Italiano, a cura di F. CALONGHI, III ed., Rosenberg & Sellier, Torino, 1975). Ciascuno dei menzionati significati si attaglia in modo perfetto ad indicare il rapporto intercorrente tra processo e verità processuale, la quale segna l'*obiettivo* ultimo cui l'istruttoria giudiziale deve istituzionalmente ed eticamente mirare a fini di giustizia, ma altresì il *limite* al di là del quale, per i vincoli imposti *ex lege*, non è possibile avanzare nell'esperienza epistemica condotta in giudizio nonché il punto di *arresto* della ricerca nel momento in cui si attivino quei meccanismi tipici del fenomeno processuale (*inter alia*, preclusioni, giudicato, ovvero anche i termini massimi per lo svolgimento delle indagini preliminari) che, in modo 'artificiale', mettono fine all'aspirazione cognitivo-veritativa in modo definitivo (o tendenzialmente definitivo). Nel medesimo senso, C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità*, cit., 10, la quale osserva che la verità processuale – messa in relazione alla verità storica (ossia, l'entità ideale di riferimento della *quête* aletico-gnosologica di ogni pratica conoscitiva, l'essere-realtà, i.e. i fatti *hic et nunc* verificatisi e ormai passati rispetto ai quali il giudice deve ponderare la corrispondenza degli enunciati di fatto asseriti dalle parti) – rappresenta, per il processo, il *limite prima del quale non ci si può arrestare* ed altresì quello *oltre il quale non è consentito andare*. In termini, F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale*, cit., 514 («Il processo è fatto sulle prove. Al di fuori delle prove non c'è nulla. Il processo produce una verità che scaturisce solo dalle prove. [...] Le prove devono essere legittime: cioè previste o consentite dalla legge. *Ci può essere uno scarto tra prova e verità* [...] Ma questo scarto è – ad un tempo – *il limite e la grandezza del processo*»).

¹⁷⁴ H.L. HO, *A Philosophy of Evidence Law*, cit., 100 ss.

In filosofia analitica, M. DUMMETT, *La verità e altri enigmi*, Il Saggiatore, Milano, 1986, *passim*, si fa sostenitore della natura intrinsecamente *normativa* della verità: su di un piano linguistico generale, difatti, la verità rappresenta «la norma dell'asserzione», il metro, l'unità di misura che ci dà la cifra del

Difatti, è a ben vedere proprio l'esigenza accertativa che si mira ad appagare tramite la formulazione di una puntuale serie di regole che, se riguardate dall'esterno, danno forse l'impressione di deviare la ricerca rispetto agli ordinari itinerari della libera acquisizione della verità¹⁷⁵; viceversa, una volta calate nella logica interna del *trier of fact*, risultano dettate a tutela e garanzia dell'immissione in giudizio del *miglior sapere*. Si tesse in via normativa una vera e propria rete in grado di filtrare e dare ingresso in giudizio solo a ciò che, sulla scorta di una valutazione *ex ante* compiuta dalla legge¹⁷⁶, sul piano epistemologico offre concreta garanzia di affidabilità gnoseologica. L'auspicio è, invero, quello di incrementare il grado di accuratezza conseguibile dal giudice nella valutazione di corrispondenza (e, quindi, nell'esprimere il giudizio di verità) degli asserti di parte rispetto ai fatti, sulla scorta del compendio di evidenze empiriche.

Ergo, giovandosi delle acquisizioni scientifiche, tecniche, logiche, psicologiche, nonché degli approdi della migliore comune esperienza, si è predisposto un catalogo di precetti che mirano ad attualizzare un *criterio selettivo* incardinato sulla funzione *veritativo-accertativa*. Per tal via, si costruisce un solido *metodo* cognitivo¹⁷⁷ – quello meno fallace possibile – per *scartare* conoscenze che (prima e a prescindere dal contenuto informativo veicolato) risultino già a monte inaffidabili, fuorvianti, inidonee per struttura, genesi o fisiologia ad essere sottoposte a verifiche di attendibilità¹⁷⁸. Al contempo e correlativamente, la metodica accreditata consente di formare ed acquisire secondo parametri di *controllabilità* tutte le informazioni introducibili in giudizio, sulla scorta di un procedimento che ne assicuri il valore accertativo migliore possibile¹⁷⁹.

successo/insuccesso delle asserzioni sui fatti (cfr. anche G. VOLPE, *La verità*, cit., 118-119).

¹⁷⁵ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 34-35.

¹⁷⁶ Nel pieno rispetto, dunque, del principio di legalità in materia probatoria. In termini, A. CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice*, cit., §8.

¹⁷⁷ G. UBERTIS, *Fatto e valore*, cit., 119 ss., fa riferimento proprio al «*metodo probatorio giudiziario*», concetto poi ulteriormente richiamato ed analizzato in ID., *La prova penale*, cit., 54 ss.

¹⁷⁸ F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale*, cit., 188.

¹⁷⁹ E. AMODIO, *Il processo come gioco*, cit., 1666 ss., riflette sul fatto che «la serialità degli atti è a maglie strette per impedire degenerazioni che possano snaturare il valore di verità del suo risultato» (corsivo nostro). Per quanto l'Autore facesse riferimento al rispetto del complesso delle regole comportamentali che scandiscono l'iter procedimentale nel suo complesso, ci sembra che tale osservazione si attagli particolarmente bene all'ambito dell'acquisizione giudiziale di una conoscenza che non solo sia rilevante, bensì e soprattutto risulti valida nel contenuto gnoseologico che mira a veicolare. In termini, G. DE GIORGI CEZZI, *La ricostruzione del fatto nel processo amministrativo*, cit., 3 («diventa necessaria la ricerca dei modi [...] attraverso i quali il giudice forma il proprio convincimento [...] Anche nel processo civile, insomma, dove pure la presenza di fattispecie compiute sembrava agevolare una visione della prova come 'ricerca della verità', si fa strada l'idea che questa, quando si è all'interno di una controversia, non è concepibile come un assoluto, ma si identifica con un certo procedimento di ricerca» (corsivo nostro)); H.L. HO, *A Philosophy of Evidence Law*, cit., 52 ss., in particolare allorché asserisce

Il primario e fondamentale intento è, quindi, chiaro: assicurare, con una sorta di «precectistica metodologica»¹⁸⁰, che l'opera valutativo-ricostruttiva del giudice abbia quale unico, privilegiato termine di riferimento solo ciò che il sistema riconosce come 'prova'¹⁸¹. Si consideri, a questo proposito, che il diritto alla prova, di cui le parti sono titolari, non sarebbe affatto garantito, qualora si permettesse al giudice di fondare il proprio *decisum* su elementi dallo scarso (o nullo) valore accertativo¹⁸².

che «*commitment to the truth is manifested procedurally at a trial*» («l'impegno verso la verità si manifesta in modo procedurale nel processo»).

¹⁸⁰ S. PUGLIATTI, voce *Conoscenza*, cit., 98: «Le limitazioni che la legge pone al giudice [...] non mirano a deviare la ricerca dalla meta della verità. Il fine rimane sempre la conquista della verità e le regole legali limitatrici finiscono col costituire, nel loro complesso, una specie di *precectistica metodologica*» (corsivo nostro).

¹⁸¹ *Ex plurimis*, C. CONTI, *Il volto attuale dell'inutilizzabilità: derive sostanzialistiche e bussola della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 7, 781; G. SILVESTRI, *La trasmigrazione e l'utilizzazione degli atti*, in AA.VV., *Misure di prevenzione*, a cura di S. Furfaro, Torino, 2013, 215-216; G. UBERTIS, *La prova penale*, cit., 54; F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale*, cit., 188 ss., nonché 514; E. AMODIO, *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 310 ss.; volendo, altresì G. PECCHIOLI, *Processo penale e procedimento di prevenzione: interferenze probatorie e limiti di utilizzabilità*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 2, 266-267.

¹⁸² B. CAVALLONE, *Oralità e disciplina delle prove*, cit., 694 ss., si mostra critico nei confronti delle posizioni accolte da chi in dottrina (e in giurisprudenza) si pone con netta diffidenza (talora, insofferenza) rispetto alle strette in punto di ammissibilità e assunzione di determinate prove in giudizio, addebitando a tali barriere di impedire il pieno esplicitarsi, per un verso, del libero convincimento del giudice e, per l'altro, del diritto alla prova delle parti. Non solo l'Autore, a smentita di simili allegazioni, sostiene che non si ha certo a che fare con regole di prova legale che impongano una data conclusione probatoria al giudice né con vincoli che privino le parti del diritto di difendersi provando, «del quale, semmai, [tali regole] concorrono a disciplinare le modalità di esercizio», ma peraltro fa notare come la sola giustificazione, che le ridette critiche potrebbero trovare, risiederebbe nella «idea che *qualunque* disposizione normativa in materia probatoria sia, virtualmente, un pericoloso schermo posto tra le parti e la dimostrazione delle rispettive ragioni di fatto, ovvero tra il giudice e l'accertamento della verità». Ebbene, come abbiamo evidenziato, si tratta di un argomento che prova troppo, che vorrebbe suggerire che il solo criterio idoneo ad assicurare la veridicità accertativa stia nella rilevanza della informazione potenzialmente veicolata e che, per un certo verso, si radica su considerazioni di tenore para- o meta-giuridico. In verità, la disciplina legale delle modalità di assunzione – e, ancor prima, dei casi di (in)ammissibilità – delle prove concorre anche alla miglior selezione del materiale che sia effettivamente idoneo ad avvicinare il giudice all'accertamento della verità. Altrimenti, come fa notare provocatoriamente il citato Autore, per le medesime ragioni sulla cui scorta si vorrebbe sostenere una radicale rarefazione delle norme disciplinanti il fenomeno conoscitivo giudiziale si potrebbe addirittura pervenire a sostenere, in chiave alquanto paradossale, che, poiché formalizzato secondo legge, il processo stesso rappresenti un indebito ostacolo alla possibilità dei contendenti di farsi giustizia da sé. In termini, M.C. VANZ, *La circolazione delle prove nei processi civili*, cit., 43, allorché critica quelle «più radicali opinioni che, privilegiando una concezione marcatamente pubblicistica dell'attività istruttoria, reputano ingiustificato qualsiasi limite probatorio, salvo rare e sporadiche fattispecie». L'exasperazione del diritto alla prova rilevante cela in sé, come visto *supra*, il rischio concreto di avvalorare posizioni di totale libertà della prova che, a dispetto degli auspici dei loro fautori, potrebbe condurre a risultati incoerenti, addirittura antitetici, rispetto ai *desiderata*, proprio in ragione della qualità accertativa non sorvegliata del materiale su cui fondare le decisioni. Analogamente, R. ORLANDI, *Atti e informazioni dell'autorità amministrativa*, cit., 30 («Una scelta che privilegiasse la ricerca di quella che, con espressione consueta e, forse, un po' abusata, viene chiamata la verità materiale e che, quindi, finisse con l'ampliare il novero degli elementi probatori utilizzabili e i poteri dell'autorità giudiziaria in tal senso, produrrebbe squilibri destinati a riflettersi sul contenuto della decisione»).

Che l'ordinamento processuale si faccia carico dell'istanza euristico-cognitiva secondo un paradigma di affidabilità (che dunque porta a frapporre barriere in ingresso a tutto quando non corrisponda a tale parametro, in quanto inefficiente rispetto all'obiettivo prescelto), si evince da una serie di referenti normativi, tra cui di essenziale significatività ci sembra l'art. 189 c.p.p., che regola l'ammissibilità di mezzi di prova c.d. atipici. In particolare, la disposizione prescrive che il giudice ammetta il mezzo di prova non regolato dalla legge se: *i)* esso risulta *idoneo* ad assicurare l'*accertamento* dei fatti; *ii)* non lede la *libertà morale* della persona; inoltre, la sua assunzione dovrà avvenire secondo modalità dialetticamente definite da parti e giudice. Come si vede, una previsione di simile tenore racchiude in sé il precipitato più rappresentativo dei due poli che conformano la verità processuale, chiarendo così il rapporto di compenetrazione tra accertamento fattuale attendibile e dialettico e garanzia delle istanze personalistiche che definiscono l'essenza dell'ordinamento costituzionale in cui si deve muovere l'attività giurisdizionale. Analoghe riflessioni possono svolgersi, ad esempio, con riferimento alla

L'afflato conoscitivo cui, con i ridetti strumenti, si dà voce nell'ambito dell'attività giudiziale probatoria (e, in un secondo momento, decisoria), tuttavia, non è – e, per il contesto istituzionale in cui si inserisce, non potrebbe essere – sconfinato ed incondizionato. L'ordinamento, difatti, non può tollerare che l'attuazione processuale della dinamica conoscitiva avvenga in dispregio di essenziali valori etici legati ai diritti fondamentali della persona. Dunque, siffatti 'metavalori' di estrazione costituzionale, in ragione del rango loro riconosciuto dall'ordinamento, sono integrati nel reticolato che seleziona il materiale conoscitivo processuale; anzi, prima ancora, essi fissano «i confini di legalità delle operazioni valutative e decisorie del giudice»¹⁸³.

In questo caso, si ha realmente a che fare con sbarramenti che, in una certa misura, potrebbero definirsi 'controepistemici'. Essi segnano quel confine oltre il quale né alle

disciplina della testimonianza indiretta ex art. 195, comma 7, c.p.p., non fruibile per la decisione nel caso in cui non si indichi il teste di riferimento, per impossibilità di controllare l'affidabilità conoscitiva delle informazioni 'grezze' ricevute. Lo stesso è a dirsi della previsione di preclusioni rispetto alla immissione nel patrimonio di conoscenze disponibili per il giudice del dibattimento di tutta una serie di atti 'preliminari' che, acquisiti senza il rispetto della metodica dialettica, non offrono la garanzia di un portato conoscitivo affidabile (così già F. CORDERO, *Scrittura e oralità*, in *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, 189: «il legislatore, vietando la lettura di certi processi verbali, proibisce di valutare i fatti in essi rappresentati. La regola assegna un limite all'opera storiografica del giudice»). In termini, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 33 ss.; E. AMODIO, *Processo penale, diritto europeo e common law: dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milano, 2003, 126, nonché 141, ove l'A. rileva come l'art. 111 Cost., con riguardo ai suoi profili più prettamente processualpenalistici, rappresenti una vera e propria *incorporation* di un compendio di garanzie che sono racchiuse sin dal 1988 nel diritto delle prove penali delineato dal codice Vassalli. Ciò che, a detta del citato Autore, rappresenta la vera novità è il fatto di aver elevato al supremo rango di *human right* questo complesso di garanzie, che immettono nella Carta fondamentale le prerogative metodologiche con le quali il legislatore, sin dalle origini del sistema accusatorio, aveva preteso di investire il sapere processuale che volesse legittimamente vantare la veste di prova utilizzabile; G.F. RICCI, *Le prove atipiche*, Milano, 1999, 532 ss. («Dunque, il legislatore anche nel processo penale pare avere posto in primo piano il rispetto del principio del contraddittorio e mostra altresì di avere voluto confermare che l'uso di ogni nuovo mezzo di prova deve pur sempre avvenire secondo regole e criteri che non si prestino a ledere i diritti dell'imputato o che mettano in pericolo una regolare formazione del libero convincimento del giudice»); B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica*, cit., 167 ss.; M. CAPPELLETTI, *Un avvenimento metodologico*, in ID., *Processo e ideologie*, cit., 253 ss., individua (in tempi 'non sospetti' quel nesso tra diritto delle prove e giusto processo che si ricava oggi dall'art. 111 Cost.

Sembra considerare sussistente un conflitto da ricomporre tra ragioni del convincimento giudiziale libero a scopo conoscitivo e principi metodologici di formazione di un sapere attendibili su cui strutturare tale convincimento secondo criteri di legalità, A. CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 1, 27 ss., §7: «non si può trascurare la circostanza che il raggiungimento del convincimento giudiziale non costituisce un valore assoluto (o comunque non è tale per il nostro ordinamento) essendo la sua formazione subordinata al rispetto di altri principi ritenuti rilevanti e sovraordinati (si pensi al rispetto del principio del contraddittorio, al principio della preclusione, al principio della terzietà e imparzialità del giudice, ecc.)»

¹⁸³ G. CANZIO, *Il dubbio e la legge*, in *Dir. pen. cont. web*, 20 luglio 2018, 2. Analogamente, G. UBERTIS, *La prova penale*, cit., 54 ss., dopo aver evidenziato il fondamento epistemologico delle regole in materia probatoria nell'esigenza di delineare un metodo che guidi il giudice nella ricerca, colloca accanto a tale *ratio* il fondamento «politico» delle norme sulle prove che esprime il bisogno di salvaguardare diritti. Osserva L. PASSANANTE, *La prova illecita nel processo civile*, cit., 356, che tuttavia, quantomeno nel diritto positivo che disciplina il rito civile, non si rinverrebbe alcuna traccia espressa dei limiti probatori che rispondono ad esigenze di tutela di diritti sostanziali estranei al processo: essi andrebbero ricavati in via ermeneutica, con il rischio di creare un cortocircuito con le norme costituzionali poste a garanzia del diritto alla prova. È pur sempre vero, tuttavia, che anche la Consulta (l'Autore richiama la pronuncia con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 247 c.p.c., preservando invece l'art. 246 c.p.c.: cfr. Corte cost., 23 luglio 1974, n. 248, in *Giur. cost.*, con nota di M. Cappelletti) si è espressa a favore di taluni di simili precetti escludenti elaborati dalla prassi in presenza delle menzionate «lacune assiologiche». Ad ogni buon conto, la tematica è assai intricata e ricca di affascinanti risvolti, di cui si darà conto nei prossimi capitoli.

parti né al giudice è consentito avanzare nel tentativo di individuare il punto di coincidenza tra sapere giudiziale e storicità fattuale. È in questo senso, dunque, che deve riconoscersi che i sentieri veritativi percorribili nel condurre il procedimento probatorio non sono neutri¹⁸⁴: l'itinerario giudiziale di acquisizione di conoscenza è assiologicamente orientato.

La norma processuale in materia probatoria acquista, così, anche il ruolo di baluardo di beni giuridici extraprocessuali¹⁸⁵, di volta in volta incisi dal singolo mezzo istruttorio (nel suo espletamento o come suo oggetto), oltreché dall'esito decisorio conseguente al processo¹⁸⁶. Non si può negare: siffatta opzione *assiologica* compiuta a monte dal legislatore determina, nel suo concreto operare, uno scarto più o meno ampio tra i fatti e ciò che di essi si può/potrà dire a conclusione della *quête* giudiziale. La divaricazione così determinata fa contrarre lo spazio assegnabile all'incessante tensione veritativa¹⁸⁷.

In definitiva, in un contesto di tal sorta, i vincoli normativi vengono a svolgere un ruolo chiave in un sistema costituzionale a base personalistica, provvedendo contestualmente a bilanciare *ex ante* istanze sostanziali (diritti non solo delle parti, bensì anche di ulteriori soggetti) e potere e ad assicurare altresì un presidio contro l'arbitrio giudiziale (nel momento in cui un certo elemento informativo sia introdotto in giudizio o l'atto probatorio venga compiuto, e non solo al momento dell'emissione del

¹⁸⁴ F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 22 (+ De Luca + Giuliani + Conti + Galantini + Bargi p. 106-107-108); G. PIERRO, *Una nuova specie di invalidità*, cit., 99.

¹⁸⁵ Nel duplice senso che si attuano anche al di fuori del contesto giudiziale, anche se con esso vengono talora ad interagire, e che non concorrono primariamente all'attuazione dell'obiettivo conoscitivo tipico dell'attività di *finding of fact*. G. UBERTIS, *La prova penale*, cit., 57, menziona la circostanza, di non poco momento, per cui la disciplina delle prove intenda stabilire assetti gerarchici tra valori processuali ed extraprocessuali.

¹⁸⁶ Per questa ragione ci sembra forse lievemente limitata la prospettiva dalla quale L. FILIPPI, *Intercettazioni, accesso ai dati personali e valori costituzionali*, cit., 16-17, osserva il meccanismo di ineludibile bilanciamento cui è chiamato il legislatore allorché si trovi a regolamentare atti di natura probatoria incidenti su valori in qualche modo confliggenti con l'obiettivo accertativo (e repressivo, nel caso del processo penale). Difatti, il menzionato Autore, riferendosi all'ambito di precetti dedicati alla disciplina processualpenalistica delle intercettazioni telefoniche, asserisce che «di fronte ad un così affollato e variegato quadro, forse non esiste altro tema nel quale si fronteggino tanti e contrapposti valori, tutti di rango costituzionale: le esigenze processuali necessarie per l'azione repressiva dello Stato di solito si contrappongono solo alla presunzione di innocenza e al diritto di difesa; nel campo delle intercettazioni, invece, hanno un ruolo rilevante anche tutti gli altri valori appena menzionati [le varieguate ipotesi di tutela di segreti 'qualificati'; il diritto di cronaca; il diritto alla *privacy* in tutte le sue sfaccettature]». Eppure, a nostro avviso, tanto se si ha riguardo per il solo processo penale, quanto se si considerino le esigenze di tutela chiamate in causa dallo strumentario istruttorio messo in campo in ogni altro ramo giurisdizionale, sono ben numerosi e consistenti i meta-valori che impattano sul procedimento probatorio e pretendono di essere collocati sul piatto della bilancia, anche al di là della materia delle intercettazioni, per quanto essa rappresenti senz'altro un delicatissimo crocevia di istanze essenziali.

¹⁸⁷ F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 15, indica la *prospettiva assiologica* in cui si colloca l'acquisibilità di sapere giudiziale, ossia la consapevolezza che la ricostruzione storico-fattuale da condursi nel processo incontra dei limiti scaturenti da specifici diritti.

decisum)¹⁸⁸.

Per queste ragioni, ci pare condivisibile in pieno quell'indirizzo dottrinale secondo il quale il diritto delle prove, informato ad un insieme coerente e coeso di valori, rappresenta il setaccio della *best evidence*. Il reticolato che individua *an, quomodo, quando* dell'acquisizione (in senso lato) degli elementi conoscitivi vale a scolpire e cesellare i tratti di ciò che effettivamente, secondo diritto, può legittimamente vantare il crisma della 'prova'¹⁸⁹. Connotato privilegiato, il cui riconoscimento non spetta a qualunque elemento che abbia una qualche pretesa di trasmettere conoscenza pur che sia. È conoscenza giudizialmente *utile* solo quella che rispetti il metodo accreditato in quanto efficace ed efficiente rispetto all'obiettivo euristico che il legislatore si propone di implementare¹⁹⁰. Ma/Ed è conoscenza giudizialmente *possibile* solo quella che si ottenga attuando una dinamica epistemologica ossequiosa dei 'paletti' che la legge frappone a presidio delle più sacre istanze etico-morali (prime fra tutte, quelle sancite dalla Carta fondamentale e, oggi, anche dalle Carte dei diritti adottate a livello

¹⁸⁸ N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., 160: «il conoscere giudiziale, quale esercizio di potere, è attività giuridicamente regolata». L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 19, riconosce la validità della teoria che istituisce un nesso tra garantismo, cognitivismo legale (sul piano sostanziale, dunque) e cognitivismo giurisdizionale, che impone limiti normativi alla gnoseologia processuale quali «condizioni di validità al sopruso potestativo»: nonostante la ammessa impossibilità epistemologica di un perfetto cognitivismo giudiziario, connessa alla circostanza che il «controllo empirico delle procedure probatorie [...] incontr[a] limiti insuperabili», ad ogni modo in codesti limiti è proprio l'effettività del sistema delle garanzie di stretta legalità e stretta giurisdizionalità a certificare la possibilità di una conoscenza controllata e valida. «Su questa base diremo che le garanzie penali e processuali, oltre che *garanzie di libertà*, sono anche *garanzie di verità*». Analogamente, A. GIULIANI, *Il concetto di prova*, cit., 160; F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 15-16, in particolare allorché riflette sulla circostanza che «l'osservanza di un *metodo legale probatorio* è imposta anche dalla consapevolezza che esso costituisce un *valore* in quanto *tutela da degenerazioni decisorie* attraverso il presidio di limiti conoscitivi per il giudice. In tal modo le regole gnoseologiche non realizzano inutili formalismi ma, quali specifiche espressioni di un valore, costituiscono un approdo che rappresenta un'*esigenza etica* da rispettare: il risultato del processo conta almeno quanto il modo con cui lo si raggiunge» (corsivo nostro); F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale*, cit., 124: «la storia del processo penale si svolge sotto la spinta di due forze propulsive: la tensione *potere-garanzie* e quella *conoscenza-errore*. Queste due tematiche non sono parallele, ma si intrecciano. Il potere non è solo potere invasivo, è anche *potere conoscitivo*. Le garanzie non sono solo *garanzie contro il potere* [...] ma anche *garanzie contro l'errore*. Il processo non pone più solo un *problema di libertà*, ma pone anche un *problema di conoscenza*. Deve promuovere *la giusta verità*: una verità attinta con mezzi giusti. Perché il processo è *metodo e tecnica di conoscenza*: cioè una successione di atti in funzione della prova e del giudizio». Che i limiti in ambito probatorio siano intesi ad arginare in via normativa una gestione radicalmente indiscriminata ed arbitraria della libertà di convincimento del giudice è riconosciuto pure da N. GALANTINI, *Inosservanza di limiti probatori e conseguenze sanzionatorie*, in AA.VV., *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di G. Ubertis, Milano, 1992, 169, nonché 172 (ove l'Autrice evoca l'immagine di un «libero convincimento "guidato"»); M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione*, cit., VIII. Si veda altresì G. DE GIORGI CEZZI, *La ricostruzione del fatto nel processo amministrativo*, cit., 130.

¹⁸⁹ G. UBERTIS, *La prova penale*, cit., 54: «sono proprio le regole procedurali (e la loro concretizzazione ad opera dei soggetti che partecipano all'attività probatoria) a determinare il proprio "oggetto". Esse, consentendo o negando l'inserimento (di ciò che l'interessato desidera far rientrare nella categoria) della fonte e/o mezzo di prova [...] tra quanto può essere impiegato per la pronuncia, condizionano lo stesso espletamento di una "prova", la quale, se giuridicamente intesa, "fuori del processo è un mito, è un assurdo, è una entità inconoscibile"».

¹⁹⁰ B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica*, cit., 143-144.

sovranazionale)¹⁹¹.

La legge processuale, con specifico riferimento al momento di assolvimento dell'indefettibile necessità accertativa dei fatti rilevanti per la decisione, ha pertanto il precipuo compito di tracciare i legittimi (ed esclusivi) canali di acquisizione del *miglior* strumentario probatorio *possibile*. In ciò consiste l'essenza *normativa* della conoscenza giudiziale, che non è altro che la risultante, normativamente imposta, del parallelogramma delle due forze vettoriali che esercitano la propria trazione rispetto all'obiettivo utopico, ideale, rappresentato dalla perfetta coincidenza tra fatti ed asserzioni che li concernono¹⁹².

¹⁹¹ F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 15 ss., il quale pone l'accento su quella che definisce «una concezione legalistica delle condizioni di legittimità del procedimento probatorio secondo la quale sono fattori autosufficienti di legittimazione non i risultati delle ricerche, ma i modi di produzione della verità» (corsivo nostro); G. DE LUCA, *La cultura della prova*, cit., 221; M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento*, cit., 24; G. UBERTIS, *La prova penale*, cit., 8 («In relazione a quest'ultimo [i.e., lo svolgimento processuale], assiologicamente e legislativamente orientato, "la caccia vale più della preda" e "la giustizia della sentenza sta nel cammino seguito pel risultato"» (corsivo nostro); G. DE GIORGI CEZZI, *La ricostruzione del fatto nel processo amministrativo*, cit., 3, alla nota 7 adopera un'espressione evocativa nella sua estrema sinteticità: l'Autrice parla di una «verità itinerante», ossia una verità che si coagula intorno all'itinerario per raggiungerla; F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale*, cit., 172-173. L'essenziale rilievo strutturale, per la costruzione dell'epistemologia giudiziaria *de qua*, assegnato alle modalità di acquisizione degli elementi conoscitivi ed agli itinerari gnoseologici seguiti per ricostruire i fatti in giudizio è chiaramente espressa dagli Autori da ultimo citati, che, in modo traluzio ma senz'altro efficacissimo, si rifanno al noto '*refrain*' di cui Franco Cordero è il compositore: «la caccia val più della preda e cioè il modo in cui si agisce vale più del risultato» (F. CORDERO, *Diatriba sul processo accusatorio*, in Id., *Ideologie del processo penale*, Milano, 1966, 220). Nel medesimo senso, F. CORDERO, *Scrittura e oralità*, cit., 240 («Del resto, l'approssimazione alla verità non giustifica l'uso d'un qualsivoglia mezzo d'indagine, per chi almeno ritiene che le ideologie contino qualcosa»).

Si veda, inoltre, la limpida ricostruzione di L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 17-18. Invero, l'Autore parla di una verità *formale* o *processuale*, ma il formalismo cui fa riferimento non è certo quello cui tradizionalmente pensava Carnelutti allorché utilizzava il medesimo sintagma (verità formale) per indicare l'oggetto ed il fine dell'attività probatoria giudiziale che avesse la peculiare proprietà di «[alterare] profondamente la funzione del processo medesimo, il quale non serve più a conoscere i fatti, cioè a stabilire la verità, ma unicamente a conseguire una fissazione formale» (F. CARNELUTTI, *La prova civile*, cit., 53). Piuttosto, la natura 'formale' della verità processuale cui pensa Ferrajoli ha essenza sostanziale: si tratta della conoscenza giudiziale che viene «raggiunta con il rispetto di regole precise e [è] relativa ai soli fatti e circostanze ritagliati dalla legge come penalmente rilevanti [...]; non è conseguibile mediante indagini inquisitorie estranee all'oggetto processuale; è di per sé condizionata al rispetto delle procedure e delle garanzie di difesa. È insomma una verità più controllata quanto al metodo di acquisizione ma più ridotta quanto al contenuto informativo di qualunque "verità sostanziale": nel quadruplice senso che è circoscritta alle tesi accusatorie formulate sulla base delle leggi, che deve essere suffragata da prove raccolte attraverso tecniche prestabilite normativamente, che è sempre una verità solamente probabile e opinabile, e che nel dubbio o in difetto di accuse o di prove ritualmente formate prevale la presunzione di non colpevolezza, ossia della falsità formale o processuale delle ipotesi accusatorie. Questo, del resto, è il valore e insieme il prezzo del formalismo: che nel diritto e nel processo penale presiede normativamente all'indagine giudiziaria proteggendo, quando non è inutile e vuoto, la libertà dei cittadini proprio contro l'ingresso di verità sostanziali tanto arbitrarie quanto incontrollate» (corsivo nostro). In termini, J. FERRER BELTRAN, *Prova e verità nel diritto*, cit., 42 ss., smentisce con argomenti condivisibili la posizione di 'arido' formalismo carneluttiano; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 29, il quale fa riferimento ad un «formalismo che è dettato da esigenze di certezza e di legalità garantistica», che rappresenta il senso profondo della previsione di procedimenti «canalizzati» e plasmati dalla legge; A. CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice*, cit., § 3, il quale dichiara «incontestabile che la formazione del convincimento del giudice sulla verità/falsità delle allegazioni fattuali, sebbene sia un'operazione gnoseologica, e quindi guidata da procedimenti logici e, talvolta, scientifici, è anche un'attività giudiziale disciplinata – sia pure parzialmente, come detto – da regole giuridiche; non è, cioè, un'operazione di conoscenza pura (ammesso che una simile operazione si possa avere), ma – come qualsiasi attività del giurista – di conoscenza "vincolata" e "formalizzata"» e, chiosando sul punto, assegna un basilare rilievo ai *metodi* con cui si conduce la ricerca.

¹⁹² A. BARGI, *Procedimento probatorio e giusto processo*, cit., 4; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 34:

E così la *legalità etico-metodologica* della ricostruzione probatoria assicura nel migliore dei modi possibili il diritto delle parti di offrire argomenti fattuali a supporto delle rispettive posizioni ed attrae nella dinamica probatoria le esigenze di ragionevole bilanciamento che informano l'intero ordinamento sin dalle sue fondamenta (art. 3 Cost.)¹⁹³. Si erge, in definitiva, ad indispensabile presidio del supremo valore della *giustizia* – interna ed esterna – della decisione¹⁹⁴.

«non è solo la verità che condiziona la validità, ma è anche la validità che condiziona la verità nel processo. Questa è infatti, per così dire, una *verità normativa*: nel triplice senso che una volta accertata definitivamente ha valore normativo, che è convalidata da norme e che lo è *solo se è cercata e acquisita con il rispetto di norme*»; P. FERRUA, *Il giusto processo*, cit., 24-25, descrivendo in questi termini l'attività epistemica giudiziale, ossia quale «insieme di regole costitutive e *regolative*, sottilmente intrecciate tra loro», assegna un ruolo decisivo all'essenza normativa della conoscenza acquisibile mediante le prove (corsivo nostro); B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica*, cit., 164 ss.: «Le regole sulla prova costituiscono il contesto necessario ed imprescindibile della conoscenza giudiziale; ne definiscono i criteri, i limiti, le modalità di realizzazione; segnano il solco che guida l'interprete nella sua attività valutativa. Si pongono come filtro attraverso il quale passa il materiale su cui si forma il convincimento del giudice. Le regole probatorie partecipano del complesso delle regole procedurali che vanno osservate e custodite nella loro qualità di unica via percorribile per giungere alla decisione. Da questo punto di vista, pertanto, si può dire che la legittimità della decisione stessa riposa su tali regole. Tra le regole procedurali, quelle attinenti alla ammissione, alla formazione, alla valutazione delle prove e, dunque, alla scelta degli elementi probatori da porre a fondamento del giudizio, disegnano il perimetro entro cui si articolano i *modi del sapere giudiziario*. Ciò conduce ad evidenziare come la c.d. "verità dei fatti" è necessariamente relativa, e *legata al contesto* in cui viene stabilita»; M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., 191, assegna alla dimensione epistemica del processo una funzione *normativa*; M.C. VANZ, *La circolazione della prova nei processi civili*, cit., 42, identifica quale elemento distintivo indispensabile per individuare la dimensione *giuridica* della prova proprio nel suo carattere *normativo*. Viceversa, non riteniamo possa condividersi l'opinione di una certa dottrina di estrazione amministrativistica (di cui dà conto G. DE GIORGI CEZZI, *La ricostruzione del fatto nel processo amministrativo*, cit., 67), allorché indica con l'espressione «verità *artificiale*», in specie, l'oggetto del documento che funge da strumento tecnico-conoscitivo per eccellenza nel processo amministrativo, intendendosi con ciò la veicolazione dinanzi al giudice di una nozione fattuale pre-elaborata e pre-valutata dalla Pubblica amministrazione, cui dunque l'autorità giudiziaria accedrebbe solo in via doppiamente mediata (dal documento che veicola l'informazione, ma altresì dalla ricostruzione preconcepita filtrata dal previo vaglio di una delle parti del processo).

¹⁹³ B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica*, cit., 4-5; A. GIULIANI, voce *Prova* (*fil. dir.*), cit., 518 ss., §5, fa riferimento alla dimensione della *eticità* dell'ordine isonomico; L.P. COMOGLIO, *Il giusto processo, vent'anni dopo*, in *Rivista di diritto processuale*, 2021, 3, 963-964; M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione*, cit., XI, coglie la duplice finalità interiorizzata dal sistema di regole volte a 'imbrigliare' la discrezionalità dell'organo giudicante nella ricostruzione della vicenda fattuale: esse «si propongono ora di attuare degli *standards* cognitivi finalizzati ad un più attendibile accertamento dei fatti, ora di fissare delle forme di protezione di talune esigenze pubbliche o di determinati diritti individuali. Tutte le regole probatorie, del resto, rappresentano il prodotto di giudizi di bilanciamento che mirano ad individuare il giusto punto di equilibrio tra l'esigenza di scoprire la verità e la tutela di valori fondamentali che spesso entrano in conflitto con le finalità epistemiche del processo»; G. UBERTIS, *Fatto e valore*, cit., 127; parla di «*garanzie metodologiche* nella formazione della prova» (corsivo nostro) C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti d'indagine*, Milano, 1999, 424.

¹⁹⁴ Discorre di «*etica della legalità*» F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 16. In termini, F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale*, cit., 124; A. GIULIANI, *Ordine isonomico e ordine asimmetrico*, cit., 90 («prova e verità sono strumenti per rendere la giustizia»); L. QUERZOLA, *L'efficacia dell'attività processuale*, cit., 129, secondo cui «un "giusto risultato" può ottenersi soltanto ricorrendo ad un "giusto metodo"»; H.L. HO, *A Philosophy of Evidence Law*, cit., 268 esprime il concetto da noi sostenuto con parole incisive: «*Justice and truth are not separate and competing goals but integrated and concurrent aims. It is in the nature of her task that the fact-finder must strive to get the facts right [...] the ethical consideration is located within the epistemology of fact-finding: justice must be done in the pursuit of truth*» («Giustizia e verità non sono obiettivi separati ed in competizione reciproca, ma scopi integrati e concorrenti. È nella natura del suo compito che l'accertatore dei fatti debba sforzarsi di conoscere esattamente i fatti [...] la considerazione etica risiede all'interno dell'epistemologia dell'accertamento fattuale: la giustizia dev'essere resa nel cercare la verità»).

Si tratta, invero, di esigenze che ricorrono indifferentemente in ogni tipo di processo, seppur, ovviamente, con gradi diversi d'intensità (il che comporta esiti diversi dell'operazione di bilanciamento). Ciò implica – ancora una volta occorre ribadirlo – che non vi sia alcuna differenza nell'obiettivo ultimo del procedimento probatorio, *i.e.*

g. *Le regole di esclusione come presupposto ed attuazione della Verità processuale: principio di legalità e diritto alla prova (cenni e rinvio)*

Il contesto appena delineato ci invita ad una riflessione – che in questa sede sarà solo accennata, per essere poi ripresa ed approfondita in seguito – in merito alla specifica tecnica processuale mediante la quale, a tenore delle previsioni normative, si dà attuazione alle scelte etiche ed epistemologiche che informano il sistema probatorio.

Si fa, in particolare, riferimento all’opzione di disciplinare l’ingresso e la formazione del materiale conoscitivo in giudizio sulla scorta di meccanismi escludenti, costruiti nella forma di divieti (assoluti o relativi, a seconda delle ipotesi) di acquisizione probatoria in senso lato. Difatti, nel dar forma al metodo cognitivo processuale – quello il cui rispetto consente di approssimarsi nel miglior modo possibile alla conoscenza attendibile e ad una decisione giusta sui fatti controversi – la strategia del legislatore ha trovato un valido supporto nella previsione di c.d. regole di esclusione (*exclusionary rules*, nel lessico giuridico anglosassone). Si tratta, in breve, di precetti dotati di forza selettiva, che, punteggiando il procedimento probatorio, valgono ad impedire l’ammissione di determinati mezzi di prova o, in determinate situazioni, ad improntare l’assunzione di questi ultimi vietando talune specifiche modalità ritenute non confacenti all’obiettivo etico-gnoseologico perseguito dalla legge processuale.

Tali regole – si vedrà a breve – sembrano esprimere al meglio, in una combinazione potenzialmente assai virtuosa, le molteplici istanze che si coagulano attorno al concetto di Verità processuale, in uno con la valorizzazione dell’originario ruolo garantista del principio del libero convincimento giudiziale. Rappresentano, a ben guardare, la tecnica privilegiata per *chiudere* in maniera *costruttiva* l’area del processualmente conoscibile: assicurano che l’organo giudicante si interfacci solamente con uno strumentario gnoseologico idoneo a soddisfare la finalità epistemica dell’accertamento fattuale in maniera legittima¹⁹⁵.

Non si vincola, dunque, il giudice ad un predeterminato esito cognitivo¹⁹⁶. Se ne

la miglior conoscenza finalizzata al vaglio di corrispondenza aletica e costituzionalmente accettabile, sebbene gli equilibri tra i differenti elementi attorno ai quali si costruisce la dinamica conoscitiva varino in dipendenza della regiodicanda e del ruolo/poteri delle parti nell’attuazione del fenomeno epistemico giudiziale nonché, soprattutto, dell’opzione legale per determinati strumenti gnoseologici piuttosto che per altri.

¹⁹⁵ F. RUGGIERI, voce *Art. 191 c.p.p.*, in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda-G. Spangher, Assago, 2023, §§1.2 e 1.3, nonché 4.2

¹⁹⁶ Sul punto, B. CAVALLONE, *Oralità e disciplina delle prove*, cit., 705 ss., rimarca l’equivoco in cui cadrebbe chi ritenesse che il libero convincimento del giudice sarebbe pregiudicato dalle norme che filtrano l’ammissibilità

guida, piuttosto, il convincimento, intessendo una rete a maglie relativamente strette, la quale, sin da una fase precedente e presupposta dell'*iter* istruttorio, «separ[i] ciò che è prova da ciò che non può esserlo»¹⁹⁷, all'esito di un oculato bilanciamento – effettuato *ex ante* dal legislatore – tra le ridette istanze, ugualmente pressanti, della conoscenza 'perfetta', della tutela dei diritti processuali delle parti e dell'ossequio per le libertà fondamentali (extraprocessuali) dell'individuo. Le regole di esclusione esprimono, dunque, il tentativo di ricomporre quell'apparentemente «drammatico conflitto di principi»¹⁹⁸ riassunto nel delicatissimo binomio: giustizia sostanziale/giustizia formale¹⁹⁹.

Come sarà meglio chiarito in seguito, siffatta strategia selettiva non parrebbe costituire un elemento denotativo del solo rito penale, poiché, con accenti volta a volta, certo, in parte diversi, se ne rinvencono tracce anche negli altri sistemi probatori delineati nel nostro ordinamento²⁰⁰.

delle prove (oltretutto quelle che ne disciplinano l'assunzione o predispongono cataloghi legali di mezzi di prova): «insomma, il "principio" del libero convincimento in tanto può avere senso compiuto, come regola processuale, in quanto rimanga circoscritto al solo momento della valutazione del materiale probatorio raccolto nel processo, e del tutto neutrale rispetto ai limiti e ai modi di quella raccolta». Ciò, in definitiva, torna a tutto beneficio dell'esito cognitivo-decisorio nel quale sfocia l'esercizio del libero convincimento stesso: e difatti, «un legislatore che creda nelle virtù del libero convincimento non potrà non preoccuparsi della qualità e delle modalità di raccolta del materiale su cui dovrà incontrollatamente esercitarsi il discernimento dei giudicanti». Condivide questo punto di vista M. PAPA, *Contributo allo studio delle rules of evidence nel processo penale statunitense*, in *Ind. pen.*, 1987, 300. Ancora attualissime le parole di F. CORDERO, *Il procedimento probatorio*, cit., 64: «altro è stabilire se una prova sia ammissibile; altro chiedersi se sia veritiera la conoscenza ottenuta. La prima questione precede logicamente e condiziona la seconda: una valida ammissione è requisito di validità dell'acquisizione; ciò che si è invalidamente acquisito non riveste rilevanza processuale».

¹⁹⁷ C. CONTI, *Il volto attuale dell'inutilizzabilità: derive sostanzialistiche e bussola della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 7, 781; EAD., *L'inutilizzabilità*, in AA.VV., *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, a cura di A. Marandola, Torino, 2015, 99, la quale osserva come «sono i divieti probatori a scolpire il volto della prova e, di conseguenza, i contorni (ed i confini) dell'accertamento perseguibile»; in termini, G. PIERRO, *Una nuova specie di invalidità*, cit., 63 ss. F. CORDERO, *Prove illecite*, in *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, 163, afferma che con una regola di esclusione l'ordinamento rinuncia preventivamente ad usare una certa informazione per la prova del fatto.

¹⁹⁸ F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale*, cit. 207.

¹⁹⁹ C. CONTI, *Il volto attuale dell'inutilizzabilità*, cit., 781; G. PIERRO, *Una nuova specie di invalidità*, cit., 92.

²⁰⁰ R. BRIANI, *L'istruzione probatoria nel processo amministrativo*, cit., 121, nel discorrere delle 'fasi' del procedimento probatorio nel rito civile e del lavoro, analizzando il momento dell'ammissione della prova distingue il vaglio di rilevanza da quello di ammissibilità: «Il giudizio di ammissibilità ha natura giuridica, in quanto diretto a verificare la ricorrenza, caso per caso, di eventuali motivi di non ammissione o di esclusione del mezzo probatorio prescelto dalla parte» (corsivo nostro), e fa l'esempio di una causa di incompatibilità a testimoniare (*rectius*: di esclusione della testimonianza); L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 42 ss. (ove addirittura l'Autore riconosce come derivi direttamente da una necessità di armonia con il principio costituzionale del giusto processo l'idea che la Carta fondamentale stessa esiga il ricorrere di un divieto che imponga di tener fuori dal processo – o di escludere qualora vi siano entrate – prove acquisite arrecando lesione a beni giuridici di rilievo costituzionale. Sul tema, invero assai dibattuto in dottrina, della prova incostituzionale si tornerà oltre nell'indagine, dal momento che esso costituisce uno degli snodi più significativi nella ricostruzione dei rapporti interprocessuali che chiamano in causa lo scambio di prove invalide), nonché 47 ss.; B. CAVALLONE, *Oralità e disciplina delle prove*, cit., 701, dà quasi 'per scontata' la sussistenza, nell'ambito del rito civile, di norme la cui operatività sia coerente col modello delle regole di esclusione; G.F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., 210 ss., il quale, in specie, affronta la critica questione della legittimazione della categoria delle prove atipiche e ne

Ciò che, invece, rappresenta un connotato identitario dell'attuale processo penale, costruito sulla scorta dei cardini del modello accusatorio, è la originale strada che si è scelto di percorrere per assicurare effettività alle regole d'esclusione. Come noto, innovando in maniera radicale rispetto al sistema previgente, i compilatori del 1988 hanno munito i divieti probatori di un'apposita sanzione, l'inutilizzabilità, la quale importa effetti radicalmente demolitori per tutte quelle prove che siano state acquisite violando, per l'appunto, i divieti sanciti dalla legge (art. 191 c.p.p. e art. 526 c.p.p., che opera altresì come filtro per impedire lo scambio interfascico di materiale raccolto in momenti precedenti al dibattimento, senza l'impiego del metodo dialettico e dinanzi ad un giudice diverso da quello investito della decisione)²⁰¹. Allorché, a dispetto della barriera frapposta da questi ultimi, si sia immesso nel circuito conoscitivo giudiziale un elemento 'spurio', ecco che il legislatore chiama in causa gli 'anticorpi' dell'invalidità

argomenta una soluzione positiva a partire proprio dal diritto di difendersi provando mediante tutti gli elementi potenzialmente utili all'accertamento della verità circa i fatti controversi, purché non oggetto di divieti, che rappresenterebbero dunque il limite legale della libertà di prova distillabile dall'art. 24 Cost. L'Autore propone una esemplificazione di divieti probatori previsti nell'ambito del rito civile (ad es., quello sancito dall'art. 246 c.p.c., rispetto al quale lo studioso scaglia i propri strali, contestandole la razionalità), addirittura paragonandoli proprio alle *rules of exclusion* degli ordinamenti di *common law*: il che avvalorata la tesi secondo cui siffatta tecnica di selezione 'frammentata' e 'puntiforme' del legittimo compendio conoscitivo non sia connotato esclusivo del processo penale; A. GRAZIOSI, *Usi ed abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 3, 693 ss.; ID., *Contro l'utilizzabilità delle prove illecite nel processo civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2016, 4, 945 ss.; C. MAINARDIS, *L'inutilizzabilità processuale delle prove incostituzionali*, in *Quad. cost.*, 2000, n. 2, 371 ss.; F. FERRARI, *La sanzione dell'inutilizzabilità nel codice della privacy e nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 2, 248 ss.

²⁰¹ Devono, a questo proposito, essere chiamate in causa le classificazioni tradizionali in materia di inutilizzabilità, la quale può distinguersi in *patologica* e *fisiologica* in riferimento all'oggetto del divieto la cui violazione contribuisce a sanzionare in senso radicalmente inibitorio. Il punto sarà affrontato in seguito; in questa sede basti osservare che l'inutilizzabilità fisiologica costituisce il precipitato tecnico dell'opzione metodologica dei *conditores* del 1988 per il principio della separazione delle fasi processuali, quale strategia per assicurare al meglio il rispetto del presupposto principio dialettico nella formazione della prova che, a propria volta, pretende altresì la preservazione di un rapporto di immediatezza tra prova stessa e giudice chiamato a decidere su tale scorta (oltretutto tra parti e prova ed infine tra parti e giudice). Ponendo tali principi quali punti nevralgici del nuovo processo penale, si è dovuto individuare un meccanismo per assicurare l'impermeabilità (relativa, sussistendo eccezioni rette da *rationes* di vario genere) dello spazio dibattimentale rispetto a materiali che non corrispondessero ai parametri stabiliti, e cioè, in particolare, tutti gli elementi raccolti dalle parti in segreto senza contraddittorio, conoscibili in seguito solo in forma scritta tramite atti delle fasi precedenti. L'inutilizzabilità fisiologica riveste, appunto, il ruolo di barriera selettiva interfascica: essa trova riconoscimento esplicito nell'art. 526 c.p.p., da leggersi unitamente all'intero reticolato di norme che regolano la sorte degli atti compiuti in fasi anteriori al dibattimento, sancendo quali possano migrare dalle indagini al fascicolo dibattimentale e le modalità osservando le quali si possa ritenere in effetti acquisito un dato atto presente nel fascicolo stesso. L'inutilizzabilità è definita, per converso, patologica quando si ha a che vedere con la sanzione che interviene a colpire quelle conoscenze acquisite violando i divieti probatori: essa, sancita dall'art. 191 c.p.p., opera trasversalmente in ogni fase del procedimento penale (salvi i casi di operatività c.d. relativa dell'inutilizzabilità patologica, allorché una specifica previsione legale consenta l'utilizzo dell'elemento, seppur spurio, rispetto a dati soggetti o per l'assunzione di determinate decisioni). Per tutti, cfr. C. CONTI, *L'inutilizzabilità*, in AA.VV., *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, a cura di A. Marandola, Torino, 2015, 97 ss. (cui si rinvia anche per il ricco catalogo bibliografico), ove chiarisce come l'inutilizzabilità sia concetto adoperato dal codice di rito penale per individuare l'effetto, ossia il regime giuridico, di cause eterogenee, riconducibili per l'appunto al principio fisiologico-strutturale della separazione delle fasi (quale *ratio* dell'inutilizzabilità fisiologica) ovvero alle necessità di assicurare che il processo si svolga lungo le «direttrici epistemologiche ed etiche sulle quali si fonda l'opzione cognitiva accolta da un determinato ordinamento» ed attuate nella forma del divieto probatorio.

probatoria per eccellenza, la quale opera mediante l'imposizione al giudice di un ulteriore divieto, quello di fruire del dato viziato ai fini della ricostruzione del fatto controverso²⁰².

Ebbene, le regole d'esclusione, con la loro rigorosa forza inibitoria²⁰³ che, a monte, preclude ad *inputs* informativi, che non soddisfino i requisiti del legittimo metodo prestabilito dal legislatore, di informare il compendio dello scibile da porre a fondamento del *decisum*, si collocano a ragion veduta al centro dell'universo del diritto delle prove. È la *ratio* che le informa ad assegnare loro una siffatta posizione privilegiata, dalla quale provvedono a plasmare l'essenza giustificativa delle dinamiche conoscitive giudiziali.

Le *exclusionary rules* incarnano, così, il senso più profondo dei due poli – solo apparentemente confliggenti, posto che invero concorrono tra loro, promuovendosi reciprocamente – sui quali si incardina il diritto delle prove: il principio di legalità in materia istruttoria e il diritto alla prova, la cui anima trova oggi esplicito riconoscimento nell'art. 111 Cost.

Difatti, *in primis*, ci si muove in un panorama nel quale si riconosce, come obiettivo epistemologico dell'accertamento giudiziale, la ridetta verità (*rectius*: conoscenza) processuale. I suoi confini sono tracciati dalla legge, chiamata dalla stessa Carta fondamentale a spartire tra tutti i protagonisti della vicenda giudiziale i poteri in materia

²⁰² Diffusamente sulla dinamica operativa del suddetto vizio tipico della prova penale, C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità*, cit., 17 ss.; EAD., *L'inutilizzabilità*, cit., 98, specifica come l'utilizzo, da parte di certa dottrina, del termine inutilizzabilità per riferirsi alla causa (divieto di acquisizione) oltreché all'effetto (divieto di fruizione a fini decisori) sia frutto di una sorta di metonimia concettuale; in termini R. NORMANDO, in A.A. Dalia-R. Normando, voce *Nullità degli atti processuali. II) dir. proc. pen.*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, 24; N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità effettiva della prova tra tassatività e proporzionalità*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 4, 57 (l'Autrice parrebbe, invero, sovrapporre i due piani nel descrivere la dinamica di operatività dell'invalidità delle prove illegittime, allorché ne colloca il nucleo operativo nella «preclusione effettiva all'accesso del dato probatorio illegittimo segnato dalla violazione del divieto probatorio stabilito dalla legge»: ricalibrando lievemente simile ricostruzione, sembrerebbe più esatto ritenere che sia il divieto probatorio a sancire quella preclusione in ingresso, mentre la sanzione processuale dell'inutilizzabilità impone di espungere dal compendio istruttoria raccolto la prova che vi sia illegittimamente entrata proprio violando il precetto preclusivo); G. PIERRO, *Una nuova specie di invalidità*, cit., 73 ss., e in particolare 88, ove l'Autore descrive evocativamente l'inutilizzabilità in termini di «paradigma di qualificazione negativa non solo dei dati conoscitivi giudiziali *contra legem*, ma anche di quelli che, pur validi in altri contesti e per altre finalità non possono, tuttavia, di per sé soli costituire la base della pronuncia giurisdizionale»; N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992, *passim*; A. SCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit., 143 ss.; M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Torino, 3 ss.; D. SIRACUSANO, voce *Prova. III) Nel nuovo codice di procedura penale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2003, 8 ss.; A. BARGI, *Procedimento probatorio e giusto processo*, cit., 250; E. AMODIO, *Processo penale, diritto europeo e common law: dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milano, 2003, 126.

²⁰³ Parafrasando e decontestualizzando le parole con cui G. DE GIORGI CEZZI, *La ricostruzione del fatto nel processo amministrativo*, cit., 132, descrive la tecnica applicata al giudizio di ragionevolezza dalla giurisprudenza anglosassone, si potrebbe dire che la strada percorsa nella dinamica operativa tipica dei divieti probatori è «la via stretta dell'esclusione e della negazione».

di prova nonché a definire i modi legittimi di approvvigionamento di conoscenza²⁰⁴. Le regole di esclusione operano rendendo il procedimento istruttorio impenetrabile rispetto a tutto quanto non risulti coerente con i requisiti di legalità probatoria, per scongiurare la fallibilità del giudizio²⁰⁵.

²⁰⁴ P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., 95 ss., e in particolare 96 («La disciplina legale regola, in modo più o meno dettagliato, l'intera sequenza probatoria [...]. Compito del legislatore è di fissare le regole di selezione del materiale probatorio, ossia cosa può – regole di inclusione – e cosa non può – regole di esclusione – entrare nel quadro decisorio; e naturalmente, a questo riguardo, sono essenziali le direttive stabilite dall'art. 111, 3°, 4° e 5° co., Cost.»); N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità effettiva della prova*, 58; F.R. DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, Padova, 2003, 314; G. PIERRO, *Una nuova specie di invalidità*, cit., 72 ss.

Sul senso profondo del principio di legalità processuale applicato in materia probatoria (nella specie, penale), anche alla luce delle radici storiche (dunque, il netto rifiuto della deriva intuizionistica dell'applicazione del principio del libero convincimento), che ne hanno condizionato gli specifici tratti caratteristici, si rinvia alle riflessioni di E. AMODIO, *Processo penale, diritto europeo e common law*, cit., 124 ss. Egli, in chiave alquanto significativa, individua un *trait d'union* genuinamente garantista che connette l'aspirazione all'effettività della legalità processuale, l'imparzialità del giudice ed infine le *exclusionary rules*, costituenti, secondo la ricostruzione dell'Autore, un vero e proprio punto di riferimento per la rifondazione del diritto delle prove a seguito del rigetto dell'intuizionismo giudiziale di stampo inquisitorio. Già ben prima della rifondazione del diritto probatorio operata con il codice di rito Vassalli, lo stesso Autore aveva espresso il proprio punto di vista in netto favore della legalità della prova (in contrapposizione, peraltro, ad un sistema imperniato sulle prove legali): si veda, in proposito, ID., *Libertà e legalità della prova*, cit., 310 ss., in particolare 314, nonché 322 ss., allorché lo studioso patrocina quella prospettiva, ad oggi data quasi per assodata ma dirompente per l'epoca in cui è stata proposta, per cui la regolamentazione legale del fenomeno probatorio debba esprimersi in un aspetto negativo, incarnato dall'apposizione di limiti all'ammissione e/o assunzione della prova. Per ulteriori significativi passaggi argomentativi sul punto, si rinvia ai menzionati contributi. In chiave adesiva rispetto alle riflessioni di Amodio, B. CAVALLONE, *Oralità e disciplina delle prove*, cit., 694.

²⁰⁵ A conferma del nesso di coesenzialità testé evidenziato, vale la pena anticipare qui un concetto cui si farà più disteso riferimento in seguito, *i.e.* il cosiddetto *principio di non sostituibilità*. Come è stato limpidamente chiarito da autorevoli voci della dottrina (C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità*, cit., 274 ss.; EAD., *Il volto attuale dell'inutilizzabilità*, cit., 786; EAD., *L'inutilizzabilità*, cit., 122 ss.; EAD., *Prova informatica e diritti fondamentali*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 9, 1214 ss.; EAD., *Sicurezza e riservatezza*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 11, 1582 ss.; G.M. BACCARI-C. CONTI, *La corsa tecnologica tra Costituzione, codice di rito e norma sulla privacy: uno sguardo d'insieme*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 6, 717 ss.; N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità effettiva della prova*, cit., 70; G. QUAGLIANO, *Acquisizione di corrispondenza del detenuto: la Consulta promuove il principio di non sostituibilità*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 8, 1060 ss.; in termini meno espliciti ma altrettanto chiari, C. VALENTINI REUTER, *Limiti all'utilizzabilità di prove assunte in altro procedimento*, in *Giur. it.*, 1992, 4, 204 ss.; volendo, altresì, G. PECCHIOLI, *Processo penale e procedimento di prevenzione*, cit., 277 ss.), ponendo mente sia alle pieghe strutturali della normativa in materia probatoria sia ad illuminate esegesi prospettate in giurisprudenza, la piena attuazione del menzionato principio di legalità probatoria resterebbe, invero, lettera morta (o solo formalmente viva) se l'operatività dei divieti probatori – con il portato della sanzione esiziale dell'inutilizzabilità che, nel rito penale, li accompagna – non venisse assicurata contro il rischio di occulti aggiramenti che consentano comunque l'inclusione nel *plateau* di elementi adoperabili a fini decisori anche di materiale che la legge avrebbe voluto espungere radicalmente dal panorama decisorio. La legalità probatoria non soltanto, quindi, pretende il rispetto dei canoni normativi accreditati per la formazione dei validi elementi istruttori, ma necessita altresì di meccanismi preclusivi di qualsiasi subdolo strumento che, abusando degli spazi apparentemente lasciati liberi dalla frammentarietà delle previsioni legali in tema di prova, miri a portare a conoscenza dell'organo giudicante dati e informazioni che mai il legislatore avrebbe voluto che entrassero nel patrimonio di elementi utilizzabili per la formazione del convincimento giudiziale. Altrimenti, la valenza garantista del principio in esame, che la posizione di un divieto probatorio dovrebbe asseverare, verrebbe scardinata al punto da sfociare in una «legalità variabile piegata alla praticità ovvero alla praticabilità del metodo diverso» (N. GALANTINI, *ibidem*).

Ci sembra che, nella sua critica rispetto all'aggiramento del principio di oralità che avrebbe dovuto collocarsi a base del sistema probatorio civilistico, aggiramento operato mediante l'introduzione di un'imponente quantità di prove in forma documentale in luogo delle pur possibili corrispettive prove costituende, già nei primi anni Ottanta del secolo scorso B. CAVALLONE (*Oralità e disciplina delle prove*, cit., 717 ss.) avesse inteso valorizzare il principio di legalità in materia istruttorio secondo un *iter* argomentativo sovrapponibile a quello seguito da chi, oggi, propugna l'applicazione del citato principio di non sostituibilità. Riflessioni di non poco momento, che parrebbero aver anticipato la piena presa di consapevolezza inerente al vigore del principio di non sostituibilità quale pietra miliare del sistema di legalità probatoria non soltanto in ambito penale bensì anche civile, sono quelle di G.F. RICCI, *Le prove atipiche*, Milano, 1999, 530 ss.: del tutto condivisibili appaiono le argomentazioni

Per quanto concerne il secondo dei due poli rammentati, come emerge limpidamente dal dettato costituzionale – che istituzionalizza al massimo livello il valore del *metodo* gnoseologico processuale –, il diritto alla prova di cui le parti risultano titolari non implica solo che queste ultime siano poste nella condizione di introdurre nel processo materiale conoscitivo da loro stesse ricercato e di perorare su tale base la fondatezza delle proprie tesi²⁰⁶. Il diritto alla prova consiste altresì – letto in ‘negativo’ – nel tutelare proprio le parti medesime contro il rischio di decisioni argomentate a partire da elementi che difettino di pregio accertativo (o di cui tale connotato non si possa attestare in modo affidabile) o che risultino assunti in spregio delle più sacre libertà della persona²⁰⁷. Le regole di esclusione rappresentano, a questo proposito, solidi baluardi

con le quali l'Autore respinge quella tesi che avrebbe inteso trattare le prove illegittimamente acquisite (perché inammissibili o in quanto siano stati violati i metodi legittimi per la loro formazione) alla stregua di prove atipiche fruibili a fini decisori. (Per un esempio efficace, in ambito civile, si consideri il trattamento riservato alle dichiarazioni rese nella fase prefallimentare dai creditori del fallito, i quali, rappresentando potenziali parti del giudizio, rientrerebbero nel novero dei soggetti incompatibili a rendere testimonianza ex art. 246 c.p.c.: nel corso del giudizio di opposizione/appello alla sentenza dichiarativa di fallimento, simili dichiarazioni entravano nel patrimonio conoscitivo del giudice proprio in veste di prove atipiche, di cui l'organo giudicante ha facoltà di avvalersi liberamente per l'accertamento; sul punto, cfr. *ex plurimis* Cass. civ., sez. I, 2 settembre 2005, n. 17698, in *Mass. Giur. it.*, 2005). Si tratta di una tra le molteplici strategie recuperatorie, volte ad impedire il deflusso di dati gnoseologicamente significativi dall'orizzonte conoscitivo giudiziale e, per estensione, a consentirne l'immissione in altri diversi circuiti processuali. Simili tecniche esegetiche, protese al potenziamento dei canali di approvvigionamento di mezzi di convincimento per il giudice, sembrerebbero comportare notevoli frizioni – a più di un livello – con i principi che, tagliando trasversalmente tutti i rami della giurisdizione, fondano il sistema costituzionale del diritto delle prove. Le questioni più spinose sul punto verranno debitamente affrontate nel prosieguo.

²⁰⁶ Istituito un significativo confronto tra il previgente, già menzionato, art. 299 c.p.p. Rocco, quale prototipo del sistema inquisitorio che svalutava del tutto il diritto alla prova delle parti, e il ‘nuovo’ art. 190 c.p.p. Vassalli, G. PIERRO, *Una nuova specie di invalidità*, cit., 75 ss., delinea le molteplici sfaccettature di cui si compone – sin da un momento antecedente alla riforma costituzionale del 1999 sul giusto processo – il prisma del diritto alla prova, che delinea un nuovo modo di concepire la prova stessa, cui si raccorda significativamente la previsione della inutilizzabilità.

Molto caustiche nei confronti del diritto processuale *de quo* suonano le parole spese a tal proposito da L. DITTRICH, *La ricerca della verità nel processo civile: profili evolutivi in tema di prova testimoniale, consulenza tecnica e fatto notorio*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1, § 3: l'Autore parla di un «fantomatico “diritto alla prova” che ha immeritatamente assunto un posto di rilievo nell'empireo dei principi generali del diritto processuale», ma invero spende queste riflessioni pungenti in un passaggio collaterale di un contributo nel quale approfondisce le debolezze del diritto delle prove civili che, in un modo o nell'altro, ledono ed erodono nella loro applicazione pratica delle aule di giustizia proprio quel diritto alla prova che l'Autore afferma indegno del ruolo cardinale assegnatogli nell'elaborazione dogmatica. Ebbene, sembra possibile che l'Autore intenda contestare – ed in questo l'approccio sarebbe condivisibile, se non nei modi, quantomeno nella generale visione adottata – quegli approcci, che potremmo definire ‘benthamiani’, che sbandierano il diritto alla prova quale vessillo per una strategia di scardinamento delle forme essenziali (cioè inerenti all'essenza) del diritto delle prove giudiziali.

²⁰⁷ In termini, seppur in una chiave adattata alle cadenze del rito civile, B. CAVALLONE, *Oralità e disciplina delle prove*, cit., 711: egli, lungi dall'accreditare l'idea che il diritto alla prova sia tanto meglio attuato quante minori e meno incisive siano le regole probatorie, riconosce che «il diritto alla prova, proprio in quanto aspetto o manifestazione del diritto di azione e di difesa di cui parla l'art. 24 Cost., ha anche necessariamente un contenuto *negativo*, nel senso che ciascuna delle parti non deve soltanto poter disporre di ragionevoli facoltà di prova dei fatti a sé favorevoli, ma deve pure essere protetta da iniziative della controparte capaci di influire sul convincimento del giudice al di fuori del rispetto del contraddittorio; e questo genere di tutela non può ovviamente realizzarsi se non attraverso limiti e divieti normativi» (corsivo nostro). L'Autore ritiene, poi, che, per giungere ad una siffatta conclusione, non vi sia comunque bisogno di riconoscere che le disposizioni concernenti le prove abbiano, di necessità, natura di norme di garanzia alla stessa stregua dei precetti che disciplinano la materia istruttoria in sede penale. Ciononostante, alla luce della costituzionalizzazione del canone,

contro la potenziale indiscriminata attrazione di siffatto pericoloso materiale nell'orbita processuale, circoscrivendo l'area insuperabile entro cui si potrà articolare l'attività probatoria dei soggetti del processo²⁰⁸.

In definitiva, la loro previsione – in specie in sede penale, ov'è suffragata da una sanzione del tenore dell'inutilizzabilità *ex art. 191 c.p.p.* – eleva il diritto alla prova a carattere denotativo ineludibile del processo «assurto al rango di paradigma del parametro costituzionale sul 'giusto processo'»²⁰⁹. Ed esso, appunto, richiede inderogabilmente che sia la legge a stabilire di quali prove il giudice possa legittimamente fruire per la decisione finale, assicurando tanto la validità degli elementi

dall'innegabile valore ubiquitario, del giusto processo, sembra possibile ritenere che, quantomeno attualmente, abbia assunto tutt'altro pregio e una ben superiore persuasività l'idea che la disciplina inerente alle prove giudiziali abbia un generale portato garantista, non limitato, dunque, alla sola dimensione processualpenalistica, ma eventualmente attestato con differenti gradazioni d'intensità e rigore, in dipendenza dall'oggetto dell'accertamento, dall'incisività dei poteri spendibili in tale contesto dalle parti e dal giudice, dal novero di beni giuridici passibili di lesione, e così via.

Nel commentare una pronuncia delle Sezioni unite civili (Cass. civ., SS.UU., 1 febbraio 2008, n. 2435) le quali, richiamando proprio la necessità di tutelare diritto alla prova, diritto al contraddittorio e parità tra le parti, dichiararono inutilizzabili in quella vicenda processuale civile documenti provenienti da un processo penale (perché la parte non li aveva fatti oggetto di specifica istanza di ammissione), *Id.*, *Inutilizzabilità, ai fini della decisione, del documento prodotto da una parte, quando essa non abbia tempestivamente indicato lo scopo della produzione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 199, ha notato, in modo significativo, che il rispetto del metodo del contraddittorio ed il diritto alla prova sono meglio assicurati e garantiti «per cavare che per mettere», mediante l'esclusione di ciò che abbia leso tali valori essenziali.

²⁰⁸ Sembrano condividere *in toto* il punto di vista da noi esposto E. AMODIO, *Processo penale, diritto europeo e common law: dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milano, 2003, 140 ss.; A. BARGI, *Procedimento probatorio e giusto processo*, cit., 172 ss. nonché 260, ove l'Autore evidenzia come l'operatività delle *exclusionary rules* – o meglio, della sanzione che le presidia, l'inutilizzabilità, con i suoi connotati di insanabilità che rendono stabile l'espulsione della prova viziata dal panorama conoscitivo del giudice – concorra a definire l'ontologia della nozione stessa di prova (e, per estensione, del diritto alla prova).

Pare, viceversa, solo parziale l'ottica a partire dalla quale certa autorevole dottrina, specialmente al di fuori dell'ambito processualpenalistico, ha riguardato il rapporto tra diritto alla prova e limiti all'ammissibilità di certi mezzi istruttori: si è, infatti, sostenuto che sussisterebbe una sorta di contrasto tra la dinamica del primo e l'operatività dei secondi, giacché questi varrebbero a relativizzare il diritto di difendersi provando restringendone l'area applicativa e condizionandone le modalità di esercizio (L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 47). Se quanto rilevato in dottrina è senz'altro vero, in special modo quando si ha a che vedere con vincoli posti a garanzia di soggetti altri rispetto ai titolari degli interessi direttamente incisi dal *decisum* giudiziale, è tuttavia solo una delle facce della medaglia, come già faceva notare in tempi ormai risalenti B. CAVALLONE, *Oralità e disciplina delle prove*, cit., 692, nonché 697, affrontando in specie il *punctum pruriens* della conciliazione, ancora oggi assai dibattuta, di legalità probatoria, diritto alla prova, apicità dei mezzi istruttori, libero convincimento (Il tema, di estrema rilevanza per le nostre riflessioni, è troppo complesso ed articolato per poter essere più che solo accennato in questa sede: verrà però affrontato più distesamente in seguito). E ciò proprio in virtù della lettura prospettata del diritto alla prova alla luce del dettato costituzionale, nonché del fondamento teleologicamente garantista (tanto sotto il profilo della funzionalizzazione gnoseologica quanto sotto quello della protezione da *vulnera* irragionevoli nei diritti extraprocessuali delle parti) che abbiamo inteso rinvenire nella previsione delle regole di esclusione. Eppure, proprio il menzionato Autore (*ivi*, 57, nt. 184) parrebbe avallare la lettura appena profilata, nel momento in cui riflette sulla circostanza per cui «l'ammissibilità e l'utilizzabilità processuale di una prova, che si debba qualificare come illegittima [...] si pongono in *frontale contrasto con l'essenza, ideologica e tecnica, del "giusto processo" in quanto tale*» (corsivo nostro).

²⁰⁹ Cass., SS.UU., 9 aprile 2010, n. 13426, Cagnazzo, cit. In dottrina, *ex multis*, riconoscono al principio di legalità della prova ruolo primario di connotato identitario del giusto processo, in quanto in esso si esprima l'idea portante dell'intero sistema per cui il «"giusto risultato" si ottiene solo dall'osservanza del "giusto metodo"», A. GAITO, *La circolazione della prova e delle sentenze*, in *Arch. pen.*, 2011, 23; F. GIUNCHEDI, *Un istituto di formazione giurisprudenziale: la sanatoria dell'inutilizzabilità nel giudizio di rinvio*, in *Giur. it.*, 2009, 7; A. BARGI, *Procedimento probatorio e giusto processo*, cit., 262.

sotto il profilo metodologico ed euristico, quanto i ‘diritti’ della difesa *lato sensu* intesi, ossia il diritto di difesa e contraddittorio delle parti ma altresì gli altri diritti e libertà fondamentali²¹⁰. Principi, tutti, dall’inegabile valenza trasversale²¹¹.

Quanto osservato sin qui in maniera sintetica, adottando un approccio generale ed omnicomprensivo, dovrà senz’altro essere ripreso ed affrontato in dettaglio più avanti. Difatti, il fine che qui ci proponiamo consiste nell’individuare un possibile modulo procedimentale, strutturato in modo da consentirci di fronteggiare in modo consapevole (ed auspicabilmente risolvere) talune delle più annose criticità tecnico-operative che si manifestano quando prove viziate in conseguenza della violazione dei menzionati divieti probatori siano fatte oggetto di quei meccanismi osmotici che mettono in comunicazione processi diversi. Ebbene a tale scopo, e tenuto altresì conto della vastità della spinosa tematica, non solo si dovrà approfondire – con lo sguardo del processualpenalista – in che modo l’essenza identitaria dell’inutilizzabilità della prova penale reagisce all’immissione nel circuito di interscambio probatorio tra diversi processi di natura penale. Ma ci si disporrà altresì ad esaminare le modalità con le quali tale sanzione processuale interagisce con sistemi probatori ‘altri’, a cui non è connaturale tale paradigma di ‘squalificazione’ esiziale, sebbene non siano estranei alla

²¹⁰ In siffatto contesto, come abbiamo già rilevato nei paragrafi precedenti, occorre accettare con una dose di realismo – che è però intriso di ideologia costituzionale – la circostanza che la tutela di interessi extraprocessuali possa condurre a decisioni in cui non sia possibile ponderare con precisione la corrispondenza ai fatti degli asseriti di parte. Eppure, ciò non priverebbe *sic et simpliciter* la decisione del suo carattere di giustizia, allorché il metodo sia stato rispettato. Si consideri, peraltro, come nel processo penale rientri proprio tra le direttive metodologiche l’applicazione della regola di giudizio del ragionevole dubbio, che rende giustizia in situazioni di incertezza magari legate anche e proprio all’inevitabile espunzione di elementi gnoseologici succulenti ma lesivi di istanze sostanziali prevalenti. Dev’essere dunque rimodulata nei termini suddetti la risalente riflessione di F. CORDERO, *Il procedimento probatorio*, cit., 94, il quale, in relazione ai vincoli ‘controepistemic’ a presidio di beni giuridici fondamentali, evidenziava come «il problema politico sta nell’individuare il limite, entro cui la tutela di un interesse extraprocessuale vale il rischio d’una decisione ingiusta».

²¹¹ Cass., SS.UU., 9 aprile 2010, n. 13426, Cagnazzo, cit.; Cass., sez. I, 30 aprile 2014, n. 18120, G.P., in *Foro it.*, Rep. 2014, voce *Testimonianza in materia penale*, n. 19, ove, con riferimento al divieto probatorio sancito dall’art. 63, comma 2, c.p.p., si è riconosciuto che il contesto normativo più prossimo (artt. 188, 189 e, aggiungeremmo noi, 190 c.p.p.) nel quale si iscrive la previsione della sanzione processuale dell’inutilizzabilità della prova penale, sulla scorta di una lettura logico-sistematica, *esalta la legalità del sistema probatorio a garanzia dei diritti delle parti e della stessa affidabilità della conoscenza acquisita*.

A. BARGI, *Procedimento probatorio e giusto processo*, cit., 248 ss., condivide una tale ricostruzione del sistema, al cui cuore viene collocato l’art. 190 c.p.p., da cui si diramano i due corollari di cui agli artt. 189 e 191 c.p.p. (i quali, invero, a nostro avviso, incarnano altresì i presupposti logici e tecnici della piena attuazione del diritto alla prova). In termini analoghi, F. GIUNCHEDI, *Un istituto di formazione giurisprudenziale*, cit., § 2, enfatizza la circostanza per la quale «la purezza dei *materialia iudicii* costituisce l’essenza della decisione, ove il libero convincimento del giudice è depurato da tutto quanto non rispondente ai canoni di legalità richiesti dalla legge. *La topografica codicistica molto opportunamente prevede una “trilogia normativa”* che evidenzia il processo logico che deve compiere il giudice durante il procedimento probatorio» (corsivo nostro) e che valorizza il legame coesenziale che tiene insieme diritto alla prova, legittimità dello scibile processuale, divieti probatori e, solo da ultimo nella catena di passaggi che costituisce il procedimento istruttorio, libero convincimento.

logica escludente dei divieti probatori.

Il tutto avendo sempre a mente il *background* ideologico e filosofico che fa da sfondo all'adozione di uno schema espulsivo qual è quello dell'inutilizzabilità, il quale, come visto, provvede a cesellare i tratti denotativi della verità processuale quale obiettivo gnoseologico eletto del processo.

h. *Una forza eccentrica ma non troppo: la circolazione probatoria (cenni e rinvio)*

Ebbene, le regole di esclusione, il loro substrato giustificativo così come la loro quantità e la qualità – in termini di effettività, rigore applicativo – del loro regime, ci restituiscono quell'immagine funzionale e strutturale sulla cui scorta il legislatore ha inteso operare la selezione ordinamentale dei modelli processuali (in specie sotto il profilo cognitivo, cui è rivolto il diritto delle prove). La concezione del giudizio, che viene compendiata dalla scelta operata in favore di un meccanismo che traccia stretti e, talora, tortuosi canali di immissione del sapere nel compendio probatorio, è votata al bilanciamento tra le due istanze ugualmente pressanti e concorrenti (la miglior conoscenza e la tutela dei diritti individuali incisi): si evita – o, quantomeno, si auspica di evitare – la acquisizione di conoscenza ad ogni costo.

Eppure, sembra proprio che l'organismo processuale nel suo complesso non riesca a fare a meno di riversare quanti più dati informativi nel patrimonio gnoseologico disponibile per il giudice. La Sirena del sapere assoluto, della Verità – quella verità materiale che, abbiamo visto, in realtà non è altro che un criterio di corrispondenza tra fatti e asserzioni, ma che ancora viene comunemente concepita quale entità dotata di consistenza apprensibile direttamente in tutta la sua pura essenza – non cessa mai di attirare le utopiche aspirazioni degli operatori della Giustizia, così come del legislatore chiamato a compiere in astratto le scelte ideologiche fondative del sistema.

Dunque, procedendo in una direzione all'apparenza uguale e contraria a quella lungo cui si muovono le *exclusionary rules*, si tende a configurare molteplici tecniche che consentano di potenziare la funzione informativo-accertativa dei processi. Una di queste, dall'impatto particolarmente incisivo, consiste nella già rammentata strategia della c.d. *circolazione probatoria*.

Essa si sostanzia, in estrema sintesi, nella veicolazione di materiale a contenuto e

scopo probatorio dall'esterno²¹². Vale a dire, nella trasfusione in una data sede giudiziale di elementi, dotati di contenuto informativo, la cui origine sia da far risalire ad un diverso contesto processuale, nel quale tali dati siano stati variamente formati al fine di giungere ad una decisione su di un fatto (in genere) diverso, tra parti (il più delle volte, in tutto o in parte) diverse.

Non solo; ulteriori caratteri di estraneità, a seconda della casistica presa in esame, possono essere rintracciati nella circostanza, di non poco momento, che la sede genetica dell'elemento, oggetto del trasferimento altrove, appartenga ad un tipo processuale eterogeneo – per struttura, *thema decidendum*, regole probatorie tipiche *etc* – rispetto a quello di destinazione (ad es., penale il primo e civile il secondo, o viceversa; penale il primo e prevenzionale il secondo; e così via discorrendo)²¹³.

Ed ancora, quanto all'essenza del materiale trasferibile, si ha a che fare con un panorama abbastanza variegato. Difatti, la migrazione di atti che, già nella sede di origine, avevano natura e veste di prove vere e proprie rappresenta la più emblematica delle ipotesi di circolazione interprocedimentale. Non è tuttavia l'unica, dal momento che le membrane osmotiche che consentono l'interscambio di informazioni tra processi lasciano il passo anche ad atti concepiti *ab origine* con scopi e funzioni non propriamente classificabili come 'probatori' (es. le sentenze) o destinati ad un uso assimilabile a quello di una prova ma riservati a situazioni o fasi nelle quali non siano di norma fruibili al fine dell'emissione della pronuncia sul *thema decidendum* del giudizio (solo per menzionarne alcuni, si pensi agli atti del procedimento amministrativo, ovvero agli atti delle indagini preliminari). Una volta sradicati dal loro terreno d'origine, materiali di tal sorta vengono attratti nella sede destinataria, cosicché, secondo paradigmi non sempre coincidenti a seconda del tipo processuale interessato dal

²¹² R. CANTONE, *La "circolazione probatoria tra procedimenti". Le modifiche introdotte dalla l. 63/01*, in *Cass. pen.*, 2002, 2161: «Quando si parla di 'circolazione probatoria tra procedimenti' si intende riferirsi alla possibilità di acquisire, e successivamente utilizzare, in altro procedimento le prove che si sono formate in una vicenda processuale diversa e/o autonoma». Più in generale, nel chiarire cosa debba intendersi per «accertamento dei fatti fuori dal giudizio», A. CASTAGNOLA, *L'accertamento dei fatti fuori dal giudizio*, in AA.VV., *Lo statuto del giudice e l'accertamento dei fatti*, Atti del XXXII Convegno nazionale dell'Associazione italiana tra gli Studiosi del Processo civile (Messina, 27-28 settembre 2019), Bologna, 2020, 13, si riferisce ai «casi nei quali la posizione dei fatti sia avvenuta in una sede che tecnicamente possa essere considerata del tutto esterna al – e indipendente dal – giudizio in corso, e sia avvenuta quindi senza alcun nesso strumentale e funzionale con il successivo e diverso giudizio, nel senso che la posizione dei fatti non abbia avuto luogo con la finalità, nemmeno indiretta, di rilevare o rifluire in simile giudizio (che secondo la consuetudine possiamo definire giudizio *ad quem*, o giudizio ricevente)».

²¹³ A. CASTAGNOLA, *L'accertamento dei fatti fuori dal giudizio*, cit., 13 ss.

fenomeno circolatorio, mutano (se del caso) natura ed indossano le vesti caratteristiche della prova. Per tale via sono fatti così confluire nell'insieme di elementi gnoseologici sulla cui scorta l'organo giudicante potrà formare il proprio convincimento sui fatti controversi.

Già solo queste cennate notazioni lasciano intravedere la complessa problematicità del fenomeno circolatorio *de quo*. In effetti, in uno scenario – qual è quello, ad esempio, prospettato dai fautori del *total evidence principle* – in cui è soltanto la tensione conoscitiva ad animare la vicenda giudiziale ed in cui tale impegno dev'essere attualizzato avendo riguardo solo per la potenziale utilità gnoseologica delle informazioni, gli orizzonti spalancati dall'estrapolazione di dati probatori da un giudizio per trapiantarli altrove non creano alcun dissidio interno alla dinamica conoscitiva accreditata. La sola cosa che importa è il fatto che, a livello meramente fenomenico, il trasferimento da un procedimento ad un altro di materiale gnoseologico è sempre possibile sul piano pratico-operativo: è sufficiente, infatti, la trasmissione dell'atto giudiziale contenente l'elemento informativo, ovverosia il verbale, dal fascicolo del processo *a quo* a quello del processo *ad quem*.

Tuttavia, come abbiamo cercato di sottolineare, il sistema nel suo complesso – ed il processo penale più in particolare – non si accontentano dell'acquisizione di una conoscenza, qualunque ne siano la scaturigine, la destinazione specifica e le tecniche esperibili per immetterla nel circuito accertativo finale. Laddove si assegni un peso significativo al metodo normativo-istituzionale in forza del quale si dà voce alla finalità cognitiva del processo, l'apertura incontrollata del procedimento probatorio a elementi pre-formati altrove, per quanto provenienti da un luogo altrettanto formalizzato (*i.e.* un altro separato ed autonomo giudizio), rischia di innescare frizioni alquanto rilevanti con le direttrici, anche e prima di tutto costituzionali, che presiedono alla formazione di una conoscenza processuale sorvegliata.

Senza scendere troppo nei dettagli di questioni che verranno affrontate a tempo debito, a mero titolo esemplificativo si rifletta su quanto segue. Ebbene, un legislatore processuale, che volesse conformare i procedimenti probatori in rigoroso ossequio alle opzioni costituzionali, che si indirizzano chiaramente in favore della acquisizione delle prove nel contraddittorio, nell'oralità ed in un contesto di immediatezza nel rapporto tra parti, prove e giudice, sarebbe quasi vincolato alla scelta di impedire con altrettanto rigore il fenomeno migratorio di elementi istruttori 'preconfezionati' in un contesto giudiziale ulteriore e diverso rispetto a quello in cui essi esplicherebbero il proprio

valore cognitivo-persuasivo²¹⁴. A ciò osterebbero, difatti, i menzionati canoni, che in definitiva pretendono di assicurare una essenziale compenetrazione tra procedimento d'origine e materiale probatorio ivi formato, a garanzia dei diritti partecipativi dei protagonisti della vicenda giudiziale, della genuinità delle informazioni acquisite, nonché del rispetto delle specifiche regole di validità imposte *ex lege* per ciascuna sede processuale. Aspetti, quelli da ultimo rammentati, che rilevano anche sul fronte del prospettabile 'scarto' di significato che un determinato elemento, raccolto secondo lo specifico *iter* istruttorio di un dato processo, potrebbe assumere se trasferito in una diversa cornice di formazione della conoscenza giudiziale, soprattutto se retta da una metodologia eterogenea.

È pur sempre vero, ad ogni buon conto, che non possono essere del tutto pretermesse, per un verso, le necessità di completezza conoscitiva sul tema oggetto del giudizio (data la posta in gioco, ovverosia la 'giustizia' della decisione) e, per l'altro, le esigenze di economicità ed efficienza che un tale meccanismo, del genere del fenomeno trasmigratorio di materiale probatorio *aliunde* acquisito, è in grado di assicurare²¹⁵. L'urgenza – di cui si parlerà nuovamente nel prosieguo – del recupero dell'armamentario informativo *ab externo* è oltremodo insistente: in potenza, e al netto della regolamentazione normativa a ciò riservata, tale strategia offre una ricca *chance* di surrogazione di attività processuali dispendiose mediante lo sfruttamento di un sapere già 'costruito' altrove ed in precedenza riversato in atti. Il ridetto 'affanno' epistemico condivide, peraltro, la medesima natura di quello che, nella storia ormai più che trentennale del codice di rito penale, ha portato la giurisprudenza costituzionale (con un 'ritorno di fiamma' anche abbastanza recente) ad elaborare il famigerato principio di non dispersione delle "prove" – *rectius*: elementi d'indagine – raccolte nelle fasi precedenti del medesimo giudizio, nonché di quello che ha reiteratamente indotto la dottrina e la giurisprudenza civile e amministrativa ad interrogarsi sull'ammissibilità di

²¹⁴ R. ORLANDI, *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale*, cit., 9.

²¹⁵ Pur manifestando un atteggiamento critico nei riguardi del fenomeno dell'ammissione di prove «prefabbricate» (per il timore che un'estensione sregolata dei margini di acquisibilità di atti probatori di tal genere avrebbe potuto mettere a repentaglio «la stessa sopravvivenza delle prove costituenti» quale elemento importante di un ordinamento processuale), B. CAVALLONE, *Oralità e disciplina delle prove*, cit., 717-718, riconosceva già a suo tempo come le prove altrove formate fossero (e siano tutt'ora) «ovviamente molto più economiche (sia in termini di tempo, che di denaro, che di impegno personale del giudice, delle parti e dei terzi) dei corrispondenti strumenti "orali"». Quanto al medesimo aspetto, riguardato dalla prospettiva del processo penale, si rinvia a H. BELLUTA, voce *Prova (circolazione della)*, in *Enc. dir.*, Annali, II, Milano, 2008, 953 ss.

prove atipiche in processi di tale natura.

Dunque, il problema della configurabilità, nell'attuale quadro di precetti costituzionali, del fenomeno circolatorio oscilla, quasi dolorosamente, tra le istanze appena accennate²¹⁶.

Ci sembra, a questo proposito, di poter a ragione osservare che, di per sé considerato, l'interscambio di risultati gnoseologici tra procedimenti eserciti una *trazione eccentrica* rispetto ai vettori conformativi dello strumentario cognitivo giudiziale già menzionati. È evidente, infatti, che, a fronte di un sistema che sposa la logica delle regole escludenti quali sbarramenti di garanzia, la circolazione probatoria rappresenta un vero e proprio grimaldello che interviene a forzare le maglie della rete filtrante attraverso cui il legislatore processuale vuole che venga selezionato il materiale gnoseologico che aspiri ad assurgere al rango di 'prova'²¹⁷.

Eppure, il bisogno di fronteggiare le sentite esigenze pragmatiche non può restare inascoltato, poiché una netta esclusione delle occasioni di recupero di elementi conoscitivi raccolti altrove rischierebbe di mettere a repentaglio la funzione informativo-ricostruttiva dei processi, specialmente ove ciò significasse perdere dati che, per natura o per avventura, non potrebbero essere utilmente reiterati. Entra, così, in gioco – o, in astratto, dovrebbe entrare in gioco – un meccanismo di ponderazione e bilanciamento che, in definitiva, dovrebbe consentire di legittimare il marchingeo di traslazione interprocessuale di sapere, rendendolo parte integrante del metodo privilegiato dal sistema per l'accreditamento e la validazione della conoscenza giudiziale. In altre parole, il legislatore, per soddisfare le esigenze di autopreservazione della funzionalità accertativa del processo, non potrebbe far altro che rendere il meccanismo circolatorio il più coerente possibile con i cardini su cui ruota l'essenza normativa della verità processuale.

²¹⁶ R. ORLANDI, *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale*, cit., 15: «Il tema può essere affrontato da contrapposte angolazioni che corrispondono essenzialmente a un duplice atteggiamento interpretativo. Se si tenesse prevalentemente conto di (oggettive) esigenze efficientistiche e di economia processuale, ne uscirebbe incoraggiata la tendenza a dilatare l'uso delle conoscenze in questione [ossia, le prove trasferite da altro procedimento] fino ad affermarne l'utilizzabilità pressoché incondizionata nel procedimento *ad quem*: l'essenziale è che il giudice sia accorto nel valutare le conoscenze acquisite altrove. Se invece si enfatizzassero gli aspetti giuridici insiti nella genesi della prova, si affermerebbe la tendenza più rigorista e restrittiva per il giudice».

²¹⁷ R. ORLANDI, *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale*, cit., 15, prosegue, nel passo già citato, leggendo nell'ottica delle regole di esclusione quegli aspetti giuridico-genetici della prova che, secondo la tesi restrittiva, si porrebbero quali ostacoli al trasferimento altrove di questa.

A quest'ultimo proposito, non si può che chiamare in causa l'emblematica tecnica prescelta dal codice di rito penale per realizzare – se in modo proficuo, è da valutarsi²¹⁸ – il delicato sistema di *checks and balances* da ultimo suggerito quale via indispensabile per impedire che gli interscambi probatori dilacerino le maglie del filtro istituzionale del materiale probatorio.

La scelta di operare lungo la via dell'esclusione, a tutela delle prerogative individuali e del tenore accertativo dei dati immessi nel circuito istruttorio, non rappresenta, a ben vedere, un'opzione che qualifica solo dall'interno ciascuna singola vicenda processuale penale. Il codificatore, in netta discontinuità rispetto ai lassi spazi di interscambio probatorio delineati dal previgente codice Rocco (art. 466, comma 2, c.p.p. 1930, cit.), ha prediletto un atteggiamento più cauto, in virtù del quale ha frapposto un rigoroso apparato selettivo all'ingresso di atti a contenuto informativo formati nel corso di altra vicenda processuale. Si aveva, dunque, la chiara consapevolezza della inopportunità dell'utilizzo di elementi conoscitivi «al di fuori del contesto di origine e per un fine diverso da quello che ne ha giustificato la formazione»²¹⁹: si intendeva, pertanto, evitare «una indiscriminata utilizzazione delle prove raccolte in altri processi»²²⁰.

Ebbene, la logica di esclusione che alberga dietro al generale dettame che vieta l'acquisizione *ab externo* di prove ci sembra, per certi versi, sovrapponibile alla *ratio* che informa di sé la regola dell'inutilizzabilità fisiologica, che concerne il trasferimento interfascico di materiale formato prima e prescindendo dal confronto dialettico tra le parti innanzi al giudice investito della decisione²²¹. Per altri versi, parrebbe possibile ravvisare una qual certa similarità tra il limite alla circolabilità del sapere giudiziale tra un processo e l'altro e gli sbarramenti approntati dal codice di rito allorché imponga un divieto probatorio a garanzia di particolari istanze individuali meritevoli di tutela

²¹⁸ H. BELLUTA, voce *Prova (circolazione della)*, in *Enc. dir.*, Annali, II, Milano, 2008, 953, osserva che la disciplina predisposta dal codice di rito penale per definire i limiti di operatività del marchingegno circolatorio è, invero, «materia di regole *minime e fortemente instabili*» (corsivo nostro).

²¹⁹ N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., 2; R. ORLANDI, *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale*, cit., 16.

²²⁰ *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in Suppl. ord. n. 2 alla *Gazz. Uff.*, 24.10.1988, n. 250, 67 (corsivo nostro). Sul punto, L. KALB, *Il documento nel sistema probatorio*, Torino, 2000, 119 ss.

²²¹ N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., 5, in particolare nt. 6, la quale fa rilevare comunque la non totale sovrapponibilità dei problemi che l'alterità tra procedimenti d'origine e di destinazione di una prova pone rispetto a quelli che sono sollevati dall'opzione ordinamentale per il principio della separazione delle fasi processuali nel rito penale.

secondo le direttrici etico-valoriali accolte dalla stessa Carta fondamentale, la cui lesione è radicalmente colpita dall'esiziale sanzione dell'inutilizzabilità patologica. Di talché ciò che è prova in un certo procedimento non è detto che lo sia (o lo possa essere) anche altrove²²², con la conseguenza che l'immissione dell'elemento istruttorio allogeno in una sede giudiziale in cui non avrebbe dovuto essere acquisita ne comporta la necessaria espunzione dal patrimonio di informazioni fruibili per la decisione da parte del giudice²²³.

Il codice Vassalli, proprio in virtù del fatto che i congegni acquisitivi extraprocedimentali appaiono idonei a compromettere i basilari principi del sistema accusatorio, e con l'intento di assicurare il rispetto del principio di legalità in materia probatoria e del suo corollario, il diritto alla prova (di cui si è detto nel paragrafo precedente), ha previsto che le ridette ipotesi di interscambio trovassero disciplina in un novero ristretto di disposizioni (le principali delle quali sono: l'art. 238 c.p.p.; l'art. 238 *bis* c.p.p.; l'art. 270 c.p.p.; peculiari i casi regolamentati dagli artt. 220 e 223 disp. att. c.p.p.; le ipotesi, di recente introduzione e di notevole significatività ai nostri fini, previste dall'art. 573, comma 1-*bis*, e dall'art. 578, comma 1-*bis*, c.p.p.). Queste ultime aspirano a definire in termini tassativi le ipotesi in cui la naturale impermeabilità dei procedimenti possa cedere il passo al meccanismo osmotico *de quo*²²⁴.

Vale, dunque, per la circolazione probatoria quel medesimo adagio che, secondo condivisibili ricostruzioni della dottrina, connota il sistema di formazione della prova penale, soprattutto per i casi incidenti su istanze individuali fondamentali: è tutto vietato, salvo ciò che la legge consente²²⁵. Le norme che tratteggiano gli spazi nei quali

²²² N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., 1; N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità effettiva della prova tra tassatività e proporzionalità*, cit., 62-63.

²²³ R. ORLANDI, *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale*, cit., 15: l'Autore osserva che la tendenza rigorista, che vorrebbe limitare restrittivamente l'acquisizione di prove aliene in procedimenti nei quali non hanno avuto genesi, coincide precisamente con quella «che trova espressione nell'affermazione legale dei divieti probatori. Risulterebbe, cioè accentuato il carattere unico e irripetibile di qualsiasi attività procedimentale tesa a procurare una conoscenza ufficiale cosicché sarebbero totalmente privi di funzionalità gli esiti cui essa mette capo».

Spunti di riflessione in questo senso sono proposti, volendo, anche in G. PECCHIOLI, *Processo penale e procedimento di prevenzione*, cit., 270 ss. ed altresì 274-275.

²²⁴ F. DELVECCHIO, *La "circolazione trasversale" delle intercettazioni eseguite in un diverso procedimento*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 2, 206; A. GAITO, *La circolazione delle prove e delle sentenze*, cit., 3 ss.; F. RUGGIERI, *Divieti probatori e inutilizzabilità*, cit., 65-66; F. BERNARDI, *Intercettazioni telefoniche: utilizzabilità in procedimento diverso e nullità delle trascrizioni*, in *Giur. it.*, 1995, 4; C. CARINI, *Giudizio di prevenzione e intercettazioni "illeghi": sui rapporti tra prevenzione e "cognizione"*, in *Giur. it.*, 2008, 2.

²²⁵ C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità*, cit., 168 ss.

è consentita la migrazione di prove tra autonomi processi configurano, in definitiva, deroghe ad altrettante regole di esclusione vere e proprie: concorrono anch'esse, dunque, a delineare i connotati essenziali del metodo processuale di formazione della miglior conoscenza possibile a fini decisori.

Quanto appena osservato dovrebbe valere a richiamare l'interprete ad un atteggiamento esegetico di ponderata prudenza, allorché si trovi a confrontarsi con fenomeni di scambio extraprocessuale di dati. Un atteggiamento di vorace 'bulimia' conoscitiva, tendente ad ampliare oltre i limiti legali le maglie della rete selettiva delle prove trasferibili altrove, non sarebbe ammissibile. Pena l'inaccettabile aggiramento surrettizio di vincoli posti a presidio del minimo etico del giusto processo²²⁶.

Le osservazioni sinora accennate dovranno essere riprese ed approfondite nei paragrafi che seguiranno. L'itinerario argomentativo che ci prefissiamo di percorrere dovrà dunque dedicarsi a specificare i tratti giustificativi che, anche sul piano storico, hanno qualificato e qualificano attualmente il trattamento riservato ai due punti focali della nostra indagine. *I.e.*, per un verso, il meccanismo della trasmigrazione di prove quale canale di ampliamento delle potenzialità euristiche del giudice; per l'altro, l'antigiuridicità 'sostanziale' dei mezzi di prova quale metodo di purificazione del composto probatorio, con peculiare riferimento al caso problematico in cui elementi istruttori variamente 'malformati' *ab origine* siano incanalati nel circuito di intercomunicazione tra vicende processuali diverse (e, talvolta, eterogenee).

Dunque, in prima battuta si indagherà più in dettaglio quale sia la *ratio* che consente di inquadrare la tecnica circolatoria nell'ambito del diritto delle prove, avuto riguardo per l'evoluzione normativa che ha interessato in maniera particolare le disposizioni del codice di rito penale.

L'avvertenza sulla quale, sin da ora, ci preme di richiamare l'attenzione è proprio questa: se il profilo storico-sistematico viene esaminato a partire dal dato normativo, il solo punto di riferimento esplicito offerto dal panorama legislativo è rinvenibile nel tessuto codicistico che regola il processo penale. Quanto alla disciplina dedicata al medesimo fenomeno trasmigratorio, osservato dalla diversa sponda del diritto processuale civile (ma altresì amministrativo), non è dato reperire alcun riferimento

²²⁶ A. GAITO, *La circolazione delle prove e delle sentenze*, cit., 1; F. DELVECCHIO, *La "circolazione trasversale"*, cit., 211.

normativo espresso. Beninteso, il marchinegno di interscambio di elementi istruttori è senz'altro adoperato – in modo anche insistito – nei riti da ultimo menzionati: l'apparente silenzio legislativo non ha rappresentato un concreto ostacolo al conio di categorie probatorie spendibili per consentire simili meccanismi osmotici. L'elaborazione è, tuttavia, in prevalenza frutto dell'alacre lavoro della prassi giurisprudenziale nonché di studi dottrinali i quali, prendendo spesso le mosse dal fenomeno *in action*, hanno provato ad offrirvi a ritroso un valido sostegno teorico-dogmatico²²⁷.

In seconda battuta, ci si dedicherà a specificare le linee costituzionali entro le quali è ineludibile inquadrare qualunque aspetto denotativo del diritto probatorio. E ciò, dato il pregnante ruolo assegnato a quest'ultimo proprio dalla Carta fondamentale, la quale – come abbiamo visto – non si esime dal tratteggiare, anche in modo puntuale per certi profili, il metodo privilegiato affinché il processo possa davvero intendersi quale luogo di conoscenza. L'esame verrà condotto anche tentando di porre in risalto i punti di convergenza che fanno sì che discipline processuali molto diverse sul piano tecnico possano esser fatte dialogare (auspicabilmente) in modo costruttivo.

Da ultimo, forti dello scandaglio del panorama costituzionale di riferimento, osserveremo più da vicino l'intrigante universo delle regole di esclusione. Se fin qui ne abbiamo trattato in termini generali, per porre in luce la (quasi inaspettata) consustanzialità ad ogni sistema probatorio che miri a vigilare sulla qualità etico-euristica del composto probatorio, ci si dedicherà ad esaminarne le caratteristiche dalla prospettiva specifica del diritto delle prove penali. In tal modo si auspica di porre le basi per un discorso, che verrà sviluppato più oltre nella trattazione, volto a verificare se – ed eventualmente in che misura e con quali strumenti – vi sia spazio, nell'ambito della

²²⁷ A titolo meramente esemplificativo, si vedano L. QUERZOLA, *L'efficacia dell'attività processuale*, cit., 97; G.F. RICCI, *Prove penali e processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, 853; M.C. VANZ, *La circolazione della prova*, cit., *passim*; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 52 ss. nonché 188 ss.; A. CASTAGNOLA, *L'accertamento dei fatti fuori dal giudizio*, in AA.VV., *Lo statuto del giudice e l'accertamento dei fatti*, Atti del XXXII Convegno Nazionale (Messina, 27-28 settembre 2019), Bologna, 2021, 6 ss.; B. CAVALLONE, *Oralità e disciplina delle prove nella riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 4, 687 ss., in partic. 715 ss.; G. D'ANGELO, *Le prove atipiche nel processo amministrativo*, cit., 73 ss.; D. GUIDI, *I rapporti tra processo penale e processo tributario ad oltre dieci anni di distanza dal d.lgs. n. 74 del 2000*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 11, 1384 ss.; L.P. COMOGLIO, *Prove penali, "giusto processo" e poteri di acquisizione del giudice tributario*, in *Dir. prat. trib.*, 2000, 4, 10943 ss.; G. FRANCOLINI, *La prova nel procedimento di prevenzione: identità, alterità o somiglianza con il processo penale?*, in *Sist. pen.*, 2020, 10, 31 ss.; S. FURFARO, *Rapporti tra processo penale e procedimento di prevenzione*, in *Arch. pen.*, 2014, 2, 1 ss.; L. FILIPPI, voce *Procedimento di prevenzione*, in *Dig. Pen.*, Agg. I, 2014, in partic. §§ 26-31; volendo G. PECCHIOLI, *Processo penale e procedimento di prevenzione: interferenze probatorie e limiti di utilizzabilità*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 2, 266 ss. Per maggiori dettagli, cfr. *infra*.

dinamica circolatoria avente ad oggetto prove penali viziate, per ritenere operativa la sanzione processuale dell'inutilizzabilità in processi che, a livello testuale, non ne contemplano una analoga.

2. GIUSTIFICAZIONE STORICO-SISTEMATICA DEL FENOMENO MIGRATORIO DELLE
CONOSCENZE GIUDIZIALI

Come anticipato, occorre a questo punto dell'indagine soffermarsi sulle motivazioni teoriche e, soprattutto, pratico-operative che sembrano giustificare sul piano funzionale il meccanismo euristico di interscambio di materiale probatorio tra vicende processuali separate e differenti. Si auspica, in tal modo, di cominciare a delineare non solo il contesto sistematico nel quale si incardina la prassi circolatoria, ma altresì di evidenziarne sin d'ora taluni dei più spinosi profili concettuali, sui quali si dovrà poi focalizzare la disamina nei successivi momenti del lavoro.

È possibile, su di un primo fronte, osservare il fenomeno migratorio delle conoscenze giudiziali inquadrandolo in un contesto storico-sistematico generale, quale modalità peculiare di interferenza tra momenti nei quali si attua la giurisdizione. Su di altro, più specifico piano, poi, la circolazione di prove allogene può essere riguardata tenendo conto delle vicende novative che hanno interessato in modo particolare la disciplina *ad hoc* che il codice di rito Vassalli, nel momento della svolta in senso accusatorio, ha dedicato all'acquisizione di prove *ab extrinseco*.

In via preliminare, risulta utile porre una premessa. L'occasione che, in via generalissima, determina l'opportunità del trasferimento da una sede giudiziale ad un'altra di elementi dal portato gnoseologico è da rinvenirsi nella circostanza che, tra procedimenti reciprocamente autonomi, possono sussistere legami e connessioni di natura *sostanziale*, inerenti cioè alla questione fattuale che l'organo giudicante deve risolvere per pervenire alla decisione. Come si è già fatto notare altrove, non è affatto infrequente che un medesimo evento storico-fattuale sia considerato rilevante, sul piano giuridico, quanto alla produzione di plurimi effetti di varia natura. È, a titolo esemplificativo, il caso della condotta che cagioni una lesione a beni oggetto di tutela penale, ma anche civile²²⁸; ma è altresì l'ipotesi di una violazione della disciplina

²²⁸ N. ROMBI, *La circolazione delle prove penale*, cit., 248-249; M.A. ZUMPANO, *Rapporti tra processo civile e processo penale*, Torino, 2000, 371, esemplifica il rapporto di connessione fattuale, che può determinarsi tra azione civile e azione penale (e rispettivi giudizi), richiamando l'ipotesi dell'azione di annullamento del contratto

tributaria, che potrebbe avere rilevanza come illecito penale o anche, a seconda delle circostanze, come causa, ad es., di invalidità di un contratto²²⁹. Così come si potrebbe far riferimento a condotte, penalmente significative, dalle quali sia possibile presumere la sussistenza di quella pericolosità sociale (generica o specifica) che il d.lgs. 159 del

per dolo, fondata su artifici e raggiri che, in definitiva, risultano rilevanti anche quali elementi costitutivi del reato di truffa ex art. 640 c.p., ed anche il caso dell'azione nunciatoria di danno temuto (art. 1172 c.c.) fondata sull'omissione di cautele che poteva integrare un elemento della contravvenzione punita, prima della depenalizzazione (ad opera del d.lgs. n. 507 del 1999), dall'art. 675 c.p. Ad oggi, quanto a quest'ultimo caso menzionato, un'interferenza sul piano fattuale continua a sussistere, ma concerne il rapporto tra azione nunciatoria *de qua* e procedimento di applicazione della sanzione amministrativa pecuniaria prevista attualmente dalla norma citata. Si tratta di un procedimento eventualmente 'bifasico', nel caso in cui venga proposta opposizione avverso l'ordinanza-ingiunzione della P.A. (il sindaco, nel caso di specie, ex art. 19 *bis* disp. att. c.p.), la cui trattazione è di competenza del giudice di pace civile, che decide il ricorso secondo le forme del rito del lavoro (cfr. art. 6, d.lgs. 150 del 2011, cui rinvia l'art. 22 della l. 689/1981). Vale la pena rammentare che, tuttavia, qualora ricorra l'eventualità prevista dall'art. 24 della l. 24 novembre 1981, n. 689 (che prevede la normativa generale in materia di depenalizzazione e principi applicabili alle sanzioni amministrative), ossia l'ipotesi in cui «l'esistenza di un reato dipenda dall'accertamento di una violazione non costituente reato, e per questa non sia stato effettuato il pagamento in misura ridotta», al giudice penale è assegnata la competenza a decidere contestualmente sul reato e sulla violazione amministrativa. Potrebbe, dunque, darsi il caso in cui, sebbene l'art. 675 c.p. contempli oggi un illecito amministrativo, questo divenga oggetto di conoscenza e decisione da parte del giudice penale, qualora sia connesso oggettivamente, in quanto antecedente logico necessario, ad un reato del cui accertamento sia investito lo stesso giudice. Così, data la *vis adtractiva* esercitata dalla fattispecie penale rispetto all'illecito amministrativo, tornerebbe ad operare l'interconnessione tra rito penale, stavolta cumulativo, e processo civile instaurato ai sensi dell'art. 1172 c.c. menzionata in via esemplificativa da Zumpano.

La giurisprudenza, sia di merito sia di legittimità, che si è occupata dei margini di operatività della connessione obiettiva dell'illecito amministrativo con un reato ex art. 24, l. 689/1981 (in comb. disp. con l'art. 210 disp. att. c.p.p.), è alquanto ricca ed affronta un ventaglio ampio di fattispecie. Un aspetto rilevante che se ne deduce è l'univocità con la quale si afferma che il marchingegno per la trattazione cumulativa dinanzi al giudice penale non si attiva in caso di *identità* della condotta materiale integrante al contempo l'illecito amministrativo e il reato, poiché in tal caso *non* ricorre la condizione della *dipendenza* del reato dall'accertamento della violazione amministrativa: il rapporto che fa scattare l'operatività dell'art. 24 cit. è, per converso, quello di *pregiudizialità-dipendenza*, posto che l'identità materiale del fatto chiamerebbe in causa la disciplina del rapporto di specialità prevista dall'art. 9 della l. 689/1981, e la competenza all'irrogazione della sanzione amministrativa spetterebbe alla P.A. (salvo i casi in cui *ex lege* sia autorizzato il c.d. 'doppio binario', con doppia punibilità – penale e amministrativa – e cumulo materiale delle sanzioni). A titolo meramente emblematico delle ormai tratte massime pretorie, si vedano, *ex multis*, Cass. civ., sez. II, 17 aprile 2019, n. 10744, in *Foro it.*, Rep. 2019, voce *Sanzioni amministrative e depenalizzazione*, n. 38; Cass. civ., sez. VI-2, 6 marzo 2018, n. 5341, in *Foro it.*, Rep. 2018, voce *Sanzioni amministrative e depenalizzazione*, n. 21; Cass. civ., sez. II, 25 luglio 2017, n. 18276, in *Foro it.*, Rep. 2017, voce *Sanzioni amministrative e depenalizzazione*, n. 37; Cass. pen., sez. I, 30 dicembre 2019, n. 52138, in *CED*, rv. 278362-01 (che si è occupata di specificare i limiti di applicabilità della disposizione di cui all'art. 221 del Codice della Strada, che disciplina i casi di connessione obiettiva tra un reato e una violazione del C.d.S. e la cui formulazione è di identico tenore della norma prevista all'art. 24 della citata l. 689/1981); Cass. pen., sez. I, 5 febbraio 2008, n. 5603, in *CED*, rv. 238866; in termini analoghi, nella giurisprudenza di merito, di recente Trib. Crotone, sent. 26 gennaio 2021, L.G. c. Reg. Calabria, inedita. La dottrina sembra concordare con la ricostruzione prospettata in giurisprudenza, nel momento in cui, trattando del più generale profilo della pregiudizialità, definisce pregiudiziale quel rapporto giuridico che entra a far parte di un altro rapporto giuridico, richiamando così l'esigenza di un ordine non invertibile di accertamenti tale per cui la ricostruzione di un fatto/rapporto deve di necessità essere operata prima dell'accertamento di altro fatto/rapporto. Così si esprime G.M. BACCARI, *La cognizione e la competenza del giudice*, cit., 1, nt. 1, il quale richiama la più risalente trattazione di E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935, 73.

Affronta nel dettaglio una ricchissima casistica di interferenze 'sostanziali' tra processo penale e processo civile anche C. DE ANGELIS, *Processo civile e processo penale*, cit., 8 ss., cui si rinvia a titolo esemplificativo della varietà delle ipotesi che possono venire in rilievo.

²²⁹ Si consideri anche quanto significativamente affermato da A. MARCHESELLI, *Contraddittorio e parità delle armi per un "giusto processo" tributario*, in *Dir. prat. Trib.*, 2006, 4, 10695 ss., in partic. §3: poiché «il diritto tributario sostanziale si pone, d'ordinario, in una posizione di "secondo grado", visto che incide, di norma, su fatti economici giuridicamente rilevanti originariamente ad altri fini, è frequente che l'accertamento tributario e il contenzioso germinino da altri procedimenti o, comunque, da altri procedimenti traggano alimento o conforto».

2011 (Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione) pone, *inter alia*, a base dell'adozione di provvedimenti prevenzionali a carico di determinati soggetti; ma si pensi, ancora, a quelle condotte che rilevano come reato e, contestualmente, quali illeciti amministrativi, che, a determinate condizioni ed in taluni specifici casi, vengano addirittura puniti con sanzioni soltanto formalmente amministrative ma, in sostanza, punitive (ad es. in tema di c.d. *market abuse*). Ancora, si può pensare a fatti di rilievo penale, i quali spieghino rilevanza disciplinare nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato, andando ad integrare quella *giusta causa* che legittima il recesso unilaterale del datore di lavoro²³⁰. E gli esempi potrebbero continuare.

Per tirare le fila, vi sono casi in cui, in processi diversi (o per natura, o in quanto *ab origine* separati), si discute del medesimo identico fatto storico, eventualmente per dedurre conseguenze giuridiche differenti a seconda della sede ove si svolge l'accertamento; vi sono ipotesi nelle quali, invece, tale fatto materiale, oggetto di un dato giudizio, presenta un rapporto di pregiudizialità o dipendenza rispetto al *thema probandum* di altro processo o, comunque, acquisisce in esso rilevanza quale premessa di una o più delle questioni da trattare²³¹.

Dato questo per presupposto, se la scelta di sistema del legislatore consiste nella valorizzazione di ciascuna singola vicenda processuale quale unica sede per la ricostruzione dei fatti ivi significativi a fini decisori, le occasioni in cui le prove formate in un giudizio risultano pertinenti e, in ipotesi, rilevanti anche altrove si moltiplicano.

Se, in altre parole, al fine di assicurare l'autonomia dell'autorità giudicante investita della questione e tutelare il diritto di difesa *lato sensu* inteso delle parti di ogni specifico giudizio, l'opzione ordinamentale va nel senso della separazione dei processi (e, dunque, degli accertamenti, oltretutto delle decisioni), è logico supporre che una stessa

²³⁰ In argomento, I. ABRUSCI, *Interferenze probatorie tra processo penale e giudizio di impugnazione dei licenziamenti*, in AA.VV., *Processo penale e processo civile. Interferenze e questioni irrisolte*, a cura di L. Luparia-L. Marafioti-L. Paolozzi, Torino, 2020, 97 ss.

²³¹ Sul tema della pregiudizialità e sui possibili modelli di disciplina processuale della c.d. questione pregiudiziale, si veda, per tutti, G.M. BACCARI, *La cognizione e la competenza del giudice*, cit., 1 ss., cui si rinvia anche per la cospicua serie di riferimenti bibliografici sul punto. Cfr. inoltre, con riferimento alle occasioni di instaurazione di interrelazioni tra giudizi penali diversi, S. ASTARITA, *Circolazione della prova e delle sentenze nei processi di criminalità organizzata*, in AA.VV., *Il «doppio binario» nell'accertamento dei fatti di mafia*, a cura di A. Bargi, Torino, 2013, 810-811: «Può accadere [...] che identico sia, in disparate sedi processuali, il fatto naturalistico o giuridico che si intende provare, fermo restando il limite insuperabile rappresentato dal divieto di procedere *in idem* previsto dall'art. 649 c.p.p. Sovente, altresì, è identica la fonte di prova alla quale attingere, con la conseguenza che il dato probatorio già assunto in un dibattito appare in grado di esplicitare la propria efficacia dimostrativa anche in un processo "diverso", con il quale quello precedente presenta un punto di collegamento sotto il profilo probatorio».

fonte o un medesimo elemento probatorio possano acquisire peso epistemologico anche in ambiti diversi dalla propria sede genetica²³².

Questa impostazione, prediletta dal nostro legislatore, favorisce l'indipendenza dei giudici sul piano accertativo-probatorio: in un certo qual senso, risulta consentanea alla preferenza per l'autonomia decisoria che, sin dagli anni Settanta del secolo scorso e, poi, con l'adozione del nuovo codice di rito penale, aveva finito con l'alleggerire le ipotesi nelle quali il *decisum* irrevocabile del giudice penale avrebbe potuto vincolare successivi giudizi di natura civile, amministrativa *etc.* Simile approccio, se inteso in modo rigoroso, dovrebbe indurre altresì a ritenere *preclusa* la via dell'interscambio probatorio tra vicende processuali diverse, a prescindere dalla rilevanza che un certo elemento istruttorio pre-formato altrove possa avere in una distinta sede. Ciò avrebbe anche l'effetto di assicurare che la formazione della prova avvenga nel rispetto delle metodologie privilegiate dal legislatore anche a livello costituzionale, di contestualizzare il risultato probatorio rispetto alle specifiche esigenze del procedimento in cui è ottenuto e di garantire, al contempo, i diritti dei protagonisti della vicenda processuale di partecipare al fenomeno conoscitivo e di apportarvi il proprio contributo dialettico.

Eppure, sembra quasi paradossale, ma è proprio la scelta garantista che privilegia la strutturale autonomia dei processi, quand'anche interconnessi, ad offrire uno *stimolo* all'innescio di «movimenti incrociati di elementi conoscitivi»²³³. Le descritte aspirazioni epistemiche, che fanno girare gli ingranaggi del processo, premono affinché la funzione

²³² L. KALB, *Il documento nel sistema probatorio*, cit., 58; nello stesso senso I. CALAMANDREI, *La prova documentale*, Padova, 1995, 92; M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, Bologna, 1989, 176; R. ORLANDI, *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale*, cit., 4; N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., 2, nonché 248 ss., per le ipotesi di interferenza tra giudizi di natura diversa generate dalla «sussistenza di un *nesso fattuale* tra gli oggetti dei rispettivi processi»: l'Autrice non manca di evidenziare come, a ben vedere, non occorre nemmeno che la vicenda storica, da cui scaturisce la connessione per fatto che può essere rilevante ai fini della traslazione di materiale istruttorio, integri un illecito in ciascuna sede giudiziale in cui tale fatto assume rilevanza. Con specifico riferimento ai rapporti intercorrenti tra processo civile e penale, Rombi chiarisce, difatti, che i due riti «possono essere connessi per fatto quando un medesimo evento storico è rilevante contemporaneamente per la sussistenza e del diritto soggettivo e del reato [...] anche se il fatto comune integra un illecito civile e non anche penale o viceversa». C. DE ANGELIS, *Processo civile e processo penale*, cit., 8 ss.: l'Autore opera una interessante suddivisione tra ipotesi di interferenze definite sostanziali (concernenti, in breve, i casi di pregiudizialità in senso logico, in cui certi effetti giuridici da accertarsi o prodursi in un giudizio penale o civile dipendono dal realizzarsi di una fattispecie nei cui elementi costitutivi sia compreso un effetto di una fattispecie di natura, rispettivamente, civile o penale) ed ipotesi di natura processuale, fondate sulla *ricezione di regole processuali* tipiche del giudizio di natura diversa. I 'trapianti' probatori rientrerebbero in questa seconda categoria di interazione processuale: non può, comunque, sfuggire che anche DE ANGELIS, *ivi*, 24, consideri la circolazione di attività istruttorie come conseguenza del contestuale rilievo dei *medesimi fatti* nella sede genetica della prova ed in quella di destinazione.

²³³ R. ORLANDI, *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale*, cit., 8.

informativa dei giudizi sia assicurata anche mediante la veicolazione di conoscenze di genesi e provenienza esterne. Per quanto autonomi, i processi non sono universi autosufficienti²³⁴.

Tuttavia, per evitare di incappare nelle già richiamate debolezze concettuali che rendono inidonea la teorica del *total evidence principle*, la trasmigrazione interprocedimentale di dati probatori non può trovare legittimazione in mere motivazioni logiche e pragmatiche, radicate sulla praticabilità strettamente materiale del trasferimento di evidenze allogene da una sede all'altra. Occorre rinvenirne un fondamento che, quantomeno, si impervi sui principi generali che regolano la materia.

Per quanto concerne l'inquadramento del fenomeno circolatorio inerente ad una pluralità di processi di natura non coincidente, un punto d'osservazione proficuo, a partire dal quale ricostruirne la *ratio* sistematica, è quello che considera tale marchingegno come una speciale *dinamica delle relazioni intergiurisdizionali*. Nella prassi, infatti, non è affatto raro che processi che si svolgono in circuiti giudiziari differenti si trovino a 'comunicare' tra loro per mezzo dell'osmosi probatoria, sebbene le regole procedurali e in particolare quelle sulla formazione del compendio istruttorio valessero in ciascuno di essi non collimino per molteplici aspetti. In un contesto di auspicata autonomia di giudizi, pertanto, parrebbe che *le giurisdizioni* dialoghino mediante le prove.

In genere, l'impalcatura concettuale di riferimento della dottrina e giurisprudenza tradizionali, sul presupposto che con il codice di rito penale del 1988 sia stato ormai abbandonato il dogma dell'unità della giurisdizione con preminenza e pregiudizialità di quella penale sulle altre, si rapporta al tema *de quo* facendo leva sui canoni della c.d. *separazione ed originarietà delle giurisdizioni*. Se, tuttavia, si sposa *sic et simpliciter* tale posizione, non risulta così agevole illuminare in modo adeguato le ragioni profonde di un fenomeno connettivo del tipo da noi considerato²³⁵.

²³⁴ N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., 2.

²³⁵ F. FALATO, *Giudicato assolutorio penale e processo civile di danno. Studio sulla preclusione processuale*, Napoli, 2012, 21 ss., propone una puntuale disamina – cui in questa sede non si può che rinviare – dell'itinerario esegetico che ha visto la netta contrapposizione di coloro i quali propendono per la ricostruzione del sistema in termini di *unità della giurisdizione* a coloro i quali, per converso, a tale prospettiva oppongono lo schema della *separazione dei giudizi*, come se le due prospettive fossero tra loro reciprocamente escludenti. Viceversa, come si cercherà di dimostrare nel testo, ciò che sembrerebbe determinare il contrasto tra le due posizioni è la sovrapposizione tra piani tra loro non omologabili né coincidenti, ossia quello della giurisdizione e quello della regolamentazione dei sistemi di giudizio. Ai fini che qui ci proponiamo, e nell'ottica di un riordino concettuale della complessa materia – senz'altro parziale e, forse, superficiale, per ovvie ragioni di sintesi che ci vincolano –

A nostro modo di vedere, un significativo apporto ermeneutico proviene, piuttosto, da talune recenti elaborazioni dottrinali, che hanno analizzato e riletto il concetto di ‘giurisdizione’ in chiave moderna e costituzionalmente orientata. L’indirizzo esegetico qui richiamato ha preso le mosse dall’inquadramento della «*situazione giurisdizione*» quale *dato valoriale* cui riferirsi nella susseguente disamina del reticolato di disposizioni rivolte alla definizione dei rapporti tra *materie* della giurisdizione²³⁶. Senza ripercorrere nel dettaglio l’itinerario esegetico tracciato dal suddetto filone dottrinale, ciò che, di quella elaborazione, ai nostri fini può rappresentare un utile apporto alla posa di fondamenta solide, per giustificare interrelazioni tra esperienze giudiziali talora profondamente divergenti, è l’idea centrale in virtù della quale l’affermazione dell’autonomia dei giudizi non implica altresì la dicotomia tra le giurisdizioni²³⁷. Il fatto che, sul piano funzionale dei modi in cui si *esercita/manifesta* la giurisdizione, il legislatore del codice Vassalli – e, di lì, il sistema in generale²³⁸ – abbia adottato un tendenziale *favor separationis*, che predilige che ciascun *thema decidendum* trovi definizione nell’alveo della propria specifica vicenda giudiziale, che, con precipuo riferimento ai rapporti tra giudizio penale ed azione civile di danno, aspira a scoraggiare l’asserito danneggiato dal coltivare le proprie istanze dinanzi al giudice della responsabilità penale e che, con l’art. 654 c.p.p., sancisce a chiare lettere l’apparente incomunicabilità tra sistemi processuali e probatori, non comporta né discende dalla

occorre superare l’idea della consequenzialità tra le due situazioni suddette, offrendone una sistematizzazione di tipo funzionale e teleologico, che consenta di concepire come possibile la contestuale affermazione dell’unitarietà della giurisdizione e dell’autonomia delle vicende giudiziarie.

²³⁶ F. FALATO, *Giudicato assolutorio penale e processo civile di danno*, cit., 19 ss. Con riferimento al tema della circolazione di atti tra giudizi diversi, esprime un’opinione consentanea a quella appena richiamata anche L. QUERZOLA, *L’efficacia dell’attività processuale*, cit., 41, la quale ha individuato una vera e propria relazione biunivoca che intercorrerebbe tra la consistenza assegnata alla nozione di giurisdizione ed i margini, l’intensità e l’ampiezza riconosciuti al fenomeno della tras migrazione di attività probatoria tra processi.

²³⁷ Nel caso *de quo* l’Autrice, alle cui elaborazioni ci appoggiamo (F. FALATO, *Giudicato assolutorio penale e processo civile di danno*, cit.), fa esplicito riferimento a giudizi penali e civili, ma a nostro modo di vedere è possibile estendere la valenza della riflessione anche agli altri tipi di esperienza processuale previsti nell’ordinamento, per le ragioni che esporremo sinteticamente *infra* (confortati dalla illuminante trattazione che, a fini diversi, ma con un sentire che si attaglia con precisione a quanto stiamo esaminando, hanno svolto P. BIAVATI-D. CAVALLINI-R. ORLANDI, *Assetti della giustizia civile e penale in Italia*, Bologna, 2016, *passim*).

²³⁸ In coerenza con l’opzione, di marca accusatoria, della *tendenziale* separatezza dei giudizi esercitata dal codificatore del 1988, si colloca anche, *inter alia*, la riforma dei rapporti intercorrenti tra processo penale e processo tributario attuata col d.lgs. n. 74 del 2000, il cui art. 20, in comb. disp. con l’art. 654 c.p.p., vorrebbe regolare in termini di reciproca autonomia le relazioni di interferenza tra contenzioso giudiziario penale e procedimento/processo tributario inerenti alla commissione di reati in materia di imposte sui redditi e di imposta sul valore aggiunto. Sul tema, *ex plurimis*, D. GUIDI, *I rapporti tra processo penale e processo tributario ad oltre dieci anni di distanza dal d.lgs. n. 74 del 2000*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 11, 1384 ss., cui si rinvia anche per i riferimenti bibliografici; nella prospettiva della circolazione dei compendi istruttori, sul punto cfr. anche L. QUERZOLA, *L’efficacia dell’attività processuale in altri giudizi*, cit., 53 ss.

negazione del dato ontologico di unità della giurisdizione quale panorama in cui tali scelte funzionali si collocano.

Occorre, piuttosto, prendere le mosse da una rilettura della giurisdizione, non più tanto quale manifestazione dell'autoritario potere statale, quanto in termini di «fenomeno organizzativo della società», come «affermazione dell'ordinamento nel caso concreto» [...] e, quindi, come «*situazione corrispondente alla giustizia*»²³⁹. Simile ottica deriva dalla costruzione costituzionale delle norme sulla giurisdizione, che si radica nel solco tracciato, tra gli altri, dagli artt. 101, 102, 111, 24 e 25, ma anche 2 e 3 della Carta fondamentale. Da tali appigli normativi si desume l'opzione dei costituenti per un sistema che valorizzi appieno la garanzia di accesso al giudice e che delinei, pertanto, la giurisdizione come *diritto*, come pieno riconoscimento della titolarità di una legittima aspettativa di pronta ed efficace tutela di *ogni* posizione giuridicamente rilevante²⁴⁰.

Significativo rilievo va riconosciuto, in particolare, al principio di *legalità*, che costituisce presupposto decisivo e scaturigine del valore unitario della giurisdizione.

Esso indossa, innanzitutto, le vesti della garanzia dell'indipendenza di giudizio di tutti quanti gli organi che amministrano la giurisdizione: la soggezione del giudice alla sola legge (art. 101, comma 2, Cost.), che non ha solo il sapore di un baluardo 'politico',

²³⁹ F. FALATO, *Giudicato assolutorio penale e processo civile di danno*, cit., 32; S. SATTA, *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, 218. Nei medesimi termini, L. QUERZOLA, *L'efficacia dell'attività processuale in un diverso giudizio*, cit., 43: «la giurisdizione non è più la sfera di potere attribuita ai giudici nei rapporti coi giudici di ordine diverso ma un *sistema unitario*, formato da una pluralità di giudici, *avente la funzione di assicurare la tutela, attraverso il giudizio, dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi*» (corsivo nostro). La stessa A., *ivi*, 211, pone in risalto la «mutata percezione della giurisdizione non più come sovranità bensì *come servizio*», il che determina l'espandersi di normali, regolari relazioni di apertura e dialogo tra plessi giurisdizionali.

²⁴⁰ G.F. RICCI, *Principi di diritto processuale generale*, cit., 159 ss., il quale, esaminando il tema dell'attuazione del diritto costituzionale di azione e difesa, osserva che «*non si pongono distinzioni o limiti di sorta in riferimento ai vari settori in cui la giurisdizione si esplica*» (corsivo nostro). In termini, A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 192 ss.; L. QUERZOLA, *L'efficacia dell'attività processuale in un diverso giudizio*, cit., 50, in partic. nt. 30 ove l'A. rinvia a A. PAJNO, *Il codice del processo amministrativo tra 'cambio di paradigma' e paura della tutela*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 9, 886, il quale lega l'unitarietà della tutela giurisdizionale al fondamento offerto dall'art. 24 Cost.; G. UBERTIS, voce *Giusto processo (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Annali II-1, Milano, 2008, 424-425.

In questo senso Falato (*Giudicato assolutorio penale e processo civile di danno*, cit., 33) perviene ad affermare che l'esistenza del giudice amministrativo quale giudice *speciale* (art. 103 Cost.), rispetto al predetto principio di unità della giurisdizione quale diritto di accesso al sistema giustizia derivante dall'art. 24 Cost., non ne costituisca un'eccezione, quanto piuttosto una peculiare attuazione, espressa in termini di *riserva* della tutela in ragione ed in funzione dell'essenza della posizione giuridica soggettiva coinvolta.

Con riguardo ai rapporti intercorrenti tra ordine giurisdizionale civile e ordine giurisdizionale amministrativo, L. QUERZOLA, *L'efficacia dell'attività processuale in un diverso giudizio*, cit., 48, ripercorrendo l'*iter* costituzionale e legislativo che ha condotto alla espressa previsione dell'istituto della *translatio iudicii*, perviene ad affermare che sarebbe proprio dalla codificazione di tale strumento di dialogo tra processi, che li ha resi senz'altro più 'porosi', che si può desumere in termini persuasivi il principio della *tendenziale* unità della giurisdizione.

assegna a *tutti* i giudici dell'ordinamento, senza distinzione, un unico terminale di riferimento – la legge, appunto – per l'esercizio della funzione che assicura il predetto diritto di accesso alla decisione giusta²⁴¹. Ciascun giudice si muove – e non può che muoversi – entro i confini della dimensione legale, ma, stante il tenore della disposizione costituzionale di riferimento, non è chiamato a confrontarsi con un solo settore di tale sistema, avendo per converso il potere di conoscere «la legge» cui è soggetto in tutta la sua estensione.

In secondo luogo, il principio di legalità rappresenta l'orizzonte di riferimento per la stessa strutturazione del sistema entro cui si attualizza la giurisdizione nella sua unità, come proclamato a chiare lettere dal primo comma dell'art. 111 Cost., che, come prima cosa, assegna alla legge la regolamentazione del «giusto processo», senza ulteriore delimitazione dell'ambito di riferimento²⁴².

Si tratta, a ben vedere, di una prospettiva che – quantomeno con riferimento alla giustizia civile e penale – poteva già implicitamente ma molto univocamente evincersi dall'art. 1 ord. giud., come anche dall'art. 1 c.p.p. e dall'art. 1 c.p.c.: anche le norme *de quibus* non tracciano alcuna distinzione tra giudici, assoggettati, pertanto, solo alla legge nel momento in cui sono chiamati a far uso del potere giurisdizionale di tutela delle situazioni giuridiche soggettive sottoposte al loro vaglio.

In definitiva, l'affidamento della legalità al giudice impone una rappresentazione della *giurisdizione* in termini di *valore unitario*, a prescindere e al di là delle forme nelle quali ciò si attualizza e della 'porzione' dell'ordinamento alla cui tutela viene deputato ciascun ordine di giudici²⁴³.

In questo contesto, senza alcuna fibrillazione concettuale, si può concepire la contestuale affermazione dell'*autonomia* degli ordini giurisdizionali da ultimo

²⁴¹ In questi stessi termini G.F. RICCI, *Principi di diritto processuale generale*, cit., 26.

²⁴² Che nelle pieghe del dettato dell'art. 111 Cost. possa essere rinvenuto un implicito avallo della unitarietà del sistema giurisdizionale sembra condiviso anche da F.M. IACOVIELLO, *Giusto processo? Alcune domande...*, in *Cass. pen.*, 2003, 5, 1458: «la formula che cercavamo è lì, scolpita nel 111. *E vale sia per il processo penale sia per il processo civile* [così come per quello amministrativo, quello tributario, il procedimento giurisdizionale di prevenzione: n.d.A.]. [...] I nostri (recenti) Padri costituenti hanno trovato la *teoria unificata del processo*» (corsivo nostro); in termini, N. GALANTINI, *Giusto processo e garanzia costituzionale del contraddittorio nella formazione della prova*, in *Dir. pen. cont. web*, 7 settembre 2011, 2, osserva che «l'art. 111 Cost. viene a rappresentare il giusto processo nel ruolo di *condizione di legittimità della funzione giurisdizionale*».

²⁴³ G. RICCIO, *Relazione al Convegno sul tema La tutela del minore nel sistema pluralistico delle fonti*, Santa Maria Capua Vetere, 17 maggio 2012, citato da F. FALATO, *Giudicato assolutorio penale e processo civile di danno*, cit., 35.

menzionati, o – *rectius* – dei giudizi da essi amministrati, che non sono altro che *modalità* con cui la giurisdizione viene esercitata. Ciò appare dipendere dal fatto che la ‘frammentazione’ che tiene separati tra loro i differenti tipi di processo attiene ad un livello che non è strutturale, bensì *funzionale*. I *moda* di estrinsecazione del potere giurisdizionale – comprensivi tanto delle norme di organizzazione quanto degli strumenti approntati per ciascuna esperienza giudiziale – sono, difatti, intrinsecamente dipendenti dall’oggetto cui tale potere è chiamato ad offrire tutela, venendo definiti dal legislatore in funzione di tale auspicata protezione²⁴⁴.

La reciproca autonomia dei processi si colloca, pertanto, sul piano della *cognizione* e non su quello della giurisdizione: com’è stato asserito in dottrina, essa rappresenta una questione di ‘deontologia’, dacché sia stato definito il bene giuridico di volta in volta inciso²⁴⁵.

Si spiega così, da un canto, la frequente (anzi, normale) eventualità che, in casi di interdipendenza e nessi funzionali tra fenomeni e situazioni fattuali giuridicamente rilevanti in più ordini giurisdizionali, i criteri di acquisizione del sapere giudiziale e di elaborazione del *decisum* siano differenti e reciprocamente autonomi, con conseguente indipendenza e possibile contraddittorietà di giudicati. Senza alcuna negazione dell’unitaria essenza dell’esperienza giurisdizionale.

D’altro canto, l’affermata essenza unitaria della giurisdizione, senza trasmodare in un semplicistico e fuorviante panprocessualismo, permette a date condizioni prescritte in via normativa di valorizzare proprio l’interdipendenza logico-giuridica tra situazioni giuridiche oggetto di differenti accertamenti per istituire connessioni intersistemiche tra autonome vicende processuali, quantunque si mantenga integra la pretesa di autonomia della singola esperienza del giudicare²⁴⁶.

²⁴⁴ L. QUERZOLA, *L’efficacia dell’attività processuale in un diverso giudizio*, cit., 48 evidenzia l’emersione nell’ordinamento di un «principio di uguaglianza fra giurisdizioni, di equiparazione dei sistemi giurisdizionali fra loro (*mutatis mutandis* naturalmente, in dipendenza della diversità di norme processuali applicabili [...])». La stessa Autrice, *op. ult. cit.*, 76, riflettendo sulla circostanza storica del tendenziale disinteresse mostrato sino a tempi abbastanza recenti dal legislatore per l’uniformità dei modelli processuali declinati in ciascun settore della giurisdizione, osserva che la ragione principale di un simile approccio sembrerebbe rinvenibile nel fatto, ulteriore rispetto alla differente consistenza di *oggetto* e *finalità* di ciascun processo, che «le diverse giurisdizioni erano concepite come *non destinate a comunicare* fra loro, ciò che consentiva di poter adottare *riti processuali anche profondamente diversi* allorché si andava a regolare il processo civile, quello penale, quello amministrativo, il rito tributario, e via di questo passo» (corsivo nostro).

In termini, cfr. altresì G.F. RICCI, *Principi di diritto processuale generale*, cit., 12 ss., in partic. 16 ss.

²⁴⁵ F. FALATO, *Giudicato assolutorio penale e processo civile di danno*, cit., 36 ss.

²⁴⁶ Secondo L. QUERZOLA, *L’efficacia dell’attività processuale in un diverso giudizio*, cit., 48, il principio di

Ebbene, se si condivide quanto osservato sin qui, si dovrebbero apprezzare compiutamente le ragioni valoriali, funzionali e strutturali in funzione delle quali l'ordinamento concepisce la possibilità di attivare canali di comunicazione e di gettare ponti tra autonome e separate vicende giudiziarie che, sulla carta, sarebbero isole non comunicanti²⁴⁷.

L'istituto della circolazione probatoria si inserisce, così, a pieno titolo nel sistema.

In via di primissima approssimazione, l'ammissione, in capo al giudice di un dato processo, di un potere di acquisizione e conseguente valutazione di elementi istruttori di formazione aliena, la cui genesi è stata dunque concepita secondo *moda* giudiziali non sovrapponibili a quelli della sede di destinazione, sembra potersi affermare perché, a prescindere dai rispettivi ordini giurisdizionali, il giudicante *ad quem* è depositario della funzione di assicurare il diritto del cittadino all'accesso alla giustizia e del potere di scandaglio della legge dell'ordinamento nella sua interezza. La spendita di siffatta facoltà, tuttavia, non può e non deve assolutamente prescindere dalla considerazione delle strutturali divergenze nelle modalità di attuazione della giurisdizione che, in

unità della giurisdizione rappresenta una cornice nella quale si inserisce la divisione dei vari ordini di giudici in sistemi diversi e autonomi, in funzione della opportunità di assicurare una più approfondita ed opportuna tutela in ragione della specializzazione di ciascun giudice. Una riflessione di simile tenore ben si colloca nel quadro concettuale da noi tratteggiato, posto che la predetta specializzazione giudiziale non può che discendere dall'investitura del giudice di ciascun ordine dei poteri e degli strumenti approntati dal legislatore per ciascuna forma di manifestazione della giurisdizione in funzione della natura del bene giuridico oggetto di cognizione e sindacato giudiziale.

²⁴⁷ In questi termini P. BIAVATI-D. CAVALLINI-R. ORLANDI, *Assetti della giustizia civile e penale in Italia*, cit., 135, sebbene gli Autori facciano riferimento alla definizione dello strumento della *translatio iudicii* che ha trovato regolamentazione, a seguito di una favorevole evoluzione pretoria (Cass. civ., Sez. un., 22 febbraio 2007, n. 4109, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 6, 1591; Corte cost., 12 marzo 2007, n. 77, in *Foro it.*, 2007, 4, I, 1009), nell'art. 59 della legge n. 69 del 2009, poi versato nel Codice del processo amministrativo all'art. 11. Sul tema, M.C. VANZ, *Il funambolico confine tra giurisdizioni: piccole note sull'art. 59, L. n. 69 del 2009*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2010, 1, 11 ss., la quale evidenzia significativamente come, addirittura, l'istituto *de quo* abbia consentito di travalicare i confini della mutua incomunicabilità tra ordini giurisdizionali permettendo la traslazione dell'intero processo da un plesso giudiziale all'altro. Ciò ha senz'altro provocato la necessità di avvicinati e convergenze dei riti processuali coinvolti dall'operatività del marcheggino così costruito (in questo stesso senso, L. QUERZOLA, *L'efficacia dell'attività processuale in un diverso giudizio*, cit., 49). Non può tuttavia essere trascurato il piglio critico con il quale l'Autrice affronta l'esegesi della normativa che ha ratificato per la prima volta la possibilità di far migrare nella sede corretta il rapporto processuale instaurato innanzi al giudice sfornito di potere di *ius dicere* sulla regiudicanda. Per quanto qui rileva, il riferimento è alla censura che l'A. muove verso la sibillina formulazione della norma in esame nella parte in cui disciplina il trattamento da riservarsi, una volta traslata la domanda dinanzi al giudice *ad quem*, al materiale istruttorio eventualmente acquisito nel rito *a quo*. Il silenzio normativo sulla sorte del materiale istruttorio *aliunde* proveniente acquisce, secondo Vanz, le difficoltà operative di un istituto di traslazione processuale, nella misura in cui, seppur agevolati dal fatto che si tratti di rapporto processuale instaurato tra le stesse parti (e non ponendo, perciò, problemi sul fronte della tutela del contraddittorio), ci si debba confrontare con l'eterogeneità delle regole che informano l'istruttoria nei diversi riti chiamati in causa dalla *translatio*. Sul tema di tornerà nel prosieguo. Per quanto qui rileva, vale la pena notare il peso decisivo che assume, nella definizione delle vie di passaggio tra rami della giurisdizione, la necessità di conciliare l'aspirazione all'uniformità rituale (a maggior garanzia delle istanze delle parti, nonché dell'efficienza complessiva del sistema) con l'esigenza, altrettanto sentita, di preservare l'identità strutturale di ciascun tipo processuale (che si rispecchia in gran parte nelle peculiari peculiarità del diritto delle prove).

ipotesi, sussistono tra vicenda giudiziale nella quale la prova ha avuto origine e quella che di tale elemento intende approvvigionarsi (come sembra desumersi in modo limpido da norme del tenore degli artt. 654 c.p.p. e 427, comma 2, c.p.c.). La tutela dell'individualità strutturale delle plurime esperienze processuali passa per l'apposizione di filtri e condizioni al trasferimento interprocessuale di dati di natura istruttoria, anche a garanzia di quelle prerogative che la Carta costituzionale – in uno con le specifiche esigenze espresse dai singoli tipi giudiziari – pretende siano assicurate in quanto diritti delle parti, in specie per quanto concerne la formazione del materiale conoscitivo che reggerà l'adozione della decisione.

In definitiva, il quadro concettuale tratteggiato sin qui evidenzia come, sul piano delle reciproche interferenze probatorie interordinamentali coinvolgenti processi/procedimenti di specie differente, sia decisamente delicato l'equilibrio tra contrapposti principi ed esigenze funzionali che vorrebbero giustificare o, per converso, escludere l'operatività dei canali circolatori di attività istruttoria.

a. *(Segue) Ratio ed origini della circolazione probatoria tra processi penali*

Il complesso delle ragioni giustificative dei fenomeni di osmosi probatoria intergiurisdizionale che abbiamo rintracciato nelle pieghe dell'ordinamento, in specie costituzionale, senz'altro si riflette e trova un puntuale *alter ego* nella disciplina che il codice di rito Vassalli ha dedicato espressamente alla circolazione di attività istruttoria. Nell'inquadrare il fenomeno circolatorio penale e la sua regolamentazione nel sistema specifico nel quale si collocano, sono, però, opportune alcune ulteriori precisazioni, concernenti le decisive ragioni funzionali, storiche, operative della predisposizione *per tabulas* della disciplina dell'interscambio probatorio che interessa i processi penali.

Come visto, un forte stimolo al potenziamento dei canali interprocessuali di afflusso del materiale probatorio pre-formato è rappresentato, in genere, dalla nuova sensibilità rispetto al rapporto tra Stato e funzione giurisdizionale sviluppata dopo la caduta del regime fascista. Tale rinnovato sentire ha determinato l'abbandono della concezione autoritaria che, per le ragioni già viste e che qui non è necessario ripercorrere, poneva il processo penale al vertice di una ideale gerarchia dei giudizi, soggetti all'autorità di giudicato del *decisum* sull'imputazione, così da assicurare l'unità dell'ordinamento

quale conseguenza della imposta coerenza tra le pronunce emesse da giudici diversi²⁴⁸. L'accantonamento del dogma del processo espressione della Ration di Stato di età fascista, coronato con la riforma del sistema processuale penale nel 1988, oltre ad aver consentito di valorizzare l'autonomia dei giudizi radicati in rami separati della giurisdizione (con le eccezioni che, per disparate ragioni, sono state comunque mantenute: es., art. 651 ss. c.p.p.), ha avuto specifiche ricadute nella strutturazione dei rapporti intercorrenti tra processi penali.

Come chiarito in dottrina, i codificatori, optando per un rito prevalentemente accusatorio, hanno disegnato un modello improntato con decisione al *favor separationis*. Al fondo di tale scelta si collocano convergenti ragioni di tutela dei diritti della difesa ampiamente intesi e di perseguimento di speditezza ed efficienza della macchina processuale penale. Si volevano evitare le storture funzionali che, specialmente nel periodo emergenziale di lotta alla criminalità organizzata di stampo terroristico, ma anche comune, degli anni Ottanta del secolo scorso, avevano provocato l'elefantiasi dei processi cumulativi, divenuti 'gigantesche mostruosità', forse idonee sul piano psicologico ad acquietare l'ansia sociale dinanzi al dilagante fenomeno criminale, ma del tutto inadeguate sul piano dell'efficacia della risposta giudiziaria²⁴⁹. Ragion per cui il codice Vassalli ha operato drastiche scelte in tema di connessione tra procedimenti²⁵⁰, senza però rinunciare del tutto ad offrire strumenti per rendere efficace

²⁴⁸ N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., 7.

²⁴⁹ Per una disamina delle principali cause e delle più significative deformazioni tecnico-giuridiche dei c.d. 'maxiprocessi', si rinvia a L. MARAFIOTI-G. FIORELLI-M. PITTIRUTI, *Maxiprocessi e processo "giusto"*, in AA.VV., *Il "doppio binario" nell'accertamento dei fatti di mafia*, a cura di A. Bargi, Torino, 2013, 653 ss.; G.M. BACCARI, *La cognizione e la competenza del giudice*, cit., 272.

²⁵⁰ G.M. BACCARI, *La cognizione e la competenza del giudice*, cit., 267 ss., il quale chiarisce come, nel vigore del codice di rito penale abrogato, la connessione veniva concepita quale criterio derogatorio della competenza individuata in via originaria, la cui operatività, per giunta, dipendeva direttamente dalla possibilità di disporre l'unificazione dei procedimenti. Peraltro, la dottrina del tempo faceva rilevare come la valutazione sul ricorrere delle ipotesi di connessione, in specie quella 'probatoria', era rimessa alla discrezionalità dell'autorità procedente, date l'elasticità e la genericità dei criteri sanciti dall'art. 45 c.p.p. 1930, il quale individuava la connessione di procedimenti in una vasta gamma di situazioni coinvolgenti pluralità di persone o pluralità di imputazioni ma anche ipotesi di vincoli meramente occasionali. Le scelte del legislatore del codice Vassalli, per reazione ai guasti della normativa inerente ai casi di connessione appena sintetizzati, sono andate in una direzione diversa. Innanzitutto, si è concepita la connessione quale criterio di attribuzione di competenza, alla stessa stregua di quelli di materia e territorio, e non più come deroga a questi ultimi; in secondo luogo, è stato slegato il profilo della competenza individuata in virtù di elementi comuni esplicitanti efficacia connettiva dal profilo della trattazione cumulativa, affidata a criteri specifici di regolazione dei casi di riunione e separazione dei procedimenti; infine, i casi di connessione sono stati ridotti ed enunciati in termini più stringenti. Sul tema, si vedano altresì le riflessioni proposte da M. BARGIS, *Il regime della connessione, riunione e separazione dei processi*, in AA.VV., *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, a cura di R. Kostoris, Torino, 2002, 137 ss.; L. MARAFIOTI-G. FIORELLI-M. PITTIRUTI, *Maxiprocessi e processo "giusto"*, in AA.VV., *Il "doppio binario" nell'accertamento dei fatti di mafia*, a cura di A. Bargi, Torino, 2013, 672 ss.

la persecuzione di quelle «forme di criminalità capillare», di devianza collettiva che comunque palesavano l'inidoneità della «aspirazione a una autosufficienza dei giudizi» troppo radicale²⁵¹. Sono stati quindi previsti i criteri di individuazione della competenza per connessione secondo quanto sancito dall'art. 12 c.p.p., la cui attuale formulazione si deve alla riforma di attuazione del giusto processo operata ormai più di un ventennio fa²⁵².

²⁵¹ N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., 7, nonché *amplius* 14 ss.

Tra gli istituti volti a porre rimedio alla inevitabile «polverizzazione» dei procedimenti conseguente alla rimodulazione delle ipotesi di connessione e consentire l'efficace perseguimento dei fenomeni criminali più complessi, si annovera il c.d. collegamento investigativo, disciplinato dall'art. 371 c.p.p. Sul punto, G.M. BACCARI, *La cognizione e la competenza del giudice*, cit., 275 ss.; L. KALB, *Il documento nel sistema probatorio*, cit., 115 ss., in partic. 118, ove l'Autore così descrive lo scopo per il quale è previsto il meccanismo di collegamento ex art. 371 c.p.p.: «le interrelazioni – dovute a collegamenti di natura probatoria o a situazioni procedurali suscettibili di dar luogo ad imputazioni connesse – tra le indagini autonomamente condotte da diversi uffici dell'accusa giustificano l'attuazione di un coordinamento tra gli stessi al fine di assicurare «la speditezza, economia ed efficacia delle indagini medesime»» (citando A.A. DALIA, *Il problema del coordinamento, dei collegamenti e dei controlli*, in AA.VV., *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, a cura di A. Gaito, Napoli, 1991, 81 ss.). Tale occasione di coordinamento in fase d'indagini offre il destro alla eventualità che la documentazione degli atti d'indagine compiuti in un procedimento sia acquisita in un altro (secondo i principi e con i limiti di utilizzabilità descritti da N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., 31 ss., in specie 57 ss.) o, addirittura, alla possibilità di compimento congiunto di uno stesso atto investigativo da parte di più organi dell'accusa titolari di indagini collegate (secondo lo schema dell'atto collegiale, quale marchingegno preventivo per evitare di dover poi attivare canali di interscambio probatorio, con i delicati problemi applicativi che essi comportano; in termini, H. BELLUTA, *Prova (circolazione della)*, cit., 954; N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., 43).

Inoltre, come vedremo a breve, anche il potenziamento del canale di migrazione probatoria tra processi rappresentava un elemento su cui far perno per sopperire alle difficoltà accertative che, di necessità, insorgevano dall'accentuazione dei casi di trattazione separata dei giudizi. In questi termini, L. MARAFIOTI-G. FIORELLI-M. PITTIRUTI, *Maxiprocessi e processo "giusto"*, in AA.VV., *Il "doppio binario" nell'accertamento dei fatti di mafia*, a cura di A. Bargi, Torino, 2013, 674 ss., in specie 678; L. KALB, *Il documento nel sistema probatorio*, cit., 120; S. ASTARITA, *Circolazione della prova e delle sentenze*, cit., 811.

²⁵² L'art. 12 c.p.p. contempla tre macro-criteri di attribuzione della competenza per connessione (rilevanti, vale la pena evidenziarlo, anche ad altri fini, tra i quali la definizione dei casi di incompatibilità a testimoniare e, correlativamente, la classificazione dei dichiaranti 'interessati' – imputati connessi, collegati, testimoni assistiti, testimoni 'garantiti' etc – a seconda del tipo di nesso sussistente tra il fatto oggetto di prova e quello ascritto a questi ultimi). In particolare, la lett. a) dell'art. 12 cit. prevede che si abbia connessione nel caso di concorso di persone nel reato, di cooperazione colposa e di condotte indipendenti che abbiano cagionato il medesimo evento (c.d. 'connessione forte'); la lett. b) individua nel concorso formale di reati e nella continuazione ex art. 81 c.p. un ulteriore criterio di assegnazione della competenza per connessione; infine, la lett. c) si occupa di quella che in dottrina viene definita 'connessione debole', ossia la connessione determinata in base al criterio teleologico, il quale ricorre allorché taluni tra i reati per cui si procede taluni sono stati commessi per eseguire o occultarne altri.

Per completezza, si rammenta che la norma in questione, nella sua versione attuale, diverge in parte da quella originariamente formulata dai *conditores*, che non prevedeva l'ipotesi della continuazione alla lett. b) (inserita nel 1991) e richiedeva, per l'operatività della lett. c), che i reati teleologicamente connessi fossero addebitati alla medesima persona. Soprattutto, però, il tenore letterale dell'art. 12 c.p.p. vigente non coincide con il testo per come modificato nel periodo della lotta emergenziale contro la criminalità organizzata dei primi anni Novanta del secolo scorso. Difatti, con il d.l. 20 novembre 1991, n. 367, conv. in l. 20 gennaio 1992, n. 8, il tenore della lett. c) fu di molto ampliato, prevedendo accanto alla connessione teleologica «occasionale» ulteriori casi, del tutto coincidenti con le previgenti ipotesi di connessione «conseguenziale» contemplate dall'art. 45 c.p.p. 1930 (con esclusione della connessione meramente probatoria; L. KALB, *Il documento nel sistema probatorio*, cit., 120, nt. 12, cui si rinvia per i riferimenti alla letteratura sul tema). L'*humus* ideologico del quale si nutriva quest'ultimo intervento era il medesimo che, di lì a poco, avrebbe indotto la Consulta a 'rastremare' con decisione i limiti di utilizzabilità dibattimentale di atti provenienti da fasi precedenti (su cui si tornerà nel prosieguo), come fanno notare L. MARAFIOTI-G. FIORELLI-M. PITTIRUTI, *Maxiprocessi e processo "giusto"*, in AA.VV., *Il "doppio binario" nell'accertamento dei fatti di mafia*, a cura di A. Bargi, Torino, 2013, 682 ss. Come ben si comprende, simile novella rischiava di far di nuovo incrementare i casi di celebrazione di maxiprocessi: la dottrina maggioritaria dell'epoca aveva manifestato la propria apprensione facendo rilevare come fosse evidente

In sintonia con le ricordate finalità di riduzione dell'eventuale trattazione cumulativa di plurime regiudicande e/o plurimi imputati, si è deciso di sciogliere quella relazione biunivoca che, nel vigore del codice Rocco, legava connessione e trattazione simultanea dei giudizi. La riunione di processi *ex art. 17 c.p.p.* è concepita come discrezionale («la riunione [...] può essere disposta») e possibile solo se «non determini un ritardo nella definizione dei processi», e soprattutto rappresenta solo in via eventuale una conseguenza della connessione. Tant'è vero che vi possono essere processi cumulativi che trattino di regiudicande non connesse tra loro ai sensi dell'art. 12 c.p.p. e, viceversa, giudizi i cui *themata decidenda* presentano tratti di connessione e che si svolgano separatamente²⁵³.

Un siffatto paradigma operativo riflette con immediatezza tutta una serie di canoni essenziali che informano di sé il modello costituzionale di giustizia processuale

che «l'aumento dei casi di connessione avrebbe determinato un proliferare di processi ingestibili, a causa dell'elevato numero di regiudicande e di imputati, in controtendenza rispetto all'ispirazione originaria al ripudio» di simili problematiche situazioni (G.M. BACCARI, *La cognizione e la competenza del giudice*, cit., 277). V'è da dire che, a fronte delle aspre critiche di numerosi studiosi, la giurisprudenza, come rilevato da una certa dottrina, si è fatta in parte carico di evitare le più gravi storture sperimentate nel vigore del codice previgente, svolgendo un ruolo 'contenitivo' mediante interpretazioni restrittive dei casi di connessione, soprattutto quella occasionale, per arginare il fenomeno del 'maxicumulo' processuale oggettivo e soggettivo. Per queste ultime riflessioni, cfr. M. BARGIS, *Il regime della connessione, riunione e separazione dei processi*, cit., 142; N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., 9 ss., in partic. nt. 11. Ad ogni buon conto, a testimonianza del legame profondo che unisce l'istituto della connessione con gli snodi cruciali che definiscono l'essenza stessa del modello processuale prescelto dal legislatore, l'art. 12 c.p.p. è stato incluso tra le norme ritoccate dalla riforma (l. 1 marzo 2001, n. 63) che ha attuato i dettami del giusto processo poco prima costituzionalizzati all'art. 111 Cost. Sul punto, *ex plurimis*, diffusamente G.M. BACCARI, *Le modifiche in tema di connessione, riunione e collegamento investigativo; la disciplina a regime e quella transitoria (art. 12, 17, 371 c.p.p.)*, in AA.VV., *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova*, a cura di P. Tonini, Padova, 2001, 175 ss.; M. BARGIS, *Il regime della connessione, riunione e separazione dei processi*, cit., 143 ss.

²⁵³ G.M. BACCARI, *La cognizione e la competenza del giudice*, cit., 273 (nonché, più diffusamente, 331 ss.), il quale chiarisce che «le dinamiche processuali che possono interessare i procedimenti connessi, sul piano della riunione e della separazione, non incidono sulla individuazione dell'organo giudicante competente», pertanto «vi può essere connessione senza "simultaneus processus" e processo cumulativo senza imputazioni connesse (art. 17 comma 1 lett. c)»); M. BARGIS, *Il regime della connessione, riunione e separazione dei processi*, cit., 145. L. MARAFIOTI-G. FIORELLI-M. PITTIRUTI, *Maxiprocessi e processo "giusto"*, in AA.VV., *Il "doppio binario" nell'accertamento dei fatti di mafia*, cit., 687, osservano che l'intento che traspare dalla riforma del 2001, nella parte in cui ha ritagliato e modificato casistica e topografia degli artt. 12 e 17 c.p.p., parrebbe quello di rendere più difficile il ricorso alla riunione, escludendo che il giudice possa disporla nel caso in cui essa sia potenzialmente idonea a provocare anche un mero prolungamento dei tempi di definizione della vicenda processuale, purché – secondo l'esegesi prospettata dagli Autori – si tratti di ritardo in effetti pregiudizievole (altrimenti l'istituto non avrebbe mai applicazione, posto che qualsiasi provvedimento di riunione comporta *ex se* un sia pur minimo ritardo nella definizione del procedimento). Analogamente, M. BARGIS, *Il regime della connessione, riunione e separazione dei processi*, cit., 139; *contra*, A. BARAZZETTA, *Cresce il collegamento, la connessione perde pezzi*, in *Guida al Diritto*, 2001, 13, 36.

Vale la pena di evidenziare, *inter alia*, l'osservazione proposta da N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., 12, la quale, a dimostrazione della preferenza del codice Vassalli per la separazione, rammenta come sia stato previsto, all'art. 335 c.p.p., che vengano disposte autonome iscrizioni nel registro delle notizie di reato ogni qualvolta emergano indizi di nuovi fatti di rilievo penale a carico di un medesimo soggetto. Si tratta di profilo di speciale interesse ai nostri fini, poiché, come vedremo, le previsioni normative in punto di iscrizione nel menzionato registro esplicano un ruolo decisivo nella delimitazione della nozione di «altri procedimenti» e di «procedimenti diversi», cui fanno riferimento l'art. 238 c.p.p. e l'art. 270 c.p.p.

declinato all'art. 111 Cost.²⁵⁴. Il favore per la separazione della trattazione dei processi, sebbene connessi, costituisce strumento di implementazione della ragionevole durata (art. 111, comma 2, Cost.): è di tutta evidenza la circostanza per la quale, minore è il numero di addebiti (e, dunque, più ridotto è l'oggetto del giudizio), più risulta semplice e snella l'istruttoria necessaria per accertarli, riducendosi i tempi di approdo ad una decisione sull'accusa²⁵⁵. Inoltre, la trattazione separata delle regiodicande tutela la difesa dell'imputato sotto almeno due profili. Come evidenziato dalla più attenta dottrina, si consente una più proficua preparazione della difesa tecnica, ai sensi del secondo periodo del terzo comma dell'art. 111 Cost., in virtù del numero in genere inferiore di protocolli da consultare. Ed infine, «la riduzione dei casi di connessione è coerente con la concezione di un processo dialettico» radicato sul principio della formazione della prova in contraddittorio (art. 111, comma 4, Cost.), prova il cui portato conoscitivo-informativo risulta pertanto legato a doppio filo con il contesto genetico²⁵⁶.

Il moltiplicarsi dei processi, frutto delle strategie di politica processuale suddette, non elide – è evidente – quei nessi sostanziali che potrebbero sussistere tra le fattispecie in

²⁵⁴ M. BARGIS, *Il regime della connessione, riunione e separazione dei processi*, cit., 139, parla, in proposito, di una *ratio* composita delle modifiche in tema di connessione e trattazione congiunta o disgiunta dei processi.

²⁵⁵ In questo senso, *amplius*, L. MARAFIOTI, *Maxi-indagini e dibattito ragionevole nel nuovo processo penale*, Padova, 1990; S. ASTARITA, *Circolazione della prova e delle sentenze*, cit., 811; G.M. BACCARI, *La cognizione e la competenza del giudice*, cit., 280; M. BARGIS, *Il regime della connessione, riunione e separazione dei processi*, cit., 144 ss., la quale nota inoltre la maggior efficacia della manovra di intervento su casi di connessione e di riunione processuale rispetto all'obiettivo efficientistico, a paragone con una strategia che ritocasse (come pure era stato fatto, con l'art. 1, comma 1, d.l. 341/2000, conv. con modificazioni in l. n. 4/2001) le ipotesi di separazione ex art. 18 c.p.p.; N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., 10-11. L. MARAFIOTI-G. FIORELLI-M. PITTIRUTI, *Maxiprocessi e processo "giusto"*, in AA.VV., *Il "doppio binario" nell'accertamento dei fatti di mafia*, cit., 688 ss., ritengono tuttavia fallimentare la riforma *de qua* rispetto allo scopo di garantire maggior celerità nella conclusione dei giudizi, in ragione sia della eccessiva discrezionalità che connota il provvedimento di riunione (combinata con la scarsità dei rimedi avverso eventuali abusi), sia della fallace attesa di riduzione dei tempi di definizione dei procedimenti derivante dallo sperato utilizzo dei procedimenti speciali come canale di attivazione automatica della separazione (per ulteriori approfondimenti e riferimenti bibliografici, cfr. *ibidem*).

²⁵⁶ Le riflessioni proposte, così come la citazione tra virgolette sono tratte da G.M. BACCARI, *La cognizione e la competenza del giudice*, cit., 280. In termini, N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., 11-12.

Senza entrare nei particolari, poiché si tratta di temi che affronteremo più oltre, basti qui osservare il legame che si viene a determinare in chiave 'inossidabile' tra i profili di cui ci stiamo occupando e il connotato tipico assegnato alla prova nei sistemi di stampo accusatorio, vale a dire la 'relatività al contesto' (cfr. sul punto M. NOBILI, *Il nuovo "diritto delle prove" ed un rinnovato concetto di prova*, in *Leg. pen.*, 1989, 397; N. GALANTINI, *Inosservanza di limiti probatori e conseguenze sanzionatorie*, in AA.VV., *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di G. Uberti, Milano, 1992, 173; nonché N. ROMBI, *ibidem*, la quale esprime il concetto in termini di «contestualità tra fatto e giudizio», oltretutto riferirsi alla prova come forma di «conoscenza relativa al contesto in cui si è formata», *ivi*, 22), implicata dalla valorizzazione della diretta, costruttiva presa di contatto tra parti, giudice e fonte di prova, a scopo maieutico, e determinata altresì dalla relazione che per natura si istituisce tra *thema probandum* e *decidendum* e strategie processuali dei protagonisti del giudizio, da cui scaturisce l'elemento di prova che il giudice dovrà poi passare al setaccio del proprio libero convincimento. Il riferimento va, quindi, senza dubbio ai principi di concentrazione, oralità, immediatezza, oltre che al già menzionato canone del contraddittorio in senso 'forte' (*i.e.*, nella formazione della prova).

concreto oggetto di accertamento in ciascuna sede²⁵⁷. Così come è altrettanto chiaro che l'ordinamento, *in primis*, e gli operatori giuridici, in seconda battuta, non sono disposti a rinunciare ad una ricostruzione quanto più completa possibile dei fatti²⁵⁸. Ecco, dunque, che i canali per la trasmigrazione di prove vengono valorizzati e sfruttati, ancora una volta, come *escamotage* rimediabile per sopperire agli inconvenienti che caratterizzano quei casi di trattazione separata di procedimenti tra loro connessi o collegati anche semplicemente sotto il profilo probatorio²⁵⁹.

Una precisazione, tuttavia, s'impone. Come è stato rilevato in chiave condivisibile, senza dubbio sussiste una «naturale interdipendenza» tra ampiezza dei vincoli connettivi (*rectius*: dei casi di processo cumulativo) e previsione e sfruttamento di occasioni per il recupero di prove allogene. Le due 'grandezze' risultano, infatti, inversamente proporzionali²⁶⁰, a riprova di quanto dicevamo in apertura facendo riferimento in generale alla autonomia di processi 'connessi' per tema di prova o di decisione o per questioni di fatto pregiudiziali. Ciononostante, deve essere sottolineato come il deflusso di attività istruttoria dal processo-fonte al processo ricevente possa intervenire anche a prescindere dalla sussistenza di vincoli di sorta tra le rispettive regiudicande²⁶¹. Lo dimostra la considerazione delle disposizioni che il codice di rito penale dedica al fenomeno circolatorio, nessuna delle quali subordina l'immissione dei protocolli nel circuito d'interscambio al ricorrere delle ipotesi di connessione o collegamento investigativo.

La più o meno lasca disciplina della separazione rappresenta, quindi, solo l'occasione che stimola l'emersione del bisogno pragmatico di attingere al patrimonio conoscitivo

²⁵⁷ S. ASTARITA, *Circolazione della prova e delle sentenze*, cit., 811.

²⁵⁸ N. Rombi, *La circolazione delle prove penali*, cit., 14; L. KALB, *Il documento nel sistema probatorio*, cit., 120: a dire dell'Autore, il *simultaneus processus* «facilita un più completo accertamento dei fatti, atteso che i contributi probatori riguardano più persone coinvolte nel fatto-reato oppure la pluralità di imputazioni stesse, e il suo mancato svolgimento impone al legislatore di rimediare attraverso meccanismi che consentano di recuperare tali contributi probatori altrove offerti». Bisogna tuttavia richiamare il dato cui si è fatto riferimento nel testo, ossia la circostanza per la quale, a ben vedere, per un movimento paradossale di oscillazione tra due opposti estremi, il processo cumulativo è anche la causa di accentuate difficoltà nella gestione del materiale probatorio, di *vulnera* arrecati alla difesa, di rallentamenti nella definizione delle pendenze.

²⁵⁹ Sul punto, significativo quanto osservava prima della riforma del giusto processo A.A. DALIA, voce *Competenza (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1999, 7, 13: «D'altra parte, laddove emerga la necessità di un accertamento congiunto dei fatti, il coordinamento probatorio, *al di là di una eventuale riunione dei processi (art. 17, lett. d, c.p.p.)*, sarebbe, comunque, assicurato da quei meccanismi che consentono l'acquisizione di verbali di prova da altro processo» (corsivo nostro).

²⁶⁰ L. KALB, *Il documento nel sistema probatorio*, cit., 120.

²⁶¹ S. ASTARITA, *Circolazione della prova e delle sentenze*, cit., 811.

di formazione aliena. Sono, però, più ampie e generali le esigenze, tanto gnoseologiche quanto di funzionalità, sottese alla predisposizione normativa di vie di migrazione probatoria tra processi penali. Acquisire prove *aliunde* consente di evitare la – pur possibile – ‘ripetizione’²⁶² di attività istruttoria che richiederebbe di dedicarvi tempo e risorse. Inoltre, sul fronte esattamente opposto, il flusso migratorio degli *output* probatori tra esperienze processuali penali autonome viene inteso come canale strategico per ovviare alla perdita della concreta possibilità di acquisire *ex novo* un certo elemento, nato o divenuto irripetibile²⁶³.

Si giunge, così, ad un crocevia. Favorire le spinte latamente efficientistiche menzionate si tradurrebbe nella totale liberalizzazione dell’interscambio probatorio tra giudizi penali. Ciò, senz’ombra di dubbio, appagherebbe le spasmodiche aspirazioni veritative che si nutrono della (come visto, vana) convinzione che il solo e più efficace stratagemma per il confezionamento di una decisione giusta sia la massima espansione del plesso di informazioni disponibili, quali che ne siano le origini. D’altronde, come abbiamo già rilevato, il sistema processuale, in genere, ma quello penale in special modo, affida la bontà delle pronunce giudiziali al metodo di conoscenza. I punti

²⁶² Poniamo il termine tra virgolette perché, tecnicamente, in ciascun processo, nel quale la medesima fonte di prova potrebbe essere rilevante, l’assunzione del relativo mezzo di prova non costituirebbe una ripetizione, poiché dinanzi al giudice chiamato a decidere su ogni vicenda processuale l’atto acquisitivo verrebbe svolto per la prima volta ed il suo risultato sarebbe diretta conseguenza della variazione del contesto nel quale esso sia espletato. Tuttavia, se il punto di vista da cui si osserva il fenomeno è quello del mero dato informativo ritraibile in potenza dalla fonte di prova, allora ogni atto di assunzione successivo, seppur svolto in altra sede processuale, costituisce una reiterazione del primo da cui tale contenuto conoscitivo è stato tratto. Simile modo prettamente ‘empirico’ di intendere la ‘ripetizione’ delle prove in senso lato sembrerebbe sottesa, ad esempio, alla previsione normativa di cui all’art. 190-bis c.p.p., che possiede indubbi legami con l’istituto circolatorio di cui ci occupiamo in questa sede (sul tema, cfr. D. CHINNICI, *L’immediatezza nel processo penale*, Milano, 2005, 78 ss.; M. MONTAGNA, *I requisiti della prova in casi particolari: art. 190 bis c.p.p.*, in AA.VV., *Il «doppio binario» nell’accertamento dei fatti di mafia*, cit., 727 ss.). In caso di procedimenti per l’accertamento di reati di criminalità organizzata (art. 51, comma 3 bis c.p.p.) ovvero quando si procede per una serie di delitti afferenti all’area della pedopornografia, della pedoprostituzione e della violenza sessuale e si debba sentire un dichiarante minorenni ovvero ancora in ipotesi di audizione di persona offesa particolarmente vulnerabile, la norma da ultimo menzionata prevede che la prova dichiarativa, qualora già assunta in contraddittorio in precedenza nello stesso procedimento o proveniente in forma di verbale ex art. 238 c.p.p. da altro processo, sia ‘ripetibile’ solo se verta su circostanze in concreto *diverse* (ovvero se ricorrano specifiche esigenze). Nel caso in esame, più che al mero risparmio di tempi ed attività, si vorrebbe puntare alla preservazione della genuinità dell’informazione veicolata nel compendio probatorio dal dichiarante, sul presupposto ipotetico che la fonte si possa usurare, per molteplici ragioni, via via che la prima audizione diventi più remota nel tempo e vengano moltiplicate le occasioni in cui la prova venga assunta. Evidente come, in questa circostanza, non si possa riscontrare una vera e propria ripetizione della prova. Si tratta del medesimo fraintendimento concettuale sul quale, di recente, le Sezioni unite penali (Cass., S.U., 10 ottobre 2019, n. 41736, Bajrami, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 9, 1219 ss.) hanno riletto e carsicamente rovesciato la storica esegesi con la quale la giurisprudenza costituzionale e di legittimità avevano individuato nella rinnovazione dell’istruttoria uno strumento operativo per rimediare alla nullità assoluta derivante, ex art. 525, comma 2, c.p.p., dal mutamento del giudice dibattimentale. La tematica, che impatta anche sulle questioni che qui interessano, verrà brevemente affrontata più oltre.

²⁶³ Sul concetto di irripetibilità si tornerà nel prosieguo. Basti per il momento rinviare, tra tutti, al lavoro risalente ma senz’altro ancora attuale di C. CESARI, *L’irripetibilità sopravvenuta degli atti d’indagine*, Milano, 1999, *passim* e, in particolare, 1-105.

cardinali si collocano sulla direttrice costituzionale che congiunge il contraddittorio all'asse oralità-immediatezza, principi che non si manifestano solo come diritto individuale delle parti, ma vengono concepiti quali garanzie oggettive di attendibilità dell'accertamento e, quindi, di efficacia del sistema stesso.

Motivo per cui, consapevole che il trasferimento da un processo all'altro di dichiarazioni veicolate in forma scritta si incuneasse nel punto di frizione tra i principi dialettici *de quibus* e le esigenze di c.d. 'non dispersione' delle prove²⁶⁴, il codice di rito penale non ha pretermesso di disciplinare i limiti del fenomeno circolatorio, allo scopo di rintracciare il giusto punto d'equilibrio tra le contrapposte esigenze²⁶⁵.

Che si trattasse, tuttavia, di impresa ardua, implicante delicate scelte di politica processuale, è testimoniato dalle alterne vicende legislative e giurisprudenziali che hanno condotto all'attuale assetto normativo. Ad ogni ritocco, difatti, il baricentro della disciplina si è spostato oscillando tra i due menzionati estremi²⁶⁶: al pari di altri istituti del diritto delle prove penali (primi fra tutti quelli di letture e contestazioni), anche la migrazione probatoria è stata terreno di accesi scontri ideologici inerenti alle finalità del processo penale ritenute, volta a volta, non accantonabili²⁶⁷.

È opportuno a questo punto soffermarsi con estrema sintesi sulle diverse tappe attraversate dalla normativa in punto di acquisizione di prove aliene. Ciò consentirà di chiarire in termini pratici quanto asserito sin qui e porrà le premesse per l'analisi critica di dettaglio che si andrà a svolgere nel prossimo Capitolo.

Nell'assetto originario del codice Vassalli, l'intenzione di realizzare appieno i canoni accusatori di formazione della prova aveva indotto il legislatore a prediligere la forma più pura del principio di immediatezza.

²⁶⁴ P. TONINI, *La prova penale*, cit., 209-210.

²⁶⁵ Sin dal confezionamento della delega per l'adozione del nuovo codice di procedura penale il legislatore aveva paventato il rischio che «una indiscriminata utilizzazione delle prove raccolte in altri processi» rappresentasse la breccia tramite cui avrebbe potuto essere scardinato il nuovo sistema eretto sulla (all'inizio netta) esclusione, dalle prove legittimamente fruibili per la decisione, di quanto non formato innanzi al giudice del dibattimento. In questi termini la *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in Suppl. ord. n. 2 alla Gazz. Uff. del 24 ottobre 1988, n. 250, 67.

²⁶⁶ Di questo stesso avviso è P. TONINI, *La prova penale*, cit., 210. Nel medesimo senso, R. CANTONE, *La «circolazione probatoria tra procedimenti». Le modifiche introdotte dalla l. n. 63/2001*, in *Cass. pen.*, 2002, 7-8, 2561 ss., § 1 e, più in particolare, § 2, in cui evidenzia come le plurime modifiche che hanno interessato il disposto dell'art. 238 c.p.p. nel corso del tempo appaiono sintomatiche della «pendolarità» nelle scelte del legislatore in materia di acquisizione ed utilizzazione delle prove.

²⁶⁷ N. ROMBI, *La prova documentale*, Sezione III) – *I verbali di prova di altro procedimento*, in AA.VV., *La prova penale*, a cura di P. Ferrua - E. Marzaduri - G. Spangher, Torino, 2013, 607.

Di conseguenza, l'art. 238 c.p.p. era stato configurato più come *limite*, che non quale chiave d'accesso di atti altrove formati. A prima vista, si manifestava un certo disfavore per tale marchingegno probatorio, anche al fine di segnare una netta discontinuità rispetto alla disciplina a ciò dedicata nel previgente sistema²⁶⁸.

In particolare, si prevedeva uno sbarramento all'accesso di verbali di prove *aliunde* formate, che poteva essere superato solo al ricorrere congiunto di due condizioni: che si trattasse di prove assunte in incidente probatorio o dibattimento, ovvero di verbali acquisiti in tale sede mediante lettura, e che vi fosse il consenso di tutte le parti²⁶⁹.

L'irripetibilità, qualunque ne fosse l'origine, veniva altresì contemplata tra le cause eccezionali di legittima acquisizione di verbali *ab extrinseco*, a prescindere dall'operatività di alcun filtro di volontà concorde delle parti²⁷⁰. Infine, tutto quanto non

²⁶⁸ Sul tema, *ex plurimis*, S. ASTARITA, *Circolazione della prova e delle sentenze nei processi di criminalità organizzata*, in AA.VV., *Il «doppio binario» nell'accertamento dei fatti di mafia*, a cura di A. Bargi, Torino, 2013, 813 ss.; R. CANTONE, *La «circolazione probatoria tra procedimenti»*, cit., § 3; P. TONINI, *La prova penale*, cit., 210.

²⁶⁹ Si noti, in primo luogo, che la versione originaria della disposizione non si preoccupava di sancire che le prove oggetto di potenziale trasferimento nel giudizio *ad quem* fossero state formate, nella sede originaria, con la partecipazione delle parti nei cui confronti esse sarebbero state utilizzate nel processo di destinazione. L'aver previsto quale requisito legittimante il consenso congiunto era parso sufficiente presidio delle prerogative dei protagonisti del giudizio penale *ad quem* (cfr. C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, Milano, 1999, 424). Non si può mancare di notare, tuttavia, che, per quanto simile meccanismo rendesse eccezionale il trasferimento interprocessuale e finisse per aver ad oggetto atti dal contenuto 'neutro' (M.C. VANZ, *La circolazione della prova*, cit., 25, sottolinea la paralisi alla funzionalità dell'istituto che il rilievo totalizzante assegnato al consenso di tutte le parti del giudizio aveva comportato; R. CANTONE, *La «circolazione probatoria tra procedimenti»*, cit., § 3; I. CALAMANDREI, *La prova documentale*, Padova, 1995, 91-92, evidenzia il «costo [...] di tale scelta» a salvaguardia dei principi di oralità ed immediatezza, che, in un sistema votato al *favor separationis*, appariva alquanto elevato in termini di dispendio di attività e di rischio di logoramento delle fonti dichiarative, a causa della necessità di reiterazione degli atti di assunzione che un meccanismo tanto limitativo per il recupero dei verbali formati altrove comportava), si finiva per ledere il contraddittorio tra le parti della sede destinataria, che potevano non aver avuto occasione di esercitare alcuna forma di dialettica nel momento di costruzione dell'elemento, minandosi in tal modo anche quel principio di immediatezza che i *conditores* avevano intenzione di garantire. In termini, N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., 76; O. DOMINIONI, *Un nuovo idolum theatri; il principio di non dispersione probatoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 3, 768). Vero è, d'altronde, che nel 1988 l'art. 111 Cost. non contemplava ancora i principi del giusto processo che, in seguito, tanta parte avrebbero avuto nel determinare gli equilibri della disciplina circolatoria.

In secondo luogo, corre l'obbligo di precisare che, sin dalla sua primigenia formulazione, il secondo comma dell'art. 238 contemplava la possibilità di acquisizione di prove provenienti da processi civili, ponendo come condizione la definitività della sentenza che avesse chiuso il giudizio *a quo*. In questo caso, la lesione dei canoni accusatori parrebbe anche più consistente. Nessun cenno alla personale partecipazione al giudizio civile *a quo* dei protagonisti della vicenda processuale di destinazione. Nessun richiamo ai criteri acquisitivi posti dal primo comma dell'art. 238 c.p.p. Unico 'baluardo', la definitività della sentenza civile, la quale, in verità, non garantiva alcunché, poiché poteva trattarsi di processo svoltosi tra altri, e, a ben vedere, l'autorità di giudicato acquisita dalla pronuncia civile non era in teoria in grado di riflettersi sulle prove formate nel corso di tale vicenda giudiziale, né quanto alla loro legittimità né quanto alla loro efficacia persuasivo-conoscitiva.

²⁷⁰ Deve essere rimarcato il fatto che, nella primigenia versione della norma cardine della circolazione probatoria nel rito penale, non venisse prospettata alcuna differenziazione in ragione della genesi originaria o sopravvenuta dell'irripetibilità della prova aliena di cui volesse fruirsi, né, di conseguenza, in forza della prevedibilità o meno della intervenuta non ripetibilità della stessa. In termini, I. CALAMANDREI, *La prova documentale*, Padova, 1995, 113-114, nt. 32; N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992, 415, la quale tuttavia osservava che, pur a fronte di una formulazione normativa tanto generica da non consentire di distinguere quale criterio di ammissibilità ed utilizzabilità della prova la sua irripetibilità sia congenita sia accidentale e successiva, ciò non avrebbe dovuto consentire una spendita indiscriminata degli atti

rientrasse nelle categorie di atti *ab externo* legittimamente acquisibili poteva comunque fare il proprio ingresso nel diverso processo se contestato al dichiarante ai sensi degli artt. 500 e 503 c.p.p.

Nei primi anni Novanta del secolo scorso, in un turbolento ed allarmante clima storico-politico e giudiziario, in virtù di scelte di politica processuale affatto opposte all'*imprinting* originario della codificazione del 1988, in uno con un radicale approccio efficientistico sposato dalla Corte costituzionale, si è pervenuti ad una sostanziale rivisitazione dei canoni cui era improntato, in generale, il rito criminale accusatorio. In perfetta consonanza con l'operata fluidificazione dei rapporti interfascici endoprocessuali, il legislatore ha potenziato i canali di approvvigionamento del sapere giudiziale precostituito innanzi ad altro giudice e destinato, all'esito del trasferimento altrove, a rappresentare il substrato conoscitivo del *decisum* sull'imputazione.

L'accoglimento del principio di non dispersione della prova – enucleato «in via induttiva»²⁷¹ dalla Consulta²⁷² - ha giustificato l'apertura dei canali di immissione in dibattimento delle dichiarazioni acquisite nel corso delle indagini preliminari del medesimo procedimento. Parallelamente, ha imposto di potenziare il flusso di materiale istruttorio estrapolato da altro contesto processuale, al fine di supplire nel modo più efficiente possibile ad eventuali carenze informative che sarebbero discese da un'applicazione rigorosa dei canoni accusatori posti a presidio della formazione dialettica della prova.

E dunque, con il decreto-legge n. 306 del 1992, convertito in legge n. 356 del medesimo anno, si è rimeditata la complessiva struttura delineata dall'originaria versione dell'art. 238 c.p.p. prevedendo, al primo comma, la legittimità

aliunde acquisiti e, genericamente, irripetibili, richiedendosi al giudice di valutare attentamente il ricorrere dei requisiti di irripetibilità e di pertinenza dell'atto medesimo; C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta*, cit., 427 ss., nt. 122, cui si rinvia per ulteriori riferimenti bibliografici relativi ai diversi indirizzi interpretativi diffusisi nel vigore della primigenia versione del terzo comma dell'art. 238 c.p.p.: gli uni volti ad includere nel novero di atti ammessi al transito interprocessuale sia quelli nati come irripetibili sia quelli unilaterali e *ab origine* ripetibili, gli altri propensi a giustificare l'interscambio probatorio solo nei medesimi limiti in cui gli atti avrebbero potuto trasmigrare dal fascicolo delle indagini a quello per il dibattimento ex art. 431 c.p.p.

²⁷¹ P. TONINI, *La prova penale*, cit. 210.

²⁷² Corte cost., 31 gennaio 1992, n. 24, in *Corr. giur.*, 1992, 406, con nota di A. GIARDA, ed in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 678, con nota di F. PERONI, nonché in *Foro it.*, 1992, 4, I, 1052; Corte cost., 3 giugno 1992, n. 254, in *Foro it.*, 1992, 7-8, I, 2014, ed in *Corr. giur.*, 1992, 979, con nota di A. GIARDA, nonché in *Arch. n. proc. pen.*, 1992, 329; Corte cost., 3 giugno 1992, n. 255, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 1132, con nota a margine di P. TONINI, nonché in *Cass. pen.*, 1992, 2022, con nota di F.M. IACOVIELLO, ed in *Foro it.*, 1992, 7-8, I, 2012, con note di G. DI CHIARA e G. FIANDACA. Sul tema, C. CONTI, *L'imputato nel procedimento connesso. Diritto al silenzio e obbligo di verità*, Padova, 2003, 50 ss; O. DOMINIONI, *Un nuovo idolum theatri: il principio di non dispersione probatoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, cit., 736 ss.

dell'importazione di «*prove assunte nell'incidente probatorio o nel dibattimento*» del processo *a quo*.

Sotto la veste dell'evidenza formata nella dialettica giudiziale si celava una «vistosa deroga al principio del contraddittorio»²⁷³, in quanto si consentiva l'indiscriminato recupero di protocolli rappresentativi di escussioni dibattimentali che, per avventura e per ipotesi, avrebbero potuto essere avvenute in vicende processuali il cui svolgimento non avesse visto il benché minimo apporto dialettico della parte nei cui confronti si volesse spendere tale elemento istruttorio. Simile risultato affatto criticabile per un verso discendeva dalla mancata riproduzione della condizione legittimante rappresentata dalla manifestazione di concorde assenso all'acquisizione del protocollo di aliena formazione. Per l'altro verso, conseguiva all'assunto che lo svolgimento del contraddittorio nella sede d'origine esaurisse le strutturali necessità di attuazione della dialettica probatoria, facendo residuare soltanto l'esigenza soggettiva delle parti di recuperare spazi di contraddittorio su elementi precostituiti^{274 275}.

²⁷³ G.M. BACCARI, *Il contemperamento tra libera circolazione degli atti e diritto al contraddittorio*, in AA.VV., *Le nuove leggi penali: abuso d'ufficio, dichiarazioni del coimputato, videoconferenze giudiziarie*, Padova, 1998, 189, il quale definisce «grave inconveniente» una simile deviazione rispetto alla primigenia opzione di fondo per un modello tendenzialmente accusatorio, radicato sulla dinamica del contraddittorio 'poietico' e sulla pretesa impermeabilità del dibattimento (luogo d'elezione per la costruzione del compendio istruttorio fruibile per l'adozione della decisione sul merito dell'imputazione) rispetto ad informazioni provenienti da fasi precedenti ed esterne al giudizio.

²⁷⁴ Sul tema è stata chiamata a pronunciarsi la Consulta, cui il giudice rimettente aveva chiesto di dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 238, comma 1, c.p.p. nella versione emersa dalla novella del 1992, in quanto essa veniva a cozzare con i principi costituzionali del diritto di difesa ex art. 24 Cost., nonché di uguaglianza ex art. 3 Cost., nella parte in cui consentiva di utilizzare in un procedimento diverso da quello d'origine la perizia eseguita in sede di incidente probatorio, allorché l'imputato del processo *ad quem* ed il suo difensore non avessero partecipato all'assunzione di tale prova e si realizzasse, dunque, la condizione ostativa all'utilizzabilità posta dall'art. 403 c.p.p. Nel dichiarare non fondata la q.l.c. con al sent. 26 maggio 1994, n. 198 (in *Sito uff. Corte costituzionale*, nonché in *Corr. giur.*, 1994, 8, 963, con nota di A. GIARDA, ed in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 3, 904, con nota di R. KOSTORIS), il Giudice delle leggi, proponendo una lettura di raffronto tra l'originario tenore normativo della norma impugnata e quello risultante dalla riforma del 1992, ha osservato che, secondo lo spirito della novella, il momento circolatorio delle prove assunte in dibattimento o incidente probatorio fa sì che queste, nel giudizio di destinazione, «perdono – in un certo senso – la loro valenza originaria», in virtù della possibilità, offerta alle parti di tale vicenda processuale, di realizzare il «contraddittorio *sulla* prova, la quale non resta un'entità immota, acquisita come tale nel processo, divenendo, invece, *oggetto della dialettica* dibattimentale in forza della presenza della difesa tecnica dei nuovi soggetti interessati» (corsivo nostro).

Due sole, brevi notazioni sul punto. La prima. La Corte, invero, in un momento della storia del processo penale italiano nel quale non aveva ancora trovato compiuta elaborazione dogmatica la distinzione tra contraddittorio *sulla* e *per la* prova (era ancora di là da venire la riforma costituzionale del giusto processo che ha finalmente sistemato ed elevato a canone essenziale del diritto probatorio penale tale distinguo), sembra sovrapporre in maniera erronea i piani della dialettica poietica e della dialettica argomentativa, quando fa riferimento alla possibilità assicurata alle parti del giudizio *ad quem* di contraddire oralmente sulle prove *aliunde* acquisite ma poi radica tale garanzia sulla previsione di cui al novellato quinto comma dell'art. 238 c.p.p. che riconosce un diritto all'esame del dichiarante rinviando ai parametri ammissivi della prova sanciti dall'art. 190, e richiama la disciplina acquisitiva dei verbali di aliena provenienza ricavabile dall'art. 511 per il tramite del successivo art. 511-bis c.p.p.

La seconda. Nel suo argomentare la Consulta adotta un approccio – che potremmo definire ormai 'antistorico', al lume di recenti approdi giurisprudenziali e legislativi in tema di prova scientifica e di qualificazione dell'apporto conoscitivo offerto dagli esperti in termini di prova dichiarativa (cfr., a tale proposito, quanto alle

Che questo fosse lo spirito che animava la novella è stato riconosciuto *expressis verbis* dalla stessa Corte costituzionale, chiamata meno di due anni dopo l'entrata in

ultime acquisizioni pretorie, Cass., sez. un., 2 aprile 2019, n. 14426, Pavan, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 6, 822, con nota di C. BONZANO; quanto alle novità normative che sembrerebbero aver avallato la classificazione delle *prove per esperti* nell'alveo delle prove orali ed averne voluto valorizzare l'apporto conoscitivo per il tramite del *contraddittorio tra esperti*, devono essere segnalate le interpolazioni che la Riforma Cartabia ha effettuato nel testo dell'art. 501 c.p.p.: per approfondimenti sul tema, tra i molti contributi di recente pubblicazione, ci si limita a rinviare a L. LUDOVICI, *Il "nuovo" giudizio di primo grado sospeso tra le ombre del passato e i chiaro-scuro del futuro*, in AA.VV., *La Riforma Cartabia. Codice penale – Codice di procedura penale – Giustizia riparativa*, a cura di G. SPANGHER, Pisa, 2022, 501 ss., ed in partic. 506 ss.) – volto ad espungere la perizia dal novero delle prove c.d. dichiarative, per le quali opererebbe il meccanismo di reintegrazione della dialettica dibattimentale ex art. 238, comma 5, c.p.p. La Consulta rileva infatti la eccentricità della perizia rispetto al modulo probatorio tipico della prova orale, in quanto essa sarebbe compendiata da una relazione scritta che, nel diverso giudizio, potrebbe acquisirsi *sic et simpliciter* mediante lettura, senza la necessaria operatività del meccanismo di salvaguardia dell'oralità che assiste le dichiarazioni. Ci sia solo consentito di notare, in questa sede, che il codice di rito penale prescriverebbe l'audizione in esame incrociato dell'esperto *prima* dell'acquisizione della sua relazione, ed ancor di più prevedrebbe la redazione della suddetta relazione scritta soltanto quale eccezione rispetto alla regola per la quale il perito (ma, del resto, ciò dovrebbe valere anche per il consulente di parte) dovrebbe rispondere oralmente al quesito postogli dal giudice (addirittura, nell'immediatezza del conferimento dell'incarico). Il che sembrerebbe smentire l'analisi strutturale a suo tempo prospettata dalla Consulta in merito alla natura di prova *non* dichiarativa della perizia. Considerarla una prova non orale, però, evidentemente consentiva di semplificare e rendere più celermente fruibile lo scambio osmotico tra procedimenti diversi, ovviando alla necessità di procedere all'audizione del perito in quanto come condizione di utilizzabilità della sua relazione e del verbale che riproducesse l'esito dell'esame incrociato condotto dalle parti del processo *a quo*.

Sulla pronuncia si vedano le osservazioni critiche proposte da I. CALAMANDREI, *La prova documentale*, cit., 109 ss.

²⁷⁵ Per quanto non si possano che condividere le osservazioni critiche che, da più parti in letteratura, sono state mosse nei riguardi del tenore letterale e degli effetti sistematici dell'art. 238 nella versione adottata con la 'controriforma', si deve notare che il legislatore del 1992 ha espunto dal testo del primo comma dell'art. 238 c.p.p. il riferimento alla libera circolabilità di verbali di cui si fosse data lettura nel procedimento originario. In effetti, si ha l'impressione che il riformatore abbia seguito una logica che sembrerebbe muoversi in direzione contraria rispetto alla filosofia di fondo della novella nella sua interezza, dal momento che si è inteso asseverare l'idea che l'acquisizione mediante lettura in dibattimento, se sufficiente ad assicurare in tale sede i diritti delle parti e ad integrare una legittima causa di formazione del compendio istruttorio fruibile a fini decisori, non fosse tuttavia idoneo a costituire materiale utilmente trasferibile in altra sede. L'acquisizione mediante lettura nel giudizio *a quo*, difatti, consente alle parti di tale processo di interagire esclusivamente sul contenuto preconstituito dell'atto rappresentativo di attività svoltesi in altro segmento della vicenda processuale (che – vale la pena ricordarlo – potrebbe non essere solo un atto incluso nel catalogo di quelli inseribili nel fascicolo per il dibattimento, bensì anche un verbale versato nel fascicolo del pubblico ministero, in tutti i casi richiamati dall'art. 514 c.p.p.), senza poter contribuire alla costruzione dello stesso; inoltre, posta la relazione di equivalenza tra lettura ed indicazione dell'atto individuata dall'art. 511 c.p.p., in determinate occasioni verrebbe meno anche il meccanismo tramite cui realizzare almeno un simulacro di oralità dinanzi al giudice che poi usufruirà del dato euristico contenuto nel protocollo 'dato per letto'. Consentire l'esportazione altrove di simili elementi probatori avrebbe significato affievolire – in misura sempre più intensa all'aumentare del numero di migrazioni successive tra processi diversi – il valore assegnato all'oralità e all'apporto poetico delle parti rispetto al risultato euristico-conoscitivo, contestualmente amplificando senza freni il peso dell'unilaterale attività investigativa svolta *ab origine* nel primigenio procedimento, nell'ambito del quale tale acquisizione tramite lettura rappresentava già di per sé una deroga ai canoni identitari del rito penale. Dunque, a prima vista l'espunzione del riferimento agli atti letti nel giudizio *a quo* ai fini dell'individuazione del materiale legittimamente oggetto di trasferimento interprocessuale parrebbe aver voluto tutelare talune istanze processuali d'indole accusatoria. Non si può, tuttavia, mancare di osservare come per il tramite delle prescrizioni di cui ai successivi commi dell'art. 238 adottati nel 1992 si facesse in parte rientrare dalla finestra ciò che si era fatto uscire dalla porta, nel caso in cui vi fosse il consenso delle parti o allorché la prova rappresentata da tali verbali fosse divenuta (o fosse stata sin dalla sua genesi) irripetibile. In ogni caso, le barriere tra differenti realtà processuali si sarebbero potute superare tramite l'utilizzo dell'istituto della contestazione, seppur con la ridotta efficacia dimostrativa tipica di simile meccanismo istruttorio (su cui cfr., *ex plurimis*, P. TONINI-C. CONTI, *Il diritto delle prove*, cit., 488 ss. e 508-509). La combinazione del suddetto impianto normativo con l'estrema sensibilità con cui la prassi di quell'epoca ha affrontato il 'problema' della dispersione di validi apporti conoscitivi, da cui è discesa anche una (discutibile) esegesi del concetto di *irripetibilità* probatoria (cfr. la già menzionata Corte cost., 3 giugno 1992, n. 254, cit.), comportava numerose ghiotte occasioni di recupero altrove di strumenti conoscitivi a genesi unilaterale nel contesto processuale di provenienza. Sul tema, I. CALAMANDREI, *La prova documentale*, cit., 92-93, nonché 101-102, in partic. nt. 21; EAD., *Le nuove regole sulla circolazione probatoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1, § 2.

vigore della riforma del 1992 ad esprimersi sulla conformità dell'art. 238 con il tessuto dei principi costituzionali dedicati al processo penale. Così si è espressa la Consulta: «Il *novum* derivante dall'art. 3 del decreto-legge n. 306 del 1992, convertito dalla legge n. 356 del 1992 sta, quindi, nell'*esigenza di valorizzare la prova scritta*, consentendo l'acquisizione di prove assunte in altri procedimenti a prescindere dal consenso delle parti; una innovazione senza dubbio significativa in quanto *parzialmente derogatoria* proprio di quel principio di oralità (e di conseguente immediatezza) proclamato dall'art. 2, numero 2, della legge-delega 16 febbraio 1987, n. 81»²⁷⁶. L'inconveniente – seppur non considerato tale dal legislatore della riforma – era stato tuttavia arginato consentendo alle parti della sede processuale di destinazione di ottenere l'audizione dei dichiaranti in giudizio: attività che, in forza del rinvio che il nuovo art. 511-*bis* operava all'*iter* acquisitivo di cui all'art. 511, comma 2, c.p.p., avrebbe dovuto precedere, quale condizione di validità, la lettura acquisitiva dei verbali migrati da altro processo (cfr. art. 238, comma 5, c.p.p.)²⁷⁷.

Inoltre, se – nonostante le censure sollevate in dottrina – nessuna modifica è stata apportata dalla riforma sul fronte della trasferibilità di prove civili nel rito criminale, il riformatore ha invece inteso porre rimedio alle incertezze esegetiche sull'orbita operativa della primitiva formulazione del terzo comma dell'art. 238 c.p.p. Così, si è specificata la libera acquisibilità nel giudizio ricevente di documentazione di atti compiuti nel procedimento natio, se irripetibili *anche* per cause *sopravvenute*. Con ciò implicandosi senz'altro la traslabilità sia di elementi la cui irripetibilità fosse prognosticabile *ex ante* e connotasse ontologicamente l'atto in sé, sia di elementi divenuti tali per cause sopravvenute, tanto prevedibili quanto non.

La vastità dell'oggetto della membrana osmotica qui in rilievo si poteva ben misurare tenendo conto che nessuna distinzione veniva fatta dalla norma quanto alla tipologia di atti ammessi all'interscambio 'da irripetibilità'. Si trattava di verbali di prove vere e

²⁷⁶ Corte cost., 26 maggio 1994, n. 198, cit. (corsivo nostro). La *ratio* della scelta normativa, di cui la Corte costituzionale dà atto nel provvedimento citato, risiederebbe, tra l'altro, proprio in quella esigenza di riparare alla eccessiva «*parcellizzazione* dei procedimenti» quale conseguenza delle scelte operate in sede di redazione del codice in punto di connessione e di ipotesi di riunione dei giudizi.

²⁷⁷ L'ambito di applicazione di tale previsione garantista trovava una deroga espressa proprio nell'ambito del medesimo quinto comma dell'art. 238 c.p.p., laddove si delimitava il diritto di parte di escutere il dichiarante, il verbale della cui audizione svoltasi altrove si intendesse acquisire, alla condizione che *non* si trattasse di casi nei quali si procedesse per alcuni dei reati indicati nell'art. 51, comma 3-*bis*, del codice di rito penale, analogamente a quanto sancito dall'art. 190-*bis* c.p.p., oggetto di contestuale interpolazione nelle Disposizioni generali sulle prove del Titolo I del Libro III del codice di rito penale.

proprie, ma anche di atti d'indagine, di verbali formati nel corso dell'udienza preliminare, di prove civili per le quali non ricorressero i requisiti posti dal secondo comma della norma, ovvero anche di verbali di dichiarazioni rese da imputati connessi o collegati (ovvero anche del medesimo soggetto, imputato in altro connesso procedimento) che si fossero avvalsi della facoltà di non rispondere nel giudizio *ad quem*²⁷⁸.

Ancora una volta, la strategia normativa della novella emerge in modo cristallino: ridurre al minimo i rischi che la frammentazione dei giudizi potesse tornare a danno delle preminenti esigenze accertative della Verità storica/materiale, recuperando con quanta più facilità possibile conoscenze già confezionate altrove secondo moduli operativi i più vari. Strategia attuata senza che avesse preminente rilevanza la considerazione del valore (di regola) metodologicamente infungibile del contraddittorio²⁷⁹, né la corretta collocazione sistematica del meccanismo recuperatorio a fronte di un tessuto di garanzie e principi il cui rispetto, sulla carta, avrebbe dovuto rappresentare il caposaldo indefettibile del lavoro legislativo posto in atto²⁸⁰.

La condizione di consensualità dell'acquisizione *ab externo* era recuperata nel nuovo

²⁷⁸ G.M. BACCARI, *Il temperamento tra libera circolazione degli atti*, cit., 197 ss.; N. ROMBI, *La prova documentale*, cit., 607 ss.; I. CALAMANDREI, *La prova documentale*, cit., 112 ss., la quale, dopo aver sottolineato come il tenore letterale della previsione in disamina apparentemente consentisse un'acquisizione *incondizionata* di atti non ripetibili, si preoccupa di ricavare in via interpretativa una serie di condizioni per l'immissione di elementi conoscitivi etichettabili come non reiterabili, in specie leggendo tale previsione alla luce del complesso di norme poste dall'art. 238 nonché del generale sistema processuale nel quale la disposizione si inseriva.

Con riferimento al delicato e spinoso problema dello sfruttamento di «canali di trasmissione» interprocessuali al fine di ovviare all'ostacolo rappresentato dall'avvalimento del diritto al silenzio da parte di coimputati e imputati connessi e collegati (e alla incertezza relativa ai rispettivi ambiti di applicabilità delle previsioni di cui agli artt. 238, comma 3, e 513 c.p.p.), cfr. A. SANNA, *Trasmigrazioni probatorie e limiti alle letture dibattimentali*, in *Giur. it.*, 1993, 2, *passim*, la quale – più in generale – rimarcava come il disposto del terzo comma dell'art. 238 c.p.p. sembrasse aprire un varco nient'affatto sorvegliato ai verbali di atti qualificati, senza discriminare di sorta, irripetibili; P. FELICIONI, *L'utilizzazione delle prove acquisite in altro procedimento penale: problema interpretativo o necessità di intervento legislativo?*, in *Cass. pen.*, 1992, 7, 1827 ss.; I. CALAMANDREI, *Le nuove regole della circolazione probatoria*, cit., §2.

²⁷⁹ E, peraltro, senza por mente alle possibili discrasie che sarebbero state ingenerate dall'utilizzo di un concetto tanto fluido ed ampio di irripetibilità, a fronte di un panorama codicistico che – con riferimento alla singola, unitaria vicenda giudiziale – ne contemplava già una nozione definita ed in grado di selezionare in maniera più rigorosa il novero di atti idonei all'immissione nel compendio conoscitivo legittimamente fruibile dal giudice a fini decisorii (ovverosia gli artt. 512 ss. c.p.p.). L'effetto – da taluno ritenuto paradossale ed aberrante (M. BARGIS, *Le dichiarazioni di persone imputate in un procedimento connesso*, Milano, 1994, 178, citata da G.M. BACCARI, *Il temperamento tra libera circolazione degli atti*, cit., 198) – era quello di consentire, in maniera forse assurda, il recupero in sede aliena di verbali di atti che, nella sede loro propria, non avevano avuto alcun accesso al dibattimento in quanto non possedevano i requisiti di irripetibilità originaria o sopravvenuta per cause imprevedibili per assurgere al rango prova in senso proprio ex art. 526 c.p.p. Col rischio, segnalato da certi commentatori, che i pubblici ministeri favorissero al massimo la frammentazione dei procedimenti per favorire al massimo grado la spendibilità trasversale di contributi conoscitivi che mai avrebbero avuto altrimenti modo di essere utilizzati come prova.

²⁸⁰ A. SANNA, *Trasmigrazioni probatorie*, cit., §1: «La coerenza del sistema ed il valore degli interessi in gioco esigono il rispetto della medesima soglia di garanzie difensive nell'ambito di ogni procedimento».

assetto dell'art. 238, al quarto comma, col fine di ulteriormente espandere la potenzialità attrattiva, e conseguentemente la asserita capacità euristica, del processo, anche rispetto a contributi conoscitivo-dichiarativi privi di quelle pur minime e blande garanzie assicurate dai limiti sanciti nei capoversi precedenti. Il consenso delle parti, attuazione del principio dispositivo-acquisitivo, valeva non solo quale chiave di libero accesso a tutto quel materiale procedimentale *diverso* da quello acquisito con le forme e nei momenti processuali sin qui ricordati, ma soprattutto rappresentava l'ingrediente decisivo per tramutare in piena prova ciò che prova non era nel rito *a quo*.

In mancanza di consenso, la seconda parte del quarto comma rimodellato nel 1992 consentiva la spendita dei verbali di dichiarazioni «a norma degli articoli 500 e 503». A fronte del dilemma sorto nel vigore della formulazione precedente²⁸¹, i *conditores* della riforma hanno adoperato una dizione più chiara, che in modo inequivocabile richiamasse la complessiva ed integrale disciplina delle letture-contestazioni, sia nella parte in cui prescrivevano l'uso di precedenti verbali per sottoporre il dichiarante ad un vaglio in punto di credibilità, sia nella parte in cui consentivano, a vario titolo, di acquisire l'intero verbale contestato ai fini della prova dei fatti in esso rappresentati²⁸².

Per completare la panoramica sulla riforma del 1992, l'ultimo passo è accennare all'introduzione, nel quadro dei veicoli per il trasferimento di sapere processuale da una sede all'altra, di un nuovo ed originale strumento che ha avuto l'effetto – se non altro, potenziale – di dissolvere i confini tra vicende giudiziali, con l'intento di ampliare

²⁸¹ L'originario art. 238, comma 4, c.p.p. 1988 sanciva l'utilizzabilità dibattimentale di verbali di prova, di cui non fosse consentito usufruire secondo gli altri commi della disposizione, «*ai fini delle contestazioni previste dagli articoli 500 e 503*», lasciando aperta la questione concernente la natura del rinvio alle citate norme sulla spendita dibattimentale a fini contestativi di materiale pre-processuale altrimenti infruibile. Ci si chiedeva, in altre parole, se l'art. 238, comma 4, consentisse nel diverso procedimento di sfruttare i verbali *de quibus* a meri fini di contestazione, al solo scopo di testare la credibilità del dichiarante nel giudizio *ad quem*, ovvero se il richiamo agli artt. 500 e 503 del codice di rito implicasse l'estensione del complessivo regime sancito da tali previsioni, comprensivo anche delle relative eccezioni, idonee a consentire di sfruttare il verbale contestato anche a fini di prova del fatto storico ivi narrato. La formulazione letterale della disposizione in esame non appariva sufficientemente perspicua in proposito. Riteneva prospettabile la seconda delle due interpretazioni N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità*, cit., 416, la quale manifestava nette perplessità e riserve rispetto a siffatto meccanismo idoneo a vanificare *sic et simpliciter* le preclusioni poste dalla norma nel suo complesso, soprattutto nella parte in cui rendeva «*ininfluente il dissenso all'acquisizione espresso dalle parti*» ai sensi del primo comma dell'art. 238. Sul dilemma esegetico determinatosi a causa della ambigua formulazione della norma *de qua*, I. CALAMANDREI, *La prova documentale*, cit., 118 ss., cui si rinvia anche per i ricchi riferimenti bibliografici.

²⁸² Ritiene che con la riforma del comma 4 il legislatore non avesse comunque contribuito a gettar luce sull'esatto ambito applicativo del richiamo alle norme sulle contestazioni probatorie R. CANTONE, *La «circolazione probatoria tra procedimenti»*, cit., § 3.

Sulle principali complessità operative della disposizione esaminata, con particolare riferimento alla circostanza che, spostando il *focus* da un procedimento all'altro, il singolo dichiarante non assume sempre il medesimo *status* processuale e, pertanto, la disciplina che dovrebbe regolare la fattispecie probatoria nel giudizio *ad quem* non è detto che collimi con quella applicata *ab origine*, I. CALAMANDREI, *La prova documentale*, cit., 120 ss.

sempre più l'orbita di conoscenze, documentali in senso lato, acquisibili. Il richiamo è, in particolare, all'interpolazione di un art. 238-*bis* c.p.p., rubricato «Sentenze irrevocabili», con cui si è disposto che, salva l'acquisizione di sentenze definitive ai fini del giudizio sulla personalità dell'imputato e della credibilità dei dichiaranti (art. 236 c.p.p.), il giudice può acquisire ed utilizzare pronunce passate in giudicato «ai fini della *prova di fatto in esse accertato*», a condizione che le stesse siano sottoposte ad un vaglio di pertinenza (art. 187 c.p.p.) nonché ai riscontri imposti per le dichiarazioni degli imputati connessi (art. 192, comma 3, c.p.p.).

Il tema sarà oggetto di apposita trattazione, poiché solleva non poche difficoltà pratiche e dogmatiche che meritano ben altro approfondimento²⁸³. Ciò che preme in questa sede evidenziare è la sostanziale omogeneità di *ratio* che ha indotto il legislatore alle suesposte modifiche dell'art. 238 e a coniare, contestualmente, un simile congegno probatorio. Una «*escalation* legislativa, finalizzata a consentire un'utilizzazione sempre più accentuata della prova documentale»²⁸⁴, il cui apice è stato raggiunto consentendo di acquisire – più che formare – la prova di circostanze fattuali non in via diretta, bensì usufruendo del giudizio accertativo espresso da altro giudice nel provvedimento in cui trova piena manifestazione il potere di *iurisdicere* in maniera autonoma, indipendente e soggetta solo alla legge.

L'occasione storico-giuridica di una siffatta vistosissima deroga²⁸⁵ rispetto ai principi ispiratori del nuovo codice è stata offerta dalla «constatazione della inadeguatezza del nuovo modello processuale rispetto ai processi di criminalità organizzata»²⁸⁶, tenuto conto che un sistema improntato a quel *favor separationis* di cui si è detto comporta l'onere di provare, in ciascuna autonoma vicenda processuale, l'esistenza di una associazione di stampo mafioso²⁸⁷. Eppure la formulazione della norma non prevede

²⁸³ Cfr., in proposito, Capitolo II, § 9.

²⁸⁴ L. KALB, *Il documento nel sistema probatorio*, cit., 168.

²⁸⁵ A. SANNA, *Trasmigrazioni probatorie*, cit., §4, osserva come il d.l. 8 giugno 1992, n. 306 abbia introdotto «modifiche che davvero *sconvolgono* il sistema» (corsivo nostro).

²⁸⁶ N. ROMBI, *La circolazione*, cit., 179.

²⁸⁷ L. MARAFIOTI-G. FIORELLI-M. PITTIRUTI, *Maxiprocessi e processo "giusto"*, cit., 679 ss., e più in particolare 683 ss.; I. CALAMANDREI, *La prova documentale*, cit., 125 ss.; N. ROMBI, *La circolazione*, cit., 179, nt. 1; L. KALB, *Il documento*, cit., 172: «Lo scopo perseguito con la previsione contenuta nell'art. 238-*bis* mira proprio ad evitare di dimostrare *ex novo* ciò che era stato già accertato in altra sede processuale [...] in quanto sarebbe dispendioso procedere ad un accertamento che è conseguibile attraverso l'acquisizione della sentenza» (corsivo nostro). Su quest'ultima affermazione, sia consentito rilevare sin d'ora la debolezza metodologica dell'assunto su cui si fonda, ossia che non vi sia un'utilità intrinseca, un apporto specifico, un *quid pluris* nella (ri)costruzione dei fatti

alcuna delimitazione del campo di applicazione alle sole ipotesi di processi la cui reg giudicanda concerna ipotesi di criminalità organizzata: tale disciplina finisce col riguardare, perciò, trasversalmente qualsiasi imputato per qualsiasi imputazione.

La tendenza al ‘recupero’, ancora una volta, è figlia del plurimenzionato principio di non dispersione della prova. Non concerne soltanto pronunce emesse in sede penale, ma, quantomeno (argomentando dall’ambito cui è dedicato l’art. 238 c.p.p.), anche quelle civili. E, per menzionare una soltanto delle numerose deroghe che la norma esaminata apporta ai cardini del sistema, si colloca subdolamente in contrasto con i rammentati principi che, nel passaggio dal vecchio al nuovo codice di rito penale, hanno eliminato la pregiudizialità tanto omogenea quanto extrapenale (salvo talune eccezioni)²⁸⁸. Non è, infine, trascurabile la circostanza che, permettendo così ampi margini per il trasferimento altrove delle sentenze irrevocabili, il legislatore stava ponendo implicitamente le basi per un aggiramento autorizzato dei pur lassi vincoli sanciti per la circolazione probatoria²⁸⁹.

Dinanzi alle molteplici sfasature che le norme così congegnate manifestavano

dinanzi al giudice che dovrà su di essi statuire e secondo quel materiale che in quella sede le parti riusciranno ad includere nelle proprie strategie processuali in base alle ‘regole del gioco’. L’accertamento, nei termini in cui è posto – per implicito – dal legislatore del 1992, è solo un mero dispendio di tempi ed energie, oltre che un’incognita (quanto al suo svolgimento e al suo esito) che lo Stato non può permettersi dinanzi all’emergenza criminale. Come si rileverà nel prosieguo, e com’è stato notato in dottrina nel commentare le sempre più ampie deroghe alla formazione dibattimentale della prova dichiarativa che l’art. 190-*bis* c.p.p. ha via via incrementato consentendo il recupero di precedenti *relata* provenienti da fasi non garantite in ragione dell’oggetto delicato del giudizio (i reati di cui all’art. 51, comma 3-*bis*, e, se il dichiarante è considerato ‘vulnerabile’, taluni dei più gravi reati a sfondo sessuale), la maggior gravità dei fatti oggetto di imputazione, la connaturata maggior difficoltà di accertamento, la particolare severità dell’eventuale sanzione irrogata all’esito dell’*iter* accertativo sembrerebbero piuttosto giustificare una rigorosa applicazione dei più essenziali canoni del processo accusatorio, che il teorema adottato a base delle scelte del codificatore del 1988 sancirebbe come maggiormente in grado di restituire un prodotto conoscitivo affidabile.

²⁸⁸ L’aggiramento della scelta del sistema di elidere quasi totalmente l’efficacia vincolante del giudicato penale si manifesta sotto almeno due luci: *i*) non si tratta, nell’ipotesi di cui all’art. 238-*bis*, di far spiegare efficacia ‘ablativa’ del libero convincimento del giudice del secondo processo con riferimento alla statuizione contenuta nel dispositivo della sentenza (e direttamente connesso all’ampiezza della contestata imputazione o al *petitum* della domanda di parte), perché si ritiene che la «prova di fatto» che il giudice *ad quem* sarebbe legittimato a trarre dalla sentenza acquisita attenga a qualunque circostanza fattale emersa nel dibattimento *a quo* e, a vario titolo (anche meramente *ad colorandum*), entrata nel discorso motivazionale del giudicante (per tutti, P. TONINI, *La prova penale*, cit., 191-192); *ii*) l’art. 238-*bis* consente, nella vaghezza della sua formulazione e data la sua *ratio*, l’acquisizione di una pronuncia definitiva in assenza di un legame soggettivo significativo tra giudizio in cui essa è stata resa e quelli nei quali si voglia acquisire tale pronuncia (il principio espresso dall’art. 2909 c.c., a ben vedere, è condiviso dalle disposizioni del codice di rito penale che, in via eccezionale ed entro stringenti limiti oggettivi ma soprattutto soggettivi, dispongono l’efficacia vincolante in giudizi civili, amministrativi, disciplinari del giudicato penale, ex artt. 651 ss. c.p.p.).

²⁸⁹ In termini alquanto forti, A. SANNA, *Trasmigrazioni probatorie*, cit., § 4, osserva più in generale: «È indubbio che una simile disciplina allevii il peso di defatiganti istruttorie dibattimentali, lamentate specie con riguardo ai processi contro la c.d. «criminalità organizzata», e salvaguardi testi, periti e parti da una paventata “usura”, ma ci si chiede se la sensibilità verso simili esigenze possa spingersi *fino a consentire lo svolgersi di giudizi avulsi dalle ordinarie regole processuali*: l’assolvimento dell’onere della prova, l’esercizio della difesa, la formazione in contraddittorio della conoscenza giudiziale » (corsivo nostro).

rispetto al sistema nel suo complesso, in un tentativo di tutelare l'accusato quantomeno rispetto all'utilizzo indiscriminato di dichiarazioni eteroaccusatorie a suo carico²⁹⁰, con la legge 7 agosto 1997, n. 267, si è nuovamente inciso il dettato dell'art. 238 c.p.p.

Senza ritoccare la norma rispetto all'importazione di verbali di dichiarazioni rese da soggetti con la qualifica di *testimoni*, è stata posta una significativa eccezione alla libera trasferibilità di dichiarazioni ripetibili rese dall'*imputato connesso* ai sensi dell'allora vigente art. 210 c.p.p.²⁹¹ In particolare, allineandosi alla radicale filosofia di fondo della riforma del '97 che aveva recepito come inderogabile il principio del contraddittorio²⁹², nel nuovo comma 2-*bis* dell'art. 238 c.p.p. si è prevista una «circolazione condizionata»²⁹³ alla circostanza che, nel procedimento in cui fosse stato acquisito il contributo dichiarativo *de quo*, l'imputato nel rito *ad quem* ed oggetto di *relata* eteroaccusatori avesse avuto l'occasione di confrontarsi con l'accusatore²⁹⁴. In mancanza dell'avveramento di simile condizione, la preclusione all'acquisizione di simili verbali veniva meno solo qualora l'imputato del processo *ad quem* prestasse il proprio consenso, in mancanza del quale il solo uso che se ne sarebbe potuto fare era quello «a norma degli articoli [...] 503».

In breve, ci sembra che siano da rimarcare due aspetti.

Innanzitutto, le innovative preclusioni all'indiscriminata immissione in altra vicenda processuale di contributi dichiarativi 'delicati' per il tipo di legame intercorrente tra i capi d'imputazione dei due (o più) processi implicati nello scambio e per il contenuto accusatorio dell'atto segnano l'affacciarsi sulla scena del codice di rito penale di una maggior consapevolezza sul concetto di 'irripetibilità'. Concetto che può fungere da idoneo criterio di ammissione solo allorché non includa anche le condotte volontarie

²⁹⁰ G.M. BACCARI, *Il contemperamento tra libera circolazione degli atti e diritto al contraddittorio*, cit., 190 ss., il quale riferisce che taluni studiosi, i quali criticavano aspramente la disciplina introdotta con la legislazione dell'emergenza, avevano addirittura proposto di ricondurre a sistema l'art. 238 c.p.p., riducendone in via interpretativa l'ambito di operatività come se prevedesse, quale condizione di acquisibilità *ab externo*, l'identità di parti tra i procedimenti interessati all'interscambio probatorio. Si trattava di interpretazione che leggeva in combinato l'art. 238 con l'art. 403 c.p.p. Per riferimenti bibliografici sul punto, si rinvia al citato Autore.

²⁹¹ Dunque, con l'espressione «imputato connesso» ci si riferisce, *ratione temporis*, tanto all'imputato connesso in senso forte ex art. 12, lett. a), c.p.p., quanto all'imputato connesso in senso debole ex art. 12, lett. c), c.p.p., così come anche all'imputato di reato collegato ai sensi dell'art. 371, comma 2, lett. b), c.p.p.

²⁹² N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., 77 ss.

²⁹³ P. TONINI, *La prova penale*, cit., 210 ss.

²⁹⁴ Il testo del comma 2-*bis* in esame recitava: «Nei casi previsti dal comma 1 [i.e., verbali di prove dichiarative assunte in incidente probatorio o dibattimento nel giudizio d'origine], le dichiarazioni rese dalle persone indicate nell'articolo 210 sono utilizzabili soltanto nei confronti degli imputati i cui difensori hanno partecipato alla loro assunzione».

dell'uomo ed in specie la scelta di avvalersi della facoltà legale di non contribuire all'accertamento con le proprie dichiarazioni²⁹⁵. Simile conclusione si ricava dalla lettura combinata della disposizione in esame. L'imputato connesso, in quanto tale, ha la facoltà di restare silenzioso. Ebbene, se nella sede d'origine l'accusato non avesse goduto di una reale occasione di confronto con costui, e nel processo *ad quem* quest'ultimo si fosse avvalso della facoltà di non rispondere, il verbale contenente dichiarazioni eteroaccusatorie non sarebbe comunque stato acquisibile ai sensi del terzo comma dell'art. 238, proprio perché la condizione dell'irripetibilità non si sarebbe affatto perfezionata correttamente e non avrebbe potuto, con ciò, travalicare lo 'sbarramento' posto dalla nuova previsione di cui al comma 2-*bis* sul 'diritto a confrontarsi'.

In secondo luogo, nonostante la rinnovata accortezza con cui il legislatore aveva approcciato il tema dell'interscambio di dichiarazioni sul fatto altrui del coimputato e/o imputato connesso, tuttavia non si può omettere di segnalare la parzialità dell'intervento novativo. All'opposto di quanto si era tentato di sostenere nell'immediatezza dell'entrata in vigore della riforma, la curiosa discriminazione venutasi a creare non concerneva il superiore catalogo di strumenti previsti per limitare la spendibilità altrove delle dichiarazioni degli imputati connessi. Al contrario, il *vulnus* sul piano della ragionevolezza poteva piuttosto rinvenirsi rispetto alle inferiori tutele assicurate all'imputato del rito *ad quem* rispetto ai *relata* testimoniali e alle prove civili, per i quali non si richiedeva affatto che a colui nei cui confronti si intendesse spenderne l'apporto probatorio fosse stata assicurata un'occasione di confronto nel momento della loro primigenia formazione, con la sola eccezione del caso in cui le dichiarazioni testimoniali fossero state formate in prima battuta in incidente probatorio (arg. ex art. 403 c.p.p.)²⁹⁶.

²⁹⁵ Come ha poi avuto modo di sottolineare, in situazione non riguardante imputati connessi ma altro genere di dichiaranti 'qualificati' da un peculiare rapporto con l'imputato e titolari di una facoltà generale di astensione dal rendere testimonianza, Corte cost., 25 ottobre 2000, n. 440, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 3, 345, con nota di G.M. BACCARI, *Astensione tardiva del congiunto dell'imputato e nuovo art. 111 Cost.* In termini, N. Rombi, *La circolazione delle prove penali*, cit., 86.

²⁹⁶ Parla di scarsa lungimiranza della menzionata scelta legislativa, nella misura in cui limitava la condizione di nuovo conio al solo trasferimento delle dichiarazioni rese dai soggetti di cui all'art. 210 c.p.p., N. ROMBI, *La prova documentale*, cit., 607; EAD., *La circolazione delle prove penali*, cit., 80-81.

Forse la ragione che aveva determinato in prima battuta il legislatore del 1997 a ritoccare in questi limitati termini la disciplina dell'esportazione altrove di dichiarazioni a contenuto eteroaccusatorio può essere individuata nel diverso *status* giuridico-processuale assegnato, a quel tempo, all'imputato connesso, il quale indistintamente godeva del diritto al silenzio (e della correlata facoltà di mentire ex art. 384 c.p.) sul fatto proprio e sul fatto altrui

L'ultima 'tappa' del processo di riscrittura della disciplina codicistica della circolazione di prove penali e civili è segnata, ancora una volta, dalle vicende che hanno riguardato lo *status* ed il trattamento processuale degli imputati che rendano dichiarazioni concernenti l'altrui responsabilità penale, e dunque si inserisce nel dibattito su quale potesse essere il più soddisfacente equilibrio tra diritto al silenzio e diritto a confrontarsi con l'accusatore (due facce della medesima medaglia: il diritto di difesa, coniugato, nel primo caso, quale diritto di autodifesa e, nel secondo, quale diritto di difendersi provando).

Dopo le prese di posizione della Consulta, con la sentenza n. 361 del 1998²⁹⁷, il Parlamento ha dovuto 'correre ai ripari' in brevissimo tempo, confezionando la riforma costituzionale del giusto processo (l. cost. n. 2/1999), intervenendo in maniera sostanziale sull'art. 111 Cost.²⁹⁸. Ne è quindi scaturita una vasta e trasversale riforma del codice di rito penale (l. n. 63/2001), indispensabile per adeguare la trama codicistica ai nuovi canoni del diritto probatorio direttamente proclamati dalla Carta fondamentale.

già dichiarato, nel proprio e nell'altrui procedimento. Mentre il testimone, gravato dall'obbligo di verità penalmente sanzionato, veniva considerato più affidabile e, di conseguenza, si reputava sufficiente che nel momento dell'assunzione della testimonianza un contraddittorio in esame incrociato vi fosse stato, senza altre condizioni per la libertà circolatoria, si tendeva a giudicare più severamente l'attendibilità delle dichiarazioni rese dall'imputato connesso (sul punto, P. TONINI, *Diritto dell'imputato ad interrogare colui che accusa e diritto di non rispondere*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 353 ss.): di qui il diverso statuto circolatorio, a tutela delle *chances* a difesa in capo all'imputato accusato in base a dichiarazioni altrove rilasciate da un soggetto potenzialmente interessato a mentire su tali fatti. Sul tema, G.M. BACCARI, *Il temperamento*, cit., 191; G. FRIGO, *L'esigenza della conservazione degli atti non deve scardinare il contraddittorio*, in *Guida dir.*, 1997, 37, 76.

²⁹⁷ Corte cost., 2 novembre 1998, n. 361, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 1493, con note di P. TONINI e di E. MARZADURI. Per una ricostruzione approfondita delle ragioni che hanno condotto alla pronuncia *de qua*, del percorso esegetico condotto dal Giudice delle leggi, nonché del sistema emergente all'esito della declaratoria di illegittimità costituzionale degli artt. 513, comma 2, 210 e 238, comma 4, c.p.p., si rinvia a C. CONTI, *L'imputato nel procedimento connesso*, cit., 66 ss. (nonché, *ivi*, per copiosi riferimenti bibliografici).

Per quanto qui importa, la Corte ha ritenuto il quarto comma dell'art. 238 in contrasto con la Costituzione nella parte in cui *non* prevedeva che, nell'ipotesi nella quale l'imputato connesso si fosse avvalso della facoltà di non rispondere nel diverso procedimento, le sue precedenti dichiarazioni eteroaccusatorie rese nel giudizio *a quo* potessero essergli contestate e poi acquisite a fini di prova del fatto in esse rappresentato (ex art. 500, commi 2-bis e 4, c.p.p.) anche in assenza di consenso dell'imputato nel processo *ad quem*. La Consulta ha ritenuto che la *ratio* della norma censurata fosse quella di assoggettare, nel procedimento diverso di destinazione, il verbale contenente la prova dichiarativa alla medesima disciplina che avrebbe ricevuto qualora ci si fosse trovati nello stesso procedimento: a fronte della dichiarazione di incostituzionalità della disciplina contenuta nell'art. 513 c.p.p., si è conseguentemente provveduto a censurare la previsione inerente ai rapporti interprocessuali. La filosofia di fondo sposata dalla Consulta consisteva nel ritenere che l'imputato che avesse reso dichiarazioni concernenti la responsabilità penale altrui fosse sostanzialmente equiparabile ad un testimone su tali fatti: ne conseguiva che al regime delle contestazioni con conseguente acquisizione, a fini di prova della verità dei fatti, del relativo verbale dei precedenti contributi dichiarativi venisse assoggettata non solo la posizione del coimputato nel medesimo procedimento rimasto silenzioso, ma altresì l'imputato connesso ex art. 210 c.p.p. chiamato a rendere l'esame nel diverso processo e rimasto altrettanto silenzioso. Sul punto, P. TONINI, *La prova penale*, cit., 211 ss., il quale così conclude l'*excursus* sugli effetti della predetta sentenza costituzionale: «Ci sembra quindi che la regola fosse tale da neutralizzare la condizione introdotta nel 1997 (presenza del difensore al momento dell'assunzione delle dichiarazioni in incidente probatorio o in dibattimento) e da ripristinare, nella sostanza, quel principio di libera circolazione che vigeva nel 1992».

²⁹⁸ Ai principali profili implicati da tale riforma e significativi per l'indagine qui condotta dedicheremo un *excursus* nel prossimo paragrafo, cui si rinvia per tutti gli opportuni riferimenti bibliografici.

Tale manovra, incentrata sull'obiettivo di recuperare i giusti spazi per le garanzie accusatorie, ed in particolare assicurare la preminenza del contraddittorio, non solo quale prerogativa soggettiva ma altresì quale privilegiata metodologia gnoseologica, in un'ottica di ragionevole temperamento con altre succedanee esigenze (la celerità dei giudizi, l'efficienza accertativa), non ha lasciato indifferente anche l'area occupata dalla disciplina delle prove di origine aliena.

Anche complice la scelta – già ricordata in precedenza – di perseguire i proclamati valori anche sul fronte della struttura tendenzialmente unisoggettiva dei processi, che ha diradato le occasioni di *simultaneus processus* e dunque reso più appetibile il meccanismo di approvvigionamento *ab extrinseco* del materiale probatorio, il legislatore si è, dunque, fatto carico di ricercare un nuovo equilibrio nella disciplina sancita dall'art. 238 c.p.p. Si voleva evitare che il fervore accertativo portasse a voler ovviare al problema della separazione processuale ledendo in maniera intollerabile le prerogative costituzionali di nuova introduzione; al contempo, non si riteneva accettabile una completa e radicale rinuncia all'apporto di sapere costruito in altra vicenda giudiziale.

Questa rinnovata ricerca di bilanciamenti ragionevoli conferma, peraltro, come tale dispositivo processuale si collochi in un punto nevralgico dell'identità costituzionale del nostro rito penale. Un luogo sistematico in cui si condensano, integrandosi contestualmente, la regola elevata a chiave di volta dell'impianto processuale e la sua stessa eccezione, nella convinzione che un metodo è valido fintantoché non diventi disfunzionale allo scopo perseguito, dovendosene preferire la sostituzione con strumenti alternativi ma, per una serie di ragioni, efficaci²⁹⁹.

In considerazione di quanto detto, la legge di attuazione del giusto processo ha modificato l'art. 238 c.p.p., ammettendo l'acquisizione di verbali di altro procedimento penale purché si trattino di prove assunte in situazioni nelle quali sia stato attuato il contraddittorio poietico, *i.e.* l'incidente probatorio ed il dibattimento, oltreché di prove civili acquisite in giudizi chiusi con sentenza definitiva. Si è peraltro esteso, rispetto alla previgente versione della norma del 1997, a tutte le ipotesi rientranti nell'alveo del

²⁹⁹ Le riflessioni, riportate in questa sede in maniera apparentemente apodittica, verranno riprese in seguito e, anche sulla scorta dei tasselli ulteriori che andremo a collocare nei paragrafi successivi, si tenterà di offrirne adeguata giustificazione.

primo e del secondo comma dell'art. 238 la condizione di valida circolabilità del previo esercizio del diritto di difesa da parte dell'imputato. Più esattamente, si è previsto che *contro* l'imputato del processo *ad quem* siano fruibili solo prove dichiarative – quale che sia il loro 'autore' – assunte, in sede originaria, con la partecipazione del difensore di questi o, qualora trattasi di prove civili, la sentenza resa in esito al giudizio faccia stato nei suoi confronti. Si è, poi, cercato di uniformare la disposizione di cui al terzo comma della norma in esame al tenore delle altre previsioni codicistiche che si occupano di recupero dibattimentale di contributi conoscitivi irripetibili: al di là delle condizioni sancite dai capoversi che lo precedono, il comma 3 prescrive che sia *comunque* acquisibile la documentazione di atti irripetibili, ma, se si tratta di irripetibilità *sopravvenuta*, vi aggiunge l'ulteriore condizione dell'*imprevedibilità* di tale impossibile reiterabilità dell'atto nel dibattimento. Il quarto comma continua a contemplare le due opzioni residuali, vale a dire, per un verso, l'introduzione come prova di atti non rispondenti a nessuno dei requisiti di ammissibilità di cui ai commi da 1 a 3 in presenza del *consenso* dell'*imputato* nei cui confronti si intenda spendere tale apporto conoscitivo; per l'altro, in difetto di ogni altra condizione per la spendita a fini probatori di atti provenienti *aliunde*, l'uso dei verbali (sottinteso: "di precedenti dichiarazioni") *per le contestazioni* previste dagli artt. 500 e 503. Immutata, infine, la formulazione dell'ultimo capoverso della disposizione, che assicura il diritto delle parti a confrontarsi oralmente ed in modo immediato con il 'precedente' dichiarante, secondo i paradigmi di ammissione della prova di cui all'art. 190 c.p.p., salvi i casi eccezionali di cui all'art. 190-*bis* che contempla condizioni ben più restrittive.

Si rinvia a quanto si dirà nel prossimo Capitolo in merito alle numerose questioni sollevate dalla disposizione sia sul piano teorico-dogmatico sia sul piano applicativo.

Ad ogni buon conto, basti qui osservare, in conclusione, la profonda dilacerazione che, al proprio interno, vive lo stesso strumento della circolazione probatoria per come finalmente configurato dal legislatore del 2001. Da un canto, alcuni profili disciplinari del congegno paiono giustificare la presenza nel sistema in quanto puntuale attuazione delle *rationes* sulla cui scorta la Costituzione giustifica deroghe all'oneroso metodo dialettico di costruzione del legittimo sapere giudiziale specificamente autorizzate. D'altro canto, vi si rinvengono aspetti non riconducibili né al principio regolare né alle sue nominate eccezioni, ma piuttosto classificabili quale prodotto dell'aspirazione conoscitiva che impedisce di accettare rinunce istituzionali a determinati compendi conoscitivi, per quanto il legislatore abbia tentato di 'tamponarne' e contenerne le più

importanti divergenze rispetto ai modelli epistemologici accreditati.

Ebbene, se si tiene a mente quanto detto *supra* sul portato garantista che avrebbe dovuto connotare l'operare congiunto delle discipline di connessione e separazione/riunione dei processi, non può sottacersi l'effetto, in parte forse paradossale, di elisione di quelle medesime garanzie di partecipazione alla costruzione del compendio probatorio determinato dalla predisposizione, per quanto sorvegliata, dello strumento della circolazione di attività istruttoria nella forma 'cristallizzata' di atti scritti pre-formati. Impressione accentuata, oggi, dall'intersecarsi della ritmica delineata dall'art. 238 c.p.p. con alcuni recenti approdi normativi che, seppur non direttamente rivolti ad ulteriori ritocchi della norma *de qua*, sembrano condurre ad un'ulteriore perdita di spazi di confronto dialettico tra le parti dinanzi ai protocolli di prove di genesi aliena³⁰⁰.

3. GIUSTO PROCESSO, CIRCOLAZIONE PROBATORIA E REGOLE DI ESCLUSIONE

L'itinerario esegetico percorso sin qui ha già messo in luce l'incidenza capitale che gli essenziali dettami costituzionali del giusto processo spiegano rispetto agli istituti di cui ci si occupa.

Come abbiamo anticipato, tanto i meccanismi di osmosi istruttoria tra procedimenti, quanto il tessuto normativo che governa la logica ed il funzionamento delle regole di esclusione probatoria non possono esimersi dal fare i conti costantemente con il substrato di valori denotativi e caratterizzanti della dinamica processuale immaginata

³⁰⁰ Il richiamo è agli ultimissimi interventi novellatori apportati dalla c.d. Riforma Cartabia, in particolare con il d.lgs. n. 150/2022, di cui si darà conto nelle sedi opportune. Si segnala soltanto che, con la rammentata riforma, il legislatore, in consonanza con l'intento di mettere il processo penale al passo coi tempi e soprattutto con la tecnologia, si è dedicato alla configurazione di nuove metodiche di verbalizzazione dei contributi dichiarativi acquisiti in più momenti e da più soggetti processuali; accanto a ciò, ci si è impegnati nel colmare talune lacune, a più riprese segnalate in dottrina, nella disciplina del mutamento dell'organo giudicante in corso d'istruttoria e, per estensione, nel garantire il principio di immediatezza. Gli apporti innovativi della riforma in questi settori impattano in maniera decisiva su taluni degli snodi più significativi della disciplina della circolazione probatoria.

Si tenga presente, per completezza, che la disciplina processualpenalistica del fenomeno circolatorio non si esaurisce nel substrato normativo che abbiamo sin qui esaminato. Al di là di alcune disposizioni periferiche, centrale appare la norma di cui all'art. 270 c.p.p., dettato in materia di intercettazioni di conversazioni (sia tradizionali sia, oggi, dopo l'ultima riforma attuata con d.l. 30 dicembre 2019, n. 161, conv. con mod. in l. 28 febbraio 2020, n. 7, con captatore informatico). La ragione dell'omessa considerazione delle vicende storico-normative che hanno interessato simile previsione risiede nella circostanza che, sia per come è formulata la norma (quale regola d'esclusione, piuttosto che come disciplina per l'ammissione del contributo conoscitivo alieno) sia per l'oggetto mediato della tutela che attiene ai diritti fondamentali prima e piuttosto che alla formazione dialettica della prova, essa trova una differente collocazione nel sistema e stimola una specifica diafrasi interpretativa, più vicina alle tematiche concernenti l'inutilizzabilità. Motivo per cui ci si riserva di tornare *amplius* sulla questione nel Capitolo III, allorché si affronteranno i temi della prova inutilizzabile nel momento circolatorio e della prova c.d. incostituzionale.

dal legislatore costituente quando ha ridefinito le scadenze dell'art. 111 Cost. Si tratta, infatti, di disposizione direttamente coinvolta nel declinare le scadenze del diritto delle prove, di cui gli istituti qui indagati rappresentano cuori pulsanti e denotativi.

Pare allora opportuno, a questo punto, ricapitolare brevemente quelle sfaccettature del giusto processo costituzionale che risultano decisive per meglio comprendere, *de iure condito*, lo statuto dei marchinegni processuali di regolamentazione dell'approvvigionamento conoscitivo di cui si tratta e valutarne l'effettiva compatibilità con i metodi di conoscenza accreditati dalla Carta fondamentale, tenuto altresì conto delle differenti modulazioni che essi assumono nelle molteplici e variegate esperienze processuali.

a. *Contraddittorio come metodo di conoscenza*

L'esperienza processuale – come abbiamo cercato di chiarire – possiede una connaturata propensione cognitiva, che si intesse con una contestuale anima etica.

Tali essenziali caratteri si ritrovano proclamati a chiare lettere, con riferimento a *tutti* i tipi di processo, sin dai primi due commi dell'art. 111 della Costituzione, i quali sanciscono l'ideale di 'giustizia' processuale quale ontologico connotato strutturale dell'attività giurisdizionale³⁰¹ e ne proclamano i corollari cui la legge deve attenersi nel declinare i caratteri denotativi delle molteplici discipline procedurali di riferimento: in specie, contraddittorio tra le parti, terzietà ed imparzialità del giudice³⁰².

Si consacra in questo modo la centralità della dimensione *dialettica*, riconoscendo espressamente l'importanza della dinamica processuale *isonomica*³⁰³, che vale a

³⁰¹ Riteniamo di accogliere la tesi di chi ha affermato che la locuzione «giusto processo regolato dalla legge», adoperata dall'art. 111 Cost. per indirizzare le scelte di politica processuale attuative della giurisdizione, alluda ad un «concetto ideale di Giustizia, preesistente rispetto alla legge e direttamente collegato a quei diritti inviolabili di tutte le persone coinvolte nel processo che lo Stato, in base all'art. 2 cost., si impegna a riconoscere». Così C. CONTI, voce *Giusto processo (b) dir. proc. pen.*, in *Enc. dir.*, Agg. V, Milano, 2001, 628, cui si rinvia per ulteriori riferimenti bibliografici; EAD., *L'imputato nel procedimento connesso*, cit., 93 ss.

³⁰² G. UBERTIS, voce *Giusto processo (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Annali II-1, Milano, 2008, 432; S. CHIARLONI, voce *Giusto processo (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, Annali, II-1, Milano, 2008, 406 ss.

³⁰³ Nell'analizzare approfonditamente la relazione ed il conflitto tra retorica e logica nel definire l'essenza dell'esperienza processuale contemporanea, prendendo le mosse dal basilare concetto di 'ordine', quale categoria tipica dell'argomentazione che, riportata nell'ambito della procedura giudiziale, funge da efficace selettore delle informazioni rilevanti ed idonee ad assurgere a prove, A. GIULIANI, *Ordine isonomico ed ordine asimmetrico: «nuova retorica» e teoria del processo*, in *Soc. dir.*, 1986, 2-3, 81 ss. e in partic. 85 ss., ha esaminato l'antinomia tra un ordine definito *isonomico* ed un ordine c.d. *asimmetrico*. Con riguardo al primo, egli ha affermato che il *metodo dialettico* rappresenterebbe la logica stessa dell'ordine nella discussione argomentativa, nelle sue due sfaccettature rappresentate dalla teoria della controversia e dalla teoria della prova: in simile cornice, appuntata su di una teorica della verità che condivide i propri punti salienti con quella da noi sposata nei paragrafi precedenti, la procedura giudiziale si incardina sui fondamentali principi del contraddittorio, quale strumento di ricerca della verità e «struttura portante della *forma probandi*», e della

garantire, sul piano del sistema, la migliore esplicazione della funzione giurisdizionale e, sul piano della singola vicenda processuale e delle istanze individuali, il diritto di azione e difesa di ciascuna parte, in quanto consente loro di offrire il proprio paritario contributo argomentativo e di interloquire dinanzi al giudice per il raggiungimento della giustizia del risultato decisorio³⁰⁴.

L'accezione del contraddittorio accolta dal menzionato comma 2 dell'art. 111 Cost. è, pertanto, da ricondursi al generale principio di equità processuale che pretende che la decisione del giudice sia assunta *audita altera parte*³⁰⁵: colui il quale potrebbe subire le conseguenze di un provvedimento giurisdizionale (sia che esso lo possa privare della libertà personale, sia che esso ne incida posizioni giuridiche soggettive di altra natura, patrimoniali o non) dev'essere messo in condizione di prospettare la propria 'versione dei fatti' e di argomentare su quella offerta dalla controparte.

La dizione letterale della norma impone che una simile occasione di interlocuzione sia senz'altro assicurata, mentre non appare altrettanto categorica sul momento entro il quale attuare legittimamente tale condizione. È, dunque, possibile che all'interessato siano concessi spazi di esplicazione del diritto di difesa seppur *differiti* ad un momento successivo alla adozione della decisione sul suo diritto, ovvero anche dopo che l'elemento istruttorio introdotto nel compendio conoscitivo fruibile per la decisione sia già stato unilateralmente prodotto e formato dalla controparte³⁰⁶.

delimitazione dell'*ordo probationum* tramite «rigorose regole di esclusione». Si tratta di ordine a forte connotazione etica, oltretché metodologica, in quanto l'affermazione della centralità della eguaglianza (dinanzi ad un giudice neutrale ma non passivo spettatore) non mira esclusivamente ad assicurare l'ordine della conoscenza – divisa tra le parti ad arginare e rimediare alla fallibilità del giudizio –, bensì anche l'ordine della giustizia naturale (a riequilibrare ineguaglianze sostanziali e a garanzia dei valori che, oggi, riferiremmo al *due process of law*). Per converso, i tipici connotati dell'ordine asimmetrico si fondano sull'accoglimento di un'idea di razionalità calcolante e burocratica che svaluta l'apporto epistemologico del confronto dialogico a tutto favore della pretesa unicità di una Verità entificata: ciò spiega la refrattarietà rispetto a tecniche probatorie fondate sul contraddittorio, concepito quale ostacolo rispetto alla emersione della verità, e la predisposizione normativa di regole di prova legale che, come formule aritmetiche, permettano di calcolare la verità, sul presupposto che l'oggetto e le modalità dell'indagine non influiscano affatto sull'esito conoscitivo. Più diffusamente, ID., voce *Prova*, cit., 522 ss.; ID., *Il concetto di prova*, Milano, 1961, *passim*.

³⁰⁴ O. MAZZA, voce *Contraddittorio (principio del)* (*dir. proc. pen.*), in *Enc. dir.*, Annali, Milano, 2014, 247 ss.

³⁰⁵ A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 193; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 39 ss., afferma che dal contraddittorio, manifestazione del brocardo *audiatur et altera pars*, affiora il carattere *antagonistico* e *dispositivo* del modello processuale accolto in Costituzione e, contestualmente, si assicura il diritto delle parti ad un procedimento leale e corretto; ID., *Etica e tecnica del giusto processo*, cit., 29 ss.; A. MARCHESELLI, *Contraddittorio e parità delle armi per un "giusto processo" tributario*, in *Dir. prat. Trib.*, 2006, 4, 10695 ss.

³⁰⁶ Nell'ambito della disciplina del processo penale, si rinvencono chiare espressioni della concezione del contraddittorio di cui si è dato conto nel testo ad es. nella disciplina del procedimento per decreto, nella misura in cui si consente al destinatario della sanzione irrogata *inaudita altera parte* di recuperare la dinamica dialettica proponendo opposizione al decreto (mentre il mancato esercizio di tale facoltà vale ad integrare quell'ipotesi di

Pertanto, il concetto di contraddittorio che la Carta costituzionale enuncia con riferimento a tutte le svariate manifestazioni della funzione giurisdizionale si ammanta di un senso prettamente difensivo ed argomentativo. Il confronto tra le parti ha, qui, lo scopo di ritrarre da emergenze istruttorie precostituite significati ed interpretazioni relative al contesto di riferimento che possano fornire al giudice, collocato in posizione di equidistanza rispetto ai contendenti³⁰⁷, la più persuasiva ricostruzione della vicenda

consenso dell'imputato che rende costituzionalmente accettabile un rito semplificato che ometta qualsiasi occasione di diretto confronto tra accusa e difesa innanzi al giudice); nell'ipotesi dell'applicazione delle misure cautelari, che avviene a sorpresa ed è seguita dalla *discovery* che consente all'indagato di conoscere il substrato indiziario a fondamento della misura al fine di porlo in condizione di difendersi in sede di interrogatorio di garanzia; nel caso di attivazione di quei mezzi di ricerca della prova che legittimamente possano eseguirsi in segreto (intercettazioni, nonché altri mezzi di ricerca della prova c.d. atipici, quali le videoregistrazioni), nei quali l'occasione per l'indagato di prospettare la propria 'versione dei fatti' viene posticipata – per ragioni di effettività delle attività inquirenti – ad un momento nel quale porre la difesa nella piena conoscenza delle risultanze ottenute non è idonea a pregiudicare l'esito delle investigazioni.

Quanto al contesto del processo civile, si consideri la dizione dell'art. 101 c.p.c. che, se da un lato prescrive l'obbligo di stimolare il contraddittorio tra le parti nel momento in cui il giudice rilevi d'ufficio una questione rilevante ai fini della decisione, dall'altro pone una clausola di riserva per quei casi, previsti *ex lege*, nei quali tale anticipato confronto dialettico sia provvisoriamente accantonabile e posticipabile secondo le scadenze rituali stabilite per ciascun procedimento a contraddittorio differito: sul punto, A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 196 ss., il quale cataloga tre *rationes* che giustificano la legittima deroga al principio del contraddittorio nell'ambito del processo civile, a condizione che gli spazi di interlocuzione dialettica tra le parti vengano comunque recuperati *ex post* dopo l'emanazione del provvedimento giudiziale: *i*) l'efficacia del provvedimento richiesto sarebbe frustrata dalla preventiva audizione del controinteressato che sarebbe posto in allerta; *ii*) l'urgenza dell'adozione del provvedimento, che determina l'intollerabilità di una sua procrastinazione in attesa dell'attivazione della dialettica tra le parti; *iii*) la particolare natura del diritto azionato o della prova dei fatti costitutivi del diritto fatto valere non consente di garantire il contraddittorio preventivo. In termini, L.P. COMOGLIO, *Etica e tecnica del giusto processo*, cit., 31; S. CHIARLONI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 4, 1020 ss.; A. MARCHESELLI, *Contraddittorio e parità delle armi*, cit., § 2, con particolare riferimento al rapporto intercorrente tra difesa del contribuente nel processo tributario e procedimento d'imposizione la cui struttura è tendenzialmente unilaterale: l'esplicazione del contraddittorio si attua in giudizio, dunque in una fase posticipata.

³⁰⁷ Ragion per cui la terzietà ed imparzialità del giudice, da leggersi anche quale neutralità metodologica ed impregiudicatezza conoscitiva, sono requisiti di ogni processo che la norma costituzionale giustappone al contraddittorio dialettico-argomentativo in quanto caratteri ad esso consustanziali (il primo collocato sul piano ordinamentale, il secondo su quello dell'oggetto del giudizio e quindi della specifica vicenda processuale). O. MAZZA, voce *Contraddittorio*, cit., 249; C. CONTI, voce *Giusto processo*, cit., 630; R. ORLANDI, *L'attività argomentativa delle parti nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 457; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 49 e, con riferimento al nesso tra necessaria impregiudicatezza dell'organo giudicante e spendita di poteri istruttori *ex officio*, 137 ss.; S. CHIARLONI, *Il nuovo art. 111 Cost.*, cit., 1024 ss., il quale tuttavia non pare ritenere innovativa la previsione di simili qualità dell'organo giudicante nel dettato dell'art. 111 Cost. riformato, asserisce piuttosto che la formula adoperata dal costituente sarebbe inutilmente enfatica, sebbene comunque acceda infine alla lettura che esclude che il binomio costituisca un'endiadi e che, invece, colloca la terzietà sul piano ordinamentale e l'imparzialità su quello dell'esercizio della funzione nel caso concreto: tuttavia l'A. non percorre tutto l'*iter* esegetico necessario per rilevare l'intima connessione che la Carta fondamentale istituisce tra simili garanzie e il proficuo attuarsi della gnoseologia giudiziaria.

Lo svolgersi della dialettica processuale dinanzi ad un giudice 'impregiudicato' assicura una fondamentale garanzia tanto con riferimento al diritto ed interesse delle parti di contribuire in maniera significativa alla formazione del convincimento del giudice e, di lì, alla 'costruzione' del *decisum* sul bene giuridico oggetto del giudizio, quanto rispetto alla bontà epistemologica dell'accertamento stesso. Con specifico riferimento al processo penale, sui rischi derivanti dalla c.d. 'forza della prevenzione' e, dunque, sulla necessità di assicurare una struttura processuale capace di mantenere la neutralità conoscitiva dell'organo giudicante si è espressa la Corte costituzionale, con la sentenza 17 giugno 1999, n. 241, in *Foro it.*, 1999, I, 2420.

Sul rapporto necessariamente integrato, o – se si vuole – sulla relazione biunivoca che lega contraddittorio e imparzialità, si leggano le significative parole spese da P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., 110, il quale osserva che «sul piano della prova il contraddittorio rappresenta la traduzione, in termini oggettivi, dell'imparzialità giurisdizionale. Sarebbe vano disporre di un giudice imparziale, se tale – formato tra le parti – non fosse anche il materiale sulla cui base si è assolti o condannati [o sulla cui base è assunta la decisione sulla

sottoposta al suo vaglio³⁰⁸.

Senza voler affatto esprimere alcun giudizio di valore, la dottrina ha definito ‘*debole*’ questa versione ‘argomentativa’ del contraddittorio, quello che si svolge *sulla* prova già formata ed acquisita nel compendio istruttorio. Tale forma di dialettica viene giustapposta – senza alcuna frontale contrapposizione – all’altra declinazione che a tale tecnica processuale viene riconosciuta dall’art. 111 Cost., nei suoi commi 3 e 4, che si occupano unicamente del processo *penale*³⁰⁹ e, per quanto qui di rilievo, descrivono e

attribuzione del diritto o interesse azionato in giudizio; n.d.A.]».

³⁰⁸ L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 40-41, con puntuale riferimento a quella manifestazione del diritto al contraddittorio che si esplica nel diritto alla prova, riconoscendo come la dialettica tra le parti non si possa esplicitare sempre nel momento formativo del contenuto conoscitivo probatorio, osserva che il tenore della garanzia costituzionale pretenda che quantomeno a ciascun protagonista della vicenda processuale sia assicurato di discutere con pienezza argomentativa ed effettività su elementi precostituiti ed acquisiti al giudizio, ed in particolare sulle modalità della loro acquisizione e, una volta appuratane l’ammissibilità, sull’efficacia probatoria da attribuire a ciascuno di essi nel giudizio. Una simile riflessione gioca un ruolo di primario rilievo nel contesto della dissertazione sulla praticabilità, i limiti e le modalità di attuazione del fenomeno di interscambio probatorio, tenuto conto della circostanza che l’importazione *ab externo* di atti istruttori di genesi aliena implica l’immissione in un dato circuito conoscitivo processuale di elementi che si mostrano nella veste di prove precostituite, in forma documentale, pur quando originariamente avevano sostanza di prove costituite da assumersi oralmente (e verbalizzare). Con l’ulteriore spinosa criticità derivante dal fatto che siffatta dinamica potrebbe interessare processi svolgentesi tra parti diverse, con il conseguente rischio di arrecare, nei confronti di una o tutte le parti nel giudizio *ad quem*, un intollerabile *vulnus* al diritto di partecipazione dialettica quantomeno circa la modalità di acquisizione dell’elemento oggetto di trasferimento interprocessuale.

In termini, R. ORLANDI, *Atti e informazioni della autorità amministrativa*, cit., 205 ss., il quale evidenzia come il confronto dialettico tra le parti si realizzi, oltre che ad istruttoria conclusa e con lo scopo di persuadere il giudice, con specifico riguardo al momento acquisitivo della conoscenza su cui poi si svolgeranno le argomentazioni suddette: se, nel modo di attuazione del confronto dialettico in tale fase, le differenze sono innegabili tra prove precostituite e costituite, tuttavia l’A. pone l’accento su di un profilo di identità da non trascurare, ossia il fatto che per entrambe le tipologie di prova la dialettica si possa e si debba attuare «assicurando alle parti la facoltà di *discutere i presupposti di ammissibilità*» dell’esperienza probatoria richiesta al giudice (corsivo nostro).

Si vedano, altresì, le condivisibili affermazioni di A. MARCHESELLI, *Contraddittorio e parità delle armi*, cit., §2, il quale lega il contraddittorio nella accezione più generale che l’art. 111 Cost. riferisce a tutti i tipi processuali alla ‘giustizia’ dell’esito decisivo, in forza dell’acquisizione epistemologica secondo la quale una questione discussa sia decisa meglio di una affrontata solipsisticamente nella solitudine del decisore. Appaiono alquanto rilevanti due profili di un simile postulato: *i)* l’A. rinviene nel tenore del secondo comma dell’art. 111 Cost. l’attestazione del valore *strumentale* del contraddittorio, nella sua veste di tecnica dialettico-argomentativa, tutta protesa ad assicurare il miglior risultato decisivo possibile: anche questa forma di contraddittorio, caratteristica di qualsiasi tipologia processuale, garantisce la giustizia della decisione e del processo; *ii)* nella strumentalità di cui si ammantava il contraddittorio si legge, poi, l’attestazione della sua funzionalizzazione ad uno scopo che è altro dal contraddittorio stesso, con una logica – di cui diremo *amplius infra* – che non è affatto estranea alla tecnica con la quale il costituente ha inteso concepire il contraddittorio, tipicamente penalistico, nella formazione della prova.

³⁰⁹ S. CHIARLONI, *Il nuovo art. 111 Cost.*, cit., 1033 ss., il quale, nel delimitare con decisione al solo processo penale la garanzia del contraddittorio nella formazione della prova, osserva che, viceversa, nel processo civile «per espressa volontà costituzionale – il principio del contraddittorio sancito nel secondo comma dell’art. 111 allude non alla formazione della prova, bensì alla *dialettica* tra le parti, che si può attuare *anche sulla “verbalizzazione” attuata al di fuori del processo* della dichiarazioni di terzi informati sui fatti della causa, *salva sempre la facoltà per il giudice o per le parti di controllare tali dichiarazioni con l’esame del testimone in udienza*» (corsivo nostro). L’inciso conclusivo della riflessione dell’A. ci sembra affatto significativo, in quanto pone bene in evidenza come la dinamica dialettica – che viene a coinvolgere non solo le parti, bensì anche l’organo giudicante – si sviluppi comunque nel momento della formazione dell’elemento probatorio sul quale, poi, il giudice sarà chiamato a formare il proprio convincimento motivato dopo aver apprezzato le argomentazioni conclusive delle parti: ebbene, se pur non si può discorrere di contraddittorio *per* la prova, dotato di quella forza poetica in grado di scolpire, a forza di domande e risposte dirette, lo stesso contenuto dell’elemento probatorio dichiarativo, si ha comunque una valorizzazione della dialettica ‘triangolare’ (parti-giudice-testimone) quale momento necessario

per vagliare la bontà accertativa di una dichiarazione verbalizzata prima e fuori dall'udienza, magari unilateralmente. Ciò spiega un rilevante effetto rispetto al fenomeno della acquisizione *ab externo* di elementi conoscitivi generati nel corso di esperienze processuali aliene: non è importante considerare (solamente) se nella sede originaria vi sia stato un apporto dialettico nel formare l'elemento che si intende immettere nel circuito processuale di destinazione, poiché il recupero del contraddittorio in quest'ultimo diverso sistema ha un peso essenziale per assicurare ai suoi protagonisti quell'occasione di confronto sull'elemento preformato che garantisce il rispetto del principio costituzionale e assegna alle parti e al giudice del giudizio *ad quem* la possibilità di controllare l'affidabilità euristica del materiale istruttorio circolante e di imprimere il proprio contributo sul risultato probatorio che il giudice ne trarrà in fase decisoria; G. D'ANGELO, *Le prove atipiche nel processo amministrativo*, Napoli, 2008, 178; P. TONINI-C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., 31 ss.

Ci sembra, tuttavia, di significativo interesse l'apertura possibilista (che rasenta quasi un coraggioso futurismo) di L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 40-41, il quale suggerisce una possibile estensione anche al sistema probatorio civilistico di una qualche forma di contraddittorio nella formazione della prova, seppur non manifestantesi nella *cross examination* ma attuato tramite la diretta partecipazione delle parti al momento dell'assunzione delle prove orali. Corre però l'obbligo di segnalare come lo stesso A., in altro scritto (*Etica e tecnica*, cit., 66 ss.) ricordi in chiave più tradizionalista che la Carta fondamentale non abbia positivizzato il canone del contraddittorio nella formazione della prova per i processi diversi da quello penale nella sua dimensione di legittima qualificazione in termini di 'prova' solo degli elementi costruiti nel contraddittorio poetico dinanzi al giudice del dibattimento. Di simile assunto (inattaccabile sul piano dell'esegesi letterale del testo costituzionale) non riteniamo condivisibile il ragionamento seguito dall'A. per ricavare la giustificazione offerta di una simile ricostruzione, incentrata sul rilievo che, se si affermasse che la Costituzione prescrive anche per i processi di natura non penale la necessità di formazione dialettica delle prove orali, si negherebbe inopinatamente l'ammissibilità in tali vicende processuali di prove precostituite documentali e, soprattutto, delle prove preformate in altro giudizio. Invero, si tratta di un ragionamento circolare: così argomentando si adopera l'obiettivo finale (ossia la legittimazione dell'immissione di materiale probatorio precostituito altrove nel canale conoscitivo disponibile per il giudice a fini decisori) come *ratio* della previsione che dovrebbe a propria volta giustificare proprio quel dato scopo e non si considera che anche nel processo penale i documenti sono ammissibili (in ragione del fatto che la tecnica del contraddittorio forte ha senso ed è imposta *solo* per le prove orali che con tale metodologia possono essere acquisite) e dunque non vi è una netta contrapposizione tra le due prescrizioni.

Altrettanto in sintonia con l'idea che, in una certa misura, sia opportuno discorrere di contraddittorio nella formazione della prova anche in contesti processuali diversi da quello penale appare G. TARZIA, *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 643, il quale afferma: «non è la garanzia di un contraddittorio *posticipato* alla formazione della prova e quindi *tardivo*, quella che può legittimare l'introduzione della fonte atipica di prova nel processo. È la formazione della prova che deve avere luogo nel contraddittorio delle parti». In questo senso, più di recente al lume delle innovazioni nella disciplina costituzionale apportate alla fine del secolo scorso, con vigorosa convinzione anche A. CASTAGNOLA, *L'accertamento dei fatti fuori dal giudizio*, in AA.VV. *Lo statuto del giudice e l'accertamento dei fatti*, Atti del XXXII Convegno nazionale – Messina, 27-28 settembre 2019, Bologna, 2021, 57 ss., che, tra le varie argomentazioni senz'altro condivisibili che propone a supporto della propria posizione, fa rilevare come sarebbe alquanto irragionevole ed insensato pensare che «una garanzia costituzionale [i.e., il contraddittorio; n.d.A.] che deve valere immancabilmente nel processo, e quindi per tutta la sua durata [...], possa invece mancare in una sua fase cruciale come la formazione della prova, solo perché la Costituzione menziona il tutto e non la parte» e solo perché esplicitamente il contraddittorio nella formazione della prova viene riferito al solo processo penale (circostanza che l'A. lega all'origine storica della riforma del giusto processo, e dunque, in breve, ai conflitti tra Consulta e legislatore in punto di diritto al silenzio degli imputati connessi e collegati): Castagnola conclude, dunque, icasticamente che il contraddittorio «non può non essere *forte* anche nel processo civile» (corsivo nostro); ID., *L'accertamento dei fatti fuori dal giudizio*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 3, 981 ss., in partic. § 9: «ai fini della effettività della difesa, la partecipazione alla formazione della prova ha una valenza senz'altro superiore ad una mera possibilità di commentarne le risultanze dopo che esse sono ormai state acquisite al di fuori del contraddittorio. Ciò è tanto vero, che il contraddittorio *per* la prova è chiamato contraddittorio poetico, a significarne il valore costruttivo, mentre quello *sulla* prova è il contraddittorio retorico-argomentativo: ove nella differenza tra i due attributi emerge chiaramente la stessa differenza che intercorre tra dire e fare. Possiamo seriamente sostenere che l'esigenza di un contraddittorio poetico che plasmò la prova, e non si limiti a commentarla *ex post*, valga solo per il processo penale? Dal punto di vista della ragione giustificatrice di questa forma di contraddittorio, essa evidentemente vale ad eguale titolo per i due tipi di processo; non si vede infatti alcun motivo, per il quale nel processo civile un contraddittorio effettivo non dovrebbe svolgersi, prima che sui risultati della prova, anche nella sua formazione: ciò è tanto vero, che il codice di rito disciplina dettagliatamente la partecipazione delle parti alla prova testimoniale, alla consulenza tecnica e così via. Il contraddittorio per la prova è quindi previsto dalla legge ordinaria, a dimostrazione della sua importanza». In termini, si consideri la chiara presa di posizione di G.F. RICCI, *Prove penali e processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, 860, il quale osserva che «il contraddittorio non può limitarsi alla loro [delle prove] scelta e valutazione, ma deve riguardare anche la loro assunzione», legando ciò anche alla circostanza che tale assunzione avvenga innanzi all'organo giudicante non solo incaricato della decisione sulla regiudicanda bensì, prima ancora, anche della garanzia del diritto alla prova delle parti da assicurarsi anche mediante la spendita di determinati poteri istruttori:

prescrivono in modo specifico la metodologia euristica che il sistema costituzionale intende eleggere a proprio paradigma. Si fa riferimento, in particolare, alla canonizzazione del contraddittorio c.d. *'forte'*, ossia quello che si svolge *per* la prova, o, per usare le testuali parole del quarto comma dell'art. 111 cit., «*nella formazione della prova*».

L'idea accolta dalla riforma costituzionale del 1999 ruota intorno alla presa di coscienza della straordinaria potenzialità conoscitiva sprigionata dall'applicazione della metodica dell'interscambio dialettico all'ambito della vera e propria *costruzione* della piattaforma probatoria di cui l'organo giudicante risulta destinatario. La Carta fondamentale si dedica così a definire il metodo aureo³¹⁰ ed ineludibile della *lex probatoria* penale, assegnando un ruolo di primissimo piano – nella dinamica conoscitiva che anima di sé il processo penale – ad una efficace metodologia accertativa, articolata intorno ad una serie di dettagliate regole che, come un filtro a maglie strette, selezionino la via migliore per pervenire a risultati gnoseologici, per un verso, affidabili e genuini e, per l'altro, pienamente rispettosi della nostra architettura costituzionale a base personalistica³¹¹. L'ambizione – di cui si è detto diffusamente – al raggiungimento della migliore conoscenza possibile si sublima nella esplicita prescrizione della *cross examination* dibattimentale quale *modus probandi*

un tale intreccio di poteri ed interessi dei vari protagonisti della vicenda istruttoria ha, secondo il condivisibile punto di vista dell'A., un peso decisivo sulle modalità di attuazione del contraddittorio e, in particolare, sull'esito dell'assunzione della prova stessa. Nel medesimo senso, M.C. VANZ, *La circolazione della prova*, cit., 218 ss., in partic. 229 ss. («Non si può negare che il diritto di difesa del terzo risulti comunque indebolito anche nel contesto civile allorquando venga meno il *contraddittorio nella formazione della prova* [...] La circostanza che il testo costituzionale abbia mostrato un'acuta sensibilità per il processo penale non è espressione, a nostro giudizio, della volontà di attribuire all'istruttoria del processo civile un ruolo necessariamente distinto e svilito»). L'A. in particolare si sofferma sulle ragioni di carattere *strutturale* che rendono necessarie, in sede penale e non invece in quella civile, le sottolineature che richiamano una particolare cautela dell'operatore processuale in dipendenza dell'eventualità di una «percettibile e nettissima scissione, cronologica e di metodo» che ricorre nel rito penale allorché la prova sia raccolta in una fase diversa da quella dibattimentale; per contro, simile «intensa enfattizzazione tra momento formativo e momento critico della prova» non si manifesta nella struttura processualciviltistica; cfr. altresì F. CARPI, *Profili del contraddittorio nell'arbitrato*, in *Riv. arbitrato*, 2002, 16 ss.

³¹⁰ P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, Bologna, 2005, 2 ss., definisce il contraddittorio in senso forte «la regola d'oro del processo accusatorio».

³¹¹ L. KALB, *Il documento nel sistema probatorio*, cit., 253 e 255, rimarca la linea di congiunzione che il costituente ha voluto tracciare tra garanzia della legalità (che il primo comma dell'art. 111 Cost. eleva a primo connotato ineludibile del giusto processo) ed il contraddittorio nella formazione della prova: «[...] la portata della legalità sta a significare la messa al bando di qualsiasi meccanismo idoneo a determinare la elusione del concreto esercizio del diritto al contraddittorio». Ciò ha un peso davvero significativo rispetto alle cadenze con cui si attua il fenomeno del recupero ed utilizzazione giudiziale di atti pre-formati altrove, pur in assenza di un diretto confronto con la fonte da cui è stato ottenuto il contenuto dichiarativo riprodotto nel verbale *aliunde* proveniente, tanto nella sede di primigenia origine dell'atto quanto nel processo di destinazione.

d'elezione³¹², idoneo al soddisfacimento delle prerogative etico-morali su cui si erge l'ordinamento nel suo complesso, ed al contempo attuativo di una dinamica epistemica indirizzata lungo un percorso in cui sia dato testare e mettere alla prova l'attendibilità di quanto introdotto nel compendio probatorio fruibile per la decisione.

A ben vedere quindi, come la miglior dottrina in materia non ha mancato di sottolineare, il contraddittorio in senso forte configurato ai commi 3 e 4 dell'art. 111 Cost. compendia in sé due anime, distinte ma compenstrate. Esso, difatti, per un verso, viene inteso quale *metodo* avversativo di formazione delle prove, il migliore per la soddisfazione dell'afflato *aleatico-epistemologico* del processo penale, poiché – pur nella fallibilità di ogni tecnica conoscitiva ideata e praticata dall'essere umano – costituisce lo strumento più efficace *per l'accertamento* dei fatti nella loro genuinità, attuato tramite l'esame incrociato direttamente condotto dalle parti³¹³. Per l'altro, implica il

³¹² In giurisprudenza si trova una chiarissima affermazione di una simile interpretazione in Cass. pen., sez. II, 22 novembre 2007, n. 43331, Poltronieri, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 7, 878, con nota di P. TONINI: «L'interprete non può esimersi dal rilevare la *solennità* della formula con la quale la Costituzione individua nel contraddittorio non un generico connotato della giurisdizione, ma la *regola imprescindibile della "formazione della prova"* (art. 111 Cost., comma 4, prima parte), prescrivendo, perciò, che nel contraddittorio avvenga la costruzione del materiale probatorio sul quale si fonda il convincimento del giudice» (corsivo nostro).

³¹³ Dinanzi al giudice (artt. 498, 499, 525 c.p.p.) che è chiamato a vagliare il portato gnoseologico di ciascun elemento istruttorio partitamente (art. 192 c.p.p.) e, quindi, nell'interazione delle molteplici risultanze probatorie così acquisite (artt. 526 e 546, comma 1, lett. e), c.p.p.). Come si osserverà più oltre nel testo, non è indifferente, per il sistema, la contestualizzazione spazio-temporale dell'assunzione delle prove affinché il contraddittorio forte possa manifestare realmente tutta la propria forza maieutica e poetica. La tecnica prescelta dal costituente pretende (di regola) una apposita dinamica nella quale si situino contestualmente tutti i 'partecipanti' all'esperienza probatoria.

P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., 108 ss., chiarisce, in chiave del tutto condivisibile, che la forza maieutica del contraddittorio quale tecnica adoperata per la formazione della prova dichiarativa, attuata nell'interazione tra interrogante, interrogato, controinterrogante ed eventualmente organo giudicante, risiede nella dinamica che con esso si crea, dotata del potenziale per arginare, smascherare, bilanciare tanto il difetto mnemonico del testimone, quanto l'errore o la menzogna, quanto anche l'influenza che, anche inconsapevolmente, l'interrogante, con la propria parzialità, viene a esercitare sul dichiarante. «La sua forza non sta nell'idea chimerica e platonica che le parti cooperino ad un comune fine di ricerca della verità [...], ma nell'opposizione dialettica, nello *scontro ritualizzato* che consente di formare la prova muovendo da visioni confliggenti. Ciò non vuol dire che il contraddittorio sia funzionale ad un processo inteso come duello o come 'gioco' tra le parti, volto a garantire la vittoria al più abile dei contendenti, senza riguardo ad esigenze di giustizia e di accertamento del vero. L'*assioma gnoseologico* a cui si ispira è che la verità non si manifesti né per le intuizioni solitarie di un giudice onnisciente (secondo la logica inquisitoria), né per la ricerca sincera e disinteressata delle parti (come nel dialogo platonico); ma si riveli, anzi si 'tradisca' contro il volere stesso delle parti, proprio nel conflitto tra le opposte prospettive. Lo sa bene l'avvocato che prudentemente rinuncia al controesame di un teste affidabile, nella consapevolezza che, anche svolgendolo nella forma più aggressiva, otterrebbe il solo effetto di rafforzare la deposizione. *Nulla fortifica una tesi quanto il tentativo fallito di falsificarla; sta qui il valore del contraddittorio*. Ma il maggior pregio dell'esame incrociato non è tanto di accertare la verità, quanto di scoprire la menzogna; funzione essenziale, dato che nel processo, come altrove, spesso è decifrando le menzogne che si raggiunge la verità» (corsivo nostro). ID., *Il giusto processo*, cit., 28 ss., riflette sulla circostanza che l'art. 111, per come formulato nel 1999, viene ad istituire un collegamento inestricabile tra la 'giustezza' del processo, la sua aspirazione gnoseologico-cognitiva e l'aureo metodo avversativo di formazione della prova: «la qualifica di giusto [...] sugger[isce] un assetto processuale 'cognitivo', fondato su un sapere dialetticamente elaborato, capace di produrre una decisione 'giusta', pur nell'inevitabile fallibilità di ogni metodo».

Sulla funzione contestualmente di garanzia e di strumento conoscitivo da assegnarsi al contraddittorio, cfr. anche A. CASTAGNOLA, *L'accertamento dei fatti fuori dal giudizio*, cit., § 11, il quale opina nel senso che tale tecnica influisca non solo sulla *legalità* della decisione, ma anche sulla sua *qualità*, in quanto metodo per la

riconoscimento in capo all'imputato di un vero e proprio *diritto individuale* a confrontarsi con chi lo accusa (c.d. *right of confrontation*), quale caratteristica sfaccettatura del diritto di difesa letto, con la lente di vassalliana memoria, in termini di «diritto di difendersi provando»³¹⁴. Nel primo senso, si accredita la dimensione *oggettiva* del contraddittorio in senso forte (art. 111, comma 4, primo per., Cost.); nel secondo significato, viceversa, si discorre di dimensione *soggettiva* del contraddittorio forte (art. 111, comma 3 e comma 4, secondo per., Cost.)³¹⁵.

A questo riguardo, e per meglio illuminare profili di cui andremo a discorrere nei prossimi capitoli, vale la pena sottolineare alcune circostanze decisive.

Innanzitutto, esaminando più a fondo il dettato della norma costituzionale, ci sembra possibile sostenere che essa, a tutela di entrambe le 'anime' del contraddittorio forte, abbia sancito vere e proprie regole di esclusione probatoria di fonte costituzionale a garanzia del metodo privilegiato di costruzione del sapere giudiziale³¹⁶.

Nel caso del contraddittorio in senso oggettivo, la direttiva escludente va ricavata in negativo³¹⁷: se la formazione della prova è regolata dalla tecnica del contraddittorio, gli

corretta formazione della prova; nel medesimo senso, diffusamente, ID., *L'accertamento dei fatti*, cit., 64 ss. coglie icasticamente la duplice anima, epistemologica ed etica, che connota il contraddittorio M.C. VANZ, *La circolazione della prova*, cit., 229, nt. 82, allorché osserva che «il contraddittorio non è solo una tecnica affidabile per approssimarsi alla verità storica, ma è, ancor prima, una scelta di civiltà».

³¹⁴ G. VASSALLI, *Il diritto alla prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, 1, 12.

³¹⁵ In argomento, C. CONTI-P. FERRUA-P. TONINI, voce *Art. 111 Cost.*, in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda-G. Spangher, Milano, 2017, Tomo I, 98 ss.; P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, Vol. 1, *Struttura e procedimento*, Torino, 2015, 107 ss.; P. TONINI, *L'alchimia del nuovo sistema probatorio: una attuazione del giusto processo?*, in *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova (legge 1° marzo 2001, n. 63)*, a cura di P. Tonini, Padova, 2001, 16 ss.; G.M. BACCARI, *Astensione tardiva del congiunto dell'imputato e nuovo art. 111 Cost.*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 3, 345 ss.; C. CONTI, *L'imputato nel procedimento connesso*, cit., 93 ss.; EAD., *Le due "anime" del contraddittorio nel nuovo art. 111 Cost.*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 197 ss.; EAD., voce *Contraddittorio*, cit., *passim*; L. KALB, *Il documento nel sistema probatorio*, cit., 255, il quale osserva come l'obiettivo di assicurare che l'elaborazione dialettica sia garantita in relazione ad una realtà processuale nel suo farsi dinanzi al giudice esprima, nella necessità di tutelare l'uguaglianza nel contraddittorio, un valore sia logico sia etico, che si consacrano e si manifestano proprio nelle due anime del contraddittorio in senso forte; S. LORUSSO, *I molteplici volti del contraddittorio: dalle regole costituzionali all'attuazione legislativa*, in AA.VV., *Processo penale e costituzione*, a cura di F.R. Dinacci, Milano, 2010, 349 ss. Accoglie l'idea della natura polisemica, «proteiforme», del contraddittorio, nella sua duplice essenza, debole e forte (ma intendendo quest'ultimo solo nella sua dimensione oggettiva), anche O. MAZZA, voce *Contraddittorio (principio del)* (*dir. proc. pen.*), cit., 247 ss.; ID., *Il garantismo al tempo del giusto processo*, Milano, 2011, 7. *Contra*, G. ILLUMINATI, *L'imputato che diventa testimone*, in *Ind. Pen.*, 2002, 2, 391 ss.; G. UBERTIS, voce *Giusto processo (dir. proc. pen.)*, cit., 433.

In giurisprudenza la distinzione teorica tra contraddittorio forte oggettivo e soggettivo è stata avallata anche dalla Consulta con la sent. 25 ottobre 2000, n. 440, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 3, 345.

³¹⁶ Che la sanzione processuale dell'inutilizzabilità rappresenti la «trasposizione normativa, in sede probatoria, di quei principi» costituzionali del giusto processo sanciti dall'art. 111 Cost. (e – aggiungerei – non solo di quelli), è affermazione condivisa anche da F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità*, cit., 3. In questa sede ci riferiamo, con maggior specificità, alle *exclusionary rules* che si evincono, per esplicito ovvero anche per implicito, dalla canonizzazione costituzionale del principio del contraddittorio.

³¹⁷ P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., 111, osserva che il metodo del contraddittorio per la prova

elementi informativi che non rispettino la metodica accreditata dal costituente, ossia quelli formati ed introdotti in giudizio unilateralmente da una sola delle parti, non possono dirsi legittimamente acquisiti, con la conseguenza della loro estromissione dal compendio probatorio valido a fini decisori³¹⁸. Come si è già avuto modo di accennare nei precedenti paragrafi, si tratta della logica che presiede al confezionamento in sede legislativa di quelle regole escludenti che presidiano, tra l'altro, la separazione tra le fasi del procedimento penale, impedendo, di norma, che quanto sia stato raccolto in via unilaterale dal pubblico ministero o dalla difesa nel corso delle indagini preliminari pervenga alla conoscenza del giudice del dibattimento. E, analogamente, la disciplina dell'immissione nel fascicolo dibattimentale di atti di provenienza processuale esterna chiama in causa istanze del medesimo tenore con cui è indispensabile confrontarsi. Il che giustifica, a titolo esemplificativo, una disposizione che imponga che l'elemento di genesi aliena faccia ingresso nel diverso processo solo a condizione che la sua origine sia avvenuta nella fase in cui la garanzia del metodo dialogico trova esplicazione (*i.e.* il dibattimento o l'incidente probatorio) e che, *ab origine*, la formazione dell'atto probatorio a contenuto dichiarativo oggetto di trasferimento sia avvenuta con il

si comporrebbe di prescrizioni positive, ossia le *regole euristiche* che disciplinano la *costruzione* della conoscenza, e di prescrizioni negative, che l'A. definisce regole '*igieniche*', il cui scopo sarebbe quello di evitare gli errori, depurando il compendio informativo di quanto possa inficiarne la bontà euristica. Ad avviso di chi scrive, nel caso di cui all'art. 111, comma 4, Cost. le due tipologie di prescrizione vengono a collimare nella unica previsione che impone la formazione della prova secondo la dinamica del contraddittorio (da intendersi nel senso di esame incrociato del dichiarante), proprio perché questa disposizione, nel prescrivere una determinata tecnica di acquisizione della conoscenza giudiziale, *contestualmente* pretende che tutto quanto *non* sia stato acquisito tramite tale metodica accreditata sia categoricamente escluso dal *plateau* di strumenti gnoseologici utili a fini decisori, in quanto sfornito dei requisiti indispensabili per essere ritenuto 'prova'. Analogamente, L. KALB, *Il documento nel sistema probatorio*, cit., 256; C. CONTI-P. TONINI-P. FERRUA, sub *Art. 111 Cost.*, cit., 110, ove si fa riferimento alla circostanza che la stessa Consulta, con la sentenza 26 febbraio 2002, n. 32, in *Giur. cost.*, 2002, 1, 294, con nota di F. PERONI avrebbe avallato la tesi per cui la prima parte del quarto comma dell'art. 111 Cost. implicherebbe una regola di esclusione probatoria.

³¹⁸ N. GALANTINI, *Giusto processo e garanzia costituzionale del contraddittorio nella formazione della prova*, in *Dir. pen. cont.*, 7 settembre 2011, 5.

Regola da implementare con un ovvio limite: di essa si può predicare l'applicazione solo rispetto ad elementi conseguibili mediante esame incrociato nella sede dibattimentale (o in incidente probatorio); non, per converso, rispetto a quei dati gnoseologicamente significativi la cui genesi prescinde dal (e precede il) momento processuale nel quale essi andranno a costituire il substrato conoscitivo della decisione giudiziale, *i.e.* le prove precostituite (documenti, corpo del reato, altre cose pertinenti al reato *etc.*). Per quest'ultimo materiale probatorio, per cui non è concretamente immaginabile che le parti contribuiscano con la dinamica dialogica del 'botta e risposta' con la fonte di prova, la sola garanzia di partecipazione attuabile è quella del contraddittorio debole *sulla* prova già formata, in consonanza con le cadenze probatorie tipiche anche dei giudizi extrapenalari.

Quanto qui osservato dev'essere coniugato con estrema prudenza con l'esame del fenomeno migratorio di atti probatori pre-confezionati in altra sede processuale. Difatti, come si vedrà nel prosieguo, il meccanismo della circolazione probatoria ha ad oggetto elementi istruttori già cristallizzati e versati in atti la cui forma è quella del documento. Il che, in uno slancio di ingenuità dogmatica (o di vorace bulimia probatoria), potrebbe indurre ad affermare che a tali elementi sia da assicurare un trattamento processuale analogo a quello che il sistema prevede per i dati conoscitivi precostituiti di cui si è detto *supra*.

contestuale apporto dialettico dell'imputato contro cui sarà speso a fini decisori³¹⁹. Esattamente come il primo periodo del quarto comma dell'art. 111 Cost., il tenore di regole di tal sorta assurge a filtro escludente a garanzia del metodo dialogico di costruzione del sapere processuale: il giusto processo si struttura e si attua, anche nel momento circolatorio, per il tramite delle *exclusionary rules*, e quindi della connessa sanzione processuale dell'inutilizzabilità.

Per quanto concerne la 'versione' soggettiva del contraddittorio forte, il diritto soggettivo dell'imputato di interrogare o far interrogare chi renda dichiarazioni a suo carico si sublima in una espressa regola di inutilizzabilità sancita *per tabulas* in Costituzione al secondo periodo dell'art. 111, comma 4, Cost. Esso, in termini netti e radicali, preclude che la prova del tema del processo penale – vale a dire, la colpevolezza dell'imputato – possa ricavarsi «dalle dichiarazioni rese da chi, per libera

³¹⁹ Solo per segnalare un approccio esegetico ed applicativo diametralmente opposto, con riferimento all'importazione nel processo tributario di elementi di prova formati altrove, si consideri quanto scrive A. MARCHESELLI, *Contraddittorio e parità delle armi*, cit., §6, allorché evidenzia come l'inapplicabilità del comma 4 dell'art. 111 Cost. al rito tributario sarebbe chiaro e pacifico indice della compatibilità con la Carta costituzionale dell'ammissione di prove *aliunde* formate «anche se sulla formazione di essi non si sia esplicito il contraddittorio dell'interessato, nel processo da cui i materiali provengono». E tuttavia l'A. si mostra critico rispetto all'atteggiamento esasperatamente disinvoltato con il quale prove acquisite in altra vicenda giudiziale vengano immesse nel rito tributario e 'acriticamente' utilizzate senza vagliarne l'attendibilità, nonostante la mancata esplicitazione del contraddittorio nel momento della originaria acquisizione del dato informativo.

Si veda altresì A. CASTAGNOLA, *L'accertamento dei fatti fuori dal giudizio*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 3, 981 ss., in partic. §7, il quale ritiene che nel giudizio civile si incorrerebbe in una intollerabile lesione del diritto al contraddittorio nella misura in cui si consentisse che esplicasse efficacia determinante dell'esito accertativo dei fatti dedotti in giudizio un accertamento svoltosi in altra sede processuale (in specie, penale), ancorché, in ipotesi, tra le stesse parti del secondo giudizio, tenuto conto della circostanza di non poco momento che l'esplicazione della dialettica tra quei soggetti nella prima vicenda avrebbe riguardato una domanda sostanzialmente diversa da quella oggetto del secondo giudizio. Se il contraddittorio, anche inteso nella sua versione 'debole', implica di necessità l'imprescindibile diritto delle parti a conoscere l'oggetto della contesa, per poter efficacemente dialogare su di esso, ottenere un'efficace istruzione del processo e discutere degli esiti accertativi in chiave effettivamente persuasiva, ne discende che tale prerogativa sia messa a repentaglio dalla possibilità che la decisione del secondo giudizio sia influenzata da un accertamento che, per quanto avvenuto tra quelle medesime parti, è «avvenuto prima che la contesa sia sorta, e quando neppure si sapeva che sarebbe sorta, e quale oggetto avrebbe avuto», poiché le parti stavano «discutendo di altro». Al successivo §9, l'A. manifesta le proprie nette perplessità anche con riferimento alla estrema generosità con la quale la giurisprudenza civilistica ammette l'ammissibilità delle prove di origine aliena, a prescindere che esse siano state formate tra le stesse o tra diverse parti rispetto a quelle del giudizio di destinazione, in quanto anche in questo atteggiamento – fondato sull'idea che sia sufficiente consentire alle parti di dibattere sul valore da assegnare ad un certo verbale di prova *aliunde* formata per ritenere rispettato il contraddittorio – non appare all'A. conforme all'esigenza di assicurare un proficuo confronto tra le parti nel momento di formazione di una certa prova a fini decisori. L'A. sembrerebbe quindi accogliere, in una forma del tutto compatibile con il tenore costituzionale e con le specificità della *lex probatoria* civilistica, l'idea 'progressista' del riconoscimento di una qualche forma di contraddittorio *per* la prova anche nel caso del processo civile, seppur ovviamente la tecnica in questione non si attuerebbe nelle forme della *cross examination*.

Si veda anche M.C. VANZ, *La circolazione della prova*, cit., 234-235: «Quando la prova si è formata non solo *aliunde*, ma tra soggetti diversi, il recupero del contraddittorio sotto il profilo retorico-argomentativo non è comunque mai pieno, poiché un *dialogo a tempi asincroni* postula, comunque, che ognuno degli antagonisti conosca sia l'oggetto della contesa sia la posizione e gli argomenti dell'altro. il che, di fatto, non si realizza nelle condizioni che qui stiamo vagliando, in cui le incognite della fase formativa, per il terzo estraneo al processo ove è stata generata la prova, sono e restano tali».

scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio» della difesa³²⁰. Al di là dell'origine storica e dell'esegesi ed applicazione di un simile meccanismo di selezione del materiale che il giudice penale può porre a fondamento della propria decisione³²¹, ciò che in questa sede preme rimarcare della previsione citata è la sublimazione e l'esaltazione che tale *regula iuris* escludente assegna al diritto a confrontarsi con l'accusatore³²². Difatti, impedendo al giudice di strutturare il proprio libero convincimento su apporti dichiarativi rispetto ai quali l'accusato non sia stato messo in

³²⁰ Che il costituente della riforma del 1999 abbia sentito la necessità di esplicitare sin dal catalogo di principi costituzionali non soltanto un conglomerato di regole di diritto probatorio, ma addirittura una vera e propria regola di esclusione probatoria ne attesta la posizione di sicura preminenza nell'alveo della *lex probatoria* penale, riconoscendo che essa si colloca senz'altro nel minimo etico del giusto processo penale, in quanto tale incompressibile.

³²¹ In particolare, viene in rilievo il mai sopito dibattito che ha interessato non soltanto il diritto interno, bensì anche la giurisprudenza sovranazionale della Corte EDU, concernente in particolare l'implementazione del *fair trial* di cui all'art 6 CEDU, con riferimento alle ipotesi nelle quali il testimone, sentito unilateralmente in fase di indagini preliminari, si renda irreperibile nel corso del processo, sottraendosi così al confronto con l'imputato. Rispetto all'apparente rigore della disciplina interna rispetto ad una casistica di tal sorta, l'approccio convenzionale ai modi di utilizzo giudiziale e alle tecniche di valutazione delle dichiarazioni accusatorie non passate al vaglio del contraddittorio in giudizio risulta senz'altro più pragmatico. Non è, tuttavia, la sede per ripercorrerne tutti gli intriganti capitoli, potendosi meramente rinviare, a tale proposito, a CEDU, 7 agosto 1996, Ferrantelli e Santangelo c. Italia, in www.hudoc.echr.int; CEDU, 14 dicembre 1999, A.M. c. Italia, in www.hudoc.echr.int; CEDU, 27 febbraio 2001, Lucà c. Italia, in www.hudoc.echr.int; CEDU, 5 dicembre 2002, Craxi c. Italia, in www.hudoc.echr.int; CEDU, 13 ottobre 2005, Bracci c. Italia, in www.hudoc.echr.int; CEDU, 19 ottobre 2006, Majadallah c. Italia, in www.hudoc.echr.int; CEDU, 18 maggio 2010, Ogaristi c. Italia, in www.hudoc.echr.int; CEDU, Grande Camera, 15 dicembre 2011, Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito, in www.hudoc.echr.int; CEDU, Grande Camera, 15 dicembre 2015, Schatschaschwili c. Germania, in www.hudoc.echr.int; CEDU, 10 novembre 2020, Dan c. Moldavia (No. 2), in www.hudoc.echr.int; CEDU, 17 novembre 2020, Süleyman c. Turchia, in www.hudoc.echr.int. Nella giurisprudenza di legittimità, particolare rilievo è riconosciuto a Cass., S.U., 24 settembre 2003, n. 36747, Torcasio, in *Giur. it.*, 2004, 2154; Cass., sez. II, 22.11.2007, n. 43331, Poltronieri, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 7, 878, con nota di P. TONINI, *Il testimone irreperibile: la Cassazione si adegua a Strasburgo ed estende l'ammissibilità dell'incidente probatorio*; Cass., S.U., 14 luglio 2011, n. 27918, De Francesco, cit.; Cass., sez. V, 20 marzo 2017, n. 13522, S.Z., in *Dir. pen. proc.*, 2018, 5, 661.

In dottrina, senza pretese di esaustività, cfr. C. ANGELONI, *Irreperibilità del testimone: accertamento e valutazione delle dichiarazioni rese senza contraddittorio*, in *Giur. it.*, 2012, 7, 1673 ss.; M. AURIEMMA, *Sulla prova "unica o determinante". Il caso Al Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, in *Arch. pen.*, 2012, 2, 571; M. BIRAL, *The Right to Examine or Have Examined Witnesses as a Minimum Right for a Fair Trial. Pitfalls and Trends*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 22, 2014, 3, 331 ss.; M. CAIANIELLO, *To Sanction (or not to Sanction) Procedural Flaws at EU Level?*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 22, 2014, 1, 317 ss.; ID., *You Can't Always Counterbalance What You Want*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 25, 2017, 2, 283 ss.; M. CECCHI, *Una chiave di lettura per le precedenti dichiarazioni dell'irreperibile*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 11, 1481; C. CONTI, *Le dichiarazioni del testimone irreperibile: l'eterno ritorno dei riscontri tra Roma e Strasburgo*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, 2; EAD., voce *Contraddittorio*, cit., §12; A. TAMIETTI, *La giurisprudenza in tema di testimoni assenti e le criticità del sistema italiano*, in *Quest. giust.*, Speciale, 2019, 1, 328; M. DANIELE, *Principi costituzionali italiani e ingerenze europee in tema di prova dichiarativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 3, 1008, in particolare 1015 ss.; F.R. DINACCI, *Verso quale nomofilachia? L'irripetibilità dell'atto tra Costituzione e fonti europee*, in *Arch. pen.*, 2011, 3; P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., 241 ss.; ID., *Carenze ed eccessi di garanzia nel diritto di difesa dell'imputato*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 3, 552 ss.; P. TONINI-C. CONTI, *Manuale*, cit., 776 ss.; P. TONINI-C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., 526 ss.; C. VALENTINI, *Contraddittorio, immediatezza, oralità nella giurisprudenza della Corte E.D.U.*, in *Arch. pen.*, 2016, 2, 7 ss.

³²² In argomento, oltre alle fonti già richiamate, cfr. altresì P. FERRUA, *La regola d'oro del processo accusatorio: l'irrelevanza probatoria delle contestazioni*, in AA.VV., *Il giusto processo. tra contraddittorio e diritto al silenzio*, a cura di R.E. Kistoris, Torino, 2002, 5 ss.; P.P. PAULESU, *Volontaria sottrazione al contraddittorio e inutilizzabilità della prova per la colpevolezza*, *ibidem*, 116 ss.; C. CONTI-P. TONINI-P. FERRUA, sub Art. 111 Cost., in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda-G. Spangher, cit., 114 ss.

condizione di esercitare il proprio *right of confrontation* per colpa di un volontario e libero comportamento ‘silente’ del dichiarante, il costituente ha inteso tutelare, anche a valle, il diritto dell’imputato di escutere dinanzi al giudice chiamato ad esprimersi sull’imputazione coloro che, prima di tale momento, abbiano reso dichiarazioni *contra reum*.

Di riflesso, un simile congegno esiziale finisce col valorizzare ancor più l’intima dinamica del contraddittorio, anche in senso oggettivo, e con il cesellare con decisione il novero degli elementi *contra reum* idonei ad assurgere al rango di prova. In mancanza delle condizioni ideali, concretizzanti allorché all’imputato sia dato modo di sondare ed eventualmente screditare la credibilità di chi lo accusa e la genuinità degli elementi da costui addotti a suo carico³²³, l’imputato sarebbe privato di una prerogativa costituzionale di così significativa pregnanza da integrare uno degli elementi costitutivi della fattispecie giuridica di *legittima acquisizione* della prova. In questo senso la garanzia etica individuale *de qua* viene idealmente a saldarsi con la regola di esclusione confezionata dall’art. 111, comma 4, Cost. e riproposta nel comma 1-*bis* dell’art. 526 del codice di rito. La carente esplicazione del diritto a confrontarsi segna in modo inesorabile la sorte dell’elemento conoscitivo: la sua radicale inservibilità a fini decisori³²⁴. Si ha a che fare, in quest’ipotesi, con un divieto d’uso probatorio che sembrerebbe

³²³ Finalità – vale la pena ricordarlo – al perseguimento delle quali risulta funzionalizzato proprio il contraddittorio inteso quale metodica oggettiva di costruzione del sapere giudiziale.

³²⁴ Sull’art. 526 c.p.p. ed i nessi tra tale disposizione, le modalità di formazione della prova dibattimentale ed il diritto a confrontarsi sancito in Costituzione, cfr., *ex plurimis*, S. LORUSSO, sub Art. 526, in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato*, Tomo II, a cura di A. Giarda–G. Spangher, Milano, 2017, 2614 ss.; C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità*, cit., 85 ss.; EAD., *L’imputato nel procedimento connesso*, cit., 110 ss., nonché 373 ss.; P. TONINI, *L’alchimia del nuovo sistema probatorio: una attuazione del giusto processo?*, in *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova (legge 1° marzo 2001, n. 63)*, a cura di P. Tonini, Padova, 2001, 17; P. TONINI – C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., 504 ss. Nonostante non sia convinto che dalla riforma del giusto processo sia dato ricavare certe e univoche implicazioni in tema di diritto al silenzio e conseguente diritto a confrontarsi, P. FERRUA, *Il giusto processo*, cit., 169 ss. osserva che, ad ogni modo, l’interprete si trova innanzi ad un dato inconfutabile: «Un processo, in cui le prove si formano in contraddittorio, deve per la sua stessa funzionalità garantirsi dal rischio che chi ha reso dichiarazioni nell’indagine preliminare si sottragga nel dibattimento all’esame incrociato [...] Nel sistema accusatorio il giudizio è un luogo di parola, di scontro dialettico e non sede di mortificanti silenzi».

Ai nostri fini, è interessante osservare come il diritto a confrontarsi con l’accusatore, la cui enunciazione costituzionale trae origine nelle annose diatribe inerenti alla necessità di assicurare che l’imputato/indagato che avesse reso dichiarazioni eteroaccusatorie sul fatto altrui connesso o collegato al fatto proprio non potesse barricarsi ‘impunemente’ dietro allo schermo del diritto al silenzio (e della facoltà di mentire) spettantegli in quanto imputato/indagato, sia stato oggetto di rivisitazione in chiave moderna ed illuminata da quella parte della dottrina che ha ritenuto che il *right of confrontation* dovrebbe essere assicurato anche rispetto al portato conoscitivo *contra reum* introdotto in giudizio mediante prove ‘strutturalmente silenti’, quali i documenti tradizionali o – oggi, in esito all’evoluzione tecnologica che il processo sta subendo e assorbendo – i documenti digitali e le altre risultanze dell’utilizzo procedimentale dei nuovi ritrovati della tecnologia (si veda, per tutti, P. Tonini, *Le nuove tecnologie e la riforma Cartabia*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, 3, 297, nell’affrontare l’altrettanto spinoso tema della digitalizzazione del processo penale da attuarsi secondo le linee di indirizzo prescelte dalla legge delega n. 134/2021, attuata con d.lgs. 150/2022, con approccio condivisibile, enfatizza la

assommare in sé la *ratio* tipica dell'inutilizzabilità fisiologica, a presidio della costruzione delle prove solo nella dialettica con l'imputato innanzi al giudice, ed il *modus operandi* denotativo dell'inutilizzabilità patologica, nella misura in cui i *relata contra reum* entrati nel compendio di materiali istruttori in fase acquisitiva risultano *viziati* dalla carenza di escussione dibattimentale del dichiarante da parte dell'imputato.

Come si vede, la distinzione tra le due 'anime' del contraddittorio forte non possiede valore meramente descrittivo-concettuale. Piuttosto, pare possibile asserire che tale distinguo assuma un vero e proprio valore regolativo, disciplinare.

Difatti, per un verso la Carta costituzionale costruisce il diritto individuale di confrontarsi con l'accusatore alla stregua di regola ineludibile, inaggirabile, incapace di soffrire eccezioni, proprio in virtù ed in dipendenza della sua natura essenziale a sfondo etico-personalistico, che ne fa una peculiare declinazione del diritto di difesa proclamato come inviolabile dall'art. 24 Cost. Sul fronte dell'interscambio probatorio, un simile rigoroso principio potrebbe – in termini meramente teorici ed astratti – condurre alla radicale preclusione, per il giudice *ad quem*, di fruizione a fini decisori dei verbali di *relata* accusatori provenienti da vicende processuali differenti, allorché il dichiarante abbia inteso sfuggire all'occasione di confronto con l'imputato che ne abbia preteso l'escussione.

Per contro, se si riguarda il contraddittorio dalla prospettiva oggettiva e se ne osserva la dimensione metodologica, l'art. 111 Cost. non è altrettanto lapidario. Il sistema, con approccio decisamente moderno e nient'affatto massimalista, accoglie l'idea che il contraddittorio poietico non rappresenti in sé un fine del processo: se così fosse, sarebbe legittimo *solo* quel materiale conoscitivo che si formasse all'esito della *cross examination*, con esclusione di qualsiasi altro apporto gnoseologico-informativo non compatibile con tale tecnica (ad es. i documenti extraprocessuali) o che, pur in astratto sottoponibile al vaglio incrociato delle parti, non fosse elaborato e 'setacciato' mediante tale tecnica. Ebbene, così non è. Il sistema ha inteso prediligere una determinata

funzionalizzazione della cruciale prerogativa dell'imputato a confrontarsi alla piena assicurazione della genuinità dei dati informativi introdotti in giudizio in forma di documento informatico; volendo, G.M. BACCARI-G. PECCHIOLI, *IA e giudizio sul fatto: gli strumenti di e-evidence per la cognizione*, in AA.VV., *La decisione penale. Tra intelligenza emotiva e intelligenza artificiale*, a cura di G.M. Baccari-P. Felicioni, Milano, in corso di pubblicazione, § 3.2.). La medesima esigenza di garantire spazi di confronto con la fonte/elemento di conoscenza non dichiarativi e provenienti dal di fuori rispetto al momento dibattimentale si avverte senza dubbio allorché si disserti dell'immissione in giudizio di elementi preformati altrove con metodiche tecnologicamente avanzate. Il tema sarà oggetto di specifica disamina nel Capitolo II.

metodica di costruzione del sapere giudiziale, accreditandola come miglior *mezzo* possibile per ritrarre dalle fonti informative gli elementi più idonei ad acquisire la più genuina ed affidabile conoscenza sui fatti oggetto di giudizio.

Il contraddittorio per la prova rappresenta, secondo questo disegno, il più efficace metodo per perseguire lo scopo euristico-accertativo che muove la macchina processuale, ma, con approccio affatto pragmatico, si riconosce che tale tecnica merita di essere integralmente attuata ed implementata *solo* fintantoché non diventi disfunzionale allo scopo – ad essa esterno – che essa si prefigge: il valore del mezzo, anche nel delineare l'identità del rito penale, si misura nella sua maggiore o minore efficienza allo scopo³²⁵. Dunque, se pure viene istituita una relazione prioritaria tra finalità cognitiva e metodologia del contraddittorio, è la Costituzione stessa ad ammettere che tale legame non sia di natura esclusiva: a date condizioni, il contraddittorio può essere (e, talora, è necessario che sia) accantonato a favore di altri strumenti ritenuti più idonei, nella consapevolezza che perseverare con atteggiamento oltranzista a volersi servire della *cross examination* anche quando essa possa dimostrarsi dannosa, impraticabile o contraria al volere delle parti del processo sarebbe una strategia sterile che condurrebbe il giudizio al fallimento sul piano dello scopo accertativo. Insomma, com'è stato lapidariamente affermato in letteratura, «un contraddittorio inutile perché non accertativo è escluso dalla Costituzione, in quanto privo di mordente probatorio»³²⁶.

Il quinto comma dell'art. 111 Cost. pone, pertanto, una riserva di legge rinforzata³²⁷ con la quale individua le *rationes* che sono ritenute idonee a giustificare la sostituzione della privilegiata tecnica euristica di tipo dialettico con strumenti equipollenti ma succedanei, fondati sulla valorizzazione di contributi conoscitivi precostituiti e, il più delle volte, unilaterali³²⁸. Si tratta, in specie, dell'ipotesi in cui la formazione della prova

³²⁵ In questi termini, C. CONTI, *L'imputato nel procedimento connesso*, cit., 127 ss. (nonché, *ivi*, riferimenti bibliografici); EAD., voce *Contraddittorio*, in *Dig. Disc. pen.*, Agg. I, Milano, 2013, §7; C. BONZANO, *La parabola del contraddittorio dal giusto processo all'efficientismo emergenziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 11, 1413-1414; P. TONINI, *L'alchimia del nuovo sistema probatorio*, cit., 41 ss.; P. TONINI-C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., 488 ss.; H. BELLUTA, *Prova (circolazione della) (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Annali, II-1, 2008, 961.

³²⁶ C. BONZANO, *La parabola del contraddittorio*, cit.

³²⁷ L. KALB, *Il documento nel sistema probatorio*, cit., 304.

³²⁸ Sul concetto di equipollenza quale nozione che allude al rapporto tra un certo strumento e lo scopo cui esso è preordinato, cfr. C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità*, cit., 436 ss. (e, *ivi*, riferimenti bibliografici), la quale prospetta le eccezioni costituzionali al contraddittorio quali 'equipollenti epistemologici' del metodo dialettico, in tutti quei casi in cui esso risulti disfunzionale o impraticabile rispetto allo scopo cognitivo-

non possa avvenire nella pienezza del contraddittorio dibattimentale per *consenso dell'imputato*, ovvero per *accertata impossibilità di natura oggettiva* o, ancora, per *effetto di provata condotta illecita*³²⁹.

In una siffatta ottica, quella della deroga eccezionale e ragionevole, la modalità di acquisizione di conoscenza probatoria *aliunde* tramite il canale circolatorio, che per sua stessa struttura richiede a monte l'accantonamento della tecnica dialettica nelle sue forme più pure, sulla carta sembra trovare una propria legittima sistemazione sullo sfondo costituzionale della *lex probatoria* penale, nella consapevolezza dell'opportunità di costruire strumenti efficaci nell'assicurare le ragioni accertative: quelli che, in dottrina, sono stati definiti «meccanismi di autopreservazione della funzionalità del sistema»³³⁰. Si tratta, ad ogni modo, di un equilibrio alquanto delicato, se si considera quanto sia facile scivolare dalla implementazione dell'efficacia nella costruzione del sapere giudiziale al cieco e vorace perseguimento di meri obiettivi efficientistici, che, anche quando praticabili in concreto, inducano all'aggiramento delle legittime tecniche

accertativo del processo penale. La stessa A., con estremo realismo, riconosce che tuttavia simili derogatori equipollenti, pur se concepiti per rendere ragionevole il principio stesso a cui fanno eccezione (dove per 'ragionevole' si intende 'non contrastante con gli scopi a cui è preposto'), non risultano perfettamente fungibili rispetto al metodo privilegiato di formazione della prova: la «corrispondenza funzionale tra regola ed eccezioni è soltanto tendenziale». Così C. CONTI, *L'imputato nel procedimento connesso*, cit., 128.

³²⁹ Com'è stato rilevato da attenta dottrina, poiché si tratta di previsioni che fanno eccezione alla regola che sancisce il valore tutelato in via prevalente dalla Costituzione, esse dovrebbero essere interpretate restrittivamente e, soprattutto, in senso strettamente aderente alla loro stessa *ratio* giustificativa. Così, C. CONTI, *L'imputato nel procedimento connesso*, cit., 128, cui si rinvia per ulteriori ricchi richiami bibliografici; P. TONINI, *Il contraddittorio: diritto individuale e metodo di accertamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 1391.

Per una disamina articolata dell'ambito di applicazione delle tre cause di eccezione al contraddittorio e delle specifiche ipotesi codicistiche nelle quali esse sono state attuate, cfr. C. CONTI, voce *Giusto processo*, cit., 637 ss.; EAD., *L'imputato nel procedimento connesso*, cit., 129 ss.; P. TONINI-C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., 490 ss.; N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., 4 ss.; P. FERRUA, *Il giusto processo*, cit., 8 ss.; ID., *La prova nel processo penale*, cit., 107 ss.; C. CESARI, "Giusto processo", *contraddittorio ed irripetibilità degli atti d'indagine*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1, 60; G. UBERTIS, voce *Giusto processo*, cit., 438 ss.; L. KALB, *Il documento*, cit., 305 ss.

³³⁰ Il rinvio è a N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., 5.

Come già si è altrove sottolineato, in parte il meccanismo del trasferimento interprocessuale di protocolli di atti a carattere probatorio può essere avvicinato a quello del trapasso interfascico ed infraprocessuale che nel giudizio penale, proprio per le ragioni di funzionalità che sono sottese alle tre causali derogatorie di cui all'art. 111, comma 5, Cost., giustifica l'inclusione nel fascicolo per il dibattimento e la successiva lettura acquisitiva di atti formati unilateralmente nel corso delle indagini preliminari o dell'udienza preliminare. Come osserva N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., 18 ss., se nell'ambito della singola vicenda processuale l'autonomia delle fasi non determina una radicale rinuncia della fase del giudizio ad ogni apporto conoscitivo originatosi nella fase preliminare, «è alla luce di tale constatazione che deve valutarsi anche l'ammissibilità del trasferimento di elementi di giudizio da un procedimento all'altro; medesima è, infatti, la finalità delle due forme di traslazione e comune la sorte del loro oggetto, destinato a rappresentare in entrambi i casi ed in deroga al principio per cui la prova si forma in dibattimento, il substrato decisionale per il giudice [...] Non è escluso, dunque, che atti provenienti da altro procedimento possano assumere rilevanza probatoria nel dibattimento di altro giudizio, purché nei limiti in cui ciò è consentito agli atti interni formati nelle fasi anteriori a quella dibattimentale». Si tratta, pertanto, di verificare se, *de iure condito*, tali limiti e condizioni siano in effetti rispettati nelle forme in cui il fenomeno circolatorio si manifesta nel giudizio penale. In argomento, si vedano anche le riflessioni di M.C. VANZ, *La circolazione della prova*, cit., 226 ss.

primarie di formazione del compendio istruttorio a favore di illegittimi recuperi non coerenti con la logica di ragionevolezza insita nel bilanciato rapporto tra i commi 4 e 5 dell'art. 111 Cost.

Ebbene, una scrupolosa disamina della disposizione cardine attorno a cui ruota la fenomenologia dell'interscambio probatorio verso giudizi penali (il già più volte richiamato art. 238 c.p.p.) non sembra restituire l'immagine di una equilibrata e coerente attuazione del disposto costituzionale di cui all'art. 111, comma 5. Come si esaminerà più in dettaglio nel prossimo Capitolo, infatti, l'impressione è che, se con riferimento alle ipotesi di acquisizione *ab extrinseco* di atti *irripetibili* o alla previsione dell'immissione nel plesso probatorio di elementi, altrimenti inammissibili, in forza della manifestazione di *consenso* – ovverosia di poteri dispositivi – delle parti, il legislatore ordinario si sia in linea di massima attenuto alle direttrici costituzionali di riferimento³³¹, lo stesso non può essere affermato, con la stessa linearità, prendendo in

³³¹ Il sistema, con specifico riferimento per gli atti interni alla singola sequenza procedimentale, predispone difatti più di un istituto che, al verificarsi della condizione di non ulteriore rinnovabilità di un determinato esperimento conoscitivo, in uno con altri requisiti espressamente individuati dal legislatore, consente ad atti formati anteriormente alla fase dibattimentale di entrare a far parte legittimamente del patrimonio conoscitivo a disposizione dell'organo giudicante, assurgendo al rango di vera e propria prova. È ciò che accade, a titolo meramente esemplificativo, nel caso di verbali di atti d'indagine ontologicamente non ripetibili *ab origine* (tra i quali i più significativi sono gli accertamenti tecnici non ripetibili ed i mezzi di ricerca della prova, quali ad es. le ispezioni, le perquisizioni, le intercettazioni, l'acquisizione di tabulati telefonici *etc*), che alla stregua dell'art. 431 c.p.p. trovano collocazione nel fascicolo per il dibattimento e che, all'esito della fattispecie acquisitiva 'complessa' che si perfeziona solo con la lettura-acquisizione o l'equipollente indicazione da parte del giudice ai sensi dell'art. 511 c.p.p., integrano quelle 'prove legittimamente acquisite nel dibattimento' di cui il giudicante potrà servirsi ai fini del decidere (ai sensi del comb. disp. artt. 526, comma 1, e 511 c.p.p.). E per proseguire nell'esemplificazione è altresì la sorte che il legislatore ordinario, in consonanza con il tenore della disciplina costituzionale del giusto processo penale, ha inteso riservare a quegli atti che, pur essenzialmente ed originariamente ripetibili nella pienezza del contraddittorio dibattimentale, siano in concreto non sottoponibili al vaglio della dialettica tra le parti per ragioni sopravvenute al loro primigenio esperimento unilaterale in fase preliminare. In simile ipotesi il legislatore ha tuttavia prescritto la necessità del concorrere di due ulteriori condizioni legittimanti: che la ragione dell'impossibilità di ripetizione sia di natura *oggettiva*, non dipendente pertanto dalla volontà/dal comportamento umani (requisito costituzionale); che l'irripetibilità fosse *imprevedibile* al momento dello svolgimento dell'atto d'indagine il cui verbale si voglia recuperare in dibattimento a fini probatori (requisito codicistico sancito dall'art. 512 c.p.p.).

Ancora, pare coerente con l'impianto sistematico seguito dal codice di rito penale una disciplina dell'interscambio probatorio tra processi diversi che si incardini sulle manifestazioni di accordi negoziali tra le parti, posto che, anche in quest'ipotesi, sono numerose le fattispecie nelle quali, in coerenza con la Norma fondamentale, il legislatore valorizza l'esplicitarsi della dialettica tra le parti non tanto nel momento di formazione del materiale probatorio quanto piuttosto in una fase antecedente ed avente, per l'appunto, ad oggetto proprio l'opportunità di omettere il contraddittorio poetico e sostituirlo con l'acquisizione di verbali a genesi unilaterale. Se il caso più eclatante e significativo è quello dei riti speciali che – con una drastica semplificazione – omettono la fase dibattimentale e prevedono che il giudice pervenga alla decisione, di regola, in udienza preliminare e sulla mera base dei protocolli degli atti investigativi (giudizio abbreviato, patteggiamento, sospensione del procedimento con messa alla prova), sono previste molteplici fattispecie nelle quali il consenso delle parti si attegga a metodica alternativa di costruzione ed acquisizione della conoscenza giudiziale, pur limitata al singolo mezzo di prova il cui esperimento dialettico venga ad essere sostituito (o affiancato) dalla consultazione del verbale formato precedentemente. È l'ipotesi della c.d. acquisizione concordata (nelle sue due forme: aggiuntiva e sostitutiva rispetto all'audizione in contraddittorio del dichiarante) di cui agli artt. 431, comma 2, e 493, comma 3, c.p.p.; dell'acquisizione su accordo delle parti dei verbali di dichiarazioni (ripetibili) utilizzati nel corso dell'audizione testimoniale per operare le contestazioni su specifiche circostanze (e che, pertanto, eccezionalmente possono essere utilizzati non solo ai fini della valutazione di credibilità ed attendibilità della

esame la disciplina delineata con riferimento all'acquisizione di verbali di prove dichiarative ripetibili. Le condizioni poste dalla norma (origine dibattimentale o in incidente probatorio, partecipazione del difensore nel rito *a quo*, definitività del giudizio civile *a quo*, sentenza civile definitiva del rito *a quo* che faccia stato nei confronti dell'imputato) – su cui si tornerà diffusamente – non sembrano, difatti, soddisfattive delle *rationes* al ricorrere delle quali il costituente accetta l'estromissione del metodo dialettico per la formazione delle prove fruibili per la decisione. Occorrerà verificare, dunque, se e fino a che punto l'attuazione del contraddittorio nella sede d'origine della prova circolante sia sufficiente ad assicurare il rispetto del metodo privilegiato di costruzione della conoscenza giudiziale nell'ambito del processo penale; così come si impone di valutare se l'*escamotage* recuperatorio di occasioni di scambio dialettico con la fonte di prova previsto dall'ultimo comma dell'art. 238 c.p.p. sia in effetti sufficiente ad ammantare della dignità di prova il protocollo dell'escussione testimoniale avvenuta altrove ed acquisito nel giudizio *ad quem* a scopo probatorio.

Da ultimo, e solo per proporre un'ulteriore stimolante suggestione che poi verrà sviluppata altrove, non si può non considerare quanta distanza vi sia tra la scansione costituzionale dei rapporti intercorrenti tra regola del contraddittorio nella formazione della prova e sue limitate eccezioni e la previsione di uno strumento acquisitivo *ab externo* congegnato nei termini posti dall'art. 238-bis c.p.p., avente ad oggetto le sentenze definitive. A colpo d'occhio si percepisce l'estrema difficoltà ad inquadrare un tale meccanismo probatorio nel contesto dell'art. 111 Cost., se sol si considera – per citare una soltanto delle peculiarità disciplinari che connotano tale disposizione – che la norma non prevede alcuna condizione di ammissibilità – coerente con l'art. 111, comma 5, Cost. – della 'prova per sentenza', sebbene il *decisum* giudiziale in questione possa essersi strutturato intorno alla valutazione di prove dichiarative che, in forza del disegno

testimonianza, bensì anche quali prove del fatto in essi dichiarato) ex art. 500, comma 7, c.p.p.; ancora, caso peculiare per la *ratio* che vi è sottesa è quello disciplinato dal sesto comma dell'art. 500 c.p.p., che dispone che a richiesta di parte, se utilizzato per le contestazioni al testimone, si possa acquisire ed utilizzare ai fini della prova nei confronti delle parti che abbiano partecipato alla sua originaria assunzione il verbale delle precedenti dichiarazioni rilasciate dal testimone stesso nel corso dell'integrazione probatoria disposta in udienza preliminare ex art. 422 c.p.p.: in tale fattispecie il legislatore valuta sufficiente, quale manifestazione del potere dispositivo acquisitivo di parte, una mera richiesta, in quanto si ritiene parzialmente soddisfatto il paradigma costituzionale della formazione della prova in contraddittorio per il fatto che l'assunzione delle dichiarazioni oggetto di contestazione ed acquisizione in dibattimento è avvenuta di fronte ad un giudice, in presenza di entrambe le parti (con l'eventuale possibilità di svolgere direttamente l'esame incrociato). L'esemplificazione potrebbe proseguire con innumerevoli altri esempi.

In argomento, N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., 20 ss.

costituzionale, di regola richiedono l'indispensabile vaglio del contraddittorio poetico.

b. *L'immediatezza e l'oralità. Il giudice 'impregiudicato'.*

Ci siamo concentrati, sin qui, sul solo paradigma basilare rappresentato dal contraddittorio, in tutte le sue multiformi sfaccettature. Eppure, per quel che importa ai nostri fini, non si può trascurare di considerare quei connotati di una vicenda giudiziale che rappresentano precondizioni perché il contraddittorio possa pienamente esplicarsi in tutta la sua forza euristica, argomentativa, conoscitiva e, al contempo, corollari necessari dell'effettivo realizzarsi giudiziale di quello stesso metodo dialettico. Ci si riferisce, in particolare, ai principi dell'oralità e dell'immediatezza, i quali, pur non costituendo un'endiadi e possedendo ciascuno la propria intrinseca individualità, pur tuttavia non possono essere compresi appieno se non nella reciproca compenetrazione e nella loro biunivoca relazione con il dettame del contraddittorio.

L'intrinseca compenetrazione tra i canoni di oralità ed immediatezza si apprezza appieno nel momento in cui se ne tenti una definizione soddisfacente: è impossibile rappresentare il nocciolo duro della prima senza chiamare in causa la seconda, e viceversa.

L'oralità, quella 'vera', si realizza nel momento in cui la comunicazione di un pensiero avvenga mediante la pronuncia di parole destinate ad essere udite, ed implica pertanto non solo che il soggetto comunicante si esprima mediante la parola 'parlata' (e non scritta), ma anche e soprattutto che il destinatario percepisca la dichiarazione potendo intervenire ed interloquire con il primo. Non è oralità piena, invece, quella che si realizza mediante la declamazione di uno scritto o la riproduzione di una audioregistrazione o di una videoregistrazione, poiché non vi sarà mai spazio per l'uditore di intervenire, porre domande ed ottenere risposte³³².

Come si vede, la dinamica tipica di realizzazione del principio del contraddittorio, per come lo abbiamo ricostruito sin qui, presuppone ed implica di necessità uno scenario nel quale si assicuri, quanto più possibile, il rispetto dell'oralità, che viene dunque ad integrare il metodo euristico-gnoseologico privilegiato dal sistema. L'oralità rappresenta dunque la strada per assicurare tanto il diritto di confrontarsi con

³³² P. TONINI-C. CONTI, *Manuale*, cit., 273. Prendendo a prestito un'evocativa immagine di M.C. VANZ, *La circolazione della prova*, cit., 235, la situazione di cui si è detto nel testo potrebbe al più essere descritta come «dialogo a tempi asincroni», il che efficacemente chiarisce come non potrebbe essere in effetti un vero dialogo.

l'accusatore (o, più in generale, il contraddittorio per la prova³³³), quanto – in ogni vicenda processuale – il *medium* che la Costituzione accredita come più idoneo per realizzare l'interscambio dialettico-argomentativo tra le parti e tra queste ed il giudice.

Ulteriore aspetto che se ne ricava è, per l'appunto, l'intima compenetrazione che il canone dell'oralità vive rispetto all'altro corollario del principio del contraddittorio, *i.e.* l'immediatezza, andando con essi a comporre la triade consustanziale al processo accusatorio ma, in buona misura, anche ad ogni processo che voglia dirsi costituzionalmente 'giusto'³³⁴. Il pregnante significato di siffatto «canone performativo dell'esperienza probatoria»³³⁵ deve essere colto nella coesistenza sinergica delle sue due dimensioni funzionali, oggettiva e soggettiva.

L'immediatezza assicura, sotto il primo profilo, che il giudice sia realmente partecipe della dinamica probatoria che si inverte nel dibattimento, cosicché egli possa conoscere senza filtri di sorta gli elementi di prova, prendendo contatto con ogni risvolto non solo informativo bensì anche performativo e prosodico che connoti questi ultimi. Così, l'organo giudicante – inizialmente ingenuo spettatore – può gradualmente (e

³³³ Quanto detto rende chiaro che l'orbita operativa del dettame dell'oralità ricomprende l'assunzione delle prove costituenti, non, invece, quelle precostituite, le quali possiedono una struttura essenziale incompatibile con la pienezza dell'oralità per come l'abbiamo definita: piuttosto esse consentono quella che H. BELLUTA, voce *Prova (circolazione della)* (*dir. proc. pen.*), in *Enc. dir., Annali*, Milano, 2008, 957, ha icasticamente definito come «oralità critica, ma non genetica». Ulteriore riflessione che si impone è che, così intesa, l'oralità nell'assunzione delle prove costituenti ha connotati che appaiono compatibili tanto con un'istruttoria modellata come quella tipicamente penale, in cui il mezzo di prova testimoniale si assume (salvo eccezioni) consentendo alle parti stesse di interagire direttamente con la fonte dichiarativa, quanto anche con le forme dell'istruttoria tipicamente civilistiche, nelle quali è il giudice, alla presenza delle parti, a porre le domande (formulate secondo i capitoli di prova concepiti dalle parti) al teste. Ciò che dell'assunzione della testimonianza 'penalistica' manca in quest'ultimo caso non è l'interazione diretta ed in forma orale con il dichiarante, quanto piuttosto la sua peculiare modalità di realizzazione, ossia le cadenze dell'esame incrociato. Ci sembra, dunque, una differenza che si attesta con maggior incisività sul piano dell'implementazione del principio del contraddittorio, più che su quello dell'oralità.

Sul fondamentale significato dell'oralità nel suo rapporto con le prove anche nel contesto del processo civile, M.C. VANZ, *La circolazione della prova*, cit., 89 ss., cui si rinvia anche per la copiosa rassegna bibliografica sul tema, segnalando inoltre che la ricostruzione che l'A. citata prospetta del canone processuale *de quo* evidenzia con nettezza la consustanzialità del medesimo con l'immediatezza; B. CAVALLONE, *Oralità e disciplina delle prove nel processo civile*, in *Rivista di diritto processuale*, 1984, 719 ss.; M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità. Contributo all'utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, I, Milano, 1962, 108 ss.

³³⁴ Parte delle riflessioni che seguono sono tratte dal nostro *Le S.U. ed il principio di immutabilità del giudice: una "quadratura del cerchio"?*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 9, 1219 ss, cui si rinvia per quanto in questa sede non approfondito, nonché per ogni opportuno riferimento bibliografico. Una notazione si rende necessaria: poiché le principali elaborazioni dogmatiche sul tema dell'immediatezza ne hanno studiato lo statuto ordinamentale prendendo essenzialmente le mosse dalle critiche problematiche concernenti le tecniche processuali per garantire il rispetto del principio di immutabilità dell'organo giudicante – corollario del canone dell'immediatezza – e posto che, come noto, il solo aggancio normativo è stato rinvenuto nelle pieghe del codice di rito penale (art. 525, comma 2, c.p.p.), ci si riferirà in prevalenza ad aspetti inerenti al rito criminale, con qualche incursione nel territorio normativo processualcivilistico.

³³⁵ D. CHINNICI, *Contraddittorio, immediatezza e parità delle parti nel giudizio di appello. Estenuazioni interne e affermazioni europee*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, 3, 174.

liberamente) convincersi, senza che il processo valutativo-motivazionale venga perturbato dall'influenza esercitata dall'opinione altrui che indirettamente (ma inesorabilmente) sarebbe estrapolabile dalla lettura delle carte³³⁶. Quanto alla seconda veste dell'immediatezza, le parti risultano titolari di una legittima pretesa – configurabile in termini di diritto soggettivo ad esercizio processuale – alla 'immediatezza nella formazione della prova'³³⁷: esse hanno un vero e proprio diritto ad interagire, reciprocamente e con l'organo giudicante, e a percepire «in maniera attuale e diretta» ogni emergenza processuale, col precipuo fine di esercitare il proprio ingegno persuasivo sin dalle prime battute del giudizio, fornendo le proprie chiavi di lettura al giudice indirizzandone il convincimento³³⁸.

La convergenza delle due sfaccettature si sublima nell'obiettivo di assicurare un metodo conoscitivo, maieutico che, in definitiva, conduca l'organo giudicante ad identificarsi con la prova persuasivamente argomentata dalle parti³³⁹. Il sistema consacra, così, il legame tra diritto alla 'prova immediata' delle parti e regole oggettive di tutela della qualità cognitiva del giudizio³⁴⁰.

³³⁶ A. FONZOLI, *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento; un difficile equilibrio tra forme di acquisizione probatoria mediante lettura degli atti e nullità del dibattimento per inosservanza del principio di immutabilità del giudice*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2007, 2, 137 ss., il quale crea un saldo collegamento tra immediatezza e libero convincimento del giudice ed evocativamente definisce l'immediatezza di cui al secondo comma dell'art. 525 c.p.p. in termini di «necessità di immedesimazione tra il giudice e la prova» quale presupposto ineludibile per garantire la piena esplicazione del libero convincimento dell'organo giudicante ed assicurare che «la decisione del processo [sia] *un tutt'uno con le prove*» (corsivo nostro); C. CONTI, *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento: variazioni in tema di diritto alla prova*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 6, 752, nt. 33; A. VELE, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 10, 1226; M. D'AIUTO, *È coniugabile il principio di immediatezza con il giudizio di secondo grado?*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, 4, 96.

³³⁷ Parafrasando C. CONTI, *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento*, cit., 752, nt. 33.

³³⁸ G. UBERTIS, voce *Dibattimento (principi del) nel diritto processuale penale*, in *Dig. disc. pen.*, III, 1989, 462-463. Cfr. altresì N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., 19, nt. 32; F. CORDERO, *Diatriba sul processo accusatorio*, in *Ideologie del processo penale*, Torino, 1966, 205; M. D'AIUTO, *È coniugabile il principio di immediatezza con il giudizio di secondo grado?*, cit., 97; P. RENON, *Verso una soluzione "costituzionalmente orientata" in materia di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale disposta a seguito di mutamento del giudice*, in *Giur. cost.*, 2007, 2, 679.

³³⁹ Ciò conferma quanto da noi sostenuto. Il principio di immediatezza (congiuntamente con quello del contraddittorio per la prova e quello dell'oralità) assicura il pieno valore cognitivo del processo penale, la cui tutela «rappresenta una garanzia sia per l'imputato sia per la società (ed è immanente ad ogni fase dell'accertamento)». L'osservazione, che coglie la duplice essenza del principio *de quo*, è di M. CECCHI, *La "motivazione rafforzata" del provvedimento ovvero la "forza persuasiva superiore"*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 8, 1138. Si veda altresì P. FERRUA, *Il sacrificio dell'oralità nel nome della ragionevole durata: i gratuiti suggerimenti della Corte costituzionale al legislatore*, in *Arch. pen. (web)*, 2019, 2, 2; L. SURACI, *Incidente probatorio, prova rinnovabile e dibattimento*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 11, 1495.

³⁴⁰ Un corollario di quanto detto è che il diritto delle parti all'immediatezza non collima e non si identifica con il diritto al contraddittorio nella formazione della prova: mentre quest'ultimo concerne l'aspetto 'creativo' dell'elemento probatorio, il primo incide sulla valutazione e dunque sull'utilizzo che di tale elemento si faccia. Sovrapporre i due piani (o presentarli come confliggenti tra loro) non è che un errore metodologico che porterebbe a decomporre il «mosaico della 'verità giudiziale'» (D. CHINNICI, *Contraddittorio, immediatezza e parità*, cit., 176-177): l'essenza di quest'ultima non dipende, insomma, solo dal metodo di formazione, ma anche

Alcune riflessioni appaiono a questo punto necessarie.

Come è facile desumere da quanto abbiamo sin qui argomentato, il fondamentale canone del contraddittorio abbisogna, per realizzarsi compiutamente quale strumento metodologico di acquisizione di valido sapere processuale, di integrarsi con i principi di oralità ed immediatezza, suoi ‘attributi operativi’, non solo nel momento topico della costruzione del materiale istruttorio in giudizio. La triade spiega peso decisivo altresì con riferimento alle dinamiche tipiche della fase ammissiva delle prove³⁴¹: fin da tale fase del procedimento probatorio si inverte, difatti, la connaturale ‘argomentatività’ dell’iniziativa probatoria delle parti con funzione gnoseologicamente significativa³⁴². Non si tratta di aspetto rilevante solo nel contesto penalistico; invero, l’art. 174 del codice di rito civile si occupa di sancire il principio di immutabilità del giudice istruttore, individuando pertanto un’esigenza di continuità ed identità dell’organo giudicante investito del nucleo centrale del giudizio, *i.e.* l’istruzione probatoria: ciò, ancora una volta, attesta l’estrema significatività dell’istituzione di un nesso tendenzialmente inscindibile tra momento di costruzione del compendio conoscitivo processuale e giudice³⁴³.

dal *tòpos* nel quale tale formazione avvenga. A dimostrazione di ciò, si considerino quelle situazioni processuali nelle quali, per soddisfare talune necessità di efficacia accertativa, il legislatore penale consente di accantonare eccezionalmente uno dei due canoni suddetti, mantenendo vivo l’altro: è, ad esempio, il caso dell’assunzione della prova in incidente probatorio, in cui la tecnica dell’esame incrociato (e quindi il contraddittorio poetico) viene integralmente attuata, scalfendo invece l’immediatezza, nella misura in cui in sede dibattimentale il giudice che prenderà cognizione dei protocolli che registrano l’assunzione di tale mezzo di prova sarà diverso da quello che ha diretto tale assunzione. Con la precisazione che il legislatore si è preoccupato di assicurare il più possibile il ripristino del rapporto privo di filtri cartacei tra prova e giudice, allorché ha previsto, all’art. 511 c.p.p., che la lettura acquisitiva dei verbali dell’incidente probatorio (che in forza dell’art. 431 c.p.p. sono riversati nel fascicolo per il dibattimento) possa avvenire solo *dopo* l’assunzione della prova in quella sede (ovviamente a condizione che le parti l’abbiano richiesta e che tale attività istruttorie sia in concreto possibile). In argomento, cfr. anche V. AIUTI, *L’immediatezza presa sul serio*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 1, 115.

³⁴¹ Oltreché (ma non è centrale ai nostri fini) in sede di discussione. Un esempio di valorizzazione della dialettica orale tra le parti nell’immediatezza della relazione con l’organo giudicante chiamato ad assumere la decisione all’esito della discussione tra le parti si ricava dalla disciplina che il codice di procedura civile dedica alla pronuncia della sentenza nel rito del lavoro (art. 429 c.p.c.): «*Nell’udienza*, il giudice, esaurita la *discussione orale* e udite le conclusioni delle parti, pronuncia sentenza [...]». In tale contesto, i canoni qui presi in esame vengono attuati dal legislatore accentuandoli in maniera decisa rispetto a quanto prescrive con riferimento al rito ordinario, nel quale di regola le cadenze della discussione tra le parti si articolano intorno allo scambio di scritti difensivi, che a richiesta di parte (art. 281-*quinquies*, comma 2, c.p.c., per il rito monocratico; art. 275, commi 2-4, c.p.c., per il rito collegiale) o per disposizione del giudice monocratico (art. 281-*sexies* c.p.c.) possono essere sostituiti o, in certe ipotesi, affiancati dalla discussione orale tra le parti, che dunque nel rito ordinario assume un ruolo vicario rispetto all’utilizzo della scrittura quale *medium* per le argomentazioni conclusive delle parti.

³⁴² M. D’AIUTO, *È coniugabile il principio di immediatezza*, cit., 7. Sul tema dell’argomentatività dell’attività processuale delle parti, cfr. diffusamente G. BIANCHI, *L’ammissione della prova nel dibattimento penale. Analisi dell’attività argomentativa delle parti*, Milano, 2001.

³⁴³ Sull’art. 174 c.p.c. sono tuttavia necessarie alcune puntualizzazioni. Nonostante il tenore in apparenza categorico della disposizione, che si esprime con il presente indicativo («il giudice istruttore è investito di tutta l’istruzione della causa...») consueto nei casi nei quali la legge processuale voglia individuare un precetto inderogabile, il secondo comma della norma contempla taluni casi nei quali è possibile procedere alla

In secondo luogo, com'è stato evidenziato in dottrina, il connubio che si determina tra i tre principi in disamina, che pone al centro del metodo euristico processuale l'occasione (per le parti e per il giudice) di un diretto confronto con il substrato conoscitivo della futura decisione giudiziale³⁴⁴, esalta in modo netto la rilevanza che, ai fini del raggiungimento della migliore conoscenza possibile e del conseguente miglior accertamento possibile, esplica non solo il *modus* di costruzione del sapere giudiziale (*i.e.*, la dialettica, preferibilmente in forma orale e, nel processo penale, in esame incrociato), bensì anche il *topos* in cui ciò avvenga. La relatività al contesto è un connotato delle esperienze probatorie che non deve affatto essere trascurato e che – lo si rimarcherà *amplius* più oltre – incide in qualche misura sull'affidabilità ed efficacia di

sostituzione dell'istruttore (assoluto impedimento; gravi esigenze di servizio; per il compimento di singoli atti, l'indispensabilità della sostituzione). Già questo primo rilievo evidenzia la maggior elasticità del canone in esame rispetto all'analoga previsione di cui all'art. 525, comma 2, c.p.p. che, per lo meno *sulla carta*, risulta inderogabile. Ma ciò che ancor più colpisce del disposto di cui all'art. 174 c.p.c. sta nella circostanza della mancata espressa comminatoria di una sanzione processuale *ad hoc* a presidio del rispetto del principio di immutabilità del giudice. Vero che il sistema processualciviltistico in materia di nullità si radica sul c.d. principio del raggiungimento dello scopo, il che potrebbe indurre a ritenere che, sebbene il legislatore non abbia previsto *expressis verbis* alcuna sanzione per il mutamento dell'istruttore in assenza delle condizioni legittimanti, purtuttavia ciò non precluderebbe alle parti di dimostrare la lesione all'interesse presidiato dall'art. 174 c.p.c. e dunque la declaratoria di nullità conseguente. Si tratta, tuttavia, di strategia difensiva difficile, se non impossibile, da percorrere. A ciò si aggiunga la granitica giurisprudenza di legittimità formatasi sul punto, che valorizza la mancata esplicita previsione di una nullità all'art. 174 c.p.c. per sostenere che la violazione di tale disposizione integrerebbe una mera irregolarità, incapace di spiegare effetti invalidanti sugli atti compiuti dal giudice mutato né sulla pronuncia da questi emessa (Cass. civ., sez. III, 26 aprile 2022, n. 12982, in *CED* n. 664633-01; Cass. civ., sez. L., 25 gennaio 2017, n. 1912, in *Dir. prat. lav.*, 2017, 25, 1592; Cass. civ., sez. III, 30 marzo 2010, n. 7622, in *CED* n. 612236). Si consideri, addirittura, il principio di diritto accolto da Cass. civ., sez. II, 14 dicembre 2007, n. 26327, in base al quale «L'identità della persona fisica del magistrato è prescritta, a pena di nullità, solo fra il magistrato che recepisce le conclusioni all'udienza all'uopo fissata e quello che decide la causa; ne consegue che non sussiste nullità della sentenza per vizio di costituzione del giudice - nella specie tribunale in composizione monocratica - nel caso di cambiamento tra il magistrato che istruisce la causa e quello che, avendo partecipato all'udienza di precisazione delle conclusioni, la decide, tenuto conto d'altronde che la sostituzione di giudici di pari funzioni, appartenenti al medesimo ufficio giudiziario, disposta al di fuori del procedimento di variazione tabellare, costituisce una mera irregolarità, e non incide sulla validità dei provvedimenti giudiziari adottati». In quest'ultima pronuncia sembra, dunque, del tutto svalutato nella prassi giudiziaria il senso epistemologico profondo della prescritta identità tra giudice che istruisce la causa e giudice che la decide.

In dottrina il riconoscimento della essenzialità dei principi di oralità ed immediatezza per il processo civile è stato sostenuto con convinzione da G.F. RICCI, *Prove penali e processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, 855 ss., proprio in un contesto nel quale l'A. si interroga sulla legittimità o meno della prassi di trasferire prove da un processo all'altro. L'A. riporta altresì l'opposta opinione di quella parte della dottrina che avanza riserve sulla circostanza che effettivamente il processo civile italiano sia improntato a tali canoni, posto l'ampio novero di ipotesi nelle quali la decisione viene presa sulla scorta di elementi raccolti da un giudice diverso da quello che si pronuncia sulla regidicanda: si fanno gli esempi dell'istruzione preventiva, delle prove delegate, della decisione in appello fondata sulle prove acquisite in prime cure, senza trascurare l'ipotesi della decisione collegiale assunta valutando prove acquisite innanzi al solo giudice istruttore. Per copiosi riferimenti bibliografici si rinvia al citato Autore.

³⁴⁴ Corte cost., 10 giugno 2010, n. 205, in *Sito Uff. Corte costituzionale*; M. CECCHI, *La "motivazione rafforzata"*, cit., 1139, nt. 103; P. RENON, *Verso una soluzione «costituzionalmente orientata»*, cit., 681-682; D. CHINNICI, *Contraddittorio, immediatezza e parità*, cit., 175-176, «Gli spazi per una appropriazione diretta dei saperi nel contesto orale e con le parti in posizione di parità sembrano in effetti ancora angusti [...] sulla base di una presunzione di completezza del sapere disponibile» (corso nostro); A. TAMIETTI, *Il principio di immutabilità del giudice nella giurisprudenza europea*, cit., 715-716 e 719; M. DANIELE, *Le "ragionevoli deroghe"*, cit., 8; G. BIANCHI, *L'ammissione della prova*, cit., 135; G. DI CHIARA, *Mutamento del collegio*, cit., 931.

marchingegni osmotici del tipo della circolazione probatoria.

Infine, calandoci ancor più a fondo nella materia che qui ci impegna, dev'essere rimarcato come, in effetti, la dinamica essenziale dell'istituto processuale della circolazione probatoria impatta proprio su questioni concernenti le modalità per assicurare che le parti ed il giudice della successiva vicenda giudiziale, quella di destinazione dei protocolli che documentano l'assunzione dell'elemento di prova nel processo *a quo*, vivano appieno e di persona l'esperienza maieutica della formazione del plesso probatorio, sin dal primo *step* del procedimento istruttorio (ossia, le richieste di ammissione dei mezzi di prova) e nel corso del suo svolgimento.

In particolar modo, la circolazione probatoria, che opera estrapolando uno o più elementi istruttori dal proprio contesto di origine e trapiantandoli in altro e diverso ambito, sembrerebbe disarticolare il rapporto triadico che dovrebbe sempre connettere giudice, parti e prova, in dipendenza del fatto che, all'esito del trasferimento, la prova si troverà in relazione con un organo giudicante *altro* rispetto a quello innanzi al quale si è formata (e che ne aveva ponderato i requisiti di ammissibilità nella primigenia vicenda giudiziale) e, in determinate circostanze (tanto nel rito penale quanto in quelli diversi), con una o più parti *diverse* che non hanno, pertanto, preso parte alla formazione di quel dato materiale gnoseologico.

Considerando il fenomeno dal primo punto di vista³⁴⁵, è facile istituire un

³⁴⁵ Quanto al profilo concernente la diversità di parti del processo di destinazione dell'elemento istruttorio circolante, la mente corre alla previsione di cui all'art. 238, comma 2-*bis*, che pone la condizione di utilizzabilità *contra reum* a fini decisorii (non, invece, di ammissibilità *ex ante*) dei protocolli di prove a contenuto dichiarativo rappresentata dall'identità dell'imputato (o, meglio, della partecipazione della sua difesa all'assunzione *ab origine* dell'elemento probatorio sfavorevole) contro cui tale prova voglia farsi valere nel diverso giudizio. Ebbene, si dà il caso che, per prove *non* dichiarative, all'integrarsi dei requisiti di acquisibilità sanciti dagli altri capoversi della norma cardine del fenomeno circolatorio nel rito penale esse possano entrare a far parte del patrimonio conoscitivo legittimamente spendibile per la pronuncia del *decisum* giudiziale pur in difetto dell'identità di parti. Lo stesso è a dirsi con riferimento al canale trasmigratorio avente ad oggetto le sentenze irrevocabili, che non sembrano richiedere alcun aggancio soggettivo con i protagonisti della vicenda giudiziale di destinazione. Vale la pena evidenziare una circostanza che ci sembra significativa sul piano della tenuta sistematica di un simile accantonamento del valore metodologico dell'immediatezza. In breve, il codice di rito penale, all'art. 403, disciplina le condizioni di utilizzabilità in dibattimento delle prove assunte in incidente probatorio, ossia in una situazione in cui non vi sarebbe coincidenza tra organi giudicanti ed in cui potrebbe non esservi nemmeno identità (totale o parziale) tra indagato/i partecipanti all'incidente ed imputato/i in dibattimento. Di quest'ultima circostanza il legislatore è cosciente, come si evince dal fatto che al primo comma si preclude la spendita della prova incidentale nei confronti degli imputati i cui difensori non abbiano partecipato alla sua assunzione, nemmeno (comma 1-*bis*) nell'ipotesi in cui gli indizi di colpevolezza abbiano raggiunto il soggetto solo successivamente all'esperienza dell'incidente probatorio (con l'eccezione del caso in cui la ripetizione della prova sia divenuta impossibile). Sul tema, R. PARODI, *Le persone interessate all'assunzione dell'incidente probatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 6, 748-749; G. RICCIO, *Lecture più circoscritte e forme "alternative" di acquisizione probatoria*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 10, 1187 ss.; P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, ed. XX, Milano, 2019, 596, in particolare nt. 137. Al lume di ciò, ci sembra francamente poco perspicua, e di certo lacunosa, la scelta normativa operata per il caso della circolazione probatoria, in considerazione del fatto che nell'ipotesi dell'incidente probatorio l'ambito di applicazione della condizione di utilizzabilità prevista dall'art. 403

parallelismo tra le tipiche dinamiche dei meccanismi trasmigratori di materiale istruttorio e quanto avviene nell'ipotesi di mutamento dell'organo giudicante ad istruttoria avviata (o, in casi estremi, conclusa), oggetto nel processo penale di un divieto, operativo in assenza della condizione legittimante della rinnovazione del dibattimento, e costituente un naturale corollario del principio di immediatezza³⁴⁶.

Poiché talune delle problematiche che vengono in gioco nel momento in cui si tratta di assicurare l'immediatezza nella situazione da ultimo rappresentata si ripropongono, *mutatis mutandis*, nelle dinamiche dell'osmosi probatoria tra procedimenti diversi, e tenuto conto della risonanza che negli ultimi anni ha avuto il tema *de quo* (anche per i risvolti pragmatico-efficientistici che un certo atteggiamento esegetico sulla questione avrebbe potuto comportare), ci sembra interessante soffermarci sulla questione. L'auspicio è di poter trarre da questo rapido *excursus* qualche spunto per le riflessioni che si condurranno altrove nel testo³⁴⁷.

c.p.p. comprende prove anche ad oggetto non dichiarativo, poiché anche nell'assunzione di simili apporti conoscitivi assume rilievo determinante l'immediatezza nel rapporto tra parti e costruzione del sapere giudiziale.

Quanto al tessuto legislativo esterno al sistema di diritto processuale penale, non si riscontra alcun addentellato normativo sulla cui scorta argomentare con sicurezza la delimitazione dell'operatività dei canali migratori delle prove *aliunde* originate ai soli casi di esatta identità soggettiva. Si consideri, in argomento, il tenore dell'art. 310, comma 3, c.p.c. che taluno in letteratura richiama a copertura della legittimità del fenomeno di interscambio istruttorio: nessun riferimento all'identità di parti viene operata da tale norma, che pur si occupa del differente meccanismo dell'utilizzo in un successivo giudizio civile delle prove formate nel corso di un processo estinto. In argomento, L. QUERZOLA, *L'efficacia dell'attività processuale*, cit., 65 ss.; M.C. VANZ, *La circolazione della prova*, cit., 86 ss.

³⁴⁶ Si faccia caso, ad ogni buon conto, che la giustapposizione suggerita nel testo, tra circolazione probatoria intergiudiziale e mutamento della composizione dell'organo giudicante in corso di causa, non ha lo scopo di istituire un confronto analogico tra le due situazioni così da ricavare dall'una le condizioni disciplinari dell'altra. Al netto della recente introduzione nel codice di rito penale di una normativa espressamente dedicata a regolamentare il fenomeno (che da patologico e, dunque, non normato, ha ormai assunto il crisma della fisiologia giudiziaria) del mutamento dei giudici dibattimentali - o, *rectius*, delle conseguenze procedurali in termini di riedizione delle attività istruttorie già espletate -, è noto come a più riprese i giudici ordinari avessero tentato di suggerire una sovrapposizione tra la (allora lacunosa) disciplina che pone il principio di immutabilità del giudice (art. 525, comma 2, c.p.p.) ed il fenomeno regolato dall'art. 238 c.p.p. Da ultimo, la Cassazione, con la arcinota sentenza a Sezioni unite Bajrami" (Cass. pen., Sez. un., 10 ottobre 2019, n. 41736, Bajrami, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 9, 1219, con nostra nota a margine, nonché in *Foro it.*, 2020, 3, II, 166), ha ritenuto di ritrarre dal dettato del quinto comma dell'art. 238 c.p.p., passando per l'applicazione del paradigma dell'uguaglianza-ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., la dimostrazione che in caso di rinnovazione istruttoria il giudice potrebbe ritenere superfluo l'ascolto del testimone già assunto innanzi al giudice sostituito. Al di là della non condivisibilità di simile argomento, che prova troppo in quanto pretende di ricavare dal tenore letterale dell'art. 238, comma 5, qualcosa che tale disposizione non dice (sul punto, volendo G. PECCHIOLI, *Le S.U. ed il principio di immutabilità*, cit., 1231), preme sottolineare che siamo pienamente consapevoli del fatto che la possibilità di istituire un'analogia *legis* tra il dispositivo processuale previsto dall'art. 238 co. 5 c.p.p. ed il meccanismo della rinnovazione a seguito di mutamento del giudice sia già stata condivisibilmente confutata dalla Corte costituzionale nel 2010 (Corte cost., ord. 10.06.2010, n. 205, in *Sito Uff. Corte costituzionale*). I due fenomeni presentano, senz'altro, profili di somiglianza operativo-dogmatica, e lo studio dell'uno può trarre argomenti e spunti dall'esame delle questioni che concernono l'altro, ma le due situazioni chiamano in causa dinamiche anche in parte non coincidenti che dunque non consentono di procedere ad un'assimilazione analogica. Ribadiamo, dunque, che il nostro è un accostamento più descrittivo che a scopo disciplinare.

³⁴⁷ Parte delle riflessioni proposte in questa sede costituiscono una rielaborazione, aggiornata alle ultime novità normative e dottrinali, di spunti che avevamo già suggerito in G. PECCHIOLI, *Mutamenti di paradigma nella documentazione della prova dichiarativa: luci ed ombre della disciplina che verrà*, in *Foro it.*, Gli Speciali, 2022,

Com'è noto, intorno al caso patologico di modifica dell'organo giudicante dopo l'espletamento dell'istruttoria dibattimentale, si è sviluppato un rovente dibattito, di risalente memoria, sull'orizzonte frastagliato dei delicati equilibri realizzabili tra immediatezza e ragionevole durata. Dibattito mai sopito e di recente rinfocolato dall'inaspettata manifestazione di insofferenza della giurisprudenza costituzionale³⁴⁸, prima, e di legittimità³⁴⁹, poi, rispetto ad uno dei cardini del giusto processo accusatorio, rispetto al quale hanno preso corpo spinte eversive mosse da un pragmatismo che, da più parti in dottrina, è stato criticato e ritenuto nient'affatto virtuoso né coerente col dettato costituzionale e codicistico.

Non è possibile, in questa sede, ripercorrere tutti i sia pur intriganti itinerari esegetici che, alla resa dei conti, hanno consentito alle due citate pronunce di dequotare il canone dell'immediatezza nella formazione della prova, nel suo duplice profilo oggettivo e soggettivo. Si considerino solo i seguenti rilievi, per nulla indifferenti nelle valutazioni che si dovranno svolgere intorno al tema della circolazione istruttoria.

La Consulta ha adottato un'ottica fuorviante: ha dato quasi per assodato che ormai il diretto rapporto di immedesimazione tra compendio conoscitivo, acquisito nel processo, e giudice chiamato a pronunciarsi fosse divenuto un simulacro di se stesso, a causa delle lungaggini processuali che, in certi casi, allontanano in modo sostanziale il momento della prima presa di contatto tra giudice e prova e quello successivo della valutazione e, in altri, aumentano le *chances* che colui che ha assistito alla formazione del materiale istruttorio non sia la stessa persona fisica che poi ne vaglierà il peso gnoseologico. Su tale assunto, piuttosto che valorizzare con forza la necessità della ricostituzione del nesso maieutico tra organo giudicante, parti e prove, la Corte si è fatta carico di suggerire al legislatore una serie di strategie, a scopo compensativo, che invece di

1, 189 ss., ed in particolare 196 ss.

³⁴⁸ Corte cost., 29 maggio 2019, n. 132, in *Foro it.*, 2019, 10, I, 3037, con nota di DE MARZO. In argomento, *ex plurimis*, cfr. E. APRILE, *Invito della Consulta al legislatore a modificare la disciplina della rinnovazione del giudizio dibattimentale in caso di mutamento della persona fisica del giudice*, in *Cass. pen.*, 2019, 3623; M. DANIELE, *Le "ragionevoli deroghe" all'oralità in caso di mutamento del collegio giudicante: l'arduo compito assegnato dalla Corte costituzionale al legislatore*, in *disCrimen*, 14.11.2019, 3; P. FERRUA, *Il sacrificio dell'oralità nel nome della ragionevole durata: i gratuiti suggerimenti della Corte costituzionale al legislatore*, in *Arch. pen. web*, 2019, 2; O. MAZZA, *Il sarto costituzionale e la veste stracciata del codice di procedura penale*, in *Arch. pen. web*, 2019, 2, e ora in O. MAZZA, *Tradimenti di un codice. La Procedura penale a trent'anni dalla grande riforma*, cit., 73 ss.; D. NEGRI, *La Corte costituzionale mira a squilibrare il "giusto processo" sulla giostra dei bilanciamenti*, in *arch. pen. web*, 2019, 3; L. ZILLETI, *La linea del Piave e il duca di Mantova*, in *Arch. pen. web*, 2019, 2; E.N. LA ROCCA, *Quale immediatezza, ora?*, in *Arch. pen. web*, 2020, 3.

³⁴⁹ Cass. pen., sez. un., 10 ottobre 2019, n. 41736, Bajrami, cit.

risolvere alla radice il rilevato problema strutturale fossero volte a ‘salvare il salvabile’, secondo la logica del «sempre meglio che nulla». Tra le varie proposte, spicca quella di prevedere la videoregistrazione dell’istruttoria dibattimentale, cosicché, nel caso del (preconizzabile) mutamento del giudice, invece di rinnovare fittiziamente l’assunzione delle prove già in precedenza acquisite, si potesse meramente consultare il surrogato dell’audizione a viva voce del teste, assicurando un rapido esaurimento delle incombenze preliminari alla decisione senza alcuna perdita, a detta della Corte, sul fronte della correttezza della decisione³⁵⁰.

Dal canto loro, le Sezioni unite penali hanno inferto quello che pareva il colpo di grazia alla disciplina della rinnovazione istruttoria in dibattimento a seguito del mutamento del giudice, quasi si trattasse di un inutile orpello di cui disfarsi. Ciò che qui più importa è il fatto che il Supremo Collegio abbia statuito che il diritto della parte a veder assumere dinanzi al nuovo giudice la prova già formata sia condizionato dalla esplicitazione di nuove specifiche esigenze per cui riesaminare il dichiarante; esigenze che il sostituto valuterà al lume di quanto emergente dalle carte presenti nel fascicolo dibattimentale³⁵¹. Un criterio, dunque, quasi del tutto sovrapponibile a quello che regola l’ammissione delle prove in casi particolari ai sensi dell’art. 190-*bis* c.p.p.³⁵², norma il

³⁵⁰ Il presupposto logico di simile strategia adottata dalla Consulta risiede nel fatto che, nella prassi, vi era una sorta di viscerale ‘ripulsa’ per l’esperimento della nuova audizione di un teste che fosse stato già esaminato dinanzi al precedente giudice, preferendosi la consultazione dei protocolli scritti che di tale audizione trascrivevano il contenuto e che venivano, in definitiva, considerati idonei sostituti (se di un sostituto dell’audizione si fosse mai sentito effettivamente il bisogno). A nostro avviso, tuttavia, non sembra corretto ritenere, *a priori*, più completo ed affidabile ciò che sia staticamente cristallizzato in verbali che fotografino l’esperienza probatoria direttamente vissuta da un altro giudice, e meno attendibile e gnoseologicamente meno significativo ciò che si andrà a costruire dinamicamente nel nuovo dibattimento. Non è altro che un assioma, fondato sulla «sottile suggestione delle cose scritte» (F. CORDERO, *Scrittura e oralità*, ora in *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, 212) che ispirano probabilmente maggior fiducia, perché apparentemente più controllabili nella loro fissità (O. MAZZA, *Le insidie al primato della prova orale rappresentativa. L’uso dibattimentale di materiale probatorio preconstituito*, in *Riv. ita. dir. proc. pen.*, 2011, 1514 ss., il quale osserva criticamente che il documento formatosi in un contesto precedente e comunque esterno al procedimento è considerato fonte probatoria più attendibile di quella orale). In realtà, non si può escludere (se non effettuando un giudizio, prognostico e diagnostico, doppiamente ipotetico) che la rinnovata attività istruttoria possa portare giovamento conoscitivo. Si tratta, invero, di assicurare (ora) l’immediatezza con il giudice subentrato e non, certo, di preservare il rapporto immediato che il precedente giudice e le parti hanno instaurato (allora) con le prove. Così, volendo, G. PECCHIOLI, *Le SS.UU. ed il principio di immutabilità*, cit., 1225, anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

³⁵¹ Per queste ed altre più puntuali osservazioni critiche sui riflessi di sistema della pronuncia del *plenum* della Corte di legittimità penale, ancora, diffusamente, G. PECCHIOLI, *Le SS.UU. ed il principio di immutabilità*, cit., *passim*.

³⁵² Per chiarezza espositiva, si riporta il testo della disposizione menzionata.

Art. 190-*bis* c.p.p.: «1. Nei procedimenti per taluno dei delitti indicati nell’articolo 51, comma 3-*bis*, quando è richiesto l’esame di un testimone o di una delle persone indicate nell’articolo 210 e queste hanno già reso dichiarazioni in sede di incidente probatorio o in dibattimento nel contraddittorio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni medesime saranno utilizzate ovvero dichiarazioni i cui verbali sono stati acquisiti a norma dell’articolo 238, l’esame è ammesso solo se riguarda fatti o circostanze diversi da quelli oggetto delle precedenti

cui inquadramento in un modello processuale-probatorio fondato sulla regola del contraddittorio nella formazione della prova derogabile solo nelle tassative ipotesi ex art. 111, comma 5, Cost. è alquanto delicato.

Il che non deve esser dimenticato, allorché si consideri che il d.d.l. Bonafede (d.d.l. AC 2435), precursore della successiva legge delega Cartabia (legge n. 134 del 2021), aveva previsto di normalizzare il criticissimo canone eccezionale sancito dall'art. 190-*bis* cit. per ogni caso di rinnovazione istruttoria conseguente al mutamento del giudice³⁵³.

La delega e, in seguito, il pressoché pedissequo decreto delegato (d.lgs. 150/2022)³⁵⁴ hanno mirato al raggiungimento di un soddisfacente punto di equilibrio. Netto è il rifiuto della proposta profondamente antigarantista che era stata fatta propria dal d.d.l. A.C. 2435; non si è, ad ogni buon conto, rimasti sordi alle imbeccate pragmatico-efficientiste della Consulta sull'utilizzo surrogatorio della videoregistrazione, tentando però al contempo di recuperare qualche spazio per assicurare concretezza al diritto alla prova rinnovata dinanzi al giudice mutato. Eppure, il riformatore, nel confezionare la nuova disciplina in punto di documentazione dei contributi dichiarativi tramite riproduzione audiovisiva³⁵⁵ e nello sfruttare simile strumento tecnologicamente

dichiarazioni ovvero se il giudice o taluna delle parti lo ritengono necessario sulla base di specifiche esigenze.

1-*bis*. La stessa disposizione si applica quando si procede per uno dei reati previsti dagli articoli 600-*bis*, primo comma, 600-*ter*, 600-*quater*, 600-*quinqüies*, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'articolo 600-*quater*.1, 609-*quinqüies* e 609-*octies* del codice penale, se l'esame richiesto riguarda una testimone minore degli anni diciotto e, in ogni caso, quando l'esame testimoniale richiesto riguarda una persona offesa in condizione di particolare vulnerabilità».

³⁵³ In senso critico, *ex plurimis*, G. CANZIO, *Ancora una riforma del processo penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 1, 7.

³⁵⁴ Pur se inserita in un tessuto novellatore che, in adesione ai criteri direttivi della delega, ha sviluppato ed elaborato specifici interventi di dettaglio (come per quel che concerne le novità in materia di verbalizzazione dell'assunzione di prove dichiarative), la previsione del decreto delegato dedicata ad attuare il criterio formulato dalla legge Cartabia n. 134/2021 in materia di rinnovazione istruttoria dibattimentale per mutamento dell'organo giudicante risulta in tutto riprodotto dell'attuato criterio di delega. Tra i primi commenti sulla disciplina di nuovo conio, cfr., *ex plurimis*, R. LOPEZ, *Nuove ipotesi di documentazione mediante videoregistrazione e di collegamento a distanza*, in *Proc. pen. gius.*, 2022, 1, 18 ss.; R. APRATI, *Giudizio di primo grado*, in *Giur. it.*, 2023, 5, *Riforma Cartabia e diritto processuale penale*, 1206; L. LUDOVICI, *Il "nuovo" giudizio di primo grado sospeso tra le ombre del passato e i chiaro-scuri del futuro*, in AA.VV., *La Riforma Cartabia. Codice penale – Codice di procedura penale – Giustizia riparativa*, a cura di G. Spangher, Pisa, 2022, 508 ss.; ID., *La disciplina del giudizio nella riforma c.d. Cartabia*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 12, 1581 ss.; C. BONZANO, *La documentazione delle dichiarazioni: ancora incompiuto l'incerto cammino verso il sinolo aristotelico di sostanza e forma*, in AA.VV., *La Riforma Cartabia*, cit., 133 ss.; P. TONINI-C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, XXIII ed., *Addenda n. 1*, Milano, 2022, 123 ss.; M. GIALUZ-J. DELLA TORRE, *Giustizia per nessuno. L'inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*, Torino, 2022, 293 ss.; M. GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della Riforma Cartabia*, in *Sist. pen. web*, 2 novembre 2022, in partic. §§ 3.1., 6., 12., 12.3., 14.3.; M. MONTAGNA, *La razionalizzazione del dibattimento e il preteso recupero dell'immediatezza*, in *Proc. pen. gius.*, 2022, 1, 135 ss.

³⁵⁵ Alcuni aspetti della quale sembrano possedere il potenziale per impattare sulla ritmica operativa dei moduli osmotici ad oggetto probatorio: il tema sarà dunque oggetto di approfondimento nel Capitolo dedicato ai

avanzato quando si è trattato di offrire (finalmente?) regolamentazione all'istituto della rinnovazione dibattimentale per mutamento del giudice, sembra anche aver spostato il punto focale ed inaugurato inediti equilibri in una materia di così viscerale importanza sul piano sistematico.

In breve, la riforma Cartabia ha previsto, a regime, che, *inter alia*, l'assunzione in esame incrociato di prove dichiarative – *rectius*: l'esame dei testimoni, dei periti, dei consulenti tecnici, delle parti private e delle persone indicate nell'art. 210, nonché gli atti di ricognizione e confronto – sia videoregistrata (art. 510, comma 2-*bis*, c.p.p.)³⁵⁶. Si è, poi, stabilito, al nuovo comma 4-*ter* dell'art. 495 c.p.p., che, in caso di mutamento dell'organo giudicante, la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale già espletata innanzi al giudice mutato sia disposta sempre, salvo il caso – posto come eccezione, ma che, dato quanto prescritto in tema di verbalizzazione, sarà la regola – di videoregistrazione della precedente assunzione.

Sulla carta, sembrerebbe così asseverato un serio ribaltamento di prospettiva, rispetto alle prese di posizione giurisprudenziali tutte protese, in chiave a nostro avviso poco equilibrata, al soddisfacimento di istanze efficientistiche di velocizzazione dell'*iter* processuale e di sfoltimento degli incumbenti istruttori. L'ultima riforma pare accogliere, per contro, l'idea che la rinnovazione del dibattimento non debba operare quale mera eccezione, bensì come fase regolare indispensabile per ovviare alla nullità assoluta, insanabile, che deriva dall'intervenuto mutamento dell'organo giudicante, nonché per assicurare il pieno rispetto del diritto alla prova delle parti (art. 190 c.p.p.)³⁵⁷, che passa anche per il recupero della privilegiata triade consustanziale al

principali temi concernenti la circolazione di prove tra processi. Per taluni accenni in nuce ed 'in prospettiva' alla questione, volendo, G. PECCHIOLI, *Mutamenti di paradigma*, cit., 201 ss.

³⁵⁶ Non è prevista, di regola, la trascrizione, che verrà disposta solo a richiesta di parte.

³⁵⁷ Come si desumerebbe, tra l'altro, dalla previsione che il diritto di ottenere la riedizione dell'assunzione della prova dichiarativa spetti – diversamente da quanto la giurisprudenza più recente aveva sostenuto – a ciascuna delle parti che vi abbia interesse, da leggersi in consonanza con quella forma di manifestazione del diritto alla prova, consacrata nel codice di rito dalla riforma operata con l. n. 397 del 2000 (allorquando il legislatore ha previsto un nuovo comma 4-*bis* nell'ordito dell'art. 495 c.p.p.), che la migliore dottrina ha definito 'principio di acquisizione processuale'. In forza di tale 'arricchimento' del diritto alla prova, l'ammissione del mezzo di prova chiesta da una parte fa sorgere in capo a tutte le altre una legittima aspettativa a che tale prova sia assunta, di talché quest'ultima non è 'di proprietà' di colui che l'abbia introdotta in giudizio: colui che l'ha richiesta avrà diritto a rinunciarvi (forma estrema di disposizione del diritto alla prova), ma le altre parti avranno diritto ad opporsi – non prestando il consenso alla rinuncia – e ad ottenere in ogni caso l'assunzione della prova *de qua*. Sulle molteplici sfaccettature che può assumere il principio in questione, si veda G. UBERTIS, *Neutralità metodologica del giudice e principio di acquisizione processuale*, in *Riv. ita. dir. proc. pen.*, 2007, 23 ss. Sul punto, cfr. altresì, P. TONINI-C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., 152 ss.; P. FELICIONI, *La rinuncia alla assunzione della prova*, in AA.VV., *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore* a cura di L. Filippi, Padova, 2001, 459 ss. Con particolare riferimento all'estendibilità del principio in parola all'ipotesi di rinnovazione

giusto processo (contraddittorio, immediatezza, oralità), che per un verso massimizza la bontà accertativa delle prove e per l'altro si pone a baluardo della terzietà ed imparzialità del giudice (intese quale impregiudicatezza, verginità gnoseologica sul *thema probandum e decidendum*)³⁵⁸.

Eppure, leggendo tra le righe, qualche residuo della ricostruzione avallata dalle Sezioni unite Bajrami e poi dal d.d.l. Bonafede aleggia ancora sulla nuova disciplina. In

dibattimentale per mutamento del giudice, C. CONTI, *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento*, cit., 751 ss.; sia inoltre consentito rinviare a G. PECCHIOLI, *Le SS.UU. ed il principio di immutabilità*, cit., 1229 ss.

Ulteriore profilo che sembra avvalorare la tesi che vede nella disciplina di nuovo conio una valorizzazione del diritto alla prova, in linea con l'approccio più in generale seguito dal sistema che vuole che il *decisum* giudiziale si fondi in modo per lo più esclusivo su elementi che siano passati al vaglio del contraddittorio con colui il quale subirà le conseguenze della pronuncia (istanza dall'essenza costituzionale e, come abbiamo già visto, dalla dimensione trasversale e non esclusiva del sistema penale), si rinviene nel legame che il comma 4-ter dell'art. 495 c.p.p. istituisce tra il rammentato diritto della parte interessata di ottenere di nuovo l'escussione dei dichiaranti innanzi al nuovo giudice e la necessità che tale audizione avvenga «nel contraddittorio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni medesime saranno utilizzate». Sembrerebbe trattarsi della trasposizione in questo ambito specifico di un principio generale, già altrove contemplato e tutelato dal codice di rito penale: nell'ambito della medesima vicenda processuale, viene alla mente l'art. 403 c.p.p. in tema di utilizzabilità delle prove assunte nell'incidente probatorio; se ci si affaccia sul terreno dei rapporti tra procedimenti diversi, non si può non menzionare il comma 2-bis dell'art. 238 (l'istituzione di un parallelo tra le due ipotesi qui accostate è operata anche da A. VELE, *La rinnovazione*, cit., 1235; M. DANIELE, *Le "ragionevoli deroghe"*, cit., 3). Eppure, non siamo sicuri che il tenore letterale della disposizione possa essere interpretato in maniera così piana a favore della miglior realizzazione delle istanze fondamentali di parte in tema di diritto di difendersi provando. Solo per citare un paio di debolezze (evidenziate da attenta dottrina: L. LUDOVICI, *Il "nuovo" giudizio di primo grado*, cit., 511 ss.), non solo di scelta lessicale ma (probabilmente) di opzione concettuale-sistemica di fondo, il richiamo all'interesse di parte potrebbe indurre l'organo giudicante ad utilizzare quali *tertia comparationis* di valutazione del requisito legittimante non i parametri generali di cui all'art. 190 c.p.p., quanto piuttosto il contenuto informativo dei verbali delle precedenti assunzioni, il che peraltro comprometterebbe in modo sensibile l'occasione di ripristino dell'immediatezza e di miglior scrutinio di bontà euristica dei contributi informativi ricavabili dall'escussione testimoniale. Inoltre, la norma sembrerebbe suggerire che la nuova audizione dei dichiaranti sia disposta allorché l'autorità giudiziaria ritenga di utilizzare tali risultanze nei confronti della parte, il che – se non attentamente reinterpretato in chiave «suppositivo-epistemica» (L. LUDOVICI, *op. ult. cit.*) – parrebbe suggerire che il giudice possa anticipare il proprio giudizio sul merito del *thema decidendum* quale criterio selettivo delle prove rinnovande dinanzi a sé. Si tratta di elementi da non trascurare nell'ottica dello studio delle dinamiche di interscambio probatorio, in considerazione del fatto che, se esegesi poco sorvegliate del tipo testé suggerito dovrebbero prendere campo in giurisprudenza con riferimento al fenomeno della rinnovazione istruttoria da mutamento dell'organo giudicante, si potrebbe correre il rischio che l'interpretazione e l'applicazione di strumenti di salvaguardia qual è quello previsto dal quinto comma dell'art. 238 c.p.p. possano essere operate in consonanza con la (da noi avversata) lettura dell'art. 495, comma 4-ter, c.p.p.

³⁵⁸ Non sembra peregrino in questa sede porre in risalto il pericolo che la neutralità gnoseologica del giudice rischia di correre, tanto in ipotesi di mutamento del giudice, quanto in ipotesi di mutamento di scenario processuale di prove preformate in forza di trasmigrazione altrove (su cui si tornerà più in dettaglio). Tanto nel caso della rinnovazione per cambiamento di organo giudicante quanto in quello della circolazione di prove dichiarative, la previa apprensione del contenuto informativo del verbale precedentemente stilato può mettere a rischio l'imparzialità del giudice, intesa nel senso di 'impregiudicatezza' (*ex multis*, G.M. BACCARI, *Il temperamento tra libera circolazione degli atti e diritto al contraddittorio*, in AA.VV., *Le nuove leggi penali*, Padova, 1998, 204; N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., 23 ss. nonché 114 ss.), in quanto ne può condizionare la valutazione *ex ante* della pronosticabile utilità euristica della prova 'rinnovanda' ai fini della decisione, e, *ex post*, della effettiva bontà accertativa di quanto risultante dall'espletata escussione orale del dichiarante, tendendo a privilegiare in ogni caso il compendio informativo ricavabile dai protocolli scritti, giudicati più affidabili. Non è difficile immaginare che il giudice, in entrambe le situazioni, prendendo cognizione, sin dal principio, dei verbali attestanti quanto avvenuto dinanzi al predecessore, inizi a formarsi una propria opinione, ad ipotizzare una certa ricostruzione dei fatti sui quali dovrà poi giudicare, maturando «una *precomprensione* dei fatti e delle persone, prima e al di fuori delle prospettazioni dialettiche delle parti» (F.M. IACOVIELLO, *Processo di parti e poteri probatori del giudice*, in *Cass. pen.*, 1993, 157, 291). Con inevitabile lesione non solo del paradigma costituzionale dell'imparzialità del giudice, ma altresì dei canoni consustanziali al diritto di azione e difesa e al giusto processo del contraddittorio, dell'oralità e dell'immediatezza.

particolare, come già evidenziato la riforma ha previsto che il giudice mutato non disponga la ri-audizione del dichiarante, allorché abbia a propria disposizione la videoregistrazione della precedente escussione, a meno che ciò non sia reputato necessario sulla scorta di (non meglio precisate) «specifiche esigenze». Per decodificare il senso profondo dell'intervento novellatore, non si può trascurare una lettura coordinata delle interpolazioni da ultimo operate. È evidente che, posta come regola generale di verbalizzazione delle prove *lato sensu* dichiarative, quella che in materia di rinnovazione del dibattimento è testualmente presentata come eccezione (ossia la non riedizione dei mezzi di prova la cui assunzione risulti da video-verbali) viene surrettiziamente elevata a regola altrettanto generale³⁵⁹.

Solo per rimarcare un aspetto consequenziale, non passa inosservato il forte scarto tra l'immediatezza (e l'oralità) per come intesa sino ad oggi e la nuova veste che, nell'efficientamento generale del sistema, il legislatore del 2021-2022 le ha cucito addosso. In breve, ci sembra che ormai il sistema propenda con decisione per l'accoglimento di una forma *mediata* di *immediatezza* e di una dinamica *unidirezionale* dell'oralità. Accantonata (parrebbe) la sottile suggestione delle cose scritte³⁶⁰, ci si è forse fatti affascinare dall'entusiastico e fiducioso ottimismo con il quale i 'nostri tempi' si interfacciano con l'innovazione tecnologica. E se è vero che la verbalizzazione audiovisiva può costituire un valido supporto per assicurare il pieno apprezzamento della prosodia e della prossemica oltreché delle risposte verbali dei dichiaranti, certo superiore rispetto alla mera consultazione di protocolli cartacei riportanti la traslitterazione del parlato, bisogna anche essere consapevoli che la videocamera, lo

³⁵⁹ In questi del tutto condivisibili termini, P. TONINI-C. CONTI, *Manuale*, cit., *Addenda n.1*, cit., 125-126.

³⁶⁰ Che resta, invece, abbastanza radicata nel contesto normativo processualvisilistico. Un esempio eclatante è la disciplina dedicata all'assunzione, *extra iudicium*, della testimonianza scritta di cui all'art. 257-bis c.p.c. (L. DITTRICH, *L'assunzione delle prove nel processo civile italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 3, 589, § 6), così come il (previgente) divieto di assunzione di prova testimoniale nel rito tributario (art. 7 d.lgs. 546/1992 previg.), nel quale tuttavia, sino a recentissime evoluzioni normative, venivano comunque considerati acquisibili i verbali di dichiarazioni di terzi raccolte nel corso delle indagini della Guardia di Finanza pur in carenza di un substrato legale di riferimento (su cui, in senso critico, A. MARCHESELLI, *Contraddittorio e parità delle armi*, cit., §7; P. RUSSO, *Il divieto della prova testimoniale nel processo tributario: un residuo storico che resiste all'usura del tempo*, in *Rass. trib.*, 2000, 2, 567 ss.). Tanto fascino per la parola scritta (cui sembra fare da contraltare una viscerale diffidenza per l'apporto conoscitivo introdotto in giudizio tramite la 'parola parlata', per quanto le motivazioni addotte a supporto di simile dogma non appaiono dirimenti né convincenti alla dottrina che se ne è occupata) risulta ad oggi pienamente confermato dalle scelte del legislatore che, con la legge n. 130 del 31 agosto 2022 che ha riformato il processo tributario, ha definitivamente canonizzato l'uso della testimonianza scritta quale prova tributaria, spendibile in generale salvo che per fornire prova di fatti emergenti da verbali o altri atti fidefacenti sino a querela di falso. Per maggiori osservazioni 'a caldo' sulle novità introdotte dalla recente riforma e ulteriori riferimenti bibliografici, si veda R. SUCCIO, *In vigore la riforma del processo tributario: prova testimoniale e definizione delle controversie*, in *Quot. giur.*, www.leggiditalia.it, 16 settembre 2022.

schermo su cui il filmato venga riprodotto, frappongono una barriera che, per un verso, filtra i fenomeni e, per l'altro, preclude l'interazione diretta tra chi osserva e chi si trova(va) sulla scena cristallizzata. L'esperienza probatoria viene decurtata, quindi, tanto di una parte di immediatezza quanto di una porzione di oralità³⁶¹. Il che dequota, in definitiva, quel «“diritto” alla contestualità spazio-temporale tra il giudice e la prova, in forza del principio di immediatezza, [...] essenziale per una scrupolosa valutazione del risultato probatorio»³⁶².

4. LA STRUTTURA MULTIFORME DELL'INUTILIZZABILITÀ: DIVIETI PROBATORI GNOSEOLOGICI E DIVIETI PROBATORI ETICO-DEONTICI.
L'ATTITUDINE EURISTICA DELL'INUTILIZZABILITÀ COME BALUARDO DI GIUSTIZIA SOSTANZIALE DEL PROCESSO E DEL *DECISUM* GIUDIZIALE: ALCUNI CENNI. TRATTI CONTROVERSI DEL RAPPORTO TRA CIRCOLAZIONE PROBATORIA ED INUTILIZZABILITÀ (CENNI E RINVIO)

Abbiamo a più riprese fatto riferimento alla circostanza che, nel contesto della definizione degli strumenti e della metodologia di costruzione della base conoscitiva necessaria per pervenire all'adozione della miglior pronuncia giudiziale sulla domanda o sull'imputazione, non è sicuramente irrilevante il modo di *selezione* dei dati conoscitivi. Ciò in quanto l'ordinamento si prefigge di assicurare ai cittadini una decisione *giusta* e, prima ancora, un processo *giusto*. Come visto, in simile contesto la potenziale utilità gnoseologica di un certo elemento è valutata in funzione del risultato che, su di un piano che trascende i singoli *desiderata* individuali ad “avere ragione”, il sistema aspira a garantire alla collettività. Il che, in un contesto costituzionale a base personalistica e garantistica qual è quello in cui ci muoviamo, significa predisporre a monte un reticolato di regole volte a legittimare l'ingresso e la susseguente spendita a fini decisorii di quelle sole fonti informative che siano rispettose, tra l'altro, dei dettami gnoseologici che il legislatore ha inteso valorizzare. Dunque, lungi dal ritenere consentaneo al substrato costituzionale di riferimento un'esperienza processuale nella quale l'attività di reperimento del necessario sapere sia totalmente libera e svincolata da

³⁶¹ R. ORLANDI, *Immediatezza ed efficienza nel processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, 3, 815 ss.; C. VALENTINI, *Grandi speranze: una possibilità di riforma della riforma*, in *Arch. pen. web*, 2022, 3, 14 ss.

³⁶² A. VELE, *La rinnovazione*, cit., 1235 (corsivo nostro). Nello stesso senso, cfr. altresì M. DANIELE, *Le “ragionevoli deroghe”*, cit., 3.

prescrizioni legislative, l'attuale assetto della *lex probatoria* vive e definisce il proprio ambito di operatività proprio grazie alle forme di approvvigionamento accreditate.

Ancora, è già stato evidenziato come, nella molteplicità dei precetti che il legislatore ha previsto al fine di scolpire il volto del procedimento probatorio per soddisfare contestualmente le istanze epistemologiche ed i metavalori costituzionali di riferimento, il metodo cognitivo prescelto ruota intorno a meccanismi escludenti: non è prova tutto ciò che abbia efficienza gnoseologica, bensì solo ciò che ha titolo per oltrepassare le barriere in ingresso stabilite *ex lege*. Com'è stato efficacemente affermato, le regole di esclusione fungono da reticolato filtrante che opera in modo da «separare ciò che è prova [secondo l'ordinamento] da ciò che non può esserlo»³⁶³. Il sistema si mostra consapevole della 'pericolosità' del materiale cognitivo, nella misura in cui questo, se acquisito, potrebbe condurre all'errore o se, nell'acquistarlo, potrebbe impattare negativamente su beni giuridici di pari o superiore rilevanza rispetto all'interesse giudiziario alla massimizzazione della conoscenza disponibile³⁶⁴. Al contempo la predisposizione di siffatti baluardi sul limitare della scena processuale presidia efficacemente il diritto alla prova delle parti stesse, che non appare, invero, conculcato allorché si impedisca un 'confusionario' affastellamento di fonti gnoseologiche quali che siano. Il diritto alla prova, per come declinato sin dal tessuto costituzionale (artt. 24, 101, 111 Cost.), implica – certo – che le parti siano poste nella condizione di introdurre nel processo materiale conoscitivo da loro stesse ricercato, ma altresì che le stesse siano 'protette' da decisioni che si fondino su elementi dallo scarso (o nullo) valore accertativo o assunti con modalità lesive di fondamentali libertà personali³⁶⁵.

In tutto ciò si declina e si sostanzia – in breve – la legalità della prova che affonda le proprie radici nel primo comma dell'art. 111 Cost., elevato così «al rango di *paradigma*

³⁶³ Così C. CONTI, *Il volto attuale dell'inutilizzabilità: derive sostanzialistiche e bussola della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 7, 781. In termini, F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità*, cit., 47; G. SILVESTRI, *La trasmigrazione e l'utilizzazione degli atti*, in AA.VV., *Misure di prevenzione*, a cura di S. Furfaro, Torino, 2013, 215-216; G. UBERTIS, *La prova penale*, cit., 54 ss.; M. DAMAŠKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, cit., 63; A. SCCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit., 127 («Se si considera che la prova è fenomeno giuridicamente rilevante, e non mero strumento persuasivo, dovrebbe risultare palese che l'attitudine probatoria di un particolare atto, lungi dal rappresentare una sorta di caratteristica intrinseca al singolo dato fattuale, deriva esclusivamente da opzioni gnoseologiche effettuate in ambito legislativo [...] nel sistema vi sono tracce inequivocabili di un disegno finalizzato a mantenere entro stretti confini l'efficacia probatoria delle risultanze delle attività d'indagine»).

³⁶⁴ In termini analoghi F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013, 188.

³⁶⁵ G.F. RICCI, *Principi di diritto processuale generale*, cit., 381 ss., e in partic. 382; F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 1 ss., nonché 52.

del parametro costituzionale del ‘giusto processo’»³⁶⁶.

Scandagliando il panorama ordinamentale, la migliore dottrina che si è dedicata all’analisi delle tecniche in forza delle quali il legislatore ha ritenuto di realizzare un simile complesso di limiti di garanzia probatoria non ha mancato di focalizzare l’attenzione sul tipico schema legale attorno al quale ruotano le regole di esclusione probatoria³⁶⁷. In particolare, la caratteristica più significativa sulla quale in questa sede preme richiamare l’attenzione è l’eziologia, o, per meglio dire, la *ratio* giustificativa che, a monte, si pone a fondamento della positivizzazione della regola escludente e, a valle ed in concreto, ne innesca la tipica dinamica preclusiva. Si tratta di un modello multiforme³⁶⁸, costruito intorno alla differente essenza delle entità giuridiche a tutela delle quali ciascuna regola di esclusione è posta.

Come abbiamo già avuto occasione di accennare, è possibile rilevare in linea teorica la valorizzazione di due tipologie di causali che attivano gli sbarramenti all’ingresso di una certa prova.

Sotto un primo profilo, il fondamento delle *exclusionary rules* si rinviene in ragioni processuali-epistemologiche, legate alla intrinseca inidoneità dello strumento istruttorio (in sé o in una sua determinata modalità di esplicazione) a condurre all’acquisizione di conoscenze attendibili e, conseguentemente, affidabili a fini decisori. Si tratta di limiti intrinseci e coesenziali allo stesso oggetto cui si applicano, afferenti alla sua ontologia, che per specifici profili si manifesti come oggettivamente contro-epistemica. Poiché le prove, per definizione, rappresentano gli strumenti tramite i quali il processo persegue il proprio scopo euristico-cognitivo e possiedono dunque una natura teleologicamente orientata, la *lex probatoria* non può investire del crisma di prova ciò che di per sé non possiede connotati funzionalmente rivolti al fine cognitivo³⁶⁹.

³⁶⁶ Cass. pen., Sez. un., 9 aprile 2010, n. 13426, Cagnazzo, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 6, 679.

³⁶⁷ Con la consueta chiarezza esplicativa, P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., 48 asserisce che le regole di esclusione «riguardano la prova come premessa probatoria: e – variamente espresse ora nella forma del divieto di ammissione ora del divieto di utilizzazione – operano sempre in un momento antecedente a quello in cui interverrebbe la valutazione, proprio perché negano alla radice l’idoneità di un certo dato a fungere da valida premessa probatoria» (corsivo nostro).

³⁶⁸ Da taluno descritto come «ad ampio spettro»: così F.R. DINACCI, *L’inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 11.

³⁶⁹ M. DAMAŠKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, cit., 27 ss., a questo riguardo parla di regole di esclusione *intrinseche*, vale a dire «quelle che escludono informazioni probatorie in base alla convinzione che la relativa eliminazione aumenti l’accuratezza dell’accertamento dei fatti [...] l’adozione della regola di esclusione si radica tanto nei valori del giusto processo quanto nel desiderio di proteggere il giudice da informazioni inattendibili» (corsivo nostro); C. CONTI, *Accertamento del fatto*, cit., 20; EAD., *L’inutilizzabilità*, in AA.VV., *Le invalidità*

In simile prospettiva, tenuto altresì conto della ricostruzione che abbiamo profilato nel paragrafo che precede, le regole di esclusione gnoseologiche si ammantano, in prospettiva costituzionale, anche di un connotato etico-valoriale, proprio per la loro naturale propensione a costituire, per il giudice, la bussola per orientarsi nel coacervo di potenziali fonti conoscitive e selezionare solo ciò che consentirà di assicurare, non solo forme corrette e conformi ai precetti legali, bensì anche un *iter* giudiziale ed un esito decisorio realmente in linea con quel *metodo* costituzionale di giustizia processuale, soddisfacente delle istanze individuali fondamentali anche tramite la *qualità* del materiale accertativo³⁷⁰. Quando il costituente (e, con lui, il legislatore ordinario) individua nel metodo dialettico, che contrappone le parti innanzi ad un giudice neutrale ed impregiudicato, la strategia epistemica d'elezione del processo che voglia e possa dirsi 'giusto', e pone – finanche nella stessa Costituzione – regole probatorie per la più opportuna selezione di quanto sia rispettoso, ed in grado strutturalmente di rispettare una simile dinamica gnoseologica, inevitabilmente finisce con l'assegnare un rilievo etico-ideologico a quelle stesse norme poste a filtrare il miglior sapere funzionale a

processuali. Profili statici e dinamici, a cura di A. Marandola, Torino-Milano, 2015, 98-99; EAD., *La preclusione nel processo penale*, Milano, 2014, 145 ss.; E. AMODIO, *Libertà e legalità della prova*, cit., 321, il quale segnala «l'esigenza di sottrarre dal novero delle fonti della decisione elementi che l'esperienza scientifica fa considerare sicuramente capaci di deviare la retta formazione del convincimento giudiziale [...] Non si vede perché nella ricerca della verità processuale il giudice debba ritenersi autorizzato ad allontanarsi pure dai più elementari e sperimentati principi-guida di cui lo scienziato presta incondizionato ossequio nell'indagare i fenomeni della realtà»; G. UBERTIS, *La prova penale*, cit., 55, fa riferimento ai limiti epistemologici in termini di limiti *processuali*, proprio a sottolineare la pregnante compenetrazione tra regole che escludono oggetti che, a monte, il sistema – sulla scorta di valutazioni operate anche al lume delle progressive acquisizioni sul piano della scienza, della tecnica e dell'esperienza – giudica inefficaci (se non proprio controproducenti) rispetto all'obiettivo finale del processo e dinamica processuale stessa; F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale*, cit., 188 («la pericolosità della prova porta poi a soppesarne vantaggi e rischi della sua acquisizione. Non ogni fonte di prova può essere introdotta nel processo. Se il rischio dell'errore sovrasta la probabilità della verità, la prova viene esclusa» (corsivo nostro)). L'A. tuttavia a p. 195 sembra sostenere che, quando si tratti di garantire l'affidabilità epistemica di una prova, una siffatta valutazione non possa essere operata *ex ante* ed in astratto dal legislatore, facendosi piuttosto questione di affidare al giudice di volta in volta il potere di vagliare tale caratteristica di ciascun elemento istruttorio. Non propendiamo per una ricostruzione di tal genere, che peraltro chiama in causa l'annoso dilemma ermeneutico inerente alla distinzione tra regole di esclusione e regole di valutazione della prova. Sul punto, si consideri solo quanto segue. Un conto è apprezzare il peso probatorio di un'informazione specifica in ciascun caso concreto, altra cosa, invece, è discernere *ex ante* quali fonti e quali mezzi informativi siano astrattamente inaffidabili o incapaci di rispettare i canoni conoscitivi posti a fondamento del sistema processuale, come ad es. il contraddittorio. Ebbene, non avrebbe alcun senso sancire la formazione della prova in contraddittorio sulla scorta dell'idea che esso sia il miglior metodo per acquisire informazioni che soddisfino le aspirazioni veritativo-conoscitive del sistema, se poi si ritenesse che una prova raccolta senza rispettare tale metodologia potesse ugualmente entrare a far parte del compendio informativo – pur in assenza di ragioni giustificative che evidenzino l'inutilità, l'inefficacia o controproduttività dell'utilizzo di un tale metodo maieutico – ed essere sottoposta alla valutazione del giudice. Il legislatore non vuole proprio che quell'informazione sia veicolata al giudice, perché potrebbe lederne il convincimento che sarebbe influenzato da elementi i quali non offrono alcuna garanzia di affidabilità nel trasferimento di dati conoscitivi. *Contra*, A. GIUSSANI, voce *Prova (circolazione della) (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, Annali, II-1, Milano, 2008, 947.

³⁷⁰ A. CASTAGNOLA, *L'accertamento dei fatti*, cit., 64.

concretizzare l'aspirazione di sistema ad una giustizia giusta³⁷¹.

Su di un altro profilo, l'eziologia giustificativa della prescrizione di filtri escludenti in ambito istruttorio si radica nella basilare, quanto radicale, opzione della Carta fondamentale per il pieno riconoscimento dei diritti fondamentali, da cui inevitabilmente deriva l'impegno incessante della disciplina processuale per limitare quanto più possibile il rischio che l'esercizio della funzione giurisdizionale (che, come visto, è *servizio* per la collettività) risulti lesivo di rilevanti istanze personalistiche³⁷². L'idea portante è: la garanzia di taluni fondamentali beni giuridici individuali merita di essere salvaguardata a prescindere, e anche contro, l'interesse generale ed individuale all'acquisizione di conoscenze potenzialmente utili a fini decisori.

In queste ipotesi, il limite che determina l'esclusione – o, prima ancora, la preclusione in ingresso – dello strumento gnoseologico non si radica nelle esigenze dell'esperienza processuale, il suo fondamento è piuttosto esterno ad esse ed ha natura – per così dire – 'politica' ed 'artificiale'³⁷³. In particolare, si ha a che fare con elementi la cui struttura ontologica non parrebbe risultare carente sotto il profilo dell'idoneità euristica; piuttosto, la loro immissione nel circuito giudiziale e nel compendio informativo disponibile per il giudice a fini decisori comporterebbe una lesione a beni giuridici dalla essenziale caratura ordinamentale che, di regola, trascendono il *proprium* della vicenda processuale³⁷⁴. Il legislatore, insomma, prende atto di un conflitto tra il mezzo probatorio ed interessi *estrinseci* al giudizio sui quali questo verrebbe ad incidere negativamente e, per ragioni di giustizia sostanziale, risolve le frizioni a favore della posizione giuridica extraprocessuale ed esclude simili strumenti di conoscenza dalle legittime acquisizioni processuali³⁷⁵. La regola di estromissione probatoria viene così a

³⁷¹ A. SCCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit., 139, il quale riflette su come «l'effetto ultimo della violazione di un divieto probatorio sia costituito dall'ingiustizia della decisione, fondata su un elemento di prova sfornito di attitudine dimostrativa». L'A., *ivi*, 158, osserva: «Basta pensare al mancato rispetto di una disposizione funzionale alla salvaguardia del contraddittorio, e subito si comprende quanto sia arduo stabilire se la posta in gioco sia costituita solo dalle ragioni della difesa o anche dalla corretta ricostruzione dei fatti».

³⁷² Già negli anni Settanta del secolo scorso, nel vigore del codice di procedura penale Rocco, G. UBERTIS, *Riflessioni sulle prove vietate*, in *Riv. pen.*, 1975, 6, 716 scriveva: «Ad ulteriore sostegno, poi, del divieto di utilizzare nel processo i mezzi di prova illeciti e/o illegittimi sembrano potersi indicare due elementi, da individuarsi nell'impostazione personalistica della Costituzione – che ha posto come fondamentale valore dell'ordinamento giuridico la persona umana – e nella tutela dell'individuo di fronte ai pubblici poteri» (corsivo nostro).

³⁷³ G. UBERTIS, *La prova penale*, cit., 55-56.

³⁷⁴ V. DENTI, *La natura giuridica delle norme sulle prove civili*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, 8, 33.

³⁷⁵ M. DAMAŠKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, cit., 24 ss., analizza quelle che definisce regole di esclusione *estrinseche* e, con una riflessione dal tenore comparatistico e storicistico, osserva che «regole che

connotarsi di un portato etico, o – com'è stato icasticamente detto in dottrina³⁷⁶ - *deontico*^{377 378}.

Ci sembra possibile sostenere senza tema di smentita che i principi a presidio dei quali tali norme selettive sono poste possiedono un'innegabile valenza trasversale³⁷⁹.

Solo per accennare a taluni casi emblematici, è possibile riscontrare una variegata serie di applicazioni – modulate con cadenze e secondo tecniche normative non del tutto sovrapponibili – del principio secondo il quale *nemo tenetur se detegere*, o *nemo tenetur*

bandiscono *informazioni dotate di valore probatorio per salvaguardare valori non connessi con la ricerca della verità* non esistono evidentemente soltanto nella giustizia angloamericana [...] Nemmeno le regole che proibiscono l'utilizzo delle prove *illegalmente* ottenute esistono soltanto nei paesi di *common law* [...] Fino ad epoca molto recente, tuttavia, la *ratio* prevalente di questo divieto era che l'inquinamento delle informazioni dovuto al modo improprio della loro acquisizione ne comprometteva l'attendibilità. Solo dopo la seconda guerra mondiale, nella luce grigia della catastrofe europea, acquistò credito l'opinione secondo la quale alcuni tipi di prove illegali non si sarebbero dovuti usare in giudizio, *sebbene manifestamente dotati di valore probatorio*, al fine di *proteggere valori non connessi all'accuratezza dell'accertamento dei fatti* [...] una probabile ispirazione...proveniva dalle regole di esclusione statunitensi di origine costituzionale» (corsivo nostro).

³⁷⁶ C. CONTI, *Accertamento del fatto*, cit., 20 ss., la quale ritiene che le regole di esclusione di tipo etico-deontico abbiano una natura soggettiva, in quanto poste a presidio di diritti fondamentali dell'individuo.

³⁷⁷ Dal greco "(τό) δέον, -οντος", termine che esprime il concetto di *bisogno, necessità, dovere, obbligo* (cfr. L. ROCCI, *Vocabolario GRECO-ITALIANO*, XXVIII ed., Soc. editrice Dante Alighieri, 1979).

³⁷⁸ Si tratta, in effetti, di ordini di ragioni che, per quanto idealmente collocati su piani distinti (tanto che qualcuno in dottrina ne ha parlato in termini di «divaricazione»), non sono immuni da interazioni e confluenze. C. CONTI, *Accertamento del fatto*, cit., 18; G. UBERTIS, *La prova penale*, cit., 55-57, fa rilevare come lo spirito costituzionale che anima la disciplina legale della prova sia rilevabile proprio nel fatto che, nell'individuazione di regole di esclusione a scopo di garanzia accanto a limiti istruttori posti a presidio della qualità accertativa, il legislatore non intende perseguire l'uno o l'altro scopo separatamente considerati, bensì «intende stabilire assetti gerarchici tra valori processuali ed extraprocessuali regolando i modi per risolvere eventuali collisioni tra essi»; F. CORDERO, *Il procedimento probatorio*, in *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, 94, esalta con apprezzabile realismo il conflitto entro cui si muove il legislatore allorché sancisca la prevalenza di regole di esclusione a base etico-deontica sui meccanismi acquisitivi del sapere giudiziale: «il problema politico sta nell'individuare il limite, entro cui la tutela di un interesse extraprocessuale vale il rischio d'una decisione ingiusta».

Accoglie la medesima suddivisione tra regole di esclusione a base gnoseologica a tutela dell'attendibilità accertativa e regole di esclusione a base etico-deontica incentrate sulla protezione di istanze personali incise dall'atto istruttorio stesso L. FILIPPI, *Intercettazioni, accesso ai dati personali e valori costituzionali*, cit., 184 (ebook), Cap. IV, §5; così anche N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità*, cit., 139 ss.; F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale*, cit., 203. In termini, diffusamente, P. TONINI-C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., 102 ss. *Contra*, A. SCCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit., 158 ss., ritiene che la valorizzazione di un criterio teleologico bipartito, quale quello da noi avallato nel testo, non garantisca sufficiente chiarezza operativo-selettiva per l'interprete, che non sarebbe posto in grado di rintracciare su tale base quali tra le numerose norme in tema di prova poste a presidio di interessi sostanziali o processuali prescrivano in effetti regole di esclusione e correlati divieti probatori. Invero, a nostro avviso, il dissidio tra le due posizioni dottrinali trova ricomposizione se si accetta che la distinzione incentrata sul bene-interesse protetto dalla regola escludente non dev'essere concepita quale chiave per risolvere l'annoso *rebus* sulla individuazione concreta delle norme che prescrivono un divieto probatorio, ma piuttosto quale paradigma classificatorio e descrittivo che, come si vedrà meglio in seguito, ha n sé il potenziale per istituire un proficuo canale di 'comunicazione' tra rami diversi della giurisdizione, nella misura in cui si possano reperire nel substrato normativo processuale di ciascuno di essi meccanismi di selezione probatoria fondati sulle medesime *rationes*.

³⁷⁹ Cass. pen., Sez. un., Cagnazzo, cit.: «la logica che presiede alla garanzia dell'inutilizzabilità *non è interna ed esclusiva al processo penale*» (corsivo nostro). In argomento, volendo, G. PECCHIOLI, *Processo penale e procedimento di prevenzione: interferenze probatorie e limiti di utilizzabilità*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 2, 266 ss.

Di significativo rilievo le parole di M.C. VANZ, *La circolazione delle prove*, cit., 219 ss.: «Non v'è dubbio che il processo civile abbia caratteristiche e finalità diverse da quello penale, ma, in questo come in quel contesto, una decisione basata su una realtà fattuale distorta o costruita senza tener conto di principi e garanzie fondamentali offende in egual modo il senso e gli scopi della giustizia».

contra se edere. Esso si traduce in un divieto di utilizzo di mezzi coercitivi per ottenere dalla parte informazioni che potrebbero danneggiarne gli interessi nonché in una preclusione, la cui intensità può essere variabile, all'uso di contributi dichiarativi o conoscitivi in genere ad oggetto sfavorevole alla parte e ricavati dalla parte stessa. Nel rito penale, ove lo *ius tacendi* rappresenta la prima forma di esercizio del diritto-potere di autodifesa dell'accusato, si vieta di includere nel compendio probatorio quei *relata* autoaccusatori che un soggetto abbia reso nel momento in cui fosse sentito come persona informata sui fatti (o come testimone) con obbligo di rispondere secondo verità. Allo stesso modo, una analoga esigenza di assicurare un bene-interesse così rilevante sul fronte delle prerogative costituzionali di chi si trovi implicato in una vicenda giudiziale è stata ritenuta sussistente in procedimenti di natura (quantomeno formalmente) amministrativa aventi ad oggetto l'irrogazione di sanzioni per illeciti amministrativi talmente afflittive da essere considerate in sostanza delle vere e proprie pene *ex art. 27 Cost.*: la Consulta ha, così, esteso a consimili vicende processuali la regola tradizionalmente a presidio dello *ius tacendi* dell'imputato³⁸⁰. Senza giungere alla 'esportazione' della regola di esclusione contemplata dall'art. 63 del codice di rito penale, il Giudice delle leggi ha posto le basi etiche ma anche epistemologiche perché un simile trapasso osmotico di regole probatorie di tal sorta possa essere, se non implementato, quantomeno ventilato in potenza³⁸¹. Ancora, la tutela della prerogativa a non danneggiare se stessi a fronte delle pretese conoscitive vantate dalla controparte risulta in filigrana dall'esame della disciplina dell'esibizione di documenti di cui all'art. 210 c.p.c., da leggersi in comb. disp. con la condizione *lato sensu* escludente posta dall'art. 118 c.p.c. Difatti, quando si prevede che l'esibizione di documenti possa ordinarsi solo «purché ciò possa compiersi *senza grave danno* per la parte o per il terzo» cui l'ordine è dato, nel concetto limite di grave danno viene tradizionalmente fatto rientrare un interesse a trattenere informazioni a sé sfavorevoli e vantaggiose per la controparte, in una certa misura paragonabile a quello a non collaborare alla

³⁸⁰ Corte cost., 13 aprile 2021, n. 84, in *Dir. pen. proc.*, 2022, 1, 47 ss., con nota di C. BONZANO, *Matière penale e diritto al silenzio: la Consulta mette un punto fermo...o quasi*; nonché in *PenaleDP*, 3 giugno 2021, con nota di F. GIUNCHEDI, *Ius tacendi e procedimenti para-penali. La Consulta garantisce il maximum standard nei procedimenti avanti a Consob e Banca d'Italia*.

³⁸¹ In argomento, con specifico riferimento ai procedimenti tributari di natura sanzionatoria, S. MARCHESI, *Diritti fondamentali europei e diritto tributario dopo il Trattato di Lisbona*, in *Dir. prat. trib.*, 2012, 2, 10241, nonché, *ivi*, riferimenti bibliografici.

dimostrazione dell'accusa contro se stessi³⁸². La minore intensità della preclusione, derivante dalla minor pregnanza dei beni-interessi in gioco, si desumerebbe dal fatto che, ad ogni buon conto, la norma assegna un peso al contegno silente/non collaborante della parte: cosa che risulta viceversa del tutto precluso allorché in gioco vi sia la libertà personale di un imputato.

Procedendo con un'ulteriore esemplificazione, il codice di rito civile prevede, all'art. 246, un divieto di ammissione della testimonianza delle c.d. 'parti potenziali'. Si tratta, in estrema sintesi, di un precetto volto ad assicurare che il compendio informativo acquisito dal giudice per decidere sulla regiudicanda non sia 'inquinato' da dichiarazioni di chi, titolare di un interesse giuridicamente rilevante per il *thema decidendum*, è presumibile non sarebbe affidabile secondo l'*id quod plerumque accidit*. Ma non solo; la disposizione suddetta rappresenta un corollario quasi necessario della scelta effettuata a monte dai *conditores* del rito civile di escludere le parti dal novero di soggetti abilitati a rendere testimonianza: il sistema vuole che le informazioni sui fatti rilevanti per la causa di cui le parti stesse siano in possesso siano veicolate in giudizio tramite *altri* mezzi di prova puntualmente disciplinati. Ammettere a testimoniare chi, in un secondo momento, avrebbe titolo per intervenire nel processo assumendo la veste di parte, comporterebbe il rischio di veder aggirate le forme probatorie tipiche che il legislatore ha stabilito come mezzo di introduzione del sapere delle parti in giudizio³⁸³.

Ad assicurare la auspicata verginità gnoseologica dell'organo giudicante, rispetto a

³⁸² L. DITTRICH, *L'assunzione delle prove nel processo civile italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 3, 589, § 4.

Occorre precisare che il grave danno posto quale condizione escludente del mezzo di prova di cui trattasi, così come dell'ispezione ex art. 118 c.p.c., può anche essere rappresentato dalla lesione di un diritto fondamentale dell'individuo, della cui tutela l'ordinamento si fa carico in astratto (prevedendone un bilanciamento con il diritto alla prova di colui che chiedi l'ammissione del mezzo istruttorio), lasciando poi in concreto al giudice il compito di individuare il legittimo punto di equilibrio tra le istanze di volta in volta in conflitto, ammettendo o meno l'esibizione o l'ispezione richiesta. Si tratta, *mutatis mutandis*, di una modalità di previsione legislativa di un limite probatorio etico-deontico analoga a quella utilizzata dal codice di procedura penale, ad es., nell'ipotesi della perizia che richiede il compimento di atti idonei ad incidere sulla libertà personale, di cui all'art. 224-bis c.p.p.: in particolare, il comma 4 prevede espressamente un divieto di ammissione di perizie, tra l'altro, «che possano mettere in pericolo la vita, l'integrità fisica o la salute della persona o del nascituro, ovvero che, secondo la scienza medica, possono provocare sofferenze di non lieve entità». Anche in quest'ultimo caso, la regola che esclude l'ammissibilità di un dato mezzo di prova si limita a prevedere le *rationes* a base etico-costituzionale, ma sarà poi il giudice, caso per caso, a valutare il ricorrere delle concrete circostanze nelle quali ritenere che l'esperimento del mezzo istruttorio possa arrecare una rilevante lesione ai beni giuridici selezionati come prevalenti dalla normativa.

Con specifico riguardo alla tutela della *privacy* nell'ambito del procedimento di *disclosure*, ovverosia di esibizione di cui all'art. 210 c.p.c., si rinvia alle interessanti riflessioni di F. FERRARI, *La sanzione dell'inutilizzabilità nel codice della privacy e nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 2, 348 ss., in specie § 3.

³⁸³ E.F. RICCI, *Legittimazione alla testimonianza e legittimazione all'intervento*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 323. Sul tema la storica sentenza Corte cost., 23 luglio 1974, n. 248, in *Giur. cost.*, 1974, 3586, con nota di M. CAPPELLETTI, *La sentenza del bastone e della carota (a proposito della dichiarazione di costituzionalità-incostituzionalità degli artt. 246-247 c.p.c.)*.

‘stimoli’ conoscitivi che, per talune caratteristiche ad essi intrinseci (la loro provenienza, il formato in cui si presentano), potrebbero essere considerati anzitempo alquanto affidabili e potrebbero indurre il giudice a convincersi anticipatamente dell’esito della controversia non ancora istruita innanzi a sé, si prevede un divieto probatorio all’art. 698, comma 3, c.p.c., che in una certa misura condivide il medesimo spirito che anima il secondo comma dell’art. 511 c.p.c. Anzi, se si vuole, il tenore dell’art. 698 cit. è forse ancor più radicale, impedendo non solo la lettura ma finanche la produzione di verbali di mezzi di prova assunti preventivamente rispetto al giudizio ove si vogliano rendere utilizzabili a fini decisori.

Ancora, si è affermato in giurisprudenza che, affinché contraddittorio e diritto alla prova siano rispettati appieno, non si possa ritenere valido strumento per incrementare la base conoscitiva a disposizione del giudice il documento prodotto da una parte senza nulla allegare in merito allo scopo, in termini di prova dei fatti rilevanti per la decisione, della produzione stessa, posto che ciò precluderebbe la possibilità di controdeduzione e controprova per l’avversario, in violazione dell’art. 101 c.p.c. e dell’art. 111 Cost.³⁸⁴.

Si tratta di mere suggestioni, sicuramente non esaustive, ma senz’altro significative della circostanza che, pur se con intensità non sempre identiche ed in ipotesi non necessariamente coincidenti, i diversi sistemi di diritto delle prove si strutturano intorno a meccanismi filtranti del sapere in ingresso, incentrati su esigenze dal rilievo trasversalmente riconosciuto.

Il che potrebbe conseguentemente suggerire, senza trascurare le legittime divergenze riscontrabili tra un sistema di diritto processuale e l’altro sul fronte delle forme e delle modalità di estrinsecazione della rispettiva *lex probatoria*, la possibilità di far ‘dialogare’ tra loro tali sistemi per mezzo di una condivisa aspirazione di tutela. O, per meglio dire, l’occasione per individuare punti di compenetrazione tra giudizi di natura diversa incentrati sull’esportazione delle *rationes* giustificative delle regole di esclusione probatoria, quale momento filtrante di non secondario rilievo delle dinamiche osmotiche che mettono in comunicazione i vari sistemi giurisdizionali mediante l’interscambio di elementi probatori.

³⁸⁴ Cass. civ., Sez. un., 1 febbraio 2008, n. 2435, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 2, 188, con nota di B. CAVALLONE, *Inutilizzabilità, ai fini della decisione, del documento prodotto da una parte quando essa non abbia tempestivamente indicato lo scopo della produzione*; nonché in *Corr. giur.*, 2010, 3, 355, con nota di C. CONSOLO. In argomento, F. FERRARI, *La sanzione dell’inutilizzabilità*, cit., in partic. § 8.

In particolare, una volta apprezzata la dimensione assiologica trasversale che informa di sé il meccanismo filtrante delle regole di esclusione, la riflessione che si deve compiere nella prospettiva intergiurisdizionale qui adottata ci porta a domandarci se la condivisione di un certo assetto di principi fondamentali consenta, anche in un orizzonte normativo lacunoso come quello in cui siamo immersi allorché si discorra di circolazione probatoria, di ricostruire un sistema nel quale non tutto ciò che strutturalmente avrebbe la propensione al trasferimento altrove venga, per ciò solo, ritenuto idoneo all'immissione in un circuito giudiziale diverso da quello d'origine. Senza mai snaturare – è doveroso segnalarlo – i connotati tipici identitari e differenziali di ciascuna tipologia processuale rispetto alle altre, che affondano con frequenza le proprie radici nella diversa entità giuridica che ne costituisce l'oggetto d'elezione³⁸⁵.

³⁸⁵ Non è, difatti, irragionevole né, dunque, incostituzionale l'inesistenza di un principio che imponga la necessaria uniformità di regolamentazione tra i diversi tipi di processo: rientra nella discrezionalità del legislatore operare determinate scelte in punto di differenziazione di disciplina processuale, fintantoché esse non risultino arbitrarie. In un'ottica, che voglia davvero essere costruttiva, nell'affrontare le dinamiche di interrelazione che, quasi con naturalezza, i sistemi processuali in genere, e le singole vicende giudiziarie in particolare, tendono ad istituire, risulta indispensabile, pertanto, contemperare in maniera cauta ed adeguata, da un lato, l'indagine sui punti di contatto che si determinano tra le membrane che separano (senza isolare) i vari processi e, dall'altro, le strutturali differenze essenziali a definire, secondo le scelte legislative, l'identità di ciascun sistema processuale. Si tratta di un principio affermato da Corte cost., 12 gennaio 2000, n. 18 (in *Giur. cost.*, 2000, 128; in *Riv. dir. trib.*, 2000, II, 327; nonché in *Rass. trib.*, 2000, 557), allorché, nel ritenere infondata la questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto il divieto di prova testimoniale allora previsto nel processo tributario dall'art. 7 d.lgs. 546/1992, ha negato il ricorrere di un conflitto con il principio di uguaglianza e parità delle armi sotto il «profilo della comparazione con altri sistemi processuali, evocato in base alla considerazione che, mentre in altri procedimenti giurisdizionali (civile, penale) la parte può normalmente ricorrere a prove testimoniali, il divieto assoluto della prova testimoniale sarebbe lesivo del principio di eguaglianza e del generale canone di ragionevolezza, non essendo in alcun modo giustificabile tale previsione normativa a seconda del tipo di contenzioso instaurato» dal momento che «non esiste affatto un principio (costituzionalmente rilevante) di necessaria uniformità di regole processuali tra i diversi tipi di processo, sicché i diversi ordinamenti processuali ben possono differenziarsi sulla base di una scelta razionale del legislatore, derivante dal tipo di configurazione del processo e delle situazioni sostanziali dedotte in giudizio, anche in relazione all'epoca della disciplina e alle tradizioni storiche di ciascun procedimento. Ne consegue che il divieto della prova testimoniale nel processo tributario trova giustificazione, sia nella *spiccata specificità* dello stesso rispetto a quello civile ed amministrativo, correlata alla configurazione dell'organo decidente e al *rapporto sostanziale oggetto del giudizio*, sia nella circostanza che esso è ancora, specie sul piano istruttorio, in massima parte *scritto e documentale*; sia, infine, nella stessa *natura della pretesa fatta valere* dall'amministrazione finanziaria attraverso un procedimento di accertamento dell'obbligo del contribuente che mal si concilia con la prova testimoniale». Ancora, la Consulta ha negato che una regola escludente di un siffatto apporto conoscitivo comportasse lesione del diritto di difesa ex art. 24 Cost., in virtù della discrezionalità del legislatore nel regolarne l'esercizio in concreto «*in funzione delle peculiari caratteristiche dei singoli procedimenti*»; sia perché l'asserita impossibilità della parte di fornire «*aliunde*» la prova di una specifica circostanza di fatto, quand'anche esistente, non potrebbe, di per sé, ascrivere a vizio di legittimità costituzionale della norma, essendo conseguenza necessitata della scelta, discrezionale, del legislatore riguardo all'ammissibilità ed ai limiti dei singoli mezzi di prova (scelta, del resto, presente anche nel processo civile, in relazione a determinati fatti o rapporti la cui prova può essere fornita soltanto per iscritto)» (corsivo nostro).

Ancora, più di recente, ma con l'opposto obiettivo di asserire l'estensione di una basilare regola penalistica (i.e. il diritto al silenzio, con tutte le conseguenze in ordine alla non fruibilità dell'utilizzo delle dichiarazioni auto-accusatorie rese da chi fosse interrogato con veste di persona informata sui fatti con conseguente obbligo di verità) ai procedimenti 'parapenali', formalmente amministrativi ma sostanzialmente affittivo-punitivi, Corte cost., 6 marzo 2019, n. 117 (in *Proc. pen. giust.*, 2019, 6, con nota di C. BONZANO, '*Nemo tenetur se detegere*' e *procedimento amministrativo: per la Consulta, la sanzione 'punitiva' impone il 'due process of law'*), ha osservato come l'ampiezza del complesso delle garanzie da riconoscere a chi sia sottoposto ad un dato procedimento dipende dalla natura di quest'ultimo, la quale non discende dalla sua mera qualificazione formale, bensì è

Del resto e per converso, l'approccio che la prassi ha adottato in maniera prevalente sembra non considerare che l'esistenza di un complesso di regole selettive del materiale istruttorio costruito intorno a diritti fondamentali in materia giurisdizionale (art. 111 Cost., per tutti) e alle più rilevanti regole dell'epistemologia giudiziaria possa contribuire – così come l'importazione di materiale istruttorio di genesi aliena – a massimizzare l'efficacia dell'opera di ricostruzione dei fatti condotta dalle parti e dal giudice. Piuttosto, si tende a negare con decisione che vi siano spazi per estendere *ultra fines* regole di esclusione probatoria radicate nel tessuto di diritto processuale che regola un diverso tipo di giudizio, chiamando in causa autonomia e separazione tra processi, differenti regolamentazioni del diritto probatorio o, *last but not least*, la pretesa di libertà valutativa del giudice radicata nel canone del libero convincimento per spalancare le porte a qualsiasi tipologia di dato informativo, soprassedendo sul fatto che esso sia stato originato nonostante che nel rito *a quo* vigesse una certa norma escludente e che, dunque, tale materiale non avrebbe mai dovuto assurgere al rango di elemento probatorio. Col rischio della propagazione senza limiti di lesioni a beni giuridici, spesse volte dotati di una notevole caratura a tutti i livelli ordinamentali.

Non si tratta, certo, di un *modus operandi* che rileva nel solo ambito dei rapporti interprocedimentali fondati sull'osmosi probatoria. Anzi, proprio in un contesto processuale quale quello penale, nel quale l'incidenza anche testuale delle regole di esclusione probatoria e dei divieti probatori correlati è senz'altro maggiore, la prassi ha sistematicamente mirato ad erodere gli spazi di operatività dei filtri selettivi del materiale qualificabile come prova, contando su una certa elasticità e sulla vaghezza che talora caratterizza la formulazione delle norme in punto di acquisizione probatoria e l'individuazione del bene giuridico da esse protetto. Sono così stati elaborati strategie e strumenti per così dire 'recuperatori' di elementi probatori patologicamente viziati che, tuttavia, apparirebbe esiziale non includere nel compendio probatorio, a causa dell'utile apporto gnoseologico che potrebbero fornire. Facendo – come si suol dire – 'buon viso a cattivo gioco', gli operatori del diritto hanno a più riprese cercato di preservare quanto più possibile il valore conoscitivo dei dati introdotti nel processo, salvando anche quelli che il sistema non avrebbe voluto investire del

crisma della prova ma che avevano dimostrato di essere (in potenza) oltremodo rilevanti per la decisione³⁸⁶.

Se già un simile contegno giurisprudenziale pone non poche perplessità nell'interprete che si interfaccia con la *ratio* che ispira tutta la disciplina del diritto probatorio ed in modo particolare quella delle regole di esclusione, nell'affrontare la complessa tematica dell'interscambio probatorio che metta in relazione il processo penale con esperienze giudiziali di altra natura l'orizzonte operativo di riferimento si complica ulteriormente in virtù dell'argomento principe fatto valere, con tenace sicurezza, dagli operatori del processo di natura extrapenale. In sistemi processuali diversi dal rito criminale nessuna norma contempla un istituto probatorio espulsivo analogo all'inutilizzabilità. Qualsiasi elemento proveniente dal giudizio penale, quandanche originariamente connotato di un simile difetto genetico, sarebbe legittimamente acquisibile in forza di circolazione probatoria perché non sarebbero previsti *ex lege* mezzi atti a giustificarne ed imporne la mancata ammissione o, quando essa sia già avvenuta, l'espunzione dal compendio istruttorio.

Per le ragioni che si andranno ad esplorare nel prosieguo del lavoro, non riteniamo che un simile argomento sia sufficiente a sorreggere motivazioni che, in definitiva, ammettono una sorta di 'ripulitura' e di sanatoria di vizi che, per la gran parte, affliggono le prove su di un piano genetico. La mera mancanza di una norma espressa non può, così semplicisticamente, bastare per sostenere che un certo principio giuridico non è accolto in un dato settore dell'ordinamento.

³⁸⁶ Sul punto: F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale*, cit., 202-203, definisce l'approccio della giurisprudenza come informato ad una «etica della responsabilità: che si traduce nel criterio ermeneutico consequenzialista, cioè volto alle conseguenze» e lo ritiene sostanzialmente giustificabile; A. MELCHIONDA, voce *Prova (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1988, 660; C. CONTI, *Il volto attuale dell'inutilizzabilità*, cit., 784, parla di «tentazioni conservative» che muovono la giurisprudenza («Di fronte ad una prova schiacciante – ancorché acquisita in violazione di diritti individuali – è difficile resistere ai richiami della giustizia sostanziale»); EAD, *Accertamento del fatto*, cit., 253-254; EAD., *Annullamento per violazione di legge*, cit., 485 ss., *passim*. Vi è addirittura chi (C. VALENTINI REUTER, *Limiti all'utilizzabilità di prove assunte in altro procedimento*, in *Giur. It.*, 1992, 4, II, 203) icasticamente ha definito l'atteggiamento della giurisprudenza rispetto al recupero delle prove (nella stessa ed in altra sede processuale) «gusto onnivoro», evidenziando come gli operatori del diritto, pur di giungere ad un accertamento il più possibile certo in termini di verità storica, si mostrino pronti a 'fagocitare' il materiale probatorio quali che ne siano le origini e gli (eventuali) vizi. Critico rispetto ad un atteggiamento poco consapevole della necessità di assicurare «chiarezza e obiettività ricostruttiva» piuttosto che ricercare l'efficienzismo a tutti i costi, che sacrifica così «l'etica del giusto processo», A. GAITO, *La circolazione delle prove e delle sentenze*, in *Arch. pen.*, 2011, 3, 1. Per una ricca casistica giurisprudenziale che offra un saggio delle strategie conservative adottate dalla prassi penalistica per evitare quanto più possibile, in nome di istanze di giustizia sostanziale, di estromettere elementi che potrebbero esercitare un peso determinante per l'accertamento, tanto nel caso in cui simili dati informativi sarebbero preclusi per inidoneità epistemologica quanto in quello in cui la loro acquisizione lederebbe beni giuridici fondamentali, si rinvia a P. TONINI-C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., 102 ss.; nonché a C. CONTI, *L'inutilizzabilità*, cit., 110 ss.

È questa la ragione per la quale, sin qui, si è condotta una disamina limitata al concetto di ‘regola di esclusione probatoria’, senza mai menzionare l’istituto dell’inutilizzabilità, che di siffatti marchingegni processuali rappresenta senz’altro il più tipico strumento costruito dal legislatore del codice di rito penale per assicurarne al massimo grado l’efficacia. Prendere le mosse nell’indagine che ci si propone dal disposto normativo di cui all’art. 191 c.p.p., che ha scolpito incisivamente il volto della prova penale nel sistema delineato dal ‘nuovo’ codice Vassalli e che, sulla carta, rappresenta un connotato identitario della sola *lex probatoria* penale, non rappresenterebbe, a nostro avviso, il più proficuo modo di procedere, in quanto si rischierebbe di suscitare quegli approcci refrattari alla esportazione di un simile specifico concetto cui si è già fatto cenno. Senza contare il pericolo di scivolosi passi falsi sul piano della dogmatica in materia di invalidità, che presterebbero il fianco a serie critiche.

Per contro, come abbiamo cercato di dimostrare, con ben altra serenità interpretativa si possono apprezzare punti di contatto intersistemici allorché si incardini l’analisi sul profilo eziologico ed assiologico delle regole di esclusione. Se si ragionasse sul filo della sola indagine istituzionale, tali profili sfuggirebbero viceversa all’interprete.

CAPITOLO II

LA CIRCOLAZIONE PROBATORIA COME ‘STRATEGIA’ EPISTEMICA. PROFILI CRITICI: PRASSI ESTENSIVA E RAPPORTI INTERPROCESSUALI

SOMMARIO: 1. PREMESSA. DELIMITAZIONE DEL CAMPO D’INDAGINE – 2. FONDAMENTI NORMATIVI DELL’INTERSCAMBIO PROBATORIO – 3. LA DIVERSITÀ STRUTTURALE ED OGGETTIVA DEI PROCESSI COME POSSIBILE OSTACOLO ALLA TRASMIGRAZIONE PROBATORIA – 4. LA PROVA PENALE CIRCOLANTE: ‘METAMORFOSI’ DOCUMENTALE – 5. CRITICITÀ DOGMATICHE DELL’ADOZIONE DEL MODULO DOCUMENTALE PER LO SCAMBIO INTERPROCESSUALE DI PROVE (VERSO IL PROCESSO PENALE) – a. *Deviazioni dal modello del contraddittorio nella formazione della prova nel processo penale. L’essenziale ‘unità di tempo, spazio e (azione) persona’ per la piena attuazione del diritto alla prova: il relativismo probatorio* – b. *Gli atti irripetibili formati aliunde* – c. *Verifica dell’idoneità del procedimento di ammissione nel rito penale delle prove allogene a tutelare i principi fondamentali e i diritti delle parti (comb. disp. artt. 468 co. 4 bis e 495 c.p.p.)* – 6. CRITICITÀ DOGMATICHE DELL’ADOZIONE DEL MODULO DOCUMENTALE PER LO SCAMBIO INTERPROCESSUALE DI PROVE (DAL PROCESSO PENALE AD ALTRI GIUDIZI) – a. *Apparente semplificazione degli scambi probatori. Indagine in merito all’individuabilità di un procedimento ammissivo delle prove penali in riti di diversa natura. Riflessi in punto di prova inutilizzabile* – 7. DISORIENTAMENTI SULLO STATUTO DI AMMISSIBILITÀ DELLE PROVE PENALI ESPORTATE ALTROVE – a. *L’atteggiamento ondivago della giurisprudenza: tra aspirazioni autonomistiche e «bulimia conoscitiva»* - b. *Usi ed abusi delle classificazioni giuridiche in materia di prova per giustificare l’apprensione nel giudizio ad quem di materiale probatorio di genesi aliena. La teoria delle prove atipiche. La teoria del modello indiziario-presuntivo. La teoria del ‘mero’ argomento di prova* – e. *Critica all’idea che l’ammissibilità delle prove ‘prestate’ possa rinvenirsi in canoni inerenti alla valutazione del peso conoscitivo degli elementi circolanti. Conseguenze di simile atteggiamento esegetico: la negativa incidenza sul rilievo della malformazione genetica della prova penale inutilizzabile (cenni e rinvio)* – 8. UNA PARENTESI SU UNA PECULIARE IPOTESI DI INTERFERENZA PROCESSUALE E PROBATORIA TRA RITO PENALE E RITO CIVILE DI DANNO: IL GIUDIZIO DI RINVIO AI SOLI EFFETTI CIVILI (ART. 622 C.P.P.) – a. *Una contaminazione sistematica controversa* – b. *I principi in materia di impugnazioni agli effetti civili (cenni)* – c. *Il dibattito. Il modello “autonomista” e la restituzione dell’azione civile al suo ‘giudice naturale’* – d. *Un modello alternativo per la piena salvaguardia del giusto processo: la traslatio della competenza funzionale. L’art. 622 c.p.p. quale apparente fenomeno circolatorio: la medesimezza processuale* – e. *Il modello compromissorio delle Sezioni Unite Cremonini (Sez. un. 22065/2021)* – f. *Il recente intervento del legislatore (l. 134/2021 e d.lgs. 150/2022) e i nuovi casi di interscambio probatorio nell’ipotesi di impugnazione penale a fini civili* – g. *Alcuni spunti di ordine generale e sistematico sul tema della sorte delle prove penali (inutilizzabili) esportate altrove* – 9. UNA RETE A MAGLIE ALQUANTO LARGHE: LA CIRCOLAZIONE DELLE SENTENZE PENALI

1. PREMESSA. DELIMITAZIONE DEL CAMPO D’INDAGINE

Il richiamo ai principi generali esercita un innegabile fascino, consentendo di cogliere notevoli spunti dal complesso sistematico di riferimento; al contempo, nelle pieghe del ‘discorso sul metodo’ condotto sin qui è stato possibile porre in evidenza talune incertezze sul piano esegetico ed operativo, che richiedono a questo punto di essere affrontate senza indugiare oltre.

Il tema che ci si propone di esaminare concerne la particolare strategia epistemica

della circolazione probatoria tra procedimenti diversi. Essa rappresenta un'occasione privilegiata in cui si intessono le tecniche di interazione tra sistemi processuali che, come abbiamo avuto già modo di osservare, sono autonomi ma non sempre e non necessariamente autosufficienti.

In via preliminare, tenuto conto che la tematica di nostro precipuo interesse avrebbe il potenziale per intradarci lungo diramazioni dogmatiche e concettuali numerose, molteplici e tutte di appassionante complessità, il cui esame congiunto, tuttavia, ci porterebbe troppo lontano, pare opportuno definire con maggior precisione entro quali confini si muoverà l'indagine.

Ebbene, le modalità di interrelazione procedimentale nell'ambito dell'ordinamento si atteggiavano secondo schemi variegati, ma non tutti quanti comportano, propriamente, un trasferimento di conoscenze sotto forma di materiale istruttorio né dipendono *stricto sensu* da esigenze e strategie di carattere epistemico-cognitivo. Motivo per cui non ci si soffermerà direttamente sul tema delle questioni pregiudiziali sullo stato di famiglia o di cittadinanza (art. 3 c.p.p.)¹ e delle questioni incidentali di cui all'art. 479 c.p.p.² Esse implicano senz'altro la valorizzazione da parte del legislatore di occasioni di 'sovrapposizione' tra settori giuridici diversi (penale, civile e amministrativo) allorché si riconosce in capo al giudice penale, al ricorrere di determinati presupposti operativi, il potere discrezionale di sospensione del processo, in attesa che il giudice civile risolva in via definitiva una questione di stato o di famiglia (ipotesi dell'art. 3 c.p.p.) o che il giudice civile o amministrativo statuisca su di una controversia di particolare complessità dalla quale dipende la decisione sull'esistenza del fatto di reato dedotto in imputazione. E tuttavia, la considerazione della disciplina delle condizioni in presenza delle quali il giudice penale gode del potere di sospensiva del dibattimento pendente dinanzi a lui ai sensi dell'art. 479 c.p.p. chiama in causa un profilo di rilievo per quanto qui d'interesse. Difatti, la norma da ultimo citata – in totale coerenza con l'art. 193 c.p.p. che chiude le "Disposizioni generali" sulle prove penali – esclude che si possa sospendere il processo penale e devolvere all'autorità giudiziaria civile o amministrativa

¹ Per una approfondita disamina di tutte le specifiche problematiche concernenti le questioni pregiudiziali sullo stato di famiglia e di cittadinanza, si rinvia a G.M. BACCARI, *La cognizione e la competenza del giudice*, Milano, 2011, 22 ss.

² Ancora, si vedano le riflessioni sviluppate sul tema da G.M. BACCARI, *La cognizione e la competenza*, cit., 52 ss., cui si rinvia altresì per la copiosa serie di riferimenti bibliografici sul punto.

la definizione della questione pregiudiziale alla decisione sull'esistenza del reato qualora la legge ponga «*limitazioni alla prova della posizione soggettiva controversa*». Una previsione di tal sorta³ evidenzia come, pur in situazioni di non totale autosufficienza dei rami della giurisdizione, ciononostante i connotati identitari di ciascun sistema processuale, in specie probatorio, vengono ritenuti prevalenti in date circostanze. Come è stato notato in dottrina, la limitazione alla prova del diritto controverso e pregiudiziale che viene in rilievo non concerne la discrepanza organica dei diversi sistemi probatori: deve piuttosto trattarsi di limiti specificamente relativi alla posizione controversa rispetto alla normale disciplina dei mezzi di prova che la stessa *lex probatoria* non penale prevede in generale per ogni tipo di controversia⁴. Ciò evidenzia un aspetto per noi non irrilevante. Le divergenze sul fronte istruttorio tra processi di tipo diverso, che potrebbero avere un peso ed agire quali preclusioni ed ostacoli alla dinamica circolatoria di elementi probatori altrove formati, non sono tanto quelle che emergono dal confronto tra le scelte accolte dal sistema civile o amministrativo nel disciplinare un certo mezzo di prova e quelle operate dal sistema penale per regolare, in maniera magari maggiormente libera o ampia, un analogo mezzo di prova. Piuttosto, esplicano un peso importante, nel precludere possibilità di interferenza probatoria, limiti istruttori legati alla natura della posizione giuridica controversa, del bene giuridico inciso, in ultima istanza, dalla definizione dell'accertamento giudiziale.

Ancora, il percorso che seguiremo nel tentare una ricostruzione organica dei più spinosi dilemmi inerenti alle dinamiche circolatorie ad oggetto probatorio non avrà tra i propri terminali di riferimento l'analisi del tema dell'efficacia vincolante esplicita dal giudicato penale rispetto ai giudizi civili e amministrativi di danno (artt. 651, 651-*bis* e 652 c.p.p.), nei giudizi disciplinari (art. 653 c.p.p.) ed in altri giudizi civili e amministrativi (art. 654 c.p.p.). Quando si tratta di efficacia di giudicato della sentenza

³ Cui è speculare il dettato dell'art. 193 c.p.p. già richiamato («*Nel processo penale non si osservano i limiti di prova stabiliti dalle leggi civili, eccettuati quelli che riguardano lo stato di famiglia e di cittadinanza*»). Se si consentisse al giudice del dibattimento penale di disporre la sospensione ex art. 479 e di devolvere al giudice civile o amministrativo la questione pregiudiziale pur in presenza di limiti probatori relativi alla posizione giuridica controversa, si finirebbe con il far operare surrettiziamente nel processo penale quegli stessi limiti di prova che l'art. 193 c.p.p. categoricamente esclude possano esplicare efficacia in tale sede. Per simili riflessioni, G.M. Baccari, *La cognizione e la competenza*, cit., 64; E. MARZADURI, sub *Art. 479*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. da M. Chiavario, V, Torino, 1991, 102.

⁴ G.M. BACCARI, *La cognizione e la competenza*, cit., 65; sulla analoga disciplina prevista nel codice Rocco del 1930, G. FOSCHINI, *La pregiudizialità nel processo penale*, Milano, 1942.

penale in altri giudizi, si fa questione dell'obbligo imposto *ex lege* all'organo giudicante del processo 'pregiudicato' di considerare per vero, senza possibilità per le parti di offrire elementi in senso contrario, determinati punti dell'accertamento condotto nel giudizio sulla responsabilità penale: simili fattispecie, in effetti, non parrebbero chiamare in causa meccanismi di trasferimento di materiale istruttorio da una sede processuale all'altra. Posto, tuttavia, che la sentenza penale, anche al di là dei vincoli cognitivi sanciti dalle disposizioni menzionate, viene con frequenza acquisita in altri giudizi quale elemento istruttorio in sé e per sé, si tornerà su taluni profili di siffatta disciplina. Così come ai fini della nostra indagine non si potrà trascurare di rilevare una significativa suggestione dogmatica che potrebbe trarsi dall'analisi del disposto normativo dell'art. 654 c.p.p., ove espressamente il legislatore frappone un ostacolo alla spendita in sede civile e amministrativa degli accertamenti definitivi oggetto dell'irrevocabile *decisum* penale, ostacolo derivante dal tipo di prove utilizzate per pervenire a tale pronuncia e dalla loro eventuale incompatibilità con le regole istruttorie tipiche del giudizio che potrebbe subire il vincolo. La diversità strutturale assume peso dirimente nella dinamica delle interrelazioni procedimentali. Ancora, accadrà di interrogarsi, seppur in via tangenziale, sul senso e sugli effetti dell'insieme di norme che si occupano dei rapporti tra azione civile esperita in sede penale e susseguente giudizio per la responsabilità civile da reato proposta innanzi al giudice civile, il che non potrà che comportare un richiamo anche alle disposizioni del Titolo I del Libro X del codice di rito penale.

Ancora, l'indagine non potrà neppure lambire le rive su cui si erge il sistema di interscambio di prove a livello transnazionale, per quanto si tratti di settore nel quale sono state manifestate significative aperture, anche sul piano normativo⁵.

Ciò su cui ci si concentrerà sono, piuttosto, le dinamiche osmotiche di circolazione *ultra fines* di elementi probatori, quale meccanismo escogitato dal sistema per ovviare ad una serie di esigenze operative (*inter alia*, celerità accertativa, economicità ed

⁵ Si veda, per un esempio, il Regolamento del consiglio europeo n. 1/2003, che contempla norme che consentono, nel procedimento *antitrust*, lo scambio di materiale istruttorio tra Commissione e autorità garanti nazionali e Commissione e giudici nazionali, ai fini della spendita di tali elementi quali mezzi di prova nei procedimenti sulla violazione degli artt. 81 ed 82 del Trattato CE. In argomento, P. BIAVATI, *Il diritto delle prove nel quadro normativo dell'Unione europea*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 483 ss.; R. BONATTI, *La libera circolazione della prova nel nuovo regolamento europeo sulla concorrenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 1, 193 ss.; M.C. VANZ, *La circolazione della prova nei processi civili*, Milano, 2008, 22.

efficienza della attività giurisdizionale, preservazione delle potenzialità euristiche della macchina processuale dinanzi all'usura delle fonti di prova) che la prova giudiziale appare *naturalmente* propensa a soddisfare.

A questo riguardo, risulta opportuno procedere ad un'opera di 'contestualizzazione' del fenomeno processuale in disamina. Per quanto scontato possa apparire, occorre rilevare come, affinché possa parlarsi di vera e propria circolazione probatoria, ne è presupposto indispensabile di operatività la *diversità* dei procedimenti coinvolti dalla manovra di condivisione del sapere processuale, nonché la genetica *estraneità* dell'elemento che ne sia oggetto rispetto al giudizio di prescelta destinazione.

Quanto a quest'ultimo profilo, se si fa riferimento esclusivo a vicende che attingono i soli procedimenti penali ed il materiale conoscitivo in essi formato, vale la pena considerare, in primo luogo, la particolare categoria dell'atto c.d. collegiale, che rappresenta la forma di più intenso e stringente collegamento investigativo. In quest'ipotesi, non si fa senz'altro riferimento a fenomeni di trasmigrazione di prove: non tanto perché si tratta di atto compiuto nel corso delle indagini preliminari, quanto piuttosto per la peculiare dinamica di formazione di tale atto. In particolare, l'atto collegiale, compiuto di concerto dai pubblici ministeri titolari di indagini autonome e separate, ma collegate tra loro in forza di una delle ipotesi che, appunto, legittima il collegamento investigativo (art. 371 c.p.p.), è atto proprio di ciascun procedimento i cui pubblici ministeri abbiano partecipato alla sua formazione. Dunque, nonostante la diversità dei procedimenti, l'atto compiuto è geneticamente riferibile a ciascuno di essi ed il verbale che lo documenta sarà versato in ognuno dei fascicoli relativi alle singole vicende investigative in quanto verbale che a tale fascicolo appartiene *ab origine* e non in forza di meccanismi circolatori di alcun tipo. Anzi, come è stato notato in dottrina, un simile marchingegno ha il potenziale per evitare l'insorgere, in un successivo dibattito, la necessità di ricorrere ai meccanismi circolatori⁶.

Sul fronte, invece, delle relazioni intercorrenti tra giudizio penale e processo civile, vale la pena sin d'ora accennare ad un'ipotesi che, nonostante acute divergenze nella ricostruzione istituzionale prospettata in giurisprudenza, a nostro avviso non contempla

⁶ N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, Padova, 2003, 43; H. BELLUTA, voce *Prova (circolazione della)* (*dir. proc. pen.*), in *Enc. dir.*, Annali, II, Milano, 2008, 954; I CALAMANDREI, *La prova documentale*, Padova, 1995, 98.

i tratti strutturali della diversità procedimentale che costituisce terreno di operatività dei ‘classici’ strumenti di circolazione probatoria, ma che, per una serie di stimolanti spunti che offre sul fronte che qui importa, non può certo essere trascurata. Si fa, in particolare, riferimento alle vicende dell’azione civile esercitata in sede penale, allorché essa residui quale unico *thema decidendum* in seguito all’annullamento della Cassazione penale: sulla scorta del dettato dell’art. 622 c.p.p., la decisione sulle questioni risarcitorie residue deve essere trasferita alla cognizione del giudice civile. Sul tema, ad oggi influenzato altresì dalle significative novità normative introdotte con la Riforma Cartabia (d.lgs. 150/2022), si tornerà *amplius* nel successivo paragrafo 8. Ciò che, sin d’ora, preme rimarcare e che rileva ai fini della delimitazione del campo d’indagine, è la circostanza di non secondaria importanza che *non sempre* in casi in cui vi siano transiti di elementi conoscitivi – o anche di interi fascicoli processuali – e mutamenti di rami giurisdizionali, con passaggio della cognizione dall’uno all’altro, si discorre di procedimenti *diversi*.

Dirimente, a tal fine, appare piuttosto la sostanziale non coincidenza dell’oggetto del giudizio, ossia della regiodicanda sottoposta al giudice dinanzi al quale una certa prova si origina e quella su cui è chiamato ad esprimersi il giudice del procedimento di destinazione dell’elemento probatorio circolante. Motivo per cui, come si vedrà, a nostro avviso nell’ipotesi del giudizio di rinvio a meri fini civili è più opportuno discorrere di unicità della vicenda processuale: con conseguenze di non poco momento in ordine al trattamento da riservarsi al compendio probatorio acquisito e alle istanze di parte formulate nel corso del giudizio⁷.

Fatte queste doverose premesse, e muovendosi nel contesto giustificativo e concettuale che abbiamo delineato nel capitolo precedente, il punto focale sul quale ci si

⁷ Corre l’obbligo di una puntualizzazione, su cui si tornerà nel prossimo Capitolo. Vi è un’ipotesi, nell’ambito della disciplina dei rapporti intercorrenti tra procedimenti penali, nella quale la questione inerente alla definizione della nozione di *procedimento diverso* dovrebbe essere affrontata con maggior rigore, a cagione delle istanze individuali fondamentali che il particolare istituto di cui si discorre viene ad incidere: si fa, in particolare, riferimento alla circolazione probatoria che ha ad oggetto i risultati delle intercettazioni disposte per l’accertamento di un determinato fatto di reato. Sul tema si sono di recente pronunciate le Sezioni unite penali, con la sent. Cass. pen., Sez. un., 2 gennaio 2020, n. 51, Cavallo, in *Giur. it.*, 2020, 6, 1503, con nostra nota di commento (G. PECCHIOLI, *Intercettazioni e “diverso procedimento”: le Sezioni unite sull’annoso nodo gordiano*); alla pronuncia del *plenum* ha poi fatto seguito un intervento controverso del legislatore ordinario che è intervenuto a modificare la disciplina dell’art. 270 c.p.p. Sulla questione si tornerà, *infra*, nel Capitolo III. Ciò che preme sin qui rimarcare è il legame stringente che intercorre tra ‘reato intercettato’ (intercettabile) e ‘procedimento’ nel quale le intercettazioni stesse sono disposte, tale per cui al mutare del reato stesso, e dunque delle condizioni di autorizzazione dell’intrusivo mezzo di ricerca della prova, dovrebbe ritenersi mutato altresì il procedimento relativo. Il che dovrebbe attivare i divieti di interscambio che l’art. 270 cit. si occupa di disciplinare.

dovrà interrogare è quello della *legittimità* del fenomeno di trasferimento da una sede giudiziale all'altra. Pare, infatti, ineludibile la necessità di reperire un fondamento che, sul fronte normativo ma anche, eventualmente, di principi generali ritraibili dalle coordinate più significative della *lex probatoria* tipica di ciascun ramo giurisdizionale, autorizzi e legittimi l'attivazione di simili congegni di dialogo interprocessuale ad oggetto probatorio, al di là delle più o meno consistenti motivazioni pragmatiche e/o meramente funzionali che se ne possano addurre a giustificazione.

Sebbene sul piano puramente 'naturalistico' non sembrano sussistere ostacoli all'operazione di trasferimento di una prova da un fascicolo processuale all'altro e la conseguente spendita a fini decisorii del portato conoscitivo dell'elemento istruttorio interessato dal trapianto, sono molteplici le criticità da segnalare e, di conseguenza, da indagare.

Prima tra tutte la circostanza che, eccezion fatta per le più volte menzionate disposizioni che il codice di rito vassalli dedica all'importazione in un giudizio penale di prove scaturenti da altro processo penale o civile (artt. 238, 238-*bis* e 270 c.p.p.), risulta difficile, se non impossibile, rinvenire alcun chiaro aggancio normativo sulla cui scorta sostenere che il materiale istruttorio generato in sede penale sia idoneo, secondo l'ordinamento, a varcare le soglie delle vicende processuali non penali. Con la conseguenza che si potrebbe anche acquietarsi sul richiamo del noto brocardo *ubi lex voluit, dixit; ubi noluit, tacuit*. L'assunto vuole essere, all'evidenza, affatto provocatorio. Difatti, in un sistema che accoglie, trasversalmente, quale proprio cardine il diritto alla prova e, dunque, aspira a massimizzare – fin dove ritenuto deontologicamente possibile – le occasioni per le parti di fornire al giudice gli elementi necessari a statuire sulle domande o a pronunciarsi sulla fondatezza dell'imputazione, a fronte di un catalogo tendenzialmente aperto di mezzi istruttori (ma sul senso di una tale apertura si tornerà in un secondo momento), a chi sostiene che l'ammissibilità di un elemento probatorio generato in altra vicenda processuale dovrebbe dipendere dall'esistenza di una esplicita norma di inclusione si potrebbe ribattere, in senso contrario, che il criterio di ammissibilità potrebbe piuttosto rinvenirsi nell'assenza di un esplicito divieto, o, per meglio dire, di una regola di esclusione probatoria.

Eppure, la totale carenza di direttrici normative univoche e dirimenti sul punto

comporta il permanere di una seria incertezza e provoca l'affermarsi di molteplici oscillanti teorie⁸.

La peculiare complessità del problema si acuisce, poi, se si considera la circostanza per cui l'oggetto dei meccanismi di interazione tra procedimenti diversi è rappresentato da *prove*. Sembrerebbe di aver a che fare con un tipo di conoscenza privilegiata, a cagione della sua scaturigine processuale, che parrebbe garantire, per sua stessa natura, il massimo della legalità, oltreché dell'affidabilità gnoseologica. Parrebbe, dunque, questa, tra le altre, una ragione 'sufficiente' per indurre l'operatore giuridico a non interrogarsi in maniera accorta sulla individuazione di una base legale *ad hoc* che autorizzi il riutilizzo altrove di prove, elementi la cui origine alligna in una sede giurisdizionale naturalmente votata al principio di legalità.

Il problema della base legale di un simile fenomeno è reale; e ciò nonostante (ma forse anche proprio perché) ci si muova in un contesto giurisprudenziale ed altresì dottrinale in cui l'esportabilità e la possibilità di uso di prove raccolte in altro processo sembra data per pacifica. Al punto che, a ben guardare, anche coloro che si interrogano su tale dinamica interazionale (in particolare quella che muove prove formate in sede penale verso giudizi di altro tipo) in realtà danno per assunto che essa sia legittima e, piuttosto, concentrano i propri sforzi ermeneutici per stabilire *a quale utilizzo* possano essere deputate tali risultanze, o meglio *quale valore* queste ultime meritino di vedersi assegnato in sede decisoria nel giudizio ricevente. Eppure, per quanto possa apparire dogmaticamente scontato segnalarlo, prima di affrontare l'arduo compito di valutare quanto emergente dal plesso probatorio, occorre un'oculata selezione di ciò che di tale compendio possa legittimamente far parte: si tratta di una tappa dell'*iter* probatorio che, per quanto complessa e talora 'sofferta', non può e non deve essere aggirata.

La questione, come si vede, è dotata di sensibile rilevanza, non solo per l'intrinseca delicatezza del fenomeno circolatorio – che si percepisce anche nell'affrontare la questione, regolamentata *expressis verbis*, dell'ingresso in sede penale di altre prove, penali e civili – legata all'interazione ed interferenza con i principi identitari del giusto processo. Il punto di maggior problematicità della apparente carenza di base legale per l'interscambio probatorio che conduca elementi di genesi penale in altri diversi sistemi

⁸ Per una puntuale sintesi delle criticità segnalabili in materia, L.P. COMOGLIO, *Prove penali, "giusto processo" e poteri di acquisizione del giudice tributario*, in *Riv. prat. trib.*, 2000, 4, 10943 ss., in partic. § 1.

processuali si manifesta nel momento in cui si rifletta sul fatto che, a prescindere dalla natura originaria del mezzo di prova esperito, l'elemento formatosi tramite la sua assunzione circolerà sempre in una veste, quella dello scritto (non usiamo, volutamente, il termine 'documento', poiché simile qualificazione richiederà taluni chiarimenti nel prosieguo), che, soprattutto in riti di matrice civilistica, mal si presta – quantomeno secondo la prassi invalsa – a preventivi vagli di ammissibilità e, di conseguenza, a meccanismi preclusivo-espulsivi anticipati rispetto al momento in cui l'organo giudicante, nella solitudine della camera di consiglio, valuterà ciascun elemento acquisito al fascicolo e, dunque, deciderà.

Vi sono ipotesi nelle quali le discrepanze procedurali e concettuali esistenti tra processo penale ed altri giudizi (non solo quelli di matrice civilistica, bensì anche procedimenti, qual è quello di prevenzione, il cui oggetto appare compianare con il tema della responsabilità penale e la cui struttura condivide talune radici paradigmatiche con il rito penale) potrebbero suggerire una certa cautela acquisitiva. Ed anzi, sono proprio disposizioni normative sulla falsariga dell'art. 654 c.p.p. e del già menzionato art. 479 c.p.p. che dovrebbero indurre, anche *rebus sic stantibus*, a concepire l'essenziale necessità di un filtro in ingresso per le prove circolanti *ultra fines*, anche per non trascurare troppo semplicisticamente le divergenze normative in punto di disciplina dei mezzi di prova.

La necessità di scandagliare il panorama normativo ordinamentale per individuare la chiave di legittimo ingresso delle prove aliene in altra vicenda processuale appare ancor più ineludibile, a nostro avviso, in quanto passaggio ermeneutico indispensabile per fronteggiare un'ulteriore notevole opacità del fenomeno in esame.

Ebbene, in dottrina risulta affermazione tralatizia quella in base alla quale l'elemento probatorio, per poter circolare altrove, deve essere valido. In realtà, ad una disamina più approfondita del panorama esegetico di riferimento, ci si rende conto come per taluno non sia in effetti un requisito indispensabile dell'elemento istruttorio ai fini della sua legittima acquisizione altrove; per altri, invece, l'affermazione della necessaria validità della prova per il suo proficuo ingresso nelle vie di interscambio istruttorio non viene poi, spesso, accompagnata da una disamina approfondita che offra all'operatore un criterio decisivo sulla cui scorta selezionare ciò che possa acquisirsi *aliunde* da ciò che invece, per malformazioni genetiche di sorta, non abbia i requisiti per esserlo.

Il che ha finito col lasciare nelle sole mani della quotidiana pratica giudiziaria la definizione dei concreti profili operativi dell'ammissione ed utilizzo di prove invalide,

ed in particolare le prove penali inutilizzabili, formate altrove, con la conseguenza che sono stati conati molteplici, variegati strumenti per ovviare al problema e acquisire quante più informazioni possibile, sorvolando o aggirando il problema del vizio genetico del dato conoscitivo in questione. Ad ogni buon conto, il tema troverà ampio spazio nel prossimo Capitolo, dove si auspica di riuscire a pervenire a soluzioni sufficientemente soddisfacenti su simili spinosi profili.

2. FONDAMENTI NORMATIVI DELL'INTERSCAMBIO PROBATORIO

L'intento di affrontare il tema del (ri)utilizzo di prove – ed in special modo, di prove *penali* –, generate in un contesto processuale altro e diverso da quello in cui se ne voglia fruire, sul fronte della *legittimità* e, dunque, dell'individuazione della *base legale* che autorizzi una simile dinamica istruttoria ci impone di privilegiare, in questa sede, una prospettiva che si focalizzi sul substrato sistematico ritraibile dagli attuali codici di rito, senza accantonare – com'è ovvio – la considerazione per i principi generali di cui si è nutrita la disamina nel precedente capitolo.

Come già abbiamo avuto modo di sottolineare, invero non è agevole, al di fuori dei confini disciplinari del diritto delle prove penali, reperire un referente normativo specifico che supporti l'immissione in sedi processuali diverse da quella penale di elementi istruttori la cui origine è radicata nel procedimento penale.

Esistono, tuttavia, sul piano del diritto positivo molteplici indici normativi della considerazione ordinamentale dell'eventualità che attività processuale, anche quella probatoria, sia oggetto di una qualche forma di reimpiego in contesti procedurali differenti da quelli d'origine.

Per quanto riguarda più da vicino il tessuto normativo penalistico in senso stretto, il sistema di riferimento si articola intorno ad una ricca congerie normativa che sembrerebbe congegnata idealmente proprio per fronteggiare al meglio il rischio che l'acquisizione *aliunde* di un pre-formato sapere processuale possa impattare in maniera gravosa e lesiva sui pregnanti valori in gioco nel processo penale, tanto sul fronte della tutela dei diritti e libertà fondamentali quanto su quello della garanzia del giusto processo nella sua speciale declinazione penalistica.

La norma portante del sistema è senz'altro l'art. 238 c.p.p., il quale, con formula perentoria, ammette l'acquisizione dei verbali di prove di altro procedimento, ne prescrive le condizioni di ammissibilità e di utilizzabilità, selezionando le tipologie di

apporto conoscitivo idonee al trapianto sulla scorta di una ricca serie di connotati, e prescrivendo – in uno con i successivi artt. 468, comma 4-*bis*, 495, comma 1, secondo periodo, 511-*bis* che rinvia al secondo comma dell'art. 511 c.p.p. – un peculiare *iter* per l'acquisizione dibattimentale, nonché per l'utilizzazione a fini decisori, di prove aliene. Sorvolando per il momento sulle spinosità ermeneutiche ed applicative legate a tale disciplina, preme notare qui la circostanza che la legittimazione al fenomeno tras migratorio di elementi probatori formati altrove si rinviene nel complesso sistematico nel quale la norma si inserisce. Sul piano dei principi, il diritto alla prova si lega con l'esigenza di assicurare l'economia processuale; sul piano strutturale, la prova 'prestata' viene inclusa nel catalogo dei mezzi di prova tipici direttamente disciplinati dal codice di rito, sulla scorta di una valutazione effettuata a priori dal legislatore sulla idoneità euristica dello strumento istruttorio (la cui concreta portata gnoseologica viene poi rimessa al libero e motivato convincimento del giudice *ad quem*), accompagnata dalle summenzionate cautele operative che avrebbero lo scopo di evitare ingiustificate lesioni di valori di caratura essenziale per il processo penale.

Il codice Vassalli – in conseguenza delle vicende storico-legislative e giurisprudenziali di cui si è già dato conto in precedenza – all'art. 238-*bis* c.p.p. ha poi dedicato una norma specifica anche all'acquisizione a scopo di prova di pronunce irrevocabili, al di là dei limiti in punto di oggetto della 'prova per sentenza' sanciti dall'art. 236 c.p.p.⁹ Si tratta di una disposizione che, pur legittimando *per tabulas* suddetto canale di approvvigionamento conoscitivo, non sembrerebbe coerente con il basamento concettuale sul quale si erige il sistema penale di acquisizione di sapere processuale *aliunde*. In particolare, le principali criticità manifestate da una simile disciplina si annidano, tra l'altro: *i*) nel fatto stesso di aver investito del crisma della

⁹ N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., 182 ss., in partic. nt. 8, evidenzia come il canale aperto dall'art. 238-*bis* c.p.p. non sia da considerarsi un *unicum*, potendosi collocare tale disciplina nel più ampio contesto delle ipotesi normative di inserimento di sentenze in altro processo, seppur a fini non probatori. L'A. si riferisce, in specie, all'ambito dei rapporti di pregiudizialità, che giustificano una peculiare modalità di spendita del sapere processuale oggetto della sentenza irrevocabile, non tanto a fini di cognizione e accertamento, quanto più in particolare per avvalersi della sua efficacia di giudicato in altro processo pregiudicato e, dunque, dipendente dalla pronuncia emessa sul *thema* pregiudiziale. Motivo per cui una certa dottrina affianca alla disciplina dell'art. 238-*bis* c.p.p. quella prevista dall'art. 479 c.p.p., in tema di pregiudizialità civile o amministrativa (di cui si è detto nel precedente § 1). Eppure, come condivisibilmente osserva Rombi, nei casi di pregiudizialità – che pure nel nostro sistema sono eccezionalissimi e, comunque, non ricorrono mai tra processi penali - «il recepimento della sentenza opera un effetto ablativo dell'opera valutativa del giudice, in quanto la risoluzione della questione fa stato nel processo senza che il giudice penale possa disattenderla, l'art. 238-*bis* c.p.p. consente l'acquisizione di una decisione al di fuori di questi casi riconoscendogli natura e funzione di mezzo di prova documentale».

prova un atto, la sentenza, la cui essenza è del tutto inconciliabile con la funzione tipica delle prove; *ii*) nella circostanza che l'acquisizione del *decisum* giudiziale per trarre da esso un'asserita «prova di fatto» cela in sé il potenziale per giustificare aggiramenti di quegli stessi criteri di ammissibilità di prove aliene puntualmente prescritti dall'art. 238 c.p.p.¹⁰. Parrebbe quasi che, con una disposizione del tenore dell'art. 238-bis c.p.p., il legislatore stesso sconfessi le proprie scelte selettive in punto di inclusione nel compendio probatorio solo di determinati apporti conoscitivi *ab externo*; oltre a scardinare surrettiziamente la tenuta del principio del contraddittorio nella formazione della prova con le sue eccezioni costituzionalmente previste, così come anche quello dell'immediatezza nella formazione della prova¹¹. Ebbene, a fronte di un simile quadro, nel quale non possono certo essere elementi sufficienti ad assegnare legittimità al fenomeno né l'inquadramento della sentenza nella disciplina dei mezzi di prova documentali in virtù della sua natura di atto scritto dal contenuto rappresentativo, né, ancor meno, la previsione del requisito della sua irrevocabilità quale condizione di ammissibilità, il solo appiglio che si rinviene per giustificare la permanenza nel sistema di siffatto strumento di acquisizione di sapere processuale è l'investitura assicurataagli dalla Consulta con la sentenza 29 del 2009¹².

Il complesso di riferimenti normativi che il codice di rito penale dedica ai fenomeni di trasferimento interprocessuale di elementi istruttori è arricchito, poi, dalla disciplina prevista dall'art. 270 c.p.p. Senza soffermarci in questa sede sulle peculiari complessità ermeneutiche di tale previsione, che ha anche subito di recente rimaneggiamenti in via

¹⁰ P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, Vol. I, *Struttura e procedimento*, Torino, 2015, 181 ss.; così anche H. BELLUTA, voce *Prova (circolazione della)* (*dir. proc. pen.*), in *Enc. dir.*, *Annali*, Milano, 2008, 963; A. GAITO, *La circolazione delle prove e delle sentenze*, in *Arch. pen. web*, 2011, 3, 24 ss.

¹¹ N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., 180 ss.

¹² Corte cost., 6 febbraio 2009, n. 29, in *Giur. cost.*, 2009, 1, 217, con nota di L. IAFISCO, *Acquisizione della prova-sentenza ex art. 238-bis c.p.p. e contraddittorio nel momento di formazione della prova*. Si tratta di una pronuncia di infondatezza nella quale il Giudice delle leggi ha affermato che non sussisterebbe contrasto tra la norma censurata ed i parametri costituzionali evidenziati dal giudice rimettente in quanto la norma consentirebbe spazi di attuazione del contraddittorio sulla utilizzazione e sulla valutazione della prova-sentenza, posto che acquisizione e valutazione della prova sono momenti sì distinti ma non autonomi, ed inoltre ricostruendo in termini ibridi – e a nostro avviso poco perspicui – la struttura di quest'ultima, non considerabile un documento in senso proprio in quanto contenente valutazioni relative al materiale probatorio della sede in cui è stata resa, ma neppure del tutto assimilabile ad una prova orale, motivo per cui il diritto delle parti al contraddittorio non dovrebbe attuarsi in fase acquisitiva bensì valutativa. Infine, la Corte ha evidenziato che la *ratio* dell'introduzione di una disposizione che consenta al giudice di apprezzare liberamente e motivatamente il contenuto di una sentenza irrevocabile andrebbe rinvenuto nella caduta della c.d. pregiudiziale penale, non ammessa nel codice Vassalli. Per taluni commenti critici alla pronuncia menzionata, P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., 186 ss.; in generale, sul tema della prova per sentenza, L. IAFISCO, *La sentenza penale come mezzo di prova*, Torino, 2002; N. ROMBI, *La circolazione della prova penale*, cit., 179-211; I. CALAMANDREI, *La prova documentale*, cit., 125 ss.; H. BELLUTA, voce *Prova (circolazione della)*, cit., 963 ss.

legislativa, ciò che esplica rilevanza ai fini che qui ci proponiamo è la particolare modalità di previsione con la quale il codice si occupa della regolamentazione del fenomeno dell'uso 'esterno' delle risultanze dell'attività intercettiva.

Com'è noto, il generale fondamento costituzionale della disciplina che consente le intercettazioni si rinviene nell'art. 15 Cost., che pone una riserva assoluta di legge rinforzata ed una riserva di giurisdizione, la cui attuazione è offerta dalle previsioni di cui all'art. 266 ss. c.p.p. (oltreché dalla disciplina speciale di cui al d.l. 152 del 1991 in materia di procedimenti per la repressione di reati di criminalità organizzata e assimilati). In un quadro di tal genere, il sistema si premura di assicurare, tramite l'imposizione della motivazione del provvedimento giudiziale autorizzativo, che l'intromissione nella sfera privilegiata della segretezza delle comunicazioni sia imprescindibilmente agganciata al concreto ricorrere dei requisiti tipizzati, in astratto, *ex lege*. Se così non fosse, non solo la garanzia della riserva di legge avrebbe ben ridotta effettività, in mancanza di un saldo addentellato alle emergenze del caso *hic et nunc*; ma, a ben vedere, l'imputato non potrebbe neanche godere appieno del proprio diritto alla *privacy* comunicativa se non potesse contestare la legittimità (e dunque l'utilizzabilità *contra se*) dell'intrusione indebita effettuata mediante l'abusiva captazione: scrutinio, questo, che non potrebbe essere sollecitato senza il substrato dell'atto motivato con cui si sia previamente disposto il mezzo d'indagine.

Ebbene, procedendo ad una sintesi vertiginosa¹³, l'art. 270 c.p.p. intenderebbe offrire una ulteriore e più approfondita tutela alle esigenze di cui abbiamo rapidamente dato atto, che pretendono ed attestano l'instaurazione di un rapporto di stretta corrispondenza, un vero e proprio vincolo di appartenenza delle intercettazioni al *reato* per il cui accertamento siano state *ab origine* disposte e che richiede la specifica individualizzazione del provvedimento motivato di autorizzazione. Dunque, ancorare l'utilizzabilità delle intercettazioni al previo vaglio giudiziale comporta circoscrivere tale uso al procedimento e al reato di riferimento, il che non può che implicare la chiusura di ogni canale di trasferimento altrove dei suddetti esiti captativi e la recisa

¹³ Non si faranno in questa sede riferimenti alle ultime vicende novative della lettera dell'art. 270 c.p.p., ed in particolare alla previsione contemplata dal comma 1-*bis* di nuova introduzione inerente alle proiezioni interprocessuali delle captazioni effettuate a mezzo di *trojan virus*. Sulle peculiarità e difficoltà ermeneutiche della disciplina vergata di recente, sia in sé sia nella sua lettura combinata con il comma 1 della medesima disposizione, si tornerà nel prossimo Capitolo.

esclusione del loro utilizzo quanto ad ipotesi accusatorie diverse ed ulteriori rispetto a ciò che già appare espressamente contemplato nel decreto originario. La pluridirezionalità delle risultanze dell'attività di captazione, consentendo l'ingresso indiscriminato di queste ultime in un numero imponderabile – potenzialmente illimitato – di procedimenti penali, minerebbe la prospettata compenetrazione costituzionalmente necessaria tra le intercettazioni ed i loro stessi presupposti procedurali¹⁴.

Motivo per cui, quantomeno nella sua primigenia formulazione, l'art. 270 c.p.p. si pone(va) come norma limite, formulata in negativo, intessendo – secondo una logica condivisa con le *exclusionary rules* a pena di inutilizzabilità della prova – un reticolato a maglie strette volto a selezionare l'*an* e il *quomodo* del trasferimento altrove a fini decisori di materiale probatorio intercettivo¹⁵. Ad ogni modo, la concessione di spazi per trasfondere in altro processo penale le risultanze delle attività captative, senza surrettizi aggiramenti delle garanzie imposte dalla legge, è contemplata dalla norma, quale esito di un'operazione di bilanciamento tra le menzionate pregnanti esigenze di compenetrazione tra procedimento d'origine e materiale intercettivo e la contrapposta necessità di soddisfazione di inderogabili istanze accertativo-repressive di calibro considerevole. Operazione la cui legittimità risiede nella ragionevolezza delle opzioni legislative, nella garanzia di un controllo quanto meno *ex post* sul mezzo d'indagine ad opera del giudice *ad quem* e nell'eccezionalità rigorosa della casistica. Con l'inciso di

¹⁴ Per queste riflessioni, sia consentito rinviare a G. PECCHIOLI, *Intercettazioni e "diverso procedimento": le Sezioni unite sull'annoso nodo gordiano*, in *Giur. it.*, 2020, 6, 1505 ss. Sul tema, di cristallina chiarezza è la ricostruzione offerta dalla storica pronuncia della Corte cost., 6 aprile 1973, n. 34, (in *Sito uff. Corte cost.*, nonché in *Giur. cost.*, 1973, 317, con nota di V. GREVI, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte Costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche*), la quale aveva asserito l'essenziale rilevanza del legame tra reato 'intercettato' e provvedimento autorizzativo della captazione, allorché – disquisendo delle condizioni di garanzia della *privacy* dell'imputato e dei terzi rispetto ad intercettazioni irrilevanti ai fini del processo nel quale erano state disposte – aveva riconosciuto il principio in base al quale «nel processo può essere utilizzato solo il materiale rilevante per l'imputazione di cui si discute». Affermazione che è stata poi – condivisibilmente – interpretata nel senso che le intercettazioni potessero trovare utilità probatoria solo nel procedimento nel quale fossero state previamente autorizzate: *ex multis*, R. CANTONE, *L'utilizzazione delle intercettazioni telefoniche in "procedimenti diversi"*, in *Cass. pen.*, 1997, 902, 1439 ss.; N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., 214 ss.; L. FILIPPI, *Intercettazioni, accesso ai dati personali e valori costituzionali. La giurisprudenza e l'impatto con la l. n. 7/2020*, e-book, Pisa, 2021, 221 ss.; H. BELLUTA, voce *Prova (circolazione della)*, cit., 954; cfr. altresì C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007, 46 ss.

¹⁵ In un panorama dottrinale e giurisprudenziale sostanzialmente concorde in merito al suddetto fondamento del divieto di cui all'art. 270, pare interessante evidenziare l'approccio parzialmente divergente adottato da chi, più che incentrare il *focus* d'indagine sul substrato costituzionale del bene giuridico inciso dall'intercettazione, ha evidenziato che l'art. 270 disciplina una peculiare ipotesi di circolazione probatoria, con ciò comportando la potenziale lesione di ulteriori beni-interessi coesenziali al sistema delineato dal codice Vassalli, *i.e.* il contraddittorio nella formazione della prova, secondo un'esegesi singolare, che applica alle attività intercettive (*rectius*: ai loro risultati) la concezione relativistica della prova e del sapere giudiziale (N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., 218 ss.; ancor prima, C. VALENTINI REUTER, *Limiti alla utilizzabilità di prove assunte in altro procedimento*, in *Giur. it.*, 1992, 1992, 4 ss.).

chiusura dell'art. 270, comma 1, c.p.p. si autorizza così la perpetuazione in altra sede del *vulnus* già arrecato al diritto fondamentale ex art. 15 Cost. pur in mancanza di specifica motivazione individualizzante, ma solo nell'eccezionale caso di assoluta indispensabilità (e rilevanza) per accertare e reprimere delitti ritenuti *ex lege* in grado di creare elevato allarme sociale.

Procedendo oltre, ulteriori riferimenti a dinamiche di esportazione in altre sedi giudiziali di materiale istruttorio formato nel corso di un dato processo possono reperirsi in talune disposizioni che, pur non occupandosi in via immediata di circolazione probatoria, contribuiscono ad evidenziare l'apertura e la disponibilità del legislatore penale al dialogo tra vicende processuali, che legittimano le occasioni di interscambio anche qualora procedimento di origine e di destinazione non appartengano al medesimo ramo giurisdizionale, in una logica di contemperamento con l'opzione per il *favor separationis* di cui abbiamo già dato conto in precedenza. Ci si riferisce, più in dettaglio, ad istituti processuali quali quelli declinati dagli artt. 573, comma 1-*bis*, e 578, comma 1-*bis*, c.p.p., cui a nostro avviso deve accostarsi anche l'art. 622 c.p.p., non solo per contiguità istituzionale (sono, tutti, congegni che vengono in rilievo nell'ipotesi di originaria instaurazione di processo penale cumulativo, in cui alla domanda inerente alla fondatezza dell'imputazione la parte civile affianca quella sulla responsabilità civile da reato) bensì anche per complessiva *ratio* giustificativa dell'istituto¹⁶. Ebbene, il legislatore, per esigenze legate a scelte funzionalmente volte ad assicurare celerità nella definizione dei giudizi penali in fase d'impugnazione, ha inteso regolare la sorte dell'azione civile risarcitoria incardinata innanzi al giudice penale allorché, per diverse ragioni, in fase d'impugnazione non resti più da statuire sul *thema decidendum* penalistico. Per quanto qui rileva, si è contemplato un meccanismo di esplicita *traslatio* dell'intero compendio probatorio raccolto nel corso del processo penale dinanzi al giudice civile investito della prosecuzione della causa sulle pretese risarcitorie, prescrivendo un obbligo di utilizzazione delle prove acquisite nel corso del rito criminale.

Ancora, nel corpo normativo del codice Vassalli si possono rinvenire indici favorevoli all'interscambio di atti a scopo conoscitivo-accertativo nel testo dell'art. 220

¹⁶ Il tema sarà oggetto di approfondita trattazione nel successivo § 8, cui si rinvia altresì per puntuali riferimenti bibliografici.

disp. att. c.p.p., il quale si premura di assicurare che, nel corso di attività amministrative ispettive o di vigilanza, qualora emergano indizi di reato, nell'immediatezza tutte le attività per assicurare le fonti di prova vengano compiute secondo i canoni e le garanzie tipiche prescritte dalla legge processuale penale, con la conseguenza che la loro utilizzabilità procedimentale per l'accertamento dell'ipotesi di reato formulata in imputazione avverrà nelle forme e con i limiti prescritti dal codice di rito penale¹⁷. Invero, tale disposizione non si dedica propriamente alla regolamentazione di meccanismi di interscambio di elementi istruttori extracostituiti, quanto piuttosto di assicurare la duplice spendibilità – in sede penale oltreché nel procedimento amministrativo – di materiale accertativo acquisito nel corso di un'attività ispettiva amministrativa, allorché la scoperta di indizi di reato abbiano comportato la denuncia da parte dei funzionari amministrativi della *notitia criminis* agli organi inquirenti e, dunque, l'assunzione dell'attività d'inchiesta da parte della polizia giudiziaria¹⁸. In sostanza, le fonti di prova assicurate e gli ulteriori elementi acquisiti non traslano dalla sede amministrativa a quella penale, poiché *ab origine* nascono proprio come atti del procedimento penale, in quanto raccolti secondo le cadenze sancite dal codice Vassalli. Tuttavia, l'art. 220 disp. att. c.p.p. rappresenta un ulteriore significativo tassello del mosaico che stiamo delineando, che induce l'interprete ad interrogarsi sull'eventuale canale di immissione in sede penale del prodotto di attività amministrative che, per contro, sono state compiute prima e/o a prescindere dall'emersione di una *notitia criminis*, e dunque da soggetti della pubblica amministrazione non investiti della funzione di p.g.: in tali casi, non si rinviene alcuna norma di raccordo tra l'attività amministrativa ed il processo penale. Il che richiede di valutare se l'esistenza nel tessuto codicistico di una disposizione quale l'art. 220 disp. att. possa essere indice di un

¹⁷ Cfr., *amplius*, l'approfondito studio dedicato alla tematica dell'acquisizione e spendita nel processo penale di atti provenienti dall'autorità amministrativa di R. ORLANDI, *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, Milano, 1992, *passim.*; in argomento, altresì, L. KALB, *Il documento nel sistema probatorio*, cit., 257 ss.

¹⁸ Si dà il caso che in talune circostanze l'organo amministrativo potrebbe simultaneamente acquisire la veste di polizia giudiziaria. In ogni caso, per come è formulato l'art. 220 disp. att. c.p.p., si deve escludere che gli atti amministrativi compiuti da organi amministrativi di tal sorta *prima* dell'emergere della *notitia criminis* possano essere inclusi nel plesso di atti acquisibili al procedimento penale sol perché da essi compiuti, essendo indispensabile per la spendita a fini probatori in sede penale il ricorrere del requisito temporale della previa emersione di indizi di reato e del requisito di legittimità del rispetto delle garanzie e dei limiti stabiliti dal codice di rito penale per lo svolgimento di tali attività 'd'inchiesta'.

particolare *favor* legislativo per l'importazione di documenti¹⁹, la cui origine potrebbe reputarsi privilegiata, in quanto radicata nell'attività di autorità pubbliche²⁰, ovvero di una radicale e netta chiusura del sistema delle prove penali rispetto all'immissione di elementi che, assunti senza le garanzie tipiche del processo penale²¹, non risultano nemmeno contemplati dalla norma portante dell'istituto circolatorio, l'art. 238 c.p.p., la cui rigorosa orbita applicativa copre, *per tabulas*, le prove penali e quelle civili²².

¹⁹ Per quanto la classificazione in termini di prova documentale rappresenti, essa stessa, questione meritevole d'indagine. Sul punto, C. CESARI, *Atti del procedimento amministrativo e processo penale tra limiti del codice ed urgenze della prassi*, in *Cass. pen.*, 1993, 1, 214 ss.

²⁰ R. ORLANDI, *Atti e informazioni*, cit., 36 ss.

²¹ Nonostante, oggi, il procedimento amministrativo si sia colorato di una vasta serie di garanzie partecipative a tutela dei soggetti interessati (nonché dei controinteressati), assicurate dalla Legge sul Procedimento Amministrativo n. 241 del 1990. Sul punto, R. CHIEPPA-R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, III ed., Milano, 2017, 415 ss., nonché in partic. 467 ss.

Di particolare interesse l'osservazione di C. CESARI, *Atti del procedimento amministrativo e processo penale*, cit., 217, allorché osserva che l'art. 220 disp. att. c.p.p., «più che norma risolutiva del problema di coordinamento tra procedimento amministrativo e processo penale sotto il profilo della prova documentale, può essere ricondotto a una più puntuale funzione di estensione del principio *nemo tenetur se detegere* enunciato nell'art. 63 c.p.p.», la cui portata viene in questo modo *anticipata* al momento del compimento di atti di natura amministrativa suscettibili, però, di manifestare utilità accertativa a fini penali, con una amplificazione della sfera di garanzia a tutela della persona sottoposta alle indagini.

²² Con specifico riferimento alla problematica inclusione, in generale nell'alveo del mezzo di prova "documento" ai sensi degli artt. 234 ss. c.p.p., ed in specie nel catalogo di elementi probatori alieni di cui all'art. 238 c.p.p., di verbali estratti da procedimenti amministrativi nei quali siano state raccolte dichiarazioni di colui che, poi, si trovi imputato nel processo penale ove si vorrebbe acquisire tale materiale conoscitivo ovvero dichiarazioni di persone informate, C. CESARI, *Atti del procedimento amministrativo e processo penale*, cit., 215 ss. Sul punto, interessante l'osservazione di R. Orlandi, *Atti e informazioni*, cit., 39, sul senso della preclusione alla assimilazione di talune attività compiute in sede di procedimento amministrativo rispetto ad atti (o mezzi di prova documentali) del processo penale. Occorre evitare il rischio che l'autorità amministrativa si sostituisca all'autorità giudiziaria nel compimento di determinate attività che il codice di rito penale vorrebbe assistite da determinate garanzie e compiute entro determinati limiti, che delineano il volto di ciascun mezzo di prova nel processo penale. Ammettere come prova la documentazione di dichiarazioni rese da Tizio alla pubblica amministrazione varrebbe ad aggirare in modo larvato la disciplina puntuale che il codice Vassalli ha strutturato per l'assunzione della testimonianza. Ebbene, si tratterebbe di una violazione di una delle vesti del c.d. *principio di non sostituibilità* (per un primo riconoscimento della portata di tale principio, cfr. Corte cost. 19 giugno 1998, n. 229, in *Cass. pen.*, 1999, 817; in seguito, se ne deve una ulteriore conferma e teorizzazione da parte di *Cass. pen.*, Sez. un., 24 settembre 2003, n. 36747, Torcasio, in *Cass. pen.*, 2004, 30; più di recente, se ne è nuovamente affermata l'esistenza e la valenza in *Cass. pen.*, Sez. un., 18 luglio 2012, n. 28997, Pasqua, in *CED* 252895; da ultimo, la più importante affermazione del principio di non sostituibilità si è avuta ancora una volta da parte di Corte cost., 24 gennaio 2017, n. 20, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 8, 1058, con nota di G. QUAGLIANO. In dottrina, Sul principio di non sostituibilità e sulle sue numerose sfaccettature applicative, si veda C. CONTI, *Accertamento del fatto*, cit., 274 ss.; EAD., *Il volto attuale dell'inutilizzabilità: derive sostanzialistiche e bussola della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 7, 786; EAD., *Prova informatica e diritti fondamentali: a proposito di captatore e non solo*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 9, 1214 ss.; N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità effettiva della prova tra tassatività e proporzionalità*, in *Diri. pen. cont.*, 2019, 4, 14 ss.; T. RAFARACI, *Ricognizione informale dell'imputato e (pretesa) fungibilità delle forme probatorie*, in *Cass. pen.*, 1998, 1745; nonché, in termini meno espliciti ma altrettanto chiari, C. VALENTINI REUTER, *Limiti all'utilizzabilità*, cit., 204 ss.)

Un'ipotesi interpretativa potrebbe essere quella di ricomprendere siffatti atti provenienti da procedimenti amministrativi non giurisdizionali nell'ambito del disposto del terzo comma dell'art. 238 c.p.p., che genericamente si riferisce alla «documentazione di atti» (per prescrivere la condizione dell'irripetibilità quale criterio per consentirne l'importazione *ab externo*): simile dizione farebbe supporre una particolare *vis expansiva* alla disciplina della circolazione probatoria in sede penale, capace di assorbire qualunque protocollo che documenti attività in qualche modo rilevanti a fini accertativi. Eppure, una più attenta lettura dell'art. 238, comma 3, c.p.p., che dia conto delle sue interrelazioni sistematiche con gli altri capoversi della disposizione nella quale esso si inserisce, smentisce simile ricostruzione. Oltre al tenore della rubrica della norma (che parla di verbali di *prove* di altri procedimenti), ciò che pare dirimente è l'espresso richiamo che al primo comma si fa alle prove di *altro procedimento penale*, per poi contestualizzare la scaturigine di tali prove nel dibattito o nell'incidente

Infine, ulteriore previsione del codice Vassalli che sembra istituire un peculiare momento di raccordo tra giudizio sulla responsabilità penale e taluni giudizi civili è contenuta nell'art. 64-*bis* disp. att., introdotto con la novella nota come *Codice Rosso*²³ e da ultimo modificato dalla Riforma Cartabia²⁴. Prendendo a riferimento la formulazione coniata dalla riforma del 2019²⁵, si trattava di norma che imponeva la trasmissione al giudice civile, «*ai fini della decisione*» di procedimenti di separazione o di cause relativi ai figli minori e sulla responsabilità genitoriale, di una serie di provvedimenti adottati nel corso del procedimento penale nei confronti dell'indagato o imputato per reati inclusi nel catalogo del 'Codice Rosso'²⁶. In dottrina è stato evidenziato come, con un dispositivo operativo siffatto, il legislatore, forse con una scelta dissonante rispetto al sistema votato al *favor separationis*, abbia manifestato «l'ambizione – nuova – d'incidere sulla formazione del convincimento del giudice civile, assicurandogli una completa conoscenza dei fatti», amplificando il ruolo extrapenale del procedimento criminale con l'imposizione di una sorta di primazia del giudizio penale su quello civile, attestata addirittura a provvedimenti privi del connotato dell'irrevocabilità²⁷. Per giunta, pur senza assegnare in maniera esplicita un precipuo valore ai provvedimenti penali a carattere *lato sensu* decisorio oggetto di trasmissione ai

probatorio, chiarendo senza equivoci di sorta che il riferimento va a prove di origine giurisdizionale; allo stesso modo, il secondo comma parla chiaramente di «verbal di prove assunte in un *giudizio civile*», ancora una volta confermando la necessità che l'oggetto della dinamica circolatoria siano prove di genesi giurisdizionale. Non avrebbe dunque alcun pregio l'ipotesi per la quale il terzo comma dell'art. 238 c.p.p. si riferirebbe a qualunque documentazione di generici atti, anche di origine extra-giurisdizionale. In questo stesso senso, R. ORLANDI, *Atti e informazioni*, cit., 35, il quale, ben prima che la riforma del giusto processo intervenisse a modificare l'art. 111 Cost. e, per quel che qui interessa, a catalogare le possibili eccezioni al contraddittorio nella formazione della prova, evidenziava, a rafforzare la conclusione da ultimo raggiunta, che in filigrana nell'art. 238, comma 3, c.p.p. avrebbe dovuto intravedersi l'espressione di una regola generale (applicabile pertanto sia a prove giurisdizionali aliene sia ad altri atti), quella secondo la quale l'atto del procedimento *a quo* non è mai suscettibile di acquisizione qualora il contenuto informativo da esso veicolato può essere acquisito *ex novo* innanzi al giudice chiamato a valutare tale elemento.

²³ Si fa riferimento alla legge 19 luglio 2019, n. 69.

²⁴ Si è trattato di un intervento 'a due tempi', prima con la legge di delega n. 134 del 2021 e, quindi, con il d.lgs. n. 150 del 2022.

²⁵ In dottrina si è notato che la strada percorsa dal legislatore nell'inserire un siffatto dispositivo di raccordo tra procedimento penale e taluni giudizi civili si colloca su un sentiero già delineatosi nella prassi. Per questa ed altre considerazioni, cfr. F. CASSIBBA, «*Codice rosso*» e *trasmissione obbligatoria di atti e provvedimenti al giudice civile*, in AA.VV., *Processo penale e processo civile: interferenze probatorie e questioni irrisolte*, a cura di L. Luparia-L. Marafioti-G. Paolozzi, Torino, 2020, 378.

²⁶ L'attuale formulazione della disposizione prevede, in più, obblighi informativi in capo al pubblico ministero in fase d'indagini preliminari ed ha provveduto a porre rimedio ad alcune lacune della previgente formulazione che avevano indotto la dottrina a censurare la disposizione per lesione del principio di uguaglianza-ragionevolezza. Per tutti, F. CASSIBBA, «*Codice rosso*» e *trasmissione obbligatoria*, cit., 374 ss., cui si rinvia anche per la copiosa serie di riferimenti bibliografici sul tema.

²⁷ F. CASSIBBA, «*Codice rosso*» e *trasmissione obbligatoria*, cit., 372 ss.

fini dell'assunzione di decisioni in materia di famiglia e filiazione in sede civile, la norma pare sottintendere l'attestazione di una particolare efficacia conoscitiva alle pronunce del giudice penale che, in definitiva, così come avviene nella pratica applicazione del richiamato art. 238-*bis* c.p.p., potrebbe comportare una sorta di esautorazione 'forzata' del giudice civile dalla propria attività di elaborazione del sapere processuale, accompagnata anche da un certo qual rischio di affievolimento del potenziale euristico della dialettica quale prerogativa costituzionale delle parti²⁸. La disposizione in rassegna, in definitiva, pare testimoniare una sensibile propensione del legislatore a rinvenire nelle esigenze efficientistiche e di celerità la *ratio* giustificativa dell'apertura di canali di interscambio di materiale processuale che, solo in forza della opzione normativa, acquisisce ruolo di (pseudo)prova extracostituita. Con un'ulteriore difficoltà che si cela nelle pieghe della previsione normativa e che attiene alla apparente ri-emersione di una concezione – a nostro avviso erronea, per le ragioni già esplicitate nel precedente Capitolo – dell'accertamento giudiziale penale come maggiormente affidabile in quanto naturalmente proteso all'apprensione della 'vera' verità.

Per continuare a muoversi, ancora, in territori circostanti, liminari al processo sulla responsabilità penale, è possibile riscontrare un appiglio normativo che, al di là della contiguità tematico-concettuale (per quanto non funzionale ed oggettiva)²⁹, giustifichi

²⁸ Senza considerare la scarsa, se non nulla, significatività in senso accertativo di taluni dei provvedimenti la cui trasmissione è contemplata dalla norma. Emblematico in questo senso è l'avviso di conclusione delle indagini preliminari ex art. 415-*bis* c.p.p., che: *i*) contiene solo un'ipotesi (potremmo quasi dire una 'bozza') di imputazione, posto che la norma richiede una enunciazione del fatto per cui si procede meramente «*sommariamente*»; *ii*) non dà conto in nessun modo delle ragioni per le quali l'organo inquirente ha stabilito di non chiedere, per il momento, l'archiviazione, ma provvede solo ad informare l'indagato della possibilità di prendere cognizione di tutta la documentazione investigativa depositata presso la segreteria e l'archivio delle intercettazioni; *iii*) non costituisce, invero, nemmeno una definitiva presa di posizione del pubblico ministero sulla sussistenza dei requisiti per procedere alla richiesta di rinvio a giudizio con formulazione dell'addebito definitivo, posto che, qualora l'indagato eserciti proficuamente le proprie facoltà difensive nei termini concessi, l'autorità inquirente potrebbe addirittura persuadersi dell'insussistenza di quella ragionevole previsione di condanna che, ai sensi dei novellati artt. 408 e 425 c.p.p., rappresenta l'elevato standard di valutazione dell'opportunità dell'esercizio dell'azione penale e del successivo rinvio a giudizio. Per ulteriori criticità, F. CASSIBBA, "Codice rosso" e *trasmissione obbligatoria*, cit., 377-378.

²⁹ Si vedano, in merito, le affermazioni di Corte cost., 22 luglio 1996, n. 275, in *Giur. cost.*, 1996, 2413, la quale ricavò l'affermazione dell'autonomia tra i due riti (allora ancora non espressamente disciplinata dalla legge) dalle profonde differenze di oggetto e regole di giudizio caratterizzanti i due procedimenti, l'uno volto all'accertamento della responsabilità penale per la commissione di un fatto-reato, l'altro rivolto all'apprezzamento *pro futuro* della «complessiva notazione di pericolosità» emergente, sulla base di un giudizio prognostico, anche non necessariamente da condotte costituenti reato.

Sul punto, interessanti le puntualizzazioni di G. FRANCOLINI, *La prova nel procedimento di prevenzione: identità, alterità o somiglianza con il processo penale?*, in *Sist. pen.*, 2020, 10, 9 ss., il quale rimarca la differenza oggettiva e teleologica tra processo penale e procedimento di prevenzione osservando: «vero è che nel procedimento di prevenzione il tema di prova ha ad oggetto una persona e non uno o più fatti di reato, come di regola è nel processo penale (dove pure la personalità del reo viene in rilievo). Ma poi, significativamente, aggiunge che, anche nel procedimento prevenzionale, «a ben vedere, la persona viene sempre giudicata (in atto o già) socialmente pericolosa o meno per i suoi fatti, ovvero per le sue condotte precedenti – è utile rimarcarlo –

l'atteggiarsi di singolari rapporti ed interferenze essenziali³⁰ tra rito penale e procedimento di prevenzione. Ci si riferisce, in particolare, al dettato dell'art. 23-bis, commi 1 e 2, della legge n. 646/1982³¹, che sembrerebbe fornire legittimazione a fenomeni di circolazione e travaso di elementi probatori tra i processi penali ed i procedimenti sulla pericolosità sociale³², pur a fronte del pacifico riconoscimento in letteratura di una relazione di quasi assoluta autonomia che manterrebbe su binari paralleli le due vicende procedimentali, al lume del disposto dell'art. 29 d.lgs. n. 159/2011 (c.d. Codice delle leggi antimafia)³³. In consonanza col *favor separationis*, quest'ultima previsione mirerebbe a garantire al giudice della pericolosità di procedere

oggetto di una ricostruzione che richiede il vaglio di elementi dimostrativi tratti dalle "diverse fonti di conoscenza", inerenti anche alle sue passate attività criminose di cui possano aversi riscontri, oltre che idonei a fornire la base per un giudizio prognostico sulla probabile propensione alla reiterazione della commissione di fatti penalmente illeciti. Analoga valorizzazione dell'importanza del momento processuale-giurisdizionale sotto il profilo accertativo, e dunque probatorio, si ritrova in Corte cost., 27 febbraio 2019, n. 24, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 7, 939.

³⁰ Parla di interferenze «essenziali (verrebbe da dire naturali)» tra i due procedimenti S. FURFARO, *Rapporti tra processo penale e procedimento di prevenzione*, in *Arch. pen.*, 2014, 6. Così anche M. CASSANO, *I rapporti tra processo penale e procedimento di prevenzione*, in AA.VV., *Misure di prevenzione*, a cura di S. Furfaro, Torino, 2013, 177.

³¹ Per maggior chiarezza espositiva si riporta il testo integrale della norma citata nella versione emergente dalle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 159 del 2011.

Art. 23-bis l. n. 646/1982: «1. Quando si procede nei confronti di persone imputate del delitto di cui all'articolo 416-bis del codice penale, il pubblico ministero ne dà senza ritardo comunicazione al procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto ove dimora la persona, per il promovimento, qualora non sia già in corso, del procedimento per la applicazione di una misura di prevenzione ai sensi della legge 31 maggio 1965, n. 575.

2. Successivamente il giudice penale trasmette a quello che procede per l'applicazione della misura di prevenzione gli atti rilevanti ai fini del procedimento, salvo che ritenga necessario mantenerli segreti».

³² Così G. SILVESTRI, *La trasmigrazione e l'utilizzazione degli atti*, in AA.VV., *Misure di prevenzione*, a cura di S. Furfaro, Torino, 2013, 220-221, e S. FURFARO, *Rapporti tra processo penale e procedimento di prevenzione*, cit., 6.

³³ In generale, sul punto, oltre agli Autori già menzionati e senza pretesa di completezza, A. MONTAGNA, *Inutilizzabilità delle intercettazioni e procedimento di prevenzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 6, 679; C. CARINI, *Giudizio di prevenzione e intercettazioni "illegali": sui rapporti tra prevenzione e cognizione*, in *Giur. it.*, 2008, 2, 444; D. ROCCHI, *Nota sull'autonomia del giudizio di prevenzione rispetto a quello di cognizione*, in *Giur. it.*, 2006, 7, 1483; L. MARAFIOTI, *Sinergie fra procedimento penale e procedimento di prevenzione*, in *Dir. pen. cont.*, 22 aprile 2014, 1 ss.; F. MENDITTO, *Presente e futuro delle misure di prevenzione (personali e patrimoniali): da misure di polizia a prevenzione della criminalità da profitto*, in *Dir. pen. cont.*, 23 maggio 2016, 41 ss.; S. BELTRANI, *Intercettazioni inutilizzabili e procedimento di prevenzione: un rapporto controverso*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1, 90; L. FILIPPI, voce *Procedimento di prevenzione*, in *Dig. Pen.*, Agg. I, Milano, 2014, §§ 26 ss., in partic. § 31; G. FRANCOLINI, *La prova nel procedimento di prevenzione: identità, alterità o somiglianza con il processo penale?*, in *Sist. pen.*, 2020, 10, 5 ss.

In giurisprudenza, sul principio di autonomia, si vedano *ex multis*: Cass. pen., sez. I, 21 gennaio 1991, Piomalli, in *Giur. it.*, 1992, II, 299; Cass. pen., sez. IV, 10 settembre 1992, in *Cass. pen.*, 1994, 396; Cass. pen., sez. VI, 3 novembre 2005, n. 39953, Nicastro, in *Giur. it.*, 2006, 7, 1482; Cass. pen., sez. I, 20 luglio 2007, n. 29688, Muscolino, in *Giur. it.*, 2008, 2, 444; Cass. pen., sez. VI, 10 gennaio 2008, n. 1161, Cicino, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1, 90; Cass. pen., sez. II, 26 giugno 2008, n. 25919, Rosaniti, in *CED*, 240629; Cass. pen., sez. I, 23 dicembre 2008, n. 47764, in *CED*, 242507; Cass. pen., Sez. un., 9 aprile 2010, n. 13426, Cagnazzo, in *CED*, 246271; Cass. pen., sez. VI, 30 gennaio 2013, n. 4668, in *CED*, 254417; Cass. pen., sez. II, 19 giugno 2013, n. 26774, Chianese, in *CED*, 254417; Cass. pen., sez. V, 15 dicembre 2014, n. 52095, in *CED*, 2014; Cass. pen., sez. V, 18 gennaio 2016, n. 1831, in *CED*, 265862; Cass. pen., sez. I, 1 luglio 2016, n. 27147, in *CED*, 267058; Cass. pen., sez. II, 15 marzo 2018, n. 11846, in *CED*, 272496; Cass. pen., sez. VI, 24 settembre 2018, n. 40913.

alla verifica dei requisiti di applicabilità delle misure di prevenzione senza che l'accertamento – già operato, in corso o non ancora iniziato nel processo penale – della commissione di un reato da parte del proposto abbia in sede di prevenzione una qualche efficacia preclusiva, imponendo determinati esiti in punto di valutazione della pericolosità. Eppure, nell'applicazione fattane dalla prassi, la convergenza delle due previsioni menzionate – in uno con la scarna disciplina in punto di procedimento probatorio nel rito di prevenzione³⁴ – sembra aver condotto al confezionamento strumentale di una sorta di *cliché* che, nel tentativo di ampliare nella sua massima portata la conoscenza a disposizione del giudice della prevenzione, ha piegato il concetto di autonomia *de quo* modellandone l'estensione sulle esigenze probatorie specifiche del caso concreto³⁵. In altre parole, l'autonomia degli accertamenti è stata letta in termini di illimitata trasmissibilità e fruibilità, per il giudizio di pericolosità del prevenuto, di qualsiasi apporto *lato sensu* probatorio preconfezionato nel rito criminale, in virtù di una libertà di apprezzamento del giudice *ad quem* che, proprio in quanto svincolato dalle vicende procedimentali (oltreché dagli esiti decisori) penali, avrebbe finanche la capacità di travalicare i vizi d'origine degli elementi importati. A fronte di un simile sfrangiamento del concetto di autonomia e di un fondamento normativo alquanto scarno, una accorta esegesi necessita di rinvenire appigli nei paradigmi ordinamentali di riferimento, da cui estrapolare la rete di principi guida per la composizione della spinosa tematica³⁶.

³⁴ In particolare, occorre rammentare che l'art. 7, comma 9, d.lgs. 159/2011 prescrive l'applicazione, in quanto compatibili, delle disposizioni di cui all'art. 666 c.p.p. in tema di procedimento di esecuzione, il cui comma 5 prevede un'istruttoria deformatizzata nella quale il giudice possiede discrezionalità nell'assunzione di elementi conoscitivi, con il solo obbligo di rispettare il contraddittorio. Vale tuttavia la pena sottolineare il fatto che, in forza della legge n. 161/2017, è stato introdotto all'art. 7 cit. un comma 4-*bis* che si premura di disciplinare, in termini apparentemente coerenti con l'art. 190 c.p.p., la fase del procedimento probatorio dedicata all'ammissione delle prove richieste dalle parti: «il tribunale, dopo l'accertamento della regolare costituzione delle parti, *ammette le prove rilevanti, escludendo quelle vietate dalla legge o superflue*».

³⁵ Per queste riflessioni, sia consentito rinviare a G. PECCHIOLI, *Processo penale e procedimento di prevenzione: interferenze probatorie e limiti di utilizzabilità*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 2, 268.

³⁶ Non si può trascurare di menzionare un'ulteriore ipotesi di interazione funzionale tra rito penale, sue risultanze e accertamento condotto, sul diverso tema dell'*an* e del *quantum* dell'evasione fiscale, nel corso del processo tributario. A disciplinare tale fenomeno di interferenza quantomeno storico-fattuale (posto che al medesimo fatto materiale viene assegnata rilevanza ai fini della produzione di conseguenze tanto sul fronte penalistico quanto su quello tributario) non interviene più la c.d. 'pregiudiziale tributaria' (vincolo di giudicato esercitato dal *decisum* delle Commissioni tributarie sul successivo accertamento da condurre in sede penale), ma la previsione di cui all'art. 20 d.lgs. 74/2000 che ha sancito che tanto il procedimento di accertamento quanto il processo tributario non possano essere sospesi a causa della contestuale pendenza di un processo penale avente ad oggetto i medesimi fatti o fatti pregiudiziali da cui possa dipendere la definizione della vicenda tributaria. Invero, la norma menzionata risulta alquanto lacunosa, nulla disponendo né con riferimento all'eventuale possibilità che, in forza dell'art. 654 c.p.p., il giudicato penale proietti in sede tributaria la propria efficacia quantomeno in ordine all'accertamento dei *fatti materiali* rilevanti a fini fiscali, né – per quanto qui più

importa, in ordine alla potenziale esportabilità di risultanze penali al fine di approvvigionare il giudice tributario con conoscenza preformata inerente a profili rilevanti in entrambe le esperienze giudiziali *de quibus*. A quest'ultimo riguardo, in dottrina (D. GUIDI, *I rapporti tra processo penale e processo tributario ad oltre dieci anni di distanza dal d.lgs. n. 74 del 2000*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 11, 1384 ss.) si è notato come la apparentemente stagna compartimentazione, che congiuntamente la disciplina sull'impossibilità di sospensione del rito tributario e quella che condiziona l'esportazione dell'accertamento penale definitivo quanto ai fatti materiali all'insussistenza di limiti di prova nel rito di destinazione vengono a determinare tra vicenda penale e giudizio tributario, potrebbe provocare conseguenze eccessivamente onerose per il sistema in termini di dispersione di risultanze ed evidenze acquisite nel giudizio criminale. L'impossibilità 'bidirezionale' (*i.e.*, dal rito penale a quello tributario e viceversa) di esplicazione di una qualche forma di vincolato da parte del *decisum* definitivo discenderebbe dalla verificata incompatibilità tra i modi accertativi penali, che privilegiano mezzi di prova dichiarativi e l'assunzione in contraddittorio, e le tecniche conoscitive tipicamente tributarie, che assicurano molto meno spazio alla dialettica paritaria, esclud(evano) la possibile spendita della testimonianza quale strumento di acquisizione di conoscenza e consentono all'amministrazione finanziaria di far valere le proprie pretese talora anche sulla scorta di elementi indiziari privi dei requisiti di gravità, precisione e concordanza.

Ad ogni buon conto, non solo la giurisprudenza ammette la spendibilità, seppur non vincolante negli esiti accertativi, in sede tributaria della pronuncia penale, da valutarsi ai sensi dell'art. 116 c.p.c.; ma consente anche l'immissione nel circuito accertativo tributario di elementi probatori formati in sede penale, purché essi passino al vaglio del prudente apprezzamento giudiziale e la decisione che su tali risultanze si fonda dia logicamente conto dell'autonoma rivalutazione critica effettuata. In particolare, si legge in chiave tralattizia, nelle pronunce di un certo filone inaugurato dal giudice di legittimità in funzione di giudice tributario, che le prove assunte in sede penale possono quantomeno costituire fonte legittima di prova presuntiva. E ciò a prescindere dalla eventuale sussistenza di discrepanze strutturali tra i modelli probatori accolti nei due sistemi: il libero convincimento del giudice pare dunque la chiave di volta di un sistema nel quale anche mezzi di prova inconciliabili col modello istruttorio prescelto a monte dal legislatore e che dovrebbe rispecchiare le specificità identitarie di tale tipo processuale (conformemente a quanto statuito da Corte cost. 18/2000, nonché, più di recente, da Corte cost. 11 febbraio 2010, n. 43; Corte cost., 4 dicembre 2009, n. 321; Corte cost., 6 giugno 2008, n. 199; su cui cfr. L. QUERZOLA, *L'efficacia dell'attività processuale*, cit., 104 ss.; nonché, criticamente rispetto agli argomenti spesi dalla Consulta, R. BRIANI, *L'istruzione probatoria*, cit., 209 ss.) divengono compatibili, purché il loro apporto conoscitivo sia dequotato a mera prova presuntiva. Tale sorte viene assicurata, peraltro, a prescindere dalla identità soggettiva di parti tra giudizio penale d'origine dell'elemento e processo tributario di destinazione, non rilevando il criterio dell'opponibilità dell'accertamento intervenuto nel giudizio *a quo* (così, Cass. civ., sez. V, 2 dicembre 2002, n. 17037, in *Fisco*, 2003, 1, 115; Cass. civ., sez. V, 21 febbraio 2007, n. 4054, inedita).

Addirittura, taluni filoni esegetici sembrano non considerare l'affermazione dell'inesistenza di un rapporto di pregiudizialità tra giudicato penale e procedimento tributario (ex art. 20 d.lgs. 74/2000) quale connotato significativo di un'opzione legislativa per la separatezza ed impermeabilità tra i due processi. Anzi, si legge talora in alcune pronunce che «rientra nella sua [del giudice tributario] *discrezionalità* utilizzare (o meno) anche una perizia raccolta in un diverso giudizio fra le *stesse o altre parti* in virtù del *principio dell'unità della giurisdizione* [...] in quanto il giudice di merito, *in mancanza di qualsiasi divieto di legge*, può utilizzare anche prove raccolte in un diverso giudizio fra le stesse o anche altre parti, come qualsiasi altra produzione delle parti stesse, al fine di trame non solo semplici indizi o elementi di convincimento, ma anche di attribuire loro *valore di prova esclusiva*, il che vale anche per una perizia svolta in sede penale o una consulenza tecnica svolta in altre sedi civili, tanto più se essa sia stata predisposta in relazione ad un *giudizio avente ad oggetto una situazione di fatto rilevante in entrambi i processi*» (Cass. civ., sez. V, 6 febbraio 2009, n. 2904, in *Giur. it.*, 2009, 11, 2483, nonché in *Corr. trib.*, 2009, 11, 887) (corsivo nostro). Ebbene, il menzionato indirizzo appare fondare l'approdo da ultimo evocato sulla ritenuta lacunosità del tessuto normativo che non porrebbe alcun divieto espresso alla spendita incondizionata di prove aliene al fine di fondare il convincimento del giudice tributario, nonché sull'interferenza tra i processi determinata dalla sovrapposibilità della situazione fattuale il cui accertamento assume rilevanza a fini decisori in entrambe le vicende giudiziali: da cui desume, addirittura, la possibilità di fondare l'accertamento tributario anche sul solo elemento ivi trasmigrato da altro processo, ancorché non vi sia coincidenza soggettiva tra i protagonisti dell'uno e dell'altro giudizio.

Peraltro, invocando il principio estrapolabile dall'art. 63 del D.P.R. 633/1972 in materia di imposta sul valore aggiunto (ovverosia che la Guardia di finanza è legittimata a compiere tutti gli atti necessari ad acquisire elementi *utili* ai fini della repressione delle violazioni in materia di iva, compresa altresì la trasmissione di tutte le notizie acquisite in seno all'attività svolta in veste di polizia giudiziaria), la menzionata giurisprudenza (Cass. civ., sez. V, 5 aprile 2019, 9593, in *CED*, n. 653649-01) ha sostenuto che «per quanto concerne il materiale probatorio acquisito nel procedimento penale con strumenti tipici di quel procedimento, questa Corte non esclude certo la sua utilizzazione ai fini della prova della maggior pretesa tributaria; si è ritenuto infatti che un atto legittimamente assunto in sede penale – nella specie, sommarie informazioni testimoniali della Guardia di Finanza ed intercettazioni telefoniche – e trasmesso all'amministrazione tributaria entra a far parte, a pieno titolo, del materiale probatorio che il giudice tributario di merito deve valutare, così come previsto dal D.P.R. n. 633 del 1972, art. 63; tale norma, infatti, non contrasta nè con il principio di segretezza delle comunicazioni di cui all'art. 15 Cost., perché le intercettazioni che hanno permesso il reperimento dell'atto sono autorizzate da un giudice, nè con il diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost., perché, se è vero che il difensore non partecipa alla formazione della prova, è anche vero che nel processo tributario l'atto acquisito ha un *minor valore probatorio* rispetto a quello

Quanto poi all'interazione funzionale sul fronte probatorio tra processo penale e giudizi di stampo civilistico, come si notava, l'indagine che mirasse al reperimento, nel tessuto normativo, di univoci basamenti che, *per tabulas*, autorizzino l'osmosi probatoria non avrebbe esito positivo³⁷. È stata, tuttavia, posta in evidenza in letteratura la sussistenza di una serie di previsioni che, pur senza affrontare frontalmente il tema della circolazione probatoria, potrebbero ritenersi indizio della possibilità di attivare una simile strategia accertativa, in quanto sembrerebbero contemplare ipotesi nelle quali, in termini più o meno marcati, si ammette una qualche forma di 'movimentazione' delle conoscenze giudiziali tra un processo e l'altro. Si tratta di ipotesi in cui, tuttavia, la scaturigine del trasferimento non si radica nella pura strategia processuale delle parti che, per adempiere efficacemente ai propri oneri di allegazione e prova, producano in giudizio elementi tratti da differenti vicende processuali, al di là di un predeterminato legame tra le due istruttorie (quella *a quo* e quella *ad quem*). Piuttosto, per evitare che determinate vicende concernenti, genericamente, l'esercizio dell'azione possano tornare a danno delle parti (in termini di risorse spese, tempistiche da rispettare *etc*), il legislatore ha costruito ipotesi nelle quali è possibile *recuperare* gli esiti di un'eventuale istruttoria già compiuta. Più che sancire un apposito procedimento per vagliare le condizioni di simile 'assorbimento' di elementi precostituiti, il *focus* delle varie discipline è posto sul *modo* di utilizzo di tali acquisizioni, o, per meglio dire, sul *valore* da riconoscere loro.

Procedendo ad una rapida panoramica – rinviando a quanto si dirà *infra* per gli opportuni approfondimenti in ordine alle questioni di maggiore e problematico interesse

riconosciutogli nel processo penale» (in termini, Cass. civ., sez. V, 7 febbraio 2013, n. 2916, in *Fisco*, 2013, 8, 1174, nonché in *Giur. it.*, 2013, 10, 2172).

I profili sintetizzati sin qui esplicano un significativo impatto sull'approccio, consequenziale, adottato dalla giurisprudenza tributaria in merito alla fruizione di prove provenienti dal procedimento penale e connotate da vizi genetici secondo la normativa di riferimento nella sede di generazione dell'elemento stesso. Su tale aspetto si tornerà nel Capitolo III.

Sul tema generale tratteggiato sin qui, L. QUERZOLA, *L'efficacia dell'attività processuale*, cit., 53 ss., la quale, prendendo spunto dall'affermazione del principio del c.d. 'doppio binario' tra processo penale e accertamento tributario, evoca l'esistenza di argini che frenerebbero la comunicabilità tra sistemi giudiziari che, viceversa, a detta dell'A. potrebbe desumersi da altri indici ordinamentali; per un diffuso e dettagliato quadro delle questioni implicate dall'osmosi processuale interessante l'ambito tributario, EAD., *ivi*, 103 ss.; L.P. COMOGLIO, *Prove penali, "giusto processo" e poteri di acquisizione del giudice tributario*, cit., *passim*.

³⁷ B. CAVALLONE, *Riflessioni sulla cultura della prova*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2008, 3, 958, icasticamente fotografa la «*nebbia fittissima* in cui si muovono (sono costrette a muoversi) prassi, giurisprudenza e dottrina con riguardo al problema delle "prove atipiche", e in particolare *al sempre più diffuso e imponente fenomeno delle dichiarazioni informative, di terzi o delle parti, raccolte "altrove"* (in altra sede giudiziaria, amministrativa o semplicemente privata), anche al di fuori del contraddittorio tra le parti attuali, e "qui" prodotte in forma cartacea» (corsivo nostro).

–, le disposizioni che la dottrina³⁸ ha individuato quali possibili referenti normativi idonei, in via interpretativa, ad assicurare copertura legale al trapasso interprocessuale di prove sono rappresentati dalle disposizioni che regolano la *traslatio iurisdictionis* (art. 59, comma 5, della legge n. 69 del 2009; art. 11, comma 6, c.p.a.) e da quella che il codice di rito civile dedica alla declinazione degli effetti dell'estinzione del processo (art. 310, comma 3, c.p.c.).

Quanto alla norma concernente l'efficacia di prove raccolte nel processo estinto³⁹, essa dispone che queste ultime sono valutate dal giudice *a norma dell'articolo 116 secondo comma* del codice di rito civile, disposizione che, a propria volta, conia la categoria dei c.d. *argomenti di prova* che consisterebbero nell'esito del procedimento di induzione applicato al contegno processuale delle parti, che la legge autorizza il giudice a considerare a fini valutativi. Come notato in dottrina, il citato art. 310, comma 3, c.p.c., che parrebbe regolare un'ipotesi di rapporto, sul piano istruttorio, tra procedimenti distinti, non pone, nel nuovo giudizio, preclusioni al recupero degli elementi di prova raccolti nel precedente processo estinto; non sembra peraltro porre particolari condizioni all'immissione delle evidenze extra e pre-costituite⁴⁰. Ciò che se

³⁸ Per tutti, L. QUERZOLA, *L'efficacia dell'attività processuale in un diverso giudizio*, Bologna, 2016, 19 ss.; M. C. VANZ, *La circolazione della prova*, cit., 81 ss.; A. GIUSSANI, voce *Prova (circolazione della)* (*dir. proc. civ.*), in *Enc. dir.*, Annali, II-1, Milano, 2008, 946.

³⁹ Che sulla scorta di tale norma possa pervenirsi alla legittimazione dell'impiego di prove formate *extra moenia* è tesi che è stata sostenuta da autorevoli studiosi: come riporta M.C. VANZ, *La circolazione della prova*, cit., 81, nt. 122, si tratta della posizione avallata da Autori del calibro di Montesano e Tarzia, cui si è parzialmente dichiarato concorde altresì Cavallone; così anche A. GIUSSANI, voce *Prova (circolazione della)* (*dir. proc. civ.*), in *Enc. dir.*, Annali, II-1, Milano, 2008, 946 ss. *Contra*, G.F. RICCI, *Prove penali e processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, 864 ss.; nonché, in termini meno espliciti ma altrettanto chiari a fronte della sistematica del diritto delle prove tratteggiata dall'A., A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 439.

Per l'applicabilità dell'art. 310 c.p.c. anche nel contesto del processo amministrativo e, dunque, per la sua considerazione quale titolo legittimante il meccanismo di osmosi probatoria in tale contesto giurisdizionale, cfr. G. D'ANGELO, *Le prove atipiche nel processo amministrativo*, Napoli, 2008, 70 ss.

⁴⁰ Così, M.C. VANZ, *La circolazione della prova*, cit., 82. Sono molteplici le ricostruzioni del disposto normativo *de quo* sponsorizzate in dottrina. Come riporta L. QUERZOLA, *L'efficacia*, cit., 20, secondo una prima tesi, accolta da Carnelutti e Liebman, «la prova raccolta nel processo estinto sarebbe sottoposta, nel nuovo processo, al libero apprezzamento del giudice, esclusa ogni efficacia di prova legale che, eventualmente, potesse esserle propria nel giudizio originario»; una seconda posizione, sostenuta da Satta, Luiso e Monteleone, «la prova raccolta nel processo estinto entrerebbe nel nuovo processo recando con sé tutte le caratteristiche intrinseche che le sono proprie, ciò valendo anche per le prove legali, che conserverebbero nel nuovo processo la loro ultrattività»; per Ricci, invece, «il giudice del nuovo processo non sarebbe vincolato dalle prove raccolte nel processo estinto e potrebbe assumerle *ex novo* per proprio conto»; infine, secondo l'impostazione accolta da Saletti, «tutti gli elementi istruttori del processo estinto avrebbero un'efficacia diminuita nel nuovo giudizio, senza distinzioni fra i diversi mezzi di prova». Ciò che preme rilevare, all'esito della sintesi delle principali teorie sulle prove del processo estinto qui riportata, è il dato di piana evidenza che il punto focale di ognuna delle tesi, a prescindere dalla condivisibilità o meno dell'approdo esegetico raggiunto, è costituito in modo esclusivo dal *peso probatorio* che gli elementi istruttori *de quibus* sarebbero in grado di esercitare sul convincimento del giudice *ad quem*. L'accento non viene, invece, posto sul profilo dell'ammissibilità, complice anche il fatto che la apposita previsione normativa sembrerebbe legittimare di per sé il fenomeno migratorio (il che si dedurrebbe anche dall'uso del presente indicativo: «le prove raccolte sono valutate dal giudice»), nel momento in cui si preoccupa

ne può dedurre, quindi, è un sostanziale favore legislativo per un fenomeno che comporti la spendita di un determinato compendio istruttorio dinanzi ad un organo giudicante che non ha preso parte alla sua formazione⁴¹. Quel che occorre indagare, invece, è se sia possibile, innanzitutto, interpretare una simile previsione quale generale canale legittimante della spendita *extra moenia* di materiale probatorio e se, in secondo luogo, siano ricavabili dall'impianto sistematico di riferimento vincoli e condizioni che limitino l'operatività di vie di comunicazione interprocessuali aventi ad oggetto prove.

Sintetizzando i migliori approdi esegetici cui gli studi in materia sono pervenuti, si può dire che, a fronte dell'ipotizzabile barriera preclusiva tra separate esperienze giudiziali rappresentata dalla diversità di oggetto e/o dalla diversità di parti – elementi non 'strutturali' della vicenda della successiva riedizione del giudizio estinto⁴² –, da un lato, una tesi ha negato la possibilità di rinvenire la base legale della strategia recuperatoria di prove *ab externo* nelle pieghe dell'art. 310, comma 3, c.p.c. sulla scorta: *i)* del rilievo della eccezionalità di tale previsione, in virtù della sua *ratio* rappresentata dal fine di assicurare economia processuale mediante la non dispersione di attività processuale già svolta in precedenza, che non ne consentirebbe l'applicazione analogica (art. 14 prel.); *ii)* della valorizzazione dell'inscindibile legame strutturale, che

solo di stabilire – seppur in chiave poco perspicua – il modo d'uso di tali elementi probatori di origine aliena.

⁴¹ La dottrina che, prendendo le mosse dal disposto del terzo comma dell'art. 310 c.p.c., ha maggiormente concentrato i propri sforzi esegetici nell'indagare la desumibilità, dal sistema, di regole preclusive di ordine generale, che manifestassero la contrarietà del legislatore processualciviltistico a trapianti probatori di sorta e, dunque, l'eccezionalità dell'ipotesi normata per il caso del processo estinto, ha innanzitutto notato come l'atteggiarsi di taluni, eterogenei, istituti (l'interrogatorio libero delle parti; la scissione tra istruttore e collegio; le prove delegate ex art. 203 c.p.c.; la riassunzione del processo *etc*) palesi il minor rigore con cui il substrato normativo pretenda inderogabilmente l'immediatezza del rapporto tra giudice e prova. Se così è, la circostanza che, nella dinamica della 'riedizione' di una vicenda processuale precedentemente estinta, si determini un mutamento della persona del giudice chiamato a valutare l'efficacia accertativa delle prove non pare costituire ipotesi eccezionale: dunque, sotto simile profilo non sarebbe opportuno postulare l'affievolimento (*rectius*: la frattura) del vincolo immediato che lega giudice e prova come «condizione fatalmente preclusiva» che escluda la legittimazione della circolazione probatoria quale congegno generale di approvvigionamento di conoscenze giudiziali. Così, M.C. VANZ, *La circolazione della prova*, cit., 96 ss.

⁴² B. CAVALLONE, *Vicinanze pericolose: prove atipiche, prova indiziaria, argomenti di prova*, in AA.VV., *Il ragionamento presuntivo. Presupposti, struttura, sindacabilità*, a cura di S. Patti-R. Poli, Torino, 2022, 75, si confronta con l'argomento per cui le prove raccolte nel processo estinto, proprio in quanto recuperate in una vicenda processuale connotata da identità di parti e di oggetto, rappresenterebbero «la *species* più pregiata delle prove "raccolte altrove"» e, purtuttavia, subirebbero un palese «declassamento» secondo l'intenzione del legislatore storico. Tuttavia – a detta dell'Autore – simile *deminutio* di fonte legale dovrebbe meritare una revisione, sia in forza dell'evoluzione del modello processuale declinato dal codice di rito civile, sempre meno orientato in ottica di oralità e sempre più cartolarizzato (basti pensare, solo per citare un esempio eclatante, alla messa a regime della c.d. udienza a trattazione scritta sperimentata in via emergenziale in tempo di pandemia da Covid-19: cfr. art. 127-ter c.p.c. di nuovo conio con d.lgs. 149/2022), sia – e questo ci sembra l'argomento dogmaticamente più convincente – alla luce della sostanziale differenza tra ciò cui la *lex probatoria* civile assegna in genere il valore di argomento di prova (*i.e.* comportamenti processuali delle parti non necessitanti di prova in quanto avvenuti innanzi al giudice) e la prova assunta nel processo estinto. Sul punto si tornerà *amplius* nei prossimi paragrafi.

la norma stessa attesterebbe, tra oggetto della domanda nel processo estinto e gli atti di tale procedura che il legislatore consente di recuperare, dall'elenco dei quali si ricaverebbe la necessità di preservare l'identità non solo tematica bensì anche soggettiva tra le due vicende processuali⁴³.

D'altro canto, una differente dottrina ha ritenuto che nell'art. 310, comma 3, c.p.c. potesse comunque reperirsi un indice normativo a sostegno della circolazione probatoria, argomentando tale conclusione sulla scorta di una evoluta e moderna rilettura del concetto di 'argomento di prova' non più invischiato nelle pastoie della diffusa concezione della loro efficacia dequotata, tradizionalmente accettata dalla prevalente letteratura⁴⁴. Il tema chiama in causa riflessioni di estremo interesse e particolare complessità, su cui torneremo più avanti.

Come si diceva, un differente appiglio su cui sostenere la legittimità dell'immissione in giudizi non penali di prove extracostituite viene talora reperito in quelle disposizioni – l'una germinazione dell'altra – che si occupano della disciplina della *translatio iurisdictionis* e delle sue conseguenze con riferimento alla preservazione dell'attività istruttoria eventualmente già svolta dinanzi al giudice carente di giurisdizione. In particolare, al di là della riflessione di carattere generale per la quale un congegno processuale di tal sorta ha senz'altro evidenziato la naturale permeabilità tra processi e rami giurisdizionali diversi, il quinto comma dell'art. 59 della l. n. 69/2009 (così come il sesto comma dell'art. 11 c.p.a.) la possibilità per il giudice del processo riassunto di valutare *come argomenti di prova* gli elementi acquisiti dal giudice precedentemente

⁴³ M.A. ZUMPARO, *Rapporti tra processo civile e processo penale*, Torino, 2000, 396 ss., la quale – all'opposto della prospettazione dottrinale di cui ci stiamo occupando – non ritiene sia possibile assegnare all'art. 310, comma 3, c.p.c. alcun ruolo di referente normativo privilegiato da cui desumere argomenti a favore della legittimità ordinamentale del fenomeno della circolazione probatoria, proprio a cagione delle componenti strutturali della fattispecie disciplinata dal citato articolo, ed in specie la necessità del requisito dell'identità oggettiva tra processo estinto e successivo giudizio in cui riutilizzare le prove formate nel primo.

Afferma il carattere eccezionale dell'art. 310, comma 3, c.p.c. anche A. CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 1, 27 ss., in partic. § 10.

⁴⁴ M.C. VANZ, *La circolazione della prova*, cit., 158 ss., in partic. 164 e, poi, con riferimento alla circolazione delle prove legali, 192. Per le ragioni al lume delle quali tale A. reputa non condivisibile la contrapposta teoria e perviene a smentire l'asserita necessità ex art. 310 c.p.c. di identità oggettiva tra processo estinto e nuovo processo al fine della spendita delle prove raccolte nel primo, cfr. p. 198 ss. In termini, A. GIUSSANI, voce *Prova (circolazione della)* (*dir. proc. civ.*), in *Enc. dir.*, Annali, II-1, Milano, 2008, 947-948.

Non riteniamo condivisibile il percorso argomentativo seguito, per contro, da L. QUERZOLA, *L'efficacia*, cit., 21 ss., la quale, dalla circostanza per cui il legislatore non avrebbe limitato espressamente, nell'art. 310 c.p.c., l'ambito di spendibilità delle prove ivi contemplate alla successiva vicenda giudiziale, instaurata tra le stesse parti ed avente il medesimo *thema decidendum*, desume *sic et simpliciter* l'asserzione della esportabilità della prova in un futuro giudizio anche tra parti diverse e con oggetto non coincidente, purché si consenta la piena esplicazione del libero convincimento giudiziale sugli elementi trasmigrati.

adito e privo del potere di *iuris dicere* sulla pretesa azionata.

Si tratta di formulazione che, come notato in letteratura, riecheggia quella del menzionato art. 310, comma 3, c.p.c., quantunque non si possa ritenere del tutto accurato l'accostamento tra la vicenda dell'*estinzione* e quella della *translatio* che postula, più esattamente, un giudizio che *prosegue*⁴⁵, seppur con la precisazione che, se l'oggetto della controversia non muta nella migrazione, ciononostante le differenti componenti strutturali tipiche di ciascun plesso giurisdizionale comunque richiedono approcci diversi nel confezionamento della domanda⁴⁶. Se certo tale previsione non si esprime in alcun modo in favore di una generale ammissione del meccanismo circolatorio quale strategia di approvvigionamento *ab externo* di materiale istruttorio preconfezionato, essa può tuttavia offrire all'interprete qualche suggerimento in merito allorché si consideri proprio la circostanza che la *translatio iurisdictionis* implica il trapasso di prove tra plessi giurisdizionali strutturalmente diversi. Implicito riconoscimento di una possibile compatibilità tra sistemi processuali in parte non sovrapponibili quanto al profilo della *lex probatoria*, che consentirebbe pertanto di postulare l'espianto e susseguente trapianto di un elemento istruttorio di genesi aliena senza che l'eterogeneità dell'istruttoria possa rappresentare un insormontabile ostacolo⁴⁷.

D'altronde, il prestito di prove possiede connotati non del tutto sussumibili nella fattispecie qui esaminata, che si caratterizza: *i)* per la sicura identità soggettiva (che

⁴⁵ L. QUERZOLA, *L'efficacia*, cit., 24

⁴⁶ M.C. VANZ, *Il funambolico confine tra giurisdizioni: piccole note sull'art. 59 L. n. 69 del 2009*, in *Lav. Giur.*, 2010, 1, 11 ss., la quale distingue tra ipotesi nelle quali, a causa delle spiccate differenze tra la formulazione originaria della domanda e la struttura che la stessa dovrà avere nel nuovo alveo giurisdizionale, potrebbe essere più corretto discorrere di riassunzione del processo all'esito del superamento dei confini giurisdizionali e casi nei quali la maggior armonia tra rito di genesi e rito di destinazione giustificerebbe una qualificazione in termini di prosecuzione e *translatio iudicii*, con mantenimento della litispendenza e dunque unicità di vicenda giudiziale. Rileva un vero cortocircuito nella scelta lessicale del legislatore (il quale ai commi 2 e 5 dell'art. 59 cit. si esprime in termini di riproposizione della domanda e, viceversa, ai commi 3 e 4 richiama l'istituto della riassunzione del processo), da cui sorgerebbero inevitabili problemi di sistemazione, A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 246. L. QUERZOLA, *L'efficacia*, cit., 24 ss., dà conto, in chiave critica, di una particolare posizione assunta in dottrina nella sistematizzazione del congegno traslativo in esame, declinato in termini di circolazione dell'azione fra ambiti giurisdizionali diversi (il che risolverebbe la disputa sulla necessità di semplice riassunzione o di riproposizione della domanda): in particolare, per quanto qui d'interesse, l'A. argomenta con una serie di esempi tratti dalla sistematica codicistica la non persuasività della suddetta tesi, secondo la quale la giurisdizione sarebbe condizione di validità e legittimità dell'assunzione dei mezzi istruttori e, pertanto, se non vi fosse una norma a consentirne la trasposizione innanzi al giudice dotato di giurisdizione, a tale materiale non andrebbe proprio tributato alcun tipo di valenza conoscitiva pur che sia.

⁴⁷ Il che non significa postulare la non significatività delle disomogeneità tra le discipline istruttorie applicabili nella sede d'origine e in quella di approdo della prova prestata, ma soltanto ipotizzare che tale eterogeneità non possa essere evocata quale impedimento *assoluto* alla circolazione probatoria tra giudizi di natura diversa. Si consideri, a questo riguardo, quanto più avanti nel testo si dirà in proposito dell'art. 427 c.p.c.

invece non è detto che ricorra in ipotesi di circolazione probatoria); *ii*) per la coincidenza della vicenda processuale, che – semplificando – è pur sempre *la medesima*, seppur trapiantata in diverso alveo giurisdizionale. A voler trovare un parallelo, più che una similarità con il meccanismo tratteggiato dall'art. 310, comma 5, c.p.c. (evocabile solo per la suggestione inerente alla menzione del concetto di argomento di prova), un plausibile paragone potrebbe essere istituito con altro congegno processuale cui abbiamo fatto cenno, che si pone al confine tra ramo giurisdizionale penale e ramo giurisdizionale civile. Ci si riferisce all'art. 573, comma 1-*bis*, c.p.p., che prevede un rinvio *prosecutorio* che la corte d'appello o la cassazione penali dispongono verso il giudice civile competente nel medesimo grado allorché in un processo cumulativo, a fronte della mera impugnazione dei capi civili della sentenza di prime cure, l'autorità giudiziaria penale debba spogliarsi del *thema decidendum* residuo ed investa così il corrispettivo giudice civile, chiamato a pronunciarsi sulla domanda di risarcimento del danno da reato avanzata *ab origine* in sede penale: il trasferimento – che mantiene immutate parti ed oggetto del giudizio – concernerà anche il compendio probatorio^{48 49}.

Un ulteriore dato positivo che, nel tessuto della disciplina processualcivile, potrebbe spiegare qualche significato ai fini del rinvenimento di una base di legittimità

⁴⁸ Lo stesso è a dirsi con riferimento all'art. 578, comma 1-*bis*, c.p.p. Ad ogni buon conto, sulle non trascurabili differenze strutturali tra le due ipotesi di nuovo conio, v. *infra*, § 8.f.

⁴⁹ Per completezza, pare opportuno segnalare come un ulteriore indice di legittimità di meccanismi traslativi di prove – quantunque sempre, all'apparenza, relativi a vicende giudiziali che potrebbero considerarsi 'unitarie' – sia stato recentemente introdotto dal legislatore della riforma Cartabia che, in ossequio ai criteri di delega previsti dall'art. 1, comma 4, lett. *t*), n. 3), l. 206/2021, ha interpolato nel d.lgs. 132/2014 gli artt. 4-*bis* e 4-*ter*, che si occupano di acquisizioni probatorie nell'ambito della procedura di negoziazione assistita. La prima delle due norme regola l'assunzione stragiudiziale di dichiarazioni da terzi informati su fatti rilevanti in ordine all'oggetto della controversia (con una modalità che in parte ricorda quella disciplinata dall'art. 391-*ter* c.p.p.) e ne sancisce poi la spendibilità «nel giudizio tra le parti della convenzione di negoziazione assistita»: il giudice ne valuterà l'apporto informativo ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.c. e potrà sempre disporre l'audizione innanzi al sé del dichiarante come testimone. Il legislatore, così, si mostra favorevole alla immissione innanzi ad un giudice che non ha partecipato alla sua formazione di un elemento che, per quanto non possa dirsi 'prova' a tutti gli effetti (non essendo di genesi giudiziale, ma stragiudiziale), viene disciplinata in dettaglio nelle modalità di assunzione, proprio come se fosse assunta in sede processuale; in secondo luogo, si tratta di vicenda connotata da identità di parti (individuate *per relationem* come quelle che hanno stipulato la convenzione di negoziazione assistita), ma non è, invero, esplicitato che il giudizio nel quale si intenda spendere le dichiarazioni precostituite abbia ad oggetto la medesima controversia da cui era scaturito il procedimento di negoziazione assistita (sebbene la necessità della rilevanza della prova quale requisito di ammissibilità imponga che nella pratica, almeno in via di fatto, un legame, quantunque minimo, tra le due situazioni debba sussistere). Rilevante ai nostri fini anche la previsione, non contemplata nella disposizione di cui all'art. 310, comma 3, c.p.c. (per quanto una certa dottrina fosse pervenuta all'affermazione di tale conclusione in via esegetica: G.F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., 349), della possibilità per il giudice *ad quem* di rinnovare l'assunzione della testimonianza, per (ri)stabilire il nesso di immediatezza indispensabile per apprezzare appieno l'affidabilità euristica della dichiarazione. Da ultimo, sul valore da attribuirsi ai *relata* dei terzi informati sui fatti, la norma richiama indirettamente (menzionando l'art. 116, comma 2, c.p.c.) la controversa categoria degli argomenti di prova (su cui si rinvia a quanto già esposto *supra*, nonché agli approfondimenti che si condurranno *infra*).

al fenomeno della trasmigrazione altrove di materiale istruttorio è, a nostro avviso, contenuto nel secondo comma dell'art. 427 c.p.c., che regola la sorte delle prove raccolte nel processo del lavoro allorché il giudice disponga il passaggio al rito ordinario, avvedutosi dell'errore nell'instaurazione del processo innanzi a sé. Tale disposizione, nel momento in cui contempla l'ipotesi della riassunzione della causa – previa regolarizzazione delle forme con cui essa è stata promossa – innanzi al giudice ordinario che di essa possa aver cognizione, prescrive che «in tal caso le prove acquisite durante lo stato di rito speciale avranno l'efficacia consentita dalle norme ordinarie». Se anche questa previsione nulla ci dice in ordine alla eventuale necessità di un preventivo vaglio di ammissibilità di tali elementi, tuttavia delinea una situazione nella quale si determina, per espressa opzione legislativa, una spendita di prove pre-formate innanzi ad un giudice diverso da quello che, in definitiva, ne fruirà per la decisione⁵⁰. Dalla menzionata norma, inoltre, sembra di ricavare l'impressione che non sia possibile trascurare l'emersione di esigenze, normativamente contemplate, di differenziazione *ex ante* del regime probatorio denotativo di ciascun elemento trasferito⁵¹. I connotati identitari di ciascun rito, in specie sotto il profilo probatorio, rappresentano, in certi casi, la manifestazione 'fenotipica' di connotati genetici di un dato schema processuale, conformato dal legislatore secondo precise cadenze per tener conto, *inter alia*, dei beni giuridici a tutela dei quali ogni modello processuale viene strutturato. Il che, talora, potrebbe richiedere che il plesso di risultati istruttori raccolti in una sede non possa integralmente riversarsi, in maniera indiscriminata, in altro giudizio di natura diversa e proteso alla tutela di oggettività giuridiche differenti, dovendosi procedere a ineludibili depurazioni *ex ante* che, per quanto percepite come 'dolorose' per l'apparente perdita di spunti accertativi asseritamente rilevanti, hanno il pregio di preservare l'identità dei riti comunicanti, oltreché di mantenere viva la tutela di istanze processuali che altrimenti potrebbero essere lese.

Da ultimo, un cenno s'impone ad un istituto che, come cercheremo di chiarire meglio

⁵⁰ A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, VI ed., Napoli, 2014, 791-792, sottolinea come, in ipotesi di errore sulla scelta del rito, gli atti processuali compiuti – tra cui anche l'assunzione di prove – nelle forme del rito instaurato e poi rivelatosi errato non sono nulli, il che significa che non vi è necessità di una loro rinnovazione; tuttavia, stante la non irrilevanza dell'errore nell'individuazione del rito da seguire in dipendenza delle non marginali differenze esistenti tra rito ordinario e rito speciale del lavoro (in specie sul fronte delle preclusioni e delle prove), non si può trascurare tutta una serie di indispensabili integrazioni di grossa rilevanza pratica per la conformazione dell'attività già espletata alle caratteristiche strutturali del rito corretto.

⁵¹ M.C. VANZ, *Il funambolico confine*, cit., 13.

in seguito, potrebbe offrire soluzione a tutta una serie di spinose difficoltà nella individuazione della sorte da tributarsi alle prove penali che vogliano immettersi in processi di natura civile. Il riferimento va alle norme in materia di procedimento di istruzione preventiva (art. 692 ss. c.p.c.). Tale complesso disciplinare si occupa di quella peculiare forma di procedimento cautelare avente ad oggetto proprio l'assunzione di mezzi di prova, allorché ricorrano motivi di urgenza, tipizzati *ex lege*, che inducano a ritenere di non poter attendere l'instaurazione e lo svolgersi del giudizio di merito in quanto si teme, fondatamente, che gli elementi rilevanti si disperderanno e non sarà più possibile acquisirli in corso di causa⁵².

Orbene, per quanto qui importa, e senza alcuna pretesa di esaustività, la norma che più assume significato è quella di cui all'art. 698, commi 2 e 3, c.p.c. Sul piano strutturale, l'esito dell'istruzione preventiva è rappresentato da verbali di prove assunte innanzi ad un giudice, dunque dalla documentazione di attività ad oggetto probatorio. Tali atti sono poi spendibili innanzi al giudice del merito, in una sede giudiziale che, per certi versi, può esser ritenuta *diversa*, in quanto – salvo il caso di istruzione preventiva in corso di causa o durante le fasi di sospensione o interruzione del processo (art. 699 c.p.c.) – l'istanza e successiva assunzione probatoria 'a futura memoria' potrebbero avvenire dinanzi ad un giudice persona fisica non coincidente con colui che poi sarà investito del merito. Ciò, se sul piano del *thema probandum* e *decidendum* non comporta scompensi per la potenziale successiva fruizione della prova urgente, potrebbe avere un impatto, tuttavia, sull'esigenza di oralità, immediatezza e contraddittorio che conformano il rapporto triadico giudice-parti-prove⁵³. In particolar modo, con specifico riguardo all'assunzione anticipata di testimonianze, lo sfasamento tra il momento della assunzione e quello dell'instaurazione e svolgimento del successivo giudizio di merito comporterebbe che il giudice che, da ultimo, provvederà a valutare la prova a fini

⁵² Sono molti i tratti di similarità che congiungono la disciplina del procedimento di istruzione preventiva ex art. 692 ss. c.p.c. a quella dell'incidente probatorio di cui all'art. 392 ss. c.p.p.

Sul tema della raccolta 'anticipata' della prova nei processi civili, diffusamente C. BESSO, *La prova prima del processo*, Torino, 2004, *passim*, ed in particolare 4 ss., cui si rinvia anche per i cospicui riferimenti bibliografici; nonché L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 201 ss.

⁵³ Seppur non esplicitati in Costituzione, come abbiamo sostenuto nel precedente Capitolo a nostro avviso i menzionati canoni processuali, che spiegano pregnante rilievo con riferimento alla fase istruttoria al fine della miglior formazione del convincimento giudiziale e del perseguimento del miglior accertamento dei fatti, devono ritenersi valorizzati dall'ordinamento nel suo complesso anche con riguardo ai giudizi di natura non penale, seppur con modulazioni ed intensità differenziate. Per una decisa affermazione in questo senso, con precipuo riferimento alle potenziali criticità operative dell'interscambio di prove in sede civile, M.C. VANZ, *La circolazione della prova nei processi civili*, cit., 88 ss., cui si rinvia anche per la ricchissima rassegna bibliografica sul punto.

decisori venga a conoscenza dei *relata* della persona informata solo tramite la lettura dei protocolli.

Emergono in modo limpido i tratti di similarità tra l'istituto in esame ed il marchingegno circolatorio di nostro precipuo interesse: anche con il primo si mira ad immettere nel patrimonio conoscitivo sulla cui base verrà poi definita la controversia elementi a genesi giurisdizionale, preformati rispetto alla fase istruttoria del giudizio di merito⁵⁴. In simile situazione, il codice di rito civile si premura di stabilire uno specifico *iter* procedimentale tramite il quale possa realizzarsi l'eventuale immissione di tali 'prove anticipate' nel compendio istruttorio. Non soltanto si prevede che la previa assunzione d'urgenza dei mezzi istruttori *de quo* non espliciti alcuna efficacia preclusiva-vincolante sul successivo vaglio di ammissibilità e rilevanza della richiesta di prova, che dovrà essere avanzata dalla parte interessata nel corso del giudizio di merito. Ma si dispone anche che, qualora la rinnovazione del mezzo istruttorio sia possibile, la circostanza della preventiva assunzione d'urgenza non si ponga quale impedimento a tale attività processuale⁵⁵. Due ci sembrano, poi, gli aspetti da rimarcare sin d'ora con particolare enfasi. Innanzitutto, come notato in letteratura⁵⁶, si tratta dell'unica ipotesi contemplata dal codice di rito civile nella quale si prescrive un preventivo vaglio sull'ammissibilità/rilevanza di 'documenti'⁵⁷. È, difatti, affermazione tratteggiata nella dottrina e giurisprudenza processualcivilistiche quella per cui, tenuto conto del substrato normativo, le prove precostituite, ed in specie i documenti, non richiedono alcuna indagine valutativa di ammissibilità al momento della loro

⁵⁴ Una precisazione si impone. Chiamando in causa il procedimento di assunzione di prove a futura memoria non vogliamo sostenere che tale ipotesi costituisca un vero e proprio caso di circolazione probatoria. Riteniamo pertanto condivisibile quanto asserito in generale da A. CASTAGNOLA, *L'accertamento dei fatti fuori dal giudizio*, in AA.VV., *Lo statuto del giudice e l'accertamento dei fatti*, Atti del XXXII Convegno Nazionale (Messina, 27-28 settembre 2019), Bologna, 2020, 10 ss.; tuttavia, siamo convinti che occorra una maggior cautela esegetica di quella palesata dal citato Autore, allorché ricava la natura non estranea al giudizio di merito della prova formata in sede di istruzione preventiva in ragione di un nesso funzionale, che Castagnola ricava dalla circostanza che il procedimento dev'essere instaurato innanzi all'ufficio giudiziario competente per il merito, e che, però, è in verità valutato *ex post* al momento del vaglio di ammissibilità e rilevanza rispetto alla pretesa sostanziale fatta valere successivamente. È evidente, tuttavia, che anche nelle ipotesi di prova *ab externo* ricorre un nesso tra quest'ultima e *thema probandum* che si connota in termini di funzionalità accertativa dell'elemento importato (posto che, altrimenti, nessuna delle parti ne pretenderebbe l'immissione nel giudizio *ad quem*).

⁵⁵ Critica sulla menzionata possibilità di rinnovazione, in quanto controproducente rispetto al fine dell'economia processuale, C. BESSO, *La prova prima del processo*, cit., 291. A nostro avviso sono, per contro, meritevoli di tutela le esigenze processuali tutelate dal legislatore con siffatta previsione.

⁵⁶ C. BESSO, *La prova prima del processo*, cit., 290 ss.; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 627.

⁵⁷ Le virgolette sono d'obbligo: per le ragioni che illustreremo in seguito, non si tratta, tecnicamente, di documenti in senso proprio.

produzione in giudizio, posto che le stesse, formatesi prima e fuori dal giudizio, non richiedono alcuna fase di assunzione⁵⁸. In secondo luogo, appare di sostanziale rilievo la categorica prescrizione di un assoluto divieto per il giudice del merito di prendere anche solo in via indiretta cognizione del contenuto informativo dei verbali delle prove

⁵⁸ In giurisprudenza, *ex plurimis*, Cass. civ., sez. I, 10 agosto 2023, n. 24424, inedita; Cass. civ., sez. L., 12 novembre 2021, n. 33809, in *CED*, n. 662774-02 («Le prove precostituite, quali i documenti, entrano nel giudizio attraverso la produzione e nella decisione in virtù di un'operazione di semplice logica giuridica, essendo tali attività contestabili solo se svolte in contrasto con le regole, rispettivamente, processuali o di giudizio, che vi presiedono, senza che abbia rilievo una valutazione in termini di utilizzabilità, categoria propria del rito penale ed ignota al processo civile»); Cass. civ., sez. II, 25 marzo 2013, n. 7466, in *CED*, n. 625638; Cass. civ., sez. I, 18 maggio 2012, n. 7916, in *CED*, n.622552. In dottrina, V. DENTI, voce *Prova documentale (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 720; F. FERRARI, *La sanzione dell'inutilizzabilità nel codice della privacy e nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 2, §8, riporta in chiave critica la tesi di cui si è detto nel testo; M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, 2009, 154; G.F. RICCI, *Principi di diritto processuale generale*, V ed., Torino, 2012, 365 ss.; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, III ed., Torino, 2010, 182 e, più in dettaglio, 186 ss., il quale osserva come le prove precostituite vanno introdotte come tali in giudizio e, previa eventuale esibizione, acquisite nel processo, richiedendo al più, quando vi siano contestazioni in merito, la sottoposizione a procedure per verificarne la veridicità: «per definizione, le prove di tipo documentale, essendosi formate (prima e) al di fuori del giudizio, non necessitano di alcuna specifica attività di assunzione, poiché normalmente la loro acquisizione avviene automaticamente, uno actu, a mezzo della produzione (a seguito di offerta in comunicazione), con il loro materiale deposito [...]. Poiché, quindi, non si pone alcun problema tecnico, in ordine ad eventuali procedimenti diretti alla costituzione di siffatte prove, per le medesime non ha senso pratico postulare un giudizio preliminare di ammissibilità e di rilevanza: la loro acquisizione, non comportando alcun impiego o dispendio di energie e di attività istruttorie in senso proprio, non solleva alcun interrogativo di economia processuale, né tanto meno coinvolge l'eventuale invocabilità di regole di esclusione, da applicarsi a priori. Di conseguenza sarà l'organo giudicante a dover valutare a posteriori la rilevanza e l'utilizzabilità concreta di quelle prove, nel momento della decisione di merito» (corsivo nostro). Sul fronte della coerenza della posizione prevalente con quello stesso principio di economia processuale che viene invocato a suffragio della fondatezza dogmatica dell'assunto, ci verrebbe da osservare, innanzitutto, come un simile approccio alla immissione in giudizio del sapere tramite mezzi documentali precostituiti si collochi nell'orizzonte delle avversate teorie utilitaristiche benthamiane di cui il *Total Evidence Principle* rappresenta la più recente riemersione (sul punto, cfr. Cap. I, § 1.e.). Il che ci porta alla seconda riflessione, ossia che il «sovraccarico informativo» (B. CAVALLONE, *Le prove nel nuovo millennio*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, 2, 528) che l'adozione di tale *modus operandi* provoca non ha alcun pregio nell'ottica dello snellimento delle pratiche giudiziarie e della celere risoluzione delle controversie che costituisce un obiettivo saliente per il legislatore da sempre (ed ultimamente in modo sempre più pressante, come attestato dalla fiorente stagione di riforme processuali la cui efficacia sul fronte della riduzione dei tempi della giustizia è stata posta come condizione del finanziamento dello Stato italiano con i fondi europei di cui al P.N.R.R.). Piuttosto, si finisce solo col posticipare il momento di asserito 'dispendio' di tempo ed energie processuali, che viene anzi amplificato dalla solitudine nel quale il giudice viene lasciato a confrontarsi, talora, con un'alluvionale massa di carte (seppur digitalizzate con l'uso del PCT, il risparmio si apprezza solo o quasi sul piano spaziale-volumetrico). Il che, per giunta, certo non aumenta – semmai riduce sensibilmente – la capacità della pronuncia di restituire una ricostruzione quanto più rispondente alla 'verità dei fatti', tenuto anche conto dell'inevitabile influenza che la presa di contatto con il documento già versato in atti, seppur al solo fine di valutarne l'eventuale irritalità o abusività della produzione, rischia di esercitare sul convincimento del giudice, che dovrebbe piuttosto restare ignaro del contenuto di quanto non avrebbe potuto/dovuto entrare nel suo orizzonte conoscitivo. Per sostanziali e condivisibili critiche alla vigente prassi in ordine alla non proceduralizzazione dell'immissione in giudizio delle prove documentali, B. CAVALLONE, *Istruzione probatoria e preclusioni*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 4-5, 1042 ss.; ID., *Inutilizzabilità, ai fini della decisione, del documento prodotto da una parte, quando essa non abbia tempestivamente indicato lo scopo della produzione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1, 187 ss., in partic. § 6; ID., *Riflessioni sulla cultura della prova*, cit., 959, stigmatizza l'approccio lassista della giurisprudenza civile che, in materia, ha coniato il principio di irreversibilità delle acquisizioni istruttorie, che viene puntualmente applicato, ad es., a prove orali, raccolte altrove, che «"camuffandosi" da prove documentali» vengono affrancate dai propri limiti di ammissibilità per il solo fatto di essere immesse nel giudizio *ad quem* in forma cartacea; ID., *Forme del procedimento e funzione della prova (ottant'anni dopo Chiovenda)*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 2, 417 ss., *passim*. In senso critico rispetto alla posizione prevalente, in tempi risalenti, cfr. l'autorevole prospettazione di E. ALLORIO, *Efficacia giuridica di prove ammesse ed esperite in contrasto con un divieto di legge?*, in *Giur. it.*, 1960, I, II, 870 ss.; più di recente, nella prospettiva qui d'interesse, M.C. VANZ, *La circolazione della prova*, cit., 56 ss., la quale dà conto, con una rassegna minuziosa, anche di un *revirement* giurisprudenziale che avrebbe portato all'affermazione della tesi di un necessario previo vaglio di ammissibilità anche con riferimento alle prove documentali precostituite (su cui cfr. *loc. ult cit.*, 60, nt. 64).

preventivamente assunte, quando ancora il giudice non si sia espresso sulla ammissibilità del mezzo istruttorio *de quo* (art. 698, comma 3, c.p.c.)⁵⁹. A fronte degli elementi di prossimità tra il fenomeno dell'interscambio istruttorio tra processi diversi e il procedimento di istruzione preventiva, la disciplina da ultimo menzionata, che tratteggia non solo una *exclusionary rule* ma altresì un vero e proprio *iter* procedimentale a presidio della neutralità metodologica del giudice *ad quem*, l'art. 698 c.p.c. sembrerebbe promettere di assurgere, per taluni aspetti, a norma di riferimento nella soluzione dei maggiori dilemmi esegetici in punto di importazione in processi civili di prove penali *ab externo*.

3. LA DIVERSITÀ STRUTTURALE ED OGGETTIVA DEI PROCESSI COME POSSIBILE OSTACOLO ALLA TRASMIGRAZIONE PROBATORIA

L'intento di sciogliere il dilemma della legittimità del fenomeno della circolarità della prova, specie qualora coinvolti nella dinamica siano processi tra loro eterogenei, pone di fronte all'interprete un quesito che non può, e non deve, essere trascurato, in quanto la risposta che vi si dia appare potenzialmente idonea a definire in senso negativo la più generale questione della praticabilità del prestito istruttorio tra alvei giurisdizionali non collimanti.

Non sfugge come la possibilità di immettere in altra sede fonti conoscitive la cui genesi si radica in un giudizio informato a regole procedurali differenti da quelle su cui è plasmata l'istruttoria del processo di destinazione risulti condizionata alla previa valutazione di compatibilità tra i sistemi messi in comunicazione. Più nello specifico, preso atto delle difformità che, specialmente sotto il profilo istruttorio, connotano le strutture dei processi in potenza implicati dal meccanismo di interscambio probatorio⁶⁰, ci si chiede *se* le specifiche peculiarità di ciascun rito possano rappresentare un

⁵⁹ L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 202, ricollega a siffatta essenziale prescrizione (unita alla necessità di sottoposizione delle prove anticipate ad un previo vaglio di ammissibilità e rilevanza) la ragione per la quale nel giudizio di merito le prove raccolte in sede cautelare possono esplicare la medesima efficacia che avrebbero se fossero state acquisite dinanzi al giudice *ad quem*. Da evidenziare come il citato A., in consonanza con la giurisprudenza, ritenga sottoponibile all'autorità giudiziaria investita del merito anche qualunque profilo di irritualità, illegittimità, inammissibilità che possa aver investito il procedimento di istruzione preventiva. *Contra*, C. BESSO, *La prova prima del processo*, cit., 291, la quale – aderendo all'opinione di Salvatore Satta – argomenta nel senso dell'autonomia del procedimento di istruzione preventiva, che sarebbe confermata, a detta dell'A., dalla sottoponibilità del provvedimento cautelare *de quo* al reclamo.

⁶⁰ N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., 5; L. QUERZOLA, *L'efficacia dell'attività processuale*, cit., 76.

insuperabile ostacolo che si frapponga alla concreta messa in circolazione di prove: il che finirebbe per sancire in via tombale la carenza di legittimazione di tale congegno accertativo nel contesto sistematico-ordinamentale.

Che tale aspetto non sia irrilevante ai nostri fini è già stato evidenziato in precedenza allorché si è fatto riferimento al dettato dell'art. 654 c.p.p. che, in una zona grigia di confine tra fenomeni di efficacia vincolante del giudicato e meccanismi di osmosi probatoria, pone quale condizione di praticabilità del trapasso in giudizi diversi dell'accertamento fattuale oggetto di sentenza penale irrevocabile proprio l'insussistenza di limiti di prova secondo le leggi civili.

Per risolvere l'enigma, occorre affrontare la questione partendo dalla considerazione, di più ampio respiro, della interdipendenza fra diritto sostanziale e processo⁶¹. Nel momento in cui il legislatore si trova a dover congegnare le regole che scolpiscono e conformano ciascun modello processuale, non può prescindere dalla considerazione, di cardinale rilievo, dell'oggettività giuridica a presidio della quale quel dato rito viene così declinato (ledendosi altrimenti l'effettività del diritto di azione e difesa *ex art. 24 Cost.*). Com'è stato osservato con efficacia in dottrina, «la diversità strutturale dell'istruttoria è spesso modulata in funzione di distinte esigenze, sollecitate dall'oggetto della tutela»⁶².

Senza alcuna pretesa di esaustività, trattandosi di analisi che meriterebbe ben altro spazio, si possono svolgere in proposito le seguenti considerazioni.

Se si scandaglia l'ordinamento comparando le diverse discipline processuali, si ha la chiara percezione del fatto che il legislatore processuale abbia adottato un dato plesso di principi regolatori e prediletto di volta in volta una specifica struttura istruttoria in ragione, *inter alia*, della più o meno intensa *disponibilità* del bene giuridico oggetto della controversia o, meglio, inciso dall'esito finale della stessa, nonché della connessa, eventuale, necessità di tener conto del 'naturale' *squilibrio* di posizioni tra le parti del processo. Le specifiche tecniche di accertamento in ciascun tipo processuale sono, dunque, '*graduate*' in funzione dell'oggetto di tutela⁶³.

⁶¹ G.F. RICCI, *Principi di diritto processuale generale*, cit., 16; si rammenti, a tal proposito, l'illustre insegnamento di G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1932, I, 41; ID., *Sul rapporto fra le forme del procedimento e la funzione della prova*, in *Saggi di diritto processuale civile*, II, Roma, 1931, 197.

⁶² Così, M.C. VANZ, *La circolazione della prova*, cit., 242.

⁶³ J. FERRER BELTRAN, *Prova e verità nel diritto*, Bologna, 2004, trad. it. V. Carnevale, 73: «è importante

Si pensi, ad esempio, al modulo tipicamente civilistico di processo. Esso vede contrapposte due pretese che, per l'ordinamento, sono tra loro in posizione di equivalenza, i cui asseriti titolari si pongono (quantomeno in astratto) in condizioni di piena parità, poiché tali sono finanche al di fuori della scena processuale, al punto che il legislatore lascia liberi di autonomamente disciplinare i reciproci rapporti ed interviene, nel momento di 'crisi' del rapporto, solo su iniziativa di chi lamenti una lesione⁶⁴.

Le modalità di acquisizione del sapere giudiziale, le cadenze dell'*iter* istruttorio, le garanzie apprestate alle parti in tale topica fase del processo si modulano in stretta dipendenza con tali caratteri oggettivo-sostanzialistici. Lo si desume, quantomeno *a contrariis*, dall'analisi delle scelte operate dal legislatore nel momento della definizione dei tratti denotativi del rito speciale del lavoro.

Considerato il superiore rango costituzionale e – nella maggior parte dei casi – indisponibile (*in peius*) dei diritti che emergono nelle dinamiche lavoristiche, preso atto della intrinseca debolezza del lavoratore, a paragone con la parte datoriale, che, per un verso, ne limita naturalmente il potere negoziale e, per l'altro, richiede pertanto che dall'esterno l'ordinamento provveda ad assicurare spazi di tutela rafforzata al lavoratore⁶⁵, non solo la disciplina sostanziale, ma altresì quella processuale assumono una coloritura *publicistica*, che si riflette sensibilmente sul reticolato normativo che plasma l'istruttoria. La *ratio* è duplice: rendere più celere ed efficiente la tutela; assicurare che sia quanto minore possibile lo scarto tra il fatto controverso nella sua ontologica essenza storica e la conoscenza che se ne possa acquisire dinanzi al giudice, così da rendere pienamente ragione delle istanze sostanziali fatte valere, che, in un

notare [...] che la differenza tra i limiti al "raggiungimento" della verità nel processo civile e penale è chiaramente contingente, dipendendo dalla disciplina processuale di ciascun ordinamento giuridico, ed essendo, inoltre, una *differenza di grado*» (corsivo nostro).

In questo senso si è espressa di recente la Consulta, con la sentenza 6 marzo 2019, n. 117 (in *Proc. pen. giust.*, 2019, 6, con nota di C. BONZANO, '*Nemo tenetur se detegere*' e procedimento amministrativo: per la Consulta, la sanzione 'punitiva' impone il 'due process of law'). In particolare, come già notavamo in altra parte di questo lavoro, il Giudice delle leggi ha osservato come l'ampiezza del complesso delle garanzie da riconoscere a chi sia sottoposto ad un dato procedimento dipende dalla natura di quest'ultimo, la quale non discende dalla sua mera qualificazione formale, bensì è causalmente connessa alla essenza del diritto inciso con tale procedura, da valutarsi secondo apprezzamenti di tipo sostanzialistico. Il che – aggiungiamo noi – si riverbera sulla modalità dell'accertamento che è possibile condurre in ciascuna sede processuale.

⁶⁴ L. QUERZOLA, *L'efficacia dell'attività processuale*, cit., 50. Interessante la prospettiva con cui G.F. RICCI, *Principi di diritto processuale generale*, cit., 12 affronta la tematica, evidenziando come un ulteriore aspetto che contribuisce a dar forma alle modalità con cui il processo si attegga rispetto alla situazione giuridica portata dinanzi al giudice è altresì il *tipo* di tutela che tale bene giuridico pretende o che risulta possibile accordare tramite il *decisum*. Così anche all'interno della stessa giurisdizione contenziosa civile emergono differenze che la sola considerazione della disponibilità del bene giuridico azionato non è sufficiente a porre in risalto.

⁶⁵ R. DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*, XIV ed., Milano, 2022, 31 ss.

sistema costituzionale a base personalistica qual è il nostro, all'ordinamento ripugnerebbe rimettere all'esclusiva disponibilità processuale di parte⁶⁶.

Ecco, dunque, che il codice di rito civile si premura di stabilire regole peculiari per l'istruttoria nel rito lavoristico, tanto sul fronte dell'officiosità dei poteri probatori assegnati al giudice (art. 421 c.p.c.), quanto – per quel che qui più rileva – sul fronte dell'annichilimento dei rigorosi vincoli di prova sanciti per il rito civile ordinario (art. 421, comma 2 e 4, c.p.c.) e della predisposizione di strumenti accertativi specifici per questo genere di controversie (ad es., l'accesso sui luoghi di lavoro a fini di accertamento dei fatti). La simbiosi tra caratteristici canoni istruttori e specificità del rito lavoristico è tale che l'art. 427, comma 2, c.p.c. – di cui abbiamo già detto *supra* – esclude che, in seguito al mutamento del rito, possano accedere al rito ordinario ed essere fruite per la decisione quelle prove 'lavoristiche' che non possedano un omologo nel rito ordinario⁶⁷.

Ancora; com'è stato fatto notare in letteratura, la progressiva evoluzione del tradizionale paradigma del processo amministrativo quale giudizio impugnatorio sull'atto a tendenziale giudizio sul rapporto giuridico sottostante ha inciso sulla declinazione dei connotati peculiari dell'istruttoria in tale sede⁶⁸. In simile contesto, se un tempo, anche a fronte della valorizzazione del ruolo 'poietico' nell'accertamento riservato all'amministrazione, si era confezionato un modulo istruttorio prevalentemente incentrato sulla prova documentale, i cui caratteri si presentavano «peculiari e ben diversi dal processo civile, *a causa della diversità dell'oggetto* dei due processi»⁶⁹, il codice del 2010 ha ampliato il catalogo dei mezzi di prova, comprendendovi finanche la testimonianza⁷⁰. La fisionomia dell'istruttoria amministrativa si definisce tenendo conto

⁶⁶ A. PROTO PISANI, *Lezioni*, cit., 783; G.F. RICCI, *Principi*, cit., 347; R. BRIANI, *L'istruzione probatoria nel processo amministrativo*, cit., 168 ss.

⁶⁷ Sul dibattito intorno alla disciplina qui richiamata, cfr. diffusamente M.C. VANZ, *La circolazione della prova*, cit., 244 ss., cui si rinvia anche per la copiosa serie di riferimenti bibliografici.

⁶⁸ L. QUERZOLA, *L'efficacia dell'attività processuale*, cit., 88, nonché 91 ss., cui si rinvia altresì per la ricca rassegna bibliografica; G.F. RICCI, *Principi*, cit., 14.

⁶⁹ L. QUERZOLA, *L'efficacia*, cit., 88; in termini, M.C. VANZ, *La circolazione della prova*, cit., 293-295.

⁷⁰ Risultano ammessi pressoché tutti i mezzi istruttori tipicamente civilistici, con l'esclusione del giuramento e dell'interrogatorio formale (art. 63, ult. comma, c.p.a.). Quest'ultima preclusione si giustifica in virtù dell'opzione sistematica di informare il processo amministrativo e le tecniche probatorie ivi praticate al principio dispositivo attenuato, anche detto principio dispositivo con metodo acquisitivo, che mal si concilia con il sistema della prova legale di cui giuramento e confessione sono espressione. Si tratta di aspetti che, ai nostri fini, non devono essere sottovalutati, posto che sembrano suggerire taluni profili di prossimità con i canoni tipici dell'istruzione probatoria penalistica, che potrebbero spiegare efficacia sul piano della circolazione di prove penali in sede amministrativa.

altresì della necessità di ridurre lo squilibrio tra le parti, l'una delle quali dotata di potere pubblico autoritativo e, dunque, in posizione di sostanziale preminenza rispetto al privato. Il legislatore si premura di garantire al cittadino che vanti una pretesa nei confronti dell'amministrazione non solo una tutela articolata in termini di provvedimenti emanabili dal giudice, bensì anche di strumenti conoscitivi per pervenire all'accertamento della realtà dei fatti quale presupposto ineludibile per la 'giustizia' della decisione, in virtù della considerazione della natura talora indisponibile dei beni e interessi di cui si chiede tutela⁷¹

Ulteriore conferma dell'assunto che lega la diversa pregnanza del bene giuridico oggetto di tutela di una data esperienza processuale alla specifica conformazione assegnata al rito, ed in specie alla dinamica istruttoria si ricava, per un verso, dalla considerazione delle recenti vicissitudini giurisprudenziali interne e sovranazionali che hanno riguardato lo statuto delle sanzioni formalmente amministrative e sostanzialmente penali e, per l'altro, dal contiguo processo di mutamento di paradigma concernente la struttura del procedimento di prevenzione.

Quanto al profilo inerente al rito prevenzionale, si tratta di un settore giurisdizionale che, anche in forza della diversa entità dell'oggetto giuridico inciso, proclama la propria autonomia rispetto ai canoni accertativi tipicamente penalistici, prediligendo un modulo istruttorio prevalentemente deformalizzato e, soprattutto, cartaceo, al cui esito la decisione non viene assunta in forza dell'elevato *standard* valutativo dell'al di là di ogni ragionevole dubbio. Eppure, se è senz'altro vera la non sovrapposibilità tematica di procedimento sulla pericolosità sociale e processo sulla responsabilità penale, ciò non toglie come, negli ultimi anni, anche in dipendenza di approdi della giurisprudenza convenzionale e costituzionale⁷², sia stata ormai sdoganata con sicurezza l'idea di una

⁷¹ L. QUERZOLA, *L'efficacia*, cit., 78, in partic. nt. 58.

⁷² Si fa riferimento in particolare alla sent. Corte EDU, Grande Camera, 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 8, 1039 e in *Quot. giur.*, 2017; Corte cost. 27 febbraio 2019, n. 24, in *Quot. Giur.*, 2019, che si sono pronunciate sul profilo qui esaminato. Si veda sul punto, S. FINOCCHIARO, *Due pronunce della Corte Costituzionale in tema di principio di legalità e misure di prevenzione a seguito della sentenza De Tommaso della Corte EDU*, in *Dir. pen. cont.*, 4 marzo 2019. In precedenza, già il Collegio riunito della Cassazione aveva evidenziato, nella sent. Sez. un. 13446/2010, Cagnazzo, cit., come le pronunce della Corte di Strasburgo (poi seguite anche dal Giudice delle leggi) avessero inquadrato il procedimento di prevenzione nell'ambito di «sicura giurisdizionalità» (sebbene, in quelle circostanze, per affermare la necessità di riconoscere al proposto il diritto di richiedere che il procedimento venisse celebrato in pubblica udienza e non in camera di consiglio).

In dottrina, ex multis: C. CARINI, *Giudizio di prevenzione e intercettazioni "illeghi": sui rapporti tra prevenzione e cognizione*, in *Giur. it.*, 2008, 2, 446; M. MENNA, *La prevenzione tra stabilizzazione del giudizio, esigenze di legittimazione e flessibilità sostanziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 2, 252 ss.; S. FURFARO, *Rapporti tra*

natura pienamente giurisdizionale del procedimento prevenzionale e dell'essenza sostanzialmente penale delle misure con esso applicate in ragione, in particolare, della natura degli interessi e dei diritti incisi da esse (libertà personale, *in primis*, ma anche libertà di circolazione e diritto di proprietà)⁷³. Con ciò accreditando la posizione per la quale al rito *de quo* debbano estendersi tutte le garanzie ed i principi tipici del giusto processo⁷⁴. La questione investe direttamente la tematica di nostro precipuo interesse, tenuto conto che, sul presupposto della giurisdizionalizzazione del rito prevenzionale, un indirizzo dottrinale di stampo garantista ha argomentato per la necessità di estendere in quest'ultima sede proprio quei vincoli che discendono dalla previsione di cui all'art. 238 c.p.p. allorché si pretenda di immettervi prove di aliena formazione⁷⁵. La necessità di adeguare il procedimento sulla pericolosità sociale, fatte salve le sue specifiche

processo penale e procedimento di prevenzione, in *Arch. pen. web*, 2014, 6, 3, il quale, con un approccio esegetico peculiare, dopo aver evidenziato come sul piano normativo i procedimenti penale e prevenzionale siano sistemi tra loro autonomi, analizzando i fenomeni concreti toccati da tali riti alla luce dell'intervenuta giurisdizionalizzazione del procedimento di prevenzione si evidenzia come stia ormai venendo meno il solipsistico isolamento del giudice della pericolosità sociale. In particolare, l'A. sottolinea come sia la stessa normativa a rinviare esplicitamente a quella del codice di rito penale e che, in sostanza, le tematiche in materia di prova sollevate in materia prevenzionale sono invero le stesse che si pongono nel processo di cognizione.

⁷³ Le Sezioni unite nella sentenza Cagnazzo hanno ricordato che la Corte EDU ha riconosciuto come il procedimento di prevenzione sia «un procedimento all'esito del quale il giudice è chiamato ad esprimere un giudizio di merito, idoneo a incidere in modo diretto, definitivo e sostanziale su beni dell'individuo costituzionalmente tutelati, quali la libertà personale (art. 13, comma 1, Cost.) ed il patrimonio (quest'ultimo, tra l'altro, aggredito in modo normalmente "massiccio" e in componenti di particolare rilievo), nonché la stessa libertà di iniziativa economica». F. MENDITTO, *Presente e futuro delle misure di prevenzione (personali e patrimoniali): da misure di polizia a prevenzione della criminalità da profitto*, in *Dir. Pen. Cont.*, 23 maggio 2016, 4 ss.; M.F. CORTESI-L. FILIPPI, *Procedimento di prevenzione*, in *Enc. giur.*, agg. XIII, 2005, § 2 («non sussiste più alcun dubbio, né in giurisprudenza né in dottrina, circa la natura giurisdizionale del procedimento *de quo*, che, in ragione di ciò, deve rapportarsi, pur nelle sue indubbie peculiarità, con i medesimi principi ispiratori del rito penale»); A. CISTERNA, *I nuovi protocolli processuali delle misure di prevenzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 6, 713 ss.; M. MENNA, *La prevenzione*, cit., 254, secondo cui si tratta di «comminare una vera e propria sanzione penale – sia pure avente non da ultimo una spiccata funzione preventiva» (corsivo nostro) parlando delle misure interdittive all'attività imprenditoriale; C. CARINI, *Giudizio di prevenzione e intercettazioni "illegali"*, cit., 446, che discorre di «una procedura di matrice penale, come quella preventiva la quale, ancorché fondata su nulla più che una valutazione sintomatica, è comunque in grado di incidere, e a volte anche pesantemente, sulla libertà personale». Cfr. altresì, Cass. pen., sez. I, 1° luglio 2016, n. 27147, in *CED*, n. 267058, dove si legge che ormai prevalente tra gli interpreti è l'opinione «che il procedimento di prevenzione [abbia] natura giurisdizionale e rientri nel settore penale»; nonché Cass. pen., sez. V, 13 novembre 2012, n. 14044, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 1, 37 ss., con nota di M.F. CORTESI.

⁷⁴ Non a caso di recente il *plenum* della Suprema Corte di legittimità si è pronunciato per l'estensione al procedimento di prevenzione di una regola cruciale, di tenore costituzionale, tipicamente prescritta per il giudizio penale, al quale, per tal via, il procedimento sulla pericolosità sociale continua ad avvicinarsi sempre più. In specie, con sentenza Cass. pen., Sez. un., 6 luglio 2022, n. 25951, in *Sist. pen. web*, 21 ottobre 2022, con nota a margine di D. ALBANESE, *Prosegue, dalle fondamenta, la costruzione del giusto processo di prevenzione: le Sezioni Unite sulla ricusabilità del giudice*, il massimo organo della nomofilachia, spendendo argomenti connessi con il tema della progressiva giurisdizionalizzazione del procedimento sulla pericolosità sociale, hanno esteso in via esegetica la regola che consente alle parti di ricusare il giudice allorché non sia 'impregiudicato' rispetto al tema del decidere, per aver già espresso valutazioni di merito sul medesimo in altra sede giurisdizionale, sia essa prevenzionale o penale.

⁷⁵ L. FILIPPI, voce *Procedimento di prevenzione*, in *Dig. pen.*, agg. 2014, § 31; C. VALENTINI REUTER, *Limiti all'utilizzabilità*, cit., 203; S. FURFARO, *Rapporti tra processo penale e procedimento di prevenzione*, cit., 30; G. SILVESTRI, *La trasmigrazione e l'utilizzazione degli atti*, cit., 225-226.

peculiarità, ai canoni del giusto processo impone che alle parti sia quantomeno consentito di contraddire sulla prova già formata in altro contesto processuale⁷⁶, da inserirsi, pertanto, nel circuito del contraddittorio secondo le garantistiche forme congegnate dall'art. 238 cit.

Si consideri, da ultimo, il caso dei procedimenti amministrativi protesi all'irrogazione di sanzioni che, seppur formalmente amministrative, possiedono connotati di funzionalità ed afflittività tali da essere state parificate alla pena in senso proprio: con la conseguenza di un progressivo avvicinamento delle strutture procedurali dei riti sanzionatori suddetti con quelle proprie del giudizio penale. Ancora una volta, la peculiare entità del bene giuridico 'a rischio' nel corso e all'esito del procedimento attrae la conformazione strutturale di quest'ultimo. Al punto che – analogamente all'ipotesi dianzi analizzata – la giurisprudenza costituzionale è giunta persino ad imporre il rispetto nel procedimento amministrativo sanzionatorio del c.d. *nemo tenetur se detegere* (o privilegio contro l'autoincriminazione), quale modalità di anticipazione della tutela della libertà personale del soggetto che, forzatamente costretto a collaborare con l'autorità, potrebbe riferire di circostanze idonee a far scaturire un giudizio penale a suo carico o rischiare, in caso di silenzio, sanzioni pecuniarie da un'afflittività tanto marcata da rassomigliare in tutto a pene *ex art. 27 Cost.*⁷⁷.

⁷⁶ Come, peraltro, la dottrina riconosce per quanto concerne il procedimento di esecuzione (art. 666, comma 5, c.p.p.) sulla cui falsariga è modellato il procedimento di prevenzione. O. MAZZA, *Il giudice e il procedimento di esecuzione*, in AA.VV., *Manuale della esecuzione penitenziaria*, a cura di P. Corso, Milano, 2015, 489 ss. In particolare, l'Autore sottolinea che, pur nelle forme semplificate di cui all'art. 185 disp. att. c.p.p., le modalità assuntive «*devono in ogni caso garantire l'esercizio del contraddittorio nella formazione della prova*. Non sembra quindi possibile eliminare il *contributo dialettico delle parti* [...] Anche l'iniziativa d'ufficio del giudice non può comunque prescindere dal rispetto del contraddittorio [...] Di conseguenza, alle parti dovrà riconoscersi sia il diritto di intervenire dialetticamente nel momento della formazione della prova costituenda [...] sia la possibilità di esercitare il diritto alla prova contraria», aggiungendo infine che per la valida utilizzazione delle prove precostituite «*la materiale allegazione [...] non [sia] in ogni modo sufficiente [...] è infatti richiesto che il giudice disponga anche la lettura del documento o la sua indicazione [...] allo scopo di garantire lo svolgimento del contraddittorio*». (corsivo nostro).

⁷⁷ Corte cost., 13 aprile 2021, n. 84, in *Dir. pen. proc.*, 2022, 1, 47 ss., con nota di C. BONZANO, *Matière penale e diritto al silenzio: la Consulta mette un punto fermo...o quasi*; nonché in *PenaleDP*, 3 giugno 2021, con nota di F. GIUNCHEDI, *Ius tacendi e procedimenti para-penali. La Consulta garantisce il maximum standard nei procedimenti avanti a Consob e Banca d'Italia*. Merita segnalare un'ulteriore declaratoria di incostituzionalità, avente stavolta ad oggetto l'art. 649 c.p.p., norma che sancisce l'effetto preclusivo del giudicato penale (c.d. principio del *ne bis in idem*) impedendo che contro una medesima persona si possa procedere penalmente più volte addebitandogli il medesimo fatto (concetto su cui si veda Corte cost., 21 luglio 2016, n. 200, in *Cass. pen.*, 2017, 1, 78, con nota a margine di P. FERRUA, *La sentenza costituzionale sul caso Eternit: il 'ne bis in idem' tra diritto vigente e diritto vivente*). In particolare, il Giudice delle leggi, con sent. Corte cost., 16 giugno 2022, n. 149, in *Proc. pen. giust.*, 2022, 6, 1550, con nota di B. LAVARINI, *La Corte costituzionale apre la via per l'estensione del ne bis in idem fuori della materia "formalmente" penale*, ha esteso l'orbita applicativa dell'art. 649 c.p.p. all'area delle sanzioni amministrative afflittive e, dunque, sostanzialmente penali secondo i criteri Engel, seppur con riferimento esclusivo al caso del doppio binario sanzionatorio dedicato dalla normativa speciale alla materia della tutela del diritto d'autore. L'esportazione all'ambito in esame di regole e principi tipicamente posti a presidio dei protagonisti del giudizio penale, in specie colui che in esso risulti accusato e rischi dunque le più incisive

La carrellata di situazioni profilata sin qui dovrebbe aver confermato l'assunto iniziale: la diversa oggettività incisa – in certi casi anche solo collateralmente – dal giudizio si riverbera sulle modalità accertative⁷⁸. D'altronde, memori anche dei risultati ermeneutici rassegnati nel Capitolo precedente, dovremmo però anche aver fatto emergere come, seppur magari con una pervasività non sempre omogenea, determinate istanze e prerogative – in specie quelle più in consonanza col tessuto costituzionale a presidio dei diritti della persona umana – possano trovare spazio ed espressione in ciascun tipo processuale, quandanche costruiti con forme non sempre coincidenti⁷⁹.

Ebbene, la conclusione che se ne può trarre, per provare a rispondere al quesito da cui abbiamo preso le mosse, è composita.

A fronte di indici normativi che sembrano indicare in modo netto la via della preclusione alla circolazione istruttoria tra sedi regolate da paradigmi istruttori disomogenei (art. 654 c.p.p.; art. 427, comma 2, c.p.c.), ve ne sono altri, sia normativi (ad es., l'ammissibilità espressa di prove civili nel processo penale *ex art.* 238, comma 2, c.p.p.) sia sistematici, che farebbero propendere per l'indifferenza dell'eterogeneità strutturale quale causa impediante l'osmosi probatoria interprocessuale.

A nostro modo di vedere, la soluzione non può essere prospettata in termini assoluti e generalizzati. Innanzitutto, esistono chiari indicatori normativi che legittimano il trapasso di materiale istruttorio tra sedi giurisdizionali improntate a canoni istruttori non collimanti. In secondo luogo, esistono principi, regole, dettami che, per la loro valenza trasversale, risultano rispettati in ogni sistema processuale o, qualora nulla si preveda in merito, se ne può a ragione pretendere il rispetto nonostante la riscontrata lacuna. In terzo luogo, vi sono casi nei quali la prossimità delle situazioni giuridiche incise dalla vicenda processuale sono idonee a giustificare, contestualmente, il prestito di materiale

conseguenze dall'esito decisorio, canoni che svolgono un ruolo decisivo nello scolpire il volto e l'identità della giustizia penale, ne attesta un avvicinamento sempre più marcato alle forme e ai modi di tutela specifici del processo sulla responsabilità penale: il progressivo trapasso delle regole che segnano il 'genotipo' del rito criminale ad altro genere di procedimento concernente una materia tangente a quella penale è sempre più deciso.

In argomento, con specifico riferimento ai procedimenti tributari di natura sanzionatoria, S. MARCHESE, *Diritti fondamentali europei e diritto tributario dopo il Trattato di Lisbona*, in *Dir. prat. trib.*, 2012, 2, 10241, nonché, *ivi*, riferimenti bibliografici

⁷⁸ Con una sfumatura lievemente diversa, A. CASTAGNOLA, *L'accertamento dei fatti*, cit., 2020, § 12; nonché, più diffusamente, ID., *L'accertamento dei fatti*, cit., 2021, 66 ss.

⁷⁹ Così anche R. BRIANI, *L'istruzione probatoria*, cit., 207, la quale, con precipuo riferimento per la normativa in punto di istruzione probatoria nel rito tributario (prima dell'ultima riforma), riflette sulla necessità di verificare «se e in che modo i principi costituzionali sul giudice e sulle parti reagiscano sulla tipologia dei mezzi di prova, e in particolare se detti principi tollerino limitazioni – e in che misura – del catalogo dei mezzi istruttori disponibili».

istruttorio accompagnato altresì dall'esportazione di apposite regole procedurali concernenti l'acquisizione di prove *ab extrinseco* ovvero la metodologia di scrutinio dei connotati endogeni della prova importata per operarne un'accurata selezione. Infine, sussistono ipotesi nelle quali il dialogo intersistemico appare di maggior difficoltà, perché meno affini sembrano e il substrato sostanziale di riferimento e il tessuto della *lex probatoria* a ciò funzionale.

Sicché, in definitiva, le divergenze strutturali tra riti non dovrebbero certo valere, in astratto ed in senso assoluto, quale preclusione ad una legittima occasione di migrazione di materiale probatorio⁸⁰. Tuttavia, l'eterogeneità dei sistemi istruttori non può essere accantonata o negletta sulla scorta dell'argomento – che, in base a quanto sin qui abbiamo osservato, dovrebbe già ritenersi smentito in abbondanza – della natura meramente formale, 'orpelli' rituali incapaci di spiegare effetti sulla sostanza dell'accertamento e, pertanto, irrilevanti ed aggirabili⁸¹.

Ciò implica, in conclusione, la ineludibile necessità di provvedere a valutazioni caso per caso, che assegnino l'opportuno valore – nel senso di includere ovvero escludere un certo risultato istruttorio dai canali migratori delle prove – a quei profili che risultano coesenziali alla realizzazione dello scopo della vicenda giudiziale di origine e di potenziale destinazione della prova stessa, che individuino eventuali meccanismi di adattamento del tipo di prova importato ai connotati precipui del rito di approdo, che

⁸⁰ L. QUERZOLA, *L'efficacia dell'attività processuale*, cit., 79: «la differenza processuale fra riti non è *ex se* idonea a renderli impermeabili rispetto all'osmosi di materiale processuale da una sede all'altra».

⁸¹ L. QUERZOLA, *L'efficacia dell'attività processuale*, cit., 80: «Le regole processuali, e ciò secondo una metafora della più classica dottrina sul tema, non sono altro che le regole del gioco, i segnali stradali, il copione da recitare; un elemento formale, insomma. Consentire ad un elemento formale, e a suoi eventuali differenti atteggiarsi nelle varie sedi processuali, di paralizzare lo scopo del processo, cioè la pro nuncia di un provvedimento sul merito⁶⁶ che consenta alla parte di ottenere concretamente soddisfazione della pretesa vantata, sarebbe irragionevole (in senso tecnico), antistorico (perché è ampiamente finito il tempo dell'applicazione formalistica della legge), incostituzionale (perché il diritto di azione mira, *ex art. 24, comma 1°, Cost.*, alla "tutela", peraltro *effettiva*, della posizione giuridica agita in giudizio)». Una siffatta posizione cela, in nuce, il rischio di stimolare interpretazioni che, anteposto l'interesse all'acquisizione di conoscenza 'costi quel che costi', potrebbero giungere a scardinare addirittura le coordinate costituzionali del diritto delle prove, al precipuo scopo di ampliare oltremodo i canali di approvvigionamento gnoseologico da cui attingere senza limiti di sorta e a piene mani.

Del resto, non concordiamo, quantomeno non completamente, neanche con quanto la citata A. osserva, *ivi*, a p. 214. In specie, secondo l'A., a conforto dell'idea che le differenze tra riti non coincidenti non peserebbero quali fattori impedienti la trasmigrazione di materiale probatorio, porta due argomenti: *i)* l'unità della giurisdizione; *ii)* il fatto che in ogni processo siano da rispettare (e si può presumere che siano stati rispettati) i principi del giusto processo. a nostro modo di vedere, per quanto davvero suggestivo, questo secondo argomento prova troppo. Mentre può essere un argomento teoricamente spendibile se considerato in astratto a livello di mero principio, non può dirsi altrettanto se lo si legge in concreto, perché, se le cose stessero come sostiene Querzola, allora non si dovrebbe mai valutare la validità della prova in ingresso quale fattore escludente, dando sempre per scontato che il rito di genesi si sia svolto nel pieno rispetto di tutti i crismi costituzionalmente imposti ai fini della giustizia processuale.

espungano ciò che mai avrebbe potuto essere generato in tale sede e, al contempo, applichino talune regole proprie del giudizio di provenienza per sondare l'eventuale 'deformità' originaria dell'elemento allogeno della cui circolazione si tratta.

4. LA PROVA PENALE CIRCOLANTE: "METAMORFOSI" DOCUMENTALE

Se, su un piano che potremmo definire 'macroscopico', il meccanismo circolatorio non può sottovalutare i condizionamenti derivanti dal ricorrere di difformità strutturali concernenti le modalità di articolazione dell'istruttoria prescritte per ciascun tipo processuale, quando poi si osservi il fenomeno su di un piano 'microscopico', deve essere segnalato un ulteriore aspetto di sostanziale delicatezza, concernente, stavolta, la *struttura* della stessa entità giuridica circolante.

È opportuno prendere le mosse dalla considerazione della collocazione sistematica che i *conditores* del codice di rito penale hanno inteso riservare alla categoria di prove di cui ci occupiamo⁸². In specie, l'art. 238 c.p.p. (e, con lui, anche l'art. 238-*bis* c.p.p.) si trova inserito nel Capo VII del Titolo II del Libro III del codice Vassalli, ovverosia nel capo dedicato alla posizione della disciplina del mezzo di prova documentale: la prova allogena costituisce, pertanto, una *sottospecie di prova documentale* di cui all'art. 234 c.p.p. Eppure, l'evidenza istruttoria di origine aliena è anche qualcosa di più e di diverso, se solo se ne considera la 'storia', o meglio la sua primigenia essenza, nel procedimento *a quo*, come mezzo di prova *diverso* dal documento (ad es., testimonianza, confronto, esame dell'imputato o, per citare mezzi istruttori di altro settore processuale, interrogatorio formale *etc*).

Sono «entità ibride»⁸³. L'immissione nel circuito dell'interscambio probatorio sembra dotata del potere di trasfigurare una data tipologia di prova in un'altra, di cui la prima acquisisce all'apparenza i connotati tipici⁸⁴.

⁸² Segnaliamo ancora una volta che lo specifico panorama normativo cui è possibile riferirsi per individuare e declinare gli sfaccettati profili meritevoli d'indagine in materia di interscambio di prove allogene è strettamente limitato all'orizzonte del codice di procedura penale, mancando una esplicita considerazione *per tabulas* del fenomeno nelle discipline processuali di altri rami giurisdizionali. Motivo per cui, anche in questo momento, la disamina qui prospettata muove dalla considerazione del tessuto disciplinare del codice Vassalli, con la precisazione che il tenore delle riflessioni declinate nel testo è esportabile anche all'ambito extra-penale, ove si riscontra un medesimo approccio al fenomeno della prova prestata. Sul punto, per tutti, M.C. VANZ, *La circolazione della prova*, cit., 53 ss., nonché, *ivi*, riferimenti bibliografici.

⁸³ R. ORLANDI, *Atti e informazioni*, cit., 33, nt. 54.

⁸⁴ Nel medesimo senso, con precipuo riferimento al settore processuale civile, pur in mancanza di agganci normativi espliciti in proposito, L. QUERZOLA, *L'efficacia dell'attività processuale*, cit., 56; L.P. COMOGLIO, *Le*

Una simile ‘metamorfosi’ documentale scaturisce da una scelta, effettuata dal legislatore del codice Vassalli, allorché, prestata adesione ad un modello processuale incentrato sui canoni di oralità e immediatezza e non più sulla scrittura, si è preoccupato di delimitare in modo chiaro la nozione di documento ed i confini operativi della disciplina loro dedicata, per superare un sistema nel quale «i protocolli istruttori raccolgono tutto il materiale probatorio che sarà oggetto di valutazione nella successiva fase dibattimentale»⁸⁵.

E, così, si è accolto un (quantomeno nelle intenzioni del legislatore storico) netto distinguo tra ciò che costituisce *documentazione* degli atti processuali e quel che, invece, integra gli estremi del *documento*.

Quest’ultimo, come definito dalla migliore dottrina sul punto, era (ed è tutt’ora) deputato ad introdurre innanzi al giudice la *rappresentazione*, incorporata su una base materiale con metodo analogico o digitale, di *fatti extraprocessuali*⁸⁶. Di contro, sebbene nessuna norma del Titolo III del Libro II del codice di rito ne espliciti una definizione, per ‘documentazione degli atti’ si intende tradizionalmente quella modalità tramite la quale viene conservata traccia tangibile di un’attività compiuta da uno dei soggetti del procedimento *nel corso del procedimento* stesso: è, pertanto, lo «strumento attraverso cui l’atto stesso viene inserito [...] nella sequenza procedimentale»⁸⁷. A

prove civili, cit., 59, il quale riferisce l’opinione di una certa prassi giurisprudenziale secondo la quale, quando si indaghi la ‘composizione’ della categoria delle prove (atipiche) precostituite, ad essa possono ricondursi quelle «prove che, essendo *ab origine* orali e costituende, siano state formate ed assunte nel “contraddittorio” di quel diverso processo, sì che la loro utilizzazione in un nuovo giudizio viene a tradursi necessariamente nell’acquisizione del *documento processuale* (o, per meglio dire, del *processo verbale*), da cui è ufficialmente consacrata, *con i limiti di efficacia probatoria dell’atto pubblico*, la loro formazione od assunzione» (corsivo nostro). Preme segnalare la contraddizione che una lettura di questo genere viene a determinare con la diffusa (anzi, quasi unanime) esegesi della stessa giurisprudenza sul tema delle prove circolanti, la quale – seppur con le sfumature variegata che vedremo – invoca la libertà di convincimento del giudice (art. 116, comma 1, c.p.c.) per assicurare l’apprensione di siffatti elementi probatori, i quali dunque – per esplicita ammissione – non vengono ammantati del valore che il codice civile assegna all’atto pubblico, seppur veicolati per il tramite di verbali riferibili all’attività formativa di un pubblico ufficiale.

⁸⁵ Così L. KALB, *Il documento nel sistema probatorio*, Torino, 2000, 59.

⁸⁶ P. TONINI-C. CONTI, *Manuale*, XXIII ed., cit., 382 ss.; P. TONINI, *Problemi insoluti della prova documentale*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 4, 482, § 1.

⁸⁷ A. PULVIRENTI, voce *Art. 134*, in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda-G. Spangher, Assago, 2017, 1472, cui si rinvia per ulteriori riferimenti bibliografici; D. CARNEVALI, voce *Tecnologie dell’informazione e della comunicazione*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 2011, §8; F. CERVETTI, voce *Verbale (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 614; G.F. RICCI, *Principi di diritto processuale generale*, cit., 322; P.P. RIVELLO, *La documentazione degli atti*, cit., 173; P. TONINI-C. CONTI, *Manuale*, cit., 176; P. TONINI-C. CONTI, *Addenda n. 1, Manuale di procedura penale*, XXIII ed., Milano, 2022, 15; I. CALAMANDREI, *La prova documentale*, Padova, 1995, 5.

Sulla differenza tra le menzionate nozioni, si rinvia a TONINI, *Problemi insoluti della prova documentale*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 4, 482 ss., il quale si pone in senso nettamente critico rispetto alla scelta del codificatore, che, a detta del citato Autore, si è comportato alla stregua di un «sovrano assoluto» nell’attribuire arbitrariamente alle parole un significato differente dal senso con il quale vengono di norma adoperate, «anche se ciò è fatto per

propria volta la documentazione costituisce un atto del procedimento, la cui forma, ai sensi dell'art. 134, comma 1, c.p.p., è il *verbale*: esso, lo si desume linearmente da quanto detto, costituisce perciò la *rappresentazione* di un atto del *medesimo* procedimento in cui è formato⁸⁸.

Nelle aspirazioni del legislatore, quest'ultima sistematizzazione avrebbe consentito di evitare la frizione tra due istanze *lato sensu* gnoseologicamente orientate, ossia quella sottesa alla predilezione di una data metodica euristico-maieutica per la formazione dello strumentario probatorio e quella conservativo-informativa implicata dall'attività di documentazione. E ciò perché, come si legge nella *Relazione al progetto preliminare* al 'nuovo' codice, il verbale non avrebbe dovuto costituire esso stesso fonte di prova (se non a date, eccezionali, condizioni).

Eppure, questa rigorosa demarcazione che il codice di rito traccia, tra documentazione degli atti infraprocessuali e documento extraprocessuale, nel momento migratorio si annulla: il verbale che dà conto dell'assunzione di un dato mezzo di prova (per definizione *non* documentale) si trasfigura in forza ed in funzione del trapasso interprocessuale ed acquisisce i connotati tipici della prova documentale⁸⁹. La ragione è presto detta: se la rappresentazione su una base materiale di fatti avvenuti *al di fuori* del

una qualche finalità apprezzabile»; P. TONINI-C. CONTI, *Manuale*, cit., XXIII ed., 385 ss.; L. KALB, *Il documento nel sistema probatorio*, cit., 56 ss., in partic. 72; N. ROMBI, *La prova documentale*, in AA.VV., *La prova penale*, a cura di P. Ferrua-E. Marzaduri-G. Spangher, Torino, 2013, 575 ss., cui si rinvia anche per la ricca rassegna bibliografica; M. MENNA, *La prova documentale, l'acquisizione delle sentenze irrevocabili e le letture dibattimentali*, in AA.VV., *Il "doppio binario" nell'accertamento dei fatti di mafia*, a cura di A. Bargi, Torino, 2013, 863 ss.; F. PORCU, *Digitalizzazione degli atti, videoriprese e partecipazione a distanza*, in AA.VV., *La Riforma Cartabia. Codice penale – Codice di procedura penale – Giustizia riparativa*, a cura di G. Spangher, Pisa, 2022, 62 ss.; P.P. RIVELLO, *Gli atti. Disposizioni generali*, in AA.VV., *Gli atti nel processo penale*, Vol. II, a cura di P.P. Rivello, Torino, 2018, 4 ss.

⁸⁸ La dottrina è unanime nell'individuare nella rappresentazione di una data attività le ragioni per le quali il codice di rito di stampo accusatorio ha regolamentato la suddetta forma di documentazione. Vi è chi, pur riconoscendo come l'opzione per il formalismo garantista possa apparire coerente con il modello adversary prescelto dai *conditores*, ha tuttavia paventato una qual certa discontinuità valoriale tra i principi essenziali del processo accusatorio, da un lato, e, dall'altro, la possibilità, offerta dalla conservazione tramite verbale, che il giudice formi il proprio convincimento su quanto in esso rappresentato, a distanza di tempo dal momento della acquisizione delle prove nelle forme accreditate. Cfr., sul punto, A. PULVIRENTI, voce *Art. 134*, cit., 1472; quanto alla inadeguatezza ad assicurare l'oralità in ragione delle concrete modalità adoperate – su cui v. *infra* – si rinvia alle considerazioni spese da G.F. RICCI, *Principi*, cit., 329 ss.; nonché, con riferimento al rito civile, L. DITTRICH, *L'assunzione delle prove nel processo civile italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 3, 597 ss.

D'altronde, altro filone esegetico ha ritenuto che la predisposta disciplina in punto di verbalizzazione degli atti rappresentasse una delle innovazioni del neonato codice accusatorio ricollegate proprio ai principi di oralità ed immediatezza, dal momento che «solo la concreta disponibilità di adeguati strumenti tecnici per la stesura di verbali in tempo reale consente di realizzare» i menzionati canoni. Così A. MESTITZ, *La documentazione nel processo penale e la videoregistrazione: esperienze e ricerche*, in *Doc. gius.*, 1992, 6, 636; per una peculiare posizione, F. CERVETTI, voce *Verbale (dir. proc. pen.)*, cit., 615; più di recente, P.P. RIVELLO, *La documentazione*, cit., 177.

⁸⁹ P. TONINI, *La prova penale*, IV ed., Padova, 2000, 208; G. BONINSEGNA, *Flusso di conoscenze e migrazione di prove tra procedimenti separati*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1992, 548.

giudizio e rilevanti ai fini della formazione della conoscenza del giudicante sul *thema probandum* e *decidendum* viene classificata come mezzo di prova, *sub specie* documento, la verbalizzazione dell'attività istruttoria intervenuta in altra vicenda processuale, in quanto *estrinseca* e geneticamente *estranea* rispetto al rito nel quale la si voglia riversare, viene fatta confluire nell'alveo delle prove documentali⁹⁰.

Come si desume da quanto abbiamo osservato, nel momento migratorio si compiono ben due processi di metamorfosi di tipo strutturale, oltreché nominale e 'idealtipico'. La prova costituenda assume la veste di prova precostituita, il verbale infraprocessuale trasmuta in documento extraprocessuale. Si tratta di stratagemmi nominalistici adottati dal codificatore del 1988, di cui si percepisce una sottile incongruenza rispetto tanto alla predilezione, costituzionalizzata, per una modalità di costruzione del sapere giudiziale incentrata sulla estrapolazione orale della conoscenza dai dichiaranti dinanzi al giudicante investito della questione⁹¹, quanto alla *ratio* della proclamata ripartizione tra

⁹⁰ G.M. BACCARI, *Il temperamento tra la libera circolazione degli atti e diritto al contraddittorio*, in AA.VV., *Le nuove leggi penali*, Padova, 1998, 190; R. CANTONE, *La "circolazione probatoria tra procedimenti"*. *Le modifiche introdotte dalla L. n. 63/01*, in *Cass. pen.*, 2002, 7-8, §2; S. ASTARITA, *Circolazione della prova e delle sentenze nei processi di criminalità organizzata*, in AA.VV., *Il "doppio binario" nell'accertamento dei fatti di mafia*, a cura di A. Bargi, Torino, 2013, 804-805. Una particolare ricostruzione è quella prospettata da M. MENNA, *La prova documentale, l'acquisizione delle sentenze irrevocabili e le letture dibattimentali*, cit., 870, il quale pone in risalto anche il fatto che il verbale di prove, rispetto al procedimento *ad quem*, vale come documento in virtù della propria natura di atto extra procedimentale che si apprezzerrebbe «sia sotto il profilo della provenienza da un soggetto che abbia potere di accertamento o investigativo del processo di arrivo, sia sotto l'aspetto della originaria finalizzazione all'accertamento della regiudicanda del procedimento *ad quem*». Tuttavia, a nostro avviso, focalizzare il discrimine su profili teleologico-funzionalistici non appare dirimente, in quanto invero se le parti intendono far acquisire il verbale di prova aliena ciò ne implica la sua pertinenza e rilevanza rispetto all'oggetto dell'accertamento della vicenda giudiziale *ad quem*; altrettanto insoddisfacente appare il richiamo al criterio soggettivo della riferibilità dell'atto all'esercizio di potere accertativo e/o investigativo da parte dell'autorità nella sequenza procedimentale di destinazione, in quanto si tratta di visione 'parziale' del fenomeno probatorio, nel quale, in realtà, anche le parti private (che certo non sono titolari di autorità investigativa e del potere giudiziale) intervengono al compimento di atti processuali documentabili tramite verbale, di cui l'assunzione di prove costituisce il miglior esempio.

⁹¹ Osserva P.P. DELL'ANNO, *Prova documentale e circolarità della prova*, in AA.VV., *La prova penale*, Vol. II, Trattato diretto da A. Gaito, Torino, 2008, 670 ss., la «palese incongruenza e la indubitabile forzatura soprattutto linguistica» insite nelle scelte del legislatore nella materia che ci occupa.

A. SANNA, *Trasmigrazioni probatorie e limiti alle letture dibattimentali*, in *Giur. it.*, 1993, 2, § 2: «Se i verbali raccolti in altro procedimento condividono con i documenti in senso stretto, l'origine esterna *all'iter* in corso, la differenza tra le due categorie si fa, invece, marcata ove si considerino le rispettive funzioni probatorie. Si è osservato che uno scritto contenente una dichiarazione di scienza può essere utilizzato dal giudice solo come mezzo idoneo a provare il fatto storico dell'avvenuta dichiarazione, ferma restando l'irrelevanza del contenuto narrativo. Ovvie ragioni di tutela dell'oralità vieterebbero l'impiego di "documenti anomali", recanti elementi di prova ancora ottenibili attraverso il contraddittorio dibattimentale». L'A. si fa portavoce di una tesi particolarmente rigorosa, prospettata agli albori del codice Vassalli da una certa parte della dottrina, secondo la quale un sistema che aveva elevato a canone identitario del processo penale il principio dell'oralità e del contraddittorio non avrebbe dovuto ritenersi compatibile con la possibilità per il giudice di ricavare la prova dei fatti dedotti in imputazione tramite la fruizione di documenti rappresentativi non di fatti, bensì di dichiarazioni di scienza, aggirandosi altrimenti in modo subdolo il precetto che avrebbe voluto che tali elementi di prova, se ancora possibile, fossero formati in dibattimento nell'oralità dell'esame incrociato. Si tratta di posizione che, sul piano della dogmatica generale, è stata contestata da altra dottrina (da ritenersi oggi prevalente e preferibile; per tutti, P. TONINI, *Problemi insoluti della prova documentale*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 4, 482 ss.; P. TONINI-C. CONTI, *Manuale*, cit., XXIII ed., 387; nel medesimo senso già Corte cost., 17 marzo 1992, n. 142, in *Giur. it.*, 1993, I, 1,

documentazione e documento⁹².

La sottolineatura di siffatte antinomie di sistema non ha valore meramente teorico e classificatorio. Si riflette, invero, su molteplici aspetti di operatività del trasferimento interprocessuale di prove. Al netto di ciò che diremo nei paragrafi seguenti, preme in questa sede porre in luce, sinteticamente, un profilo dei più problematici.

Un tratto di estrema delicatezza è rappresentato dalla trasfigurazione dell'esperienza orale dell'assunzione della testimonianza (e, così, di ogni altra prova costituenda di tipo dichiarativo) in un'esperienza di solipsistico relazionarsi del giudice con il protocollo scritto⁹³.

Al di là della differente impostazione adottata, sul fronte istruttorio, da ciascun modello processuale e, dunque, del maggiore o minore spazio riservato alla prova documentale quale canale acquisitivo di conoscenza giudiziale, ciò che occorre

297). Si è, in specie, obiettato al riferito indirizzo che, da un canto, l'art. 234 c.p.p. non opererebbe alcun distinguo tra rappresentazione di fatti e di dichiarazioni; dall'altro, vigendo nel sistema il diritto alla prova quale espressione di prerogative costituzionali (artt. 24, comma 2, e 111, comma 3, Cost.), le deroghe a tale istanza individuale devono essere esplicitate dal legislatore che positivizzi divieti probatori *ad hoc*, che nella specie non si rinvergono nel substrato normativo. Anzi, il tenore dell'art. 240, comma 1, c.p.p. che sancisce l'inutilizzabilità del documento anonimo con precipuo ed esclusivo riguardo per il documento contenente dichiarazioni, depone proprio per l'utilizzabilità di siffatto tipo di prova documentale, a condizione che ne sia noto l'autore (logica in un certo senso analoga a quella che funge da *ratio* dell'*exclusionary rule* di cui all'art. 195, comma 7, c.p.p. in tema di testimonianza indiretta). Due cautele soccorrono parti e giudice innanzi ad un elemento documentale rappresentativo di dichiarazioni: *i*) la carenza di un diretto confronto con l'autore della dichiarazione potrà costituire argomento per svalutare e dequotare l'affidabilità euristica del documento che la contiene; *ii*) nel caso si tratti di dichiarazioni *contra reum*, interverrà l'inutilizzabilità 'filtro' prevista dall'art. 526, comma 1-bis, c.p.p. (oltretutto dal secondo periodo dell'art. 111, comma 4, Cost.), qualora l'autore della dichiarazione, per libera scelta, si sottragga al confronto con l'imputato che ne chieda l'escussione a prova contraria.

Sul menzionato dibattito, cfr. anche N. ROMBI, *La prova documentale*, cit., 586 ss.

⁹² P. TONINI, *Problemi insoliti della prova documentale*, cit., §1, evidenzia «l'imbarazzo dimostrato dal codice nel regolamentare questa materia ed i conseguenti conflitti» che essa chiama in causa con riferimento al bilanciamento tra immediatezza e non dispersione della prova.

⁹³ S. ASTARITA, *Circolazione della prova e delle sentenze nei processi di criminalità organizzata*, cit., 805.

Evidenzia il rischio di una fallace estrapolazione di contenuto conoscitivo dalla mera lettura di un verbale di testimonianza L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, VII ed., Bari, 2002, 109-110: «Se poi non abbiamo ascoltato la testimonianza dalla viva voce di Tizio ma disponiamo soltanto del verbale nel quale essa è stata trascritta, anche la testimonianza risulta degradata ad indizio [...] e alle tre inferenze dobbiamo aggiungerne una quarta: quella dal verbale al fatto, del quale soltanto il verbale è prova, che in passato Tizio ha verosimilmente dichiarato quanto è stato verbalizzato senza che le sue deposizioni siano state fraintese o distorte o coartate [...] nel caso qui esemplificato di verbale di testimonianza» si ha a che fare con una «probabilità (di probabilità (di probabilità (di probabilità))) di probabilità». Quanto più ci si allontana dalla diretta fonte di conoscenza dei fatti, quanti più filtri di veicolazione del contenuto di tale conoscenza si frappongono rispetto alla fonte diretta, quanto meno si ha la possibilità di sondare e scandagliare direttamente l'affidabilità del portatore dell'informazione rilevante, e tanto più sarà probabile incorrere in errori valutativi, dovuti ai necessari *step* logico-inferenziali richiesti per risalire al compiuto apprezzamento del portato informativo veicolato dallo scritto. con lo svantaggio, esiziale in un processo che accoglie in maniera privilegiata, anche se tendenziale, il principio di immediato contraddittorio nella formazione orale della prova, del difetto di alcun tipo di interazione possibile tra il *medium* che immette nel giudizio una certa conoscenza, le parti ed il giudice. Al più si potrà realizzare una mera oralità *critica* sulla provenienza ed il contenuto del verbale, ma certamente la presa di contatto a fini probatori con la documentazione della testimonianza (e non col testimone) annichilirà il senso profondo della immediatezza maieutica e del contraddittorio genetico che informano il metodo giudiziale di apprensione della miglior conoscenza possibile.

segnalare è il fatto che ogni sistema si premura di disciplinare le due tipologie di mezzo istruttorio secondo principi e regole *ad hoc*, che tengano debitamente conto delle caratteristiche strutturali del *medium* che veicolerà l'informazione rilevante nel compendio probatorio, in consonanza con i valori eletti a bussola del sistema stesso. Nel momento in cui, tuttavia, una data prova orale venga riversata altrove sotto forma di documento (*rectius*: 'pseudo-documento'), si corre il rischio che la stessa venga trattata secondo il reticolato normativo che disciplina non tanto il mezzo di prova originario cristallizzato nel verbale circolante, quanto piuttosto il mezzo istruttorio documento, con cui tuttavia la prova esterna non condivide altro se non l'involucro che ne permette il trapasso in altra sede⁹⁴.

Una simile dinamica potrebbe tradursi o nella svalutazione dei profili che, nella sfera processuale di origine, tratteggiano la *forma essentialis* dell'atto istruttorio che ha originato la prova prestata e, dunque, nell'aggiramento degli eventuali difetti genetici che possano inficiare quest'ultima; ovvero nella subdola vanificazione dell'impianto sistematico della *lex probatoria* del processo di destinazione, nella misura in cui la mera considerazione della struttura documentale assunta dalla prova *aliunde* conduca ad ignorarne l'appartenenza ad un determinato tipo di mezzo istruttorio e ad offrirne un trattamento indiscriminatamente omologato a quello tipico del documento di cui porta le vesti⁹⁵.

Indebita operazione ermeneutica che, per giunta, sembrerebbe adottata con la recondita finalità di aprire le porte del giudizio ad una indistinta massa di informazioni, estrapolabili da atti istruttori assunti in altro processo, sol che esse risultino in una qualche misura potenzialmente significative per l'adozione della decisione, secondo un approccio che condivide tratti e con il risalente modello processuale inquisitorio e con il *Total Evidence Principle* di cui già abbiamo detto in senso critico. Ne è un eclatante

⁹⁴ N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., 6.

⁹⁵ Così anche I. CALAMANDREI, *La prova documentale*, cit., 107; N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., 158 ss.

Evoca un problema di consimile tenore, per quanto relativo ad altra problematica e comunque affrontato secondo impostazioni teoriche ormai superate dalle più recenti elaborazioni della letteratura, F. CARNELUTTI, *La prova civile Parte generale: il concetto giuridico della prova*, Milano, 1992, 138 ss., il quale richiama quella che, a suo dire, sarebbe la principale differenza idonea a distinguere, sul piano strutturale, documento e testimonianza (ossia la contestualità o meno della attività di rappresentazione rispetto al verificarsi del fatto e, di conseguenza, la finalizzazione alla futura spendita a fini conoscitivi del primo ed il fatto di avere quale referente il passato dell'altra), criticando chi, cogliendo solo l'aspetto operativo dell'attività di rappresentazione che connoterebbe tanto il documento quanto la testimonianza, finiva per trattare l'atto pubblico alla stregua di «testimonianza del notaio», sovrapponendo indebitamente le discipline dei due mezzi di prova.

esempio la tralatizia massima della giurisprudenza civile (ma anche di quella nata nel procedimento di prevenzione) che, puntando il *focus* sul mero fenotipo delle prove penali circolanti, ne ammette l'inclusione nel fascicolo della causa all'esito della mera attività di esibizione e produzione del protocollo che le incorpora, trattandosi di documenti e non necessitando, pertanto, di alcun altro incombente per essere legittimamente portate a conoscenza del giudice.

Peraltro, l'esasperata sottolineatura della forma documentale – in luogo della sostanza di prova orale – sembra riportarci ad una prospettiva risalente ad uno dei Maestri della procedura, Francesco Carnelutti, che ormai dovrebbe ritenersi superata dalle più recenti acquisizioni dell'epistemologia giudiziaria. In specie, Carnelutti⁹⁶, sul presupposto – oggi da revocarsi in dubbio – della assoluta obiettività della rappresentazione in forza del non intervento dell'uomo nel momento della sua riproduzione⁹⁷, affermava l'«eccellenza della rappresentazione *documentale* sulla rappresentazione *testimoniale*». Anche Carnelutti, tuttavia, ammetteva che l'escussione testimoniale, contrariamente alla arida consultazione del documento, assicurasse la possibilità di un vivo confronto con il dichiarante, al quale chiedere precisazioni, chiarimenti, approfondimenti per meglio apprendere i fatti da questi rappresentati 'a viva voce'.

La fiducia estrema nell'obiettività del documento si esaltava ancor più allorché la rappresentazione fosse, come nel caso che ci occupa, operata nel contesto giurisdizionale e concernesse l'attività svolta dinanzi al giudice: com'è stato evocativamente sostenuto, la scrittura della verbalizzazione «permette[va] di ridurre la comunicazione nel processo ad una informazione *neutrale ed obiettiva* sul presupposto del rapporto tra parole e cose [...] la scrittura, che diviene la *forma privilegiata* della comunicazione nel processo, realizza[va], con riferimento al presente, *l'ideale cartografico della conoscenza*»⁹⁸.

⁹⁶ F. CARNELUTTI, *La prova civile*, cit., 108 ss.

⁹⁷ Oltre che delle due caratteristiche dell'*immediatezza* e della *permanenza*, in virtù delle quali il documento sarebbe più affidabile in quanto la rappresentazione e la sua fissazione sul supporto materiale avverrebbero nell'immediatezza del fatto rappresentando e, quindi, prima e al di fuori del processo, ed in quanto non transeunte e dunque durevole, così da agevolare la possibilità di entrare in futuro, più volte, in contatto col fatto rappresentato, reso così disponibile al giudice.

⁹⁸ A. GIULIANI, voce *Prova (fil. dir.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Milano, 1988, 539 (corsivo nostro). Per ciò che concerne il settore civile ampiamente inteso, la predilezione per la forma documentale di trasmissione della conoscenza si radica, oltretutto su una asseritamente «legittima diffidenza» (*Relazione Ministeriale al codice*

Ebbene, nonostante una «cultura cartacea»⁹⁹ ancor dura a morire, oggi si sa quanto poco obiettiva possa essere anche (verrebbe da dire, soprattutto) l'informazione veicolata tramite il mezzo documentale¹⁰⁰. Ciò vale, in maniera ancor più significativa, quando si tratti della rappresentazione degli atti processuali, in specie perché tradizionalmente le tecniche di cristallizzazione dell'attività procedimentale non appaiono idonee a restituire davvero un fedele, completo e dettagliato resoconto dell'attività processuale svolta, in special modo allorché si tratti di acquisire contributi dichiarativi (ma il problema è analogo in caso di necessità di descrivere determinate operazioni, come ad es. la ricognizione di persone).

Si consideri, *in primis*, che, nel processo penale del recentissimo passato, l'audioregistrazione con successiva trascrizione¹⁰¹, disposta in occasione dell'audizione di dichiaranti (testimoni, parti, esperti) nel dibattimento, se pure consentiva (consente)

civile, n. 1114, 2° cpv.) da sempre suscitata dalle prove orali, su di un approccio sostanzialistico (di cui già si è altrove dato conto nel precedente Capitolo) che intende le prove, ed in specie quelle documentali, quali condizioni di preventiva difesa nelle negoziazioni private nonché come strumento di tutela dei diritti prima e fuori dal processo. Così M.C. Vanz, *La circolazione della prova*, cit., 54. Tuttavia, preme segnalare come un simile quadro concettuale, che definisce i tratti del mezzo di prova documentale, tributandogli attestazioni di maggior affidabilità rispetto ad ogni altro strumento informativo, in virtù e della contestualità della sua genesi all'attività negoziale di parte e della sua funzionalizzazione alla auspicata prevenzione di future liti o alla precostituzione intenzionale di un mezzo idoneo a difendere le proprie ragioni, non si attagli al peculiarissimo mezzo di prova documentale rappresentato dalle prove allogene, posto che le stesse trovano genesi in un contesto già litigioso, giurisdizionale, non sono intenzionalmente 'create' a futura memoria per fruirne poi in un diverso contesto processuale e, per giunta, non sono sul piano oggettivo-contenutistico assimilabili al documento di cui al codice civile.

⁹⁹ A. MESTITZ, *La documentazione nel processo penale*, cit., 639.

¹⁰⁰ Interessanti in questo senso le osservazioni proposte da F.M. IACOVELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013, 188, il quale riferisce come, nel sistema anglosassone, si viva un senso di sfiducia rispetto alla prova nella misura in cui si ha consapevolezza della sua deformabilità, nonostante la si esalti come mezzo di conoscenza: da ciò discende una spiccata ostilità nei riguardi delle prove preformate provenienti da altri processi, cui si contrappone, conseguentemente, «la tendenza a convertire ogni prova documentale in prova testimoniale [...]». La prova è formata dai litiganti in presenza del giudice». Cfr. altresì M. DAMAŠKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, trad. it. di F. Cuomo Ulloa e V. Riva, a cura di M. Taruffo, Il Mulino, Bologna, 2003, 28-29.

Che anche con riferimento ai documenti – ed anzi, a maggior ragione per questo tipo di prova 'muta' ed incapace di interazione – si pongano notevoli problemi in punto di attestazione dell'affidabilità euristica del relativo contenuto informativo nonché della credibilità del suo autore si può evincere dalla già richiamata regola di esclusione che, nel rito penale, pretende l'espunzione dal panorama istruttorio fruibile per la decisione dei documenti anonimi (con la sola eccezione di quelli che comunque provengano dall'imputato, che gode di un simile beneficio quale esplicazione del diritto di difesa: resta comunque il fatto che l'anonimo proveniente dall'imputato sarà vagliato dal giudice che, rimasta ignota la fonte del documento, potrà valutarlo del tutto inattendibile).

¹⁰¹ Sul piano strettamente dogmatico, preme segnalare che, sulla scorta del quadro normativo concernente la disciplina della documentazione degli atti, la c.d. fonoregistrazione rappresenterebbe un mero modo documentativo dell'attività istruttoria che però non assurge al rango di verbale, ma ad esso – di regola redatto in forma riassuntiva – si aggiunge e lo accompagna. G.P. VOENA, *Atti*, in M. Bargis, *Compendio di procedura penale*, X ed., Padova, 2020, 186 ss. Non così D. CARNEVALI, voce *Tecnologie dell'informazione*, cit., §8, per cui, invece, anche le registrazioni audio (nonché quelle video) dovrebbero annoverarsi tra le forme di verbalizzazione integrale, nonostante poi l'A. sia costretto ad ammetterle comunque il carattere aggregativo e non sostitutivo rispetto alla redazione 'illustrativa' del verbale quantomeno riassuntivo.

di conservare traccia quantomeno dell'integralità del dialogo tra soggetto escusso, parti interroganti e giudice, costituiva (e costituisce) una forma incapace di veicolare tanto quegli indispensabili tratti prosodici che permettono di interpretare e contestualizzare l'esperienza probatoria attestata per iscritto, quanto il contesto spaziale nel quale essa si realizzasse¹⁰². Aspetti, tutti, che svolgono un ruolo maieutico essenziale per il giudice chiamato a valutare il portato conoscitivo veicolato dai *relata* del dichiarante e che, se non riportati nel verbale, andranno perduti, con elevata probabilità, per il giudicante stesso che, a distanza di mesi o, magari, anni, dovrà esprimersi su prove della cui assunzione avrà perso il ricordo, e, con matematica certezza, per un qualunque altro organo giudicante che si trovi a formare il proprio convincimento sui verbali riproduttivi di una prova alla cui assunzione non abbia preso parte. Situazione che si verifica ogniqualvolta una prova sia immessa nei canali di osmosi interprocessuale.

Ma con ancor maggior incisività il difetto della verbalizzazione si apprezza con riferimento a tutte quelle situazioni processuali nelle quali il legislatore prescriva la documentazione in forma riassuntiva¹⁰³. Allorché si adotti una simile tecnica di fissazione di quanto avvenuto in udienza, specie se si tratta dell'assunzione di prove orali, il risultato non è in grado neppure di veicolare al lettore il compiuto tenore delle dichiarazioni effettivamente rilasciate dal dichiarante. Senza contare l'influenza inevitabile sul tono dello scritto e sul suo contenuto esercitata dall'autore stesso della verbalizzazione, così come non si può trascurare, sulla stessa resa dell'audizione in termini di efficace apprensione delle informazioni nel modo più dettagliato e attendibile possibile, l'inibizione alla spontaneità delle risposte o, comunque, alla fluidità della dinamica dell'audizione che discende dalla necessità di provvedere via via alla sintesi di quanto avvenga innanzi al giudice¹⁰⁴.

Si capisce, dunque, come il trapasso in altro processo di un verbale altrove redatto e l'assimilazione di questo ad una prova rechina con sé la difficoltà della difettosa

¹⁰² Sulle linee generali della disciplina della documentazione degli atti processuali penali antecedente all'intervento della Riforma Cartabia (d.lgs. 150/2022), volendo G. PECCHIOLI, *Mutamenti di paradigma nella documentazione della prova dichiarativa: luci e ombre della disciplina che verrà*, in *Foro it.*, Gli Speciali, 2022, 1, 189 ss.; nonché, diffusamente, P.P. RIVELLO, *Gli atti*, cit., *passim*; A. PULVIRENTI, voce *Art. 134*, cit. *passim*.

¹⁰³ Cfr., in generale, sul punto, A. PULVIRENTI, voce *Art. 134*, cit., 1472; quanto alla inadeguatezza ad assicurare l'oralità in ragione delle concrete modalità adoperate – su cui v. *infra* – si rinvia alle considerazioni spese da G.F. RICCI, *Principi di diritto processuale generale*, cit., 329 ss.

¹⁰⁴ Così, con riferimento al rito civile, L. DITTRICH, *L'assunzione delle prove nel processo civile italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 3, 597 ss.

rappresentatività del protocollo processuale, unita alla incapacità di assicurare appieno il rispetto dei canoni di contraddittorio, oralità e immediatezza. Con indubbie perdite in termini di accuratezza accertativa.

Tant'è che, anche da parte di chi a tutt'oggi nutre scetticismo e diffidenza rispetto all'efficacia conoscitiva dei *relata* testimoniali oltre che al valore che l'apprezzamento contestuale, immediato del contegno e della prossemica del dichiarante possa spiegare sul perseguimento di un accertamento dei fatti maggiormente accurato¹⁰⁵, si è sottolineato il ruolo di rilievo che una forma di verbalizzazione più fedele alla reale ritmica di assunzione della prova orale potrebbe assumere nel ridurre i summenzionati rischi insiti nella messa in circolazione interprocessuale di tali verbali. Si è dunque suggerito di adottare tecniche di audio/video-registrazione dell'assunzione delle testimonianze per «rendere alla prova per testi quell'effettività e quell'immediatezza che questo mezzo di prova pare aver perso»¹⁰⁶

Questo spunto dal sapore pragmatico offre il destro per affrontare un ultimo profilo teorico che potrebbe rivelarsi di pratica importanza se calato nel contesto della circolarità della prova penale, specie in direzione di processi extrapenali.

Difatti, le criticità poste in luce sin qui e quelle già evidenziate nel precedente paragrafo sembrano, in parte, convergere se sol si ponga mente alle recenti e, per certi aspetti, affascinanti innovazioni introdotte dalla Riforma Cartabia con precipuo riferimento alle tecniche di documentazione delle prove dichiarative assunte nel dibattimento penale (nonché delle informazioni acquisite in sede di indagini preliminari). Vale, dunque, la pena dedicare un *excursus* a siffatta tematica, per verificare e puntualizzare in che termini una simile innovazione possa plausibilmente generare asperità operative allorché la nuova disciplina venga ad interagire con la dinamica tipica dell'interscambio di prove tra procedimenti differenti¹⁰⁷.

Il menzionato intervento riformatore ‘bifasico’, facendosi carico di un auspicato ed atteso rinnovamento culturale in capo agli operatori giuridici¹⁰⁸, in un «ecosistema»¹⁰⁹

¹⁰⁵ L. QUERZOLA, *L'efficacia dell'attività processuale*, cit., 159 ss., nonché, *ivi*, riferimenti bibliografici.

¹⁰⁶ L. QUERZOLA, *L'efficacia dell'attività processuale*, cit., 161; in termini, L. DITTRICH, *La ricerca della verità*, cit., 117.

¹⁰⁷ Le riflessioni che seguono costituiscono una riproposizione aggiornata di quanto già prospettavamo nel nostro *Mutamenti di paradigma nella documentazione della prova dichiarativa: luci e ombre della disciplina che verrà*, in *Foro it.*, Gli Speciali, 2022, 1, 189, *passim*.

¹⁰⁸ A questo proposito, E.N. LA ROCCA, *Il modello di riforma “Cartabia”: ragioni e prospettive della Delega n.*

sino ad oggi all'apparenza refrattario all'ingresso della tecnologia¹¹⁰, sembra aver fatto dell'implementazione dell'uso delle nuove tecnologie uno dei suoi punti di forza, con il dichiarato intento di rileggere in sinergia garanzie ed efficienza¹¹¹.

In particolare, sorvolando su tutta una serie di interessanti novità legislative in tema di digitalizzazione del processo penale, per quel che qui interessa, sulla scorta dei criteri direttivi varati dal legislatore delegante¹¹², il decreto delegato n. 150 del 2022 ha predisposto uno specifico catalogo di atti istruttori dibattimentali (in specie: esame di testimoni, periti, consulenti tecnici, parti private e imputati connessi, nonché ricognizioni e confronti), per i quali viene imposta, salvo contingente indisponibilità della necessaria strumentazione e/o risorse umane, la documentazione mediante registrazione *audiovisiva* (art. 510, comma 2-*bis*, c.p.p.)¹¹³. In forza di espressi richiami,

134/2021, in *Arch. pen.*, 2021, 3, 1ss., riconosce alla riforma di muoversi su un «sottofondo pedagogico».

¹⁰⁹ B. GALGANI, *Il processo penale in 'ambiente' digitale: ragioni e (ragionevoli) speranze*, in *Quest. giust.*, 17 gennaio 2022, 1.

¹¹⁰ Oggi anche per il timore che un suo utilizzo potenzialmente sregolato possa rappresentare un grimaldello per scardinare i principi nodali che la Costituzione pone a base della legalità del giusto processo.

¹¹¹ G.L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della 'legge Cartabia'*, in *Sist. pen. web*, 15 ottobre 2021, 3. Con specifico riferimento al tema della videoregistrazione, M. GIALUZ-J. DELLA TORRE, *L'inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*, Torino, 2022, 298, con riferimento alla legge di delega, ritengono che le disposizioni previste dalla legge n. 134/2021 siano di «utilità [...] per le dinamiche processuali»; in termini, P. TONINI-C. CONTI, *Manuale*, XXIII ed., cit., 49 ss., nonché *Addenda*, cit., 28; F. PORCU, *Digitalizzazione degli atti*, cit., 43 ss.

¹¹² Per quanto qui importa, viene in rilievo il contenuto dell'ottavo comma dell'art. 1 della l. 134/2021. In tale sede si sono prescritti tre criteri direttivi variamente concernenti l'uso della audio/videoripresa nel compimento di attività del procedimento penale. In particolare, la lett. a) disponeva che il delegato prevedesse «la registrazione audiovisiva come forma ulteriore di documentazione dell'interrogatorio che non si svolga in udienza e della prova dichiarativa» (con l'immancabile clausola che fa salvi i casi di contingente indisponibilità di risorse tecniche ed umane per provvedere in concreto con tali modalità). La successiva lett. b) imponeva di stabilire in quali casi l'assunzione di informazioni nel corso delle indagini andasse quantomeno audio-registrata, senza alcun obbligo di trascrizione. Infine, con una previsione piuttosto inconferente rispetto al contenuto dei precedenti criteri direttivi, la lett. c) affrontava il problema della disciplina dei casi di partecipazione a distanza agli atti del procedimento e/o all'udienza. L'origine prossima della predisposizione di un simile articolato è da rinvenirsi nella diatriba sul mutamento dell'organo giudicante e sulla sorte da riservare alla attività istruttoria compiuta dinanzi al giudice mutato, di cui si è già dato conto nel precedente Capitolo I, § 3.b., cui si rinvia, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici.

¹¹³ In una precedente occasione avevamo segnalato un possibile profilo di criticità insito nella formulazione del criterio direttivo da cui origina il menzionato art. 510, comma 2-*bis*, c.p.c., che sembrerebbe aver posto rimedio a tale debolezza. In particolare, notavamo che la disposizione ex art. 1, comma 8, lett. a) della legge di delega n. 134 del 2021 ponesse, tra l'altro, un delicatissimo problema di rilievo dogmatico, prima ancora che pratico-operativo, inerente alla definizione dell'area di estensione del concetto di «prova dichiarativa» cui faceva genericamente riferimento. È senz'altro noto, e basta una rapida lettura del Libro III del codice di rito per rendersene pienamente conto, che il legislatore non ha catalogato i mezzi di prova mediante una suddivisione inerente al *medium* di veicolazione dell'informazione conoscitiva dinanzi al giudice (prova orale o dichiarativa, per un verso, e prova reale, per l'altro), ma ha delineato differenti strumenti probatori a seconda dell'oggetto (es. sapere tecnico, scientifico o artistico; precedente riconoscimento di un soggetto, suono, oggetto *etc.*) o della struttura della procedura necessaria per estrarre un certo sapere da chi/ciò che lo detiene (es. confronto tra più soggetti; lettura del documento; esame di chi abbia conoscenza dei fatti oggetto di prova *etc.*), denominandoli in maniera tipica. Ebbene, da un lato, in mancanza di una definizione *ex lege* di «prova dichiarativa», il contenuto di tale concetto è stato delineato in termini abbastanza precisi dalla dottrina tradizionale; dall'altro, non si possono sottacere i più recenti (ed illuminati) approdi della giurisprudenza della Suprema corte penale: *inter alia*,

le nuove forme di documentazione prescritte per il giudizio dibattimentale si applicano altresì in incidente probatorio (art. 401, comma 5, c.p.p.) e nel corso del giudizio abbreviato nel quale si disponga l'integrazione probatoria *ex officio* o quale condizione posta dall'imputato all'accesso al rito speciale (art. 441, comma 6, c.p.p.)¹¹⁴.

Una, seppur concisa, analisi della collocazione dogmatica da assegnare, oggi, alla forma di documentazione tramite videoregistrazione si impone, per comprendere in che maniera tale innovazione normativa si rifletta sulle dinamiche circolatorie.

Ad un'analisi di dettaglio del tenore letterale del predetto art. 510, comma 2-*bis*, c.p.p. parrebbe possibile evincere che con l'ultima riforma si pervenga ad un decisivo capovolgimento nella configurazione dei rapporti tradizionali istituiti dalla previgente normativa (in specie, art. 134 c.p.p. ante riforma) tra verbalizzazione 'cartacea' e documentazione audiovisiva, sino ad oggi intesa quale mero modo documentativo dell'attività istruttoria che però non assurgeva al rango di verbale.

La delega e il successivo decreto attuativo sembrerebbero aver sovvertito siffatto storico, netto discrimine tra verbalizzazione e riproduzione audiovisiva, coniando, con un salto rivoluzionario, una nuova categoria di processo verbale, *i.e.* il 'video-verbale'¹¹⁵. L'assunto sembra confermato dalle scelte lessicali operate nel citato comma

le Sez. un. Pavan del 2019 – pur se solo in parte e, forse, con approccio un po' ambiguo – hanno decretato *expressis verbis* l'inclusione della perizia e della consulenza tecnica di parte nel novero delle prove definibili come «dichiarative» (Cass., S.U., 28 gennaio 2019 - 2 aprile 2019, n. 14426, Pavan, in *Foro it.*, 2019, 6, II, 360, nonché in *Giur. it.*, 2019, 6, 1443, con nota di L. ALGERI, *Per la reformatio in peius è obbligatoria la rinnovazione dell'esame dell'esperto*). La formulazione del criterio direttivo *de quo* appariva quantomeno imprecisa, esponendo il legislatore delegato ad un rischio di non poco momento. Qualora, difatti, nello stilare il decreto attuativo si fosse pedissequamente riportata la dicitura adoperata nella l. 134/2021, vi sarebbe stato il concreto pericolo di scardinare l'impianto stesso della parte più innovativa e resiliente del nostro codice di stampo accusatorio, ovverosia il Libro dedicato alla disciplina del diritto delle prove. Ebbene, così non è stato: il delegato ha difatti provveduto ad una tipizzazione/elencazione specificativa dei mezzi di prova la cui verbalizzazione sia da effettuarsi con il metodo «ulteriore» ed «inderogabile salva la carenza delle risorse tecniche necessarie» della videoregistrazione (elidendo, pertanto, il riferimento alla vaga categoria delle prove dichiarative). La strada percorsa ci pare encomiabile, nella misura in cui ha tenuto fede alle categorie del codice di rito penale, ha incluso, con ampiezza di vedute, anche l'audizione degli esperti nonché i delicatissimi (e sinora poco attenzionati) mezzi di prova della ricognizione e del confronto, offrendo minori appigli per fraintendimenti esegetici o interpretazioni eversive.

¹¹⁴ Inoltre, è stata disciplinata la documentazione mediante riproduzione audiovisiva o fonografica, salva la contingente indisponibilità di strumenti di riproduzione o di personale tecnico, delle dichiarazioni rese da persone minorenni, inferme di mente o in stato di particolare vulnerabilità (artt. 373, comma 2-*quater* e 357, comma 3-*ter*, c.p.p.); la documentazione mediante riproduzione audiovisiva o quantomeno fonografica degli interrogatori degli indagati (art. 373, comma 2-*bis*, c.p.p.).

Diffusamente sulle novità introdotte in materia, C. BONZANO, *La documentazione delle dichiarazioni: ancora incompiuto l'incerto cammino verso il sinolo aristotelico di sostanza e forma*, in AA.VV., *La Riforma Cartabia*, cit., 115 ss.; F. PORCU, *Digitalizzazione degli atti*, cit., 101 ss.; L. LUDOVICI, *Il "nuovo" giudizio di primo grado sospeso tra le ombre del passato e i chiaro-scuro del futuro*, in AA.VV., *La Riforma Cartabia*, cit., 508 ss.; D. CURTOTTI, *Videoregistrazioni e collegamenti da remoto*, in *Giur. it.*, 2023, 5, 1183 ss.

¹¹⁵ Vi è chi, in dottrina, ha parlato di videoregistrazione quale vera e propria «forma di assunzione delle prove dichiarative» (M. MONTAGNA, *La razionalizzazione del dibattimento e il preteso recupero*

2-bis dell'art. 510¹¹⁶, il quale dispone che i mezzi di prova ivi elencati «sono *documentati* anche con mezzi di riproduzione audiovisiva». Non solo: il successivo comma 3-bis prevede che la trascrizione¹¹⁷, oltre a non essere automatica conseguenza della videoregistrazione, non è nella disponibilità del giudice ma solo delle parti e, dunque, potrà essere disposta solo se queste ne facciano richiesta. Da ciò si desume l'autosufficienza rappresentativa della registrazione audiovisiva a fungere da documentazione dell'attività processuale per cui è prescritta e, quindi, la sua elevazione *per tabulas* a forma vera e propria di verbale '2.0'¹¹⁸.

Il mutamento di paradigma così realizzato mostra l'acquisita consapevolezza¹¹⁹, da parte del legislatore, del differente bisogno, sul piano rappresentativo-informativo, che l'attività processuale volta ad acquisire contributi dichiarativi manifesta rispetto alle altre operazioni svolte dai soggetti del procedimento. Tant'è che i criteri direttivi previsti dalla delega sul punto erano focalizzati *in toto* sulla verbalizzazione di esperienze (*lato sensu*) dichiarative.

Occorre, tuttavia, segnalare che, nonostante l'opinione autorevole di alcuni esponenti della dottrina, ad un'analisi sistematica l'entusiastico ottimismo sui benèfici effetti che

dell'immediatezza, in *Proc. pen. gius.*, 2022, 1, 135 ss., § 8). In senso conforme alla nostra ricostruzione, con riferimento alla disciplina della legge delega, L. LUDOVICI, *La disciplina del giudizio nella riforma c.d. Cartabia*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 12, 1588.

¹¹⁶ Ma a siffatta conclusione si giungeva già esaminando il relativo criterio di delega, ex art. 1, comma 8, lett. a), l.n. 134/2021, allorché imponeva che la «registrazione audiovisiva» venisse prevista quale «*ulteriore forma di documentazione*».

¹¹⁷ Trascurando, peraltro, di esaminare gli aspetti di estrema problematicità di procedere alla trascrizione di un contenuto multimediale '*multidimensionale*', che non si esaurisce in una sequenza di suoni, ma si estende anche nella 'dimensione' visiva e spaziale, difficilmente trasponibili in forma scritta in modo da trasmettere al lettore con efficacia tali aspetti. Se già pare riduttivo tradurre in parola scritta la dinamica del botta e risposta dell'esame incrociato o dell'assunzione di altri mezzi di prova (prendendo a prestito la dizione della legge delega) dichiarativa, la perdita, in termini di sfumature, dettagli, circostanze *etc.*, nel caso della videoregistrazione trascritta aumenta in modo esponenziale.

¹¹⁸ Il legislatore dell'ultima riforma ha così rimodulato l'intera disciplina della verbalizzazione degli atti procedurali. Che le cose stiano nei termini da noi prospettati è deducibile, altresì, dal tenore lessicale dell'art. 495, comma 4-*ter*, c.p.p., in cui, nel definire i limiti della rinnovabilità di prove dichiarative dinanzi al giudice mutato, il legislatore prevede che, salvo specifiche esigenze, non sia da rinnovare l'esame dei dichiaranti che sia stato «*documentato* integralmente mediante mezzi di riproduzione audiovisiva». L'uso del termine 'documentazione' induce a ritenere che il riferimento sia proprio all'attività di verbalizzazione dell'attività istruttoria suddetta. Conferma di ciò si ritrae dall'univoco dettato del criterio di delega che ha originato la disposizione testé menzionata: il comma 11, lett. d), dell'art. 1 della legge 134/2021, per stabilire i casi di legittima esclusione della rinnovazione istruttoria, si riferiva esplicitamente alle dichiarazioni «*verbalizzat[e]* tramite videoregistrazione».

Alcuni studiosi hanno visto anticipato – sebbene in modo timido, giacché abbandonato subito dopo e mai più ripreso dal 1995 – il cambio di rotta oggi compiutamente realizzato dall'introduzione dell'art. 141-*bis* c.p.p., quantunque tale norma ancora non concepisca invero il ribaltamento di prospettiva inaugurato, in apparenza, dalla riforma Cartabia e di cui si sta discorrendo. Sul punto, cfr. P.P. RIVELLO, *La documentazione*, cit., 198.

¹¹⁹ La cui mancanza era stata a suo tempo addebitata al legislatore del 1988 da taluni esponenti della dottrina. Ex multis, M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, Torino, 2015, 846; P.P. RIVELLO, *La documentazione*, cit., 179.

le innovazioni tecnologiche dovrebbero apportare si smorza.

Osservando la problematica da un orizzonte più ampio, ma di evidente impatto sulle questioni di nostro precipuo interesse, quanto alla concreta capacità dell'adozione del nuovo paradigma di video-verbalizzazione di assicurare al meglio, come il riformatore auspicherebbe, i canoni epistemico-maieutici di oralità ed immediatezza¹²⁰, da più parti, questa è stata ed è ritenuta valido supporto anche alla memoria del medesimo giudice che abbia assistito, magari molto tempo prima, all'assunzione delle dichiarazioni, e dunque strumento per assicurare il pieno apprezzamento della prosodia e della prossemica oltreché delle risposte verbali dei dichiaranti, certo superiore rispetto alla mera consultazione di protocolli cartacei riportanti la traslitterazione del parlato (o di scarni verbali riassuntivi che riproducono l'interpretazione elaborata dal verbalizzante delle risposte date dal testimone al giudice e/o alle parti e che, dunque, non restituisce certo un'immagine fedele dell'esperienza probatoria).

Eppure, se è vero¹²¹ che la consultazione del video-verbale potrebbe aiutare a cogliere dettagli significativi sfuggiti all'attenzione del giudice nel corso dell'escussione, v'è da segnalare, in primo luogo, che la videocamera, lo schermo su cui il filmato venga riprodotto, frappongono una barriera che, per un verso, filtra i fenomeni e, per l'altro, preclude l'interazione diretta tra chi osserva e chi si trova(va) sulla scena cristallizzata. L'esperienza probatoria viene decurtata, quindi, tanto di una parte di immediatezza quanto di una porzione di oralità¹²². In secondo luogo, si consideri che il *proprium* della prova testimoniale in senso ampio è la relatività al contesto¹²³,

¹²⁰ E senza tornare sulle già affrontate fibrillazioni sistematiche causate dall'interazione tra le modifiche riguardanti la verbalizzazione e quelle previste a proposito della rinnovazione istruttoria nel dibattimento dinanzi al giudice mutato: cfr. Cap. I, § 3.b.

¹²¹ Uno studio sperimentale condotto nei primi anni '90 ha evidenziato come una buona parte dei magistrati (quelli che, all'alba del nuovo codice Vassalli, non avevano pregiudizi rispetto all'introduzione dell'innovazione tecnologica della videoregistrazione ex art. 134, co. 4) aveva rilevato come la possibilità di consultare, in camera di consiglio, le videocassette li avesse aiutati a focalizzare aspetti ulteriori rispetto a quanto notato nell'immediatezza dell'escussione (a causa di un fenomeno di 'attenzione selettiva'). Cfr. A. MESTITZ, *La documentazione nel processo penale*, cit., 658. Simile risultato – per quanto risalente – offre un riscontro comunque positivo sull'efficacia gnoseologica della videoripresa come metodo di verbalizzazione delle prove dichiarative (attestando anche alcune delle, mai negate, mancanze del metodo euristico di formazione della prova accreditato dal sistema accusatorio, che tuttavia continua ad essere la tecnica migliore possibile per realizzare il fine conoscitivo del giusto processo).

¹²² L. LUDOVICI, *La disciplina del giudizio*, cit., 1588; R. ORLANDI, *Immediatezza ed efficienza nel processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, 3, 815 ss.

¹²³ M. NOBILI, *Il nuovo "diritto delle prove" ed un rinnovato concetto di prova*, in *Leg. pen.*, 1989, 397; N. GALANTINI, *Inosservanza di limiti probatori e conseguenze sanzionatorie*, in AA.VV., *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di G. Ubertis, Milano, 1992, 173.

rappresentato non solo dal *thema probandum e decidendum* e dalle domande poste dalle parti in ossequio alle proprie strategie, bensì anche dalla collocazione dell'esperienza probatoria in un certo ambiente, l'aula d'udienza, in cui interagiscono più soggetti, in cui si trova anche il pubblico (la cui presenza può incidere ad es. sul contegno di chi si trovi 'alla sbarra'). La presa di contatto con l'intera scena processuale può avere un impatto sulla formazione e sulla valutazione della prova. Una ripresa audiovisiva che si limiti ad inquadrare il dichiarante non sarebbe affatto in grado di restituire, a chi la osservi da uno schermo, l'impressione del contesto in cui la prova sia stata assunta¹²⁴.

Ciò consente di approcciare con la dovuta cautela il tema dell'interazione tra le dinamiche di interscambio probatorio e le innovative scelte per la video-verbalizzazione nel processo penale.

In via preliminare, poiché si tratta di aspetto che non trova alcun referente normativo esplicito, ci sembra interessante notare una problematica che potrebbe verificarsi nella dinamica del trasferimento del verbale 'tecnologicamente avanzato' dal processo penale di formazione ad uno di natura differente. Posto che l'interscambio probatorio si radica sull'immissione in un processo, diverso dalla sede genetica della prova, del protocollo che la cristallizza, la futura novella implicherà una possibile presa di contatto tra il 'verbale 2.0' del rito penale e processi che non ne contemplano forme di tal sorta, basandosi su modelli di documentazione prettamente cartolare (e riassuntiva). Si renderà necessario trovare adeguata collocazione sistematica per simili casi, per evitare che l'influsso della cultura cartacea induca i giudici civili (amministrativi, tributari *etc*) a riferirsi in esclusiva alle trascrizioni (nei – si spera rari – casi in cui saranno state disposte), svilendo così il positivo apporto conoscitivo che, nonostante tutto, potrebbe derivare dal video-verbale penale¹²⁵. Una plausibile soluzione, che ci sembra

¹²⁴ Con riferimento alla partecipazione a distanza e al video-collegamento, ma con osservazioni esportabili anche all'ambito da noi esaminato, R. APRATI, *Il distanziamento sociale: un nuovo paradigma per il processo penale*, in *Sist. pen.*, 2021, 2, 138: «l'inquadratura, lo sfondo, i rumori, la qualità del collegamento, influiscono sull'osservazione, che risulta falsata, distratta, ridotta rispetto alla presenza fisica». *Contra*, P.P. RIVELLO, *La documentazione*, cit., 187, descrive la documentazione audiovisiva come apice ideale di una scala di mezzi documentativo-rappresentativi in punto di completezza e genuinità del contenuto cristallizzato e poi veicolato: «solo la riproduzione audiovisiva consent[e] una documentazione davvero esaustiva» in quanto unica modalità in grado di dar conto di elementi di contesto.

¹²⁵ In termini generali (valevoli, quindi, anche nel caso di interscambio tra processi penali e non solo nell'ipotesi di osmosi tra rito penale e processi di natura diversa), per questi casi in cui il video-verbale provenga *aliunde* forse un soddisfacente punto di equilibrio potrebbe rinvenirsi nell'imposizione dell'obbligo, salva rinuncia delle parti, di visione *effettiva* del video-verbale quale modalità *standard* di legittima acquisizione di esso per la sua fruizione a fini decisori. Un simile espediente potrebbe meglio assicurare alle parti quegli spazi di dialettica che possano garantire un recupero del 'diritto a confrontarsi' con la prova assunta in differente contesto, innanzi

ipotizzabile *de iure condito* in termini più generali, fa leva sul particolare statuto dei verbali che siano fatti migrare da una sede giudiziale all'altra. Quella demarcazione che il codice di rito traccia tra documentazione degli atti infraprocessuali e documento extraprocessuale, cui si accennava *supra*, nel momento migratorio si annulla: il verbale si trasfigura in forza del trapasso interprocessuale ed acquisisce i connotati tipici della prova documentale. Simile metamorfosi (strutturale oltreché nominale e 'idealtipica'), pur nella sua problematicità, sembrerebbe rendere meno rilevanti le differenze in punto di disciplina della documentazione degli atti processuali, in ragione del fatto che, ad ogni modo, il verbale acquisisce i crismi della prova. Il che implica l'adozione di un medesimo modello e di un trattamento analogo (quanto ad ammissibilità e valutabilità) a quello dedicato alle prove circolanti 'cartacee'.

Ad ogni modo, osservando il fenomeno dal solo angolo prospettico del rito penale, resta il fatto, di non secondaria incidenza, che parificare i video-verbali alle prove *lato sensu* documentali non risolve *ex se* il problema del trattamento da riservare ai suddetti, data la differenziazione che la norma traccia tra regole generalmente applicabili a tutte le prove allogene, regole dedicate ai verbali contenenti dichiarazioni e regole concernenti prove 'non dichiarative'. Se è vero che nella migrazione tra giudizi, la documentazione trasmuta in documento, è altrettanto innegabile che la vera e propria prova documentale non viene canalizzata nel giudizio *ad quem* secondo le forme sancite dall'art. 238 c.p.p. bensì secondo i normali *steps* di acquisizione dei documenti *ex art.* 234 ss. c.p.p.: ciò discende dal fatto che essa, già per propria natura, rappresenta materiale extraprocessuale anche nei suoi rapporti con il procedimento *a quo*. Dunque, il video-verbale, oggetto di rapporti osmotici tra processi penali differenti, non potrà essere trattato alla stessa stregua dei veri e propri documenti. In virtù della sua struttura – *rectius*: della modalità di incorporamento su una base materiale, ossia la videoregistrazione di immagini e suoni – potrebbe allora immaginarsi un trattamento sovrapponibile a quello concernente quel mezzo di ricerca della prova atipico, la videoripresa appunto, la cui disciplina è stata scolpita dal cesello della

al giudice chiamato a decidere. E ciò a maggior ragione nel caso in cui, nel processo *non* penale *ad quem*, le parti siano diverse da quelle che, nel giudizio penale, avevano partecipato alla formazione della prova video-verbalizzata: la possibilità di visionare in udienza il videoverbale consentirebbe alle parti di attivare quantomeno quell'oralità critica che permetta loro di argomentare le rispettive ragioni sulla scorta della prova *de qua*.

giurisprudenza¹²⁶. Tuttavia, anche quest'inquadramento non soddisfa, dato che nel caso da ultimo citato l'oggetto della captazione è un comportamento, sì comunicativo, ma extraprocessuale e, in più, l'attività viene svolta in segreto dall'autorità procedente. Le videoregistrazioni oggetto della riforma, invece, rappresentano il mezzo di cristallizzazione di contegni processuali tipici, i mezzi di prova assunti in giudizio mediante l'audizione di dichiaranti, dinanzi alle parti e al giudice, nella dialettica immediata tra questi.

Ebbene, se ne deduce che la disciplina da impiegarsi nel momento circolatorio dei video-verbali sarà quella dedicata ai «verbali di dichiarazioni» menzionati dal comma 2-*bis* dell'art 238 c.p.p. *Inter alia*, ciò che più rileva è l'applicabilità del quinto comma della norma *de qua*, che, nella consapevolezza della relatività gnoseologica delle prove, contempla il diritto delle parti al recupero pieno del metodo maietico dell'immediatezza tramite la «sostanziale 'rinnovazione' dell'*iter* formativo della prova»¹²⁷, nel caso dell'utilizzo altrove di una prova nata in un contesto processuale specifico e diverso¹²⁸. Un dilemma sembra profilarsi all'orizzonte. Come sottolineato da certi Autori, la circolazione probatoria comporta senz'altro quella rottura del costruttivo nesso tra dinamica probatoria, parti e giudice che il divieto di mutamento dell'organo decidente mira a tutelare. E allora, quando la prova *aliunde* sarà un video-verbale di prova orale, e posto che a mente dell'art. 238, comma 5, cit. la valutazione sulla 'rinnovabilità' dell'audizione del dichiarante si conduca sui binari del «diritto alla prova» *ex art.* 190 c.p.p., viene da chiedersi se non ci sia il rischio di un cortocircuito tra

¹²⁶ Si richiamano, in specie, Corte cost., 24 aprile 2002, n. 135, Foro it., 2004, 2, I, 390; Cass., sez. un., 28 marzo 2006 - 28 luglio 2006, n. 26795, Prisco, ForoPlus, nonché Dir. pen. proc., 2006, 11, 1347, con nota di CONTI, *Le video-riprese tra prova atipica e prova incostituzionale: le Sezioni unite elaborano la categoria dei luoghi "riservati"*; Corte cost., 16 maggio 2008, n. 149, Foro it., Rep., 2008, voce *Intercettazione di conversazioni o comunicazioni*, n. 30. Sul tema, FILIPPI, *Intercettazioni, accesso ai dati personali e valori costituzionali. La giurisprudenza e l'impatto con la l. n. 7/2020*, Pisa, 2021, 40.

¹²⁷ ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, Padova, 2003, 113.

¹²⁸ Un problema epistemologico che potrebbe porsi in maniera più accentuata rispetto ai casi di ingresso nel giudizio *ad quem* dei protocolli cartacei di prove orali, per l'ipotesi in cui le parti chiedano l'audizione del dichiarante *ex art.* 238, co. 5, c.p.p., è legato al defatigante procedimento congegnato dal codice per consentire al giudice di esprimersi sulla ammissibilità della prova *aliunde* (artt. 468, comma 4-*bis*, e 495, comma 1, seconda parte, c.p.p.). Senza dilungarsi, poiché si prevede che il giudice *ad quem* prenda contezza del contributo gnoseologico della prova dichiarativa del processo *a quo* mediante la previa acquisizione del verbale, nel caso che ci occupa gli si consentirà di visionare i video-verbali prima di autorizzare la citazione del teste che le parti vogliono escutere: data la incisiva attestazione di (maggior) attendibilità che, anche inconsapevolmente, si potrebbe tendere a riconoscere alla documentazione audiovisiva, vi è un rischio elevato che sia messa concretamente a repentaglio l'impregiudicatezza che la Costituzione impone al giudicante di avere allorché si approcci *ab initio* alla fase dibattimentale. Per ulteriori osservazioni in merito alle criticità generali del marchingegno appena esposto, sia consentito un rinvio a G. PECCHIOLI, *Le SS.UU. ed il principio di immutabilità del giudice: una "quadratura del cerchio"?*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 9, 1231 ss.

questi canoni e quelli che la riforma Cartabia ha inteso introdurre per la legittimità dell'istruttoria dibattimentale in caso di alterazione della composizione del collegio giudicante *ex artt.* 495, comma 4-*ter*, e 525 c.p.p. (*i.e.* mera acquisizione delle videoregistrazioni, salvo discrezionale valutazione del giudice in punto di specifiche esigenze di ri-ascolto del dichiarante).

5. CRITICITÀ DOGMATICHE DELL'ADOZIONE DEL MODULO DOCUMENTALE PER LO SCAMBIO INTERPROCESSUALE DI PROVE (VERSO IL PROCESSO PENALE)

Sin qui ci siamo soffermati su profili e criticità che interessano trasversalmente ogni ambito processuale allorché venga in rilievo l'attivazione di meccanismi di circolarità istruttoria, specie quando la prova 'immigrata' sia di genesi penale.

Giunti a questo punto, non ci si può esimere dall'analizzare gli aspetti più rilevanti della specifica disciplina dedicata dal codice di rito penale alle dinamiche di osmosi probatoria, al fine di evidenziarne precipue criticità sul piano dogmatico ed operativo che dipendono da un coordinamento non perfettamente realizzato tra i generali, superiori principi – dal sapore costituzionale – in materia di epistemologia giudiziaria e l'adozione del modulo circolatorio per come declinato dall'art. 238 c.p.p., incentrato sulla delicata scelta, dianzi messa in evidenza, di sfruttare il modello documentale quale tramite per l'immissione in sede penale di prove altrove generate.

a. *Deviazioni dal modello del contraddittorio nella formazione della prova nel processo penale. L'essenziale 'unità di tempo, spazio e (azione) persona' per la piena attuazione del diritto alla prova: il relativismo probatorio*

In base all'art. 238 del codice Vassalli, norma cardine in materia di migrazioni istruttorie in direzione di processi penali, la regola generale, sul presupposto della trasmutazione delle prove costituende verbalizzate in documenti-mezzi di prova, è quella della legittimità della loro acquisizione *se* si tratta di prove *assunte* i) nell'*incidente probatorio* o nel *dibattimento* (comma 1); ii) ovvero in un giudizio civile definito con sentenza passata in giudicato *ex art.* 324 c.p.c. (comma 2).

Sin da una prima, superficiale disamina della lettera delle disposizioni richiamate, si desume come il loro referente oggettivo sia rappresentato da prove costituende. Difatti, le previsioni suddette utilizzano il participio passato «assunte» che, nel lessico tecnico-giuridico di cui il legislatore ha senz'altro fatto uso, si riferisce all'attività istruttoria di acquisizione dalla fonte di prova di elementi istruttori tramite l'attivazione in giudizio

del presupposto e necessario mezzo di prova, che dunque non preesiste al momento processuale¹²⁹.

A primo acchito, dunque, e concentrando per il momento l'esame sul comma iniziale, sembrerebbe legittimo sostenere che i *conditores* si siano debitamente fatti carico delle pressanti istanze costituzionali privilegiate dall'ordinamento sul fronte della metodologia accertativa, nella misura in cui hanno delimitato l'alveo delle prove costituende idonee al transito interprocessuale con esclusivo riguardo per quelle formate in quei contesti processuali nei quali si attuano con maggior intensità i canoni performativi tipici della dialettica controversiale: il dibattito e l'incidente probatorio¹³⁰. Si è ritenuto, così, di realizzare un equilibrato bilanciamento tra l'esigenza conservativa ed efficientistica – che preme per il più ampio recupero di quanto appaia utile per l'accertamento del fatto di reato contestato nell'imputazione – e l'ineludibile tutela del contraddittorio in quanto «minimo etico...del giusto processo»¹³¹.

¹²⁹ L'opzione lessicale di cui si è detto possiede un'ulteriore idoneità selettiva che preme rimarcare. Scegliendo di far riferimento all'*assunzione* e non, invece, all'*acquisizione* (atto processuale che indica, in senso più generale, l'inclusione di un dato elemento conoscitivo, ancorché preformato, unilaterale, solo parzialmente conoscibile *etc.*, nel plesso di prove *legittimamente* utilizzabili a fini decisorii purché tale attività sia avvenuta nel rispetto di quanto previsto dall'art. 514 c.p.p.) il legislatore ha chiarito – in uno con l'espunzione dal primo comma dell'art. 238 c.p.p. del riferimento ai «verbal di cui è stata data lettura» - che le sole prove coperte dalla disposizione *de qua* sono esclusivamente quelle la cui *formazione* e dunque la cui *genesì* si radica in incidente probatorio e dibattito. Il che esclude tutti quei contributi conoscitivi oggetto di trapasso endoprocedimentale, acquisiti mediante mera lettura in dibattito, e che, se senza dubbio possono dirsi acquisite in tale sede e, dunque, ivi fruibili a fini decisorii, non possono certo considerarsi assunte in dibattito (o in incidente probatorio, se si tratta di contestazioni, possibili anche in tale fase istruttoria incidentale). In argomento, A. GAITO, *La circolazione*, cit., 6 ss.; N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., 75, la quale sottolinea altresì come l'inclusione nel primo comma dell'art. 238 c.p.p. anche dei verbal di cui è stata data lettura acquisitiva o di contestazione nel giudizio *a quo* renderebbe superflua la menzione, nell'art. 238, comma 1, degli specifici protocolli che documentano l'assunzione probatoria in sede incidentale e la predisposizione, nel terzo comma della norma cit., di un'apposita disciplina degli atti irripetibili, che si acquisiscono in dibattito mediante lettura.

¹³⁰ Un dubbio che potrebbe sorgere riguarda la mancata inclusione dell'udienza preliminare nel novero di contesti processuali di legittima estrazione dei verbal di prova allogena, quantomeno con riferimento a quei casi in cui l'integrazione probatoria *ex officio* di cui all'art. 422 c.p.p. si sia svolta nelle forme dell'esame incrociato di cui agli artt. 498 e 499 c.p.p., come sancito dall'art. 514, comma 1 c.p.p. (sebbene con tale ultima disposizione non risulti coerente il citato art. 422, a tale conclusione si perviene in via esegetica, sanando così il difetto di coordinamento tra le due norme dovuto all'errore del legislatore della legge di riforma del 1997, n. 267; così P. TONINI-C. CONTI, *Manuale*, XXXII ed., cit., 708). Tuttavia, il dilemma si risolve allorché si consideri la differente disciplina che il codice dedica, da un lato, alle prove assunte in incidente probatorio, i cui protocolli vengono a far parte del catalogo di atti inclusi nel fascicolo per il dibattito e sono acquisiti tramite lettura *ex art.* 511 c.p.p. (eventualmente dopo l'escussione del dichiarante, qualora ancora possibile e chiesta dalle parti), e, dall'altro, alle prove formate in udienza preliminare, che invece trovano spazio nel fascicolo del pubblico ministero e divengono parte del patrimonio conoscitivo del giudice alle condizioni di cui all'art. 514 c.p.p. (dunque qualora contestate a testimoni o imputati o al ricorrere delle ipotesi tratteggiate dagli artt. 512-513). Come si vede, il legislatore istituisce un parallelismo tra prove assunte in udienza preliminare e atti ripetibili compiuti nel corso delle indagini. Sul punto, N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., 74 ss.

¹³¹ A. GAITO, *La circolazione*, cit., 1.

La ragione per la quale il legislatore si sarebbe premurato di sancire i requisiti di 'provenienza' delle prove assunte altrove viene rinvenuta da I. CALAMANDREI, *La prova documentale*, cit., 101, nel fatto che l'ottica con la quale l'art. 238 c.p.p. guarda al fenomeno della trasmigrazione probatoria sarebbe quella del dibattito, concepito quale principale (seppur non esclusivo) approdo per le prove circolanti.

Eppure, esaminando più a fondo gli intrecci sistematici in cui si inserisce il fenomeno migratorio così disciplinato, la prima impressione viene smentita. Al punto che qualche voce in letteratura ha asserito, con sguardo forse un po' disilluso, che il requisito di provenienza posto dal primo comma dell'art. 238 c.p.p. sia stato prescritto «più in omaggio al prestigio di cui godono cognizioni assoggettate al vaglio di parti contrapposte, che nel rispetto del contraddittorio cui hanno diritto i protagonisti del giudizio *ad quem*»¹³².

Occorre dunque considerare i più spinosi dilemmi posti dalla disciplina in esame, per saggiare la misura delle allegare deviazioni dal canone del contraddittorio nella formazione della prova sancito dall'art. 111, commi 3 e 4, Cost. O, per meglio dire, delle debolezze, lacune ed eccentricità dogmatico-operative che, partendo dal presupposto dell'incisione *ab origine* delle istanze metodologie primarie del processo penale insite nella stessa autorizzazione all'importazione di prove allogene, non consentono alla normativa di assicurare nel modo più coerente ed organico possibile il pieno recupero delle garanzie oggettive e soggettive pretese dal quadro costituzionale di riferimento.

Il punto di partenza dell'indagine è la considerazione che, a ben vedere, l'ambito di operatività della disciplina posta dai primi due commi dell'art. 238 c.p.p. è rappresentato da tutti quei mezzi di prova costituendi che¹³³ si assumono mediante l'escussione orale di dichiaranti. Conseguentemente, il fenomeno circolatorio in tali casi si sostanzia in una *assunzione indiretta* di mezzi di prova tramite ricorso al meccanismo della lettura¹³⁴, la cui legittimità, dunque, sul fronte costituzionale dovrebbe discendere dalla verifica in punto di riconducibilità delle fattispecie ivi considerate al catalogo di *rationes* eccezionali che, ex art. 111, comma 5, Cost., giustificano l'accantonamento del metodo maieutico di acquisizione dialettica delle conoscenze giudiziali.

Ebbene, la disamina della norma *de qua* non sembra condurre a questa conclusione.

¹³² C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti d'indagine*, Milano, 1999, 453.; del medesimo avviso H. BELLUTA, voce *Prova (circolazione della)*, cit., 957.

¹³³ Eccezion fatta per l'esperimento giudiziale di cui agli artt. 218 e 219 c.p.p., il cui oggetto è la «riproduzione, per quanto è possibile, della situazione in cui il fatto si afferma o si ritiene essere avvenuto e nella ripetizione delle modalità di svolgimento del fatto stesso». A questo peculiare mezzo di prova non si applicherà, pertanto, la disciplina sancita dai commi 2-bis e 4 dell'art. 238 c.p.p., che hanno specifico riguardo per le prove dichiarative.

¹³⁴ Così, L. KALB, *Il documento nel sistema probatorio*, cit., 309.

Essa, infatti, consente – in condizioni di ‘normalità’, ovverosia proprio nel momento in cui *non* ricorra alcuna delle situazioni che rappresentano legittime giustificazioni alla deroga al metodo controversiale¹³⁵ – l'accantonamento della tecnica di elaborazione dialettica nella formazione della prova con riferimento a contributi conoscitivi di natura dichiarativa. Con necessaria ‘surrogazione’ a mezzo di un «contraddittorio differito», di tipo critico-argomentativo sul portato gnoseologico di elementi formati altrove, dinanzi ad altro giudice e – talora – a parti diverse¹³⁶.

Anzi, che lo sfilacciamento della compattezza del canone del contraddittorio forte sia, in un certo qual senso, ‘premeditato’ dal legislatore, lo si desume dalla prescrizione, contemplata nell’ultimo capoverso dell’art. 238 c.p.p., del diritto di parte all’audizione del dichiarante qualora quella o altra parte abbiano ottenuto anche l’ammissione dei verbali dei *relata* precedentemente rilasciati in altro dibattimento o incidente probatorio (o in giudizio civile definitivamente conclusosi). In altri termini, posto che il legislatore differenzia i casi di cui al primo e al terzo comma dell’art. 238 c.p.p. – occupandosi, il primo, dei verbali di prove generati in un determinato ‘luogo’ procedimentale e, l’altro, specificamente di qualunque prova divenuta irripetibile (a prescindere dalla situazione processuale di formazione) – e che per definizione la prova irripetibile, qualora avente ad oggetto dichiarazioni, non potrebbe assoggettarsi alla disciplina di cui al quinto comma dell’art. 238 c.p.p., ne discende che il legislatore era perfettamente consapevole di star autorizzando l’immissione in giudizio di elementi probatori di natura originariamente dichiarativa prima e a prescindere dalla (pur sempre possibile) assunzione *ex novo* di tale contributo conoscitivo con le forme che, di base, il costituente ed il legislatore ordinario stesso avrebbero inteso accreditare quale migliore metodica di costruzione del sapere giudiziale.

Simile disincantata ricostruzione trae conferma da due considerazioni ulteriori.

In primo luogo, l’art. 238, comma 5, c.p.p. *non* pone l’ascolto a viva voce ed in esame incrociato del dichiarante previamente assunto in altra vicenda processuale quale *condizione per l’acquisizione* dei protocolli attestanti l’esito della prima audizione in

¹³⁵ I primi due commi dell’art. 238 c.p.p. non menzionano, infatti, né l’accertata impossibilità di natura oggettiva, né la provata condotta illecita, né il consenso dell’imputato quali ‘moventi’ per l’immissione in dibattimento di materiale conoscitivo di tipo dichiarativo, pur ripetibile, tramite un meccanismo che prescinde, di base, dall’attivazione del contraddittorio.

¹³⁶ A. GAITO, *La circolazione*, cit., 3-4, che lo definisce icasticamente come contraddittorio «asfittico [...] inappagante».

sede aliena, atteso che simile incombente dibattimentale viene rimesso alla volontà della parte di esercitare il diritto alla prova secondo i canoni sanciti dall'art. 190 c.p.p., e salvo il ricorrere della casistica, altrettanto problematica sul piano della coerenza con i principi costituzionali, di cui si occupa l'art. 190-bis c.p.p.

Sul punto, non si può trascurare di segnalare un potenziale rischio, la cui emersione è legata a doppio filo con quegli approdi esegetici – di cui già ci siamo occupati nel precedente Capitolo¹³⁷ - cui il *plenum* della Cassazione penale, nella più volte menzionata sentenza Bajrami del 2019, è pervenuto in tema di criteri per disporre la rinnovazione del dibattimento al fine di evitare di travolgerne la validità in seguito all'intervenuto mutamento della composizione dell'organo giudicante (ipotesi che l'art. 525, comma 2, c.p.p. sanziona a pena di nullità assoluta, dunque insanabile). In tale occasione, le Sezioni unite hanno cesellato in chiave peculiare – a nostro avviso, non coerente con l'impianto sistematico seguito dal codice di rito nel declinare i molteplici profili del procedimento probatorio, specie quanto alla fase ammissiva¹³⁸ - lo statuto del diritto alla prova. La pronuncia *de qua* ne attesta l'affermarsi di una concezione in chiave affatto restrittiva, in funzione della attribuzione di una inedita potenzialità selettiva dei poteri di ammissione spettanti al giudice mutato, incentrati su una rilettura del criterio di *superfluità* in termini di ritenuta infruttuosità dell'esperimento della riedizione delle prove nell'immediatezza della dialettica orale qualora le parti non aspirino, con la rinnovazione, a far emergere *nuove* circostanze *decisive* trascurate nel corso della prima audizione del dichiarante, bensì semplicemente a restaurare la naturale dinamica probatoria ed offrire al 'nuovo' giudice l'occasione di un diretto confronto con la prova orale. La piena disponibilità degli incarti, che documentano il pregresso svolgimento del dibattimento innanzi al giudice poi mutato, e dunque la anticipata presa di contatto del sostituto con le risultanze istruttorie, alterando la normalità della progressione dell'*iter* istruttorio in cui l'organo giudicante filtra le richieste di ammissione in condizione di 'verginità' gnoseologica, diviene insolito *tertium comparationis* per sancire la sovrabbondanza e l'inutilità del (ri)ascolto dei dichiaranti.

Non è peregrino interrogarsi, allora, sui preconizzabili risvolti operativi di un siffatto

¹³⁷ Cfr. Capitolo I, § 3.2.

¹³⁸ Per una approfondita disamina, sia consentito rinviare a G. PECCHIOLI, *Le S.U. ed il principio di immutabilità del giudice: una "quadratura del cerchio"?*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 9, 1219 ss.

quadro ermeneutico sull'attivazione della dinamica profilata dall'art. 238, comma 5, c.p.p. quale dispositivo di salvaguardia (o, quantomeno, di parziale recupero) della necessaria contestualità soggettiva ed oggettiva del rapporto tra parti, giudice e prova. Si potrebbe, difatti, porre l'accento sull'aspetto strutturale del mutamento di organo giudicante che la circolazione probatoria di necessità comporta e, così, appiattare la dinamica di operatività della norma in esame sull'insoddisfacente criterio della '(presunzione di) superfluità salvo decisività' della rinnovazione. Il che, lo si percepisce chiaramente, finirebbe per azzerare quel (pur ridotto) spazio di ricostituzione delle dinamiche epistemologiche accreditate che dovrebbero valere a ridurre lo scostamento dai canoni costituzionali di formazione della prova.

La soluzione negativa ci sembra senz'altro preferibile, proprio a fronte della spiccata necessità, in una situazione tanto eccezionale per il principi accusatori accolti dal sistema qual è quella della spendita a fini probatori di verbali di dichiarazioni raccolte al di fuori del dibattimento in cui vengono acquisite, di salvaguardare quanto più intensamente possibile gli spazi di concreta attuazione della triade consustanziale al processo penale (contraddittorio forte, oralità e immediatezza). Tanto più che l'art. 238, comma 5, c.p.p. parla di «diritto delle parti»: con tale l'espressione «sembra che il legislatore abbia voluto *esaltare, da un lato, la logica del potere dispositivo delle parti sull'an della prova [...] e, dall'altro, emerga sullo sfondo come il "diritto" alla contestualità spazio-temporale tra il giudice e la prova, in forza del principio di immediatezza, risulti essenziale per una scrupolosa valutazione del risultato probatorio*»¹³⁹. A riprova di tale esito esegetico si erge l'ulteriore indice normativo

¹³⁹ A. VELE, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 10, 1235 (corsivo nostro). Nello stesso senso, cfr. altresì M. DANIELE, *Le "ragionevoli deroghe" all'oralità in caso di mutamento del collegio giudicante: l'arduo compito assegnato dalla Corte costituzionale al legislatore*, in *disCrimen*, 14 novembre 2019, 3.

La conferma di quanto sostenuto nel testo si ritrae altresì dalla considerazione del fatto che il codice Vassalli contempla ipotesi di espressa previsione della conservazione di efficacia di atti compiuti, nel contesto del medesimo iter processuale, da un giudice diverso da colui che, subentrando, eserciterà il potere di *ius dicere* su tale base conoscitiva. Ci si riferisce, in particolare, all'ipotesi di cui al secondo comma dell'art. 42 c.p.p. (per cui, a date condizioni, gli atti – anche di natura probatoria – compiuti dal giudice astenutosi o recusato possono conservare efficacia ed essere dunque utilizzati senza necessità di rinnovazione dal sostituto) ovvero anche al caso sancito, al di fuori dei confini del codice, dall'art. 1, comma 2, della legge 23 dicembre 1996, n. 652, che per fronteggiare le numerose declaratorie di incostituzionalità della disciplina sull'incompatibilità (art. 34 c.p.p.) aveva precisato che il giudice potesse utilizzare mediante semplice lettura, e salvo ritenesse necessario rinnovarle in tutto o in parte, le prove istruite e verbalizzate dal giudice poi sostituito per 'sopravvenuta' incompatibilità. Ebbene, come notato da N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., 114 ss., proprio la circostanza che il legislatore abbia sentito il 'bisogno' di specificare ipotesi di tal sorta conferma, *a contrario*, come esse rappresentino eccezioni rispetto alla regola che pretende la ricostituzione del *fil rouge* che, idealmente, dovrebbe legare parti, giudice e prova. In termini, A. TAMIETTI, *Il principio dell'immutabilità del giudice nella giurisprudenza europea: divergenze e similitudini con la disciplina interna*, in *Cass. pen.*, 2006, 2, 717, nt. 86; in giurisprudenza,

costituito dalla giustapposizione, nel quinto comma dell'art. 238, dell'ipotesi 'regolare' dell'ammissione dell'esame dei dichiaranti sulla scorta dei criteri generali sanciti dall'art. 190 c.p.p. e l'ipotesi 'eccezionale' contemplata dall'art. 190-bis c.p.p. ed oggetto della clausola di salvezza che inaugura la disposizione. L'estensione dei 'canoni Bajrami' per l'ammissione della rinnovazione istruttoria anche al caso della circolazione interprocessuale di prove dichiarative provocherebbe un innegabile cortocircuito, poiché l'appiattimento del criterio della 'non manifesta superfluità' del 190 c.p.p. su quello, *ex art. 190-bis*, della 'novità' e della 'necessità sulla base di specifiche esigenze', sponsorizzato dal *plenum* della Corte, finirebbe col cancellare la distinzione tra parametri ammissivi esplicitata *per tabulas* dall'art. 238, comma 5, c.p.p.

Opinare altrimenti comporterebbe un marcato aggravamento della deviazione dal paradigma costituzionale di diritto probatorio già di per sé insita nella legittimazione del fenomeno osmotico di cui ci stiamo occupando¹⁴⁰.

Ad oggi, poi, dopo l'entrata a regime della nuova disciplina in punto di videoregistrazioni, con i suoi riflessi sull'ipotesi di mutamento del giudice e conseguente rinnovazione istruttoria, sono da considerare le criticità, non solo ermeneutiche, ma invero anche pragmatiche, che potrebbero accentuare in modo sensibile la distanza dell'ordinario funzionamento dei meccanismi migratori di prove dal prototipo accusatorio di istruttoria orale. Al di là dei profili già esaminati, in chiave dilemmatica, in chiusura del precedente § 4, e su cui torneremo brevemente *infra*¹⁴¹, in questa sede preme segnalare un ben preciso elemento di potenziale fibrillazione interpretativa. Ciò che occorre tenere presente, a questi fini, è il fatto che, con l'introduzione del nuovo comma 4-ter dell'art. 495 c.p.p., il riformatore ha manifestato l'intento di affermare la piena titolarità in capo alle parti del diritto alla prova secondo i canonici criteri del 190 c.p.p. nel caso di mutamento del giudice in corso di giudizio, sconfessando così l'approccio della sentenza Bajrami.

di questo avviso è Cass. pen., Sez. un., 5 aprile 2011, n. 13626, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 5, 541.

¹⁴⁰ In termini H. BELLUTA, voce *Prova (circolazione della)*, cit., 958 ss. («Sebbene nell'economia interna dell'art. 238 c.p.p. il comma 5 rappresenti una garanzia, ricorda al contempo quanto la circolazione delle prove poggia su fondamenta costituzionalmente instabili [...] infatti, non appronta un'impeccabile tutela del contraddittorio»); L. KALB, *Il documento*, cit., 142 ss.: «L'impressione fondata che si trae dal contesto normativo è di un certo favore per l'acquisizione del materiale consacrato in un protocollo scritto in altro procedimento [...] relegando l'esame diretto e orale a *proclamazione di un diritto possibile*, ma in realtà *svuotato di significato* quanto l'art. 238 comma 5 afferma in termini di recupero del contraddittorio e dell'oralità».

¹⁴¹ Si rinvia per approfondimenti al § 5.c. del presente Capitolo.

Da un canto, a fronte del silenzio serbato dalla riforma Cartabia sull'estendibilità al caso di cui all'art. 238, comma 5, c.p.p. dei nuovi (ma vecchi: *sic!*) parametri per ovviare alla nullità assoluta *ex art. 525, comma 2*, una lettura che se ne potrebbe ricavare in tema di interscambio probatorio potrebbe condurre a respingere l'idea dell'applicabilità 'per somiglianza' della nuova disposizione al caso dell'acquisizione *ab extrinseco* di verbali di prove dichiarative e, per contro, a confermare per tale ipotesi la ricostruzione offerta dalla sentenza Bajrami. Il che perpetuerebbe, tuttavia, tutte le debolezze già evidenziate che inficiano la tenuta sistematica di tale esegesi.

D'altro canto, sul presupposto di una prossimità strutturale tra vicenda circolatoria ed ipotesi di rinnovazione dibattimentale per mutamento dell'organo giudicante, si potrebbe argomentare per una differente soluzione ermeneutica, favorevole all'applicazione dei medesimi criteri ammissivi – *i.e.* quelli dell'art. 495, comma 4-*ter*, prima parte c.p.p. e dunque, in forza dell'implicito riferimento ivi contenuto, quelli dell'art. 190 c.p.p. – per entrambe le situazioni, con definitivo superamento delle direttrici tracciate dal *plenum* dei giudici penali di legittimità. In considerazione anche di quanto si dirà sul regime acquisitivo di video-verbali circolanti, quest'ultima conclusione ci sembra la più soddisfacente.

Ulteriore aspetto che conferma come la disciplina ordinaria dell'immissione in dibattimento di prove, di regola costituite da contributi dichiarativi, non collimi appieno con la metodica privilegiata dal sistema, pur in difetto delle condizioni per far operare legittimamente strumenti equipollenti alla tecnica del contraddittorio forte, si ricava dalla disciplina della lettura-acquisizione dei verbali di prova alieni che, a mente dell'art. 511-*bis* c.p.p., è plasmata sulle forme declinate dal secondo comma dell'art. 511 c.p.p.¹⁴² Ora, se è senz'altro vero che quest'ultima disposizione prescrive una

¹⁴² È discussa, invece, la possibilità di applicare in sede di circolazione probatoria le previsioni degli altri commi dell'art. 511 non espressamente richiamati dall'art. 511-*bis* c.p.p. In specie, la dottrina (N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., 124 ss.) si è interrogata sulla possibilità di adoperare, nel processo *ad quem*, la tecnica della mera indicazione in luogo della lettura integrale degli atti allogeni, ed ha concluso per la soluzione negativa, in ragione della necessità di assicurare quantomeno una forma di oralità unilaterale sul contenuto del verbale alieno acquisito e l'attivazione del contraddittorio 'debole', critico ed argomentativo, al lume della netta decurtazione sul fronte dell'immediatezza e del contraddittorio nella formazione della prova.

Appare necessario evidenziare un rilievo interessante sul fronte della collocazione dogmatica del peculiare materiale istruttorio di cui ci stiamo occupando. Ebbene, il legislatore, nel regolare l'acquisizione dei verbali di prova *extra moenia*, non ha fatto riferimento all'art. 515 c.p.p. che prevede che i documenti siano inseriti nel fascicolo per il dibattimento una volta ammessi *ex art. 495 c.p.p.*, non necessitando di lettura per considerarsi acquisiti, ed ha piuttosto prescritto il rispetto dell'*iter* acquisitivo previsto per gli atti endoprocedimentali legittimati sin da subito a transitare nel fascicolo per il dibattimento (art. 511). La constatata opzione normativa tradisce allora una certa incoerenza di fondo rispetto alla impostazione dogmatica adottata a monte, in virtù della quale le

graduazione tra audizione dibattimentale e lettura delle dichiarazioni precedentemente rese a tutto favore della prima modalità, è altrettanto vero che essa può trovare applicazione in questi esatti termini solo *se* l'audizione vi sia. Dunque, lungi dal poter essere invocata quale norma idonea a ricondurre la disciplina dell'immissione *ab externo* a fini di prova di elementi a contenuto dichiarativo allogeni nell'orbita della piena conformità all'equilibrio costituzionale tracciato dall'art. 111, commi 4 e 5, Cost., il combinato disposto delle suddette previsioni codicistiche appare dotato di mero significato 'operativo'.

Per quanto concerne, poi, il secondo, distinto requisito di acquisibilità, specificamente prescritto per le prove *civili*, il secondo comma dell'art. 238 c.p.p. ne autorizza l'immissione *ab externo* purché la sentenza resa nel giudizio originario abbia acquisito efficacia di giudicato ai sensi dell'art. 324 c.p.c.

Come è stato notato a più riprese dalla migliore dottrina, il prerequisite individuato *ex lege* per il trasferimento di prove civili in sede penale non è affatto idoneo ad assicurare alcuna garanzia né sul fronte della validità dell'elemento importato, né sul fronte della sua qualità cognitiva, né, infine, su quello del rispetto del diritto alla prova da intendersi come diritto alla partecipazione alla costruzione del plesso istruttorio sulla cui base il giudice formerà il proprio convincimento in merito all'oggetto dello specifico giudizio¹⁴³.

L'esperienza probatoria condotta in una determinata vicenda processuale,

prove immesse nel circuito osmotico interprocessuale mutano essenza acquisendo la natura di documenti. In termini, L. KALB, *Il documento*, cit., 145 ss.; H. BELLUTA, voce *Prova (circolazione della)*, cit., 960; N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., 107.

¹⁴³ N. ROMBI, *La prova documentale*, cit., 612; EAD., *La circolazione delle prove penali*, cit., 149 ss. («Il giudicato è un *dato formale* che non garantisce che tutto nel processo [*a quo*] si sia svolto secondo le regole» e poiché può intervenire anche a fronte di evenienze che nulla hanno a che vedere con l'accertamento delle posizioni giuridiche e dei fatti materiali ad esse presupposte (ad es. l'inutile decorso dei termini per impugnare ovvero la proposizione di un'impugnazione aspecifica o manifestamente infondata) «è evidente che la definitività del giudizio *non garantisce nulla* rispetto al modo in cui la prova è stata raccolta» (corsivo nostro)); I. CALAMANDREI, *La prova documentale*, cit., 108-109, ritiene viceversa che il requisito dell'intervenuta definitività della sentenza civile abbia quantomeno l'effetto di precludere al giudice *ad quem* di sondare l'eventuale invalidità originaria dell'elemento istruttorio trasmigrato in sede penale; H. BELLUTA voce *Prova (circolazione della)*, cit., 961; F. CORDERO, *Scrittura e oralità*, in ID., *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, 233; M.C. VANZ, *La circolazione della prova*, cit., 27 ss.: «Il trasferimento di prove originate nel contesto civilistico richiede, invece, qualcosa di più: *l'incontrovertibilità della decisione*. Il legislatore, in quest'ultimo caso, si avvale di un ulteriore principio *d'alto rango* per legittimare il travaso della prova dall'ambito civile a quello penale, e l'effetto è *tanto fortemente rassicurante quanto assolutamente inutile*, posto che il giudicato *nulla dà e nulla toglie* al valore logico del singolo atto probatorio, *né tanto meno costituisce una garanzia di corretta acquisizione* della prova [...] Viene da chiedersi per quale ragione un requisito *privo di una specifica utilità* – ritenuto tanto poco rilevante da essere stato, di proposito, espunto nell'interrelazione probatoria tra processi penali – sia divenuto, nell'altro caso, *il principale referente*» (corsivo nostro); M.A. ZUMPANO, *Rapporti tra processo civile e processo penale*, cit., 371.

crystalizzata in un atto che ne documenta l'esito, risulta avulsa, nella sua data essenziale, dall'incedere del giudizio verso l'irrevocabilità della pronuncia che lo chiude. E, per di più, non si considera come in molteplici contesti rituali, l'atto decisorio che definitivamente statuisce sulle posizioni controverse dedotte in giudizio non assume la forma della sentenza, bensì quella dell'ordinanza, pur possedendo in sostanza tutti i requisiti del provvedimento votato alla definitività del giudicato *ex art. 324 c.p.c.* Il che, volendo, potrebbe suggerire un opposto profilo di illegittimità della norma nella misura in cui preclude l'immissione in sede penale di materiale assunto in procedimenti civili che si chiudono con ordinanza con valore di sentenza.

Andando oltre la questione *de qua*, e rapportandosi con la formulazione della norma per come essa è, un problema che viene prepotentemente a porsi è quello della compatibilità di taluni mezzi di prova, per come configurati dalla *lex probatoria* civilistica, con lo sfondo di principi informatori del processo civile. Ci si riferisce, in particolare, a mezzi di prova quali il giuramento (nelle sue tre tipologie: decisorio, suppletorio ed estimatorio) e la confessione¹⁴⁴, nonché la prova documentale privilegiata¹⁴⁵. La soluzione parrebbe offerta dall'art. 193 c.p.p., al lume del quale si

¹⁴⁴ Una criticità collaterale che si manifesta è legata alla circostanza che la confessione, allorché stragiudiziale, è di per sé idonea all'inclusione nel compendio istruttorio dinanzi al giudice penale perché consistente in un vero documento-mezzo di prova che, dunque, non necessita di veicolazione per il tramite dell'osmosi processuale: il fenomeno chiama in causa quindi l'attivazione del 'sistema immunitario' del rito penale, strutturato intorno a baluardi escludenti che valgono a proteggere il materiale conoscitivo da indebite commistioni con elementi che non rispettano i paradigmi accreditati dal sistema. In specie, si tratterebbe di far operare il principio di non sostituibilità nella veste di criterio per espungere quei contributi di conoscenza per la cui apprensione il sistema prescrive un determinato *iter* ossequioso di precipue garanzie: secondo un disegno esegetico ritraibile dalla pronuncia con cui la Consulta (Corte cost., 24 gennaio 2017, n. 20, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 8, 1058, con nota di G. QUAGLIANO) è giunta ad affermare l'incompatibilità con il diritto di difesa, specie nella sua veste di diritto a non incriminare se stesso e al silenzio, con il diritto fondamentale *ex art. 15 Cost.* e con la previsione di specifici canali *ad hoc* di legittima (e palese) acquisizione al giudizio della corrispondenza proveniente e destinata all'imputato detenuto, si dovrebbe sostenere l'impossibilità di acquisizione di una confessione stragiudiziale (secondo quanto contemplato dal codice civile e relativo codice di rito) resa dall'imputato poiché nel sistema penale vige la regola secondo la quale il contributo gnoseologicamente significativo che l'accusato potrebbe offrire al giudizio deve (e non può che) essere spontaneo, volontario e reso a seguito di adeguato (e leale) avvertimento in ordine all'uso anche *contra reum* che nel giudizio se ne potrebbe fare. L'immissione scriteriata in giudizio di uno scritto confessorio di cui sia autore l'imputato – oltre a incontrare le medesime difficoltà riscontrabili per qualsiasi ipotesi di «assunzione indiretta» di prove dichiarative – aggirerebbe indebitamente il precetto che impone all'accusa e al giudice di avvisare l'accusato prima della sua escussione, ai sensi dell'art. 64 c.p.p.). Sul principio di non sostituibilità, diffusamente, C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità*, cit., 274 ss.; EAD., *Il volto attuale dell'inutilizzabilità*, cit., 786; EAD., *Prova informatica e diritti fondamentali: a proposito di captatore e non solo*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 9, 1214 ss.; G.M. BACCARI-C. CONTI, *La corsa tecnologica tra Costituzione, codice di rito e norme sulla privacy: uno sguardo d'insieme*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 6, 718 ss.; N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità effettiva della prova tra tassatività e proporzionalità*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 4, 14 ss.; T. RAFARACI, *Ricognizione informale dell'imputato e (pretesa) fungibilità delle forme probatorie*, in *Cass. pen.*, 1998, 1745. In giurisprudenza, pietre miliari dell'extrapolazione dal sistema del codice di rito civile del principio in esame – oltre alla pronuncia già richiamata – sono Corte cost. 19 giugno 1998, n. 229, in *Cass. pen.*, 1999, 817; Cass., Sez. un., 24 settembre 2003, n. 36747, Torcasio, in *Cass. pen.*, 2004, 30; Cass., Sez. un., 18 luglio 2012, n. 28997, Pasqua, in *CED* 252895.

¹⁴⁵ Profilo che, dunque, non impatta direttamente sul tema della circolazione probatoria, stante la naturale

potrà risolvere il problema in termini di generalizzata soggezione di tali elementi di genesi aliena al libero, motivato e razionale convincimento del giudice, quand'anche rispettino i canoni civilistici in forza dei quali essi dovrebbero godere della forza privilegiata della prova legale.

Ancora; sul piano della potenziale efficacia gnoseologica degli atti istruttori esportati dal contesto processuale civilistico, si pone un problema in ordine alla insoddisfacente modalità di verbalizzazione dell'assunzione delle prove orali costituende, che si apprezza su due fronti.

In primis, la scarsa dotazione in termini di realismo della tecnica con la quale vengono confezionati i protocolli sintetici in sede civile¹⁴⁶.

In secondo luogo, la già segnalata discrasia sul fronte tecnologico che oggi determina una netta disparità effettuale rispetto all'acquisizione *ab externo* di verbali di dichiarazioni rese in dibattimento e incidente probatorio, che potranno essere 'rivissuti' dal giudice del diverso processo per il tramite del video-verbale, quando invece, se le parti non eserciteranno il diritto di chiamare in dibattimento l'autore delle dichiarazioni assunte in sede civile, il giudice *ad quem* non solo sarà costretto a fruire di uno strumento conoscitivo formato a monte secondo un prontuario di regole e criteri difformi da quelli penalistici, ma, a fronte della difettosa tecnica di documentazione dell'attività istruttoria nella sede d'origine, non potrà neppure godere di quella 'immediatezza mediata' che invece i verbali del processo penale ormai dovrebbero assicurare.

Sicché, persi senz'altro tutti i tratti prosodici e prossemici dell'esperienza testimoniale tramandatagli, si troverà per giunta a 'valutare la valutazione' che, nell'immediatezza dell'audizione, altro giudice aveva fatto al fine di condensare in un

propensione dei veri e propri documenti a fare il proprio ingresso *ex novo* nel patrimonio di conoscenze di ciascuna vicenda giudiziale in cui possano spiegare rilevanza. Si tratterà piuttosto di rivalutare da capo, secondo i criteri di ammissibilità sanciti dal codice di rito penale, se tali documenti possano essere acquisiti e, in caso affermativo, il giudice se ne potrà valere ai fini dell'adozione della decisione sul merito dell'imputazione al di là dei limiti sanciti dalla normativa civile.

¹⁴⁶ Non si dà conto delle domande che vengono poste; la capitolazione è di solito suggestiva; la verbalizzazione sintetica non solo non dà la piena rappresentazione dell'interlocuzione avuta dal giudice con il dichiarante, ma è anche spersonalizzante in quanto incapace di restituire il tono, l'inflessione della voce ma anche la stessa capacità espressiva del teste, la ricchezza/povertà del suo vocabolario, *etc.*...tutti aspetti che vengono 'appiattiti' dal registro linguistico un po' arido della verbalizzazione e dalla selezione che il verbalizzante – ossia il giudice stesso che pone le domande – effettua delle dichiarazioni rese per poterne condensare il senso che il giudice ha inteso ricavarne. In termini, L. DITTRICH, *La ricerca della verità nel processo: profili evolutivi in tema di prova testimoniale, consulenza tecnica e fatto notorio*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1, 108 ss., § 3.

sunto efficace il senso di quanto riferito dal dichiarante. La distanza del giudice penale *ad quem* dalla fonte di prova non potrebbe essere maggiore¹⁴⁷.

Sin qui ci siamo dedicati ad affrontare alcune delle difficoltà ermeneutiche derivanti dalla conformazione della regola *acquisitiva* sancita dai primi due commi dell'art. 238 c.p.p. Del resto, tale norma, in uno con gli artt. 468, comma 4-*bis*, 493, comma 1, (su cui torneremo *infra*) ed il già rammentato art. 511 c.p.p., tratteggia un vero e proprio 'subprocedimento' istruttorio specifico in cui, alla fase di autorizzazione all'acquisizione del verbale a genesi aliena (ed eventuale ammissione dell'esame del dichiarante), segue un eventuale *step* di selezione filtrante del materiale in effetti fruibile per la decisione. Il codice si premura di discernere le varie ipotesi in base al contenuto oggettivo del protocollo acquisito, della riferibilità soggettiva dello stesso e del tipo di uso cui lo si voglia destinare.

¹⁴⁷ È opportuno segnalare l'ulteriore, significativa criticità insita nella possibilità che, nella vicenda giudiziale civile di provenienza della prova prestata al rito penale, la testimonianza sia stata assunta con le modalità di cui all'art. 257-*bis* c.p.c., vale a dire nella forma di testimonianza *scritta*. In particolare la disposizione citata prevede che, su accordo delle parti, e compatibilmente con la natura della causa, la deposizione sia assunta mediante la predisposizione, a cura della parte richiedente, di un capitolato di quesiti da sottoporre 'in differita' al testimone, il quale risponderà per iscritto, separatamente per ciascun quesito e dando conto anche delle risposte che non è in grado di fornire, ed apporrà infine la propria firma autenticata prima di inoltrare il plico al giudice. La legge consente poi a quest'ultimo, qualora abbia dubbi in ordine alle risposte fornite, di convocare il testimone di persona per procedere all'audizione orale (in tema, L. DITTRICH, *L'assunzione delle prove nel processo civile italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 3, 589 ss., § 6; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 581 ss.; A. Proto Pisani, *Lezioni*, cit., 424). Ebbene l'assunzione *extra iudicium* della deposizione testimoniale – per quanto eventualità ben poco frequente nella prassi –, nel momento in cui la si faccia interagire con la disciplina della circolazione istruttoria *ex art.* 238 c.p.p., ci pone di fronte ad un rischio di scardinamento del sistema probatorio penale di non poco momento. Posto, infatti, che il secondo comma dell'art. 238 c.p.p. pone *solo* la definitività della sentenza quale requisito per ammettere le prove allogene, senza pretendere altri requisiti (strutturali, oggettivi, soggettivi) in capo all'emergenza istruttoria *aliunde* assunta, il fatto che, per l'impianto adottato dal codice, le prove circolino sotto forma di documento potrebbe indurre a trascurare la netta discrepanza metodologica che distingue la testimonianza ai sensi dell'art. 194 ss. c.p.p. e la testimonianza scritta *ex art.* 257-*bis* c.p.c. approfittando del fatto che, ad ogni buon conto, una volta immesse nel circuito di interscambio probatorio, le testimonianze (al netto della recente riforma sulla videoverbalizzazione) finiscono con l'assumere tutte la veste di documento scritto, ritenendo dunque sufficiente il ricorrere della definitività del *decisum* civile e, ai fini dell'uso sfavorevole all'imputato, che esso faccia stato contro di lui. Eppure, se già una nutrita serie di perplessità – come visto – possono essere elevate allorché si discorra della immissione nel circuito accertativo penale di verbali di prove dichiarative assunte innanzi al giudice civile, la sensazione di estremo disagio si accentua se si ha riguardo per questo metodo di assunzione della testimonianza del tutto inconciliabile con i canoni metodologici dell'epistemologia processuale penale (problematico, invero, anche rispetto al paradigma istruttorio del rito civile) che, proprio per la loro essenzialità rispetto all'obiettivo ultimo dell'adozione di una decisione che possa veramente dirsi giusta, vengono presidiati e garantiti da rigorose regole di selezione del materiale conoscitivo che risulti coerente con le direttrici seguite. Così come non si ritiene ammissibile, se non a determinate condizioni espressamente individuate, che i protocolli contenenti le dichiarazioni raccolte da pubblico ministero e/o difensore nel corso della fase preliminare del procedimento vengano introdotti nel patrimonio di conoscenze fruibili dal giudice penale per emettere la sua decisione sulla fondatezza dell'imputazione, in quanto di genesi unilaterale e, perciò, reputati scarsamente attendibili; così come, ancora, non si ritiene legittima l'inclusione *sic et simpliciter* delle prove dichiarative assunte dinanzi al giudice dell'udienza preliminare ai sensi dell'art. 422 c.p.p., nonostante la formazione dinanzi al giudice e in un contesto partecipato da accusa e difesa; così come, infine, l'art. 238 non permette il recupero *ab externo* né di questi ultimi verbali né di quelli che documentano l'assunzione di prove nell'abbreviato condizionato (sul presupposto che, quando consentito, esse si svolgono – volendo – anche con l'esame incrociato), in quanto – nonostante tutto – le si ritiene sfornite di quel *quantum* di dialetticità sufficiente a compensare la perdita di immediatezza e oralità; analogamente non dovrebbe potersi giustificare l'inclusione *ab externo* di prove testimoniali assunte in forma scritta in sede civile.

Procedendo con ordine, per le prove acquisite ai sensi dei primi due commi dell'art. 238 c.p.p., qualora esse consistano in «*verbali di dichiarazioni*» il secondo capoverso pone una vera e propria regola di utilizzabilità, soggettivamente ed oggettivamente relativa, di tipo, per così dire, 'bifocale'. La norma infatti autorizza il giudice a porre contributi *dichiarativi* allogeni a base della pronuncia *sfavorevole all'imputato* qualora: *i)* alla loro originaria assunzione abbia *partecipato il difensore* di quest'ultimo; ovvero *ii)* nei confronti dell'accusato *faccia stato* la sentenza civile irrevocabile resa nel giudizio da cui provengono i verbali acquisiti a mente dell'art. 238, comma 2, c.p.p.

Sono molteplici le questioni che sorgono a fronte di simile formulazione.

Innanzitutto, problematica generale che si pone consiste nel tracciare una sicura linea di discriminazione tra i verbali di *dichiarazioni* da assoggettarsi al criterio escludente in esame ed i protocolli allogeni che, veicolando l'esito dell'assunzione di un mezzo di prova *non* dichiarativo, non dovrebbero¹⁴⁸ soggiacere ad alcun ulteriore criterio selettivo per poter andare a comporre il plesso di quelle *prove legittimamente acquisite nel dibattimento* sulla cui scorta il giudice potrà deliberare (art. 526, comma 1, c.p.p.).

Senza ripercorrere ancora una volta le vicende storico-legislative che hanno condotto all'attuale formulazione della disposizione in esame¹⁴⁹, basti qui considerare che il generico riferimento ai verbali di dichiarazioni ha rappresentato motivo di diatribe esegetiche aventi ad oggetto l'estensione dell'ambito di applicabilità della disciplina *de qua*, tenuto conto che, nel complesso coacervo dei contributi conoscitivi acquisibili al processo, sono molteplici le ipotesi nelle quali nell'assumere un determinato mezzo di prova la conoscenza veicolata in atti vi entra per il tramite di dichiarazioni, seppur rese in forme e con strumenti non sempre coincidenti. In letteratura ci si è chiesti, dunque, se la spendibilità altrove delle risultanze della prova per esperti *lato sensu* intesa (sia perizia, sia consulenza tecnica) fosse riconducibile alla condizione posta dall'art. 238, comma 2-*bis*, c.p.p., sul presupposto (tutto da dimostrare) che l'apporto gnoseologico

¹⁴⁸ Adoperiamo il condizionale, perché, innanzitutto, potrebbero intervenire vizi nel procedimento acquisitivo di tali elementi, tali da comportare la necessità di espungerli comunque dal compendio istruttorio validamente spendibile per la decisione; ed in secondo luogo perché ci sembra quantomeno prospettabile l'eventualità che, anche per gli apporti esterni non dichiarativi, valga la generale regola di inutilizzabilità 'filtro' sancita dal comma 1-*bis* dell'art. 526 c.p.p. Norma che, addirittura, una autorevole dottrina ha sostenuto, con validi argomenti, fosse estendibile al di là del tenore letterale della disposizione, e dunque applicabile anche alla prova documentale, nonché alla prova informatica e tecnologicamente avanzata. P. TONINI, *Le nuove tecnologie e la riforma Cartabia*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, 3, 297.

¹⁴⁹ Per cui si rinvia al Capitolo I, § 2.a.

dell'esperto fosse riconducibile alla categoria delle dichiarazioni¹⁵⁰.

La questione, allo stato, sembra aver trovato una soddisfacente composizione nel punto d'intersezione tra gli esiti di una nota pronuncia del *plenum* della Cassazione penale e gli ultimi agganci normativi ricavabili da scelte operate in sede di attuazione della delega Cartabia che, peraltro, sembrano aprire ad una soluzione ancor più estensiva (e, dunque, più garantista e costituzionalmente appagante).

La natura dichiarativa della prova tecnico-scientifica è da ritenersi ormai un dato acquisito del nostro sistema processuale: gli ultimi illuminati insegnamenti della Cassazione¹⁵¹ hanno difatti chiarito con decisione che la natura della prova scientifica non debba considerarsi *sui generis*, ma del tutto consustanziale a qualsiasi altra prova penale (e ciò anche per quanto concerne i *metodi* di formazione). L'inclusione e la giurisdizionalizzazione della scienza nella ritmica processuale – passaggi indispensabili per consentire al giudice di fruire in modo corretto dell'apporto di un valido sapere specialistico a fini decisori – dipendono in via immediata dalla sottoposizione della conoscenza tecnico-scientifica al metodo aureo di costruzione della miglior conoscenza giudiziale¹⁵², nel rispetto della logica del processo *adversary*¹⁵³. La sentenza Pavan, tenuto conto di ciò, ha riconosciuto al contributo conoscitivo fornito dall'*expert witness* la natura di prova dichiarativa, meritevole di rinnovazione in appello ai sensi del comma 3-bis dell'art. 603 c.p.p. E poiché non si può certo ritenere che tale mezzo di prova muti la propria natura essenziale in dipendenza della sede in cui venga acquisito, se ne desume che il medesimo inquadramento nell'orbita della categoria dei contributi istruttori a contenuto dichiarativo debba assicurarsi nel contesto della disciplina dell'acquisizione *ab externo* di verbali allogeni.

A conforto, si consideri, nel quadro normativo antecedente all'ultimo intervento

¹⁵⁰ *Ex multis*, A. GAITO, *La circolazione delle prove e delle sentenze*, cit., 7; N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., 125 ss.; nonché, criticamente, EAD., *La prova documentale*, cit., 609 ss.; H. BELLUTA, voce *Prova (circolazione della)*, cit., 959; R. CANTONE, *La "circolazione probatoria tra procedimenti". Le modifiche*, cit., § 4; già con riferimento alla previgente formulazione dell'art. 238 c.p.p., L. IAFISCO, *Perizia acquisita ai sensi dell'art. 238 c.p.p. e audizione dibattimentale del perito*, in *Giur. it.*, 1997, 9.

¹⁵¹ Cass., Sez. un., 2 aprile 2019, n. 14426, Pavan, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 6, 822, con nota di C. BONZANO.

¹⁵² P. Ferrua, *Il 'giusto processo'*, cit., 2 ss.

¹⁵³ Cass., Sez. un., 2 aprile 2019, n. 14426, Pavan, cit.; Cass., Sez. un., 11 settembre 2002, n. 30328, Franzese, in *Foro it.*, 2002, II, 601; in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1133; in *Cass. pen.*, 2002, 3643; in *Arch. n. proc. pen.*, 2003, 168; in *Corr. giur.*, 2003, 3, 348; sugli effetti 'benefici' che, nel lungo periodo, l'innovativo e coraggioso approccio avvalorato dalla pronuncia *de qua* ha prodotto sugli snodi nevralgici del processo penale, si veda l'illuminante analisi proposta da P. TONINI, *L'influenza della sentenza Franzese sul volto attuale del processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 10, 1225 ss.

novellatore del 2022, la *littera legis* dell'art. 501 c.p.p., che prescrive per i periti e consulenti la medesima tecnica di esame dibattimentale configurata per testimoni e parti, in combinato disposto con l'art. 511, comma 3, c.p.p., che antepone l'esame dell'esperto alla lettura acquisitiva della relazione.

Ma la più rilevante conferma della soluzione esegetica qui ipotizzata sembrerebbe ricavarsi, ancora una volta, dalla disamina dell'ultimo approdo legislativo in tema di videoverbalizzazione di quelle che, nella legge delega n. 134/2021, erano definite genericamente «prove dichiarative» e che l'attuale formula accolta dal comma 2-*bis* dell'art. 510 c.p.p., introdotto dal d.lgs. n. 150/2022, ha puntualmente elencato, ricomprendendovi tra l'altro l'esame di periti e consulenti.

E dunque, a meno di non ipotizzare un eccesso di delega – ma, tenuto conto di quanto visto sin qui, non riteniamo ve ne siano gli estremi, essendo conclusione già ritraibile dal sistema – si deve considerare ormai canonizzata in modo innegabile l'inclusione della prova fornita dall'*expert witness* nostrano nel novero delle prove orali¹⁵⁴.

Lo stesso dicasi per gli ulteriori mezzi di prova che l'art. 510 c.p.p. ha da ultimo incluso tra quelli la cui assunzione richiede l'attivazione della tecnica di verbalizzazione '2.0', vale a dire il confronto e la ricognizione. A differenza degli ulteriori apporti conoscitivi oggetto di video-verbalizzazione, quelli da ultimo rammentati si caratterizzano per il fatto di non richiedere, nella loro assunzione, l'attivazione della *cross examination*, che costituisce l'emblema del contraddittorio in senso forte nella formazione della prova nelle sue due dimensioni di garanzia oggettiva e soggettiva. Eppure, anche tali mezzi istruttori, per quanto di 'pertinenza' del giudice che è protagonista nel procedimento di loro assunzione, mettono in campo sensibili questioni in punto di valutazione dell'attendibilità del risultato prodotto, che pretendono la diretta e immediata partecipazione dei difensori e del pubblico ministero, dal momento che, strutturalmente e fenomenicamente, anche confronto e ricognizione si attuano tramite la pronuncia di dichiarazioni.

¹⁵⁴ Questo a nostro modo di vedere implica – pena l'elusione dei più essenziali canoni di giustizia processuale penalistica – che a fronte della ammissione della prova allogena di natura tecnico-scientifica in forma di relazione peritale sorgerà in capo alle parti il diritto all'audizione dell'esperto ai sensi dell'art. 238, comma 5, c.p.p. La sola eccezione sarebbe quella dell'ammissione del videoverbale, qualora si ritenga estendibile all'ipotesi del 238 c.p.p. la disciplina di nuova introduzione di cui all'art. 495, comma 4-*ter*, c.p.p.

Di conseguenza, a fronte del contesto esegetico e normativo così ricostruito, se ne dovrebbe poter desumere la pressoché generalizzata (eccettuato l'esperimento giudiziale) applicabilità ai verbali di prove formati in altro processo, acquisibili altrove solo se assunti in incidente probatorio o dibattimento, dell'ulteriore condizione della partecipazione del difensore, indispensabile per consentirne l'utilizzabilità a sfavore del reo.

Ancora; come accennavamo, la regola di utilizzabilità *contra reum* del comma 2-bis dell'art. 238 parrebbe costruita con una logica 'bifocale', incentrata, per un verso, sulla condizione della partecipazione del difensore alla primigenia assunzione e, per l'altro, sul presupposto dell'esplicazione di efficacia di giudicato nei confronti dell'imputato della sentenza civile resa all'esito del giudizio ove le prove dichiarative di cui trattasi siano state assunte. L'idea che il legislatore sembra aver voluto perseguire con una siffatta disposizione – come si desume dalla ricostruzione storico-sistematica su cui già ci siamo soffermati – è stata quella di riproporre, nel contesto dell'interscambio probatorio, la medesima logica garantista che alligna nella disciplina sancita dall'art. 403 c.p.p. quanto all'utilizzabilità dibattimentale delle prove raccolte nell'incidente probatorio. Si vorrebbe così condizionare l'uso della prova al *dialogo* con colui che ne potrebbe subire gli effetti negativi¹⁵⁵, per quanto si tratti di una dialettica non contestualizzata nella sede di destinazione del contributo dichiarativo *de quo*.

Sull'ampiezza dell'ambito di applicazione delle due condizioni si può discutere. Una prima lettura potrebbe essere quella di riferire ciascuna delle due, rispettivamente, al materiale a contenuto dichiarativo assunto *ab origine* in sede penale e ai verbali di prove orali assunte in un giudizio civile: lo si desumerebbe altresì dalla apparente simmetria tra le condizioni di acquisibilità sancite, in modo distinto, dai primi due commi dell'art. 238 c.p.p. Per contro, si potrebbe anche sostenere che, dato il tenore non univoco della disposizione in esame, e posto che la prima delle due prescrizioni a pena di inutilizzabilità sembrerebbe avere valenza trasversale ed omnicomprensiva, sia ipotizzabile condizionare la spendita in senso sfavorevole per l'imputato, indifferentemente, al ricorrere di ognuna delle due fattispecie escludenti. Per quanto non

¹⁵⁵ Parafrasando quanto scritto da N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., 78, con precipuo riguardo alla versione della disposizione introdotta nel 1997 limitatamente alle dichiarazioni rese dagli imputati connessi e collegati.

vi siano espressi indici della erroneità di quest'ultima soluzione, sembrerebbe forse preferibile l'adozione della prima delle due esegesi proposte, in quanto all'apparenza più aderente all'*intentio legis* che parrebbe desumersi dalla lettera della disposizione, che sembra orientata a riservare a ciascun genere (penale o civile) di materiale istruttorio importato la propria distinta regola di utilizzabilità.

Tuttavia, anche in virtù di quanto segnalavamo in ordine alla scarsa garanzia (tanto sul fronte oggettivo quanto su quello soggettivo) offerta dalla scelta della definitività della sentenza civile quale criterio acquisitivo delle prove assunte nel giudizio civile, non si può fare a meno di notare l'estrema debolezza del parametro sancito dal legislatore per la spendita a sfavore dell'imputato dei protocolli a contenuto dichiarativo di genesi civile, nella misura in cui il riferimento al «*fare stato*» nei confronti dell'accusato non pare idoneo in alcun modo ad assicurare la partecipazione *effettiva* di quest'ultimo alla formazione della prova nella sua sede originaria. Nonostante l'aspirazione del legislatore del codice Vassalli ad utilizzare un criterio realmente idoneo ad assicurare un contributo dialettico a monte da parte dell'imputato, il precetto ricavabile dall'art. 2909 c.c. consente di sostenere che le prove civili costituendo spendibili *contra reum* dovrebbero includere anche quelle formate in processi in cui l'imputato non sia stato parte ma la cui sentenza risulti vincolante nei suoi riguardi in quanto *erede o avente causa* della parte effettiva¹⁵⁶.

Ebbene, alla luce di quest'ultima considerazione, che segnala in tutta la sua imponenza il difetto nella scelta legislativa del criterio di utilizzabilità esaminato, che lungi dal produrre quell'effetto utile auspicato dal codice rischia di negare radicalmente i basilari principi di legalità e giustizia processuale *ex art. 111 Cost.*, verrebbe quasi da prospettare la necessità di elisione della seconda parte dell'art. 238, comma 2-*bis*, c.p.p. e di generalizzazione dell'unico parametro offerto dalla pretesa partecipazione del difensore nel giudizio *a quo* per le prove dichiarative tanto penali quanto civili.

Del resto, neppure quest'ultima regola di utilizzabilità risulta del tutto soddisfacente, sul fronte della ricerca del più coerente criterio per ritenere soddisfatta – per quanto indirettamente – la regola del contraddittorio nella formazione della prova anche nel contesto dell'approvvigionamento *aliunde* di materiale istruttorio dichiarativo. Ora,

¹⁵⁶ R. CANTONE, *La "circolazione probatoria tra procedimenti"*, cit., § 4; C. CONTI, *Principio del contraddittorio e utilizzabilità delle precedenti dichiarazioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 5, 593.

escluso che il legislatore abbia inteso ‘accontentarsi’ del fatto che un certo difensore-persona fisica abbia prestato il proprio patrocinio ad una qualunque delle parti del giudizio dal quale, in altra sede, si sia tratto un certo elemento probatorio da spendere *contra reum*, ad ogni buon conto anche la circostanza che l’imputato fosse parte di entrambi i processi e che, dunque, il suo difensore abbia avuto modo di svolgere l’esame incrociato dei dichiaranti i cui *relata* sono oggetto del meccanismo osmotico non consente di ritenere pienamente attuato il canone costituzionale di riferimento¹⁵⁷.

Nonostante variegata opinione espressa in letteratura¹⁵⁸, l’inidoneità di simile prescrizione a garantire l’effettività del contraddittorio nella sede di approdo dei *relata* a contenuto sfavorevole discende, innanzitutto, dalla considerazione di ordine pratico che la difesa nella sede d’origine potrebbe non essere stata effettiva, traducendosi nella mera presenza in giudizio dell’avvocato, senza svolgimento di alcuna concreta attività difensiva. Ma soprattutto la scarsa capacità della disposizione in esame di assicurare la vera dialettica richiesta dalla Carta fondamentale si apprezza allorché si consideri un connotato indispensabile, della prova processuale (e di quella dichiarativa, in modo particolare) che Massimo Nobili ha evocativamente qualificato in termini di *relativismo*¹⁵⁹, ritenendo simile concetto un vero e proprio cardine essenziale per la struttura teorico-dogmatica e pratico-applicativa del rito penale inaugurato nel 1988. In base a simile autorevole ricostruzione, la conoscenza veicolata dall’elemento istruttorio non è un dato oggettivo, dotato di valore assoluto, tale che in ogni contesto si sarebbe potuto ricavare con quegli esatti connotati contenutistici. Al contrario, la prova, il suo portato gnoseologico specifico, è inevitabilmente legata a doppio filo al contesto oggettivo, soggettivo, spazio-temporale nel quale affonda le proprie origini.

La specificità (*rectius*: chiarezza e precisione *ex art. 417, lett. b) c.p.p.*)

¹⁵⁷ N. ROMBI, *La prova documentale*, cit., 608 ss.; EAD., *La circolazione delle prove penali*, cit., 83.

¹⁵⁸ Nel senso della sufficienza dell’intervento di un difensore dell’imputato nell’istruttoria *a quo* e dunque intendendo il requisito della ‘partecipazione’ in senso sostanziale come concreta possibilità per il difensore di rivolgere domande ed ottenere risposte nel corso dell’esame del dichiarante, C. CONTI, *Principio del contraddittorio e utilizzabilità delle precedenti dichiarazioni*, cit., 592; e analogamente R. CANTONE, *La “circolazione probatoria tra procedimenti”*, cit., § 4. I. Calamandrei, *Le nuove regole sulla circolazione probatoria*, cit., 172, ritiene invece che, pacifica l’indifferenza dell’identità fisica del difensore, non basti che le dichiarazioni da utilizzarsi nel giudizio *ad quem* siano state rilasciate nel processo *a quo* con la partecipazione del difensore dell’imputato, essendo necessario altresì che il patrocinante, nella vicenda di origine del contributo istruttorio dichiarativo, non svolgesse le proprie funzioni in una veste incompatibile con quella assunta nella sede di approdo dell’elemento probatorio.

¹⁵⁹ M. NOBILI, *Concetto di prova e regime di utilizzazione degli atti nel nuovo codice di procedura penale*, in *Foro it.*, 1989, V, 275.

dell'imputazione rispetto alla quale si celebra il processo definisce gli argini entro i quali si realizzerà la successiva istruzione probatoria e, dunque, segnerà indelebilmente i conseguenti confini di pertinenza e rilevanza dell'escussione dei dichiaranti. La posizione soggettiva dei diversi protagonisti del processo incide altrettanto significativamente in funzione delle rispettive strategie processuali. L'eventuale disponibilità di precedenti dichiarazioni rese in fasi anteriori condiziona il modo dell'audizione, fornendo strumenti per muovere le contestazioni. Senza contare che la menzionata relatività al contesto¹⁶⁰, denotativa della prova 'testimoniale' in senso ampio, si lega anche alla collocazione dell'esperienza probatoria in un certo ambiente, l'aula d'udienza, in cui interagiscono più soggetti, in cui si trova anche il pubblico (la cui presenza può incidere ad es. sul contegno di chi si trovi 'alla sbarra'). Anche la presa di contatto con l'intera scena processuale può dunque avere un impatto sulla formazione e sulla valutazione della prova¹⁶¹.

Tenuto conto di tutto ciò, si comprende come sia realmente difficile sostenere che la condizione di utilizzabilità posta dall'art. 238, comma 2-bis, c.p.p. assicuri una reale tutela al contraddittorio, la cui piena attuazione pretende, aristotelicamente, unità di tempo, luogo, azione, persona. Difatti, stante il requisito della pertinenza ed il criterio della rilevanza della prova, che dovrebbero condurre ad escludere l'audizione di soggetti non in grado di riferire sui fatti oggetto dell'imputazione o della domanda, sarà difficile che nel giudizio di destinazione l'apporto conoscitivo della prova prestata sia centrato sul *thema probandum* di quest'ultimo.

¹⁶⁰ NOBILI, *Il nuovo "diritto delle prove" ed un rinnovato concetto di prova*, in *Leg. pen.*, 1989, 397; GALANTINI, *Inosservanza di limiti probatori e conseguenze sanzionatorie*, in *AA.VV., La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di UBERTIS, Milano, 1992, 173; H. BELLUTA voce *Prova (circolazione della)*, cit., 961 («il contraddittorio non è un bene esportabile, poiché profondamente *intriso del contesto* nel quale si realizza» (corsivo nostro)).

¹⁶¹ L'aspetto da ultimo segnalato ci induce, peraltro, ad ipotizzare una sensibile riduzione – rispetto alle aspettative dell'ultimo legislatore – del potenziale euristico del video-verbale immigrato in altro giudizio penale (al di là della circostanza, di cui abbiamo già dato conto altrove, che simile modalità di documentazione comunque non consente di assicurare al giudice e alle parti del rito di destinazione l'immediatezza in tutta la sua estensione). Una ripresa audiovisiva che si limiti ad inquadrare il dichiarante non sarebbe affatto in grado di restituire, a chi la osservi da uno schermo, l'impressione del contesto in cui la prova sia stata assunta. Sul tema, seppur con riferimento alla partecipazione a distanza e al video-collegamento, ma con osservazioni esportabili anche all'ambito cui facevamo riferimento, R. APRATI, *Il distanziamento sociale: un nuovo paradigma per il processo penale*, in *Sist. pen.*, 2021, 2, 138: «l'inquadratura, lo sfondo, i rumori, la qualità del collegamento, influiscono sull'osservazione, che risulta falsata, distratta, ridotta rispetto alla presenza fisica». *Contra*, P.P. RIVELLO, *La documentazione*, cit., 187, descrive la documentazione audiovisiva come apice ideale di una scala di mezzi documentativo-rappresentativi in punto di completezza e genuinità del contenuto cristallizzato e poi veicolato: «solo la riproduzione audiovisiva consent[e] una documentazione davvero esaustiva» in quanto unica modalità in grado di dar conto di elementi di contesto.

Simile circostanza può comportare una decurtazione dell'effetto 'salvifico' in punto di tutela (surrogata) del valore maieutico del contraddittorio, del suo profilo di garanzia soggettiva e del canone dell'immediatezza nella formazione della prova che il legislatore avrebbe inteso assegnare al requisito della partecipazione del difensore dell'imputato all'assunzione della prova dichiarativa, se solo si pensi che l'apporto che questi avrebbe potuto dare, nell'assunzione del mezzo di prova e nella produzione dell'elemento istruttorio nella sua sede originaria, non poteva che essere *intrinsecamente conformato* all'obiettivo dimostrativo perseguito *in quel contesto*, e dunque relativo all'oggetto del giudizio e al plesso di informazioni a disposizione del difensore in quella esatta situazione¹⁶².

Per quanto concerne contributi conoscitivi *non* formati in quei contesti considerati garantiti dai commi 1, 2 e 2-*bis* dell'art. 238 c.p.p. – e al netto del caso dell'irripetibilità, di cui si dirà nel successivo paragrafo – la loro acquisizione altrove come prove esterne soggiace al requisito del *consenso dell'imputato* nei cui confronti le si voglia adoperare (art. 238, comma 4, c.p.p.).

Si tratta di previsione all'apparenza ossequiosa dei crismi costituzionali a baluardo della ragionevolezza del metodo euristico fondato sulla dialettica di parte (cfr. art. 111, comma 5, Cost.). Eppure: *i*) se si tiene conto dell'estrema ampiezza oggettiva dell'ambito rispetto al quale l'imputato risulterebbe legittimato a prestare il proprio consenso affinché elementi conoscitivi privi dei requisiti di 'connaturata' idoneità alla

¹⁶² Pare possibile segnalare un ulteriore profilo che segna la deviazione della disposizione in esame dal modulo che valorizza la logica della controversialità immediata, che vuole coinvolti nella *poiesis* della conoscenza giudiziale tutti coloro che partecipano all'agone giudiziario e che potrebbero patire conseguenze sfavorevoli rispetto alla posizione giuridica dedotta innanzi al giudice. Ci si riferisce alla marcata *unidirezionalità* della disciplina scolpita dall'art. 238 c.p.p. nella misura in cui trascura di considerare la possibile presenza di un ulteriore protagonista della vicenda processuale, *i.e.* la parte civile. Il requisito della partecipazione del difensore dell'imputato all'assunzione della prova dichiarativa nella sede d'origine, se non pare garantire effettività, a fronte del consustanziale relativismo che la connota, quantomeno, però, dà la misura della consapevolezza del legislatore in ordine al possibile *vulnus* al diritto al contraddittorio nella formazione della prova in capo all'imputato. Così non è, viceversa, se il punto di vista adottato sia quello della parte civile, che potrebbe dunque trovarsi parte di un giudizio, nel quale si discuta della titolarità in capo alla stessa del diritto al risarcimento del danno da reato, nel quale l'accertamento degli elementi della fattispecie concreta da sussumersi nell'alveo della fattispecie astratta da cui dipenda l'accoglimento o il rigetto della sua domanda venga condotto sulla scorta di elementi alla cui formazione il danneggiato non abbia preso parte. Vero che il quinto comma dell'art. 238 c.p.p. consente il recupero del contraddittorio, ma la spendita a fini probatori del verbale della prova dichiarativa cui il danneggiato non abbia affatto offerto il proprio apporto maieutico non è assoggettata al regime 'diminuito' delle contestazioni (spendibilità a fini di vaglio di credibilità ed attendibilità del dichiarante), bensì a quello della prova del fatto storico. Con la conseguenza che il giudice del processo di destinazione potrebbe giustificatamente fondare il proprio convincimento nel senso del rigetto della pretesa civilistica cumulata innanzi a lui proprio su quella *indiretta* assunzione di prova dichiarativa a mezzo di verbale *aliunde* proveniente, rispetto alla quale tuttavia il danneggiato non aveva potuto spendere i propri poteri partecipativo-dialettici.

circolazione infraprocessuale; *ii*) se si considera, inoltre, che la dizione adoperata dalla lettera della norma – che genericamente si riferisce all'uso di prove allogene *nei confronti* dell'accusato, e non *contro* lo stesso – sembrerebbe consentire all'imputato di prestare assenso alla spendita di elementi raccolti altrove e a lui stesso favorevoli¹⁶³; allora si attribuirebbe un esorbitante potere di veto in capo all'imputato che finirebbe per sottrarre ragionevolezza ad un meccanismo che, tuttavia, la Carta fondamentale ha previsto proprio per realizzare un equilibrato contemperamento tra metodo euristico per eccellenza ed esigenze di efficacia dell'apparato giurisdizionale.

La disparità di trattamento che si determina a discapito e della parte pubblica necessaria e della parte privata eventuale induce, piuttosto a ritenere che:

- i*) gli atti unilaterali formati *aliunde* dalla difesa dell'imputato siano acquisibili ed utilizzabili nei confronti di quest'ultimo solo su consenso di chi potrebbe subire conseguenze sfavorevoli dall'immissione dell'atto nel plesso probatorio *ad quem* (accusa o parte civile);
- ii*) ad ogni modo l'acquisizione per consenso non vale ad inibire alle altre parti il diritto alla prova inteso quale diritto di pretendere l'eventuale escussione del dichiarante (o la rinnovazione del tipo di accertamento), ai sensi del quinto comma dell'art. 238 c.p.p., a meno che l'approvvigionamento istruttorio *ab externo* non si realizzi nelle forme dell'acquisizione concordata *sostitutiva* di cui all'art. 493, comma 3, c.p.p. (con la sola differenza della necessità di assoggettare il verbale esterno, sul quale si forma il consenso acquisitivo delle parti, all'*iter* specificamente strutturato per il prestito probatorio)¹⁶⁴. Tuttavia, una analisi delle interazioni tra la previsione in esame e le ulteriori ipotesi disciplinate dalla norma non sembra lasciare l'interprete del tutto privo di perplessità sulla conformità della casistica ai precetti costituzionali.

¹⁶³ N. ROMBI, *La circolazione*, cit., 98-99; EAD., *La prova documentale*, cit., 611.

¹⁶⁴ Simile peculiare forma di dialettica (nelle sue due manifestazioni, aggiuntiva e sostitutiva) consente la sostituzione del metodo controversiale nel momento di produzione della conoscenza giudiziale con un equipollente che, nel caso in questione, si manifesta nell'anticipazione della dialettica ed in una sostituzione del suo oggetto, rappresentato non più dalla fonte di prova da sottoporre ad esame incrociato bensì dalla canalizzazione nel fascicolo del dibattimento di un atto che, in mancanza di tale accordo, non avrebbe avuto i requisiti per accedere *sic et simpliciter* al plesso di materiale gnoseologico fruibile dal giudice per la decisione previa lettura/indicazione acquisitiva ex art. 511 c.p.p. In argomento, *ex plurimis*, G.M. BACCARI-C. CONTI, *Una nuova espressione del metodo dialettico: l'acquisizione concordata di atti di indagine*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 7, 872 ss.; C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007, 444 ss.; H. BELLUTA, *Contraddittorio e consenso: metodi alternativi per la formazione della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 1, 126 ss.

Con previsione di chiusura, la seconda parte del quarto comma dell'art. 238 c.p.p. consente il recupero di precedenti dichiarazioni allogene, non acquisibili tramite gli altri canali di afflusso aperti dalla disposizione, al solo fine di utilizzarle «per le contestazioni di cui agli articoli 500 e 503». Sull'esatta portata della disposizione, affatto dibattuta in letteratura, si discute ancora. Del dibattito si è già dato conto altrove¹⁶⁵. In questa sede basti dunque evidenziare come, qualora non si voglia tramutare il marchingegno contestativo in un subdolo grimaldello per forzare le (invero abbastanza cedevoli) palizzate erette dall'art. 238 c.p.p. a presidio delle garanzie costituzionali della miglior epistemologia giudiziaria, si dovrebbe intendere il riferimento alle contestazioni come di stretta interpretazione. Con esclusione dell'acquisizione integrale del verbale contestato a fini di prova del fatto.

L'itinerario tracciato sin qui ha fatto percepire con nettezza i seri rischi che una previsione quale quella di cui all'art. 238 c.p.p. può comportare rispetto alla tenuta del sistema con precipuo riferimento per la salvaguardia della metodologia epistemologica processualpenalistica privilegiata dal costituente.

Tuttavia, con un certo grado di realismo, non si può negare che la permanenza nel tessuto del codice di rito penale di uno strumento dedicato all'acquisizione di quella conoscenza che sia stata generata in altra sede processuale non risulta sfornita di fondamento giustificativo sulla scorta di quei medesimi paradigmi costituzionali che si trovano enucleati nell'art. 111 Cost. In fondo, il canone della ragionevole durata nel processo è scolpita anch'essa tra le esigenze di cui il legislatore è chiamato a farsi carico dalla Carta fondamentale.

Ebbene, senza incorrere nell'errore di scivolare lungo la china dell'oltranzismo insito nella proclamazione dell'avversato principio della non dispersione della prova, riteniamo che la strategia legislativa di preservare il materiale probatorio, purché conforme al metodo conoscitivo accreditato dal sistema processuale di riferimento, e consentirne, così, la spendita altrove possa dirsi legittima nella misura in cui si fondi su un'opera di bilanciamento ragionevole, che miri – più che alla celerità per amor di celerità – a rendere un servizio (*i.e.* la giurisdizione) efficace ed effettivo: solo così la decisione adottata in forza di prove prestate potrebbe dirsi giusta.

¹⁶⁵ Capitolo I, § 2.a.

Non bisogna, d'altronde, dimenticare che, per quanto la durata ragionevole del processo e la sua efficienza non compaiano nel catalogo di *rationes* che sorreggono la previsione di strumenti equipollenti al contraddittorio (rappresentandone, piuttosto, il principio ispiratore), il processo penale possiede un formidabile 'anticorpo' che, a chiusura del sistema, interviene ad operare un'estrema opera di filtraggio prima di poter ritenere definitivamente composto il *plateau* di conoscenze legittimamente fruibili per la decisione. Si fa riferimento, in specie, all'inutilizzabilità-filtro sancita dal comma 1-*bis* dell'art. 526 c.p.p., che rappresenta un cruciale baluardo per l'imputato, facendo calare la scure della sanzione processuale escludente su tutti quegli elementi che, non saggiati tramite la forza maieutica della dialettica e del confronto fra accusato e delatore, liberamente sottrattosi a tale assunzione di responsabilità, non vengono ritenuti idonei a fondare un *decisum* sul tema dell'imputazione in senso sfavorevole all'imputato privato della possibilità di contraddire col proprio accusatore e smentirlo. Motivo per cui, ad ogni buon conto, quand'anche la prova aliena a contenuto dichiarativo fosse stata assunta nelle situazioni legittimanti di cui al primo e al secondo comma dell'art. 238 c.p.p., per quanto la sua utilizzabilità a sfavore dell'imputato sia vincolata alla previa partecipazione, in sede di primigenia assunzione, del difensore (o al principio sancito dall'art. 2909 c.c.), ciononostante il giudice non potrà porre a base della propria pronuncia sull'imputazione quelle dichiarazioni accusatorie che siano state rese da chi volontariamente si sia sottratto all'occasione di confronto con l'accusato, privandolo del suo diritto al contraddittorio forte in senso soggettivo, che – come dicevamo altresì nel precedente Capitolo – costituisce l'argine invalicabile anche a fronte di ipotesi in cui emergano legittimi motivi per ovviare al contraddittorio quale metodo oggettivo di conoscenza.

b. *Gli atti irripetibili formati aliunde*

Il transito delle conoscenze da una vicenda processuale all'altra, con conseguente assunzione del rango e della dignità di prova ancorché si tratti di materiale generato non solo al di fuori della sede dibattimentale ove sarà utilizzato, ma al di là dei confini della sequenza procedimentale nel suo complesso considerata, si legittima, nel quadro definito dall'art. 238 c.p.p., anche sulla scorta del generale principio accolto dal sistema,

per il quale l'irripetibilità autorizza elementi preformati a varcare la soglia del giudizio e ad ovviare alla impossibilità di far operare le ordinarie dinamiche dialettiche¹⁶⁶.

Il succedaneo del contraddittorio nella formazione della prova, canonizzato dal quinto comma dell'art. 111 della Carta fondamentale, spiega i propri effetti recuperatori, compensativi dell'impossibilità di reiterazione dell'esperienza conoscitiva, oltre che con riferimento agli atti predibattimentali, anche rispetto a dati gnoseologicamente significativi, sorti in differente contesto procedimentale, che abbiano «esaurito le proprie *energie genetiche*»¹⁶⁷. In virtù delle opzioni esercitate dal costituente, anche nel caso di apprensione *extra moenia* di materiale, che non rispetti i requisiti sanciti come regola dalle disposizioni dei commi da 1 a 2-*bis* dell'art. 238, l'irripetibilità è in grado di assurgere a chiave di accesso al giudizio incardinato altrove *solo* qualora possieda i connotati declinati dall'art. 111, comma 5, Cost.: dovrà, perciò, trattarsi di una *accertata* impossibilità di natura *oggettiva* di realizzare, nel confronto controversiale del dibattito *ad quem*, l'assunzione dell'omologo mezzo di prova dell'atto *lato sensu* istruttorio di formazione extraprocessuale.

La qualificazione in termini di *oggettività* della scaturigine dell'irripetibilità dell'esperienza probatoria con i crismi della dialettica poetica acquisisce contorni ben definiti se letta in parallelo alla regola di esclusione costituzionalizzata al secondo periodo del quarto comma dell'art. 111 Cost., che bandisce dal compendio fruibile per la pronuncia sul *thema decidendum* dell'attribuzione di penale responsabilità all'imputato per il fatto descritto nel capo d'incolpazione le dichiarazioni dell'accusatore che *liberamente e volontariamente* si è sottratto al confronto con l'accusato. Perché l'impossibilità di riedizione della prova sia oggettiva occorre, pertanto, che essa sia l'effetto di fatti ed eventi *indipendenti dalla volontà* di taluno¹⁶⁸.

¹⁶⁶ In dottrina si è affermato, a questo proposito, che «l'irripetibilità fa premio su immediatezza, oralità e contraddittorio»: così C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta*, cit., 425.

¹⁶⁷ C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta*, cit., 425.

¹⁶⁸ In questi termini si è espressa la Consulta, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 512 c.p.p. nella parte in cui non contemplava (e continua a non contemplare tutt'oggi) il recupero dei verbali contenenti le precedenti dichiarazioni rese dal prossimo congiunto in qualità di persona informata, il quale, una volta in dibattimento, si avvalga della facoltà di astensione ex art. 199 c.p.p. Con la sentenza Corte cost., 12 ottobre 2000, n. 440, la questione è stata ritenuta infondata proprio sulla scorta dell'esegesi riportata nel testo, assegnando rilievo ai fini della deroga al contraddittorio nella formazione della prova a quei soli eventi che *di per sé, indipendentemente dall'atteggiamento soggettivo*, rendono impossibile reiterare l'assunzione in giudizio. Per un commento alla pronuncia citata, alquanto significativa anche perché si tratta della prima interpretazione offerta dal Giudice delle leggi del nuovo art. 111 Cost. successivo alla riforma del giusto processo, cfr. G.M. BACCARI, *Astensione tardiva del congiunto dell'imputato e nuovo art. 111 Cost.*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 3, 345

Tali fatti impediendi devono essere oggetto di un *accertamento incidentale* da condursi nel contraddittorio delle parti, quale preconditione dell'acquisizione del verbale al fascicolo per il dibattimento. In ciò si sostanzia la conformità a Costituzione dell'ipotesi eccezionale in esame, che pretende (in modo implicito ma inequivoco) che la dinamica del confronto dialettico, irripetibile rispetto alla costruzione di quel dato informativo, sia recuperata nella sua veste critico-argomentativa ed abbia ad oggetto l'effettivo ricorrere delle condizioni per ovviare legittimamente al difetto di contraddittorio poietico tramite l'immissione nella piattaforma probatoria di protocolli scritti a genesi unilaterale.

L'ulteriore disamina della disposizione che valorizza l'irripetibilità nel contesto del meccanismo di approvvigionamento di materiale cognitivo extracostituito impone di tracciare un discrimine che corre sul filo della medesima distinzione funzionale ed oggettiva sulla cui scorta, nel contesto della singola vicenda processuale penale, si individuano tassativamente gli atti destinati, sin dall'esito dell'udienza preliminare, a confluire nel fascicolo per il dibattimento (art. 431 c.p.p.), quelli che – solo al ricorrere delle condizioni di cui agli artt. 500, commi 4, 6 e 7, 503, commi 5 e 6, 512 e 513 c.p.p. – potranno transitare dal fascicolo del pubblico ministero a quello a disposizione del giudice e, infine, quelli che, per differenza, sono inidonei in assoluto ad essere fruiti a fini decisionali come prova del fatto storico¹⁶⁹.

Difatti, all'esito dell'ultima riforma operata con la legge n. 63 del 2001, il terzo comma dell'art. 238 c.p.p. contempla due differenti e ben distinte ipotesi. Il primo periodo si occupa degli atti che non sono ripetibili, l'acquisizione della cui documentazione «è comunque ammessa». La *littera legis* parrebbe possedere un ambito di applicazione sostanzialmente sconfinato, quanto a referenti oggettivi. Ad una lettura superficiale, si potrebbe sostenere che, purché l'irripetibilità possieda i predetti connotati costituzionalmente imposti per autorizzare l'immissione di carte scritte in dibattimento, l'uso dell'avverbio «comunque» implichi l'acquisibilità della documentazione di un qualsiasi tipo di atto esterno. Eppure, simile prospettazione non appare convincente, in quanto legittima una lettura che isoli del tutto la norma in esame

ss. Una certa dottrina riconduce la causa *oggettiva* dell'irripetibilità al concetto di *forza maggiore*: così, P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, XIX ed., Milano, 2018, 737.

¹⁶⁹ N. ROMBI, *La prova documentale*, cit., 610.

sia rispetto al tessuto di previsioni che l'art. 238 dedica al fenomeno circolatorio e nel quale la stessa si inserisce, sia dal più ampio contesto disciplinare che, in sintonia con la Carta fondamentale, il codice dedica al '*repêchage*' interfascico di scritti preprocessuali.

Invero, l'orbita operativa del disposto in esame va, innanzitutto, delimitata tramite un raffronto con il susseguente periodo del terzo comma dell'art. 238 c.p.p., che fa esplicito richiamo all'impossibilità di ripetizione per fatti o circostanze *sopravvenute*. Se ne desume che la prima porzione del capoverso, per differenza, non possa che essere dedicata a quegli atti connotati da irripetibilità congenita. Ciò consente, di conseguenza, di individuare con una qual certa precisione il novero di atti, originati in altra vicenda processuale, rispetto ai quali ritenere legittimata *comunque* l'acquisizione: si tratta, a ben vedere, della documentazione di quelle stesse attività investigative che, in forza del già menzionato art. 431 c.p.p., confluiscono di *default* nel fascicolo dibattimentale. Così, si illumina di luce particolare la spendita di quel «comunque» nel testo della norma: l'avverbio vale a sottolineare l'inapplicabilità, nei casi di irripetibilità originaria, dei vincoli escludenti sanciti a mente dei precedenti commi dell'art. 238 cit. Qualora la prova *aliunde* sia strutturalmente votata all'esaurimento delle proprie energie genetiche contestualmente alla prima acquisizione, non si dovrà dunque dar peso alla circostanza che, nella sede d'origine, essa sia stata assunta in contesti a spiccata dialetticità maggiormente garantiti.

Sul punto, riteniamo necessarie alcune precisazioni.

In primo luogo, ci si deve chiedere se il comma 3 *de quo* abbia quale proprio terminale oggettivo non soltanto la documentazione di attività irripetibili *ab origine* di altro processo *penale*, ma altresì quella proveniente da vicende civili che, in deroga al criterio escludente che pretende l'irrevocabilità della sentenza, non siano ancora state definite ai sensi dell'art. 324 c.p.c. Dinanzi ad una simile questione, sono prospettabili due percorsi interpretativi.

L'uno, in forza di una esegesi complessiva del tessuto dell'art. 238, perviene alla risposta affermativa¹⁷⁰. In virtù della scansione dei capoversi di cui si compone la norma, e tenuto conto del tenore letterale omnicomprensivo del suo terzo comma, si dovrebbe poter sostenere che quest'ultimo intenda porsi come deroga a tutto quanto lo

¹⁷⁰ Così, I. CALAMANDREI, *La prova documentale*, cit., 113, nonché 116; P. TONINI, *La prova penale*, Padova, 2000, 214; N. ROMBI, *La prova documentale*, cit., 613; EAD., *La circolazione delle prove penali*, cit., 157 ss.

precede, con la conseguenza che le parti potranno ottenere l'acquisizione al giudizio *ad quem* di protocolli di prove civili originariamente irripetibili (ma il discorso varrebbe altresì per il caso dell'irripetibilità sopravvenuta, alle condizioni che vedremo), anche al di là dell'intervenuta definitività del provvedimento decisorio ivi reso.

Per contro, si potrebbe accogliere la tesi negativa e ritenere che l'alveo oggettivo di riferimento dell'art. 238, comma 3, c.p.p. sia limitato alle prove irripetibili generate in sede penale. A supporto di una simile chiave interpretativa si è evidenziata la circostanza che il paradigma della irripetibilità integrerebbe una specifica peculiarità della *lex probatoria* del processo penale, non riscontrabile invece nella dogmatica del diritto delle prove civili. Ne discenderebbe una preclusione per il giudice penale *ad quem* di estendere ad elementi geneticamente radicati in un dato contesto sistematico un requisito denotativo solo della sede di loro destinazione e non anche di quella di 'decollo'¹⁷¹.

A nostro sommo avviso, quest'ultima ricostruzione parrebbe meno persuasiva, al lume di una serie di rilievi di ordine logico-sistematico che inducono a preferire la prima soluzione prospettata. Innanzitutto, il fatto stesso che il codice di rito civile disciplini (e minuziosamente, pure) i procedimenti di istruzione preventiva sembrerebbe contraddire l'assunto che l'irripetibilità non sia categoria del diritto probatorio civilistico. Tali procedimenti speciali dall'essenza cautelare si giustificano proprio quali strumenti per anticipare e prevenire l'eventualità che un dato contributo conoscitivo, per il ricorrere di determinate cause tipiche, vada disperso. Ebbene, proprio la considerazione del fenomeno a monte getta luce sull'effetto a valle: il legislatore ha difatti canonizzato siffatte metodiche di acquisizione anticipata della prova in modo tale che, al perfezionarsi delle cause impediendole, si possa ciononostante fruire dell'apporto gnoseologico veicolato tramite i precedenti verbali. Il che implica che l'ingresso di tali protocolli nella fase di merito sostituisca l'assunzione *ex novo* delle corrispondenti prove qualora irripetibili.

Ulteriore indice di compatibilità della categoria qui in esame con il sistema istruttorio di stampo civilistico è ritraibile dall'analisi giurisprudenziale¹⁷², che – ancorché

¹⁷¹ C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta*, cit., 432 ss.

¹⁷² Si veda in particolare Cass. civ., sez. III, 20 gennaio 1995, n. 623, in *Giust. civ.*, 1995, 10, I, 2460, così massimata al CED: «Il giudice può utilizzare, per la formazione del proprio convincimento, anche le prove

risalente – ha valorizzato il concetto di irripetibilità nel contesto dell'istruttoria civile per giustificare l'immissione di prove *ab externo*.

Ancora; a confermare la preferenza per la tesi positiva potrebbe invocarsi l'idea che, oltre alla considerazione del *proprium* di ciascun mezzo di prova per come disciplinato nel rispettivo contesto genetico, occorra, al momento dell'importazione altrove, applicare all'elemento istruttorio i principi, i canoni e la regolamentazione previsti in tale sede procedimentale per tutti i dati ivi immessi, a prescindere dalla sede d'origine. Tant'è vero che le prove civili: *i*) devono essere senz'altro assoggettate allo scrutinio preliminare in punto di ammissibilità, nonostante siano veicolate tramite documenti, sulla scorta di parametri calibrati sull'imputazione e non sulla domanda originariamente formulata nella causa di provenienza; e *ii*) soggiacciono, inoltre, al regime della lettura-acquisizione, tipicamente penale, e non contemplata dal c.p.c.

Infine, dovrebbe valorizzarsi la complessiva struttura dell'art. 238, che sembra costruito come una sorta di 'matrioska' normativa, in cui l'ambito di applicazione della regola dei commi 1 e 2 risulta compreso nella più ampia orbita disciplinata ai sensi del terzo comma.

Si consideri, poi, un aspetto ulteriore. Partendo dall'assunto che, nella configurazione dei marchingegni di interferenza probatoria, non si debba consentire l'apprensione a fini di prova di un novero di atti maggiore e a condizioni meno rigorose rispetto a quel che il codice consente nel contesto della singola vicenda processuale, è opportuno segnalare una possibile distorsione conseguente ad una lettura poco cauta e sorvegliata dell'art. 238, comma 3, c.p.p.¹⁷³.

raccolte in un diverso processo, svoltosi tra le stesse o altre parti, una volta che la relativa documentazione sia stata ritualmente prodotta dalla parte interessata (nella specie la S.C. ha ritenuto adeguata la motivazione del giudice di merito che aveva valorizzato una perizia effettuata in un procedimento penale - al quale l'appellante non aveva partecipato -, tenendo presente da un lato l'*irripetibilità* degli accertamenti all'epoca compiuti e dall'altro che l'appellante neanche nel secondo grado, dopo che tale perizia era già stata posta a base della sentenza di primo grado, non ne aveva contestati, pur avendone la possibilità, metodi e risultati, mediante la produzione di elaborati tecnici e la deduzione di altri mezzi di prova)».

¹⁷³ In questo senso altresì L. KALB, *Il documento nel sistema probatorio*, cit., 138 ss., in partic. 139, il quale evidenzia che, comunque, l'interpretazione sistematica deve indurre a ritagliare l'ambito operativo dell'art. 238, comma 3, coordinandolo con quanto il codice Vassalli prescrive per la circolazione interfascia del medesimo procedimento, per evitare di utilizzare nel procedimento *ad quem* categorie di atti irripetibili che non sarebbero mai entrate, viceversa, nel dibattito qualora si fosse trattato di atti d'indagine di quel medesimo procedimento; in termini, C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta*, cit., 430 ss., la quale sottolinea che gli atti connotati da irripetibilità originaria che sono titolati alla confluenza in altro dibattito devono possedere anche requisiti non esplicitati dalla norma, quali la validità (aspetto su cui torneremo nel prossimo Capitolo III) e, per quanto qui più rileva, l'integralità della documentazione che attesta il compimento dell'attività d'indagine della cui apprensione *ab extrinseco* si tratta. «Se così non fosse, ne conseguirebbe l'inquietante effetto di far circolare come prove, in processi fra parti diverse, elementi che non hanno il medesimo valore nel procedimento da cui

Quest'ultimo congegno recuperatorio, consentendo il travaso da altro giudizio di materiale ivi acquisito a prescindere dal 'luogo' processuale di genesi e, dunque, anche al di là degli spazi garantiti di dibattimento e incidente probatorio (di cui al primo comma), già di per sé, strutturalmente, amplifica le opportunità di approvvigionamento rispetto a quanto potrebbe avvenire nel contesto del singolo processo. Difatti, tramite la strategia epistemica in esame si consente di accedere a conoscenze preprocessuali alla cui formazione è anche possibile che *nessuna* delle parti del giudizio *ad quem* abbia partecipato, quando invece, in assenza di fenomeni di circolarità probatoria, nella singola, unitaria vicenda processuale si acquisisce comunque una conoscenza, sì, formata al di fuori della dialettica giudiziale, ma pur sempre riferibile ad una delle parti della vicenda.

Essere consapevoli di simile effetto espansivo è indispensabile, per pretendere, a monte, che gli spazi di recupero della dialettica argomentativa tra le parti dinanzi al giudice *ad quem* siano assicurati con particolare rigore (ad es., deve ritenersi precluso, il meccanismo equipollente alla lettura della mera indicazione del verbale ai fini della legittimità dell'acquisizione *ex art.* 526 c.p.p., poiché si deve dare alle parti la più ampia occasione possibile di dibattere sul portato informativo di accertamenti *aliunde* e da altri condotti) e, a valle, che il giudice faccia un uso sorvegliatissimo della propria libertà di convincimento, fornendo, se del caso, anche motivazioni rafforzate.

Come notavamo in precedenza, il terzo comma dell'art. 238 c.p.p. contempla un'ulteriore ipotesi applicativa, che – nella ricostruzione che abbiamo prospettato – 'sta' al caso dell'irripetibilità originaria così come le ipotesi tipizzate di acquisizione dibattimentale di precedenti dichiarazioni 'stanno' alla disciplina della composizione del fascicolo per il dibattimento.

La disciplina *de qua*, infatti, si occupa dei casi di impossibilità di ri-assunzione del mezzo istruttorio disposto altrove nei casi in cui la causa della irripetibilità sia *accidentale*, vale a dire sopravvenuta all'assunzione in prima istanza e non prevedibile. La previsione, nel ricalcare i presupposti applicativi (impossibilità sopravvenuta di

provengono»: ciò esporrebbe senz'altro la disciplina a censure di lesività del principio di uguaglianza-ragionevolezza, «per l'irragionevole disparità di trattamento delle parti nei diversi procedimenti coinvolti, per le quali il medesimo atto avrebbe efficacia probatoria o non, indipendentemente dalle caratteristiche che presenta e senza alcun nesso con la tutela del contraddittorio, unica a poter giustificare usi differenziati delle risultanze probatorie».

ripetizione; imprevedibilità delle cause di tale irripetibilità) previsti nell'art. 512 c.p.p.¹⁷⁴, non individua, purtuttavia, i referenti oggettivi cui può applicarsi. Deve ritenersi dunque che il catalogo di atti sia quello dell'art. 512¹⁷⁵, cui il terzo comma dell'art. 238 c.p.p. opera un implicito rinvio mobile, al fine di delineare i requisiti della fattispecie circolatoria ad efficacia acquisitiva equipollente rispetto alla formazione dialettica della dichiarazione¹⁷⁶. Saranno, pertanto, veicolabili nel diverso, separato giudizio «gli atti assunti dalla polizia giudiziaria, dal pubblico ministero, dai difensori delle parti privati e dal giudice nel corso dell'udienza preliminare» e, per effetto della declaratoria di incostituzionalità resa con sentenza n. 218 del 2020 dalla Consulta, le dichiarazioni rese al giudice delle indagini preliminari in sede di interrogatorio di garanzia dall'imputato 'collegato' che, avendo ricevuto *ab origine* l'avviso ex art. 64, comma 3, lett. c), c.p.p., sia stato citato in altro procedimento in veste di testimone assistito (art. 197-*bis* c.p.p.)¹⁷⁷.

Posta la innegabile delicatezza dell'ipotesi appena enucleata, non potendosi trascurare il fatto che le informazioni così veicolate nel dibattito *ad quem* assommino in sé i 'rischi' e le debolezze gnoseologiche dell'atto unilaterale e quelle dell'atto extraprocessuale¹⁷⁸, occorre respingere con vigore la prospettazione in forza

¹⁷⁴ Ci riferiamo al solo art. 512 c.p.p. e non anche al successivo art. 513, in quanto quest'ultima norma, che, al suo secondo comma, disciplina l'uso nei confronti dell'imputato di dichiarazioni eteroaccusatorie rilasciate in un procedimento *separato e diverso* dall'imputato connesso 'forte', che non sia possibile escutere con le modalità ivi previste, dispone che si applichi proprio l'art. 512 c.p.p., di talché si potrà surrogare, mediante lo strumento equipollente della lettura, il mezzo di prova chiesto nel dibattito *ad quem* il quale non sia altrimenti assumibile, per motivi oggettivi di imprevedibile impossibilità di attuazione.

¹⁷⁵ N. ROMBI, *La prova documentale*, cit., 610, cui si rinvia per un'ampia bibliografia. Cfr. altresì H. BELLUTA, voce *Prova (circolazione della)*, cit., 962 ss.

¹⁷⁶ Motivo per cui l'ampliamento o la riduzione dell'ambito oggettivo dell'art. 512 c.p.p. si riflette di necessità su quello del dispositivo normativo dedicato alle occasioni di circolarità probatoria, senza bisogno di interventi di ingegneria legislativa appositamente dedicati all'art. 238, comma 3.

¹⁷⁷ Corte cost., 20 ottobre 2020, n. 218, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 7, 917, con nostra nota di commento (G. PECCHIOLI, *Acquisibili per irripetibilità sopravvenuta imprevedibile le dichiarazioni erga alios rese al G.I.P. dal "teste assistito"*).

¹⁷⁸ Anzi, a fronte del tenore normativo della disposizione suddetta, si dovrebbe poter sostenere che la disciplina derogatoria, incentrata sul recupero di atti *extra moenia* allorché la loro reiterazione, con tutti i crismi della dialettica dibattimentale, divenga accidentalmente ed imprevedibilmente impraticabile nella sede di destinazione, faccia premio addirittura sul requisito sancito dal precedente comma 2-*bis* dell'art. 238 c.p.p., vale a dire la necessità di partecipazione del difensore dell'imputato contro cui si vogliono spendere i verbali di dichiarazioni *aliunde* assunte. Simile esito interpretativo discende, in modo quasi ineludibile, dall'effetto della combinazione dell'art. 238, comma 3, con l'elencazione di precedenti atti legittimamente recuperabili tramite acquisizione del relativo protocollo scritto tipizzati dall'art. 512 c.p.p.: per la gran parte (l'eccezione è rappresentata dalle dichiarazioni assunte dal G.u.p. ex art. 422 c.p.p.) si tratta di atti *unilaterali*, compiuti dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero o dai difensori nelle investigazioni difensive. Pretendere che, per recuperarli in una diversa sede processuale, alla loro primigenia formazione abbia partecipato il difensore dell'imputato contro cui si vogliono usare implicherebbe precludere quasi totalmente questa via d'accesso per i contributi conoscitivi allogeni di cui sia divenuta imprevedibilmente impossibile la reiterazione. Piuttosto, una

della quale tra gli atti *aliunde* formati idonei all'immissione in diverso giudizio rientri qualsiasi materiale informativo divenuto *medio tempore* irriproducibile nel contesto istruttorio di destinazione, poiché – come già segnalavamo – ad ogni modo non risulta legittimo né conforme al quadro costituzionale di riferimento travalicare i limiti di acquisibilità tracciati dagli artt. 512 e 513 c.p.p. Con ciò si dovrà escludere in modo rigoroso dal circuito circolatorio attivato dalla sopravvenuta irripetibilità qualsiasi altra forma di conoscenza pre-dibattimentale che, per il tramite di tali canali eccezionali, non potrebbe mai assurgere al rango di prova nemmeno nel contesto della singola specifica vicenda giudiziale per il tramite dei canali endoprocessuali di transito interfascico.

Prima di concludere sul punto, occorre focalizzare brevemente su una criticità tanto teorica quanto pratica sollevata dalla disciplina in esame, che pone quale requisito indispensabile per attivare il peculiare canale di recupero di prove *extra moenia* ivi strutturato l'*imprevedibilità* della sopravvenuta impossibilità di regolare assunzione in esame incrociato.

In proposito, riteniamo debba essere condivisa l'opinione di chi, in dottrina, ha letto

garanzia per l'imputato del giudizio *ad quem* dovrebbe ritenersi discendere dall'applicabilità, anche in quest'ipotesi, della disciplina, di elaborazione pretoria, di tutela dell'accusato rispetto alla spendita nei suoi confronti di dichiarazioni rese da chi per libera scelta si sottragga volontariamente a confrontarsi con l'imputato. Come si sa, intorno alla specifica tematica del testimone irripetibile e della ricerca di idonei strumenti per far fronte alle criticità operative che tale situazione comporta, ruota un dialogo di lunga data, che vede impegnate dottrina, giurisprudenza di legittimità e giurisprudenza convenzionale. Non è questa la sede per ripercorrere gli snodi principali di quel dibattito. In argomento, si rinvia a A. TAMETTI, *La giurisprudenza in tema di testimoni assenti e le criticità del sistema italiano*, in *Quest. giust.*, Speciale, 2019, 1, 328; M. CECCHI, *Una chiave di lettura per le precedenti dichiarazioni dell'irripetibile*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 11, 1481; C. VALENTINI, *Contraddittorio, immediatezza, oralità nella giurisprudenza della Corte E.D.U.*, in *Arch. pen.*, 2016, 2, 7 ss.; P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., 241 ss.; ID., *Carenze ed eccessi di garanzia nel diritto di difesa dell'imputato*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 3, 552 ss.; C. CONTI, *Le dichiarazioni del testimone irripetibile: l'eterno ritorno dei riscontri tra Roma e Strasburgo*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, 2; EAD., voce *Contraddittorio*, in *Digesto*, Agg. I, Milano, 2013, §12; EAD., *L'imputato nel procedimento connesso*, cit., 378 ss. e 425 ss.; P. TONINI-C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., 526 ss.; P. TONINI, *Il testimone irripetibile: la Cassazione si adegua a Strasburgo*, cit., 878; C. ANGELONI, *Irripetibilità del testimone: accertamento e valutazione delle dichiarazioni rese senza contraddittorio*, in *Giur. it.*, 2012, 7, 1673 ss.; F.R. DINACCI, *Verso quale nomofilachia? L'irripetibilità dell'atto tra Costituzione e fonti europee*, in *Arch. pen.*, 2011, 3; M. DANIELE, *Principi costituzionali italiani e ingerenze europee in tema di prova dichiarativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 3, 1008, in particolare 1015 ss.; M. AURIEMMA, *Sulla prova "unica o determinante". Il caso Al Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, in *Arch. pen.*, 2012, 2, 571. In giurisprudenza, cfr. CEDU, 7 agosto 1996, Ferrantelli e Santangelo c. Italia, in www.hudoc.echr.int; CEDU, 14 dicembre 1999, A.M. c. Italia, in www.hudoc.echr.int; CEDU, 27 febbraio 2001, Lucà c. Italia, in www.hudoc.echr.int; CEDU, 5 dicembre 2002, Craxi c. Italia, in www.hudoc.echr.int; CEDU, 13 ottobre 2005, Bracci c. Italia, in www.hudoc.echr.int; CEDU, 19 ottobre 2006, Majadallah c. Italia, in www.hudoc.echr.int; CEDU, 18 maggio 2010, Ogaristi c. Italia, in www.hudoc.echr.int; CEDU, Grande Camera, 15 dicembre 2011, Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito, in www.hudoc.echr.int; CEDU, Grande Camera, 15 dicembre 2015, Schatschaschwili c. Germania, in www.hudoc.echr.int; CEDU, 10 novembre 2020, Dan c. Moldavia (No. 2), in www.hudoc.echr.int; CEDU, 17 novembre 2020, Süleyman c. Turchia, in www.hudoc.echr.int. Nella giurisprudenza di legittimità, particolare rilievo è riconosciuto a Cass., Sez. un., 24 settembre 2003, n. 36747, Torcasio, in *Giur. it.*, 2004, 2154; Cass., sez. II, 22.11.2007, n. 43331, Poltronieri, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 7, 878, con nota di P. TONINI, *Il testimone irripetibile: la Cassazione si adegua a Strasburgo ed estende l'ammissibilità dell'incidente probatorio*; Cass., Sez. un., 14 luglio 2011, n. 27918, De Francesco, cit.; Cass., sez. V, 20 marzo 2017, n. 13522, S.Z., in *Dir. pen. proc.*, 2018, 5, 661.

nel requisito dell'imprevedibilità la misura della diligenza delle parti nel preservare l'attuazione del contraddittorio¹⁷⁹. E tuttavia, con specifico riferimento alle dinamiche precipue dell'interscambio istruttorio nell'ipotesi qui contemplata, in primo luogo non si deve trascurare il fatto che i protagonisti della vicenda processuale di destinazione potrebbero essere non coincidenti con le parti del giudizio d'origine. Sicché, essendo rimaste estranee alla sequela procedimentale di primigenia formazione dell'elemento da importare, risulta in linea teorica affatto complesso sobbarcarle dell'onere di preventiva ponderazione delle probabilità che la rinnovazione della prova in altra sede divenga successivamente impossibile e imputare loro di non aver attivato strategie processuali idonee ad evitare di dover ricorrere all'*extrema ratio* del recupero dei protocolli scritti (nella specie, l'incidente probatorio). Senza considerare che una simile operazione di anticipazione pretenderebbe, quale indispensabile prerequisite, una ideale decontestualizzazione e ricontestualizzazione del portato conoscitivo della prova *de qua*: le parti dovrebbero, in altre parole, immaginarsi sin dall'origine non soltanto che l'elemento istruttorio non sarà idoneo ad essere in seguito acquisito *ex novo* in altra sede, ma altresì che esso risulterà rilevante e pertinente rispetto ad altro accertamento condotto altrove.

Ad avviso di chi scrive, per affrontare in chiave corretta la segnalata problematica pare necessario distinguere a seconda che interessato all'acquisizione sia l'imputato o l'organo d'accusa.

Se è vero, come ritenuto in letteratura¹⁸⁰, che il livello di diligenza nel ponderare la prevedibile irripetibilità della prova deve essere abbassato quando si ha a che fare con atti di procedimenti diversi, ciò vale – ad avviso di chi scrive – solo (o prevalentemente) per l'imputato del processo *ad quem*, il cui difensore, soprattutto nella fase delle indagini, potrebbe non aver notizia del procedimento e molto difficilmente avrà

¹⁷⁹ E. APRILE-P. SILVESTRI, *La formazione della prova penale. Dopo le leggi sulle indagini difensive e sul "giusto processo"*, Milano, 2002, 343-344, i quali addirittura riconoscono una vera e propria sanzione nella preclusione all'acquisizione in caso di 'colpa' della parte nel ponderare la futura (ir)ripetibilità dell'atto e nel non spendere il massimo sforzo per far salvo il contraddittorio se possibile; P.P. PAULESU, *Irreperibilità del testimone e sopravvenuta irripetibilità delle sue precedenti dichiarazioni*, in *Cass. pen.*, 2005, 2, 3821; C. CONTI, *L'imputato nel procedimento connesso. Diritto al silenzio e obbligo di verità*, Padova, 2003, 137; F.R. DINACCI, *Verso quale nomofilachia?*, cit., 8 ss. In termini, in giurisprudenza, *Cass.*, sez. II, 22.11.2007, n. 43331, Poltronieri, cit.

¹⁸⁰ N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., 87 ss.; EAD., *La prova documentale*, cit., 610; C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., 427. Diversamente, H. BELLUTA, voce *Prova (circolazione della)*, cit., 953, afferma che «quanto all'accoglienza nel diverso processo, all'elemento "esterno" non potranno riconoscersi condizioni più favorevoli di quelle riservate agli atti interni».

contezza della pendenza di altro separato procedimento *lato sensu* collegato. Sarà allora già disagiata sapere che altrove sia stata compiuta un'attività gnoseologicamente significativa; ancor più arduo sarà valutarne la proficua ripetibilità a viva voce nel processo *ad quem*. Processo che non è neanche detto che sia già parallelamente pendente: il che risulta di ostacolo alla eventuale possibile *chance* di assunzione anticipata in sede di incidente probatorio (che eliminerebbe a monte il problema del transito interprocessuale delle prove), al netto della criticità rappresentata dalla tipizzazione delle cause che giustificano il ricorso all'assunzione incidentale anticipata delle prove penali.

Diverse valutazioni possono farsi con riferimento al pubblico ministero, avvantaggiato dalla previsione espressa di meccanismi di scambio di atti e informazioni e di più incisive (ma non coercibili) forme di coordinamento investigativo, fino a giungere alla possibilità di compiere "atti collegiali" (art. 371 co. 1 c.p.p.).

Al lume di ciò, verrebbe in prima battuta da sostenere che, dinanzi alla frequente eventualità che procedimenti tra loro interconnessi siano trattati separatamente, il pubblico ministero procedente, allorché si determini una situazione tale per cui le dichiarazioni acquisite in sede investigativa si profilino come potenzialmente rilevanti in entrambi i procedimenti, dovrebbe farsi quantomeno carico di chiedere preventivamente un incidente probatorio. Sempre purché ne ricorrano i presupposti di ammissibilità. Ciò avrebbe lo scopo di evitare che, in un futuro procedimento separato, ove il dichiarante dovrebbe sentirsi, ma questi risulti irreperibile, si finisca con l'acquisire il verbale unilaterale formato nel procedimento *a quo*, preferendo l'atto assunto in contraddittorio. Tuttavia, questa strada, per quanto maggiormente garantista, non assicurerebbe comunque il diritto al confronto dell'accusato nel procedimento *ad quem*, che non potrebbe in alcun caso intervenire nell'incidente probatorio del procedimento separato¹⁸¹. Con problemi ulteriori sul piano, non tanto dell'acquisizione,

¹⁸¹ Per completezza, occorre dare atto della possibilità, che sembrerebbe offerta dall'art. 402 c.p.p., di procedere all'estensione dell'incidente probatorio nei confronti di colui al quale si riferiscono le dichiarazioni eteroaccusatorie rese nel corso del disposto incidente probatorio del diverso procedimento. Per questa via, si potrebbe superare il limite di utilizzabilità sancito dall'art. 403 c.p.p. poiché si renderebbe la prova raccolta in incidente probatorio spendibile anche nei confronti dell'accusato, il cui difensore, regolarmente avvisato ex art. 398 co. 3 c.p.p., abbia partecipato all'audizione anticipata dell'imputato accusatore. Tuttavia, merita evidenziare che intorno a questa soluzione ruota un dibattito, che si incentra sull'interpretazione da dare alla locuzione «*persone diverse* da quelle i cui difensori partecipano all'incidente probatorio» (art. 401 co. 6 c.p.p.) e «*persone interessate* all'assunzione della prova» (art. 398 co. 2 lett. c) c.p.p.). Da un lato, si riscontrano le voci di chi (V. GREVI, *Funzioni di controllo e funzioni di garanzia del giudice nel corso delle indagini preliminari*, in AA.VV., *Il*

quanto piuttosto dell'utilizzazione *ex art. 238* del verbale dell'incidente *de quo*, perché mancherebbe il requisito che il comma 2-*bis* impone per l'utilizzo *contra reum* di verbali di prove dichiarative, *i.e.* la partecipazione del difensore dell'interessato alla formazione della prova aliena da acquisire.

Una strada diversa potrebbe, infine, essere quella del compimento di un atto collegiale, di concerto con il titolare delle indagini che si svolgono a carico di colui nei cui confronti sono state rese le dichiarazioni accusatorie¹⁸². In tal modo interverrebbero senz'altro i difensori sia dell'accusato sia dell'accusatore ed il diritto a confrontarsi parrebbe tutelato; si eviterebbero inoltre questioni in punto di circolazione probatoria, posto che l'atto collegiale è proprio di ciascun procedimento i cui P.M. abbiano partecipato alla sua formazione: dunque, all'esito dell'udienza preliminare, confluirebbe direttamente nel fascicolo per il dibattimento del procedimento dell'accusato e sarebbe leggibile *ex art. 511*¹⁸³.

nuovo processo penale, Milano, 1989, 43; A. BASSI-C. PARODI, *L'incidente probatorio: criticità e soluzioni sulla prova tecnica, la testimonianza anticipata, valutazioni sull'ammissibilità e la fondatezza della richiesta, strategie accusatorie e prospettive difensive, limiti di efficacia e utilizzabilità della prova*, Milano, 2011, 79) propende per un'interpretazione fortemente restrittiva, che ritiene che l'estensione *i)* non sia possibile per soggetti già indagati in procedimenti separati rispetto a quello in cui si svolge l'incidente probatorio e *ii)* non sia praticabile allorché le dichiarazioni relative a soggetti diversi da quelli che già partecipavano all'incidente siano inerenti a fatti sin dall'inizio prevedibilmente oggetto dell'assunzione probatoria stessa. Accogliendo questa tesi, dunque, vi sarebbero ostacoli all'estensione dell'utilizzabilità dei *relata* raccolti sentendo in incidente probatorio dichiaranti delle categorie individuate dall'art. 392 c.p.p. D'altro canto, vi è chi ha profilato una lettura estensiva del meccanismo testé descritto. Si è infatti sostenuto che «persone interessate» potrebbero essere anche quelle indagate in separati procedimenti connessi o collegati: «in presenza di una situazione di collegamento *ex art. 371* comma 2, non sarebbe necessario sollevare incidente probatorio in tutti i singoli procedimenti collegati, ma si potrebbe rivolgere la richiesta a uno qualsiasi dei giudici dei vari procedimenti indicando tutte le persone interessate alla prova inquisite da altri p.m.» (G. ESPOSITO, *Contributo allo studio dell'incidente probatorio*, Napoli, 1989, 88 ss.). Se ne potrebbe inferire di conseguenza anche la possibilità di estensione *ex post* dell'incidente probatorio a quei medesimi soggetti che siano indagati in separati procedimenti connessi e collegati. Ciononostante, adottando simile posizione si finirebbe per accreditare, in talune ipotesi, un aggiramento surrettizio dei vincoli casistici che la disciplina dell'incidente probatorio pone, come nel caso in cui un imputato connesso o collegato renda dichiarazioni eteroaccusatorie, cosicché rispetto all'accusato che sia indagato in altro procedimento connesso l'accusatore nell'incidente probatorio sarà da considerarsi teste assistito, con la conseguenza che, accogliendo la tesi estensiva, si finirebbe per aggirare surrettiziamente il presupposto della non rinviabilità a dibattimento per rischio di morte, grave impedimento o minaccia (art. 392 lett. a) e b) c.p.p.). La necessità di intervenire sul catalogo di ipotesi in cui è consentito il ricorso alla formazione dialettica anticipata della prova appare quindi ineludibile. Sul punto, cfr. R. PARODI, *Le persone interessate all'assunzione dell'incidente probatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 6, 748-749; G. RICCIO, *Lecture più circoscritte e forme "alternative" di acquisizione probatoria*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 10, 1187 ss.; P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, XX ed., Milano, 2019, 596, in particolare nt. 137.

¹⁸² Sull'atto collegiale, la più incisiva forma di coordinamento investigativo, letto come marchingegno preventivo per evitare di dover poi attivare i canali di interscambio probatorio (con tutte le criticità che essi comportano), cfr. N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., 43. L'A. nota, tuttavia, come il ricorso al compimento collegiale di un atto presuppone, innanzitutto, la contestuale pendenza delle indagini collegate e, in secondo luogo, come esso, «non sia concepito come doveroso per il solo fatto della pendenza di indagini collegate [...] gli organi inquirenti sono liberi di ricorrervi o meno, dovendo operare la scelta che meglio risponde alle esigenze che presiedono al coordinamento». Cfr. altresì H. BELLUTA, *Prova (circolazione della)*, cit., 954.

¹⁸³ Per i prospettabili difetti di un'esegesi di tal sorta, con riferimento alla specifica ipotesi dell'irripetibilità sopravvenuta ed imprevedibile di dichiarazioni *erga alios* rese da un imputato collegato nel corso di un interrogatorio di garanzia, si rinvia al nostro G. PECCHIOLI, *Acquisibili per irripetibilità sopravvenuta*, cit., 929.

c. *Verifica dell'idoneità del procedimento di ammissione nel rito penale delle prove allo gene a tutelare i principi fondamentali e i diritti delle parti (comb. disp. artt. 468, comma 4-bis, e 495 c.p.p.)*

L'ultimo aspetto della disciplina della spendibilità trasversale di contributi istruttori generati in sede penale o civile, e destinati ad altro giudizio criminale, sul quale riteniamo meriti soffermarsi, è costituito dal defatigante sistema congegnato dal legislatore per consentire l'ingresso nel processo *ad quem* di verbali di prove assunte altrove e la ripetizione dell'esame dei dichiaranti nel dibattimento di destinazione.

Il particolare marchingegno procedurale è configurato dal combinato disposto degli artt. 468, comma 4-*bis* e 495, comma 1, seconda parte, c.p.p. (da integrarsi, poi, sul fronte acquisitivo anche con le direttrici fornite dall'art 511-*bis* c.p.p., cui già abbiamo dedicato una riflessione; cfr. §5.a.). In breve, il codice precisa che – diversamente da ciò che avviene per le richieste di ammissione di ogni altra prova documentale – la prima fase dell'*iter* ammissivo di verbali istruttori a genesi aliena si radica nella fase degli atti preliminari al dibattimento: le parti sono tenute al rispetto dei limiti temporali prescritti dall'art. 468 c.p.p. per il deposito delle liste testimoniali, altrimenti – salvo il ricorrere dei presupposti eccezionali per la rimessione in termini di cui al secondo comma dell'art. 493 c.p.p. – decadranno dalla possibilità di importare in tale sede le prove allo gene. Anzi, nell'ipotesi qui esaminata, le parti sono tenute ad un *quid pluris* rispetto alla semplice indicazione in lista prescritta dal primo comma, posto che il legislatore pretende che esse propongano già in questo momento la vera e propria espressa richiesta di acquisizione.

L'art. 468, comma 4-*bis*, c.p.p. possiede un ambito di applicazione generale, concerne, cioè, *tutte* le tipologie di «prove di altro procedimento penale» contemplate dall'art. 238 c.p.p.¹⁸⁴ Dunque, i verbali circolanti, sotto questo profilo, finiscono per

¹⁸⁴ Vale la pena notare l'incongruità della previsione nella parte in cui limita l'operatività della disposizione ai soli verbali 'estratti' da procedimenti *penali*, all'apparenza dimenticandosi che la disciplina delineata dall'art. 238 c.p.p. include altresì protocolli istruttori provenienti da cause civili. A meno di non voler sostenere che la logica adottata dal codice Vassalli per giustificare la necessità di un'anticipazione alla fase preliminare al dibattimento della richiesta di acquisizione della prova penale aliena, con contestuale deposito dei verbali relativi, non possa abbracciare anche il caso delle risultanze civilistiche – ma non si vede come, *rebus sic stantibus* – e per non percorrere la strada troppo radicale della questione di legittimità costituzionale della norma nella parte in cui non prevede un medesimo trattamento per le due ipotesi, sembra plausibile prospettare un'interpretazione adeguatrice del dettato letterale, senz'altro lacunoso, dell'art 468, comma 4-*bis*, c.p.p. Si dovrebbe, in specie, ritenere che, così come nel contesto normativo dell'art. 238 c.p.p. prove penali e prove civili vengono assoggettate ad un'analogia disciplina, anche nel delinearne i canali procedimentali di effettivo ingresso nel giudizio *ad quem* il legislatore intenda assegnare un identico trattamento. E dunque quel riferimento ai «verbali di prova di altro procedimento penale» di cui al comma 4-*bis* dell'art. 468 dovrà leggersi in sintonia con la rubrica dell'art. 238 c.p.p., come se non vi fosse alcun richiamo alla natura penale del giudizio d'origine dei verbali *de*

essere assimilati alle prove dichiarative costituende, da formarsi nel giudizio *ad quem*, di cui la normativa prescrive l'indicazione nelle liste (*i.e.* testimoni – anche assistiti –, periti e consulenti tecnici, imputati connessi e collegati *ex art.* 210 c.p.p.). E ciò tanto se gli elementi istruttori alieni abbiano contenuto dichiarativo, quanto se possiedano un differente oggetto¹⁸⁵.

Con precipuo riguardo per l'ipotesi in cui la parte intenda non solo introdurre come prova un contributo dichiarativo assunto e documentato altrove, ma altresì avvalersi della facoltà prevista dal quinto comma dell'art. 238 c.p.p., all'incombente della espressa richiesta di acquisizione almeno sette giorni prima della prima udienza dibattimentale si aggiunge la necessità di articolare la richiesta di assunzione del dichiarante già escusso altrove, sulla cui ammissione, tuttavia, penderà una condizione sospensiva tutta peculiare, la cui disciplina si ricava dalla considerazione congiunta della previsione del secondo periodo del comma 4-*bis* dell'art. 468 e della seconda parte dell'art. 495, comma 1, c.p.p.

In breve, il codice di rito penale *preclude* che il giudizio di ammissibilità *ex art.* 190 (o, in casi particolari, 190-*bis*) c.p.p. concernente l'audizione in esame incrociato del dichiarante, in caso di circolarità probatoria, avvenga, *fintantoché* il giudice *ad quem* non abbia deliberato l'ammissibilità della migrazione del simmetrico verbale confezionato in altro giudizio.

Il fatto che la legge consenta al giudice *ad quem* di prendere contezza del contributo

quibus. Conferma della ricostruzione sistematica qui profilata si rinviene nel tenore generale del rinvio all'art. 238 c.p.p. contenuto nella norma che impone la lettura-acquisizione quale unica modalità di legittima acquisizione dei verbali *aliunde* provenienti: nell'art. 511-*bis* non si riscontra alcuna differenziazione tra prove penali e prove civili allo gene.

¹⁸⁵ H. BELLUTA, voce *Prova (circolazione della)*, cit., 960.

La necessità di ottemperare all'onere di espressa richiesta di acquisizione delle prove allo gene nel termine del 468 c.p.p. è imposta anche al mero fine e per l'effetto di operare le contestazioni di cui al secondo periodo dell'art. 238, comma 4, c.p.p. Il che rappresenta un caso del tutto eccentrico rispetto alla disciplina di cui agli artt. 500 e 503 c.p.p., che prevedono la spendita a fini contestativi di verbali di precedenti dichiarazioni che, all'esito dell'udienza preliminare, restano radicati nel fascicolo del pubblico ministero. Viceversa, l'importazione *ab externo* di prove, per il tramite del complesso *iter* declinato dalle norme di cui ci stiamo occupando, ne comporta la collocazione, una volta ammesse, nel fascicolo per il dibattimento, come si evince dal rapporto esistente tra art. 511-*bis* ed art. 511 c.p.p. L'ipotesi che si configura appare analoga a quella concernente i verbali endogeni di prove assunte in sede di incidente probatorio, con la radicale differenza che, nel caso che ci occupa, potrebbe mancare del tutto quella previa garanzia di contraddittorio tra le stesse parti nei cui confronti la prova esplicherà efficacia che invece ricorre per l'ipotesi dell'assunzione incidentale di prove. Sul tema, anche N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., 108 ss. Non condivide la posizione da noi accolta nel testo una parte della giurisprudenza di legittimità, come si desume dalle pronunce che hanno ritenuto acquisibile come semplice documento *ex artt.* 493 e 515 c.p.p. il verbale di arresto proveniente da altro procedimento, in quanto atto irripetibile acquisibile ai sensi del terzo comma dell'art. 238 c.p.p., e non, dunque, secondo l'*iter* declinato dall'art. 468, comma 4-*bis*, c.p.p. Così Cass. pen., sez. IV, 24 marzo 2017, n. 14588, in *CED*, n. 269850-01.

gnoseologico della prova dichiarativa del processo d'origine mediante la previa acquisizione e consultazione del verbale, quale momento tipico condizionante la pronuncia del provvedimento istruttorio inerente alla nuova assunzione del mezzo di prova orale (oltreché l'autorizzazione alla citazione del soggetto da escutere nel nuovo contesto dibattimentale), viene ad integrare una regola affatto «*inusuale*» nel sistema istruttorio penale. Finisce, infatti, per rovesciare in modo radicale i rapporti tra canoni di costruzione della conoscenza giudiziale, posponendo il contraddittorio alla acquisizione del dato scritto¹⁸⁶. Sembrerebbe, dunque, autorizzarsi una valutazione dell'ammissibilità della prova orale sulla scorta della mera disponibilità dei verbali del processo *a quo* e di una anticipata delibazione sulla eventuale superfluità della ricostituzione del nesso immediato tra giudice, parte e prova¹⁸⁷.

Per una certa parte della dottrina¹⁸⁸, la ragione di siffatto sovvertimento parrebbe rinvenirsi, tra l'altro nella necessità di assicurare alle parti diverse da quella richiedente la possibilità di elaborare la propria strategia processuale, anche in punto di eventuale richiesta di ammissione a prova contraria di ulteriori mezzi istruttori funzionali a contrastare il portato gnoseologico della prova aliena. Ragion per cui si è ritenuto, in chiave condivisibile di per sé, che la mancata istanza nei termini perentori del 468 c.p.p. dell'acquisizione della prova *extra moenia* comporti una decadenza per la parte e l'inammissibilità dell'eventuale richiesta – intempestiva – formulata ai sensi dell'art. 493, comma 1, c.p.p.¹⁸⁹. Si è, peraltro, sostenuto che l'alterazione degli ordinari

¹⁸⁶ Così H. BELLUTA, voce *Prova*, cit., 960, il quale ricostruisce la genesi e la *ratio* storiche della riferita disciplina, concepita ed introdotta nel codice quale *pendant* dell'art. 190-*bis* c.p.p., il quale impone una pre-valutazione del ricorrere dei peculiari criteri di ammissibilità ivi enucleati per la ri-assunzione di quelle specifiche categorie di dichiaranti (al fine di scongiurare l'usura delle fonti di prova). Il citato A. eccepisce l'eccessiva vessatorietà del trattamento cui risultano sottoposti i protagonisti dell'agone processuale che intendano chiedere, ex art. 238, comma 5, c.p.p., l'audizione del dichiarante previamente escusso altrove.

¹⁸⁷ Così, volendo, G. PECCHIOLO, *Le SS.UU. ed il principio di immutabilità*, cit., 1232.

¹⁸⁸ N. ROMBI, *La circolazione*, cit., 111.

¹⁸⁹ Invero, questo argomento pare condivisibile in sé e per sé, a prescindere dal fatto di spenderlo per giustificare la necessità di anticipata *discovery* a tutela del diritto alla prova (contraria) degli avversari. Difatti, l'art. 468, comma 4-*bis*, c.p.p. non può essere letto come se fosse avulso dal resto della disposizione nel quale si trova inserito. Innanzitutto, esso si esprime in termini di *doverosità* dell'incombente processuale preliminare al dibattimento, esattamente come fa il primo comma del medesimo articolo; in secondo luogo, proprio perché la disposizione, nella sua interezza, si colloca nel Titolo I del Libro VII del c.p.p. («*Atti preliminari al dibattimento*»), deve ritenersi che la doverosa attività in essa disciplinata sia da svolgersi integralmente in tale fase. Ebbene, le scadenze temporali da osservare sono prescritte al primo comma, mentre nulla dice sul punto il comma 4-*bis*, cosicché si deve dedurre che il legislatore, che con quest'ultima previsione ha derogato in parte alla disposizione generale posta in apertura dell'art. 468 c.p.p. quanto all'oggetto (solo indicazione delle fonti dichiarative, di regola, ovvero, in deroga, richiesta di ammissione di verbali a contenuto dichiarativo e non), abbia inteso generalizzare il termine a ritroso di sette giorni prima dell'udienza. Analogamente, il silenzio che il comma 4-*bis* serba sulle conseguenze sanzionatorie del mancato rispetto del termine, lungi dal rappresentare una lacuna o

equilibri dell'epistemologia processualpenalistica, determinata dall'anteposizione logica (e cronologica) della consultazione dello scritto rispetto all'attuazione della *performance* probatoria orale, non inficerebbe, comunque, la legittimità della previsione normativa in quanto tale sovvertimento non si ripercuote sulla «necessaria consequenzialità» tra esame e lettura acquisitiva del verbale ai sensi degli artt. 511 e 511-*bis* c.p.p. Sembrerebbe che, per i fautori di questa lettura, fatto salvo tale ultimo meccanismo, non ricorrerebbe alcun altro *vulnus* ai paradigmi performativi dell'istruttoria penale: di talché non ci si dovrebbe dolere della predisposizione del macchinoso sistema acquisitivo sin qui illustrato.

A nostro avviso, se è certo condivisibile, nella dinamica tipica del processo di parti di stampo *adversary* in cui il diritto alla prova è soggetto alla necessità di assicurare l'altrui diritto di difendersi provando in condizioni paritarie (art. 111 Cost.), sostenere che la preventiva *discovery* dei verbali alieni che si intende far acquisire sia funzionale all'esercizio del diritto alla prova contraria, non altrettanto persuasivo appare l'ulteriore argomentazione a supporto della conformità a sistema del subprocedimento istruttorio di cui ci stiamo occupando. Non ci sembra, infatti, dirimente chiamare in causa il fatto che, in corso di giudizio, la lettura acquisitiva del 511-*bis* c.p.p. avvenga solo all'esito dell'eventuale escussione del dichiarante: trattandosi di un *posterius*, tale aspetto non può condizionare la valutazione degli *steps* procedurali che lo precedono necessariamente.

Occorre dunque tentare di intraprendere una diversa strada esegetica.

Ebbene, si potrebbe sostenere che il procedimento di ammissione delle prove circolanti sia concepito con tale struttura *bifasica* in quanto strumentale a consentire al giudice *ad quem* il vaglio sulla pertinenza e rilevanza delle risultanze istruttorie preformate altrove rispetto all'oggetto del processo di destinazione. Alla possibile

un'indicazione della ordinatorietà del termine per il caso di richiesta di ammissione di prove *aliunde*, è affatto eloquente della scelta del legislatore di far operare la regola generale sancita dal primo comma, *i.e.* la decadenza della parte e l'inammissibilità della richiesta che venga rivolta al giudice intempestivamente. La giurisprudenza non ricostruisce il sistema in questo senso, accogliendo, per converso, la tesi per la quale «l'inosservanza delle formalità prescritte dall'art. 468, comma 4-*bis*, cod. proc. pen., per l'acquisizione di verbali di prove di altro procedimento, non è causa di nullità, non ricadendo in alcuna previsione, espressa o di ordine generale, né di inutilizzabilità, derivando quest'ultima dalla violazione di un divieto di acquisizione, che, quando non è esplicito, è ravvisabile soltanto in relazione alla natura o all'oggetto della prova e non in relazione alle modalità della sua assunzione» (Cass. pen., sez. II, 4 dicembre 2019, n. 49198, in *CED*, n. 277933-01; conf., *ex plurimis*, Cass. pen., sez. III, 4 ottobre 2011, n. 35865, in *CED*, n. 250855; Cass. pen., sez. V, 2 febbraio 2011, n. 14457, in *CED*, n. 249934-01; Cass. pen., sez. I, 25 ottobre 2004, n. 1594, in *CED*, n. 230774-01; Cass. pen., sez. IV, 21 gennaio 2004, n. 7237, in *CED*, n. 227351-01; Cass. pen., sez. VI, 28 dicembre 1998, n. 13682, in *Cass. pen.*, 1999, 7, 2273 e in *Arch. n. proc. pen.*, 1999, 1, 52).

obiezione che il giudice potrebbe – come già osservavamo in precedenza – ritenere la superfluità dell'audizione innanzi a sé del dichiarante in considerazione della preventiva disponibilità delle carte, si potrebbe rispondere che, invero, alla luce dei principi generali di matrice costituzionale, tale condizione di materiale approvvigionamento anticipato dei protocolli scritti non potrebbe (e non dovrebbe mai) costituire lo strumento per delibare nel senso del rigetto l'istanza di escussione orale formulata dalla parte in forza del diritto di cui è titolare *ex art. 238 c.p.p.* L'oggetto di tale diritto è, invero, un mezzo di prova 'complesso', costituito dall'integrazione reciproca del verbale *aliunde* formato e dell'esame chiesto nel processo *ad quem*, di talché non è affatto ipotizzabile uno sdoppiamento del potere valutativo del giudice in ordine alla ammissibilità di tale mezzo istruttorio¹⁹⁰. Così, il giudizio di non manifesta irrilevanza/superfluità operato sulle carte dovrebbe condurre sempre a ritenere altrettanto rilevante/non superflua la corrispettiva prova orale.

Una simile ricostruzione offre solidi argomenti per riaffermare con decisione, nell'ambito di cui ci occupiamo, l'imprescindibile esigenza sistematica di ripetere¹⁹¹ l'esperienza probatoria, pur a fronte dell'acquisizione di conoscenze cristallizzate nelle carte, in modo tale da fornire al giudice una conoscenza *first hand* tramite la ricostituzione dell'immediatezza probatoria a ciò funzionale. Solo attraverso un substrato conoscitivo costruito dinanzi a *quel* giudice, il suo libero convincimento (indirizzato dall'attività persuasivo-argomentativa delle parti) può realmente formarsi in modo autonomo: il solo verbale non è in grado di assicurare pienamente questo risultato, poiché il dato in esso compendiato sarà inevitabilmente 'impregnato' della valutazione operata altrove da un altro soggetto e condizionato dal preciso *contesto*

¹⁹⁰ C. TAORMINA, *Diritto processuale penale*, Torino, 1995, 201. Sviluppando questo pensiero, A. VELE, *La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 10, 1236, sostiene addirittura che - una volta ritenuta la prova nel suo complesso pertinente, rilevante, non sovrabbondante - il giudice del processo *ad quem* non possa in alcun caso respingere la richiesta di audizione del dichiarante configurata quale «mera rinnovazione» pura e semplice rapportando tale valutazione al verbale acquisito *ex art. 238 c.p.p.*, perché «altrimenti si svuoterebbe di essenza il diritto alla prova» e si snaturerebbe il senso dell'ascolto diretto della prova orale; viceversa, qualora la parte chieda che il dichiarante sia sentito su circostanze *ulteriori* rispetto al contenuto del verbale proveniente da altro processo, allora il giudice potrà operare una seconda valutazione, susseguente a quella relativa alla pertinenza e rilevanza del protocollo *aliunde* formato rispetto all'oggetto del giudizio *ad quem*, specificamente dedicata alla valutazione della manifesta superfluità dell'esame orale in relazione alle nuove e diverse circostanze presentate dalla parte.

¹⁹¹ Tecnicamente, e per essere precisi, non si tratta di una ripetizione, atteso che il giudice *ad quem* non ha presenziato, in quel medesimo contesto processuale relativo all'imputazione e all'imputato *sub iudice*, all'assunzione del richiesto mezzo di prova orale.

processuale nel quale la sua origine è avvenuta e nel quale era, dunque, *situata*¹⁹².

Eppure, anche seguendo questo differente indirizzo esegetico non ci si scrolla di dosso l'impressione che 'qualcosa non quadri'. L'elemento di disturbo è costituito dalla concreta possibilità che una dinamica connotata dalla previa apprensione del contenuto informativo del verbale metta seriamente a rischio l'imparzialità del giudice, intesa nel senso di 'impregiudicatezza'¹⁹³. In particolare, questi ne potrebbe venir condizionato nell'operare la valutazione, *ex ante*, della pronosticabile utilità euristica della prova rinnovanda ai fini della ricostruzione del fatto-reato ipotizzato nell'imputazione, e, *ex post*, della effettiva bontà accertativa di quanto risultante dall'espletata escussione orale del dichiarante, tendendo a privilegiare in ogni caso il compendio informativo ricavabile dai protocolli scritti, giudicati più affidabili. Esaminando il contenuto dei verbali di prove allogene già in sede di scrutinio delle richieste istruttorie, il giudice – inconsapevolmente - potrebbe iniziare a formarsi una propria opinione, ad ipotizzare una certa ricostruzione dei fatti sui quali dovrà poi giudicare, maturando «una *precomprensione* dei fatti e delle persone, prima e al di fuori delle prospettazioni dialettiche delle parti»¹⁹⁴. La *forza della prevenzione* stigmatizzata dalla Consulta nel 1995¹⁹⁵ indurrebbe poi lo stesso giudice a cercare solo conferme all'ipotesi già formulata, ignorando per converso qualunque elemento idoneo a sconfessarla, precipitando in una sorta di 'tunnel cognitivo' deleterio, lesivo sia delle aspirazioni euristiche del processo, sia dei diritti delle parti¹⁹⁶. Il che, in ultima istanza, renderebbe del tutto vano il recupero dell'immediatezza.

A nulla varrebbe obiettare che le carte che documentano la precedente assunzione

¹⁹² Per queste osservazioni, sia consentito rinviare al nostro *Le SS.UU. ed il principio di immutabilità*, cit., 1232.

¹⁹³ Sul punto, *ex plurimis*, G.M. BACCARI, *Il temperamento tra libera circolazione degli atti e diritto al contraddittorio*, cit., 204; N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., 23 ss. nonché 114 ss.

¹⁹⁴ F.M. IACOVIELLO, *Processo di parti e poteri probatori del giudice*, in *Cass. pen.*, 1993, 157, 291 (corsivo nostro).

¹⁹⁵ Corte cost. 15 settembre 1994, n. 432, in *Giur. cost.*, 1995, 3379, con nota di P.P. RIVELLO. Il giudice libero dalla *forza della prevenzione* è quello libero «da quella naturale tendenza a mantenere un giudizio già espresso o un atteggiamento già assunto in altri momenti decisionali dello stesso procedimento».

¹⁹⁶ Evocativamente, G. DE LUCA, *Il sistema delle prove penali e il principio del libero convincimento nel nuovo rito*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 1274, parla di "effetto congelante"; si consideri anche quanto sostenuto da M. FERRAJOLI, *Dubbi sull'acquisibilità delle dichiarazioni in precedenza rese dall'imputato (o coimputato) che rifiuti l'esame in dibattimento*, in *Giur. cost.*, 1992, 1953. Il rischio è che il giudice sia indotto a "fare a meno" delle parti, non riconoscendo loro i dovuti spazi riservati alla attività argomentativa delle stesse, che dovrebbe svolgersi lungo tutto l'iter dibattimentale: ciò provoca un'alterazione degli equilibri processuali, incidendo negativamente sull'imparzialità del giudice e, conseguentemente, sulla formazione del suo convincimento e sull'accertamento. Cfr. *amplius* le riflessioni svolte da G. BIANCHI, *L'ammissione della prova*, cit., 32 ss.

avvenuta in altra sede siano ineludibile ausilio per consentire al giudice *ad quem* di ponderare il ricorrere degli estremi del diritto all'ammissione delle istanze istruttorie formulate dalle parti quanto all'assunzione dei dichiaranti già altrove esaminati. Se così fosse, se cioè l'organo giudicante non fosse mai in grado di stabilire, senza l'appiglio delle carte, l'utilità euristica, la pertinenza, la non sovrabbondanza delle prove articolate dalle parti secondo i dettami dell'art. 468, comma 1, (che richiede l'indicazione delle circostanze su cui verterà l'esame di ciascun dichiarante) e dell'art. 493, comma 1, (che assegna alle parti il compito di illustrare l'ammissibilità delle prove richieste secondo i parametri del 189 e 190 c.p.p.)¹⁹⁷, allora il codice di rito avrebbe consentito di depositare tutti gli atti d'indagine preliminare per metterne il contenuto a disposizione del giudice in sede di ammissione delle 'corrispondenti' prove orali. Invece così non è. Anzi, la strenua difesa della frontiera del dibattimento dall'invasione di elementi preformati in precedenti fasi del procedimento ha imposto proprio di stabilire una procedura che si vorrebbe sorvegliatissima, tramite la quale le parti non hanno titolo nemmeno per presentare l'ammissibilità delle prove richieste riferendosi *per relationem* al contenuto di atti investigativi precedenti.

Da ciò si desume che il legislatore ha ritenuto il giudice del dibattimento senz'altro in grado di vagliare *ex ante* ed in termini probabilistici il ricorrere dei requisiti di ammissibilità delle prove sulla mera scorta della semplice indicazione delle circostanze su cui le stesse verteranno e dell'illustrazione dei medesimi da parte dei protagonisti della *querelle* processuale. Dunque, la medesima capacità deve essere ritenuta sussistente in capo al giudice nel momento in cui l'istanza istruttoria abbia ad oggetto l'immissione nel *plateau* probatorio di verbali di elementi formati in altra sede giudiziale.

Se così è, se ne dovrebbe concludere che la messa a disposizione dei verbali alieni, specie quando alla richiesta della loro acquisizione si accompagna l'istanza di assunzione del dichiarante, non dovrebbe avvenire se non all'esito della deliberazione di entrambe le istanze, da valutarsi con la medesima chiave di lettura applicata ad ogni

¹⁹⁷ Si tratta di una delle novità introdotte, per il giudizio di primo grado, dalla riforma Cartabia. In argomento, cfr. L. LUDOVICI, *Il 'nuovo' giudizio di primo grado*, cit., 504 ss.; R. APRATI, *Giudizio di primo grado*, in *Giur. it.*, 2023, 5, 1205 ss.; P. BRONZO, *La "riforma Cartabia" e la razionalizzazione dei tempi processuali nella fase dibattimentale*, in *Cass. pen.*, 2022, 4, 1312 ss.; in senso critico, C. IASEVOLI, *Il giudizio e la crisi del metodo epistemologico garantista*, in *Sist. pen. web*, 10 novembre 2022, 4 ss.

altra richiesta di prova endogena. In questo modo si potrebbe meglio tutelare la «neutralità metodologica del giudice» *ad quem* e garantirne la reale «verginità gnoseologica»¹⁹⁸.

Nonostante simile opinione risulti astrattamente persuasiva, la sua praticabilità è, ad oggi, impossibile, per almeno due ordini di ragioni. Innanzitutto, il dato normativo è, allo stato, univoco e *tranchant* nel definire i tratti del subprocedimento istruttorio per l'acquisizione in dibattimento delle prove allogene.

Ma soprattutto, sul piano funzionale, se le valutazioni in punto di non manifesta superfluità/irrilevanza sono agevolmente conducibili in forza delle prospettazioni di parte, non altrettanto può dirsi, in maniera generalizzata, quanto al vaglio della legittimità originaria della prova aliena. Consentire al giudice di accedere ai protocolli che documentano l'attività istruttoria condotta altrove sembrerebbe strumentale ad offrire, *in limine* al dibattimento, uno spazio nel quale sondare l'eventuale ricorrere di patologie genetiche dell'elemento istruttorio attestato nelle carte formate *extra moenia*, così da poter preservare l'espletanda istruttoria e la susseguente decisione dalle indebite contaminazioni da parte di materiali che, a cagione del vizio che li affligge, non sono idonei ad assurgere al rango di 'prova'.

Il punto è indubitabilmente problematico. Vedremo se, *de iure condendo*, vi siano differenti schemi procedurali delineati altrove nel sistema che possano fungere da modello per apportare correttivi ai difetti del marchingegno acquisitivo dedicato dal codice di rito penale alle prove a genesi aliena.

6. CRITICITÀ DOGMATICHE DELL'ADOZIONE DEL MODULO DOCUMENTALE PER LO SCAMBIO INTERPROCESSUALE DI PROVE (DAL PROCESSO PENALE AD ALTRI GIUDIZI)

L'altro fronte della nostra indagine si sviluppa intorno al dilemma concernente la sorte da riservarsi alla prova penale allorché, ammantatasi della eccentrica veste della prova pseudo-documentale, venga immessa in circuiti istruttori eterogenei – per principi ispiratori, strutture, oggetto e identità dei soggetti coinvolti – rispetto a quello nel quale la stessa abbia avuto scaturigine.

Il punto sensibilmente critico della questione risiede proprio nel fatto che, per ragioni

¹⁹⁸ G. UBERTIS, *Neutralità metodologica del giudice e principio di acquisizione processuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1, 19.

di stretta funzionalità dei meccanismi di interferenza probatoria, è ineludibile la contingente trasmutazione che l'atto a contenuto cognitivo formato in sede penale deve subire per affrontare le dinamiche della messa in circolazione. Tuttavia, è proprio una simile metamorfosi a rappresentare la causa efficiente dei *moda* acquisitivi che, in assenza di univoche direttrici normative, sono stati per lo più teorizzati e messi in atto dalla prassi giurisprudenziale, cui soccorre anche una variegata serie di elaborazioni dottrinali.

A voler operare una sintesi delle molteplici posizioni prospettate, gli elementi ricorrenti sono rappresentati dalla *dequotazione* del ruolo del preventivo *vaglio di ammissibilità* della prova allogena di natura eccentrica, dalla *incertezza classificatoria* e dalla preponderante – quando non esclusiva – valorizzazione del ruolo del *libero convincimento giudiziale* quale piattaforma dogmatica e strumento pratico di legittimazione del *repêchage* istruttorio dall'esterno.

L'inquadramento teorico della prova prestata e la predicata destrutturazione delle tecniche di fruizione della stessa emergono quali valvole che danno voce e sfogo a quell'urgenza 'vorace' dell'apprensione del più cospicuo quantitativo di informazioni possibile, che ci sembra nettamente percepibile nell'incedere delle motivazioni giudiziali spese sul punto.

A questo punto, non ci resta che affrontare i segnalati inconvenienti di tipo strutturale, prima di passare ad esaminare le principali voci del repertorio confezionato dalle elaborazioni di dottrina e giurisprudenza con cui si è inteso assegnare (o negare) ad elementi 'estratti' dal giudizio penale cittadinanza nel contesto degli strumenti epistemici accreditati dai canoni istruttori di stampo civilistico e non solo.

La trattazione non potrà che adottare uno sguardo di sintesi. Invero, siamo convinti che un'analitica disamina dedicata in modo specifico a ciascuna possibile casistica verificabile in concreto, per quanto idonea a fotografare in modo puntuale la 'quotidianità' delle aule di giustizia, risulterebbe alquanto dispersiva, non consentendo di apprezzare compiutamente quei critici profili ricorrenti nell'approccio della prassi al fenomeno di cui ci occupiamo. Inevitabilmente, però, la disamina condotta in modo trasversale non consentirà, nostro malgrado, di soffermarci, di volta in volta, su tutti gli affascinanti aspetti che si offrono all'attenzione dell'interprete in dipendenza dell'identità specifica di ciascuna disciplina processuale.

- a. *Apparente semplificazione degli scambi probatori. Indagine in merito all'individuabilità di un procedimento ammissivo delle prove penali in riti di diversa natura. Riflessi in punto di prova inutilizzabile*

In assenza di univoci, chiari indicatori normativi, in contesti rituali disomogenei rispetto a quello in cui la prova penale si forma la ricerca di una base giustificativa, che sia adeguata a soddisfare gli *standard* di legalità processuale fissati dalla Carta fondamentale, non sembra aver condotto gli operatori giuridici a risultati appaganti. Il *focus* delle ricostruzioni volta a volta proposte, difatti, risulta in una certa misura deviato dalla circostanza, già segnalata, della preponderante considerazione del dato esteriore rappresentato dall'involucro in cui viene ad essere cristallizzata la prova di formazione esterna affinché possa circolare.

La struttura para-documentale che le risultanze istruttorie assumono, nel momento in cui il sistema, per consentire loro di spiegare efficacia euristico-gnoseologica finanche in vicende processuali parallele rispetto a quelle di 'maturazione', ne autorizza la trasmutazione funzionale della documentazione in documento, induce l'interprete ad adottare un approccio alquanto pragmatico, che si puntella, il più delle volte, sulla fluidità delle dinamiche probatorie concernenti i documenti.

Se si procede a scandagliare il panorama normativo, balza all'occhio che il processo penale contempra la pressoché unica disciplina espressa di subprocedimenti probatori dedicati in modo puntuale all'ammissione ed acquisizione a fini decisori di prove documentali. Il codice Vassalli, data la marcata opzione esercitata in favore di un modello di stampo accusatorio, si è premurato di strutturare una serie di passaggi obbligati che, quantomeno a livello teorico ed astratto, i documenti-mezzo di prova devono attraversare per poter essere allocati tra le conoscenze giudizialmente spendibili per la formazione del convincimento sul *thema probandum e decidendum*.

Esaminando le disposizioni dedicate al giudizio dibattimentale, se ne trae una limpida conferma. Basti pensare alla formulazione degli artt. 493 e 495 c.p.p., che si riferiscono in generale alla «ammissione delle prove»; alla circostanza che, per converso, si sia sentito il bisogno di elencare in modo puntuale in relazione a quali mezzi istruttori (*i.e.* le prove latamente dichiarative) sia indispensabile a pena di decadenza presentare le liste; la disciplina speciale prescritta proprio per i verbali di prove allogene *ex* artt. 468, comma 4-*bis*, e 495 c.p.p., che conferma come, data l'assimilazione delle stesse ai documenti, in mancanza sarebbero state soggette alla dinamica ordinaria di acquisizione sancita per tutte le prove documentali; e – *last but*

not least – alla previsione di uno specifico meccanismo acquisitivo ai fini della legittimità dell'uso dei documenti in sentenza (art. 515 c.p.p.).

Non solo: tanta è l'attenzione dedicata dalla normativa processualpenalistica alla selezione in ingresso del materiale documentale, che anche in contesti connotati da una più marcata propensione alla strutturazione su moduli rituali e decisionali di stampo documentale – l'udienza preliminare ed il rito abbreviato, su tutti – il codice del 1988 non trascura la definizione di spazi *ad hoc* in cui si discuta della ammissione di documenti (cfr. in proposito l'art. 421, comma 3, c.p.p. in cui si precisa che le parti potranno argomentare le proprie richieste e conclusioni in udienza preliminare, *inter alia*, «utilizzando [...] gli atti e i documenti ammessi dal giudice prima dell'inizio della discussione»).

Non altrettanto può dirsi con riferimento ad altre tipologie di giudizio, in specie quelle che abbracciano schemi procedurali ricalcati più o meno fedelmente sulle forme processualcivilistiche.

Per quanto concerne tipi procedimentali più prossimi al modello penalistico, vale la pena segnalare la peculiarità del rito prevenzionale, in cui il combinato operare della previsione *ex art. 7*, comma 4-*bis*, e del rinvio che il medesimo articolo al comma 9 dispone rispetto al procedimento di esecuzione di cui all'art. 666 c.p.p. determina una situazione di incertezza operativa rimessa alla sensibilità esegetica dell'organo giudicante. Per un verso, la prima norma – di più recente conio – ha inteso delineare sulla falsariga dell'art. 190 c.p.p. i criteri per la preventiva ammissione delle prove¹⁹⁹. Per l'altro, stante la mancanza di una esatta individuazione dell'ambito della previsione da ultimo esaminata, il riferimento alla disciplina *ex art. 666* potrebbe essere (ed anzi, viene) inteso come comprensivo del suo comma quinto, dedicato all'assegnazione al giudice di poteri officiosi di reperimento di documenti e informazioni di cui vi sia 'bisogno' e all'imposizione del cogente, inderogabile rispetto del contraddittorio critico-

¹⁹⁹ Si richiamano i criteri della irrilevanza, della illegittimità e della superfluità cui fa riferimento anche l'art. 190 del codice Vassalli. La differenza sostanziale si colloca sul fronte del *quantum* richiesto per l'ammissione delle prove. Nel processo penale lo *standard* che si richiede alle parti di superare per ottenere l'ingresso nel patrimonio di potenziali conoscenze giudiziali è particolarmente basso, in ossequio al diritto alla prova, escludendosi solo ciò che risulti manifestamente, all'evidenza, inutile e superfluo per l'accertamento. Per converso, nel caso del procedimento sulla pericolosità sociale 'l'asticella' si alza, ribaltandosi la prospettiva predetta, posto che la norma di riferimento consente di ammettere solo ciò che appaia rilevante e non sovrabbondante: nel dubbio, l'istanza istruttoria va rigettata. Sul punto, G. FRANCOLINI, *La prova nel procedimento di prevenzione*, cit., 26.

argomentativo. L'equilibrio normativo che ne è stato desunto in sede di applicazione concreta valorizza, dunque, la fluidità e la deformalizzazione che sono implicate dal rinvio all'art. 666 c.p.p., finendo così per propendere per la sottrazione dell'ambito della prova documentale al rigoroso e, di certo, più stringente canone ammissivo esplicitato dall'art. 7 del d.lgs. n. 159/2011.

Dall'analisi giurisprudenziale si evince il convincimento che l'acquisizione di materiale conoscitivo in sede prevenzionale abbia natura «essenzialmente cartolare»²⁰⁰ (ancorché vi si possano assumere mezzi di prova costituenda) e – per quanto qui rileva – avvenga «senza l'osservanza dei principi sull'ammissione della prova di cui all'art. 190 c.p.p., essendo essenziale l'accertamento dei fatti, nel semplice rispetto della libertà morale delle persone e con le garanzie del contraddittorio»²⁰¹. Addirittura, non si travalicherebbe soltanto l'*iter* predisposto per l'ammissione dei mezzi istruttori in sede penale, bensì anche il compendio di principi a ciò funzionali: il criterio per la fruizione dei documenti è la loro mera significatività per l'essenziale accertamento dei fatti.

Quanto a sistemi processuali che aderiscono a modelli di stampo civilistico, ci troviamo dinanzi ad un dissidio interno alla stessa struttura codicistica. Com'è stato rilevato a più riprese in letteratura, il legislatore ha disegnato un sistema nel quale, pur a fronte di un subprocedimento dedicato alla valutazione dei requisiti di ammissibilità delle prove da assumersi nel corso del giudizio (ove previste in ragione del tipo giudiziale di riferimento), non dispone altrettanto con riferimento alle prove documentali, che invero rappresentano la privilegiata base conoscitiva in simili contesti giurisdizionali. Il procedimento probatorio, per i documenti, si risolve nell'unico atto della *produzione* (preceduta dalla c.d. offerta in comunicazione): per tal via l'atto preformato, senza alcuna previa attivazione del contraddittorio, confluisce nel compendio conoscitivo a disposizione del giudice e, in seguito, non occorrerà che lo stesso sia indicato come utilizzabile per la decisione²⁰².

Com'è stato osservato, la ragione al fondo di una simile lacuna volontaria riposerebbe sulla intrinseca struttura delle prove documentali le quali, non necessitando

²⁰⁰ Cass. pen., sez. I, 1 luglio 2016, n. 27147, in *CED*, n. 2670-58-01.

²⁰¹ Cass. pen., sez. II, 27 gennaio 2017, n. 3954, in *CED*, n. 269250-01.

²⁰² Cass. civ., sez. II, 5 novembre 1999, n. 12299, in *CED*, n.530895; Cass. civ., Sez. un., 25 gennaio 1989, n. 422, in *Giust. civ.*, 1989, I, 1671.

di alcun tipo di attività assuntiva attesa la loro origine preprocessuale, non comporterebbero dispendio di tempi e risorse processuali. Di talché, *in limine litis* non richiederebbero una preventiva cernita da parte del giudice, chiamato piuttosto ad uno scrutinio unitario del portato conoscitivo e dell'ammissibilità dei documenti solo una volta rimessa la causa in decisione (e salvo contestazioni di parte sul punto in corso di causa)²⁰³. Secondo la tratiziosa ricostruzione giurisprudenziale, l'immissione del documento nel panorama di conoscenze di prove precostituite si risolverebbe in una mera «operazione di semplice *logica giuridica*»²⁰⁴. Operazione di cui – preme segnalarlo – non sono chiaramente esplicitate (né nella legge né in via pretoria) le ineludibili concatenazioni inferenziali per ritenere, quantomeno *ex post*, la ritualità dell'acquisizione della prova; e che si traduce in quello che potrebbe definirsi come principio dell'*irreversibilità delle acquisizioni istruttorie*, al lume del quale la giurisprudenza asserisce che «tutto ciò che è stato infilato legittimamente (ma tutt'al più si vuol dire: tempestivamente) nel fascicolo di causa, “ben può” venire liberamente valutato ed utilizzato»²⁰⁵.

Non si può mancare di notare che, a fronte della compattezza quasi granitica della elaborazione pretoria sul punto, una disamina in ottica sistematica parrebbe far emergere taluni profili di possibile incoerenza, nella misura in cui si prenda in considerazione l'esistenza, nel tessuto codicistico, di ipotesi che in effetti contemplan

²⁰³ L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, III ed., Torino, 2010, 182 e, più in dettaglio, 186 ss., il quale osserva come le prove precostituite vanno introdotte come tali in giudizio e, previa eventuale esibizione, acquisite nel processo, richiedendo al più, quando vi siano contestazioni in merito, la sottoposizione a procedure per verificarne la veridicità: «per definizione, le prove di tipo documentale, essendosi formate (prima e) al di fuori del giudizio, non necessitano di alcuna specifica attività di assunzione, poiché normalmente la loro acquisizione avviene automaticamente, uno actu, a mezzo della produzione (a seguito di offerta in comunicazione), con il loro materiale deposito [...]. Poiché, quindi, non si pone alcun problema tecnico, in ordine ad eventuali procedimenti diretti alla costituzione di siffatte prove, per le medesime non ha senso pratico postulare un giudizio preliminare di ammissibilità e di rilevanza: la loro acquisizione, non comportando alcun impiego o dispendio di energie e di attività istruttorie in senso proprio, non solleva alcun interrogativo di economia processuale, né tanto meno coinvolge l'eventuale invocabilità di regole di esclusione, da applicarsi a priori. Di conseguenza sarà l'organo giudicante a dover valutare a posteriori la rilevanza e l'utilizzabilità concreta di quelle prove, nel momento della decisione di merito» (corsivo nostro).

²⁰⁴ Cass. civ., sez. I., 12 novembre 2021, n. 33809, cit. In termini, Cass. civ., sez. I, 10 agosto 2023, n. 24424, cit.; Cass. civ., sez. II, 25 marzo 2013, n. 7466, cit.; Cass. civ., sez. I, 18 maggio 2012, n. 7916, cit.

In dottrina, V. DENTI, voce *Prova documentale (dir. proc. civ.)*, cit., 720; M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., 154; G.F. RICCI, *Principi*, cit., 365 ss.; R. BRIANI, *L'istruzione probatoria nel processo amministrativo*, cit., 122; L. QUERZOLA, *L'efficacia dell'attività processuale*, cit., 56; in senso critico: F. FERRARI, *La sanzione dell'inutilizzabilità*, cit., §8; E. ALLORIO, *Efficacia giuridica di prove ammesse*, cit., 870 ss.; M.C. VANZ, *La circolazione della prova*, cit., 56 ss., la quale dà conto, con una rassegna minuziosa, anche di un *revirement* giurisprudenziale che avrebbe portato all'affermazione della tesi di un necessario previo vaglio di ammissibilità anche con riferimento alle prove documentali precostituite (su cui cfr. *loc. ult cit.*, 60, nt. 64).

²⁰⁵ Così B. CAVALLONE, *Riflessioni sulla cultura della prova*, cit., 959.

momenti anticipati di valutazione dell'ammissibilità di prove documentali in taluni snodi del procedimento civile. A titolo esemplificativo, un caso meritevole di considerazione è quello contemplato dal terzo comma dell'art. 345 c.p.c., che sancisce, tra l'altro, l'eccezionalità della produzione in fase di impugnazione di nuovi documenti, per cui viene posto uno specifico criterio per la valutazione di ammissibilità dell'istanza (ossia che la novità sia non imputabile alla parte che produce la prova). Di tutta evidenza come una siffatta prescrizione, per risultare effettiva, non possa che attuarsi a mezzo di un vaglio precedente rispetto al successivo corso del giudizio di seconde cure, atteso che difficilmente il giudice, nella solitudine della camera di consiglio senza l'apporto dialettico dell'argomentazione delle parti, potrebbe scrutinare il ricorrere dei requisiti legittimanti l'acquisizione del documento *noviter productum*. Lo stesso dicasi con riferimento all'impugnazione di merito nel rito del lavoro: l'art. 437 c.p.c., con una disciplina parallela a quella da ultimo esaminata, pone il divieto di «nuovi mezzi di prova» salvo che il collegio ne ritenga l'indispensabilità. A conferma della plausibilità di simile ricostruzione si pone una pronuncia delle Sezioni unite, le quali, per quel che qui più interessa, hanno riconosciuto che tra i mezzi di prova suddetti debba annoverarsi anche il documento²⁰⁶.

Ulteriore esempio di circostanza processuale nella quale – nonostante la riferita generale refrattarietà pretoria ad assoggettare i documenti a preventivi scrutini di

²⁰⁶ Cass. civ., Sez. un., 20 aprile 2005, n. 8202, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 3, 1051, con nota di B. CAVALLONE, *Anche i documenti sono "mezzi di prova" agli effetti degli artt. 345 e 437 c.p.c.* In termini, *ex plurimis*, Cass. civ., sez. L., 7 giugno 2015, n. 11786, in *CED*, n. 581607-01; Cass. civ., sez. III, 5 luglio 2007, n. 15228, in *CED*, n. 598240-01; Cass. civ., sez. III, 10 luglio 2008, n. 18884, in *CED*, n. 604209-01; Cass. civ., sez. L., 2 febbraio 2009, n. 2577, in *CED*, n. 606361-01; Cass. civ., sez. L., 26 maggio 2010, n. 12847, in *CED*, n. 613627-01.

Di significativo rilievo nel segnalare un atteggiamento di apertura verso la considerazione della plausibile eventualità che, ancorché non esplicitato dalle norme, il codice di rito civile contempra un preventivo scrutinio di ammissibilità anche con riguardo ai documenti è la sentenza Cass. civ., Sez. un., 1 febbraio 2008, n. 2435, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1, 187, con nota di B. CAVALLONE, *Inutilizzabilità, ai fini della decisione, del documento prodotto da una parte, quando essa non abbia tempestivamente indicato lo scopo della produzione*, nonché in *Corr. giur.*, 2010, 3, 355, con nota di C. CONSOLO. Nel *decisum* da ultimo menzionato, il Supremo consesso ha statuito che la parte interessata all'ammissione di un documento ha l'onere di formulare specifica istanza nei propri atti introduttivi, motivandola in virtù dello specifico scopo della produzione: ciò permette, in prima battuta, all'avversario di controdedurre ed offrire prova contraria, dando modo al contraddittorio di svolgersi nel modo più proficuo possibile; e, in seconda battuta, andando oltre gli stessi approdi raggiunti dal *plenum*, la specifica deduzione dello scopo della produzione consente al giudice di ponderare la rilevanza, non superfluità, legittimità della produzione. Tant'è che la migliore dottrina (B. CAVALLONE, *op. ult. cit.*, § 7) ha evidenziato come, prima ancora che chiedersi *in che modo* il giudice potrebbe utilizzare il documento prodotto e silenziosamente confluito nel fascicolo processuale senza alcuna segnalazione della finalità di tale iniziativa istruttoria, occorrerebbe interrogarsi sul se il giudicante possa includere tale documento nell'orizzonte delle conoscenze così introdotte in causa. Questione che, all'apparenza, emergerebbe proprio in questi stessi termini dalla menzionata decisione degli Ermellini. In termini, L. QUERZOLA, *L'efficacia dell'attività processuale*, cit., 145: «In altri termini, vale con riguardo ai documenti ciò che vale per ogni altro mezzo di prova, ovvero che il procedimento di ammissione, acquisizione e valutazione sia conforme alle regole previste dalla legge»; A. CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice*, cit., 29.

ammissibilità – è il codice di rito civile stesso a pretendere che materiale processuale in forma documentale passi al setaccio preliminare del giudice del merito in punto di rilevanza e ammissibilità è il procedimento di istruzione preventiva, in specie la sua fase disciplinata dall'art. 698 c.p.c. di cui già abbiamo detto in precedenza. Il richiamo non è privo di conseguenze sulla tematica che ci occupa; vi torneremo, pertanto, al momento più opportuno.

Tenuto conto di quanto osservato sin qui, è lampante la criticità dogmatica che l'adozione del modulo documentale per agevolare il transito interprocessuale della prova penale potrebbe causare. La dirompente fluidità dei marchingegni procedurali per l'inclusione del documento nel compendio istruttorio non può che provocare riflessi in punto di acquisizione di prove *aliunde*, stante la preconizzabile 'desensibilizzazione' indotta nella prassi dalla forma con la quale tali elementi gnoseologici trascendono la propria sede genetica e vengono trapiantate altrove.

Il fatto che la conoscenza giudiziale formata in una parallela vicenda processuale non possa che essere spesa in una differente controversia mediante l'utilizzo del modulo documentale rischia di indurre tanto le parti quanto il giudice del processo *ad quem* a sottovalutare la complessità del fenomeno che si pone loro dinnanzi, ad omologare in tutto l'elemento istruttorio che si offre al *plateau* conoscitivo disponibile in forma di rappresentazione documentale (*rectius*: documentata) ad un documento extra-giudiziale qualsiasi, persa di vista – quantomeno sotto il profilo dell'immissione in giudizio – la reale, sostanziale natura del mezzo di prova prodotto. Un simile trattamento, portatore di una decisa semplificazione dei percorsi di intercomunicazione tra processi diversi, soffre di due pecche di non scarsa significatività.

La prima, che si misura sul conflitto che determina rispetto ai principi costituzionali essenziali in ambito istruttorio nonché alle direttrici lungo cui si articola la *lex probatoria* del sistema di riferimento, consiste nella carenza di cautela con cui in letteratura ci si interfaccia con il materiale oggetto di prestito interprocessuale. In altri termini, l'eccessiva sottolineatura dell'esteriorità documentale di elementi che altro non sono che l'esito dell'assunzione di mezzi di prova costituendi fa sì che vi sia il rischio che il verbale di tale esperienza probatoria aliena filtri indisturbato nel compendio processuale: confluendovi in modo subdolamente silenzioso, impedisce il pieno attuarsi di una costruttiva dialettica tra le parti sulla opportunità giuridica di procedere a simile trapianto.

Trattare la prova allogena come mero documento farebbe passare in secondo piano la

necessità di ponderare la compatibilità o meno, rispetto al sistema di destinazione, dell'essenza dell'elemento probatorio sottostante all'involucro documentale. Nel processo di approdo della prova aliena potrebbe, inoltre, non emergere l'eventualità di una diversa compagine soggettiva propria della vicenda processuale d'origine, il che potrebbe inavvertitamente condurre a trascurare la necessità di recuperare spazi dialettici di attuazione del contraddittorio, in forma quantomeno critico-argomentativa, allorché si ritenga preclusa (o – che è lo stesso – superflua) una anticipata discussione in merito al portato informativo allogeno che si voglia veicolare altrove. Infine, ed è un punto dotato di implicazioni formidabili, negare, in virtù dell'assunta forma documentale, la necessità di uno scrutinio liminare della prova circolante, oltre a non consentire di tener conto delle eventuali difformità normative e strutturali tra sistemi probatori messi in comunicazione, in specie con riguardo alla disciplina del singolo mezzo di prova trasmigrato, amplifica in modo deciso il rischio concreto di immissione nella sede di destinazione di materiale conoscitivo geneticamente viziato e dunque, per molteplici ragioni, inidoneo a fondare il convincimento giudiziale²⁰⁷.

La seconda pecca da segnalare, riscontrabile sul piano dogmatico, consiste nel dissidio che si determina nella sistematizzazione della prova circolante nel contesto della *lex probatoria*, nel momento in cui, pur sfruttando sul piano della sua indiscriminata ammissione nel compendio istruttorio la sponda offerta dalla forma documentale assunta per migrare, si finisce per trattare la prova prestata come se, nonostante tutto, non rinvenisse alcun tipo di disciplina nel sistema, considerando perciò necessaria l'individuazione di una giustificazione ulteriore della sua spendita nel contesto di destinazione. Nel prossimo paragrafo affronteremo questo spinoso nodo gordiano, che si stringe intorno ai piani, talora incommensurabili, del catalogo tipologico dei mezzi di prova, del valore e peso probatorio esercitato dalle prove *ab externo*, delle relazioni ordinamentali tra procedimento d'origine e di destinazione nell'ottica della libertà di convincimento giudiziale.

7. DISORIENTAMENTI SULLO STATUTO DI AMMISSIBILITÀ DELLE PROVE PENALI ESPORTATE ALTROVE

²⁰⁷ M.C. VANZ, *La circolazione della prova*, cit., 64.

a. *L'atteggiamento ondivago della giurisprudenza: tra aspirazioni autonomistiche e «bulimia conoscitiva»*

La scarna, se non del tutto carente, disciplina inerente alle tecniche di approvvigionamento dall'esterno di materiale istruttorio preformato in altra, precedente o parallela, vicenda giudiziale rappresenta una invitante prospettiva agli occhi dell'operatore giuridico (non solo dell'organo giudicante, ma altresì delle parti). Invero, per un verso, costituisce uno stimolo alla riflessione esegetico-dogmatica al fine di pervenire ad una soddisfacente sistematizzazione del fenomeno dell'importazione di prove, in specie penali, in sedi disomogenee rispetto a quella d'origine. D'altronde, la lacuna già segnalata offre, con frequenza, un invitante 'movente' per allestire giustificazioni (non sempre solide e persuasive) per la messa in campo di strategie recuperatorie di materiale allogeno finalizzate, in ultima battuta, all'ampliamento sconfinato delle potenzialità euristico-cognitive dell'esperienza processuale.

Con stigmatizzabili oscillazioni ermeneutiche, la giurisprudenza ha adottato punti di vista all'apparenza contraddittori ma che, se letti con la lente dell'aspirazione al raggiungimento della verità materiale, sembrano purtuttavia convergere nel fuoco dell'assottigliamento vigoroso delle membrane che separano processo penale *a quo* e altri eterogenei giudizi di destinazione degli elementi istruttori, per consentire l'ingresso di tutto quanto *a priori* ritenuto utile alla conoscenza, nell'idea di una 'prova totale'.

Le pronunce rese sul punto fanno insistito uso dei concetti di separazione e autonomia dei giudizi²⁰⁸. Essi vengono invocati, talora, quasi come 'mantra', la cui sola

²⁰⁸ *Ex plurimis*, quanto ai rapporti tra processo civile e penale, in relazione ai riflessi del canone dell'autonomia e separazione sull'accesso di prove allogene in altra sede: Cass. civ., sez. III, 14 settembre 2022, n. 27016, in *CED*, n. 665988-01; Cass. civ., sez. L., 8 aprile 2021, n. 9374; Cass. civ., sez. III, 12 giugno 2019, n. 15859, in *CED*, n. 654290-01 e in *Foro it.*, I, 621, con nota di P. PROTO PISANI, *Note in tema di annullamento*, cit.; Cass. civ., sez. III, 25 giugno 2019, n. 16916, in *CED*, n. 654433-01 e in *Foro it.*, I, 621, con nota di P. PROTO PISANI; Cass. civ., sez. III, 10 settembre 2019, n. 22515, inedita; Cass. civ., sez. III, 10 settembre 2019, n. 22516, inedita; Cass. civ., sez. III, 10 settembre 2019, n. 22520, in *Foro it.*, 2020, I, 620, con nota di P. PROTO PISANI; Cass. Civ., Sez. III, 12 settembre 2019, n. 22729, in *CED*, n. 655473-01; Cass. civ., sez. III, 15 ottobre 2019, n. 25917, in *CED*, n. 655376; Cass. civ., sez. III, 15 ottobre 2019, n. 25918, in *CED*, n. 655377; Cass. civ., sez. III, 20 gennaio 2015, n. 840, in *CED*, n. 633913; Cass. civ., sez. III, 17 giugno 2013, n. 15112, in *CED*, n. 626948; Cass. civ., sez. L., 18 gennaio 2007, n. 1095, in *CED*, n. 594151; Cass. civ., sez. L., 16 maggio 2006, 11426, in *Mass. Giur. It.*, 2006; Cass. civ., sez. II, 25 marzo 2005, n. 6478, in *Mass. Giur. It.*, 2005. Per quel che concerne i rapporti tribolati che legano rito penale e procedimento prevenzionale, cfr. Cass. pen, sez. I, 21 gennaio 1991, Piomalli, in *Giur. it.*, 1992, II, 299; Cass. pen, sez. IV, 10 settembre 1992, in *Cass. pen.*, 1994, 396; Cass. pen, sez. VI, 3 novembre 2005, n. 39953, Nicastro, in *Giur. it.*, 2006, 7, 1482; Cass. pen, sez. I, 20 luglio 2007, n. 29688, Muscolino, in *Giur. it.*, 2008, 2, 444; Cass., Sez. VI, 10 gennaio 2008, n. 1161, Cicino, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1, 90; Cass. pen, sez. II, 26 giugno 2008, n. 25919, Rosaniti, in *CED*, 240629; Cass. pen, sez. I, 23 dicembre 2008, n. 47764, in *CED*, 242507; Cass. pen, sez. VI, 30 gennaio 2013, n. 4668, in *CED*, 254417; Cass. pen, sez. II, 19 giugno 2013, n. 26774, Chianese, in *CED*, 254417; Cass. pen, sez. V, 15 dicembre 2014, n. 52095, in *CED*, 2014; Cass. pen, sez. V, 18 gennaio 2016, n. 1831, in *CED*, 265862; Cass. pen, sez. I, 1° luglio 2016, n. 27147, in *CED*, 267058; Cass. pen, sez. II, 15 marzo 2018, n. 11846, in *CED*, 272496; Cass. pen, sez. VI, 24 settembre 2018, n. 40913. Per la spendita del menzionato principio con

menzione parrebbe mettere la motivazione, su cui poggia ciascun *decisum* giudiziale, al riparo da censure in punto di indebita autorizzazione all'interferenza processuale ad oggetto probatorio. Se 'le giurisdizioni' sono separate in modo netto, esse sono incomunicabili e, di conseguenza, quanto avvenuto nella previa vicenda processuale non detiene il potenziale per esercitare efficacia vincolante su altri successivi processi.

Eppure, l'esame del campione giurisprudenziale di riferimento non consegna all'interprete una conclusione così limpidamente *tranchante* (quantunque opinabilissima, stante quel che osservavamo sul concetto di giurisdizione²⁰⁹). Per contro, ci si rende conto che l'argomento dell'autonomia viene speso in chiave estremamente lassa, non per serrare gli ingressi delle separate vicende giudiziali dinanzi ad elementi preformati altrove, quanto piuttosto per acuire al massimo grado possibile le occasioni percettivo-acquisitive dell'istruttoria di destinazione rispetto a dati estratti da altra sede. Il proclamato dogma del *favor separationis* – peraltro estrapolato dal proprio ambito d'elezione, ossia quella dell'efficacia di giudicato delle pronunce irrevocabili – si tramuta in *escamotage* per mettere in risalto le differenze strutturali dei procedimenti probatori implicati nella circolarità istruttoria, per enfatizzare le caratteristiche identitarie della prova che si intenda importare e sottolinearne l'inconciliabilità con i canoni del rito *ad quem*...e, paradossalmente, azzerarle (*sic!*).

In altre parole, vi è la tendenza ad invocare l'autonomia, più che per impermeabilizzare il giudizio *ad quem* rispetto a contaminazioni provenienti da vicende che si vorrebbero del tutto ininfluenti sull'esito della controversia, quale 'scorciatoia' ermeneutica per: *i*) in prima battuta, svincolare il giudice, recettore del materiale allogeno, dal considerarne le peculiarità contenutistiche, strutturali, soggettive e disciplinari che lo connotano in funzione della sede di provenienza; e *ii*) in seconda battuta, intervenire dall'esterno sull'elemento importato per tramutarlo in un dato potenzialmente idoneo ad offrire conoscenze fruibili per la decisione secondo i canoni del rito di approdo. La chiave di volta della strategia epistemica così attuata sembra reggersi su due pilastri. Da un lato, l'uso di una non sempre univoca e chiara toponomastica che vale a riclassificare ciascun elemento acquisito *ab externo*

riferimento alle interferenze tra procedimento criminale e tributario, si vedano Cass. civ., sez. V, 5 aprile 2019, n. 9593, in *CED*, n. 653649-01; Cass. civ., sez. V, 24 novembre 2017, n. 28060, in *CED*, n. 646225-03;

²⁰⁹ Si rinvia, sul punto, al precedente Capitolo I, § 2.

nell'ambito del catalogo dei mezzi istruttori. Dall'altro, una dequotazione del peso persuasivo astrattamente assegnabile agli elementi *'uploadati'* in una sede estranea a quella di formazione, della cui praticabilità in senso logico-razionale sembra possibile dubitare.

La spendita – invero, fuorviata dal fascino della conoscenza ad ogni costo – del ridotto paradigma autonomistico, che con l'espedito ri-definitorio consente comunque al giudice di avvalersi di una congerie di dati informativi alla mera condizione di essere ritenuti rilevanti per definire la regiudicanda, non ci pare una linea d'azione convincente. Non foss'altro perché, all'atto pratico, è la stessa giurisprudenza, in uno con la dottrina, che non riesce ad offrire, sull'assunto esegetico di partenza, un unitario criterio selettivo in ingresso del materiale istruttorio pre-formato. Il che finisce per ledere inesorabilmente il principio di legalità processuale in materia probatoria, in uno con le legittime aspettative di giustizia che pretenderebbero dal sistema giurisdizionale l'individuazione di meccanismi in grado di assicurare il miglior accertamento, che non è detto discenda dall'affastellamento nel fascicolo del più vasto quantitativo di elementi di prova tratti da aliene vicende giudiziali.

b. *Usi ed abusi delle classificazioni giuridiche in materia di prova per giustificare l'apprensione nel giudizio ad quem di materiale probatorio di genesi aliena. La teoria delle prove atipiche, del modello indiziario-presuntivo, del 'mero' argomento di prova*

Nonostante il segnalato diffuso e comune spirito esegetico che fa da *fil rouge* nel settore di cui ci occupiamo, a prescindere dal ramo giurisdizionale che viene in rilievo come terminale della trasmigrazione della prova penale, non vi è uniformità di vedute sulla collocazione dogmatico-sistematica da assegnare, nel giudizio *ad quem*, al materiale esportato dal processo penale. È, dunque, opportuno catalogare le principali teorie confezionate dagli studiosi, per mostrarne di volta in volta le eventuali perplessità ed incertezze, in forza delle quali ritenerle non adeguate ad offrire risposta al primo ed essenziale quesito che l'interprete è tenuto ad affrontare dinanzi ad un fenomeno processuale della portata della circolazione probatoria intersistemica: su quale parametro misurare la legittimità dell'importazione in giudizio di elementi informativi di natura eccentrica rispetto alle prove autoctone?

Una prima posizione, sostenuta da autorevoli voci della dottrina, è quella che, per attribuire alle prove prestate cittadinanza nel contesto di destinazione, ha inteso reperire un supporto argomentativo nella annosa diatriba concernente la possibilità di ammettere

o meno prove c.d. *atipiche* nel contesto dei processi diversi da quello penale, atteso il silenzio del legislatore che non ha contemplato se non per quest'ultimo una disposizione del tenore di quella dell'art. 189 c.p.p.

Non è certo questa la sede per ripercorrere tutti gli involuti passaggi del dibattito, che in dottrina non sembra ancora sopito, se, *inter alios*, un illustre studioso come Bruno Cavallone di recente ha sentito la necessità di ribadire le proprie posizioni sul punto²¹⁰. Basti segnalare come, a fronte di una minoritaria tesi rigorosamente massimalista che sponsorizza la chiusura e tipicità del 'catalogo' di mezzi istruttori ammissibili, tanto la prevalente dottrina quanto la giurisprudenza rinvergono nel sistema complessivo segnali significativi in favore della apertura all'ammissione di mezzi atipici di apprensione delle conoscenze giudiziali²¹¹.

Ciò posto, si è fatto notare come, nell'alveo delle prove atipiche meriterebbero di esser fatti confluire elementi dalla struttura variegata, non riconducibili ad unità in modo agevole: si tratterebbe, *ex plurimis*, di scritture provenienti da terzi, certificazioni amministrative, perizie stragiudiziali, autodichiarazioni *etc*²¹². Secondo l'esegesi in esame, anche le prove aliene (e, con esse, anche le pronunce giurisdizionali rese in altra vicenda) andrebbero riportate alla categoria delle prove atipiche, in quanto non conferenti rispetto ad alcuna fonte di prova disciplinata dal legislatore, al contenuto informativo delle prove catalogate dalla legge e/o ai modi canonizzati di immissione delle informazioni rilevanti in giudizio.

Su tale presupposto, con il certo pregevole intento di assicurare tutela ad essenziali prerogative di difesa delle parti (le quali potrebbero non aver partecipato alla formazione dell'elemento istruttorio acquisito *extra moenia*) e nell'erronea convinzione di salvaguardare per tal via il principio di legalità processuale e l'epistemologia giudiziaria, i fautori del rammentato indirizzo pervengono a sostenere che il recupero di opportuni spazi di garanzia avvenga sul piano della *riduzione dell'efficacia dimostrativa*

²¹⁰ B. CAVALLONE, *Vicinanze pericolose: prove atipiche, prova indiziaria, argomenti di prova*, cit., *passim*.

²¹¹ M.C. VANZ, *La circolazione della prova*, cit., 68 ss.; G.F. RICCI, *Le prove atipiche*, Milano, 1999, 184; ID., *Principi*, cit., 387 ss.; ID., *Prove penali e processo civile*, cit., 862 ss.; M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, 378; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 57 ss.; L. QUERZOLA, *L'efficacia*, cit., 149 ss. A. PROTO PISANI, *Lezioni*, cit., 438 ss., ritiene che – eccettuato il tema delle prove *aliunde* formate, per le quali la previsione dell'art. 238 c.p.p. indurrebbe a concepirne un possibile legittimo inquadramento anche nel contesto del contenzioso civile – il tema delle prove atipiche sia invero un falso problema, in quanto la casistica esaminata non sarebbe altro, secondo l'A., che un insieme di ipotesi di prove inammissibili.

²¹² Per una panoramica casistica, L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 58 ss.

dell'elemento allogeno, della *cautela valutativa* del giudice e dell'*adeguata* motivazione spesa rispetto ai risultati conoscitivi raggiunti²¹³.

A questo proposito, preme segnalare quanto ci sembri insoddisfacente ricondurre la legittimazione di un marchingegno istruttorio alla prospettiva valutativa, quasi che un'accorta ponderazione del valore euristico di un dato elemento potesse valere *ex post* a giustificare il precedente ingresso del materiale conoscitivo generato altrove. E ciò senza considerare le oscillazioni esegetiche sul più idoneo grado di efficacia gnoseologica da attribuirsi alla prova circolante. Se taluno fa leva sulla disciplina delle presunzioni in virtù della assunta strutturale atipicità che le connoterebbe e dunque ritiene che la medesima regola di giudizio esplicitata per le prove per presunzioni²¹⁴ (*i.e.*, gravità, precisione, concordanza delle stesse) sia da estendersi alle prove allogene, vi è chi richiama il principio del libero convincimento o riconduce la prova atipica al concetto di argomento di prova²¹⁵. Insomma, non vi è affatto chiarezza sul punto; anzi,

²¹³ Cass. civ., sez.VI-3, 1 febbraio 2023, n. 2947, in *CED*, n.667206-01: «questa Corte, in effetti, ha ripetutamente affermato che, nell'ordinamento processuale vigente, manca una norma di chiusura sulla tassatività tipologica dei mezzi di prova e che il giudice civile può, quindi, legittimamente porre a base del proprio convincimento prove cd. atipiche, tra le quali anche le prove raccolte in diverso giudizio fra le stesse o altre parti e pure le risultanze derivanti da atti di indagini preliminari svolte in sede penale, ove, come ne caso in esame, della loro utilizzazione il giudice civile abbia fornito adeguata motivazione, si tratti di prove idonee ad offrire sufficienti elementi di giudizio e non siano smentite dal raffronto critico con le altre risultanze istruttorie, non potendosi, in tal caso, ravvisare la violazione del principio di cui all'art. 101 c.p.c., posto che, sebbene raccolte al di fuori del processo, il contraddittorio in ordine alle relative emergenze istruttorie si instaura con la loro formale produzione nel giudizio civile e la conseguente possibilità per le parti dello stesso di farne oggetto di valutazione critica e stimolare la valutazione giudiziale su di esse»; Cass. civ., sez. III, 19 luglio 2019, n. 19521, in *CED*, n. 654570-01; Cass. civ., sez. III, 10 novembre 2020, n. 25162, in *Studium iuris*, 2021, 6, 788: «il giudice può legittimamente porre a base del proprio convincimento anche prove cosiddette atipiche, purché idonee a fornire elementi di giudizio sufficienti, se ed in quanto non smentite dal raffronto critico - riservato al giudice di merito e non censurabile in sede di legittimità, se congruamente motivato - con le altre risultanze del processo». L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 60.

²¹⁴ Per un esempio emblematico, si consideri la massima di Cass. civ., sez. II, 7 ottobre 2020, n. 21554, in *CED*, n. 659385-01: «Le scritture private provenienti da terzi estranei alla lite possono essere liberamente contestate dalle parti, non applicandosi alle stesse né la disciplina sostanziale di cui all'art. 2702 c.c., né quella processuale di cui all'art. 214 c.p.c., atteso che esse costituiscono *prove atipiche* il cui valore probatorio è *meramente indiziario*, e che possono, quindi, *contribuire a fondare il convincimento* del giudice unitamente agli altri dati probatori acquisiti al processo» (corsivo nostro); Cass. civ., sez. III, 6 maggio 2016, n. 9242.

²¹⁵ Ad es., nell'ambito della giurisprudenza di merito, Trib. Reggio Emilia, 6 febbraio 2020, n. 229: «ritiene il giudice che la causa possa essere decisa sulla base della perizia collegiale disposta dal P.M. nell'ambito del procedimento penale promosso nei confronti dei medici ed affidata al professor B. T., cardiocirurgo, ed al medico legale S. P. Trattasi, in tutta evidenza, di *prova atipica* che ben può essere posta a fondamento della presente decisione. Si possono infatti definire prove atipiche quelle che non si trovano ricomprese nel catalogo dei mezzi di prova specificamente regolati dalla legge. Va in proposito osservato che nell'ordinamento civilistico manca una norma generale, quale quella prevista dall'art. 189 c.p.p. nel processo penale, che legittima espressamente l'ammissibilità delle prove non disciplinate dalla legge. Tuttavia, l'assenza di una norma di chiusura nel senso dell'indicazione del numerus clausus delle prove, l'oggettiva estensibilità contenutistica del concetto di produzione documentale, l'affermazione del diritto alla prova ed il correlativo *principio del libero convincimento* del Giudice, inducono le ormai da anni consolidate ed unanimi dottrina e giurisprudenza (tra le tante: Cass. n. 10825/2016, Cass. n. 840/2015, Cass. n. 12577/2014, Cass. n. 9099/2012, Cass. n. 5440/2010, Cass. n. 5965/2004, Cass. n. 4666/2003, Cass. n. 1954/2003, Cass. n. 12763/2000, Cass. n. 1223/1990), ad escludere che l'elencazione delle prove nel processo civile sia tassativa, ed a ritenere quindi ammissibili le prove atipiche [...] Detto quindi che non si dubita dell'*ammissibilità delle prove atipiche* e della loro *parificazione alle*

talora è possibile incappare in pronunce che sembrano voler trovare a tutti i costi un aggancio per giustificare l'uso di prove formate in altra diversa vicenda processuale e, con tale (forse inconsapevole) intento, si richiamano in modo indiscriminato a tutti quanti tali concetti, cumulati quasi a volerne 'potenziare' la persuasività.

Eppure, ciò che, ancor prima, non convince della ricostruzione che qualifica in termini di *atipicità* le prove penali allogene, che si intenda far confluire in sedi diverse, risiede in considerazioni di tipo dogmatico, di teoria generale.

Occorre in via preliminare sottolineare che impostare la soluzione al problema della legittimità dell'immissione in contesti extrapenali di prove penali circolanti discende dalla non irrilevante circostanza che l'impostazione del sistema probatorio contemplata dal codice civile e dal relativo codice di rito (sulla cui falsariga si modellano, *mutatis mutandis*, le istruttorie degli altri tipi processuali non penali) vive ancora del ricordo del sistema tariffario di prova legale, che non poteva certamente funzionare accogliendo elementi, che apparissero, per taluni profili, inconferenti rispetto al modello legale tipico. Eppure, a nostro avviso, se non ci si svincola da simile retaggio, si confonde il piano del *valore* legale da assegnare a determinati elementi con quello della *struttura ontologica* della prova, che dipende dalla valorizzazione dei modi – *rectius*: degli strumenti (perché il modo è uno solo, il ragionamento inferenziale) – attraverso i quali si può acquisire conoscenza di fatti del passato.

Per di più, il rinvio, forse un po' semplicistico, alla atipicità sembra per lo più strumentale²¹⁶ alla soddisfazione della affascinante quanto perigliosa tentazione di amplificare le potenzialità gnoseologico-accertative dello strumento processuale, giustificando simile impostazione esegetica in virtù del *portato conoscitivo oggettivo* (non riconducibile a quello dei documenti *ex art.* 1699 ss. c.c.) e della *sede* di

prove documentali per l'ingresso nel processo, *l'efficacia probatoria* di tali prove è stata comunemente indicata come relativa a *presunzioni semplici ex art. 2729 c.c. od argomenti di prova*» (corsivo nostro).

Si desume, in ogni caso, una qual certa confusione concettuale, per quanto tutti i menzionati filoni ritengano requisito indispensabile per legittimare l'ingresso in altro giudizio delle prove 'atipiche' circolanti l'attribuzione alle stesse di un rango inferiore, quantunque vi siano oscillazioni su quale esso debba essere. In questo senso, B. CAVALLONE, *Oralità e disciplina delle prove nella riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 721 ss.

²¹⁶ Indizio della correttezza di simile impressione sembrerebbe ricavarsi da una sorta di 'ammissione' esplicitata da L.P. COMOGLIO, *Prove penali, "giusto processo" e poteri di acquisizione del giudice tributario*, cit., § 3, il quale osserva come «D'altronde, a prescindere dalla spiegazione giuridico-politica o dalla giustificazione concreta e pratica del fenomeno, *quanto maggiore è l'ambito di utilizzabilità nel processo delle prove materialmente disponibili – pur se si tratti di fonti probatorie oggettivamente o strumentalmente atipiche*, ma comunque tecnicamente *idonee a concorrere all'accertamento della verità dei fatti* controversi, senza intaccare alcuno dei divieti posti a tutela dei diritti fondamentali della persona – *tanto maggiore è il grado di effettività* delle forme con cui si esercita il "diritto alla prova"» (corsivo nostro).

formazione delle prove *aliunde*. Ebbene, a nostro modo di vedere, siffatta lettura rappresenta una sorta di ‘richiamo abusivo’ dell’istituto della cui nozione si trova traccia nel solo art. 189 del codice di rito penale: abuso, invero, fondato sul fraintendimento per cui oggetto e genesi dell’elemento esportato da altro giudizio implicherebbe di necessità l’atipicità del mezzo di prova da esperirsi per la formazione dell’elemento conoscitivo da sottoporre, poi, alla valutazione del giudice.

Per comprendere quanto asserito, pare opportuno riflettere sul reale senso che l’atipicità della prova assume nel quadro dei principi in materia di *lex probatoria*. Il terminale di riferimento della riflessione non può che essere il menzionato art. 189 c.p.p., che i fautori della tesi qui sottoposta a revisione critica richiamano come attestazione della generale apertura del catalogo delle prove anche nel settore civile. Dunque, secondo la ricostruzione preferibile, quando l’art. 189 cit. discorre di *prove* non disciplinate dalla legge si starebbe riferendo unicamente ai *mezzi* di prova²¹⁷. In particolare, l’atipicità viene intesa quale connotato incidente sulla *struttura* di quest’ultimo, nella quale vengono ad essere inserite componenti non tipiche dello schema previsto *ex lege*²¹⁸. Viceversa, pare corretto affermare che l’atipicità *non*

²¹⁷ Vale la pena richiamare la condivisibile elaborazione sistematica secondo la quale il termine «prova» avrebbe una pluralità di significati, ciascuno dei quali con un preciso ruolo nei diversi ‘frammenti’ del procedimento probatorio. In specie, evidenzia la necessità di una «traduzione» del vocabolo «prova», per declinarne con chiarezza il senso specifico con il quale venga adoperato di volta in volta, G. UBERTIS, *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano, 2015, 79 ss. Si parla, pertanto, di *fonte* di prova con riguardo alle persone, cose o luoghi da cui si possono ricavare informazioni circa il fatto di reato. Tali ultime informazioni rappresentano i c.d. *elementi* di prova: si tratta dei dati ‘grezzi’ ricavabili dalla fonte di prova, prima che il giudice ne valuti l’affidabilità ai fini dell’accertamento: è, quindi, il fondamento della successiva attività inferenziale dell’organo giudicante. Si utilizza, invece, il termine *mezzo* di prova per indicare lo strumento, l’attività processuale per acquisire l’elemento stesso. Infine, *risultanza* probatoria non è altro che il prodotto della valutazione del giudice avente ad oggetto l’elemento di prova. In termini, P. TONINI-C. CONTI, *Manuale*, XXIII ed., cit., 241 ss.

Preme specificare, quanto all’ambito di operatività dell’art. 189 c.p.p., una circostanza di non poco momento. In ragione della collocazione dell’art. 189 c.p.p. nella ‘parte generale’ del libro sulle prove, tale disposizione si applica altresì ai mezzi di ricerca della prova, che rappresentano invero il settore nel quale – data anche la magmaticità e maggior fluidità della fase procedimentale nella quale vengono disposti, posto che le indagini preliminari hanno in sé un genetico carattere di atipicità riconosciuto anche dallo stesso legislatore – è negli ultimi anni più frequente l’adozione di strumenti non previsti *ex lege*. Il che comporta con regolarità l’ineludibile necessità di confrontarsi, in sede sia applicativa sia esegetica, con problemi e criticità operativi posti dall’utilizzo, alquanto intrusivo ed invadente, di metodiche e strumenti sempre nuovi e tecnologicamente avanzati per svolgere le indagini, in specie sul fronte della più adeguata tutela di diritti e libertà fondamentali ascritti al catalogo costituzionale delle istanze inviolabili.

²¹⁸ Corre obbligo di accennare ad una storica *querelle* sul senso profondo della atipicità in ambito probatorio. In una prima accezione, infatti, essa veniva in sostanza equiparata all’ipotesi della c.d. *prova innominata*, idonea a restituire al giudice un *risultato diverso* da quello ricavabile dall’esperimento dei mezzi di prova previsti dal legislatore. Secondo altra interpretazione – coincidente con quella da noi accolta nel testo – l’atipicità concerne la struttura del mezzo di prova, e dev’essere respinta la prima accezione in considerazione della tendenziale completezza del catalogo di apporti conoscitivi delineato dai *conditores*, con la conseguenza che risulta estremamente difficile, se non del tutto inconfigurabile, ipotizzare mezzi di prova idonei a produrre risultati del tutto estranei agli strumenti per l’acquisizione dibattimentale delle prove già scolpiti – nei loro profili strutturali e procedimentali – dal codice di rito. Nel medesimo senso sembrerebbe opinare, con riguardo per il processo civile, L.P. COMOGLIO, *Prefazione*, in J. NIEVA FENOLL, *Intelligenza artificiale e processo*, trad. it.,

concerna mai l'elemento gnoseologico 'grezzo' che derivi quale esito dell'esperimento di un dato mezzo di prova, né la risultanza probatoria che il giudice estrapoli dalla valutazione dell'elemento stesso. E ciò perché, nel primo caso, il dato conoscitivo non può che rivestire natura rappresentativa (quale che sia il metodo di rappresentazione adoperato: parole, suoni, immagini *etc*) ovvero natura reale (come avviene, ad es., per il corpo del reato, che di per sé non rappresenta nulla se non la propria essenza). Nel secondo caso, poi, non può mai discorrersi di atipicità con riguardo alla risultanza probatoria in quanto, a ben vedere, essa costituisce il prodotto dell'applicazione all'elemento di prova di un ragionamento condotto dal giudice sulla scorta di inferenze che, sempre, saranno rette dalle leggi della logica induttiva²¹⁹.

Dunque, se quanto detto, come riteniamo, risulta condivisibile, e cioè se l'atipicità può riguardare solo la alterazione del metodo di formazione della prova, *i.e.* il mezzo di prova, e posto che, per quel che qui importa, il mezzo di prova *tipico* che viene in rilievo è il *documento*, categoria che vale di per sé, con caratteristiche strutturali ben definite a prescindere sia dal contenuto informativo da esso veicolato sia dal valore che *ex lege* viene assegnato a tali cognizioni, non ci sembra vi sia margine per discorrere di atipicità quanto alla prova allogena e al suo inquadramento nell'istruttoria di destinazione²²⁰. Piuttosto, tenuto conto della peculiare genesi che caratterizza simili

Torino, 2019, XIV, il quale evidenzia, con una riflessione dedicata specificamente a mezzi di prova innovativi strutturati in forma elettronica, la circostanza per cui «in effetti i mezzi di prova concretamente utilizzabili in una controversia [siano]...ancora tradizionalmente configurabili come documenti o testimonianze». Tratteggia la diatriba *de qua* G. UBERTIS, *Profili di epistemologia giudiziaria*, cit., 154 ss.

²¹⁹ Per analoghe riflessioni condotte con riferimento all'inquadramento dogmatico da assegnare nell'ambito della *lex probatoria* penale alla c.d. prova algoritmica ricavata a mezzo di intelligenza artificiale, sia consentito rinviare a G.M. BACCARI-G. PECCHIOLI, *IA e giudizio sul fatto: gli strumenti di e-evidence per la cognizione*, in AA.VV., *La decisione penale. tra intelligenza emotiva e intelligenza artificiale*, a cura di G.M. Baccari-P. Felicioni, Milano, in corso di pubblicazione.

²²⁰ In termini, B. CAVALLONE, *Vicinanze pericolose*, cit., 68; L. QUERZOLA, *L'efficacia dell'attività processuale*, cit., 151. *Contra* parrebbe porsi G.F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., *passim*; nonché ID., *Principi*, cit., 388: l'Autore difatti, in modo, a nostro avviso, poco perspicuo osserva: «Occorre comunque tenere presente che quando si parla di prove atipiche ammissibili nel processo civile, ci si riferisce ai *mezzi* di prova non previsti dalla legge, non anche ai mezzi di prova previsti che vengono acquisiti attraverso *procedimenti* diversi da quelli consentiti» e, a supporto, esemplifica il primo caso con le dichiarazioni stragiudiziali rese dai terzi ed immesse tramite scritti ed il secondo caso con l'ipotesi in cui tale scritto venisse incartato nel fascicolo non mediante rituale produzione bensì consegnandolo *brevi manu* al cancelliere. Ci sembra che a tale ricostruzione sfugga il vero punto nodale della teorica dell'atipicità istruttoria: invero, la dichiarazione che entri nel processo tramite un documento scritto non ha nulla di atipico, quanto al mezzo probatorio, posta la assoluta tipicità dello strumento documentale per veicolare conoscenze in giudizio; in questo caso il vero problema risiederebbe nella valutazione dell'ammissibilità, secondo le previsioni concernenti i legittimi contributi informativi spendibili a fini decisori e le tecniche epistemologiche accreditate, di dichiarazioni rappresentative rilasciate, anziché nel contraddittorio dinanzi al giudice, al di fuori del contesto processuale. Quanto all'aspetto inerente al divieto di procedimenti istruttori atipici, se in linea teorica si può essere d'accordo con Ricci (al lume del già più volte menzionato principio di non sostituibilità, l'esempio proposto non ci sembra affatto calzante, attenendo più ad un'ipotesi di irritualità che non incide sull'idoneità euristica del mezzo istruttorio asseritamente atipico, che al problema dell'eventuale

prove, la consapevolezza che – al di sotto della (artificiosa) veste documentale esteriore – si abbia a che fare con prove costituenti, le cui modalità formative affondano in un terreno che si nutre di regole e principi non sempre coincidenti con quelli della sede di destinazione, dovrebbe indurre ad altre riflessioni.

Prima ancora di interrogarsi sul valore e sull'efficacia persuasiva che l'ordinamento è disposto a tributare a simili elementi, varrebbe la pena di ponderare la compatibilità strutturale e valoriale del mezzo di prova sottostante al documento che lo rappresenta e lo veicola altrove ed il sistema che lo accoglierà. Il rischio è, non tanto forzare un sistema tassonomico mediante l'immissione di un elemento di rottura della tipicità, quanto piuttosto di contrabbandare tipologie di mezzi istruttori incompatibili con quelli disciplinati nel giudizio *ad quem*, ossia con le regole essenziali che ne definiscono la struttura che il legislatore pretende sia rispettata per consentire l'acquisizione di un sapere a monte ritenuto attendibile o rispettoso di prerogative etico-morali essenziali; ovvero di aggirare espressi divieti, posti per specifici mezzi istruttori, adoperando la forma del documento per celare la perpetuazione della violazione²²¹.

Ancora, in prossimità della tesi della atipicità della prova allogena si colloca la prospettazione di chi adotta uno schema (all'apparenza) 'cugino'²²² del primo e che abbiamo già evocato fuggacemente. Ci si riferisce, in particolare, al richiamo frequentemente operato al fumoso modello *indiziario-presuntivo*.

Dinanzi all'istintiva propensione ad ampliare a più non posso le occasioni di implementazione dello strumentario conoscitivo del giudice approfittando degli esiti istruttori già raggiunti altrove, tanto che si richiami lo schema pseudo-legittimante dell'atipicità probatoria quanto che si glissi su tale profilo, la sensazione di commettere

aggiramento di limiti di ammissibilità attraverso la 'costruzione' di modalità di assunzione delle fonti di prova pensate per immettere comunque in giudizio ciò che non avrebbe potuto entrarvi (o non avrebbe potuto con quelle modalità: ad es., la legge prescrive che il sequestro della corrispondenza del detenuto sia un atto palese, di talché deve reputarsi illegittimo quell'atto che, per impedire al detenuto di avere contezza del controllo effettuato a suo carico, si svolga secondo modalità segrete).

²²¹ F. CARNELUTTI, *A proposito di ricerca della verità*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 675-676 («In altre parole, non si possono far diventare innominate le prove nominate solo perché non presentano i requisiti prescritti dalla legge [...] L'equivoco tra *prove innominate* e *prove irregolari* [noi diremmo: invalide] è così palese, che non merita di insistervi»). Così anche C. CONTI, *Accertamento del fatto*, cit., 280 ss.; G.M. BACCARI-C. CONTI, *La corsa tecnologica tra Costituzione, codice di rito e norme sulla privacy: uno sguardo d'insieme*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 6, 717 ss.; T. RAFARACI, *Ricognizione informale dell'imputato e (pretesa) fungibilità delle forme probatorie*, in *Cass. pen.*, 1998, 1745; G.F. RICCI, *Principi*, cit., 388.

²²² Prendiamo in prestito la metafora adoperata da B. CAVALLONE, *Vicinanze pericolose*, cit., 69, per compendiare – e conseguentemente criticare – il tradizionale approccio della prassi rispetto alle categorie di prova atipica e prova indiziaria. In senso critico, rispetto all'adozione del parametro dell'atipicità per qualificare le prove esportate altrove, G. D'ANGELO, *Le prove atipiche nel processo amministrativo*, cit., 229.

un dilacerante abuso lesivo dei principi cardinali e dei diritti fondamentali del giusto processo viene messa a tacere sfruttando il consolatorio riferimento ad una asserita dequotazione del valore euristico dell'elemento importato *ab extrinseco*. L'unità di misura di simile depotenziamento è, per l'appunto, implicata dalla spendita del modello dell'indizio: in altre parole, si afferma che la prova allogena possa essere posta a fondamento del convincimento giudiziale nel processo *ad quem*, a patto che ad essa si assegni efficacia *meramente indiziaria*.

Nemmeno la ricostruzione testé riferita ci sembra persuasiva. Occorre sottolineare, in premessa, la circostanza, già di per sé disorientante, della rilevabile confusione lessicale – che ne cela una, più grave, sul fronte teorico-concettuale – emergente dall'uso talora intercambiabile delle nozioni di indizio e presunzione, senza che in effetti le stesse siano univocamente precisate. Confusione che, in parte, va addebitata al codice civile che, nell'ambito del Titolo II del Libro VI, rubricato “*Delle prove*”, dedica un intero Capo, il quarto, alle *presunzioni*, lasciando intuire che, nella sistematica adottata, le stesse costituiscano *prove*, la cui nozione è sancita dall'art. 2727²²³ e per la cui spendita a fini decisori la legge impone al giudice una regola di valutazione (art. 2729, comma 1, c.c.). Di *indizi*, per contro, non si fa alcun cenno.

Tenute a mente simili carenze normative nonché dell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, il difetto della teoria che riveste le prove trasmigrate da altra sede del manto indiziario-presuntivo si può apprezzare proprio nella misura in cui si puntualizzino e si definiscano meglio i concetti cui ci si riferisce.

Ebbene, in base alla ricostruzione della teorica delle prove processuali cui qui si accede, per prova indiziaria si intende quel ragionamento giudiziale di tipo inferenziale abduittivo in cui il giudice è chiamato ad applicare ad una circostanza indiziante provata una massima di esperienza o una legge scientifica per ricavarne, in via induttiva, la

²²³ Art. 2727 c.c.: «Le presunzioni sono le conseguenze che la legge o il giudice trae da un fatto noto per risalire a un fatto ignorato» (corsivo nostro). Senza poter entrare nei dettagli, preme segnalare l'inadeguatezza dogmatica (o, quantomeno, l'imprecisione lessicale) della definizione riportata, che – al netto di quanto si esaminerà nel testo – qualifica le presunzioni come *conseguenze* di un fatto *da cui ricavare* l'esistenza di un altro fatto: viceversa, sarebbe stato più corretto definire le presunzioni come il *ragionamento* con cui giudice o legge traggono da un fatto noto, come *conseguenza dell'applicazione* di una massima d'esperienza ovvero di una legge scientifica, la dimostrazione logico-inferenziale di un fatto ignorato.

Sul tema delle presunzioni, G. TUZET, *Filosofia della prova giuridica*, cit., 153 ss.; G.F. RICCI, *Principi*, cit., 376 ss.; A. PROTO PISANI, *Lezioni*, cit., 439 ss., il quale ricostruisce il concetto di presunzione in termini coerenti con la nostra elaborazione e che, peraltro, opera una distinzione chiara, quanto a sistematizzazione dogmatica, tra presunzioni ed indizi, nonché tra questi e le categorie delle prove atipiche e degli argomenti di prova.

prova di un fatto ignoto e no direttamente rappresentato dalla circostanza indiziante suddetta. Dunque, a voler utilizzare il lessico civilistico, la presunzione non è né un mezzo di prova né un fatto da provare, ma è piuttosto un modello di ragionamento logico inferenziale²²⁴.

Semmai, la sintetica nozione di *indizio* può essere adoperata per riferirsi al predetto concetto di «*circostanza indiziante*», che esprime un peculiare tipo di *fonte* di prova (*non*, quindi, di elemento o risultanza probatoria): esso, infatti, costituisce il punto di partenza – introdotto a propria volta in giudizio mediante un mezzo di prova – di un *iter* razionale dal quale si dovrà pervenire a ricavare la dimostrazione per via logica ed abduittiva (per generalizzazione deduttiva ed applicazione induttiva, mediante esperimento del c.d. tentativo di smentita) dell'esistenza di un fatto che l'elemento iniziale della catena inferenziale non è in grado di rappresentare, di per sé.

Se quanto sin qui detto è vero – come riteniamo – si comprende come mai non sia corretto riferirsi alla incerta, duplice categoria della prova indiziaria/presuntiva per qualificare la prova penale allogena immessa in altri eterogenei giudizi, nonché per sostenere che la stessa andrebbe considerata un *quid minoris* rispetto a quanto acquisito nella sede di destinazione. In verità è il contenuto informativo del protocollo della prova importata a sancire se lo stesso fungerà (o, quantomeno, potrebbe fungere) da prova rappresentativa del *factum probandum*, immediatamente spendibile a fini decisori (all'esito della valutazione di credibilità ed attendibilità), ovvero da indizio, quale circostanza alla quale applicare una massima di esperienza o una legge scientifica per risalire alla dimostrazione inferenziale dell'esistenza di un fatto ignoto e bisognoso di prova. Ed è solo in questo secondo caso che si dovrà far applicazione della regola di cautela (elevata al rango di regola di giudizio il cui mancato rispetto vulnera la tenuta persuasivo-argomentativa della motivazione giudiziale) che pretende che ciascun indizio sia ampiamente provato, che la massima di esperienza o la legge scientifica ad esso applicata sia resistente al tentativo di smentita e che, in ultima istanza, i risultati così acquisiti siano valutati congiuntamente gli uni con gli altri. Non vi è, dunque, relazione biunivoca tra la genesi processualmente aliena dell'elemento istruttorio

²²⁴ Un'approfondita disamina del tema del ragionamento presuntivo, sotto molteplici punti di vista ed in ottica multidisciplinare, è stata recentemente offerta da AA.VV., *Il ragionamento presuntivo. Presupposti, struttura, sindacabilità*, a cura di S. Patti-R. Poli, Torino, 2022.

documentato ed il suo trattamento alla stregua di indizio²²⁵.

Così anche questa posizione, articolata peraltro su una categoria dogmatica dai contorni non chiari e nemmeno chiariti nella pratica delle aule giudiziarie, e giustificata dalla intenzione di circondare la spendita in sede civile di materiale penale di cautele sul fronte euristico-valutativo, non coglie nel segno. Com'è stato osservato, in modo icastico, «la pretesa stessa di scontare sul piano dell'*efficacia* gli scrupoli relativi alla *utilizzabilità* delle prove raccolte altrove è irrazionale tanto quanto lo sarebbe voler superare i dubbi sulla genuinità di una banconota da cento, attribuendole il valore di cinquanta»²²⁶

Resta, infine, da valutare una terza posizione, che spesso – specie in giurisprudenza – si confonde e si sovrappone con quella da ultimo esaminata, e che chiama in causa un concetto già altrove accennato. Ci si riferisce, in particolare, al formante esegetico che riconduce la prova circolante alla categoria dei c.d. *argomenti di prova*.

Si tratta di nozione dai contorni, a ben guardare, alquanto incerti e sfumati in termini

²²⁵ Interessante segnalare, a questo proposito, che l'analisi giurisprudenziale sembra restituire un formante esegetico in cui, a fronte della scarsa attenzione ai profili logico-dogmatici di cui si è detto nel testo, l'utilizzo del paradigma indiziario risulta concepito in chiave non dissimile da quella con la quale il codice di rito penale – e, con questo, gli operatori giuridici – individua il substrato conoscitivo delle decisioni concernenti l'applicazione delle misure cautelari personali nell'ambito del relativo procedimento incidentale. L'art. 273 c.p.p., al suo primo comma, nel prescrivere le condizioni generali di applicabilità delle cautele interinali incidenti sulla libertà personale, fa, difatti, riferimento ai «gravi *indizi* di colpevolezza», con ciò riferendosi – secondo la migliore e prevalente esegesi – tanto ad elementi conoscitivi di tipo rappresentativo (es. sommarie informazioni, videoregistrazioni *etc*) quanto ad elementi costituenti circostanze indizianti (es. il corpo del reato, la traccia di DNA reperita sulla scena, ma anche le stesse dichiarazioni qualora non rappresentative in modo esplicito e diretto dei fatti che – secondo un lessico mutuato dalla giurisprudenza civilistica – potremmo definire 'principali'). Ebbene, non sfugge la confusione in cui cade lo stesso codice Vassalli nel momento in cui, con la medesima nozione di 'indizio', viene ad indicare ora le circostanze che fondano la prova critica, ora una vasta categoria di elementi gnoseologicamente informativi da spendersi per l'adozione di provvedimenti interinali. Tuttavia, in quest'ultimo caso, l'apparente dequotazione del portato conoscitivo delle emergenze informative denominate genericamente 'indizi di colpevolezza' si giustifica in funzione del *locus* e del *tempus* processuali in cui la decisione viene chiesta al giudice e da questi emessa, *i.e.* le indagini preliminari. Non solo si tratta di fase procedimentale connotata da mutevolezza informativa costante finché l'organo di accusa non provveda a stigmatizzare i fatti nell'imputazione formulata con la richiesta di rinvio a giudizio. Non solo, ancora, non muovendosi in fase processuale, lo *standard* di giudizio *ex art.* 533 c.p.p. (la regola *b.a.r.d.*) non trova piena applicazione, in virtù della necessità di fronteggiare esigenze cautelari tipizzate *ex lege*. Ma, per di più, secondo la scansione non solo cronologica ma anche concettuale adottata dal sistema processuale penale di stampo accusatorio, ciò che viene acquisito nel corso delle indagini preliminari non ha spazio – salvo eccezioni – per fregiarsi del titolo di prova. Sicché si comprende come mai, in questa ipotesi specifica, la spendita del paradigma indiziario si riferisca ad un substrato di materiale conoscitivo onnicomprensivo e pretenda di 'soddisfarsi' di un grado di conclusione informativa inferiore rispetto allo *standard* proprio della fase del giudizio (artt. 192, comma 2, 533, comma 1, e 546, comma 1, lett. e), c.p.p.).

Tuttavia, condivisibilmente, G.F. RICCI, *Principi*, cit., 378, mette in guardia l'operatore giuridico dal considerare, errando, che la cautela pretesa dal legislatore per la spendita motivazionale del ragionamento critico-indiziario implichi l'assegnazione astratta alla prova *de qua* di un valore inferiore rispetto a quello da tributare alla prova rappresentativa.

²²⁶ B. CAVALLONE, *Vicinanze pericolose*, cit., 73, cui si rinvia per ulteriori significative riflessioni che ben si sposano, completandoli, con gli spunti interpretativi da noi prospettati.

In senso altrettanto critico rispetto alla scelta di giustificare l'immissione in sede civile di prove *extra moenia* trovando appiglio nel modello indiziario-presuntivo, M.C. VANZ, *La circolazione*, cit., 71 ss.

di efficacia funzionale, della quale, per giunta, non è facile ricavare nemmeno l'esatto ambito applicativo oggettivo²²⁷. L'orizzonte normativo di riferimento abbraccia, difatti, una casistica alquanto eterogenea²²⁸, il cui prototipo archetipico è rappresentato dall'art. 116, comma 2, c.p.c., norma che – in modo alquanto significativo per quanto di nostro interesse – si colloca nell'ambito di una disposizione dedicata alla proclamazione dei principi in punto di *valutazione* della prova. Ciò consente di inferirne ed affermarne, sin d'ora, l'inidoneità tecnico-giuridica a rappresentare un valido strumento per selezionare *ab origine* le prove di aliena formazione sul filo della ponderazione della legittimità di queste ultime ad immettersi nei circuiti migratori interprocessuali. Le ragioni di simile conclusione sono, bene o male, analoghe a quelle già rassegnate con riguardo ai criteri ermeneutico-valutativi già esaminati.

Ad ogni modo, non è superfluo tentare una ricostruzione sintetica dei connotati precipui della categoria, al lume delle elaborazioni degli studiosi autorevoli che se ne sono occupati. Da un primo punto di vista, si può ritenere che, nonostante la sensibile difficoltà di riportare ad unità una congerie così disomogenea di fattispecie (che vanno dall'esito del libero interrogatorio delle parti, al rifiuto di ottemperare all'ordine di esibizione, alle dichiarazioni rese al consulente tecnico e riportate nella relazione conclusiva *etc*), un elemento di continuità sia individuabile nella possibilità per l'organo giudicante di ricavare argomenti a fronte di specifici oggetti di valutazione, consistenti in *contegni* tenuti dalle parti dinanzi al giudice ovvero in contesti comunque processualmente situati²²⁹. Caso peculiare, che 'spariglia le carte', è quello previsto dal

²²⁷ M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 454.

²²⁸ Un'efficace e sintetica cernita viene proposta da A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale penale*, cit., 432-433. Diffusamente, M.C. VANZ, *La circolazione della prova*, cit., 111 ss., cui si rinvia, altresì, per i copiosi riferimenti bibliografici; L. QUERZOLA, *L'efficacia dell'attività processuale*, cit., 152 ss.; G.F. RICCI, *Principi*, cit., 380; R. POLI, *Gli "argomenti di prova" ex art. 116, comma 2°, c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, 2, 460 ss.; A. Carratta, *Prova e convincimento*, cit., *passim*,

²²⁹ Per contro, legge tale norma al metro di una regola di prova legale *negativa*, impeditiva per il giudice di un certo *modus inferendi* relativo a determinate informazioni potenzialmente rilevanti, M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., 165 ss.: si tratta di ricostruzione esegetica senz'altro coerente con l'approccio alla epistemologia giudiziaria in chiave di 'prova totale' accolto dal citato Autore, il quale perviene poi ad asserire la sostanziale inutilità dell'art. 116, comma 2, c.p.c. sulla scorta dell'osservazione che l'applicazione della tecnica inferenziale implicata da tale previsione sarebbe riconducibile allo schema logico delle presunzioni semplici. Anche la dottrina, dunque, non pare immune dalla confusione concettuale che si riscontra in giurisprudenza, in cui le categorie giuridiche che qui vengono in rilievo – non chiaramente definite neanche nel substrato normativo di riferimento – appaiono sovrapposte in maniera difficilmente perspicua. Un'evoluzione del pensiero del citato A. sembrerebbe cogliersi in Id., *Verso la decisione giusta*, Giappichelli, 2020, 242 ss., ove lo studioso segnala, sulla scorta di quello che ritiene essere il prevalente filone giurisprudenziale in materia, come sia da destituire di fondamento la tesi dell'argomento di prova come prova legale negativa, a fronte di un uso dell'argomento di prova in chiave assimilabile al ragionamento presuntivo: in base allo scrutinio della prassi, l'A. perviene al convincimento che, trattando l'istituto dell'argomento di prova alla stregua di un indizio da cui muovere un

terzo comma dell'art. 310 c.p.c., cui già abbiamo fatto riferimento: ivi si prescrive che le *prove* assunte nel processo estinto siano valutate nella 'riedizione' della vicenda giudiziale «*a norma* dell'art. 116 secondo comma». Sull'assunto che quest'ultima disposizione attribuisca valore di *probatio inferior* agli indici conoscitivi ad essa riconducibili, un certo indirizzo ha sostenuto che alle prove raccolte nella causa estinta si sarebbe dovuto tributare, di *default*, minor fiducia euristica. Si è, in particolare, ritenuto che gli argomenti di prova non potrebbero da sé soli valere come fondamento autonomo della decisione. Conseguentemente, operata l'assimilazione tra prove *aliunde* e prove del processo estinto e poi riassunto dalle parti, si è concluso che anche per le prime dovesse valere un simile dogma.

Soluzione all'apparenza rassicurante, per chi voglia vedervi la chiave per preservare l'oralità processuale e le prerogative di parte nel contribuire dinanzi al giudice alla argomentazione della propria strategia processuale.

Soluzione, tuttavia, a nostro avviso nient'affatto appagante, nella misura in cui adotta criteri esegetici incoerenti, com'è stato messo in luce dalla più attenta dottrina. Per un verso, si è evidenziata la innegabile eccentricità delle prove del giudizio estinto (e, con loro, il materiale istruttorio allogeno) rispetto ad ogni altro elemento che possa ricondursi alla categoria degli argomenti di prova. Per quanto sia le une sia gli altri abbiano genesi processuale, tuttavia vi è una vistosa differenza sul piano strutturale che non consente di assimilare le prime a tutte le altre fattispecie *de quibus*. Queste ultime sono integrate da fatti che costituiscono comportamenti, contegni tenuti dalle parti in corso di causa: di essi il giudice è diretto spettatore, ne prende cognizione allorché accadono innanzi a lui. Ad ogni buon conto, si tratta di aspetti – legati, ad es., alla prossemica e alla prosodia, ovvero alla carenza di giustificazione di comportamenti che, secondo l'*id quod plerumque accidit*, vengono valutati come indici di reticenza o che, ancora, si ritiene di valorizzare allo scopo di stimolare una data reazione della parte – che di per sé, senza bisogno che una norma lo dica, non possiedono alcun potenziale rappresentativo dei fatti del passato di cui si discute in giudizio. Una disposizione quale l'art. 116, comma 2, c.p.c. è perciò indispensabile per consentire all'organo giudicante di assegnare un qualche valore a simili 'fatti comportamentali', elevabili ad indici

ragionamento inferenziale, si «elimina ogni limitazione aprioristica della possibile efficacia probatoria degli argomenti di prova».

valutativi a supporto e sostegno delle conclusioni già raggiunte dal giudice sulla scorta degli elementi di prova formati innanzi a lui. Non altrettanto può dirsi delle prove del processo estinto (ed anche delle prove migrate da altro giudizio), le quali veicolano in giudizio la rappresentazione di un fatto storico extraprocessuale che deve essere reso conoscibile al giudice perché possa statuire sulla regiudicanda. Ragion per cui non sembrerebbe, in fin dei conti, corretto assimilare il trattamento valutativo da riservarsi a materiale generato nell'ambito di procedimenti probatori a quello dedicato a 'sintomi' e manifestazioni comportamentali dall'essenza incommensurabile rispetto a quella delle prove prestate²³⁰.

Ma v'è di più. Se si osserva la questione sotto la lente della comparazione intersistemica, ci si rende conto della absurdità – o, almeno, della difficoltà – di sostenere, sulla scorta della teoria degli argomenti di prova, lo svilimento del peso gnoseologico esercitato dalle prove importate, ed in specie di adottare tale posizione al fine di legittimare l'apprensione di queste ultime in virtù della minor rilevanza euristica loro consentita. Difatti, se si pensa a quel che abbiamo scritto con riferimento allo schema procedurale che traccia le vie di accesso delle prove *extra moenia* nel giudizio penale, ci si renderà conto che in un sistema che si radica, per proclama costituzionale, sul canone del contraddittorio *per* la prova, *nella formazione* della prova, purtuttavia l'uso di prove *ab externo*, quando *legittimamente ammissibile*, non è regolato in punto di *capitis deminutio* dell'elemento importato. Se così è, e se, per giunta, come vedremo meglio nel prossimo § 8, sono stati introdotti istituti di interconnessione tra rito penale e rito civile che impongono il trapianto di prove penali in sede civile senza nulla dire di un eventuale depotenziamento delle stesse (cfr. artt. 573 e 578 c.p.p.), non si vede come poter sostenere che, negli altri casi, le prove formate in un processo parallelo, ed in

²³⁰ B. CAVALLONE, *Vicinanze pericolose*, cit., 75 ss., a supporto della conclusione da noi rassegnata nel testo prospetta una ricostruzione che muove dalla *ratio* storica della previsione di cui all'art. 310, comma 3, c.p.c., il quale era stato investito del ruolo di baluardo dell'oralità del nuovo processo civile del 1940, in netta contrapposizione con la disciplina previgente che – in forza della incisiva cartolarità che la connotava – non si premurava di sancire differenti trattamenti tra prove endogene e prove del processo perento (ossia estinto, secondo la terminologia dell'epoca), poiché nessuna differenza significativa poteva rinvenirsi tra carte autoctone e carte allogene. Dunque, a segnalare la distanza che si voleva mettere tra il nuovo rito del 1940 e le forme processuali previgenti, si era inteso 'declassare' e 'squalificare' il portato conoscitivo delle prove del processo estinto. Tuttavia, proprio richiamare tale *ratio legis* illumina, secondo l'Autore, l'irragionevolezza (in senso etimologico) che si celerebbe nel proseguire ad attribuire un'efficacia minore alle prove *aliunde* e a quelle del processo estinto, proprio in quanto nel giudizio civile ordinario, quantomeno, si è marginalizzata sempre più l'oralità tipica dell'assunzione delle prove costituende. L'Autore, pertanto, suggerisce, su questa linea esegetica, di pervenire alla disapplicazione pretoria dell'art. 310, comma 3, c.p.c. A. CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice*, cit., § 10.

specie nel giudizio penale, per poter entrare nel panorama conoscitivo del giudice *ad quem* debbano vedersi ridotto, *ex ante* e *a priori*, il proprio potenziale euristico-cognitivo.

I modi del ragionare sulle prove del giudice sono incarnati dai meccanismi logico-inferenziali, già descritti, che si applicano, rispettivamente, alle prove rappresentative e alle prove indiziarie: *tertium non datur*. Risulta, pertanto, particolarmente difficile, una volta che un dato elemento sia entrato nel panorama conoscitivo del giudice e ne ha influenzato inevitabilmente (seppur magari in modo inconsapevole) il convincimento, scindere l'apporto di tale elemento da quello esercitato dagli altri. Ne consegue l'implausibilità della pretesa legale di attribuire una ridotta considerazione, in termini di formazione del convincimento sulla regiudicanda, ad elementi che, sul piano oggettivo, strutturale e sostanziale, non hanno nulla di meno rispetto alle altre prove. Nemmeno lo si potrebbe argomentare sulla base della separata collocazione della norma sugli argomenti di prova rispetto a quella che, in generale, si dedica alla disciplina della valutazione delle prove secondo il canone del libero convincimento, salvo i casi eccezionali *ex lege*. A nostro avviso, che si parli di argomenti di prova al capoverso dell'art. 116 c.p.c. non li sottrae affatto al vaglio del libero, ma logico e motivato, convincimento giudiziale. E così non si potrebbe neppure sostenere che le prove allogene, così come le prove del giudizio estinto, non sarebbero soggette alla libera valutazione del giudice, ma sarebbero assoggettate ad un differente regime valutativo. Posto che nessuno sosterebbe che si ricada in un'ipotesi di prova legale, non si vede a quale altra regola valutativa potrebbero essere soggette le prove provenienti da altra vicenda giudiziale²³¹.

Ad ulteriore conferma, non si può che richiamare l'emblematica ipotesi del recupero *ab externo* delle prove raccolte in sede di procedimento di istruzione preventiva, le quali – purché filtrate in modo corretto nell'instaurato giudizio di merito (art. 698 c.p.c.) – possono valere a fondare il convincimento giudiziale quali prove in tutta la potenziale

²³¹ Vale la pena segnalare, sul punto, un'interessante prospettiva ermeneutica sostenuta da autorevole dottrina. All'esito di una ricostruzione puntuale del tessuto normativo, M.C. VANZ, *La circolazione della prova*, cit., 165 ss., è giunta a ritenere che i peculiari equilibri esistenti tra art. 310, comma 3, c.p.c. ed art. 116 c.p.c. complessivamente considerato, con la sua clausola di salvezza che sottrae le prove legali al libero convincimento motivato del giudice, implicassero l'affermazione che le prove raccolte nel precedente giudizio e poi esportate nel successivo, qualora *ab origine* rientrassero nel catalogo delle prove legali, non siano idonee a godere di tale privilegiato trattamento e debbano, piuttosto, essere parificate alle altre prove soggette alla libera e motivata valutazione del giudice.

pienezza del loro portato gnoseologico. Proprio sulla scorta, *inter alia*, di un paragone istituito tra l'ipotesi delle prove del rito estinto e quella da ultimo citata, un illustre Studioso ha avanzato un'interessante proposta interpretativa, pervenendo ad affermare che, se un'efficacia diminuita si vuole assegnare alle risultanze del giudizio estinto, tale *deminutio* dovrà essere delimitata ad un caso specifico. Vale a dire, il giudice non potrà procedere a ritenere superfluo l'ulteriore corso dell'istruttoria *ex art. 209 c.p.c.* sulla mera scorta della acquisizione di prove esterne (del processo estinto, in particolare: ma la *ratio* sembra estendibile al caso che ci occupa più da vicino)²³².

I vari espedienti interpretativi di cui si è dato conto, adottati nella prassi e sponsorizzati in letteratura per collocare le prove allogene nel contesto processuale extrapenale di destinazione, per quanto non risolutivi e non condivisibili per le ragioni menzionate, mettono chiaramente in risalto un'esigenza sentita e che non può e non deve essere sottovalutata, anche in funzione di una migliore tutela delle prerogative delle parti. Ovverosia l'urgenza di evitare che la prova allogena, specie quando non sia originata in una sede di cui fossero protagonisti tutti i partecipanti al processo di acquisizione, venga utilizzata in maniera scriteriata attribuendole una pregnanza privilegiata per il solo fatto che sia stata formata *ab origine* nel corso di una vicenda processuale.

In attesa di verificare come assicurarsi che il processo non divenga ricettacolo di qualsiasi genere di conoscenza e materiale di imponderabile affidabilità euristica e non rispettoso dei fondamentali canoni etici privilegiati dall'ordinamento, ci sembra possibile suggerire una percorribile strada per dar spazio alle menzionate esigenze. Una strada che lascia integra la libertà valutativa dell'organo giudicante nel momento in cui si trovi a dover stabilire se, attraverso un determinato elemento istruttorio (ancorché allogeno), si possa ritenere raggiunta la prova dei fatti allegati a base della domanda e soddisfatto l'*onus probandi*; ma che al contempo, senza imporre insostenibili elisioni di valore impraticabili in concreto, presidia la singola decisione da usi spregiudicati di materiale formato senza l'intervento poetico-argomentativo delle parti che ne subiranno le conseguenze e del giudice che dovrà valutarlo. Tale soluzione si rinviene, a nostro sommo avviso, nella richiesta al giudice *ad quem* di fare applicazione, nel momento

²³² A. PROTO PISANI, *Lezioni*, cit., 433-434.

in cui debba ritrarre dall'elemento allogeno la relativa risultanza probatoria, di una regola di giudizio mutuata da quella che, nel processo penale, impone la corroborazione della dichiarazione 'sospetta' mediante riscontri *estrinseci* che ne attestino la coerenza e non contraddittorietà con il complessivo quadro informativo ricavato in sede istruttoria. Ciò assicurerà, peraltro, che nella sede di immigrazione della prova circolante si conduca anche una autonoma attività istruttoria calibrata sul *thema decidendum* di tale vicenda, e che non si riponga tutta la fiducia accertativa in materiale estraneo rispetto all'oggetto e ai soggetti del giudizio di destinazione.

c. *Critica all'idea che l'ammissibilità delle prove 'prestate' possa rinvenirsi in canoni inerenti alla valutazione del peso conoscitivo degli elementi circolanti. Conseguenze di simile atteggiamento esegetico: la negativa incidenza sul rilievo della malformazione genetica della prova penale inutilizzabile (cenni e rinvio)*

All'esito della panoramica sin qui svolta, e prima di procedere oltre, ci sembra opportuno rimarcare ancora una volta la segnalata debolezza dogmatica e la scarsa idoneità protettivo-garantista insite in approcci e strategie che vogliano rinvenire un efficace criterio legittimante delle dinamiche circolatorie aventi ad oggetto prove penali incentrandolo per lo più sulla proclamata libertà argomentativo-decisoria del giudice o su cautele valutative comportanti una necessaria decurtazione del portato euristico del dato allogeno (col problema di capire fino a che grado affievolire la persuasività e significatività della prova aliena).

Adottare simili marchingegni operativi, che talora possono risultare dei veri e propri *escamotage* argomentativi²³³ per camuffare ben altri utilizzi della prova allogena, non ci risulta soddisfacente. In tal modo, si sottrae alle parti il controllo sullo strumento con il quale possono aspirare a far pendere l'ago della bilancia giudiziale a proprio favore, poiché, portando il ragionamento alle sue estreme conseguenze, si finisce per privarle finanche del diritto alla prova e del diritto al contraddittorio. Il giudice è fatto totale arbitro della selezione di cosa è prova e cosa non può esserlo e, in una monadica solitudine, 'ritaglia' sulla scorta di non meglio precisati parametri quantitativi il valore

²³³ B. CAVALLONE, *Oralità e disciplina delle prove*, cit., 723 ss.: «la degradazione delle risultanze probatorie atipiche al rango di prove (ritenute) di seconda categoria, da un lato è poco giustificabile sul piano razionale [...]; e dall'altro si risolve inevitabilmente – secondo quanto insegna una ormai lunga esperienza giurisprudenziale – in un espediente verbale per mascherare la pura e semplice equiparazione delle prove atipiche a quelle tipiche. Né mi sembra, da questo punto di vista, che parlare di "argomenti di prova" [...], anziché di "indizi" [...] migliori di molto le cose».

euristico del sapere processuale consegnatogli *ab externo*. Situazione tanto più grave quanto più incisivi siano i poteri acquisitivi esercitabili *ex officio* (ad es.: nel procedimento di prevenzione; nel rito lavoro).

Per tale motivo non ci pare sufficiente tutela la pretesa di una opportuna, adeguata ed individualizzata motivazione sull'efficacia persuasiva degli elementi conoscitivi importati da altro giudizio, se non si offre anche alle parti, quantomeno, una seria occasione di scrutinare, nella dialettica immediata in giudizio, l'eventuale vizio della prova importata, la sua incompatibilità con gli schemi legali di riferimento nella vicenda giudiziale di destinazione, il senso epistemologico di quanto rappresentato dal verbale altrove confezionato (con le già segnalate conseguenze negative in punto di mancato recupero della asseverata metodica di formazione del sapere giudiziale).

A questo proposito, si tenga presente che la dequotazione del valore euristico della 'prova circolare' non è efficace strumento di limatura dell'apparente ostacolo rappresentato dalla non corrispondenza soggettiva tra parti del giudizio *ad quem* e di quello d'origine. Nel momento in cui si sostenga l'inopportunità di legittimare la prova prestata in virtù di criteri di valutazione della stessa, tuttavia, non si abdica alla possibilità di offrire soluzione al problema. Difatti, non si tratta, a nostro avviso, di ostacolo insormontabile, se solo innanzitutto si consideri, *de iure condito*, la circostanza per cui una siffatta discrepanza soggettiva risulta ammessa finanche nel processo penale. Esso, come noto adotta un modulo rituale che tende a rifiutare l'idea che la decisione sia adottata sulla scorta della mera attivazione della dialettica critico-argomentativa propria del contraddittorio debole e che, in generale, consente all'elemento conoscitivo di fregiarsi del titolo di 'prova legittima' solo dopo un filtraggio attento che valorizza sostanzialmente l'intervento diretto dell'accusato nel formare la prova da spendersi nei suoi confronti. Il che non è irrilevante ai nostri fini; anzi. In secondo luogo, la soluzione passa attraverso la presa di consapevolezza che, sul piano pragmatico, occorre assicurare spazi di contraddittorio *sulla* prova, che costituiscono garanzia rispetto alla quale non si può (e non si deve) arretrare neanche di un passo, in modo tale da offrire anche a chi non abbia preso parte all'originario confezionamento dell'elemento istruttorio la possibilità di dimostrarne l'inaffidabilità, smentirne il portato informativo, segnalarne *vulnera* e difetti che lo rendano inidoneo ad assurgere al rango di prova. Con la precisazione che se è stata la parte 'assente' ad introdurre in giudizio la prova allogena, l'esigenza di protezione si attenua e le ragioni di celerità ed economia processuale vengono parificate a quelle di corretta garanzia

della dialettica processuale proprio in virtù della stessa strategia processuale adottata da chi, dall'immissione nel processo *ad quem* della prova 'straniera', potrebbe subire lesioni sul fronte del diritto di difesa e che, con la propria condotta processuale, attesta l'esatto contrario.

Un ultimo aspetto ci preme sottoporre a vaglio critico. Come vedremo nel prossimo Capitolo, la spendita 'delocalizzata' del principio del libero convincimento, in fase di ammissione delle prove aliene e non nella sua sede di elezione (la fase valutativa), produce un ulteriore effetto dirompente che provoca la fibrillazione del sistema, che – come mostravamo all'inizio dell'indagine – si erge su di un *metodo* conoscitivo-accertativo che è, altresì, *assiologicamente* orientato. Senza scendere nei dettagli di una disamina che sarà approfondita nel prosieguo, vale la pena evidenziare che, riproducendo un medesimo *cliché* operativo adottato anche nel contesto della medesima singola vicenda processuale, la prassi ha inaugurato un filone ricchissimo che, in forza della autonomia/indipendenza valutativo-gnoseologica e della eterogeneità dei cataloghi di principi in materia di prova, ha negato alcun rilievo al vizio genetico che, eventualmente, 'macchi' la prova esportata sin dalla sua primigenia formazione. Il libero convincimento sarebbe idoneo strumento per ponderare, al netto della malformazione, il peso persuasivo della prova viziata. Con due stigmatizzabili rischi. Per un verso, quello di immettere nei canali delle migrazioni interprocessuali elementi che, proprio in forza del vizio che le connota, non sarebbero idonee, secondo l'ordinamento, a consentire accertamenti affidabili²³⁴. Per l'altro, quello di perpetuare,

²³⁴ A titolo emblematico, si consideri la sorte riservata alle dichiarazioni rese altrove dai terzi interessati, che, se fossero direttamente assunti come testimoni nel giudizio civile ove tali *relata* devono essere spesi a fini decisori, verrebbero ritenuti incapaci (in gergo processualpenalistico si direbbe "incompatibili") a testimoniale ex art. 246 c.p.c. In particolare, in virtù di una non meglio chiarita mutazione che da fenotipica diviene addirittura genetica, nel caso in cui si intenda introdurre in un certo giudizio civile protocolli di previe dichiarazioni di tali soggetti, la giurisprudenza si mostra propensa ad accogliere nel composto probatorio simili contributi dichiarativi, proprio in virtù e della apparenza documentale che esse assumono nella dinamica circolatoria e della estraneità della genesi rispetto alla vicenda ove andranno acquisite (con conseguente dichiarata squalificazione dell'apporto conoscitivo veicolato). In tal modo, si aggira con estrema efficacia la barriera costituita dalla causa di inammissibilità sancita in modo esplicito e perentorio dalla regola di esclusione menzionata. Alquanto critico circa simili strategie è B. CAVALLONE, *Forme del procedimento e funzione della prova (ottant'anni dopo Chiovenda)*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 2, 417 ss., in specie § 6: «il travestimento [in prova documentale extraprocessuale; n.d.A.] produce talvolta addirittura una sorta di *purificazione*, o di *sublimazione*, della fonte di prova: come quando la testimonianza di un terzo "interessato" viene ritenuta *inammissibile ex art. 246 c.p.c.*, e quindi impedita, *nella sede e nelle forme tipiche*, e però si consente al giudice di *valutare liberamente* le dichiarazioni di quel medesimo testimone, raccolte *altrove* (anche al di fuori del contraddittorio tra le parti attuali) e *prodotte nel nuovo processo in forma documentale*» (corsivo nostro); in termini, A. CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, cit., §9.

Ancora, si consideri il trattamento che, prima dell'ultimissima riforma di cui abbiamo già detto *supra*, veniva riservato nel contesto del processo tributario alle dichiarazioni rilasciate da persone informate sui fatti rese nel corso delle attività d'indagine condotte dalla guardia di finanza. Nonostante il reciso divieto di assunzione di

anche più e più volte, la lesione di beni giuridici fondamentali a protezione dei quali la norma probatoria escludente era stata coniata.

La carenza di un momento processuale deputato allo *screening* di ciò che si voglia immettere in giudizio, unito alla già censurata bulimia conoscitiva ascrivibile al fenomeno processuale, parrebbe all'origine di simili decisive problematiche. Ce ne occuperemo, pertanto, per tentare di ricavare spunti sistematici e suggerire soluzioni praticabili *de iure condendo*.

8. UNA PARENTESI SU UNA PECULIARE IPOTESI DI INTERFERENZA PROCESSUALE E
PROBATORIA TRA RITO PENALE E RITO CIVILE DI DANNO: IL GIUDIZIO DI RINVIO AI
SOLI EFFETTI CIVILI (ART. 622 C.P.P.)

a. *Una contaminazione sistematica controversa*

Le problematiche criticità dogmatiche ed applicative sin qui osservate trovano

prove testimoniali in sede tributaria, simili emergenze investigative sono sempre state reputate ammissibili come prova in giudizio, sulla scorta dell'argomento per cui il predetto divieto concernerebbe solo l'assunzione di dichiarazioni dinanzi al giudice tributario, mentre l'immissione nel compendio probatorio documentale delle informazioni raccolte nel corso dell'attività amministrativa pre-processuale non si porrebbero in frontale dissidio con la regola d'esclusione. Dunque, seppur sornite di efficacia probatoria dirimente (da leggersi nel senso che non possono fondare da sé sole la decisione), possono avere ingresso nel compendio istruttorio. A questo riguardo, cfr. Cass. civ., sez. V, 7 febbraio 2013, n. 2916, in *Giur. it.*, 2013, 10, 2172: «questa Corte ha già stabilito che, in tema di contenzioso tributario, le dichiarazioni di terzi raccolte dalla polizia tributaria ed inserite nel processo verbale di constatazione non hanno natura di testimonianza, bensì di mere informazioni acquisite nell'ambito di indagini amministrative, le quali, benché sornite, *ex se*, di dirimente efficacia probatoria, comunque non si pongono in contrasto con il citato comma 4 dell'art. 7 [...]. In particolare, si è precisato, la disposizione in questione, in quanto limitativa dei poteri delle commissioni tributarie e non pure dei poteri degli organi amministrativi di verifica, disciplinati da altre disposizioni, vale soltanto per la diretta assunzione, da parte del giudice tributario, nel contraddittorio delle parti, della narrazione dei fatti della controversia compiuta da un terzo, ovvero della narrazione che, in quanto richiedente la formulazione di specifici capitoli e la prestazione di un giuramento da parte del terzo assunto quale teste, acquista un particolare valore probatorio; le dichiarazioni dei terzi raccolte dai verificatori, invece, quand'anche nell'ambito di un procedimento penale, e inserite nel processo verbale di constatazione, hanno natura di *mere informazioni* acquisite nell'ambito di indagini amministrative e sono, pertanto, *pienamente utilizzabili quali elementi di prova* [...], anche a favore del contribuente [...]; di recente, Cass. civ., sez. V, 5 aprile 2019, n. 9593, in *CED*, n. 653649-01: «per quanto concerne il materiale probatorio acquisito nel procedimento penale con strumenti tipici di quel procedimento, questa Corte non esclude certo la sua utilizzazione ai fini della prova della maggior pretesa tributaria; si è ritenuto infatti che [...] un atto legittimamente assunto in sede penale - nella specie, sommarie informazioni testimoniali della Guardia di Finanza [...] - e trasmesso all'amministrazione tributaria entra a far parte, a pieno titolo, del materiale probatorio che il giudice tributario di merito deve valutare, così come previsto dal D.P.R. n. 633 del 1972, art. 63; tale norma, infatti, non contrasta [...] con il diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost., perché, se è vero che il difensore non partecipa alla formazione della prova, è anche vero che *nel processo tributario l'atto acquisito ha un minor valore probatorio* rispetto a quello riconosciutogli nel processo penale; [...] in tema di contenzioso tributario, le dichiarazioni di terzi raccolte dalla Polizia tributaria ed inserite nel processo verbale di constatazione non hanno natura di testimonianza (quand'anche siano state, come nella specie, già rese in seno a procedimento penale), bensì di mere informazioni acquisite nell'ambito di indagini amministrative, sornite, pertanto, "ex se", di efficacia probatoria, con la conseguenza che esse risultano del tutto inidonee, di per sé, a fondare un'affermazione di responsabilità del contribuente in termine di imposta, potendo soltanto (come nella specie) fornire un ulteriore riscontro a quanto già accertato e provato "aliunde" in sede di procedimento tributario». In senso conforme, *ex plurimis*, Cass. civ., sez. V, 30 settembre 2011, n. 20032, in *CED*, n. 619267; Cass. civ., sez. V, 5 maggio 2011, n. 9876, in *CED*, n. 617655; Cass. civ., sez. V, 14 maggio 2010, n. 11785, in *CED*, n. 612990; Cass. civ., sez. V, 20 aprile 2007, n. 9402, in *Mass. Giur. it.*, 2007; Cass. civ., sez. V, 29 luglio 2005, n. 16032, in *Dir. prat. trib.*, 2006, 3, II, 720.

specifica declinazione con riferimento ad una peculiare ipotesi nella quale i confini tra riti di diversa natura si fanno più labili e ravvicinati. Ci si riferisce al caso disciplinato dall'art. 622 c.p.p., che si occupa dell'istituto del c.d. *rinvio ai soli effetti civili* disposto dalla Cassazione penale che annulla una sentenza resa dal giudice penale in processi originariamente cumulativi, nei quali – definite tutte le questioni concernenti i capi penali – non resti che provvedere sulle domande risarcitorie e restitutorie residue.

Si tratta di un marchingegno processuale di estremo interesse ai fini che qui ci si propongono, sia per la significativa elaborazione dottrinale e giurisprudenziale che, quantomeno negli ultimi anni, si è dedicata a scolpirne i principali tratti teorici ed operativi, sia per i notevoli spunti di riflessione che l'approfondimento delle complessità di tale istituto può stimolare al fine di gettare un cono di luce sul più vasto e generale ambito della circolazione probatoria intersistemica.

Senza trascurare, inoltre, le molteplici, significative quanto critiche novità normative da ultimo elaborate con i due combinati interventi della c.d. Riforma Cartabia. In parte attingendo alle soluzioni cui era pervenuta la giurisprudenza in materia di rinvio a fini civili ed in parte proponendo architetture del tutto inedite, i riformatori hanno costruito due nuovi canali di 'deflusso' delle questioni civili originariamente cumulate in sede penale che sembrano inaugurare, nonostante le prime apparenze, altrettanti punti di connessione e di interferenza tra rito penale e rito civile, in specie sotto il profilo del trasferimento di materiale probatorio dall'uno all'altro senza sensibili soluzioni di continuità. Su quest'ultimo punto si tornerà più oltre.

Preme, piuttosto, sin d'ora, in primo luogo, soffermarsi sulle ragioni specifiche per le quali la tematica qui proposta possa offrire argomenti di rilievo ai fini della presente dissertazione; in secondo luogo, delineare in estrema sintesi i profili che hanno stimolato, tra le file dei giudici penali ed anche civili di legittimità, un'accesa diatriba sullo statuto e sull'essenza dell'istituto processuale in esame: di qui si procederà, nei paragrafi che seguono, a verificare il peso di siffatta elaborazione nel più vasto panorama della circolazione interprocessuale delle prove penali *ab origine* viziate.

Ebbene, il tema delle impugnazioni penali a fini civili e, più in dettaglio, dell'annullamento della sentenza penale con rinvio al giudice civile per la definizione delle residuali questioni risarcitorie rappresenta una delle più significative ipotesi di 'contaminazione' tra sistemi giuridici, per quanto si tratti all'apparenza di disciplina di esclusiva collocazione nel tessuto normativo processual-penalistico. Vengono, in specie, in rilievo due interrelate ed essenziali ragioni di tale peculiare connotazione nel senso

della contaminazione interprocessuale.

In primis, il fatto che il processo penale preveda, come eventualità ‘normale’, ‘ordinaria’, che il danneggiato da reato possa far valere le proprie ragioni risarcitorie in tale sede (artt. 74 e 76 c.p.p.), e che dunque l’azione civile riceva un trattamento peculiare – rispetto al suo modo d’essere ordinario quando è esperita innanzi al giudice civile – che non ne modifica la natura bensì ne ricalibra le regole funzionali di soddisfazione in dipendenza della *sedes materiae*²³⁵.

In secondo luogo, la scelta del codice di rito penale di ricondurre dinanzi al giudice civile il *thema decidendum* risarcitorio residuo in seguito alla decisione sui capi penali, quando il capo civile della sentenza, sin lì trattato dal giudice penale congiuntamente all’esame delle questioni penalistiche, sia stato oggetto di una decisione rescindente della Cassazione. Più in dettaglio, poiché il più volte menzionato art. 622 c.p.p.²³⁶ recita: «*Fermi gli effetti penali della sentenza, la corte di cassazione, se ne annulla solamente le disposizioni o i capi che riguardano l’azione civile o se accoglie il ricorso della parte civile contro la sentenza di proscioglimento dell’imputato, rinvia quando occorre al giudice civile competente per valore in grado di appello, anche se l’annullamento ha per oggetto una sentenza inappellabile*», è evidente come l’operatività del congegno processuale in questione chiama in causa i due rami della giurisdizione ordinaria, che si confrontano, per espresso disposto legislativo, sul medesimo tema e in successione l’uno rispetto all’altro.

La questione che viene in rilievo in maniera pressante, quindi, investe gli *equilibri processuali* che dovrebbero ricercarsi quando il danneggiato decida di far valere le proprie pretese innanzi al giudice penale e, più tardi, la trattazione del duplice *thema decidendum* pervenga in fase d’impugnazione. Ed è proprio sul fronte

²³⁵ P. TONINI-C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, XXIII ed., Milano, 2022, 169 ss.; T. CAVALLARO, *L’accertamento dei fatti inerenti alla responsabilità civile da reato*, in AA.VV., *La prova penale*, a cura di A. Gaito, Torino, 2008, 495 ss.; A. PENNISI, *L’accessorietà dell’azione civile nel processo penale*, Milano, 1981, *passim*; G. PIERRO, *Verso il superamento di persistenti incertezze sulle impugnazioni della parte civile nel processo penale?*, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, 2, 220 ss.; G. SPANGHER, *Azione civile e processo penale*, in *Arch. pen.*, 2013, 2, 509; U. DINACCI, *Vecchi e nuovi orientamenti sul fondamento giustificativo dell’istituto della parte civile nel processo penale*, in *Foro it.*, 1970, V, 56.

²³⁶ Vale la pena notare come, nonostante talune proposte meritorie fossero state avanzate dalla Commissione Lattanzi, ciononostante i *conditores* del biennio 2021-2022 non hanno ritenuto di modificare il tenore letterale della disposizione, pur a fronte di incisivi rimaneggiamenti della disciplina concernente la sorte, in sede d’impugnazione, delle domande risarcitorie cumulate nel giudizio penale. Dunque, il testo attualmente vigente dell’art. 622 c.p.p. collima in modo esatto con quello antecedente alla riforma Cartabia.

dell'individuazione di siffatti margini di bilanciamento che sorgono le più spinose dispute esegetiche: come si vede, infatti, la norma *de qua* si connota per un dettato quantomeno sibillino, posto che essa non fa altro che individuare il giudice competente funzionalmente a pronunciarsi in fase rescissoria dopo l'annullamento pronunciato dalla Cassazione, ma nulla dice su quali siano le regole probatorie e decisorie – penali o civili? – che debbano utilizzarsi per tale decisione.

Senza contare che la questione, almeno fino ad alcuni recenti approdi della Suprema corte, è stata ulteriormente complicata dal fatto che un certo indirizzo reputava che il disposto del citato art. 622 c.p.p. non fosse idoneo ad offrire copertura e, dunque, a disciplinare la totalità delle ipotesi di rinvio per le sole questioni civili, e si era dunque impegnato nell'individuazione delle ipotesi nelle quali sarebbe stato viceversa necessario fare ricorso ad altri marchinegni processuali, in particolare al rinvio al giudice penale (art. 623 c.p.p.), ancorché si trattasse di sole tematiche risarcitorie. Per quanto, almeno sotto questo aspetto, il dilemma ermeneutico sia stato in parte sopito, la mera elencazione delle molteplici incertezze operative sorte intorno all'istituto in esame dà la cifra della delicata complessità della materia in esame.

In definitiva, si ha a che fare con contaminazioni e 'miscelate' sistematiche sia per quanto concerne l'oggetto, sia per quanto riguarda gli strumenti processuali a ciò dedicati, sia, infine, per quel che concerne le regole di giudizio applicabili: prendendo a prestito una metafora di illustre memoria, si potrebbe dire che l'art. 622 c.p.p. costituisca la porta²³⁷ che mette in comunicazione le stanze attigue della «casa comune» della giurisdizione ordinaria²³⁸. Ebbene, stante anche la non chiarissima dizione della norma, una così forte intersezione tra settori processuali ha determinato una sempre crescente insofferenza giudiziale nel momento in cui i giudici sono stati chiamati ad applicarla: la peculiarità della diatriba sta nel fatto che la contrapposizione dogmatica non ha riguardato solo i giudici penali di legittimità, ma ha cagionato altresì l'intervento della terza sezione civile della cassazione. Con il serio rischio di determinare un vero e proprio 'scisma' all'interno dell'organo supremo dell'uniforme interpretazione della

²³⁷ O, forse, oggi si dovrebbe più correttamente dire *una delle porte*, 'capostipite' di una più ampia gamma di canali di comunicazione normativamente sanciti nel contesto delle norme in materia di impugnazioni a fini civili.

²³⁸ F. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, 1930, 90. In termini, B. GAMBINERI, *Annullamento della sentenza penale ai soli effetti civili e rinvio al giudice civile (art. 622 c.p.p.): la domanda di risarcimento del danno tra processo penale e processo civile*, *Judicium*, 05.10.2022, 1.

legge (art. 65 ord. giud.)²³⁹.

Ancor più che in altre ipotesi di ‘convergenza’ processuale, nel caso che ci occupa ci si è con decisione appellati ai principi di separazione ed autonomia originaria dei rami della giurisdizione, con esiti ermeneutici che, ad avviso di chi scrive, non danno invero conto nella maniera più efficace dell’insieme di principi cardine che, sin dal 1988, il codice Vassalli ha scelto di accogliere con riferimento all’istituto della costituzione di parte civile nel processo penale, né si conciliano in modo soddisfacente con il dettato costituzionale in materia di diritto di azione e difesa (art. 24 Cost.) e di giusto processo (art. 111 Cost.).

b. *I principi in materia di impugnazioni agli effetti civili (cenni)*

Trovare la più idonea chiave interpretativa che permetta di offrire soluzione ai più spinosi dilemmi inerenti alla qualificazione giuridica e all’operatività del rinvio a meri fini civili può rappresentare un valido canale per affrontare, in via induttiva, talune criticità del fenomeno circolatorio. Come si cercherà di dimostrare, infatti, si ha a che fare con il grado più intenso di interferenza tra i due sistemi processuali della giurisdizione ordinaria, il che richiede di tenere insieme nel modo più equilibrato possibile tutti gli interessi incisi in siffatta situazione, senza trascurare le differenze sostanziali e processuali che connotano rito criminale e giudizio civile di danno, secondo lo schema operativo che abbiamo più sopra proposto. L’intento è di verificare, in estrema sintesi, quali margini vi siano per un trasferimento ‘a pieno regime’ delle prove formate in sede di giudizio penale *ab origine* cumulativo nella sede di destinazione, ossia il giudizio civile di rinvio.

Per meglio apprezzare gli snodi argomentativi sui quali si è appuntato il dibattito dell’ultimo turno di anni e comprendere le conclusioni cui si cercherà di pervenire, si ritiene opportuno premettere un quadro di sintesi dei principi che reggono l’istituto della parte civile, con particolare riferimento alla fase delle impugnazioni, che è quanto qui

²³⁹ A questo proposito, G. CANALE, *Aspetti critici del giudizio di rinvio ai soli effetti civili a norma dell’art. 622 c.p.p.*, in AA.VV., *Processo penale e processo civile: interferenze e questioni irrisolte*, a cura di L. LUPARIA-L. MARAFIOTI-G. PAOLOZZI, Torino, 2020, 278, il quale nota come «sul fronte giurisprudenziale, siamo in presenza di una situazione forse mai verificatasi», in cui sezioni penali e civili della S.C. sostengono posizioni in aperto reciproco conflitto: «un contrasto che, ormai, è quasi giunto allo scontro»; G. RUFFINI, *La giurisprudenza civile in tema di giudizio di rinvio a norma dell’art. 622 c.p.p.*, in AA.VV., *Processo penale e processo civile: interferenze e questioni irrisolte*, cit., 285; G. CANZIO-G. LADECOLA, *Annulamento della sentenza penale ai soli effetti civili: quale giudice e quali regole in sede di rinvio?*, www.sistemapenale.it, 20.04.2020.

interessa²⁴⁰.

Come visto in generale nel precedente capitolo con riferimento ai rapporti tra differenti rami della giurisdizione, anche nel caso che ci occupa l'enigma cui il codificatore del 1988 ha dovuto rispondere è stato quello di conciliare, da un lato, l'aspirazione a garantire, secondo il classico modello *adversary* anglosassone, l'imperturbabilità del giudizio penale rispetto a questioni ulteriori e diverse dall'accertamento della responsabilità dell'imputato per il fatto ascrittogli in imputazione. Dall'altro, la scelta di assegnare un peculiare effetto vincolante, *inter alia*, alla sentenza assolutoria irrevocabile nei giudizi civili nei quali l'accertamento di un fatto penalmente illecito costituisce questione pregiudiziale rispetto al riconoscimento del diritto al risarcimento in capo a chi lamenti di aver subito un danno da reato (art. 185 c.p.). Ebbene, pur volendo disincentivare l'ingresso del danneggiato nel giudizio criminale (arg. ex artt. 75, commi 2 e 3, e 651 c.p.p.), il legislatore ha dovuto prevedere la possibilità per il medesimo di esperire *ex novo* (o di trasferire) l'azione civile in sede penale, per poter ivi esercitare pienamente i propri diritti di parte (artt. 24 e 111 Cost.), con tutti gli innegabili vantaggi in punto di prova e di carico economico che derivano dalla trattazione cumulata delle regiudicande civile e penale²⁴¹.

L'integrazione processuale così configurata tra *thema decidendum* penale ed accessoria – quantunque autonoma – pretesa risarcitoria scalfisce il principio del *favor separationis* tra giurisdizioni e determina una duplice contaminazione, in dipendenza dell'insindacabile e libera scelta effettuata dalla parte civile²⁴². Per un verso, si amplia

²⁴⁰ Le riflessioni che seguono costituiscono una rielaborazione di quanto già altrove pubblicato, tenuto altresì conto delle innovazioni normative intervenute di recente. Si veda, in particolare, G. PECCHIOLI, *Ai soli effetti civili il rinvio si fa anche al giudice penale: carsici ripensamenti in giurisprudenza*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 2, 246 ss.; nonché, P. TONINI-G. PECCHIOLI, Roma locuta est: *le Sezioni Unite mettono il punto sul rinvio ai soli effetti civili*, *ivi*, 2021, 11, 1429 ss. Per ulteriori spunti ed approfondimenti sul tema in esame, volendo, G. PECCHIOLI, *Una questione controversa: l'individuazione del giudice del rinvio, tra erronea declaratoria di inammissibilità dell'appello ai fini anche civili e sopravvenuta prescrizione del reato*, in *Foro it.*, 2022, 2, II, 95 ss.; nonché, da ultimo, EAD., *Le intricate e tortuose sorti dell'azione civile in sede penale: tra passato e futuro*, *ivi*, 2023, 6, I, 1890 ss.

²⁴¹ Con riferimento al tema della costituzione di parte civile nel processo penale, anche da un punto di vista storico-evolutivo, si veda L. ALGERI, *L'impugnazione della parte civile*, Padova, 2014. Cfr. altresì I. IAI, voce *Art. 75 c.p.p.*, in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda-G. Spangher, Assago, 2017; G. PIERRO, *Verso il superamento*, cit., 219; M. DOMINICI, *Il rapporto tra il processo civile e il processo penale*, in *Giur. it.*, 2015, 10, 2239; G. RUFFINI, *La giurisprudenza civile in tema di giudizio di rinvio a norma dell'art. 622 c.p.p.*, in AA.VV., *Processo penale e processo civile: interferenze e questioni irrisolte*, a cura di L. Luparia-L. Marafioti-G. Paolozzi, Torino, 2020, 288 ss. Un'approfondita disamina dei trascorsi 'storici' che hanno condotto all'attuale conformazione dell'istituto della parte civile nel processo penale prevalentemente accusatorio è offerta dalla recente C. Cost., 29.01.2016, n. 12, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 2, 150.

²⁴² Cass., S.U., 28 marzo 2019, n. 28911, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 9, 1240. Più volte, dal canto suo, la Consulta ha insistito sull'autonomia di scelta che il legislatore lascia a colui che lamenti un danno da reato, il

l'oggetto della decisione giudiziale (che accoglie nella sua logica essenziale la finalità ascrivito-ripristinatoria dell'illecito aquiliano)²⁴³. Per un altro verso, anche se l'azione per le restituzioni ed il risarcimento promossa nel processo penale, in quanto 'ospite', mantiene intatta la propria natura giuridica (facoltatività, disponibilità *etc.*), la sede in cui si incardina la assoggetta alla funzione e alla struttura del giudizio penale, di cui diviene una costola.

Tale assetto è così concepito quale inevitabile effetto del rapporto fattuale di *pregiudizialità-dipendenza* tra reato e danno risarcibile, espresso in modo limpido dall'art. 185 c.p.²⁴⁴ Rapporto che, anche in ossequio a (più recenti) parametri eurounitari cogenti per il nostro legislatore (Direttiva 2012/29/UE), vale ad assicurare al danneggiato un'effettiva occasione per esercitare in sede penale i propri diritti di parte. Simile nesso connettivo, come si evince dall'art. 538 c.p.p., implica di necessità il rigetto della domanda risarcitoria dinanzi all'esito liberatorio sui capi penali²⁴⁵.

Di norma, quindi, è la soluzione delle questioni penalistiche ad attrarre la definizione di quella civile²⁴⁶. Ma non solo; sul piano delle cadenze di trattazione, istruzione e

quale può liberamente ponderare vantaggi e svantaggi della trattazione cumulativa in sede penale e contestualmente è tenuto a subire tutti gli effetti e le conseguenze (pro e contro) dell'opzione esercitata. *Ex multis*, C. Cost., 03 aprile 1996, n. 94, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1996, 370 e in *Dir. pen. proc.*, 1996, 5, 547; C. Cost., 14 luglio 2009, n. 217, in *Sito Uff. C. Cost.*; nonché, da ultimo, C. Cost., 12 luglio 2019, n. 176, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 9, 1237.

²⁴³ C. SANTORIELLO-A. GAITO, *Ma davvero il processo penale è luogo adatto al soddisfacimento delle istanze civilistiche?*, in *Arch. pen.*, 2013, 2, 401 ss.; sulla diversa finalità delle due azioni, ancorché cumulate per connessione nella medesima sede penale, si veda U. DINACCI, *Vecchi e nuovi orientamenti*, cit. 47.

²⁴⁴ Riteniamo che, nonostante non vi sia uniformità di vedute sul punto, sia condivisibile quanto affermato da A. CHILIBERTI, *L'azione civile nel processo penale*, III ed., Milano, 2017, 160 ss., allorché osserva come non possa ritenersi che l'art. 185 c.p. preveda una fattispecie diversa rispetto a quella dell'illecito aquiliano del codice civile. L'art. 185 c.p. contempla un fatto illecito e si pone come integrazione dell'art. 2043 (e dell'art. 2059) c.c.: esso «comporta un atteggiamento particolare della fattispecie, ma non una [...] duplicazione di responsabilità: la responsabilità resta unica» (corsivo nostro). In termini, G. SPANGHER, *Nuovi profili nei rapporti fra processo civile e processo penale*, in AA.VV., *Nuovi profili nei rapporti fra processo civile e processo penale*, Atti del Convegno di studio. Trento, 18 e 19 giugno 1993, Milano, 1995, 65 ss.

²⁴⁵ Quanto affermato nel testo ha validità generale, al netto, però, degli innovativi esiti cui, da ultimo, è giunta Corte cost., 12 luglio 2022, n. 173, in *Sito Uff. Corte cost.*, quanto al proscioglimento per particolare tenuità del fatto (art. 131-bis c.p.): in quest'ultima ipotesi, oggi, si consente *in ogni caso* al giudice penale, a fronte della domanda della parte civile, di conoscere e pronunciarsi sul tema risarcitorio, in coerente continuità con quanto stabilito dall'art. 651-bis c.p.p.

²⁴⁶ Per una decisiva eccezione, che tuttavia discende dalla lineare applicazione di principi cardine in materia, cfr. Cass., Sez. un., 28 maggio 2009, Tettamanti, in *Foro it.*, Rep. 2009, voce *Sentenza penale*, n. 49; sentenza le cui conclusioni sono state in seguito avallate dal Supremo Collegio anche in un *obiter* della nota sentenza Sciortino (Cass., Sez. un., 18 luglio 2013, Sciortino, spec. §9, *id.*, Rep. 2013, voce *Rinvio penale (giudizio di)*, n. 7; nonché in *Proc. pen. giust.*, 2014, 2, 37 ss., con nota di C. SCACCIANOCE). Difatti, in un sistema nel quale è di norma la soluzione della questione penale ad attrarre l'esito di quella civilistica, un caso peculiare è quello in cui il reato si prescrive dopo che in prime cure sia stata emessa una condanna cumulativa che accerti la responsabilità penale, per il fatto storico di reato addebitato all'imputato, e civile, per il risarcimento del danno da reato. Se l'appello avverso questo tipo di condanna è proposto dall'imputato ed investe profili inerenti alla responsabilità penale, non opererà immediatamente la regola efficientistica di cui all'art. 129, comma 2, c.p.p.

decisione, l'azione civile, come detto, pur preservando integra la propria natura, viene conformata dalla regolamentazione del rito penale in cui si incardina, con una serie di innegabili vantaggi in termini di costi, tempi e necessità d'iniziativa probatoria per l'asserito danneggiato che usufruisca dell'opportunità di cumulare l'azione di danno nell'ambito dell'accertamento criminale²⁴⁷. Dal canto suo, l'imputato-danneggiante dovrà far fronte, con la propria strategia difensiva, all'ampliamento dell'oggetto della decisione, godendo in contropartita della generalizzata applicazione della regola probatoria e di giudizio dell'al di là di ogni ragionevole dubbio anche in relazione alle cumulate domande risarcitorie²⁴⁸.

Sul fronte della disciplina degli strumenti di censura alla sentenza di prime cure e dell'individuazione delle scadenze procedurali in fase di controllo, il precipitato tecnico di tutto quanto sin qui illustrato è riassumibile nei canoni: *i)* dell'immanenza della costituzione di parte civile, che consente alle pretese di natura aquiliana di divenire

(che sarebbe operativa, invece, se il solo *thema decidendum* fosse quello penale, non anche quello risarcitorio). Infatti, se le censure prospettate nell'atto di appello investono profili di merito relativi al fatto storico di reato e alla sua attribuzione all'imputato, se il giudice è senz'altro tenuto a vagliarli approfonditamente per statuire sulla fondatezza della pretesa risarcitoria della parte civile che dipende dalla 'pregiudiziale' esistenza del reato e se, infine, la *ratio* al fondo della norma di cui al cit. art. 129 è la celerità del giudizio (ma *non* a scapito della presunzione di innocenza, arg. ex art. 129, comma 1, c.p.p.), ne discenderà un rovesciamento della pregiudizialità interna tra accertamento agli effetti civili e a fini penali. Infatti, il dovuto approfondimento di merito, cui il secondo giudice è chiamato per stabilire se sussistano i presupposti della condanna al risarcimento, influisce 'a ritroso' sulla decisione penale, ma solo in senso favorevole all'imputato. Qualora, difatti, il vaglio delle censure difensive alla luce dell'intero *plateau* probatorio faccia acclarare l'innocenza dell'accusato-danneggiante, non solo si revocheranno le statuizioni civili, ma il *favor rei* imporrà di addivenire ad una assoluzione (anche in termini dubitativi, ex art. 530 co. 2 c.p.p.), in luogo del mero proscioglimento per prescrizione. Viceversa, quest'ultimo esito si avrà in ogni caso in cui il giudice dell'impugnazione non rilevi ragioni per escludere la responsabilità dell'imputato: le statuizioni civili saranno confermate; la condanna penale sarà riformata in «non doversi procedere» per estinzione del reato. Insomma: la situazione descritta 'sterilizza' quel carattere di evidenza che, in ogni altro caso, deve connotare la prova dell'innocenza affinché l'assoluzione nel merito possa prevalere sull'estinzione del reato per prescrizione.

Per concludere sul punto, ci sembra indubitabile che questa sia la sola via percorribile se si vuole preservare la presunzione di innocenza, la parità tra le parti, il *favor impugnationis* e il diritto di difesa (anche della parte civile), senza che ciò implichi l'abdicazione rispetto alla garanzia dell'efficienza processuale. Invero, tale ultimo valore – succedaneo rispetto alla prioritaria configurazione di uno schema procedurale che assicuri i diritti costituzionali delle parti, quantomeno nella misura sufficiente perché il processo sia qualificabile come 'giusto' – non subisce una decurtazione irragionevole, ma una compressione che è diretta conseguenza della conformazione normativa delle dinamiche del giudizio di appello, come sopra riportate. Posto che comunque il giudice penale, investito di censure di merito sul fatto-reato, è tenuto a vagliare il compendio probatorio ed operare un accertamento inerente al fatto storico, alla sua attribuibilità, anche psicologica, all'imputato e, infine, alla lesione del bene giuridico di cui sia titolare la parte civile, allora è evidente che non si risparmierebbe nulla, in termini di tempo e risorse processuali, nel dichiarare la prescrizione ex art. 129 c.p.p. prima di compiere tutte le verifiche e gli accertamenti necessari per esprimersi sulla fondatezza delle doglianze difensive e sulla domanda risarcitoria.

In questi termini, volendo, G. PECCHIOLI, *Una questione controversa*, cit., 97-98.

²⁴⁷ D. VOLPINO, *Pregiudizialità penale e liti civili di danno soggettivamente complesse: le Sezioni Unite e le norme "sanzionatorie" che diventano premianti*, in *Nuova giur. civ.*, 2019, 6, 1298.

²⁴⁸ Di contrario avviso, ma in termini non condivisibili, un *obiter dictum* di Corte cost., 30 luglio 2021, n. 182, in *Foro it.*, 2021, I, 2949, con nota critica di G. DE MARZO, *Innesto della pretesa civilistica nel processo penale, prescrizione e presunzione di innocenza*, *ivi*, 2962 ss.; nonché in www.archiviopenale.it, 2021, 3, con nota di C. SANTORIELLO, *Un processo penale servo. La Consulta attenua lo standard probatorio agli effetti civili*.

oggetto di cognizione del giudice dell'impugnazione – investito di questioni inerenti al tema penalistico – ancorché non siano stati specificamente impugnati i capi civili della sentenza censurata; *ii*) del potere dell'organo giudicante di statuire sul tema risarcitorio pure a fronte di un proscioglimento, qualora determinato dall'estinzione del reato a causa di prescrizione o amnistia (in applicazione del comb. disp. artt. 538-129-578, comma 1, c.p.p.)²⁴⁹; *iii*) del diritto delle parti private (nell'assetto normativo 'pre-Cartabia', su cui si veda *infra*) di dolersi innanzi al giudice penale del grado successivo anche con esclusivo riguardo alle statuizioni concernenti la responsabilità civile, con conseguente irrevocabilità e, dunque, esecutività dei capi penali non impugnati (*ex art.* 573 c.p.p. *previg.*, nonché artt. 574 e 576 c.p.p.)²⁵⁰.

Per quel che concerne il tessuto normativo previgente, non passa inosservato il fatto che il legislatore avesse espressamente contemplato come legittima eventualità l'ipotesi che, proposta la sola impugnazione agli effetti civili, si creasse una vera e propria 'sfasatura' nella trattazione, originariamente unitaria, delle due questioni *sub iudice* e che a procedere nei gradi successivi fosse esclusivamente il tema civilistico. Si interrompeva, così, la sincronia nella istruzione e decisione della duplice materia del contendere, penale e civile. Ciò però non cancellava l'originario *imprinting* che l'azione risarcitoria aveva avuto in ragione della sede processuale ove era stata incardinata²⁵¹.

Sotto quest'ultimo fronte si può affermare che il codice di rito penale consentiva – e consente ancor oggi – un recupero, in chiave tutta peculiare e conformata dalle scelte effettuate a monte dal danneggiato, del principio di *autonomia* tra azione penale ed azione civile di danno. Infatti, il secondo comma dell'art. 573 c.p.p. dispone (tutt'oggi)

²⁴⁹ Si tratta, tuttavia, di una casistica che – al netto delle ipotesi più che rare di estinzione del reato per amnistia – cesserà di avere rilevanza via via che saranno 'smaltiti' tutti i procedimenti penali relativi a reati commessi anteriormente al 1 gennaio 2020: difatti, per i reati commessi di lì innanzi, la citata l. 134 del 2021 (c.d. Riforma Cartabia) ha disposto, con effetto retroattivo, la cessazione del termine di prescrizione in seguito alla sentenza di primo grado e l'operatività del diverso ed inedito istituto della improcedibilità dell'azione penale per superamento del termine massimo di durata dei giudizi d'impugnazione di cui al nuovo art. 344-*bis* c.p.p.

²⁵⁰ Cfr. Cass., sez. IV, 18 giugno 2015, n. 42995, Gentile, in *CED*, n. 264751. Sebbene la logica di fondo che ispira tale norma sia da attribuirsi alle scelte effettuate dai codificatori del 1988 sulla generale disciplina della parte civile nel processo accusatorio (che rifugge i principi, dal sapore inquisitorio, di unità della giurisdizione e di preminenza del processo penale sugli altri riti), essa trova il proprio precursore nell'art. 202 co. 3 del c.p.p. Rocco. Difatti, il legislatore del 1930, in materia di impugnazioni della parte civile, aveva disposto che essa dovesse essere proposta, trattata e decisa con le forme ordinarie del giudizio penale. Nessun discrimine veniva tracciato rispetto alla fase d'impugnazione nella quale la pretesa risarcitoria venisse trattata, potendo dunque comprendere anche il giudizio di rinvio ai soli effetti civili. Soluzione, questa, avallata dalla costante giurisprudenza di legittimità degli anni '50. Cfr. G. LATTANZI (a cura di), *I codici penali con la Costituzione e leggi varie. Annotati*, Milano, 1978, *sub* Art. 202.

²⁵¹ M. GIALUZ, voce *Art. 622 c.p.p.*, in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato*, cit., 3508.

espressamente che, a fronte di un'impugnazione dinanzi al giudice penale limitata alle questioni risarcitorie, la riforma dei capi civili non produca alcun effetto sui capi penali. Per un verso, questi restano imm modificabili, perché irrevocabili: poiché non sono stati oggetto di impugnazione, per essi non varrà l'effetto sospensivo e potranno pertanto essere portati ad esecuzione. Per altro verso, con riguardo alle previsioni normative antecedenti agli ultimissimi interventi di riforma, il giudice penale risulta(va)²⁵² pienamente legittimato a statuire sul fatto di reato costitutivo del diritto al risarcimento in modo difforme rispetto alla pronuncia impugnata: tale rivalutazione del fatto-reato risulta dotata di valore meramente incidentale²⁵³.

c. *Il dibattito. Il modello 'autonomista' e la restituzione dell'azione civile al suo 'giudice naturale'*

In un contesto siffatto, già di non irrisoria complessità, i nodi più significativamente problematici sembrano emergere proprio con riferimento all'ipotesi di operatività dell'art. 622 c.p.p., all'apparenza eccentrica ed eccezionale rispetto alla configurazione sin qui tratteggiata: difatti, diversamente dai momenti precedenti del processo, al metro della lettera della norma richiamata il rinvio limitato alle questioni civili deve incardinarsi dinanzi al giudice *civile*.

Non si tratta, a ben vedere, di un dilemma che investe solo e primariamente l'affermazione della competenza giurisdizionale ad esprimersi sul residuo tema risarcitorio in esito al *decisum* rescindente del giudice penale di legittimità. Piuttosto, il cuore del contrasto si annida nella impellente necessità di definire il modello gnoseologico di riferimento nel decidere i temi aquiliani incardinati dapprima in sede

²⁵² Come si vedrà, la natura incidentale dell'accertamento inerente alla attribuibilità del fatto-reato all'imputato-danneggiante rappresenta un elemento tutt'ora caratteristico dell'*iter* giudiziale che conduce alla pronuncia sulla pretesa aquiliana avanzata, originariamente in sede penale, dall'asserito danneggiato. Tuttavia, la recente riforma adottata con il d.lgs. 150 del 2022 ha innovato la disciplina quanto alla individuazione dell'autorità giudiziaria titolare del potere di pronunciarsi allorché non vi siano censure aventi ad oggetto i capi penali della sentenza fatta oggetto di impugnazione (si veda, in proposito, il dettato del nuovo comma 1-bis dell'art. 573 c.p.p.). Per ulteriori approfondimenti, si rinvia a quanto si dirà più oltre nel testo.

²⁵³ F.R. DINACCI, *Il giudizio di rinvio nel processo penale*, Padova, 2002, 230 e 235; così anche F. TOMMASEO, *Nuovi profili nei rapporti fra processo civile e processo penale*, in AA.VV., *Nuovi profili nei rapporti*, cit., 16-17. Vale la pena rilevare un'ulteriore ficcante osservazione proposta dall'A. (pp. 14-15), il quale sottolinea che la scelta del legislatore di consentire l'esercizio dell'azione civile in sede penale comporta come conseguenza che ivi la parte debba godere della piena attuazione del proprio diritto alla tutela giurisdizionale («non può trovare garanzie dimidiate o anche solo subordinate alle specifiche esigenze del processo davanti al giudice penale»). Ancor più importante, l'A. chiarisce che il giudice penale «dev'essere considerato il *giudice naturale* di chi faccia valere i suoi diritti civilistici nel processo penale».

In termini, in giurisprudenza Cass., Sez. un., 11 luglio 2006, n. 25083, Negri, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 10, 1211, le cui conclusioni sono state ampiamente riprese più di recente da Cass., Sez. un., 28 marzo 2019, n. 28911, in *Foro it.*, Rep. 2019, voce *Impugnazioni penali*, n. 58).

penale, vale a dire il compendio di regole probatorie e decisorie fruibili dal giudice per valutare la pretesa civile ancora pendente²⁵⁴.

La completa scissione, che il congegno processuale *ex art. 622 c.p.p.* determina, tra i due *themata decidenda* (penale e civile) soggetti ad originaria trattazione unitaria, e che è legata all'accidente processuale della residualità delle sole questioni civili ancora da definirsi, all'esito dell'annullamento reso dalla Cassazione penale, rappresenterebbe, secondo taluni recenti approdi della giurisprudenza, una chiara eccezione al principio dell'accessorietà dell'azione aquiliana a quella penale²⁵⁵.

Il presupposto da cui il menzionato indirizzo muove la propria riflessione è rappresentato dalla circostanza, data per assunta ma, invero, indimostrata, che l'accertamento giudiziale per giungere, in fase di controllo, a pronunciarsi sul tema risarcitorio sia condotto in *totale autonomia* rispetto all'esito, ormai intangibile, cui si sia pervenuti con riguardo alla fondatezza dell'ipotesi d'accusa.

In particolare, il substrato ermeneutico che funge da puntello per un siffatto ragionamento si compone di due tasselli concettuali interrelati.

In primis, la più recente rilettura del principio della presunzione di innocenza, che di recente il giudice costituzionale ha interpretato come se prescrivesse una «limitazione ai poteri cognitivi e dichiarativi dell'autorità investita» di un procedimento di natura *non* penale ma connesso con quello sulla responsabilità criminale²⁵⁶. In breve, su simile presupposto la Consulta (con la già ricordata sentenza 182/2021) ha escluso che il giudice civile, investito *ex art. 622 c.p.p.* della fase rescissoria inerente alle statuizioni civili residue in esito all'annullamento adottato dalla Suprema corte penale, per

²⁵⁴ Sembrerebbe un quadro in un certo qual modo distonico rispetto alla complessiva disciplina della materia. Vi sono casi, infatti, in cui determinati vizi della pronuncia annullata richiederebbero, per essere corretti, di essere rimossi applicando regole, poteri e principi propri del processo penale che non trovano alcun corrispondente nel rito civile. Solo per fare qualche esempio, si pensi alla sentenza che venga annullata perché la S.C. riscontri l'inutilizzabilità di una prova, la cui espunzione richieda necessariamente una nuova valutazione del compendio probatorio (ipotesi di cui, *inter alia*, si è occupata Cass., sez. VI, 3 ottobre 2018, n. 43896, Luvaro, in *Giur. pen. web*, 2019, 5, con nota a margine di F. CENTORAME, nonché in *Foro it.*, Rep., 2019, voce *Cassazione civile*, n. 220). Si pensi, ancora, all'annullamento della sentenza di appello che abbia accolto l'impugnazione della parte civile e ribaltato a meri fini civili l'assoluzione (irrevocabile, invece, a fini penali) e condannato l'imputato al risarcimento senza che le prove dichiarative decisive siano state rinnovate (caso, questo, che ha rappresentato la "miccia" che ha rinfocolato, negli ultimi anni, il dibattito sulla portata dell'art. 622 c.p.p., in quanto si tratta di una nuova ipotesi di vizio della sentenza di appello (priva di analoghi nel rito civile), elaborata prima in via giurisprudenziale sull'onda delle pronunce della Corte EDU e poi codificato dalla Riforma Orlando nel 2017 con il conio del comma 3-*bis* dell'art. 603 c.p.p.).

²⁵⁵ Cass. civ., sez. III, 18 ottobre 2022, n. 30496, in *Foro it.*, 2023, 6, I, 1879, con nota di G. PECCHIOLI: si rinvia all'ordinanza citata per ulteriori riferimenti giurisprudenziali sul punto.

²⁵⁶ G. DE MARZO, *Innesto della pretesa civilistica*, cit., 2963.

pronunciarsi sulla responsabilità aquiliana sia in qualche modo tenuto a ricostruire, seppur solo in via incidentale, il presupposto della riferibilità all'imputato-danneggiante di un fatto storico integrante gli elementi costitutivi della fattispecie tipica di reato ascrittogli nell'imputazione ed assunto quale fatto costitutivo del diritto al risarcimento vantato dal danneggiato costituitosi parte civile. Una volta chiusa in maniera definitiva la questione penalistica, per non ledere il diritto dell'ex imputato a non essere considerato colpevole nessun cenno dovrebbe potersi fare, nella pronuncia sul danno da reato *ex art. 185 c.p.*, alla incidentale verifica della penale rimproverabilità di colui che si ritenga, tuttavia, civilmente responsabile proprio per una lesione ad un bene giuridico derivante da un fatto-reato.

In secondo luogo, in consonanza con un consolidato filone esegetico, sposato dalla Suprema corte civile²⁵⁷ e avallato anche da un compromissorio arresto delle Sezioni unite penali del 2021²⁵⁸, l'esegesi in commento ha preteso di evidenziare la strutturale «*ontologica autonomia*» – sul piano oggettivo e soggettivo – dell'illecito penale rispetto a quello aquiliano. Circostanza in ragione della quale, a fronte della definitività dell'accertamento penalistico (in senso positivo o negativo, poco rileva), l'organo giudicante, a prescindere che si tratti del giudice penale nella medesima sede cumulativa ovvero del giudice civile investito in successione del *thema decidendum* risarcitorio, non potrà – ancora un volta – appurare, *neppure in via meramente incidentale*, se ricorrano gli estremi della fattispecie incriminatrice in cui si iscrive il fatto storico contestato come reato e se da esso siano derivate conseguenze dannose ai sensi dell'art. 185 c.p. Piuttosto, il giudice – penale o civile – dovrà «accertare se si sia integrata la *diversa* fattispecie atipica dell'illecito civile in tutti i suoi elementi costitutivi» (non collimanti con quelli dell'illecito penale), al lume dell'art. 2043 c.c. e della regola di giudizio del 'più probabile che non'²⁵⁹.

²⁵⁷ *Ex multis*, Cass. civ., sez. III, 12 giugno 2019, n. 15859, in *Foro it.*, 2020, I, 621, con nota di P. PROTO PISANI; Cass. civ., sez. III, 25 giugno 2019, n. 16916, *ivi*; Cass. civ., sez. III, 10 settembre 2019, n. 25515, *ined.*; Cass. civ., sez. III, 10 settembre 2019, n. 25516, *ined.*; Cass. civ., sez. III, 10 settembre 2019, n. 25520, *ivi*; Cass. civ., sez. III, 14 settembre 2022, n. 27016, *ivi*, Rep. 2022, voce *Giudizio (rapporto tra il giudizio civile o amministrativo e il penale) e pregiudizialità penale*; Id. 19 maggio 2022, n. 16169, *ivi*, Rep. 2022, voce *Rinvio civile (giudizio di)*; Cass. civ., sez. III, 20 gennaio 2022, n. 1754, *ibidem*; Cass. civ., sez. III, 08 marzo 2022, n. 7474, *ibidem*.

²⁵⁸ Cass. pen., sez. un., 4 giugno 2021, Cremonini, in *Foro it.*, 2021, II, 603, con nota di P. PROTO PISANI.

²⁵⁹ In termini, Cass. pen., sez. II, 30 marzo 2022, n. 11808, in *Foro it.*, Rep. 2022, voce *Impugnazioni penali in genere*; in dottrina si è parlato di vera e propria «*ibridazione delle forme*» e di processo di «*natura 'anfibia'*»: I. PICCOLO, *Azione civile e processo penale. (Ri)componenti, snodi e prospettive*, in *Arch. pen.*, 2022, 3, 11,

Muovendosi lungo siffatte direttrici concettuali, l'indirizzo esegetico *de quo* è pervenuto ad elaborare un modello di rinvio agli effetti civili che potrebbe senz'altro definirsi 'autonomista'.

Sul fronte della qualificazione strutturale del giudizio di cui all'art. 622 c.p.p., si è difatti sostenuto²⁶⁰ che il giudizio a meri fini civili, incardinato dinanzi alla Corte d'appello civile a seguito dell'annullamento disposto dalla S.C. penale sia da qualificarsi quale rinvio solo in termini *nominalistici*, riconoscendone la natura di *nuovo ed autonomo giudizio civile di danno*, in forza della accidentale scissione della materia del contendere aquiliana rispetto alla già definita vicenda penalistica.

In virtù di ciò, nessun vincolo potrebbe esplicitare sul potere cognitivo e decisorio del giudice civile il principio di diritto formulato dal Collegio penale di legittimità²⁶¹. La decisione di annullamento resa da suddetto giudice, lungi dall'instaurare tale ultima fase del processo, reciderebbe definitivamente qualsiasi legame (se non, forse, quello meramente storico-fattuale) tra pretesa risarcitoria inizialmente vantata dalla parte civile in sede penale e giudizio penale stesso, e nel nuovo giudizio le parti – o meglio, il danneggiato – potrebbero addirittura allegare e provare nuovi fatti costitutivi del diritto al risarcimento ed ottenere il riconoscimento di tale pretesa anche sulla base di un titolo soggettivo diverso rispetto a quello che sarebbe stato necessario in sede penale per condannare l'imputato per il reato ascrittogli. Dunque, l'oggetto dell'accertamento del giudice civile sarà diverso, più ampio di quello affrontato in sede penale (posto che l'illecito aquiliano ha struttura atipica, in opposizione alla tipicità del fatto-reato), mentre – come già visto – in nessun modo si potrà incidentalmente valutare il ricorrere degli estremi dell'illecito penale su cui, *ab origine*, fondava la domanda della parte

sebbene l'A. appaia critica rispetto a tale ricostruzione.

²⁶⁰ Recuperando in chiave non fedele un tradizionale indirizzo della giurisprudenza civile per il quale la competenza a trattare le residue questioni risarcitorie susseguenti alla cassazione dei capi civili della sentenza penale doveva sempre regolarsi alla stregua dell'art. 622 c.p.p. e quindi doveva spettare al 'giudice *naturale*' dell'azione civile, *i.e.* il giudice civile: alla stregua di tale filone, pur a seguito di un trasferimento della cognizione ad altro ramo della giurisdizione ordinaria, si sarebbe avuto a che fare con un *vero e proprio* giudizio di rinvio, regolato dagli artt. 392-394 c.p.c. *Ex multis*, Cass. civ., sez. III, 25 settembre 2018, n. 22570, inedita; Cass. civ., sez. III, 9 maggio 2017, 11211, inedita; Cass. civ., sez. III, 9 agosto 2007, n. 17457, cit.; Cass. civ., sez. III, 14 luglio 2004, n. 13068, in *Gius.*, 2004, 4147; Cass. civ., sez. III, 14 luglio 1997, n. 6416, in *Mass. Giur. It.*, 1997; Cass. civ., sez. III, 19 gennaio 1996, n. 417, in *Foro it.*, 1997, I, 255; Cass. civ., sez. III, 28 giugno 1997, n. 5800, in *Mass. Giur. It.*, 1997.

Sul punto, cfr. G. CANALE, *Aspetti critici del giudizio di rinvio*, cit., 279 ss., cui si rinvia anche per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali.

²⁶¹ *Contra*, F.R. DINACCI, *Il giudizio di rinvio*, cit., 236; in questo stesso senso, di recente, Cass. civ., sez. III, 21 maggio 2022, n. 8997, in *Foro it.*, Rep. 2022, voce *Rinvio civile (giudizio di)*.

civile.

Sul piano cognitivo-decisorio, poi, non solo – come anticipato *supra* – si è ritenuto legittimo un mutamento della regola decisoria, che non sarà più quella sancita dall'art. 533, comma 1, c.p.p., bensì quella ricavabile dall'art. 2697 c.c.²⁶² Ma, peraltro, si è affermato che nessun canone probatorio penalistico in base al quale sin lì era stata istruita l'azione civile potrebbe filtrare nel 'nuovo' processo civile riassunto dai danneggiati.

Per giunta, per ovviare all'improvviso ampliamento dell'oggetto della cognizione del giudice civile del rinvio rispetto all'iniziale domanda del danneggiato, l'indirizzo in rassegna ha opinato nel senso di consentire, in deroga alla alquanto restrittiva disciplina dei *nova* nell'appello civile, la possibilità di ottenere l'ammissione di nuove prove, quasi che ciò valesse a compensare l'imputato-danneggiante del fatto di poter essere ritenuto responsabile sulla scorta di paradigmi sostanziali e processuali del tutto inconferenti rispetto alla vicenda giudiziale svoltasi sino a quel momento.

Inoltre, sempre sotto il profilo euristico probatorio, la Cassazione civile ha affermato che nel nuovo giudizio così configurato sia legittimo appellarsi al meccanismo della prova legale, tipico del giudizio civile ma non di quello penale da cui proviene l'azione risarcitoria.

Per ciò che concerne, viceversa, il compendio conoscitivo acquisito nell'originaria sede di trattazione delle pretese aquiliane, si è adottata un'ottica peculiare, al lume della quale l'autorità giudiziaria civile sembrerebbe quasi legittimata ad una selezione 'arbitraria' del materiale istruttorio già formato innanzi al giudice penale. Per un verso, si impedisce l'ingresso a determinati elementi probatori affermando che essi non avrebbero posto nel tessuto del codice di procedura civile. Per altro verso, in ragione della ridetta immancabile aspirazione all'ampliamento della conoscenza volta al perseguimento della verità – da cui neanche i giudici civili risultano immuni –, si finisce per sostenere la fruibilità generalizzata di qualsiasi apporto gnoseologico di genesi

²⁶² In dottrina, d'accordo con questa soluzione sono C. PIERGALLINI, *Osservatorio di giustizia penale – estinzione del reato per prescrizione*, in *Danno e resp.*, 2014, 1, 111; G. TRAVAGLINO, *Gli effetti del trasferimento dell'azione civile in sede penale*, in *Corriere merito*, 2013, 10, 977; G. CANALE, *Riflessioni sul giudizio di rinvio ai soli effetti civili ex art. 622 cpp*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 4-5, 1020; ID., *Aspetti critici del giudizio di rinvio*, cit., 283 ss. In generale sul tema della differente parametrizzazione del vaglio probatorio e decisorio in ambito penale e civile, cfr. da ultimo R. POLI, *Gli standard di prova nella giurisprudenza della cassazione civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 2, 451 ss.

penalistica, anche se invalido o non contemplato dalla disciplina processualcivile: a giustificazione di tale netto cambio di rotta si adduce la dequotazione della potenzialità euristica espressa da tali elementi, che varrebbero al più come *prove atipiche* ma, più spesso, come meri *argomenti di prova*. Come se ciò, in definitiva, ponesse il giudice civile – che si assume sarebbe indebitamente vincolato, altrimenti, nell'esercizio del proprio potere di *iuris dicere* – al riparo da influenze intollerabili e gli restituisse il timone, consentendogli di stabilire da sé il peso probatorio di elementi *aliunde* provenienti.

Sulla problematicità di simili classificazioni del materiale conoscitivo acquisibile e sulla scarsa significatività che tali etichette possiedono ci siamo già soffermati. Basti, a questo proposito, richiamare a titolo esemplificativo il diverso trattamento riservato, nell'ipotesi peculiare qui in esame, alle dichiarazioni che le parti potrebbero rendere nel corso del processo. Il codice di rito penale prevede una puntuale regolamentazione (artt. 208 ss. c.p.p.) delle modalità in base alle quali anche soggetti evidentemente interessati possono rendere l'esame, lasciando al giudice, in ossequio al principio del libero convincimento, il compito di valutarne credibilità ed attendibilità (al più, ponendo per il dichiarato di taluni soggetti la regola valutativa dell'obbligo dei riscontri, *ex art. 192*, commi 3 e 4, c.p.p.); addirittura, per quanto concerne la parte civile, è previsto che possa anche essere sentita come testimone (con il correlativo obbligo di verità penalmente sanzionato *ex art. 198*, comma 1, c.p.p.). Viceversa, il processo civile esclude radicalmente la possibilità che le parti rendano testimonianza²⁶³. Conseguentemente, nel passaggio dal ramo giurisdizionale penale a quello civile, dopo l'annullamento con rinvio *ex art. 622 c.p.p.*, le eventuali prove dichiarative rese dalle parti perderebbero qualsiasi rilievo²⁶⁴.

Infine, e per quanto qui di principale interesse, l'indirizzo in rassegna ritiene che nessun peso sarebbe da assegnare all'invalidità della prova penale, che potrebbe essere liberamente valutata dal giudice civile²⁶⁵: così ragionando, questo filone

²⁶³ A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2014, 423, il quale manifesta invero le proprie perplessità relative ad una norma qual è l'art. 246 c.p.c., per la sua irrazionalità ed il contrasto con l'art. 24 Cost.

²⁶⁴ E lo stesso dicasi per quanto concerne la prova peritale; sul punto, A. PROTO PISANI, *Lezioni*, cit., 435.

²⁶⁵ In senso critico, F. CENTORAME, *Giudizio civile di rinvio e procedura penale rescindente: autonomia e interferenze*, in *Proc. pen. giust.*, 2019, 2, 6.

giurisprudenziale finisce per porsi in netto conflitto con taluni essenziali approdi raggiunti sul punto dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite, le quali hanno inteso canonizzare il principio noto in dottrina come *ubiquità dell'inutilizzabilità*²⁶⁶. Su quest'ultimo punto, che in questa sede può essere solamente accennato, si tornerà più ampiamente nel prosieguo.

Ebbene, a nostro avviso, dalla disamina sin qui condotta si possono iniziare a distillare le principali debolezze dogmatiche che rendono non condivisibile l'indirizzo interpretativo appena esposto²⁶⁷.

La prima e pregnante criticità si annida nel già ricordato legame che una parte della più recente giurisprudenza e della dottrina istituiscono tra il canone costituzionale della presunzione di innocenza e lo scrutinio, che si pretende originario ed autonomo, sull'*an* della istanza risarcitoria incardinata a monte nel rito penale. Tematica che, per il suo fascino suadente, attrae le riflessioni condotte in ordine allo statuto epistemologico e strutturale del giudizio di rinvio agli effetti civili, con conseguenze, malgrado tutto, fuorvianti o, quantomeno, non corrispondenti al compendio di principi su cui tale marchingegno processuale si erge.

Ormai – lo si è visto *supra* – è affermazione tralatizia, nell'ultima giurisprudenza costituzionale e anche di legittimità, che l'unico modo per rispettare la presunzione di innocenza sia impedire al giudice, anche penale, di accertare, pure in via meramente incidentale, l'attribuibilità all'asserito danneggiante di un fatto integrante reato, quando per i motivi più vari il processo penale si chiuda in via definitiva o con assoluzione o con una *absolutio ab instantia*. Su questo assioma, che predica la radicale scissione delle regiudicande, si giustifica l'asserto che il giudice civile del rinvio *ex* 622 c.p.p. possa ammettere domande nuove che amplino (*rectius*: mutino) l'oggetto del giudizio, e accertare così *non se* sussistesse un *fatto-reato* che abbia causato un danno risarcibile alla parte civile, ma un *qualunque* fatto *illecito* che – se, in termini ideali, qualche nesso con il reato oggetto del processo penale potrebbe continuare a mantenerlo – viene

²⁶⁶ Cass., Sez. un. 9 aprile 2010, n. 13426, Cagnazzo, in *Foro it.*, Rep. 2010, voce *Misure di prevenzione*, n.48, nonché in *Dir. pen. proc.*, 2010, 6, 679; Cass., Sez. un., 13 gennaio 2009, 1153, Racco, *id.*, Rep. 2009, voce *Errore giudiziario*, n. 44. In termini, C. Conti, *Il volto attuale dell'inutilizzabilità: derive sostanzialistiche e bussola della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 7, 794 ss.

²⁶⁷ Le riflessioni che seguono sono tratte per una parte dal nostro *Le intricate e tortuose sorti dell'azione civile in sede penale: tra passato e futuro*, in *Foro it.*, 2023, 6, I, 1895 ss. (§ III), e, per altra parte, dal nostro *Quali regole nel giudizio di rinvio ai soli effetti civili? Disorientamenti e contrasti giurisprudenziali in attesa delle Sezioni Unite*, in www.foronews.it, *Foro it.*, 22 maggio 2021, § 3.

concepito più ampio e dichiaratamente *diverso* dal reato. Reato che – in una sorta di diallelo – secondo quest’indirizzo non dovrebbe neppure poter essere oggetto della autonoma cognizione del giudice del rinvio, se si intende salvaguardare la presunzione di innocenza.

Non pochi ci sembrano i limiti di una siffatta esegesi. Come evidenziato in chiave del tutto condivisibile in letteratura²⁶⁸, tale concezione fraintende il cuore del principio di cui all’art. 27 Cost. e ne ‘sfilaccia’ il nesso con la specifica situazione processuale che viene in rilievo (*i.e.*, processo cumulativo in cui oltre al tema penale si tratta il profilo risarcitorio del danno da reato). Nel momento in cui la parte civile sceglie, liberamente e consapevolmente²⁶⁹, di investire il giudice penale della pretesa risarcitoria circoscrive la vicenda rilevante causativa del danno al fatto-reato oggetto dell’imputazione. La cognizione del giudice penale su tale tema non può che concernere l’esistenza del reato contestato e la sua attribuzione all’imputato, quale tipico momento preliminare alla valutazione se da ciò sia derivata la lesione risarcibile al bene della parte civile.

Ebbene, dato per il momento per assunto che con l’istituto di cui all’art. 622 c.p.p. rimaniamo nel contesto del *medesimo* procedimento²⁷⁰, anche se trasferito al ramo civile, e tenuto conto che, a nostro avviso, il congegno delineato dalla citata norma dev’essere qualificato in termini di giudizio di rinvio vero e proprio e non, come sostiene la criticata giurisprudenza, di un nuovo giudizio²⁷¹, il tema della decisione non

²⁶⁸ G. DE MARZO, *Innesto della pretesa civilistica*, cit., *passim*.

²⁶⁹ Corte cost., 12 luglio 2019, n. 176, in *Foro it.*, 2019, I, 2994; Corte cost., 29 gennaio 2016, n. 12, *ivi*, 2016, I, 756.

²⁷⁰ Come si cercherà di dimostrare *amplius* nei paragrafi che seguono e in particolare al §8.d.

²⁷¹ Argomenti letterali e sistematici militano nel senso del riconoscimento della natura di giudizio di rinvio *stricto sensu* del marchingegno processuale previsto dall’art. 622 c.p.p. Innanzitutto, sebbene la rubrica della norma non si esprima in tali termini, l’art. 622 c.p.p. qualifica in termini di vero e proprio *rinvio* l’istituto ivi disciplinato, che, come è stato definito da taluni Autori, non è che una «gemmazione e derivazione appendicolare» (G. CANZIO-G. IADECOLA, *Annullamento della sentenza penale ai soli effetti civili: quale giudice e quali regole in sede di rinvio?*, in *Sist. pen. web*, 20 aprile 2020, §3) del processo penale, una costola strettamente dipendente ed interconnessa, che esprime altresì la complementarietà tra fase rescindente e rescissoria del giudizio di legittimità (E. SAVIO, *Il giudizio di rinvio dopo l’annullamento in Cassazione*, Padova, 2014, 119; G. IADECOLA, *Cassazione della sentenza penale e giudizio di rinvio*, in *Giur. merito*, 2003, 12, 2592-2593; F.R. DINACCI, *Il giudizio di rinvio*, cit., 105 e 236 ss.). Peraltro, per espressa ammissione anche delle pronunce che avallano l’indirizzo esegetico da noi avvertito, la disciplina applicabile, in sede civile, alla regudicanda aquiliana proveniente dalla sede penale di origine sarebbe proprio quella prescritta dagli artt. 392-394 del codice di rito civile, il che non farebbe che confermare l’inclusione di simile ipotesi nel novero dei casi di giudizio di rinvio in senso proprio. Peraltro, qualora si negasse tale natura all’istituto ex art. 622 c.p.p., non solo si affermerebbe una soluzione discriminatoria delle parti rispetto a quelle di processi cumulativi che – per avventura – non giungessero ad una pronuncia rescindente relativa al solo *thema decidendum* risarcitorio ma fossero totalmente decisi, tanto rispetto ai capi penali quanto a quelli civili, dal giudice penale. Ma si finirebbe, inoltre, per sottintendere una totale o quasi svalutazione del processo criminale svoltosi sin lì, con inutile dispendio di tempo e risorse, in netto contrasto con i pregnanti principi di efficienza, efficacia ed economia processuale che trovano

dovrebbe potersi ampliare o modificare e l'organo investito, in sequenza, della residua pretesa aquiliana dovrebbe poterne conoscere solo la *causa petendi* valorizzata nella domanda per come formulata a monte.

Non pare corretto sul piano della dogmatica processualistica giustificare un ampliamento euristico-cognitivo sulla scorta del fatto che il giudice civile non sarebbe titolato ad accertare se un reato è stato commesso, perché, se così facesse, lederebbe la legittima aspettativa dell'ex imputato di essere considerato innocente. Innanzitutto, l'oggetto dell'accertamento dovrebbe coincidere con quanto originariamente chiesto dalla parte civile, che ha esperito l'azione di risarcimento dei *danni da reato*, circoscrivendone il fatto costitutivo in ragione della scelta della sede in cui è stata esercitata l'iniziativa processuale. In secondo luogo, il combinato disposto degli artt. 538 e 578, comma 1, c.p.p. chiarisce la *necessità* dell'accertamento – almeno in via *incidentale* (in fase d'impugnazione, *ex lege*, e in primo grado oggi dopo la Corte cost. 173/2022 quantomeno per il caso dell'assoluzione per particolare tenuità del fatto *ex art. 131-bis c.p.*) – della responsabilità penale dell'imputato quale *presupposto logico necessario* per la condanna al risarcimento.

In ciò non alligna affatto una potenziale lesione alla presunzione di innocenza: in ogni caso, non vi sarebbe alcuna conseguenza *in peius* sul fronte della posizione penale dell'imputato (posto che la questione oggetto dei capi penali sarebbe ormai intangibile, *ex art. 573, comma 2, c.p.p.*). Per giunta, volendo dedicare una riflessione altresì all'impatto extraprocessuale delle pronunce giudiziali, è evidente che, a fronte di una domanda risarcitoria in qualche misura connessa con una vicenda criminosa, se il giudice civile arrivasse a ritenere il danneggiante (ex imputato) civilmente responsabile

senz'altro copertura nel dettato del secondo periodo del secondo comma dell'art. 111 Cost., che canonizza il principio della ragionevole durata del processo. Un esempio appare dirimente: negare che il principio di diritto, sancito dalla Cassazione penale nel momento in cui annulli i capi civili e rinvii al giudice civile di seconde cure, abbia alcuna efficacia vincolante per l'autorità giudiziaria competente a conoscere del rinvio, sol perché non proviene dal giudice civile di legittimità bensì da quello penale, parrebbe non solo, e non tanto, contrastante con un chiaro disposto normativo (l'art. 173, comma 2, disp. att. c.p.p. difatti prevede la vincolatività del principio di diritto enunciato in sede di annullamento con rinvio dalla Cassazione senza distinguere a seconda che il giudice *ad quem* sia penale o civile, come confermato dall'art. 627, comma 3, c.p.p.), ma soprattutto non consapevole della netta diseconomia processuale che simile esegesi porterebbe a giustificare. Il lavoro della cassazione penale, svolto valutando la fondatezza di motivi di ricorso costruiti censurando determinati vizi della sentenza o del processo di merito che si intenderebbe far rimuovere ed eventualmente correggere, finirebbe nel nulla se non si imponesse al giudice civile di tenerne doverosamente conto nel prender cognizione della regiudicanda trasferitagli. Si vede bene come, così facendo, si eluderebbe l'intera 'storia' della vicenda giudiziale dipanatasi fino a quel momento fatidico: nell'ottica di cui all'art. 111, comma 2, Cost., appare senz'altro intollerabile la prospettiva che i *dicta* pronunciati in sede di annullamento con rinvio a meri fini civili non sortiscano alcuna efficacia vincolante, con vanificazione di tutta l'attività processuale svolta.

del danno *de quo*, l'*iter* decisionale non potrebbe prescindere *in toto* dall'accertamento della riferibilità del fatto storico a quel determinato soggetto (proprio in virtù del nesso storico-fattuale e logico-giuridico che li lega). Agli occhi di un 'profano' quella persona apparirebbe comunque come responsabile di un fatto che, almeno materialmente, coincide con un tipo criminoso e, quindi, 'colpevole'.

Su di un altro piano, non convince la tesi per cui la domanda risarcitoria *ex art.* 185 c.p. sarebbe diversa da quella proponibile *ex art.* 2043 c.c.²⁷². Difatti se, per un verso, tale lettura rappresenta come cerchi concentrici con superfici non del tutto coincidenti le due situazioni giuridiche, per l'altro non ne ricava che nel giudizio civile instaurato ai sensi dell'art. 622 c.p.p. il *thema decidendum* dovrebbe essere mantenuto fermo rispetto alla domanda formulata con la costituzione di parte civile, ma consente di 'ampliarla' ai sensi dell'art. 2043 c.c. Eppure, se si deve prestar fede all'assunto iniziale e ritenere che si tratti di due situazioni giuridiche *diverse*, quell'ampliamento non costituirebbe mera *emendatio libelli*, ma vera *mutatio* radicalmente vietata in qualunque fase del rito civile, ma specialmente in fase d'impugnazione (arg. *ex artt.* 183 e 345 c.p.c.).

Tuttavia, il legislatore sembra anzi aver voluto, oggi, accreditare questa interpretazione inconferente rispetto ai principi così sintetizzati, nel momento in cui – con l'ultima riforma – ha richiesto al danneggiato, *in limine* alla costituzione come parte civile nel processo penale, di esplicitare ai fini della ammissibilità della costituzione stessa le ragioni che giustificano la domanda «*anche a fini civili*» (art. 78, lett. *d*), c.p.p.). Espressione, questa, che parrebbe sottendere l'idea che le domande risarcitorie del danno da reato proponibili innanzi, rispettivamente, al giudice penale e a quello civile non coincidano, avendo ad oggetto diritti diversi (se le *causae petendi* sono diverse, anche il diritto che su esse si basa è diverso, trattandosi di diritto eterodeterminato), di talché l'esplicitazione della *causa petendi* che sorregge l'istanza per il risarcimento del danno emergente dal reato per cui si procede non sarebbe idonea a fondare anche la medesima domanda e a sostenerne il 'deflusso' verso la sede civile una volta che il giudice penale (ai sensi dell'art. 622 c.p.p. o, oggi, degli ulteriori meccanismi espulsivi della materia risarcitoria dal processo criminale) abbia definito il tema di sua 'naturale' competenza o abbia emesso una pronuncia di improcedibilità

²⁷² Su cui, *ex multis*, B. GAMBINERI, *Annullamento*, cit., § 6 ss.

dell'azione penale.

Una simile impalcatura normativa parrebbe, però, eversiva tanto del modello strutturale ed operativo adottato per giustificare l'originaria immissione della tematica aquiliana in sede di accertamento della responsabilità penale, quanto dei consolidati principi teorico-dogmatici che, nel processo civile, giustificano, come detto, l'ammissibilità della *emendatio libelli* e la radicale inammissibilità della *mutatio libelli* in materia di diritti eterodeterminati, qual è senz'altro il diritto al risarcimento del danno²⁷³.

Non solo. Potrebbe derivare un delicato paradosso se fosse vero, come sostenuto dalla prevalente giurisprudenza, che il meccanismo *ex art. 622 c.p.p.* sposta la causa dinanzi al giudice civile avviando un *nuovo diverso* processo *non vincolato* dal principio di diritto formulato dalla Suprema corte penale in sede di annullamento con rinvio, e al contempo il giudice civile del rinvio è del tutto libero di accertare il fatto anche sulla scorta di una diversa *causa petendi*. Si finirebbe per sostenere che, nell'ipotesi di annullamento con rinvio delle statuizioni civili sul mero *quantum debeatur*, al giudice *ad quem* sarebbe consentito ri-accertare da capo anche i fatti costitutivi del diritto azionato, che però era già stato ritenuto sussistente, entro certi limiti, dal giudice penale *a quo*. E ciò, senza che tale pronuncia sia stata in alcun modo rimossa dal mondo del giuridicamente esistente, col rischio di un contrasto sostanziale tra decisioni endoprocessuali e di conseguente lesione dei diritti di azione e difesa delle parti, al di là dell'evidente diseconomia processuale così provocata.

Si consideri poi – ed il punto non è certo di secondario rilievo – che il nesso che lega il fatto storico oggetto dell'imputazione e la lesione giuridicamente rilevante a benidiritti di cui la parte civile chiede il ristoro può essere concepito, *mutatis mutandis*, alla stessa stregua del rapporto *ex art. 34 c.p.c.* di pregiudizialità-dipendenza tra «fatti-diritti» integranti la *causa petendi* del diritto fatto valere ed il *petitum*, nelle ipotesi nelle quali non vi sia previsione di legge o istanza di parte in merito all'accertamento con

²⁷³ Per una chiara definizione dei margini di modificabilità della domanda, in specie in fase d'impugnazione, si vedano: Cass. civ., 12 dicembre 2018, n. 32146, in *Foro it.*, Rep. 2018, voce *Procedimento civile-Domande ed eccezioni, modificazione, mutamento, novità*, n. 201; Cass. civ., 28 gennaio 2015, n. 1585, *ivi*, Rep. 2015, voce *Procedimento civile-Domande ed eccezioni, modificazione, mutamento, novità*, n. 267; Cass. civ., 27 luglio 2009, n. 17457, *ivi*, Rep. 2009, voce *Procedimento civile-Domande ed eccezioni, modificazione, mutamento, novità*, n. 191; Cass. civ., 30 novembre 2005, n. 26079, *ivi*, Rep. 2005, *Appello civile-Danni civili-Domande nuove*, n. 49.

efficacia di giudicato dell'esistenza del fatto-diritto costitutivo²⁷⁴.

Per un verso, negli artt. 3 e 479, comma 3, c.p.p. si rinviene ulteriore conferma del fatto che accertamenti incidentali di tal sorta, che abbiano per oggetto situazioni giuridiche la cui esistenza, per legge, dev'essere affermata in modo vincolante e definitivo da parte di altra autorità giudiziaria, siano senz'altro ammissibili in quanto si tratta di *steps* dell'*iter* logico-giuridico da compiere di necessità per pervenire ad una pronuncia di giustizia. Per altro verso, argomenti a favore della prospettata ricostruzione si evincono dalla disciplina dell'efficacia vincolante del giudicato penale posta dagli artt. 651 ss. c.p.p., che contemplano esplicitamente il caso in cui al giudice civile o amministrativo sia richiesto di verificare – ma senza che ciò implichi, da parte loro, una pronuncia definitiva sul tema penale, ovviamente – il ricorrere o meno di quei fatti costitutivi del diritto al risarcimento del danno e, per i limitati profili considerati nelle disposizioni citate, integrativi della fattispecie tipica del reato ascritto al danneggiante.

Con riferimento, poi, alle criticità che l'avversato indirizzo manifesta sul fronte della struttura cognitivo-decisoria che si riconosce al giudizio dinanzi al giudice civile investito dalla Cassazione penale della residuale domanda risarcitoria, ci sembra significativo evidenziare l'indesiderabile portato di discriminazioni e squilibri tra le parti che accogliere siffatta ricostruzione comporterebbe²⁷⁵.

Nonostante l'affermato retroterra esegetico che sarebbe rappresentato dall'intento di offrire una lettura costituzionalmente orientata della peculiare ritmica interprocessuale sancita dall'art. 622 c.p.p., il modello che si viene a delineare finisce, piuttosto, per sovvertire proprio l'intero complesso di canoni del giusto processo che informano il modo di conoscere giudiziale, nonché il dominio su di esso spettante ai protagonisti del

²⁷⁴ A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, VI ed., Napoli, 2014, 62 ss., nonché, 326 ss., sul concetto di «pregiudizialità logica»

²⁷⁵ Oltre alle criticità segnalate nel testo, ulteriore profilo da tenere in considerazione è dato dal fatto che l'attivazione subitanea ed inattesa dei paradigmi processuali civilistici non solo farebbe sì che danneggiante-imputato e danneggiato-parte civile perderebbero i risultati delle proprie strategie processuali coltivate sino a quel momento (il che, come si evidenziava, risulta anche in un indebito dispendio ingiustificato di tempi e risorse processuali). Ma, per giunta, nel 'nuovo' giudizio il danneggiato finirebbe irragionevolmente per godere di una posizione di preminenza legata a mere contingenze nell'*iter* processuale, a scapito dell'imputato, che per contro perderebbe forzatamente i propri diritti. Si consideri poi che, accedendo all'esegesi da noi criticata, come è stato persuasivamente sottolineato, tali vantaggi derivanti alla parte civile-danneggiata sarebbero garantiti in ogni caso, a prescindere dalla ragione che ha condotto all'annullamento (in ipotesi, addirittura l'accoglimento del ricorso dell'imputato): col che, dapprima si consente alla parte civile di godere di tutti i benefici che le derivano dall'opzione per la sede penale e poi di avvantaggiarsi sempre e comunque dell'attivazione delle regole decisorie civilistiche, a lei ben più favorevoli, a totale detrimento dell'imputato-danneggiante. In termini, P. PROTO PISANI, *Note in tema di annullamento*, cit., *ivi*.

giudizio.

Occorre ricordare, infatti, che sotto l'egida del giusto processo si colloca una vasta serie di diritti spettanti all'imputato, il cui sacrale rispetto non rileva solo in quanto strumento di implementazioni del diritto di difesa, ma anche – e, in un certo qual senso, soprattutto – in quanto essi rappresentano veri e propri baluardi per la costruzione della miglior conoscenza giudiziale possibile nel contesto processuale in cui essa dev'essere appresa²⁷⁶. Si pensi, ad esempio, al caso in cui l'imputato ricorrente lamenti la lesione del proprio diritto al contraddittorio nella formazione della prova (art. 111, comma 4, Cost.); ovvero all'ipotesi in cui censuri la mancata assunzione di una prova contraria decisiva (art. 111, comma 3, Cost e art. 606, comma 1, lett. c, c.p.p.); o, ancora, all'eventualità in cui sia stato violato un divieto probatorio, con conseguente inutilizzabilità del dato conoscitivo illegittimamente ottenuto²⁷⁷. Simili lesioni, che potrebbero intervenire nel corso del giudizio penale anche limitato ai soli fini risarcitori ed esser fatte oggetto di ricorso dall'imputato, meritano di essere analogamente riparate in sede di rinvio e devono esserlo sulla scorta dei canoni penalistici che presidiano tali diritti processuali.

Ma lo stesso può senz'altro dirsi per ciò che concerne il danneggiato costituitosi parte civile. Se le coordinate che abbiamo posto in premessa sono condivisibili, quando il danneggiato esercita l'azione risarcitoria in sede penale deve poter godere di tutte le garanzie che il rito penale appresta alle parti: tra queste, preminente rilievo spetta proprio al 'giusto processo', che, come visto, nel processo assume molteplici forme di attualizzazione, a tutela non solo dell'accusato bensì anche del titolare di interessi civilistici. La violazione di tali regole è senz'altro censurabile in Cassazione dalla parte civile, posto che il catalogo di motivi di ricorso di cui all'art. 606 c.p.p. non limita a solo talune delle ipotesi ivi previste la *potestas impugnandi* della parte civile. Il che non

²⁷⁶ Nel senso etimologico del termine: dal latino *adprehendo*, -ere, che significa prima di tutto «afferrare, far proprio», da cui *adprehensio*, -onis, che, in senso figurato, viene tradotto anche come «conoscenza» (F. CALONGHI, *Dizionario Latino-Italiano*, III ed., Torino, 1950).

²⁷⁷ Il legame tra giusto processo e gli aspetti qui evidenziati è individuato chiaramente da F.R. DINACCI, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale nel giudizio di rinvio*, in *Cass. pen.*, 2007, 9, 3502; ID., *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008, 11 ss. e, in particolare, 16; nonché C. SANTORIELLO, *La legalità della prova*, in *Processo penale e Costituzione*, a cura di F.R. DINACCI, Milano, 2010, 412 e 416; A. GAITO, *Il ruolo e la funzione del giudizio di legittimità in epoca di giusto processo (tra essere e dover essere)*, in *Processo penale e Costituzione*, a cura di F.R. DINACCI, Milano, 2010, 523; N. GALANTINI, *L'utilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992, 285; EAD., *Inutilizzabilità della prova e diritto vivente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1, 64.

può che implicare che quest'ultima dovrebbe avere altresì diritto alla correzione di tali vizi secondo i canoni penali (*ex art. 573, comma 1*), nonostante l'autorità giudiziaria chiamata ad apportare tali correzioni sia diversa dal giudice penale che ha individuato tali lesioni del canone costituzionale del giusto processo.

Ebbene, se l'esito del rinvio al giudice civile per la definizione delle residue questioni aquiliane originariamente cumulate in sede penale dovesse essere quello sponsorizzato dal filone in rassegna, e dunque si dovesse procedere ad istruire la causa secondo i canoni processuali civilistici senza fare alcuna applicazione delle regole che, tuttavia, fino a quel momento avevano guidato l'opera ricostruttiva del giudice, tale improvviso mutamento di paradigma euristico-cognitivo priverebbe le parti *ex abrupto* del 'bagaglio' di strumenti probatori di cui si sono servite fino a quel momento. Com'è facile desumere, tuttavia, una simile deviazione 'in corsa' dei paradigmi euristico-cognitivi di riferimento non può che comportare un critico stravolgimento del tipo di conoscenza ritraibile dal materiale a disposizione²⁷⁸. E se è vero quanto abbiamo già osservato in precedenza in merito all'essenza costituzionalmente orientata del tipo di conoscenza che il legislatore processuale auspica venga raggiunta tramite gli strumenti gnoseologici predisposti *ex lege*, non si può che concludere che un simile effetto distorsivo dei paradigmi euristici disponibili si porrebbe in contrasto con il predetto modello di conoscenza metodologicamente ed assiologicamente orientato.

L'asserita (ma indimostrata) 'frattura', che l'operare dell'istituto disegnato dall'art. 622 del codice Vassalli determinerebbe a detta dei fautori dell'indirizzo qui censurato, si appalesa, in definitiva, quale interpretazione *praeter*, se non addirittura *contra, legem*, nella misura in cui afferma che tale norma derogherebbe al principio generale di trattazione dell'azione civile, anche in fase d'impugnazione, secondo i parametri probatori e valutativi penalistici. Una deroga siffatta non è, a ben vedere, espressa in alcuna norma. Anzi, l'art. 622 c.p.p. è eloquentemente muto sulle regole processuali da applicare in tale sede, proprio perché non si è voluto affatto configurare un regime

²⁷⁸ C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007, 10 ss.; F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008, 1 ed ancora 15 ss.; C. SANTORIELLO, *La legalità della prova*, in *Processo penale e Costituzione*, a cura di F.R. DINACCI, Milano, 2010, 417 ss., in particolare 424; L. MONOSI, *La sorte delle prove raccolte dinanzi al giudice penale a seguito dell'annullamento con rinvio ex art. 622 c.p.p.*, in *Giur. pen. web*, 2019, 5, 16; P. PROTO PISANI, *Note in tema di annullamento della sentenza ai soli effetti civili*, in *Foro it.*, 2020, I, §3.

eccezionale rispetto a quanto già predisposto nelle norme generali sulle impugnazioni a fini civili, che impongono di mantenere immutata la forma con cui l'azione civile viene trattata fin dal momento in cui il danneggiato l'ha proposta innanzi al giudice penale (art. 573 comma 1 c.p.p.). Tale esegesi, dunque, violerebbe il principio di legalità processuale di cui al primo comma dell'art. 111 Cost. (nonché l'ulteriore principio di soggezione del giudice alla sola legge, di cui all'art. 101, comma 2 Cost.)²⁷⁹.

d. *Un modello alternativo per la piena salvaguardia del giusto processo: la traslatio della competenza funzionale. L'art. 622 c.p.p. quale apparente fenomeno circolatorio: la medesimezza processuale*

Gli approdi da ultimo raggiunti e le indesiderabili debolezze dogmatico-applicative evidenziate mettono in luce l'opportunità di adottare una differente prospettazione esegetica idonea ad elidere tali criticità e col pregio di dare piena ed effettiva attuazione ai canoni che plasmano, tanto sul piano costituzionale quanto su quello della legge ordinaria, la materia in esame.

Il modello cui si fa riferimento corrisponde a quello che approdi giurisprudenziali recenti hanno talora evocativamente qualificato come «*traslatio della competenza funzionale*» relativa alle residue questioni risarcitorie rimaste insolite a seguito dell'annullamento.

Presupposto teleologico²⁸⁰ del suddetto 'modulo giurisdizionale' è, senz'altro, la conservazione dell'originario legame tra giudizio penale e pretesa risarcitoria.

La richiesta al giudice penale di decidere sull'azione di danno formulata *in limine litis* dal danneggiato che si costituisce parte civile instaura un vincolo che, se certo sul piano 'naturalistico' scaturisce dal nesso di pregiudizialità logica che esiste tra i due rapporti, sul piano processuale è 'artificialmente' costituito – secondo taluno in modo indissolubile²⁸¹ – proprio in quel momento. Di lì in poi, come già si è sottolineato, il

²⁷⁹ A. MARANDOLA, *Il modello nazionale tra vecchio e nuovo sistema processuale*, in A. MARANDOLA (a cura di), *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, Torino, 2015, 8.

²⁸⁰ Con tale espressione ossimorica si vuole sottolineare come la connessione instaurata tra il giudizio per l'accertamento del fatto di reato e quello per l'accertamento ed eventuale quantificazione del danno costituisce sia la causa sia il fine della attuazione del modello qui profilato: ne è causa perché senza l'esperimento dell'azione civile di danno in sede penale non si creerebbe tale nesso, ma ne è altresì fine dal momento che il mantenimento della inscindibilità del legame appare come scopo finale per il quale il modello è elaborato, con l'obiettivo di assicurare coerenza sistematica sul piano ordinamentale.

²⁸¹ T. CAVALLARO, *L'accertamento dei fatti*, cit., 518.

potere cognitivo e decisorio del giudice penale si espande in via esclusiva anche all'area tipicamente civilistica e ciò pure in sede di impugnazione ed anche allorché vi siano solo censure sollevate ai meri effetti della responsabilità civile (artt. 574 e 576 c.p.p., pre-Riforma Cartabia).

Dunque, proprio in ragione di ciò e per evitare di restare invischiati nelle pastoie dei tranelli speculativo-dogmatici che minano la solidità dell'indirizzo autonomista, molteplici pronunce di legittimità hanno inteso far leva sulla vera e propria 'dipendenza' *funzionale* del giudice del rinvio *ex art. 622 c.p.p.* investito della cognizione sulle statuizioni civili a seguito della pronuncia rescindente della Suprema corte penale. Dipendenza che, lungi dall'implicare una superiorità ordinamentale del giudice (e correlativo giudizio) penale su quello civile²⁸², purtuttavia si traduce e si sostanzia nel principio secondo il quale «pure quando si tratti di rinvio dopo annullamento delle sole disposizioni civili di sentenza penale, i *limiti* e l'*oggetto* del giudizio di rinvio *sono fissati dalla sentenza di cassazione*, sicché anche in questo caso il giudice del rinvio è chiamato a compiere l'esame della controversia, *rimanendo entro il solco tracciato da quest'ultima sentenza*»²⁸³.

Non si tratta soltanto di consentire al giudice penale di vincolare *in extremis* l'autorità giudiziaria civile chiamata a pronunciarsi in sede di rinvio. Si tratta, soprattutto, di considerare l'ineludibile, preminente necessità di assicurare quei diritti di difesa e ad un processo che sia effettivamente 'giusto', che la Carta costituzionale vuole indefettibilmente inviolabili e che informano di sé l'intera attività giurisdizionale, senza alcuna distinzione di sorta. Lo strumento più efficace per consentire l'implementazione di simili garanzie consiste, nell'elaborazione del filone in esame, nel considerare il

²⁸² Come si è già sottolineato in precedenza (cfr. Capitolo I, § 2.), infatti, l'ordinamento, dal 1988 con l'adozione del nuovo codice di rito penale, ha accolto i principi di separazione, parità ed originarietà dei sistemi processuali, sicché ciascuno vive in autonomia rispetto agli altri, senza che – di regola, almeno – gli esiti decisi di vicende giudiziali svoltesi in una data sede siano tenuti a conformarsi a quanto stabilito con la pronuncia resa altrove innanzi ad un ramo diverso della giurisdizione. Per approfondimenti, specificazioni e precisazioni sul punto, si rinvia ad altra parte del presente lavoro.

²⁸³ Cass. civ., sez. III, 14 luglio 1997, n. 6416, in *Foro it.*, Rep., 1997, voce *Giudizio (rapporto tra il giudizio civile o amministrativo e il penale) e pregiudizialità penale*, n. 19; in termini analoghi, Cass. civ., sez. III, 28.06.1997, n. 5800, Pinato c. Rossi, in *Foro it.*, Rep., 1997, voce *Rinvio civile (giudizio di)*, n.15 («in conformità ad una giurisprudenza più che consolidata di questa Corte regolatrice – anche quando si tratta di rinvio dopo annullamento delle sole disposizioni civili di sentenza penale [...] i limiti e l'oggetto del giudizio di rinvio sono fissati dalla sentenza di cassazione»). Nonostante si tratti di affermazioni compendiate da pronunce piuttosto risalenti, ad ogni modo sono state riprese, condivise e attualizzate, in tempi ben più recenti, da una copiosa serie di successivi arresti dei giudici di legittimità sia penali sia civili. Sul punto, si rinvia ai riferimenti giurisprudenziali proposti nel prosieguo di questo paragrafo.

rinvio a meri fini civili un ininterrotto *continuum* processuale, privo di autonomia strutturale rispetto al giudizio promiscuo incardinato inizialmente dinanzi al giudice penale, nel quale si realizzi un sostanziale *trasferimento* della cognizione sulla residua regiudicanda aquiliana, facendo prevalere la *conformazione* già assunta da quest'ultima nel corso del giudizio e, dunque, realizzando contestualmente la *migrazione funzionale* di forme, regole e strumenti processuali tipicamente penali²⁸⁴.

Così, da un canto, trasferendo la questione civile dinanzi ad un giudice che, in ogni caso, avrebbe potuto conoscerne e che resta dotato di competenza funzionale sul punto, non si preclude al danneggiato di ottenere una risposta alla sua domanda risarcitoria proposta in sede penale anche quando la regiudicanda penale si sia del tutto esaurita. Dall'altro, però, si evita di mortificare il legame ormai instaurato con l'originaria sede in cui l'azione civile era stata esperita, assicurando al contempo anche pressanti esigenze di economia processuale e ragionevole durata²⁸⁵.

²⁸⁴ Nella giurisprudenza penale di legittimità, *ex plurimis*, Cass., sez. V, 18 maggio 2020, n. 15259, Menna, in *Foro it.*, Rep. 2020, voce *Appello penale*, n. 53; Cass., sez. IV, 8 gennaio 2019, n. 412, De Santis, in *CED*, n. 274831-01; Cass., sez. IV, 7 febbraio 2019, n. 5898, Borsi e al., in *Foro it.*, Rep., 2019, voce *Rinvio penale (giudizio di)*, n. 10; Cass., sez. IV, 7 febbraio 2019, n. 5901, p.c. in Navarra e al. in *Foro it.*, Rep., 2019, voce *Giudizio (rapporto tra il giudizio civile o amministrativo e il penale) e pregiudizialità penale*, n. 14; Cass., sez. VI, 19 marzo 2019, 12215, Caprara, in *Foro it.*, Rep., 2019, voce *Appello penale*, n. 118; Cass., sez. V, 13 settembre 2019, n. 38082, Clemente, in *Foro it.*, Rep., 2019, voce *Appello penale*, n. 116; Cass., sez. IV, 1 febbraio 2018, n. 4936, C.S. e al., inedita; Cass., sez. IV, 17 luglio 2017, n. 34878, Soriano e al., in *Foro it.*, Rep., 2017, voce *Appello penale*, n. 113; Cass., sez. IV, 4 febbraio 2016, n. 27045, Di Flaviano, in *CED*, n. 267730-01; Cass., sez. IV, 10 febbraio 2015, n. 11193, Cortesi, in *Foro it.*, Rep., 2015, voce *Giudizio (rapporto tra il giudizio civile o amministrativo e il penale) e pregiudizialità penale*, n. 22; Cass., sez. III, 4 febbraio 2014, n. 5460, p.c. in Grassini, in *CED*, n. 258848-01; Cass., sez. VI, 3 ottobre 2018, n. 43896, Luvato, cit. Nella giurisprudenza civile di legittimità, un nutrito filone ha affermato che la fase incardinata a seguito dell'attivazione del canale di cui all'art. 622 c.p.p. costituisce un vero e proprio rinvio rescissorio e *non* è in alcun modo *autonoma* rispetto all'*iter* processuale svoltosi fino a quel momento, con la conseguenza – riconosciuta in termini più o meno espliciti – della trasposizione in sede di rinvio delle regole penalistiche che hanno connotato la trattazione del *thema decidendum* promiscuo e l'istruzione della causa: *inter alia*, Cass. civ., sez. III, 25 settembre 2018, n. 22570, inedita; Cass. civ., sez. III, 9 maggio 2017, n. 11211, inedita; Cass. civ., sez. III, 14 luglio 2004, n. 13068, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Prova civile in genere*, n. 50, significativamente così massimata: «La parte civile può legittimamente rendere testimonianza nel processo penale, non esistendo all'interno del processo penale una norma come l'art. 246 c.p.c., e tale testimonianza può essere sottoposta al cauto e motivato apprezzamento del giudice, che può fondare la sentenza di condanna anche soltanto su di essa; tale testimonianza conserva il suo valore anche quando, con l'accoglimento del ricorso della parte civile contro la sentenza di proscioglimento dell'imputato, il solo processo civile prosegue dinanzi al giudice di rinvio, ex art. 622 c.p.p., *giacché in tal caso continuano ad applicarsi, in parte qua, le regole proprie del processo penale e la deposizione giurata della parte civile, ormai definitivamente acquisita, deve essere esaminata dal giudice di rinvio esattamente come avrebbe dovuto esaminarla il giudice penale se le due azioni non si fossero occasionalmente separate*» (corsivo nostro).

Sul punto, in letteratura: G. CANZIO-G. IADECOLA, *Annullamento della sentenza penale*, cit., §4; P. PROTO PISANI, *Note in tema di annullamento*, cit., §2; G. RUFFINI, *La giurisprudenza civile in tema di giudizio di rinvio a norma dell'art. 622 c.p.p.*, cit., 294 ss., in particolare 299.

²⁸⁵ Senza peraltro considerare che, se così non fosse, perderebbe del tutto senso la predisposizione da parte del legislatore dell'istituto della parte civile – che si connota di finalità latamente 'preventive' –, perché, se è certo inevitabile che ai sensi dell'art. 622 c.p.p. si crei una frattura che scinde i due temi di decisione (perché in ambito penale si forma il giudicato mentre il processo va avanti in sede civile) ed è giusto, dinanzi ad un vizio motivazionale, che il giudice civile stabilisca sia l'*an* che il *quantum* della pretesa risarcitoria (ché altrimenti la pronuncia resterebbe 'monca' e vi sarebbe necessità di intraprendere un nuovo giudizio, con evidente spreco di tempo e risorse; sul punto si veda, *inter alia*, Cass. pen., sez. V, 6 marzo 2007, n. 9399, in *Arch. n. proc. pen.*,

Difatti, per questa via si scongiura un'esiziale dispersione di materiale conoscitivo che è stato formato (a caro prezzo) nel previo corso del processo, peraltro consentendo a tali prove di mantenere inalterati il proprio valore euristico ed il proprio regime di validità²⁸⁶ e di essere valutate alla stregua del medesimo canone decisorio dell'al di là di ogni ragionevole dubbio²⁸⁷.

Una precisazione si impone, a questo punto. Tanto con riguardo al modello autonomista, quanto con riferimento al modulo operativo appena esaminato, si è a più riprese parlato di 'trasferimento', 'migrazione', passaggio da ramo penale a ramo civile della giurisdizione ordinaria, con specifico riferimento anche al compendio probatorio formato nel rito sulla responsabilità penale e ai relativi canoni di acquisizione e ponderazione. Parrebbe che ciò implichi, pertanto, la configurazione di un fenomeno circolatorio (per di più 'intersistemico') del plesso di prove assunte innanzi al giudice *a quo*. Ne ricorrono, quantomeno ad un primo sguardo, aspetti denotativi di peso, primo tra tutti il fatto che più giudici prendano cognizione 'in sequenza' di un medesimo contenuto euristicamente rilevante a fini decisorii, il primo avendo formato/acquisito dinanzi a sé tale materiale, l'ultimo (ossia, il giudice del rinvio a fini civili) solo mediante la consultazione dei protocolli scritti che ne riportano l'esito istruttorio. L'oralità si trasforma in scrittura, l'immediatezza diviene mediatezza, dal contraddittorio 'forte' si scivola verso il contraddittorio 'debole' sul valore conoscitivo del dato pre-formato.

L'accoglimento del modello autonomista, che costruisce il rinvio per le mere questioni risarcitorie alla stregua di una netta frattura con il processo penale promiscuo, che comporta l'avvio di un *nuovo* giudizio con 'ripristino' della competenza a pronunciarsi del giudice naturale delle domande risarcitorie, avvalorerebbe senz'altro la

2007, 475), non è però ammissibile sul piano sistematico che il giudizio *di rinvio* ai soli effetti civili si svolga come un normale giudizio civile, peraltro neppure vincolato ex art. 652 c.p.p. all'esito di mero proscioglimento, come sarebbe se non lo si intendesse quale unitaria e continua prosecuzione della fase precedente svoltasi innanzi al giudice di legittimità in sede penale. Si tenga altresì presente che secondo le scadenze delineate dall'art. 75, comma 1, c.p.p. il danneggiato, dopo aver esperito l'azione di danno in sede civile, può decider di trasferire l'azione dinanzi al giudice penale ed in tal caso il giudizio civile si estingue definitivamente, cosa che ne impedisce (salvo eccezioni) la reviviscenza. A maggior ragione, dunque, si dovrà escludere che all'esito di un intero procedimento condotto secondo le forme del rito penale possano 'riesumarsi' le regole del processo civile in ragione del rinvio ai soli effetti civili ex art. 622 c.p.p. *Contra*, G. TRAVAGLINO, *Gli effetti del trasferimento*, cit.; G. CANALE, *Riflessioni sul giudizio di rinvio*, cit., 1020.

²⁸⁶ Su quest'ultimo punto, cfr. *amplius infra*, §8.g.

²⁸⁷ In termini, G. CANZIO-G. IADECOLA, *Annullamento della sentenza penale*, cit., §4.

configurazione della transizione del compendio probatorio altrove costruito quale tipico fenomeno circolatorio. Se si fa questione di due diversi giudizi, che si susseguono e che, per giunta, concernono domande tra loro non coincidenti, si delinea una situazione che strutturalmente presenta tutti i requisiti per essere inclusa nel catalogo delle ipotesi di scambio probatorio interprocessuale.

E che, pur senza farvi espressamente rinvio, l'indirizzo autonomista condivide in buona sostanza l'approccio classico della giurisprudenza, per un verso proteso all'affermazione strenua dell'autonomia dei processi e delle valutazioni giudiziali e per l'altro affascinata dalle potenzialità gnoseologiche e dalla semplificazione euristica offerte da elementi reperiti *aliunde*, lo si desume agilmente dalla classificazione con cui vengono inquadrate le prove assunte in sede penale e giunte al vaglio del giudice civile del rinvio. Si erige una barriera all'ingresso per elementi istruttori che, nel giudizio civile comune, non sarebbero ammissibili (testimonianza della parte civile, esame dell'imputato, perizia *etc*). Si dequota il valore euristico di quanto abbia libero accesso al fascicolo del giudice civile, pretendendo così di tutelare il libero convincimento (o prudente apprezzamento) di quest'ultimo; tuttavia, non si riesce a rinunciare davvero agli elementi probatori ritenuti inammissibili, e se ne consente perciò l'acquisizione e la valutazione depotenziandone l'apporto epistemico (esattamente come per gli elementi *ab origine* ammissibili). Quanto ai vizi genetici o del procedimento che, nella sede di provenienza, avrebbero compromesso la fruibilità del dato, si ovvia al problema: o quel tipo di irregolarità non rientra nel catalogo di imperfezioni previste dal rito civile, e allora nessun peso potrà spiegare nel diverso processo di destinazione della prova; o, in alternativa, sarà sufficiente 'maneggiare con cura' l'elemento difettoso, emendandone il vizio tramite una accorta e prudente valutazione che ne depotenzi il valore conoscitivo.

Tuttavia, come visto, quest'approccio non pare convincente, né sotto il fronte della ricostruzione dogmatica dell'istituto del rinvio a meri effetti civili né sotto quello, più generale, del trattamento da riservare alle prove circolanti.

Se viceversa si accoglie, come riteniamo senz'altro preferibile, il modello della *traslatio* della competenza funzionale, ci si rende conto, ad uno sguardo più analitico, che l'impressione iniziale di fronteggiare una canonica ipotesi di circolazione probatoria non trova integrale conferma. Difatti, il presupposto teorico su cui si erige l'indirizzo in rassegna è rappresentato dal riconoscimento della *medesimezza* strutturale e dell'*unitarietà* funzionale del giudizio instaurato come cumulativo dinanzi al giudice penale, sebbene la promiscuità ad un tratto venga meno per l'intervenuta irrevocabilità

dei capi penali.

Ai fini che qui importano, il fenomeno processuale che si determina appare, pertanto, una sorta di ‘ibrido’: mette in comunicazione sistemi giudiziari e riti differenti, costringe giudici dalla diversa specializzazione a confrontarsi con il portato di regole e strumenti per loro inconsueti, eppure – anche in forza della ‘metamorfosi funzionale’ dell’intera fase giudiziale che si svolge innanzi al giudice civile – ci si muove nel contesto dello stesso procedimento.

Ne consegue che, anche sotto il profilo istruttorio, lo schema legale di riferimento non sia quello della circolazione probatoria in senso stretto, nonostante la diversa specializzazione del giudice *a quo* e del giudice *ad quem*. Non è infatti sufficiente, per parlarsi di fenomeno migratorio di elementi probatori, né che i giudici persona fisica siano diversi (sebbene tale evenienza chiami in causa taluni principi e determini l’emersione di criticità assimilabili a quelle rilevanti in tema di interscambio probatorio puro) né che semplicemente appartengano a rami diversi della giurisdizione. Occorre la diversità strutturale della vicenda giudiziale di origine e di destinazione del materiale istruttorio *de quo*.

Con ciò non si intende certo sostenere – pena la commissione di un’ingenuità inescusabile – che non sia affatto rilevante la circostanza della diversità sotto il profilo oggettivo, strutturale, rituale dei procedimenti attraverso i quali si voglia far propagare un dato elemento istruttorio. Lo si è visto *supra*: a titolo meramente emblematico, si ricordi come si è evidenziato il peso che ha, nel definire le variegate cadenze del fenomeno migratorio, il bene giuridico inciso di volta in volta dal processo di ‘decollo’ e dal processo di ‘atterraggio’ della prova²⁸⁸.

Nel contesto in esame, tuttavia, la consapevolezza dell’unitarietà della dinamica processuale e l’affermazione della immutabilità dell’oggetto della domanda risarcitoria, in uno con le esigenze di tutela delle sottostanti istanze costituzionali già evidenziate, sembrano condurre alla conclusione che il giudice civile investito del giudizio rescissorio *ex artt. 622 c.p.p. e 392 ss. c.p.c.* debba interfacciarsi con il *plateau* informativo pervenuto innanzi a sé non tanto con gli occhi del giudice della prova circolante quanto con quelli del giudice della diversa fase del medesimo processo.

²⁸⁸ Cfr., in questo Capitolo, §3.

Ne discende che il giudice *ad quem* non si troverà nella spinosa necessità di assegnare ad un dato elemento istruttorio un peso dimidiato o comunque ridotto rispetto al valore originario (che, in verità, è sempre soggetto al vaglio di credibilità e attendibilità del giudice anche nella sede genetica: *sic!*), o nella spiazzante situazione in cui, non procedendo ad acquisire ulteriori prove, l'intero complesso conoscitivo a disposizione sarebbe da reputarsi da solo e di per sé inidoneo a fondare una decisione valida, poiché eretta su di una base costituita da meri 'argomenti di prova'.

Si vedrà, inoltre, nel prosieguo le conseguenze di non poco momento che l'accoglimento di una siffatta impalcatura concettuale determina sul piano dell'immissione nel 'sapere' a disposizione del giudice civile del rinvio di materiale geneticamente spurio e dunque inidoneo, nel processo penale d'origine, a costituire la base per la formazione del libero convincimento giudiziale.

e. *Il modello compromissorio delle Sezioni Unite Cremonini (Sez. un. 22065/2021)*²⁸⁹

Il fervore esegetico che, come si è cercato di rimarcare, ha alimentato la diatriba in punto di individuazione del giudice del rinvio a fini civili e delle regole accertative da applicarsi in tale sede appare senz'altro giustificabile in ragione della radicale importanza dei valori in gioco. La tutela del *due process of law*, che dev'essere riconosciuto quale diritto soggettivamente spettante all'imputato, senza però disconoscerne la titolarità anche in capo al danneggiato che vanti le proprie pretese risarcitorie in sede penale. Ancora, il singolare (e, in un certo qual modo, problematico) bilanciamento compiuto dal codice Vassalli nel consentire l'esercizio dell'azione civile innanzi al giudice penale. E, *last but not least*, il ruolo ordinamentale dell'organo nomofilattico che – a fronte di un contrasto dai toni tanto accesi – rischierebbe di veder eliso quasi totalmente il valore dei propri precedenti, nonché il peso specifico dei principi di diritto affermati all'esito del giudizio rescindente.

Preso atto dell'impellente necessità di arginare e sopire un contrasto che, presumibilmente, avrebbe potuto avere inusitati effetti destabilizzanti sul sistema processuale nel complesso, si è saggiamente rimessa alle Sezioni unite la soluzione della questione sul più adeguato ambito di applicazione del giudizio di rinvio a fini

²⁸⁹ Si rinvia a P. TONINI-G. PECCHIOLI, Roma locuta est, cit., *passim*.

civili²⁹⁰.

Per ciò che rileva ai nostri fini, il Supremo collegio, andando oltre lo specifico quesito esegetico posto dalla sezione rimettente, ha colto l'occasione per approfondire i profili della natura e dello statuto gnoseologico del giudizio di rinvio a meri fini civili, nella chiara consapevolezza che occorresse affrontare 'di petto' l'intera problematica, per mettere fine alla diatriba intestina.

Ebbene, la sentenza Cremonini²⁹¹, richiamati i principi di tendenziale separazione dei giudizi penale e civile ed accessorietà dell'azione civile nel processo criminale ed esaltate le esigenze di economia processuale sottese all'art. 622 c.p.p., nell'individuare nel giudice *civile* l'autorità giudiziaria *sempre e necessariamente* competente a conoscere e decidere le residue questioni civili, ha definito una regolamentazione completa della fase processuale in esame, per sanare la lacunosità della normativa codicistica da sempre non perspicua. Dunque, hanno chiarito definitivamente che il giudizio instaurato ai sensi dell'art. 622 c.p.p. a seguito dell'annullamento delle sole statuizioni civili ha natura di vero e proprio *giudizio di rinvio in senso tecnico*, disciplinato ai sensi degli artt. 392 ss. c.p.c. (non è, dunque, un nuovo giudizio, come aveva invece sostenuto la Terza sezione civile).

Tale rinvio a soli effetti civili è, però, del tutto *autonomo funzionalmente* da quello penale da cui deriva: si configura, infatti, un'ipotesi di «*separazione del rapporto penale da quello civile*». Non si potrebbe dunque ipotizzare alcun potere della cassazione penale di enunciare il principio di diritto cui il giudice civile del rinvio debba uniformarsi.

Dinanzi a quest'ultima autorità, dunque, l'azione risarcitoria derivante da reato verrà

²⁹⁰ Cass. pen., sez. IV, ord. 5 novembre 2020, n. 30858, Cremonini, in *www.penedp.it*, 6 novembre 2020, con nota di G. COLAIACOVO, *Annullamento della sentenza per omessa rinnovazione dell'istruttoria e giudice competente per il rinvio: la questione alle Sezioni unite*; nonché, volendo, G. PECCHIOLI, *Alle SS.UU. la questione sull'individuazione del giudice del rinvio a meri fini civili*, in *Quot. giur.*, 17 novembre 2020. All'evidenza, l'auspicio della sezione rimettente era quello di pervenire ad un'esegesi uniforme, assistita peraltro dalla peculiare forza persuasivo-vincolante che discende dal nuovo dettato dell'art. 618, comma 1-bis, c.p.p. Tale norma, è stato notato in dottrina, ha ammantato i precedenti delle Sezioni Unite di una «forma attenuata di *stare decisis*» (M.M. MONACO, *Riforma Orlando: come cambia il giudizio in Cassazione*, in AA.VV., *La riforma Orlando. Modifiche al Codice penale, Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, a cura di G. SPANGHER, Pisa, 2017, 292). Cfr. altresì, *ex multis*, G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Dir. pen. cont.*, 6 febbraio 2017, 6; L. LUDOVICI, *Il giudizio in Cassazione dopo la cd. riforma Orlando*, in AA.VV., *Le recenti riforme in materia penale*, a cura di G.M. BACCARI-C. BONZANO-K. LA REGINA-E.M. MANCUSO, Padova, 2017, 445; O. MAZZA, *Conciliare l'inconciliabile: il vincolo del precedente nel sistema di stretta legalità (civil law)*, in *Arch. pen. web*, 14 maggio 2018, 1.

²⁹¹ Cass. pen., SS.UU., 4 giugno 2021, n. 22065, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 9, 1197; nonché in *Foro it.*, 2021, 10, II, 603. Sul punto, volendo, P. TONINI-G. PECCHIOLI, *Roma locuta est, cit.*, 1435 ss.

trattata secondo le regole proprie del processo civile e ciò non sarà motivo di pregiudizio per le parti, le quali potranno allegare nuovi fatti costitutivi del diritto al risarcimento del danno anche diversi dal reato oggetto del concluso processo penale. La domanda del danneggiato potrà, quindi, espandersi, coerentemente con l'atipicità dell'illecito civile *ex art. 2043 c.c.*

La regola probatoria e di giudizio non sarà il ragionevole dubbio, bensì lo *standard* civilistico del 'più probabile che no'. La garanzia del diritto di azione e difesa delle parti risulta assicurata dal principio dispositivo in materia di prove (art. 115 c.p.c.) e dal 'prudente apprezzamento' del giudice (art. 116 c.p.c.): il materiale probatorio raccolto in sede penale potrà dunque essere liberamente valutato dal giudice civile del rinvio, che ne terrà conto in quanto prove 'atipiche'.

Nessuna violazione del giusto processo a danno dell'imputato-danneggiante deve riscontrarsi nel restituire al giudice civile la cognizione sull'azione risarcitoria: difatti, il principio del contraddittorio permea non solo il processo penale, bensì anche quello civile.

Questo breve saggio degli approdi cui da ultimo è giunta la Suprema corte ci invita ad alcune riflessioni più di sistema per vagliarne non solo eventuali pregi e difetti, ma anche il rapporto con le più recenti riforme in materia di impugnazioni dei capi civili della sentenza penale da ultimo apportate con la già più volte richiamata Riforma Cartabia²⁹².

Partendo dal primo profilo, la prima impressione che si ricava dall'analisi degli argomenti spesi dal Suprema corte è la sensazione che la soluzione avallata dalla pronuncia costituisca una sorta di compromesso, per indurre anche le sezioni civili – nonché i giudici civili di merito – ad accettare di buon grado l'autorevolezza del *decisum* delle Sezioni unite penali. E se, per un verso, questa strategia appare comprensibile, resta il fatto che, a nostro avviso, non tutto della ricostruzione prospettata nella sentenza Cremonini risulta convincente.

L'arresto in rassegna sposa senza dubbio una apprezzabile e condivisibile esegesi del nesso strutturale-funzionale che lega fatto-reato e diritto al risarcimento del danno da reato, nonché azione penale ed azione civile nel rito criminale. Si valorizza il principio

²⁹² Si fa riferimento all'intervento 'combinato' della legge delega n. 134 del 2021 e del decreto delegato n. 150 del 2022.

di accessorietà e si chiarisce il valore dell'incidentalità dell'accertamento demandato al giudice del rinvio *ex art. 622 c.p.p.*, nel senso che l'impugnazione limitata alle sole questioni risarcitorie conduce all'irrevocabilità dei capi penali e non incide affatto su di essi (art. 573, comma 2, c.p.p.), col che la ricostruzione del fatto storico di reato dinanzi al giudice civile del rinvio avrebbe rilievo ai soli fini della definizione del *thema decidendum* aquiliano²⁹³. Peraltro, la Suprema corte ha riconosciuto al giudizio instaurato innanzi al giudice civile ai sensi dell'art. 622 c.p.p. l'essenza di vero giudizio di *rinvio*, negandone così la natura di nuovo giudizio, nonostante quanto continua a sostenere una ricca parte della giurisprudenza della cassazione civile. E infatti, come abbiamo cercato di dimostrare nei paragrafi che precedono, se dalla scelta del danneggiato di esperire in sede penale l'azione civile discende l'instaurazione di un vincolo sostanzialmente indissolubile tra questa e i temi penali, non si può che considerare il rinvio *ex art. 622 c.p.p.* quale fase sequenziale di un unico, unitario procedimento.

Eppure, nonostante queste premesse in tutto coerenti con la ricostruzione a nostro modo di vedere più convincente, sul fronte della ricostruzione del plesso di regole gnoseologiche da applicare in sede di rinvio a fini civili, la prospettazione accolta dalle Sezioni unite vira verso un modello del tutto diverso, con una decisione 'salomonica' che non soddisfa appieno. Infatti, il Collegio riunito ha accolto i dettami fondamentali del suo riportato indirizzo autonomista quanto a statuto probatorio e *standard* decisorio. In altre parole, la sentenza Cremonini tratta il giudizio di rinvio agli effetti civili come un giudizio 'aperto', in cui risulta sempre possibile ampliare la domanda risarcitoria sulla base di titoli e fatti costitutivi diversi da quelli allegati in sede penale ed in cui le prove verranno valutate secondo i principi civilistici²⁹⁴. Esito interpretativo, questo, che

²⁹³ F.R. DINACCI, *Il giudizio di rinvio*, cit., 229, l'art. 622 c.p.p. "non è altro che la *naturale conseguenza* di quanto affermato nell'art. 573 comma 2 c.p.p." (corsivo nostro). Sul punto, altresì F. CENTORAME, *Giudizio civile di rinvio*, cit., 418; A. GAITO, *Il ricorso per cassazione*, in AA.VV., *Procedura penale*, Torino, 2018, 844.

²⁹⁴ E lo fa con argomenti che, in certi momenti, suonano francamente contraddittori e un po' ambigui. Solo per citare un esempio, le Sezioni Unite richiamano l'art. 573, comma 1, c.p.p. e affermano che esso dimostra la necessità che il rinvio, nei casi presi in esame, debba disporsi verso il giudice civile competente per valore in grado di appello (cfr. in fine del par. 12, p. 33 della sentenza Cremonini, cit.). Tuttavia, ad avviso di chi scrive, l'art. 573, comma 1, c.p.p. giustificerebbe la conclusione che anche in sede di rinvio a fini civili i principi euristici da seguire dovrebbero essere quelli del processo penale, dove *ab origine* è stata incardinata l'azione civile, visto che il rinvio costituisce una prosecuzione ininterrotta del giudizio di legittimità, come riconosciuto anche dalla stessa sentenza Cremonini. Per più ampie riflessioni, sia consentito rinviare a G. PECCHIOLI, *Quali regole nel giudizio di rinvio ai soli effetti civili?*, cit., 10 ss.; nonché EAD., *Ai soli effetti civili il rinvio si fa (anche) al giudice penale*, cit., 256 ss.

non soltanto non pare del tutto coerente con la ricostruzione del giudizio di cui all'art. 622 c.p.p. come vero e proprio rinvio²⁹⁵, ma peraltro fa proprie tutte le debolezze dogmatiche ed operative che inficiano anche l'orientamento autonomista e di cui già si è detto (cfr. § 8.c.)²⁹⁶.

Altro aspetto che merita attenzione è il seguente. L'approdo raggiunto dal *plenum* della Suprema corte, in linea con un sentire comune a giurisprudenza e legislatore degli ultimi anni, sembra rivolto alla soddisfazione di una impellente necessità di efficienza ed economia processuale: il richiamo a tali principi è frequente ed esplicito²⁹⁷. Tuttavia, nell'ansia di valorizzazione delle esigenze *de quibus* il Supremo collegio pare 'dimenticarsi' che le garanzie del giusto processo si spingono ben oltre il bisogno di una ragionevole durata (che, anzi, come visto nel precedente capitolo, va intesa quale valore succedaneo, da realizzarsi solo dopo che tutti gli altri presupposti di giustizia del processo siano stati assicurati quantomeno nel loro nucleo essenziale). La pronuncia affronta, sì, il problema della tutela delle garanzie sostanziali e della loro sufficiente attuazione nell'ambito del rinvio a fini civili per come delineato nel 'compromesso romano'. Tuttavia, tale profilo è esaminato solo o quasi dalla prospettiva della p.c., che, come già evidenziato, trae una serie innegabile di vantaggi dalla nuova configurazione del giudizio *ex art. 622 c.p.p.* Eppure, chi risulta realmente svantaggiato – ed ingiustificatamente – è l'imputato-danneggiante, soprattutto nel caso in cui egli sia ricorrente vittorioso in sede di legittimità. Egli soffrirà, infatti, una netta decurtazione delle proprie garanzie nonostante le censure sollevate siano ritenute fondate dalla

²⁹⁵ Ma la ragione di tale scelta del Suprema corte è presto detta (con le stesse parole degli Ermellini): «È, infatti, fin troppo evidente che gli spazi per un intervento solutore delle Sezioni Unite penali non possono che riguardare [proprio e solo] l'ambito di applicabilità dell'art. 622 cod. proc. pen., e l'ammissibilità dell'interpretazione restrittiva fornita dal richiamato, minoritario orientamento delle Sezioni penali». Il timore era, quindi, proprio che i giudici civili non accogliessero di buon grado la presa di posizione del giudice penale di legittimità. Ciò conferma quanto osservavamo sul carattere compromissorio della pronuncia. E allora, forse, aveva ragione chi suggeriva un radicale intervento che riformasse la struttura organizzativa della Suprema Corte e costituisse un Collegio che fungesse da unico organo sovraordinato di nomofilachia, composto di giudici sia penali sia civili, abilitato ad adottare "super-precedenti" vincolanti per entrambi i rami della giurisdizione ordinaria: sul punto, cfr. G. CANZIO-G. IADECOLA, *Annullamento della sentenza penale ai soli effetti civili*, cit.

²⁹⁶ Da ultimo, si sono uniformate all'approdo esegetico sponsorizzato dal *plenum* della Cassazione penale anche: Cass. pen., sez. II, 26 aprile 2023, n. 17358, in *CED*, n. 284530-01; Cass. pen., sez. VI, 16 marzo 2023, n. 11341, in *CED*, n. 284577-09; Cass. pen., sez. V, 26 novembre 2021, n. 43690, Singh Raghvir, in *Foro it.*, 2022, 2, II, 78 ss., con nostro commento critico a margine.

²⁹⁷ Per una lettura dottrinale dello spinosissimo rapporto tra giustizia, garanzie e canoni di efficienza, efficacia ed economia processuale (da intendersi quali precipitati del principio costituzionale della ragionevole durata dei giudizi), anche con specifico riferimento agli snodi delle fasi d'impugnazione, si rinvia alla ricostruzione proposta, con approccio innovativo, da M. GIALUZ-J. DELLA TORRE, *Giustizia per nessuno. L'inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*, Torino, 2022, *passim*, in partic. 1 ss., nonché 141 ss. e 199 ss.

cassazione.

Come è stato ormai più volte ripetuto, sul piano euristico-cognitivo l'applicazione di un certo mosaico di principi e regole, che vanno a comporre la griglia selettiva del materiale ritenuto più idoneo a restituire una conoscenza attendibile ma altresì rispettosa dei più pregnanti beni potenzialmente incisi dall'attività giudiziale, e l'utilizzo di un determinato compendio di strumenti per comporre la piattaforma informativa sono decisivi elementi di costruzione di un dato risultato decisorio. Non è dunque indifferente l'orizzonte metodologico di riferimento. Parrebbe invece che il *plenum* della cassazione penale abbia ritenuto sostanzialmente intercambiabili i paradigmi cognitivi applicabili in sede penale ed in sede civile.

Emblematica in questo senso appare l'affermazione con la quale, in particolare, gli Ermellini hanno sottolineato la vigenza, in entrambi i tipi processuali, del canone essenziale del contraddittorio, quando è viceversa ben noto il diverso tenore che tale richiamato principio assume a seconda che trovi attuazione nel giudizio sulla responsabilità penale ovvero in quello civile. Si tratta della netta differenza scolpita nel dettato dell'art. 111 della Carta fondamentale, che distingue in termini limpidi tra contraddittorio *sulla* prova (comma 2) e contraddittorio *per* la prova e *nella* formazione della prova (commi 3 e 4, che accolgono il contraddittorio forte in senso sia soggettivo che oggettivo)²⁹⁸. Se il primo 'tipo' di contraddittorio si realizza in ogni modello processuale a prescindere dal suo oggetto, ciò non è vero per quanto concerne il secondo archetipo di metodo probatorio, che costituisce la cifra qualificante del giudizio penale e della specie di conoscenza costruibile ed acquisibile in tale sede.

Pertanto, dato per assunto che la diretta partecipazione delle parti alla produzione del sapere fruibile a fini decisorii rappresenti un *quid pluris* della euristica processuale penale rispetto a quella dei giudizi che tale tecnica non contemplano, non sembra corretto escludere qualsiasi lesione dei diritti di azione e difesa e del diritto al giusto processo in capo ad imputato-danneggiante e parte civile-danneggiato, nel momento del deflusso verso il giudizio civile di rinvio *ex art. 622 c.p.p.*, in forza del riconoscimento del contraddittorio innanzi tanto al giudice penale quanto a quello civile. Si tratta di

²⁹⁸ Per un breve approfondimento sulle distinzioni testé richiamate e per opportuni richiami dottrinali sul punto, si rinvia al precedente Capitolo I, § 3.a.

asserzione concettualmente non convincente.

E, ad avviso di chi scrive, a nulla varrebbe obiettare che, in ogni caso, il giudice del rinvio prenderebbe cognizione delle prove acquisite in precedenti fasi per il solo tramite dei verbali, potendo al più stimolare il contraddittorio delle difese su materiale già formato e che, perciò, nessuna sostanziale discriminazione o lesione vi sarebbe nel trattamento riservato alle parti che, all'esito del passaggio della regiudicanda al giudice civile del rinvio, vedano mutare *ex abrupto* il coacervo di regole probatorie di riferimento. Come detto, simile assunto non tiene conto della circostanza ineludibile che – come affermato anche dallo stesso Supremo collegio – il rinvio per i soli effetti civili rappresenta un *continuum* ininterrotto del medesimo processo instaurato in sede penale. In aggiunta, il senso stesso del giudizio di rinvio – *i.e.* porre rimedio al *deficit* di potere istruttorio che connota il giudizio di legittimità rescindente, nei casi in cui occorra eliminare o correggere errori di cognizione o di giudizio – sembrerebbe imporre di trattare le 'parti' della sentenza pervenute in fase rescissoria secondo le medesime direttrici istruttorie che hanno guidato, quali parametri del giudizio della cassazione, la fase rescindente. Sarebbe, altrimenti, altamente difficoltoso (per non dire impossibile) sanare i vizi rilevati dalla cassazione e portare a conclusione l'operazione di ricostruzione del *thema probandum* e *decidendum* già avviato.

Solo per citare un caso emblematico, qualora si renda necessario assumere nuove prove in conseguenza del pronunciato annullamento, non sarebbe affatto indifferente che tale attività istruttoria venisse condotta secondo paradigmi probatori penalistici o, per contro, civilistici. Soprattutto nell'ipotesi in cui la pronuncia cassatoria non abbia comportato la caducazione dell'intero capo sulle statuizioni civili: in questa circostanza, se non si proseguisse l'istruttoria secondo un medesimo modulo probatorio, l'esito conoscitivo cui si perverrebbe rischierebbe di apparire come uno strano mosaico composto di tessere di materiale, foggia, taglio diverso, incapace di restituire un'immagine chiara.

f. *Il recente intervento del legislatore (l. 134/2021 e d.lgs. 150/2022) e i nuovi casi di interscambio probatorio nell'ipotesi di impugnazione penale a fini civili*

L'approdo raggiunto dal *plenum* della Cassazione penale e, dunque, l'interpretazione (invero, problematica) del rapporto tra rinvio a fini civili prescritto a norma dell'art. 622 c.p.p. e struttura del susseguente giudizio civile hanno senz'altro influito con decisione sulle recenti riforme, che hanno interessato l'intero sistema della giustizia penale.

Addirittura, in una prima fase, tra le varie proposte avanzate all'esito dei lavori della

Commissione Lattanzi²⁹⁹, l'articolato di emendamenti contemplava³⁰⁰ proprio un criterio direttivo per la riformulazione dell'art. 622 c.p.p., a testimonianza della grande attenzione rivolta all'ultimo dibattito giurisprudenziale e dottrinale sul critico tema dello statuto del giudizio di rinvio a fini civili.

Tuttavia, la successiva evoluzione parlamentare del disegno di legge ha per buona parte rinnegato o pesantemente rimaneggiato le proposte suggerite dalla Commissione³⁰¹. Ciò che resta coerente rispetto all'approccio iniziale è l'intenzione di non virare verso un sistema di totale autonomia e separazione tra giudizio penale e civile, ma anzi di considerare come elemento ineliminabile della struttura del processo criminale il diritto del danneggiato di ottenere in tale sede la soddisfazione delle proprie pretese risarcitorie e restitutorie. Ci si è mossi, dunque, in controtendenza rispetto alle aspirazioni giurisprudenziali cui si accennava *supra*.

Preso atto di ciò e tenuto conto che il legislatore della riforma Cartabia è intervenuto sul tessuto normativo concernente le impugnazioni ai soli effetti civili, senza peraltro prendere alcuna posizione in merito alle evidenziate criticità del rinvio sulle sole questioni risarcitorie, non ci si può esimere a questo punto dal considerare i possibili effetti della confluenza dell'esegesi giurisprudenziale prevalente sul modo d'essere e sull'operatività dell'istituto *ex art. 622 c.p.p.* e delle recenti interpolazioni normative operate dalla riforma Cartabia³⁰².

La diatriba esaminata nei paragrafi che precedono non è, infatti, priva di peso nella costruzione dei nuovi istituti introdotti con la riforma Cartabia, con i quali i *conditores* hanno moltiplicato i congegni processuali di reciproca interazione tra i due riti, criminale e civile risarcitorio.

²⁹⁹ *Relazione finale e proposte di emendamenti al D.D.L. A.C. 2435*, depositata il 24 maggio 2021 dalla Commissione di studio per elaborare proposte di riforma in materia di processo e sistema sanzionatorio penale, nonché in materia di prescrizione del reato, attraverso la formulazione di emendamenti al d.d.l. A.C. 2435, recante Delega al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le Corti d'Appello.

³⁰⁰ Nell'ottica di razionalizzare il ruolo della vittima nel processo penale ed i rapporti tra quest'ultimo giudizio e la domanda per il risarcimento del danno da reato.

³⁰¹ In termini, cfr. B. ROMANELLI, *La vittima e l'azione civile da reato nel processo penale*, in AA.VV., *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, a cura di D. Castronuovo-M. Donini-E.M. Mancuso-G. Varraso, Milano, 2023, 565-566.

³⁰² Le riflessioni proposte nel testo costituiscono la riproposizione di quanto da noi già pubblicato allorché abbiamo commentato Cass. civ., sez. III, ord. 18 ottobre 2022, n. 30496, in *Foro it.*, 2023, 6, I, 1879, con nota di G. PECCHIOLO, *Le intricate e tortuose sorti*, cit., in partic. § IV.

Nelle intenzioni del riformatore, le recenti novità nell'assetto dei meccanismi processuali mediante i quali sfogare in un giudizio civile le tematiche risarcitorie *ab origine* trattate in sede penale sono state concepite proprio come attuazione e derivazione dei principi elaborati dal filone ermeneutico (allo stato) prevalente inerente alla fase processuale instaurata ai sensi dell'art. 622 c.p.p. Lo si desume tanto dalla primigenia (ma poi abbandonata) proposta della Commissione Lattanzi di intervenire sul testo di quest'ultimo articolo per chiarirne la portata precettiva sotto il profilo cognitivo-probatorio, quanto dalle precise scelte strategiche operate dal riformatore nello strutturare i due sino ad oggi inediti istituti di espulsione dal processo penale e trasferimento nella sede naturale delle questioni aquiliane.

Si è dovuto, inoltre, tener conto della previsione della nuova causa di improcedibilità per superamento dei termini massimi dei giudizi d'impugnazione (art. 344-*bis* c.p.p.), che ha posto il problema di definire la sorte dell'azione civile esercitata, cumulativamente, nel processo penale.

La scelta per la netta ed inevitabile fuoriuscita del *thema decidendum* risarcitorio dai canali della giustizia penale in questo caso ha imposto, poi, di cercare la via per un coordinamento con tutti gli altri casi nei quali la *potestas impugnandi* sia esercitata con esclusivo riguardo per le questioni civilistiche.

Ebbene, procedendo ad una vertiginosa sintesi, la novella del 2022 ha coniato due nuovi dispositivi tramite i quali, in situazioni tra loro non coincidenti, in fase d'impugnazione – sia in appello, sia in cassazione – si realizza un doveroso esodo delle questioni risarcitorie che, in origine, erano state sollevate innanzi al giudice penale. Ci si riferisce, in specie al rinnovamento del dettato dell'art. 573 con l'aggiunta di un comma 1-*bis*, che ha determinato anche un ritocco del primo comma; nonché alla modifica dell'art. 578, comma 1-*bis*, la cui primigenia versione era stata introdotta nel codice di rito penale sin dall'adozione della legge delega n. 134/2021³⁰³.

Nel primo caso, previa valutazione dell'ammissibilità da parte del giudice penale, si prevede la fuoriuscita del tema aquiliano allorché si appuri che nessuna delle impugnazioni proposte concerna i capi penali, ma siano tutte limitate alle *sole*

³⁰³ In termini critici, per la 'volatilità' degli interventi riformatori dedicati al rito penale, in genere, ed in specie con riferimento alla novella *de qua*, G. TODARO, *Azione civile risarcitoria, improcedibilità e altre questioni nel processo penale riformato*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 2, 500-501.

statuizioni civili³⁰⁴.

Con la seconda modifica, il legislatore intendeva evitare che il neointrodotta istituto dell'improcedibilità per superamento dei termini massimi del giudizio d'impugnazione³⁰⁵ tornasse a danno dei danneggiati costituiti parte civile: si è così previsto che, con la pronuncia sull'estinzione del processo che ne travolge qualsiasi valida statuizione penale ed anche aquiliana, si realizzasse anche il trapasso al giudice civile dell'impugnazione (anche) a fini civili, purché a monte ammissibile³⁰⁶.

In entrambi i casi, l'istituto di nuovo conio si qualifica quale *rinvio per la prosecuzione* nello stesso grado ed impone al giudicante civile investito delle tematiche risarcitorie di deciderle «*utilizzando le prove acquisite nel processo penale*» oltre a quelle poi acquisite in quella sede.

A primo acchito, le nuove norme sembrano ispirate ad una logica conservativa delle istanze di parte e dell'attività processuale svolta, ma al contempo votate ad una più netta separazione tra i rami della giurisdizione ordinaria che passi per la responsabilizzazione dei danneggiati nell'optare per un *iter* processuale invece che per l'altro³⁰⁷.

³⁰⁴ P. TONINI-C. CONTI, *Addenda n. 1, Manuale*, cit., 198 ss.; G. TODARO, *Azione civile risarcitoria*, cit., 521 ss.

³⁰⁵ Su cui, da ultimo, cfr. G. CANZIO, *Prescrizione del reato e improcedibilità dell'azione penale. Una introduzione*, www.sistemapenale.it, 7 marzo 2023; ID., *Le linee del modello "Cartabia". Una prima lettura*, in *Sist. pen. web*, 25 agosto 2021, in partic. § 4; G. DE MARZO, *La riforma Cartabia e il nuovo regime dell'improcedibilità per decorso dei termini del giudizio di impugnazione*, in *Foro it.*, 2021, V, 213; P. FERRUA, *Improcedibilità e ragionevole durata del processo: uno stupefacente caso di evaporazione del processo*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, 1, 256; ID., *Brevi appunti in tema di udienza preliminare, appello e improcedibilità*, in www.discrimen.it, 10 dicembre 2021, in partic. 6 ss.; ID., *La singolare vicenda della "improcedibilità"*, in www.ilpenalista.it, 27 agosto 2021; G.L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della 'Legge Cartabia'*, in *Sist. pen. web*, 15 ottobre 2021, in partic. 23 ss.; O. MAZZA, *A Midsummer Night's Dream: la riforma Cartabia del processo penale (o della sola prescrizione?)*, in *Arch. pen.*, 2021, 2, 1; G. SPANGHER, *Improcedibilità ex art. 344-bis c.p.p. e adeguamenti normativi in tema di interessi civili e confisca*, in AA.VV., *La Riforma Cartabia. Codice penale – Codice di procedura penale – Giustizia riparativa*, a cura di G. SPANGHER, Pisa, 2022, 210; ID., *Questioni in tema di sistema bifasico (prescrizione/improcedibilità)*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 11, 1444. Si veda altresì AA.VV., *La Riforma Cartabia. La prescrizione, l'improcedibilità e le altre norme immediatamente precettive*, a cura di A. ROMANO-A. MARANDOLA, Pisa, 2021, *passim*; M. GIALUZ-J. DELLA TORRE, *Giustizia per nessuno*, cit., in partic. 350 ss., cui si rinvia per ulteriori ricchi riferimenti bibliografici.

³⁰⁶ Si veda, *in primis*, la *Relazione illustrativa* di accompagnamento al d.lgs. 150 del 2022, 163 ss.; in letteratura, M. GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia – Profili processuali*, in *Sist. pen. web*, 2 novembre 2022, 74 ss.; G. TODARO, *Azione civile risarcitoria*, cit., 503, nonché per una ricostruzione dell'ambito di applicazione dell'ultima versione della norma *de qua*, più ampio e 'ragionato' se messo a paragone con la primigenia formulazione che era stata introdotta dalla legge delega n. 134 del 2021, 504 ss. Quanto alla previgente lettera del neo-introdotta comma 1-bis dell'art. 578 c.p.p., si rinvia a E. APRILE, *Gli effetti della improcedibilità dell'azione penale sulle statuizioni civili, sulla confisca e sull'azione per l'accertamento della responsabilità degli enti*, in *Foro it.*, 2022, 3, V, 112 ss.

³⁰⁷ E.N. LA ROCCA, *Improcedibilità, impugnazione per gli interessi risarcitori e rinvio al giudice civile*, in AA.VV., *La Riforma Cartabia*, cit., 570 ss. Parla di vero e proprio mutamento di paradigma G. TODARO, *Azione civile risarcitoria*, cit., 501. In termini cfr. altresì B. ROMANELLI, *La vittima e l'azione civile*, cit., 528, il quale, con sguardo critico, individua nell'intento di amplificazione della separazione tra giudizio penale e civile risarcitorio e nella refrattarietà del legislatore alla presenza del danneggiato sulla scena del processo penale i tratti peculiari –

Tuttavia, a nostro parere, sono molte le criticità dei marchinegni strutturati dal legislatore del 2022, specie in ragione di taluni cortocircuiti normativi ed operativi che ne potrebbero derivare.

Il primo profilo su cui preme richiamare l'attenzione concerne proprio le conseguenze dell'introduzione delle nuove disposizioni nella loro interazione con l'area applicativa sino ad oggi coperta dall'art. 622 c.p.p. Al netto delle questioni di diritto intertemporale circa l'applicabilità dell'art. 573, comma 1-*bis*, c.p.p.³⁰⁸, non è certo peregrino interrogarsi sulle aree di eventuale interferenza tra il rinvio a soli fini civili per come interpretato e sperimentato sino ad oggi ed il nuovo istituto 'prosecutorio', tenuto peraltro conto che gli spazi applicativi dell'art. 622 c.p.p. risultano erosi anche nel caso che intervenga l'improcedibilità *ex* 344-*bis* c.p.p.

Analizzando il testo dell'art. 622 c.p.p., si evidenzia un vero *lapsus calami* addebitabile al riformatore che, pur a fronte di un intervento significativo nell'ambito delle impugnazioni a fini civili, non ha in alcun modo ritoccato il contenuto della norma citata. Invero, la gran parte della sua tradizionale area operativa oggi viene ricompresa nella casistica della prosecuzione altrove in caso di impugnazione solo per i capi civili.

Infatti, sicuramente non rientra più tra le ipotesi regolate dal 622 c.p.p. quella dell'accoglimento, da parte della Suprema corte, del ricorso della parte civile contro il proscioglimento dell'imputato. Dunque, di necessità, se è solo la parte civile ad aver proposto impugnazione per le questioni risarcitorie, si tratta di ipotesi oggi ricadente nell'orbita del 573, co. 1-*bis* c.p.p., il che implica che, sin dal momento della prima valutazione di ammissibilità, gli atti vadano rimessi alla sezione civile competente. Ne discende che il legislatore avrebbe dovuto espungere quest'ipotesi dalla formulazione testuale dell'art. 622 c.p.p., non potendo in questo caso più operare tale norma.

per quanto qui importa – della riforma Cartabia: «Un tratto peculiare della riforma è dato dall'ostilità per la costituzione di parte civile – verosimilmente considerata un ostacolo alla celere definizione del processo – quale strumento di soddisfazione dell'interesse civilistico al risarcimento del danno. Pur non optando per la separazione delle giurisdizioni, si tende infatti a disincentivare ulteriormente la costituzione. Il disegno è perseguito [...] con la prosecuzione in sede civile del giudizio risarcitorio a seguito della definizione della regudicanda penale, secondo una *versione estrema* del principio di accessorialità» (corsivo nostro).

³⁰⁸ Su cui, a fronte di una divergenza intestina tra le sezioni semplici, il Supremo collegio penale è già stato chiamato a pronunciarsi: cfr. Cass. pen., sez. V, 23 febbraio 2023, n. 8149, in [Sist. pen.](#), 3 marzo 2023; Cass. pen., sez. V, 31 gennaio 2023, n. 3990, in [Arch. n. proc. pen.](#), 2023, 2; Cass. pen., sez. IV, 24.01.2023, n. 2854, in [Foro it.](#), 2023, 2, 125; in letteratura, la condivisibile ricostruzione dogmatica prospettata da G. DE MARZO, *Della sorte delle impugnazioni penali ai soli effetti civili: a proposito del nuovo art. 573, comma 1-bis c.p.p.*, in [Foro it.](#), [www.foronews.it](#), 22 gennaio 2023; per un quadro generale del problema, G. BIONDI, *La riforma Cartabia e le impugnazioni: le prime questioni di diritto intertemporale sull'applicabilità dell'art. 573, comma 1 bis, c.p.p. ai giudizi in corso*, [www.sistemapenale.it](#), 10 febbraio 2023.

Ebbene, proprio per la mancata rimozione del sintagma, è preconizzabile che, in sede di applicazione concreta, si scateneranno diatribe giurisprudenziali, che si può presumere investiranno il tema del portato contenutistico-argomentativo del ricorso della p.c. contro il proscioglimento: in specie quando esso possa dirsi formulato «per i soli interessi civili» (il che attiverebbe il circuito espulsivo *ex art. 573, co. 1-bis*), ovvero investa anche profili inerenti ai capi penali (col che si giustificerebbe un'ultrattività dell'art. 622 c.p.p. per simile ipotesi).

Simile distinzione, per quanto dogmaticamente non corretta, al lume della norma che prevede la definitività ed esecutività dei capi penali se non oggetto di impugnazione nonostante le censure sui capi civili (573, co. 2 c.p.p.), potrebbe, nel prossimo futuro, essere chiamata in causa, allo scopo di preservare una maggior area di competenza/cognizione del giudice penale di legittimità sui ricorsi proposti. Ciò sulla falsariga di quanto già avvenuto allorché si discuteva se, laddove si facesse questione *incidenter tantum* della responsabilità penale – già accertata in via definitiva ma incidentalmente da rivalutare per via dell'impugnazione proposta a fini civili –, il rinvio andasse disposto ai sensi dell'art. 622 o dell'art. 623 c.p.p.³⁰⁹.

Per di più, anche l'altro, diverso caso che ricade(va) nell'orbita del 622 cit. parrebbe aver subito un'erosione ulteriore a seguito dell'introduzione degli inediti istituti traslativi: compressione che sarebbe stata da segnalare *per tabulas*, ma che il riformatore sembrerebbe aver del tutto mancato di rilevare. Orbene, la norma sul rinvio a meri fini civili abbraccia anche l'ipotesi nella quale si annullino «solamente le disposizioni o i capi che riguardano l'azione civile»: tuttavia, dal 31 dicembre 2022 le innovazioni normative postulano senz'altro di espungere da quest'ultima ipotesi quantomeno il caso in cui l'imputato proponga ricorso con esclusivo riguardo alle statuizioni civili *ex art. 574 cpp*. Sebbene la ancora scarna giurisprudenza sul portato e sull'ambito applicativo del nuovo comma *1-bis* dell'art. 573 c.p.p. sembri puntare nel senso che l'innovazione si riferisca in modo esclusivo all'evenienza della sola

³⁰⁹ Volendo, cfr. G. PECCHIOLI, *Ai soli effetti civili*, cit., *passim*. Il filone ermeneutico *de quo* è stato patrocinato in special modo da Cass., sez. IV, 15 aprile 2020, n. 12174, Piali, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 2, 246, con nota di G. PECCHIOLI, cit.; Cass., sez. IV, 10 aprile 2020, n. 11958, Palisi, con nota di S. MADERNA, in www.discrimen.it, 30 aprile 2020; Cass., sez. III, 11 maggio 2020, n. 14229, in *Foro it.*, Rep., 2021, voce *Rinvio penale*, n. 32. Si tratta, ad ogni buon conto, di indirizzo recessivo, all'esito degli approdi raggiunti dalla più volte menzionata sentenza Cremonini delle Sezioni unite penali del 2021.

³⁰⁹ Cass., sez. IV, 15 aprile 2020, n. 12174, Piali, cit.

impugnazione della parte civile, il tessuto sistematico nel quale tale disposizione è andata ad inserirsi è univoco nell'indicare l'imputato quale legittimato ad impugnare anche con esclusivo riferimento alle questioni risarcitorie su cui sia risultato soccombente: in altre parole, la riforma non può che concernere anche il caso in cui ad impugnare a meri fini civili sia l'imputato-danneggiante.

Tirando le fila, parrebbe che, sebbene il dettato normativo alquanto ampio della disposizione sia rimasto immutato, ad oggi l'art. 622 c.p.p. comprenda solo l'ipotesi del ricorso proposto dal Pubblico ministero o dall'imputato contro i capi penali, in un processo cumulativo, nel quale, in forza del menzionato principio di immanenza, le statuizioni civili siano portate all'attenzione del giudice 'a traino' di quelle penali oggetto espresso di censura³¹⁰.

E veniamo ad un secondo, delicato profilo di criticità, ancor più interessante ai fini che qui importano.

Come detto, a prima lettura la recente riforma sembrerebbe aver consacrato un maggior grado di separazione tra le giurisdizioni, con la dissoluzione dell'originario nesso che determinava la trattazione cumulata delle pretese aquiliane con le questioni penali, provocandone il deflusso nella sede 'naturale'. Tuttavia, ad un esame più accurato, ci si rende conto che la strada prescelta dal legislatore della novella finisce per amplificare in modo forse inconsapevole le interferenze e le intersezioni tra processo penale e azione civile di danno, perché assegna ad un giudice *civile* il compito di giudicare dell'impugnazione proposta avverso una sentenza emessa dal giudice *penale*³¹¹. In altri termini, il giudizio nato cumulativo è destinato ad evolversi alternativamente o come processo in fase d'impugnazione cumulativa davanti al giudice penale ovvero come processo d'impugnazione dinanzi al giudice civile. Quest'ultimo sarà chiamato a valutare la correttezza dell'accertamento effettuato dal giudice del grado precedente, ossia di un giudice penale, il quale ha esaminato le istanze risarcitorie alla luce dei criteri di cognizione penalistici ed ha valutato la responsabilità dell'imputato-danneggiante per i danni cagionati sulla base dell'art. 185 c.p. e dell'art. 538 c.p.p.

³¹⁰ Analogamente, ma in termini più sommari, B. ROMANELLI, *La vittima*, cit., 566.

³¹¹ Così, condivisibilmente, G. DE MARZO, *Della sorte delle impugnazioni penali*, cit., §3.

Se, come si dice nella *Relazione illustrativa* al d.lgs. 150/2022, la prosecuzione disciplinata dai nuovi artt. 573 e 578 c.p.p. è stata progettata per assicurare l'economia processuale, evitando alle parti di riproporre *ex novo* le proprie domande e al giudice penale di continuare ad occuparsi del caso quando resti solo da decidere su questioni civili, e se l'oggetto del rinvio in prosecuzione al giudice civile è l'impugnazione *ab origine* presentata al giudice penale, non può che discenderne che quello che si svolge innanzi al giudice civile sia proprio lo *stesso* processo, in fase d'impugnazione. Pertanto, il giudicante sarà investito dall'istanza di parte del potere di valutare il prodotto-sentenza del precedente grado di giudizio, che è proprio quello che si è svolto nel dibattimento dinanzi al giudice penale.

Ebbene, quanto sin qui osservato, lungi dal determinare quella pretesa scissione dei due rami della giurisdizione, è un sentiero che sembra condurre verso quella «casa comune» della giurisdizione ordinaria, cui già facevamo riferimento in precedenza³¹², le cui stanze attigue sono invero già comunicanti sia per l'impostazione di fondo del codice Vassalli sia, da ultimo, per le dirompenti prese di posizione della Consulta sul portato dispositivo dell'art. 538 c.p.p.³¹³

Con almeno due difficoltà operative. In primo luogo, il possibile *vulnus* all'interesse di parte alla prevedibilità degli esiti procedurali e decisorii (art. 111, comma 1, Cost.), stante l'imponderabile variabilità delle occasioni di effettivo dialogo tra i due canali rituali implicati nella vicenda che, a ben guardare, difficilmente dipende dalla volontà programmatica della parte (imputato e/o parte civile), che piuttosto ne subisce gli effetti. Difatti, che *in limine litis* le parti possano prospettare l'ipotetica, astratta e meramente potenziale circostanza di una *traslatio* dalla sede penale a quella civile non può considerarsi sufficiente garanzia di prevedibilità, posto che un simile mutamento di sede risulta da una combinazione eventuale di fattori che non dipendono solo dalla strategia processuale di chi poi ne subisce l'operatività³¹⁴.

³¹² F. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, 1930, 90.

³¹³ Su cui v. *supra*.

³¹⁴ Vale la pena di riportare, sul fronte della esigenza di prevedibilità, l'ulteriore problema, segnalato da talune voci della dottrina (G. TODARO, *Azione civile risarcitoria*, cit., 506), che la formulazione non del tutto perspicua delle norme in esame farebbe emergere: oververosia, stante il tenore letterale dell'art. 578, comma 1-bis, c.p.p. («[...] e in ogni caso di impugnazione *anche* agli effetti civili»), giustapposto al dettato dell'art. 573, comma 1-bis, c.p.p., che circoscrive l'operatività del rinvio in prosecuzione ivi disciplinato ai casi di esercizio della *potestas impugnandi* avente ad esclusivo oggetto le statuizioni civili della sentenza censurata, ci si chiede se l'istituto dell'improcedibilità dell'azione penale venga ad operare anche nell'ipotesi di impugnazione proposta ai

In secondo luogo, un simile deflusso in sede civile del giudizio sulle censure sollevate avverso la sentenza penale impugnata si scontra con un ostacolo di sensibile portata, specialmente con riguardo al giudizio di legittimità. Ci si riferisce al fatto che gli strumenti processuali di cui fanno uso i giudici penali e civili non appaiono, allo stato, sufficientemente intercambiabili³¹⁵. Ciò potrebbe, dunque, impedire a valle di svolgere un puntuale controllo per come sollecitato dalla parte impugnante. Ma, soprattutto, a monte rischia di frapporre un significativo intralcio all'esercizio dello *ius impugnandi* delle parti, le quali sono poste dinanzi all'eventualità – non sempre prevedibile *ex ante* – che la propria istanza di controllo inerente alla sentenza criticata sia vagliata e decisa secondo un compendio probatorio e sulla scorta di una metrica argomentativa eccentrici rispetto a quelli che hanno costituito i parametri di riferimento sia del *decisum* impugnato sia delle doglianze prospettate con l'impugnazione.

Si tratta, a ben vedere, di un'amplificazione di criticità che già si sono manifestate nel vigore e con l'operatività dell'art. 622 c.p.p., che regola il trasferimento funzionale al giudice civile della decisione *dopo* che la Suprema corte penale si sia occupata di risolvere le questioni sollevate con il ricorso, non chiedendosi dunque al giudice del rinvio di esprimersi sull'atto di impugnazione, ma di rivalutare determinati

meri fini civili. A parere dell'A. che ha sollevato la questione sul punto, l'incertezza esegetica su tale aspetto comporterebbe trattamenti ingiustamente discriminatori nei confronti delle parti. Eppure, a nostro avviso, non vi sono reali rischi di indebite sovrapposizioni o incerte interpretazioni sul fronte dell'ampiezza dell'area di operatività di ciascuna delle due norme in esame, posto che l'art. 573, comma 1-*bis*, c.p.p. si applica in quei casi in cui la promiscuità oggettiva del processo penale cumulativo sia venuta meno proprio in sede di esercizio del diritto di impugnazione, di cui si avvalgano imputato e/o parte civile per censurare errori concernenti esclusivamente il *thema decidendum* civilistico, con ciò determinando l'intangibilità ulteriore dei capi penali della sentenza. Non vi è, pertanto, alcun margine di sovrapposizione di quest'ultimo dispositivo processuale con quello di cui al nuovo art. 578, comma 1-*bis*, c.p.p., che viene invece in questione nel caso in cui siano portate all'attenzione del giudice del grado successivo proprio i capi penali. Ed infatti l'inedito meccanismo che impedisce di proseguire con la trattazione del processo penale è rappresentato da una causa di improcedibilità concernente l'azione *penale*: col che si esclude in radice che, intervenuta l'irrevocabilità dei capi penali della sentenza al momento della proposizione di doglianze inerenti al solo tema risarcitorio cumulativo, possa anche solo ipotizzarsi l'operatività del nuovo istituto di cui all'art. 344-*bis* c.p.p.

³¹⁵ Il pensiero va, innanzitutto, ai motivi di impugnazione che possono essere proposti, con particolare riferimento al ricorso per cassazione che si configura come impugnazione a critica vincolata: i motivi che giustificano l'esercizio dello *ius impugnandi* in sede penale (art. 606, comma 1, c.p.p.) non collimano con quelli che possono legittimamente fondare il ricorso per cassazione nel rito civile o del lavoro (art. 360, comma 1, c.p.c.). In secondo luogo, ritornano ancora una volta le serie difficoltà, già segnalate con riguardo al rinvio a meri fini civili *ex art.* 622 c.p.p., in proposito alla fisionomia che deve assegnarsi al giudizio 'prosecutorio', in termini di paradigmi istruttori e decisori di riferimento, tenuto conto della circostanza che, nel caso di cui all'art. 573 c.p.p., il giudice civile investito per *traslatio iudicii* avrà da decidere sui motivi di doglianza presentati originariamente al giudice penale, con riferimento ad una sentenza adottata da un giudice penale, e sulla scorta del panorama istruttorio formato in sede penale; nel caso dell'art. 578 c.p.p., invece, nonostante la brusca, netta ed ineluttabile interruzione dell'*iter* processuale penale in forza del decorso del tempo, il giudice civile chiamato a pronunciarsi sulla pretesa risarcitoria rimasta inesa in sede penale a causa dell'improcedibilità è comunque tenuto *ex lege* a conoscere il *plateau* probatorio formato in sede penale. Il che, come si è visto già in relazione al rinvio a meri effetti civili *ex art.* 622 c.p.p., comporta di affrontare (se non risolvere) lo spinoso dilemma di conciliare sistemi probatori, per numerosi aspetti, molto distanti tra loro.

profili alla luce delle conclusioni raggiunte dalla Cassazione.

Nelle nuove ipotesi post riforma, viceversa, ed in special modo nel caso di cui all'art. 573, comma 1-*bis*, il giudicante civile sarà investito proprio di quel grado di giudizio instaurato con l'atto d'impugnazione. Il che evidenzia una decisiva *integrazione* tra i due ambiti della giurisdizione ed una netta *unicità* di vicenda processuale, cui purtroppo non corrisponde un'altrettanta unitaria trattazione da parte degli organi giudicanti.

Da ultimo, non può trascurarsi di segnalare quella che ci pare una incoerenza di fondo relativa alle scelte normative operate in punto di statuto delle prove penali, nel rapporto tra le interpolazioni della riforma Cartabia e la recente (per quanto criticabile) interpretazione dell'art. 622 c.p.p. accolta dalle Sezioni unite Cremonini e dalla prevalente giurisprudenza della Terza sezione civile.

Ebbene, esaminando le disposizioni e la casistica di riferimento, parrebbe che le situazioni regolate dagli artt. 622 e 573, comma 1-*bis*, c.p.p. siano, in parte, assimilabili nella misura in cui in tali casi si fa questione di una prosecuzione, *i.e.* di una fase sequenziale che si iscrive nel *medesimo* processo che, per l'appunto, viene fatto proseguire in altra sede, senza interruzioni nell'ordinata successione procedimentale avviata con la notizia di reato e, poi, con l'esercizio dell'azione penale e di quella civile nella stessa sede.

Viceversa, l'art. 578, comma 1-*bis*, regola un caso eccentrico, di 'interruzione' (in senso atecnico) del processo, che interviene in un momento non predefinito (ossia, non all'esito di un vaglio del giudice o prima che tale vaglio si possa compiere, ma magari nel corso dell'udienza fissata per la trattazione, oppure prima di essa, a seconda delle tempistiche impresso alla sequenza procedimentale) e che priva letteralmente il giudice penale del potere di decidere.

Ciò posto, è difficile comprendere la ragione per la quale le nuove previsioni, tra loro non affini come casistica³¹⁶, debbano contemplare in chiave analoga un obbligo per il giudice civile di utilizzo delle prove penali, mentre l'art. 622 c.p.p., più vicino come logica all'art. 573 c.p.p., nulla disponga in merito e sia lasciato alla lettura del giudice di merito e/o legittimità 'di turno'. E questo nonostante che, a suo tempo, la Commissione Lattanzi (art. 7, co. 1, lett. *h-quinquies*) della proposta presentata il 24 maggio 2021)

³¹⁶ In termini, B. ROMANELLI, *La vittima*, cit., 567.

ben avesse evidenziato l'opportunità di intervenire in questo senso sulla lettera della norma sull'annullamento con rinvio a fini civili.

Si percepisce, in definitiva, una carente attenzione all'organicità del sistema, rimasto abbozzato. L'impressione è amplificata dal disinteresse dimostrato dal legislatore nei confronti dell'applicazione concreta che potrà avere il nuovo obbligo valutativo, senza alcuna considerazione per le contese ermeneutiche occorse tra il 2018 ed il 2021 sul tema delle interazioni ed intersezioni tra giudizio penale cumulativo e processo civile di rinvio. Il dibattito sul portato dell'art. 622 c.p.p. non è che la conseguenza della refrattarietà dei giudici civili all'applicazione dello statuto probatorio proveniente dal sistema penale ove fosse stata in origine incardinata l'azione civile di danno. Eppure, oggi il legislatore pretende *expressis verbis* che un giudice civile prenda necessariamente cognizione delle risultanze istruttorie del processo penale, senza tuttavia interessarsi di specificare secondo quali parametri dovranno essere valutate e soppesate tali prove. Se l'intervento (*rectius*: il mancato intervento) del riformatore su una determinata norma dev'essere considerato significativo di una scelta consapevole, l'assenza di coordinamento tra il dettato dell'art. 622 c.p.p. ed il testo delle nuove norme sulla prosecuzione del giudizio d'impugnazione a fini civili dovrebbe intendersi come sintomo del fatto che il trattamento da riservare alle due casistiche dovrebbe essere differente. Se ne dovrebbe ricavare che, se le prove raccolte nel processo penale e rinviato *ex art.* 622 al giudice civile competente per valore in grado d'appello vanno valutate – come sancito in giurisprudenza – in base alle regole proprie del rito civile e dequate ad argomenti di prova³¹⁷, viceversa le prove penali obbligatoriamente traslate in sede civile in base alle nuove norme dovrebbero mantenere il proprio statuto di riferimento³¹⁸.

Da ciò potrebbero generarsi almeno tre problemi: *i)* che il giudice civile si trovi ad utilizzare prove penali e prove civili (che per disposto normativo può acquisire dinanzi a

³¹⁷ Con tutte le difficoltà esegetiche del caso: cfr., da ultimo, B. CAVALLONE, *Vicinanze pericolose: prove atipiche, prova indiziaria, argomenti di prova*, AA.VV., *Il ragionamento presuntivo. Presupposti, struttura, sindacabilità*, a cura di S. PATTI-R. POLI, Torino, 2022, 66

³¹⁸ Che il giudizio prosecutorio incardinato dinanzi al giudice civile di appello o di cassazione al ricorrere dei casi di cui agli artt. 573, comma 1-bis, e 578, comma 1-bis, c.p.p. rappresenti una fase di un'unitaria vicenda processuale nella quale la natura della domanda non muta e le regole inerenti alle prove e ai paradigmi decisori resterebbero, inalterate, quelle tipiche della sede penale di provenienza dell'impugnazione da decidere, è conclusione cui perviene anche E.N. LA ROCCA, *Improcedibilità, impugnazione*, cit., 574. *Contra*, G. TODARO, *Azione civile risarcitoria*, cit., *passim*, in specie 523 ss.

sé) secondo due differenti regimi normativi, con una sorta di estraniante fenomeno di dissociazione mentale insostenibile nella pratica³¹⁹; ii) che i giudici civili si arroccino nelle proprie torri d'avorio e finiscano per disapplicare la norma per reazione a questa singolarità giuridica, col che si amplificherebbero le difficoltà già sorte nell'interpretare l'art. 622 c.p.p.; iii) che i giudici *ad quem* interpretino in senso estremamente ampio il concetto di «prove penali» di cui per espresso disposto di legge dovranno tener conto ed includano in tale catalogo anche ciò che, invero, prova non è, ossia la sentenza resa dal giudice penale nel processo originario che, nel caso di cui all'art. 573 c.p.p., sarebbe in realtà oggetto delle doglianze e dunque oggetto del giudizio d'impugnazione in prosecuzione innanzi al giudice civile e, nel caso di cui all'art. 578 c.p.p., non dovrebbe potersi in alcun modo considerare essendo stata travolta radicalmente dall'intervenuta improcedibilità³²⁰.

g. *Alcuni spunti di ordine generale e sistematico sul tema della sorte delle prove penali (inutilizzabili) esportate altrove (cenni)*

Pare opportuno, a questo punto, accennare taluni aspetti che verranno approfonditi

³¹⁹ Non siamo i soli ad ipotizzare un siffatto fenomeno di ibridazione delle forme probatorie: cfr. G. TODARO, *Azione civile risarcitoria*, cit., 513, sebbene l'A. risolve poi il dubbio sull'eventualità di una contaminazione di tal sorta nel senso della prevalenza del modello civilistico, sulla scorta dell'itinerario esegetico percorso dalla prevalente giurisprudenza intorno all'istituto del rinvio a meri fini civili di cui si è dato atto nei paragrafi precedenti.

³²⁰ Si tratta di un profilo che sembra sollevare problemi simili a quelli che, di recente, sono stati affrontati in un caso giunto all'attenzione della Cassazione penale (Cass. pen., sez. V, 28 giugno 2022, n. 24907, Scanu e al., in *Dir. pen. proc.*, 2023, 2, 447). In quest'ultima vicenda, *inter alia*, il giudice di legittimità ha affermato che il giudice del rito abbreviato, instaurato dopo la regressione del procedimento alla fase delle indagini preliminari a seguito di annullamento senza rinvio disposto dalla cassazione in quanto l'azione penale era stata esercitata senza attendere il decorso dei 20 giorni successivi alla notifica dell'avviso *ex art. 415-bis c.p.p.*, non può fruire a fini decisori delle sentenze di primo e secondo grado oggetto della pronuncia rescindente della corte di legittimità, sebbene esse per altri imputati siano passate in giudicato. Ora, sebbene il principio di diritto formulato dai giudici di piazza Cavour faccia riferimento alla necessità di tutelare la piena ed integrale formazione del libero convincimento del giudice del rito abbreviato che, dopo la regressione, sia stato instaurato a richiesta dell'imputato, invero riteniamo che sia possibile ricavare una motivazione 'strutturale' alla *regula iuris* – senz'altro condivisibile – sancita dalle parole della Cassazione: l'annullamento senza rinvio, pronunciato in esito all'accertamento dell'integrazione di una causa di nullità a regime intermedio tempestivamente e ritualmente eccepita, comporta, in uno con la regressione del procedimento al momento in cui la nullità si è verificata, la radicale espunzione dal mondo del giuridicamente esistente delle pronunce emesse nel processo penale susseguente alla verifica della causa di nullità, con la conseguenza inevitabile che tali sentenze (per quanto eventualmente irrevocabili nei confronti di coimputati non impugnanti) devono considerarsi *tamquam non essent*. Non potranno perciò essere conosciute dal giudice del successivo giudizio abbreviato. *Ad abundantiam*, si segnala altresì l'inoperatività in un caso siffatto del meccanismo di interscambio disciplinato dall'art. 238-bis c.p.p., per più concorrenti motivi: per un verso, requisito strutturale per attivare il canale osmotico avente ad oggetto le pronunce giudiziali è quello della *diversità* tra procedimento di origine e procedimento di destinazione del 'prodotto-sentenza' che si intenda utilizzare a fini di prova del fatto oggetto del giudizio *ad quem*, mentre nel caso esaminato dalla Suprema corte (così come quello ; per altro verso, l'art. 238-bis c.p.p. impone, quale condizione di validità dell'immissione a fini probatori di una sentenza *aliunde* pronunciata, l'intervenuta *definitività* della stessa, con la conseguenza che una decisione che sia stata oggetto di annullamento della cassazione (o che, nell'ipotesi di cui all'art. 578, comma 1-bis, c.p.p., si è imbattuta nella scura della causa di improcedibilità per superamento dei termini massimi di trattazione del giudizio d'impugnazione) non potrà mai essere oggetto di acquisizione in altro giudizio.

nel Capitolo seguente e che attingono al cuore della nostra indagine, offrendo spunti d'interesse per la soluzione dei dubbi teorico-applicativi sollevati dal fenomeno processuale della circolazione di elementi probatori viziati.

Il punto di vista dal quale si esaminerà in breve la questione è quello del paradigma della *traslatio* della competenza funzionale che, per quanto allo stato non prevalente nell'applicazione giurisprudenziale, a nostro avviso risulta maggiormente persuasivo e condivisibile. Non solo; accedere a tale ricostruzione sembrerebbe suggerire una interessante chiave di lettura del problema che qui si pone.

Si consideri la paradigmatica situazione nella quale la cassazione penale, investita dal ricorso dell'imputato condannato nel precedente grado sia a fini penali sia a fini civili, contestualmente accogla la doglianza del ricorrente, riconoscendo la sussistenza di un vizio motivazionale cagionato dall'inutilizzabilità di un elemento probatorio fondante dell'*iter* argomentativo della sentenza, e tuttavia rilevi, *ex art. 129, comma 2, c.p.p.*, l'intervenuta estinzione del reato per prescrizione, annullando senza rinvio (*art. 620, lett. a), c.p.p.*) quanto al capo penale.

In siffatta circostanza, le questioni risarcitorie residuali non potrebbero essere definite dal giudice di legittimità, privo di poteri di ricostruzione fattuale e di condanna nel merito. Si impone dunque un rinvio ai sensi del più volte richiamato *art. 622 c.p.p.*, in seguito al quale il giudice civile investito del *thema decidendum* valuti l'*an* ed il *quantum debeat* a titolo risarcitorio.

Il tutto, s'intende, all'esito dell'espunzione della prova viziata e della nuova perimetrazione del materiale probatorio legittimamente fruibile per la decisione, in ossequio al principio di diritto discendente dalla pronuncia della cassazione di accoglimento della censura del ricorrente.

Una simile conclusione suscita non pochi interrogativi e, se si accogliesse una differente impostazione dei rapporti tra processo penale cumulativo e susseguente rinvio a fini civili, non la si potrebbe affatto sostenere, come visto nei paragrafi che precedono. Come potrebbe il giudice civile del rinvio – giudizio autonomo, avviato *ex novo*, con struttura aperta e canoni e paradigmi differenti – prendere atto della pronunciata inutilizzabilità della prova penale e ritenere, *sic et simpliciter*, tale sanzione processuale pienamente operativa anche dinanzi a sé?

Se, tuttavia, si osserva il problema sotto la lente offerta dalla ricostruzione funzionalmente orientata qui accolta, se ne deduce che: *i)* se le statuizioni del giudice di legittimità sono idonee a vincolare l'operato del giudice *ad quem*, sul quale trasla senza

soluzioni di continuità la cognizione della materia del contendere; *ii*) se la capacità valutativo-decisoria di quest'ultimo si deve necessariamente muovere nell'orizzonte probatorio del procedimento penale *a quo*, al punto da dover applicare la speciale regola *b.a.r.d.*; allora è altresì innegabile che l'imposta espunzione dal materiale conoscitivo a disposizione del giudice della prova dichiarata inutilizzabile potrà (*rectius*: dovrà) reputarsi operativa financo nel giudizio di rinvio.

La possibilità per la speciale sanzione processual-penalistica di 'migrare' dalla sua collocazione naturale ad un contesto a lei estraneo e di espugnare le apparentemente impenetrabili mura del processo civile, cui già si perviene per la via tracciata fin qui³²¹, rinviene ulteriori conferme se solo si tengano presenti alcuni rilievi.

In primis, la necessità di assicurare che non vi siano strumenti in grado di consentire l'elusione surrettizia (e dunque abusiva) dell'accertamento svolto nel corso del giudizio penale nel quale *ab origine* la pretesa risarcitoria era stata fatta valere, in specie sul piano della validità euristica di un elemento probatorio.

In secondo luogo, si tenga presente che autorevole dottrina, scandagliando l'ordinamento per individuare il fondamento ed i limiti al meccanismo dell'«interscambio di risultati gnoseologici tra procedimenti»³²², ha individuato, tra gli altri vincoli all'ingresso della prova già formata altrove, il filtro dell'irritualità (*lato sensu* intesa) dell'acquisizione dell'elemento probatorio nella sua sede di provenienza.

La validità dell'atto è requisito imprescindibile per la sua propagazione in altri procedimenti: cosicché il trasferimento all'esterno della prova, nel nostro caso, inutilizzabile non vale in alcun modo a renderlo conforme al modello legale. Se ciò fosse possibile, se cioè per effetto del travaso si intendessero esplicabili in un diverso

³²¹ Vale la pena di precisare un aspetto. Non si tratta della migrazione caso per caso della singola prova (nel caso di specie, inutilizzabile), quanto piuttosto della valutazione dell'esistenza di margini operativi per estendere una regola emblematica e denotativa del processo penale a tendenza accusatoria, che ne scolpisce i tratti identitari in maniera alquanto significativa, ad un settore che, apparentemente, non ne conosce una corrispondente o, quantomeno, simile. Si tratta di un distinguo di non secondario rilievo: l'integrazione intersistemica che viene a determinarsi nel momento in cui si affermi l'operatività nel giudizio di rinvio sulle statuizioni civili della causa di invalidità della prova prescritta dall'art. 191 del codice di rito penale è senz'altro più intensa di quella che ricorre nel momento in cui si affermi la esportabilità del singolo elemento istruttorio di volta in volta ritenuto rilevante ai fini del decidere. E che nell'ipotesi delineata nel testo si faccia questione del primo, e non del secondo, caso è confermato dal fatto che l'ipotesi oggetto d'indagine è, come visto, quella del medesimo, unitario procedimento scandito in fasi che, per avventura, si articolano dinanzi ad autorità giudiziarie a diversa specializzazione.

³²² N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, Padova, 2003, 5; per una disamina particolareggiata e completa dei rapporti intercorrenti tra prove penali e giudizio civile, cfr. G.F. RICCI, *Prove penali e processo civile*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1990, *passim*.

procedimento quegli effetti che la sanzione processuale, nella sede originaria, mirava ad impedire, si finirebbe con il rendere del tutto «vana la garanzia di determinati interessi apprestata a mezzo di quel divieto»³²³.

E se quanto osservato è vero in casi di procedimenti *diversi* e *distinti*, non può che valere, a maggior ragione, nel caso di specie, nel quale ci si muove nell'ambito di fasi diverse di una *unica* ed *unitaria* vicenda processuale. Come ben si vede, in simile prospettiva a nulla vale la pervicace resistenza e refrattarietà della giurisprudenza attualmente prevalente.

Si tratta di rilievo che induce ad un'ultima essenziale considerazione, che in questa sede può essere soltanto accennata e che si riprenderà in dettaglio nel prosieguo.

Ebbene, occorre considerare che la frapposizione di una rigorosa barriera, una rete a maglie molto strette, che filtri il materiale conoscitivo 'in ingresso' e precluda all'organo giudicante di prender cognizione di elementi che, per il sistema, mai avrebbero neanche dovuto venire ad esistenza nel mondo giuridico, ha il chiaro scopo di evitare la propagazione senza freni di lesioni a beni di rilevanza costituzionale che il legislatore voleva evitare *ab origine*. La comminatoria di inutilizzabilità si pone a presidio di valori e principi di consistenza costituzionale, tanto nel caso in cui la regola d'esclusione sia posta a presidio della valenza epistemologica del dato probatorio, quanto in quello in cui miri a tutelare la libertà morale della persona.

La caratura dei beni giuridici che l'esiziale marchingegno processuale mira a difendere, connotando nel senso dell'antigiuridicità quella prova che, in spregio ai vincoli posti *ex lege*, sia stata ciononostante (male) acquisita non può lasciare indifferente il sistema processuale civile, soggetto a quel medesimo substrato di valori compendati dalla formula del 'giusto processo' e dall'intrico dei diritti fondamentali ritraibili dalla Carta fondamentale.

Certo, allorché si tratti di interscambio di prove tra separate vicende processuali, sembra logicamente ineludibile tracciare una differenziazione tra regole di esclusione a fondamento etico-deontico, la cui valenza trasversale parrebbe imporne ovunque il

³²³ N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992, 82; C. CONTI, *Il volto attuale dell'inutilizzabilità: derive sostanzialistiche e bussola della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 7, 794; G.F. RICCI, *Prove penali*, cit., 900; M. AGLIATA, *Sugli effetti del procedimento penale (e delle risultanze probatorie in esso emerse) nel giudizio civile e nel procedimento disciplinare relativi ad un licenziamento per giusta causa intimato per gli stessi fatti oggetto di accertamento penale*, in *Arg. Dir. lav.*, 2009, 1, 208. Sulla complessa tematica, qui meramente accennata, si tornerà *amplius* nel successivo Capitolo III.

rispetto, e regole di esclusione ‘procedurali’ a tutela del metodo conoscitivo accreditato, che sembrerebbe più opportuno, viceversa, assumessero sfaccettature ed estensioni variegata in ragione del modello epistemologico consustanziale a ciascun sistema processuale³²⁴. Non può, invece, sostenersi altrettanto nella situazione affatto peculiare di cui ci si sta occupando, che rappresenta – se si vuole – il momento di più intensa ‘commistione’ rituale. Il che porta con sé di necessità la considerazione in tale sede dell’estensione paritaria di ciascuno dei divieti probatori comminati dal codice di rito penale, nella convinzione che non solo le prove lesive di istanze etico-morali, ma altresì i dati cognitivi confezionati aggirando il contraddittorio, metodo euristico costituzionale per eccellenza, siano in grado di attentare alla piena realizzazione del diritto delle parti di pienamente «difendersi provando» in giudizio. La bontà e la legalità dell’accertamento, in uno con le preminenti istanze di tutela della persona, non possono essere un valore recessivo, sol che nella vicenda processuale in corso si verifichi l’eventualità della *traslatio* delle residue questioni aquiliane.

Senza considerare – ma l’approfondimento sul punto verrà svolto in altra parte della presente trattazione – che non è affatto certo, né dimostrato, che nelle pieghe del diritto probatorio operativo nel rito civile non sia in alcun caso riscontrabile l’operatività di meccanismi escludenti e ‘purificatori’ della conoscenza giudiziale strutturalmente analoghi alla inutilizzabilità della prova penale. Il che, in definitiva, richiederebbe solo di valutare la compatibilità della casistica di volta in volta rilevante con lo specifico bene giuridico oggetto di tutela nel processo di destinazione.

Tanto più, allora, la logica sottesa all’inutilizzabilità, che «non è interna ed esclusiva del processo penale»³²⁵, dovrà valere nel giudizio di rinvio ai soli effetti civili, che di

³²⁴ Si consideri, peraltro, che in almeno due occasioni il *plenum* della cassazione, esaminando ipotesi nelle quali si era tentato di giustificare la fruizione di elementi istruttori formati in altro processo in spregio alle regole di acquisizione poste a pena di inutilizzabilità, ha a chiare lettere sostenuto che, essendo il vizio dell’inutilizzabilità posto – senza distinzioni di sorta – a garanzia di esigenze di salvaguardia di diritti costituzionalmente presidiati, «la prova vietata è inutilizzabile *tout court*, senza aggettivi, limiti o deroghe di sorta, che ne consentano un qualsivoglia ‘recupero’, sia pure in ambiti e a fini diversi da quelli del procedimento penale», cosicché la neutralizzazione degli effetti dell’atto elusivo del divieto probatorio deve restare ferma «nell’ambito di altri procedimenti giurisdizionali». Così, Cass. pen., sez. un., 9 aprile 2010, n.13426, Cagnazzo, in *Cass. pen.*, 2010, 3049, con nota di S. BELTRANI, nonché in *Foro it.*, Rep., 2010, voce *Misure di prevenzione*, n. 48; per un’affermazione di principio analoga, sebbene in termini ancora embrionali, meno netti e radicali perché delimitati allo specifico caso portato all’attenzione della Suprema corte, cfr. Cass. pen., sez. un., 13 gennaio 2009, n. 1153, Racco, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 2137.

³²⁵ Cass. pen., Sez. un., 9 aprile 2010, n. 13426, cit.

tale processo costituisce una costola³²⁶.

9. UNA RETE A MAGLIE ALQUANTO LARGHE: LA CIRCOLAZIONE DELLE SENTENZE PENALI

L'ultimo tassello dell'indagine in merito alla predisposizione degli strumenti di circolazione probatoria come strategie di amplificazione delle potenzialità epistemiche dell'istruttoria giudiziale è rappresentato dall'ipotesi – attivata assai di frequente – dell'immissione nel *plateau* di elementi gnoseologicamente significativi, a disposizione dell'organo giudicante, di provvedimenti giurisdizionali. La tematica meriterebbe ben altri spazi, per essere compiutamente affrontata in tutte le sue declinazioni. In questa sede concentreremo la nostra attenzione sul caso della spendita altrove del provvedimento conclusivo dell'*iter* accertativo condotto in giudizio, la sentenza, che si prospetta come maggiormente problematico, in quanto all'apparenza eversivo dei principi cardinali del sistema processuale³²⁷.

Il termine normativo di riferimento è offerto, con esclusivo riguardo al giudizio penale, dall'art. 238-*bis* c.p.p., di cui già abbiamo accennato alcune sensibili criticità, che vale la pena recuperare brevemente.

La disposizione, che segue senza soluzione di continuità la previsione concernente i limiti e le condizioni di operatività del marchingegno del prestito probatorio, dispone che «le sentenze *irrevocabili* possono essere acquisite ai fini della prova di [*rectius*: del; n.d.A.] fatto in esse accertato e sono valutate a norma degli articoli 187 e 192 comma 3»³²⁸.

Come già segnalavamo, la previsione *de qua*, seppur in maniera carsica e silenziosa,

³²⁶ E non si tratta qui di aggrapparsi ad una «idea di un universo panprocessualistico», che, come certe voci della dottrina hanno evidenziato (C. VALENTINI REUTER, *Limiti all'utilizzabilità di prove assunte in altro procedimento*, in *Giur. it.*, 1992, 4, II, 203), costituisce una sorta di incensato idolo in ragione dell'aspirazione al perseguimento della «verità reale», di un certo «gusto onnivoro [...] di giudici operanti sulla base del cosiddetto 'libero convincimento'» e della convinzione che la gravità degli interessi coinvolti nel processo penale ne giustifichino l'intolleranza a limiti formali. Piuttosto, si tratta qui di accettare che determinati principi e valori, affermati come inviolabili dalla nostra Carta fondamentale, non possano arretrare indebitamente proprio innanzi a quelle «fauci fameliche» che per sua natura il processo tende ad avere, cercando in ogni modo di carpire quanto più materiale conoscitivo per consentire al giudice di avvicinarsi quanto più possibile, nella sua decisione, alla imperscrutabile, illusoria verità storica.

³²⁷ Così N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., 180 ss.

³²⁸ In argomento, *ex multis*, P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, III ed., Bologna, 2012, 259 ss.; ID., *La prova nel processo penale*, cit., 181 ss.; L. IAFISCO, *La sentenza penale come mezzo di prova*, cit., *passim*; con riferimento alla previgente disciplina, P. CALAMANDREI, *La sentenza civile come mezzo di prova*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, 2; M. VARADI, *La sentenza penale come mezzo di prova*, in *Riv. dir. proc.*, 1943, 255 ss.

si scava una strada per ovviare, da un lato, alle scelte ordinamentali in punto di limitazione delle ipotesi di pregiudizialità nelle quali le valutazioni del giudice risultano ‘sostituite’ dal *decisum* definitivo reso in altra vicenda; dall’altro, per ampliare oltremodo i confini della acquisibilità di materiale gnoseologicamente significativo da altra sede. La chiave di una simile strategia di accrescimento delle occasioni di approvvigionamento *extra moenia* si può desumere dall’analisi della collocazione sistematica assegnata all’art. 238-bis c.p.p. Il legislatore ha sfruttato le potenzialità insite nella scelta di trattare la documentazione dell’attività endoprocessuale quale documento-mezzo di prova nell’evenienza di una sua considerazione in altra vicenda giudiziale, in forza dell’estraneità al giudizio ove esso sia acquisito: la sentenza, quale *atto* conclusivo della sequenza ordinata di atti di cui si compone il processo, costituisce un *documento* nel contesto di utilizzazione che sia altro rispetto a quello d’origine³²⁹.

Eppure, se già la metamorfosi legale della prova costituenda presenta profili di problematicità, quando protagonista di una siffatta trasmutazione diviene la *res iudicata* le perplessità si fanno ancora più pressanti. Non sfugge, infatti, come legittimare la messa a disposizione del giudice *ad quem*, a fini di prova, di un atto decisorio di tal sorta implichi autorizzare la spendita di ragionamenti, argomentazioni e – in definitiva – di *valutazioni* altrui, quando invece se si considera il fenomeno dell’acquisizione di elementi istruttori *extra moenia*, prescindendo per un momento dalle molteplici complessità di cui abbiamo dato conto in precedenza, essi potrebbero pur sempre considerarsi ‘dati grezzi’ in attesa di futura valutazione.

Se, come la migliore dottrina sostiene, per ‘*prova*’ si deve intendere quel *ragionamento* a carattere abduittivo che, da un fatto reso noto al giudice, risale all’esistenza, nel passato, di un diverso fatto ignoto, si comprende immediatamente quale sia il profilo logico-giuridico difettoso della scelta di parificare la sentenza allogena ad una prova. Il ponte logico-razionale che lega fatto noto e fatto ignoto verrebbe, in questo caso, a porre in relazione inferenziale un ragionamento noto con un fatto ignoto. Ma, a ben vedere, un ragionamento non possiede una qualche efficacia rappresentativa di alcunché, se per rappresentazione si intende la riproduzione mediante suoni, immagini, parole di un fatto storico nella sua datità in modo da renderlo

³²⁹ L. KALB, *Il documento*, cit., 167; I CALAMANDREI, *La prova documentale*, cit., 125; N. ROMBI, *La circolazione*, cit., 183.

conoscibile allorché non lo sia più. Né lo stesso può integrare gli estremi della circostanza indiziante, atteso che questa è costituita dal *fatto provato* da cui poi, applicando leggi scientifiche e massime di esperienza, si pervenga alla dimostrazione di un fatto ignoto mediante induzione: la sentenza non può (o meglio, non deve) essere provata, e non ha alcuna idoneità a fungere da punto di partenza di un ragionamento inferenziale, fondato sulla generalizzazione di casi simili e sul successivo tentativo di smentita della regola esperienziale così elaborata per valutare se si attagli al caso concreto³³⁰.

Per giunta, esaminando anche gli effetti distorsivi della spendita probatoria della sentenza resa altrove nel contesto sistematico in cui si inserisce, il marchingegno acquisitivo *de quo* appare censurabile anche in virtù del suo difettoso coordinamento con le condizioni di operatività sancite dall'art. 238 c.p.p. Per questa via traversa, che le prove d'altra origine percorrono grazie al tramite costituito dall'*iter* motivazionale del giudice *a quo*, l'organo giudicante della sede di destinazione gode di un accesso *incondizionato* al panorama istruttorio radicato in quella data vicenda giudiziale: o, per meglio dire, condizionato solo alle cadenze della parte motiva della pronuncia acquisita, e dunque agli specifici riferimenti operati da questa rispetto ai singoli elementi istruttori ritenuti dal giudicante significativi a fini decisorii. Nessuno dei criteri di acquisibilità e di utilizzabilità sanciti dall'art. 238 c.p.p. trova cittadinanza nell'art. 238-bis c.p.p. Sicché, a conti fatti, il legislatore consente di versare la pronuncia in altra vicenda processuale pur che sia, senza alcuna necessità di sovrapposizione dei protagonisti dei due giudizi nemmeno al più ridotto fine di delimitarne l'utilizzabilità *in damnosis*, a prescindere dall'entità e dalle qualità essenziali dei materiali istruttori posti a base di tale decisione e senza neanche sobbarcare il giudice *ad quem* dell'onere di disporre, qualora ancora ripetibili, l'assunzione delle prove indirettamente versate in atti.

L'eversione dei principi costituzionali del giusto processo accusatorio non potrebbe essere più lampante. Tanto più che, come già notavamo con riferimento al requisito dell'irrevocabilità imposto per l'acquisizione in sede penale di evidenze civili, la pretesa che il *decisum* da acquisire integralmente abbia acquisito efficacia di giudicato nulla

³³⁰ P. TONINI-C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., 45; ID., *Manuale*, XXIII ed., cit., 242 ss.; in generale sul ragionamento probatorio, G. TUZET, *Filosofia della prova giuridica*, Torino, 2013, *passim*. *Contra*, M. MENNA, *La prova documentale, l'acquisizione delle sentenze irrevocabili e le letture dibattimentali*, cit., 875 ss.

aggiunge in termini di garanzia di maggior affidabilità della pronuncia acquisenda.

A nulla, poi, varrebbe obiettare che il giudice che acquisisca la *res iudicata* altrove emanata debba valutarla al lume dell'art. 187 c.p.p. Si tratta dell'imposizione al giudice di un obbligo di valutazione formulato in maniera alquanto atecnica: com'è noto, l'art. 187 del codice di rito penale si occupa di sancire il criterio cui il giudice deve attenersi nel selezionare le richieste di ammissione di prove che risultino *pertinenti* al tema dell'accertamento da condursi in giudizio, ossia in funzione dell'*oggetto* della prova che la parte mira ad offrire in giudizio. È, dunque, di tutta evidenza come l'art. 187 cit. non disponga affatto un criterio di valutazione. Ne discende che il riferimento che l'art. 238-*bis* fa a tale ultima previsione debba essere reinterpretato nel senso di imporre al giudice un preventivo vaglio di pertinenza della prova, il che nulla aggiunge rispetto all'ordinario incedere del giudicante nella prima fase del procedimento istruttorio con riferimento ad una qualsiasi richiesta di ammissione di mezzi di prova. Dunque, il criterio in questione non elide le criticità concettuali e sistematiche cui cennavamo.

Di scarsa efficacia garantistica è dotato anche il secondo ed ultimo parametro di valutazione della sentenza allogena sancito dall'art. 238-*bis*, ovvero sia l'utilizzo di *riscontri*, nella misura in cui questi non ci sembrano in grado di assicurare alcun recupero di effettività del contraddittorio 'forte' nel processo *ad quem*, né di schermare in alcun modo il compendio probatorio di destinazione dall'immissione surrettizia di materiale allogeno che mai sarebbe stato importabile per il tramite della disposizione generale dell'art. 238 c.p.p.

La norma che prescrive la indispensabilità della valutazione di determinati elementi istruttori (*i.e.* i *relata* eteroaccusatori resi da imputati connessi o collegati) ritenuti, a monte ed in astratto, maggiormente inaffidabili «unitamente ad altri elementi che ne confermano l'attendibilità» (art. 192, comma 3 e 4, c.p.p.), invero, non prescrive al giudice, nel suo percorso di valutazione della prova, alcunché di diverso ed ulteriore rispetto a ciò che questi 'naturalmente' già fa su ogni elemento probatorio grezzo emerso dall'istruttoria, per ricavare da esso un risultato probatorio e costruire su quest'ultimo un *iter* motivazionale che risponda ai canoni di logicità, razionalità, completezza e specificità desumibili dall'art. 546, comma 1, lett. e), c.p.p. La sola differenza risiede nel fatto che, per tali emergenze istruttorie ritenute più delicate, il codice concepisce il riscontro come oggetto di un obbligo di cui gravare il giudice se intenda radicare la propria decisione su quell'elemento istruttorio astrattamente 'sospetto': di talché, non potendone saggiare la bontà conoscitiva in termini di

attendibilità esterna, il giudice non potrà porre quella sola prova a base della pronuncia.

Il riscontro, dunque, non è altro che un'ulteriore tipologia di *ragionamento*, un ragionamento che si colloca idealmente in una fase *preliminare* rispetto a quella – di cui già dicevamo – attraverso la quale il giudicante dal fatto noto perviene alla dimostrazione dell'esistenza del fatto ignoto. In assenza di riscontri, *i.e.* di un ragionamento che porti ad attestare l'attendibilità del portato conoscitivo dell'elemento di prova, il secondo *step* del percorso logico-deduttivo è, *ex lege*, precluso al giudice³³¹.

Ebbene, se così è, la sentenza definitiva mal di presta ad essere setacciata al vaglio di obbligatori riscontri. L'operazione logica del riscontro si pone in frontale contrasto con la definitività dell'accertamento giudiziale, nella misura in cui lo si può concepire quale tentativo di smentita del contenuto informativo di un determinato elemento istruttorio al fine di saggiarne la tenuta in punto di credibilità ed affidabilità. Pare seriamente arduo ipotizzare la sottoposizione a tentativo di smentita della logica motivazionale di una pronuncia giudiziale per il tramite di altri elementi acquisiti al processo. Semmai, entro i termini in cui ciò sia possibile, è possibile assoggettare il ragionamento del giudice ad una serie di censure in sede d'impugnazione, finanche dinanzi al giudice di legittimità ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. *e*) c.p.p., per risolverne difetti logico-argomentativi e di ricostruzione motivata dei fatti oggetto d'imputazione. Per contro, una volta conclusasi tale vicenda, e salvo la riapertura del processo con rimozione della sentenza per revisione (art. 629 ss. c.p.p.), il *decisum* non può essere inficiato in altra sede processuale sottoponendolo a *(ri)valutazioni*.

Tanto più che queste risulterebbero fondate su elementi che, per giunta, possiedono natura eccentrica ed incommensurabile rispetto alla sentenza stessa (mentre di solito i riscontri si operano tra elementi probatori, che possiedono natura omogenea anche se strutture difformi).

E dunque, se è vero che il giudicato esplica il suo effetto vincolante *solo* nei limiti degli artt. 651 ss. c.p.p. e *mai* nei confronti di altri accertamenti in sede penale, purtuttavia ciò implica solamente che il sistema accetta l'eventualità di decisioni, separate ed autonome, discordanti su medesimi fatti, ma non autorizza affatto a mettere in discussione l'espressione dell'esercizio del potere giurisdizionale di accertamento e

³³¹ P. TONINI-C. CONTI, *Il diritto delle prove*, cit., 275 ss.; Id., *Manuale*, cit., 342 ss.

decisione da parte di altro giudice, in una sede diversa dalla fase d'impugnazione nell'ambito del medesimo processo.

Un ultimo profilo di criticità sistematico-ordinamentale, che si manifesta sia quando sede d'immissione di una *res iudicata* penale sia un processo penale sia quando lo sia un giudizio di natura diversa, merita di essere sinteticamente segnalato.

Si consideri l'eventualità che, mancando alcun tipo di preclusione in proposito, ad essere messa in circolazione tra processi penali sia una sentenza di applicazione della pena su richiesta (art. 444 ss. c.p.p.). L'art. 238-*bis*, salvo richiederne l'irrevocabilità, nulla dispone sull'ammissibilità di simile 'para-documento'. Eppure, se si accede alla tesi che vede nello scarno apparato motivazionale della sentenza *de qua* l'attestazione di un accertamento *incompleto*, che – in forza dell'accordo manifestato dalle parti necessarie – sposti più in basso l'asticella dell'*onus probandi* gravante sull'accusa, accontentandosi per l'irrogazione della sanzione richiesta che allo stato degli atti non emerga l'*evidenza dell'innocenza*, si nota la pericolosità di consentire ad una pronuncia di questo genere di accedere al compendio probatorio fruibile da altro giudice per altra decisione su altro fatto storico di reato. Il giudice *a quo*, infatti, non ha provveduto ad accertare nulla; si è piuttosto limitato a verificare, sulla scorta delle emergenze raccolte nelle indagini, solo ciò che *non c'è*, ossia la prova evidente dell'innocenza. Non si vede, dunque, come un simile 'documento' possa offrire supporto gnoseologico al giudice *ad quem*; d'altronde, acquisire la sentenza di patteggiamento mette a repentaglio la presunzione d'innocenza nonché il canone del contraddittorio nella formazione della prova che pretende l'espunzione di qualsiasi atto d'indagine dal panorama conoscitivo del giudice del dibattimento.

Per quanto concerne, invece, la spendita della sentenza di patteggiamento in vicende giudiziali afferenti ad altri rami giurisdizionali (civile, disciplinare, tributario, contabile e amministrativo), basti osservare quanto segue.

Sino ad oggi, costituiva *refrain* ricorrente delle pronunce dei giudici civili³³² (e non

³³² Cass. civ., sez. L., 19 luglio 2021, n. 20560, in *Quot. giur.*, 2021: «Nei giudizi disciplinari che si svolgono davanti alle autorità pubbliche, e quindi anche in quelli contro i dipendenti della P.A., a norma degli artt. 445 e 653 c.p.p., la sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti ha efficacia di giudicato quanto all'accertamento del fatto, alla sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso; ne consegue che quando la contrattazione collettiva fa riferimento, per la graduazione delle sanzioni disciplinari a carico del pubblico dipendente, alla sussistenza, per i medesimi fatti, di sentenza di condanna penale, quest'ultima, in ragione del disposto del citato art. 653, deve presumersi riguardare anche il caso di sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 c.p.p.»; Cass. civ., sez. L., 18 dicembre 2017, n. 30328, in *CED*, n.

solo) quello per cui, pur non esplicando efficacia di giudicato in tale sede, la sentenza di patteggiamento, specie nelle controversie in materia di lavoro, potesse spiegare efficacia di prova, dotata per giunta di una privilegiata persuasività nella misura in cui – fraintendendo la peculiarissima dinamica sottostante alla manifestazione di assenso all'applicazione della pena da parte dell'imputato – la giurisprudenza civile vedeva nella sentenza ex art. 444 c.p.p. una *ammissione* di commissione del fatto, univocamente emergente dal fatto che, altrimenti, l'imputato non avrebbe prestato il consenso a subire un trattamento sanzionatorio. Il ragionamento, teoricamente eccezionale, conduceva dunque a quel medesimo esito che, a monte, veniva dichiarato di non voler asseverare: stante una sorta di applicazione a tale ipotesi del principio di non contestazione (art. 115 c.p.c.), il giudice poteva (anzi, doveva) considerare per ammessa la penale responsabilità per il fatto di cui alla sentenza acquisita e, dunque, fondare su tale base la decisione, salvo specificamente motivare come mai l'imputato avrebbe ammesso un'insussistente responsabilità per poter disattendere la 'prova per sentenza'.

Ebbene, per far fronte ad una simile distorsione dogmatica, fautrice di sgradevoli conseguenze pratiche³³³, l'ultima riforma del processo penale ha previsto un nuovo comma 1-*bis* all'art. 445 c.p.p. La norma di recente conio, nella sua prima parte, dispone: «La sentenza prevista dall'articolo 444, comma 2, anche quando è pronunciata dopo la chiusura del dibattimento, non ha efficacia e non può essere utilizzata a fini di prova nei giudizi civili, disciplinari, tributari o amministrativi, compreso il giudizio per l'accertamento della responsabilità contabile»³³⁴.

A fronte di un sistema che è chiarissimo nel selezionare puntualmente i casi ed i

646556-01: «La sentenza penale di applicazione della pena ex art. 444 c.p.p. costituisce *indiscutibile elemento di prova* per il giudice di merito il quale, ove intenda disconoscere tale efficacia probatoria, ha il dovere di *spiegare le ragioni per cui l'imputato avrebbe ammesso una sua insussistente responsabilità*, ed il giudice penale abbia prestato fede a tale ammissione; detto riconoscimento, pertanto, pur non essendo oggetto di statuizione assistita dall'efficacia del giudicato, ben può essere utilizzato come prova nel corrispondente giudizio di responsabilità in sede civile, atteso che in tal caso l'imputato non nega la propria responsabilità e accetta una determinata condanna, chiedendone o consentendone l'applicazione, il che sta *univocamente* a significare che il medesimo ha ritenuto di non contestare il fatto e la propria responsabilità» (corsivo nostro); Cass. civ., sez. L., 29 febbraio 2016, n. 3980: «La sentenza penale di applicazione della pena ex art. 444 c.p.p., pur non configurando una sentenza di condanna, *presuppone comunque una ammissione di colpevolezza*, sicché esonera la controparte dall'onere della prova e costituisce un importante elemento di prova per il giudice di merito, il quale, ove intenda discostarsene, ha il dovere di spiegare le ragioni per cui l'imputato avrebbe ammesso una sua insussistente responsabilità, ed il giudice penale abbia prestato fede a tale ammissione».

³³³ Non ultimo l'effetto deterrente rispetto all'accesso a tale rito speciale, con negative conseguenze in punto di deflazione dei carichi processuali pendenti.

³³⁴ Su cui M. GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente. Guida alla lettura della riforma Cartabia. Profili processuali*, in *Sist. pen.*, 2 novembre 2022, p. 55; A. CHELO-F. DEMARTIS, *Il patteggiamento secondo Cartabia*, in AA.VV., *La Riforma Cartabia*, cit., 413 ss.; P. TONINI-C. CONTI, *Addenda n. 1*, cit., 155.

limiti di esplicazione di efficacia vincolante del giudicato penale (artt. 651 ss. c.p.p.), e, oggi, nell'escludere esplicitamente alcun tipo di efficacia extrapenale altrove di una sentenza dotata di connotati accertativi del tutto peculiari, occorrerà attendere di verificare come la prassi si regolerà. In particolare, se, a fronte di una netta ed inesorabile regola d'esclusione, i giudici si atterranno al precetto legale, con rinnovata consapevolezza della scarsa se non nulla portata conoscitiva della sentenza *de qua*, del tutto inidonea a supportare il giudice nel suo percorso di verifica della corrispondenza delle asserzioni di parte alla storica materialità dei fatti; ovvero se, insofferenti rispetto all'eventualità di perdere strumenti che – pur difettosi sotto il profilo della valenza euristica – costituivano sino ad oggi un portentoso puntello per decisioni più rapide, metteranno in campo rinnovate strategie epistemiche per saziare con quante più informazioni pur che siano la propria famelica voracità conoscitiva.

CAPITOLO III

RIFLESSI DELL'INUTILIZZABILITÀ NEL MOMENTO DELL'INTERSCAMBIO PROBATORIO

SOMMARIO: 1. LA VALIDITÀ DELL'ELEMENTO CONOSCITIVO CIRCOLANTE: INCERTEZZE ESEGETICHE – a. *L'obiettivo dell'indagine: una premessa* – b. *Incertezze esegetiche, tra dottrina e formante giurisprudenziale* – 2. IL RIGOROSO DETTATO DELLE DISPOSIZIONI NORMATIVE IN TEMA DI INUTILIZZABILITÀ E LA STRUTTURA DEL VIZIO DELLA PROVA INUTILIZZABILE: DIVIETO DI AMMISSIONE, DIVIETO DI ACQUISIZIONE, DIVIETO DI FRUIZIONE PER LA DECISIONE. IL «DIFETTO FUNZIONALE DELLA “CAUSA” DELL'ATTO PROBATORIO». POSTILLA: ESCLUSIONE DELLA CONFIGURAZIONE DELLA CIRCOLAZIONE DELLA PROVA INUTILIZZABILE ALLA STREGUA DI UN'IPOTESI DI INUTILIZZABILITÀ DERIVATA – 3. UN'IPOTESI SPECIALE DI CIRCOLAZIONE PROBATORIA DI PROVE INUTILIZZABILI: LE INTERCETTAZIONI RIVERSATE IN PROCEDIMENTI DIVERSI (ART. 270 C.P.P.) – a. *Ratio del divieto di acquisizione trans-procedimentale di intercettazioni aliunde disposte* – b. *L'approccio restrittivo (ma non troppo) delle Sezioni unite Cavallo (Cass. pen., Sez. un., n. 51/2019)* – c. *Prospettive alternative: la metonimia del diverso procedimento* – d. *I fraintendimenti della recente riforma* – 5. PROVE ACQUISITE IN VIOLAZIONE DI DIVIETI STABILITI DALLA LEGGE E PROVE *CONTRA IUS*. SPINOSE CONCETTUALIZZAZIONI DOGMATICHE APPLICATE ALLA DINAMICA DEL FENOMENO CIRCOLATORIO – a. (Segue) *Prove illecite, prove incostituzionali ed osmosi processuale intersistemica* – 6. L'INUTILIZZABILITÀ A TUTELA DEL 'MIGLIOR ACCERTAMENTO': VALUTAZIONE IN PUNTO DI ESPORTABILITÀ IN PROCESSI DI NATURA NON PENALE – 7. MANCANZA DI UN MODULO PROCEDIMENTALE *AD HOC* PER UN VAGLIO ANTICIPATO DELL'EVENTUALE DIFETTO D'ORIGINE DELLA PROVA PENALE CIRCOLANTE. CONCLUSIONI: UNA PROPOSTA *DE IURE CONDENDO*

1. LA VALIDITÀ DELL'ELEMENTO CONOSCITIVO CIRCOLANTE: INCERTEZZE ESEGETICHE

a. *L'obiettivo dell'indagine: una premessa*

La affascinante quanto critica problematicità teorico-pratica dell'attuazione delle dinamiche circolatorie, specie quando coinvolgano vicende processuali incardinate in differenti settori giurisdizionali, si coglie appieno allorché ci si rivolga ad indagare, al di là dei dilemmatici profili *strutturali* di legittimità del fenomeno, l'ulteriore spinosa questione, epistemologicamente significativa, dell'eventuale *preclusione* all'interscambio derivante in potenza dall'*invalidità genetica* che marchi a fuoco il dato cognitivo oggetto del proposito di acquisizione *ab externo*.

Tenuto conto delle conseguenze di non irrisorio conto per le aspirazioni conoscitive dell'esperienza processuale derivanti dalla postulazione di una efficacia *esterna* in capo alle cause di invalidità probatoria (per il momento, facciamo uso di una categoria ampia e generalissima, di cui ceselleremo a breve i profili per noi rilevanti), è giunto il momento di dedicarsi *funditus* alla disamina dell'articolato problema. Sull'onda delle riflessioni condotte sin qui, in merito alla ineludibile necessità di contemperare l'essenziale individualità di ciascuna *lex probatoria* delle varie ramificazioni della

giurisdizione con l'individuazione di punti di confluenza indispensabili per far dialogare in modo proficuo le rispettive istruttorie per il tramite della trasfusione di materiale cognitivo, l'obiettivo particolare che ci si prefigge è di comprendere se vi siano argomenti per sostenere la predetta efficacia esterna di determinate cause di invalidità probatoria ed in che misura ciò si realizzi. La risposta affermativa richiederà poi – ed è questo l'obiettivo ultimo cui auspichiamo di condurre la nostra disamina – di reperire i più adeguati strumenti processuali per consentire che i riflessi dell'invalidità istruttoria trasversale possano compiutamente dispiegarsi.

b. *Incertezze esegetiche, tra dottrina e formante giurisprudenziale*

È affermazione ricorrente, nei principali studi condotti dalla dottrina sul tema di nostro interesse, che legittimo oggetto di dinamiche migratorie transprocedimentali debbano (e possano) essere solo elementi processualmente *validi*¹.

Una puntualizzazione preliminare pare d'obbligo. Adoperando un lessico generalista che sia idoneo a soddisfare le classificazioni dogmatiche proprie di ogni processo, allo stato basterà concepire tale 'invalidità', asseritamente preclusiva della penetrazione di prove in una sede diversa da quella genetica tramite le barriere osmotiche che si frappongono tra le separate vicende giudiziali, quale conseguenza della violazione delle regole di esclusione sancite a mo' di filtro selettivo nell'ambito di ogni sistema probatorio informato al canone della legalità processuale. Se nel contesto processualpenalistico un fenomeno di tal genere viene ricondotto alla categoria della *illegittimità* (i cui contorni dovranno poi meglio definirsi), in ambito civilistico l'etichetta a cui si fa di regola riferimento è quella della *inammissibilità*. In chiave stipulativa, ci riferiremo per il momento – come anticipato – al più generale concetto di

¹ *Ex plurimis*, N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, Padova, 2003, 68 ss., in particolare: «Sebbene non espressamente indicato, dunque, il requisito della validità sostanziale e formale dell'atto, è condizione ulteriore per una sua utilizzazione esterna»; parrebbe collocarsi nel medesimo orizzonte anche G.M. BACCARI, *Il contemperamento tra libera circolazione degli atti e diritto al contraddittorio*, in AA.VV., *Le nuove leggi penali: abuso d'ufficio, dichiarazioni del coimputato, videoconferenze giudiziarie*, Padova, 1998, 198, nt. 16; all'apparenza concorde – per quanto la posizione accolta non collimi per determinati aspetti con quanto qui sostenuto – anche I. CALAMANDREI, *La prova documentale*, Padova, 1995, 103; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, III ed., Torino, 2010, 213; Id., *Prove penali, "giusto processo" e poteri di acquisizione del giudice tributario*, in *Dir. prat. trib.*, 2000, 4, 10943 ss., § 1; B. CAVALLONE, *Oralità e disciplina delle prove nella riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 4, 730 ss.; G.F. RICCI, *Prove penali e processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, 899 ss.: «Comunque, volendo offrire qualche indicazione, si dovrebbe sostenere che l'invalidità della prova penale ne impedisce in generale l'acquisizione nel processo civile»; Id., *Le prove illecite nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 1, 64; L. QUERZOLA, *L'efficacia dell'attività processuale in un diverso giudizio*, Bologna, 2016, 222-223; G. RUFFINI, *La giurisprudenza civile in tema di giudizio di rinvio a norma dell'art. 622 c.p.p.*, in AA.VV., *Processo penale e processo civile: interferenze probatorie e questioni irrisolte*, a cura di L. Luparia-L. Marafioti-G. Paolozzi, Torino, 2020, 285 ss.

invalidità per mancato rispetto di *exclusionary rules*, che potrebbe essere ben compendiata dalla qualifica in termini di *antigiuridicità* della prova.

Ebbene, il punto è che la posizione (del tutto condivisibile) sposata dai più attenti studiosi della materia risulta, il più delle volte, prospettata in termini aprioristici, senza, in effetti, dedicarsi poi più di tanto a rinvenire spunti normativi, letterali e/o sistematici, a fondamento della posizione avallata. L'asserto secondo il quale la validità della prova si porrebbe, nel contesto disciplinare dedicato, come requisito essenziale per l'altrettanto valida veicolazione altrove della stessa viene enunciato in maniera apodittica, come se si trattasse di principio autoevidente².

Tuttavia, rintracciare giustificazioni a supporto della ricostruzione, che vuole il flusso probatorio interprocessuale impedito dal vizio che affligge l'essenza dell'elemento istruttorio, ci sembra un passaggio indispensabile, in ragione della verificabile totale carenza (quantomeno apparente) di espresse indicazioni legislative nel contesto della disciplina del meccanismo del prestito di materiale preformato altrove. Solo così si può controbattere in maniera efficace e persuasiva alla prevalente visione sponsorizzata nei ranghi della giurisprudenza, tendente a superare il problema dell'invalidità del dato allogeno sfoderando una consistente serie di espedienti operativi per precludere, in definitiva, la sanzionabilità del vizio con la sua estromissione dal bagaglio di conoscenze acquisibili *aliunde*³.

Procediamo, dunque, ad esaminare taluni dei più spinosi dilemmi che, *in parte qua*, si spalancano sull'orizzonte sul quale insiste il fenomeno circolatorio e con i quali occorre, a nostro avviso, confrontarsi per asseverare con serietà il pur condivisibile assunto dottrinale di cui abbiamo fatto menzione. Le questioni sul tavolo, ad ogni modo, possono essere ricondotte a due, declinate volta a volta con differenti accenti a seconda della prospettiva dalla quale si esamini il problema: se ed in base a quale principio l'invalidità 'maturata' a monte, nel giudizio *a quo*, sia idonea a riflettersi

² N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992, 79.

³ Non si può, ad ogni buon conto, trascurare di segnalare come, in un contesto pretorio ambivalente e nient'affatto univoco, illuminati approdi giurisprudenziali (Cass. pen., Sez. un., 9 aprile 2010, n. 13426, Cagnazzo, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 6, 679; Cass., Sez. un., 13 gennaio 2009, n. 1153, Racco, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 3, 302, nonché in *Giur. it.*, 2010, 4, 942, con nota di M. PANZAVOLTA), coniando il c.d. principio dell'ubiquità dell'inutilizzabilità, hanno ritenuto di poter estendere l'efficacia dei limiti probatori penali ad ogni branca del diritto, riconoscendo nell'inutilizzabilità l'espressione del diritto alla prova, «assurto al rango di paradigma del parametro costituzionale sul giusto processo». Ciò implica, come vedremo più oltre nella trattazione, la necessità di comprendere come conciliare tale principio con gli orditi processuali diversi dal rito penale.

sull'immissione dell'elemento viziato nella vicenda processuale *ad quem*; se le regole di esclusione prescritte per una data sede siano idonee a proiettare la propria vincolatività anche *extra moenia*, e, in caso di risposta affermativa, in che modo.

Esaminando il tema nella limitata ottica delle relazioni di interscambio coinvolgenti solo processi penali, è facile avvedersi che la norma di riferimento, *i.e.* l'art. 238 c.p.p., nulla dispone quanto alla necessità che l'elemento oggetto delle dinamiche di '*import-export*' risulti connotato dalla '*doppia validità*' (tanto rispetto al giudizio di provenienza, quanto nella sede di destinazione) quale requisito pregiudicante la legittimità complessiva del fenomeno migratorio. Se ne potrebbe desumere la conferma dell'erroneità della tesi che volesse assegnare illimitata portata al tipico vizio genetico delle prove penali, ossia l'inutilizzabilità, anche al di là dei confini della singola vicenda ove essi si fossero concretizzati.

Eppure, siamo convinti che, sulla scorta di argomenti sistematici, sia ragionevole sostenere la mera apparenza della ipotizzata lacuna.

Anticipando taluni concetti su cui torneremo nel prosieguo, occorre tener bene a mente la collocazione delle norme dedicate ai criteri di ammissibilità delle prove e all'illegittimità delle stesse, rispettivamente art. 190 e art. 191 c.p.p., nell'alveo delle disposizioni *generali* in materia di prova. A ciò deve poi assommarsi la considerazione della *ratio* sottesa alle regole di esclusione che, come già abbiamo puntualizzato in precedenza⁴, sanciscono l'area della legittimità delle prove. L'ubicazione delle disposizioni che si occupano dell'ammissione *valida* dei mezzi di prova e dell'*espunzione* di quanto acquisito in violazione di simili *perentorie* indicazioni condizionanti è *univoco* indice della generalità della sua applicazione. Di talché se ne deve desumere che, al di là delle specifiche condizioni di ammissibilità e di utilizzabilità prescritte dall'art. 238 c.p.p. con esclusivo riguardo al processo *ad quem*, non si può prescindere dal preventivo scandaglio della essenziale (nel senso etimologico di 'afferente all'essenza') validità, in termini di ammissibilità ed acquisibilità, dell'elemento istruttorio allogeno⁵.

⁴ Si rinvia, sul punto, al Capitolo I, § 1.g. e § 4.

⁵ Si deve aggiungere l'argomento rappresentato dalla circostanza che, per propria natura, l'inutilizzabilità delle prove gode di una peculiare forza di resistenza rispetto all'effetto della *tabula rasa* che, in genere, viene associato al passaggio in giudicato della sentenza. Con la conseguenza non aggirabile per la quale, ancorché assunte in un giudizio ormai definitivamente chiuso con sentenza irrevocabile, le prove che in tale sede abbiano

Ad ulteriore supporto di tale conclusione, si pone altresì il riscontro offerto dal dato 'storico'. Ci si riferisce alle vicende che, nel passaggio dal progetto preliminare a quello definitivo del codice Vassalli, hanno condotto alla approvata formulazione dell'art. 343 c.p.p. Ebbene, la primigenia versione della disposizione citata non solo si occupava di vietare il compimento di determinati atti in mancanza dell'autorizzazione a procedere, ma alla violazione del predetto divieto riconnetteva la sanzione dell'inutilizzabilità 'trasversale', estesa insomma *anche* al caso in cui si volessero spendere *altrove* tali risultati d'indagine. La *Relazione* al codice Vassalli ha chiarito le ragioni per le quali si fosse infine proceduto ad elidere quest'ultima prescrizione: in particolare, la considerazione che «l'estensione fosse] parsa *superflua* e al tempo stesso fonte di possibili equivoci, là dove [avrebbe potuto] far pensare che l'inutilizzabilità di una prova di un dato processo valga anche in un diverso processo solo quando ciò sia specificamente previsto». Dunque, per quanto l'*intentio legis* non possa mai costituire da sé sola argomento dirimente, nel caso di specie assume un peso alquanto significativo, in uno con quanto già evidenziato, nel senso di indicare come insito nel sistema codicistico configurato nel 1988 un reciso vincolo impediente al passaggio da un processo all'altro di prove viziate. Nessuna sopravvivenza deve garantirsi a queste ultime⁶.

Se ne desume che l'elemento probatorio, per fluire indisturbato ad altro separato giudizio penale, non deve essere stato ammesso e formato in violazione di divieti probatori nella sede genetica: il che suggerisce una sorta di ultrattività non solo del vizio che eventualmente affligga la prova, bensì anche delle *exclusionary rules*. Inoltre, il dato cognitivo allogeno non potrà, in ogni caso, essere ammesso nella sede di destinazione allorché, in ragione della specificità oggettiva e soggettiva della vicenda ivi *sub iudice*, sia individuabile una qualche preclusione tale per cui, se vi fosse istanza di esperire il corrispettivo mezzo istruttorio 'costituendo' direttamente nel giudizio *ad quem*, il giudice sarebbe tenuto a respingere la richiesta, *ex artt.* 190-191 c.p.p., in forza

riportato 'ferite' tali da inficiarne la stessa essenza non potranno fare legittimo ingresso in altra vicenda processuale in forza dell'intervenuto passaggio in giudicato della sentenza del giudizio *a quo*. Quest'ultima fattispecie processuale non è idonea ad operare quale causa di sanatoria dell'inutilizzabilità (ha il mero potenziale per impedire, nella sede genetica, di continuare a discutere di simile questione, sulla quale pone una pietra tombale). Sul punto, condividiamo quanto argomentato da A. SCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, Torino, 2000, 193 ss.

⁶ N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova*, cit., 81 ss.

dell'esistenza di un divieto la cui violazione comporterebbe l'illegittimità dell'elemento eventualmente ricavato dall'assunzione del mezzo istruttorio.

Ciò significa che il giudice *ad quem* risulta investito di una indagine, che potremmo definire 'bifocale', in ordine alla validità dell'elemento che circola⁷.

Un *focus* va rivolto al passato, all'origine del dato conoscitivo: la relativa indagine sarà da condursi in relazione alle regole escludenti da applicarsi in quella sede (sul presupposto che, se il giudice *a quo* avesse fatto corretta applicazione delle norme suddette in fase di ammissione, tale prova non sarebbe stata assunta e, dunque, il protocollo che la documenta non avrebbe potuto essere prodotto in altra sede).

Un *focus* va, in aggiunta, diretto al presente, valutando la conformità del mezzo di prova⁸ alle regole di esclusione probatoria che vengono in risalto nella vicenda di destinazione. Si dovrà, ad esempio, considerare la veste processuale in cui un certo soggetto ha reso le dichiarazioni che si vogliono acquisire e valutare se, nel giudizio *ad*

⁷ *Contra*, I. CALAMANDREI, *La prova documentale*, cit., 103 ss., in specie nt. 22. L'Autrice pone l'accento sulla mera rilevanza dei vizi formali intervenuti nel procedimento *a quo*, in quanto, a suo dire, sarebbero solo le norme formali a qualificare un certo atto come afferente ad un dato procedimento, in specie quello *a quo*: ciò impone al giudice *ad quem* di verificare in via preliminare, nel caso in cui un dato atto fosse in origine affetto da nullità, se tale vizio sia stato sanato nella sede originaria e solo a quel punto potrà ammettere la prova *ab externo* secondo le dinamiche declinate dall'art. 238 c.p.p. Per contro, l'Autrice svaluta il peso del rispetto nel rito *a quo* delle norme che la stessa definisce 'sostanziali' ai fini della legittima circolarità interprocessuale di una data prova, a fronte della attribuzione di rilevanza con esclusivo riguardo alle cause di inutilizzabilità che potrebbero rendere inammissibile la prova nel giudizio *ad quem*, in virtù della natura che la prova trasmigrante assume in quest'ultima sede.

È d'uopo evidenziare come simile posizione risulti senz'altro funzionale alla agevolazione del flusso di conoscenze transprocessuali, ma foriera di rischi di notevole entità sul fronte della tutela delle prerogative epistemologiche ed assiologiche che, nel giusto processo, il legislatore si fa carico di assicurare e che, pertanto, dovrebbero trovare presidio in ottica trasversale, pena la perpetuazione di lesioni che a monte il legislatore avrebbe voluto impedire in radice (così anche N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., 69-70). Se qualche dubbio – più sul *quantum* dell'estensione inter-ordinamentale delle fattispecie escludenti che non sull'*an* – potrebbe essere sollevato con riguardo alle ipotesi di osmosi tra giudizi di diversa natura, non dovrebbe per contro nutrirsi alcuna incertezza in merito alla generalizzata applicazione delle regole di esclusione, a prescindere dalla sede di loro violazione, qualora i processi interessati dal fenomeno migratorio siano entrambi di natura penale. Peraltro, il quadro dipinto dall'A. sembra contraddetto, almeno sotto un certo profilo, dalla affermazione che la stessa propone in altro scritto successivo (I. CALAMANDREI, *Le nuove regole sulla circolazione probatoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1, § 1), ove ella nega che possa considerarsi prova quel materiale sulla cui attendibilità si possano nutrire dubbi di sorta: ebbene, se – come abbiamo già dimostrato – le regole probatorie costruite in termini escludenti tra l'altro sono poste a presidio del superiore interesse – che è tanto dell'ordinamento in generale quanto delle parti in particolare – al perseguimento del migliore accertamento dei fatti, e se anche a detta di Calamandrei ciò la cui attendibilità non è certificabile secondo gli schemi legali accreditati dal sistema non può assumere il crisma della prova, se ne desume che la violazione di *exclusionary rules* a base ontologico-gnoseologica priva l'elemento acquisito della veste di prova e, nel momento circolatorio, esso non deve poter essere incluso nel compendio conoscitivo della sede di destinazione. Il che implica, se non altro per questa ipotesi (ma, a maggior ragione, dovrebbe considerarsi l'analoga soluzione per le regole escludenti etico-assiologiche), il rilievo nella vicenda di destinazione del mancato ossequio ai canoni escludenti nella sede di formazione del materiale che ivi si voglia trasporre.

⁸ Da intendersi non solo come documento, che costituisce soltanto il fenotipo ed il veicolo della prova allogena e che, ad ogni modo, deve superare il vaglio al lume dei requisiti dell'art. 238 c.p.p., bensì anche come prova costituenda – che con l'immissione *ab externo* viene surrogata – come se in tale forma ne fosse richiesta l'ammissione nel giudizio *ad quem*.

quem, non ricorrano invece casi per cui la posizione soggettiva di questi muterebbe e farebbe attivare differenti garanzie e regole di ammissibilità ed assunzione tali da precludere l'immissione di tale protocollo scritto nella sede ove l'istanza sia stata formulata.

Non potrà che essere così, in quanto il codice di rito penale, come visto, impone che le cadenze del subprocedimento di ammissione delle prove siano dettate *anche* per le prove documentali, ne disciplina di *specifiche* destinate a regolare l'immissione altrove di verbali di prove *aliunde* assunte, ed inoltre i criteri per l'ammissione delle prove, comprensivi anche della legittimità del mezzo istruttorio e dell'elemento ottenuto, sono prescritti *in generale* per tutte le prove e devono essere vagliati proprio *in limine* all'istruttoria, secondo i parametri del procedimento probatorio suddetto (salvo procedere all'espunzione, anche d'ufficio, del materiale viziato, in ogni stato e grado del procedimento).

D'altronde, probabilmente anche perché suggestionato dalla menzionata lacuna *apparente* nel sistema del diritto delle prove penali, un diffuso filone giurisprudenziale ha adottato un lasso atteggiamento ermeneutico al metro del quale, per amor di efficientismo, si tende a svalutare gli eventuali profili di invalidità probatoria. In specie, si accantonano con frequenza le problematiche emergenti, nel momento dell'importazione di materiale probatorio lesivo di *exclusionary rules*, sul fronte del potenziale accertativo nonché della lesività di istanze personalistiche. Lo strumento per perseguire tale obiettivo è l'evocazione del potere salvifico della discrezionalità dell'organo giudicante, tanto sul fronte della individuazione delle specifiche cause invalidanti dell'elemento probatorio (sia nella sede d'origine sia nel loro riflettersi sulla sede di destinazione), quanto in relazione alla loro concreta valorizzazione efficiente nel funzionamento del sistema dell'interscambio extraprocessuale. Si tratta di strategia argomentativa incardinata sulla spendita indiscriminata del libero convincimento⁹, che

⁹ Cui ad altri fini già abbiamo fatto cenno, sia con riferimento a questo precipuo aspetto, sia in relazione alla spendita del canone valutativo del libero convincimento quale chiave giustificativa dell'inclusione *ab externo* di prove penali in contesti processuali differenti.

Emblematiche le parole di G. UBERTIS, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Torino, 1995, 89: «In sintesi, per un verso, il libero convincimento non può essere inteso come "una vorace potenza superlogica, che trae il proprio alimento da tutto ciò che anche per un solo istante sia comparso sulla scena del processo": solamente quanto ritualmente acquisito può essere usato per la decisione, perché "il convincimento è 'libero' nell'ambito del processo; ma, nell'ambito del processo, ci sta ciò che ci può legittimamente stare" né "il principio del libero convincimento...può servire a superare il rispetto della legalità (tipicità) nelle modalità di acquisizione delle prove" [...] È appunto in questa dimensione che si situa la disciplina prevista dall'ordinamento

manifesta, ancora una volta, la refrattarietà della prassi alla impermeabilizzazione del giudizio rispetto all'immissione nel compendio di conoscenze fruibili per la decisione di materiale incapace di assurgere al rango di prova secondo i dettami selettivi posti dalla normativa applicabile¹⁰.

Ciò fa sì che, nella quotidianità dell'attività istruttoria nelle aule di giustizia, si squalifichi, in forza della asserita capacità del giudice di valutare in autonomia la intrinseca utilità euristica di ciascuna informazione acquisita *extra moenia*, prima e a prescindere dalla considerazione di suoi eventuali vizi originatisi altrove. Si invoca, verrebbe da dire, una sorta di 'superpotere' dell'organo giudicante, ritenuto capace, nonostante il sistema si mostri di contrario avviso, di scrutare e vedere attraverso i difetti genetici delle prove e trarne conoscenze asseritamente idonee a fondare una decisione sulla regiudicanda. Il tutto senza considerare che, in taluni casi, il legislatore avrebbe preteso l'eliminazione di un dato elemento dal potenziale orizzonte valutativo del giudice proprio per tutelare l'incontaminazione del suo convincimento rispetto a fonti a monte ritenute incapaci di veicolare in giudizio conoscenze affidabili secondo l'*id quod plerumque accidit*. Innanzi a simili barriere, non ci sembra ragionevole né legittimo far leva sulla capacità del giudice di sceverare l'attendibilità dell'informazione dall'inquinamento di tecniche conoscitive inaffidabili per la costruzione del mezzo che lo veicola in giudizio, quasi che la libertà valutativa del giudicante fosse dotata di un innato potere taumaturgico in grado di sanare, sul fronte del significato informativo-

processualpenalistico italiano, laddove, tracciando in via generale "gli itinerari del convincimento del giudice", sancisce l'inutilizzabilità delle prove illegittimamente acquisite (art. 191 c.p.p.) e ribadisce che "il giudice non può utilizzare ai fini della deliberazione prove diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento" (art. 526 c.p.p.)».

¹⁰ Sul punto si vedano A. GAITO, *Quali limiti alla sanatoria dell'inutilizzabilità di atti compiuti in altro procedimento?*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 12, 1517; C. VALENTINI REUTER, *Limiti all'utilizzabilità di prove assunte in altro procedimento*, in *Giur. it.*, 1992, 4, II, 203. A titolo emblematico, Cass. pen., sez. I, 12 marzo 2001, n. 10133, in *CED*, n. 218214-01; con precipuo riferimento all'ipotesi circolatoria di cui all'art. 270 c.p.p., si rinvia alla approfondita disamina condotta al § 3 del presente Capitolo. Severamente critico rispetto alle manifestazioni istintive di 'conservatorismo' giurisprudenziale soddisfatte tramite indebiti reimpieghi e riciclaggi di prove antiggiuridiche F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008, 97 ss., il quale tuttavia – in chiave all'apparenza contraddittoria – poi osserva che nell'evenienza della circolazione di prove viziate tra procedimenti, «nessuno dubita che il giudice *ad quem* abbia piena autonomia valutativa della utilizzabilità della prova paracadutata da altro procedimento». Invero, a tentare una 'interpretazione autentica' dell'asserto, che parrebbe mal conciliarsi con l'afflato garantista che muove lo studio condotto dal menzionato Autore, sembra plausibile ritenere che Dinacci abbia voluto soltanto assegnare in via esclusiva all'organo giudicante del processo *ad quem* il compito di sondare l'eventuale ricorrere di una causa di invalidità – esterna ed interna – della prova oggetto d'importazione in tale sede, svincolandolo dalla necessità di attenersi alle valutazioni effettuate in merito dal giudice dell'istruttoria di provenienza. In quest'ottica ci sembra che la ellittica affermazione su riportata acquisisca un aspetto ben più in sintonia con il sistema ed assuma, così, reale persuasività.

accertativo, le patologie genetiche che impattano sulla stessa costruzione dell'elemento che si pretenda di valutare in ogni caso.

Dunque, tutto considerato, destituito di fondamento l'argomento pretorio incardinato su di una innominata 'sanatoria' *praeter* (se non anche *contra*) *legem* a mezzo del libero convincimento, vi sono molteplici indici della necessità di considerare i profili di invalidità che affliggono la prova immessa nei circuiti di interscambio processuale concernenti vicende penali, le quali peraltro condividono il medesimo paradigma epistemologico e lo stesso nucleo di fattispecie escludenti cui far riferimento.

In merito, invece, ai moti circolatori aventi ad oggetto prove penali proiettate verso giudizi di natura extrapenale, una prima criticità è rappresentata dalla, già più volte segnalata, carenza quasi assoluta di referenti normativi per la disciplina del marchingegno circolatorio di per sé. Lacuna che, dunque, impedisce di trarre da inesistenti disposizioni un aggancio per stabilire lo statuto della prova *ab origine* invalida circolante. A tale difficoltà ermeneutica se ne assomma una più specificamente legata all'ipotesi che stiamo esaminando, rappresentata dalla mancanza, nel sistema di invalidità della prova civile, di espressi indicatori che assegnino rilevanza a meccanismi sanzionatori delle violazioni di norme probatorie escludenti conciliabili con il draconiano marchingegno dell'inutilizzabilità prescritto per la prova penale invalida dall'art. 191 c.p.p. Il che potrebbe indurre al convincimento aprioristico che debba ritenersi del tutto irrilevante l'eventuale vizio genetico che affligga la prova penale da importarsi in sede extrapenale. L'atteggiamento diffuso, salvo rari casi, nella prassi giurisprudenziale avalla quest'ultimo punto di vista, legato tuttavia ad un mero scandaglio della normativa sul piano letterale¹¹.

¹¹ Motivo per cui non riteniamo puntuale la disamina che, del fenomeno che qui importa, ha proposto N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., 174, la quale scrive, con riferimento all'approccio della giurisprudenza civile all'immissione nel compendio conoscitivo civilistico di prove penali e al problema della necessità di operare un preventivo vaglio di validità dell'elemento prestato: «ritenuta ammissibile la ricezione *ab esterno* di dati cognitivi, purché le modalità della loro formazione e assunzione non siano state in origine tali da violare uno specifico divieto probatorio previsto dalla legge o implicitamente ricavabile dalle norme costituzionali a tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, ogni discussione si concentra sul valore da attribuire agli stessi nel processo di destinazione». A dar credito a tale ricostruzione, sembrerebbe sostenibile che la giurisprudenza extrapenale si ponga, nei confronti della traslazione, quale garante della validità originaria dell'elemento. Eppure, non è così. Prova ne siano le molteplici pronunce rese sul punto dai giudici di legittimità: Cass. civ., sez. III, 28 febbraio 2023, n. 5947, in *CED*, n. 667202-02; Cass. civ., sez. III, 5 maggio 2020, n. 8459, in *Foro it.*, 2021, 1, I, 278, con nota di N. MINAFRA, nonché *ivi*, 285, con nota di L. PASSANANTE; Cass. civ., sez. III, 13 dicembre 2019, n. 32784, in *CED*, n. 656143-01; Cass. civ., sez. V, 29 novembre 2019, n. 31243; Cass. civ., sez. II, 4 giugno 2014, n. 12577, in *CED*, n. 630956-01. Con specifico riferimento al caso in cui la prova 'trasli' dalla sede penale al giudizio civile in virtù dell'operatività dell'art. 622 c.p.p. in caso di trattazione *ab origine* cumulativa del *thema decidendum* penale e del *thema decidendum* risarcitorio, una netta chiusura rispetto alla possibilità di far valere dinanzi al giudice civile investito del rinvio sulle residue questioni aquiliane è stata

Tuttavia, come abbiamo cercato di dimostrare nel primo capitolo, l'esigenza che è sottesa, prima ancora che alla sanzione processuale dell'inutilizzabilità, alla formulazione di regole escludenti di determinati strumenti, fonti o elementi di conoscenza giudiziale non è, per certi profili, estranea ai sistemi probatori non penali *stricto sensu*. Riflessione che suggerirebbe di non liquidare la questione con tanta semplicità, a fronte di una mera disamina del tessuto normativo espresso. Si rendono piuttosto indispensabili e un'attenta analisi delle *rationes* al fondo di determinate previsioni in punto di formazione di prove contemplate anche nei sistemi 'inutilizzabilità-free', e una puntuale anamnesi degli snodi essenziali della disciplina processualpenalistica dei ridetti divieti escludenti e della loro effettiva implementazione nel processo.

Non si può peraltro trascurare, per un verso, che, se anche in materia di rito civile ordinario non è contemplata una sanzione processuale assimilabile a quella di cui all'art. 191 c.p.p., alcune leggi speciali vi hanno fatto inedito riferimento (art. 2-*decies* del d.lgs. 196/2003 per come modificato dall'art. 2 del d.lgs. 101/2018, rubricato proprio «Inutilizzabilità dei dati»; ovvero anche dall'art. 10 d.lgs. 28/2010 in tema di mediazione, rubricato «Inutilizzabilità e segreto professionale»¹²).

espressa a più riprese da Cass. Civ., Sez. III, 12 giugno 2019, n. 15859, in *CED*, n. 654290-01 e in *Foro it.*, I, 621, con nota di P. Proto Pisani, *Note in tema di annullamento*, cit.; Cass. Civ., Sez. III, 25 giugno 2019, n. 16916, in *CED*, n. 654433-01 e in *Foro it.*, I, 621, con nota di P. Proto Pisani; Cass. Civ., Sez. III, 10 settembre 2019, n. 22515, inedita; Cass. Civ., Sez. III, 10 settembre 2019, n. 22516, inedita; Cass. Civ., Sez. III, 10 settembre 2019, n. 22520, in *Foro it.*, 2020, I, 620, con nota di P. Proto Pisani; Cass. Civ., Sez. III, 12 settembre 2019, n. 22729, in *CED*, n. 655473-01; Cass. Civ., Sez. III, 15 ottobre 2019, n. 25917, in *CED*, n. 655376; Cass. Civ., Sez. III, 15 ottobre 2019, n. 25918, in *CED*, n. 655377. Sul punto, sia consentito rinviare a quanto già esaminato diffusamente al § 8 del Capitolo II.

¹² Quest'ultima disposizione risulta particolarmente significativa, in quanto risulta costruita proprio in termini analoghi ad una norma in materia di circolazione probatoria tra procedimenti, ponendo una preclusione all'utilizzo delle dichiarazioni rese e le informazioni acquisite nel corso della mediazione nel giudizio instaurato in seguito e che abbia, anche solo in parte, il medesimo oggetto, salvo che ricorra il consenso del dichiarante o dell'informatore. Inoltre, la previsione vieta la testimonianza (e il giuramento) sul contenuto delle dichiarazioni la cui acquisizione è vietata. Infine, il secondo comma pone il divieto di obbligare il mediatore a deporre sulle informazioni acquisite e sulle dichiarazioni rese dinanzi a lui, tutelandolo peraltro ai sensi dell'art. 103 c.p.p. e dell'art. 200 c.p.p. Di estremo rilievo che il legislatore si sia interessato di disciplinare la sorte, altrove, di contributi dichiarativi acquisiti in una diversa sede procedimentale, quasi a sottolineare la necessità di assicurare in giudizio la necessità di immediatezza, ma anche di preservare la riservatezza del procedimento di mediazione e di coloro che ivi vengano sentiti al fine di risolvere in via stragiudiziale la lite. Altra notazione d'interesse: nel caso *de quo* il divieto d'uso altrove, diversamente da quanto previsto in tutti gli altri casi dedicati a regolamentare la trasmigrazione di contributi probatori, viene qualificato con riferimento all'*oggetto* del giudizio ove si intenderebbe importare, ove ciò non fosse precluso, il materiale informativo. Inoltre, la disposizione in esame applica in modo esplicito ad un particolare ambito del settore giurisdizionale civile il principio di non sostituibilità, a conferma che l'inutilizzabilità menzionata nella rubrica e disciplinata nel testo della norma afferisce in pieno alla categorizzazione e all'alveo di operatività della sanzione processuale dell'inutilizzabilità di cui all'art. 191 c.p.p. Conferma ne sia, più che il rinvio alla disciplina che tutela il segreto professionale (che non è univocamente interpretata quale disciplina posta a pena di inutilizzabilità), il richiamo alle c.d. garanzie di libertà del difensore nel processo penale, in cui – per quanto qui importa – si sancisce l'inutilizzabilità di tutte le risultanze emergenti dall'esperimento di mezzi di ricerca della prova in violazione dei divieti e delle condizioni predisposte dallo stesso

Per altro verso, osservando il procedimento di prevenzione, ossia un sistema extrapenale che, per quanto abbiamo detto in precedenza, si colloca in posizione di maggior prossimità al rito criminale, emerge che di recente il legislatore abbia addirittura coniato una disposizione sull'ammissione delle prove costruita in chiave analoga all'art. 190 c.p.p., comprensiva dunque del richiamo alla legittimità della prova. Il che non può non rappresentare quantomeno un indice significativo, per quanto non univoco, nel senso della necessità di scrutinare la legittimità dell'elemento istruttorio *aliunde* formato allorché lo si voglia introdurre nel plesso conoscitivo in sede prevenzionale. E ciò ha tanto maggior peso se si riflette sul fatto che, in forza della già esaminata distorta lettura del principio autonomistico, la prassi del procedimento sulla pericolosità sociale rappresenta una delle maggiori aree di resistenza oltranzista rispetto all'impatto della specifica identitaria sanzione processualpenalistica dell'inutilizzabilità¹³.

Per un altro verso ancora, non si può ignorare quel virtuoso formante giurisprudenziale convenzionale e costituzionale – che già menzionavamo in precedenza – che, sulla scorta di un'evoluzione sempre più garantista, facendo leva sulla pregnanza dell'afflittività del trattamento sanzionatorio irrogabile a fronte di determinati illeciti formalmente amministrativi e dunque sulla prossimità oggettiva al giudizio penale, si è mostrato oltremodo propenso all'estensione a tale area non solo dei principi del diritto penale sostanziale, bensì anche – da ultimo – di talune regole probatorie a struttura filtrante¹⁴.

Si consideri, infine, che, nell'ambito della elaborazione dottrinale¹⁵, si sono diffuse

art. 103 c.p.p. Addirittura, l'esplicito riferimento a quest'ultima norma nel contesto di una disciplina dedicata al settore civile suggerisce che vi siano interessi di pregnanza ordinamentale tale da meritare l'esportazione in una sede diversa da quella penale una regola di esclusione precipua del rito criminale.

¹³ Non si può, a questo proposito, mancare di segnalare Cass. pen., sez. I, 1 luglio 2016, n. 27147, in *CED*, n. 267058-01, così massimata: « In tema di procedimento di prevenzione, le particolari finalità dello stesso e la sua disciplina positiva, comportano che non può estendersi in via generalizzata alle indagini del P.M. e della polizia giudiziaria, finalizzate alla formulazione della proposta, la stessa regolamentazione e gli stessi limiti previsti per le indagini preliminari nel processo penale, con la conseguenza che al titolare della proposta di prevenzione è conferita ampia autonomia e libertà di forma nella raccolta dei dati informativi, compresa la facoltà di escutere fonti dichiarative, con l'unico limite del rispetto delle norme del codice di procedura penale in materia di prove illegali di cui all'art.191 cod. proc. pen.» (corsivo nostro).

¹⁴ Corte cost., 30 aprile 2021, n. 84, in *Foro it.*, 2021, 7-8, I, 2279, nonché in in *Dir. pen. proc.*, 2022, 1, 47, con nota di C. BONZANO. Per maggiori precisazioni e ulteriori riferimenti bibliografici, si rinvia al Capitolo II, § 3.

¹⁵ A. GRAZIOSI, *Contro l'utilizzabilità delle prove illecite nel processo civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2016, 3, 945 ss.; ID., *Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 3, 693 ss.; G.F. RICCI, *Principi di diritto processuale generale*, V ed., Torino, 2012, 393 ss., in specie 396; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, III ed., Torino, 2010, 64 ss.

teorie che hanno patrocinato l'idea in forza della quale sarebbe quantomeno individuabile, anche nel tessuto dei paradigmi istruttori civilistici, una sicura area popolata da quelle che, in termini affatto generici, allo stato possiamo definire prove *contra ius*, tra le quali possono senz'altro ascrivarsi sin d'ora – salvo successive rifiniture concettuali sul punto – le c.d. prove *incostituzionali*, tali da meritare una decisa espunzione dal compendio istruttorio, a prescindere dalla natura endogena o allogena delle stesse. Se si verificasse la correttezza dell'intuizione di tali autorevoli voci, il *punctum pruriens* traslerebbe sulla estrapolazione di criteri condivisibili in base ai quali distinguere, volta a volta, se una data causa di invalidità sia da ricondurre al settore di filtri impedienti a valenza trasversale e debba, dunque, farsi operare nell'attuarsi concreto delle dinamiche osmotiche tra rito penale e giudizi extrapenali¹⁶.

Tenuto conto di quanto osservato sin qui, viene da chiedersi se le divergenze strutturali e la natura dei beni giuridici incisi tanto dallo specifico mezzo istruttorio invalidamente assunto e poi trasmigrato altrove quanto dall'esito del giudizio 'ricevente' possano rappresentare in effetti quel *plateau* paradigmatico cui riferirsi per ponderare la concreta efficacia espansiva esterna dell'invalidità della prova penale¹⁷.

¹⁶ In questo senso risulta interessante un recente approdo della giurisprudenza civile (Cass. civ., sez. III, 5 maggio 2020, n. 8459, in *Foro it.*, 2021, 1, I, 285, con nota di L. PASSANANTE, *Ammisibilità della prova (illecita?) e diritto alla riservatezza*), in cui, proprio si legge: «la categoria della "inutilizzabilità" della prova ex art. 191 c.p.p. - posta a tutela del diritto di difesa dell'imputato: cfr. art. 193, commi 3 e 7, art. 197 bis, comma 5, artt. 203, 240, 270, 271, 350, comma 6 e 7, c.p.p. - non è contemplata nell'ordinamento processuale civile, non venendo in rilievo, nei giudizi in cui si controverte di diritti aventi fonte in rapporti di diritto privato, le medesime esigenze di garanzia richieste invece dal giudizio penale - cui provvede l'art. 238, comma 1, c.p.p. -, tenuto conto della diversa rilevanza degli interessi che vengono in questione nel giudizio penale (*status libertatis*) ed in quello civile, nel quale il Giudice non incontra i limiti della "tipicità" del mezzo probatorio [...] Nel giudizio civile, infatti, le prove atipiche sono comunque utilizzabili (salvo che il mezzo di prova costituisca "ex se" - per il suo modo di essere - lesione di un diritto fondamentale della persona) dipendendo la loro rilevanza esclusivamente in relazione alla maggiore o minore efficacia probatoria ad esse riconosciuta dal Giudice di merito, *non sussistendo - né potendo essere censurato in cassazione - alcun vizio invalidante la formazione della prova atipica per essere stata questa assunta nel diverso processo in violazione di regole a quello esclusivamente applicabili*, neppure se tale vizio integri un difetto della garanzia del contraddittorio, atteso che nel processo civile il contraddittorio sulla prova viene assicurato dalle forme e modalità "tipizzate" di introduzione della stessa nel giudizio, che trovano disciplina nella fase istruttoria del processo volta ad assicurare la discussione in contraddittorio delle parti sulla efficacia dimostrativa del mezzo atipico in ordine al fatto da provare». Ci sembra che la pronuncia citata, per quanto adotti un punto di vista dogmatico che non condividiamo allorché 'a-tipicizza' le prove aliene viziate (posto che ciò prelude alla immissione nello spazio processuale *ad quem* per il mero tramite del libero convincimento e di un eventuale depotenziamento gnoseologico), colga tuttavia il senso dell'indagine che riteniamo indispensabile condurre per giungere ad asserire la misura dell'esportabilità delle regole di esclusione penalistiche in funzione di un meccanismo di 'igiene' processuale da operarsi nella sede di destinazione delle prove viziate eportande.

¹⁷ Si consideri, a titolo emblematico, il rilievo assegnato al principio della verificabilità della provenienza di informazioni eteroaccusatorie quale base essenziale di un legittimo provvedimento giudiziale incidente su istanze giuridiche fondamentali dell'individuo da Cass. civ., Sez. un., 21 novembre 2002, n. 16424, in *CED*, n. 558642-01, in materia di accertamenti tributari («Il giudice tributario, in sede di impugnazione dell'atto impositivo basato su libri, registri, documenti ed altre prove reperite mediante accesso domiciliare autorizzato dal procuratore della Repubblica, ai sensi dell'art. 52 del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, in tema di imposta sul valore aggiunto - reso applicabile anche ai fini dell'accertamento delle imposte sui redditi dal richiamo operato dall'art. 33 del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 -, ha il potere - dovere (in ossequio al canone ermeneutico secondo cui va privilegiata

D'altronde, le difficoltà non si fermano qui. Pur se, con i più illuminati approdi, si ammetta la *vis expansiva* dell'invalidità della prova, nel momento dell'interscambio istruttorio, resta il fatto che una significativa parte della giurisprudenza – anche penale – in conseguenza delle cennate aspirazioni conservative (ispirate dal principio di non dispersione della prova), ha manifestato una qual certa tendenza all'elusione del vizio, 'lavorando' sul regime di rilevabilità dello stesso in chiave recuperatoria della prova geneticamente viziata una volta giunta nella sede processuale *ad quem*¹⁸. Si è, così, pervenuti ad ipotizzare un'efficacia sanante del fenomeno trasmissivo e ad introdurre in via pretoria limitazioni e vincoli dei poteri dell'organo giudicante del procedimento *ad quem* in punto di rilevabilità dell'inutilizzabilità della prova (che l'art. 191 c.p.p. proclama come 'rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado'). Un certo indirizzo, poi, ha fatto della distinzione – di cui non v'è traccia nel codice – tra regole di esclusione a presidio di beni fondamentali e regole di esclusione 'meramente procedurali' lo strumento per predicare l'apertura delle frontiere dei giudizi non penali a prove viziate dalla violazione del secondo tipo di precetto¹⁹. Per quanto poco perspicuo,

l'interpretazione conforme ai precetti costituzionali, nella specie agli artt. 14 e 113 Cost.), oltre che di verificare la presenza, nel decreto autorizzativo, di motivazione - sia pure concisa o "per relationem" mediante recepimento dei rilievi dell'organo richiedente - circa il concorso di gravi indizi del verificarsi dell'illecito fiscale, anche di controllare la correttezza in diritto del relativo apprezzamento, nel senso che faccia riferimento ad elementi cui l'ordinamento attribuisca valenza indiziaria. Pertanto, nell'esercizio di tale compito, *il giudice deve negare la legittimità dell'autorizzazione emessa esclusivamente sulla scorta di informazioni anonime, valutando consequenzialmente il fondamento della pretesa fiscale senza tenere conto di quelle prove*» (corsivo nostro); in termini, più di recente, Cass. civ., sez. V, 18 gennaio 2019, n. 1348, in *CED*, n. 652267-01.

D'altronde, la diversa dimensione del contraddittorio tra processo penale e giudizi di stampo civilistico potrebbe spiegare effetti nel determinare l'adozione di una differente tecnica di preservazione delle legittime prerogative difensive nei diversi contesti: si vedano, ad es., Cass. civ., sez. III, 8 agosto 2002, n. 12007, in *CED*, n. 556828-01; Cass. civ., sez. II, 10 settembre 2009, n. 19563, in *CED*, n. 609921-01; Cass. civ., sez. II, 28 novembre 2017, n. 28376, in *CED*, n. 646323-01.

¹⁸ Si tratta di tecnica recuperatoria che, al lume di dettagliati studi condotti da autorevole dottrina sul punto, trova specifici modelli di riferimento nell'elaborazione pretoria dedicata alla ricostruzione del regime di deducibilità dell'invalidità della prova penale nel contesto della singola vicenda processuale ove l'elemento viziato fosse stato generato. L'analisi giurisprudenziale condotta in dottrina ha consentito di evidenziare che, in chiave di responsabilizzazione delle parti, e per 'aggirare' l'impervia fase della ricognizione del divieto probatorio, un approccio alquanto diffuso nella prassi è quello di ammorbidire il rigoroso schema legale di cui al secondo comma dell'art. 191 c.p.p., limando così la prevista rilevabilità anche officiosa in ogni stato e grado mediante l'imposizione in capo alle parti di limiti di deducibilità inespressi – e per certi profili *contra legem* – tanto nelle fasi di merito quanto in sede di ricorso ex art. 606, comma 1, lett. c), c.p.p. Per una disamina approfondita di simili dinamiche pragmatiche, P. TONINI-C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, II ed., Milano, 2014, 110 ss.; C. CONTI, *L'inutilizzabilità*, in AA.VV., *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, a cura di A. Marandola, Torino, 2015, 136 ss.; EAD., *La preclusione nel processo penale*, Milano, 2014, 145 ss.

¹⁹ Un ambito giurisdizionale nel quale un simile *escamotage* ermeneutico ha maggiormente trovato terreno fertile è quello del procedimento di prevenzione. In particolare, l'equivoco utilizzo del principio di autonomia tra procedimento penale e preventivo – cui si è fatto riferimento *supra* e anche altrove nel testo – ha subito un'evoluzione concettuale, quale probabile conseguenza della necessità di far fronte all'emersione di una rinnovata consapevolezza dell'importanza di regolare con (apparente) maggior rigore l'interscambio conoscitivo tra i due giudizi (sul punto, G. LEO, *Intercettazioni inutilizzabili e procedimento di prevenzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 9, 1112 ss.). Non potendosi più serenamente negare l'estendibilità al procedimento di prevenzione dei

e successivamente anche smentito da ulteriori approdi esegetici più attenti a non dilacerare il tessuto normativo uniforme in materia di divieti escludenti con categorie eccentriche al sistema, il filone testé rammentato potrebbe trovare appigli in una previsione *ad hoc* da ultimo introdotta nel codice Vassalli a regolare gli effetti 'collaterali' del consenso dell'imputato a che la pronuncia sull'imputazione sia resa in giudizio abbreviato. In particolare, l'art. 438, comma 6-bis, c.p.p. fa discendere dall'accesso al rito semplificato *de quo*, con una sorta di automatismo, la sanatoria (*rectius*: non rilevabilità) delle inutilizzabilità, «salvo quelle derivanti dalla violazione di un divieto probatorio». Senza profondersi in disamine particolareggiate, basti qui notare che la formulazione della disposizione rammentata sembra suggerire l'esistenza di ipotesi di illegittimità della prova penale dipendente da cause *diverse* dalla violazione di divieti probatori, che costituiscono un *quid minoris* rispetto a queste ultime e sono assoggettabili ad una preclusione in punto di rilevabilità come se si trattasse di nullità relative. Al di là della difficoltà di individuare simili ipotesi²⁰, ci sembra che il rischio

limiti probatori che, nel processo penale, selezionano le componenti del compendio probatorio a disposizione del giudice, la giurisprudenza (in questo confortata da parte della dottrina: D. ROCCHI, *Nota sull'autonomia del giudizio di prevenzione rispetto a quello di cognizione*, in *Giur. it.*, 2006, 7, 1483) ha preferito adottare un diverso tipo di *escamotage* ermeneutico che le consentisse comunque di prendere cognizione e di valutare materiale probatorio spurio proveniente da un giudizio penale. Vale a dire, delimitare *praeter legem* i confini dell'inutilizzabilità patologica, differenziandone il regime – al fine del transito interprocedimentale – tra quelle a presidio di istanze costituzionali e quelle a tutela di interessi (apparentemente) 'solo' procedurali, ritenendo che queste ultime abbiano una mera rilevanza interna al rito penale. Così Cass. pen., sez. VI, 3 novembre 2005, n. 39953, Nicastro in *Giur. it.*, 2006, 7, 1482; Cass. pen., sez. I, 20 luglio 2007, n. 29688, Muscolino, in *Giur. it.*, 2008, 2, 444; Cass. pen., sez. VI, 10 gennaio 2008, n. 1161, Cicino, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1, 90; Cass. pen., sez. II, 26 giugno 2008, n. 25919, Rosaniti, in *CED*, n. 240629.

²⁰ Vale la pena evidenziare come di primo acchito la sola casistica che sembrerebbe non riconducibile all'alveo dei divieti probatori è rappresentata dalle ipotesi di inutilizzabilità c.d. fisiologica. Eppure, costituisce il *proprium* dell'accesso al rito abbreviato il fatto di acconsentire a che il giudice dell'udienza preliminare (di regola) ricostruisca la concreta vicenda storico-fattuale e valuti la fondatezza dell'imputazione ed il ricorrere della penale responsabilità dell'imputato sulla scorta di quegli atti d'indagine che, viceversa, sarebbero fisiologicamente inutilizzabili in un giudizio ordinario. Ebbene, se così è – e non si vede come potrebbe non esserlo – per non rendere inutile la citata interpolazione che la Legge n. 103/2017 (c.d. riforma Orlando) ha operato sull'art. 438 c.p.p. occorre rinvenire nel mosaico normativo una casistica da ricondurre alla categoria, declinata 'per differenza', delle inutilizzabilità non derivanti da violazione di divieti probatori. Categoria alla quale la (invero minimale) elaborazione scientifica sul tema ha ricondotto proprio la classe di inutilizzabilità 'procedurali' da noi contestata nel testo. Ciò potrebbe dunque costituire un presupposto per alimentare di nuova linfa il filone giurisprudenziale che ha inteso 'recuperare' in sede circolatoria una serie di elementi la cui genesi risultasse vulnerata da inosservanza di prescrizioni di tipo procedurale-operativo (ad es. quelle in materia di intercettazioni). Ad ogni buon conto, la stessa giurisprudenza, da un canto, non ha offerto alcun chiaro elemento da cui ricavare un rigoroso criterio discrezionale in proposito (cfr. Cass. pen., sez. II, 25 agosto 2023, n. 35624, in *CED*, n. 284952-01; Cass. pen., sez. II, 13 febbraio 2020, n. 5731, in *CED*, n. 278371-01) e, dall'altro, ha per contro fatto rinvio alla classica bipartizione tra inutilizzabilità fisiologica ed inutilizzabilità patologica, assoggettando i casi di cui alla prima ipotesi alla disciplina della non rilevabilità per accesso al rito abbreviato. Finendo, con ciò, con il dare ragione alla nostra ricostruzione che, nostro malgrado, tende ad una *interpretatio abrogans* del disposto dell'art. 438, comma 6-bis, c.p.p. A mero titolo esemplificativo, cfr. Cass. pen., sez. I, 16 maggio 2023, n. 20834, in *CED*, n. 284539-01; Cass. pen., sez. II, 28 ottobre 2021, n. 38831, in *CED*, n. 282199-03; Cass. pen. sez. III, 12 gennaio 2018, n. 882, in *CED*, n. 272258, la cui massima si rifà alla ben più risalente Cass. pen., sez. III, 22 febbraio 2006, n. 6757, in *CED*, n. 233106.

In dottrina, sul tema, T. ALESCI, *La nuova fisionomia del giudizio abbreviato tra normativizzazione del dato*

maggiore che si annida dietro una simile concettualizzazione sia quella di fomentare ulteriori posizioni eversive della categoria unitaria dell'antigiuridicità della prova penale, al mero scopo di amplificare le opportunità di approvvigionamento di altri giudizi²¹.

La carrellata di asperità dogmatiche ed applicative condotta sin qui ben chiarisce come mai, in apertura, abbiamo additato come eccessivamente riduttiva la prospettazione della più numerosa dottrina sul tema della validità dell'elemento istruttorio circolante.

Non ci resta, pertanto, che esaminare in chiave problematica le principali questioni che si pongono, consapevoli che, arrivati a questo punto dell'indagine, non sempre

giurisprudenziale e lacune interpretative, in AA.VV., *La Riforma Orlando: Modifiche al codice penale, Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, a cura di G. Spangher, Pisa, 2017, 189 ss.; R. APRATI, *Maggiori incentivi, minori garanzie: ridimensionato l'accesso ai riti differenziati?*, in AA.VV., *Il fragile mosaico delle garanzie difensive. Dalla legge Orlando alle scelte della XVIII legislatura*, a cura di S. Lorusso, Torino, 2020, 122 ss., la quale, all'esito di un percorso esegetico lungo il quale risale all'etimologia di concetti rilevanti per il contesto della prova inutilizzabile quali legittimità e legalità e ne esamina le divergenze di tipo pragmatico, perviene all'affermazione che nel contesto processuale penale la prova illegale, assunta *contra ius*, sarebbe sempre e comunque radicalmente infruibile, ovunque e a qualsiasi scopo, mentre la prova illegittima godrebbe di un regime di invalidità più blando, concernente il solo dibattimento. Per quanto qui rileva, ci sembra che, seppur con terminologia diversa (che taluno nella dottrina processualpenalistica taccerebbe di un qual certo grado di atecnicismo: C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007, 105 ss.; L.P. COMOGLIO, *L'inutilizzabilità "assoluta" delle prove "incostituzionali"*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1, 30 ss., in partic. § 3), l'Autrice non faccia altro che riproporre la medesima bipartizione tra inutilizzabilità patologica (della quale, anzi, forse Aprati restringe i margini tradizionali nel momento in cui asserisce che la prova *illegale* sia quella non conforme a Costituzione, posto che la prova c.d. *incostituzionale* è una *species* del più ampio *genus* della prova macchiata da inutilizzabilità patologica) ed inutilizzabilità fisiologica. Con ciò nulla di nuovo suggerendo rispetto al tema dell'antigiuridicità non rilevabile a seguito di istanza di ammissione a rito abbreviato, posto che se a questa disciplina si riconducessero le prove che Aprati classifica come illegittime, non si farebbe altro che continuare a prescrivere la spendibilità a fini decisori degli atti unilaterali formati nel corso delle fasi preliminari del procedimento penale, nella medesima esatta ampiezza in cui li si era sempre ritenuti utilizzabili sin dalla primigenia introduzione del rito speciale a prova contratta nel codice del 1988.

²¹ Tuttavia, merita di essere segnalata una virtuosa giurisprudenza che ha ritenuto che la violazione del divieto di utilizzabilità altrove di intercettazioni *aliunde* disposte in mancanza dei requisiti legittimanti sanciti dall'art. 270 c.p.p. nella versione emersa dall'interpretazione integrativa delle Sezioni unite Cavallo (su cui si veda, *infra*, § 3) non possa ricondursi al novero di ipotesi 'recuperabili' per il tramite della sanatoria per accesso al rito abbreviato ex art. 438, comma 6-bis, c.p.p. La *ratio* dell'approdo toccato dai giudici di legittimità è connessa alla circostanza che la violazione dei divieti di circolazione transitiva concernenti intercettazioni deve essere ricondotta al paradigma dell'inutilizzabilità *patologica* (per come classificata da storiche prese di posizione della Suprema corte: per tutte, Cass. pen., Sez. un., 30 giugno 2000, n. 16, Tammaro, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 938). Così Cass. pen., sez. V, 6 febbraio 2020, n. 11745. Altrettanto condivisibile ci pare la scelta della Suprema corte di sottrarre le intercettazioni, vizzate per violazione delle norme concernenti l'esecuzione tramite impianti presso i locali della Procura salvo apposita motivazione sulla inidoneità degli stessi, alla fattispecie preclusiva della rilevanza ordinaria dell'inutilizzabilità dipendente dal perfezionarsi della fattispecie consensuale ad effetto abdicativo delle garanzie della formazione dialettica della prova in dibattimento (cfr. Cass. pen., sez. V, 5 giugno 2019, n. 25082, in *CED*, n. 277608-01; nonché, prima della riforma Orlando del 2017, Cass. pen., sez. III, 29 settembre 2014, n. 40209, in *CED*, n. 260424). Si tratta di esegesi difforme rispetto al prevalente indirizzo che, proprio avallando la distinzione menzionata nel testo tra regole escludenti meramente procedurali e divieti probatori a presidio di beni fondamentali, ha a più riprese (ed ancor prima dell'introduzione del comma 6-bis nell'art. 438 c.p.p.) sostenuto la piena utilizzabilità nel rito abbreviato delle risultanze di captazioni eseguite avvalendosi di impianti esterni agli uffici di Procura senza che vi fosse apposita motivazione sull'inidoneità delle strumentazioni interne, supportando tale conclusione sull'argomento della natura *non* patologica del vizio incidente sull'acquisizione dell'elemento captato (così, *ex plurimis*, Cass. pen. sez. III, 12 gennaio 2018, n. 882, in *CED*, n. 272258; Cass. pen., sez. II, 11 marzo 2016, n. 10134, in *CED*, n. 266195; Cass. pen., sez. I, 8 gennaio 2016, n. 472, in *CED*, n. 265853; Cass. pen., sez. II, 24 gennaio 2014, n. 3606, in *CED*, n. 258541).

potremo navigare ‘a vista’ e dovremo, a più riprese, avventurarci in mare aperto, senza mai abbandonare, però, la sicurezza della bussola dei principi fondamentali dell’epistemologia giudiziaria, che rappresentano in modo ineludibile i punti cardinali cui sempre riferirci.

2. IL «DIFETTO FUNZIONALE DELLA “CAUSA” DELL’ATTO PROBATORIO»
INUTILIZZABILE: DIVIETO DI AMMISSIONE, DIVIETO DI ACQUISIZIONE, DIVIETO DI
FRUIZIONE PER LA DECISIONE.

La miglior comprensione delle dinamiche che si celano dietro all’antigiuridicità della prova penale – di cui dobbiamo occuparci in via preliminare per poter, in seguito, esaminare come essa si proietti (se ciò sia ipotizzabile e sostenibile fondatamente) al di là dei confini della singola vicenda processuale penale nella quale viene in rilievo – si ha se si affronta l’analisi del dettato normativo dell’art. 191 c.p.p. alla luce del concetto, di cui più e più volte ci siamo serviti nel corso del lavoro, di ‘*regole di esclusione*’.

Come già osservavamo in precedenza, esse consistono in prescrizioni inerenti alla *composizione del substrato gnoseologico* per la conduzione dell’accertamento sui fatti in giudizio e, in particolare, si premurano di assicurare la *messa al bando*, l’emarginazione di determinati tipi di strumenti conoscitivi dall’orizzonte istruttorio della vicenda processuale che viene in rilievo. Il *proprium* di tali regole preclusive, ossia l’esclusione, è un effetto che si produce ogni qualvolta l’attività processuale posta in essere ricade nell’orbita operativa della regola stessa, a prescindere dalla fase nella quale essa venga in rilievo. Se l’attività probatoria impatta su una prescrizione che impone di escludere la risultante dell’atto stesso dal processo, la sola conseguenza predicabile è che quest’ultimo non sia parte del materiale processualmente valutabile²². In altri termini, com’è stato detto in modo senz’altro efficace in dottrina, l’area di operatività dei meccanismi escludenti viene individuata in virtù del fatto che l’attività probatoria «è sempre presidiata dall’esistenza di uno o più presupposti di segno positivo o negativo costituenti i profili di attribuzione e, nel contempo, di limitazione del potere [e del diritto alla prova; n.d.A.]. Pertanto, il potere di compiere atti aventi funzione di prova non potrà mai essere assoluto, risultando in ogni caso ancorato a specifiche

²² In senso analogo, A. CAPONE, *L’invalidità nel processo penale. Tra teoria e dogmatica*, Padova, 2012, 210.

condizioni e presupposti»²³, la cui mancanza determina l'attivazione del filtro espulsivo.

L'esclusione può operare *ab origine*, a monte e sin da subito, come selettore preclusivo²⁴ di ciò che possa fluire all'interno del procedimento: dunque, in simile ipotesi, postula l'esistenza di una 'barriera' collocata sul confine esterno del processo. Ma tale meccanismo impediente può anche venire in gioco in un momento successivo e riguardare materiale che, immesso in origine nell'area 'protetta' del processo (o in modo corretto ovvero errando nell'applicare il filtro preventivo), finisce per porsi in contrasto con una data regola che prescriva l'espunzione del dato *prima* che esso defluisca nel compendio decisorio. In questo secondo caso, *l'exclusionary rule* postula, dunque, l'esistenza di uno sbarramento filtrante *ulteriore*, che presidia da indebite contaminazioni la fase finale del procedimento probatorio, quella valutativo-decisoria, quella della camera di consiglio che il legislatore vuole preservata da qualsiasi rischio di contagio da parte di elementi spuri.

Com'è stato icasticamente osservato in letteratura, le regole di esclusione sono elementi la cui portata incide sulla *costituzione* della prova²⁵. Ebbene, posto che, come ricostruito da un autorevole studioso²⁶, la prova si *costituisce* attraverso le sottofasi susseguenti di *ammissione* e *acquisizione*, ne possiamo ricavare come le *exclusionary rules* siano operative – a seconda dei casi – con riguardo al primo ovvero al secondo dei due momenti topici predetti. La violazione o l'aggiramento delle regole di esclusione, comportando la mancata costituzione della prova, fa sì che questa non venga compiutamente ad esistenza e, dunque, debba considerarsi *tamquam non esset*, ossia in radice irrilevante ai fini della formazione della conoscenza giudiziale sui fatti e del convincimento motivato del giudice²⁷.

Simile ricostruzione dovrebbe soccorrere l'interprete nella comprensione delle dinamiche sottese ad una previsione qual è quella di cui all'art. 191 c.p.p., che tanto

²³ F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008, 52.

²⁴ C. CONTI, *La preclusione nel processo penale*, cit., 60, osserva che, sul fronte oggettivo, la preclusione indica, tra l'altro, l'impossibilità di compiere un atto per l'assenza dei necessari presupposti.

²⁵ P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, Bologna, 2012, 55 ss.

²⁶ D. SIRACUSANO, voce *Prova. III*) *Nel nuovo codice di procedura penale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2003, 7.

²⁷ F. CORDERO, *Il procedimento probatorio*, in *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, 64: «altro è stabilire se una prova sia ammissibile; altro chiedersi se sia veritiera la conoscenza ottenuta. La prima questione precede logicamente e condiziona la seconda: una valida ammissione è requisito di validità dell'acquisizione; ciò che si è invalidamente acquisito non riveste rilevanza processuale».

hanno fatto discutere dottrina e giurisprudenza. A nostro avviso, e senza poter in questa sede soffermarsi su tutti i puntuali termini del dibattito che, sin dall’adozione del codice vassalli, ha animato gli studiosi del processo penale²⁸, la disposizione di cui all’art. 191 c.p.p. è costruita ellitticamente, con una sorta di metonimia²⁹, con la quale il riferimento all’effetto ultimo conseguente è posto a compendiare altresì la causa scatenante. In altre parole, l’inutilizzabilità non è il vizio della prova, bensì l’effetto (da taluno ricostruito in termini para-sanzionatori³⁰) di un vizio che affligge il materiale cognitivo e la cui genesi viene legata dal legislatore, con un sintagma abbastanza generale e non proprio univoco³¹, alla acquisizione in violazione di divieti stabiliti dalla legge.

Ebbene, se così è, non si può non evidenziare, in consonanza con quanto abbiamo sostenuto in precedenza in ordine alle *exclusionary rules*, come l’inutilizzabilità intesa quale sanzione-conseguenza rappresenti l’ultimo estremo baluardo a presidio delle scelte *assiologico-metodologiche* operate dal legislatore e dal costituente in ordine alla apprensione giudiziale della *conoscenza* necessaria a rendere una pronuncia *giusta* sui

²⁸ Per un riepilogo in chiave storica delle vicende che hanno condotto all’introduzione di una disciplina in punto di legittimità probatoria strutturata in ottica di inutilizzabilità della prova, cfr. diffusamente Capitolo I, § 1, *passim*. Si rinvia altresì a G. PIERRO, *Una nuova specie di invalidità: l’inutilizzabilità degli atti processuali penali*, Salerno, 1992, 63 ss.; A. SCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, Torino, 2000, 65 ss.; C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità*, cit., 40 ss.

²⁹ F.R. DINACCI, *L’inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008, 29, il quale cita, nel medesimo senso, V. GREVI, *Le prove*, in AA.VV., *Compendio di procedura penale*, a cura di G. Conso-V. Grevi, Padova, 2006, 310, nonché M. NOBILI, voce *Art. 191*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di M. Chiavario, Torino, 1991, II, 409 e P. TONINI, *La prova penale*, Padova, 2000, 186. Analogamente, C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità*, cit., 18-19, per la quale la portata semantica del termine inutilizzabilità non si addice tanto alla causa quanto piuttosto all’effetto; EAD., *L’inutilizzabilità*, cit., 98. In argomento altresì A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, Milano, 1965, 475; A. CAPONE, *L’invalidità nel processo penale.*, cit., 210.

N. GALANTINI, *L’inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992, 20-21, ritiene che il concetto di inutilizzabilità sia un concetto *relativo*, che richiede l’identificazione di un preciso referente.

³⁰ A. CAPONE, *L’invalidità nel processo penale.*, cit., 209; C. CONTI, *Il volto attuale dell’inutilizzabilità*, cit., § 1: «In ogni processo, finalizzato all’irrogazione di una sanzione penale, si instaurano processi paralleli volti all’applicazione delle “sanzioni processuali”. Quest’ultima locuzione, ancorché imprecisa ad un approccio strettamente dogmatico, è dotata di grande incisività perché coglie la funzione dell’inutilizzabilità che consiste nel “punire” la violazione di un divieto»; EAD., *L’inutilizzabilità*, cit., 99; F.R. DINACCI, *L’inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 7.

³¹ Quello che da autorevole dottrina è stato qualificato in termini di «deficit di tipicità» (così C. CONTI, *Accertamento del fatto*, cit., 57), che si annida nella poco perspicua nozione di ‘divieto stabilito dalla legge’, la cui violazione cagiona *ex lege* l’effetto esiziale della privazione del crisma di ‘prova’ al materiale acquisito, si desume con immediatezza dalla considerazione dall’accesso dibattito, tanto accademico quanto pretorio, intorno alla ricognizione dei connotati qualificanti i menzionati divieti, in funzione della delimitazione più esatta dei confini operativi della sanzione probatoria di cui trattasi. Sul punto, oltre agli Autori già menzionati sin qui, si veda altresì M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Torino, 2009, impegnato proprio nell’individuazione della linea di discrimine tra regole poste al fine di espellere prove invalide, da quelle votate a guidare la valutazione giudiziale del peso probatorio del materiale fruibile a fini decisorii. Ad ulteriore riprova della labilità apparente della categoria dogmatica cui il legislatore del 1988 ha fatto riferimento nella costruzione dell’art. 191 c.p.p., si pensi, inoltre, alle derive sostanzialistiche che la giurisprudenza ha adottato proprio intervenendo sulla enucleazione della categoria dei divieti probatori, alle quali abbiamo fatto esplicito riferimento nel paragrafo precedente.

fatti di causa³².

Ai fini che qui rilevano, è di primario interesse cogliere i momenti essenziali che conducono alla selezione del materiale fruibile per la decisione, che rappresentano gli snodi di un subprocedimento nel quale si susseguono, senza soluzione di continuità alcuna, ed in un rapporto di ‘pregiudizialità-dipendenza’, le fasi indispensabili per ritenere validamente costituita una prova ai fini di un suo successivo utilizzo, ossia l’ammissione e l’acquisizione. Ci si permette, a questo proposito, di fare un uso consapevolmente atecnico e decontestualizzato del concetto giuridico di pregiudizialità-dipendenza: invero, esso ci pare del tutto adatto ad esprimere le *interconnessioni* tra le singole fasi del procedimento probatorio che conducono alla formazione dell’elemento gnoseologico processualmente valido³³, e a chiarire l’essenza *funzionale* del vizio genetico della prova. Difatti, collocandosi su di un piano altro rispetto a quello sul quale si sono sviluppate le tradizionali schematizzazioni che, per dirimere il dilemma esegetico-operativo causato dal segnalato *deficit* di tipizzazione dei divieti istruttori, distinguono divieti (e dunque difetti probatori) sull’*an* e sul *quomodo* dell’acquisizione³⁴, lo schema argomentativo cui ci riferiamo consente di cogliere la natura della prova quale *fattispecie a formazione progressiva*, in cui, dunque, ogni passaggio pone un tassello nell’ambito formativo – e, dunque, *genetico* – della prova.

Da ciò, a nostro sommo avviso, ne dovrebbe discendere, quale diretta conseguenza, che il vizio di antigiuridicità non afferisce alla *genesì* del veicolo probatorio solo in quanto inerente alla fase di autorizzazione all’accesso al procedimento ma anche in quanto la contrapposizione con il divieto istruttorio si sia

³² A. SCCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit., 145, mettendo in guardia dal rischio di supporre che tutte le disposizioni in tema di procedimento probatorio contengano un vero e proprio divieto probatorio alla cui violazione consegua l’inutilizzabilità: e aggiunge che «sebbene banale, quest’ultimo rilievo merita comunque di essere svolto, non fosse altro che per chiarire sin d’ora che *l’inutilizzabilità consegue esclusivamente* alla violazione di una particolare categoria di regole probatorie, e più precisamente *alla violazione di quelle regole dettate allo scopo di impedire che un dato elemento di prova compaia nelle premesse fattuali della decisione*» (corsivo nostro).

³³ G. UBERTIS, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Torino, 1995, 52.

³⁴ Si tratta di tesi che si riallaccia, pur senza accoglierle in pieno, alle ricostruzioni corderiane (F. CORDERO, *Il procedimento probatorio*, cit., 70 ss.) sull’individuazione del divieto probatorio in ipotesi di carenza di potere istruttorio: cfr. P. TONINI-C. CONTI, *Il diritto delle prove*, cit., 99 ss.; C. CONTI, *Accertamento del fatto*, cit., 67 ss.; sul tema anche A. SCCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit., 147 ss.; P. FERRUA, *Il giusto processo*, cit., 54: «Se la prova è vietata dalla legge, il giudice non ha il potere di assumerla; e l’atto, eventualmente compiuto, in assenza del potere, cade nel vuoto». *Contra*, in ottica omnicomprensiva, F.R. DINACCI, *L’inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 55 ss. Il tema meriterebbe ben altro spazio di approfondimento che, nostro malgrado, non possiamo dedicargli in questa sede. Ci concentreremo piuttosto su quei profili del prevalente filone dottrinale sul punto che possano offrire argomenti di sensibile rilievo in ordine alla definizione dei margini di circolabilità delle regole di esclusione in altre vicende processuali, in uno con la prova che tali regole risulti aver violato.

determinata nel momento di perfezionamento della fattispecie, che si realizza nella fase di acquisizione³⁵. A patto – questo è ovvio, ma preme ribadirlo – che si tratti di vere regole escludenti predisposte al fine precipuo di filtrare le informazioni fattuali valutabili dal giudice per preservarne il convincimento da fallacie gnoseologico-accertative.

Lo spartiacque tra ciò che può essere inficiato da vizi genetici che rendano malformato un dato elemento e ciò che attiene, per converso, alla mera sfera valutativa del grado di persuasività dell’informazione processuale è dato dall’ingresso del giudice in camera di consiglio. L’inutilizzabilità, quale *presidio della legalità cognitiva* nel processo, opera come un *depuratore processuale*, che ‘igienizza’, purifica il compendio di conoscenze da tutto quanto sia risultato inidoneo a supportare il giudice nella formazione del convincimento sulla regiudicanda, a causa di ‘intoppi’ verificatisi in uno dei momenti tipici di costruzione di una certa prova e riconducibili alla, anche solo potenziale, messa in pericolo di beni – cognitivi o etico-assiologici – selezionati dal legislatore come meritevoli di questa pregnante ed ineluttabile forma di tutela³⁶.

L’idea che muove il marchingegno di bonifica probatoria è quella di assicurare al giudice la sola fruizione di quanto abbia attraversato indenne le menzionate topiche scansioni procedimentali, nel convincimento che non risulti né proficua in concreto, né legittima e rituale sul piano della legalità istruttoria la sottoposizione all’apprezzamento valutativo dell’organo giudicante di quanto non idoneo, secondo la legge, ad assurgere al rango di prova. Investitura, quest’ultima, che non può – e non deve – essere conferita a ciò che, per disegno legislativo, sia incapace di attraversare la barriera in ingresso posta, per l’appunto, sul liminare della camera di consiglio dall’art. 526, comma 1 c.p.p. È senz’altro vero che quest’ultimo indice normativo, nel suo combinato operare con

³⁵ Significativo in questo senso quanto scrive G. UBERTIS, *La prova penale*, cit., 67: «il legislatore non si ferma all’individuazione di peculiari criteri inerenti al giudizio di ammissibilità probatoria, poiché, oltre all’an, provvede a determinare il *quomodo* dell’esperienza conoscitivo impiegato attraverso la predisposizione di apposite *regole di assunzione probatoria*. esse, unitamente a quelle di ammissione (ovvero di esclusione) probatoria, costituiscono così la classe delle *regole di acquisizione probatoria*, per le quali la violazione dei relativi divieti comporta l’inutilizzabilità prevista dall’art. 191 c.p.p.». N. GALANTINI, *L’inutilizzabilità della prova*, cit., 103. In giurisprudenza, Cass. pen., Sez. un., 27 marzo 1996, n. 5021, Sala, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 688, nonché in *Foro it.*, 1996, II, 473: l’inutilizzabilità «presuppone la presenza di una prova “vietata” per la sua *intrinseca illegittimità oggettiva*, ovvero per effetto del *procedimento acquisitivo* la cui manifesta *illegittimità* lo pone completamente al di fuori del sistema processuale» (corsivo nostro).

³⁶ Sulla duplice anima che giustifica la previsione nel tessuto codicistico di regole di esclusione, e sulla compartecipazione di siffatte *rationes* anche in ambiti processuali extrapenali, sia consentito rinviare al Capitolo I, § 1.g. e § 4, nonché, *ivi*, puntuali riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

l'art. 514 c.p.p., provvede a delimitare con rigore inaggirabile l'area delle prove preformate in sede pre-giudiziale che il legislatore, date certe condizioni, reputa fruibili per la decisione, in quanto rispondenti a requisiti costituzionalmente conformi in punto di metodologia di formazione dialettica orale ed immediata (in specie *ex art.* 111, comma 5, Cost.). Eppure, a nostro modo di vedere, l'art. 526 c.p.p. rappresenta altresì la trasposizione 'dinamica' del fenomeno 'statico' descritto dall'art. 191 c.p.p., nella misura in cui chiarisce che, se nel corso del dibattimento siano stati acquisiti elementi incapaci di corrispondere a quel requisito di *legittimità* che il sistema richiede per qualificarli alla stregua di prove³⁷, il giudice non è autorizzato a fruire di tali dati per la propria decisione³⁸.

In questo senso si apprezza con estrema immediatezza il senso dell'evocativo sintagma con il quale la sentenza Cagnazzo, più volte menzionata nel corso del presente lavoro³⁹, ha icasticamente descritto il vizio che affligge le prove il cui uso subisce il rigoroso trattamento preclusivo di cui agli artt. 191 e 526 c.p.p.: il *plenum* ha parlato, in particolare, di «*difetto funzionale della "causa" dell'atto probatorio*», proprio a significare l'incapacità strutturale dell'atto a svolgere lo scopo per il quale, nelle intenzioni dei protagonisti dell'esperienza processuale, esso era stato introdotto *ab origine*. Simile espressione compendia in sé il senso ultimo del difetto che il legislatore ritiene – in via tendenziale⁴⁰ – tanto grave da meritare un draconiano trattamento a presidio della miglior formazione della conoscenza giudiziale. Pertanto, la ricostruzione della sentenza Cagnazzo⁴¹ si attaglia, a nostro modo di vedere, tanto ai casi di

³⁷ E ciò a prescindere che la preclusione all'immissione nel compendio conoscitivo fruibile per la decisione all'esito del giudizio dipenda dalla violazione di criteri per recuperare dalla fase delle indagini preliminari materiale unilaterale ivi formato ovvero dall'ammissione e assunzione di mezzi di prova in dispregio di regole d'esclusione che nulla abbiano a che vedere con l'interesse all'impermeabilità del dibattimento rispetto ad atti compiuti in precedenti fasi procedurali.

³⁸ Tant'è vero che determinate norme, per ovviare nel modo più efficace possibile al problema dell'indebita fruizione di acquisizioni illegittime, non solo escludono che esse siano adoperabili per impostare il substrato conoscitivo del *decisum* giudiziale ma impongono addirittura la *fisica espunzione* dal fascicolo (art. 148 disp. att. c.p.p.) e, talora, la distruzione materiale dell'elemento malformato (ad es., art. 240 c.p.p. e 271, comma 3, c.p.p.)

³⁹ Cass. pen., Sez. un., 9 aprile 2010, n. 13426, cit.

⁴⁰ Si è detto 'tendenziale' poiché, per talune ipotesi, il sistema accoglie l'idea di un recupero a fronte dell'intervento di una *ulteriore* fattispecie *succedanea*, coerente con le *rationes* costituzionali (art. 111, comma 5, Cost.) che, giustapponendosi alla sequenza difettosa, consente comunque la produzione dell'effetto epistemologico che altrimenti sarebbe precluso dal legislatore. Sul punto ci siamo soffermati *amplius* al Capitolo I, § 3.a.

⁴¹ Per quanto, ad un esame puntuale, la sentenza Cagnazzo, in un *obiter dictum*, non si ponga del tutto nell'ottica da noi avallata nel testo, allorché, con argomenti tuttavia non persuasivi, le Sezioni unite hanno sostenuto che con riferimento all'esportazione di atti d'indagine in altro procedimento, nella specie il giudizio di prevenzione, quanto alla inutilizzabilità fisiologica «non si pongono problemi di sorta circa la possibilità di

malformazione che in dottrina viene definita *patologica*, sia in casi di inattitudine *fisiologica* di un certo elemento all'immissione nel *plateau* probatorio a fini decisori in quanto non conforme ai requisiti per la sua legittima importazione nel fascicolo dibattimentale⁴². Quanto a quest'ultima ipotesi, non si può trascurare di notare che la indebita immissione di atti pre-dibattimentali in giudizio, poiché avviene in violazione di una preclusione istruttoria (quella che pretende che gli elementi istruttori dichiarativi siano accreditati dal vaglio dibattimentale del contraddittorio per potersi dire legittimamente formati), assume proprio la fisionomia di una *patologia* della fattispecie probatoria a formazione progressiva di cui abbiamo detto *supra*. Con le medesime conseguenze di tipo sanzionatorio poste dall'art. 191 c.p.p. che, di primo acchito, non si riterrebbe operativo con riferimento al caso della preclusione a presidio della separazione delle fasi processuali. Eppure, si vede bene come il senso stesso del principio da ultimo menzionato sottenda un divieto avente ad oggetto elementi *lato sensu* probatori.

E dunque: *i*) se si ricostruisce l'inutilizzabilità quale conseguenza effettuale della difettosa integrazione della fattispecie ad oggetto probatorio a causa della violazione o dell'aggiramento di un divieto concernente le fasi progressive di costruzione della prova stessa; e *ii*) se concordiamo – con il codice di rito penale e, ancor prima, la Costituzione stessa – che in taluni casi gli atti pre-processuali hanno titolo, purché venga a perfezionarsi una sequenza procedimentale sancita dal legislatore (che sia quella di cui agli artt. 431-511-526 c.p.p. ovvero quella di cui agli artt. 514-526 c.p.p.), per assurgere a prova dibattimentale; *allora* ne deriva che l'immissione in dibattimento di elementi

'utilizzare', come elementi di valutazione e di giudizio, anche gli atti delle indagini ai fini del processo di prevenzione, posto che i "limiti" sono soltanto interni ed esclusivi al procedimento penale». Orbene, al di là delle questioni di non poco conto sollevate dall'*obiter* appena riportato con riguardo alle dinamiche circolatorie (per una nostra posizione sul punto, sia consentito rinviare a G. PECCHIOLI, *Processo penale e procedimento di prevenzione: interferenze probatorie e limiti di utilizzabilità*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 2, 274 ss.), ciò che ci sembra essenziale rilevare qui è la forse troppo frettolosa analisi delle prerogative identitarie del marchingegno escludente avente a privilegiato oggetto gli atti d'indagine che, ad avviso degli Ermellini, non parrebbe assimilabile quanto ad operatività alla logica funzionale tipica del sistema confezionato dall'art. 191 c.p.p. Come abbiamo già evidenziato nel corso del presente lavoro e come si va sostenendo nel presente paragrafo, invece, nonostante l'apparente eccentricità della griglia selettiva strutturata a tutela del principio di separazione delle fasi processuali, tanto da un punto di vista strutturale, quanto sul fronte funzionale la disciplina preclusivo-sanzionatoria a presidio della compiuta formazione in contraddittorio delle conoscenze dibattimentali ben si riconduce allo schema generale di funzionamento delle *exclusionary rules* di cui stiamo trattando.

⁴² La distinzione tra inutilizzabilità patologica e inutilizzabilità fisiologica è da attribuirsi a E. AMODIO, *Fascicolo processuale e inutilizzabilità degli atti*, in AA.VV., *Lezioni sul nuovo processo penale*, Milano, 1989, 172, ed è stata poi ripresa dalla quasi integralità degli studiosi del tema. *Contra*, F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità*, cit., 29 ss., e più in dettaglio 37 ss., il quale ritiene più corretto operare una *reductio ad unum* delle molteplici manifestazioni del fenomeno dell'inutilizzabilità.

che non soddisfino simili cadenze risulti operata *in violazione di un divieto probatorio* (o, per usare un sintagma più consueto nella ‘grammatica’ della nostra ricerca, in violazione di *regole di esclusione*). Il che vizia in modo inesorabile la fattispecie, incapace per tal via di adempiere alla funzione cognitiva a cui la prova è ontologicamente preposta, secondo uno schema che è del tutto analogo a quello che concerne le ipotesi che per tradizione scientifica vengono definite di inutilizzabilità patologica.

Da quanto detto sin qui, si dovrebbe aver preso consapevolezza della intrinseca dinamica denotativa delle regole probatorie di esclusione, la cui funzione di presidio della corretta metodologia di apprensione della conoscenza giudiziale e della giustezza dell'esito decisorio è stata già più volte sottolineata nel corso del presente lavoro, e si dovrebbe aver dato atto della peculiare tecnica categorica, esiziale di implementazione e garanzia della stessa.

Su questi presupposti, calando le conclusioni sin qui rassegnate sul piano del fenomeno dell'interscambio istruttorio, ci sembra indispensabile procedere a due riflessioni. La prima, volta a verificare se l'ordinamento possa concepire, su di un piano generalissimo e (per il momento) meramente astratto, la praticabilità di un fenomeno che potremmo qualificare come ‘inutilizzabilità *in estensione*’. Vale a dire: l'estensione ad un giudice, diverso da quello della sede originaria, del potere di scrutinare se una data prova, costituita (*i.e.*, ammessa ed acquisita) altrove e la cui acquisizione nella vicenda *ad quem* gli sia richiesta da una delle parti, sia o meno affetta da un vizio radicale discendente dalla violazione di una regola di esclusione afferente al processo *a quo*, che ne avrebbe giustificato (*rectius*: preteso) l'estromissione dal compendio istruttorio della sede di provenienza, di talché essa non possa essere ammessa nemmeno nella sede di destinazione. E ciò quantunque il sistema processuale di destinazione abbia natura extrapenale e non contemplici, come abbiamo notato sin dall'inizio, una disciplina di tenore analogo a quella di cui agli artt. 191 e 526 c.p.p.

L'altra riflessione, poi, volta a chiarire a cosa si alluda in effetti col sintagma ‘inutilizzabilità *in estensione*’, per escludere che un fenomeno di tal sorta sia da ricondursi alla fattispecie di elaborazione dottrinale e pretoria dell'inutilizzabilità derivata, la cui concettualizzazione trae spunto dalla fattispecie tipica della disciplina della nullità (processualpenalistica ma anche processualcivilistica) che implica la propagazione concatenata dell'effetto nullificante del vizio dall'atto nullo ai successivi atti da esso dipendenti (art. 185 c.p.p. e art. 159 c.p.c.).

Quanto al primo profilo, vale la pena premettere sin d’ora che, in questa sede, si proporranno riflessioni trasversali e di ampio respiro, con l’avvertenza che le conclusioni poi in concreto predicabili abbracciano un ventaglio di opzioni e di modulazioni ben più variegato e ricco di sfaccettature, di cui si proverà a dare contezza nei paragrafi successivi.

A fronte della ricostruzione operata sin qui, ci sembra si possa ragionevolmente sostenere che la descritta strutturazione dell’esaminato marchingegno processuale della regola d’esclusione a pena di inutilizzabilità, che si concreta nella frapposizione di una barriera in ingresso ad elementi concepiti a monte come inidonei a guidare il giudice lungo un valido percorso di verifica della corrispondenza tra gli enunciati fattuali formulati dalle parti e la realtà fattuale, si muove sul filo dell’inammissibilità. Lo dimostrerebbe il fatto della interconnessione tra l’art. 190 ed il successivo art. 191 c.p.p. e dal rinvio all’art. 190 operato dal nuovo testo del primo comma dell’art. 493 c.p.p., che si esprime proprio in termini di ammissibilità⁴³.

Il binomio ammissibilità/inammissibilità in materia probatoria costituisce una categoria giuridica nient’affatto estranea alla *lex probatoria* di stampo extrapenale. Anch’essa, difatti, presidia l’apprensione della conoscenza accreditata tramite la predisposizione di *selettori* in ingresso, secondo la logica della tutela di beni-interessi individuali di rilievo fondamentale, che l’ordinamento non tollera che vengano lesi dall’esercizio dell’attività probatoria, o della tutela della genuina formazione del convincimento giudiziale rispetto all’eventuale fascinosa e ‘appetitosa’ influenza di elementi in apparenza persuasivi ma in realtà intrinsecamente inaffidabili secondo l’*id quod plerumque accidit*⁴⁴.

Al lume di simili argomenti, in sé e per sé non ci sembra, dunque, decisivo far leva

⁴³ Ad ulteriore conferma, è questa la formula del provvedimento giudiziale espulsivo – cfr. art. 148 disp. att. c.p.p. – o preclusivo dell’accesso dell’elemento antigiuridico, vale a dire la pronuncia in punto di inammissibilità.

⁴⁴ Così F. FERRARI, *La sanzione dell’inutilizzabilità nel codice della privacy e nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 2, 348; A. GRAZIOSI, *Contro l’utilizzabilità delle prove illecite nel processo civile*, cit., 945 ss.; B. CAVALLONE, *Oralità e disciplina delle prove nella riforma del processo civile*, cit., 686 ss.; ID., *Inutilizzabilità, ai fini della decisione, del documento prodotto da una parte, quando essa non abbia tempestivamente indicato lo scopo della produzione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1, 187 ss.; ID., *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 1, 1; A. CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Rivista di diritto processuale*, 2003, 1, 27 ss., in specie §§ 9-10, nonché nt. 57; G.F. RICCI, *Principi*, cit., 366 ss.; ID., *Le prove illecite nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 1, 34 ss.; quanto, in specie, ai limiti e alle regole di esclusione previsti in specie con riferimento a ciascun mezzo istruttorio, L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., *passim*; M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009, 144 ss.

sulla mera scorta dell'argomento della lacuna normativa volontaria, al fine di sostenere l'impossibilità in capo al giudice *ad quem* di preservare l'integrità etico-cognitiva del compendio conoscitivo impedendo l'accesso di prove allogene, quando ne appuri la malformazione genetica che non ne avrebbe consentito l'acquisizione (in assoluto ovvero in quella particolare veste) nella sede d'origine.

Invero, proprio l'esistenza di norme formulate secondo il medesimo spirito che anima la disciplina di cui agli artt. 190-191-526 c.p.p. – che diviene identità di formulazione espressa nel caso dell'art. 7, comma 4-*bis*, d.lgs. 159/2011 quanto al procedimento di prevenzione⁴⁵ – lascia intendere una medesimezza di struttura del ragionamento giudiziale sotteso alla prognosi/diagnosi di inidoneità della prova a comporre il plesso di conoscenze legittimamente spendibili a fini decisori.

Dunque, se un problema di operatività del meccanismo estensivo di cui trattasi si può porre, non concernerà tanto l'*an*, ma, semmai, il *quantum*, ossia l'ampiezza del potere di filtraggio giudiziale di quanto proveniente *ab externo* e, in correlazione, l'estensione del novero di regole escludenti le quali possano spiegare efficacia trasversale.

In definitiva, più che esportare altrove ed estendere l'inutilizzabilità quale categoria giuridica del diritto delle prove penali, si tratterà di far operare nella sede di destinazione i suoi propri meccanismi selettivi *in limine* all'istruttoria, esportandovi piuttosto le specifiche causali 'estrinseche' ed 'esogene' in forza delle quali sceverare la prova allogena ammissibile da quella inammissibile.

A definitiva conferma della correttezza dogmatica della conclusione testé rassegnata, ed adottando non più il punto di vista procedimentale legato ai poteri liminari del giudice ai fini istruttori, e scegliendo invece la prospettiva funzionale che giustifica la previsione di regole di esclusione probatoria, si deve ancora una volta richiamare la convincente ricostruzione prospettata ormai più di un decennio fa dal già rammentato arresto del *plenum* penale nel 'caso Cagnazzo'. La composizione più autorevole della Corte di legittimità ha riconosciuto che la prova inutilizzabile debba essere ritenuta «inutilizzabile *tout court*, senza aggettivi, limiti o deroghe di sorta, che ne consentano

⁴⁵ Anzi, tale previsione appare ancor più chiara, rispetto agli artt. 191 e 526 c.p.p., nell'indicare la complementarità dei meccanismi ammissivi ed escludenti-espulsivi delle prove e nel segnalare come l'espunzione delle prove abbia riguardo ai casi in cui esse siano (genericamente) *vietate dalla legge*. Quest'ultimo argomento sembrerebbe poter offrire, di riflesso, interessanti spunti per una rinnovata e più moderna esegesi del già richiamato art. 191 c.p.p. Sul punto si tornerà nel prosieguo (cfr. § 4 del presente Capitolo).

un qualsivoglia recupero, sia pure in ambiti e a fini diversi da quelli del processo penale». Perciò, l'*antigiuridicità processuale* che caratterizza la prova assunta in spregio di un divieto probatorio non può assolutamente propagarsi altrove: il giudice, in quanto garante della legalità processuale⁴⁶, dovrebbe essere preposto a verificare che un siffatto fenomeno non si realizzi, cosicché sulla decisione presa all'esito del procedimento non incida una prova *ab origine* viziata⁴⁷.

L'approdo, cui il percorso argomentativo sin qui svolto conduce, è il riconoscimento del principio di '*ubiquità dell'inutilizzabilità*' (come è stato definito in dottrina)⁴⁸, estrapolabile dalle parole del Supremo Collegio che a chiare lettere ha più volte sottolineato come la neutralizzazione degli effetti 'patologici' dell'atto elusivo di un divieto probatorio debba ritenersi operante «nell'ambito di *altri* procedimenti giurisdizionali»^{49 50}.

⁴⁶ N. ROMBI, *La circolazione*, cit., 68.

⁴⁷ In merito all'esito interpretativo (*tranchant*) cui sono giunte le Sezioni unite nel caso menzionato *supra*, preme, tuttavia, evidenziare come forse una maggior cautela nella importazione generalizzata delle regole di esclusione penali in qualsiasi altro giudizio sarebbe preferibile, attese le non trascurabili differenze oggettive e strutturali che nel nostro sistema giurisdizionale non consentono una completa parificazione dei paradigmi probatori vevoli negli specifici rami volta a volta considerati (su cui si veda Capitolo II, § 3). È ragionevole sostenere, ad ogni buon conto, che con tutta probabilità la chiave di lettura perentoria ed omnicomprensiva prescelta dal Supremo collegio sia stata determinata, in parte, da due ragioni specifiche legate al caso concreto: *in primis*, che si discorresse di intercettazioni, mezzo di ricerca della prova che – come si vedrà al prossimo paragrafo – implica dolorose lesioni a prerogative costituzionali di elevatissimo rango, la cui prioritaria necessità di tutela potrebbe spiegare il rigore dell'approccio adottato dal *plenum*; in secondo luogo, che il referente procedimentale dell'esportazione fosse il rito prevenzionale, che come abbiamo avuto già modo di vedere presenta, rispetto a molti altri tipi di giudizio, una maggiore consonanza con il processo penale quanto a struttura, oggetto, beni giuridici incisi *etc.* Per altro verso, come già notavamo, le conclusioni cui la Cassazione è pervenuta scontano il *vulnus* esegetico di non aver considerato le ipotesi di inutilizzabilità c.d. fisiologica alla stregua del paradigma della sanzione irrogata all'esito dell'accertata violazione di un filtro escludente posto in forma di divieto a presidio della corretta, dialogica, genuina formazione del convincimento del giudice sui fatti di causa.

⁴⁸ C. CONTI, *Il volto attuale dell'inutilizzabilità*, cit., 794 ss.; EAD., *L'inutilizzabilità*, cit., 147 ss.

⁴⁹ Si noti che, nella sentenza Cagnazzo cit., la Corte, pur sollecitata dall'ordinanza di rimessione ad analizzare lo statuto dell'inutilizzabilità delle sole intercettazioni ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 271 c.p.p., ha esteso il principio di diritto enunciato a tutte le prove vizzate per violazione di un divieto probatorio, alla stregua dell'art. 191, comma 1, c.p.p., generalizzando così l'applicabilità al procedimento di prevenzione di tutti i divieti probatori sanciti dal codice di rito. Lo stesso principio era stato già suggerito – sulla base di argomenti che, però, la sentenza Cagnazzo ha inteso precisare e correggere – da Cass., Sez. un., 13 gennaio 2009, n. 1153, Racco, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 2137, e ad oggi può ritenersi essere stato implicitamente riconosciuto ed affermato nella recente sentenza Cass., Sez. VI, 3 ottobre 2018, n. 43896, Luvaro, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 4, 462 e in *Proc. pen. giust.*, 2019, 2, 418, con nota di F. CENTORAME, che ha annullato con rinvio ai soli effetti civili (art. 622 c.p.p.) dopo aver rilevato e dichiarato l'inutilizzabilità di una prova dichiarativa perché assunta in violazione del divieto di testimonianza indiretta della polizia giudiziaria: in tale occasione, il giudice di legittimità ha affermato che «la prova ritenuta inutilizzabile nel giudizio penale non può essere utilizzata neppure in quello civile, diversamente realizzandosi una sostanziale violazione dell'accertamento compiuto dal giudice penale» (corsivo nostro).

⁵⁰ Peraltro, quantomeno nel contesto penalistico, e nonostante si potrebbe sostenere che la prova allogena goda di una sorta di presunzione di legittimità. è lo stesso sistema ad assicurare che il giudice disponga, in ogni momento, del potere necessario ad espungere la prova inutilizzabile dal composto probatorio, anche al fine di evitare che eventuali mancanze o volontarie acquiescenze delle parti possano consentire di cristallizzare

E veniamo dunque, brevemente, al secondo punto, ossia in che termini debba intendersi l'*estensione* dell'inutilizzabilità di cui ci stiamo occupando.

Occorre premettere che, come è noto, il problema della c.d. inutilizzabilità derivata costituisce uno dei nodi gordiani ancora da risolvere della disciplina delle prove penali illegittime⁵¹, sul quale è stata chiamata a pronunciarsi la Consulta, da ultimo, con due

l'elemento viziato da una lesione ad un diritto fondamentale o alle regole sulla qualità accertativa del dato. Non pare quindi condivisibile l'opinione per cui la mancata - seppur necessaria - dichiarazione di inutilizzabilità nel processo penale *a quo* sarebbe ostativa del relativo vaglio nel procedimento di prevenzione *ad quem*. E ciò a maggior ragione se si considera che l'inutilizzabilità è ritenuta generalmente un vizio insanabile. A questo proposito, taluno in dottrina ha sostenuto che, anche al fine di non determinare indebite lesioni della legittima aspettativa di paritario trattamento dinanzi agli organi giurisdizionali, se nel processo d'origine ancora in corso l'inutilizzabilità della prova trasmigrata venisse rilevata e dichiarata, ciò dovrebbe necessariamente esplicitare effetti sul procedimento di destinazione dell'elemento la cui anti-giuridicità sia stata altrove valutata. Così, C. CONTI, *Il volto attuale dell'inutilizzabilità*, cit., 792, descrive simile proprietà dell'inutilizzabilità in termini di *perennità del vizio*; EAD., *Accertamento del fatto*, cit., 523, evidenzia la notevole disparità di trattamento che si verificherebbe «qualora nel procedimento *a quo*, per ipotesi ancora in corso, il giudice, che dispone dei decreti autorizzativi, dichiarasse l'inutilizzabilità emergente *ex actis*, mentre nel procedimento *ad quem* il giudice, con le mani legate dalle mancate allegazioni di parte, fosse costretto ad utilizzare intercettazioni illegali»; si veda altresì, in senso critico, N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, Padova, 2003, 151: «non tutti – tranne nel caso di vizio talmente grave da comportare l'inesistenza – riconoscono al giudice del processo penale di destinazione il potere di compiere un controllo di legittimità – sulla forma e sul contenuto dell'atto – ritenendo che l'unica sede a ciò abilitata sia quella di origine» (citando M.A. ZUMPARO, *Rapporti tra processo civile e processo penale*, Torino, 2001, 495 ss.). A fronte di una ricostruzione che, sul piano ideale e dei principi generali, risulta argomentata in modo senz'altro persuasivo, ci sembra possibile segnalare alcune difficoltà pratico-operative nella messa in atto di siffatti meccanismi. Pretendere che sia il giudice del processo *a quo* a stabilire una volta per tutte la sorte della prova male acquisita implica, non solo, un indispensabile parallelismo cronologico dei procedimenti implicati dalla vicenda circolatoria, bensì anche l'attivazione di (inesistenti) canali obbligatori di comunicazione tra processi, poiché sarebbe altrettanto discriminatorio far gravare sulle parti – che potrebbero anche non coincidere con quelle del rito *a quo* – l'onere di 'riportare' al giudicante nella sede *ad quam* l'esito dello scrutinio di validità effettuato altrove, dal momento che, per quanto il nostro sistema accolga il principio dispositivo, l'anti-giuridicità della prova costituisce vizio rilevabile anche d'ufficio (e, in chiave analoga, l'inammissibilità della prova è di pertinenza del giudice anche nel rito civile). Si consideri, inoltre, che legare la vicenda espuntiva nel processo di destinazione alla sorte della prova nel rito d'origine implicherebbe far gravare l'errore di un giudice anche sull'operato di altro giudice il quale, invece, si avvedesse di un vizio genetico della prova *extra moenia* che si voglia produrre dinanzi a lui. Infine, non ci sembra irrilevante evidenziare le criticità di non lieve entità che si determinerebbero nel caso in cui, *medio tempore*, tra la declaratoria di inutilizzabilità nel processo *a quo* e l'acquisizione *ab externo* nel giudizio di approdo, si verificasse un fenomeno di successione nel tempo di leggi aventi ad oggetto proprio la connotazione in termini di norma escludente o meno del parametro normativo sulla cui scorta quella prova fosse stata ritenuta inutilizzabile dal giudice *a quo* (non ci si può in questa sede dilungare sul tema, davvero problematico, rispetto al quale non si è ancora conseguita la quadratura del cerchio nell'ambito dell'analisi pretoria: cfr. Cass. pen., Sez. un., 25 febbraio 1998, n. 4265, Gerina, in *CED*, n. 210199-01; Cass. pen., Sez. un., 13 luglio 1998, n. 10086, Citaristi, in *Giur. it.*, 1998, 354 con nota di A. BARGI, e *ivi*, 356, con nota di A. SANNA; per una disamina sul punto, M. DANIELE, *Regole di esclusione*, cit., 203 ss.; C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità*, cit., 122 ss.).

A. GAITO, *Quali limiti alla sanatoria dell'inutilizzabilità*, cit., 1518, osserva in chiave alquanto critica che, se non fosse così, si finirebbe con l'ammettere l'esistenza di una (eccentrica) causa di sanatoria dell'inutilizzabilità, che non può conciliarsi coi principi che l'ordinamento richiede siano rispettati per garantire che il passaggio delle prove tra diversi procedimenti non si risolva in un «riciclaggio di materiale sporco». Ancora una volta, occorre precisare come, se ciò sia senz'altro vero e condivisibile *in toto* nell'ipotesi di interscambio di prove penali i cui terminali di riferimento siano sempre giudizi criminali, la conclusione non può essere altrettanto serenamente certificata con riguardo a trasferimenti istruttori intersistemici, specie se essi coinvolgano giudizi a spiccata connotazione civilistica.

⁵¹ N. GALANTINI, *Alla ricerca della 'inutilizzabilità derivata'*, in *Sist. pen.*, 2021, 3, 151 ss.; EAD., *L'inutilizzabilità della prova*, cit., 83 ss.; A. CABIALE, *L'inutilizzabilità "derivata": un mito a mezza via tra nullità ed esigenze sostanziali*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 4, 112 ss.; C. CONTI, *L'inutilizzabilità*, cit., 144 ss.; EAD., *Accertamento del fatto*, cit., 254 ss.; P. TONINI-C. CONTI, *Manuale*, XXIII ed., cit., 227; P. TONINI-C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., 115 ss.; F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013, 207-208 ss.; P. FERRUA, *La prova penale*, cit., 227 ss.; L.P. COMOGLIO, *Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata delle prove acquisite con il susseguente sequestro*, in *Cass. pen.*, 1996, 1547 ss.; F.

pronunce che hanno dichiarato inammissibili le reiterate questioni di legittimità costituzionale dell’art. 191 c.p.p. nella parte in cui non prevede che la sanzione processuale ivi prevista riguardi, *di riflesso e per derivazione*, anche gli esiti probatori di precedenti attività istruttorie (investigative, in particolare) compiute in violazione delle prescrizioni procedurali e al di fuori dei casi consentiti⁵². Per quel che qui più rileva, al fine di valutare in modo opportuno e comprendere appieno se in effetti il fenomeno di cui ci stiamo occupando sia o meno da ricondursi a tale categorizzazione ed eventualmente cosa ciò comporti, è sufficiente ricordare che, quando si parla di inutilizzabilità derivata si intende quel supposto fenomeno in forza del quale l’illegittimità di una certa prova sia idonea a trasferirsi, per estensione, ad una ulteriore prova la cui apprensione, reperimento, acquisizione siano stati determinati dalla prima.

A tale ipotesi d’indagine esegetica si obietta chiamando in causa, per un verso, il principio di tipicità-tassatività che animerebbe in generale il sistema delle invalidità processuali ed al metro del quale, attesa la mancanza di una norma del tenore dell’art. 185 c.p.p. con riguardo all’inutilizzabilità, non potrebbe ammettersi l’estensione di quest’ultima sanzione⁵³. Per l’altro verso, si invoca il c.d. principio di gratuità della prova, compendiato dalla formula *male captum bene retentum*.

Dato atto in estrema sintesi dei principali poli intorno ai quali ruota il dibattito e del fenomeno giuridico che, per quanto allo stato improduttivo degli effetti da taluno auspicati, è sotteso alla questione, si comprende come esso, ad ogni buon conto, non si attagli affatto a descrivere ciò di cui qui ci occupiamo. Quando parliamo di estensione dell’inutilizzabilità della prova in altri giudizi non intendiamo riferirci all’effetto viziante derivato, susseguente, di prove allogene su atti consecutivi e dipendenti del processo di destinazione, bensì semplicemente alla esportazione di un determinato *set* di regole sulla ‘costituzione’ della prova, necessarie per ponderare, nel processo di

CORDERO, *Prove illecite*, in *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, 157 ss., e poi 171; A. CAPONE, *L’invalidità nel processo penale*, cit., 118 ss.

⁵² Corte cost., 3 ottobre 2019, n. 219, in *Sito uff. Corte cost.*, nonché in *Arch. pen.*, 2020, 1, con nota di G. PICARO, *Perquisizione illegittima e limiti dell’inutilizzabilità*; Corte cost., 26 novembre 2020, n. 252, *ibidem*, nonché in *ilpenalista.it*, 26 gennaio 2021, con nota di G. NICOLA, *Alla perquisizione illegittima non consegue l’inutilizzabilità derivata degli esiti del successivo sequestro*.

⁵³ La conferma della fondatezza di simile assunto è stata ricavata dalla Consulta dalla disamina del nuovo comma 2-bis dell’art. 191 c.p.p. che, a detta del Giudice delle leggi, avrebbe codificato un’ipotesi speciale di inutilizzabilità derivata, dimostrando così che in mancanza di espressa previsione simile ipotesi non potrebbe spiegare alcun effetto nel nostro sistema probatorio.

destinazione, la legittimità originaria (al netto del vaglio operato anche rispetto alle regole specifiche della vicenda *ad quam*) della prova pre-formata acquisenda. L'ingresso della stessa nel processo di destinazione, qualora non se ne riconosca il vizio che essa porta con sé, amplia – in modo indebito – il panorama conoscitivo a disposizione del giudice *ad quem*, si offre alla valutazione del giudice⁵⁴ e, dunque, si rifletterà sull'*iter* argomentativo-motivazionale che fonda il *decisum* giudiziale, inficiandolo nella misura in cui un tassello del mosaico che compone le ragioni del decidere doveva essere sin dall'inizio espunto in quanto ritenuto *ex lege* inidoneo a svolgere quel compito conoscitivo che istituzionalmente e per sua essenza la prova è chiamata a rivestire.

La prova allogena, antigiuridica perché formata in violazione di una regola d'esclusione, non 'causa' alcun atto che ad essa risulti, nel rito *ad quem*, dipendente da essa secondo una dinamica analoga alla dipendenza consequenziale in funzione della quale il legislatore prevede e disciplina l'estensione delle nullità⁵⁵. L'estensione concerne piuttosto il *plateau* di principi e regole giuridiche che transitano da una sede all'altra per consentire ad un giudice altro, in un processo altro, di preservare il microcosmo del giudizio in corso dinanzi a sé dalla contaminazione di un elemento, inidoneo a propagare il proprio *vulnus* su altri atti, ma capace in potenza di inficiare e fuorviare il ragionamento logico-giuridico del giudicante.

Il che implica che, nel caso in cui il processo di destinazione sia un processo di natura penalistica (anche in senso lato), le parti potranno dolersi di tale vizio ai sensi della lett. c) dell'art. 606, comma 1, c.p.p. e, per conseguenza, della lett. e) della stessa disposizione, nella misura in cui l'espunzione della prova illegittimamente utilizzata ai fini del decidere comporti, secondo la prevalente giurisprudenza della Corte di legittimità, la necessità di procedere alla c.d. prova di resistenza delle cadenze motivazionali della pronuncia oggetto di ricorso⁵⁶. Nel caso in cui, invece, si tratti di

⁵⁴ Come prova piena, prova indiziaria, argomento di prova, riscontro...il valore 'formale' e 'nominale', come abbiamo visto, è incerto in dottrina e giurisprudenza.

⁵⁵ I. CALAMANDREI, *La prova documentale*, Padova, 1995, 103 ss., in particolare 104, nt. 22, la quale esclude che si possa trattare alla stregua di invalidità derivata l'ipotesi di circolazione di una prova 'malformata' nel procedimento *a quo*, poiché piuttosto deve parlarsi di invalidità *originaria* del processo *ad quem*. In realtà, a nostro avviso, si tratta una invalidità generatasi nel processo *a quo* ma che può esser (anzi deve essere) fatta oggetto di autonoma valutazione dal giudice *ad quem* in fase ammissiva, quantunque in forza delle regole di esclusione valevoli per la sede originaria.

⁵⁶ A. CAPONE, *L'invalidità nel processo penale*, cit., 213-214; A. SCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit.,

altri giudizi, il vizio della prova – secondo il generale principio processualcivilistico – si ‘tramuterà’ in vizio della sentenza, di cui le parti potranno censurare la nullità.

3. UN'IPOTESI SPECIALE DI CIRCOLAZIONE PROBATORIA DI PROVE INUTILIZZABILI: LE
INTERCETTAZIONI RIVERSATE IN PROCEDIMENTI DIVERSI (ART. 270 C.P.P.)

A questo punto pare opportuno aprire una parentesi inerente ad una fattispecie tutta peculiare, che sembra rappresentare – nel limitato ambito su cui insiste l'art. 15 Cost., ossia l'inviolabilità della libertà e segretezza delle comunicazioni – un punto di interessante confluenza delle due direttrici della nostra indagine. Si fa, in particolare, riferimento alla specifica regolamentazione che il codice di rito penale dedica all'eventuale spendita in una certa sede giudiziale penale delle risultanze di attività di intercettazione disposta nell'ambito di altra vicenda procedimentale. Il fenomeno, della cui rilevanza ai nostri fini già abbiamo dato conto altrove⁵⁷, non rappresenta solo una speciale ipotesi di osmosi istruttoria⁵⁸, ma implica altresì la considerazione di essenziali aspetti della disciplina della sanzione processuale dell'inutilizzabilità, posto che, come si dirà *infra*, l'art. 270 c.p.p. è costruito in termini di *divieto probatorio* a base etico-deontica e di regola di inutilizzabilità fisiologica.

Costituisce problematica di risalente memoria la chiara individuazione, una volta per tutte, degli esatti confini applicativi dell'ipotesi di circolazione transprocedimentale avente ad oggetto intercettazioni. Si tratta di fattispecie regolata *expressis verbis* dall'art. 270 c.p.p., che *vietava* – e vieta tuttora, ma con sfumature ed una casistica parzialmente differenti⁵⁹ - l'utilizzabilità dei risultati delle captazioni «in *procedimenti*

197 ss.

⁵⁷ A tal proposito, si rinvia al precedente Capitolo II, § 2.

⁵⁸ La specialità si apprezza, innanzitutto, sul fronte della previsione normativa, in quanto le risultanze dell'attività d'indagine captativa non circoleranno secondo gli schemi generali sanciti dall'art. 238 c.p.p., ma seguendo – qualora possibile – i criteri ed i canali individuati dalla disposizione a ciò preposta (art. 270 c.p.p.); in secondo luogo, discende dalla circostanza che anche le incombenze procedurali da rispettarsi necessariamente per una legittima acquisizione del materiale intercettivo non collimano con quanto stabilito in generale per ogni altra risultanza istruttoria (si dovranno infatti depositare presso il giudice *ad quem* i verbali e le registrazioni delle intercettazioni e sarà necessario rispettare quanto prescritto dall'art. 268, commi 6, 7 e 8, ai fini della instaurazione del contraddittorio con i difensori delle parti private del procedimento *ad quem* e della oculata selezione del materiale validamente formato ed acquisibile).

⁵⁹ Sul punto si tornerà nel prosieguo. Basti qui evidenziare come, proprio sull'onda degli approdi raggiunti dal supremo organo della nomofilachia nella ripermistrazione in via pretoria dell'alveo operativo dell'art. 270 c.p.p., il legislatore è intervenuto sul tessuto della norma citata, sul finire del 2019 e, poi, ad inizio 2020. Cfr. *infra* § 4.d.

diversi» da quelli in cui sono state disposte, salvi i casi di *indispensabilità per l'accertamento di reati* per i quali vi sia obbligo di arresto in flagranza⁶⁰.

A fronte di una formulazione letterale solo apparentemente cristallina nella sua portata precettiva⁶¹, a più riprese la Corte di legittimità si è trovata a fronteggiare la necessità ermeneutica di illuminare il senso ultimo di tale sintagma, «procedimenti diversi», e di chiarire in quali casi debba reputarsi ammissibile la propagazione del materiale intercettato – e, con essa, la perpetuazione della lesione del diritto fondamentale alla segretezza delle comunicazioni (art. 15 Cost.). Interrogandosi, così, sulle condizioni in base alle quali riconoscere la sussistenza di quella diversità procedimentale che, salvi i casi derogatori espressamente ammessi *ex lege*, costituisca barriera insormontabile ai sensi del primo comma dell'art. 270 c.p.p. O, per meglio dire, ponendosi nell'ottica di individuare in quali ipotesi non debba ritenersi affatto operativo il rammentato divieto speciale di circolazione probatoria, non sussistendo diversità procedimentale, e dunque non essendo necessario attivare la procedura incidentale predisposta, a scopo di garanzia del diritto al contraddittorio, dai commi 2 e 3 della norma *de qua*⁶².

La questione, oggetto di fervente dibattito, è stata da ultimo portata all'attenzione delle Sezioni unite, a fronte della sussistenza di un panorama giurisprudenziale frastagliato sull'ampiezza e sul significato del sintagma «diverso procedimento». Il dubbio ruotava intorno alla possibilità di ricomprendere o meno nell'ambito del divieto di utilizzazione (e fosse dunque da considerarsi 'diverso') il procedimento inerente

⁶⁰ Le riflessioni che seguono costituiscono, con minimali variazioni, la riproposizione del nostro G. PECCHIOLI, *Intercettazioni e 'diverso procedimento': le Sezioni unite sull'annoso nodo gordiano*, in *Giur. it.*, 2020, 6, 1503 ss.

⁶¹ La primigenia formulazione, ad opera della l. 8 aprile 1974, n. 98, dell'art. 226 *quater* co. 8 del codice Rocco, adottata a seguito di una pronuncia della Consulta (n. 34 del 1973), vietava l'utilizzo probatorio dei risultati delle captazioni in procedimenti diversi da quello in cui erano state autorizzate. Tale chiusura estremamente garantista, eccentrica rispetto alla lassità dell'interscambio probatorio tipica del sistema inquisitorio, ha suscitato reazioni critiche che hanno condotto alla riforma della norma citata, il cui comma sesto, a fronte del d.l. 59/1978, ha così consentito il trasferimento delle risultanze delle intercettazioni in «procedimenti diversi», purché riguardassero reati per i quali fosse obbligatorio il mandato di cattura. Nonostante i contrasti esegetici sul significato di tale riferimento ai procedimenti diversi, in occasione dell'adozione del c.p.p. Vassalli si è dato forma all'art. 270 che, pur se formulato 'in negativo', contempla il medesimo richiamo a tale sintagma. Sul punto, *ex plurimis*, F. RUGGERI, *Divieti probatori e inutilizzabilità nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, Milano, 2001, 56 ss.; L. FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, Milano, 1997, 180 ss.; R. CANTONE, *L'utilizzazione delle intercettazioni telefoniche in "procedimenti diversi"*, in *Cass. pen.*, 1997, 902, 1439 ss.; C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità*, cit., 46 ss.; N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., 213 ss. (cui si rinvia altresì per i copiosi riferimenti bibliografici).

⁶² D. PRETTI, *La metamorfosi delle intercettazioni: la contro-riforma Bonafede e l'inarrestabile mito della segretezza delle comunicazioni*, in *Sist. Pen.*, 2020, 2, 99.

anche a reati non oggetto dell'intercettazione *ab origine* disposta e che, «privi di collegamento strutturale, probatorio e finalistico» con quelli 'intercettati', emergessero dalle stesse operazioni di intercettazione.

Per inquadrare le criticità esegetiche che si ponevano (e si pongono) nell'ambito che qui rileva e per esaminare gli approdi raggiunti dal supremo organo della nomofilachia, pare opportuno ripercorrere i termini del dibattito, nel cui ambito si erano sviluppati, col tempo, molteplici filoni esegetici.

Da un lato, un indirizzo, che potrebbe definirsi 'formalista', argomentava nel senso di ritenere diverso il procedimento che, sin dall'origine, viaggia su 'binari paralleli' rispetto a quelli percorsi dal procedimento nel quale siano autorizzate intercettazioni dalle quali possano trarsi elementi di prova spendibili anche nel primo. Viceversa, l'unitarietà iniziale, che si ha nel caso in cui, nel corso delle indagini di un dato procedimento, mediante le disposte intercettazioni si ricavi la notizia di un ulteriore reato, prima ignorato, escluderebbe l'eterogeneità procedimentale e, con essa, l'operatività dell'art. 270 c.p.p. E ciò a prescindere dall'effettiva trattazione (unitaria o separata) e dalla distinzione di iscrizione nel registro delle notizie di reato⁶³.

Dall'altro lato, il maggioritario filone giurisprudenziale aderiva ad un'opzione esegetica 'sostanzialistica', la quale adotta un criterio strutturale e fenomenico-fattuale⁶⁴ sulla cui base escludere la diversità tra procedimenti ed impedire l'attivazione del filtro escludente di cui all'art. 270 c.p.p. Tale parametro decisivo è costituito dal contenuto della *notitia criminis*, *i.e.* dal 'fatto-reato' (inteso in senso ampio) oggetto di indagine ai fini dell'esercizio dell'azione penale. Esso postula l'individuazione di un legame di identità tra indagini connesse o collegate sotto il profilo oggettivo, probatorio o finalistico, pertanto non meramente casuale o puramente occasionale, ma riconducibile alle ipotesi regolamentate dagli artt. 12 e 371, comma 2, lett. *b)* e *c)*, c.p.p.⁶⁵.

⁶³ *Ex multis*, Cass. pen., sez. VI, 1 luglio 2015, n. 27820, Morena, in *CED*, n. 264087; Cass. pen., sez. VI, 22. Dicembre 2015, n. 50261, in *CED*, 265757; Cass. pen., sez. II, 19. Gennaio 2016, n. 1924, Roberti, in *CED*, n. 265989; Cass. pen., sez. II, 8 marzo 2016, n. 9500, De Angelis, in *CED*, n. 267784; Cass. pen., sez. VI, 24 maggio 2016, n. 21740, Masciotta, in *CED*, n. 266921; Cass. pen., sez. fer., 26 agosto 2016, n. 35536, Tagliapietra, in *CED*, n. 267598; Cass. pen., sez. VI, 4 luglio 2017, n. 31984, in *CED*, n. 270431; Cass. pen., sez. V, 5 aprile 2018, n. 15288, Trani, in *CED*, n. 272852.

⁶⁴ N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., 222.

⁶⁵ *Ex plurimis*, Cass. pen., sez. VI, 10 febbraio 1996, n. 1626, Pulvirenti, in *Giust. pen.*, 1996, III, 593 e in *Cass. pen.*, 1997, 1436, con nota di R. CANTONE; Cass. pen., sez. VI, 30 maggio 2012, n. 20910, Avena, in *CED*, n. 252863; Cass. pen., sez. VI, 27 novembre 2012, n. 46244, Filippi, in *CED*, n. 254285; Cass. pen., sez. II, 24 ottobre 2013, n. 43434, Bianco, in *CED*, n. 257834; Cass. pen., sez. II, 23 gennaio 2014, n. 3253, Costa, in *Dir.*

Infine, pare possibile indicare l'esistenza di un terzo orientamento, più risalente, da taluno assimilato all'indirizzo sostanzialistico, ancorché da esso distinto ed autonomo. Tale filone aveva offerto una chiave di lettura più restrittiva – invero respinta dall'orientamento maggioritario – nel momento in cui affermava che la nozione di diverso procedimento dovesse essere ritenuta coincidente con quella di diverso reato: la diversità doveva apprezzarsi, dunque, sul filo della alterità di fatti storici integranti un determinato tipo criminoso. Pertanto, ogni qualvolta si fosse scoperto un reato ulteriore rispetto a quello per cui era stata ottenuta l'autorizzazione ad intercettare, a prescindere da qualunque tipo di rapporto strutturale con quest'ultimo, si sarebbe ricaduti in un caso di procedimento diverso, con piena operatività dei limiti di utilizzabilità verso l'esterno sanciti dall'art. 270, comma 1, c.p.p.⁶⁶.

a. *Ratio del divieto di acquisizione trans-procedimentale di intercettazioni aliunde disposte*

L'incedere argomentativo delle Sezioni unite ha di necessità intersecato lo snodo centrale intorno al quale s'intesseva, ormai da qualche decennio, l'intero dibattito in esame, impegnato nella difficile ricostruzione del fondamento giustificativo del divieto (e correlativa eccezione) di circolabilità dei risultati delle intercettazioni.

Sul punto, ineludibili si ergono i due poli della questione.

Da un lato, l'inviolabilità della segretezza delle comunicazioni, in quanto peculiare dimensione di realizzazione della personalità e della dignità umane, che ormai risalenti ed evocative parole della Consulta investirono del crisma di «*parte necessaria dello spazio vitale*» di ciascuno⁶⁷.

Dall'altro, l'insopprimibile esigenza di soddisfare l'interesse pubblico alla pronta ed efficiente repressione dell'attività criminosa⁶⁸.

pen. proc., 2, 206, con nota di F. DELVECCHIO; Cass. pen., sez. III, 18 dicembre 2014, n. 52503, Sarantsev, in *CED*, n. 261971; Cass. pen., sez. II, 13 maggio 2015, n. 19730, Vassallo, in *CED*, n. 263527; Cass. pen., sez. VI, 4 maggio 2018, n. 19496, Cante, in *CED*, n. 273277; Cass. pen., sez. III, 20 giugno 2018, n. 28516, in *CED*, n. 273226; Cass. pen., sez. III, 3 luglio 2018, n. 29856, La Volla, in *CED*, n. 275389-01; Cass. pen., sez. VI, 17 dicembre 2019, n. 51010, inedita; *per incidens*, anche Cass. pen., Sez. un., 23 luglio 2014, n. 32697, Floris, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 12, 1448, con nota di A. INNOCENTI.

⁶⁶ Cass. pen., sez. III, 3 luglio 1991, n. 9993, Cerra, in *CED*, n. 188356; Cass. pen., sez. II, 28 dicembre 2012, n. 49930, Perri, in *CED*, n. 253916; Cass. pen., sez. IV, 28 gennaio 2009, n. 4169, Mucciarone, in *CED*, n. 242836.

⁶⁷ Corte cost., 6 aprile 1973, n. 34, in *Giur. it.*, 1973, I, 1228 e in *Giur. cost.*, 1973, 316.

⁶⁸ Secondo il noto adagio per cui nessun diritto è 'tiranno', come proclamato *claris verbis* dalla Corte costituzionale in occasione del caso ILVA (Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85, in *Nuova giur. civ.*, 2013, 10, 867).

La soluzione approntata dalla Carta fondamentale ricalca le cadenze tipiche del *cliché* garantista predisposto a tutela di ogni diritto fondamentale, imponendo l'inderogabile rispetto della riserva assoluta di legge – peraltro rinforzata dalla necessità che l'eventuale *vulnus* arrecato tragga giustificazione in una pregnante esigenza pubblica, *i.e.*, quanto al caso in esame, le legittime aspirazioni del processo penale – e della riserva di giurisdizione⁶⁹. La motivazione del provvedimento giudiziale autorizzativo assicura, così, che l'intromissione nella sfera privilegiata della segretezza delle comunicazioni sia davvero agganciata, in modo imprescindibile, al concreto ricorrere dei requisiti tipizzati, in astratto, dal legislatore. Difatti, la garanzia della riserva di legge avrebbe ben ridotta effettività, in mancanza di un saldo addentellato alle emergenze del caso *hic et nunc*. Né, a ben vedere, l'imputato potrebbe godere appieno del proprio diritto alla *privacy* comunicativa se non potesse contestare la legittimità (e dunque l'utilizzabilità *contra se*) dell'intrusione indebita effettuata mediante l'abusiva captazione. Scrutinio, questo, che non potrebbe essere sollecitato senza il substrato dell'atto motivato con cui si sia previamente disposto il mezzo d'indagine.

Ebbene, l'attività di captazione, nonché i suoi risultati e la loro efficacia probatoria sono legati a doppio filo ed in modo indissolubile alla sussistenza, attestata in motivazione, dei presupposti legali, ad iniziare dall'individuazione di un certo reato incluso nel novero di quelli 'intercettabili', rispetto al cui accertamento dovrà riscontrarsi un dato *quantum* indiziario ed un peculiare livello di necessità a fini investigativi⁷⁰. Si instaura, in definitiva, un rapporto di stretta corrispondenza, che denota un vero e proprio *vincolo di appartenenza* delle intercettazioni al reato per il cui accertamento siano state *ab origine* disposte e che richiede la specifica individualizzazione del provvedimento motivato di autorizzazione⁷¹.

⁶⁹ In termini, Corte cost., 24 febbraio 2017, n. 20, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 8, 1058; Corte cost., 24 febbraio 1994, n. 63, in *Cass. pen.*, 1994, 1477 e in *Giur. cost.*, 1994, 363; Corte cost., 3 luglio 1991, n. 366, in *Cass. pen.*, 1991, II, 914. Sul punto, *ex plurimis*, C. CONTI, *Prova informatica e diritti fondamentali: a proposito di captatore e non solo*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 9, 1216.

⁷⁰ N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., 214.

⁷¹ La stessa Consulta aveva, in tempi risalenti, asserito l'essenziale rilevanza di tale legame, allorché – disquisendo delle condizioni di garanzia della *privacy* dell'imputato e dei terzi rispetto ad intercettazioni irrilevanti ai fini del processo nel quale erano state disposte – aveva riconosciuto il principio in base al quale «nel processo può essere utilizzato solo il materiale rilevante per l'imputazione di cui si discute» (Corte cost., 6 aprile 1973, n. 34, cit.). Affermazione che, in chiave condivisibile, è stata poi interpretata nel senso che le intercettazioni potessero trovare utilità probatoria solo nel procedimento nel quale fossero state previamente autorizzate (R. CANTONE, *L'utilizzazione delle intercettazioni telefoniche in "procedimenti diversi"*, in *Cass. pen.*, 1997, 902, 1439 ss.; cfr. altresì C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità*, cit., 46 ss.).

Se così è, nient'affatto ardua risulta l'estrapolazione del senso giustificativo della disposizione di cui al primo comma dell'art. 270 del codice di rito penale. Ancorare l'utilizzabilità delle intercettazioni al previo vaglio giudiziale comporta circoscrivere tale uso al procedimento e al reato di riferimento, il che non può che implicare la chiusura di ogni canale di trasferimento altrove dei suddetti esiti captativi e la recisa esclusione del loro utilizzo quanto ad ipotesi accusatorie diverse ed ulteriori rispetto a ciò che già appare espressamente contemplato nel decreto originario. La pluridirezionalità delle risultanze dell'attività di captazione, consentendo l'ingresso indiscriminato di queste ultime in un numero imponderabile – in potenza, illimitato – di procedimenti penali, minerebbe la prospettata compenetrazione costituzionalmente necessaria tra le intercettazioni ed i loro stessi presupposti procedurali⁷².

E dunque, la *regula iuris* distillata dalla Consulta, e poi accolta dal *plenum* della Cassazione, a partire dalle cadenze dell'art. 15 Cost. è cristallina. Il filtro assicurato dal provvedimento del giudice, per esser tale, non può trascolorare in una mera «autorizzazione in bianco» ad oggetto indeterminato, *i.e.* in una chiave tramite cui, aggirando con fare surrettizio le garanzie imposte dalla legge, 'uploadare' altrove materiale conoscitivo, pur dotato di processuale rilevanza, sganciandolo del tutto dal contesto fattuale, procedimentale, abilitativo che ne ha giustificato la genesi^{73 74}.

In tal modo, si mira ad evitare che lo spazio privilegiato di riservatezza degli interscambi comunicativi personali subisca l'interferenza del potere pubblico oltre ciò che sia ammissibile sulla scorta di adeguata motivazione. Inoltre, a differenza dell'effetto di apertura di varchi comunicativi ottenuto con la previsione di cui all'art.

⁷² Basti considerare che la motivazione del decreto autorizzativo è tenuta a dare specifica contezza del ricorrere di 'gravi indizi' (o di 'sufficienti indizi', per le ipotesi di cui al d.l. n. 152/1991) della sussistenza del reato ipotizzato dal pubblico ministero richiedente: ciò difficilmente avrebbe un qualche legame di significato rispetto a diversi ed ulteriori fatti-reato. In termini: M. CIAPPI, *Limiti all'utilizzabilità delle intercettazioni provenienti aliunde*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 10, 1244; G. ILLUMINATI, *Utilizzazione delle intercettazioni in procedimenti diversi: le Sezioni Unite ristabiliscono la legalità costituzionale*, in *Sist. pen. web*, 30.01.2020.

⁷³ *Ex plurimis*, cfr. Cass. pen., sez. III, 20 giugno 2018, n. 28516, M. C., in *CED*, n. 273226, § 5; Cass. pen., sez. VI, 17 dicembre 2019, n. 51010, Vitale, inedita, § 1.

⁷⁴ In un panorama dottrinale e giurisprudenziale sostanzialmente concorde in merito al suddetto fondamento del divieto di cui all'art. 270 c.p.p., pare interessante evidenziare l'approccio in parte divergente adottato da chi, più che incentrare il *focus* d'indagine sul substrato costituzionale del bene giuridico inciso dall'intercettazione, ha evidenziato che l'art. 270 c.p.p. disciplina una peculiare ipotesi di circolazione probatoria, con ciò comportando la potenziale lesione di *ulteriori* beni-interessi coesenziali al sistema delineato dal codice Vassalli, *i.e.* il contraddittorio nella formazione della prova, secondo un'esegesi singolare, che applica alle attività intercettive (*rectius*: ai loro risultati) la concezione relativistica della prova e del sapere giudiziale di cui abbiamo detto nel precedente Capitolo. Sul punto, cfr. N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., 218 ss.; ancor prima, C. VALENTINI REUTER, *Limiti alla utilizzabilità di prove assunte in altro procedimento*, in *Giur. it.*, 1992, 1992, 4 ss.

238 c.p.p., si intende impedire un'indebita 'osmosi' tra procedimenti che il codificatore ha voluto tenere nettamente separati. Simile strategia normativa sembra rispondere alla prospettiva del tendenziale *favor separationis* accolta nel 1988, sulla cui scorta si è inteso frapporre sbarramenti di garanzia tra un procedimento e l'altro, così da determinare – secondo una logica condivisa con le *exclusionary rules* a pena di inutilizzabilità della prova – un reticolato a maglie strette volto a selezionare l'*an* e il *quomodo* della fruizione a fini decisori di materiale probatorio acquisito *ab externo*. Proprio a tale esigenza sistematica risponde, nei termini suddetti, l'art. 270 c.p.p.

Al contempo, però, la tutela rigorosa così offerta dall'affermata compenetrazione tra procedimento d'origine e materiale intercettivo ivi formato, per non determinare irragionevoli disfunzionalità del sistema, non può che arretrare dinanzi all'esigenza efficientista, di giustizia sostanziale, di soddisfare inderogabili necessità accertativo-repressive di calibro considerevole⁷⁵.

Nessun diritto è 'tiranno'; e così, a fronte della predisposizione di un catalogo chiuso, tassativo – e, quantomeno in origine⁷⁶, più ristretto – di ipotesi delittuose talmente allarmanti da giustificare una deroga al *favor separationis*, l'ammissibilità della migrazione dei risultati delle intercettazioni *aliunde* disposte rappresenta l'esito di un'operazione di *bilanciamento* la cui legittimità risiede: *i*) nella ragionevolezza delle opzioni legislative; *ii*) nella garanzia di un controllo quantomeno *ex post* sul mezzo d'indagine ad opera del giudice *ad quem*; e *iii*) nell'eccezionalità rigorosa della casistica. Questo è il senso della clausola di salvezza di cui al primo comma dell'art. 270 c.p.p., costruita proprio sul modulo operativo tipico e della tutela dei diritti fondamentali e del diritto delle prove, che generalizza la regola d'esclusione e consente solo quelle specifiche deroghe conformi al modello descritto dalla norma.

⁷⁵ In questo senso, si può affermare che, in materia di circolazione probatoria, il legislatore riproponga quel medesimo adagio che connota tutto il sistema di formazione della prova penale, soprattutto per i casi incidenti su istanze individuali fondamentali: è tutto vietato, salvo ciò che la legge consente. Di talché ciò che è prova in un certo procedimento non è detto che lo sia anche altrove. Sul punto, G.G. DE GREGORIO, *Brevi considerazioni in margine ai concetti di "stesso procedimento" e di "procedimento diverso" ai fini dell'utilizzabilità dibattimentale del contenuto degli interrogatori*, in *Cass. pen.*, 1991, 1002; G. DI CHIARA, *Note in tema di circolazione di atti investigativi e probatori tra procedimenti diversi*, in *Foro it.*, 1992, II, 78; F. DELVECCHIO, *La "circolazione trasversale" delle intercettazioni eseguite in un diverso procedimento*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 2, 207 ss.; N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità effettiva della prova tra tassatività e proporzionalità*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 4, 62-63; F. BERNARDI, *Intercettazioni telefoniche: utilizzabilità in procedimento diverso e nullità delle trascrizioni*, in *Giur. it.*, 1995, 4; C. CONTI, *Accertamento del fatto*, cit., 168 ss.; A. GAITO, *La circolazione delle prove e delle sentenze*, in *Arch. pen. web*, 2011, 3, 3-4.

⁷⁶ Il riferimento è alla sopravvenuta modifica del testo del primo comma dell'art. 270 c.p.p., di cui si proverà ad offrire una esegesi più oltre nel testo.

Ebbene, se sul piano della riserva di legge l'eccezione *de qua* pare soddisfare il canone posto dall'art. 15 Cost., l'equilibrio viene raggiunto dalla norma riducendo la solidità del baluardo rappresentato dalla motivazione del provvedimento abilitativo, o, per meglio dire, dalla necessità di corrispondenza tra quest'ultima e l'area della sua incidenza processuale⁷⁷. Si consente così la perpetuazione altrove del *vulnus* già arrecato al diritto fondamentale, pur in mancanza di specifica motivazione individualizzante, nell'eccezionale **caso di assoluta indispensabilità** per accertare e reprimere delitti in grado di creare elevato allarme sociale. Scelta che, in definitiva, solamente sposta – ma non svisciva – l'istanza garantista personalistica, per il tramite del divieto implicito di interpretazioni estensive o analogiche delle ipotesi derogatorie di circolabilità dei risultati delle captazioni⁷⁸.

A valle di una disamina tanto puntuale quanto mossa da un condivisibile atteggiamento garantista, il punto critico rimane: quali casi – se, è da intendersi, ve ne siano – considerare *del tutto estranei* alle cadenze operative contemplate dall'art. 270 c.p.p., e dunque *non* coperti dal divieto di circolazione ma altresì radicalmente svincolati dalla necessità di adeguarsi alla matrice eccezionale predisposta **per i delitti passibili di arresto obbligatorio in flagranza?** In altri termini, il nodo gordiano da sciogliere, più che concernere l'eventuale estendibilità dell'ipotesi eccezionale di trasferibilità delle intercettazioni, pone l'amletico quesito se possano individuarsi casi *di per sé* estranei alla stessa *ratio* del divieto generale o se, invece, la griglia selettiva declinata dalla norma *de qua* possieda un'inaggirabile valenza omnicomprensiva.

b. *L'approccio restrittivo (ma non troppo) delle Sezioni unite Cavallo (Cass. pen., Sez. un., n. 51/2019)*

Dinanzi all'impellente interrogativo testé profilato, gli Ermellini, sollecitati da una vicenda concreta nella quale si era all'apparenza aggirato il divieto di cui all'art. 270 c.p.p.⁷⁹, hanno confezionato una soluzione che, nella sua moderata oculatezza, rivela

⁷⁷ M. CIAPPI, *Limiti all'utilizzabilità delle intercettazioni*, cit., 1244.

⁷⁸ A. CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano, 1996, 177, il quale afferma che «in materia coperta da riserva di legge e per disposizioni che, comprimendo un diritto fondamentale del cittadino, devono essere considerate eccezionali, il divieto di analogia opera incontrastato» (corsivo nostro).

⁷⁹ Il ricorrente aveva lamentato l'inosservanza dell'art. 270 c.p.p., in quanto i giudici di merito avevano fondato la propria decisione di condanna su intercettazioni provenienti *ab externo* che erano state disposte con riferimento a *reati diversi*, nonostante che i capi d'accusa: *i)* fossero privi di qualsiasi nesso sostanziale, «oggettivo, probatorio o finalistico» con i delitti 'intercettati' e *ii)* non fossero neppure ricompresi tra i delitti per cui è obbligatorio l'arresto in flagranza. Cfr. l'ordinanza di rimessione al Supremo consesso: Cass., sez. VI, 13

una qual certa natura compromissoria. Nelle pieghe della motivazione della sentenza Cavallo, netto si percepisce il proposito di non lasciare sguarnito di ogni difesa il labile spazio riservato delle comunicazioni interpersonali, pur nella contestuale necessità di soddisfare le ambizioni conservativo-efficientiste di una certa parte della giurisprudenza, all'apparenza insofferente alle limitazioni poste alle aspirazioni accertative sostanziali nonché al potere istruttorio, insite nella stessa logica della sanzione processuale dell'inutilizzabilità⁸⁰.

Le Sezioni unite, avventurandosi in mari in parte già solcati⁸¹, hanno ricavato il fondamento del proprio *decisum* 'per sottrazione', illustrando le principali debolezze che renderebbero impraticabili tanto la tesi 'formalistica' quanto quella della c.d. «equivalenza ermeneutica» (tra procedimento e reato)⁸², per tal via giungendo ad accreditare il *cuore* della posizione accolta dall'indirizzo 'sostanzialistico'. L'approdo definitivo, tuttavia, non collima con esattezza con quello cui erano pervenuti i principali esponenti di quest'ultimo.

In breve, gli Ermellini, in ottica del tutto condivisibile, hanno rifiutato la posizione di chi, per evitare l'irreparabile perdita di materiale probatorio alquanto significativo, aveva sostenuto che l'alternativa tra diversità ed identità tra procedimenti si potesse radicare su meri dati formali. Appuntare l'origine della medesimezza procedimentale sul fatto, di per sé del tutto casuale, imponderabile ed ingovernabile, che il reato, rispetto al quale si vogliono utilizzare le intercettazioni disposte per altra ipotesi criminosa, sia stato scoperto proprio in occasione dell'attivazione del mezzo di ricerca della prova, sarebbe soluzione ai limiti dell'incostituzionalità. A fronte della innegabile duplice funzionalizzazione dell'autorizzazione giudiziale, incidente non solo sull'abilitazione *una tantum* dell'invasivo strumento investigativo bensì, soprattutto, sul

febbraio 2019, n. 11160, in *Quot. Giur.*, 2019.

⁸⁰ *Ex multis*, F. DELVECCHIO, *La "circolazione trasversale"*, cit., 211; R. CANTONE, *L'utilizzazione delle intercettazioni telefoniche*, cit., 1442; F. RUGGIERI, *Divieti probatori e inutilizzabilità*, cit., 65 ss. Più in generale, cfr. F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale. fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013, 202-203; A. MELCHIONDA, voce *Prova (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1988, 660; C. CONTI, *Il volto attuale dell'inutilizzabilità*, cit., 784, parla di «tentazioni conservative» che muovono la giurisprudenza; EAD., *Accertamento del fatto*, cit., 253-254; C. VALENTINI REUTER, *Limiti all'utilizzabilità di prove assunte in altro procedimento*, cit., 203, icasticamente definisce l'atteggiamento della giurisprudenza rispetto al recupero delle prove (nella stessa ed in altra sede processuale) «gusto onnivoro»; A. GAITO, *La circolazione delle prove e delle sentenze*, cit., 1.

⁸¹ Il più recente avallo alla tesi parzialmente accolta nel caso di specie, affermato – sebbene solo *per incidens* – dalla Suprema corte nella sua composizione più autorevole, è da rinvenirsi nella sentenza Cass., Sez. un., 23 luglio 2014, n. 32697, Floris, cit.

⁸² M. CIAPPI, *Limiti all'utilizzabilità delle intercettazioni*, cit., 1245.

suo utilizzo a fini decisori, la tesi formalistica giustificerebbe, per contro, un sostanziale accantonamento di tale primario ruolo protettivo assegnato dalla Costituzione alla motivazione del provvedimento autorizzativo, facendo assurgere a criterio abilitativo privilegiato la mera occasionalità fortuita⁸³.

Senza contare, poi, il fraintendimento di fondo su cui si erigeva l'impalcatura dell'indirizzo respinto dalle Sezioni unite. Sulla base di una distorta interpretazione 'letterale' dell'art. 266 c.p.p., si faceva leva sul fatto che quest'ultima norma, legittimando le captazioni «*nei procedimenti relativi ai seguenti reati*», non avrebbe fatto cenno alcuno al caso di concorso di reati per escludere l'utilizzabilità degli esiti intercettivi per le fattispecie diverse da quelle elencate. Ciò – si diceva – avrebbe, per converso, fatto propendere per la sufficienza del ricorrere di uno dei delitti 'intercettabili' per ammettere una generalizzata utilizzabilità degli esiti dell'attività captativa. Al lume di tale esegesi, confrontata con il dettato dell'art. 270 c.p.p., si sosteneva, infine, la non sovrapponibilità dei parametri individuati per la circolazione trans-procedimentale rispetto a quelli per abilitare le intercettazioni⁸⁴.

Invero, alla luce della disamina del fondamento costituzionale della disciplina del mezzo di ricerca della prova *de quo*, una ricostruzione di simile tenore non appare persuasiva. L'elencazione di fattispecie passibili di intercettazione delimita nettamente – in astratto ed *ex ante* – l'area di legittima intrusione nella sfera di *privacy* individuale⁸⁵; inoltre, essa costituisce il presupposto imprescindibile di un'eventuale successiva migrazione delle captazioni, altrimenti inutilizzabili tanto nella sede d'origine quanto in quella di destinazione, perché effettuate al di fuori dei casi e modi consentiti *ex lege* (art. 271 c.p.p.)⁸⁶.

⁸³ *Ex multis*, F. DELVECCHIO, *La "circolazione trasversale" delle intercettazioni*, cit., 210; L. FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, cit., 181-182; D. PRETTI, *La metamorfosi delle intercettazioni*, cit., 101. *Contra*: N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., 222.

⁸⁴ Cass. per., sez. II, 8 marzo 2016, n. 9500, De Angelis, cit.; Cass. pen., sez. VI, 24 maggio 2016, n. 21740, Masciotta, cit.; Cass. pen., sez. fer., 26 agosto 2016, n. 35536, Tagliapietra, cit.; Cass. pen., sez. V, 5 aprile 2018, n. 15288, Trani, cit.; Cass., sez. VI, 4 luglio 2017, n. 31984, cit.; Cass. pen., sez. VI, 22 dicembre 2015, n. 50261, cit.

⁸⁵ F. RUGGIERI, *Divieti probatori e inutilizzabilità*, cit., 104-105.

⁸⁶ La tesi formalistica, che in aggiunta asseriva l'insussistenza di fenomeni circolatori qualora emergesse una nuova *notitia criminis* nel corso di intercettazioni disposte per un dato delitto, con susseguente separazione dei procedimenti, non convinceva per due ulteriori ragioni. Non si considerava, infatti, che l'art. 267 c.p.p., tra i presupposti dell'intercettazione, impone l'accertamento della «assoluta indispensabilità ai fini della *prosecuzione delle indagini*»: qualora le captazioni fossero *sic et simpliciter* utilizzabili per reati la cui notizia sia pervenuta agli inquirenti tramite quelle stesse intercettazioni, si eluderebbe tale requisito, che impedisce l'uso di questo mezzo di ricerca della prova quale primo atto d'indagine. Inoltre, escludere che si tratti di migrazione di risultanze

Inoltre, il Supremo collegio ha sollevato una serie di rilievi critici avverso la più risalente e restrittiva tesi dell'equivalenza ermeneutica, evidenziando, a supporto, la sostanziale discrasia tra i concetti di procedimento e reato. *In primis*, si è rimarcata la polisemia del termine 'procedimento', che dunque non potrebbe serenamente farsi combaciare con quello di 'reato'. In secondo luogo, il *plenum* ha contestato l'«*equazione procedimento/reato*», in quanto il rinvio al disposto dell'art. 335 c.p.p., che parte della dottrina favorevole a questa esegesi operava per estrapolarne la definizione di 'procedimento', non fornirebbe esiti rassicuranti, perché «*disallineati rispetto alla disciplina codicistica*»⁸⁷. Infine, la Corte ha ritenuto confortata la propria posizione dalla formulazione letterale del nuovo (all'epoca e nel caso di specie inoperante) comma 1-*bis* introdotto all'art. 270 c.p.p. dal d.lgs. 216/2017, che, nel disciplinare la trasferibilità altrove dei risultati delle captazioni ottenute mediante *trojan virus*, esplicitamente riferiva il divieto d'uso alla prova di «*reati diversi*»⁸⁸.

Ebbene, per differenza il Collegio ha aderito all'indirizzo sostanzialista, apportandovi talune puntualizzazioni. Con un ridimensionamento, come già detto, compromissorio, la sentenza Cavallo ha escluso che potesse parlarsi di diversità procedimentale allorché il risultato dell'intercettazione sia rilevante ai fini dell'accertamento di reati connessi, *ex art.* 12 c.p.p., con quello rispetto al quale il mezzo di ricerca della prova era stato specificamente autorizzato. Solo in tal caso, che farebbe proprio venir meno il prerequisite indefettibile (*i.e.*, la diversità tra procedimenti) perché si possa parlare di circolazione probatoria extra-procedimentale

probatorie, allorché le indagini siano state originariamente condotte in maniera unitaria e i procedimenti siano poi stati separati, avrebbe qualche pregio con esclusivo riferimento al caso in cui *ab origine* le intercettazioni fossero richieste e disposte per tutte le ipotesi criminose la cui trattazione processuale avvenisse poi separatamente: solo in tal modo per ciascun singolo reato sussisterebbe specifica motivazione individualizzante e si tratterebbe di un atto d'indagine proprio del procedimento inerente a ciascun singolo reato.

⁸⁷ Per quanto il mero rinvio ai requisiti previsti dall'art. 335 c.p.p. non sia pienamente risolutivo (cfr. N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., 224-225), potendo al più esser di supporto ad argomenti dal tenore più sistematico, non riteniamo pienamente persuasivi gli assunti prospettati dal Supremo collegio, che parrebbero fraintendere il senso dell'elaborazione dottrinale *de qua* (su cui cfr. G.G. DE GREGORIO, *Brevi considerazioni*, cit., 1000 ss.). Se è vero che gli elementi identificativi della iscrizione della notizia di reato sono costituiti dal nome della persona cui il fatto è attribuito, dal titolo di reato nonché dalla data e numero di iscrizione, non è altrettanto vero però che si avrebbe un diverso reato – e dunque, secondo la tesi in esame, un diverso procedimento – ogni qualvolta 'muti' uno qualsiasi dei suddetti indicatori (F. RUGGIERI, *Divieti probatori e inutilizzabilità*, cit., 106 ss., cui si rinvia per le condivisibili riflessioni proposte, che smentiscono limpidamente i rilievi critici avanzati dalle Sezioni unite al § 10 del *Considerato in diritto* della sentenza Cavallo).

⁸⁸ Sul punto, si tornerà brevemente nel prosieguo. Non è superfluo, ad ogni modo, evidenziare sin d'ora che, a stretto giro dalla pronuncia del *plenum* penale di cui ci stiamo occupando, è intervenuta la modifica apportata dal decreto-legge che abbiamo già rammentato *supra* (d.l. n. 161/2019, conv. con l. n. 7/2020), che ha decretato la caducazione (ed il rovesciamento di prospettiva operativa: v. *infra*) della disposizione che le Sezioni unite avevano inteso adoperare quale termine di raffronto, senza che essa fosse mai stata applicata.

avente ad oggetto gli esiti captativi, l'acquisizione istruttoria sarà del tutto svincolata dalla necessità di confrontarsi con la disciplina speciale prevista dall'art. 270 c.p.p.

Ne discende che, anche qualora il reato connesso (e non ricompreso *expressis verbis* nel decreto abilitativo) sia estraneo al catalogo ristretto dei delitti ad arresto obbligatorio in flagranza, saranno legittimamente utilizzabili a fini decisori le intercettazioni disposte con riferimento ad altra ipotesi criminosa. La ragione – rimasta implicita nelle pieghe della pronuncia – sta nel fatto che, *in parte qua*, il fenomeno che verrebbe in rilievo non sarebbe affatto quello della migrazione istruttoria, dal momento che il materiale intercettivo permanerebbe nell'ambito del medesimo spazio processuale. La Corte, pertanto, nel ricostruire il tipo di relazione tra reati necessaria e sufficiente ad assicurare l'identità procedimentale, ha spezzato la triade del 'collegamento oggettivo, probatorio e finalistico': in specie, le ipotesi di collegamento di cui all'art. 371, comma 2, lett. *b)* e *c)*, c.p.p. – pensate, invero, a fini di coordinamento investigativo – non sarebbero idonee ad assurgere a criterio di immedesimazione tra procedimenti, in quanto «legami di tipo occasionale o consequenziale tra reati»⁸⁹.

La sentenza Cavallo ha, dunque, adottato un'interpretazione 'ortopedica', così da preservare la *ratio* conforme a Costituzione dell'art. 270 c.p.p. e non aggirarne in modo surrettizio il divieto d'uso, senza, tuttavia, perdere la ghiotta occasione di sfruttare emergenze probatorie nonostante i limiti ivi sanciti. Ebbene, l'esegesi accolta parrebbe muovere dal convincimento che, per conseguire tale ultimo risultato, sia necessario che l'ulteriore procedimento (reato?), per il cui accertamento vogliono rendersi fruibili intercettazioni *aliunde* disposte, possa anche solo per implicito, seppur esaustivamente, essere ricondotto al vaglio del decreto originario.

In definitiva, poiché si tratta di presumere – secondo un supposto *id quod plerumque accidit* – che il giudice *a quo* abbia preventivamente già valutato la sussistenza dei presupposti necessari per disporre le intercettazioni 'come se' il PM avesse avanzato la richiesta *anche* con riferimento al delitto *diverso*, è solo nel caso di una forte interconnessione (in senso atecnico) sostanziale tra fatti di reato che tale presunzione apparirebbe non irragionevole. Situazione che ricorre, a detta degli Ermellini, soltanto nelle ipotesi di connessione *ex art. 12 c.p.p.* in quanto «*riflesso della connessione*

⁸⁹ N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., 10.

sostanziale dei reati [...] indipendente dalla vicenda procedimentale» ed anzi del tutto «originario»: è «la parziale coincidenza della regiudicanda» dipendente dal radicale legame sostanziale tra fatti-reato a consentire di ricondurre anche i delitti connessi a quelli fatti oggetto del provvedimento autorizzativo. Solo in tal caso, la motivazione manterrebbe il proprio carattere individualizzante; nessuna inammissibile 'autorizzazione in bianco' sarebbe, dunque, rinvenibile⁹⁰.

Sul punto, ci sembrano opportune alcune rapide osservazioni.

Per quanto pregevole possa ritenersi l'intento perseguito dal *plenum* dei giudici di legittimità allorché hanno 'ritagliato' uno spazio, ben più ristretto che in passato, nel quale sia consentito *prescindere* dalla verifica della sussistenza dei netti requisiti richiesti *ex lege* per consentire l'uso trasversale degli esiti captativi, tuttavia l'approccio sostanzialistico comunque adottato, radicato nella supposta 'naturalità' imprescindibile del legame tra reati connessi, sembra smentito dall'analisi delle stesse ipotesi nelle quali il legislatore adotta tale nesso come criterio del radicamento della competenza. Un esempio per tutti, la connessione teleologica *ex art. 12, lett. c)*, del codice di rito penale. Simile ipotesi non soltanto concerne fatti che, «seppure in qualche modo legati tra loro, costituiscono *entità autonome*»⁹¹, ma possiede anche un'indubbia *essenza normativa*, palesata dai ripetuti interventi legislativi che ne hanno ampliato o ristretto la portata in dipendenza di esigenze nient'affatto legate a profili di essenzialità ontologica del legame fra reati⁹².

⁹⁰ La soluzione del Supremo collegio non è 'un fulmine a ciel sereno'. In tempi recenti essa è stata sponsorizzata da autorevoli voci della dottrina, in quanto necessario correttivo all'eccessiva ampiezza delle tesi sostanzialistiche, che trattavano in modo coincidente ogni ipotesi di connessione o collegamento probatorio, adottando interpretazioni dai confini alquanto sfumati, allo scopo di evitare qualunque possibilità di dispersione di materiale gnoseologicamente significativo (e alterando, in fin dei conti, il rapporto regola-eccezione cui è preposto il ridetto art. 270 c.p.p.). Queste sinora isolate voci dottrinali avevano suggerito un approccio votato ad una cautela ancora maggiore rispetto all'approdo raggiunto dalle Sezioni unite del 2020, evidenziando che la presunzione di previa ed esaustiva valutazione individualizzante anche rispetto al reato diverso potrebbe apparire ragionevole e fondata solo in casi di concorso/cooperazione di persone nel reato (art. 12, lett. a), c.p.p.) e di concorso formale di reati o continuazione (art. 12, lett. b), c.p.p.) e non, invece, in ipotesi di connessione 'debole', *i.e.* teleologica, e neppure nelle fattispecie di collegamento probatorio, che potrebbero concernere anche fatti radicalmente diversi. Sul punto: P. TONINI-C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., 463; in parte concorde anche N. PASCUCI, *Significato di "procedimenti diversi" ex art. 270 c.p.p. – Alcune considerazioni sul significato di "procedimenti diversi" ex art. 270 c.p.p.*, in *Giur. it.*, 2015, 12, 2736 ss., il quale però suggerisce conclusioni, per certi profili, differenti.

⁹¹ P. TONINI-C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., 267.

⁹² Per una sintesi delle vicende storico-legislative che hanno investito la disciplina della connessione quale criterio di incardinamento della competenza del giudice penale, e dei riflessi delle scelte volta a volta operate dal legislatore anche in punto di trattazione separata o riunita dei procedimenti connessi, si rinvia a quanto già trattato nel Capitolo I, § 2.a., nonché alla rassegna bibliografica ivi proposta. Sul punto, *amplius*, G.M. BACCARI, *La cognizione e la competenza del giudice*, in *Trattato di procedura penale*, II, diretto da G. Ubertis-G. P. Voena, Milano, 2011, 267 ss.; N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., 7 ss.

In effetti, a ben guardare soltanto il nesso insito nel concorso di persone (o nella cooperazione colposa) nel reato sembrerebbe partecipare davvero di quei connotati di essenzialità naturale, sostanziale, su cui si sono appuntate le conclusioni rassegnate dalle Sezioni unite Cavallo.

Non solo. Uno sguardo rivolto al panorama del diritto vivente consentirebbe di illuminare un'ulteriore aporia celata nell'*iter* argomentativo del Collegio riunito, nella misura in cui ha esaltato la centralità della motivazione del decreto autorizzativo, quale sede privilegiata per assicurare 'copertura' anche al reato connesso ed ivi non contemplato in modo espresso, alla stregua della *fiction iuris* presuntiva summenzionata. Posto che nulla è detto in proposito dai commi 2 e 3 dell'art. 270 c.p.p., le Sezioni unite Esposito del 2004⁹³ avevano prospettato un'interpretazione – a nostro avviso non del tutto condivisibile, ma da allora mai smentita – con cui, in deroga *praeter legem* all'art. 191, comma 2, c.p.p., la parte del giudizio *ad quem* era stata onerata del deposito dei decreti di autorizzazione, proroga o convalida delle captazioni nella vicenda *a qua*, oltre che dell'eccezione di inutilizzabilità delle risultanze altrove acquisite⁹⁴.

Ebbene: *i*) se una simile dinamica vale, per affermazione pretoria, nei casi di *diversità* tra procedimenti; e *ii*) se l'obiettivo che le ultime Sezioni unite del 2020 hanno perseguito col decretare l'identità procedimentale in caso di reati connessi è di escludere la necessità di adeguarsi alle, pur minime, formalità previste dall'art. 270 c.p.p. a tutela del 'diritto al confronto' in caso di trasferimento delle intercettazioni; la conseguenza, di non poco momento, sarebbe quella di svincolare del tutto dalla necessità di deposito delle parti o acquisizione *ex officio* del decreto motivato nel giudizio di destinazione, il

⁹³ Cass. pen., Sez. un., 17 novembre 2004, n. 45189, Esposito, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 5, 565, con nota di L. FILIPPI, nonché in *Giur. it.*, 2005, 1689. Sul tema, cfr. altresì C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità*, cit., 518 ss.; P. TONINI-C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, Milano, 2014, 451 ss.; G. DIOTALLEVI, *Le condizioni di utilizzabilità delle intercettazioni telefoniche realizzate in un diverso procedimento: le Sezioni Unite valorizzano un'interpretazione "responsabile" delle norme processuali*, in *Cass. pen.*, 2005, 7-8, 961, 2295 ss.; G. DE AMICIS, *Il regime della "circolazione" delle intercettazioni dopo la riforma*, in www.giustiziainsieme.it, 22 febbraio 2020, 7.2.

⁹⁴ Pare opportuno evidenziare la contraddittorietà di simile approdo esegetico rispetto alle acquisizioni 'illuminate' del Supremo collegio proclamate nella più volte rammentata sentenza Cass. pen., Sez. un., 9 aprile 2010, n. 13426, Cagnazzo (su cui v. *amplius* il § 2 di questo Capitolo). In particolare, per quel che in questa sede rileva, gli approdi tratteggiati della giurisprudenza in tema di rilievo dell'inutilizzabilità delle intercettazioni importate *ab externo* si pongono in diametrale contrapposizione rispetto alla proclamazione del principio di ubiquità dell'inutilizzabilità, ricavato dalla sentenza Cagnazzo sulla scorta sia della natura essenziale e del tenore della patologia della prova che ne comporta l'inutilizzabilità a fini probatori, sia della disciplina peculiare che il codice ha riservato (*i.e.*, principio di perennità del vizio): da ciò il *plenum* è pervenuto a sottolineare come la neutralizzazione degli effetti "patologici" dell'atto elusivo di un divieto probatorio operi anche "nell'ambito di *altri* procedimenti giurisdizionali".

cui *thema decidendum* concerna il reato connesso. E così il giudice *ad quem* non avrebbe mai gli strumenti per verificare, neppure in chiave di presunzione a prognosi postuma, che la parte motiva del provvedimento originario abbia, anche solo per implicito, tenuto conto dell'eventuale ricorrere di ipotesi di connessione col reato per cui si procedeva nella sede di genesi del materiale intercettivo importato.

Il sacrificio che, per amor di efficientismo probatorio, si arrecherebbe così all'inviolabile bene della *privacy* comunicativa non può essere trascurato. Una simile deriva può apparire paradossale, se sol si considerino le limpide premesse garantiste proclamate finanche dalla stessa sentenza Cavallo.

c. Prospettive alternative: la metonimia del diverso procedimento

In fin dei conti, l'operazione ermeneutica condotta dalle Sezioni unite mostra in filigrana l'obiettivo di reperire una qualche 'scorciatoia' idonea ad esonerare dall'osservanza sia del divieto sia delle condizioni eccezionali contemplati dall'art. 270 c.p.p. per disciplinare i canali di veicolazione *ab externo* di materiale emergente da captazioni *aliunde* autorizzate. A nostro sommo avviso, gli argomenti spesi dal Collegio per selezionare i casi di identità procedimentale estranei ai canonici vincoli di interscambio ad oggetto captativo non bastano (e non sono bastati) ad arginare le impellenti tentazioni conservative che, storicamente, discendono dall'adesione della prassi al noto principio di non dispersione della prova⁹⁵. Dogma, quest'ultimo, che tuttavia mal si attaglia alla teorizzata ed auspicata impermeabilità dei processi rispetto a prove che – per quanto valide *ab origine* – provengano da uno spazio processuale diverso.

Anche in ragione del più volte richiamato principio di legalità processuale e probatoria (art. 111 Cost. e artt. 190 e 191 c.p.p.), sembra preferibile optare per una via che consenta di sterilizzare con efficacia i tentativi di attrazione sconfinata di materiale che, stando alle scelte sistematiche del 1988, non dovrebbe assurgere al rango di prova, se ed una volta che sia scardinato dalla sede genetica, salvo espressa abilitazione normativa. La cautela, invero, dev'essere anche maggiore, quanto all'ipotesi di trasmigrazione del prodotto di attività intercettive. Come si è cercato di dimostrare,

⁹⁵ P. FERRUA, *Il giusto processo tra governo della legge ed egemonia del potere giudiziario*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 1, 8; C. CONTI, *Il volto attuale dell'inutilizzabilità*, cit., 781 ss., 783; L. KALB, *Il documento*, cit., 129 ss.

infatti, l'eccezionalità del trasferimento non può che essere ancor più rigorosa, poiché si tratta di dati conoscitivi emersi dalla disposizione di un mezzo di ricerca ed apprensione coattiva e segreta della prova, che confligge dolorosamente con le superiori istanze personalistiche dell'individuo⁹⁶. Tanto più che, a fronte di una disposizione autorizzativa e formulata 'in positivo' qual è l'art. 238 c.p.p. (che pone condizioni di *ammissibilità* ed *utilizzabilità* della prova allogena), il primo comma dell'art. 270 c.p.p. è stato concepito in termini preclusivi, come norma di divieto, formulata in negativo, salvo eccezioni espresse di ammissibilità.

Degli insegnamenti veicolati dalla prassi giurisprudenziale prevalente, ciò che non sembra persuasivo è il presupposto, nella misura in cui si assume la «*plurivocità semantica* del termine 'procedimento'», il «carattere *tutt'altro che univoco* del riferimento al 'procedimento' nel lessico generale del codice di rito». È su questo che, in buona sostanza, riposa l'opzione contraria all'accoglimento della tesi dell'equivalenza ermeneutica. Eppure, per quanto il codice taccia sul punto e non fornisca una definizione di 'procedimento' (concetto, a prima vista, autoreferenziale⁹⁷), non sembra ammissibile individuarne l'essenza per contrapposizione con il reato.

In effetti, è pacifico che con il sintagma 'procedimento penale' si designi quella sequenza cronologicamente ordinata di atti diretti alla pronuncia di una decisione in merito ad un'imputazione⁹⁸; alla medesima conclusione sembrava aver fatto riferimento la Consulta, allorché aveva delimitato alla sola «*imputazione* di cui si discute» l'area di

⁹⁶ Per questo, si può ritenere che l'art. 270 cit. partecipi dell'essenza qualificante tanto dell'inutilizzabilità fisiologica, quanto dell'inutilizzabilità patologica etico-soggettiva. Alla stessa stregua della prima (che tutela la separazione delle fasi processuali), la norma *de qua* fa calare la propria scure non su elementi conoscitivi 'spuri', bensì su materiale la cui formazione non risponde né ai canoni e al 'metodo' fondanti dell'attuale sistema processuale né all'opzione votata al *favor separationis*: tant'è che l'eccezionale trasferimento di intercettazioni *ab externo* è concesso previo recupero del contraddittorio *per* la prova. D'altro canto, l'art. 270 contempla un divieto probatorio a base etica o 'deontica', non volto a tutelare la qualità euristica dell'elemento, bensì preclusivo dell'acquisizione di dati originati dalla lesione irreparabile di un'istanza individuale di pregnanza costituzionale (sul punto, F. RUGGIERI, *Divieti probatori e inutilizzabilità*, cit., 106). Ciò che tiene insieme queste due anime della regola d'esclusione *de qua* è la loro caratura normativa e non ontologica: i limiti non discendono da preclusioni 'naturali' alla trasferibilità interprocedimentale dei risultati delle intercettazioni, ma conseguono a precise scelte di valore operate dal legislatore.

⁹⁷ Come osserva G.G. DE GREGORIO, *Brevi considerazioni*, cit., 1005, nt. 16, «in verità, la nozione di procedimento penale deve essere apparsa talmente ovvia da non meritare particolare attenzione».

⁹⁸ G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, 1955, 132 ss.; I. CALAMANDREI, *La prova documentale*, Padova, 1995, 97; G.G. DE GREGORIO, *Brevi considerazioni*, cit., 1002; N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., 223 ss.; P. TONINI-C. CONTI, *Manuale*, XXIII ed., cit., 76; L. FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, cit., 181; F. DELVECCHIO, *La "circolazione trasversale" delle intercettazioni*, cit., 211.

utilizzabilità probatoria del materiale gnoseologicamente rilevante⁹⁹. L'imputazione ha ad oggetto il *fatto di reato* addebitato all'imputato.

Sussiste, in definitiva, un'interrelazione, una *consustanzialità* tra procedimento e reato. Plurimi luoghi sistematici offrono convincenti conferme ad una simile affermazione. Innanzitutto, è la stessa norma che disciplina le ipotesi di connessione a render ragione della sovrapposizione innegabile tra i due concetti, dal momento che, per specificare la casistica, non può fare a meno di riferirsi ai 'reati', pur parlando di 'connessione di procedimenti'¹⁰⁰.

Inoltre, incontestato ed univoco – anche per le stesse Sezioni unite Cavallo – appare il solido nesso di appartenenza costituzionalmente necessario che l'art. 266 c.p.p. istituisce tra l'intercettazione ed i 'reati' ivi elencati, con la conseguenza che il risultato probatorio ottenuto dovrebbe esser destinato a contribuire all'accertamento del solo delitto per cui sia stato disposto il mezzo d'indagine¹⁰¹. Difatti, nonostante alcune voci contrarie¹⁰², non può dubitarsi che il legislatore, selezionando dettagliatamente il «perimetro legale» della legittimità delle intercettazioni, abbia escluso che fosse sufficiente che queste ultime venissero disposte per un reato compreso nell'elenco tassativo per poi assicurare la fruibilità probatoria del loro esito per qualsiasi ipotesi criminosa trattata congiuntamente. Se così fosse, l'art. 266 cit. avrebbe meramente la funzione di individuare il *quando* delle intercettazioni, ma non l'*an* delle stesse ed il *quomodo* dell'uso dei loro risultati. Il che si porrebbe in un inesorabile conflitto con il canone costituzionale di riferimento (art. 15 Cost.)¹⁰³. Pertanto, se ne deve dedurre che anche l'art. 266 c.p.p. confermi la necessità di far combaciare procedimento e reato.

⁹⁹ Corte cost. n. 34 del 1973, cit.

¹⁰⁰ G. ILLUMINATI, *Utilizzazione delle intercettazioni*, cit., 2-3.

¹⁰¹ F. RUGGIERI, *Divieti probatori e inutilizzabilità*, cit., 105.

¹⁰² Voci (cfr. M. MANNUCCI, *Prime osservazioni alla sentenza della Cassazione Sezioni Unite Penali n. 25 del 28.11.2019 depositata il 2.1.2020*, in *Giur. pen. web*, 2020, 1, 4) che oggi devono fare i conti con il principio a chiosa del *dictum* del Supremo collegio, che ha finalmente posto un freno alla deriva nient'affatto garantista che consentiva, anche nel medesimo contesto processuale nel quale più imputazioni fossero trattate unitariamente, di utilizzare i risultati intercettivi, ottenuti disponendo le captazioni con riferimento ad un reato per cui sussistessero i requisiti, anche per qualsiasi altro reato, per quanto non compreso nel novero ex art. 266. La Corte, con un *obiter* ampliativo del quesito postole, ha escluso l'utilizzabilità di intercettazioni per reati diversi da quelli per cui sono state disposte, qualora non rientrino nei limiti di operatività dell'istituto definiti dall'art. 266 c.p.p. Ciò sancisce, ancora una volta, il principio della duplice funzionalizzazione della autorizzazione giudiziale, che non solo abilita il mezzo d'indagine *ex ante*, ma consente, *ex post*, di definire il perimetro di utilizzabilità degli esiti delle captazioni. Si noti invero che accogliere la diversa prospettiva suggerita nel presente paragrafo consentirebbe di superare ancor più agilmente le tentazioni estensive suddette.

¹⁰³ M. CIAPPI, *Limiti all'utilizzabilità delle intercettazioni provenienti aliunde*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 10, 1242, nt. 15. In termini: F. RUGGIERI, *Divieti probatori e inutilizzabilità*, cit., 104 ss.

Da ultimo, anche la lettera dell'art. 270 c.p.p. assevera tale esegesi. Se effettivamente la norma prevede la regola escludente con riguardo a 'procedimenti diversi', è pur sempre vero che la delimitazione dell'ambito di eccezionale trasferibilità altrove avviene richiamando le indispensabili necessità di accertamento inerenti ad una specifica classe di 'delitti'. In tal modo, è innegabile che si pongano sullo stesso piano i due elementi, allo scopo di sancire il complessivo paradigma operativo di riferimento¹⁰⁴.

Ebbene, se tutto quanto detto è condivisibile, con riferimento al sintagma "procedimenti diversi" adoperato dall'art. 270 c.p.p. non dovrebbe parlarsi tanto di endiadi, quanto di *metonimia*¹⁰⁵.

D'altronde, la prospettiva esegetica qui accolta, di contro a quanto avverrebbe stando al *dictum* delle Sezioni unite, consente di render ragione delle pratiche esigenze sistematico-garantiste evidenziate *supra*. Difatti, l'equazione procedimento/reato assicura nel migliore dei modi la massima tutela sia dell'inviolabilità della segretezza delle comunicazioni, sia dell'eccezionalità del fenomeno circolatorio del materiale intercettato, per come disegnato dal codice Vassalli. Invero, come si è più volte ribadito, tanto in materia di prove – soprattutto incidenti su beni fondamentali alla stregua della Carta costituzionale – quanto in tema di migrazione altrove di risultanze istruttorie, il paradigma di riferimento dovrebbe essere quello del filtro in ingresso di tutto quanto non risponda alla espressa previsione legale¹⁰⁶.

¹⁰⁴ A riprova dall'ineludibile equivalenza tra procedimento e reato di cui ci stiamo occupando, nemmeno la sentenza Cavallo sembra essere riuscita a prescindere, nonostante affermi il contrario. Lo si desume dal fatto che, nel condurre l'indagine sul tipo di legame sostanziale che occorre per escludere la diversità procedimentale e l'applicazione dell'art. 270 c.p.p., la sentenza ha affermato che «si tratta, in altri termini, di verificare quale legame...tra il reato in relazione al quale l'autorizzazione all'intercettazione è stata emessa e il reato emerso grazie ai risultati di tale intercettazione» consenta di ricondurre anche quest'ultimo al decreto abilitativo; che «pertanto, il divieto probatorio dell'utilizzo di intercettazioni *in relazione a reati diversi* da quelli in relazione ai quali l'autorizzazione...è stata adottata» deve operare nelle ipotesi di collegamento probatorio; ed infine ha concluso il proprio argomentare sottolineando ancora che «non rientrano nella sfera del divieto di cui all'art. 270...solo i reati...connessi» (cfr., in proposito, il § 11 del *Considerato in diritto* della sentenza Cass. pen., 2 gennaio 2020, n. 51, Cavallo, cit.).

¹⁰⁵ L'endiadi è, difatti, quella figura retorica per cui un concetto viene espresso mediante due termini coordinati, l'uno dei quali sarebbe invero il complemento dell'altro (dal greco: ἓν διὰ δύοιν, "una cosa per mezzo di due"); la metonimia, invece, è quella figura della retorica tradizionale che consiste nel trasferimento di significato da una parola ad un'altra in base ad una relazione che le lega, ad es. utilizzando il nome della causa per indicarne l'effetto, o quello del contenitore per indicare il contenuto, come avviene, per l'appunto, quando il legislatore utilizza l'espressione "procedimenti diversi" per riferirsi ai "reati diversi" (dal greco: μετωνυμία, "scambio di nome"). Le definizioni sono tratte da G. DEVOTO-G.C. OLI, *il Devoto-Oli. Vocabolario della lingua italiana*, Milano, 2012.

¹⁰⁶ Parrebbe concordare con la posizione sin qui illustrata anche N. GALANTINI, *Profili di inutilizzabilità delle intercettazioni anche alla luce della nuova disciplina*, in *Dir. pen. cont. web*, 16.03.2018, 3. In termini altresì F. DELVECCHIO, *La "circolazione trasversale" delle intercettazioni*, cit., 211.

Dunque, l'identificazione di procedimento e reato, ai fini dell'operatività dell'art. 270 c.p.p. – norma 'bifronte', che pone un divieto probatorio e disciplina l'eccezionale interscambio di prove tra procedimenti -, permette di rinsaldare lo sbarramento che tale previsione impone. Ciò impedisce in modo radicale, a prescindere – si badi bene – dalla modalità (riunita o separata) con cui si proceda alla trattazione di più reati, di aggirare il filtro escludente ivi sancito sfruttando supposte (e strumentali) ipotesi di identità procedimentale. Al contempo, in ossequio al principio di cui all'art. 14 disp. att. c.c., evita che si estenda, al di là dei casi espressamente previsti, la deroga eccezionale prevista al solo scopo di assicurare le esigenze accertativo-repressive ineludibili rispetto ad ipotesi criminose di una preoccupante gravità¹⁰⁷.

Si consolida, in tutta la sua pienezza, la garanzia della riserva di giurisdizione, assicurando tramite il motivato vaglio giudiziale la reale appartenenza degli esiti captativi ai soli reati contemplati¹⁰⁸; quando tale esigenza sia ritenuta recessiva, ci si fa carico di recuperare quanto meno quegli spazi di contraddittorio posticipato che, permettendo l'esplicitarsi del diritto di difesa, salvaguardano l'indispensabile 'giustizia' del processo.

A nostro modo di vedere, quello emergente dalla disposizione di cui all'art. 270 c.p.p., perciò, non è altro che un *sistema binario*: gli esiti captativi *non* sono prova rispetto all'accertamento di reati per cui non sono state autorizzate, *a meno che* non si tratti di reati per cui l'arresto in flagranza è imposto come obbligatorio. *Tertium non datur*.

d. *I fraintendimenti della recente riforma*

La solidità della conclusione testé rassegnata potrebbe, a prima vista, venir scalfita da un argomento testuale, invero considerato dalle stesse Sezioni unite.

La sentenza Cavallo, difatti, si inserisce a cuneo tra due interventi legislativi che, *inter alia*, hanno inciso, in termini affatto divergenti, sulla lettera dell'art. 270 c.p.p. Com'è noto, sia il decreto Orlando (d.lgs. n. 216/2017) sia la 'contro-riforma'

¹⁰⁷ A. GAITO, *La circolazione delle prove e delle sentenze*, cit., 3-4; F. BERNARDI, *Intercettazioni telefoniche*, cit., 4, 247.

Pare interessante richiamare, sul punto, le riflessioni svolte da N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità effettiva della prova*, cit., 62 ss., in merito alle cadenze con cui si attaglia il principio di c.d. proporzionalità legale alla materia delle intercettazioni.

¹⁰⁸ Negli stessi termini si esprime anche D. Pretti, *La metamorfosi delle intercettazioni*, cit., 103.

Bonafede¹⁰⁹, attuata mediante l'approvazione del d.l. n. 161/2019, poi convertito con modifiche dalla legge n. 7 del 2020, hanno inteso ritoccare la disciplina della circolazione degli esiti captativi, nella indicativa consapevolezza che su tale campo si sarebbe potuto giocare una partita determinante per la concreta attuazione delle scelte di valore rispettivamente accreditate dalle due manovre normative.

Eccezion fatta per i 'correttivi' inseriti in sede di conversione del decreto Bonafede, successivi al deposito della sentenza Cavallo, le Sezioni unite non hanno mancato di ricercare indici che corroborassero il principio di diritto confezionato col loro *decisum* sia osservando retrospettivamente il comma 1-*bis* inserito nell'art. 270 c.p.p. dalla riforma Orlando sia proiettando 'in avanti' il proprio sguardo sulla versione del medesimo capoverso per come riconfigurata dal d.l. n. 161/2019. In particolare, il *plenum* ha prospettato l'infondatezza della tesi dell'equivalenza ermeneutica procedimento/reato sulla scorta del fatto - «di per sé solo non decisivo» - che il legislatore delegato del 2017, occupandosi della delicata materia delle intercettazioni effettuate mediante *virus trojan*, avesse *per tabulas* imposto il divieto di circolazione delle captazioni con riferimento alla prova di «reati diversi da quelli per i quali è stato emesso il decreto di autorizzazione». Il medesimo richiamo ai 'reati diversi', in asserita contrapposizione con i 'procedimenti diversi' di cui al primo comma, è stato rinvenuto altresì nel testo dell'art. 270, comma 1-*bis*, c.p.p. nel testo modificato dal d.l. n. 161/2019, intervenuto nelle more del deposito: ciò darebbe ragione della persistente *intentio legis* di distinguere chiaramente i due concetti, non essendo stata invece rimodellata la lettera del comma 1 dell'art. 270 c.p.p. (argomento *ubi lex voluit, dixit*).

Tenuto conto di ciò, riteniamo utile far cenno ad alcuni profili concernenti le novità testuali dell'art. 270 cit., rimaneggiato anche nel suo primo comma dalla legge n. 7/2020, che lasciano scaturire non pochi dubbi dogmatici oltreché pratico-applicativi¹¹⁰.

¹⁰⁹ Com'è stata evocativamente definita in sede di primo commento alla novella (decreto-legge n. 161 del 2019): D. PRETTI, *La metamorfosi delle intercettazioni*, cit., 71; C. LARINNI, *La (contro)riforma delle intercettazioni: d.l. n. 161 del 2019*, in www.discrimen.it, 21.01.2020; G. SANTALUCIA, *Il diritto alla riservatezza nella nuova disciplina delle intercettazioni*, in *Sist. pen.*, 2020, 1, 48, il quale discorre di «tentazione contro-riformatrice».

¹¹⁰ Vale la pena precisare che trascureremo di approfondire la 'versione Orlando' dell'art. 270 c.p.p., posto che la stessa non è mai divenuta efficace ed è comunque stata superata dalla successiva riforma Bonafede, allo stato vigente. Tuttavia, posto che la sentenza Cavallo vi aveva fatto riferimento per istituire un paragone esegetico tra il comma 1 ed il comma 1-*bis* dell'art. 270 c.p.p. nella veste immaginata dalla riforma del 2017, ci sembra opportuno segnalare come la strada intrapresa dal legislatore risultasse in linea con l'intenzione di assicurare un bilanciamento ragionevole tra efficienza investigativa e tutela della riservatezza comunicativa, nonché con la consapevolezza della peculiare maggior intrusività dello strumento rappresentato dal captatore informatico, proprio in tale occasione normato come strumento ammesso per svolgere intercettazioni di

Per questo, ci si deve piuttosto confrontare con il nuovo volto che l'art. 270 c.p.p. ha assunto¹¹¹ alla luce non solo e non tanto della decretazione d'urgenza quanto della legge di conversione¹¹². Come osservato da voci autorevoli in sede di primo commento, le novità adottate in tema di trasferibilità *ab externo* di esiti captativi sembrano aver abdicato all'obiettivo di tutela della *privacy* intercomunicativa per accogliere una logica punitiva ed efficientista che, se in origine pareva limitata al solo uso del *trojan*, è stata *in extremis* estesa anche alle intercettazioni tradizionali, pur se in termini diversi^{113 114}. La risposta legislativa dimentica la necessità di proporzionalità nella predisposizione delle *exclusionary rules*, arreca notevole pregiudizio ai diritti fondamentali senza evidenziare quelle straordinarie necessità indicate più volte come indispensabili dalla Consulta, travisa, forse in modo non del tutto consapevole, il senso ultimo del principio di diritto elaborato dalle Sezioni unite Cavallo.

I 'ritocchi' al primo comma dell'art. 270 c.p.p. estendono in modo straordinario le ipotesi eccezionali di deroga al divieto di circolarità interprocedimentale, consentite, alla lettera, *sia* per l'accertamento di reati per cui è obbligatorio l'arresto in flagranza *sia* per tutti i delitti ricompresi nel catalogo del primo comma dell'art. 266 c.p.p. Lungi

comunicazioni tra presenti. Una volta previstone l'uso a fini d'indagine in casi tassativi (art. 266, comma 2-bis, c.p.p.), in ottica rigorosa l'art. 270 avrebbe invero sancito un divieto generalizzato di utilizzabilità concernente qualsiasi ipotesi di reato diversa da quella espressamente contemplata nel decreto abilitativo. In più, in termini speculari alla previsione derogatoria contenuta nel primo comma, anche il capoverso successivo dell'art. 270 c.p.p. nel testo varato nel 2017 avrebbe previsto l'eccezione della utilizzabilità per l'accertamento di delitti ad arresto obbligatorio in flagranza. Se così fosse stato – per quanto non fosse del tutto condivisibile la scelta del legislatore di non cogliere l'occasione per 'chiudere' analogamente anche i canali di circolazione delle intercettazioni tradizionali – l'argomento *ad abundantiam* speso dal Collegio riunito avrebbe forse avuto un certo peso dimostrativo della sicura fondatezza dell'esegesi accolta dalla sentenza Cavallo. Eppure, pare difficile sostenere simile conclusione: a ben vedere, l'interpretazione proposta dal *plenum* si radica su di un dato normativo mai divenuto operativo, il che contribuisce ad indebolirla non poco.

¹¹¹ A far data dal 1° maggio 2020, per tutti i procedimenti penali iscritti dopo il 30 aprile 2020, ai sensi della legge di conversione n. 7 del 2020, che ha modificato l'art. 1 nn. 1) e 2) del d.l. n. 161/2019.

¹¹² Il decreto Bonafede aveva spiegato effetti solo quanto alla formulazione del comma 1-bis, tramutandola da norma di divieto a norma di *autorizzazione* (G. SANTALUCIA, *Il diritto alla riservatezza*, cit., 58 ss.). All'esito della conversione, l'art. 270 c.p.p. risulta invece modificato tanto con riferimento al co. 1 quanto con riferimento al co. 1 bis.

¹¹³ Per maggior praticità e speditezza espositiva, si riporta l'attuale formulazione dei commi 1 e 1-bis dell'art. 270 c.p.p. come risultanti dalla riforma di inizio 2020.

Art. 270 c.p.p.: «1. I risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati in procedimenti diversi da quelli nei quali sono stati disposti, salvo che risultino *rilevanti e indispensabili* per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza e dei reati di cui all'articolo 266, comma 1.

1-bis. *Fermo restando quanto previsto dal comma 1, i risultati delle intercettazioni tra presenti operate con captatore informatico su dispositivo elettronico portatile possono essere utilizzati anche per la prova di reati diversi da quelli per i quali è stato emesso il decreto di autorizzazione qualora risultino indispensabili per l'accertamento dei delitti indicati dall'articolo 266, comma 2-bis*» (in corsivo le interpolazioni effetto della riforma Bonafede).

¹¹⁴ W. NOCERINO, *Prime riflessioni a margine*, cit., 67; G. SANTALUCIA, *Il diritto alla riservatezza*, cit., 50; G. PESTELLI, *Intercettazioni: tutte le modifiche apportate in sede di conversione*, in *Quot. giur.*, 28.02.2020, par. 10-11; G. SPANGHER, *Il dl intercettazioni*, in www.giustiziansieme.it, 26.02.2020.

dall'essere un intervento minimale, esso sancisce la piena 'distrazione' del materiale intercettato dal proprio alveo originario, ovverosia dall'imputazione (anche meramente provvisoria) cui si riferisce il provvedimento motivato abilitativo.

Eppure, la Corte costituzionale aveva avallato la legittimità del trasferimento altrove delle intercettazioni solo a condizione che la loro fruibilità fosse limitata ad un novero di reati il cui dato comune fosse la maggior gravità, idonea a destare un elevato allarme sociale, e dunque ad un *sottoinsieme* del complesso di tipi criminosi per cui siano autorizzabili le captazioni. Sottoinsieme che il legislatore storico aveva individuato nei delitti *ex art. 380 c.p.p.* In ciò allignerebbe la ragionevolezza della deroga alle garanzie costituzionali in materia di intercettazioni e all'opzione per il *favor separationis* compiuta dal codice Vassalli. Così si viene a delineare quasi naturalmente un'area concentrica e meno estesa rispetto a quella dei delitti 'intercettabili' *ex art. 266*, un'area occupata solo da (un ridotto novero di) reati che siano anche sufficientemente gravi da giustificare l'abdicazione alle garanzie *ex ante* di cui all'art. 15 Cost. Se fosse altrimenti, si negherebbe l'eccezionalità del fenomeno circolatorio in un ambito alquanto incisivo delle prerogative fondamentali degli individui (non solo l'imputato, bensì anche i terzi estranei) e si accantonerebbero le garanzie costituzionali, invalicabili dal legislatore (arg. *ex art. 138 Cost.*) e dal giudice (art. 101, comma 2, e 111, comma 1, Cost.).

Tuttavia, il legislatore ha affiancato, quali analoghe ipotesi di deroga al divieto di circolazione, i riferimenti a due diversi cataloghi di delitti, prescindendo dalla rispettiva diversa gravità. Così facendo, ha travisato la logica della ricostruzione delle Sezioni unite, che, a ben vedere, hanno escluso la diversità di procedimenti in caso di connessione, consentendo per tali ipotesi la fruizione di intercettazioni *aliunde* disposte senza attivare i canali di approvvigionamento dall'esterno di cui all'art. 270 c.p.p., ma, in chiave garantista e costituzionalmente orientata, *solo* nei casi in cui il reato connesso sia compreso tra quelli che avrebbero consentito l'intercettazione¹¹⁵.

¹¹⁵ Come evidenzia anche D. PRETTI, *La metamorfosi delle intercettazioni, ultimo atto? La legge n. 7/2020 di conversione del d.l. n. 161/2019*, in *Sist. pen. web*, 2 marzo 2020, § 4, il legislatore della riforma, diversamente da quanto fatto dal *plenum* della Cassazione., non ha affiancato il riferimento ai reati *ex art. 266 c.p.p.* alla prima parte del comma 1 dell'art. 270 che prevede la regola del divieto di circolazione delle intercettazioni, ma lo ha aggiunto in coda alla disposizione, ove si trattano i casi di deroga eccezionale.

L'esito irragionevole di tale riforma è la concessione dell'autorizzazione alla c.d. "pesca a strascico"¹¹⁶.

A limitare simile distorsione, certo non basta il (presunto) aggravamento dei vincoli di valutazione della necessità ai fini accertativi della trasposizione altrove della risultanza captativa. Il legislatore del 2020 ha richiesto che le intercettazioni, per essere idonee alla migrazione dal procedimento genetico a quello di approdo, in quest'ultima sede siano «*rilevanti e indispensabili*» per la prova: sul piano linguistico, prima ancora che giuridico-processuale, si tratta di una superfetazione del tutto pleonastica (se non contraddittoria), dato il rapporto di continenza che lega i due criteri valutativi¹¹⁷. Delle due l'una: o il giudice deve valutare solo la rilevanza (*i.e.* l'*utilità*) dell'acquisizione *ab externo*, o, piuttosto, è chiamato a convincersi della indispensabilità (*i.e.* la *decisività*) della introduzione nel plesso probatorio di intercettazioni disposte ed eseguite avendo riguardo per una diversa ipotesi criminosa attestata nel provvedimento abilitativo giudiziale.

Quanto, poi, al più volte rammentato comma 1-*bis* dell'art. 270 c.p.p., di non poco momento risultano le novità introdotte con la decretazione d'urgenza¹¹⁸, che un'autorevole voce della dottrina ha addirittura tacciato d'inquisitorialità¹¹⁹. Rovesciando i rapporti regola/eccezione, infatti, si è consentita l'utilizzabilità indiscriminata di captazioni ottenute mediante *virus trojan* per la prova di delitti del tutto estranei al decreto di autorizzazione, purché rientranti nel novero di quelli indicati all'art. 266, comma 2-*bis*. Un simile marchingegno viene legittimato benché non vi sia (e non sia possibile) alcun tipo di controllo del giudice *ad quem* circa il ricorrere dei presupposti

¹¹⁶ G. SPANGHER, *Il dl intercettazioni*, cit. *Contra*, D. PRETTI, *La metamorfosi delle intercettazioni*, cit., § 4, il quale pare apprezzare la scelta di stampo estensivo della riforma, in quanto alleggerisce le incombenze gravanti sugli inquirenti e semplifica l'accertamento di reati emersi dalle conversazioni captate, sterilizzando, in definitiva, gli effetti che potrebbero scaturire dalla pronuncia del massimo consesso della Cassazione.

¹¹⁷ La rilevanza 'contiene' l'indispensabilità, che ne è una forma più aggravata di connotazione del grado di necessità di un certo elemento probatorio ai fini del decidere; cfr. ad es. la costante interpretazione degli artt. 507 e 603, comma 3, c.p.p., ove i concetti di indispensabilità o assoluta necessità sono intesi nel senso di 'decisività' (in termini coincidenti con il riferimento alla decisività di cui all'art. 422 c.p.p.). L'indispensabilità richiede un *quid pluris* rispetto alla mera rilevanza, che è un *minus*. Sul punto, G. PESTELLI, *Intercettazioni*, cit., par. 10; D. Pretti, *La metamorfosi delle intercettazioni*, cit., par.4.

¹¹⁸ La legge di conversione ha infatti solamente aggiunto un riferimento all'indispensabilità accertativa, che però sconterà sicuramente il fio dell'incertezza esegetica relativa al medesimo parametro per come declinato al nuovo primo comma dell'art. 270 c.p.p.

¹¹⁹ G. SPANGHER, *Il dl intercettazioni*, cit.

(non edittali, bensì) probatori¹²⁰ che *ab origine* avrebbero consentito di disporre le intercettazioni ambientali per quelle specifiche ipotesi accusatorie.

Si palesa *ictu oculi* una radicale violazione dei principi costituzionali più volte richiamati dalla sentenza Cavallo e si svilisce, nella scelta di ‘regolarizzare’ l’apertura indiscriminata delle barriere tra un processo ed un altro, la stessa *ratio* posta (originariamente) al fondo del divieto sancito dall’art. 270 c.p.p. Simile netta pretermissione delle esigenze di tutela coperte dalla riserva di giurisdizione *ex art. 15 Cost.* lascia ancor più perplessi, quanto all’ipotesi dei delitti contro la pubblica amministrazione ascritti a pubblici ufficiali e incaricati di pubblico servizio, per la paradossale attenzione che, viceversa, è stata dedicata alla garanzia offerta da un maggior sforzo motivazionale imposto al giudice qualora gli sia richiesto di autorizzare intercettazioni ambientali con captatore informatico in luoghi domiciliari (art. 266, comma 2-*bis*, c.p.p.).

Non può, peraltro, passare inosservato l’aggiramento dei principi più basilari in punto di giusto metodo di formazione della prova quale chiave essenziale per assicurare la pienezza del diritto alla prova e, per suo tramite, del giusto processo. Infatti, l’abbiamo detto ormai più volte, pur a fronte dell’altrettanto indefettibile necessità accertativo-repressiva di fatti tipici di reato, l’ordinamento non dovrebbe tollerare che l’attuazione processuale della dinamica conoscitiva ed epistemologica sia assicurata ‘ad ogni costo’, pena la lesione inaccettabile dell’inviolabilità della difesa nonché delle libertà individuali incise dal processo, non solo al suo esito bensì anche durante l’*iter* che ivi conduce.

¹²⁰ Che, si ricorda, per quanto concerne le intercettazioni effettuate mediante captatore informatico possono, allo stato, essere così riassunti: *i)* *ex art. 266, comma 2, c.p.p.* le captazioni di conversazioni tra presenti sono consentite, con riferimento ai delitti di cui all’art. 266 c.p.p., alle medesime condizioni delle intercettazioni ambientali con mezzi tradizionali (*i.e.*, requisiti di cui all’art. 267 c.p.p., a cui concorre la flagranza di reato nel caso si vogliano eseguire nel domicilio); *ii)* *ex art. 266, comma 2-bis, c.p.p.*, con riferimento ai gravi delitti indicati all’art. 51 co. 3 *bis* e 3 *quater* è sempre possibile l’intercettazione di comunicazioni tra presenti, a prescindere dal luogo (purché ricorrano i requisiti *ex art. 13 d.l. 152/1991*): da ultimo, vale la pena menzionare come il d.l. n. 105 del 2023 abbia implementato il novero di reati soggetti ai requisiti e alla disciplina stabilita dal citato art. 13 d.l. 152/1991 (e, per estensione, passibili di captazione ambientale tramite *trojan*), includendovi anche «i delitti, consumati o tentati, previsti dagli articoli 452-*quaterdecies* e 630 del codice penale, ovvero commessi con finalità di terrorismo o avvalendosi delle condizioni previste dall’articolo 416-*bis* del codice penale o al fine di agevolare l’attività delle associazioni previste dallo stesso articolo»; *iii)* *ex art. 266, comma 2-bis, seconda parte, c.p.p.* quanto ai delitti dei pubblici ufficiali nonché degli incaricati di pubblico servizio contro la P.A. puniti con reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni è sempre possibile l’intercettazione ambientale, ma la l. n. 7/2020 ha richiesto che, qualora l’uso del *trojan virus* avvenga nei luoghi domiciliari, occorrerà la «previa indicazione delle ragioni che ne giustificano l’utilizzo», quantunque non si tratti di un ulteriore requisito previsto a pena di inutilizzabilità a norma dell’art. 271 c.p.p. (come evidenziato da D. PRETTI, *La metamorfosi delle intercettazioni*, cit., par. 3).

Da tutto quanto rilevato, non pare peregrino avanzare l'ipotesi di una qual certa inconciliabilità dell'attuale formulazione delle disposizioni in punto di circolazione probatoria con i dettami costituzionali che dovrebbero, come detto, fungere da faro privilegiato nella materia in esame.

Anche al lume della conclusione da ultimo rassegnata, non sembra neppure possibile adottare l'argomento esegetico *a fortiori* su cui, tra gli altri, il Supremo consesso penale ha respinto la tesi maggiormente garantista dell'equivalenza tra procedimento e reato ed accolto l'idea dell'inconciliabilità dei due concetti. La centralità – del resto, *in toto* condivisibile – che la Corte ha attribuito ai pregnanti valori costituzionali che informano la disciplina della migrazione interprocedimentale delle intercettazioni appare in radicale contrasto con le linee repressive seguite dal recente intervento normativo.

Il bilancio non è positivo.

La novella ha obliterato qualunque pretesa di tutela costituzionalmente richiesta per incidere un diritto qualificato come inviolabile dalla stessa Carta fondamentale. Ha 'dimenticato' di tener conto della storica scelta codicistica di stampo accusatorio di prediligere il rapporto di immedesimazione tra sede processuale originaria e compendio probatorio ivi formato, salvo stringenti esigenze. E neppure ha saputo assimilare proficuamente gli insegnamenti coevi resi dal Giudice della nomofilachia che, nonostante le osservazioni critiche che possono esser mosse alla sentenza Cavallo, ha inteso rafforzare, e certo non svilire, le garanzie di stampo costituzionale in materia di acquisibilità *ab externo* di materiale captativo.

4. PROVE ACQUISITE IN VIOLAZIONE DI DIVIETI STABILITI DALLA LEGGE PROCESSUALE E PROVE CONTRA IUS. SPINOSE CONCETTUALIZZAZIONI DOGMATICHE APPLICATE ALLA DINAMICA DEL FENOMENO CIRCOLATORIO

La disamina testé condotta con riferimento alla indebita circolazione di atti – i risultati delle intercettazioni – fortemente lesivi di prerogative fondamentali della sfera giuridica personale dell'essere umano, tanto allorché sia egli stesso implicato dalla vicenda processuale quanto se questi sia terzo rispetto all'accertamento giudiziale ed i suoi diritti siano incisi in via tangenziale in forza della *servitus iustitiae* che ne implica la soggezione ai fini legittimi della giurisdizione, offre il destro allo svolgimento di più approfondite riflessioni in ordine alle sorti da dedicare, nel contesto del prestito interprocessuale, alle prove la cui acquisizione attinga in modo indebito beni umani essenziali, specie se coperti dalla protezione costituzionale.

Abbiamo già più volte osservato come una tipologia di *exclusionary rules* sia connotata dalla predisposizione di una intensa e rigorosa protezione offerta ad istanze personalistiche che l'ordinamento non tollera subiscano, sempre e comunque, l'impatto negativo con l'esigenza gnoseologico-accertativa che muove la macchina giudiziaria. Ciò rappresenta una virtuosa conseguenza dell'afflato etico-morale che deve muovere una dinamica processuale la quale, per dirsi effettivamente 'giusta', non può che essere protesa al riconoscimento dei più sacri metavalori costituzionali, ancorché la loro difesa implichi un necessario ridimensionamento delle aspettative cognitive afferenti all'esperienza processuale stessa.

È giunto, dunque, il momento di affrontare taluni dei più problematici aspetti della coniugazione di una siffatta scelta di campo con la strategia epistemica che costituisce il sottofondo costante del fenomeno circolatorio, specie allorché ad essere coinvolti siano giudizi di natura disomogenea. L'indagine si dipanerà lungo due sentieri complanari ma non del tutto coincidenti. Da un canto, si approfondirà l'aspetto dell'eventuale scrutinio di ammissibilità di prove penali, trasmigrate altrove, allorché esse risultino essere state assunte nella sede originaria in violazione di espresse norme processuali che pongono divieti probatori a fondamento etico-deontico. Si tratta, invero, dell'ipotesi forse più lineare dal punto di vista delle soluzioni prospettabili.

D'altro canto, la nostra attenzione si concentrerà sulla disamina dei casi in cui la prova sia il frutto di operazioni (esoprocessuali) di reperimento o confezionamento che, in termini generali e ancora aspecifici, potremmo definire *contra ius*. Il punto cruciale sarà comprendere quali fonti sia ammissibile far rientrare nel concetto di *ius* la cui violazione cagioni l'antigiuridicità della prova rilevante ai fini della sua inammissibilità-inutilizzabilità; si tratta di riflessione ineludibile per valutare se vi siano margini per adottare sul punto classificazioni comuni ai diversi rami giurisdizionali. Per tal via si auspica di poter giungere ad indicare, quantomeno in via di ipotesi costruttiva, una plausibile soluzione al dilemma inerente al destino della prova *extra moenia* lesiva di beni fondamentali.

Per quanto concerne il primo dei due profili qui in esame, ossia le ipotesi di violazione di divieti probatori a base deontica posti dalla disciplina processuale e concernenti la ammissione o formazione di prove che, pertanto, risultino lesive di

interessi individuali¹²¹ giudicati tanto rilevanti da pretendere protezione finché nei casi in cui ciò possa dirsi controproducente per l'interesse all'accertamento a fini di giustizia, si possono svolgere le seguenti riflessioni.

In via preliminare, vale la pena ribadire come l'esigenza sottesa a questo genere di *exclusionary rules* – come abbiamo avuto modo di sottolineare in precedenza¹²² – parrebbe non esclusiva del sistema processuale penale, ma ubiquitaria, proprio in virtù della sovraordinazione (o, quantomeno, pariordinazione) dei valori che compongono il mosaico assiologico di riferimento del legislatore processuale e che esprimono una forza traente eccentrica rispetto all'istanza epistemologica.

Posta tale premessa, ad una attenta disamina della struttura delle disposizioni processuali incaricate di imporre l'esclusione di determinati elementi in quanto inconciliabili con le opzioni etico-deontiche effettuate a monte dal sistema, si rileva come talune di esse si pongano a presidio di istanze fondamentali la cui titolarità risulta in capo ai protagonisti della vicenda processuale, mentre altre tutelino soggetti nient'affatto implicati dalla controversia *sub iudice*. L'ipotesi da verificare è se una

¹²¹ Invero, vengono in rilievo, talora, anche interessi superindividuali, allorché il legislatore si fa carico di proteggere dall'immissione in giudizio e dalla spendita a fini decisorii elementi, informazioni, dati che potrebbero avere estrema significatività a fini accertativi ma la cui diffusione in sede processuale metterebbe a repentaglio pregnanti interessi statuali che, all'esito di un'opera di bilanciamento effettuata a monte dall'ordinamento, non possono cedere nemmeno dinanzi alle esigenze della giustizia. È, in particolare, il caso del segreto d'ufficio ovvero del segreto di Stato, rispettivamente protetti dagli artt. 201 e 202 c.p.p. Nel solo primo caso, esiste peraltro un'ipotesi nella quale il legislatore ha comunque reputato di superiore pregnanza il bene-interesse del compiuto ed approfondito accertamento dei fatti, pur a fronte di un ipotizzabile segreto d'ufficio opponibile, vale a dire quella in cui i pubblici ufficiali, gli incaricati di un pubblico servizio e i pubblici impiegati abbiano l'obbligo di riferire la notizia, altrimenti riservata, all'autorità giudiziaria (ossia, nei casi di obbligo di denuncia). A nostro avviso, ipotesi di questo genere meritano analogo trattamento, nel caso di intercambio probatorio, rispetto a quello da tributarsi alle prove inutilizzabili per violazione di regole di esclusione poste a presidio di interessi individuali, a motivo della trasversale rilevanza delle esigenze statuali che trovano tutela nei divieti di cui trattasi. Non a caso anche nel contesto processualciviltistico tali valori godono del medesimo trattamento (art. 249 c.p.c.), in virtù dell'esplicito rinvio alla disciplina sancita dal codice Vassalli: simile rilievo, dunque, non lascia permanere alcun dubbio sulla legittimità di un'esegesi che predicasse l'inammissibilità di una prova allogena ed eterogenea che, nella sede originaria, sia stata assunta, in modo del tutto abusivo, nonostante e contro gli espressi divieti probatori in punto di segreto d'ufficio e segreto di Stato. Il fatto che la prova in questione risulti 'prestata', essendo preformata altrove, e che, dunque, acceda nel rito *ad quem* in forma documentale, non è sufficiente ragione per postulare l'irrelevanza del vizio che la affligge per aver leso interessi sovraindividuali tanto essenziali da essere ubiquitariamente protetti dal legislatore, solo perché – secondo la prevalente ricostruzione pretoria – per il documento non sussisterebbe alcun momento dedicato al preventivo vaglio in punto di ammissibilità. La prova viziata *de qua* deve essere esclusa, a nulla valendo la strategia recuperatoria incentrata su variegate articolazioni del principio del libero convincimento: non servirebbe ridurre il peso conoscitivo di una prova che mai avrebbe dovuto essere assunta, proprio in quanto quell'informazione, per il disegno del legislatore, non avrebbe mai dovuto (e potuto) essere veicolata all'attenzione del giudice. Tanto ciò vero che addirittura l'art. 202, comma 7, secondo periodo, c.p.p. presidia l'interesse statale su cui va preservato il segreto con un'esplicita preclusione dell'eventuale approvvigionamento *aliunde* delle notizie coperte da segreto di Stato (da ciò dovrebbe peraltro desumersi l'estensione anche al sistema giurisdizionale civilistico del principio di non sostituibilità, più volte richiamato nel corso del presente lavoro) e con l'imposizione al giudice di una pronuncia di improcedibilità del giudizio qualora per la sua soluzione non si possa prescindere dall'informazione segreta.

¹²² In specie, si rinvia a Capitolo I, §§ 1.f, 1.g. e 4.

simile differenziazione circa il soggetto che, a causa dell'abusiva acquisizione istruttoria, riporti una lesione del tipo che la norma di divieto avrebbe inteso scongiurare, espliciti alcun tipo di rilevanza nella elaborazione di una soluzione al dubbio inerente alla sorte delle prove penali inutilizzabili in altri giudizi.

Al fine di sciogliere il nodo esegetico in questione, vale la pena prendere le mosse dalla considerazione che non sempre la tutela approntata dal legislatore con le regole di esclusione etico-deontiche ha quale referente un bene giuridico indisponibile. Talora, infatti, vengono in rilievo interessi di cui il soggetto avrebbe potuto disporre. Ciò non è privo di peso ai nostri fini. In seconda battuta, si dovrà riflettere sulla precipua consistenza dei beni giuridici incisi dalla singola vicenda giudiziale e porla a paragone con l'entità degli interessi presidiati dalle *exclusionary rules* processuali ad orientamento assiologico.

Nell'ipotesi nella quale si faccia questione di divieti probatori sanciti a protezione di beni giuridici indisponibili, *nulla quaestio*. La lesione sarà tanto grave da giustificare la preclusione a qualsiasi tipo di fruizione in qualsiasi tipo di vicenda, tanto se l'abusiva assunzione probatoria abbia riguardato una parte, quanto se ad essere inciso sia stato un bene indisponibile di terzi. La pregnante connotazione del bene, di cui nemmeno il titolare avrebbe il potere di disporre, non può che condurre ad una ubiquitaria esclusione dell'elemento istruttorio ammesso e/o assunto in spregio dello stesso, non essendo predicabile alcuno spazio (nemmeno minimale o ipotetico) di recupero dispositivo del dato. Si faccia il caso dell'art. 188 c.p.p., che così dispone: «Non possono essere utilizzati, *nemmeno con il consenso della persona interessata*, metodi o tecniche idonee a influire sulla *libertà di autodeterminazione* o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti» (corsivo nostro). Al di là della considerazione che tale regola di esclusione compendia in sé anche una *ratio* ontologico-gnoseologica radicata su valutazioni di inattendibilità dell'esito dell'esperimento istruttorio legate all'avanzamento delle tecniche neuroscientifiche in senso lato¹²³, la previsione richiamata suggella in modo definitivo l'indisponibilità del bene della libertà morale del soggetto interessato. Si esplicita, difatti, la totale, oggettiva ed assoluta irrilevanza del consenso ad essere sottoposti a metodi lesivi di tale bene individuale, quali il *lie*

¹²³ C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità*, cit., 21; P. TONINI-C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., 186 ss.

detector, l'ipnosi *et similia*, in virtù dell'importanza che per l'ordinamento riveste il fatto che il processo volitivo, all'esito del quale l'individuo decide se e cosa dichiarare sia del tutto scevro da interferenze esterne. Il foro interno è intangibile finanche al suo stesso titolare, che non può abdicare alla propria libera capacità di autodeterminarsi¹²⁴. Ebbene, se così è, non si può che concludere in favore di una generalizzata applicazione di siffatto criterio escludente, nel caso in cui si pretenda di versare in un processo altro, ancorché di natura non penale ed in mancanza di espressa previsione di una norma analoga all'art. 188 c.p.p., il protocollo di *relata* assunti nel giudizio d'origine facendo uso di metodiche lesive della libertà morale, tanto in presenza quanto in difetto di consenso, sia che il dichiarante fosse l'imputato sia che si trattasse di altro soggetto¹²⁵.

Per quanto concerne, viceversa, mezzi di prova assunti violando *exclusionary rules* dedicate alla difesa di istanze personalistiche in tutto o in parte disponibili, è d'uopo un'ulteriore sottodistinzione, a nostro avviso indispensabile per offrire idonea soluzione alle questioni di cui trattasi.

Quando i divieti probatori si fanno carico di essenziali prerogative individuali di soggetti che siano terzi con riferimento ad entrambe le vicende processuali interessate dalla dinamica circolatoria ovvero anche con mero riguardo a quella di destinazione, occorre tenere presente la circostanza che il titolare del bene giuridico leso, non essendo parte, non abbia in alcun modo la possibilità di manifestare quantomeno un assenso postumo alla spendita a fini decisori di una informazione ricavata in spregio al suo diritto. Dunque, mancando tale occasione che avrebbe, in via ipotetica, il potenziale per rendere irrilevante *ex post* il *vulnus* arrecato a tali beni, e tenuto conto che il legislatore processuale penale ha inteso comunque sanzionare una simile 'condotta' istruttoria tenuta in spregio di interessi giuridici di significativo rilievo, se ne deve concludere per

¹²⁴ Sul tema, di estremo interesse le considerazioni di G. VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale. Contributo alla teoria dei diritti della personalità*, in AA.VV., *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, vol. II, Torino, 1957, 1629 ss.

¹²⁵ Altro bene giuridico di sicura rilevanza trasversale e che, di norma, nel processo penale gode della tutela 'di secondo grado' offerta da regole di esclusione a pena di inutilizzabilità è costituito dalla dignità personale, la quale, nel *climax* dei diritti di rilevanza costituzionale, occupa un rango talmente elevato (insieme con il bene della vita) da non necessitare nemmeno di esplicita proclamazione nella Carta fondamentale. Di talché, ogniqualvolta si impone alle parti, nel compimento di una determinata attività di natura probatoria, di presidiare il rispetto della dignità umana, non solo si dovrebbe intendere la prescrizione come riconducibile alla disciplina sanzionatoria dell'art. 191 c.p.p. (ad es., art. 224-*bis*, comma 5, c.p.p.; art. 245, comma 2, c.p.p.), ma per di più si dovrebbe concludere per la estensione del presidio escludente anche in altra sede processuale, sulla falsariga del ragionamento già condotto *supra*. Con particolare riferimento alla disciplina di cui all'art. 224-*bis* c.p.p., P. TONINI-C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., 348.

l'inesorabile efficacia panprocessuale di fattispecie protettive di tal sorta, nonostante non impattino sempre su beni di espressa estrazione costituzionale ovvero incidano 'solo' su istanze riconducibili al catalogo aperto dell'art 2 Cost. e ancorché, dunque, non vi sia un analogo divieto posto dalla disciplina probatoria di destinazione.

Si faccia il caso in cui, nel corso dell'audizione del testimone assistito, il giudice lo obblighi a rendere dichiarazioni sui fatti ormai giudicati con sentenza di condanna rispetto ai quali egli aveva negato la propria responsabilità ovvero su c.d. fatti inscindibili per i quali si stia ancora procedendo. L'art. 197-*bis*, comma 4, c.p.p. pone un divieto probatorio a tutela del diritto di difesa del testimone assistito (nella forma dello speciale privilegio contro l'autoincriminazione sancito per questa categoria di dichiaranti), la cui operatività, tuttavia, sembrerebbe rimessa proprio alla volontà (o strategia processuale) del dichiarante stesso, non essendogli certo vietato di riferire, nel corso del giudizio in cui rivesta la qualità di testimone assistito, fatti inerenti alla propria responsabilità penale. Nel caso patologico, ovverosia quello nel quale il giudice, mal valutando le giustificazioni addotte dal dichiarante qualificato per esimersi dal rendere quelle dichiarazioni che lo costringerebbero ad autoincriminarsi, gli abbia imposto di rispondere, ed allorché tali *relata* vengano immessi in altro giudizio di cui il teste assistito *non* sia parte (operando altrimenti la speciale inutilizzabilità *ad personam ex art. 197-bis*, comma 5, c.p.p.), a nostro avviso occorrerà concludere per l'ultrattività del divieto. Per quanto l'interesse sotteso al divieto in questione non sia indisponibile, il suo titolare non avrà occasione di manifestare il proprio consapevole consenso 'postumo' all'importazione in altra sede, nel caso in cui risulti terzo rispetto al giudizio in questione. A nostro parere, ciò impone di necessità la perpetuazione ultrattiva della norma escludente *de qua*.

Nell'ipotesi in cui il titolare dell'interesse disponibile, in tutto o in parte, leso dall'esperimento del mezzo istruttorio penale vietato *in parte qua* a pena di inutilizzabilità, sia parte del giudizio di destinazione, non ci sembra del tutto necessitata la conclusione della ineludibile applicazione dell'inesorabile filtro escludente *in limine* all'istruttoria del processo *ad quem*. Ebbene, a ragionare sul rigoroso tessuto normativo che sancisce il regime di perennità del vizio della prova patologicamente inutilizzabile, la conclusione parrebbe nel medesimo senso di quanto sin qui osservato, ossia che l'elemento spurio, *sic et simpliciter*, sia bandito, senza alcuna possibilità di appello, da qualsiasi ulteriore vicenda giudiziale nella quale lo si voglia riversare *ab externo*. Eppure, ci sembra possibile suggerire in proposito una strada più moderna, sulla scorta

di alcune ‘futuristiche’ proposte esegetiche avanzate da taluni esponenti della dottrina¹²⁶, che, facendo tesoro anche delle esperienze processuali straniere, hanno riflettuto sulle possibili tecniche per rendere più duttile il draconiano regime scolpito dall’art. 191, comma 2, c.p.p., così da andare incontro (ma in chiave conforme al principio di legalità probatoria) alle esigenze sostanziali manifestate dalla giurisprudenza. In particolare, è stato osservato in letteratura come, talora, vi siano dei casi nei quali, al lume dell’entità del bene-interesse personalistico fatto oggetto di tutela escludente, vi sarebbero spazi per argomentare la compatibilità del regime dell’inutilizzabilità con uno strumento recuperatorio a base consensuale, allo stesso modo in cui si reputa comunque spendibile a fini decisori un elemento inutilizzabile allorché il suo contenuto informativo sia favorevole all’imputato.

Un caso emblematico sarebbe quello dell’inutilizzabilità speciale assoluta che il primo periodo del comma 3-*bis* dell’art. 64 commina per l’ipotesi in cui all’imputato/indagato non siano stati dati affatto o non siano stati dati correttamente gli avvisi (art. 64, comma 3, lett. *a*) e *b*), c.p.p.) concernenti l’ampiezza del suo diritto di autodifesa a fronte dello svolgimento dell’interrogatorio (o dell’esame).

Si tratta di ipotesi in cui è di tutta evidenza la proficuità probatoria-conoscitiva delle dichiarazioni che l’imputato abbia eventualmente reso in assenza dei menzionati avvertimenti. L’ordinamento – a fronte della proclamazione costituzionale della inviolabilità del diritto di difesa e a presidio della presunzione di innocenza – pretende che l’accusa si comporti lealmente ed informi il prevenuto degli spazi a lui concessi per autodifendersi, avvisandolo altresì delle potenziali conseguenze dannose della sua condotta processuale specifica. Proprio in forza di questa possibilità assegnata all’imputato di calibrare il proprio contegno difensivo dinanzi all’autorità giudiziaria, inviolabilità del diritto di difesa non significa indisponibilità. Con un’interpretazione coraggiosa la menzionata dottrina ha dunque sostenuto che, pur in mancanza degli avvisi e quantunque il sistema prescriva l’insanabilità dell’inutilizzabilità, la manifestazione di consenso, purché pienamente consapevole, da parte dell’imputato potrebbe rendere fruibili le dichiarazioni da lui rese, in modo illegittimo in astratto,

¹²⁶ F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013, 204 ss.; C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità*, cit., 457 ss.

all'autorità giudiziaria. Ciò non è privo di rilievo ai nostri fini. Sulla scorta della menzionata ricostruzione, si Potrebbe difatti argomentare, che se il soggetto fosse parte in altro giudizio extrapenale ove si volessero acquisire i verbali di tali dichiarazioni rese in carenza di avvisi, l'alternativa tra inammissibilità ed ammissibilità dovrebbe sciogliersi in seguito alla manifestazione eventuale di consapevole consenso da parte dell'interessato *aliunde* dichiarante. Viceversa, come visto *supra*, qualora questi non fosse parte del secondo diverso giudizio, non potrebbe manifestare alcun tipo di volontà 'sanante' e/o recuperatoria in proposito: di talché il giudice non potrebbe che rassegnarsi alla esiziale esclusione di tale materiale.

Sin qui il presupposto implicito dell'analisi era la eterogeneità delle *leges probatoriae* messe in comunicazione dalla circolazione della prova penale inficiata per la lesione di prescrizioni a sfondo etico-morale delle quali non sia dato rinvenire un esatto corrispondente nel sistema di approdo dell'elemento istruttorio viziato.

Non si può, tuttavia, trascurare di menzionare tutte quelle ipotesi nelle quali, ad ogni buon conto, le regole di esclusione penalistiche sembrano offrire protezione ad istanze individuali di cui si fanno carico addirittura gli stessi sistemi processuali extrapenali quantunque essi, ad avviso della prevalente giurisprudenza, non contemplerebbero alcuna disposizione sanzionata a pena di inutilizzabilità (*sic!*). Come già notavamo altrove¹²⁷, ad esempio, gli artt. 118 e 210 c.p.c. sanciscono regole in punto di acquisizione di elementi istruttori tramite, rispettivamente, ispezione e ordine di esibizione, che pretendono che tali attività si compiano «senza grave danno per la parte o per il terzo». Tale generica espressione non può che significare, tra l'altro, la cogente pretesa dell'ordinamento di anteporre beni primari della persona (la dignità, l'integrità personale, la salute, la garanzia sottesa al principio del *nemo tenetur contra se edere*), che conferma senz'altro la necessità di estendere ai rami extrapenali della giurisdizione l'efficacia di regole di esclusione a pena di inutilizzabilità protese proprio alla tutela di siffatti interessi.

Ebbene, a questo proposito, si pensi alla tutela rigorosa che il codice Vassalli appronta in favore del privilegio contro l'autoincriminazione ai sensi dell'art. 63. Come abbiamo già avuto modo di apprezzare, tale baluardo a tutela del testimone-'potenziale'

¹²⁷ Capitolo I, § 4.

indagato è stato esteso da un'illuminata giurisprudenza garantista anche a procedimenti sanzionatori formalmente amministrativi; in più, in sede civile risulta sempre rigorosamente preclusa la testimonianza della parte. Il che induce a ritenere che le medesime esigenze (compendiate dal già richiamato principio del *nemo tenetur se detegere*, riformulato quanto al rito civile come *nemo tenetur contra se edere*) sono fatte proprie da più sistemi processuali. Ciò non può che condurre l'interprete a predicare l'applicazione trasversale interprocedimentale di siffatto presidio escludente.

Due sole eccezioni ci sembrerebbero predicabili. Tenuto conto della giurisprudenza di legittimità relativa all'esatto portato della inutilizzabilità assoluta sancita dal secondo comma dell'art. 63 c.p.p.¹²⁸, nel caso in cui il soggetto sin dall'inizio avrebbe dovuto essere sentito come indagato, allorché si tratti di esportare altrove il verbale delle sue dichiarazioni dovrebbe potersi preventivamente scrutinare la posizione che il dichiarante assumerebbe nel giudizio *ad quem*. Qualora risulti che lo stesso non sia titolare di alcun interesse giuridico tale da renderlo nella causa civile *ad quam* parte potenziale incompatibile (*rectius*: incapace) a testimoniare *ex art. 246 c.p.c.*, non si vedono ragioni per negare l'ingresso alla prova dichiarativa assunta in origine in violazione dell'art. 63, comma 2, c.p.p. Andrà, viceversa, sempre dichiarata inammissibile se il dichiarante sia parte, anche in senso soltanto potenziale, del giudizio di destinazione.

L'altro caso discende dalla logica dispositiva del processo civile, nonché dalla valutazione del bene-interesse sotteso alla inutilizzabilità a presidio del privilegio in esame. Allorché sia lo stesso dichiarante ad introdurre in causa il protocollo delle dichiarazioni che lui stesso, pur dovendo essere sentito sin dall'inizio con le garanzie dell'interrogatorio *ex art. 64 c.p.p.*, ha reso in veste (fasulla) di testimone e/o persona informata sui fatti, quella prova potrà avere accesso al giudizio in virtù del consenso manifestato *per facta concludentia* dal dichiarante che sia parte. Il suo valore probatorio potrà essere quello della confessione stragiudiziale liberamente apprezzata dal giudice *ex art. 2735, comma 2, c.c.*, nella misura in cui tale atto contenga dichiarazioni anche sfavorevoli alla parte che le abbia rese e le introduca volontariamente in giudizio.

¹²⁸ Cass. pen., Sez. un., 13 febbraio 1997, n. 1282, Carpanelli e al., in *Dir. pen. proc.*, 1997, 600, con nota di A. SANNA.

In definitiva, al di là della analisi casistica, che in ogni caso offre continue conferme della piena trasponibilità in sedi extrapenali della logica protettiva che alberga al fondo delle regole probatorie escludenti a base assiologica di cui trattasi, non ci sembra peregrino né irragionevole prospettare quale soluzione sul punto un criterio – coerente con gli insegnamenti del Supremo consesso in punto di prove antiggiuridiche¹²⁹ – che, quanto all’ipotesi in esame, anteponga le istanze personalistiche all’aspirazione conoscitiva oltranzista. La chiave di lettura da privilegiarsi è quella che considera l’entità, la qualità, i connotati essenziali dell’interesse cui lo specifico sistema processuale mira ad offrire tutela e di quello che, all’esito del giudizio, verrebbe, più o meno intensamente, a subire decurtazioni o incisive limitazioni e li pone a paragone e li bilancia con gli ulteriori beni giuridici che, nel corso dell’*iter* giudiziale, subiscono l’impatto dell’attività istruttoria e potrebbero esserne compressi. In altre parole, ci sembra dirimente considerare che il legislatore ha stabilito, mediante prescrizioni processuali riconducibili all’alveo di operatività dell’art. 191 c.p.p., che un determinato novero di beni fondamentali individuali o superindividuali avessero un rango talmente elevato da non tollerare alcuna compressione (se non, talora, a date specifiche condizioni *ex lege* idonee ad assicurare un soddisfacente bilanciamento) neppure a fronte del bene statale all’accertamento e alla repressione dei reati, la più grave forma di illecito. A nostro avviso ciò dovrebbe implicare che, in ogni altro giudizio, in cui vengono in gioco interessi privatistici in senso lato, ovvero interessi pubblicistici (ad es. in ambito tributario) il cui soddisfacimento, comunque, non comporta la privazione della libertà personale di un soggetto, non si potrà che ritenere altrettanto operative le predette regole di esclusione a tutela di prerogative personalistiche. Non vi sono alternative: dinanzi ad intollerabili, abusive violazioni di prerogative essenziali della persona umana, non possono essere alimentate le bulimiche aspirazioni conoscitive che, come abbiamo visto, inducono la giurisprudenza ad escogitare strategie recuperatorie al fine di poter offrire una parvenza di logica giustificazione ad un’operazione di vera e propria fagocitazione di elementi così gravemente spuri. A tale esito dovrebbero poter essere considerate legittime eccezioni quei casi in cui la parte il cui interesse, di natura disponibile, fosse stato leso *ab origine* sia altresì parte del giudizio di destinazione della

¹²⁹ Cass., Sez. un., 9 aprile 2010, n. 13426, Cagnazzo, cit.

prova antiggiuridica e, in tale sede, manifesti il proprio consenso (espresso o *per facta concludentia*) alla spendita processuale di tale materiale. fatte salve simili eccezionali circostanze, l'ordinamento non può affatto tollerare la perpetuazione ad oltranza di una lesione, vietata in assoluto, a causa della migrazione interprocessuale di una prova che non avrebbe mai dovuto essere formata.

a. (*Segue*) *Prove illecite, prove incostituzionali ed osmosi processuale intersistemica*

Per quel che concerne, invece, il secondo sentiero che in apertura promettevamo di percorrere, il tema tanto cruciale quanto irrisolto che si pone all'attenzione dell'interprete è quello concernente la definizione del destino da assegnare alla prova circolante che abbia leso beni giuridici di pregnanza fondamentale il cui paradigma protettivo, tuttavia, non si rinvenga nella normativa processuale, ma sia ricavato *aliunde* in via di esegesi sistematica.

Come ci si avvedrà con semplicità, la questione interseca con decisione il più ampio discorso, portato avanti senza requie e senza soluzioni definitive dalla più attenta dottrina, non solo processualpenalistica, bensì anche processualcivilistica, concernente l'inquadramento dogmatico della c.d. *prova incostituzionale*.

Il primo problema da affrontare si colloca sul piano nominalistico e definitorio. Vi è una tangibile e lampante incertezza su cosa debba intendersi per prova incostituzionale ed i suoi rapporti con le contigue (sovrapponibili?) categorie della prova *illecita* e della prova *illegale*. A nostro avviso, risolvere, ancorché in chiave magari solo ipotetica e non definitiva, tale criticità rappresenta un passaggio essenziale per stabilire la misura della protezione trasversale, nel momento circolatorio, che l'ordinamento pretende di assicurare a determinati beni fondamentali a fronte di aggressioni avvenute *in funzione* dell'accertamento giudiziale ma *al di fuori* delle previsioni contenute nelle disposizioni processuali.

In via preliminare occorre dare conto del fatto che la prevalente posizione dottrinale in punto di antiggiuridicità da fonte normativa extraprocessuale nel contesto del settore penale è quella che, da una rigorosa interpretazione del tenore dell'art. 191, comma 1, c.p.p. ed in specie dell'uso asseritamente tecnico del termine «acquisite», esclude che

fonti dei divieti probatori possano essere norme diverse da quelle processuali¹³⁰. Dunque, per un verso non avrebbe titolarità nel settore della procedura penale la categoria della prova illecita, quella cioè che trae la propria antiggiuridicità dal fatto di essere stata formata e/o ottenuta violando norme penali incriminatrici: le sole ipotesi di prove illecite a pena di inutilizzabilità sarebbero quelle così definite *expressis verbis* dal legislatore (emblematico il caso dell'art. 240 c.p.p.). Per altro verso, nemmeno le disposizioni della Costituzione sarebbero idonee ad integrare quella fonte di divieti probatori cui fa rinvio l'art. 191 c.p.p.

La categoria delle prove incostituzionali, tuttavia, non viene affatto accantonata e destituita di fondamento. Piuttosto, una diramazione di quest'indirizzo ne offre una ricostruzione che trae dalla disciplina delle prove atipiche il suo fulcro identitario e giustificativo¹³¹. In estrema sintesi, si afferma che la prova incostituzionale altro non sia se non la prova atipica lesiva di diritti fondamentali. L'inammissibilità di queste ultime nel sistema discenderebbe dal fatto che la Carta fondamentale confeziona una sorta di *cliché* a protezione dei diritti proclamati come inviolabili (in specie, artt. 13, 14, 15 Cost.), consentendone la limitazione solo a patto che il legislatore appresti una apposita disciplina che ne regoli *casì e modi*, e talora anche *i fini legittimi*, e che in concreto vi sia un atto motivato dell'autorità giudiziaria ad autorizzare la lesione. Poiché si fa questione di strumenti di approvvigionamento istruttorio non previsti per la cui immissione in giudizio si dovrà vagliare l'istanza al metro dell'art. 189 c.p.p., e posto che quest'ultima norma – al di là di criteri operativi generali – non sancisce con precisione quei casi e modi pretesi dalla Carta fondamentale, se ne conclude che la prova atipica che leda istanze fondamentali proclamate come inviolabili dalla Costituzione stessa sia priva di cittadinanza nel nostro sistema.

Altra dottrina, per contro, accoglie una interpretazione più ampia del concetto di *legge* speso dall'art. 191 c.p.p. La formulazione generale della disposizione, che non specifica da quale ramo dell'ordinamento si debbano trarre i divieti probatori,

¹³⁰ Così, *ex plurimis*, C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità*, cit., 150 ss.; EAD., *L'inutilizzabilità*, cit., 118 ss.; EAD., *Prova informatica e diritti fondamentali: a proposito di captatore e non solo*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 9, 1210 ss.; EAD., *Sicurezza e riservatezza*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 11, 1572 ss.; P. TONINI-C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., 104 ss.; A. SCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit., 176 ss.; N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità*, cit., 202 ss.; P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., 221 ss.; F. CORDERO, *Prove illecite*, cit., 147 ss.

¹³¹ C. CONTI, *Accertamento del fatto*, cit., *loc. ult. cit.*

deporrebbe nel senso di un'inclusione di tutte le «legg[i] che vienta[no]»¹³², tra le quali non potrebbero non computarsi altresì le norme incriminatrici, posto anche che, talora, il fatto di reato commesso per entrare in possesso o per 'creare' la prova poi introdotta in giudizio avrebbe profili di maggior gravità, sul piano del bene giuridico leso, di talune condotte processuali sanzionate a pena di inutilizzabilità¹³³. Al fondo di questo minoritario indirizzo si porrebbero valutazioni di ordine sostanzialistico, legate altresì ad una forte valorizzazione in senso etico-morale del principio di legalità della prova, di cui assume che non potrebbe «tollerare interpretazioni dirette a consentire un "riciclaggio" della prova vietata»¹³⁴. Una conferma della correttezza del percorso esegetico condotto viene tratta dalla disposizione di cui all'art. 240 c.p.p., volto a impedire, con una forma di inutilizzabilità assoluta e rafforzata dalla necessaria distruzione e da un *iter* espulsivo riservato, che in giudizio potesse trovare spazi di fruizione decisionale il frutto di attività di captazione lesiva di interessi di rango tale da essere fatti oggetto, sul piano sostanziale, di tutela penale (*ex art. 617 ss. e in base alle fattispecie incriminatrici in materia di tutela della privacy*).

La confusione semantica e classificatoria sembrerebbe aumentare se si considera che per questa fattispecie da ultimo rammentata il legislatore ha speso la qualificazione di prove (*rectius*: documenti) *illegali*. Termine, a ben vedere, poco perspicuo, in quanto 'ad ampio spettro', potendo ricomprendere, in astratto, ogni forma di contrarietà alla legge in generale. Tuttavia, per un verso il tenore della disposizione stessa chiarisce che il legislatore avesse voluto riferirsi alla *illiceità* (il che sarebbe coerente con la disciplina ivi prescritta, referentesi a fatti penalmente *illeciti*); per l'altro, l'imprecisione lessicale si potrebbe spiegare con la scarsa ponderazione del testo normativo, adottato d'urgenza (con d.l. 22 settembre 2006, n. 259). Tutto considerato, la fibrillazione classificatoria è più apparente che reale, e la critica deriva sembrerebbe rientrare.

Invero, se l'ottica adottata nell'affrontare le questioni sin qui illustrate fosse solamente rivolta al sistema processuale penale, l'interprete, valutati tutti gli argomenti a

¹³² M. NOBILI, sub *Art. 191 c.p.p.*, in AA.VV., *Commentario al nuovo c.p.p.*, coord. da M. Chiavario, Torino, 1990, II, 413.

¹³³ F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 63 ss.; G. PIERRO, *Una nuova specie di invalidità*, cit., 172; D. SIRACUSANO, voce *Prova*, cit., 11; R. CASIRAGHI, *Prove vietate e processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 4, 1768 ss., in partic. § 3.

¹³⁴ F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità*, cit., 65.

favore e contro l'una e l'altra delle tesi *de quibus*, non dovrebbe far altro che schierarsi per l'una o per l'altra. Eppure, ai nostri fini ciò non basta. Il punto di vista intersistemico e, ancor più, l'intento di offrire soluzioni che possano concretamente agevolare la dinamica migratoria di prove, senza trascurare ed anzi tutelando ed implementando la legalità probatoria, le esigenze gnoseologiche e quelle più eticamente elevate, pretendono che ci si confronti con la prospettiva avallata dagli studi in punto di incostituzionalità e/o illiceità probatoria in settori non penali.

Per esigenze di sintesi, non ci si potrà dilungare nell'approfondimento di tutte le diramazioni del pensiero processualcivilistico sul tema. Gli aspetti, a nostro avviso, meritevoli di segnalazione sono, in buona sostanza, i seguenti.

Innanzitutto, data la mancanza nel codice di rito civile di una disposizione sovrapponibile all'art. 191 c.p.p., il dibattito in letteratura ruota in modo principale intorno alla categoria della prova *illicita*, piuttosto che a quella della illegittimità.

Vi è un indirizzo che in tale classe tende a far rientrare tutti quei vizi della prova civile ammessa in violazione di un divieto della normativa processuale (ad es., la testimonianza della parte *ex art.* 246 c.p.c.; la testimonianza in violazione dei divieti posti dagli artt. 2721 ss. c.c.)¹³⁵. Possiamo sin d'ora accantonare questo profilo: non certo perché privo di fondamento, quanto piuttosto perché, nonostante la denominazione in termini di prove *illicite*, la casistica che vi si riconduce rientra a pieno titolo nei casi di prova inammissibile-inutilizzabile in ragione della violazione di previsioni poste dalla normativa processuale.

In secondo luogo, viene in rilievo un indirizzo che, in definitiva, assegna rilievo, quale categoria omnicomprensiva di prove illegittime e prove illicite, alla classe delle prove incostituzionali, con la conseguenza che lo schema legale di riferimento per stabilire se si sia incorsi nella produzione di prove invalide e dunque inammissibili dipenderebbe dal reperimento di un addentellato costituzionale per lo specifico bene-interesse leso per ottenere la prova stessa¹³⁶. Una costola di questo filone è quello che riconosce rilievo alle prove lesive dei principi costituzionali, negando per contro che siano in qualche misura rilevanti a fini di inammissibilità le condotte 'meramente'

¹³⁵ G.F. RICCI, *Principi*, cit., 393 ss.

¹³⁶ L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 64 ss.

illecite tenute per impadronirsi di una certa informazione significativa a fini di prova¹³⁷.

Infine, vi è chi, sulla scorta di una evocativa quanto limpida ricostruzione di Carnelutti¹³⁸, sviluppata in ottica contemporanea alla luce e dei vincoli all'esibizione di cui all'art. 210 c.p.c. e del *cliché* di tutela costituzionale approntata a garanzia dei diritti inviolabili, perviene alla conclusione che siano da reputarsi inutilizzabili nel processo civile tutte le prove illecite, tanto quando mutuino la propria illiceità «dal modo in cui la parte se le è procurate» quanto allorché traggano la propria illiceità «dal modo in cui si sono formate»¹³⁹. In particolare, quest'indirizzo si regge: *i)* sulla considerazione che a nessuno può essere concesso di introdurre in giudizio un elemento appreso mediante un atto illecito qualora non avrebbe mai potuto procurarsi tale materiale facendo ricorso a mezzi leciti offertigli dal sistema; *ii)* sulla 'densità' dei valori che, nella principale casistica di acquisizione o formazione di prove con modalità illecite, ne risultano lesi, di talché sarebbe contraddittorio un sistema che ritenesse inammissibile, ad es., la prova prodotta a preclusioni maturate e non, invece, il documento trafugato accedendo illegalmente alla casella email altrui, ovvero la videoripresa effettuata indebitamente ed avente ad oggetto quanto avvenuto all'interno dei luoghi di privata dimora *etc*; *iii)* sulla presa di coscienza che, nella maggioranza dei casi, la tutela penale approntata in casi di tal sorta va di pari passo con la elevazione di determinati beni al rango di diritti e libertà inviolabili e fondamentali in Costituzione.

Le riflessioni che un così ricco e problematico panorama dottrinale stimola non possono che muovere dalla constatazione (a tratti sconcertante) che, di regola, le prevalenti elaborazioni della letteratura processualpenalistica in punto di prova incostituzionale afferiscono ad un'area operativa eccentrica rispetto a quella di cui si occupa il prevalente filone civilistico sulle prove illecite. La ragione più plausibile, a nostro sommo avviso, può ravvisarsi nel fatto che, per un verso, le prime hanno affrontato il tema in prevalenza avendo riguardo per l'aggiramento dei limiti probatori

¹³⁷ G.F. RICCI, *Le prove illecite nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 1, 70, il quale asserisce che gli atti illeciti tenuti per impadronirsi di una certa prova poi prodotta in giudizio apparterebbero ad un *momento pre-processuale*, del tutto irrilevante ai fini della validità degli atti compiuti nel corso del giudizio e dunque destinato a produrre solo le conseguenze sanzionatorie, penali e/o civili, previste dal diritto sostanziale senza alcun riflesso sull'*iter* processuale di acquisizione della prova.

¹³⁸ F. CARNELUTTI, *Illecita produzione di documenti*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1935, 2, 63 ss.

¹³⁹ A. GRAZIOSI, *Contro l'utilizzabilità delle prove illecite nel processo civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2016, 3, 945 ss., *passim*, e in partic. 958 ss.; ID., *Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 3, 693 ss.

da parte dell'autorità inquirente, ovvero anche l'emersione di nuovi mezzi investigativi privi di alcuna sistematizzazione nel panorama disciplinare del codice Vassalli: il problema di cui si sentiva l'urgenza di occuparsi era quello della delimitazione dei confini di legittimità dell'esercizio del *potere*. Per altro verso, gli studiosi della procedura civile, sul presupposto dell'inesistenza o quasi di un *marchingegno* escludente ad operatività endoprocessuale, hanno dovuto piuttosto confrontarsi con il problema dell'attività *esterna* al processo, o piuttosto *precedente* al processo, con la quali le parti, in posizione di parità e munite di poteri dispositivi in materia istruttoria, si procurano il materiale conoscitivo che, per la gran parte dei casi, finirà di *default* nel fascicolo.

Una precisazione ed una critica.

La precisazione concerne il punto di vista extrapenale. Esso non poteva (e non può) che fare riferimento alla categoria dell'illiceità, non solo e non tanto perché non esiste una disciplina formulata in termini coincidenti con l'art. 191 c.p.p., ma soprattutto perché, proprio per la conformazione del giudizio civile, il codice di rito civile non si premura di stabilire, secondo uno schema analogo a quanto previsto per le indagini preliminari, le cadenze delle attività a finalità istruttoria delle parti che vengano a compiersi in una fase anteriore alla instaurazione del giudizio. Di talché l'apprensione e la formazione esoprocessuali di elementi conoscitivi da parte dei futuri protagonisti della controversia civilistica non è assoggettata ad alcun vincolo normativo: il che spiega senz'altro gli esiti ai quali i principali fautori della teoria civilistica dell'illiceità della prova hanno sentito la necessità di pervenire, per scongiurare il rischio che, nel silenzio della legge, si reputassero *a contrario* autorizzate condotte lesive di istanze fondamentali specie se costituenti reato.

La critica deve essere mossa, viceversa, nei confronti della teoria prevalente in ordine alla teorica della prova incostituzionale nel processo penale. Nei suoi tratti essenziali che ne hanno denotato l'origine e la primigenia formulazione, tale dogmatica ci appare senz'altro condivisibile; eppure, la stessa parrebbe peccare per difetto. Essa, nella sua rigorosa esegesi che muove dall'analisi letterale, risulta incapace di accogliere le evoluzioni e gli sviluppi nel tempo sopravvenuti sul piano della sensibilità giuridica e dell'avanzamento normativo.

Innanzitutto, sembrerebbe adottare un punto di vista parziale, che, nella urgenza di approntare idonee difese a talune prerogative giuridiche fronteggiate da un indebito esercizio del potere dell'autorità inquirente, lascia sguarnite di alcuna tutela istanze

altrettanto meritevoli di protezione, non avvedendosi delle insidie che ad esse potrebbero provenire da altre diverse direzioni. Non tiene di conto, infatti, che non è solo il Pubblico ministero a compiere indagini nel corso del processo: quantunque solo questi possieda poteri coercitivi, è pur sempre vero che i difensori nel corso delle investigazioni difensive sono tenuti ad ottemperare a determinate prescrizioni – sanzionate peraltro a pena di inutilizzabilità – che valgono a dimostrare come il legislatore sia consapevole che anche dalle parti private potrebbero essere tenute condotte lesive di interessi rilevanti per l'ordinamento.

Per di più, proprio l'art. 240 c.p.p. offrirebbe argomenti, più che per 'chiudere' il sistema delle prove incostituzionali, per aprirlo alla considerazione delle condotte eversive di beni fondamentali anche da parte di soggetti diversi dai detentori del potere dell'autorità giudiziaria. Le fattispecie criminose cui indirettamente fa riferimento la disposizione che commina l'inutilizzabilità rinforzata dei documenti illegali ottenuti tramite dossieraggio e lo spionaggio illeciti sono, difatti, reati c.d. comuni, il cui soggetto attivo è «*chiunque*» (si veda ad es. l'art. 617 c.p.). Nessun indice che il legislatore avesse voluto riferirsi esclusivamente ai casi in cui fossero i detentori del potere giudiziario ad aver commesso tali reati si ricava dal testo, che anzi si pone in rapporto di incompatibilità con la disciplina delle intercettazioni e dunque non può che implicare che gli attori delle condotte illecite siano i privati.

A ciò deve, oggi, sommarsi la considerazione della disciplina di nuovo conio contemplata dal comma 2-*bis* dell'art. 191 c.p.p. che recita: «*Le dichiarazioni o le informazioni ottenute mediante il delitto di tortura non sono comunque utilizzabili [...]*». A questo proposito, ci sembra possibile evidenziare che anche l'art. 613-*bis* c.p. è costruito come reato comune, il che suggerisce come la regola di esclusione di recente introduzione non abbia inteso approntare una disciplina sanzionatoria sul piano processuale della sola c.d. 'tortura di Stato'. Peraltro, a nostro avviso, posto che probabilmente l'inutilizzabilità di quanto ottenuto a mezzo di tortura (salvo, forse, nel caso di apprensione di elementi precostituiti extraprocessuali) si sarebbe potuta trarre già dal comb. disp. artt. 188 e 191 c.p.p., in quanto suprema forma di limitazione non consensuale della libertà di autodeterminazione, il vero senso della disciplina *de qua* parrebbe piuttosto reperibile nella seconda parte del periodo, che prevede che le informazioni e dichiarazioni acquisite tramite tortura siano *utilizzabili* «contro le persone accusate di tale delitto e al solo fine di provarne la responsabilità penale». Effetto che, in mancanza dell'esplicita previsione, non sarebbe stato in alcun modo

conseguibile. Ne dovrebbe discendere, allora, che l'interpolazione di tale norma non possa offrire alcun significativo segnale della fondatezza della tesi che sostiene che, in materia di prove illecite, *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, cosicché in mancanza di norma processuale che tramuti in causa di inutilizzabilità una condotta penalmente illecita nessuna negativa conseguenza potrebbe irrogarsi alla prova ottenuta mediante la commissione di reati.

Inoltre, a voler seguire alla lettera gli insegnamenti della teoria delle prove penali incostituzionali, non si vede perché non dovrebbero reputarsi incluse nella categoria anche le prove acquisite da privati con mezzi illeciti: in fin dei conti, anch'essi sono mezzi di (ricerca della) prova atipici e, nella gran parte dei casi di cui si discute, lesivi di diritti fondamentali, nella più totale carenza di disciplina dei casi e dei modi perché il privato risulti abilitato a ledere tale bene giuridico proclamato come inviolabile.

La tesi qui sottoposta a revisione critica e costruttiva pecca per difetto, poi, nella misura in cui sembrerebbe avallare l'idea di un ordinamento legittimato a non soddisfare il principio di non contraddizione. E ciò in un duplice senso. Da un lato, perché nel momento in cui commina pene di tenore anche di estremo rigore per condotte lesive di beni ritenuti meritevoli di cotale trattamento, poi accetterebbe – secondo la dogmatica prevalente – di veder perpetuare, ancorché, magari, in via indiretta, quella lesione altrove severamente sanzionata a causa dell'autorizzazione all'immissione della prova raccolta tramite la condotta illecita nella sede processuale, che per proclama costituzionale dovrebbe fregiarsi di e assicurare la massima, suprema garanzia della *legalità* e della *giustizia*.

D'altro canto, si avverte un senso di insoddisfacente contraddizione proprio se si paragona la prassi adottata in sede civile con il rigore della dottrina della prova incostituzionale penale. Non sembra dotato di logica il fatto che, in un contesto giudiziale in cui la posta in gioco è la libertà personale, e dunque un bene supremo per l'ordinamento, la rete selettiva delle prove in ingresso abbia maglie più larghe di quelle del filtro ammissivo applicato, pur in mancanza di previsioni espresse, in un giudizio nel quale si discute di beni disponibili e dal rilievo spiccatamente privatistico.

In definitiva, sulla scorta di quanto osservato sin qui, si impone a questo punto una riflessione propositiva, nella piena consapevolezza della problematicità, della ipoteticità, della non definitività e della sottoponibilità a critica delle conclusioni che ci apprestiamo a rassegnare sul punto. A fronte della segnalata apparente incomunicabilità delle posizioni dottrinali sin qui vagliate, il problema parrebbe quello per cui, nel

L'INUTILIZZABILITÀ A TUTELA DEL 'MIGLIOR ACCERTAMENTO': VALUTAZIONE IN 447
PUNTO DI ESPORTABILITÀ IN PROCESSI DI NATURA NON PENALE

momento dell'interscambio, non vi sarebbero margini per far dialogare tra loro i sistemi, cosicché ciò che nell'uno sia da escludere, nell'altro venga viceversa ammesso, provocando una inaccettabile perpetuazione della lesione che, a monte, il legislatore avrebbe inteso precludere in modo radicale.

L'*empasse* si risolverebbe se si ampliassero gli spazi operativi della teorica della prova penale incostituzionale, e se sul fronte civilistico si rimodulasse la teoria della prova illecita in termini tali da poter *dialogare* con la prima. E così, con approccio 'sostanzialista' rivolto alla massimizzazione della tutela della legalità processuale anche sul piano etico-morale, si potrebbe argomentare per la espulsione dal circuito interprocessuale di qualsiasi prova acquisita, formata, ottenuta violando prerogative costituzionali talmente rilevanti da ricevere altresì la copertura della tutela penale.

5. L'INUTILIZZABILITÀ A TUTELA DEL 'MIGLIOR ACCERTAMENTO': VALUTAZIONE IN
PUNTO DI ESPORTABILITÀ IN PROCESSI DI NATURA NON PENALE

L'approccio reciso ed inflessibile con il quale, all'esito del precedente paragrafo, abbiamo ritenuto di capitolare le, verrebbe quasi da dire, inclementi conclusioni in merito ai riflessi altrove di regole di esclusione a sfondo etico-assiologico non ci sembra che possa essere applicato con analogo rigore allorché ci si rivolga ad esaminare la sorte spettante, nell'ambito delle dinamiche migratorie, al materiale istruttorio il cui difetto genetico consista nella elusione di prescrizioni escludenti ontologico-gnoseologiche.

La prospettiva entro la quale, a nostro avviso, ci si deve muovere è quella della ricerca di un ponderato equilibrio tra due istanze altrettanto pressanti ma rivolte, all'apparenza, in direzioni opposte. Da un lato, vi è l'interesse, generale dell'ordinamento ed altresì individuale dei protagonisti della singola vicenda, ad un accertamento della corrispondenza dei fatti agli enunciati formulati dalle parti a fondamento delle proprie richieste quanto più genuino ed affidabile possibile. Dall'altro, non può mai trascurarsi, pena l'aggiramento del canone costituzionale di legalità processuale in materia probatoria (artt. 101, comma 2, e 111, comma 1, Cost.), di dedicare una speciale attenzione alla conservazione dell'identità di ciascuno dei diversi procedimenti coinvolti nelle dinamiche di interscambio, atteso il concreto rischio di

‘disunirne’¹⁴⁰ la natura essenziale tipica delle tecniche conoscitive di accertamento giudiziale nel momento in cui si riversi in una data vicenda un elemento eccentrico rispetto ai tipici schemi probatori ivi strutturati pretendendosi, con ciò, di farvi operare altresì le norme che ne sanciscono l’affidabilità euristica secondo moduli procedurali altrettanto eccentrici.

Pare opportuno prendere le mosse dalla considerazione che, se si fa questione di regole di esclusione processualpenalistiche a base gnoseologica, come già abbiamo avuto modo di dire i settori a cui le stesse riconducono sono, in buona sostanza, due. Su di un fronte, viene in considerazione l’area della tutela della neutralità gnoseologica del giudice e della conservazione (tendenziale) della impermeabilità della fase dibattimentale rispetto agli apporti unilaterali provenienti da stadi precedenti del procedimento: in altre parole, si tratta delle ipotesi di inutilizzabilità c.d. fisiologica. Su altro, contiguo fronte, le *exclusionary rules* a sfondo gnoseologico afferiscono al settore rivolto ad assicurare presidi e baluardi in favore del principio costituzionale del contraddittorio in senso forte o, comunque, a consentire di riversare nel plesso conoscitivo fruibile per la decisione solamente fonti informative di cui sia possibile testare davvero la concreta affidabilità euristica.

Al fine di esaminare il destino della prova penale acquisita nel giudizio *a quo* in spregio di canoni escludenti del genere qui considerato, risulta proficuo operare un preliminare distinguo tra le ipotesi nelle quali il marchingegno traslativo abbia quale terminale di riferimento un processo penale e quelle in cui, viceversa, le interrelazioni probatorie investano come sede di destinazione un giudizio extrapenale.

Quanto al primo caso, a nostro modo di vedere i profili problematici che, in astratto, potrebbero porsi trovano più agevole soluzione grazie al fatto che il legislatore si è premurato di strutturare un catalogo di prescrizioni di riferimento che sembrano risolvere quasi ogni difficoltà operativa in ordine all’esportazione di prove penali assunte *ab origine* in violazione di regole di esclusione a sfondo gnoseologico. È l’art. 238 c.p.p. infatti a dirimere (quantunque in modo implicito) il dilemma inerente alla possibilità di includere nel panorama conoscitivo del giudizio penale *ad quem* elementi

¹⁴⁰ Libera parafrasi della ormai celeberrima ed evocativa espressione: «Non ti disunire», ficcante monito attorno a cui ruota un’iconica scena del film pluripremiato di Paolo Sorrentino *È stata la mano di Dio* (2021).

marchiati da una abusiva 'genesi'¹⁴¹ in contrasto con prescrizioni che ne avrebbero precluso l'immissione in giudizio a fronte della unilateralità della loro acquisizione in fasi pre-giudiziali.

Si rammenti che, come abbiamo fatto presente altrove¹⁴², le cadenze dell'art. 238 c.p.p. inaugurate con la riforma del 2001¹⁴³ non contemplano più l'acquisizione *ab externo* di atti di cui sia stata data lettura nel giudizio da cui provengono (comma 1) e consentono l'introduzione dei soli atti istruttori e/o investigativi che siano nati o *medio tempore* divenuti, in modo imprevedibile, irripetibili (comma 3). A fronte di simili premesse, se ne trae la conclusione che atti i quali, nella sede di derivazione, avrebbero dovuto essere espunti dal compendio probatorio in quanto inidonei a soddisfare le stringenti condizioni che il codice Vassalli (in consonanza con la Carta fondamentale) pone per l'attraversamento delle barriere interfasiche 'fisiologiche' del procedimento penale e che viceversa, eludendo l'imperativo escludente, siano malgrado tutto stati riversati nel plesso probatorio, non avranno mai titolo per far la propria comparsa sulla scena di altro diverso processo penale. O meglio, vi potranno accedere, solo alle condizioni di cui al quarto comma dell'art. 238, quali oggetto di manifestazione di consenso dell'imputato ovvero per le contestazioni ai dichiaranti nella sede di approdo: a ben guardare, simili criteri risultano conformi al modulo costituzionale di implementazione della dialettica maieutica in dibattimento ed avrebbero consentito finanche nella sede primigenia l'importazione dalla fase preliminare a quella del giudizio, seppur in parte cadenzati in modo difforme (ad es., vi sarebbe necessità di acquisizione concordata e non di consenso unilaterale).

Per ciò che concerne, poi, l'eventualità che a trasmigrare tra giudizi penali sia una prova formata *ab origine* eludendo o violando precetti escludenti a garanzia del contraddittorio forte la cui contravvenzione vulnera la stessa bontà euristica del risultato conoscitivo, patologicamente viziato e dunque inservibile a fini decisori, la soluzione ci sembra discendere senza intoppi da tutto quanto osservato sin qui. Nel contesto

¹⁴¹ Usiamo le virgolette poiché, per l'esattezza, il materiale informativo cui stiamo facendo riferimento non si genera nel giudizio, bensì in fasi precedenti, ma la sua elevazione al (para)rango di prova avviene in dibattimento, col superamento delle frontiere tra le fasi procedurali e, dunque, si può sostenere che tali elementi, in quanto prove, trovino genesi in giudizio.

¹⁴² Per un puntuale *excursus* storico in ordine all'evoluzione legislativa che ha riguardato l'art. 238 c.p.p., si rinvia al Capitolo I, §2.a.

¹⁴³ Già analizzate, in specie, nel Capitolo II, § 5, cui si rinvia.

normativo del codice Vassalli, le norme concernenti l'esclusione delle prove illegittime (artt. 190 e 191 c.p.p.) risultano incardinate nel complesso di disposizioni generali in materia probatoria, il che implica – come dicevamo *supra* – che il giudice *ad quem* investito, ex artt. 238, 468, comma 4-*bis*, e 493, comma 1, c.p.p., dell'istanza di ammissione di prove penali allogene sarà di necessità tenuto a scrutinare l'eventuale sussistenza di vizi e malformazioni genetiche delle stesse che impongano di rifiutarne con fermezza l'ingresso.

Una sola precisazione ci sembra opportuna in proposito. È frequente che i divieti probatori a carattere epistemologico abbiano struttura relativa, siano cioè preclusivi di un determinato utilizzo in relazione ad una certa decisione ovvero con riguardo ad un definito ventaglio di soggetti. Il che suggerisce, nell'ipotesi di migrazione di prove viziate per l'aggiramento di una di siffatte disposizioni escludenti, che il giudice *ad quem* ne scrutini l'eventuale legittimità d'uso con riferimento alla pronuncia che egli dovrà rendere o al novero di destinatari nei cui confronti la decisione, fondata anche su quell'elemento, dovrà spiegare efficacia.

Un esempio emblematico per tutti: si faccia il caso che nel processo di origine fosse stato assunto come testimone un dichiarante che, al lume dell'art. 197 c.p.p., ed in relazione al concreto atteggiarsi della sua personale condizione processuale rispetto a quella dell'imputato del giudizio in questione, versava in condizione di incompatibilità a testimoniare ed avrebbe, pertanto, dovuto essere sentito nelle forme dell'esame ex art. 210 c.p.p. L'inutilizzabilità del verbale discende non solo dal fatto che, su un piano etico-assiologico, il sistema ha scelto di tutelare l'interesse dell'imputato connesso o collegato a mantenere il silenzio spettantegli in virtù dell'inviolabilità dell'autodifesa e della presunzione di innocenza. Bensì anche per una sfiducia 'viscerale' dell'ordinamento nei confronti di dichiarazioni eteroaccusatorie rese da chi, per la propria posizione e la propria personale vicenda giudiziale, potrebbe sperare di trarre beneficio dall'accusa *erga alios*, quantunque infondata. Vi è, dunque, una preventiva valutazione di ontologica inaffidabilità cognitiva, compiuta in astratto e a monte dal legislatore secondo l'*id quod plerumque accidit*. Ebbene, qualora errando si siano assunte in forma testimoniale le dichiarazioni di un imputato connesso o collegato incompatibile, al momento dell'esportazione altrove del verbale che documenta tale escussione il giudice *ad quem* sembrerebbe dotato del potere di ammettere simile protocollo allorché appuri che, rispetto ai fatti dedotti in imputazione nel processo dinanzi a lui pendente, quel dichiarante rivestirebbe ad ogni buon conto la posizione di

testimone e non sarebbe, dunque, rinvenibile alcuna causa di incompatibilità tale da perpetuare in quella sede il *vulnus* alla genuinità informativa cagionato dalla primigenia audizione¹⁴⁴.

Venendo, ora, a vagliare il modo di atteggiarsi della prova penale, inutilizzabile per violazione di norme escludenti a *ratio* epistemologica, nel contesto del fenomeno di osmosi probatoria intersistemica, occorre premettere un *caveat* metodologico di non secondaria rilevanza. Posto l'unitario e convergente trattamento che il codice Vassalli dedica al multiforme e variegato fenomeno della prova inutilizzabile per violazione di regole di esclusione, le quali possono fronteggiare una lesione a beni-interessi di primario rilievo ovvero, come nel caso in esame, il rischio di veicolazione in fase decisoria di materiale inidoneo a fornire conoscenze affidabili al giudice, di primo acchito il processualpenalista intento ad assicurare la massima espansione alle garanzie processuali sarebbe indotto a predicare una soluzione altrettanto unitaria al problema dell'esportazione altrove di prove invalide. La disciplina draconiana, esiziale approntata dal legislatore del rito penale per ogni caso di prova anti giuridica sembrerebbe meritare – anzi, pretendere – un'estensione di analogo rigore allorché si valutasse l'eventualità di un trasferimento in altra sede non penale dell'elemento viziato.

Eppure, non siamo così convinti che simile strategia esegetico-applicativa sia in grado di soddisfare in modo efficace le esigenze chiamate in causa dalla problematica forma di manifestazione del marchingegno circolatorio di cui trattasi. Per quanto all'apparenza rassicurante e, forse, di più semplice gestione operativa, la pretesa di far calare sempre l'inesorabile scure dell'inutilizzabilità, ovvero sia dell'inammissibilità nella vicenda di destinazione, su elementi istruttori penali inficiati da vizi 'ontologici'

¹⁴⁴ Si tratta di una interpretazione che parrebbe trarre argomenti favorevoli da un indirizzo, risalente ma univoco, seguito dalle Sezioni unite penali con riferimento all'area applicativa della regola di inutilizzabilità (addirittura) assoluta sancita dal secondo comma dell'art. 63 del codice di rito penale. Ci si riferisce, in particolare, a Cass. pen., Sez. un., 13 febbraio 1997, n. 1282, Carpanelli e al., in *Dir. pen. proc.*, 1997, 600, con nota di A. SANNA, così massimata: «Le dichiarazioni della persona che fin dall'inizio avrebbe dovuto essere sentita come indagata o imputata sono inutilizzabili anche nei confronti dei terzi, sempre che provengano da soggetto a carico del quale già sussistevano indizi in ordine al medesimo reato ovvero a reato connesso o collegato con quello attribuito al terzo, per cui dette dichiarazioni egli avrebbe avuto il diritto di non rendere se fosse stato sentito come indagato o imputato; restano invece al di fuori della sanzione di inutilizzabilità comminata dal secondo comma dell'art. 63 cod. proc. pen. le dichiarazioni riguardanti persone coinvolte dal dichiarante in reati diversi, non connessi o collegati con quello o quelli in ordine ai quali esistevano fin dall'inizio indizi a suo carico, poiché rispetto a questi egli si trova in una posizione di estraneità ed assume la veste di testimone; restano escluse altresì dalla sanzione di inutilizzabilità, alla stregua della "ratio" della disposizione, ispirata alla tutela del diritto di difesa, le dichiarazioni favorevoli al soggetto che le ha rese ed a terzi, quali che essi siano, non essendovi ragione alcuna di escludere dal materiale probatorio elementi che con quel diritto non collidono» (in specie, per quanto qui rileva, il periodo in corsivo).

del genere qui in esame sembra incardinata su un ragionamento, in effetti, poco raffinato. Tale argomento potrebbe così formularsi. Posto che l'inutilizzabilità a presidio delle istanze cognitive penalistiche mira ad assicurare la piena realizzazione del miglior metodo conoscitivo possibile, *i.e.* il contraddittorio nella formazione della prova da attuarsi nelle forme dell'esame incrociato, allora essa non può che spiegare i propri effetti in giudizi extrapenalistici nei quali, invece, si assicura la mera tecnica della dialettica critico-argomentativa, e che si gioverebbero dunque di condividere col rito penale originario regole probatorie che consentano di espungere tutto quanto essere qualificato come sicuramente inaffidabile e poco genuino. Una trasposizione processuale dell'adagio, caro al senso comune, secondo cui «nel più ci sta il meno».

Lettura, a nostro avviso, poco persuasiva, in quanto non solo semplicistica nella misura in cui concepisce i rapporti tra le due vesti del contraddittorio in una reciproca relazione quantitativa¹⁴⁵, ma, soprattutto, autoreferenziale¹⁴⁶ e, dunque, circolare. Una prospettiva ermeneutica di tal sorta tralascia del tutto di considerare le inevitabili discrasie strutturali e, soprattutto, di tecnica accertativa, che non sembrano trascurabili orpelli nel definire la soluzione al dilemma che ci occupa. Inoltre, non si preoccupa neppure di affrontare la questione – che pure si pone ineludibile alla mente dell'interprete – delle precipue modalità ed intensità con le quali si manifestano le dinamiche circolatorie, o meglio con le quali si intrecciano le relazioni tra procedimenti diversi. Aspetto che potrebbe giustificare, già di per sé, la contemplazione di differenti sfumature e graduazioni nell'applicare altrove le regole escludenti a base epistemologica tipiche del rito penale.

Come abbiamo osservato in premessa, per quanto la tensione conoscitivo-veritativa sia percepibile in filigrana in ogni tessuto normativo posto a disciplinare le cadenze istruttorie tipiche di ogni esperienza giudiziale, purtuttavia ciascun universo processuale appronta e sperimenta un proprio specifico *modus cognoscendi* in funzione di una variegata serie di interessi giudicati preponderanti in tale sede.

¹⁴⁵ Come abbiamo cercato di chiarire nel Capitolo I, § 3.a, il distinguo tra contraddittorio c.d. debole e contraddittorio c.d. forte ruota intorno ad aspetti qualitativi, non certo a profili quantitativi.

¹⁴⁶ In quanto simile ottica contemplerebbe in modo esclusivo l'orizzonte strutturale e metodologico del processo penale di provenienza dell'elemento istruttorio circolante, accantonando indebitamente la considerazione delle specificità identitarie del referente rituale ultimo della dinamica osmotica. Una simile *ὑβρις* (*hybris*, ossia l'arrogante tracotanza di chi sia eccessivamente sicuro di sé) non si sposa bene con l'ottica intersistemica di integrazione intergiurisdizionale su cui si regge la stessa operatività del marchingegno circolatorio.

Un punto da esaminare prende le mosse dalla considerazione che, se e quando la metodica accreditata sia quella del contraddittorio in senso debole, ciò implica la valorizzazione da parte dell'ordinamento dell'apporto *congiunto* (ancorché, talora, 'sfalsato' nel tempo) di tutte parti rispetto alla costruzione del sapere giudiziale. Il che sembrerebbe implicare la radicale esclusione di tutto ciò che sia stato acquisito in via unilaterale e rispetto alla quale la controparte non abbia *mai* avuto alcuna occasione di confronto. Dunque, una simile riflessione potrebbe significare l'impossibilità di importazione di contributi unilaterali formati nel corso delle indagini preliminari, i quali ancora non siano mai stati sottoposti alla dialettica con la controparte¹⁴⁷. Si tratta, invero, di presidio di poco conto, se si riflette sulla circostanza che la preclusione suddetta verrebbe senz'altro meno dal momento di instaurazione del processo penale e di svolgimento dell'udienza preliminare¹⁴⁸, con la conseguenza che quasi tutto ciò che in sede penale sarebbe riconducibile all'area di operatività dell'inutilizzabilità fisiologica, in sede civile troverebbe ampi e liberi spazi d'ingresso¹⁴⁹.

Quanto alle ipotesi di inutilizzabilità patologica di stampo gnoseologico, escluso che se ne possa pretendere l'estensione *sic et simpliciter* ovunque, impedendo di conseguenza l'immissione altrove di prove penali viziate sotto tale profilo, per quanto in via di mera proposta in chiave problematica, ci sembra possibile prospettare questi spunti di riflessioni.

L'elemento che, a nostro avviso, in prima battuta svolge un ruolo determinante nell'elaborazione di una apposita griglia selettiva del materiale probatorio penale circolante è dato dalla valutazione della maggiore o minore prossimità della vicenda *ad quem* rispetto alla sede generatrice dello stesso.

¹⁴⁷ A questo medesimo risultato si perviene anche per altra via, ovvero sia considerando la disciplina del segreto investigativo, che impedirebbe di spendere a fini probatori in altra sede informazioni, materiale, contributi conoscitivi ancora coperti dal segreto. Sul punto, con precipuo riferimento però agli interscambi tra procedimenti penali, N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., 57 ss.

¹⁴⁸ A meno di non voler far ulteriormente arretrare la barriera preclusiva al momento in cui per la prima volta all'indagato sia dato pieno accesso agli atti investigativi (dunque, in ipotesi, al momento dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari ex art. 415-bis).

¹⁴⁹ L. QUERZOLA, *L'efficacia dell'attività processuale*, cit., 166, nell'affrontare il tema delle 'informazioni' acquisibili dal giudice civile (nel procedimento camerale e in quello cautelare), osserva che tali informazioni raccolte in sede cautelare sono assunte in totale assenza di contraddittorio e perciò conclude che «si può ipotizzare che, mentre è da escludersi in modo pacifico l'idoneità alla circolazione di informazioni assunte in assenza di contraddittorio in una fase procedimentale che, ex lege, si svolge inaudita altera parte, aprioristicamente non si può escludere che l'atto istruttorio da cui il giudice abbia ricavato informazioni ai sensi dell'art. 738, ultimo comma, c.p.c., sia sempre e comunque idoneo alla trasmissione in altri giudizi» (corsivo nostro).

Ebbene, pur nella consapevolezza che la posizione predominante al momento in giurisprudenza viri in senso esattamente contrario, e nella convinzione¹⁵⁰ che simile ricostruzione si erge su fondamenta non persuasive, riteniamo che il nesso più stringente sia quello che si determina nel caso di rinvio a fini civili *ex art. 622 c.p.p.* (e, con certe differenze di cui abbiamo già detto, nelle nuove ipotesi di rinvio prosecutorio *ex artt. 573, comma 1-bis, e 578, comma 1-bis, c.p.p.*). In tale ipotesi si ha a che fare con il *medesimo* giudizio, traslato semplicemente dinanzi ad un diverso organo giudicante per ragioni di efficiente ripartizione degli incumbenti giurisdizionali, che nessun effetto dovrebbero spiegare in ordine alla natura del giudizio e, di conseguenza, dell'attività istruttoria condotti sin lì. Simili considerazioni inducono a ritenere che, in ipotesi di questo tipo, la compenetrazione tra processo penale di origine, prova traslata e rito civile di destinazione sia tale da pretendere che a trasferirsi sia l'intero compendio di regole e principi essenziali della *lex probatoria* nella quale tale prova è stata formata. Di talché dovranno reputarsi operative le *medesime* regole di esclusione valse sino al rinvio, in virtù della inesistente soluzione di continuità tra i due momenti dell'*unitario iter* processuale, peraltro così strutturato in ragione di una scelta potestativa di colui che vanta pretese risarcitorie a fronte del lamentato danno da reato.

Ancora, come abbiamo avuto modo di approfondire in altra sede¹⁵¹, la sempre più marcata vicinanza del rito prevenzionale al giudizio sulla responsabilità penale e la previsione di una norma del tenore dell'art. 7, comma 4-*bis*, d.lgs. 159/2011, anche a fronte dell'interpretazione avallata dalla ridetta sentenza Cagnazzo, inducono ad una parziale esportazione dei divieti istruttori gnoseologici.

Si ritiene, infatti, che non si possa serenamente consentire in sede prevenzionale la circolazione *sic et simpliciter* di materiale di indagine che non abbia mai avuto l'avallo del confronto dialettico (anche nella forma minima del contraddittorio *sulla* prova, a garanzia della correttezza del metodo acquisitivo dell'elemento investigativo).

A nostro modo di vedere, l'art. 238 c.p.p. – a questo scopo esportato in via esegetica nel contesto del rito sulla pericolosità sociale – parrebbe offrire la chiave per sciogliere i nodi della critica questione. Coerentemente con quanto richiesto dalla Carta

¹⁵⁰ Argomentata al § 8 del Capitolo II.

¹⁵¹ G. PECCHIOLI, *Processo penale e procedimento di prevenzione*, cit., 275.

fondamentale all'art. 111, comma 5, si dovrebbe ritenere che, quanto ai verbali di prove non dichiarative irripetibili *ab origine* o per cause sopravvenute imprevedibili, l'acquisizione nel procedimento prevenzionale *ad quem* sia ammessa. Lo scopo di natura accertativa merita comunque di essere assicurato, purché nella sede d'arrivo le parti siano poste in condizione di *dialogare sulla prova*, così da tutelarne almeno il diritto al contraddittorio critico-argomentativo¹⁵².

Se, però, si tratti di garantire l'accesso nel rito prevenzionale di una prova dichiarativa, per ovviare alle innegabili problematiche relative alla circolazione di elementi fisiologicamente non utilizzabili nel processo penale, solo due potrebbero essere i canali di accesso dell'atto unilaterale che, nel giudizio *a quo*, non si sia formato in contraddittorio¹⁵³. Da un lato, il consenso del proposto nei cui confronti tale 'prova' debba essere usata nel procedimento di prevenzione; dall'altro, la possibilità (da leggersi, però, quale vero e proprio *imperativo* per l'organo giudicante, nell'ottica di una piena tutela del valore accertativo del dato *aliunde* raccolto), che sia disposta l'audizione diretta del dichiarante, così da ovviare *ex post* al fisiologico difetto di dialettica caratterizzante l'origine dell'elemento in questione. Il tutto con salvezza dei casi nei quali la specialità reciproca tra i due sistemi procedurali non imponga di optare per strade divergenti.

Si tratta, ne siamo consapevoli, di una prospettiva, forse ardita ma certamente in linea con le riflessioni svolte sin qua, che dà conto appieno dei nuovi tratti di sicura giurisdizionalità del rito sulla pericolosità e della natura sostanzialmente penale del suo oggetto e, su tale base, giustifica una qual certa omologazione con il sistema probatorio tipico del processo penale. Ciò consente, al contempo, di modulare le regole di ammissibilità delle prove sul paradigma delineato dall'art. 191 c.p.p. ed imporre in ogni caso l'esclusione radicale del dato *ab origine* 'infetto' per lesione (di diritti fondamentali e) di istanze accertative, e altresì di garantire l'exportazione nel rito di

¹⁵² A questo riguardo, parla di 'minimo etico' del giusto processo E.M. CATALANO, *Regole ordinarie sulla prova ed accertamenti complementari*, in AA.VV., *La giustizia penale differenziata. Gli accertamenti complementari*, a cura di M. Montagna, Torino, 2011, 49-51.

¹⁵³ Senza considerare, peraltro, le difficoltà insite nel ritenere utilmente ripetibile una rinnovazione dell'audizione del dichiarante: come ben rilevato da attenta dottrina, infatti, «la prova (specialmente quella dichiarativa) è un atto tendenzialmente irripetibile. Risulta impossibile procedere più volte all'escussione della medesima fonte con risultati identici» (P. TONINI - C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., 552). Si veda altresì E. AGHINA, *Gli effetti del mutamento dell'organo giudicante tra rigidità processuali e carenze organizzative*, in *Proc. pen. giust.*, II, 2012, 97.

prevenzione delle molteplici e variegate regole procedurali che, nel giudizio di cognizione, assicurano il rispetto del nucleo essenziale del giusto processo, primo tra tutti il necessario presidio del confronto dialettico sul materiale conoscitivo preformato¹⁵⁴.

In una ideale direttrice che si irradia dal processo penale, alquanto distanti da esso si collocano tutti i giudizi di stampo civilistico.

Ai fini che qui importano, ci sembra ragionevole suggerire che, *de iure condito*, meriti di essere valorizzato in maniera incisiva l'apporto epistemologico che anche il contraddittorio c.d. 'debole' è in grado di assicurare, nella misura in cui si consente alla parte di argomentare non solo sul merito di ciascuna informazione veicolata in giudizio, bensì anche sui suoi connotati di affidabilità e proficuità gnoseologica¹⁵⁵. Un simile strumento – purché vi sia davvero occasione di confronto delle parti sul tema della prova *aliunde* – risulta, stante la specifica modalità accertativa che caratterizza tali vicende processuali, adeguato ed idoneo a far fronte ai vizi genetici che, sul fronte epistemico-accertativo, rendono la prova penale circolante inidonea a svolgere il proprio

¹⁵⁴ Quanto, invece, all'autonomo e del tutto indipendente profilo della valutazione delle prove, ossia delle *regole di giudizio*, il faro dovrà sempre essere quanto enunciato dalla sentenza Cagnazzo allorché ha coniato l'evocativo concetto di «*grammatica probatoria*». In questo caso, è proprio la diversità di oggetto e di esito tra rito penale e procedimento di prevenzione ad impedire che le regole di valutazione probatoria, improntate all'oneroso «metodo legale di prova» dell'al di là di ogni ragionevole dubbio (art. 533, comma 1, c.p.p.) e alla presunzione di innocenza (art. 27, comma 2, Cost.), possano proiettarsi oltre i confini del giudizio penale, avendo esse a che fare con la questione della colpevolezza di un imputato (F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale*, cit., 436 ss.). Così, nessun vincolo sul libero convincimento del giudice della prevenzione si irradierebbe dal processo penale, rispetto al quale il rito sulla pericolosità potrebbe auspicabilmente mantenere la propria autonomia, nella sua vera qualificante essenza.

¹⁵⁵ Non ci sembra dirimente, ai fini che qui importano, ragionare solo in forza della considerazione che le modalità di assunzione delle prove orali nel processo civile, sulle quali una certa dottrina ha manifestato tutte le proprie (comprensibili) perplessità (cfr. L. DITTRICH, *La ricerca della verità nel processo civile: profili evolutivi in tema di prova testimoniale, consulenza tecnica e fatto notorio*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1, *passim*), non sono costruite in modo da valorizzare il rilievo epistemologico della tecnica del contraddittorio quale garanzia per una migliore e più attendibile ricostruzione dei fatti. Supporre, sulla sola scorta delle differenti modalità di assunzione della testimonianza e delle meno efficaci tecniche di verbalizzazione della stessa, la generalizzata irrilevanza nel momento migratorio di una prova penale verso riti civili della violazione di regole di esclusione a base gnoseologica a tutela del contraddittorio nel momento di assunzione della prova stessa, sarebbe altrettanto semplicistico della soluzione opposta. La differente opzione tecnica, che non contempla nel rito civile l'esame incrociato come invece in sede penale, non può giustificare *sic et simpliciter* una ostracizzazione dell'effetto delle regole di esclusione a tutela del contraddittorio poste nel rito penale ed eventualmente violate nell'assunzione di una prova penale che poi si voglia acquisire in sede civile. Si consideri che vi sono momenti, anche in sede penale, nei quali di *default* alle parti non risulta assegnato il potere di sentire con *cross examination* i dichiaranti (ad es., in udienza preliminare, ancorché le parti possano chiedere di sentire direttamente il teste); per di più, è noto come la giurisprudenza penale abbia da sempre svalutato le prescrizioni in tema di esame incrociato riducendole a mere prescrizioni rituali, non decisive per la 'costituzione' del miglior elemento probatorio possibile, dequotando i vizi della prova così irrualmente assunta a mere irregolarità, al fine di non disperdere contributi conoscitivi reputati essenziali ai fini del decidere. *Ex plurimis*: Cass. pen., sez. VI, 31 ottobre 2008, n. 40973, Pagano, in *CED*, n. 241318; Cass. pen., sez. V, 17 luglio 2008, n. 38271, Cutone, in *CED*, n. 242025; Cass. pen., sez. VI, 28 giugno 2013, n. 28247, Rionero, in *CED*, n.257026-01; Cass. pen., sez. II, 2 dicembre 2019, n. 38957, Paniccia, in *CED*, n. 277685-01.

ruolo nella sede originaria, oltreché ad ovviare agli eventuali ostacoli alla circolazione che potrebbero porsi proprio nel momento dell'approdo nella sede *ad quam* (si pensi, tra l'altro, al *deficit* di contraddittorio con una parte che non partecipava alla vicenda da cui è tratto l'elemento). E ciò al metro delle garanzie di cui ciascuna parte gode, in generale, nel contesto processuale di stampo civilistico rispetto a qualunque prova preformata introdotta *ex adverso*.

Si dovranno, peraltro, tenere sempre debitamente presenti i peculiari vincoli di prova (in analogia con l'art. 654 c.p.p.) ovvero, per contro, espliciti indici normativi nel senso della piena fruibilità istruttoria di un certo elemento previsti nel sistema probatorio di destinazione della prova penale viziata sotto il profilo epistemologico.

È questo, ad esempio, il caso della testimonianza indiretta. nel rito penale la testimonianza *de relato* è *expressis verbis* sanzionata mediante radicale esclusione allorché il teste *de relato* non indichi la fonte di riferimento ed altresì quando, conosciuto il teste di riferimento, il giudice non disponga la sua audizione nonostante la richiesta di parte. Viceversa, a conferma del fatto che le regole escludenti epistemologiche non operano con quella forza trasversale che invece possiamo assegnare ai canoni invalidanti a sfondo deontico, il rito civile regola secondo diverse cadenze il fenomeno della testimonianza indiretta (art. 257 c.p.c.). Ad una puntuale analisi comparata delle differenti formulazioni delle disposizioni in rilievo, riteniamo si possa suggerire una soluzione di questo genere. Posto che l'art. 257 c.p.c. non contempla la condizione di utilizzabilità di cui al primo comma dell'art. 195 c.p.p., allora se ne potrebbe desumere che il verbale *aliunde* inficiato dalla violazione da parte del giudice penale del dovere di disporre l'audizione del teste di riferimento sia liberamente ammissibile nella sede civile di destinazione, in cui il giudice potrebbe comunque stabilire la necessità di sentire in prima persona il teste di riferimento, già individuato nel protocollo della prova penale importata. Per contro, proprio in considerazione di quest'ultima prerogativa del giudice civile, a fronte della quale l'art. 257 c.p.c. sembra dare per assunto che il testimone indiretto sia tenuto ad indicare il proprio teste di riferimento, si potrebbe concludere che l'eventuale richiesta di ammettere il verbale penale delle dichiarazioni *de relato* di un teste che non abbia indicato la fonte dell'informazione, inutilizzabile *ex art. 195, comma 7, c.p.p.*, debba

essere ritenuta inammissibile anche nel rito civile¹⁵⁶.

Per giunta non si può trascurare di considerare che, specie in giudizi a più spiccata oralità ed immediatezza, qual è in specie il rito del lavoro, si potrebbe suggerire un recupero più intenso della dialettica ‘costruttiva’ della prova, auspicando che venga disposta l’audizione del dichiarante i cui *relata* siano stati introdotti tramite produzione del protocollo allogeno che li documentava¹⁵⁷. Ciò potrebbe consentire alle parti di contribuire, altresì, alla vera e propria formazione della prova nell’immediatezza del rapporto triangolare tra giudice, parti e prova, che, sebbene non attuata nelle forme dell’esame incrociato, attesta un portato del contraddittorio che va al di là del mero apporto critico-argomentativo che potrebbe spendersi sul contenuto di atti scritti. Tuttavia, proprio la più incisiva valorizzazione del contributo costruttivo delle parti al risultato istruttorio che, in sistemi processuali di questo tipo¹⁵⁸, discende dalla specifica ritmica probatoria che il legislatore ha scelto di avvalorare¹⁵⁹, sembrerebbe ipotizzabile anche una più rigorosa lettura garantista in forza della quale reputare plausibile l’esistenza di spazi anche più ampi nei quali, lungi dal ritenere sufficiente il ristabilimento della dialettica nei modi dianzi descritti, ritenere operativa l’inutilizzabilità a tutela del contraddittorio penalistico¹⁶⁰.

La disamina di ogni specifica ipotesi di interferenza tra *exclusionary rules* penali a tutela delle istanze accertative e riti diversi da quello penale potrebbe proseguire potenzialmente ancora e ancora. Sul punto, vale la pena segnalare – ma è intuitivo e ci

¹⁵⁶ Per una soluzione favorevole ad una integrale ammissione in sede civile del verbale della testimonianza indiretta inutilizzabile ex art. 195 c.p.p., G.F. RICCI, *Prove penali e processo civile*, cit., 900, la cui ricostruzione tuttavia si fonda sull’erroneo presupposto che la testimonianza *de relato* non sia utilizzabile in sede penale allorché non siano chiamate a deporre le fonti dell’informazione indirettamente conosciuta dal dichiarante (mentre, a detta dell’Autore, ciò non varrebbe per la disciplina processualcivile). Invero, simile esegesi dell’art. 195 c.p.p. ci sembra parziale e, dunque, fuorviante, tenuto conto delle puntualizzazioni che abbiamo effettuato nel testo.

¹⁵⁷ Sul punto, cfr. *infra* § 6.

¹⁵⁸ Di cui, nel contesto extrapenale, il rito lavoro sembra il più significativo (ma forse anche unico) caso emblematico.

¹⁵⁹ In ragione anche della necessità di apprestare un solido presidio a delicate istanze di pregnante rilievo costituzionale-pubblicistico. Sul tema ci siamo già soffermati nel § 3 del Capitolo II, cui si rinvia per tutti gli opportuni dettagli e riferimenti bibliografici.

¹⁶⁰ Si pensi, a mero titolo emblematico, al caso in cui, nel giudizio instaurato dinanzi al giudice del lavoro, si volesse spendere contro una delle parti una prova raccolta mediante incidente probatorio nel corso di un procedimento in cui tale parte solo in seguito sia stata raggiunta da indizi di colpevolezza, quando ancora la prova avrebbe potuto essere reiterata, ma non le sia stato esteso l’incidente probatorio (art. 403 c.p.p.). Adottando la posizione più rigorosa da ultimo segnalata, in un’ipotesi di questo genere si potrebbe sostenere che, in assenza della ripetizione in sede lavoristica della prova incidentale penale, il verbale di quest’ultima dovrebbe tacciarsi di inutilizzabilità e, pertanto, venire esclusa dal panorama conoscitivo di cui il giudice del lavoro potrà fruire per statuire sulla controversia pendente dinanzi a sé.

se ne sarà accorti senz'altro – quanto complesso ed impegnativo sia ricondurre ad unità il predetto fenomeno, che sembrerebbe prestarsi piuttosto ad un'analisi casistica. Auspichiamo, ciononostante, di essere riusciti ad enucleare quantomeno i principali criteri che, in consonanza con le linee guida teoriche tracciate nel corso dell'indagine svolta sin qui, dovrebbero poter volta a volta guidare l'interprete nella specifica valutazione del caso concreto.

6. MANCANZA DI UN MODULO PROCEDIMENTALE *AD HOC* PER UN VAGLIO ANTICIPATO DELL'EVENTUALE DIFETTO D'ORIGINE DELLA PROVA PENALE CIRCOLANTE. CONCLUSIONI: UNA PROPOSTA *DE IURE CONDENDO*

Ipotizzare che, con la migrazione delle componenti del plesso probatorio penale, siano esportabili altrove – ed in specie, in giudizi diversi dal rito criminale – anche i parametri escludenti, sulla cui scorta passare al setaccio le prove prestate e scartarne quelle che risultino viziate da gravi malformazioni genetiche, per quanto possa integrare una ricostruzione persuasiva e condivisibile, sembra scontrarsi con una realtà normativa che degrada la concretezza della proposta esegesi a semplice miraggio intangibile.

Si rammenti quanto già osservavamo, in senso alquanto critico, in ordine alla generalizzata refrattarietà pretoria al riconoscimento, in sedi diverse da quella penale, della doverosa opportunità di uno scrutinio liminare della prova circolante, in virtù della necessitata assunzione della forma documentale in funzione dell'efficacia della trasmigrazione del mezzo istruttorio allogeno¹⁶¹. Un simile dogma operativo sembrerebbe annullare del tutto le aspirazioni deontico-epistemologiche che abbiamo manifestato, atteso che, come abbiamo provato a sostenere *supra*, l'antigiuridicità dell'elemento alieno – in uno con le eventuali difformità strutturali ed essenziali che lo rendano, per avventura, incompatibile con la sede in cui lo si voglia riversare – richiederebbe di essere ponderata *in limine* al successivo svolgersi dell'istruttoria, così da poter precludere l'accesso a quanto appaia *ex ante* inidoneo o incompatibile con l'accertamento *sub iudice* o, all'occorrenza, programmare in favore delle parti il recupero dei necessari spazi di confronto dialettico per saggiare la bontà euristica del

¹⁶¹ G. UBERTIS, *La prova penale*, cit., 53: «l'offerta [delle prove reali] è comunque sottoposta alla "ratifica" giudiziale rappresentata dall'emanazione di un espresso provvedimento probatorio ammissivo, poiché è esclusa dal nuovo sistema processuale la possibilità di una commistione tra le fasi ammissiva ed assuntiva tale da risolvere l'ammissione della fonte di prova reale "in una condotta a regime formale libero"» (corsivo nostro).

dato importato. La mancanza di un luogo processuale deputato a simili attività dedicate allo scrutinio delle prove ‘para-documentali’ circolari parrebbe condurre alla sconfortante presa d’atto che, in assenza di alternative *de iure condito*, il sistema stesso avalli, in definitiva, l’approccio sostanzialista e, in un certo senso, bulimico della giurisprudenza che, portato in alto il vessillo di tutta una serie di criteri valutativi piuttosto che di pre-selezione in ingresso, si approvvigiona senza alcun effettivo limite di materiale spurio o incompatibile con la stessa sede d’approdo.

D’altronde, la consapevolezza di una prassi invalsa non può indurci a capitolare così facilmente e ad arrenderci alla prospettiva che non vi sia spazio alcuno entro il quale postulare, sulla scorta di indici solidi rinvenibili dal tessuto normativo di riferimento, la praticabilità, quantomeno *de iure condendo*, di soluzioni alternative idonee a soddisfare nel migliore dei modi le esigenze implicate dal fenomeno circolatorio intersistemico inerente a prove invalide. Inoltre, tentare di estrapolare una (magari embrionale, ma comunque fondatamente suggestiva) soluzione teorica, dotata tuttavia di potenziali riflessi pratici, per incrementare lo strumentario a disposizione degli organi giudiziari per un’oculata selezione del materiale idoneo e necessario a ‘nutrire’ adeguatamente la pratica conoscitiva giudiziale promette di offrire proficui spunti di riflessione anche in ordine alle soluzioni suggeribili per risolvere criticità operative di marchingegni esistenti e disciplinati *ex lege*.

Ricapitolando quanto emerso nel corso della nostra indagine, le prove allogene, pur rivestite sul piano fenotipico del manto del mezzo istruttorio documentale, possiedono la natura genetica di prove costituenti, già assunte in momenti precedenti alla veicolazione nel giudizio *ad quem*. Per le prove costituenti, la disciplina processuale extrapenale contempla uno *screening* bifasico, in punto di rilevanza ed altresì di *ammissibilità*, che pare mancare per ciò che concerne i documenti precostituiti. L’ammissibilità viene ponderata, in via preliminare rispetto allo svolgimento dell’istruttoria, con riguardo a dispositivi escludenti, che condividono con quelli tipici del sistema penale l’afflato epistemologico e l’intento protettivo di istanze personalistiche fondamentali. Sotto quest’ultimo profilo, per un verso è stato chiarito in quali termini è possibile ritenere esportabili le prove penali in sistemi di aliena natura ed entro quali margini assegnare un ruolo decisivo ai vizi che li colpiscono al cuore nella loro proficuità sul fronte accertativo. Per altro verso, si è anche appurata l’esistenza nel substrato normativo processualciviltistico di marchingegni delineati *ad hoc* per sottoporre prove precostituite (documentali o, per quanto qui più rileva, ‘para-

documentali') ad un preliminare scrutinio proprio in punto di ammissibilità.

È da quest'ultima sottolineatura che dobbiamo prendere le mosse. In particolare, memori delle più volte rimarcate sottolineature dei molteplici tratti di similarità e contiguità tra l'istituto dell'istruzione preventiva (art. 692 ss. c.p.c.) ed il dispositivo di approvvigionamento *ab externo* di prove allogene, ci sembra possibile individuare l'art. 698 c.p.c. quale privilegiato referente per la possibile configurazione di uno schema operativo da adottarsi, *de iure condendo*, al fine di disciplinare con maggior cautela la veicolazione in sede (*lato sensu*) civile elementi istruttori tratti da vicende penali.

Con ciò non si pretende affatto di sottoporre a revisione critica l'intero sistema processualcivilistico di selezione del materiale probatorio a base (realmente) documentale, le cui cadenze – per quanto in una certa misura non condivisibili dallo studioso del processo penale e, peraltro, contestate anche da una parte degli stessi processualciviliisti – non mostrano difetti così ingenti da suggerirne una radicale alterazione, quantunque un riequilibrio per via normativa a nostro avviso potrebbe risultare opportuno. Il solo obiettivo è quello di costruire, in via di interpretazione estensiva di istituti e meccanismi già disciplinati ed espressivi di *rationes* e principi coerenti con i nostri auspici esegetici¹⁶², un congegno 'ipotetico' che, *de iure condendo*, sia in grado di dar conto delle specificità e delle riscontrate criticità operative del fenomeno circolatorio avente ad oggetto materiale istruttorio penale 'dirottato' in ambienti di stampo civilistico.

In particolare, a nostro modo di vedere, non essendo affatto ignoto al sistema, è possibile costruire uno specifico *iter* procedurale nell'ambito del quale, così come prescritto per le 'prove anticipate', innanzitutto l'organo giudiziario *ad quem* sia tenuto, a fronte di una specifica istanza istruttoria *ad hoc* delle parti, a vagliare nel contraddittorio tra le parti – da realizzarsi preferibilmente in via orale e nell'immediatezza della dialettica dell'udienza – la rilevanza e, soprattutto, l'ammissibilità della prova allogena.

¹⁶² In tal modo si scongiura il rischio di un frontale scontro 'doloroso' con la riserva assoluta di legge (art. 111, comma 1, Cost.), nonché con il suo corollario espresso dal principio di legalità processuale (in specie, in materia probatoria). In un settore così presidiato, un *iter* esegetico-argomentativo di stampo analogico risulta recisamente escluso. Ad ogni buon conto, ci sembra comunque preferibile, piuttosto che una 'manipolazione' in via di prassi (comunque poco plausibile visto l'approccio giurisprudenziale al fenomeno che ci occupa), il recepimento in via normativa della proposta qui suggellata, proprio per evitare di incidere in modo troppo intraprendente sul tessuto legale del diritto delle prove.

Dedicare un'apposita finestra dialogica sul materiale informativo a genesi giurisdizionale consentirebbe, in primo luogo, di rendere manifesto a tutti i protagonisti della vicenda giudiziale di destinazione che la provenienza dell'elemento acquisendo non lo rende titolare di alcun privilegio. Esso non può godere di alcuna presunzione di legittimità per il solo fatto di radicarsi in un previo giudizio; d'altro canto, non gli si può nemmeno attestare alcuna ipotetica efficacia preclusiva rispetto al potere giudiziale di scrutarne l'ammissibilità, tanto sotto il profilo delle regole del rito *a quo* valevoli finanche dinanzi a lui quanto sotto quello delle prescrizioni precipue della sede *ad quam*; né, infine e solo in via succedanea, il suo portato gnoseologico può essere investito di un indebito crisma di maggior affidabilità sol perché di origine giurisdizionale.

In secondo luogo, approntare per le prove circolanti un simile subprocedimento nella fase preliminare dell'istruzione probatoria delinea la concreta possibilità di sanare l'eventuale *deficit* di contraddittorio che potrebbe discendere dalla circostanza (non infrequente) che, nella sede penale genetica, una o più parti non abbiano partecipato alla formazione della prova di cui si chiede l'importazione. Sarebbe questo il momento in cui, ad esempio, il giudice potrebbe ritenere già recuperato in modo del tutto soddisfacente il *vulnus* dialettico, allorché si appurasse che la parte che abbia fatto istanza di ammissione della prova allogena sia proprio quella nei cui confronti risulti integrata, quantomeno a monte, la lesione del diritto a fornire il proprio apporto dialogico nel momento acquisitivo dell'elemento istruttorio. Così si ovvierebbe alla criticità, da molti sottolineata e ritenuta insuperabile¹⁶³, della discrepanza soggettiva tra rito *a quo* e rito *ad quem*. Lo si farebbe in un momento anticipato rispetto all'ingresso del giudice in camera di consiglio, ma anche rispetto allo svolgimento dell'ulteriore corso dell'istruttoria, cosicché sia ristabilita la *par condicio* tra le parti (art. 111, comma 2, Cost.), ponendo queste ultime nella più favorevole condizione di affrontare in modo

¹⁶³ L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 62-63 e 215, il quale sul presupposto che la carenza di identità soggettiva tra le due vicende processuali interconnesse dallo scambio probatorio ferirebbe istanze costituzionali inderogabili ne desume, tuttavia, che le prove allogene, in tal caso, non potrebbero spiegare efficacia di prova piena, venendo dunque 'squalificate' sul fronte del loro portato informativo: eppure, a nostro avviso, si tratta di rimedio inconferente rispetto al *vulnus* che mira a risolvere; G.F. RICCI, *Prove penali e processo civile*, cit., 898 ss., il quale, accettata l'inesistenza di alcun limite alla mera produzione documentale quale unico *step* del procedimento probatorio concernente prove documentali tra cui anche le prove allogene, finisce con l'argomentare in favore del totale azzeramento del portato conoscitivo della stessa, a presidio della parte il cui diritto al contraddittorio non sia stato assicurato rispetto a quella prova nella sede originaria; sul punto anche L. QUERZOLA, *L'efficacia dell'attività processuale*, cit., 57.

proficuo il successivo svolgersi dell'attività probatoria, nella piena consapevolezza delle 'armi' epistemologiche a propria disposizione.

Inoltre, discutere in modo esplicito dell'ammissibilità della prova *extra moenia* consente di affrontare nella sede più adeguata le questioni inerenti alla censurabile invalidità secondo i parametri valevoli nel contesto d'origine – secondo i criteri e nei limiti già enucleati nei paragrafi precedenti, ed altresì di ponderare l'eventuale incompatibilità del mezzo istruttorio *de quo* rispetto ai canoni della *lex probatoria* applicata nella sede di destinazione. Si potrà, così, farne emergere non solo il vizio genetico rilevante a fini preclusivi, bensì anche potenziali difetti derivati all'elemento probatorio proprio nell'attuarsi della dinamica circolatoria, per apportarvi altresì eventuale sanatoria, ove possibile¹⁶⁴. Ancora, anche al lume del dialogare preliminare delle parti, il giudice sarà posto in condizione di valutare la trasponibilità del mezzo istruttorio esogeno nel tessuto probatorio vincolante in tale sede. Forse così si potrebbe attenuare il ruolo che, allo stato, si tende ad assegnare, in maniera indebita, ai parametri valutativi quali chiavi interpretative per giudicare i limiti di legittima ammissibilità delle prove allogene.

Con ciò non si vuole asserire che, di necessità, queste ultime possano assurgere al rango di prova piena. Una simile conclusione, a nostro avviso, potrebbe quasi sostenersi, a ragione, in virtù del concetto di prova e della logica inferenziale-induttiva che le si applica, ma altresì in considerazione del fatto che addirittura nel processo penale, che è improntato al più rigoroso canone probatorio del contraddittorio forte con tutte le conseguenze dogmatiche e pratico-operative che ciò comporta, gli elementi *extra moenia*, una volta superate le barriere dell'art. 238 c.p.p., siano fruibili dal giudice esattamente come se si trattassero di prove formate innanzi a lui. Tuttavia, abbiamo visto come in sedi extrapenali talora, seppur con oscillazioni ed incertezze pretorie sul punto, si osteggi un simile esito interpretativo (forse proprio a causa della mancanza di un serio strumento procedimentale che operi da selettore rigoroso delle prove aliene in entrata); non si presume, quindi, con la proposta qui formulata, di portare soluzione

¹⁶⁴ Un caso peculiare ed emblematico del profilo testé segnalato è quello della necessità, a fini di valida acquisibilità nel processo tributario di atti d'indagine compiuti dalla Guardia di Finanza a fini penali, dell'autorizzazione del Procuratore della Repubblica. In argomento, di recente, Cass. civ., Sez. un., 2 febbraio 2022, n. 3282, in *Riv. giur. trib.*, 2022, 8-9, 678, nonché in *Riv. notar.*, 2021, 6, 1187. In dottrina, L. QUERZOLA, *L'efficacia dell'attività processuale*, cit., 123 ss.

anche al profilo valutativo, di attribuzione di peso conoscitivo al materiale proveniente *aliunde*. Quanto osservato in punto di arretramento dell'importanza dei paradigmi ponderali della 'dote' gnoseologica recata dagli elementi allogegni, piuttosto, ha a che fare con la scriteriata spendita di tali criteri quali *passe-partout* per consentire a questi ultimi l'accesso altrove: non è manipolando le regole di giudizio che si giustifica l'ammissione o, per contro, l'estromissione delle prove in giudizio.

Il marchingegno processuale, di cui stiamo scolpendo i tratti prendendo a modello l'*iter*, già noto al rito civile, per l'ammissione delle prove nel giudizio di merito prima del quale si sia attivato il procedimento di istruzione preventiva, dovrebbe mutuare dal terzo comma dell'art. 698 c.p.c. il novero di preclusioni a presidio della neutralità psichica e della verginità gnoseologica del giudice *ad quem* rispetto all'apporto informativo dei protocolli oggetto d'istanza ammissiva. In particolare, posti i rischi, a suo tempo segnalati, per il fondamentale interesse all'impregiudicatezza del giudicante chiamato a pronunciarsi sul merito del tema controverso portato alla sua attenzione, per evitare che dalla lettura dei verbali delle prove allogegne il giudice formi anticipatamente un solipsistico convincimento in totale autonomia rispetto al contributo argomentativo delle parti occorre impedirgli di averne preventiva disponibilità. Egli sarà destinatario delle richieste istruttorie delle parti, che illustreranno le ragioni di ammissibilità delle prove *extra moenia* prescindendo dal menzionarne il contenuto, e solo all'esito della pronuncia dell'ordinanza istruttoria che sancisca quali di esse siano titolate per fare il proprio ingresso sulla scena del rito *ad quem* allora i verbali che le documentano potranno essere prodotti.

Si tratta, a ben vedere, di un categorico divieto di preliminarizzare l'accesso alla conoscenza cartacea il cui netto potenziale garantista – tanto per le prerogative persuasivo-argomentative delle parti, quanto per le stesse aspirazioni euristico-gnoseologiche del processo – ci induce a due riflessioni 'di contorno'.

La prima, già proposta da autorevolissima dottrina con riferimento alle 'prove anticipate', consiste nel notare che proprio un simile meccanismo che opera da deciso baluardo a tutela della formazione di un convincimento giudiziale che sia realmente libero in quanto scevro da pre-giudizi potrebbe, ancora una volta, giustificare la conclusione che le risultanze allogegne siano giustapposte a quelle endogene quanto ad

efficacia probatoria; cosa che accade proprio con riguardo alle 'prove a futura memoria', del tutto parificate a quelle assunte innanzi al giudice del merito¹⁶⁵.

La seconda riflessione consiste nella valorizzazione delle previsioni qui esaminate anche come possibile spunto per una proposta riformatrice della disciplina sancita dal codice Vassalli con riguardo al fenomeno circolatorio, in specie nella parte relativa all'*iter* ammissivo delle prove prestate *aliunde* che, a nostro giudizio, risulta la più spiccatamente critica. In breve, in luogo della defatigante, macchinosa procedura sancita dagli artt. 468, comma 4-*bis*, e 493, comma 1, c.p.p., che non appare idonea – come abbiamo avuto modo di evidenziare – ad assicurare senz'altro l'impregiudicatezza dell'organo giudicante in quanto sottopone l'ammissione delle prove *aliunde* (oltretutto il diritto di parte alla audizione a viva voce del dichiarante) alla preventiva necessaria valutazione dei relativi protocolli cartacei, con grave detrimento altresì per l'oralità e l'immediatezza, si potrebbe suggerire un sistema analogo a quello descritto per immettere in sede civile le prove penali. Del resto, non si priverebbe certo il giudice *ad quem* di alcuna prerogativa essenziale, posto che di regola egli è ritenuto dall'ordinamento capace di scrutinare ammissibilità, pertinenza, non manifeste irrilevanza e superfluità delle prove senza altro che le illustrazioni delle parti¹⁶⁶.

Un ultimo profilo a completamento della nostra proposta *de iure condendo*, che stavolta, pur stimolata dall'analisi dell'art. 698 c.p.c., se ne distanzia in parte, valorizzando piuttosto una suggestione ritraibile dal tessuto penalistico. La norma appena menzionata, al suo primo capoverso, nel prevedere che la assunzione preventiva delle prove non ne impedisce la rinnovazione nella fase di merito, è formulata in termini di mera possibilità, la cui opportunità sembrerebbe riposare sulla valutazione discrezionale del giudice (una sorta di 'negativo' del disposto di cui all'art. 209 c.p.c.). viceversa, poco sembra lo spazio riservato sul punto alle aspettative processuali delle parti. Stante la prescrizione costituzionale del diritto alla prova, posta anche la connotazione in senso dispositivo dei sistemi probatori civilistici (ancorché, in taluni

¹⁶⁵ L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 202. *Contra*, C. BESSO, *La prova prima del processo*, Torino, 2004, 291.

¹⁶⁶ D'altronde, si tratta della medesima scansione procedurale che il giudice penale è tenuto a seguire con riferimento ai verbali di dichiarazioni assunte in incidente probatorio, allorché, non essendosi concretizzati i rischi di dispersione dell'elemento che ne avevano giustificato la preventiva assunzione, le parti – salvi i casi derogatori ex art. 190-*bis* c.p.p. – chiedano di ripetere l'esperienza probatoria in giudizio.

casi, affiancati a poteri acquisitivi officiosi assegnati al giudice), e tenuto conto della estrema delicatezza della situazione nella quale si aspiri alla spendita processuale di materiale conoscitivo formato altrove (per l'eventuale difformità oggettiva e soggettiva, oltretutto per la recisione del vincolo di immediatezza tra prova, parti e giudice), si potrebbe ipotizzare che il dispositivo dedicato alla disciplina della circolazione intersistemica di prove penali riconosca alle parti un vero e proprio *diritto alla ri-assunzione* (o, piuttosto, *neo-assunzione*) delle dichiarazioni. Sulla falsariga dell'art. 238, comma 5, potrebbe non concepirsi quale condizione preclusiva dell'immissione dei verbali allogeni, quantunque il fatto di configurare la rinnovazione quale *diritto* di parte dovrebbe implicare che, al ricorrere di tutti i requisiti di ammissibilità, il giudice non potrebbe rifiutare di assumere la dichiarazione ed acquisirne ciononostante i protocolli. Con l'ovvia precisazione che un simile marchingegno opererebbe solo in quei riti extrapenali idonei ad accogliere prove costituenti e, in essi, solo con riferimento a prove ancora concretamente ripetibili.

Siamo consapevoli che, in un panorama scientifico e pretorio nient'affatto univoco, le nostre proposte rappresentano mere speranze per una futura riforma che si faccia davvero carico delle dinamiche circolatorie intersistemiche, assicurandone il pieno potenziale quali strategie epistemiche realmente in grado di soddisfare i più elevati *standard* conoscitivi pretesi dalla Carta fondamentale, senza mai arretrare, al contempo, nella difesa dei cruciali interessi etici e personalistici incisi, di necessità, dall'esperienza umanissima del processo che, pertanto, non se ne può disinteressare. Eppure, una 'mera' speranza non è un'arma spuntata, non è una formula magica fine a se stessa, se coltivata con pervicacia, audacia e fedeltà ai supremi valori della Giustizia canonizzati dal nostro art. 111 Cost.

Com'è stato detto una volta da una coraggiosa sognatrice: «*Non abbiamo bisogno della magia per cambiare il mondo, abbiamo già dentro noi stessi tutto quanto il potere che ci occorre: abbiamo il potere di immaginare qualcosa di migliore*»¹⁶⁷.

¹⁶⁷ «*We do not need magic to change the world, we carry all the power we need inside ourselves already: we have the power to imagine better*»: sono parole pronunciate dalla scrittrice britannica J.K. Rowling, il 6 giugno 2008, in occasione del suo *commencement address* dal titolo '*The Fringe Benefits of Failure, and the Importance of Imagination*' tenuto all'Università di Harvard (Cambridge, Massachusetts), in apertura della cerimonia di consegna dei diplomi di laurea. Il testo completo in lingua originale può essere reperito all'indirizzo <https://news.harvard.edu/gazette/story/2008/06/text-of-j-k-rowling-speech/>

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Nuovi profili nei rapporti tra processo civile e processo penale*, Atti del Convegno dell'Associazione fra gli studiosi del processo penale. Trento, 18-19 giugno 1993, Milano, 1995
- AA.VV., *La ragionevole durata del processo: garanzie ed efficienza della giustizia penale*, a cura di R. E. KOSTORIS, Torino, 2005
- AA.VV., *Conoscenza e verità*, a cura di M.C. Amoretti - M. Marsonet, Milano, 2007
- AA.VV., *Percorsi giuridici della postmodernità*, a cura di R. E. KOSTORIS, Bologna, 2016
- AA.VV., *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, a cura di D. NEGRI – R. ORLANDI, Torino, 2017
- ABRUSCI I., *Interferenze probatorie tra processo penale e giudizio di impugnazione dei licenziamenti*, in AA.VV., *Processo penale e processo civile: interferenze probatorie e questioni irrisolte*, a cura di L. LUPARIA - L. MARAFIOTI - G. PAOLOZZI, Torino, 2020, 97
- ADDANTE E. – GAETA G., *L'inutilizzabilità degli atti di prova assunti dal giudice non competente: dalla "regola delle eccezioni" a un cogente principio di diritto*, in *Archivio penale web*, 2019, 1
- ADDANTE E. – GAETA G., *Nuova lezione europea: con indizi di tortura c'è l'obbligo di indagini complete ed effettive*, in *Archivio penale web*, 2019, 1
- AGLIATA M., *Sugli effetti del procedimento penale (e delle risultanze probatorie in esso emerse) nel giudizio civile e nel procedimento disciplinare relativi ad un licenziamento per giusta causa intimato per gli stessi fatti oggetto di accertamento penale*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2009, 1
- AGOSTINO L., *La consulenza tecnica svolta in un processo civile non ancora concluso con sentenza passata in giudicato è acquisibile in sede penale come prova documentale*, in *Processo penale e giustizia*, 2020, 4, 905
- ALBANESE D., *Le modifiche del d.l. 152/2021 al 'codice antimafia': maggiori garanzie nel procedimento di rilascio dell'interdittiva antimafia e nuove misure di 'prevenzione collaborativa'*, in *Sistema penale web*, 12 gennaio 2022
- ALBANESE D., *Prosegue, dalle fondamenta, la costruzione del giusto processo*

- di prevenzione: le Sezioni Unite sulla ricusabilità del giudice*, in *Sistema penale web*, 12 ottobre 2022
- ALGERI L., *L'impugnazione della parte civile*, Padova, 2014
- ALGERI L., *Per la reformatio in peius è obbligatoria la rinnovazione dell'esame dell'esperto*, in *Giur. it.*, 2019, 6, 1443
- ALLENNA G., *Riflessioni sul concetto di incostituzionalità della prova nel processo penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1989, 2, 506
- ALLORIO E., *Efficacia giuridica di prove ammesse ed esperite in contrasto con un divieto di legge?*, in *Giurisprudenza italiana*, 1960, I, II, 871
- AMODIO E., *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1973, 310
- AMODIO E., *Prove legali, legalità probatoria e politica processuale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1974, 373
- AMODIO E., *Fascicolo processuale e utilizzabilità degli atti*, in AA.VV., *Lezioni sul processo penale*, 1989
- AMODIO E., *Diritto di difesa e diritto alla prova nello spazio giudiziario europeo*, in *Foro ambrosiano*, 2001, 549
- AMODIO E., *Processo penale, diritto europeo e common law: dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milano, 2003
- AMODIO E., *Giusto processo, procès équitable e fair trial: la riscoperta del giusnaturalismo processuale in Europa*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2003, 1-2, 93
- AMODIO E., *La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo*, in *Cassazione penale*, 2003, 1419
- AMODIO E., *Il processo come gioco tra letteratura e diritto vivente*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2020, 4, 1663
- ANCONA E., *Veritas est adaequatio rei et intellectus. L'epistemologia tommasiana di fronte alle problematiche del processo penale*, Torino, 2020
- ANGELONI C., *Le prove illecite. Disciplina e rilevanza giuridica delle prove illecite nel processo civile, penale e del lavoro (aggiornato anche con la legge 26 novembre 1990 n. 353 recante «Provvedimenti urgenti per il processo civile»)*, Padova, 1992
- ANGELONI C., *Irreperibilità del testimone: accertamento e valutazione delle*

- dichiarazioni rese senza contraddittorio*, in *Giurisprudenza italiana*, 2012, 7, 1673
- ANGELONI C., *Giudice mutato e letture consentite*, in *Giurisprudenza italiana*, 2012, 8-9
- ANSANELLI V., *L'utilizzazione della prova scientifica nel processo civile - cenni di diritto comparato*, in *Rivista di diritto processuale*, 2019, 4-5, 1252
- ANTINUCCI M. – SPANGHER G., *Davvero possibili le intercettazioni c.d. a strascico attraverso l'uso del captatore informatico per i reati comuni?*, in *Diritto Penale e Processo*, 2020, 8, 1128
- APRATI R., *Le prove assunte dal giudice incompetente tra inutilizzabilità e sanatoria in cassazione*, in *Archivio penale web*, 2011, 2
- APRATI R., *Il principio di tassatività delle nullità*, in AA.VV., *Le invalidità processuali – Profili statici e dinamici*, a cura di A. MARANDOLA, Torino, 2015, 71
- APRATI R., *Pregiudizio effettivo e nullità*, Padova, 2018
- APRATI R., *Maggiori incentivi, minori garanzie: ridimensionato l'accesso ai riti differenziati?*, in AA.VV., *Il fragile mosaico delle garanzie difensive. Dalla legge Orlando alle scelte della XVIII legislatura*, a cura di S. LORUSSO, Torino, 2020, 121
- APRATI R., *Il distanziamento sociale: un nuovo paradigma per il processo penale?*, in *Sistema penale*, 2021, 2, 131
- APRATI R., *Giudizio di primo grado*, in *Giurisprudenza italiana*, 2023, 5, 1205
- APRILE E., *La prova penale*, Milano, 2002
- APRILE E. – SILVESTRI P., *La formazione della prova penale. Dopo le leggi sulle indagini difensive e sul "giusto processo"*, Milano, 2002
- ASTARITA S., *Circolazione della prova e delle sentenze nei processi di criminalità organizzata*, in AA.VV., *Il "doppio binario" nell'accertamento dei fatti di mafia*, a cura di A. BARGI, Torino, 2013, 803
- AULETTA F., *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, Padova, 2002
- AURIEMMA M., *Sulla prova "unica o determinante". Il caso Al Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, in *Archivio penale*, 2012, 2, 571

- BACCARI G. M., *Il contemperamento tra libera circolazione degli atti e diritto al contraddittorio*, in AA.VV., *Le nuove leggi penali*, Padova, 1998
- BACCARI G. M., *Astensione tardiva del congiunto dell'imputato e nuovo art. 111 Cost.*, in *Diritto Penale e Processo*, 2001, 3, 345
- BACCARI G. M., *Astensione del giudice e utilizzabilità delle prove già assunte*, in *Archivio penale web*, 2011, 2
- BACCARI G. M., *La cognizione e la competenza del giudice*, in *Trattato di procedura penale*, II, diretto da G. UBERTIS – G. P. VOENA, Milano, 2011
- BACCARI G. M., *Estesa la lettura ex art. 512 c.p.p. alle dichiarazioni del testimone assistito rese nell'interrogatorio di garanzia*, in *Processo penale e giustizia*, 2021, 3, 634
- BACCARI G. M. – CONTI C., *Una nuova espressione del metodo dialettico: l'acquisizione concordata degli atti d'indagine*, in *Diritto Penale e Processo*, 2003
- BACCARI G. M. – CONTI C., *La corsa tecnologica tra Costituzione, codice di rito e norme sulla privacy: uno sguardo d'insieme*, in *Diritto Penale e Processo*, 2021, 6, 718
- BACCARI G.M. – PECCHIOLI G., *IA e giudizio sul fatto: gli strumenti di e-evidence per la cognizione*, in AA.VV., *La decisione penale. Tra intelligenza emotiva e intelligenza artificiale*, a cura di G.M. BACCARI-P. FELICIONI, Milano, in corso di pubblicazione
- BAGAROTTO L., *Posizioni giuridiche soggettive e mezzi di prova nei giudizi amministrativi*, in *Consiglio di Stato*, 1999, II, 287
- BARGI A., *Procedimento probatorio e giusto processo*, Napoli, 1990
- BARGI A., *La "giustizia del metodo" come criterio del controllo di legittimità del vizio di motivazione*, in *Archivio penale web*, 2013, 3
- BARGIS M., *Studi di diritto processuale penale*, Torino, 2002
- BATISTONI FERRARA F., *La prova nel processo tributario: riflessioni alla luce delle più recenti manifestazioni giurisprudenziali*, in *GT Rivista di giurisprudenza tributaria*, 2007, 750
- BATISTONI FERRARA F., *Il regime probatorio del processo tributario*, in *Rassegna tributaria*, 2008, 5, 1267
- BAZZANI M., *Art. 511 c.p.p.: lettura di atti originariamente irripetibili. Profili epistemologici e normativi*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*,

2001, 3, 764

- BELLUTA H., *Contraddittorio e consenso: metodi alternativi per la formazione della prova*, in *Rivista di diritto processuale*, 2003, 1, 126
- BELLUTA H., *Premesse per uno studio sui poteri istruttori dell'organo giudicante*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2003, 4, 1213
- BELLUTA H., voce *Prova (circolazione della)*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, Volume II, Tomo I, 2008
- BELTRANI S., *Intercettazioni inutilizzabili e procedimento di prevenzione: un rapporto controverso*, in *Diritto penale e processo*, 2009, 1, 90
- BENE T., *L'anima inquisitoria del legislatore*, in *Scenari e trasformazioni del processo penale. Ricordando Massimo Nobile*, a cura di C. IASEVOLI, Napoli, 2020, 299
- BENVENUTI F., *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953
- BERNASCONI A., *Ideologie e prassi in tema di circolazione di verbali "alieni"*, in AA.VV., *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo*, a cura di G. DI CHIARA, Torino, 2009
- BERTOLINO G., *A proposito dell'inammissibilità nel processo civile dell'interrogatorio formale e del giuramento decisorio che abbiano ad oggetto fatti già provati con confessione resa in un precedente giudizio penale*, in *Nuova giurisprudenza civile*, 2007, I, 209
- BESSO C., *Prove atipiche e testimonianza scritta*, in *Giurisprudenza italiana*, 2001, 7, 1378
- BESSO C., *La prova prima del processo*, Torino, 2004
- BIANCHI G., *Prove illegittimamente acquisite e giudizio abbreviato*, in *La difesa penale*, 1990
- BIANCHI G., *L'ammissione della prova nel dibattimento penale. Analisi dell'attività argomentativa delle parti*, Milano, 2001
- BIAVATI P., *Il diritto delle prove nel quadro dell'Unione europea*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2006, 483
- BIAVATI P. – CAVALLINI D. – ORLANDI R., *Assetti della giustizia civile e penale in Italia*, Bologna, 2016
- BIRAL M., *The Right to Examine or Have Examined Witnesses as a Minimum Right for a Fair Trial. Pitfalls and Trends*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 22, 2014, 3, 331

- BOLOGNINI S., *La prova nei rapporti tra giudizio penale e civile*, in AA.VV., *La prova penale*, Vol. II, a cura di A. GAITO, Torino, 2008
- BONATTI R., *La libera circolazione della prova nel nuovo regolamento europeo sulla concorrenza*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2006, 1, 193
- BONINSEGNA G., *Flusso di conoscenze e migrazione di prove tra procedimenti separati*, in *Archivio della nuova procedura penale*, 1992, 547
- BONTEMPELLI M., *Prova, verità e giudicato penale*, in *Archivio penale web*, 2020, 1
- BONZANO C., *La parabola del contraddittorio dal giusto processo all'efficientismo emergenziale*, in *Diritto penale e processo*, 2020, 11, 1413
- BONZANO C., *Matière pènale e diritto al silenzio: la Consulta mette un punto fermo...o quasi*, in *Diritto penale e processo*, 2022, 1, 47
- BONZANO C., *La documentazione delle dichiarazioni: ancora incompiuto l'incerto cammino verso il sinolo aristotelico di sostanza e forma*, in AA.VV., *La Riforma Cartabia. Codice penale – Codice di procedura penale – Giustizia riparativa*, a cura di G. SPANGHER, Pisa, 2022, 115
- BOVE M., *Art. 111 Cost. e «giusto processo civile»*, in *Rivista di diritto processuale*, 2002, 2, 479
- BRIANI R., *L'istruzione probatoria nel processo amministrativo: una lettura alla luce dell'Art. 111 della Costituzione*, Milano, 2013
- BRIZZI F., *La perdurante vitalità della sentenza “Cavallo” delle Sezioni Unite*, in *Ilpenalista.it*, 15 febbraio 2021
- BRONZO P., *La “riforma Cartabia” e la razionalizzazione dei tempi processuali nella fase dibattimentale*, in *Cassazione penale*, 2022, 4, 1308
- BUZZELLI S., *Fascicolo dibattimentale «negoziato» e acquisizione probatoria*, in *L'Indice penale*, 2001, 389
- BUZZELLI S., voce *Giusto processo*, Aggiornamento, in *Digesto penale*, Torino, 2004, 342
- CABIALE A., *L'inutilizzabilità “derivata”: un mito a mezza via fra nullità ed esigenze sostanziali*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013, 4, 112
- CAIANIELLO M., *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle*

invalidità processuali penali, Bologna, 2012

- CAIANIELLO M., *To Sanction (or not to Sanction) Procedural Flaws at EU Level?*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 22, 2014, 1, 317
- CAIANIELLO M., *You Can't Always Counterbalance What You Want*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 25, 2017, 2, 283
- CAIANIELLO V., *Riflessioni sull'art. 111 della Costituzione*, in *Rivista di diritto processuale*, 2001, 1, 42
- CALABRESI G., *The Exclusionary Rule*, in *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 2003, Vol. 26, No. 1, 111
- CALAMANDREI I., *La prova documentale*, Padova, 1995
- CALAMANDREI I., *Le nuove regole sulla circolazione probatoria (le modifiche apportate all'art. 238 c.p.p. dall'art. 3 della legge 7 agosto 1997, n. 267)*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1999, 160
- CALAMANDREI I., voce *Oralità. II) Principio dell'oralità (diritto processuale penale)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXI, Roma, 1999
- CALAMANDREI P., *La sentenza civile come mezzo di prova*, in *Rivista di diritto processuale civile*, 1938, 1, 108
- CALAMANDREI P., voce *Oralità nel processo*, in *Nuovo Digesto italiano*, vol. IX, Torino, 1940
- CALAMANDREI P., *La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1942, I, 341
- CALAMANDREI P., *La dialettica nel processo*, in *Processo e democrazia*, Padova, 1954
- CALIGARIS A., *L'invalidità degli atti processuali penali: un tradizionale terreno di scontro tra "forma" e "sostanza"*, in *Diritto Penale Contemporaneo, Rivista Trimestrale*, 2018, 3, 101
- CAMON A., *Le riprese visive come mezzo d'indagine: spunti per una riflessione sulle prove «incostituzionali»*, in *Cassazione penale*, 1999, 4, 1188
- CAMON A., *Accordi processuali e giustizia penale: la prova patteggiata*, in *Rivista di diritto processuale*, 2008, 1, 55
- CAMON A., *Le prove*, in AA.VV., *Fondamenti di procedura penale*, Milano, 2019, 301

- CANALE G., *Riflessioni sul giudizio di rinvio ai soli effetti civili ex art. 622 c.p.p.*, in *Rivista di diritto processuale*, 2018, 4-5, 1008
- CANALE G., *Aspetti critici del giudizio di rinvio ai soli effetti civili a norma dell'art. 622 c.p.p.*, in AA.VV., *Processo penale e processo civile: interferenze probatorie e questioni irrisolte*, a cura di L. LUPARIA - L. MARAFIOTI - G. PAOLOZZI, Torino, 2020, 277
- CANESCHI G., *Prova ottenuta attraverso trattamenti inumani o degradanti ed equità processuale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2021, 2, 731
- CANTONE R., *L'art. 238-bis c.p.p.: strumento probatorio e mezzo per la risoluzione preventiva del contrasto tra giudicati*, in *Cassazione penale*, 1999, 10, 2890
- CANTONE R., *La "circolazione probatoria" tra procedimenti. Le modifiche introdotte dalla l. n. 63/01*, in *Cassazione penale*, 2002, 2561
- CANZIO G., *«Diritto» alla prova, prova contraria e parte civile*, in *Foro italiano*, 1997, 2, I, 402
- CANZIO G., *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale*, in *Diritto penale e processo*, 2003, 10, 1193
- CANZIO G., *Il processo penale fra verità e dubbio*, in *Diritto penale contemporaneo web*, 25 novembre 2010
- CANZIO G., *I nuovi confini del diritto alla salute e della responsabilità medica*, in *Giurisprudenza italiana*, 2014, 8-9, 2082
- CANZIO G., *La motivazione della sentenza e la prova scientifica: "reasoning by probabilities"*, in AA.VV., *Prova scientifica e processo penale*, a cura di G. CANZIO-L. LUPARIA, Milano, 2017, 3
- CANZIO G., *Ancora una riforma del processo penale?*, in *Diritto penale e processo*, 2021, 1, 5
- CANZIO G., *Intelligenza artificiale, algoritmi e giustizia penale*, in *Sistema penale web*, 8 gennaio 2021
- CANZIO G. – IADECOLA G., *Annulamento della sentenza penale ai soli effetti civili: quale giudice e quali regole di giudizio in sede di rinvio?*, in *Sistema penale web*, 20 aprile 2020
- CANZIO G. – TARUFFO M. – UBERTIS G., *Fatto, prova e verità (alla luce del*

- principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio*), in *Criminalia*, 2009, 305
- CAPOGRASSI G., *Giudizio processo scienza verità*, in *Rivista di diritto processuale*, 1950, 1
- CAPONE A., *L'invalidità nel processo penale. Tra teoria e dogmatica*, Padova, 2012
- CAPPELLETTI M., *Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte*, in *Rivista di diritto civile*, 1961, I, 556 nonché in *Processo e Ideologie*, Bologna, 1969, 111
- CAPPELLETTI M., *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità. Contributo all'utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, I, Milano, 1962
- CAPPELLETTI M., *Ideologie nel diritto processuale*, in *Processo e Ideologie*, Bologna, 1969, 3
- CAPPELLETTI M., *Valore attuale del principio di oralità*, in *Processo e Ideologie*, Bologna, 1969, 99
- CAPPELLETTI M., *Iniziativa probatorie del giudice e basi pregiudiziali della struttura del processo*, in *Processo e Ideologie*, Bologna, 1969, 143
- CAPPELLETTI M., *Le grandi tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato*, in *Processo e Ideologie*, Bologna, 1969, 169
- CAPPELLETTI M., *Un avvenimento metodologico*, in *Processo e Ideologie*, Bologna, 1969, 143
- CAPPELLETTI M., *I diritti costituzionali delle parti nel processo civile italiano*, in *Rivista di diritto processuale*, 1971, 604
- CAPPELLETTI M., *Ritorno al sistema della prova legale?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1974, 139
- CAPPELLETTI M., *La sentenza del bastone e della carota (a proposito della dichiarazione di costituzionalità/incostituzionalità degli artt. 246/247 c.p.c.)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1974, 3586
- CAPRIOLI F., *Intercettazioni illecite, intercettazioni illegali, intercettazioni illegittime*, in *Le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni. Un problema cruciale per la civiltà e l'efficienza del processo e per le garanzie dei diritti*, Atti del Convegno, Milano 5-7 ottobre 2007, Milano, 2009, 133
- CAPRIOLI F., *Abuso del diritto di difesa e nullità inoffensive*, in *Cassazione penale*, 2012, 7-8, 2444

- CAPRIOLI F., *Verità e giustificazione nel processo penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, 608
- CARINI C., *Giudizio di prevenzione e intercettazioni "illegali": sui rapporti tra prevenzione e "cognizione"*, in *Giurisprudenza italiana*, 2008, 2, 444
- CARNAP R., *On the Application of Inductive Logic*, in *Philosophy and Phenomenological Research*, Sep., 1947, Vol. 8, No. 1, 133
- CARNELUTTI F., *Prove civili e prove penali*, in *Rivista di diritto processuale*, 1925, I, 3
- CARNELUTTI F., *Illecita produzione di documenti*, in *Rivista di diritto processuale*, 1936, II, 63
- CARNELUTTI F., *A proposito di ricerca della verità*, in *Rivista di diritto processuale*, 1960, 675
- CARNELUTTI F., *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova, 1986
- CARNELUTTI F., *La prova civile. Parte generale: il concetto giuridico della prova*, Milano, 1992
- CARNEVALI D., voce *Tecnologie dell'informazione e della comunicazione*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, 2011
- CARPI F., *Profili del contraddittorio nell'arbitrato*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2002, 1
- CARRATTA A., *Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto nel processo e sistema probatorio)*, in *Rivista di diritto processuale*, 2001, 73
- CARRATTA A., *Prove e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Rivista di diritto processuale*, 2003, 1, 27
- CARRATTA A., *Prova scientifica e convincimento del giudice nel processo civile*, in AA.VV., *Dimensione tecnologica e prova penale*, a cura di L. LUPARIA - L. MARAFIOTI - G. PAOLOZZI, Torino, 2019, 147
- CARRATTA A., *Accertamento fattuale del giudice penale ed efficacia nel processo civile*, in AA.VV., *Processo penale e processo civile: interferenze probatorie e questioni irrisolte*, a cura di L. LUPARIA - L. MARAFIOTI - G. PAOLOZZI, Torino, 2020, 27
- CASIRAGHI R., *Prove vietate e processo penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2009, 1768
- CASIRAGHI R., *Mutamento del giudice, diritto alla prova e adattamento dell'Al-Khawaja test*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2020,

3, 1617

- CASIRAGHI R., *L'imparzialità del giudice fra precedenti valutazioni e influenze mediatiche*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2021, 2, 747
- CASSANO M., *I rapporti tra processo penale e procedimento di prevenzione*, in AA.VV., *Misure di prevenzione*, a cura di S. FURFARO, Torino, 2013, 173
- CASSIBBA F., *Inutilizzabilità degli atti e poteri probatori del giudice nel "nuovo" giudizio abbreviato*, in *Cassazione penale*, 2001, 2, 400
- CASSIBBA F., *In difesa dell'art. 15 Cost.: illegittima la circolazione delle intercettazioni per la prova di reati diversi*, in *Giurisprudenza penale web*, 2020, 6
- CASSIBBA F., *"Codice rosso" e trasmissione obbligatoria di atti e provvedimenti al giudice civile*, in AA.VV., *Processo penale e processo civile: interferenze probatorie e questioni irrisolte*, a cura di L. LUPARIA - L. MARAFIOTI - G. PAOLOZZI, Torino, 2020, 371
- CASTAGNOLA A., *L'accertamento dei fatti fuori dal giudizio*, in *Lo statuto del giudice e l'accertamento dei fatti*, Atti del XXXII Convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile (Messina, 27-28 settembre 2019), Bononia University Press, Bologna, 2020, 6, nonché in *Rivista di diritto processuale*, 2020, 3, 981
- CAVALLA F., *Retorica, processo, verità. Principi di filosofia forense*, Milano, 2007
- CAVALLARO T., *L'accertamento dei fatti inerenti alla responsabilità civile da reato*, in AA.VV., *La prova penale*, Vol. I, a cura di A. GAITO, Torino, 2008
- CAVALLINI C., *La durata ragionevole del processo civile*, in *Rivista di diritto processuale*, 2021, 3, 825
- CAVALLONE B., *Oralità e disciplina delle prove nel processo civile*, in *Rivista di diritto processuale*, 1984, 719
- CAVALLONE B., *Anche i documenti sono «mezzi di prova» agli effetti degli artt. 345 e 437 c.p.c.*, in *Rivista di diritto processuale*, 2005, 3, 1051
- CAVALLONE B., *Forme del procedimento e funzione della prova (ottant'anni dopo Chiovenda)*, in *Rivista di diritto processuale*, 2006, 2, 417
- CAVALLONE B., *Riflessioni sulla cultura della prova*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2008, 3, 947
- CAVALLONE B., *Inutilizzabilità, ai fini della decisione, del documento prodotto*

- da una parte, quando essa non abbia tempestivamente indicato lo scopo della produzione*, in *Rivista di diritto processuale*, 2009, 1, 187
- CAVALLONE B., *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro di Michele Taruffo)*, in *Rivista di diritto processuale*, 2010, 1, 1
- CAVALLONE B., *Istruzione probatoria e preclusioni*, in *Rivista di diritto processuale*, 2014, 4-5, 1036
- CAVALLONE B., *Le prove nel nuovo millennio*, in *Rivista di diritto processuale*, 2022, 2, 525
- CAVALLONE B., *Vicinanze pericolose: prove atipiche, prova indiziaria, argomenti di prova*, in AA.VV., *Il ragionamento presuntivo. Presupposti, struttura, sindacabilità*, a cura di S. Patti-R. Poli, Torino, 2022, 66
- CECCHETTI M., voce *Giusto processo (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento V, 2001, 595
- CECCHI M., *Una chiave di lettura per le precedenti dichiarazioni dell'irreperibile*, in *Diritto penale e processo*, 2018, 11, 1481
- CECCHI M., *La "motivazione rafforzata" del provvedimento ovvero la "forza persuasiva superiore"*, in *Diritto penale e processo*, 2019, 8, 1123
- CENTONZE A., *Le fonti dichiarative anomale: tipicità, atipicità probatoria e overrulings giurisprudenziali*, in *Cassazione penale*, 2021, 1, 13
- CENTORAME F., *Giudizio civile di rinvio e procedura penale rescindente: autonomia e interferenze*, in *Processo penale e giustizia*, 2019, 2, 418
- CENTORAME F., *La prova penale formata in sede civile: "promiscuità pericolose" tra giurisdizioni diverse*, in AA.VV., *Processo penale e processo civile: interferenze probatorie e questioni irrisolte*, a cura di L. LUPARIA - L. MARAFIOTI - G. PAOLOZZI, Torino, 2020, 77
- CENTORAME F., *Le indagini tecnologiche ad alto potenziale intrusivo fra esigenze di accertamento e sacrale inviolabilità dei diritti della persona*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2021, 2, 499
- CERVETTI F., voce *Verbale (diritto processuale penale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLVI, Milano, 1993, 614
- CESARI C., *Atti del procedimento amministrativo e processo penale tra limiti del codice ed urgenze della prassi*, in *Cassazione penale*, 1993, 1, 214
- CESARI C., *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, Milano, 1999

- CESARI C., “Giusto processo”, *contraddittorio e irripetibilità degli atti d’indagine*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2001, 1, 56
- CESARI C., *Prova irripetibile e contraddittorio nella Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2003, 1447
- CHELO M. S., *Intercettazioni telefoniche e divieto di utilizzabilità: quale significato alla nozione di diverso procedimento?*, in *Diritto penale e processo*, 2015, 11, 1418
- CHELO A. – DEMARTIS F., *Il patteggiamento secondo Cartabia*, in AA.VV., *La Riforma Cartabia. Codice penale – Codice di procedura penale – Giustizia riparativa*, a cura di G. SPANGHER, Pisa, 2022, 392
- CHIARLONI S., *In tema di rapporti fra giudicato penale e civile*, in *Rivista di diritto processuale*, 1971, 204
- CHIARLONI S., *Il nuovo articolo 111 Cost. e il processo civile*, in *Rivista di diritto processuale*, 2000, 1010
- CHIARLONI S., voce *Giusto processo (diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, II-1, Milano, 2008, 403
- CHIAVARIO M., voce *Giudizi (rapporti tra)*, in *Enciclopedia del diritto*, XVIII, Milano, 1969, 984
- CHIAVARIO M., voce *Giusto processo (diritto processuale penale)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XV, Appendice di aggiornamento, 2001
- CHIAVARIO M., *Diritto processuale penale*, Torino, 2015
- CHIEPPA R. – GIOVAGNOLI R., *Manuale di diritto amministrativo*, III ed., Milano, 2017
- CHILIBERTI A., *L’azione civile nel processo penale*, III ed., a cura di C. BRUSCO, Milano, 2017
- CHINNICI D., *L’inutilizzabilità della prova tra punti fermi e profili controversi*, in *Diritto penale e processo*, 2014, 7, 889
- CHINNICI D., *Contraddittorio, immediatezza e parità delle parti nel giudizio di appello. Estenuazioni interne e affermazioni europee*, in *Processo penale e giustizia*, 2015, 3, 172
- CHIZZINI A., *Il potere istruttorio del giudice amministrativo nel quadro delle recenti riforme delineate dal d.lgs. n. 80/1998 e dalla legge 205/2000*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2002, 872

- CHIOVENDA G., *Sul rapporto fra le forme del procedimento e la funzione della prova*, in *Saggi di diritto processuale civile*, II, Roma, 1931, 197
- CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1932, I
- CHIOVENDA G., *Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Milano, rist., 1993, 367
- CIACCIA CAVALLARI B., *Prove documentali e consulenza tecnica nel processo per la tutela della proprietà industriale*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2003, 4, 1261
- CIARCIA A. R., *L'utilizzo, nel procedimento e nel processo tributario, delle risultanze probatorie ed istruttorie penali*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2013, 4, 10831
- CISTERNA A., *Impugnazioni: estinta l'azione penale la competenza sul risarcimento spetta al giudice civile*, in *Guida al diritto – Il Sole 24 Ore*, 23 ottobre 2021, 40, 90
- CISTERNA A., *I nuovi protocolli processuali delle misure di prevenzione*, in *Diritto penale e processo*, 2018, 6, 713
- CISTERNA A., *Risarcimento del danno in sede civile senza colpevolezza dell'imputato. Improcedibilità e prescrizione*, in *Guida al diritto – Il Sole 24 Ore*, 18 settembre 2021, 35, 68
- COMELLI A., *La circolazione del materiale probatorio dal procedimento e dal processo penale al processo tributario e l'autonomia decisoria del giudice*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2019, 5, 2032
- COMOGLIO L. P., *Il problema delle prove illecite nell'esperienza angloamericana e germanica*, in *Pubblicazioni dell'Università di Pavia, Studi nelle scienze giuridiche e sociali*, XXXIX, Pavia, 1967, 259
- COMOGLIO L. P., *Repressione del crimine ed incostituzionalità dei mezzi di prova*, in *Rivista di diritto processuale*, 1972, 589
- COMOGLIO L. P., *Incapacità e divieti di testimonianza nella prospettiva costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1976, 41
- COMOGLIO L. P., voce *Confessione*. II) *Diritto processuale civile*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, VIII, Roma, 1988
- COMOGLIO L. P., voce *Giuramento*. II) *Diritto processuale civile*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XV, Roma, 1989
- COMOGLIO L. P., *Prove e accertamento dei fatti nel nuovo c.p.p.*, in *Rivista*

- italiana di diritto e procedura penale*, 1990, 1, 113
- COMOGLIO L. P., *Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata delle prove acquisite con susseguente sequestro*, in *Cassazione penale*, 1996, 5, 1547
- COMOGLIO L. P., voce *Contraddittorio (principio del)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, VIII, Roma, 1997, Aggiornamento VIII
- COMOGLIO L. P., *Prove penali, «giusto processo» e poteri di acquisizione del giudice tributario*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2000, 4, 10943
- COMOGLIO L. P., *Etica e tecnica del giusto processo*, Torino, 2004
- COMOGLIO L. P., *Le prove civili*, Torino, 2010
- COMOGLIO L. P., *L'inutilizzabilità assoluta delle prove incostituzionali*, in *Rivista di diritto processuale*, 2011, 1, 30
- COMOGLIO L. P., *Prefazione*, in J. NIEVA FENOLL, *Intelligenza artificiale e processo*, trad. it., Torino, 2019
- COMOGLIO L. P., *Il giusto processo, vent'anni dopo*, in *Rivista di diritto processuale*, 2021, 3, 962
- CONSO G., *La sanatoria delle nullità assolute*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1956 **PAGINA??**
- CONSO G., *Premesse per una discussione in tema di norme sulla prova nel processo penale*, in *Rivista di diritto processuale*, 1969, 1, 1
- CONSO G., *Il concetto e le specie di invalidità. Introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*, Milano, 1972
- CONSOLO C., *Del coordinamento fra processo penale e processo civile: antico problema risolto a metà*, in *Rivista di diritto civile*, 1996, 1, 227
- CONTE M., *Le prove nel processo civile*, Milano, 2002
- CONTI C., *Le due "anime" del contraddittorio nel nuovo art. 111 Cost.*, in *Diritto Penale e Processo*, 2000, 2, 197
- CONTI C., voce *Giusto processo (diritto processuale penale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento V, Milano, 2001, 595
- CONTI C., *Le nuove norme sull'interrogatorio dell'indagato (art. 64 c.p.p.)*, 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, 191
- CONTI C., *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento: variazioni*

- in tema di diritto alla prova*, in *Diritto Penale e Processo*, 2003, 6, 742
- CONTI C., *L'imputato nel procedimento connesso. Diritto al silenzio e obbligo di verità*, Padova, 2003
- CONTI C., *Questioni controverse in tema di prova dichiarativa a quattro anni dalla legge n. 63 del 2001*, in *Cassazione penale*, 2005, 2, 658
- CONTI C., *La prova del rapporto di causalità*, in AA.VV., *La prova scientifica nel processo penale*, a cura di L. De Cataldo Neuburger, Padova, 2007, 135
- CONTI C., *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007
- CONTI C., *Nullità e inutilizzabilità: problemi attuali e prospettive di riforma*, in *Cassazione penale*, 2008, 4, 1651
- CONTI C., *Il volto attuale dell'inutilizzabilità: derive sostanzialistiche e bussola della legalità*, in *Diritto penale e processo*, 2010, 7, 781
- CONTI C., voce *Contraddittorio*, in *Digesto*, Aggiornamento I, Milano, 2013
- CONTI C., *Annulamento per violazione di legge in tema di ammissione, acquisizione e valutazione delle prove: le variabili giurisprudenziali*, in *Cassazione penale*, 2013, 2, 485
- CONTI C., *La prova scientifica*, in AA.VV., *La prova penale*, a cura di P. FERRUA – E. MARZADURI – G. SPANGHER, Torino, 2013, 87
- CONTI C., *Le dichiarazioni del testimone irreperibile: l'eterno ritorno dei riscontri tra Roma e Strasburgo*, in *Processo penale e giustizia*, 2015, 2
- CONTI C., *L'inutilizzabilità*, in AA.VV., *Le invalidità processuali – Profili statici e dinamici*, a cura di A. MARANDOLA, Torino, 2015, 97
- CONTI C., *La verità processuale nell'era "post-Franzese": rappresentazioni mediatiche e scienza del dubbio*, in AA.VV., *Processo mediatico e processo penale. Per un'analisi critica dei casi più discussi da Cogne a Garlasco*, a cura di C. CONTI, Milano, 2016, 1
- CONTI C., *Prova informatica e diritti fondamentali: a proposito di captatore e non solo*, in *Diritto penale e processo*, 2018, 9, 1210
- CONTI C., *Sicurezza e riservatezza*, in *Diritto penale e processo*, 2019, 11, 1572
- CONTI C., *Il BARD paradigma di metodo: legalizzare il convincimento senza riduzionismi aritmetici*, in *Diritto penale e processo*, 2020, 6, 829
- CONTI C., *Garanzie difensive e riservatezza: le intercettazioni dalla riforma*

- Orlando alla controriforma del 2020*, in AA.VV., *Il fragile mosaico delle garanzie difensive. Dalla legge Orlando alle scelte della XVIII legislatura*, a cura di S. LORUSSO, Torino, 2020, 211
- CONTI C., *La prova scientifica alle soglie dei vent'anni dalla sentenza Franzese: vette e vertigini in epoca di pandemia*, in *Sistema penale web*, 9 febbraio 2021
- C. CONTI – P. FERRUA – P. TONINI, voce *Art. 111 Cost.*, in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. GIARDA – G. SPANGHER, Milano, 2017, Tomo I, 98 ss.
- COPPOLA R., *I barlumi inquisitori di un processo «ad aspirazione» accusatoria*, in *Scenari e trasformazioni del processo penale. Ricordando Massimo Nobili*, a cura di C. IASEVOLI, Napoli, 2020, 203
- CORDERO F., *Prove illecite nel processo penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1961, 32
- CORDERO F., *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963
- CORDERO F., *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1961, 680
- CORDERO F., *Riti e sapienza del diritto*, Bari, 1981
- CORDOPATRI F., voce *Presunzione (diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXV, Milano, 1986, 296
- CORDOPATRI F., *Inferenza probatoria e massime di esperienza, prova, presunzione, indizio*, in *Giurisprudenza di merito*, 1999, 3, IV, 632
- CORSINI F., *La prova testimoniale assunta in forma scritta*, in *Rivista di diritto processuale*, 2010, 4, 856
- COSTANTINI A., *Intercettazioni telefoniche tra inutilizzabilità derivata e sanatoria sopravvenuta*, in *Diritto penale e processo*, 1997, 4, 433
- COSTANZI C., *La morfologia del processo penale. Un approccio storico-filosofico all'epistemologia giudiziaria*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2019, 4, 73
- CRIPPA E., *Procedimento "formalmente" amministrativo e nemo tenetur se detegere*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2021, 2, 762
- CRISTIANI A., *Appunti sul problema delle prove illecite nel processo penale*, in *Studi per Ermanno Graziani*, Pisa, 1973, 341
- CURTOTTI D., *Videoregistrazioni e collegamenti da remoto*, in *Giurisprudenza*

italiana, 2023, 5, 1183

- D'ANGELO G., *Giudice amministrativo e valutazioni tecniche dopo la l. 21 luglio 2000 n. 205*, in *Diritto amministrativo*, 2005, 3, 659
- D'ANGELO G., *La consulenza tecnica nel processo amministrativo fra prassi consolidate e spunti innovativi*, in *Il Foro amministrativo T.A.R.*, 2005, 2, 579
- D'ANGELO G., *Le prove atipiche nel processo amministrativo*, Napoli, 2008
- D'ANGELO G., *L'istruttoria. Il codice del processo amministrativo*, in *Il Foro italiano*, 2010, V, 215
- DAMAŠKA M., *Evidence Law Adrift (1997), Il diritto delle prove alla deriva*, trad. it., Bologna, 2003
- DANIELE M., *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Torino, 2009
- DANIELE M., *Principi costituzionali italiani e ingerenze europee in tema di prova dichiarativa*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2011, 3, 1008
- DANIELE M., *Le "ragionevoli deroghe" all'oralità in caso di mutamento del collegio giudicante: l'arduo compito assegnato dalla Corte costituzionale al legislatore*, in *disCrimen*, 14 novembre 2019, 3
- D'AGOSTINI F., *Introduzione alla verità*, Bollati Boringhieri, Torino, 2011
- D'AVIRRO M., *L'annullamento della sentenza ai soli effetti civili e l'utilizzabilità delle prove assunte nel procedimento penale*, in *Rivista penale*, 2020, 213
- DE AMICIS G., *Il regime della "circolazione" delle intercettazioni dopo la riforma*, in *Cassazione penale*, 2020, 10, 3526
- DEAN G., *La fisionomia costituzionale del processo penale*, Torino, 2007
- DE ANGELIS C., *Processo civile e processo penale. Diritto "interprocessuale"*, Torino, 2009
- DE ANGELIS R. M., *Sulla prova del nesso causale*, in *Rivista di diritto processuale*, 2019, 2, 588
- DE CARO A., *La Corte Costituzionale chiama, le Sezioni Unite rispondono: il triste declino del principio di immediatezza*, in *Diritto Penale e Processo*, 2020, 3, 293

- DE CARO A., *Le ambigue prospettive di riforma del processo penale contenute nel d.d.l. 2435/2020: il declino delle garanzie e il (vano) tentativo di accelerare la durata dei processi*, in *Diritto penale e processo*, 2021, 4, 524
- DE GIORGI CEZZI G., *Giudizio prova verità. Appunti sul regime delle prove nel processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo. Rivista trimestrale*, 2002, 4, 906
- DE GIORGI CEZZI G., *La ricostruzione del fatto nel processo amministrativo*, Napoli, 2003
- DE GREGORIO G. G., *Brevi considerazioni in margine dei concetti di “stesso procedimento” e di “procedimento diverso” ai fini dell’utilizzabilità dibattimentale del contenuto degli interrogatori*, in *Cassazione penale*, 1991, 1000
- DE GREGORIO G. G., *Alcune note intorno “all’inutilizzabilità” degli atti nel processo penale*, in *Cassazione penale*, 1992, 4, 1104
- DEL COCO R., *La preclusione*, in AA.VV., *Le invalidità processuali – Profili statici e dinamici*, a cura di A. MARANDOLA, Torino, 2015, 361
- DE LIBERIS G., *Il principio di immediatezza nella rilettura delle Sezioni Unite: cronaca di una morte annunciata?*, in *Archivio della nuova procedura penale*, 2020, 2, 125
- DE LIBERIS G., *Sentenze di proscioglimento irrevocabili e regime delle impugnazioni della parte civile*, in AA.VV., *Processo penale e processo civile: interferenze probatorie e questioni irrisolte*, a cura di L. LUPARIA - L. MARAFIOTI - G. PAOLOZZI, Torino, 2020, 301
- DELL’ANNO P., *Prova documentale e circolarità della prova*, in AA.VV., *La prova penale*, Vol. II, a cura di A. GAITO, Torino, 2008
- DELLA SALA P., *Natura giuridica dell’azione civile nel processo penale e conseguenze sul danno*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1989, 3, 1079
- DE LUCA G., *La cultura della prova e il nuovo processo penale*, in AA.VV., *Studi in onore di Giuliano Vassalli*, II, Milano, 1991, 179
- DE LUCA G., *Il sistema delle prove penali e il principio del libero convincimento nel nuovo rito*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1992, 1255
- DEL PUNTA R., *Diritto del lavoro*, XIV edizione, Milano, 2022

- DELVECCHIO F., *La “circolazione trasversale” delle intercettazioni eseguite in un diverso procedimento*, in *Diritto penale e processo*, 2015, 2, 206
- DE MARINI C. M., voce *Ammissione (diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, II, Milano, 1958, 242
- DE MATTEO R., *In tema di trasmigrazione probatoria tra procedimenti diversi*, in *Archivio penale*, 2011, 3
- DE MICHELE S. C., voce *Indizio*, in *Digesto penale*, VI, Torino, 1992, 380
- DENTI V., *Interrogatorio formale di parte non legittimata a confessare*, in *Giurisprudenza italiana*, 1960, I, 2, 836
- DENTI V., *L’evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, in *Rivista di diritto processuale*, 1965
- DENTI V., *La natura giuridica delle norme sulle prove civili*, in *Rivista di diritto processuale*, 1969, 8
- DENTI V., voce *Prova documentale (diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVII, Milano, 1988, 713
- DENTI V., voce *Oralità. I) Principio dell’oralità (diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXI, Roma, 1990
- DENTI V., voce *Invalidità (diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento I, 1997, 709
- DESSI A., *Le notizie anonime nel processo penale*, in *Rivista penale*, 1972, 1, 272
- DI BITONTO M. L. – PINTO DE ALBUQUERQUE P., *In difesa del dibattimento penale*, in *Diritto penale e processo*, 2020, 8, 1116
- DI CHIARA G., *L’inquisizione come «eterno ritorno»: tecnica delle contestazioni e usi dibattimentali delle indagini a seguito della sentenza n. 255/92 della Corte costituzionale*, in *Foro italiano*, 1992, I, 2013
- DIDDI A., *Sanatoria per conseguimento dello scopo: un’altra applicazione in tema di nullità delle notificazioni eseguite presso un domicilio diverso da quello validamente dichiarato*, in *Cassazione penale*, 2007, 6, 2545
- DIDDI A., *L’impugnazione per gli interessi civili*, Padova, 2011
- DIDDI A., *Le invalidità nel dibattimento*, in AA.VV., *Le invalidità processuali – Profili statici e dinamici*, a cura di A. MARANDOLA, Torino, 2015, 551
- DI DEDDA E., *Il consenso delle parti nel processo penale*, Padova, 2002
- DINACCI F. R., *I poteri del giudice di rinvio tra esigenze di integrazione*

- probatoria e limiti stabiliti dalla Corte di Cassazione*, in *Giurisprudenza italiana*, 1997, 7, 441
- DINACCI F. R., *Il giudizio di rinvio nel processo penale*, Padova, 2002
- DINACCI F. R., *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, Padova, 2003
- DINACCI F. R., *La rinnovazione dell'istruttoria nel giudizio di rinvio*, in *Cassazione penale*, 2007, 9, 3500
- DINACCI F. R., *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008
- DINACCI F. R., *Verso quale nomofilachia? L'irripetibilità dell'atto tra Costituzione e fonti europee*, in *Archivio penale*, 2011, 3
- DI PACO N., *Lecture dibattimentali e dichiarazioni erga alios dell'imputato di reato collegato: alcuni rilievi alla luce della sent. n. 218/2020 della Corte costituzionale*, in *Archivio penale web*, 2021, 1
- DI PAOLO G., *Nullità processuale e sanatorie tra tassatività e tendenze antiformalistiche*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2014, 1, 246
- DITTRICH L., *I limiti soggettivi della prova testimoniale*, Milano, 2000
- DITTRICH L., *La precognizione del giudice e le incompatibilità nel processo civile*, in *Scritti in memoria di Giovanni Cattaneo*, Milano, 2002, II, 708
- DITTRICH L., *La Corte costituzionale salva nuovamente l'incapacità a testimoniare delle parti attuali e di quelle "potenziali"*, in *Rivista di diritto processuale*, 2010, 2, 429
- DITTRICH L., *La ricerca della verità nel processo civile: profili evolutivi in tema di prova testimoniale, consulenza tecnica e fatto notorio*, in *Rivista di diritto processuale*, 2011, 1, 108
- DITTRICH L., *L'assunzione delle prove nel processo civile italiano*, in *Rivista di diritto processuale*, 2016, 3, 589
- DOMINICI M., *Il rapporto tra il processo civile e il processo penale*, in *Giurisprudenza italiana*, 2015, 10, 2239
- DOMINIONI O., *Un nuovo idolum theatri: il principio di non dispersione probatoria*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1997, 3, 744
- DOMINIONI O., *Oralità, contraddittorio e principio di non dispersione della prova*, in AA.VV., *Il giusto processo*, Atti del convegno dell'Associazione

- tra gli studiosi del processo penale (Salerno 11-13 ottobre 1996), Milano, 1998
- DONDI A., *L'evoluzione della hearsay rule nel processo civile angloamericano*, in *Rivista proc. civ.*, 1979, 97/124 ss. (parte prima) 223/240 ss. (parte seconda)
- DONZELLI R., *Sul «principio del pregiudizio effettivo»*, in *Rivista di diritto processuale*, 2020, 2, 548
- DONZELLI R., *Riflessioni in tema di nullità processuali e pregiudizio effettivo*, in AA.VV., *Processo penale e processo civile: interferenze probatorie e questioni irrisolte*, a cura di L. LUPARIA - L. MARAFIOTI - G. PAOLOZZI, Torino, 2020, 263
- DONZELLI R., *Pregiudizio effettivo e nullità degli atti processuali*, Napoli, 2020
- DURELLO L., *Sull'inutilizzabilità della prova illecita nei procedimenti in materia di famiglia*, in *Famiglia e Diritto*, 2018, 1, 41
- DURLING J., *The intercircuit exclusionary rule*, in *Yale Law Journal*, 2018, 128, 1, 231
- EMSON R., *Evidence*, V ed., Palgrave Macmillan, London, 2010
- FABIANI E., *I poteri istruttori del giudice civile*, Napoli, 2008
- FALATO F., *Giudicato assolutorio penale e processo civile di danno: studio sulla preclusione processuale*, Napoli, 2012
- FALZEA A., voce *Accertamento (teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, I, Milano, 1958, 205
- FALZEA A., voce *Efficacia giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*, XIV, Milano, 1965, 432
- FANUELE C., *L'irripetibilità sopravvenuta delle dichiarazioni in precedenza acquisite: l'«accertata impossibilità di natura oggettiva» giustifica una deroga al principio del contraddittorio nella formazione della prova*, in *Cassazione penale*, 2001, 5, 1517
- FANULI G. L., *Prove civili nel giudizio penale*, in *Archivio della nuova procedura penale*, 2008, 243
- FARANO A., *Scienza moderna e valutazione della prova scientifica*, in *Rivista*

- di diritto processuale*, 2021, 1, 139
- FELICIONI P., *L'utilizzabilità delle prove acquisite in altro procedimento penale: problema interpretativo o necessità di intervento legislativo?*, in *Cassazione penale*, 1992, 7, 1824
- FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, VII ed., Bari, 2002
- FERRAJOLI M., *Dubbi sull'acquisibilità delle dichiarazioni in precedenza rese dall'imputato (o coimputato) che rifiuti l'esame in dibattimento*, in *Giur. cost.*, 1992, 1953
- FERRARI F., *La sanzione dell'inutilizzabilità nel codice della privacy e nel processo civile*, in *Rivista di diritto processuale*, 2013, 2, 348
- FERRARI U., *La verità penale e la sua ricerca nel processo penale*, Milano, 1927
- FERRARIS M., *Postverità ed altri enigmi*, Bologna, 2017
- FERRER BELTRAN J., *Prova e verità nel diritto*, trad. it., Bologna, 2004
- FERRER BELTRAN J., *La valutazione razionale della prova*, Milano, 2012
- FERRUA P., *La formazione delle prove nel nuovo dibattimento: limiti all'oralità e al contraddittorio*, in *Studi sul processo penale*, 1990
- FERRUA P., *Il 'giusto processo'*, III ed., Bologna, 2012
- FERRUA P., *La prova nel processo penale: profili generali*, in AA.VV., *La prova penale*, a cura di P. FERRUA – E. MARZADURI – G. SPANGHER, Torino, 2013, 1
- FERRUA P., *Carenze ed eccessi di garanzia nel diritto di difesa dell'imputato*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 3, 552
- FERRUA P., *La prova nel processo penale, I, Struttura e procedimento*, Torino, 2015
- FERRUA P., *Il giusto processo tra governo della legge ed egemonia del potere giudiziario*, in *Diritto Penale e Processo*, 2020, 1, 5
- FERRUA P., *L'artista della procedura penale. Ricordando Franco Cordero*, in *Cassazione penale*, 2020, 6, 2167
- FERRUA P., *Prove illegittimamente acquisite: passato ed avvenire di un'illustre teoria*, in *Diritto Penale e Processo*, 2020, 9, 1249
- FERRUA P., *Il concetto di "provare" e di provato*, in *Diritto penale e processo*, 2021, 5, 557

- FIANDACA G., *Modelli di processo e scopi della giustizia penale*, in *Foro italiano*, 1992, I, 2023
- FILIPPI L., *L'intercettazione di comunicazioni*, Milano, 1997
- FILIPPI L., *Art. 270 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. GIARDA - G. SPANGHER, Assago, 2017, Tomo I, 2711
- FILIPPI L., voce *Procedimento di prevenzione*, in *Digesto penale*, Aggiornamento I, Milano, 2014
- FILIPPI L., *Intercettazioni: habemus legem!*, in *Diritto penale e processo*, 2020, 4, 453
- FILIPPI L., *Intercettazioni, accesso ai dati personali e valori costituzionali. La giurisprudenza e l'impatto con la l. n. 7/2020*, e-Book, Pisa, 2021
- FIGLIOLI G., *Il giudicato penale assolutorio per insufficienza di prove: quale efficacia negli «altri» giudizi civili?*, in AA.VV., *Processo penale e processo civile: interferenze probatorie e questioni irrisolte*, a cura di L. LUPARIA - L. MARAFIOTI - G. PAOLOZZI, Torino, 2020, 125
- FLORIAN E., *Le due prove (civili e penali)*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, 1926, I, 223
- FONZOLI A., *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento: un difficile equilibrio tra forme di acquisizione probatoria mediante lettura degli atti e nullità del dibattimento per inosservanza del principio di immutabilità del giudice*, in *Archivio della nuova procedura penale*, 2007, 2, 137
- FRANCOLINI G., *La prova nel procedimento di prevenzione: identità, alterità o somiglianza con il processo penale?*, in *Sistema penale*, 2020, 10, 5
- FRANKFURT H. G., *Il piccolo libro della Verità*, Rizzoli, Milano, 2007
- FURNO C., *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova, 1940
- FURFARO S., *Rapporti tra processo penale e procedimento di prevenzione*, in *Archivio penale web*, 2014, 2
- FURGIUELE A., *Le prove formate fuori dal giudizio*, Torino, 2012
- GAITO A., *Quali limiti alla sanatoria dell'inutilizzabilità di atti compiuti in altro procedimento*, in *Diritto penale e processo*, 1997, 12, 1517
- GAITO A., *La prova penale*. Trattato diretto da A. GAITO, Torino, 2008

- GAITO A., *La circolazione delle prove e delle sentenze*, in *Archivio penale*, 2011, 3
- GAITO A. – VALENTINI C., *Stato senza diritto e difesa smaterializzata: la sostanziale inutilità del diritto alla prova*, in *Archivio penale web*, 2020, 3
- GALANTINI N., *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992
- GALANTINI N., voce *Inutilizzabilità (diritto processuale penale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento I, Milano, 1997
- GALANTINI N., *Giusto processo e garanzia costituzionale del contraddittorio nella formazione della prova*, in *Diritto penale contemporaneo web*, 7 settembre 2011, e in *Processo penale e giustizia*, 2012, 2, 1
- GALANTINI N., *Inutilizzabilità della prova e diritto vivente*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2012, 1, 64
- GALANTINI N., *Profili di inutilizzabilità delle intercettazioni anche alla luce della nuova disciplina*, in *Diritto penale contemporaneo web*, 16 marzo 2018
- GALANTINI N., *L'inutilizzabilità effettiva della prova tra tassatività e proporzionalità*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2019, 4, 57
- GALANTINI N., *L'art. 191 c.p.p. a confronto con la 'inutilizzabilità derivata' in un nuovo giudizio costituzionale*, in *Sistema penale web*, 18 gennaio 2022
- GALGANI B., *La "circolazione della prova": indicazioni emergenti dall'esperienza spagnola*, in *Diritto penale e processo*, 2008, 10, 1321
- GALGANI B., *Istanze di deflazione, principio di immediatezza e...smaterializzazione del processo penale*, in AA.VV., *Istanze di deflazione tra coerenza dogmatica, funzionalità applicativa e principi di garanzia*, Atti dell'incontro di studi (Pisa, 22 marzo 2019), a cura di G. DE FRANCESCO - A. GARGANI - E. MARZADURI - D. NOTARO, Torino, 2019, 222
- GALGANI B., *Il processo penale in 'ambiente' digitale: ragioni e (ragionevoli) speranze*, in *Questione giustizia*, 17 gennaio 2022, 1
- GALLI G., *L'inammissibilità dell'atto processuale penale*, Milano, 1968
- GALLO C. E., *La prova nel processo amministrativo*, Milano, 1994
- GALLUCCIO MEZIO G., *La rinuncia alla prova: atto unilaterale o accordo probatorio?*, in *Diritto penale e processo*, 2020, 10, 1377
- GALLUCCIO MEZIO G., *"Intercettazioni – corpo del reato" e altre insidiose suggestioni*, in *Diritto penale e processo*, 2021, 3, 382

- GAMBINI R., *Perquisizioni, sequestri, esclusione probatoria: interpretazioni attuali e prospettive de jure condendo*, in *Diritto penale e processo*, 2005, 10, 1289
- GARELLO A., *Le sanzioni della nullità e dell'inutilizzabilità e la tutela del "diritto alla prova": prime osservazioni*, in *Critica del diritto*, 1989, 113
- GAROFALO G., *L'efficacia extra moenia del giudicato sommario: il «giudizio abbreviato»*, in AA.VV., *Processo penale e processo civile: interferenze probatorie e questioni irrisolte*, a cura di L. LUPARIA - L. MARAFIOTI - G. PAOLOZZI, Torino, 2020, 113
- GAROFOLI V., *Giudizio, regole e giusto processo. I tormentati itinerari della cognizione penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2000, 2, 512
- GATTA G.L., *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della 'legge Cartabia'*, in *Sistema penale web*, 15 ottobre 2021, 1
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, XVIII ed., Napoli, 2017
- GIALUZ M., *Art. 622 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. GIARDA - G. SPANGHER, Assago, 2017, Tomo II, 3505
- GIALUZ M., *La violazione dei diritti fondamentali nuoce alla ricerca della verità: la Corte di Strasburgo condanna l'Italia per il procedimento nei confronti di Amanda Knox*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2019, 2, 155
- GIALUZ M., *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della Riforma Cartabia. Profili processuali*, in *Sistema penale web*, 2 novembre 2022
- GIALUZ M. – DELLA TORRE J., *Giustizia per nessuno. L'inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*, Torino, 2022
- GIANNITI F., *I rapporti tra processo civile e processo penale*, Milano, 1998
- GIARDA A., *Ricorso per cassazione della parte civile, annullamento del "capo penale" e competenza del giudice di "rinvio"*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1975, 2, 618
- GIARDA A., *Ci sono principi e principi: parola della Corte costituzionale*, in *Corriere giuridico*, 1992, 979
- GIOSTRA G., *Valori ideali e prospettive metodologiche del contraddittorio in sede penale*, in *Politica del diritto*, 1986, 13
- GIOSTRA G., voce *Contraddittorio (principio del)*, in *Enciclopedia giuridica*

Treccani, Aggiornamento VIII, Roma, 2001

- GIULIANI A., *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, 1971
- GIULIANI A., *Ordine isonomico ed ordine asimmetrico: «nuova retorica» e teoria del processo*, in *Sociologia del diritto*, 1986, 81
- GIULIANI A., voce *Prova (filosofia)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVII, 1988, 518
- GIUNCHEDI F., *Un istituto di formazione giurisprudenziale: la sanatoria dell'inutilizzabilità nel giudizio di rinvio*, in *Giurisprudenza italiana*, 2009, 7
- GIUNCHEDI F., *Ius tacendi e procedimento para-penali. La Consulta garantisce il maximum standard nei procedimenti avanti a Consob e Banca d'Italia*, in www.penaledp.it, 3 giugno 2021
- GIUSSANI A., voce *Prova (circolazione della) (diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, II-1, Milano, 2008, 946
- GLATEANU O. E., *Comparative law perspectives on the exclusion of evidence obtained illegally in the criminal proceedings*, in *Public Administration & Regional Studies*, 2017, 1, 47
- GOOD I.J., *On the Principle of Total Evidence*, in *The British Journal for the Philosophy of Science*, Feb., 1967, Vol. 17, No. 4, 319
- GRASSO E., *Dei poteri del giudice*, in AA.VV., *Commentario del codice di procedura civile*, I, a cura di E. ALLORIO, Torino, 1973
- GRASSO P., *Diritto alla prova e ragionevole durata del processo*, in *Critica penale*, 2002, 119
- GRAZIOSI A., *Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2011, 3, 693
- GRAZIOSI A., *Contro l'utilizzabilità delle prove illecite nel processo civile*, in *Il giusto processo civile*, 2016, 3, 945
- GREVI V., *Nemo tenetur se detegere: interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972
- GREVI V., *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte Costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1973, 317
- GRIFANTINI F.M., *Precisazioni in tema di inutilizzabilità probatoria suggerite da un singolare caso di 'utilizzabilità sopravvenuta' della testimonianza e da una sospetta irrivalenza della perizia*, in *Cassazione penale*, 1995, 3016

- GRIFFO M., *Sono inutilizzabili i dati intercettati a mezzo di captatore informatico al di fuori dei luoghi consentiti*, in *Sistema penale*, 2020, 10, 127
- GRILLO P., *Utilizzabilità della prova e sua acquisizione dibattimentale con particolare riferimento alle intercettazioni telefoniche*, in *Archivio della nuova procedura penale.*, 1991, 429
- GROSSO D., *Trasmissione di atti, informazioni e dati nel processo penale*, Milano, 1987
- GUARNERI G., voce *Giudizio (rapporto fra il giudizio civile ed il penale)*, in *Novissimo Digesto italiano*, VII, Torino, 1961, 886
- GUIDI D., *I rapporti tra processo penale e processo tributario ad oltre dieci anni di distanza dal d.lgs. n. 74 del 2000*, in *Diritto penale e processo*, 2012, 11, 1384
- GUIDI P., *Teoria giuridica del documento*, Milano, 1950
- HAACK S., *Truth, Truths, “Truth” and “Truths” in the Law*, in *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 2003, Vol. 26, No.1, 17
- HAACK S., *Introduction: A Pragmatist Perspective on Science, Proof, and Truth in the Law*, in *Evidence Matters. Science, Proof and Truth in Law*, Cambridge, 2014, XV
- HAACK S., *Epistemology and the Law of Evidence: Problems and Projects*, in *Evidence Matters. Science, Proof and Truth in Law*, Cambridge, 2014, 1
- HAACK S., *Epistemology Legalized: Or, Truth, Justice, and the American Way*, in *Evidence Matters. Science, Proof and Truth in Law*, Cambridge, 2014, 27
- HAACK S., *Nothing Fancy: Some Simple Truths about Truth in the Law*, in *Evidence Matters. Science, Proof and Truth in Law*, Cambridge, 2014, 294
- HO H. L., *A Philosophy of Evidence Law. Justice in the Search for Truth*, Oxford, 2008
- IACOVIELLO F. M., *Processo di parti e poteri probatori del giudice*, in *Cass. pen.*, 1993, 157, 286
- IACOVIELLO F. M., *Il controllo della Cassazione sulle prove: prove invalide, prove travisate, prove ignorate*, in *Cassazione penale*, 1994, 1243

- IACOVIELLO F. M., *Giusto processo? Alcune domande...*, in *Cassazione penale*, 2003, 5, 1458
- IACOVIELLO F. M., *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013
- IACOVIELLO F.M., *Conclusioni. Il processo senza verità*, in AA.VV., *Processo mediatico e processo penale. Per un'analisi critica dei casi più discussi da Cogne a Garlasco*, a cura di C. CONTI, Milano, 2016, 219
- IADECOLA G., *Cassazione della sentenza penale e giudizio di rinvio*, in *Giurisprudenza di merito*, 2003, 12, 2585
- IAFISCO L., *Perizia acquisita ai sensi dell'art. 238 c.p.p. e audizione dibattimentale del perito*, in *Giurisprudenza italiana*, 1997, 9, 529
- IAFISCO L., *Il regime delle invalidità degli atti nel giudizio abbreviato e questioni vecchie e nuove prospettive dopo la legge n. 479 del 1999*, in *Giurisprudenza italiana*, 2001, 1, 116
- IAFISCO L., *La sentenza penale come mezzo di prova*, Torino, 2002
- IAFISCO L., *Acquisizione della prova-sentenza ex art. 238 bis c.p.p. e contraddittorio nel momento di formazione della prova*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, 1, 217
- IAI I., *Art. 75 c.p.p.*, in *Codice di Procedura Penale commentato*, a cura di A. GIARDA – G. SPANGHER, Assago, 2017, Tomo I, 861
- IANNACCONE A., *I rapporti tra processo penale e procedimento tributario alla luce della recente giurisprudenza di legittimità*, in *Fisco*, 2008, 41, 7376
- IASEVOLI C., *Le patologie processuali nei riti alternativi*, in AA.VV., *Le invalidità processuali – Profili statici e dinamici*, a cura di A. MARANDOLA, Torino, 2015, 493
- IASEVOLI C., *La funzione 'dissuasiva' del processo penale nel relativismo delle tecniche di bilanciamento*, in *Scenari e trasformazioni del processo penale. Ricordando Massimo Nobile*, a cura di C. IASEVOLI, Napoli, 2020, 327
- IASEVOLI C., *Il giudizio e la crisi del metodo epistemologico garantista*, in *Sistema penale web*, 10 novembre 2022
- ICHINO G., *Il giudice del dibattimento, le parti e la formazione della prova nel nuovo processo penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1989, 2, 680
- ILLUMINATI G., voce *Accusatorio e inquisitorio (sistema)*, in *Enciclopedia*

giuridica Treccani, I, 1988, 1

ILLUMINATI G., *Il nuovo dibattimento: l'assunzione diretta delle prove*, in AA.VV., *Le nuove disposizioni sul processo penale. Atti del convegno Perugia 14-15 aprile 1988*, Padova, 1989

ILLUMINATI G., *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2010, 2, 521

ILLUMINATI G., *Principio di legalità e processo penale*, in *Scenari e trasformazioni del processo penale. Ricordando Massimo Nobili*, a cura di C. IASEVOLI, Napoli, 2020, 69

INNOCENTI A., *Le sezioni unite limitano l'utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni per la prova di reati diversi da quelli per cui sono state ab origine disposte*, in *Diritto penale e processo*, 2020, 7, 993

INNOCENTI A., *La Cassazione ribadisce l'applicabilità dei limiti generali di ammissibilità delle intercettazioni anche agli ulteriori reati emersi nello "stesso procedimento"*, in *Diritto penale e processo*, 2021, 5, 624

IRTI N., *Sul concetto giuridico di documento*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1969, 486

KALB L., *Il documento nel sistema probatorio*, Torino, 2000

KAMISAR Y., *In defense of the Search and Seizure Exclusionary Rule*, in *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 2003, Vol. 26, No. 1, 119

KEANE A., *The modern law of evidence*, VII ed., Oxford University Press, Oxford, 2008

KOSTORIS R. E., *Ammissione di documenti e diritto alla prova contraria*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, 3184

KOSTORIS R. E., voce *Giudizio (diritto processuale penale)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XV, Aggiornamento, 1997, 8

KOSTORIS R. E., *Incidente probatorio senza indagato e limiti all'utilizzabilità della prova nell'ambito dello stesso o di altro procedimento*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1995, 3, 904

KOSTORIS R. E., *Interferenze probatorie: prove acquisite in altri procedimenti, oralità, immediatezza, contraddittorio e relativi compromessi*, in *Quaderni C.S.M.*, 1997, 98

- LANGEBEIN J., *Historical Foundations of the Law of Evidence: A View from the Ryder Sources*, in *Columbia Law Review*, Vol. 96, No. 5, Jun., 1996, 1168
- LA ROCCA E. N., *Quale immediatezza, ora?*, in *Archivio penale web*, 2020, 3
- LA ROCCA E. N., *L'art. 270 c.p.p. e la proporzionalità perduta: moniti per un recupero dalla Corte di Giustizia UE*, in *Archivio penale web*, 2021, 1
- LA ROCCA E. N., *Il modello di riforma "Cartabia": ragioni e prospettive della Delega n. 134/2021*, in *Archivio penale web*, 2021, 3, 1
- LA ROCCA E. N., *Improcedibilità, impugnazione per gli interessi risarcitori e rinvio al giudice civile*, in AA.VV., *La Riforma Cartabia. Codice penale – Codice di procedura penale – Giustizia riparativa*, a cura di G. SPANGHER, Pisa, 2022, 567
- LARONGA A., *Le prove atipiche nel processo penale*, Padova 2002
- LA SCALA A. E., *Prova testimoniale, diritto di difesa e giusto processo tributario*, in *Rassegna tributaria*, 2012, 1, 90
- LATTANZI G., *La formazione della prova al dibattimento*, in *Cassazione penale*, 1989, 1972
- LAVARINI B., *Azione civile nel processo penale e principi costituzionali*, Torino, 2009
- LAVARINI B., *La Corte costituzionale apre la via per l'estensione del ne bis in idem fuori della materia "formalmente" penale*, in *Processo penale e giustizia*, 2022, 6, 1563
- LEO G., *Intercettazioni inutilizzabili e procedimento di prevenzione*, in *Diritto penale e processo*, 2009, 9, 1112
- LIEBMAN E. T., *L'efficacia della sentenza penale nel processo civile*, in *Rivista di diritto processuale*, 1957, 1, 3
- LOCATELLI G., *Il rebus dell'inutilizzabilità dei verbali probatori di altri procedimenti*, in *Diritto penale e processo*, 2000, 243
- LOPEZ R., *Nuove ipotesi di documentazione mediante videoregistrazione e di collegamento a distanza*, in *Processo penale e giustizia*, 2022, 1, 18
- LORUSSO S., *Acquisizione di sentenze irrevocabili ex art. 238-bis c.p.p. e pregiudizialità penale: una norma controversa*, in *Urbanistica e appalti*, 1999, 3, 329

- LORUSSO S., *I molteplici volti del contraddittorio: dalle regole costituzionali all'attuazione legislativa*, in AA.VV., *Processo penale e costituzione*, a cura di F. R. DINACCI, Milano, 2010, 345
- LORUSSO S., *L'illusione accusatoria al tramonto*, in *Diritto Penale e Processo*, 2015, 12, 1465
- LORUSSO S., *Il fascino indiscreto della "mediatezza"*, in *Sistema Penale Web*, 23 novembre 2020
- LORUSSO S., *Cronaca di una riforma (troppo) a lungo annunciata*, in AA.VV., *Il fragile mosaico delle garanzie difensive. Dalla legge Orlando alle scelte della XVIII legislatura*, a cura di S. LORUSSO, Torino, 2020, 1
- LORUSSO S., *La mutata fisionomia della partecipazione a distanza al dibattito e il vulnus delle garanzie difensive*, in AA.VV., *Il fragile mosaico delle garanzie difensive. Dalla legge Orlando alle scelte della XVIII legislatura*, a cura di S. LORUSSO, Torino, 2020, 147
- LORUSSO S., *Il primo step della XVIII legislatura. I nuovi scenari (inattuati) del diritto di difesa*, in AA.VV., *Il fragile mosaico delle garanzie difensive. Dalla legge Orlando alle scelte della XVIII legislatura*, a cura di S. LORUSSO, Torino, 2020, 321
- LOZZI G., *I principi del dibattito*, in *Riflessioni sul nuovo processo penale*, Torino, 1990
- LUDOVICI L., *La disciplina del giudizio nella riforma c.d. Cartabia*, in *Diritto penale e processo*, 2021, 12, 1581
- LUDOVICI L., *Il "nuovo" giudizio di primo grado sospeso tra le ombre del passato e i chiaro-scuro del futuro*, in AA.VV., *La Riforma Cartabia. Codice penale – Codice di procedura penale – Giustizia riparativa*, a cura di G. SPANGHER, Pisa, 2022, 501
- LUPARIA L., *Prefazione. Faraway so close. Il giudizio civile e il rito penale tra koiné processuale e fratture culturali*, in AA.VV., *Processo penale e processo civile: interferenze probatorie e questioni irrisolte*, a cura di L. LUPARIA - L. MARAFIOTI - G. PAOLOZZI, Torino, 2020, XV
- MACCHIA A., *La riforma del giudizio abbreviato e degli altri riti speciali*, in www.penalecontemporaneo.it, 27 novembre 2017
- MACCHIA A., *La prova dichiarativa. La giurisprudenza della Corte*

- costituzionale, della Corte EDU e delle Sezioni Unite della Corte di cassazione a confronto. Il valore nei procedimenti civili, amministrativi e disciplinari della prova dichiarativa assunta nel procedimento penale*, in *Cassazione penale*, 2020, 2, 4423
- MADDEN M., *A Model Rule for Excluding Improperly or Unconstitutionally Obtained Evidence*, in *Berkley Journal of International Law*, Vol. 33, Iss. 2 [2015], Art. 4, 442
- MAINARDIS C., *L'inutilizzabilità processuale delle prove incostituzionali*, in *Quaderni costituzionali*, 2000, 2, 371
- MAMBRIANI A., *Giusto processo e non dispersione delle prove*, Piacenza, 2002
- MANCUSO E. M., *L'art. 270 c.p.p.: circolazione della prova e «memoria della sua genesi»*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2005, 3, 1212
- MANGIARACINA A., *Immutabilità del giudice versus efficienza del sistema: il dictum delle Sezioni Unite*, in *Processo penale e giustizia*, 2020, 1
- MANIGRASSO T. C., *La rilevanza del consenso dell'avente diritto nelle attività d'indagine irrualmente esercitate*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2019, 5, 2108
- MANONI E., *Utilizzabilità di dichiarazioni di terzi quale possibile correttivo al divieto di prova testimoniale: quali riflessi sul diritto di difesa?*, in *Il Fisco*, 2014, 46, 4535
- MANZINI V., *Trattato di diritto processuale penale*, I, Torino, 1931
- MARAFIOTI L., *Trasmigrazione di atti, prova "per sentenze" e libero convincimento del giudice*, in AA.VV., *Studi sul processo penale in ricordo di Assunta Mazzarra*, coord. da A. GAITO, Padova, 1996, 247
- MARAFIOTI L., *Sinergie fra procedimento penale e procedimento di prevenzione*, in *Diritto penale contemporaneo web*, 22 aprile 2016
- MARAFIOTI L., *Ai titoli di coda: intersezioni e "piccoli equivoci" processuali "senza importanza"*, in AA.VV., *Processo penale e processo civile: interferenze probatorie e questioni irrisolte*, a cura di L. LUPARIA - L. MARAFIOTI - G. PAOLOZZI, Torino, 2020, 395
- MARAFIOTI L. – FIORELLI G. – PITTIRUTI M., *Maxiprocessi e processo "giusto"*, in AA.VV., *Il "doppio binario" nell'accertamento dei fatti di mafia*, a cura di A. BARGI, Torino, 2013, 653
- MARANDOLA A., *Mutamento del giudice del dibattimento e sopravvenuta*

- irripetibilità della prova*, in *Cassazione penale*, 1994, 1992
- MARANDOLA A., *La patologia dell'atto processuale: indirizzi sostanziali vs legalità formale*, in *Diritto penale e processo*, 2012, 9, 1053
- MARANDOLA A., *Il modello nazionale tra vecchio e nuovo sistema processuale*, in AA.VV., *Le invalidità processuali – Profili statici e dinamici*, a cura di A. MARANDOLA, Torino, 2015, 5
- MARANDOLA A., *Il contraddittorio cartolare “coatto” non è conforme a Costituzione*, in *Giurisprudenza italiana*, 2020, 5, 1236
- MARCHESE V., *Principio di proporzionalità, diritti fondamentali e processo penale*, in AA.VV., *Percorsi giuridici della postmodernità*, a cura di R. E. KOSTORIS, Bologna, 2016
- MARCHESELLI A., *Contraddittorio e parità delle armi per un «giusto processo» tributario*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2006, 4, 10695
- MARELLI F., *La conversione degli atti invalidi nel processo civile*, Padova, 2000
- MARINELLI C., *Non costituiscono prova documentale gli atti dei procedimenti ispettivi*, in *Diritto penale e processo*, 1999, 5, 588
- MAZZA O., *Le insidie al primato della prova orale rappresentativa. L'uso dibattimentale di materiale probatorio precostituito*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2011, 1518
- MAZZA O., *Il garantismo al tempo del giusto processo*, Milano, 2011
- MAZZA O., voce *Contraddittorio (principio del) (diritto processuale penale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, VII, Milano, 2014, 247
- MAZZA O., *Il giudice e il procedimento di esecuzione*, in AA.VV., *Manuale della esecuzione penitenziaria*, a cura di P. CORSO, Milano, 2015, 489
- MAZZA O., *Il sarto costituzionale e la veste stracciata del codice di procedura penale*, in *Archivio penale*, 2019, 2, 1
- MAZZA O., *Tradimenti di un codice. La Procedura penale a trent'anni dalla grande riforma*, Torino, 2020
- MAZZA O., *Immediatezza e crisi sanitaria*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2021, 2, 461
- MEESE J., *The use of illegally obtained evidence in criminal cases: a brief overview*, in *ERA Forum*, 18, 297-309 (2017)
- MELCHIONDA A., *Prove illegali e prove illecite nel futuro processo penale*, in

Rivista penale, 1977

- MELCHIONDA A., voce *Prova (diritto processuale penale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVII, Milano, 1988
- MELCHIONDA A., voce *Prova in generale (diritto processuale penale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento I, Milano, 1997
- MENCARELLI F., *L'inutilizzabilità e l'acquisizione delle prove nel nuovo sistema processuale*, in *La Giustizia penale*, 1989, III, 84
- MENDITTO F., *Presente e futuro delle misure di prevenzione (personali e patrimoniali): da misure di polizia a prevenzione della criminalità da profitto*, in *Diritto penale contemporaneo web*, 23 maggio 2016
- MENNA M., *Note sul rapporto tra divieti probatori e diritto di difesa*, in AA.VV., *Il nuovo processo penale. Dalla codificazione all'attuazione*, Atti del Convegno presso l'Università di Bari, Ostuni, 8-10 settembre 1989, Milano, 1991
- MENNA M., *Logica e fenomenologia della prova*, Napoli, 1992
- MENNA M., *Immediatezza e principio di immutabilità del giudice*, in *Giurisprudenza italiana*, 1994, 7
- MENNA M., *La prova documentale, l'acquisizione delle sentenze irrevocabili e letture dibattimentali*, in AA.VV., *Il «doppio binario» nell'accertamento dei fatti di mafia*, a cura di A. BARGI, Torino, 2013, 868
- MENNA M., *La prevenzione tra stabilizzazione del giudizio, esigenza di legittimazione e flessibilità sostanziale*, in *Diritto penale e processo*, 2019, 2, 252
- MERLIN E., *Indispensabilità delle prove e giudizio di appello*, in *Rivista di diritto processuale*, 2019, 2, 553
- MESTITZ A., *La documentazione nel processo penale e la videoregistrazione: esperienze e ricerche*, in *Documenti giustizia*, 1992, 6, 635
- MINAFRA M., *L'inefficacia degli atti nel processo penale. Ontologia della sanzione processuale*, in *Studium iuris*, 2020, 9, 1016
- MINOLI E., *L'acquiescenza nel processo civile*, Milano, 1942
- MONTAGNA A., *Inutilizzabilità delle intercettazioni e procedimento di prevenzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 6, 677
- MONTAGNA A., *Estinzione per prescrizione: e le statuizioni civili?*, in *Quotidiano Giuridico*, 1 ottobre 2013

- MONTAGNA A., *Prescrizione in appello ed omessa pronuncia sulle statuizioni civili*, in *Diritto penale e processo*, 2013, 12, 1408
- MONTAGNA M., *I requisiti della prova in casi particolari: art. 190 bis c.p.p.*, in AA.VV., *Il “doppio binario” nell’accertamento dei fatti di mafia*, a cura di A. BARGI, Torino, 2013, 727
- MONTAGNA M., *La razionalizzazione del dibattimento e il preteso recupero dell’immediatezza*, in *Processo penale e giustizia*, 2022, 1, 135
- MONTESANO L., *La Corte Costituzionale chiude la porta all’interrogatorio libero dei terzi interessati*, in *Rivista di diritto processuale*, 1988, 812
- MORELLI F., *Principio di immediatezza e diritto di difesa*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2021, 2, 477
- MOROSINI P., *Il “testimone assistito” tra esigenze del contraddittorio e tutela contro l’autoincriminazione (art. 197 bis c.p.p.)*, 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, 303
- MORSELLI C., *L’idolo del sequestro come ‘atto dovuto’ che impedisce la declaratoria di illegittimità in caso di perquisizione illegittima*, in *Processo penale e giustizia*, 2020, 10, 111
- MOSCARINI P., *Esigenze antiformalistiche e conseguimento dello scopo nel processo penale italiano*, Milano, 1988
- MOSCARINI P., *Principi delle prove penali*, Torino, 2014
- MOSCHETTI G., *Utilizzo di dichiarazioni di terzo e divieto di prova testimoniale nel processo tributario*, in *Diritto e pratica tributaria*, 1999, 2, 5
- MURRO O., *Utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni: profili critici dell’ordinanza del Tribunale di Milano*, in *Giurisprudenza italiana*, 2021, 6, 1480
- MUZZICA R., *La rinnovazione del dibattimento per mutamento del giudice: un impulso dalla Corte Costituzionale per una regola da rimeditare*, in *Diritto penale contemporaneo web*, 3 giugno 2019
- NAPPI A., *Sulla necessità di distinguere il procedimento di ammissione delle prove dal procedimento di formazione del fascicolo del dibattimento*, in *Cassazione penale*, 1991, 10, II, 274, 764

- NAPPI A., *Libero convincimento, regole di esclusione, regole di assunzione*, in *Cassazione penale*, 1991, 8-9, 1515
- NICOLA G., *Alla perquisizione illegittima non consegue l'inutilizzabilità derivata degli esiti del successivo sequestro*, in *ilpenalista.it*, 26 gennaio 2021
- NOBILI M., *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974
- NOBILI M., *Il regime di utilizzabilità degli atti a natura probatoria*, in AA.VV., *Contributi allo studio del nuovo processo penale*, a cura di A. MELCHIONDA, 1989
- NOBILI M., *Concetto di prova e regime di utilizzazione degli atti nel codice di procedura penale*, in *Foro italiano*, 1989, V, 273
- NOBILI M., *Art. 191*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. da M. CHIAVARIO, vol. II, 1990
- NOBILI M., *Divieti probatori e sanzioni*, in *La giustizia penale*, 1991, 3, 642
- NOBILI M., *Concezione relativistica delle prove*, in ID., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998
- NOBILI M., *L'immoralità necessaria. Citazioni e percorsi nei mondi della giustizia*, Bologna, 2009
- NOBILI M., *Torbide fonti e adorati errori*, in *Critica del diritto*, 2011, 1-2, 151
- NOCERINO W., *La regolamentazione del captatore informatico tra esigenze investigative e diritto di difesa*, in AA.VV., *Il fragile mosaico delle garanzie difensive. Dalla legge Orlando alle scelte della XVIII legislatura*, a cura di S. LORUSSO, Torino, 2020, 253
- NOCERINO W., *L'obbligatorietà della rinnovazione della prova dichiarativa nel giudizio di rinvio*, in *Diritto penale e processo*, 2021, 12, 1622
- NORMANDO R., in A.A. DALIA-R. NORMANDO, voce *Nullità degli atti processuali. II) diritto processuale penale*, in *Enciclopedia giuridica*, XXI, Roma, 1990,
- NOVIELLO D., *La categoria epistemologica dell'«ordine» nell'accertamento processuale dei fatti*, in *Rivista di diritto processuale*, 2020, 4, 1544
- NUVOLONE P., *Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino*, in *Rivista di diritto processuale*, 1966, 442

- ORLANDI R., *Atti e informazioni amministrative nel processo penale: contributo allo studio delle prove extracostituite*, Milano, 1992
- ORLANDI R., *Immediatezza ed efficienza nel processo penale*, in *Rivista di diritto processuale*, 2021, 3, 807
- PALAVERA R., *Perché il gioco continui: sul modello agonistico del processo*, in *Rivista di diritto processuale*, 2020, 6, 1566
- PALMA A. U., *Le "prove di verità" e la libertà morale del dichiarante*, in *Archivio penale web*, 2020, 1
- PANZAROLA A., *Alla ricerca dei substantialia processus*, in *Rivista di diritto processuale*, 2015, 680
- PAOLOZZI G., *Relazione introduttiva. Giurisdizioni fuori asse*, in AA.VV., *Processo penale e processo civile: interferenze probatorie e questioni irrisolte*, a cura di L. LUPARIA - L. MARAFIOTI - G. PAOLOZZI, Torino, 2020, 1
- PAPA M., *Contributo allo studio delle rules of evidence nel processo penale statunitense*, in *L'Indice penale*, 1987, 299
- PAPAGNO C., *La prova nel giudizio di rinvio*, in *Diritto penale e processo*, 2020, 8, 1133
- PASSANANTE L., *La prova illecita nel processo civile*, Torino, 2017
- PASTA A., *Le lenti del formalista e i silenzi del legislatore. Sull'utilizzazione delle intercettazioni per l'accertamento di reati diversi*, in *Archivio penale web*, 2020, 2
- PASTORE B., *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, Milano, 1996
- PAULESU P. P., *«Pregiudizio effettivo» e nullità degli atti processuali penali*, in *Rivista di diritto processuale*, 2014, 4-5, 882
- PECCHIOLI G., *Processo penale e procedimento di prevenzione: interferenze probatorie e limiti di utilizzabilità*, in *Diritto penale e processo*, 2020, 2, 266
- PECCHIOLI G., *Intercettazioni e "diverso procedimento": le Sezioni Unite sull'annoso nodo gordiano*, in *Giurisprudenza italiana*, 2020, 6, 1503
- PECCHIOLI G., *Le S.U. ed il principio di immutabilità del giudice: una 'quadratura del cerchio'?*, in *Diritto penale e processo*, 2020, 9, 1219

- PECCHIOLI G., *Ai soli effetti civili il rinvio si fa (anche) al giudice penale: carsici ripensamenti in giurisprudenza*, in *Diritto penale e processo*, 2021, 2, 246
- PECCHIOLI G., *Utilizzabili per irripetibilità sopravvenuta imprevedibile le dichiarazioni erga alios rese al G.i.p. dal teste assistito*, in *Diritto penale e processo*, 2021, 7, 917
- PECCHIOLI G., *Una questione controversa: l'individuazione del giudice del rinvio, tra erronea declaratoria di inammissibilità dell'appello ai fini anche civili e sopravvenuta prescrizione del reato*, in *Foro italiano*, 2022, 2, II, 95
- PECCHIOLI G., *Mutamenti di paradigma nella documentazione della prova dichiarativa: luci e ombre della disciplina che verrà*, in *Foro italiano, Gli Speciali*, 2022, 1, 189
- PECCHIOLI G., *Le intricate e tortuose sorti dell'azione civile in sede penale: tra passato e futuro*, in *Foro italiano*, 2023, 6, I, 1890
- PENNISI A., *L'accessorietà dell'azione civile nel processo penale*, Milano, 1981
- PERCHINUNNO V., voce *Prova documentale (diritto processuale penale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVII, Milano, 1988, 721
- PESCE G., *Poteri istruttori e mezzi di prova nel processo amministrativo*, Milano, 2003
- PEYRON C., voce *Invalidità*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXII, 1972
- PHIPSON S. L., *Phipson on Evidence*, XVI ed., Londra, 2005
- PICARO G., *Perquisizione illegittima e limiti della inutilizzabilità*, in *Archivio penale web*, 2020, 1
- PICOZZA E., *La prova per testimoni, tra deposizione orale e testimonianza scritta, a seguito della riforma del 2009*, in *Rivista di diritto processuale*, 2010, 4, 869
- PIERGALLINI C., *Osservatorio di giustizia penale – Estinzione del reato per prescrizione*, in *Danno e responsabilità*, 2014, 1, 109
- PIERRO G., *Una nuova specie di invalidità: l'inutilizzabilità degli atti processuali penali*, Napoli, 1992
- PIERRO G., *Intercettazioni ambientali in procedimento diverso e corpo del reato*, in *Diritto penale e processo*, 2015, 10, 1311
- PISANI M., *Le sanzioni per la violazione dei diritti dell'imputato*, in *L'Indice penale*, 1990, 37

- POLI R., *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, Torino, 2012
- PORCU F., *Mutamento della composizione del giudice e nuova semantica (preagonica) del principio di immediatezza*, in *Giurisprudenza italiana*, 2020, 5, 1218
- PORCU F., *Digitalizzazione degli atti, videoriprese e partecipazione a distanza*, in AA.VV., *La Riforma Cartabia. Codice penale – Codice di procedura penale – Giustizia riparativa*, a cura di G. SPANGHER, Pisa, 2022, 43
- PRESUTTI A., *La declaratoria delle nullità nel regime delle impugnazioni penali*, Milano, 1982
- PROTO PISANI A., *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro italiano*, 2000, 10, V, c. 241
- PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*, VI ed., Napoli, 2014
- PROTO PISANI A. – CAPORUSSO S., *È davvero indiscriminata la retroattività delle sanatorie processuali?*, in *Rivista di diritto processuale*, 2019, 4-5, 1226
- PROTO PISANI P., *Note in tema di annullamento della sentenza ai soli effetti civili*, in *Foro italiano*, 2020, I, 679
- PUGLIATTI S., voce *Conoscenza*, in *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, 1961, 45
- PULITANÒ D., *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2006, 795
- PULITANÒ D., *Il dubbio e il paradigma penalistico della certezza. Una ricognizione di problemi*, in *disCrimen.it*, 2020, 9 nonché in *Quaderno di storia del penale e della giustizia*, 2020, 2, 211
- PULVIRENTI A., voce *Art. 134*, in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. GIARDA-G. SPANGHER, Assago, 2017
- PUTNAM H., *Verità e etica*, trad. it. A. La Porta, Milano, 1982
- QUAGLIANO G., *Acquisizione di corrispondenza del detenuto: la Consulta promuove il principio di non sostituibilità*, in *Diritto penale e processo*, 2017, 8, 1058
- QUAGLIERINI C., voce *Art. 190 c.p.p.*, in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda - G. Spangher, Assago, 2017

- QUERZOLA L., *L'efficacia dell'attività processuale in un diverso giudizio*, Bologna, 2016
- RE R. M., *The due process exclusionary rule*, in *Harvard Law Review*, 2014, vol. 127, 7, 1887
- RENZULLI C., *Contraddittorio e verità*, in *Scenari e trasformazioni del processo penale. Ricordando Massimo Nobili*, a cura di C. IASEVOLI, Napoli, 2020, 157
- RICCI G. F., *Le prove illecite nel processo civile*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1987, 1, 34
- RICCI G. F., *Prove penali e processo civile*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1990, 845
- RICCI G. F., *Aspetti della circolazione della prova nel processo civile e nel processo penale*, in *Nuovi profili nei rapporti tra processo civile e processo penale. Atti del Convegno di studio, Trento, 18 e 19 giugno 1993*, Milano, 1995
- RICCI G. F., *Le prove atipiche*, Milano, 1999
- RICCI G. F., *Principi di diritto processuale generale*, V edizione, Torino, 2012
- RICCI G. F., *Il giudizio civile di rinvio*, Torino, 2016
- RIVELLO P. P., *Gli atti. Disposizioni generali*, in AA.VV., *Gli atti nel processo penale*, Volume II, a cura di P.P. Rivello, Torino, 2018, 2 ss.
- ROCCHI D., *Nota sull'autonomia del giudizio di prevenzione rispetto a quello di cognizione*, in *Giurisprudenza italiana*, 2006, 7, 1483
- ROMANO F., *Indizio: vocabolo equivoco. Segno di un fatto suscettibile di essere verificato e di assurgere a prova critica*, in *Giurisprudenza di merito*, 2001, 1459
- ROMANO A., *La tutela cautelare della prova nel processo civile*, Napoli, 2004
- ROMBI N., *La circolazione delle prove penali*, Padova, 2003
- ROMBI N., *La prova documentale*, in AA.VV., *La prova penale*, a cura di P. FERRUA – E. MARZADURI – G. SPANGHER, Torino, 2013, 573
- ROMBI N., *Art. 238 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. GIARDA A. - G. SPANGHER, Assago, 2017, Tomo I, 2378
- ROMBI N., *Art. 238 bis c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, a

- cura di A. GIARDA A. - G. SPANGHER, Assago, 2017, Tomo I, 2387
- RUFFINI G., «Argomenti di prova» e «fondamento della decisione» del giudice civile, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2004, 1329
- RUFFINI G., *La giurisprudenza civile in tema di giudizio di rinvio a norma dell'art. 622 c.p.p.*, in AA.VV., *Processo penale e processo civile: interferenze probatorie e questioni irrisolte*, a cura di L. LUPARIA - L. MARAFIOTI - G. PAOLOZZI, Torino, 2020, 285
- RUGGERI S., *I rapporti fra processo penale e altri procedimenti nell'unità dell'ordinamento giuridico*, in *Diritto Penale Contemporaneo – Rivista Trimestrale*, 2015, 4, 22
- RUGGERI F., *Divieti probatori e inutilizzabilità nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, Milano, 2001
- RUGGERI F., voce *Art. 191 c.p.p.*, in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. GIARDA – G. SPANGHER, Assago, 2017
- RUGGERI F., *La nuova disciplina delle intercettazioni: alla ricerca di una lettura sistematica*, in *Processo penale e giustizia*, 2020, 4
- RUGGERI F., voce *Art. 191 c.p.p.*, in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. GIARDA – G. SPANGHER, Assago, 2023
- SANNA A., *Trasmigrazioni probatorie e limiti alle letture dibattimentali*, in *Giurisprudenza italiana*, 1993, 2
- SANTALUCIA G., *Riflessioni sistematiche*, in AA.VV., *Le invalidità processuali – Profili statici e dinamici*, a cura di A. MARANDOLA, Torino, 2015, 701
- SANTORIELLO C., *Esistono vincoli all'interpretazione delle norme processuali penali? Brevi riflessioni sollecitate da una decisione delle Sezioni unite in tema di intercettazioni*, in *Archivio penale*, 2020, 1, 1
- SANTORIELLO C., *Un processo penale servo. La Consulta attenua lo standard probatorio agli effetti civili*, in *Archivio penale web*, 2021, 3, 1
- SANTORIELLO C. – GAITO A., *Ma davvero il processo penale è luogo adatto al soddisfacimento delle istanze civilistiche?*, in *Archivio penale*, 2013, 2, 391
- SATTA S., *Rapporti fra giurisdizione civile e giurisdizione penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1959, 3
- SAVIO E., *Il giudizio di rinvio dopo l'annullamento in Cassazione*, Padova,

2014

- SCAGLIONE A., *Dichiarazioni procedurali e giusto processo*, Torino, 2005
- SCAPARONE M., «*Common law*» e *processo penale*, Milano, 1974
- SCAPARONE M., voce *Rapporti tra processo civile e processo penale*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXV, Roma, 1991, 1
- SCARANO, *Atti*, in AA.VV., *Il giudizio di primo grado*, a cura di A. A. DALIA, Napoli, 1991
- SCELLA A., *L'inutilizzabilità della prova nel sistema processuale penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1992, 1, 203
- SCELLA A., *Prove penali e inutilizzabilità: uno studio introduttivo*, Torino, 2000
- SCELLA A., *Tutela del contraddittorio e utilizzazione di prove formate in altri procedimenti*, in AA.VV., *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, a cura di R. E. KOSTORIS, Torino, 2002, 93
- SCELLA A., voce *Inutilizzabilità (diritto processuale penale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, II Milano, 2008, 479
- SILVESTRI G., *La trasmigrazione e l'utilizzazione degli atti*, in AA.VV., *Misure di prevenzione*, a cura di S. FURFARO, Torino, 2013, 197
- SIRACUSANO D., *Azione civile e giudizi di impugnazione*, Milano, 1971
- SIRACUSANO D., *La testimonianza dall'istruzione al giudizio: scrittura, oralità, lettura*, in *La testimonianza nel processo penale*, Atti del Convegno, Milano, 1974
- SIRACUSANO D., *Diritto di difesa e formazione della prova nella fase dibattimentale*, in *Cassazione penale*, 1989, 8-9, 1591
- SIRACUSANO D., *La lunga marcia del contraddittorio tra Costituzione e legge ordinaria*, in *Diritto e giustizia*, 2000, n. 45, 8
- SIRACUSANO D., voce *Prova. III) Nel nuovo codice di procedura penale*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXV, Roma, 2003
- SPAGNOLO P., *Il modello europeo delle garanzie minime e il regime delle invalidità: un binomio conciliabile?*, in AA.VV., *Le invalidità processuali – Profili statici e dinamici*, a cura di A. MARANDOLA, Torino, 2015, 17
- SPANGHER G., *Nuovi profili nei rapporti fra processo civile e processo penale*, in AA.VV., *Nuovi profili nei rapporti fra processo civile e processo penale*, Atti del Convegno dell'Associazione fra gli studiosi del processo penale.

- Trento, 18-19 giugno 1993, Milano, 1995, 31
- SPANGHER G., *Ragionamenti sul processo penale*, Milano, 2018
- SPANGHER G., *Un bilancio complessivo e qualche possibile correttivo*, in AA.VV., *Il fragile mosaico delle garanzie difensive. Dalla legge Orlando alle scelte della XVIII legislatura*, a cura di S. LORUSSO, Torino, 2020, 309
- SPANGHER G., *La (troppo) lunga notte della giustizia penale*, in *Diritto penale e processo*, 2021, 4, 409
- SQUARCIA E., *L'azione di danno nel processo penale*, Padova, 2002
- SURACI L., *Mutamento della persona fisica del giudice, rinnovazione del dibattimento mediante lettura e necessità del consenso delle parti. Profili di incostituzionalità e prospettive di intervento della Corte costituzionale*, in *Studium iuris*, 2004, 1, 13
- SURACI L., *Incidente probatorio, prova rinnovabile e dibattimento*, in *Diritto penale e processo*, 2017, 11, 1493
- SURACI L., *La parabola dell'immediatezza nel processo penale*, in www.penaledp.it, 18 febbraio 2020
- TABASCO G., *I risultati delle intercettazioni nei "procedimenti diversi"*, in *Archivio penale web*, 2020, 2
- TADDEUCCI SASSOLINI M., *Nemini datur se defendere: non occorre l'esame del perito per utilizzare la perizia assunta in altro procedimento*, in *Cassazione penale*, 1997, 7-8, 2141
- TAMIETTI A., *Il principio dell'immutabilità del giudice nella giurisprudenza europea: divergenze e similitudini con la disciplina interna*, in *Cassazione penale*, 2006, 2, 699
- TAMIETTI A., *La giurisprudenza in tema di testimoni assenti e le criticità del sistema italiano*, in *Questione giustizia.*, Speciale, 2019, 1, 328
- TAORMINA C., *Diritto processuale penale*, Torino, 1995
- TARUFFO M., *Il processo civile adversary nell'esperienza americana*, Padova, 1979
- TARUFFO M., voce *Istruzione (diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia giuridica*, XVIII, Roma, 1988
- TARUFFO M., *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano, 1992

- TARUFFO M., voce *Prova*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, I, Milano, 2007, 1016
- TARUFFO M., *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, 2009
- TARUFFO M., *Contro la veriphobia. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone*, in *Rivista di diritto processuale*, 2010, 5, 995
- TARUFFO M. (a cura di), *La prova nel processo civile*, Milano, 2012
- TARUFFO M., *Verso la decisione giusta*, Torino, 2020
- TARULLO S., voce *Giusto processo (diritto processuale amministrativo)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, II-1, Milano, 2008, 377
- TAVASSI L., *Lista testi, diritto alla prova contraria e imparzialità del giudice: spunti per una coerente ricostruzione del sistema*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2019, 859
- TERRILE M., *Utilizzabilità dibattimentale delle dichiarazioni rese fuori dal dibattimento*, in *Cassazione penale*, 1990, 8-9, 1618
- TETTO F., *Principio di immutabilità del giudice e “circolazione probatoria” endoprocessuale: alcune brevi riflessioni sulla reale portata applicativa dell’art. 511 comma 2 c.p.p.*, in *Giurisprudenza di merito*, 2003, 11, 2353
- TODARO G., *Il volto attuale del giudizio abbreviato tra questioni deducibili e implicazioni di sistema*, in *Cassazione penale*, 2013, 2, 578
- TONINI P., *Il valore probatorio dei documenti contenenti dichiarazioni scritte*, in *Cassazione penale*, 1990, 12, 187
- TONINI P., *Problemi insoluti della prova documentale*, in *Diritto penale e processo*, 1996, 4, 482
- TONINI P., *Il contraddittorio: diritto individuale e metodo di accertamento*, in *Diritto penale e processo*, 2000, 1390
- TONINI P., *La prova penale*, Padova, 2000
- TONINI P., *L’alchimia del nuovo sistema probatorio: una attuazione del “giusto processo”?*, 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, 3
- TONINI P., *Il testimone irreperibile: la Cassazione si adegua a Strasburgo ed estende l’ammissibilità dell’incidente probatorio*, in *Diritto penale e processo*, 2008, 7, 878
- TONINI P., *La prova scientifica*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale*, dir.

- da G. SPANGHER, vol. II, t. 1, a cura di A. SCALFATI, Torino, 2009, 88
- TONINI P., *Iniziativa d'ufficio del giudice e onere della prova tra principio di imparzialità e funzione cognitiva del processo penale*, in *Cassazione penale*, 2011, 5, 2010
- TONINI P., *L'influenza della sentenza Franzese sul volto attuale del processo penale*, in *Diritto penale e processo*, 2012, 10, 1225
- TONINI P., *Manuale di procedura penale*, XIX ed., Milano, 2018
- TONINI P., *Le nuove tecnologie e la riforma Cartabia*, in *Diritto penale e processo*, 2022, 3, 293
- TONINI P. – CONTI C., *Il diritto delle prove penali*, Milano, 2014
- TONINI P. – CONTI C., *Manuale di procedura penale*, XXII ed., Milano, 2021
- TONINI P. – CONTI C., *Manuale di procedura penale*, XXIII ed., Milano, 2022
- TONINI P. – CONTI C., *Addenda n. 1, Manuale di procedura penale*, XXIII ed., Milano, 2022
- TONINI P. – PECCHIOLI G., *Roma locuta est: le Sezioni Unite mettono il punto sul rinvio ai soli effetti civili*, in *Diritto penale e processo*, 2021, 11, 1429
- TONINI P. – SIGNORI D., *Il caso Meredith Kercher*, in AA.VV., *Processo mediatico e processo penale. Per un'analisi critica dei casi più discussi da Cogne a Garlasco*, a cura di C. CONTI, Milano, 2016, 135 ss.
- TRANCHINA G. (a cura di), sub *Art. 622 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale*, Milano, 2008, Tomo II, 4564
- TRAPPELLA F., *Equo processo e inutilizzabilità tra Codice e C.E.D.U.*, in *Archivio Penale*, 2020, 3, 1
- TRAVAGLINO G., *Gli effetti del trasferimento dell'azione civile in sede penale*, in *Corriere merito*, 2013, 10
- TRAVERSO F., *“Circolazione probatoria” e diritto al silenzio del coimputato*, in *Diritto penale e processo*, 1997, 8, 987
- TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, XII ed., Torino, 2016
- TRIGGIANI N., *Legalità opaca: raccolta atipica e pre-investigazioni*, in *Archivio penale web*, 2021, 1
- TROCKER N., *Il nuovo art. 111 della Costituzione e il «giusto processo» in materia civile: profili generali*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2001, 2, 381

- TUZET G., *Filosofia della prova giuridica*, Torino, 2013
- UBERTIS G., *Riflessioni sulle prove vietate*, in *Rivista penale*, 1975, 6, 705
- UBERTIS G., *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, 1979
- UBERTIS G., *Documenti e oralità nel nuovo processo penale*, in AA.VV., *Studi in onore di Vassalli*, II, Milano, 1991, 297
- UBERTIS G., *La prova penale: profili giuridici ed epistemologici*, Torino, 1995
- UBERTIS G., *Neutralità metodologica del giudice e principio di acquisizione processuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1, 16
- UBERTIS G., voce *Giusto processo (diritto processuale penale)*, in *Enciclopedia del diritto*, *Annali*, II-1, Milano, 2008, 419
- UBERTIS G., *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano, 2015
- UBERTIS G., *Prova, verità e processo*, in *Archivio penale web*, 2020, 2
- UBERTIS G., *Verità e dibattimento*, in *Scenari e trasformazioni del processo penale. Ricordando Massimo Nobili*, a cura di C. IASEVOLI, Napoli, 2020, 143
- VALENTINI REUTER C., *Limiti all'utilizzabilità di prove assunte in altro procedimento*, in *Giurisprudenza italiana*, 1992, 4, 203
- VALENTINI C., *Grandi speranze: una possibilità di riforma della riforma*, in *Archivio Penale web*, 2022, 3, 1 ss.
- VANORIO F., *Il permanente problema dell'utilizzo delle intercettazioni per reati diversi tra l'intervento delle Sezioni unite e la riforma del 2020*, in *Sistema penale*, 2020, 6, 177
- VANZ M. C., *La circolazione della prova nei processi civili*, Milano, 2008
- VARADI M., *La sentenza penale come mezzo di prova*, in *Rivista di diritto processuale civile*, 1943, I, 4, 255
- VASSALLI G., *Il diritto alla libertà morale. Contributo alla teoria dei diritti della personalità*, in AA.VV., *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, vol. II, Torino, 1957, 1629 ss.
- VASSALLI G., *Il diritto alla prova nel processo penale*, in *Studi in onore di Antonio Segni*, IV, Milano, 1967, 705, poi in *Rivista italiana di procedura penale*, 1968, 1, 3

- VELE A., *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale*, in *Diritto penale e processo*, 2014, 10, 1226
- VERDE G., voce *Prova (diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVII, Milano, 1988, 579
- VERDE G., *A proposito di statuto del giudice e accertamento dei fatti nel processo (e del XXXII Convegno dei Processualisti civili)*, in *Rivista di diritto processuale*, 2021, 2, 579
- VERGINE F., *Effetti della prescrizione sull'illecito civile*, in AA.VV., *Processo penale e processo civile: interferenze probatorie e questioni irrisolte*, a cura di L. LUPARIA - L. MARAFIOTI - G. PAOLOZZI, Torino, 2020, 381
- VIGANÒ F., *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2020, 4, 1775
- VIGORITI V., *Sviluppi giurisprudenziali in tema di prove illecite*, in *Rivista di diritto processuale*, 1972, 322
- VITALE A., *Nullità assoluta e inutilizzabilità delle prove nel "nuovo" giudizio abbreviato*, in *Cassazione penale*, 2001, 7-8, 2034B
- VOENA G.P., *Atti*, in M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, X edizione, Padova, 2020,
- VOLPE G., *La verità*, Carocci Editore, Roma, 2012
- WEIGEND T., *Is the Criminal Process about Truth? A German Perspective*, in *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 2003, Vol. 26, No. 1, 157
- ZACCHÉ F., *La prova documentale*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. UBERTIS – G. P. VOENA, XIX, Milano, 2012
- ZAGREBELSKY V., *Sul ruolo del giudice nel nuovo codice di procedura penale*, in *Cassazione penale*, 1989, 913
- ZAMPAGLIONE A., *La "illusione" del sistema accusatorio: tre stagioni di crisi*, in *Processo penale e giustizia*, 2020, 6, 1553
- ZAMPINI A., *La Corte costituzionale nuovamente alle prese con le perquisizioni, tra male captum e legittimità dell'iter autorizzativo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2021, 1, 297
- ZUMPARO M. A., *Rapporti tra processo civile e processo penale*, Torino, 2000