



Università degli Studi di Ferrara

Dottorato di ricerca in
COMPARAZIONE GIURIDICA E STORICO-GIURIDICA

CICLO XXIV
COORDINATORE Prof. Negri Daniele

LA CIRCOLAZIONE DELLA PATOLOGIA DELLA PROVA

Settore Scientifico Disciplinare IUS/16

Dottorando:

Dott.ssa BARRO FEDERICA

Barro Federica

Tutore:

Prof. NEGRI DANIELE

Negri Daniele

Anni 2009-2011

INDICE

PROFILI INTRODUTTIVI.....	p. 1
---------------------------	------

CAPITOLO I

I VIZI E LE SANATORIE NELLA PROSPETTIVA DELLA CIRCOLAZIONE PROBATORIA

1. Dalla sanzione della nullità alla inutilizzabilità della prova: profili storici (cenni)	p. 3
2. L'inutilizzabilità.....	p. 12
3. Interferenze tra nullità e inutilizzabilità.....	p. 15
4. Inutilizzabilità derivata ed effetti dell'inutilizzabilità	p. 22
5. Regime di rilevabilità.....	p. 25
5.1 Le nullità assolute	p. 25
5.2 L'inutilizzabilità.....	p. 30
5.3 Le nullità intermedie e relative	p. 35
6. Le sanatorie.....	p. 36
7. Le sanatorie per l'inutilizzabilità	p. 38
8. Peculiarità della circolazione della prova viziata in rapporto alle due diverse specie di invalidità.....	p. 43

CAPITOLO II

I LIMITI ALLA COGNIZIONE DEL GIUDICE PENALE

1. La necessaria rivalutazione del dato probatorio.....	p. 45
2. I limiti del giudicato.....	p. 46
2.1 Giudicato e preclusione.....	p. 46
3. Rapporti di pregiudizialità: esclusione	p. 50
4. La declaratoria di invalidità della prova contenuta in una sentenza passata in giudicato	p. 53
4.1 Il provvedimento-sentenza e la declaratoria di invalidità	p. 53
5. La sentenza irrevocabile priva della declaratoria di invalidità: poteri nel giudizio <i>ad quem</i>	p. 65
6. I limiti alla cognizione del giudice di rinvio: vincolatività del principio di diritto giustificata dalla funzione di nomofilachia della Corte di cassazione	p. 69
7. Conclusioni provvisorie.....	p. 72

CAPITOLO III

LA CIRCOLAZIONE DEL VIZIO DELLA PROVA TRA PROCEDIMENTO INCIDENTALI E MERITO

1. Dalla genesi del giudicato cautelare al principio di preclusione: i tentativi di creare vincoli procedurali nei rapporti tra incidenti e merito.....	p. 73
2. Giudicato cautelare e procedimento principale.....	p. 79

3. L'esclusione della vincolatività delle decisioni sull'invalidità della prova assunte in sede incidentale.....	p. 80
---	-------

CAPITOLO IV

LE RICADUTE DELL'INVALIDITÀ DELLA PROVA NEI PROCEDIMENTI DIVERSI

1. Profili generali	p. 89
Sezione I	
1. La nozione di procedimenti diversi e l'elaborazione giurisprudenziale	p. 90
2. La prima regola della circolazione probatoria	p. 97
3. La necessità di riconoscere al giudice del procedimento diverso il potere di sindacare la legittimità della prova: dalla teoria all'applicazione pratica	p. 103
4. I poteri del giudice <i>ad quem</i> nell'ipotesi in cui la patologia sia stata dichiarata nella sede originaria	p. 103
5. Poteri delle parti e del giudice nel caso di mancata rilevazione del vizio nel giudizio <i>a quo</i>	p.110
6. Le convergenze tra l'oggetto di prova del procedimento a quo e procedimento <i>ad quem</i> : la prospettiva necessaria alla rivalutazione del vizio	p.114
7. La diversa disciplina a seconda della natura del vizio	p.115
7.1 Inutilizzabilità patologia, nullità assoluta	p.115
7.2 Inutilizzabilità fisiologica e relativa, nullità intermedie e relative.....	p.121
8. Le sanatorie e il consenso delle parti	p.123
8.1 Acquiescenza e parti processuali	p.125

8.2 Il consenso come acquiescenza e come deroga al contraddittorio	p.126
9. La prova viziata nel procedimento a quo non può essere utilizzata nel procedimento <i>ad quem</i> : <i>ratio</i> e conclusioni della prima sezione	p.129
Sezione II	
1. Le intercettazioni: l'art. 270 c.p.p. e la presunzione di legittimità del decreto autorizzativo.....	p.130
2. La trasmigrazione delle captazioni viziate nel procedimento di riparazione per ingiusta detenzione e nel procedimento di prevenzione	p.138
2.1 L'efficacia della declaratoria dell'inutilizzabilità nel giudizio promosso per ottenere la riparazione per l'ingiusta detenzione.....	p.138
2.2 Le regole in materia di utilizzabilità delle captazioni nel procedimento di prevenzione.....	p.141
 CONCLUSIONI.....	 p.144
 BIBLIOGRAFIA.....	 p.145

PROFILI INTRODUTTIVI

Trattare della circolazione della prova viziata tra riti e fasi procedurali comporta una preliminare disamina delle caratteristiche generali dell'invalidità. L'analisi, cioè, presuppone un attento esame della struttura delle patologie delineate dal legislatore.

Il punto di partenza diviene un tentativo di classificazione dei vizi che affliggono le prove, ripercorrendo le ragioni storiche e giuridiche che hanno condotto alla *summa divisio* tra nullità e inutilizzabilità.

Ad un primo livello, anche ai fini della traslazione di atti probatori, si dovranno diversificare le due categorie, tracciando un primo spartiacque tra vizi assoluti e relativi. In generale, qualora la prova sia affetta da una patologia insanabile dovrebbe essere espunta da qualsiasi orizzonte processuale: della prova invalida non sarebbe consentito alcun utilizzo in nessuna sede. Di contro, le invalidità relative possono essere superate attraverso l'istituto, pure oggetto di studio, delle sanatorie; occorrerà però analizzare le modalità in cui la sanatoria si manifesta.

Se tale prima classificazione si mostrerà essenziale, conviene altresì anticipare che nella circolazione probatoria entrano in gioco altre variabili, come ad esempio la possibile distinzione tra vizi oggettivi – inutilizzabilità patologica e nullità allorquando non dipenda dalla presenza o dal comportamento delle parti – e vizi soggettivi.

La giurisprudenza di legittimità riserverà numerose sorprese meritevoli di approfondimento. In tale sede introduttiva si può sintetizzare il quadro generale. La tendenza pare essere quella di costruire nuove tipologie di invalidità, ossia ipotesi ibride tra vizi assoluti/relativi e oggettivi/soggettivi.

Una volta assunte a presupposto le categorie teoriche si intende avviare un percorso interpretativo secondo due direttrici, immanenti nell'analisi. *In primis*, si dovrà porre l'attenzione sulla sede in cui è avvenuta la declaratoria del vizio. E qui occorrerà esaminare separatamente i rapporti tra procedimento concluso con sentenza che ha acquistato forza di giudicato e rito pendente dalle interferenze, in punto di prova, tra giudizi entrambi *sub iudice*. All'interno della prima macrocategoria, oltre ad analizzare la forza preclusiva eventualmente attribuibile alla stabilità della pronuncia, si dovrà verificare se il giudice del primo processo si sia pronunciato o meno, in via definitiva, anche sulla invalidità della prova. Nel primo caso, si dovrà comprendere se gli effetti del giudicato valgono anche con riferimento alla declaratoria del vizio; nel secondo, di contro, se le parti e il giudice conservano il potere di rilevare ed eccepire la patologia. Per rispondere a tali ultimi quesiti sarà necessario compiere una vera e propria incursione nel concetto di cosa giudicata e di

preclusione processuale; senza tralasciare neppure il “giudicato minore”, ossia il giudicato cautelare, ricostruito oggi, sempre più di frequente, come emblema di un supposto principio di preclusione che involge le questioni sull'utilizzabilità della prova.

Esaurito questo primo tema si potrà concentrare l'attenzione sulla trasmigrazione di prove affette da vizi tra distinti procedimenti pendenti. In merito, sono svariate le circostanze da non trascurare. A scopi esemplificativi si potrebbe pensare alla equivalenza o meno dei soggetti processuali coinvolti nell'uno e nell'altro rito, nonché alle caratteristiche dei procedimenti tra cui si attua lo scambio di prove, come, ad esempio, il procedimento di riparazione per ingiusta detenzione e di applicazione delle misure di prevenzione. Ad ogni modo, anche in tale fase dell'indagine riemergerà la distinzione, in relazione agli effetti nel procedimento in cui la prova trasmigra, tra invalidità già dichiarata e mancata rilevazione del vizio nella sede in cui la prova è venuta ad esistenza. Da un lato, infatti, ci si dovrà interrogare sul regime di rilevabilità della patologia ad opera di un soggetto diverso dal giudice che, su richiesta di parte o d'ufficio, ha dichiarato la nullità o l'inutilizzabilità; dall'altro, circa la facoltà di far emergere per la prima volta nella sede *ad quem* la patologia della prova nata nel primigenio giudizio.

Da ultimo, giova sin d'ora chiarire che lo scopo della ricerca sarà individuare e criticare il regime di trasmigrazione della prova viziata tralasciando, al contempo, la fisiologia della circolazione degli elementi di prova. Il tema che merita di essere analizzato non è la violazione delle norme che regolano il passaggio dall'uno all'altro procedimento, bensì l'uso in altra sede di una prova affetta da un vizio genetico. A titolo esemplificativo, non si guarderà alla violazione degli artt. 238 c.p.p. o 270 c.p.p.: in questi casi, l'invalidità discende dal mancato rispetto dei requisiti fissati *ad hoc* dal legislatore per la circolazione della prova. Se il verbale acquisito nel procedimento *ad quem* non si è formato in dibattimento, *nulla questio*, esso non è utilizzabile per violazione dell'art. 238 comma 1 c.p.p. Allo stesso modo, se le intercettazioni disposte nel primo procedimento sono attratte in un procedimento attivato per un reato per il quale non è previsto l'arresto in flagranza, nessun dubbio sul fatto che il secondo giudice dovrà escluderle dalla piattaforma probatoria.

La questione che si intende approfondire, in tutte le sfaccettature qui riassunte, attiene, invece, all'acquisizione di una prova già viziata nel primo procedimento sia perché nulla, sia perché acquisita in violazione dei divieti stabiliti dalla legge.

CAPITOLO I

I VIZI E LE SANATORIE NELLA PROSPETTIVA DELLA CIRCOLAZIONE PROBATORIA

SOMMARIO: 1. Dalla sanzione della nullità alla inutilizzabilità della prova: profili storici (cenni).- 2. L'inutilizzabilità.- 3. Interferenze tra nullità e inutilizzabilità.- 4. Inutilizzabilità derivata ed effetti dell'inutilizzabilità.- 5. Regime di rilevabilità. – 5.1. Le nullità assolute.- 5.2. L'inutilizzabilità.- 5.3. Le nullità intermedie e relative. – 6. Le sanatorie.- 7. Le sanatorie per l'inutilizzabilità.- 8. Peculiarità della circolazione della prova viziata in rapporto alle diverse specie di invalidità

1. Dalla sanzione della nullità alla inutilizzabilità della prova: profili storici (cenni)

L'invalidità dell'atto probatorio non trovava autonoma disciplina nella codificazione del 1930: la patologia della prova ricadeva nelle ipotesi di nullità o, in taluni casi, di inammissibilità. Non era, cioè, prevista una sanzione *ad hoc* per i vizi delle prove; per tale ragione conviene muovere dagli studi dei principi allora vigenti in tema di nullità. Il modello del codice Rocco proclamava il principio di tassatività delle nullità (art. 184 c.p.p. abr.); la legge distingueva, poi, tra nullità generali e speciali. La classificazione, tuttavia, aveva ricadute, in termini di rilevabilità del vizio, assai diverse rispetto al sistema attuale. Ad esempio, era ammessa la sanatoria di tutte le forme di nullità, essenzialmente per due ragioni: il conseguimento dello scopo dell'atto e l'acquiescenza, istituto, quest'ultimo, che dimostrava la persistenza di evidenti influenze civilistiche.

In altri termini, sotto il profilo della declaratoria della nullità, il codice dell'epoca concepiva esclusivamente nullità relative sia generali che speciali¹.

Il quadro legislativo qui brevemente riassunto diviene un'importante chiave di lettura dell'elaborazione dogmatica del tempo, concentrata, *in primis*, sulla costruzione di una solida dottrina in merito ai requisiti di validità dell'atto processuale; in secondo luogo,

¹ Questa ricostruzione, legata alla concezione autoritaria dell'efficienza del processo come valore primario, non appariva in linea con il nuovo assetto costituzionale. Nel 1955 fu approvata la prima legge di riforma del codice (l. 18 giugno 1955 n. 517) in cui si recuperava l'insanabilità del vizio con riferimento a tutte le nullità generali. La riforma ebbe un forte impatto sull'elaborazione dogmatica del tempo. Dinanzi ad una netta affermazione legislativa (art. 185 cod. abr.) erano plurimi i casi in cui la dottrina finiva per riconoscere comunque la possibilità di sanatoria del vizio. Sicché parve più opportuno, dopo circa vent'anni di dibattito, costruire un sistema in cui vi fosse spazio per una più misurata gradazione delle conseguenze delle patologie processuali: venne così elaborata la categoria ibrida delle nullità intermedie (l. 8 agosto 1977 n. 534). A questo punto si fermarono le innovazioni sul dettato del codice del 1930 per fare spazio alla nuova codificazione. Il progetto del 1978 e la stessa legge delega, peraltro, ripresero il modello della legge del 1977.

sui rapporti tra vizi e sanatorie.

La genesi di una teoria delle nullità, si fondava, così, sulla concezione di atto giuridico che, a monte, si intendeva accogliere. Segnatamente, gli autori del tempo si concentravano sulla definizione di forma dell'atto, individuandone i requisiti idonei ad assicurare un livello minimo di validità.

Il discorso assume contorni più chiari seguendo la tripartizione tra atto giuridico, atto processuale e atto probatorio. La scienza giuridica più risalente, nell'esaminare la categoria di atto giuridico, aveva attinto dalla costruzione elaborata dagli studiosi del diritto civile in relazione al negozio giuridico. L'invalidità era, per alcuni, il trattamento che consegue alla carenza intrinseca dell'atto a contenuto negoziale² cui la legge riconosce taluni effetti giuridici. La dottrina civilistica, tuttavia, poneva l'accento sull'elemento della volontà delle parti quale componente essenziale del negozio. La teorica pareva ruotare intorno a due poli: forma dell'atto, disciplinata dalla legge, e manifestazione di volontà, espressione delle parti.

I processualisti – e veniamo alla nozione di atto processuale – non potevano accogliere questo impianto teorico: l'interesse pubblicistico che sorregge la disciplina legale delle invalidità non lascia alcuno spazio all'elemento volontaristico. Del resto, correttamente si osservava che la distinzione tradizionale tra fatto e atto giuridico, nel rito penale, perde importanza poiché, di regola, è del tutto irrilevante l'effettiva volontà al compimento dell'atto³.

Abbandonata per tali motivi l'impostazione civilistica si esaminò la questione seguendo un criterio puramente formale, che prescindesse cioè da qualsivoglia analisi circa la volontà di colui che pone in essere l'atto. Semplicemente, si affermò che, al fine di individuare l'invalidità, è sufficiente focalizzare l'attenzione sulla norma processuale, modello legale di riferimento.

L'assioma sarebbe una conseguenza del principio di tassatività, declinato secondo due chiare direttrici: da un lato, l'inosservanza delle forme previste dalla legge per il compimento degli atti processuali è causa di nullità solo quando la norma stessa lo prevede; dall'altro, l'inosservanza di una forma, *«essenziale poiché prevista a pena di*

² E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 1955, p. 469.

³ F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, 1987, p. 369; O. DOMINIONI, *Artt. 117-185*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, vol. II, diretto da E. AMODIO, O. DOMINIONI, Giuffrè, 1989, p. 260; per un quadro di sintesi M. PANZAVOLTA, voce *Nullità*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, AGG., 2005, p. 2; T. RAFARACI, *Nullità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir., Agg.*, vol. II, Giuffrè, 1998, p. 600.

nullità, rende un atto invalido senza che siano richieste ulteriori condizioni»⁴. Nulla importa che vi sia il c.d. pregiudizio effettivo o sostanziale⁵, ossia la lesione dell'interesse sotteso al modello legale. Gli atti del processo penale sono a forma vincolata ed è la legge a prescrivere la sussistenza dei requisiti essenziali della fattispecie, riservando agli elementi accessori la più tenue sanzione dell'irregolarità.

L'atto giuridico è valido, allora, quando corrisponde alla fattispecie legale. In tal caso, esso produce effetti, ossia è efficace. L'equazione validità-efficacia, tuttavia, non è biunivoca, l'atto invalido non è per ciò solo inefficace. Si ammette, quindi, che l'atto viziato produca effetti sino alla declaratoria di nullità. La distinzione si manifesta in termini di precarietà: l'atto invalido è sì efficace, ma gli effetti possono essere vanificati dalla rilevazione della patologia, d'ufficio o su istanza di parte⁶.

La definizione qui riportata, però, venne formulata tenendo a mente l'atto processuale. La questione si complica nel momento in cui – passando al terzo livello – si volge l'attenzione alla prova. Se si assume quale postulato che l'invalidità si estrinsechi nella carenza dei requisiti minimi previsti dalla norma processuale, lo stesso potrebbe valere in materia di prove.

In effetti, il codice abrogato pareva accogliere questa impostazione posto che l'art. 184 c.p.p. formulava la definizione del vizio in questi termini: «l'inosservanza delle forme prescritte per gli atti processuali è causa di nullità soltanto nei casi in cui questa è comminata espressamente dalla legge». Vista la portata generale dell'enunciato normativo non v'era dubbio che potesse estendersi alle prove. L'atto probatorio, tuttavia, già nella sistematica del codice Rocco poteva essere invalido, e dunque nullo, senza che il vizio dipendesse dall'inosservanza di forme. La diversità ontologica tra atto procedimentale e atto probatorio si ripercuoteva inevitabilmente sulla configurabilità dell'invalidità delle

⁴ F. CORDERO, *Nullità per inosservanza del termine e «bisogno di tutela giuridica»* in *Scuola pos.*, 1961, oggi in *Ideologie del processo penale*, Giuffrè, 1966, p. 68; di recente C. IASEVOLI, *Le nullità nel sistema processuale penale*, CEDAM, 2008 p. 133 ss.

⁵ Gli influssi teorici in tema di pregiudizio effettivo o di interesse effettivamente perseguito dalla norma processuale violata, trasfusi dal codice napoleonico al codice del regno del 1865, condizionarono taluni studiosi anche in sede di approvazione della legge delega per l'attuazione del nuovo codice di procedura penale. Precisamente, si propose, perlomeno in sede di delega al governo, di valorizzare l'esigenza di una maggiore giustizia sostanziale. Sul punto, D. PRESUTTI, *Legalità discrezionalità nella disciplina della nullità processuali penali*, in *Riv. it. dir. pen. proc. pen.*, 1976, p. 1185 anche per un ampio *excursus* storico; C. IASEVOLI, *Le nullità nel sistema processuale penale*, cit., p. 154 ss; circa la non necessità della presenza di un interesse al fine di eccepire una nullità già G. LEONE, *Il sistema delle impugnazioni penali*, Iovene, 1935, p. 284.

⁶ G. CONSO, *Concetto e le specie di invalidità, Introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*, Giuffrè, 1955, cap. III, p. 39 ss.

prove.

La definizione di nullità sin qui accolta, infatti, ricomprendeva esclusivamente le ipotesi in cui il vizio «*dipenda dall'essere stata trasgredita una disposizione relativa al *modus procedendi**»⁷; non vi rientravano, tuttavia, i casi in cui il legislatore statuiva un divieto di ammissione dell'elemento probatorio, la cui violazione provocava un'invalidità, invalidità che comunque si traduceva in nullità. Si pensi al caso in cui la legge poneva il divieto di assunzione, «*a pena di nullità*», della testimonianza dei soggetti imputati dello stesso reato o di reato connesso (art. 384 c.p.p. abr.⁸). È evidente che nell'esempio sopra citato si fuoriusciva dal perimetro della nullità come inosservanza dei requisiti formali: il baricentro del vizio si spostava, cioè, dall'acquisizione all'ammissione della prova. In questo caso bene si coglie la diversità ontologica dell'elemento conoscitivo rispetto all'atto in senso proprio, quale ad esempio l'atto propulsivo. L'atto processuale non potrà essere "vietato", semmai esclusivamente invalido: nel vigore del codice Rocco parlare di divieti con riferimento, ad esempio, alla sentenza di rinvio a giudizio emessa dal giudice istruttore era del tutto illogico; al contrario era facile rinvenire casi di prova vietata come appunto, la testimonianza dell'imputato in procedimento connesso⁹.

Ancor più problematici i casi in cui, fissato il divieto, il legislatore non precisava la sanzione ovvero faceva rinvio ad una diversa categoria: l'inammissibilità. La dottrina del tempo, nella varietà delle posizioni, si divideva sulla possibilità di riconoscere all'inammissibilità natura di vizio autonomo delle prove. Da un lato, si avvertiva la necessità di dare vita ad una sanzione ulteriore e diversa rispetto alla nullità, ossia ad vizio che si incentrasse sul concetto di divieto. Un Autore, infatti, già tracciava una fondamentale distinzione tra il piano dell'ammissione e il piano dell'acquisizione nel rispetto delle forme: ove vi sia un divieto, l'atto probatorio è invalido ma non necessariamente nullo; di contro, allorquando la prova sia in sé ammissibile, vale a dire qualora non si incontri un radicale divieto di far entrare quella conoscenza nel processo, si sposterà l'attenzione sull'atto acquisitivo, il quale ben può essere perfetto o meno, ossia, in

⁷ F. CORDERO, *Il procedimento probatorio*, in *Tre studi sulle prove penali*, Giuffrè, 1963, p. 74.

⁸ M. BARGIS, *Incompatibilità a testimoniare e concorso di reati*, Giuffrè, 1980, p. 246 ss.; A. SCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, Giappichelli, 2002, p. 66.

⁹ I divieti di ammissione sono richiamati da F. CORDERO, *Il procedimento probatorio*, in *Tre studi sulle prove penali*, cit., p. 76; in particolare l'Autore ricostruisce la serie di divieti probatori sanciti dal codice Rocco in tema di testimonianza.

tale ultimo caso, nullo¹⁰. Dall'altro lato, diversi studiosi osservavano come gli ampi poteri officiosi del giudice in tema di prove rendevano del tutto superflua l'estensione dell'inammissibilità all'elemento probatorio, poiché la prova inammissibile, ad esempio perché non inserita nella lista testimoniale, non esimeva l'organo giudicante dall'acquisirla ugualmente¹¹.

Questa duplicazione di piani – divieto di ammissione ovvero difetto nell'acquisizione – dimostrava la difficile adattabilità della categoria della nullità all'elemento probatorio. In estrema sintesi, appariva più che convincente l'affermazione per cui «*il paradigma delle nullità non esaurisce tutte le imperfezioni dell'atto a contenuto probatorio*¹²». Del resto, a livello teorico risultava assai difficile colmare la mancanza di un vizio *ad hoc* per le prove mediante l'estensione dell'inammissibilità. Quest'ultima categoria nasceva, infatti, come sanzione relativa ad un atto introduttivo di un procedimento o *sub* procedimento: l'inammissibilità era configurabile in relazione alla querela, alle impugnazioni, alla costituzione di parte civile; in una parola, il vizio finiva per colpire le sole domande¹³. Dunque, se era certamente corretto interloquire circa l'esistenza di divieti di ammissione della prova, diveniva altrettanto complesso tratteggiarne gli effetti.

L'esempio più chiaro venne elaborato in relazione ai mezzi di ricerca della prova,

¹⁰ F. CORDERO, *Il procedimento probatorio*, cit., p. 70-71; tentavano di estendere l'inammissibilità al procedimento probatorio altresì E. ALLORIO, *Efficacia di prove ammesse ed esperite in contrasto con un divieto di legge?* in *Giur. it.* 1960, I, c. 871; G.F. BONETTO, *L'introduzione della prova testimoniale nella fase degli atti predibattimentali*, in *Riv. it. dir e proc. pen.*, 1962, p. 43; M. CAPPELLETTI, *Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, p. 556; V. MANZINI, *Trattato*, vol. III, Utet, 1972, p. 172.

¹¹ G. GALLI, *L'inammissibilità dell'atto processuale penale*, Giuffrè, 1968, p. 156 ss; precisamente l'Autore giungeva ad escludere che la mancata indicazione delle circostanze su cui deve vertere l'esame nella lista testimoniale nella quale siano stati indicati soggetti non esaminati nel corso dell'istruzione comportasse il dovere del giudice di eliminare le testimonianze inammissibili ai sensi dell'art. 420 c.p.p. abr. Per meglio dire, l'espunzione della prova testimoniale dal panorama conoscitivo del giudice, secondo l'Autore, poteva derivare esclusivamente dalla previsione espressa di nullità, ad esempio nel caso della testimonianza dei soggetti incompatibili di cui all'art. 384 c.p.p. abr; si veda anche M. BARGIS, *Incompatibilità a testimoniare e connessione di reati*, cit., p. 246; V. PERCHINUNNO, *I limiti soggettivi della testimonianza nel processo penale*, Giuffrè, 1972, p. 116. Sulla stessa scia si collocava la dottrina che riduceva la questione alla verifica della presenza di irregolarità nel momento dell'acquisizione dell'atto probatorio, purché producessero nullità, F. CARNELUTTI, *Chiosa a Cordero*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, p. 624.

¹² F. CORDERO, *Dialogo sulle prove*, in *Jus*, 1964, p. 33 ss oggi in *Ideologie del nuovo processo penale*, cit., p. 81. Correttamente A. SCCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit., p. 73, osserva che ragionare diversamente condurrebbe a ritenere utilizzabili anche le prove vietate sol che difetti una previsione di nullità.

¹³ F. CORDERO, *Procedura penale*, II ed., Giuffrè, 1971, p. 579; G. GALLI, *L'inammissibilità dell'atto processuale penale*, cit., p. 157.

mediante la costruzione del concetto di potere istruttorio: se la legge prevede il potere di ammettere ed assumere un elemento di prova l'atto probatorio è valido; altrimenti l'invalidità è l'immediato corollario. Questa ultima forma d'invalidità, tuttavia, non avrebbe dovuto essere ascrivibile alla nullità *tout court* poiché far rientrare la carenza di potere istruttorio in tale categoria avrebbe reso applicabile la disciplina generale della sanzione, tra cui la sanabilità. Giunti a questo punto del ragionamento, allora, la prova era giudicata inammissibile, senza, però, che ciò fosse previsto dalla legge; sicché si era nuovamente costretti a utilizzare l'espressione "atto nullo" con una precisazione, ossia che «*si avverta che il significato dell'aggettivo non è il medesimo di cui all'art. 184 c.p.p. [abr.] bensì è da intendersi secondo l'etimo della parola: se l'atto nullo nullum producit effectum, tale indubbiamente è l'acquisizione di una prova inammissibile*», e sempre purché la nullità non sia passibile di sanatoria¹⁴.

Si comprende, leggendo tali considerazioni, che la vera questione, lungi dal risolversi sul piano teorico, involgeva gli effetti dell'invalidità. Lo scopo della costruzione dogmatiche cui si accennava era, infatti, quello di eludere la sanabilità dei vizi ritenuti più gravi perché relativi alla presenza di un divieto di ammissione e non già alla violazione di un *modus procedendi*¹⁵. A parere di taluni studiosi, di contro, la prova assunta violando un divieto di ammissibilità, sempre nulla secondo la legge, avrebbe dovuto essere esclusa dalla piattaforma probatoria perché non semplicemente viziata, bensì vietata. Secondo i sostenitori di tale teoria, appariva contraddittorio rimettere alla volontà delle parti la scelta di rilevare la nullità derivante da un divieto di ammissione. In quest'ultimo caso se il giudice avesse correttamente operato – escludendo la prova – l'effetto giuridico conseguente alla sua acquisizione non si sarebbe mai verificato; nell'ipotesi di variazioni dal modello legale di perfezione dell'atto probatorio, invece, l'effetto si sarebbe potuto conseguire *ab origine*, solo che fossero state rispettate certe regole¹⁶.

Ulteriori discrasie nel modello prescelto dal codice abrogato si rilevavano in riferimento alla rinnovazione della prova invalida. Nel codice del 1930 la rinnovazione era sempre giuridicamente possibile, senza alcuna distinzione tra prova nulla, perché non

¹⁴ F. CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, cit., p. 74.

¹⁵ Accadeva, cioè, che la prova inammissibile fosse a sua volta passibile di sanatoria mediante il semplice richiamo alla nullità, nonostante quest'ultimo vizio, a rigore, avrebbe dovuto colpire esclusivamente la prova assunta *contra legem*. In relazione all'invalidità dell'interrogatorio svoltosi dinnanzi alla polizia giudiziaria in assenza delle garanzie prescritte G. LOZZI, *Prove invalide non utilizzate e declaratoria di nullità*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1978, p. 443.

¹⁶ F. CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, cit., p. 75; V. PERCHINUNNO, *Limiti soggettivi della testimonianza nel processo penale*, cit., p. 114.

conforme al modello legale, e prova vietata, perché inammissibile¹⁷. In particolare, secondo l'art. 189 comma 3° c.p.p. abr. «*il giudice ordina la rinnovazione o la rettificazione degli atti qualora sia necessaria e possibile*». Questo regime causava non pochi inconvenienti: nel perimetro della nullità rientravano altresì le prove acquisite in violazione di un divieto; al contempo, la stessa natura della rinnovazione era correlata alla trasgressione di disposizioni relative al *quomodo* dell'atto, dunque non logicamente applicabile alle prove vietate. In altre parole, qualora si fosse proceduto alla rinnovazione della prova inammissibile si sarebbe provocato null'altro che la reiterazione del vizio¹⁸.

Infine, il terreno maggiormente insidioso per la costruzione della nullità della prova era il nesso di consecuzione e dipendenza. La caratteristica della nullità era (ed è) la propagazione del vizio agli atti, appunto, consecutivi dipendenti; ciò significa che la sequenza procedimentale era (ed è) interrotta dalla presenza di una nullità. L'atto successivo in sé valido diviene, per il solo fatto di essere conseguente ad un atto nullo, esso stesso invalido. Tale nesso non era (e non è) automaticamente configurabile in tema di atti probatori: la nullità di una prova non inficia di per sé la bontà della successiva. L'affermazione vale sia riguardo alla nullità di un atto propulsivo che, si riteneva, non intacca le prove validamente assunte, sia, e soprattutto, in relazione ai rapporti tra le stesse prove¹⁹. La regressione del procedimento, inoltre, ricaduta imposta dalla legge nel caso di nullità di atti propulsivi, si rivelava superflua in relazione all'atto probatorio perché nel caso in cui l'atto nullo non fornisse elementi necessari al giudizio, bastava non tenerlo in considerazione; nell'ipotesi opposta, appariva sufficiente procedere alla rinnovazione della prova²⁰. Il vizio passava così in secondo piano ben potendo essere superato nei due modi da ultimo citati. La prova nulla produceva, cioè, esclusivamente l'effetto di non poter fornire elementi necessari al giudizio. Trovava così conferma l'idea che in tema di atti probatori quello che realmente contava era costruire un compendio conoscitivo utilizzabile dal giudice. L'impostazione inquisitoria del codice del 1930, ispirava parte della dottrina del tempo che proponeva di superare le difficoltà qui riassunte spostando il *focus* dell'indagine dal momento in cui «l'atto di istruzione probatoria viene realizzato» a quello

¹⁷ G. GALLI, *L'inammissibilità*, cit., p. 169.

¹⁸ F. CORDERO, *Il procedimento probatorio*, cit., p. 72, nota 191, per cui 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; M. BARGIS, *Incompatibilità a testimoniare a concorso di reati*, Giuffrè, 1980, p. 250.

¹⁹ E. AMODIO, *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1973, p. 310 ss; F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1189.

²⁰ F. CORDERO, *Sanatorie e vizi innocui*, in *Ideologie del processo penale*, cit., p. 39; M. BARGIS, *Incompatibilità a testimoniare e connessione di reati*, cit., p. 256.

in cui «esso è destinato ad essere utilizzato nei suoi risultati, quale componente della decisione²¹». A tali conclusioni si perveniva seguendo un ragionamento in parte discutibile: sino a che l'atto vietato non è utilizzato per la decisione esso è del tutto irrilevante dal punto di vista processuale. Addirittura, non solo il "contenuto concreto dell'atto" sarebbe irrilevante ma anche l'atto stesso "in sé e per sé" perché la prova vietata, non operando il nesso di consecuzione e dipendenza, potrebbe condurre in una direzione processuale cui ben si potrebbe arrivare ugualmente²², prescindendo cioè dall'elemento probatorio spurio. Il passaggio successivo, dunque, fu proprio quello di circoscrivere gli effetti della patologia: se la prova è vietata, occorrerà semplicemente verificare se il giudice l'ha utilizzata ai fini della deliberazione. In tal caso si sarebbe in presenza esclusivamente di un vizio motivazionale ai sensi dell'art. 475 n. 3 c.p.p. abr.²³. Vizio che si traduceva nella nullità relativa della sentenza, in quanto tale sanabile mediante l'acquiescenza manifestatasi nella mancata impugnazione²⁴. L'inadeguatezza della conclusione testé citata veniva colta da taluni autori, i quali evidenziavano l'errore di metodo sotteso alla riflessione: a patologia non sta nella valutazione o meno del dato probatorio, bensì nella violazione della norma che vieta l'uso dello stesso²⁵. Anche perché in tal modo si finiva per annullare la distinzione tra atto il cui utilizzo è vietato e regime di valutazione della prova²⁶. Oltre all'errore teorico, risultava assai arduo stabilire quando la sentenza potesse dirsi affetta dal vizio motivazionale in presenza di prove non

²¹ G. GALLI, *L'inammissibilità*, cit., p. 171.

²² Critico V. GREVI, *Nemo tenetur se detegere. Interrogatorio dell'imputato nel processo penale italiano*, Giuffrè, 1972, p. 188: anche ragionando in termini di nullità della sentenza per vizio di motivazione, dovrebbe comunque escludersi la validità del ragionamento fondato sull'irrilevanza della prova è ciò perché la motivazione della pronuncia dovrebbe essere considerata come entità inscindibile, con il risultato che la nullità sussisterebbe anche ogniqualvolta le prove richiamate in sentenza sono state irrilevanti ai fini della decisione; già F. CORDERO, *Scrittura e oralità*, in *Tre studi sulle prove penali*, cit., p. 180.

²³ E. AMODIO, voce *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, 1977, p. 243; M. BARGIS, *Incompatibilità a testimoniare e connessione di reati*, cit., p. 269. Vizio motivazionale esso stesso produttivo di una nullità sanabile per F. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Giuffrè, 2008, p. 8. Per la ricostruzione della dogmatica sul punto si veda l'articolata analisi di A. SCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit., p. 77 ss.

²⁴ E. AMODIO, *Diritto al silenzio o dovere di collaborazione? A proposito dell'interrogatorio dell'imputato in un libro recente*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, p. 419.

²⁵ F. CORDERO, *Scrittura e oralità*, in *Tre studi sulle prove penali*, cit., p. 180 in cui si aggiunge, condivisibilmente, che «se il legislatore esige che siano ignorate certe prove, il miglior partito è escluderle fisicamente»; E. AMODIO (voce) *Motivazione*, cit., p. 242-243.

²⁶ Si voleva, cioè, evitare che la prova viziata fosse recuperata attraverso una declinazione distorta del libero convincimento del giudice M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Giuffrè, 1976, *passim*.

ammissibili²⁷.

Queste ultime critiche sono funzionali alla tesi che si intende approfondire: se si focalizza l'attenzione sulla circolazione della prova viziata si riscontra un errore prospettico assai simile a quello commesso da parte della dottrina nella vigenza del codice Rocco.

Segnatamente, anziché limitarsi a riscontrare la violazione della norma processuale, si estende la verifica all'uso che di quel dato probatorio si intende fare nel procedimento diverso o incidentale. Sicché, come si approfondirà, si finisce per creare un catalogo di regole d'uso che non dipendono dalla conformità al modello legale o dal divieto probatorio ma dalla funzione che l'elemento conoscitivo potrà svolgere in una sede diversa da quella in cui si è formato.

Non si può negare che nella vigenza del codice Rocco, malgrado le critiche cui si accennava, appariva soddisfacente – in termini di garanzie – che la decisione non si basasse, in concreto, su prove nulle o inammissibili poiché i valori sottesi a quella codificazione ponevano al gradino più alto la possibilità per l'organo giudicante – del procedimento *a quo* così come del procedimento *ad quem*²⁸ – di avere a disposizione un'ampia piattaforma probatoria in cui, di fatto, erano ricomprese prove geneticamente viziate. Tale esigenza era attuata attraverso la sanabilità, la delimitazione del divieto probatorio alla sanzione dell'inammissibilità e la rilevabilità dell'invalidità ad istanza di parte nella maggioranza delle ipotesi.

Occorre chiedersi, tuttavia, se nel vigore della codificazione attuale, alla luce dell'introduzione dell'inutilizzabilità della prova, sia tollerabile la circolazione dell'atto probatorio affetto da vizi.

Il vero punto di svolta, infatti, è legato alla sanzione di cui all'art. 191 c.p.p.

²⁷ In particolare, gli studiosi si chiedevano se la prova che non si sarebbe dovuta assumere avrebbe dovuto essere determinante ai fini della decisione ovvero se il solo fatto di aver utilizzato una prova vietata producesse di per sé la nullità della sentenza. Il problema è ampiamente trattato da M. BARGIS, *Incompatibilità a testimoniare e connessione di reati*, cit., p. 273ss.

²⁸ Il codice del 1930 ammetteva una generalizzata circolazione di prove tra diversi procedimenti: l'art. 144 *bis* c.p.p. abr. consentiva la lettura di atti provenienti da altri procedimenti penali *sub iudice*, purché connessi; l'art. 466 c.p.p. autorizzava la lettura degli altri di altro procedimento definito con sentenza irrevocabile, sulla normativa allora vigente G. LOZZI, *I limiti all'acquisizione degli atti processuali ex art. 144-bis c.p.p.* in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1988, p. 316; R. ORLANDI, *Atti e informazioni dell'autorità amministrativa nel processo penale*, Giuffrè, 1993, p. 8 ss.

2. *L'inutilizzabilità*

È l'inutilizzabilità il vizio insanabile creato *ad hoc* per la prova. L'art. 191 c.p.p. può considerarsi il punto di arrivo di un lungo e travagliato percorso, cominciato, come vedremo, ben prima della codificazione del 1988. Già solo l'esame superficiale delle proposte avanzate a partire dal progetto Carnelutti²⁹, rivela la volontà di costruire una sanzione processuale sulla scorta della dogmatica che, al di là della nullità, invocava un divieto di ingresso e di uso nel procedimento di talune conoscenze. Non appariva più soddisfacente, cioè, in vista di una rinnovata codificazione, sanzionare l'utilizzo di una prova vietata mediante il rinvio al semplice vizio motivazionale, con conseguente nullità della sentenza, come tale sanabile.

Solo a partire dagli anni '60, si assistette a talune aperture nel senso sopra indicato. Il legislatore tentò di introdurre alcune soluzioni alternative, circoscritte ad alcuni mezzi di prova o di ricerca della prova, attraverso le quali si prescriveva un divieto d'uso, senza riuscire a discostarsi, tuttavia, dal modello delle nullità.

Le tappe per addivenire ad un criterio generale di esclusione probatoria furono numerose; la giurisprudenza del tempo, infatti, stentava a uscire dallo schema divieto d'uso-nullità-vizio del provvedimento, giungendo addirittura ad escludere la rilevanza della trasgressione del divieto allorché la norma violata non comminasse espressamente la nullità.

Caso emblematico, tanto da essere classificato dalla dottrina³⁰ come primo modello dell'inutilizzabilità, fu l'art. 141 c.p.p. abr. per cui «*gli scritti anonimi non possono essere uniti agli atti del procedimento né può farsene alcun uso processuale [...]*». Nonostante la lettera della legge espressamente sancisse un divieto d'uso, la violazione finì per essere ricondotta o al vizio motivazionale della sentenza, secondo l'orientamento già segnalato sopra, ovvero ad una mera irregolarità, come tale irrilevante³¹. Tali esiti interpretativi discendevano dal legame – non ancora reciso – con la categoria della nullità.

²⁹ AA. VV., *Criteri direttivi per una riforma del processo penale*, Giuffrè, 1965, p. 80 ss. ; l'art. 62 comma 2 del progetto Carnelutti del 1963 prevedeva che «quando una prova è formata mediante atti vietati dalla legge il giudice non può tenerne alcun conto» G. CONSO- V. GREVI – G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, vol. I, *La legge delega del 1974 e il progetto preliminare del 1978*, CEDAM, 1989 p. 523.

³⁰ P. M. CORSO, *Notizie anonime e processo penale*, CEDAM, Padova, 1977, p. 394; N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, CEDAM, 1992, p. 408; G. DI CHIARA, *Cestinazione, declaratoria di improponibilità dell'azione penale e notizie anonime*, in *Cass. pen.*, 1989, p. 88; G. PIERRO, *L'inutilizzabilità nel processo penale, struttura e funzione del vizio*, ESI, 1992, p. 63.

³¹ Il ragionamento giurisprudenziale è ripreso da A. SCILLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit., p. 98.

Le stesse conclusioni, peraltro, si riproposero con riferimento alla legislazione definita del “garantismo inquisitorio”³². L’inutilizzabilità delle dichiarazioni autoincriminate rese da persona non imputata senza la presenza del difensore ancor prima dell’emergenza di indizi di reità, subì lo stesso trattamento processuale riservato agli scritti anonimi: ferma l’intangibilità del divieto, la trasgressione dello stesso veniva, ancora una volta, assorbita nel vizio di motivazione della sentenza³³. Anche allorquando il legislatore, sulla scia della Corte costituzionale³⁴, intervenne sulla disciplina delle intercettazioni, lo fece utilizzando lo schema della nullità. L’unica variazione fu di esplicitare la natura insanabile della sanzione. Tant’è che si può considerare l’art. 226 *quinquies* c.p.p. abr. quale paradigma della commistione tra i due vizi; la norma, introdotta dalla legge 8 aprile 1974 n. 98, rese le intercettazioni telefoniche disposte fuori dai casi consentiti o eseguite in difformità delle prescrizioni in essa stabilite non utilizzabili a pena di nullità insanabile. La previsione non era che un’immediata ricaduta del *dictum* del Giudice delle leggi che, lungi dal limitarsi a ricavare dall’art. 15 Cost. un semplice divieto, aveva indicato al legislatore la sanzione: l’inutilizzabilità *contra reum* dei risultati probatori ottenuti in spregio dei

³² L’espressione venne coniata dalla dottrina per descrivere l’insieme di leggi, che a partire dalla fine degli anni ’60 costruiscono un sistema di garanzie difensive maggiormente in linea con la carta costituzionale AA. VV., *Percorsi di procedura penale. Dal garantismo inquisitorio a un accusatorio non garantito*, a cura di V. PERCHINUNNO, Giuffrè, 1996, *passim*; M. NOBILI, *L’accusatorio sulle labbra, l’inquisitorio nel cuore*, *Crit. dir.*, 1992, p.11.

³³ V. GREVI, *Nemo tenetur se detegere*, cit., p. 135 ss., A. SCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit., p. 100.

³⁴ Con la sentenza 4 aprile 1973 n. 34 la Corte costituzionale chiarì come il diritto alla segretezza e inviolabilità della corrispondenza sarebbe stato gravemente compromesso dall’utilizzo nel processo di intercettazioni telefoniche acquisite in assenza di decreto motivato dall’autorità giudiziaria V. GREVI, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche*, in *Giur. cost.*, 1973, p. 316 ss. La sentenza introdusse per la prima volta il concetto di prova incostituzionale, ossia di atto probatorio che si pone direttamente in contrasto con il catalogo dei diritti fondamentali espressi in costituzione. C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, CEDAM, 2007, p. 48 e cap. II; F. DINACCI, *L’inutilizzabilità nel processo penale*, cit., p. 76; A. SCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit. p. 99-103; G. ILLUMINATI, *L’inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010, p. 522-523; M. NOBILI, *Divieti probatori e sanzioni*, in *Foro it.*, 1989, p. 642.

diritti fondamentali dei cittadini³⁵. L'espedito processuale, però, fu – ancora – il ricorso alla nullità, seppure assoluta. Occorrerà aspettare la codificazione del 1988 per assistere all'introduzione di una regola generale totalmente slegata dalla nullità. La scelta compiuta dal nuovo codice di rito ebbe, finalmente, il merito sia di sanzionare incisivamente i casi in cui la violazione di un divieto di legge non era presidiata dalla nullità, sia di aggirare gli inconvenienti derivanti dalla costruzione delle nullità. Il nuovo codice, in ossequio ad una rinnovata concezione della prova³⁶, introdusse una norma di portata generale – art. 191 c.p.p. – e un catalogo di norme satelliti (inutilizzabilità speciali).

A questo punto, diviene preliminare all'analisi del vizio una precisazione. Non può dimenticarsi, infatti, che il nuovo codice declina la terminologia "inutilizzabile" in due sensi; da un lato, c'è il vero e proprio vizio, la c.d. inutilizzabilità patologica³⁷; dall'altro, l'inutilizzabilità posta a presidio del principio di separazione delle fasi. La distinzione si semplifica accogliendo la bipartizione tra divieto probatorio *tout court* e divieto parziale.

³⁵ V. GREVI, *Insegnamenti, moniti e silenzi*, cit., p. 340; G. ILLUMINATI, *La disciplina processuale delle intercettazioni*, Giuffrè, 1983, p. 140; per una ricostruzione storica C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., p. 151; F. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, cit., p. 77; N. GALANTINI, *Considerazioni sul principio di legalità processuale*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1993; A. SCCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit., p. 103. La categoria della prova incostituzionale è stata sviluppata altresì dopo l'introduzione dell'art. 191 c.p.p.; per meglio dire le questioni interpretative si sono spostate sul significato da attribuire al concetto di legge che, ai sensi dell'art. 191 c.p.p. ha il compito di individuare i divieti probatori; secondo parte della dottrina la Carta costituzionale, in quanto legge fondamentale senz'altro può statuire dei divieti, che, qualora violati trovano la sanzione direttamente nella norma codicistica; A. CAMON, *Le riprese visive come mezzo di indagine: spunti per una riflessione sulle prove incostituzionali*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1188; L. P. COMOGLIO, *Perquisizione illegittima ad inutilizzabilità derivata dalle prove acquisite con il susseguente sequestro*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1548; L. FILIPPI, *Ascolto e trascrizione di telefonate dell'inquisito: sommarie informazioni o prova incostituzionale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1395; F. M. GRIFANTINI, (voce) *Inutilizzabilità*, in *Dig. pen.*, vol. VII, Utet, 1990, p. 249; D. SIRACUSANO, *Le Prove*, in *Diritto processuale penale*, Giuffrè, 2011, p. 327; un secondo orientamento, di contro, ritiene che in mancanza di una norma legislativa che dia attuazione al principio costituzionale non vi sarebbe sanzione processuale. F. CORDERO, *Prove illecite*, in *Tre studi sulle prove penali*, cit., p. 153 per cui al fine di chiarire se la prova sia ammissibile o meno occorre guardare esclusivamente alla norma processuale «salvo poi verificare che la disciplina di cui si è ricostruito l'assetto non confligga con i principi della Costituzione»; N. GALANTINI, (voce) *Inutilizzabilità*, cit. p., 700; G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Giappichelli, 2010, 7° ed., p. 230.

³⁶ M. NOBILI, *Il diritto delle prove e un rinnovato concetto di prova*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di M. CHIAVARIO, vol. II, Utet, 1990 p. 381 ss.; ID, *Divieti probatori e sanzioni*, in *Foro it.* 1989, p. 641, ID, *Concetto di prova e regime di utilizzazione degli atti nel nuovo codice di procedura penale*, in *Giust. pen.*, 1990, p. 286.

³⁷ N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., p. 4 ss; E. AMODIO, *Fascicolo processuale e utilizzabilità degli atti*, in AA. VV., *Lezioni sul nuovo processo penale*, Giuffrè, 1990, p.172-173.

Nel primo caso – ed è l'ipotesi su cui ci si soffermerà – siamo in presenza di un vizio, si vedrà se assimilabile o meno alla nullità; nella seconda ipotesi, tendenzialmente, l'elemento conoscitivo non è geneticamente affetto da disfunzioni, tuttavia esso potrà essere utilizzato solo in alcune sedi e non in altre. Peraltro, diviene, ai nostri fini, di particolare interesse l'eventualità – possibile – che i due profili si intersechino allorquando, ad esempio, si intenda utilizzare nel giudizio *ad quem* prove affette da inutilizzabilità patologica in violazione delle condizioni di circolazione (inutilizzabilità fisiologica).

3. *Interferenze tra nullità e inutilizzabilità.*

Accennata la distinzione fra inutilizzabilità patologica e fisiologica³⁸, conviene chiedersi se la violazione di un divieto di legge rientri nell'ampia nozione di invalidità: l'atto è invalido quando non conforme al modello legale di riferimento.

Senza dubbio l'inutilizzabilità è una forma di invalidità, però, non pare potersi riproporre la concezione di atto invalido accolta in materia di nullità, se non in ipotesi marginali.

La non conformità alla fattispecie legale rimanda alla presenza di una norma processuale che impone un *modus procedendi*; nel caso dell'inutilizzabilità è predominante, invece, il concetto di divieto d'uso o della c.d. regola di esclusione probatoria. Secondo taluni, tuttavia, tanto la nullità quanto l'inutilizzabilità si fonderebbero su una difformità dallo schema legale previsto per le singole fattispecie. Il divieto di legge che connota l'inutilizzabilità sarebbe il parametro del vizio esattamente come la fattispecie che individua il *modus procedendi* la cui violazione causa la nullità³⁹. Questa stessa impostazione, però, finisce per riconoscere che vi sono rilevanti differenze tra le due patologie perché nel vaglio di utilizzabilità l'attenzione si sposta verso il momento dinamico che racchiude in sé l'intero procedimento probatorio.

Di qui la contraddizione; diviene, cioè, una forzatura equiparare il divieto probatorio alla fattispecie di riferimento in tema di nullità proprio perché non si valuta la perfezione della prova ma la sua ammissione-acquisizione-valutazione in violazione di un divieto. Il divieto di legge agisce come limite alla conoscenza del giudice ancor prima che si discuta dalla perfezione-efficacia dell'atto probatorio. La definizione classica di atto invalido non regge. Conviene chiedersi allora come si traduca il vizio in termini di effetti. Più in generale, in relazione alle prove, risulta difficile parlare di efficacia. Il concetto è

³⁸ N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., p. 4 ss; E. AMODIO, *Fascicolo processuale e utilizzabilità degli atti*, cit, p. 172-173.

³⁹ F. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, cit. p. 12-13.

stato elaborato nei campi del diritto civile⁴⁰ e amministrativo⁴¹; in entrambi i rami dell'ordinamento, tuttavia, l'efficacia, da un lato, si distingue dalla validità intesa come conformità ad un modello legale; dall'altro, è impiegata per descrivere gli effetti del negozio giuridico ovvero del provvedimento amministrativo, vale a dire, di atti giuridici e non già di atti probatori. Lo stesso vale nell'ambito processuale penale in cui il termine è stato utilizzato per descrivere esclusivamente l'atto processuale⁴². La prova, invece, può essere giudicata efficace solo a condizione che con ciò si intenda processualmente rilevante⁴³. La legge, per verità, adopera quest'ultimo concetto, ad esempio, nell'art. 26 c.p.p. con riferimento alle prove assunte da un giudice incompetente che comunque "conservano efficacia"⁴⁴; nell'art. 42 comma 2 c.p.p. a proposito del contenuto del provvedimento che accoglie la richiesta di ricsuazione; quest'ultimo può specificare quali atti conservano efficacia, tra cui potranno rientrare altresì le prove sino a quel momento assunte. In questi due casi si assiste, però, ad un errore terminologico: la conoscenza veicolata nel processo attraverso il procedimento probatorio non produce effetti paragonabili all'atto procedimentale in senso stretto. In altri termini, la prova offre elementi necessari al giudizio ma questa funzione non può essere assimilata agli effetti giuridici di un provvedimento emesso dal giudice. Si pensi all'art. 404 c.p.p. in cui, correttamente si rinvia al concetto di efficacia non già della prova assunta in incidente probatorio bensì della sentenza. Infatti, se il danneggiato dal reato non è stato posto in grado di partecipare all'incidente probatorio, la sentenza che si fonda sulla conoscenza

⁴⁰ F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, CEDAM, 2004, 4° ed., p. 422, in cui in relazione al negozio giuridico si distingue nettamente tra validità e efficacia: senza dubbio il contratto invalido è inefficace, ovviamente solo dopo la sentenza che dichiara la nullità o l'annullamento del negozio; il contratto valido di regola è efficace, ossia produce gli effetti voluti dalle parti, può accadere tuttavia che un contratto sebbene valido sia temporaneamente inefficace se sottoposto a condizione o termine; in relazione all'atto amministrativo.

⁴¹ La definizione di efficacia dell'atto amministrativo è anch'essa slegata dalla validità dell'atto: la conformità alla norma della fattispecie concreta – profilo della validità – postula il pieno rispetto dei passaggi che connotano l'intero procedimento amministrativo; l'efficacia è invece attributo del provvedimento amministrativo, quest'ultimo produce effetti anche se privo di taluni presupposti procedimentali così V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, II° ed., Giappichelli, 2010, p. 422.

⁴² G. CONSO, *Concetto e specie di invalidità. Introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*, cit., p. 39 ss.

⁴³ F. CORDERO, *Il procedimento probatorio*, in *Tre studi sulle prove penali*, cit., p. 55.

⁴⁴ L'art. 26 c.p.p. chiarisce come l'inosservanza delle norme sulla competenza non produca «l'inefficacia delle prove» già acquisite. Si è osservato che anche in tal caso la dizione corretta avrebbe dovuto essere «l'inutilizzabilità delle prove» A. ZAPPULLA, (*sub*) *Art. 26 c.p.p. in Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. CONSO- V. GREVI, CEDAM, 2004, p. 64.

acquisita in quella sede non produce gli effetti previsti dall'art. 652 c.p.p. e dunque è inefficace.

In sintesi, la prova non è efficace o meno, al più potrebbe essere rilevante o irrilevante, anche a prescindere dalla sua validità. Correttamente «*l'effetto in materia di prove va inteso con riguardo alla caratteristica tipica che contraddistingue atti del genere: la produzione di conoscenze giuridicamente utilizzabili*»⁴⁵. Ma in presenza di un divieto probatorio non è necessario discutere né di efficacia né di rilevanza perché è la legge a vietare che quella prova trovi ingresso nel processo

La prima declinazione del concetto di inutilizzabilità, quindi, si discosta sia dal concetto di imperfezione sia dalla categoria dell'efficacia. Qualora l'elemento conoscitivo, in violazione del divieto, entri nel patrimonio conoscitivo del giudice, scatta la sanzione: il limite alla conoscenza giudiziale. Questo spiega perché, nel ricostruire l'inutilizzabilità, si ricorra al concetto di sanzione processuale⁴⁶ che opera anche nel momento giuridico conseguente, ossia nel frangente in cui – erroneamente – si faccia uso di quella conoscenza⁴⁷. Quest'ultimo concetto, tuttavia, non è ancora sufficiente a descrivere compiutamente la nuova patologia e soprattutto a differenziarla dagli effetti della nullità in ambito probatorio.

Per comprendere appieno il percorso argomentativo che si intende svolgere occorre muovere dalla stesura originaria della norma generale che sanciva il nuovo vizio in cui si inibiva l'utilizzo delle prove *ammesse* dal giudice in violazione dei divieti stabiliti dalla legge; la distinzione appariva netta: da un lato, la più grave sanzione dell'inutilizzabilità nel caso di prove che non avrebbero dovuto essere ammesse; dall'altro, la nullità nell'ipotesi di violazione delle forme degli atti processuali⁴⁸.

Lo scopo di tale distinzione avrebbe dovuto essere quello di «*non confondere l'inutilizzabilità tecnicamente intesa, derivante dalla violazione dei divieti probatori, con*

⁴⁵ M. NOBILI, *Divieti probatori e sanzioni*, cit., p. 650.

⁴⁶ La nozione non è condivisa da parte della dottrina. Si fa notare che, declinando il concetto di sanzione come "effetto conseguente al mancato adempimento di un onere", la definizione non si attaglia più all'inutilizzabilità, la quale, al più, sarebbe assimilabile al concetto di pena di matrice sostanzialistica C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., p. 87.

⁴⁷ M. NOBILI, *Divieti probatori e sanzioni*, cit., p. 642 per cui si avrà una sanzione dell'atto a natura probatoria che «*si sposta e punta direttamente a disciplinare il momento logico-giuridico conseguente, ossia l'atto col quale erroneamente e illegittimamente si usi quella anteriore conoscenza*; già M. PISANI, *Le prove. Appunti sul titolo I, Libro III, del Progetto di un nuovo codice di procedura penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1976, p. 1178 ss.

⁴⁸ *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale* in G.U., 24 ottobre 1988, n. 250, (suppl. ord. n. 2), p. 61.

gli effetti dell'atto probatorio dichiarato nullo⁴⁹».

La differenza meglio si coglie indicando taluni esempi. L'atto probatorio può certamente essere nullo. L'interrogatorio senza previo avviso al difensore e ai sensi dell'art. 364 c.p.p. è affetto da nullità generale intermedia. Anche l'interrogatorio delegato ai sensi dell'art. 370 c.p.p. è nullo qualora non presenti il difensore della persona sottoposta alle indagini. In entrambi i casi il vizio effettivamente deriva dalla non conformità della fattispecie concreta rispetto alla norma astratta che, ad esempio, impone, rispettivamente, l'avviso o la presenza del difensore.

Ancora, la violazione delle regole sancite dall'art. 360 c.p.p. provoca la nullità dell'accertamento tecnico irripetibile. Per meglio dire, lo svolgimento dell'atto non preceduto dall'avviso all'indagato e al suo difensore della data fissata per il conferimento dell'incarico, si traduce in nullità generale intermedia della prova. Lo stesso vale qualora sia negato al difensore il diritto di assistere alle operazioni o di nominare propri consulenti tecnici. L'effetto della rilevazione della nullità è l'inutilizzabilità degli apporti conoscitivi ottenuti attraverso un *modus procedendi* viziato. Lo stesso ragionamento regge in caso di mancata partecipazione del difensore dell'indagato all'incidente probatorio ai sensi degli artt. 401 e 402 c.p.p. Come correttamente rilevato, però, occorre tenere presente che l'affermazione è vera qualora l'estensione dell'incidente probatorio sia rispettosa dell'art. 402 c.p.p. e il vizio emerga esclusivamente sotto il profilo della (ir)ritualità degli avvisi⁵⁰.

In tutti questi casi, le ricadute della declaratoria di nullità si traducono nella inutilizzabilità di quella conoscenza ai fini della decisione. L'inutilizzabilità, tuttavia, non è in sé vizio bensì effetto della nullità. O, detto altrimenti, il significato della nullità in ambito probatorio si sostanzia nell'affermazione dell'irrilevanza dell'atto: in quanto nullo,

⁴⁹ così A. SCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit., p. 117; F. M. GRIFANTINI, (voce) *Inutilizzabilità*, cit., p. 245.

⁵⁰ N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., p. 56. L'Autrice distingue l'inutilizzabilità come vizio, ipotesi che si verifica allorquando «ci sia violazione dell'art. 401 comma 6 c.p.p. che vieta l'estensione dell'assunzione della prova a fatti riguardanti persone diverse da quelle i cui difensori partecipano all'incidente probatorio» dall'inutilizzabilità come mero effetto della nullità, caso descritto sopra.

esso deve essere eliminato dal compendio probatorio a disposizione del giudice⁵¹.

In realtà, più corretto sarebbe precisare che ciò vale solo qualora la prova nulla non sia passibile di rinnovazione. In effetti, è stato rilevato che quella prova «*anche senza considerare l'eventualità di una sanatoria, può essere rinnovata*⁵²» e dunque reintrodotta nel circuito processuale. Tale conseguenza è accettabile a condizione che l'unica patologia che affligge la prova sia la nullità e che l'inutilizzabilità ne costituisca invece un mero effetto⁵³.

Del tutto diversa è l'inutilizzabilità declinata come vera e propria patologia processuale. Escluso che la nuova sanzione coincida con gli effetti della nullità in ambito probatorio, conviene ora tratteggiarne i profili principali. Anche in tal caso è necessario accennare alle vicende che hanno investito il dato normativo. Come detto, originariamente l'inutilizzabilità colpiva la prova che non avrebbe dovuto essere ammessa. Sennonché, il legislatore, passando dal testo provvisorio al definitivo, mosso dall'intento di estendere la nuova sanzione agli atti acquisiti nel corso delle indagini preliminari⁵⁴, modificò la primigenia dizione «prove ammesse» con «prove acquisite». Questo lasciò intendere, stando ad una lettura rigorosa delle fasi del procedimento probatorio, che il vizio operasse

⁵¹ A. SCCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit., p. 139-140. Secondo l'Autore questo rilievo varrebbe ad assimilare nullità e inutilizzabilità: entrambe influiscono sulla decisione perché il giudice non potrà tenere in considerazione né una prova dichiarata nulla né una conoscenza inutilizzabile. Sennonché, seppure è condivisibile l'affermazione che in ambito probatorio la nullità provoca l'ablazione della prova dalla trama istruttoria e altrettanto facile cogliere la differenza: solo la prova inutilizzabile non può essere reintrodotta attraverso forme di sanatoria; considerazione che spiega, come sopra detto, la volontà di introdurre una sanzione processuale costruita in modo diverso rispetto alla categoria tradizionale della nullità.

⁵² G. ILLUMINATI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*, cit., p. 533; secondo F. M. GRIFANTINI, (voce) *Inutilizzabilità*, cit., p. 246 in questi casi dovrebbe essere l'inutilizzabilità a prevalere in quanto sanzione tipiche per le prove; sennonché l'esempio prescelto a sostegno di questa conclusione attiene ad «*un caso di intercettazioni inutilizzabili ex art. 271 c.p.p., perché autorizzate con provvedimento immotivato e, quindi nullo secondo l'art. 125 c.p.p.*» ovvero ad un'ipotesi di inutilizzabilità in senso tecnico e non già all'inutilizzabilità come mero effetto della nullità.

⁵³ N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., p. 56 se, di contro, quella stessa prova fosse acquisita violando un divieto probatorio, vale a dire, in materia di incidente probatorio, qualora fosse violato l'art. 401 comma 6 c.p.p., si sarebbe in presenza di un'ipotesi di prova inutilizzabile in senso tecnico, tale per cui il divieto, nonostante l'assenza del difensore sia causa di nullità per violazione dell'art. 178 lett. c) c.p.p., prevale ed il vizio è fonte di inutilizzabilità.

⁵⁴ *Relazione al testo definitivo del codice di procedura penale*, in G.U., 24 ottobre 1988, n. 250 (suppl. ord. n. 2), p. 181; F. M. GRIFANTINI, (voce) *Inutilizzabilità*, cit., p. 243; A. SCCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, cit., p. 166; G. P. VOENA, *Attività investigativa e indagini preliminari*, in *Le nuove disposizioni sul processo penale*, A. GAITO, CEDAM, 1989, p. 46.

anche in relazione al *quomodo* dell'atto probatorio⁵⁵. Al contempo, la stessa disciplina delle nullità non fu circoscritta alle sole inosservanze di forma degli atti sicché ci si chiese, essendovi frequenti sovrapposizioni, quale fosse il perimetro di delimitazione dei singoli vizi della prova. In altre parole, si tentò di stabilire un criterio di prevalenza dell'una o dell'altra forma di invalidità. Le soluzioni dottrinali presero le mosse non tanto dalla struttura dei vizi, quanto dalle loro ricadute. Si fece notare, ad esempio, che, far prevalere la nullità non avrebbe potuto escludere forme di sanatoria della prova, salvi i casi di nullità assoluta, vanificando il proposito del legislatore del 1988 di eliminare dal patrimonio conoscitivo del giudice le prove definite (anche) inutilizzabili⁵⁶. D'altro canto, una ricostruzione più coerente con il principio di legalità imporrebbe di applicare la disciplina della nullità, qualora sia prevista *ad hoc*, nel caso di violazioni relative al momento acquisitivo⁵⁷. Certo, la formula legislativa prescelta per la norma generale non appare particolarmente felice e soprattutto è foriera di equivoci. L'art. 191 c.p.p. impone la declaratoria di inutilizzabilità delle prove illegittimamente acquisite, tra cui rientrano senz'altro le prove vietate, ossia quelle per le quali v'è un divieto di ammissione, ma anche, parrebbe, le prove acquisite non osservando le forme prescritte. La soluzione non è univoca. Innanzitutto, parte della dottrina, supportata dalla giurisprudenza dominante⁵⁸, ritiene che la sanzione di cui all'art. 191 c.p.p. operi nei soli casi di divieto di ammissione della prova (*an*), fatte salve le ipotesi tassativamente previste dalla legge⁵⁹. Le argomentazioni addotte a sostegno di quest'ultima teoria si possono riassumere nel timore di giudicare inutilizzabili tutte le prove che siano acquisite in modo difforme dalle

⁵⁵ A. SCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, cit., p. 119; ciò perché come già rilevava F. CORDERO, *Il procedimento probatorio*, in *Tre studi sulle prove penali*, cit., p. 53 con il termine acquisizione si indica «l'operazione con cui la prova è formata o introdotta nel processo».

⁵⁶ A. SCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, cit., p. 164; G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 195.

⁵⁷ M. NOBILI, sub *Art. 191 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 412.

⁵⁸ Cass. Sez. Unite, 27 marzo 1996, n. 5021 CED (rv.) 204644; Cass. Sez. I, 21 febbraio 1997, n. 2690 CED (rv.) 207271; Cass. Sez. III, 30 aprile 1999, Leone, in *Cass. pen.*, 2000, p. 1523; Cass. Sez. I, 15 dicembre 2000, n. 5870, CED (rv.) 218098; Cass. Sez. V, 31 gennaio 2003, in *A. n. proc. pen.*, 2003, p. 613; sulla necessità di prescindere o di attuare la sanzione in caso di inosservanza di forme in relazione alle intercettazioni Cass. Sez. Un., 25 marzo 2010, n. 13426 CED (rv.) 241318.

⁵⁹ Ancora sul vecchio codice, G. LOZZI, *Prove invalide non utilizzate e declaratoria di nullità*, cit., p. 443; C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., p. 69; F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 617; A. SCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, cit., p. 163.

prescrizioni legali escludendo, così, la nullità e la mera irregolarità dal campo probatorio⁶⁰. A tale orientamento si contrappongono coloro che ammettono l'esistenza di divieti probatori impliciti o indiretti secondo una logica difficilmente contestabile: il fatto che la legge prescriva una forma precisa per l'acquisizione di quella data conoscenza si traduce nel divieto (indiretto) di assumere la prova secondo altre modalità⁶¹. La sanzione processuale per la violazione di quel divieto è ricavabile dalla norma generale, ossia dall'art. 191 c.p.p. Vi sono, poi, ipotesi in cui oltre all'inutilizzabilità generale c'è la disposizione speciale a ribadire il regime d'uso. Semplicemente, da un lato, si riscontrano norme che sanciscono un divieto (diretto o indiretto) la cui violazione è sanzionata applicando la norma generale; dall'altro, è la disposizione speciale a stabilire sia il divieto sia la sanzione⁶². La validità di tale ultima teoria sarebbe confermata dall'art. 526 c.p.p., là dove pretende che la decisione del giudice si fondi esclusivamente su «prove legittimamente acquisite nel dibattimento». Non si potrebbe ridurre la portata della norma alla sola inutilizzabilità fisiologica, ossia al divieto d'uso degli atti d'indagine in dibattimento, né alla mera violazione di divieti di ammissione. La norma, si è detto, «colpisce la trasgressione del metodo probatorio dibattimentale»⁶³»

L'accoglimento dell'una o dell'altra teoria ha ricadute immediate sulla definizione del vizio e, dunque, sulla sua propagazione in altri procedimenti⁶⁴.

⁶⁰ C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., p. 71; G. LOZZI, *I principi del dibattimento*, in *Riflessioni sul nuovo processo penale*, Giappichelli, 1992, p. 116.

⁶¹ M. NOBILI, *Divieti probatori e sanzioni*, cit., p. 646. L'Autore sottolinea come – ragionando altrimenti – resterebbero prive di sanzione addirittura la testimonianza e la confessione estorte, vale a dire quelle violazioni dell'art. 188 c.p.p. che a prima vista non paiono direttamente sanzionate da un divieto espresso a pena di inutilizzabilità; si veda anche G. G. DE GREGORIO, *L'inutilizzabilità*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, M. CHIAVARIO- E. MARZADURI, *Le prove*, vol. I, Utet, 1999, p. 214.

⁶² F. DINACCI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit. p. 54; M. NOBILI, *Divieti probatori e sanzioni*, cit., p. 642; ID, *Art. 191 c.p.p.* in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 412.

⁶³ M. NOBILI, *Divieti probatori e sanzioni*, cit., p. 649; N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., p. 109; E. ZAPPALÀ, *La deliberazione della sentenza e gli atti successivi*, in *Giust. pen.*, 1989, p. 662; secondo l'Autore ragionare diversamente condurrebbe ad escludere dall'estensione del vizio le disposizioni concernenti «le regole di escussione del testimone e segnatamente quelle relative agli atti in contestazione e alle modalità con le quali questa deve avvenire» contra C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., p. 85-90.

⁶⁴ N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., p. 82; R. ORLANDI, (sub) *Art. 343*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 75 ss.

4. *Inutilizzabilità derivata ed effetti dell'inutilizzabilità*

La trasmissione del vizio da un atto al successivo è tipica delle nullità degli atti processuali; come già accennato, il nesso di consequenzialità e dipendenza fa sì che la nullità si estenda a tutti gli atti conseguenti: si tratta del c.d. fenomeno della propagazione della nullità, consacrato dall'art. 185 c.p.p. In tali casi si parla di nullità derivata. Una delle questioni maggiormente spinose relative all'inutilizzabilità è l'ipotetica distinzione tra il fenomeno dell'invalidità derivata, il cui prototipo resta l'art. 185 c.p.p., e gli effetti dell'inutilizzabilità proiettati sulle prove o sui provvedimenti giudiziari.

Innanzitutto, per l'inutilizzabilità non è prevista una disposizione *ad hoc* analoga all'art. 185 c.p.p. L'assenza non è casuale posto che il vizio è chiamato ad operare esclusivamente in tema di prove. Si è visto, infatti, che proprio il nesso di consequenzialità e dipendenza, tipico delle nullità degli atti processuali, costituiva uno dei sintomi della difficile adattabilità della patologia al fenomeno probatorio. Ad ogni modo, è corretto, in linea generale, affermare che un elemento probatorio acquisito nonostante la presenza di un divieto non renda per ciò solo inutilizzabile la prova successivamente assunta. Così come una prova nulla non rende invalida la seguente⁶⁵. Manca cioè un effettivo rapporto di necessarietà e consecuzione: l'esperimento di un atto probatorio, di regola, è evento non necessario per il progredire del procedimento.

Se questo primo punto è chiaro, altro è discutere degli effetti della declaratoria di inutilizzabilità; effetti che prescindono *in toto* dal rapporto di consecuzione e dipendenza. Si esorbita, cioè, dal fenomeno dell'invalidità derivata allorché si analizzi l'ipotesi in cui una prova inutilizzabile entri a far parte delle premesse storiche della decisione.

Secondo una parte della dottrina, invero, la censurabilità della sentenza o del provvedimento adottato sulla base di prove inutilizzabili, *in primis ex art. 606 lett. c) c.p.p.*, non vuol significare che si è verificata la propagazione del vizio bensì che si sono realizzati gli effetti tipici dell'inutilizzabilità⁶⁶. È stato osservato che, in tale ipotesi, non si verifica la trasmissione del vizio da un atto all'altro poiché è la differente natura degli stessi – prova,

⁶⁵ Ciò perché l'atto di acquisizione probatoria non può essere considerato di per sé un presupposto di validità di un atto successivo G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Giuffrè, 1955, p. 166; G. LOZZI, *I limiti cronologici della fase predibattimentale*, cit., p. 174; per una approfondita ricostruzione della dottrina vigente il codice abrogato A. SCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, cit., p. 82 ss; in generale M. PANZAVOLTA, *Contributo allo studio dell'invalidità derivata nel processo penale*, Aras, 2012, *passim*.

⁶⁶ C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., p. 255; N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., p. 83.

il primo, provvedimento giudiziale, il secondo – che lo impedisce⁶⁷.

L'inutilizzabilità derivata in senso stretto, invece, scatterebbe, analogamente alla nullità derivata, innanzi a due atti della stessa natura – prove – che si pongono in rapporto di connessione causale.

In realtà, in tema di prova, la distinzione dovrebbe essere condotta secondo altre categorie. Taluni autori⁶⁸, infatti, non condividono l'argomentazione per cui la propagazione del vizio da un atto all'altro è sempre esclusa poiché essi sono di diverso genere – prova e decisione, anche interlocutoria –. Anzi, sul rilievo che un provvedimento non potrà mai essere inutilizzabile ma al più affetto da nullità, si finisce per ricondurre il fenomeno proprio alla categoria dell'invalidità derivata. Sicché, la sentenza che si fonda su una prova inutilizzabile, in forza della trasmissione del vizio, sarà a sua volta invalida: ovviamente non inutilizzabile ma viziata da nullità assoluta⁶⁹. Del resto, anche in materia di nullità la declaratoria si riflette, in ultima istanza, sulla validità della sentenza⁷⁰. Il percorso argomentativo si apprezza se si concepisce la consequenzialità in ambito probatorio in modo differente rispetto al rapporto tra atti procedurali. La caratteristica dell'inutilizzabilità si sostanzia nella necessità di guardare oltre la prova viziata, concentrandosi sull'uso processuale di quella conoscenza. Il momento dinamico è predominante. L'etimologia della parola prescelta dal legislatore dimostra come sia insito nel vizio il passaggio da un atto all'altro⁷¹. Ed allora, non tanto pare necessario distinguere tra inutilizzabilità derivata ed effetti dell'inutilizzabilità quanto tra tipi di utilizzazione. Il provvedimento di ammissione di una prova viziata è stato definito il "riscontro di un uso

⁶⁷ C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., p. 255.

⁶⁸ V. GREVI, *Nemo tenetur se detegere*, cit., p. 363; M. NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Clueb, 1989, p. 162; G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, II° ed., 2000, p. 184 *contra* A. SCHELLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit., p. 199 per cui «l'invalidità derivata deve essere confinata ai soli atti che si inseriscono con carattere di necessità nel ciclo effettuale del procedimento, costituendo il presupposto indefettibile per il compimento di almeno un atto successivo».

⁶⁹ M. NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, cit., p. 160; ID, *Commento all'art. 191 c.p.p.*, cit., p. 414 per cui «l'inutilizzabilità probatoria si può anche risolvere in una nullità – con caratteri coincidenti con quelli fissati dall'art. 191.2 – dell'atto che "dipende" dalla prova per l'appunto inutilizzabile».

⁷⁰ F. DINACCI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., p. 92.

⁷¹ La stessa Corte costituzionale, ord. 24 settembre 2001 n. 332 ha chiarito che nel concetto di inutilizzabilità è insito il riferimento ad atti conseguente cui il vizio possa estendersi; ancora la Consulta si è spinta oltre in relazione al segreto di stato: la Corte ha precisato che il divieto fissato all'art. 202 comma 5 c.p.p. ha una portata indiretta poiché riguarda anche il divieto di utilizzare atti e documenti coperti dal segreto di stato per trarne spunto ai fini di ulteriori atti di indagine: le risultanze sarebbero a loro volta viziare Corte cost. 3 aprile 2009, n. 106, sul punto: N. GALANTINI, *Inutilizzabilità della prova e diritto vivente*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, p. 83.

probatorio vietato”, e questo in ragione della supposta esistenza di un rapporto di consequenzialità tra la prova e il provvedimento che sulla stessa si fonda. Il corollario è l’annullabilità di quest’ultimo⁷². Del resto, già nel vigore del codice abrogato, un Autore riconduceva al fenomeno dell’invalidità derivata l’atto acquisitivo di una prova ammessa malgrado il divieto di legge⁷³. È altrettanto vero, tuttavia, che il concetto di inutilizzabilità derivata si lega alla c.d. teoria di derivazione anglossassone, dei frutti dell’albero avvelenato⁷⁴. Ma ciò non costituisce che una specie della categoria della derivazione, declinata, in tal caso, esclusivamente con riferimento al rapporto tra due atti probatori. Centrale, dunque, la nozione di uso dell’atto probatorio. Nozione che merita un approfondimento ulteriore. L’inutilizzabilità è stata scomposta in uso orientativo e uso processuale. Non v’è dubbio che un elemento di prova inutilizzabile possa orientare l’attività investigativa o condurre ad individuare, ad esempio, una testimonianza di per sé valida. In tali casi, si è osservato, siamo di fronte ad un uso inteso nell’accezione comune del termine perché «*il legislatore non prevede che i provvedimenti con cui si dispone – ad esempio – la perizia, o si ordina la testimonianza, debbano fondarsi su anteriori elementi di prova*»⁷⁵. Se, di contro, la legge pretende che l’adozione di un provvedimento sia supportata da anteriori e valide conoscenze, l’eventuale utilizzo di una prova viziata – in quanto uso processuale – si traduce in vizio del provvedimento stesso: l’ordinanza che dispone la misura cautelare, ad esempio, dovrebbe, per il solo fatto che si fondi su una

⁷² M. NOBILI, *Divieti probatori e sanzioni*, cit., p. 643-645.

⁷³ F. CORDERO, *Il procedimento probatorio*, cit., p. 52.

⁷⁴ La dottrina ha esaminato la questione soprattutto in relazione all’illegittimità della perquisizione e del conseguente sequestro e alle captazioni illecite di comunicazioni. I filoni dottrinali sono essenzialmente due riconducibili a F. CORDERO, *Prove illecite*, in *Tre studi sulle prove penali*, cit., p. 158; NOBILI, *Art. 191 c.p.p. in Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 413; ID, *La nuova procedura penale*, cit. p. 156 ss.; da ultimo, R. CASIRAGHI, *Prove vietate e processo penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2009, p. 1768 ss. La tematica imporrebbe un’analisi della cd. prova illecita non opportuna in questa sede si rimanda a C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., p. 260; N. GALANTINI, *L’inutilizzabilità della prova nel procedimento penale*, cit., p. 202; ID, (voce) *L’inutilizzabilità*, in *Enc. dir. Agg. I*, Giuffrè, 1997, p. 700; ID, *Inutilizzabilità della prova e diritto vivente*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, p. 72 ss.; A. MELCHIONDA, *Prove illegali e prove illecite nel futuro processo penale*, in *Riv. pen.*, 1977, p. 129; A. SCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, cit., p. 169; F. DINACCI, *L’inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., p. 62. In giurisprudenza, Cass. Sez. Un., 27 marzo 1996 n. 5021 cit., p. 245; Cass. Sez. Un., 30 ottobre 2002 in *Cass. pen.* 2003, p. 3276; Cass. Sez. Un., 28 maggio 2003, Torcasio n. 36747 in *D&G Dir. e giust.* 2003, p. 16.

⁷⁵ M. NOBILI, *Divieti probatori e sanzioni*, cit., p. 643.

conoscenza vietata, essere affetta da vizio motivazionale⁷⁶.

In ultima analisi, pare opportuno concentrarsi sulla nozione di uso anziché di derivazione del vizio, derivazione che, a prescindere dalla teorica che si intenda accogliere, assume, in relazione all'inutilizzabilità caratteri particolari, comunque diversi dagli effetti sanciti all'art. 185 c.p.p.

I rilievi sin qui svolti sono funzionali ad una verifica che verrà condotta in relazione alla circolazione dell'elemento probatorio viziato.

Se infatti la prova è vietata nel primo rito, i provvedimenti di ammissione-acquisizione nonché il provvedimento che su di essa si fonda sono essi stessi viziati. Qualora quello stesso elemento entri in un secondo e diverso procedimento quali effetti può avere l'infezione della patologia? Può automaticamente estendersi ai provvedimenti del giudizio *ad quem* ovvero sarà necessario un vaglio *ex novo*? Sul punto si può anticipare che l'uso che si intende fare della prova viziata nel diverso procedimento è proprio lo stesso che è precluso nel primo rito in forza del divieto.

L'invalidità, allora, parrebbe infettare anche il provvedimento che fa entrare l'atto probatorio nel giudizio *ad quem*; senonché, come si vedrà, la soluzione è differenziata a seconda della natura del provvedimento che viene in questione.

5. *Regime di rilevabilità*

5.1 *Le nullità assolute*

L'art. 179 c.p.p. declina il regime di rilevabilità del vizio in due caratteristiche. Innanzitutto le nullità assolute sono insanabili, non operano cioè le generali cause di sanatoria previste dall'art. 183 c.p.p. né i limiti di deducibilità di cui all'art. 182 c.p.p.; in secondo luogo, è sempre prevista la rilevabilità d'ufficio. Questa ultima crea un obbligo per il giudice, particolarmente pregante in questo campo, poiché, se l'organo giudicante non provvede immediatamente, gli atti probatori saranno travolti dalla dichiarazione successiva.

⁷⁶ Giova però evidenziare che la parte della giurisprudenza, come già rilevato da A. SCCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, cit., p. 140 non sembra accogliere, in materia cautelare, questa impostazione. Secondo la Cassazione, infatti, «la mancata attuazione delle specifiche modalità previste dall'art. 141-bis c.p.p. per l'interrogatorio dell'imputato detenuto ne comporta l'inutilizzabilità come elemento di prova, non la nullità e neppure l'inefficacia della misura cautelare ai sensi dell'art. 302 c.p.p., che prescrive solo l'attuazione di un valido interrogatorio, senza pretendere anche l'utilizzabilità probatoria» Cass. Sez. IV, 28 gennaio 2003, n. 12294 CED (rv.) 223868) nello stesso senso anche C.CONTI, *Volto attuale dell'inutilizzabilità: derive sostanzialistiche e bussola della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 781 ss.

La nullità assoluta, dunque, agisce senza che sia configurabile alcuna sanatoria diversa dal giudicato. Solo l'irrevocabilità della sentenza impedisce la rilevazione del vizio; fenomeno che non collima, però, con la definizione rigorosa di sanatoria perché, più che prodursi l'integrazione di un atto imperfetto con un atto successivo si inibisce di far valere ancora un'invalidità che, però, non scompare⁷⁷.

Un limite espresso alla rilevabilità della nullità assoluta si rinviene nell'art. 627 comma 4 c.p.p.: nel giudizio di rinvio è impossibile eccepire o rilevare nullità assolute emerse nei precedenti gradi di giudizio o nel corso delle indagini preliminari. Lo stesso vale nel procedimento di revisione in cui non si potrà giungere ad una declaratoria di nullità relativa ad atti del giudizio di cognizione⁷⁸.

Si vedrà che queste ultime norme danno corpo all'unica preclusione codificata ai poteri del giudice in tema di invalidità. La scelta del legislatore del 1988 per i vizi più gravi non fa che confermare gli approdi cui erano pervenuti la dottrina e, solo in seconda battuta, il legislatore, nella vigenza del codice Rocco.

Eppure, ancor oggi non si accetta che nei casi previsti dall'art. 179 c.p.p. la rilevazione dell'invalidità produca effetti dirompenti; effetti in grado, cioè, di far regredire il procedimento alla fase delle indagini. L'ostilità alla deducibilità immanente del vizio, anzi, ha trovato nuova linfa a seguito della modifica dell'art. 111 cost. che ha valorizzato il diritto alla ragionevole durata del processo⁷⁹. In nome di tale ultimo principio costituzionale si è tornati a discutere della possibilità di ragionare in termini di pregiudizio

⁷⁷ G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, cit., p. 95-97; G. DI CHIARA, *Le nullità*, in *Atti del procedimento: forma e struttura*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, cit., p. 231; M. PANZAVOLTA, *Nullità degli atti processuali penali*, cit, p. 2; T. RAFARACI, (voce) *Nullità*, cit., p. 602.

⁷⁸ G. CONSO, *La sanatoria delle nullità assolute nel processo penale*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1956, p. 550.

⁷⁹ P. SECHI, *Nullità assolute e durata ragionevole dei processi: prassi applicative e riflessioni de jure condendo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, p. 250; G. LEO, *L'abuso del processo nella giurisprudenza di legittimità (I parte)* in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 509; C. CONTI, *Nullità e inutilizzabilità: problemi attuali e prospettive di riforma*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1653; R. KOSTORIS, *Verso un processo non più stato-centrico*, in AA. VV., *Giurisprudenza europea: nuovi scenari dopo il caso Dorigo e gli interventi della Corte costituzionale*, a cura di A. BALSAMO- R. KOSTORIS, Giappichelli, 2008, p. 3.

sostanziale⁸⁰. L'insofferenza per il trattamento delle nullità assolute si manifesta con maggiore forza proprio in quei casi in cui un preteso interesse tutelato dalla norma generale non appare in concreto violato. La giurisprudenza, seguendo tale scia interpretativa, ha recuperato talune ricostruzioni dottrinali al fine di ridimensionare la portata del vizio. Si pensi, ad esempio, all'interpretazione del principio di correlazione tra accusa e sentenza fornita dalla Sezioni unite della Corte di legittimità⁸¹. L'art. 521 comma 2 c.p.p. impone la trasmissione degli atti al pubblico ministero qualora il giudice accerti che il fatto è diverso da come descritto nelle contestazioni effettuate a norma degli artt. 516, 517 e 518 comma 2 c.p.p.). La violazione della disciplina delle nuove contestazioni, con le inevitabili sfumature dovute alla diversità fra fatto diverso, fatto nuovo e circostanze aggravanti provoca la nullità della sentenza ai sensi dell'art. 522 c.p.p. La norma è stata oggetto di studi che conviene riassumere in due filoni; da un lato, vi è chi ritiene che la nullità speciale sia una specificazione dell'ipotesi generale di cui all'art. 178 lett. b) c.p.p.⁸², ossia dia luogo ad una violazione delle regole concernenti l'iniziativa del p.m.; sicché la nullità, poiché assoluta, sarebbe insanabile e rilevabile in ogni stato e grado. Dall'altro, focalizzando l'attenzione sul profilo del diritto di difesa, si fa rientrare la previsione nell'art. 178 lett. c) c.p.p., dando così luogo ad una nullità intermedia⁸³. Le Sezioni unite – ed arriviamo al punto che interessa – nell'esaminare il censurato mutamento del fatto affermano la necessità di un'indagine volta a stabilire se, in concreto e nonostante la violazione, l'imputato sia venuto a trovarsi nella condizione di difendersi in ordine all'oggetto dell'imputazione. La Suprema corte mostra di accogliere *in toto* le

⁸⁰ Di effettivo interesse leso si parlò anche in sede di lavori preparatori al progetto Riccio e nel progetto Dalia, P. TONINI, *Disciplina della prova e durata ragionevole del processo penale*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 332; G. UBERTIS, *Azione penale contraddittoria e durata ragionevole del processo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, p. 130. Recupera invece il difetto di offensività C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., p. 483, ID, *Il volto attuale dell'inutilizzabilità derivate sostanzialistiche e bussola della legalità*, cit., p. 781 ss. critica C. IASEVOLI, *La nullità nel processo partecipato: ovvero legalità e garanzie nell'etica della responsabilità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, p. 669 ss.

⁸¹ Da ultimo Cass. Pen. Sez. Un., 15 luglio 2010 n. 36551 in *Arch. nuova proc. pen.* 2011, p. 2.

⁸² Anche se taluno ha precisato come la norma, lungi dall'essere un mera riproposizione degli artt. 178 e 179 c.p.p. avrebbe altresì la funzione di sanzionare con la nullità le violazioni non inquadrabili nello schema generale T. RAFARACI, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, Giuffrè, 1996; p. 417 ss.

⁸³ F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1184. In giurisprudenza questa è la tesi dominante Cass. Sez. IV, 21 aprile 2006 n.14180 CED (rv.) 233952; Cass. Sez. VI, 7 luglio 1999 n. 8636 CED (rv.) 214316; di segno opposto la risalente pronuncia Cass. Sez. II, 18 novembre 1992 n. 11125 CED (rv.) 192555.

argomentazioni già sviluppate nel vigore del codice Rocco⁸⁴. Così facendo, però, si introduce una valutazione sostanziale che nulla ha a che vedere con il principio di legalità delle forme stabilito dagli artt. 177 c.p.p. e ss. Il metodo per svelire la portata dell'art. 179 c.p.p. si sviluppa anche riconducendo talune nullità generali non già nell'art. 179 bensì nelle nullità generali intermedie⁸⁵. Ciò è reso possibile dalla necessaria ampiezza del testo normativo degli artt. 178 e 179 c.p.p. In taluni casi i due approdi giurisprudenziali si intersecano. Giova richiamare sul punto la decisione più recente sulla nozione di omessa citazione dell'imputato. Dapprima le Sezioni unite hanno specificato che la nullità assoluta ricorre solo in due ipotesi: quando la citazione sia totalmente omessa ovvero qualora sia eseguita in forme diverse da quelle prescritte purché essa sia inidonea a determinare la conoscenza effettiva dell'atto da parte dell'imputato⁸⁶. Secondariamente, la Corte ha precisato che la nullità assoluta non scatta se la violazione consiste nel mancato rispetto delle regole sulle modalità di esecuzione della notifica poiché si applica la speciale ipotesi di sanatoria di cui all'art. 184 c.p.p.: se l'imputato è comparso, cade la nullità della citazione. In altre parole, si degrada una nullità assoluta in nullità intermedia o –

⁸⁴ Si vedano i due orientamenti: teleologico-funzionale e strutturale; il primo, oramai pacifico in giurisprudenza, fa leva sul c.d. pregiudizio effettivo subito dalla difesa dal ultimo sul punto Sez. un 29 settembre 2011, n. 115 in *Cass. pen. 2012*, p. 2410 nota di F. CAPRIOLI, *Abuso del diritto di difesa e nullità inoffensive*; il secondo, sostenuto dalla prevalente dottrina pretende il verificarsi del vizio prescindendo totalmente da analisi circa l'effettiva lesione del diritto di difesa, vedi per tutti F. CORDERO, *Considerazioni sul principio di identità del fatto*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1958, p. 941; per un'ampia panoramica VEDI A. TASSI, (sub) *Art. 521 c.p.p.* in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. CONSO-V. GREVI, CEDAM, 2005, p. 1837.

⁸⁵ Fenomeno che C. CONTI, *Nullità e inutilizzabilità: problemi attuali e nuove prospettive di riforma*, cit. p. 1653 chiama della "ricognizione del vizio".

⁸⁶ Cass. Sez. Un., 27 ottobre 2004 n. 119 in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 715 nota di A. MACRILLÒ, *Nullità derivante dalla mancata citazione dell'imputato presso il domicilio eletto*; A. MACCHIA, *Nullità: quando una garanzia della difesa può diventare uno strumento di abuso. La scelta delle Sezioni unite imporrà nuovi accertamenti in fatto*, in *D&G Dir. e giust.* 2005, p. 38; nello stesso senso vedi Cass. Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 19602 in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 743 nota di A. SCARCELLA, *Domicilio dichiarato o eletto e nullità della notifica presso il difensore di fiducia* e G. SANTALUCIA, *La notificazione per mezzo del difensore di fiducia: ragioni ed ambito applicativo del nuovo strumento di semplificazione processuale*, in *Cass. pen.* 2008, p. 4014; M. VESSICHELLI, *Sul regime della nullità della notificazione all'imputato dell'atto di citazione*, in *Cass. pen.* 2005, p. 1157. Si veda anche P. SECHI, *Nullità assolute e durata ragionevole durata dei processi: prassi applicative e riflessioni de jure condendo*, cit., p. 273.

analogamente – si rende applicabile la speciale ipotesi di sanatoria alle nullità assolute⁸⁷.

A fronte di tali arresti giurisprudenziali⁸⁸, parte della dottrina propone di codificare il principio di offensività o del pregiudizio sostanziale⁸⁹; lo scopo sarebbe impedire la declaratoria del vizio quando l'interesse sotteso alla norma non appaia pregiudicato.

Il fenomeno può essere ricondotto all'interno di una tendenza più ampia, cui si è già accennato. Si è di fronte ad un generale ridimensionamento dei vizi degli atti e, in particolare, delle prove, giustificato da uno scopo ben preciso, anche se non espresso, ossia attenuare le regole formali per consentire, nel più breve tempo possibile, la chiusura del processo ampliando la piattaforma probatoria a disposizione del giudice.

Prima di passare alle altre forme di nullità, un ultimo problema resta da esaminare, vale a dire, i presupposti della declaratoria della nullità assoluta. La dichiarazione di nullità avrebbe natura costitutiva: l'atto invalido è caratterizzato da un'efficacia precaria, efficacia che viene meno, appunto, con la dichiarazione del vizio. È tuttavia complessa la questione circa la prova della nullità dell'atto. Tendenzialmente, si dà per scontato che la patologia emerga facilmente dai verbali del procedimento. Questo è vero ad esempio in materia di notificazioni e vizi formali degli atti; lo stesso non vale sempre, però, in materia di prova. Si vedrà che questo ultimo profilo acquista rilevanza nella circolazione probatoria poiché la mancata conoscenza del fascicolo processuale del primo giudizio rende difficile la

⁸⁷ Il problema non è nuovo in dottrina, ad esempio O. DOMINIONI, (sub) *Art. 184 c.p.p.*, in *Commentario del codice di procedura penale*, a cura di E. AMODIO- O. DOMINIONI, Giuffrè, 1989, p. riteneva comunque applicabile la speciale causa di sanatoria di cui all'art. 184 c.p.p. alla nullità assoluta derivante dall'omessa citazione dell'imputato; secondo invece, F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1209; M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., p. 326; M. PANZAVOLTA, *Nullità degli atti processuali*, cit., p. 14; T. RAFARACI, *Nullità, (dir. pen. proc.)*, cit., p. 621, la sanatoria causata dalla comparizione della parte, proprio perché formulata in termini generici, vale con riferimento alle parti del processo diverse dall'imputato. A parere di quest'ultimo Autore, in mancanza di una deroga esplicita che renda applicabile la sanatoria speciale, prevale il carattere insanabile della nullità sancito dall'art. 179 c.p.p.

⁸⁸ Per completezza si ricordi anche la giurisprudenza in materia di ammissione al gratuito patrocinio.

⁸⁹ Il dibattito si è sviluppato intorno al concetto di abuso del processo, anche a seguito della giurisprudenza della Corte di legittimità che, come detto, ha avallato e sanzionato tale fenomeno Cass. Sez. Un., 29 settembre 2011, n. 155 in *Cass. pen.*, 2012, p. 2410 con nota di F. CAPRIOLI, *Abuso del diritto di difesa e nullità inoffensive*, cit., p. 2444; da ultimo G. ILLUMINATI, *Il tema: abuso del processo, legalità processuale e pregiudizio effettivo*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3593; E. AMODIO, *Il fascino ingannevole del pregiudizio effettivo (a proposito di abuso del processo)*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3596; R. ORLANDI, *Abuso del diritto o diritto all'abuso?* in *Cass. pen.*, 2012, p. 3599; T. PADOVANI, *A.D.R. sul c.d. abuso del processo*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3605; F. PALAZZO, *L'abuso del processo e i suoi rimedi tra legalità processuale e legalità sostanziale*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3609.

scoperta della patologia⁹⁰.

5.2 *L'inutilizzabilità*

Al pari della nullità assoluta, l'inutilizzabilità è rilevabile, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del procedimento. A fronte di un'affermazione così lapidaria, tuttavia, non sono pochi i dubbi che emergono dal tessuto normativo. Oltre all'art. 191 c.p.p., infatti, nel codice si rinvencono alcune norme meritevoli di attenzione. Il faro però nella ricostruzione della rilevanza del vizio è la distinzione tra inutilizzabilità fisiologica e patologica. La classificazione, peraltro, non deve ingannare perché le ipotesi di inutilizzabilità fisiologica sono anch'esse caratterizzate dall'insanabilità: il vizio, se presente, permane; altro è che di quella conoscenza possa essere fatto uso al di fuori del contesto dibattimentale.

La prima disposizione che parrebbe, ad una lettura superficiale, contraddire la rilevanza in ogni stato e grado è l'art. 491 comma 2 c.p.p.: le questioni relative alla composizione del fascicolo per il dibattimento devono essere eccepite nei termini ivi previsti. Sennonché, come osserva giustamente la dottrina, la norma non può certo impedire la rilevazione del vizio nel corso dell'istruzione dibattimentale, posto che i verbali di prova inseriti nel fascicolo per il dibattimento acquisiscono effettivo valore probatorio esclusivamente mediante lettura. Inoltre, si rammenti che il vizio ha natura dinamica e per ciò promana i suoi effetti durante tutto l'arco del procedimento probatorio sino alla valutazione della conoscenza acquisita in violazione di un divieto⁹¹.

Altra previsione satellite rispetto all'art. 191 c.p.p. è l'inutilizzabilità prevista dall'art. 407 comma 3 c.p.p. In relazione agli atti di indagine tardivi, ossia compiuti dopo la scadenza del termine di durata delle indagini preliminari, la giurisprudenza e parte minoritaria – della dottrina hanno circoscritto il trattamento della inutilizzabilità, sotto il profilo della rilevanza d'ufficio. È affermazione ormai costante, anche se priva di riscontri normativi, che la patologia che inficia gli atti di indagine compiuti dopo la scadenza del termine non sia assimilabile all'inutilizzabilità delle prove vietate di cui all'art. 191 c.p.p. La Cassazione da questo assioma trae la conseguenza che il vizio sia rilevabile solo su istanza di parte; di recente la Suprema Corte si è spinta oltre giungendo ad assimilare l'inutilizzabilità ad una nullità di regime intermedio, soggetta ai limiti di cui

⁹⁰ Vedi *infra*, cap. IV.

⁹¹ F. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, cit., p. 106; peraltro, si potrebbe anche ritenere che le questioni di cui all'art. 431 c.p.p. involgono esclusivamente l'inutilizzabilità fisiologica.

all'art. 182 c.p.p.⁹². Le limitazioni alla rilevabilità del vizio hanno investito anche la disciplina della prova dichiarativa, in particolare in relazione alla formulazione di domande suggestive. In tali casi, se la patologia non è immediatamente dedotta dalla parte non potrà essere fatta valere quale motivo di impugnazione⁹³.

La deducibilità in ogni stato e grado, poi, ha indotto ad interrogarsi sull'estensione all'inutilizzabilità del limite espresso dall'art. 627 comma 4 c.p.p., limite, a rigore, sancito esclusivamente per le nullità assolute e l'inammissibilità.

Secondo taluni l'omessa menzione dell'inutilizzabilità non farebbe altro che confermare la differenza di struttura tra le nullità e la sanzione dell'atto probatorio, con il corollario che l'inutilizzabilità sarebbe rilevabile altresì nel giudizio di rinvio. Occorre però tenere a mente i vincoli derivanti dall'eventuale giudicato parziale formatosi ai sensi dell'art. 624 comma 2 c.p.p. Il giudicato, infatti, a parere della giurisprudenza maggioritaria preclude la declaratoria del vizio secondo la nota formula per cui esso copre il dedotto e il deducibile. L'affermazione porta con sé due conseguenze. In primo luogo, la preclusione nel giudizio di rinvio opera, di fatto, quando si è presenza di un annullamento parziale che non intacchi la "parte" di sentenza che fa uso della prova inutilizzabile. In secondo luogo, il giudicato produrrebbe, anche in questa sede, un effetto sanante. In ordine alla prima questione, le soluzioni della dottrina maggioritaria e della giurisprudenza paiono convergere, seppure con sfumature in parte diverse. In tema di formazione progressiva del giudicato, pare oramai acclarato che l'espressione "parti della sentenza" debba essere

⁹² Cass. Sez. II, 07 giugno 2011 n. 25001 in *D&G Diritto & Giustizia*, 2011, f. 24; Cass. Sez. V., 14 gennaio 2010, CED (rv.) 245818; in origine Cass. Sez. I 28 aprile 1998 Maggi in *A. n. proc. pen.*, 1998, p. 588; conforme Cass. Sez. VI, 24 febbraio 2009, CED (rv. 243257).

⁹³ Cass. Sez. VI, 07 aprile 2011, n. 13791 CED (rv.) 249890; Cass. Sez. III, 23 ottobre 2008 n. 47084 CED (rv.) 242255; Cass. Sez. I. 31 maggio 2005, n. 2220 CED (rv.) 232385. Questa giurisprudenza sarà utile per verificare l'esistenza di forme di sanatoria in relazione a vizi attinenti al *quomodo*, vedi *infra*, par. 6.

intesa come riferibile altresì ai punti della pronuncia e non già esclusivamente ai capi⁹⁴; di talché, se la decisione sulla inutilizzabilità della prova è contenuta in un punto non annullato essa spiega effetti preclusivi nel giudizio di rinvio. La giurisprudenza, in verità, non si preoccupa di ricostruire l'efficacia del giudicato sulla validità della prova perché elide il problema estendendo analogicamente la portata dell'art. 627 comma 4 c.p.p.; la norma in questione sarebbe, infatti, espressione di un principio generale dell'ordinamento. Questo secondo profilo rimanda alla teoria del giudicato come sanatoria di tutti i vizi del procedimento, teoria, però, elaborata in relazione alla nullità. C'è chi ha inteso differenziare la nuova sanzione anche sotto questo aspetto. Applicare la peculiare causa di sanatoria, infatti, andrebbe ad attutire «la negatività di una prova acquisita magari in violazione di divieti dal contenuto particolarmente pregnante»; inoltre, si correrebbe il rischio di consentire l'utilizzazione dei risultati probatori vietati in altri procedimenti.

Considerate la differenze tra nullità e inutilizzabilità non sarebbe peregrino accogliere questa voce isolata ed asserire che il giudicato non opera come sanatoria delle cause di inutilizzabilità, riconoscendo per tale via maggior forza alla sanzione dell'atto probatorio, soprattutto allorquando ci si scontri con una prova vietata *tout court*, ossia quando vi sia un divieto di ammissione. Non sembra però che questa strada sia destinata ad avere successo. Volgendo lo sguardo alla fase delle impugnazioni, parrebbe superfluo soffermarsi sulla rilevabilità di un vizio che per espressa disposizione di legge può essere dichiarato in ogni stato e grado del procedimento. Tuttavia, la giurisprudenza crea, anche in questo campo, taluni limiti. La Suprema Corte, ad esempio, ha ritenuto che il trattamento dell'inutilizzabilità debba essere raccordato alla norma che delimita la cognizione della Corte di cassazione, al di fuori del *devolutum*, alle questioni di mero diritto. Il corollario sarebbe che nel giudizio di legittimità non possano essere proposte per la prima volta questioni di inutilizzabilità la cui valutazione richieda apprezzamenti di merito. Il *dictum* della Corte di legittimità non appare, in astratto, sconvolgente.

⁹⁴ M. BARGIS, *Impugnazioni*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di G. CONSO-V. GREVI, CEDAM, 2010 p. 1004, da ultimo Cass. Sez. VI, 08 giugno 2010, n. 25977 CED (rv.) 248003; già Sez. Un., 19 gennaio 1994, n. 4460, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2027 nota di ROMEO E., *La continuazione ancora senza certezze*. Di contrario avviso F. DINACCI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., p. 115, per cui sarebbe più opportuno legare l'autorità di cosa giudicata non alle parti della pronuncia non annullate al tempo della remissione al giudice di rinvio bensì alla decisione assunta da quest'ultimo. Per tale via si negherebbe l'effetto della cosa giudicata alle parti della sentenza se esse coincidono con i punti e non con i capi. La Suprema Corte, in generale, riconosce che il "punto" della sentenza acquisiti stabilità anche se non pienamente assimilabile al giudicato: la mancata impugnazione del punto, infatti, determinerebbe l'irretrattabilità dello stesso, vale a dire una preclusione processuale, per tutti, Cass. Sez. Un., 17 ottobre 2006, n. 10251 in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 576.

Sennonché, nel caso specifico, l'inutilizzabilità discendeva, a parere del ricorrente, dall'illegittimità della perquisizione e del successivo sequestro. Dal momento che il vizio non era stato dedotto, *ope exceptionis*, nel grado d'appello, l'esame dello stesso rimaneva precluso nel giudizio di cassazione. La pronuncia, al di là dell'ipotesi concreta, richiama un problema reale: la possibilità per il Giudice di legittimità, dinnanzi ad un'invalidità rilevabile in ogni stato e grado, di accertare la patologia. La soluzione della Cassazione lascia perplessi, se non altro, perché la Corte, quando compie una valutazione ex art. 606 lett. c) c.p.p., scende nel fatto proprio al fine di dichiarare o meno l'inutilizzabilità di quella prova. Non si vede perché, allora, non dovrebbe avere il medesimo potere quando è chiamata a rilevare il vizio d'ufficio. Ancor meno fondata è la necessità che la parte faccia valere la relativa doglianza in appello visto che il comma 3 dell'art. 606 c.p.p. si riferisce esclusivamente alle parti e non già ai poteri officiosi. Senza contare, inoltre, che proprio il comma 3 della norma citata fa salve le questioni rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento⁹⁵.

La rilevabilità d'ufficio, infine, è stata tratteggiata dalla dottrina come dovere del giudice⁹⁶. Solo in questo senso si coglie la dimensione oggettiva dell'inutilizzabilità come sanzione posta a tutela dell'attendibilità dell'accertamento processuale. La questione, in realtà, rimanda ad un tema più ampio: la possibilità per il giudice del dibattimento di venire a conoscenza, ai fini della declaratoria dell'invalidità, di atti di cui, in virtù del principio di

⁹⁵ Altro sintomo della volontà di limitare l'ambito di operatività del vizio si riscontra analizzando le interpretazioni giurisprudenziali sulla lettera c) art. 606 c.p.p. Qualora in sede di legittimità sia eccepita l'inutilizzabilità di una prova, secondo la Suprema Corte, è sempre consentito procedere alla "prova di resistenza": occorre cioè valutare se quella conoscenza – invalida – abbia avuto un peso reale sulla decisione del giudice di merito, mediante un controllo della struttura argomentativa della motivazione. Cass. Sez. Un. 21 giugno 2000, Tammaro, in *Cass. pen.*, 2000, p. 1763; Cass. Sez. IV, 04 maggio 2006, n. 33519 in *Cass. pen.*, 2007, p. 519; Cass. Sez. VI, 22 febbraio 2005 n. 10094 in *Arch. nuova proc. pen.*, 2006, p. 550. In dottrina, A. CAPONE, *Il principio di decisività dei vizi della sentenza nel controllo della corte di cassazione*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1463. L'Autore evidenzia l'estensione del criterio della decisività previsto nell'art. 606 lett. d) c.p.p. in materia di controprova decisiva al vaglio – formale – di cui alla lettera c). C. CONTI, *Il volto attuale dell'inutilizzabilità: derive sostanzialistiche e bussola della legalità*, cit., p. 781 ss.; Il tema rimanda al concetto di *error causalis* si veda, in relazione all'inutilizzabilità, E. AMODIO, *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1973, p. 339.

⁹⁶ Con riferimento alle nullità assolute, G. MARABOTTO, (voce) *Nullità degli atti processuali penali*, in *Dig. pen.*, VIII, 1994, p. 271; T. RAFARACI, (voce) *Nullità*, cit., p. 602. L'eccezione di parte può servire solo a sollecitare l'attenzione del giudice ma egli ha il potere (dovere) di dichiarare una nullità insanabile; M. PANZAVOLTA, (voce) *Nullità degli atti processuali*, cit., p. 13; specificamente, sull'inutilizzabilità, Illuminati, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*, cit., p. 527.

separazione delle fasi, non dovrebbe avere contezza. La scelta è tra far prevalere l'art. 191 comma 2 c.p.p. o rispettare il tenore letterale dell'art. 431 c.p.p. In realtà, entrambe le opzioni sono insoddisfacenti. La prima comporterebbe «*d'automatico inserimento nel fascicolo dibattimentale di tutti gli atti la cui conoscenza appaia indispensabile ai fini di una declaratoria di un vizio rilevabile in ogni stato e grado*»⁹⁷. Accogliere la seconda, d'altro canto, potrebbe condurre ad un'inedita sanatoria di tutte le patologie che affliggono gli atti delle indagini preliminari e che non rientrano nell'elencazione tassativa di cui all'art. 431 c.p.p. Un appiglio normativo, seppur limitato alla disciplina dell'applicazione della pena su richiesta delle parti, potrebbe essere l'art. 135 disp. att. c.p.p. La disposizione consente al giudice del dibattimento di ordinare l'esibizione degli atti contenuti nel fascicolo del Pubblico ministero al fine di decidere sulla richiesta di applicazione di pena, rinnovata prima dell'apertura del dibattimento. L'estensione di tale ultima fattispecie, tuttavia, potrebbe scontrarsi con l'art. 526 c.p.p. L'art. 135 disp. att., infatti, pone in serio pericolo la verginità psicologica del giudice dibattimentale, scelta in quel caso giustificabile perché il procedimento potrebbe concludersi con una sentenza di patteggiamento⁹⁸. Se si facesse assurgere l'art. 135 disp. att. a principio generale, però, non verrebbe più in gioco la possibilità di una pronuncia diversa dalla decisione dibattimentale; decisione quest'ultima che, tuttavia, deve fondarsi solo sulle prove legittimamente acquisite in dibattimento. Né si potrebbe dire che il principio è preservato dal fatto che il giudice non può tener conto degli atti d'indagine perché essi sono restituiti al Pubblico ministero: è evidente che egli ne sarà influenzato.

Visti gli ostacoli alla rilevazione *ex officio* si intravede la necessità di un intervento della parte interessata a far valere l'inutilizzabilità, senza però arrivare a ritenere sussistente un onere di allegazione dell'atto viziato o dell'atto che produce il vizio. La difficoltà, dunque, non sta nel riconoscere al giudice il potere di dichiarare il vizio ma nell'ammettere i presupposti dell'inutilizzabilità.

Problema analogo si è posto nella valutazione dei gravi indizi di colpevolezza e delle esigenze cautelari in fasi diverse dalle indagini preliminari. In relazione ai provvedimenti *de libertate* ci si chiede se l'analisi del giudice dibattimentale debba limitarsi agli atti contenuti nel fascicolo del dibattimento ovvero se sia opportuno allargare le maglie della cognizione ai soli fini cautelari. La soluzione più convincente fa leva

⁹⁷ C. ANGELETTI, *Controlli dibattimentali sulla legalità delle intercettazioni*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2089.

⁹⁸ Cert'è che il rischio rimane: in caso di rigetto della richiesta di applicazione della pena il giudice dibattimentale conosce gli atti investigativi.

sull'art. 187 c.p.p.: anche le vicende cautelari rientrerebbero in quei fatti da cui dipende l'applicazione di norme processuali per cui sarebbe sufficiente un accertamento semplificato; conclusione supportata dall'art. 526 comma 1 *bis* c.p.p. se inteso nel senso che la rigida separazione delle fasi varrebbe al solo fine della decisione finale; sicché, in definitiva, l'ordinanza che dispone la misura non dovrebbe necessariamente fondarsi su prove formate in dibattimento.

5.3 *Le nullità intermedie e relative*

La categoria delle nullità intermedie si ricava per esclusione: le nullità di ordine generale che non rientrano nelle ipotesi dell'art. 179 c.p.p. sono rilevabili d'ufficio o su istanza di parte entro termini perentori.

Il limite di deducibilità, agganciato dal legislatore del 1988 alla sentenza di primo grado se la nullità si sia verificata nelle fasi anteriori, ovvero alla deliberazione della sentenza del grado successivo se il vizio si è prodotto nel giudizio, vale a differenziare il trattamento delle nullità intermedie dalle nullità assolute. La scelta, attuata per la prima volta dalla legge 8 agosto 1977 n. 534, muoveva dalla volontà di evitare che tutte le ipotesi generali soggiacessero all'insanabilità tipica delle nullità assolute. La medesima *ratio* uscì rafforzata dai lavori preparatori del nuovo codice di procedura penale, caratterizzato da un ruolo predominante delle parti.

In sintesi, si intese legare il diritto di difendersi provando ad un sistema di vizi attenuato⁹⁹ sul rilievo che la disponibilità della prova rendesse superflua una costruzione basata sulle nullità assolute, eccettuati i casi più gravi, ossia quelli che oggi risultano codificati all'art. 179 c.p.p.

Effettivamente, si può intravedere un nesso tra ampi poteri delle parti e potenziamento dei vizi relativi, con la precisazione che, come si è segnalato, in taluni casi si attua una vera e propria distorsione del testo normativo.

La deducibilità ad opera della parte muta, poi, il rapporto con il potere d'intervento d'ufficio. La legge, cioè, impone alla parte interessata un onere di eccezione, pena, la sanatoria per decorso del termine. Ciò non toglie che il giudice debba rilevare la nullità intermedia entro i limiti temporali prescritti.

La tempestiva deduzione di parte produce, inoltre, l'effetto di impedire la sanatoria dell'atto allorquando l'organo giudicante non abbia accolto l'eccezione. Solo per tale via sarà possibile trasformare l'eccezione in motivo di gravame grazie al principio della

⁹⁹ D. PRESUTTI, *Legalità e discrezionalità nella disciplina delle nullità processuali*, cit., p. 1214.

*perpetuatio nullitatis*¹⁰⁰

Questi a grandi linee i caratteri delle nullità intermedie. La *species* di patologia è interessante ai nostri fini poiché essa assume un peso predominante in materia probatoria. La prova nulla, tendenzialmente, è affetta da tale tipo di vizio poiché fatta rientrare nell'art. 178 lett. c) c.p.p.: violazione delle regole che garantiscono l'intervento, l'assistenza la rappresentanza delle parti private, tra cui spicca la figura dell'imputato. La violazione del diritto di difesa, in altri termini, trova tutela immediata in queste nullità d'ordine generale.

Le nullità relative condividono con le nullità intermedie la sanabilità e la rilevabilità *ope exceptionis*; proprio tali caratteristiche sono i tratti dominanti della sanzione più debole, non rilevabile d'ufficio e facilmente superabile, visti gli stretti limiti di deducibilità. Le nullità relative, dunque, risultano violazioni lasciate *in toto* nella disponibilità delle parti.

6. *Sanatorie*

Le nullità intermedie e relative sono entrambe soggette alle sanatorie generali e speciali. Il concetto di sanatoria merita di essere approfondito in relazione alla funzione processuale e alla struttura. *In primis*, in quanto alla funzione, la sanatoria pone rimedio alle conseguenze negative dell'imperfezione. Dal punto di vista della struttura, il legislatore individua taluni fatti che, uniti all'atto imperfetto, producono la stessa "rilevanza giuridica dell'atto perfetto", formando al contempo una nuova fattispecie di natura complessa¹⁰¹. Quando questa nuova fattispecie viene alla luce, l'atto non è più qualificabile come imperfetto. Permane però una differenza: la fattispecie complessa è comunque difforme dal modello tipico di realizzazione dell'atto. La distinzione meglio si coglie se si considera che nella fattispecie sussidiaria la perfezione dipende dalla volontà di altri soggetti mentre nella fattispecie tipica gli effetti sono legati alla volontà di chi ha posto in essere l'atto. Chiariti questi punti fermi si possono scomporre le sanatorie codificate. L'art. 183 c.p.p. giudica sanato il vizio se la parte ha rinunciato espressamente a eccepirlo ovvero ne ha accettato gli effetti. Generalmente, la causa di sanatoria viene

¹⁰⁰ La cui applicabilità alle nullità intermedie è confermata dalla dottrina dominante T. RAFARACI, (*voce*) *Nullità*, cit., p. 610; O. DOMINIONI, (*sub*) *Art. 180 c.p.p.*, cit., p. 284; G. P. VOENA, *Atti in Compendio di procedura penale*, a cura di G. CONSO- V. GREVI, cit., p. 282. A tale conclusione si perviene argomentando a contrario rispetto all'art. 181 c.p.p. in tema di nullità relative, ove si prevede che le nullità verificatesi nel giudizio devono essere eccepite con l'impugnazione della relativa sentenza. Dubbi residuano solo in riferimento al giudizio di cassazione posto che l'art. 609 comma 2 c.p.p. fa rientrare nella cognizione della Corte esclusivamente le questioni rilevabili d'ufficio in ogni stato grado.

¹⁰¹ G. CONSO, *Concetto e specie di invalidità*, cit., p. 35-37.

riassunta nel concetto di acquiescenza¹⁰² espressa o tacita. La sanatoria opera, tuttavia, solo se l'accettazione o la mancata deduzione proviene dalla parte legittimata, ossia da colui che ha interesse al rispetto della norma violata. In questo caso l'inattività o il consenso della parte è valutato al pari di un fatto successivo idoneo correggere l'imperfezione. La lettera b) dell'art. 183 c.p.p. fa invece leva sull'innocuità della nullità là dove la parte si sia comunque avvalsa dalla facoltà sottesa all'atto imperfetto. La formula rinvia alla nozione di raggiungimento dello scopo di origine civilistica, accolta nella passata codificazione. Accomunata dalla medesima *ratio* la causa speciale di sanatoria della nullità di citazioni, avvisi, notificazioni di cui all'art. 184 c.p.p.

La sanatoria che spicca in materia di prove è l'acquiescenza; il concetto evoca l'accettazione o il consenso; quest'ultimo consacrato a livello costituzionale come deroga al contraddittorio. Se è pacifico che la suddetta causa di sanatoria operi nel procedimento in cui sorge la patologia occorrerà verificare sino a che punto possa spingersi l'efficacia sanante. La questione si complica ulteriormente allorché la manifestazione di volontà sia implicita, come pure la legge lascia intendere là dove menziona la semplice accettazione degli effetti dell'atto originariamente viziato.

Nell'ottica della circolazione probatoria, si potrebbe affermare, restando aderenti alla definizione dogmatica, che l'atto non è più imperfetto essendosi verificato l'evento successivo – consenso – che integra la fattispecie incompleta; se così fosse la prova potrebbe essere utilizzata nel secondo procedimento. La soluzione, tuttavia, non può essere

¹⁰² M. FERRAIOLI, *Acquiescenza (dir. proc. pen.)* in *Enc. Giur.*, I agg., Giuffrè, 2007, p. 1; A. FURGIUELE, *Concetto e limiti dell'acquiescenza*, Jovene, 1998, p. 8 in cui si opera un prima distinzione, tratta dalla disciplina processual-civilistica tra «acquiescenza della pronuncia» riferita all'accettazione espressa o al compimento di atti incompatibili con la volontà di avvalersi dei mezzi di impugnazione e art. 157 c.p.c. là dove si stabilisce che la nullità di un atto non può essere opposta dalla parte che vi ha rinunciato anche tacitamente; in relazione al rito penale, l'autore ricorda come nel vigore della passata codificazione l'acquiescenza fosse legata alla disciplina delle impugnazioni in forza dell'art. 191 c.p.p. abr. che menzionava l'acquiescenza alla sentenza da parte del P.M. di grado inferiore. In sintesi l'acquiescenza coincideva con la mancata impugnazione. G. LEONE, *Sistema delle impugnazioni penali*, Jovene, 1935, p. 132; C. U. DEL POZZO, *Le impugnazioni penali*, CEDAM, 1951, p. 255; C. MASSA, *L'acquiescenza nel processo penale*, Jovene, 1942, p. 207; il concetto veniva poi richiamato in relazione alla nullità, pur se non menzionato espressamente, in relazione all'art. 197 c.p.p. abr. in cui si consentiva la sanatoria in caso di accettazione degli effetti dell'atto. Le elaborazioni teoriche del tempo non avevano approfondito oltre la tematica poiché la nozione si riteneva strettamente connessa al principio dispositivo, accolto, all'epoca esclusivamente in materia civile. L'impostazione inquisitoria del codice del 1930 rendeva superfluo interrogarsi sugli effetti processuali della volontà delle parti. Nel nuovo codice l'analisi del concetto, oltre che in relazione alle sanatorie e alle impugnazioni, si è concentrata sul nuovo procedimento per decreto penale. S. RUGGERI, *Il procedimento per decreto penale. Dalla logica dell'accertamento sommario alla dinamica del giudizio*, Giappichelli, 2008, p. 157.

così immediata in rapporto al diverso giudizio. La legge sul punto non dice nulla¹⁰³, ma taluni spunti ricostruttivi¹⁰⁴ potrebbero derivare dai principi generali della difesa e del contraddittorio.

7. *Le sanatorie per l'inutilizzabilità*

Le cause di sanatoria sono previste esclusivamente per le nullità: nonostante il testo normativo non espliciti l'insanabilità dell'inutilizzabilità, non si dubita che il regime sia desumibile dal sistema: è l'inosservanza del divieto probatorio a non essere passibile di sanatoria¹⁰⁵. La dottrina, però, si è interrogata sulla possibile estensione dell'istituto al vizio delle prove, tenendo a mente la distinzione, cui si è accennato, tra inutilizzabilità fisiologica e patologica¹⁰⁶. Innanzitutto, secondo una prima impostazione dogmatica, l'attributo della insanabilità varrebbe per entrambe. Così si argomenta: poiché in entrambi i casi si è presenza di un divieto d'uso – seppure parziale nel primo caso – la trasgressione non può essere superata attraverso un fatto successivo che dona perfezione all'atto probatorio. Non si dovrebbe dunque porre l'attenzione su meccanismi di sanatoria ma su la natura disponibile o meno dei diritti sottesi al divieto.

Per quanto attiene all'inutilizzabilità fisiologica, qualora la legge preveda la possibilità di utilizzare in dibattimento atti di indagine, riconoscendo valore alle deroghe al contraddittorio, quest'ultima non sarebbe sanata; semplicemente, il divieto è definito derogabile, ossia rientra nella disponibilità delle parti¹⁰⁷. La categoria predominante, dunque, trattandosi di "disponibilità delle parti" sarebbe il consenso, che non è però

¹⁰³ Le uniche norme che regolano la circolazione della prova – art. 238 c.p.p. e art. 270 c.p.p. – nulla dicono in relazione ai vizi genetici.

¹⁰⁴ Vedi *infra* cap. IV, p. 123.

¹⁰⁵ N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., p. 260;

¹⁰⁶ C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit. p. 457 ss.; N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit. p. 261 ss.; A. SCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità uno studio introduttivo*, cit., p. 193.

¹⁰⁷ Una seconda teoria C. CONTI, *L'accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit. p. 441 ritiene che il superamento dell'inutilizzabilità fisiologica possa verificarsi non tanto sotto la forma della sanatoria quanto mediante l'istituto – affine – dell'equipollenza. L'equipollenza, a differenza della sanatoria, non darebbe luogo ad un nuovo atto complesso, semplicemente, un diverso atto sarebbe idoneo a perseguire lo scopo di distinte fattispecie. L'atto è cioè equipollente e, dunque, sostituibile, rispetto il fine cui la norma è preordinata. In tale categoria rientrerebbero le deroghe al contraddittorio: «la costituzione stessa prevede una serie di casi nei quali l'atto formato in modo unilaterale è considerato equipollente rispetto a quello formato in contraddittorio. Il consenso dell'imputato, ad esempio, renderebbe utilizzabile come prova un atto formato in assenza di contraddittorio. Si pensi alle sommarie informazioni testimoniali che divengono l'equipollente della deposizione testimoniale resa in giudizio.

coincidente con l'acquiescenza di cui all'art. 183 c.p.p. La differenza non è esclusivamente terminologica: la sanatoria postula un fatto o atto successivo che pone rimedio alla violazione delle regole che costruiscono il modello legale, si pensi allo scorrere del tempo ovvero alla comparizione in giudizio nei casi di cui all'art. 184 c.p.p.; in tutti questi casi, il presupposto di operatività di meccanismi di sanatoria è l'esistenza di un'invalidità formale¹⁰⁸. L'uso ai fini della decisione di elementi probatori altrimenti vietati, grazie all'esistenza di una deroga al divieto muove, invece, da una scelta effettuata a monte: lo stesso legislatore avrebbe previsto taluni casi in cui lo sbarramento costituito dal divieto possa venir meno a causa di circostanze esterne, benché disciplinate, quali il consenso o l'acquiescenza delle parti. Così si spiega il fenomeno dell'utilizzo degli atti di indagine come prove nel giudizio abbreviato o nell'applicazione della pena su richiesta delle

¹⁰⁸ Questo rilievo consente di avanzare talune considerazioni in relazione all'inutilizzabilità della prova in ordine al *quomodo* dell'atto. A parere di C. CONTI, *L'accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit. p. 482, nota 99 e p. 500, in tali casi si è dinanzi a violazioni di contenuto analogo a quelle stabilite a pena di nullità relativa o intermedia; dunque, non sarebbe azzardato introdurre delle forme di sanatoria; con la precisazione che ciò sarebbe ammissibile solo qualora il vizio fosse classificabile come inutilizzabilità patologica soggettiva, ossia quando il divieto è posto a tutela di un diritto disponibile. Si potrebbe, cioè, immaginare una forma di sanatoria per raggiungimento dello scopo dell'atto ogniqualvolta la norma sancisca a pena di inutilizzabilità esclusivamente adempimenti di natura procedurale, come, ad esempio, nel caso di omesso avviso ai sensi dell'art. 64 comma 3 c.p.p. ailorquando la persona sottoposta alle indagini sia perfettamente a conoscenza del diritto di non rispondere a nessuna domanda. In realtà questa forma di sanatoria travalica il dato normativo che, proprio volendo escludere ogni ipotesi di sanatoria, commina il vizio dell'inutilizzabilità. Per tale via, nonostante l'esempio appaia ragionevole ad una prima lettura, si introduce un pericoloso superamento del principio formale che sovrintende alla disciplina generale delle invalidità. Del resto, non si può negare che la giurisprudenza della Suprema Corte sull'art. 499 c.p.p., relativo al divieto di formulare domande suggestive (vizio attinente al *quomodo*) impone la rilevazione dell'inutilizzabilità entro termini angusti: direttamente dinanzi al giudice innanzi al quale la prova si forma Cass. Sez. VI, 07 aprile 2011, n. 13791, cit.; Cass. Sez. III, 23 ottobre 2008 n. 47084, cit.; Cass. Sez. I. 31 maggio 2005, n. 22204, cit. Così ragionando, la patologia si riduce, in quanto a regime di rilevabilità, ad un'invalidità paragonabile alla nullità relativa: anche non volendo ricorrere all'estensione della sanatoria comunque si crea un limite di deducibilità. Sul punto, da ultimo, N. GALANTINI, *Inutilizzabilità della prova e diritto vivente*, cit., p. 66-67.

parti¹⁰⁹. In realtà, sempre secondo l'Autrice, sarebbe possibile riconoscere divieti derogabili anche nella *species* dell'inutilizzabilità patologica. Esempi in questo senso sarebbero tutti i casi in cui la manifestazione di volontà delle parti è «*elevata a presupposto di ammissibilità*» di un atto probatorio: in assenza del consenso si potrebbe concludere che la prova sia in sé viziata e non solo inutilizzabile in alcune sedi e non in altre. Era il caso, cioè, della vecchia formulazione dell'art. 238 c.p.p. per cui «è consentita l'acquisizione di prove di altro procedimento penale se le parti vi consentano [...]»; ovvero l'ipotesi prevista dall'art. 195 comma 3 c.p.p. L'art. 238 c.p.p., però, non contempla più l'accordo delle parti quale presupposto generale di acquisizione dei verbali di prova formati in altro rito penale; oggi, là dove la norma richiama il consenso, non v'è dubbio che con esso intenda l'accettazione all'utilizzo in dibattimento di atti formati nella fase preliminare di un altro procedimento. Non scontato invece il ragionamento che si può svolgere sul divieto di utilizzare le dichiarazioni *de relato* qualora le parti abbiano fatto espressa riserva di acquisire in dibattimento la testimonianza della fonte. L'inerzia della parte (consenso implicito) consente di superare il divieto; non è chiaro però se ciò impedisce la realizzazione di un vizio della prova che altrimenti si verificherebbe,

¹⁰⁹ N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., p. 170 ss. e 261 ss. in questo caso il consenso ha ad oggetto esclusivamente la formazione della prova in contraddittorio quindi la derogabilità non potrà mai riguardare il profilo dell'ammissibilità della prova o per meglio dire l'inutilizzabilità relativa al vizio dell'atto come da tempo chiarito dalla Corte di Cassazione Sez. Un., 30 giugno 2000 Tammaro, cit, aveva escluso che il consenso potesse sanare le inutilizzabilità patologiche afferenti gli atti delle indagini Per la definizione dell'oggetto del consenso ex art. 111 comma 5° si veda, ad esempio, P. FERRUA, *Il giusto processo*, 3° ed., Zanichelli 2012, p. 67 ss.; G. UBERTIS, *Giusto processo e contraddittorio in ambito penale*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 2104; ID, *Prova e contraddittorio*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1183. In generale sul rapporto tra consenso e riti negoziali E. AMODIO, *Giustizia penale negoziata e durata ragionevole del processo*, cit., p. 3408; sul punto, V. GREVI, *Ancora su contraddittorio e garanzie difensive nel giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1304; M. L. DI BITONTO, *Profili dispositivi dell'accertamento penale*, Giappichelli, 2004, p. 115; G. LOZZI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, in AA. VV., *I riti differenziati nel nuovo processo penale*, (Atti del convegno di Salerno 30 settembre 2 ottobre 1988), Giuffrè, 1990, p. 56; R. ORLANDI, *Procedimenti speciali*, cit., p. 596; ID, *Nuove norme sui procedimenti speciali e altre modifiche al codice di procedura penale*, *Compendio di procedura penale App. agg.*, a cura di G. CONSO- V. GREVI, CEDAM, 2001, p. 92; E. ZAPPALÀ, *La difesa nei procedimenti speciali*, in AA. VV., *Il diritto di difesa dalle indagini preliminari ai riti alternativi*, in memoria di Gian Domenico Pisapia, Giuffrè, 1997, p. 155-156. In generale, T. PADOVANI, *Il consenso nel diritto e nella procedura penale*, in *Leg. Giust.*, 2004, p. 90.

consentendo così di catalogare l'inutilizzabilità come patologica¹¹⁰. La conclusione è forse eccessivamente radicale¹¹¹, anche perché, se così fosse, si finirebbe con l'ammettere che il consenso possa superare l'invalidità introducendo di fatto un'ipotesi di sanatoria per l'inutilizzabilità. Nell'art. 195 c.p.p., il consenso finirebbe per essere assimilato all'acquiescenza di cui all'art. 183 c.p.p., assimilazione che, tuttavia, è già stata esclusa. È altrettanto difficile, tuttavia, far rientrare l'ipotesi nella categoria dell'inutilizzabilità posta a tutela della separazione delle fasi: non si tratta di attribuire dignità di prova ad un atto formato fuori dal dibattimento ma di qualificare la rinuncia ad una componente del contraddittorio, vale a dire l'escussione della fonte¹¹². Se non è possibile ricorrere al concetto di sanatoria (poiché l'invalidità non si è – ancora – realizzata) un'altra strada potrebbe essere quella di intravedere un limite di deducibilità del vizio: se le parti dimostrano di non avere interesse ad escutere la fonte, esse rinunciano a sollevare la relativa eccezione; allo stesso modo, il giudice può ritenere che l'esame del teste diretto non sia indispensabile. Una ricostruzione di questo tipo postula la natura esclusivamente disponibile del diritto al contraddittorio nella formazione della prova, accantonando la dimensione epistemologica o oggettiva. Si valorizzerebbe, cioè, la sola dimensione

¹¹⁰ Secondo P. FERRUA, *Il giudizio penale*, in *La prova nel dibattimento penale*, P. FERRUA-F.M. GRIFANTINI, G. ILLUMINATI, R. ORLANDI, Giappichelli, 2010, pag. 230, l'art. 195 c.p.p. darebbe vita ad una fattispecie acquisitiva complessa: a fronte della richiesta di parte, solo con l'ordine di citazione del teste diretto la prova potrebbe dirsi validamente assunta. Di qui si potrebbe desumere che in assenza di tali condizioni la prova è imperfetta ossia invalida: se così fosse forse non sarebbe azzardato classificarla come affetta da inutilizzabilità patologica ma in quanto alle modalità acquisitive ossia al *quomodo*.

¹¹¹ R. APRATI, *Prove contraddittorie e testimonianza indiretta*, CEDAM, 2007, p. 104 ss, si tratterebbe in questo caso di un divieto d'uso che colpisce una prova in cui non si annida un divieto di legge e dunque su una regola legale negativa di valutazione. L'impostazione però rischia di confondere i due piani della validità e della valutazione della prova, nonostante l'Autrice cerchi di scongiurare questo rischio chiarendo che la regola non incide sul convincimento del giudice ma sulla spendita della prova nella decisione.

¹¹² Secondo F. CAPRIOLI, *Colloqui riservati e prova penale*, Giappichelli, 2000, pp. 263-264 per cui l'art. 195 comma 1 c.p.p. non sarebbe altro che un'applicazione delle deroghe al contraddittorio, semplicemente la parte rinuncia alla formazione della prova in contraddittorio *contra* R. APRATI, *Prove contraddittorie e testimonianza indiretta*, cit. p. 63: se l'oggetto della testimonianza indiretta non è il *thema probandum* di cui all'art. 187 c.p.p. ma la narrazione compiuta dal teste indiretto, il contraddittorio non è stato violato.

soggettiva del contraddittorio¹¹³. Questo esempio assume particolare valore poiché parrebbe dimostrare che in alcuni casi il consenso all'uso della conoscenza prevalga sul divieto¹¹⁴. Lo scopo dell'indagine, infatti, è comprendere se nella circolazione della prova il divieto originario di utilizzare una data conoscenza possa essere superato in virtù del consenso delle parti¹¹⁵. Occorre, segnalare, infine, che la Corte di cassazione, di recente, ha creato in via giurisprudenziale un'inedita forma di vizio soggettivamente relativo sottoposto, in ipotesi, ad una speciale forma di sanatoria. Le Sezioni unite¹¹⁶ hanno affrontato il controverso problema del diritto della difesa di accedere alle registrazioni delle intercettazioni effettuate nel corso delle indagini ed utilizzate a fondamento di una misura cautelare. A parere della Corte di legittimità, se le registrazioni non sono poste a disposizione del difensore che ne ha fatto richiesta si verifica una nullità per violazione dell'art. 178 lett. c) c.p.p. I risultati delle captazioni non possono essere utilizzati in sede *de libertate*, poiché frutto di un censurabile procedimento di acquisizione della prova. Il divieto d'uso è, però, legato al verificarsi di una nullità e, profilo che lascia ancor più perplessi, è a "tempo". Le intercettazioni, infatti, divengono nuovamente utilizzabili non appena la traccia fonica sia consegnata alla difesa. Ai nostri fini diviene fondamentale comprendere se la Cassazione intenda validare un'ipotesi di sanatoria della nullità generale intermedia che colpisce il mezzo di ricerca della prova ovvero se ammetta una inutilizzabilità *pro tempore*¹¹⁷ priva di riscontri nel tessuto normativo. Se così fosse, gli scenari in tema di circolazione della prova potrebbero mutare: l'inutilizzabilità lungi dall'essere assimilata alla nullità assoluta insanabile potrebbe anch'essa essere superata nel

¹¹³ Sulla dimensione oggettiva e soggettiva del contraddittorio si veda la nota polemica tra V. GREVI, *Basta il solo consenso dell'imputato per utilizzare come prova le investigazioni difensive nel giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 3671; ID, *Ancora su contraddittorio e giudizio abbreviato*, cit., p. 1304, e E. AMODIO, *Garanzie oggettive per la pubblica accusa? A proposito di garanzie difensive e giudizio abbreviato nel quadro costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 17. In generale, P. FERRUA, *Il giusto processo*, Zanichelli, 2012, *passim*.

¹¹⁴ La differenza rispetto alle ipotesi di consenso delle parti, si pensi solo agli artt. 500 c.p.p. e 431 c.p.p., si coglie ponendo l'attenzione sulla presenza di una patologia che, negli altri casi, difetta; nel caso delle deroghe al contraddittorio, la preoccupazione, il più delle volte, è tutelare il principio di separazione delle fasi.

¹¹⁵ Vedi *infra* cap. IV, l'approfondimento della questione impone di comprendere quali siano eventualmente le parti che possono prestare tale consenso.

¹¹⁶ Cass. Sez. Un., 22 aprile 2010 n. 20300 in *Cass. pen.*, 2011, p. 461 nota di L. MILANI, *Sul diritto del difensore alla piena conoscenza delle risultanze delle intercettazioni utilizzate nel procedimento cautelare: le sezioni unite non sciolgono tutti i dubbi*.

¹¹⁷ L. MILANI, *Sul diritto del difensore alla piena conoscenza delle risultanze delle intercettazioni utilizzate nel procedimento cautelare: le sezioni unite non sciolgono tutti i dubbi*, cit., p. 491, nota 24. Sul punto più diffusamente *infra* cap. IV.

passaggio da un rito all'altro; ma, profilo di ancora maggiore interesse, ci si potrebbe chiedere che valore ha nel secondo giudizio il provvedimento "sottoposto a condizione" che giudica inutilizzabile il mezzo di ricerca della prova.

8. *Peculiarità della circolazione della prova viziata in rapporto alle due diverse specie di invalidità.*

Tracciati sommariamente i caratteri della nullità e dell'inutilizzabilità si può tentare di calare gli esiti dell'analisi nella prospettiva della circolazione del vizio.

Valutare se un dato probatorio sia utilizzabile in un diverso giudizio comporterà innanzitutto verificare se il vizio è stato dichiarato nella sede in cui è venuto ad esistenza.

Se la risposta è positiva sarà essenziale l'analisi del tipo di decisione – sentenza irrevocabile o provvedimento interlocutorio – poiché gli effetti, in termini di utilizzabilità nel rito *ad quem*, saranno differenziati. Nel primo caso, infatti, occorre interrogarsi sui rapporti tra giudicato e preclusione, tenendo a mente che la stabilità della decisione potrebbe incidere – limitandola – sulla cognizione del secondo giudice.

Dinnanzi ad un atto processuale suscettibile di modifica – ordinanza reiettiva della prova o sentenza suscettibile di impugnazione – la problematica passa dal provvedimento al rispetto delle regole poste a presidio della validità dell'atto: si vedrà che la possibile mutevolezza del provvedimento fa sì che il giudice del secondo rito non possa appiattirsi su quella decisione. Resta da chiarire se l'organo giudicante possa - o se non addirittura debba – autonomamente rivalutare il dato probatorio.

Ancora diversa l'ipotesi in cui, invece, la patologia non sia emersa nel primo giudizio, la questione, in tal caso, si sposta sui poteri delle parti. A seconda della tipologia di invalidità si vedrà se i soggetti processuali hanno o meno il potere di opporsi all'ingresso, nella sede *ad quem*, della conoscenza. La risposta ai quesiti qui riassunti sarà l'oggetto dei capitoli che seguiranno.

In questa prima fase è possibile, alla luce di quanto detto in tema di invalidità, fissare alcuni punti fermi.

Nel caso della nullità avremo due vagli giudiziali distinti: il primo, effettuato dal giudice del procedimento *a quo*, volto ad accertare la presenza di un vizio; il secondo, sempre che sia ammissibile, diretto a verificare se la prova nulla sia utilizzabile nel procedimento *ad quem*. Nell'ipotesi dell'inutilizzabilità si ripresentano i due sindacati giudiziali ma l'oggetto della valutazione è il medesimo: si pone in discussione l'utilizzo della prova in entrambe le sedi processuali, sia dove il vizio si verifica sia dove trasmigra.

Sempre in via generale, si potrebbe proporre un paragone; la circolazione della

prova viziata tra diversi procedimenti, cioè, potrebbe presentare delle affinità con il fenomeno dell'invalidità derivata. La prima e più evidente differenza, però, attiene agli atti coinvolti: allorquando si discuta di propagazione del vizio si fa riferimento a due atti, probatori o meno. Nel nostro caso siamo in presenza di un'unica conoscenza nulla o acquisita in violazione di un divieto di legge nel procedimento *a quo*, che trova ingresso nel secondo procedimento. L'uso che si intende fare di quella prova invalida è il medesimo che è precluso, a cagione del vizio, nel procedimento originario. La patologia, dunque, non infetta un atto successivo – che non c'è – ma, al più, potrebbe riflettersi sull'ordinanza che ammette la prova già giudicata invalida nel procedimento *a quo*.

Problema strettamente connesso a quelli sin qui enunciati attiene ai poteri/doveri del giudice del secondo procedimento. Già all'interno del medesimo giudizio risultava arduo enucleare la piattaforma conoscitiva sufficiente affinché il giudice pervenisse, *ex officio*, ad una declaratoria del vizio assoluto. La questione si complica tenendo a mente che il giudice del secondo rito non ha disposizione alcun atto del primo processo.

Il fenomeno, fisiologico, potrebbe indurre a ritenere che il giudice *ad quem* sia vincolato alla decisioni in materia di prova assunte nel primo giudizio, senza che gli sia consentito rivalutare il dato probatorio.

Proprio questa affermazione sarà analizzata nei capitoli che seguiranno.

CAPITOLO II

I LIMITI ALLA COGNIZIONE DEL GIUDICE PENALE

Sommario: 1. La necessaria rivalutazione del dato probatorio.- 2. I limiti del giudicato.- 2.1. Giudicato e preclusione.- 3. Rapporti di pregiudizialità: esclusione.- 4. La declaratoria di invalidità della prova contenuta in una sentenza passata in giudicato.- 4.1. Il provvedimento-sentenza e la declaratoria di invalidità.- 5. La sentenza irrevocabile prova della declaratoria di invalidità: poteri nel giudizio *ad quem*.- 6. I limiti alla cognizione del giudice di rinvio: vincolatività del principio di diritto giustificata dalla funzione di nomofilachia della Corte di cassazione.- 7. Conclusioni provvisorie.

1. La necessaria rivalutazione del dato probatorio

È bene sgombrare subito il campo da un errore in cui si potrebbe facilmente incorrere. Il dato che interessa è la valenza, in un procedimento attivato per un fatto diverso, della decisione sulla validità della prova. Il nodo da sciogliere, dunque, è la natura di tale decisione. Per arrivare ad una definizione, tuttavia, è opportuno allargare l'orizzonte al fenomeno della preclusione poiché, di frequente, la giurisprudenza di legittimità suole trattare la questione sulla prova, che peraltro non è che la risoluzione di una questione di diritto, come un'inedita forma di limite alla cognizione del giudice *ad quem*¹. Si intende, cioè, tentare una classificazione delle preclusioni codificate, *in primis* il giudicato, al fine ultimo di comprendere se la declaratoria del vizio pronunciata nel primo giudizio, concluso con sentenza irrevocabile, si estenda al secondo.

Conseguentemente, occorrerà, poi, chiedersi quali regole operino qualora l'invalidità – pur essendosi verificata – non sia stata dichiarata nel primo processo, ossia se possa ancora essere rilevata nel secondo procedimento. Parrebbe che, anche in tale ipotesi, il discrimine sia la definitività del primo provvedimento, secondo il brocardo per cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile; tuttavia, ciò non può valere automaticamente allorquando si intenda utilizzare i dati probatori viziati in altra sede processuale.

Il primo passaggio, quindi, diviene l'individuazione dei limiti alla cognizione del

¹ In particolare, la giurisprudenza tende ad allargare la piattaforma probatoria nel giudizio *ad quem*. Si ritiene da un lato, che la declaratoria del vizio non possa vincolare il secondo giudice; dall'altro, però, non si riconosce autonomo potere di sindacato circa le questioni sulla validità della prova.

In sintesi, se la prova è valida la sua valenza dimostrativa si estende al secondo giudizio. Se, di contro, la stessa è viziata, il giudice *ad quem* può prescindere dalla rilevata invalidità ma non può esso stesso dichiararla. Le questioni toccano gli art. 238 c.p.p. e 270 per cui saranno oggetto di analisi nel capitolo IV.

giudice previsti esplicitamente dalla legge, se non altro per testarne o escluderne l'applicabilità alla traslazione di prove invalide.

Il dettato legislativo – art. 2 c.p.p. – sancisce, in prima battuta, la piena cognizione del giudice: non è possibile, in via di principio, porre limiti alla capacità di conoscere questioni che, a vario titolo, incidono sulla definizione della *res iudicanda* e ciò vale tanto per il primo quanto per il secondo rito. Senonché, il legislatore del 1988 fa salvi i casi in cui sia diversamente stabilito. L'art. 3 c.p.p., infatti, indica gli ambiti che possono essere sottratti alla valutazione incidentale: si tratta delle questioni pregiudiziali in senso stretto.

Ci si chiederà, allora, se possa tracciarsi un parallelo tra questioni pregiudiziali e decisione sulla questione di diritto emessa da altro giudice. Gli esiti di tale indagine, tuttavia, condurranno non già verso i rapporti di pregiudizialità bensì verso gli effetti della prova-sentenza disciplinata dall'art. 238 *bis* c.p.p. Sarà l'esame di quest'ultima norma a costituire il fulcro della trattazione, posto che essa costituisce il veicolo di ingresso della statuizione sulla validità/invalidità della prova nel rito diverso. Si vedrà che gli sbocchi interpretativi sono differenziati a seconda che la pronuncia risolva o meno la peculiare *quaestio iuris* relativa all'invalidità dell'atto probatorio.

Un'analisi a parte meritano due istituti peculiari: il giudizio di rinvio, oggetto di approfondimento in questa sezione e il giudicato cautelare, approfondito nel capitolo seguente.

2. *I limiti del giudicato*

2.1 *Giudicato e preclusione*

Il concetto di giudicato evoca nella tradizione giuridica la verità processuale: esauriti i possibili controlli giudiziari, la sentenza irrevocabile acquista il valore di accertamento definitivo. La dimensione euristica della pronuncia penale è totale. Tale concezione di autorità della cosa giudicata è strettamente legata a scelte politiche e ideologiche, prima ancora che dogmatiche. La patente di verità assoluta attribuita nella vigenza del codice Rocco alla sentenza irrevocabile, ad esempio, discendeva dall'esigenza di certezza dei diritti, tutelata attraverso un processo il più possibile efficiente, ancor prima che garantito. Occorre però precisare che la dottrina, a partire dagli anni '60, cominciò, con il fine precipuo di valorizzare il principio del *ne bis in idem* in chiave di garanzia, a scindere la forza del giudicato dall'accertamento di merito. Si giunse cioè ad affermare che il giudicato penale non si forma intorno al contenuto di accertamento della pronuncia ma si ricollega alla sentenza come fatto giuridico processuale. In effetti, l'efficacia preclusiva è strettamente legata alla funzione negativa del giudicato: si impedisce che il soggetto sia

nuovamente tratto a giudizio per il medesimo fatto. Ancora, a differenza del giudizio civile, la sentenza, si è detto, opera su un piano puramente processuale. Ecco perché la più autorevole dottrina si è chiesta se il fenomeno non possa essere ricondotto nel concetto generale di preclusione processuale. La preclusione, in generale, rinvia alla consumazione della facoltà di porre in essere atti del procedimento. L'istituto è difficile da delimitare, viste le possibili interferenze con la decadenza o, appunto, con l'autorità di cosa giudicata. Eppure, nonostante tali limiti intrinseci, il principio ha trovato nuova linfa negli ultimi anni sia nell'ambito del procedimento *de libertate*² sia in relazione al giudicato in senso formale. Sul punto, basti pensare alle pronunce delle Sezioni unite che, attraverso un percorso ermeneutico discutibile, hanno ricondotto il divieto del *ne bis in idem* – espresso oggi dall'art. 649 c.p.p. – alla categoria della preclusione processuale³.

Il giudicato sarebbe proprio quella «preclusione finale che si consolida alla chiusura del processo». Così ragionando, la Corte di legittimità ha chiuso il cerchio inaugurato dalla teoria del Chiovenda per cui il *ne bis in idem* non è che la “somma preclusione”. Proprio la giurisprudenza da ultimo citata ha dato il via alla generalizzazione della preclusione intesa come principio generale dell'ordinamento, cui già si accennava. L'appiglio normativo, condiviso da parte della dottrina, è la ragionevole durata del

² Vedi cap. III.

³ Cass. Sez. un. 28 giugno 2005, n. 34655, in *Corr. mer.*, 2006, p. 239 nota di G. LEO, *Ne bis in idem e principio di preclusione processuale*; in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1349 nota di A. MONTAGNA, *Ne bis in idem e sentenza non irrevocabile: si allarga l'ambito delle preclusioni*. Le Sezioni unite, pur muovendo dal divieto di promuovere nuovamente l'azione penale nei confronti delle stesse parti per la medesima *regiudicanda* allorquando i procedimenti siano pendenti, affermano con chiarezza che lo sdoppiamento del processo ad iniziativa dello stesso ufficio del pubblico ministero non si sottrae alla regola del *ne bis in idem* per il solo fatto che la nuova azione si renda necessaria a causa di nullità insanabili verificatesi nel primo procedimento. La pronuncia è censurabile nella parte in cui richiama l'art. 12 comma 2 delle preleggi al codice civile quale fondamento della preclusione, intesa come principio generale: si dimentica, cioè, che al pari del diritto sostanziale il rito penale è governato dal principio di legalità.

Tra la giurisprudenza delle Sezioni unite della Corte di legittimità che si è a vario titolo occupata di preclusione processuale si può ricordare Cass. Sez. un., 31 marzo 2004, Donelli, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2746 ss. vedi F. MORELLI, *L'ammissibilità di nuovi elementi probatori a carico nell'appello de libertate*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 363 ss. cui seguirono Cass. Sez. Un. 20 dicembre 2007, n. 5307 in *Cass. pen.*, 2008, p. 2310; Cass. Sez. Un. 31 gennaio 2008, n. 6026 in *Cass. pen.*, 2008 p. 2358.

processo, principio consacrato dall'art. 111 comma 2 cost.⁴.

Di qui si è inaugurata la tendenza ad ampliare il concetto di preclusione fino a ricomprendervi la consumazione del potere di far valere una questione di diritto⁵ tra cui, come anticipato, rientrerebbe altresì la decisione sulla validità della prova.

Ci si potrebbe chiedere, però, se in tema di invalidità non risulti più opportuno restare nell'ambito della categoria dei limiti di deducibilità. Esemplificando, la nullità intermedia verificatasi nelle indagini non potrà più essere dedotta dopo la sentenza di primo grado. Certo, potrebbe essere corretto affermare che si è verificata una preclusione poiché la parte ha consumato il potere di far valere l'invalidità, ma, il ricorso al suddetto concetto sarebbe di scarsa utilità, visto che il legislatore stesso ha inteso disciplinare la materia. In realtà, la necessità di applicare una categoria distinta dalla nozione di limite di deducibilità emerge in due casi: o quando la legge non offre indicazioni, tra cui spicca il rapporto con il procedimento *ad quem*; ovvero qualora lo scopo della preclusione sia circoscrivere il potere delle parti di eccepire la patologia più grave, ossia l'inutilizzabilità o la nullità assoluta della prova nell'ambito dello stesso procedimento. In questo secondo caso, però, la preclusione finirebbe con l'operare *contra legem*. Il fine che ci si propone nell'esaminare il principio di preclusione in rapporto alla circolazione probatoria, invero, sarebbe quello di escludere l'uso della prova viziata nel procedimento diverso, attribuendo efficacia vincolante alla decisione assunta nel primo rito, sia essa irrevocabile o meno. Al giudice del secondo procedimento, cioè, sarebbe inibita una valutazione della legalità del dato probatorio, in ossequio ad una efficacia espansiva del provvedimento assunto nella prima sede processuale. Sennonché, questa tesi, per quanto suggestiva, non regge se non dinnanzi ad un pronuncia definitiva. La preclusione, infatti, non può essere recuperata in tema di circolazione tra diversi procedimenti, a meno di non declinarla esclusivamente come derivante dal passaggio in giudicato del provvedimento che contiene la statuizione

⁴ C. CONTI, *Harmonized precedents: le Sezioni unite tornano sul principio di preclusione*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 687; in generale, critici G. CANZIO- E. MARZADURI- G. SILVESTRI, *Preclusioni processuali e ragionevole durata del processo. Opinioni a confronto* in *Criminalia*, 2008, p. 241 ss.; L. LUPARIA, *La maschera e il volto della preclusione nei delicati equilibri del rito penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, p. 135; sulle problematiche poste dalla ragionevole durata E. AMODIO, *Ragionevole durata del processo, abuse of process e nuove esigenze di tutela dell'imputato*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 797 ss.; M. MENNA, *La ragionevole durata del processo in relazione a sindacati incidentali ed ai processi cumulativi*, in *Dir. pen. proc.* 2011, p. 921; G. RICCIO, *Note sulla ragionevole durata del processo penale*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 4524.

⁵ F. M. IACOVIELLO, *Procedimento principale e procedimenti incidentali. Dal principio di minima interferenza al principio di preclusione*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2190 *contra* L. LUPARIA, *La maschera e il volto della preclusione nei delicati equilibri del rito penale*, cit., p. 139; E. MARZADURI, *Preclusioni processuali e ragionevole durata del processo*, cit., p. 235.

sulla invalidità dell'elemento conoscitivo. L'assunto trova giustificazione nei tratti caratterizzanti i due istituti. Se pure il giudicato è stato definito somma preclusione, in ambito civilistico resta ferma la distinzione tra i due istituti proprio sul rilievo che la preclusione ha natura meramente processuale ed esplica i suoi effetti esclusivamente nell'ambito del processo in cui abbia luogo. Nel giudizio penale, anche se oramai è acclarato che gli effetti del giudicato siano da ricondurre *al ne bis in idem* come divieto di valutare il medesimo fatto a carico dello stesso soggetto una seconda volta, non sfuma la distanza tra preclusione e giudicato poiché solo in questo secondo caso è possibile riscontrare quella forza vincolante nei successivi processi. In sintesi, la funzione della preclusione si manifesta esclusivamente all'interno del rito in cui si produce, mentre solo l'autorità di cosa giudicata è destinata a valere per i futuri giudizi⁶ eventualmente attivati per il medesimo fatto⁷. Un'ulteriore differenza si coglie sotto il profilo della definitività della risoluzione della questione. Il giudicato, perlomeno nell'accezione classica⁸, è insensibile agli eventi successivi, siano questi il mutamento della legislazione o la scoperta di un vizio nel procedimento. La sentenza passata in giudicato è, come detto, intangibile.

⁶ G. CHIOVENDA, *Cosa giudicata e preclusione*, cit., p. 3 ss., A. ATTARDI, (voce) *Preclusione*, cit., p. 898; G. LOZZI, *Preclusioni*, II, cit., p. 2; si veda anche P. CALAMANDREI, *La sentenza civile come mezzo di prova*, in *Opere giuridiche*, Morano, 1965, p. 127; V. ANDRIOLI, *Preclusione*, in *Novissimo Digesto italiano*, cit., p. 138; S. RICCIO, *La preclusione processuale penale*, cit., p. 12.

⁷ Fermo restando che l'autorità di cosa giudicata opera come *ne bis in idem*, si vedrà che in relazione alle questioni sulla validità della prova, essa potrebbe dispiegare un effetto vincolante anche in altri procedimenti.

⁸ Corte cost. 7 aprile 2011, n. 113 in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 833 nota di L. PARLATO, *Revisione e processo iniquo: la Corte costituzionale "getta il cuore oltre l'ostacolo"*; A. LOGGI, *La riapertura del processo a seguito della sentenza UE. Questioni interpretative sul nuovo caso di "revisione europea"*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 933; T. CAVALLARO, *La revisione contra reum del giudicato penale tra realtà e prospettive di riforma*, in *Dir. pen. proc.* 2010, p. 1107; L. DE MATTEIS, *Condanna da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo e revoca del giudicato in Cass. pen.*, 2009, p. 1474; G. DI CHIARA, *Revisione, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e violazione delle regole del giusto processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 537; R. KOSTORIS, *Diversa qualificazione giuridica del fatto in Cassazione e obbligo di conformarsi alle decisioni della Corte europea dei diritti umani: considerazioni sul caso Drassich*, in *Giur. it.*, 2009, p. 11; O. MAZZA, *La procedura penale*, in *Gli speciali di Dir. pen. proc.*, *Europa e giustizia penale*, 2011, a cura di F. VIGANÒ-O. MAZZA, p. 46; S. QUATTROCOLO, *Giudicato interno e condanna della Corte Europea dei diritti dell'uomo: la Corte di cassazione "inaugura" la fase rescissoria in Cass. pen.*, 2010, p. 2622; D. NEGRI-S. CARNEVALE, *Corte europea e iniquità del giudicato penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 1229.

La preclusione, di contro, può essere superata se interviene un fatto successivo⁹. La distinzione, in definitiva, si coglie alla luce della funzione: la preclusione ha lo scopo primario di garantire l'ordinato svolgimento del processo¹⁰; il giudicato, nell'accezione negativa, di impedire che si instauri un nuovo giudizio per il medesimo fatto. Se la preclusione vale esclusivamente nel rito in cui si verifica, dunque, logico corollario è che non possa essere esportata in giudizi diversi. Parrebbe cioè che il concetto di preclusione, slegato dall'autorità di cosa giudicata, non fornisca elementi utili a descrivere i poteri del giudice dinnanzi alla prova viziata assunta *aliunde*.

Si dovrebbe concludere, allora, che la declaratoria di invalidità resti confinata nel giudizio in cui sorge la patologia, salvo che non sia contenuta in un provvedimento con forza di giudicato. Solo in questo caso, infatti, può dirsi consumato il potere di controvertere sulla prova¹¹. Gli argomenti in tal senso non mancano.

La preclusione come categoria a sé stante può essere (temporaneamente) abbandonata per tornare al giudicato, cercando, nel tessuto normativo del codice le fattispecie che attribuiscono alla pronuncia irrevocabile effetti – preclusivi o probatori – in un diverso procedimento; effetti che incidono, a vario titolo sulla cognizione del giudice, ad esempio in termini di pregiudizialità.

3. *Rapporti di pregiudizialità: esclusione*

Qualora si intenda individuare nel *corpus* normativo vigente limiti alla cognizione del giudice si finisce inevitabilmente per discutere di questioni pregiudiziali. Nei casi tassativamente previsti dalla legge – artt. 3 e 479 c.p.p. – il giudice penale si arresta, obbligatoriamente o facoltativamente, affinché il giudice civile o amministrativo risolva la

⁹ Il concetto è chiarito da G. DE LUCA, (*voce*) *Giudicato*, in *Enc. giur.*, vol. XV, Treccani, 1989, p. 4 con riferimento all'ipotesi di legge favorevole sopravvenuta: la preclusione, prevista nel giudizio di rinvio in relazione al principio di diritto espresso dalla Corte di cassazione, cade qualora sopravvenga una normativa più favorevole al reo o una declaratoria di illegittimità costituzionale. Invece, se su quella *reiudicanda* è già sceso il giudicato, la pronuncia resta ferma.

¹⁰ La preclusione endoprocessuale agisce anzitutto con riguardo agli atti necessari, ossia che debbono susseguirsi secondo un ordine prestabilito, *in primis*, gli atti propulsivi. Da ultimo, ancora le Sezioni unite, hanno esaminato il possibile effetto preclusivo all'esercizio dell'azione penale in caso di mancata riapertura delle indagini preliminari Cass. Sez. un. 24 giugno 2010 n. 3385 inedita; per le preclusioni nel procedimento cautelare vedi *infra* cap. III.

¹¹ Resta da vedere, (*infra*) che valore assume la declaratoria del vizio nel giudizio *ad quem* posto che la cristallizzazione delle statuizioni contenute nella sentenza irrevocabile opera in relazione al medesimo fatto.

questione che si pone come pregiudiziale¹² circa l'esistenza del reato. Fermi i rapporti di pregiudizialità, la natura vincolante attribuita al giudicato esterno, poi, la ritroviamo esclusivamente in relazione alle questioni di stato o di famiglia di cui all'art. 3 c.p.p. Nel sistema attuale, dunque, siamo in presenza di un vero e proprio vincolo – art. 3 c.p.p. – e di un vincolo eventuale – art. 479 c.p.p. – : il giudice in questo secondo caso valuta il giudicato civile o amministrativo alla stregua di qualsivoglia materiale probatorio¹³. Così definito l'attuale ambito della pregiudizialità in senso stretto, si può considerare come i limiti alla piena cognizione del giudice siano ancora ricollegabili alla definizione tradizionale di interferenza tra giurisdizioni diverse¹⁴. La questione pregiudiziale, infatti, deve mostrare l'attitudine a formare oggetto di autonomo accertamento, civile o amministrativo. Gli esiti di tale verifica vanno poi a comporre la fattispecie complessa, oggetto del giudizio penale¹⁵. Questo rilievo fa svanire le possibili affinità con il provvedimento che decide sulla validità di un elemento probatorio¹⁶. È opportuno passare in rassegna i nessi logici che conducono a questa conclusione. Senza dubbio le

¹² Sul concetto di antecedenza logica vedi M. Busetto, *Giudice penale e sentenza dichiarativa di fallimento*, cit., p. 146 ss.

¹³ *Relazione al progetto preliminare*, 1988, cit., p. 9; M. Busetto, *Giudice penale e sentenza dichiarativa di fallimento*, cit., p. 88, l'Autore da ciò trae un parallelismo con l'art. 238 bis c.p.p. pur evidenziandone talune differenze.

¹⁴ Busetto, *Giudice penale e sentenza dichiarativa di fallimento*, cit. p. 44 per cui con pregiudiziale «ci si riferisce all'evenienza che un contenuto, una questione, un'altra fattispecie (penale, civile amministrativa) costituisca anche la componente di una regudicanda (con rilievo penale) più ampia, ossia più complessa, cosicché la decisione sull'ultima implichi una soluzione della prima»

Da ultimo Corvi, *Questioni pregiudiziali e processo penale*, CEDAM, 2007, p. 4 ss.; sulla definizione di pregiudiziale E. Marzaduri, *Art. 3 in Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., vol. I, 1989, p. 84; F. Paola, *Questioni pregiudiziali*, in *Dig. Pen.*, vol. X, 1995, p. 603.

¹⁵ Per le opportune differenziazioni relative ai rapporti tra fattispecie M. Busetto, *Giudice penale e sentenza dichiarativa di fallimento*, cit., p. 45 ss.

¹⁶ Alla medesima conclusione si perveniva nel vigore del codice abrogato in relazione alla c.d. pregiudiziale penale. Anche dinnanzi ad una disposizione specifica – l'art. 18 c.p.p. 1930 – si escludeva che la decisione del primo giudice sulla questione pregiudiziale potesse creare vincoli al sapere del giudice del secondo processo L. Carli, *Questioni incidentali*, (*dir. proc. pen.*), in *Enc. dir.*, XXXVIII, 1987, p. 62; F. Paola, *Questioni pregiudiziali*, cit., p. 599. Per meglio dire, a parere di autorevole dottrina, G. De Luca, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Giuffrè, 1963, p. 217 la sospensione del primo procedimento non era da ricollegare tanto ad un accertamento pregiudiziale con efficacia vincolante, ossia di giudicato, quanto all'opportunità che il giudice del secondo rito utilizzasse il materiale probatorio già vagliato nel primo procedimento. Senza, tuttavia, vincolare – ecco il punto – il giudice *ad quem*. In sintesi, il fenomeno descritto dall'art. 18 cod. abr. si risolveva nella semplice connessione probatoria, con l'effetto si di provocare la sospensione del processo ma senza che quest'ultimo valesse a qualificare le questione come pregiudiziale in senso tecnico.

pregiudiziali civili e amministrative limitano la cognizione del giudice *ad quem*; il dato, tuttavia, parrebbe lasciare indifferenti; da un lato, perché il vincolo opera già per il giudice *a quo*; dall'altro, perché è il tipo di questione ad essere peculiare. Come detto, infatti, si deve trattare di temi che di per sé possano dar luogo ad un accertamento principale; requisito che non è possibile attribuire alle decisioni in tema di validità degli atti probatori. Ma non solo. Si è visto che le questioni pregiudiziali civili e amministrative costituiscono un presupposto della fattispecie sostanziale¹⁷, oggetto di verifica nel processo. Ora si aggiunga che proprio tale attributo le differenzia rispetto alle questioni processuali sulla validità della prova. In altri termini, la *ratio* che sorregge la compressione al generale potere decisorio derivante dalla pregiudizialità non può estendersi al tema che si intende affrontare: la cognizione del giudice penale, nel primo caso, è circoscritta a causa della natura stessa del problema civile o amministrativo poiché esso deve essere essenziale ai fini dell'accertamento del reato. Tale situazione consente un passaggio di consegne dal giudice penale al giudice di altro rito che si attua, di fatto, mediante la creazione di un vincolo al primo giudice nel momento in cui il diverso procedimento è definito.

Restringendo il campo alla pregiudiziale penale, materia approfondita nella vigenza del vecchio codice, poteva darsi il caso di un sentenza relativa al delitto presupposto della fattispecie di ricettazione¹⁸. In tale ipotesi, la prima pronuncia consentiva la definizione del secondo procedimento; rivestiva, in sintesi, il carattere di antecedente logico necessario idoneo a vincolare, seppur nella diversità di opinioni¹⁹, il giudice *ad quem*.

Lo stesso ragionamento vale oggi per tutte quelle fattispecie sostanziali, si pensi alla bancarotta fraudolenta, in cui la sentenza di altro giudice è, a parere della dottrina,

¹⁷ La dottrina M. BUSETTO, *Giudice penale e sentenza dichiarativa di fallimento*, cit., pag. 47 e ss., traccia chiaramente la distinzione tra questioni pregiudiziali antecedenti necessari di diritto sostanziale: se la questione pregiudiziale è un contenuto, una questione o una fattispecie che influisce sulla *reiudicanda*, quale ad esempio il rapporto di parentela ai fini dell'accertamento del reato di incesto; nella categoria dell'antecedente sostanziale, di contro, la legge costruisce la fattispecie giudiziale ricomprendendo, fra gli altri elementi, una sentenza, ad esempio a sentenza di annullamento del matrimonio è condizione di punibilità del reato di cui all'art. 558 c.p. Il discrimine, dunque, è la diversa struttura della fattispecie sostanziale.

¹⁸ P. CORVI, *Questioni pregiudiziali e processo penale*, cit., p. 59 nota 35 in cui si richiamano gli esempi di G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, vol. I, Napoli, p. 311; E. MARZADURI, *Questioni pregiudiziali (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.* VI Agg., 2002, p. 913; G. DI CHIARA, *Processo penale e pregiudizialità*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, a cura di M. CHIAVARIO- E. MARZADURI, Utet, 2002, p. 3; E. LEMMO, *Questioni pregiudiziali III) dir. pen. proc.* in *Enc. giur.*, Treccani, vol. XXV, 1991, p. 2.

¹⁹ M. BUSETTO, *Giudice penale e sentenza dichiarativa di fallimento*, cit., p. 39 ss.; P. CORVI, *Questioni pregiudiziali e processo penale*, cit., p. 55; G. DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, cit., p. 204 ss.

condizione intrinseca di punibilità o addirittura elemento di fattispecie²⁰.

La decisione sulla validità della prova è nettamente diversa. La statuizione attraverso la quale il giudice giunge a ritenere viziato un atto probatorio, non si pone in rapporto di essenzialità rispetto all'esistenza della fattispecie sostanziale oggetto del secondo rito.

La questione potrebbe certamente influire sul contenuto della sentenza, poiché il secondo giudice, a seconda della validità/invalidità della prova, avrà o meno a disposizione un elemento conoscitivo; tuttavia, il fenomeno non ha nulla in comune con la verifica della sussistenza degli elementi di natura civile o amministrativa che influiscono sull'accertamento della fattispecie oggetto del procedimento penale. Anche le decisioni sulla prova costituiscono, in realtà, accertamenti, ma su fatti da cui dipende l'applicazione delle norme processuali ai sensi dell'art. 187 comma 2 c.p.p. Senonché, ferme le differenze sin qui tracciate, è possibile anticipare un unico punto in comune tra i fenomeni sopradescritti, profilo che, come detto, ci costringe, tuttavia, a ragionare sull'autorità di giudicato. Gli effetti della pregiudizialità, infatti, scattano esclusivamente dinnanzi ad un accertamento definitivo; si vedrà, che lo stesso accade in tema di circolazione probatoria: l'unica ipotesi in cui può prodursi un vincolo giuridicamente rilevante è quella in cui la statuizione sulla validità della prova è contenuta in una sentenza irrevocabile.

Passaggio fondamentale diviene, allora, la verifica della forza espansiva della sentenza passata in giudicato che contenga l'affermazione dell'invalidità di una prova.

Non si può, poi, prescindere dal tipo di invalidità. L'analisi si intreccia con il valore probatorio del contenuto della sentenza penale in altro procedimento omogeneo. Solo una volta sciolto questo nodo interpretativo si potrà esaminare quali regole operino nel caso – diverso – in cui non vi sia stata una declaratoria di invalidità nel primo processo definitivamente concluso.

4. La declaratoria di invalidità della prova contenuta in una sentenza passata in giudicato.

4.1 Il provvedimento-sentenza e la declaratoria di invalidità.

Preliminare allo studio degli effetti nella sede *ad quem* della statuizione di invalidità della prova è la distinzione tra autorità di giudicato e uso della sentenza-provvedimento ai sensi dell'art. 238 *bis* c.p.p. La circolazione della prova sentenza smentisce la configurabilità, nel sistema vigente, di un meccanismo analogo alla discussa

²⁰ M. BUSETTO, *Giudice penale e sentenza dichiarativa di fallimento*, cit., p. 160 ss.

pregiudiziale penale. Ciò significa che il contenuto di una pronuncia non ha autorità di giudicato in altro procedimento, neppure in caso di connessione forte *ex art. 12 lett. a) c.p.p.*

La radicale scelta dell'ordinamento, che abbandona il principio, di antica memoria, di unità della giurisdizione²¹, appare giustificabile in un sistema che eleva il contraddittorio a metodo d'accertamento del reato e della responsabilità. Del resto, immediatamente dopo l'entrata in vigore del nuovo codice, già si faceva notare come l'assenza di una norma paragonabile al vecchio art. 18 c.p.p., seppur criticata, trovasse la sua *ratio* proprio nel contraddittorio. Instaurare, infatti, un meccanismo analogo alla previsione, ad esempio, dell'art. 479 c.p.p., avrebbe imposto di assicurare «*un adeguato livello di intervento nel procedimento pregiudiziale a chi era imputato solo nel procedimento pregiudicato*»²². Esclusivamente seguendo tale procedura si sarebbe potuto riconoscere valore di prova ai verbali e, in seconda battuta, alla sentenza²³.

La sentenza irrevocabile, dunque, entra nel diverso processo ma l'autorità di cosa giudicata che la caratterizza si riduce al *ne bis in idem*, esclusa, quindi, ogni valenza *erga omnes*²⁴. La legge, cioè, considera la sentenza definitiva una prova, che resta di difficile inquadramento sistematico, nonostante il legislatore stesso la consideri, semplicemente, documento²⁵. La norma consente l'acquisizione delle sentenze irrevocabili "ai fini della prova del fatto in esse accertato", imponendo il rinvio agli artt. 187 e 192 comma 3 c.p.p., quali canoni di valutazione. Le questioni poste dalla fattispecie sono molteplici, conviene quindi muovere dall'effetto dell'acquisizione nel processo diverso. Il valore che la prova per sentenza assume nel diverso procedimento è ancora oggetto di dibattito²⁶. Consentire l'uso di una pronuncia esterna, ossia proveniente da un altro procedimento, civile o penale, infatti, non è ancora sufficiente a delimitarne il significato probatorio. Quali parti della

²¹ La stessa Corte costituzionale ha giudicato predominante l'autonomia del processo Corte cost., 20 maggio 1996 n. 159 in *Giur. cost.*, p. 1503.

²² E. MARZADURI, *Questioni pregiudiziali (diritto processuale penale)*, cit., p. 81.

²³ Si vedrà che il legislatore ha attuato la regola enunciata solo parzialmente *infra* cap. IV.

²⁴ Sempre attuale G. DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, cit., p. 36 ss.; P. CALAMANDREI, *La sentenza civile come mezzo di prova*, cit., p. 127 ss.

²⁵ I. CALAMANDREI, *La prova documentale*, CEDAM, 1995, p. 129 e ss.; L. KALB, *Il documento nel sistema probatorio*, Giappichelli, 2000, p. 172; G. UBERTIS, *Documenti e oralità nel nuovo processo penale*, in *Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale*, Studi in onore di G. Vassalli, vol. II, Giuffrè, 1991, p. 29 ss.

²⁶ Secondo L. MARAFIOTI, *Trasmigrazione di atti, prova "per sentenze" e libero convincimento del giudice*, in *Studi sul processo penale in ricordo di Assunta Mazzarra*, a cura di A. GAITO, CEDAM, 1996, p. 257 la norma introduce un'anomala forma di giudicato parziale sui fatti anziché sugli effetti giuridici rievocando il concetto di pregiudiziale penale.

sentenza si potranno utilizzare nel rito *ad quem* e in quali termini? In altre parole, “i fatti in essa accertati” sono da intendere come accertamento dell’essere esistito un procedimento che ha condotto ad una determinata conclusione ovvero come accertamento dell’essersi verificato (o meno) un determinato fatto storico, *thema probandum* nel primo rito; o, ancora, si potrà considerare le statuizioni – in fatto o in diritto – come valutazioni già compiute sul compendio probatorio assunto nella prima sede? La stessa Consulta²⁷, intervenuta di recente, non ha definito il contenuto probatorio della pronuncia acquisita ex art. 238 *bis* c.p.p. La Corte costituzionale, cioè, si è limitata a salvare la norma, censurata sotto il profilo del contraddittorio nella formazione della prova, reputando sufficiente il contraddittorio *sulla prova* già formata. Il Giudice delle leggi, incidentalmente, ha richiamato la giurisprudenza della Suprema Corte per cui l’art. 238 *bis* c.p.p. limiterebbe l’uso probatorio della pronuncia «*all’avvenuto accertamento ed ai connessi rilievi critici, conferendo a tali passaggi qualità di elemento probatorio in quanto evento storico esterno di rilevanza indubbia*»²⁸. A parere della Cassazione, allora, la sentenza sarebbe un documento dal quale risultano il fatto dell’accertamento e le considerazioni che ad esso avevano condotto; asserzione, quest’ultima, piuttosto ampia posto che i rilievi che conducono all’accertamento non sono altro che i passaggi motivazionali in fatto e in diritto; di qui si potrebbe concludere che la prova-sentenza sarebbe rappresentativa anche del vaglio giudiziale sul materiale probatorio²⁹. In verità, la Suprema Corte, in merito all’ultimo profilo pone un limite: l’art. 238 *bis* c.p.p. «*non è diretto ad autorizzare un ingresso improprio nel procedimento delle componenti a suo tempo impiegate dalla sentenze irrevocabili per addivenire all’accertamento*». Resterebbero esclusi dall’efficacia probatoria riconosciuta alla sentenza, dunque, esclusivamente gli elementi di fatto (le

²⁷ La Consulta ha giudicato la fattispecie non lesiva del diritto al contraddittorio nella formazione della prova sul rilievo che quest’ultimo può essere recuperato una volta che la sentenza si stata acquisita così Corte cost. 11 febbraio 2009, n. 29, in *Giur. cost.*, 2009, p. 210, nota di L. IAFISCO, *Acquisizione della prova sentenza ex art. 238 bis c.p.p. e contraddittorio nel momento di formazione della prova*, p. 217; in effetti la norma era già stata ritenuta dalla dottrina in contrasto con il principio generale che vuole che la prova si formi davanti al giudice del dibattimento così N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, CEDAM, 2003, p. 180; critico P. FERRUA, *Il giusto processo*, cit., p. 262 ss.

²⁸ Cass. Sez. VI, 04 dicembre 2003, n. 1269 CED (rv.) 229996 vedi anche Cass. Sez. I, 16 marzo 2010, n. 11488 CED (rv.) 246778 per cui le «*sentenze irrevocabili costituiscono prova dei fatti considerati come eventi storici mentre le dichiarazioni in essa riportate restano soggette al regime di utilizzabilità dell’art. 238 comma 2 bis c.p.p.*».

²⁹ La Consulta, tuttavia, ha precisato che la pronuncia non può considerarsi documento in senso proprio, poiché essa si caratterizza per essere un insieme di valutazioni di materiale probatorio acquisito *aliunde*.

prove) di cui si è avvalso il primo giudice; solo per gli atti probatori varrebbe, quindi, la disciplina dell'art. 238 c.p.p. Tali affermazioni permettono di risolvere solo in parte le problematiche poste. Effettivamente la sentenza prova nel diverso giudizio il fatto dell'accertamento avvenuto nel primo rito, ossia l'essersi concluso un procedimento; acquisterebbero, però, valore di prova anche le valutazioni compiute dal primo giudice circa la sussistenza o meno della fattispecie sostanziale. È evidente che per addivenire a tale ultima conclusione il giudice *a quo* ha seguito un percorso logico che ricomprende non solo l'analisi del fatto concreto (*quaestio facti*) attraverso l'esame del compendio probatorio allora offerto dalle parti, profilo che in questa sede passa in secondo piano, ma anche l'esame delle *quaestiones iuris*. Come però queste ultime entrino nel secondo rito è problema lasciato all'opera degli interpreti. Stabilire il valore che assume, nel procedimento diverso, la risoluzione della questione di diritto, quale è la decisione sulla prova, è fondamentale ai fini del ragionamento che si intende svolgere.

Esaminando il documento sentenza, peraltro, si può già affermare che la declaratoria di invalidità non è che un punto della pronuncia, contenuto, ovviamente, nella motivazione. Già nel vigore del codice abrogato si controverteva in ordine all'efficacia probatoria della motivazione della sentenza irrevocabile. Svitati argomenti, infatti, conducevano verso una risposta negativa, perlomeno qualora si intendesse «*postulare un indiscriminato valore probatorio esteso ad ogni passaggio logico della motivazione*»³⁰. L'affermazione però, volta a restringere il valore probatorio della pronuncia, era giustificata dalla preoccupazione di non creare vincoli nella diversa sede quanto all'accertamento della *quaestio facti*. Anche con l'introduzione dell'art. 238 *bis* c.p.p., la dottrina si è concentrata sulla valenza dei soli elementi di fatto valutati nella sentenza, prendendo le mosse dal dato letterale per cui «*le sentenze irrevocabili possono essere acquisite ai fini della prova dei fatti in esse accertati*». L'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, cioè, si è limitata a vagliare il peso probatorio delle statuizioni afferenti i fatti principali, ossia, l'imputazione già oggetto di verifica nel giudizio *a quo*. Lo scopo, ancora una volta, era circoscrivere l'ambito applicativo della norma; norma che, si disse, interpretata altrimenti, diventerebbe l'*escamotage* per eludere la disciplina della circolazione dei verbali di prova. La dottrina, allora, finì per definire il "fatto"

³⁰ F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1154; ammettono la trasmigrazione dei passaggi motivazionali della pronuncia I. CALAMANDREI, *La prova documentale*, cit., p. 127; L. MARAFIOTI, *Trasmigrazione di atti, prova "per sentenze" e libero convincimento del giudice*, cit., p. 257.

esclusivamente come fattispecie sostanziale applicata³¹ o meglio come fatti penalmente o civilmente rilevanti ai fini della fattispecie sostanziale. Un solo Autore, valorizzando il richiamo all'art. 187 c.p.p.³², si spinse sino a esaminare la forza probatoria dei fatti posti a fondamento della decisione sulla prova (c.d. fatti secondari), tra cui, ad esempio, quelli riguardanti la credibilità e l'attendibilità della testimonianza³³. Si è completamente omesso, tuttavia, il riferimento, pure individuato dall'art. 187 c.p.p., ai «fatti dai quali dipende l'applicazione di norme processuali»³⁴. Proprio tale categoria, però, ingloba le questioni relative alla validità della prova: al fine di stabilire l'utilizzabilità del dato probatorio, è noto come sia necessario scandagliare fatti che sono legati non già all'imputazione, quanto a vicende prettamente procedimentali. Questi fatti non sono certo ignorati dal giudice e vengono riportati in sentenza. Sicché le statuizioni entrano, insieme alla pronuncia, nel diverso giudizio.

Il problema è stato affrontato solo incidentalmente dagli studiosi³⁵ criticando la disciplina del codice abrogato che ammetteva la generalizzata acquisizione di pronunce prive del requisito dell'irrevocabilità. In punto di statuizioni sulla validità della prova si osservava, cioè, come la norma del tempo finisse per consentire l'uso probatorio di sentenze basate su prove suscettibili di essere (ancora) dichiarate nulle, con il corollario che esse stesse sarebbero prive di effetto. Il pericolo consisteva nel veicolare nel secondo rito una valutazione che ben poteva essere suscettibile di modifica qualora l'elemento di prova su cui si fondava fosse successivamente dichiarato nullo. In effetti, il rilievo spiega perché l'art. 238 *bis* c.p.p. ammetta esclusivamente l'acquisizione di sentenze dotate del crisma dell'irrevocabilità.

Tracciando alcune provvisorie conclusioni, la sentenza irrevocabile entra nel rito *ad quem* come risultato di un giudizio già compiuto. La pronuncia, infatti, in quanto tale, si

³¹ F. CORDERO, *Procedura Penale*, cit., p. 1154 *contra* M. Busetto, *Giudice penale e sentenza dichiarativa di fallimento*, cit., p. 93; E. MARZADURI, (sub) *Art. 2*, in *Commento al nuovo codice*, cit., p. 79.

³² Reputato di contro del tutto superfluo dalla dottrina dominante si veda ad esempio, M. Busetto, *Giudice penale e sentenza dichiarativa di fallimento*, cit., p. 93 nota 110.

³³ L. IAFISCO, *La sentenza penale come mezzo di prova*, cit., p. 160.

³⁴ Sulla definizione di fatti giuridici processuali G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Giuffrè, 1955, p. 4; M. Busetto, *Il contraddittorio inquinato*, CEDAM, 2009, p. 149; E. M. CATALANO, *L'accertamento dei fatti processuali*, in *I. pen.*, 2002, p. 521; D. NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, cit., p. 138; R. ORLANDI, *Atti e informazioni dell'autorità amministrativa nel processo penale*, Giuffrè, p. 50; F. GIUNCHEDA, *Fatto (dir. proc. pen.)*, in *Dig. pen.*, 2008, p. 321.

³⁵ G. LOZZI, *I limiti all'acquisizione degli atti processuali ex art. 144 bis c.p.p.*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1988, p. 332.

compone di valutazioni dei dati probatori assunti nel primo giudizio³⁶; componenti valutative non più suscettibili di modificazioni poiché cristallizzate nel giudicato. La pronuncia, allora, entra come atto intangibile³⁷.

Questa caratteristica si lega alla disciplina dell'invalidità. La dottrina ritiene che sia giuridicamente corretto attendere il momento processuale in cui si produce la sanatoria di tutti i vizi della sentenza-atto, ossia che divenga irrilevante il comportamento delle parti³⁸ nel primo rito. Una volta sceso il giudicato, infatti, né il giudice (*a quo*) d'ufficio né le parti potranno più sollevare eccezioni relative alla validità delle prove. Prescindere dall'avvento del giudicato, invero, significherebbe porre a disposizione del secondo giudice la valutazione di dati probatori che potenzialmente potrebbero ancora essere dichiarati nulli o inutilizzabili³⁹ nel procedimento di provenienza, con i rischi cui si accennava.

Qualora, di contro, la declaratoria di invalidità sia contenuta in una sentenza irrevocabile, essa potrebbe produrre effetti nel giudizio *ad quem*. Non sarebbe azzardato ritenere che la prova invalida nel primo giudizio resti tale nel secondo, con il corollario che neppure le parti di quest'ultimo possano recuperarla.

In altre parole, la forza di giudicato che investe la specifica questione di diritto spiegherebbe effetti cogenti anche nel secondo procedimento. Questi i passaggi di un

³⁶ Questo rilievo, a parere di parte della dottrina, consentirebbe di ignorare la disposizione, frutto esclusivamente di un errore concettuale: ai giudizi non può essere riconosciuta alcuna efficacia dimostrativa, sicché la prova dei fatti accertati potrebbe riemergere nel secondo rito solo mediante l'acquisizione dei verbali. F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 801; critico L. MARAFIOTI, *Trasmigrazione di atti, prova "per sentenze" e libero convincimento del giudice*, cit., p. 251.

³⁷ Il dettato legislativo non parrebbe lasciare adito a dubbi; senonché la giurisprudenza dominante e parte della dottrina ritengono possibile l'acquisizione nel giudizio *ad quem* di una sentenza non passata in giudicato in quanto semplice prova documentale, come tale ammissibile ai sensi dell'art. 234 c.p.p. ad esempio Cass. Sez. V, 22 gennaio 2010, n. 11905 CED (rv.) 246550. Critici in tale senso M. Busetto, *Giudice penale e sentenza dichiarativa di fallimento*, cit. p. 97 nota 115 e 116; L. Iafisco, *La sentenza penale come mezzo di prova*, Giappichelli, 2002, p. 94.

³⁸ F. CORDERO, *Nullità, sanatorie e vizi innocui*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1961, p. 684, la teoria dell'Autore pare escludere che nel giudizio *ad quem* la parte interessata possa far valere l'invalidità non dichiarata nella prima sede. Tuttavia, l'impostazione era corretta nel vigore della codificazione del 1930; lo stesso non potrà valere oggi, perlomeno dinanzi all'inutilizzabilità patologica oggettiva, vedi par. successivo.

³⁹ Secondo G. LOZZI, *I limiti all'acquisizione degli atti processuali ex art. 144 bis c.p.p.*, cit. p. 332, la disciplina del tempo che consentiva l'acquisizione di atti il cui valore probatorio è suscettibile di modificazione, oltre a violare i principi del contraddittorio e dell'oralità, rischiava di condurre all'utilizzo di atti ancora suscettibili di essere dichiarati nulli, la stessa impostazione è ripresa da L. IAFISCO, *La sentenza penale come mezzo di prova*, cit., p. 65, sul requisito dell'irrevocabilità, D. NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, cit., p. 161.

ipotetico ragionamento: se ai protagonisti del primo giudizio è ormai inibita qualsivoglia questione sulla prova – in virtù degli effetti del giudicato – non sarà possibile che altri soggetti pongano in dubbio quella statuizione di invalidità. Altrimenti occorrerebbe ammettere che nel diverso procedimento si possa demolire un atto intangibile nella sede sua propria, mettendone in dubbio la legittimità attraverso un meccanismo di critica non previsto dall'ordinamento. Si è correttamente osservato che nella seconda sede processuale non sarà possibile discutere della legittimità dell'atto (sentenza) in quanto tale, e, dunque annullarlo⁴⁰: affermare nel secondo rito che l'atto probatorio è valido significa, infatti, sottoporre a critica il provvedimento che sullo stesso fonda il proprio *decisum* irrevocabile.

Di qui si potrebbe concludere che quella parte motivazionale che esclude la validità della prova produca effetti cogenti nel secondo giudizio, poiché intangibile essa stessa. L'asserzione, tuttavia, deve fare i conti con il rischio di riprodurre la valenza *erga omnes* del giudicato.

Si potrebbe infatti obiettare che là dove si ammetta che la decisione sull'invalidità della prova vincoli il giudice del secondo giudizio, lo stesso varrà con riferimento alle statuizioni in ordine alla fattispecie principale. Per verità, portando alle estreme conseguenze il ragionamento, l'estensione nel rito *ad quem* del contenuto della pronuncia irrevocabile dovrebbe coinvolgere tanto il percorso argomentativo relativo al fatto principale quanto tutti i profili in diritto. Ciò perché neppure in tali casi è più previsto un meccanismo di critica nella prima sede, essendo l'intera sentenza coperta dal giudicato. Gli eventuali effetti della statuizione nel giudizio *ad quem*, dunque, non potrebbero essere giustificati dall'assenza di uno strumento di demolizione della pronuncia oramai, appunto, irrevocabile.

Ci sono, però, altri argomenti che consentono di superare l'obiezione. Si può cogliere, infatti, la diversità che intercorre tra la statuizione positiva o inclusiva, sia essa di fatto o di diritto, e la declaratoria di invalidità della prova. Nella prima ipotesi, l'art. 238 *bis* c.p.p., mediante il rinvio all'art. 192 comma 3 c.p.p., impone al secondo giudice di valutare, ricercando ulteriori elementi che confermino l'attendibilità della prova-sentenza, i fatti oggetto della prima imputazione. Il dettato legislativo è chiaro: occorre procedere ad un rinnovato giudizio, assumendo come parametro il *nuovo thema probandum*; del resto, alla luce di quest'ultimo, i risultati della valutazione relativa ai fatti già esaminati (nel rito *a quo*) potrebbero discostarsi dalle conclusioni accolte dal primo giudice. Qualora detto giudizio venisse omissis si cadrebbe nell'equivoco che si voleva evitare: reintrodurre la

⁴⁰ M. Busetto, *Giudice penale e sentenza dichiarativa di fallimento*, cit., p. 82; in questo senso a parere dell'Autore la sentenza sarebbe inquadrabile nella categoria dei fatti giuridici.

valenza *erga omnes* del giudicato penale ed eludere la disciplina della circolazione dei verbali di prove⁴¹. Nel rapporto tra i due procedimenti, la prima pronuncia irrevocabile finirebbe per essere trattata alla stregua di “dato intangibile” e soprattutto come elemento necessario al secondo giudice per addivenire alla decisione, senza che allo stesso siano riconosciuti autonomi poteri di vaglio probatorio. Così ragionando, effettivamente, si imporrebbe un indebito vincolo alla cognizione dell’organo decidente nel rito *ad quem* poiché si riconoscerebbe forza cogente all’intervenuto accertamento attinente all’imputazione.

La funzione della declaratoria di invalidità della prova contenuta in sentenza irrevocabile, tuttavia, è del tutto diversa: essa, cioè, non assume direttamente valenza dimostrativa o positiva di un fatto rilevante, a vario titolo, ai fini dell’accertamento del reato oggetto del giudizio *ad quem* ma esclusivamente una valenza negativa, escludendo un atto probatorio dal novero di quelli utilizzabili per addivenire alla decisione. In altri termini, non si tratta di provare alcunché quanto di eliminare un elemento di prova spurio.

Proseguendo nel ragionamento, se si intende affermare che il secondo giudice e le parti siano vincolati alla statuizione contenuta in sentenza, conviene subito precisare, che l’asserzione non può essere così perentoria. I passaggi logici necessari a costruire una supposta forza cogente della declaratoria nel giudizio *ad quem* sono due.

Innanzitutto, la pronuncia deve avere acquisito la stabilità propria del giudicato. Se la decisione sulla prova è assunta esaminando i fatti da cui dipende l’applicazione di norme processuali, questi ultimi non devono essere suscettibili di modificazioni⁴² mediante nuove allegazioni o valutazioni del giudice dell’impugnazione.

In secondo luogo, si deve trattare di una patologia oggettiva, ossia di una violazione che prescindia dalla presenza o dal comportamento di una parte⁴³.

⁴¹ Vedi da ultimo Cass Sez. VI, 12 novembre 2009, n. 47314 CED (rv.) 245483 per cui «*la sentenza divenuta irrevocabile ed acquisita come documento non ha efficacia vincolante, ma va liberamente apprezzata dal giudice unitamente agli altri elementi di prova*».

⁴² Si vedrà, di contro, trattando del giudicato cautelare, che la modificabilità delle vicende *de libertate* conduce ad opposte conclusioni.

⁴³ Si potrebbe avanzare un paragone seppure azzardato con la disciplina dell’estensione delle impugnazioni. L’art. 587 c.p.p. comma 1 c.p.p. precisa come nel caso di concorso di persone nel reato l’impugnazione proposta da una delle parti giovi anche agli altri purché non sia fondata su motivi esclusivamente personali; allo stesso modo, il secondo comma, nel caso di riunione per procedimenti attivati per reati diversi prevede che l’impugnazione di una parte si estenda anche alle altre se attiene alla violazione di legge processuale e se, ancora, non riguardi motivi esclusivamente personali. I presupposti dell’estensione tornano utili ai nostri fini: il valore dell’atto di impugnazione e i correlativi effetti si propagano alla vicenda di altri soggetti quando si prescindia da ragioni personali e la violazione attenga ad una questione di diritto processuale.

L'esempio più chiarificatore coinvolge la prova assunta in incidente probatorio. L'art. 403 comma 1 c.p.p. esclude l'utilizzabilità della prova nei confronti dell'imputato il cui difensore non abbia partecipato all'assunzione. Tale tipo di inutilizzabilità è soggettivamente relativa, ossia valevole esclusivamente a favore della parte processuale non presente, di talché la declaratoria non potrà mai estendersi ad altri soggetti co-protagonisti nel medesimo rito e neppure ad altri procedimenti connessi e/o separati. In questi casi, cade in radice la possibilità di esportare la dichiarazione di inutilizzabilità perché non avrebbe alcuna funzione nel rito *ad quem*. Se quella stessa prova dovesse essere utilizzata in diversa sede sarebbe necessario che l'imputato o il suo difensore fossero presenti allo svolgimento dell'atto, altrimenti l'inutilizzabilità discende dalla stessa applicazione della regola generale contenuta nell'art. 403 c.p.p., senza che occorra discutere di esportazione della dichiarazione mediante il ricorso alla circolazione probatoria di cui agli art. 238 o 238 *bis* c.p.p. L'affermazione è banale ma necessaria per esplicitare le coordinate del ragionamento: difettando il carattere dell'oggettività, l'inutilizzabilità non potrà valere in altro giudizio qualora questo coinvolga altre parti per le quali, appunto, non opera.

Fondamentale, dunque, la natura oggettiva del vizio. Vedremo subito esempi di questo tipo, prima però è opportuno precisare che non rileva, se non sotto il profilo delle sanatorie, invece, il carattere assoluto o relativo dell'invalidità. Se, uscendo per un attimo dall'ambito probatorio, in sentenza venisse accertata l'omessa citazione dell'imputato ai sensi dell'art. 179 c.p.p., il vizio, nonostante il suo carattere assoluto, resterebbe confinato nel giudizio in cui si verifica. Non avrebbe alcun senso esportare un'invalidità che per sua natura è strettamente legata a vicende del primo procedimento. Con una precisazione: posto che la nullità assoluta infetta gli atti consecutivi dipendenti, si potrebbe immaginare l'obbligo di procedere alla rinnovazione delle prove acquisite nel corso del primo dibattimento, non correttamente instaurato a causa della nullità. Fino a che tale condizione non si verifica le prove assunte nel primo rito, regredito a causa della declaratoria di nullità, non possono entrare nel giudizio *ad quem* ai sensi dell'art. 238 c.p.p. poiché esse stesse affette, seppur in modo indiretto, da una patologia processuale, causata dall'impossibilità per l'imputato del primo giudizio di partecipare al dibattimento. In effetti, v'è un precedente giurisprudenziale in tal senso. La Cassazione, infatti, ha affermato che nel rito diverso è illegittima l'acquisizione di verbali di dichiarazioni, rese nel corso del precedente giudizio, qualora la sentenza sia stata annullata per difetto di notifica del decreto di citazione. Secondo la Suprema corte nessun atto potrebbe essere utilizzato nella sede *ad quem* poiché nel processo originario non si era instaurato alcun

valido rapporto processuale⁴⁴. Una diversa soluzione, però, potrebbe derivare dall'applicazione dell'art. 26 c.p.p. in tema di competenza. La norma esprime il principio di conservazione delle prove, le quali restano efficaci (o meglio utilizzabili) dinnanzi al giudice successivamente individuato come competente. La disposizione si spiega perché la competenza non integra un autonomo vizio probatorio esattamente come la nullità della citazione. Lo stesso, allora, potrebbe valere analogicamente per il procedimento diverso: le prove restano utilizzabili sempre che non siano affette da vizi patologici *ab origine* e neppure un vizio insanabile come l'omessa citazione può compromettere l'uso probatorio dell'elemento conoscitivo non in sé viziato nella seconda sede. In effetti, il punto centrale del ragionamento è l'essere la prova direttamente colpita da un vizio oggettivo: l'essere cioè inammissibile ovvero irritalmente acquisita nella sede in cui viene ad esistenza. Proprio in relazione all'art. 26 c.p.p. è stato affermato che la conservazione della prova opera allorquando, nel giudizio svoltosi avanti al giudice competente, la stessa sia stata ritualmente assunta; è questa verifica ad essere risolutiva⁴⁵. Chiariti questi primi passaggi logici possiamo esaminare cosa accada, invece, quando il vizio sia "oggettivo". Emblematica è l'inutilizzabilità patologica operante nel caso di prova ottenuta con l'uso indebito della coercizione, basti pensare alla violazione del divieto sancito dall'art. 188 c.p.p. la cui sanzione è l'inutilizzabilità di cui all'art. 191 c.p.p. Senz'altro la prova ammessa in violazione dei divieti stabiliti dalla legge può definirsi vizio oggettivo. Lo stesso vale con riferimento alla patologia sanzionata all'art. 63 c.p.p. in cui la valenza *erga omnes* della dichiarazione di inutilizzabilità è stata avallata dalla Sezioni unite della cassazione⁴⁶, peraltro a prescindere dal passaggio in giudicato della sentenza, purché il soggetto nei cui confronti si intenda utilizzare le dichiarazioni assuma la veste di imputato in un procedimento connesso o probatoriamente collegato. Poniamo, infatti, che sia stato accertato dal giudice che le dichiarazioni rese dall'attuale imputato in indagini attivate per un reato connesso, siano state assunte violando, ad esempio, il dettato dell'art. 63 comma 2 c.p.p.: sin dall'inizio il soggetto doveva essere sentito come indagato non già come persona informata sui fatti. Si dovrà giungere alla conclusione che di quella prova viziata così gravemente non potrà essere fatto alcun uso non solo nel rito in cui, originariamente, sono

⁴⁴ Cass. Sez. V, 7 febbraio 1997, n. 1151 CED (rv.) 206916.

⁴⁵ A. MACCHIA, (sub) *Art. 26 c.p.p.* in AA. VV., *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, a cura di E. AMODIO-O. DOMINIONI, cit., p. 126. L'Autore precisa che la riassunzione del processo avanti al giudice competente non potrebbe sanare i vizi che colpiscono prove di per sé inutilizzabili. Di qui un valido argomento per estendere la portata dell'affermazione alla circolazione della prova viziata nel giudizio *ad quem* (vedi *infra*).

⁴⁶ Cass. Sez. Un., 9 ottobre 2006 n. 1282 in *Cass. pen.*, 1997, p. 2428.

state rese le dichiarazioni ma anche nel giudizio *ad quem*. L'accertamento circa la violazione di un divieto quale quello dell'art. 63 comma 2 c.p.p. contenuto in sentenza passata in giudicato fa sì che il giudice del secondo giudizio, qualora le parti volessero acquisire la pronuncia attraverso l'art. 238 *bis* c.p.p., in relazione alle suddette dichiarazioni, debba ritenersi vincolato all'esclusione della prova. La giurisprudenza più recente, seppur non occupandosi del profilo della circolazione del vizio, chiarisce come la valenza *erga omnes* dell'inutilizzabilità operi ogniqualvolta «l'autorità procedente già era o sia venuta a conoscenza degli indizi di reità esistenti a carico del dichiarante e proceda o continui nell'esame senza dare contezza al dichiarante della sua posizione, senza formalizzarla e senza assistenza difensiva». Si tratta, ancora a parere della Suprema Corte, «di un deterrente che il legislatore ha inteso introdurre non solo per garantire il diritto di difesa del dichiarante, ma anche per garantire la genuinità dell'acquisizione della prova, volendosi negare, per quanto possibile, dichiarazioni accusatorie, compiacenti o negoziate, a carico di terzi, realizzabili attraverso l'"obliterazione" da parte dell'autorità inquirente dei reati di cui il dichiarante sia il possibile autore⁴⁷». Se questa è la *ratio* che sorregge l'invalidità parrebbe incongruo ritenere che il divieto cada semplicemente perché il giudice *ad quem* non possa ritenersi vincolato dalla decisione sulla prova. L'acquisizione della sentenza irrevocabile che abbia accertato, tra l'altro, l'inutilizzabilità delle dichiarazioni in forza dell'art. 63 c.p.p. farà sì che non sia possibile recuperarle. Qualora poi la parte fosse interessata a far conoscere al giudice *ad quem* le circostanze su cui verteva la deposizione inutilizzabile potrà chiedere l'audizione del dichiarante. Si applicherà, allora, se i procedimenti sono connessi, come nell'esempio proposto, l'art. 197 c.p.p. e il soggetto, già imputato, sarà sentito come testimone assistito, ripristinando il contraddittorio e l'oralità. Sicché, in tal caso, il giudice potrà fondare il proprio convincimento esclusivamente su quanto dichiarato in questa sede. Non potrà, invece, confrontare la testimonianza resa in dibattimento con quanto affermato in precedenza e giudicato inutilizzabile *ex art. 63 c.p.p.*

Certo, si sarebbe tentati di affermare che il giudice dovrebbe avere il potere di rivalutare quella declaratoria di inutilizzabilità e pervenire così agli stessi risultati del giudice *a quo* ovvero a risultati opposti, visto che la legge non codifica limitazioni derivanti dall'acquisizione della prova sentenza che si pronunci (anche) sull'invalidità della prova. Del resto, si è già fatto cenno al fatto che la generale rivalutazione delle statuizioni contenute nel provvedimento è imposta dalle norme processuali – art. 192 c.p.p.

⁴⁷ Cass. pen. Sez. III, 19 maggio 2005, n. 35629 in *Guida dir.*, 2005, p. 91.

— ; ma ciò varrebbe solo nel caso di *questio facti* e di *quaestiones iuris* definite positive o inclusive.

L'effetto cogente, cioè, sarebbe da riconoscere esclusivamente alla decisione “negativa”, ossia a quella che espunge la prova. Alla luce delle precisazioni e degli esempi adottati, vediamo gli ulteriori argomenti in tal senso.

In primis, esclusivamente nell'ipotesi di intervenuta declaratoria di invalidità vi sono quelle ragioni sostanziali che hanno condotto il legislatore e l'elaborazione giurisprudenziale a classificare taluni tipi di vizi come oggettivi: è il caso dell'inutilizzabilità operante *erga omnes*. Non si tratta qui di limitare ingiustificatamente la cognizione del giudice *ad quem* quanto di rispettare la disciplina delle invalidità. Si vedrà, infatti, che i poteri del giudice sono pieni sia allorché i procedimenti sono entrambi pendenti, sia quando una dichiarazione di invalidità non sia intervenuta⁴⁸.

Dirimente tuttavia è il secondo rilievo. Solo allorché il giudice abbia (con statuizione irrevocabile) escluso la prova – poiché viziata – consentirne la rivalutazione significherebbe avallare una sanatoria causata solo dalla diversità dei giudizi: la prova già giudicata invalida riemergerebbe nel secondo rito come elemento suscettibile di nuova utilizzazione; la patologia, in altre parole, potrebbe essere superata, ma ciò si porrebbe in netto contrasto con la disciplina vigente che esclude forme di sanatoria per i vizi più gravi.

Il ragionamento, peraltro, regge anche nel caso di vizi relativi – nullità relative che colpiscono direttamente la prova – perché se pure è indubbio che questi ultimi siano passibili di sanatoria essa esiste e opera solo in quanto espressamente prevista dal testo di legge.

Non pare che la semplice trasmigrazione dell'atto e il suo conseguente recupero, qualora effettivamente si riconoscesse al giudice il potere di ri-valutare il dato probatorio considerato invalido in sentenza, rientri nelle ipotesi codificate: né nell'acquiescenza né nell'essersi la parte avvalsa della facoltà cui l'atto era preordinato.

Infine, percorrendo tale strada si giungerebbe al paradosso per cui il giudicato, da un lato sanerebbe tutti vizi, in forza della nota formula per cui esso “copre il dedotto e il deducibile”, inibendo così nella sede *a qua*, ad esempio in sede di rinvio, la proposizione di eccezioni sulla corretta ammissione/acquisizione dell'atto probatorio; dall'altro, lo stesso potrebbe essere superato dalla semplice passaggio della prova in altra sede: la patologia resterebbe confinata nel giudizio in cui si verifica, nonostante il suo carattere genetico.

Il risultato che ne deriverebbe pare sacrificare eccessivamente la disciplina delle

⁴⁸ Si veda *infra*, cap. IV.

invalidità a tutto vantaggio di un principio di conservazione della prova che sembra riprodurre le forme del criticato principio di non dispersione dei mezzi di prova⁴⁹: l'unica *ratio* che consentirebbe di concludere nel senso sopra detto, infatti, è il recupero dell'elemento conoscitivo, anche se già valutato oggettivamente viziato al termine di un procedimento definito con sentenza intangibile poiché dotata della forza di giudicato.

È chiaro che, in mancanza di indicazioni normative, la soluzione è frutto di una scelta. Distinguere però il caso in cui l'elemento probatorio sia stato irrevocabilmente definito invalido nel primo giudizio dalle altre statuizioni contenute nella sentenza acquisita come prova appare più in linea con la disciplina delle invalidità e delle sanatorie nonché con la forza di giudicato.

In conclusione, la statuizione circa l'invalidità della prova, purché sussistano le condizioni qui specificate, dovrà valere anche nel giudizio *ad quem*.

5. La sentenza irrevocabile priva della declaratoria di invalidità: poteri nel giudizio ad quem

Il caso che si intende ora esaminare riguarda i rapporti tra un procedimento definito con un provvedimento irrevocabile che nulla dice sulla validità delle prove assunte in quella sede e un secondo rito, pendente, in cui si intenda far valere le invalidità che affliggono i dati probatori acquisiti nella prima sede.

La prima e immediata valutazione rimanda alla concezione tradizionale dei rapporti tra giudicato e invalidità: il fatto che il giudizio *a quo* sia concluso conduce ad affermare che eventuali vizi della prova nati in quella sede siano sanati dall'avvento del giudicato.

Per esigenze di certezza del diritto si suole ripetere che il giudicato copre il dedotto e il deducibile, con ciò intendendo che il potere di sollevare l'eccezione di invalidità si consuma con l'avvento dell'autorità di cosa giudicata. Questa pare essere l'impostazione accolta dalla Corte di legittimità; le rare pronunce sul tema precisano che il giudice del rito *ad quem*, chiamato a valutare una sentenza irrevocabile ai sensi dell'art. 238 *bis* c.p.p. dovrà identificare il fatto accertato restando però «*esclusa la possibilità di un controllo*

⁴⁹ Il principio di non dispersione dei mezzi di prova è di creazione giurisprudenziale; fu la Consulta, nelle note sentenze del 1992 a scardinare alcuni pilastri dell'accusatorio in nome della non dispersione dei mezzi di prova Corte cost. sent. 24, 254 e 255 del 1992 per una sintesi G. CONSO- V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, CEDAM, 2008, 4° ed., p. 688; AA. vv. *Il giusto processo, Atti del Convegno presso l'Università di Salerno* (Salerno 11-13 ottobre 1996), Giuffrè, 1998, p. 79 ss.; in dottrina per tutti, O. DOMINIONI, *Un nuovo idolum theatri: il principio di non dispersione dei mezzi di prova*, cit, p. 749; M. NOBILI, *L'accusatorio sulle labbra l'inquisitorio nel cuore*, cit., p. 11.

sulla sua fonte probatoria, anche sotto il profilo della rituale acquisizione in quel processo concluso con sentenza irrevocabile» perché «l'efficacia di giudicato copre il fatto accertato indipendentemente dalla ritualità del “mezzo” probatorio». Il corollario di tale argomentazione sarebbe che «nessuna eccezione di ordine processuale attinente alla prova – non solo quelle dedotte ma anche quelle deducibili nel processo la cui sentenza è divenuta giudicato – può essere proposta al fine di porre in discussione la semiplena probatio conferita dall'art. 238 bis c.p.p.»⁵⁰.

Non appena si scende in profondità però si constata che almeno due sono le osservazioni possibili ed entrambe portano a sconfessare questa ricostruzione. Occorre procedere per gradi. Non si può dimenticare che l'effetto sanante derivante dal giudicato opera senz'altro nei confini del rito per cui si è proceduto; dunque, in tale sede non si potrà riesaminare la questione, sia essa di fatto o di diritto. Si è visto che neppure nel giudizio di rinvio è possibile sollevare l'eccezione di nullità, anche assoluta, emersa nelle fasi precedenti; in relazione all'inutilizzabilità il discorso si fa più complesso non essendoci, all'art. 627 c.p.p., un espresso richiamo al vizio della prova. In realtà, si vedrà che il relazione al giudizio di rinvio operano regole peculiari.

La prospettiva che interessa, però, riguarda un diverso procedimento, pendente allorché la pronuncia del giudizio *a quo* in cui si è verificata l'invalidità non rilevata è divenuta irrevocabile. Accogliendo le concezioni tradizionali del giudicato come sanatoria di tutte le patologie, si potrebbe ritenere che quella prova, pure irrituale, sia utilizzabile nel procedimento diverso poiché il vizio resterebbe assorbito nel giudicato: il fatto che il giudice *a quo* non abbia dichiarato né possa più dichiarare l'invalidità della prova inibirebbe alle parti del giudizio *ad quem* il potere di sollevare questioni, né il giudice del secondo procedimento potrebbe procedere d'ufficio.

Eppure questa conclusione non pare rispettosa della *ratio* che sorregge la disciplina delle invalidità. Analogamente a quanto già enunciato sopra, così ragionando, si introducono inedite forme di sanatoria.

Il percorso argomentativo è in realtà inverso a quanto affermato in relazione alla sentenza che contenga la statuizione di invalidità della prova, e ciò nonostante conduce agli stessi risultati, ripristinando così la coerenza del ragionamento. La mancata rilevazione dell'invalidità nel primo giudizio, fa sì che la stessa non possa riemergere in quella sede ma non esclude il potere delle parti e del giudice di eccepiria o dichiararla nel diverso giudizio. Se così non fosse la sanatoria derivante dal giudicato spiegherebbe effetti su vizi

⁵⁰ Cass. Sez. V, 14 aprile 2000, n. 5618 CED (rv.) 216306.

che riguardano atti probatori di altro giudizio, avente ad oggetto un diverso *thema probandum*.

Anche in tal caso, cioè, si consentirebbe l'ingresso di ipotesi di sanatoria non previste dall'ordinamento: la copertura del giudicato, elemento che dovrebbe fungere da *ratio* della sanatoria, dovrebbe estendersi ad un fatto diverso⁵¹ (oggettivamente o soggettivamente).

Due gli argomenti dirimenti: il rispetto delle coordinate del giudicato e il rilievo per cui nel momento in cui si intenda utilizzare per la decisione un elemento conoscitivo, pur proveniente da altro giudizio, esso diviene un atto del secondo rito, la cui validità, per tale motivo, è sindacabile dalle parti⁵². Rilievo che non vale nel caso esaminato sopra in cui quello stesso elemento sia già stato dichiarato invalido: la declaratoria del vizio genetico fa sì che la prova sia *tanquam non esset*. In entrambi i casi, cioè, ciò che conta è rispettare la disciplina dell'invalidità impedendo il recupero di atti probatori viziati: tale risultato si raggiunge sia escludendo il potere delle parti nel giudizio *ad quem* di far rivivere prove affette da patologie genetiche sia attribuendo alle stesse il potere di far valere i vizi esistenti ma non rilevati nel giudizio in cui sono venuti in essere. Si tratta delle due facce della stessa medaglia. È sufficiente un esempio per comprendere le conseguenze in tema di circolazione probatoria cui si perviene accogliendo la tesi enunciata dalla Cassazione, secondo cui «nessuna eccezione di ordine processuale attinente alla prova – non solo quelle dedotte ma anche quelle deducibili nel processo la cui sentenza è divenuta giudicato – può essere proposta al fine di porre in discussione la *semiplena probatio* conferita

⁵¹ In realtà potrebbe verificarsi il caso in cui due procedimenti siano attivati per il medesimo fatto contro lo stesso soggetto in violazione delle regole di cui all'art. 649 c.p.p. Se così fosse, però, il rimedio opera su un altro piano: non si avrebbe ragione di discutere dell'estensione del valore cogente della sentenza passata in giudicato perché gli effetti che essa produce sarebbero quelli di cui all'art. 649 comma 2 c.p.p.: nel momento in cui il giudice del procedimento pendente ha contezza dell'esistenza di un provvedimento definitivo è tenuto a pronunciare sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere.

⁵² La Cassazione, prescindendo dai vizi della prova, ha precisato in relazione all' art. 238 *bis* c.p.p. che il giudice *ad quem* nel momento in cui accerta la veridicità dei fatti ritenuti dimostrativi della sentenza deve, a seguito di richiesta delle parti, acquisire al dibattimento, nel contraddittorio gli elementi di prova che confermino la veridicità dei fatti accertati nella sentenza irrevocabile acquisita, che divengono, in tal modo, fonti di prova del reato per cui si procedere Cass. Sez. II, 28 febbraio 2007, n. 16626 CED (rv.) 236650. Un'altra strada, seppure parziale, sarebbe quella di escludere che il giudicato sia in grado di sanare l'inutilizzabilità. L'affermazione, effettivamente, era condivisa dalla dottrina che si è occupata della patologia, proprio al fine di evitare che l'irrevocabilità consentisse l'uso di una prova viziata in altri procedimenti N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., p. 264.

dall'art. 238 bis c.p.p.»⁵³. Si pensi alla violazione delle norme, stabilite a pena di inutilizzabilità, in tema di intercettazioni telefoniche. Il vizio oggettivo e assoluto, derivante ad esempio, dal mancato rispetto delle regole relative all'esecuzione delle operazioni di cui all'art. 268 c.p.p., sarebbe posto nel nulla dall'intervento del giudicato per il solo fatto che nella prima sede la patologia non è stata dedotta e dichiarata. I risultati di quella intercettazione acquisita in violazione dei divieti stabiliti dalla legge, quindi, ben potrebbero entrare nel procedimento diverso o mediante l'acquisizione della sentenza ex art. 238 bis c.p.p. o, addirittura assumendo pieno valore di prova *ex se*, attraverso l'art. 270 c.p.p.⁵⁴.

È evidente che l'effetto è una circolazione non tanto della prova quanto della patologia: il difetto genetico finisce per infettare un altro rito, con il corollario che si perpetuano accertamenti fondati su prove inutilizzabili o quantomeno suscettibili di essere valutate come tali.

Riassumendo, così come nel caso in cui vi sia stata, in sentenza, la rilevazione del vizio, si tratta di rispettare la disciplina delle invalidità. Nel far ciò non si deve smentire la natura sanante del giudicato ma semplicemente ridurne l'ambito applicativo. La sanatoria generalizzata derivante dal giudicato è prevista quando le parti non hanno più i mezzi per far valere quella doglianza, essendo connaturato ad ogni ordinamento sancire un limite oltre il quale è necessario assicurare la certezza del diritto. Tale *ratio*, tuttavia, non regge dinnanzi alla volontà di resuscitare il valore di quella prova in un giudizio diverso e soprattutto ancora da definire. Il rimedio, dunque, deve essere quello di consentire la prospettazione del vizio anche nella sede diversa. In relazione al secondo giudizio, infatti, non può applicarsi la categoria dell'estinzione del potere di far valere la patologia. Del resto, ragionare diversamente, significherebbe creare una sorta di zona grigia per le invalidità giustificate dal fatto che il legislatore ha costruito meccanismi di circolazione probatoria. La prova suscettibile di circolare, però, deve essere valida. L'affermazione, oggetto di successivi approfondimenti, trova un'indiretta conferma in un caso peculiare. In merito all'art. 26 c.p.p. la dottrina ha salvato il principio di conservazione della prova assunta dinnanzi al giudice incompetente subordinandolo al fatto che questa fosse originariamente valida; altrimenti, la dichiarazione di incompetenza e il conseguente spostamento del giudizio non valgono ad autorizzare l'utilizzo di prove viziate. Non si nega che accogliere la tesi prospettata implica numerosi problemi pratici. Il primo è dato dalla tendenziale mancata conoscenza dell'esistenza del vizio nel primo procedimento. Si

⁵³ Cass. Sez. V, 14 aprile 2000, n. 5618, cit.

⁵⁴ Per la problematica vedi *infra* cap. IV.

potrebbe intervenire, tuttavia, sugli atti che accompagnano l'acquisizione della prova nel procedimento diverso⁵⁵. La giurisprudenza sembra farsi carico delle problematiche evidenziate, perlomeno, in relazione alle intercettazioni telefoniche⁵⁶, profilo che si esaminerà al termine dell'ultimo capitolo.

6. I limiti alla cognizione del giudice di rinvio: vincolatività del principio di diritto giustificata dalla funzione di nomofilachia della Corte di cassazione.

Sin qui i temi proposti hanno toccato diversi istituti del diritto processuale: giudicato e preclusione, questioni pregiudiziali, invalidità degli atti.

Se il filo conduttore è l'individuazione di un regime della circolazione della prova, rispettoso della disciplina della invalidità, si è già accennato come la materia si intrecci con i limiti alla cognizione del giudice. Dopo aver trattato delle questioni pregiudiziali, seppur incidentalmente, pare opportuno compiere una breve disamina del valore, nel giudizio di rinvio, del principio di diritto espresso dalla Cassazione. Il tema merita una breve analisi poiché si è di fronte all'unica ipotesi codificata di limite alla cognizione del giudice, limite che potrebbe riguardare l'esclusione di una prova se il principio enunciato dalla Suprema Corte fosse l'affermazione di un'invalidità.

In primis, occorre delimitare il concetto di principio di diritto. L'attenzione deve essere focalizzata sulla statuizione della Corte di cassazione che coinvolga la validità della prova, distinguendo tra nullità e inutilizzabilità.

Il primo passo consta nell'equiparazione tra principio di diritto e risoluzione delle questioni che costituiscono la *ratio decidendi* dell'annullamento, sia esso totale o parziale.

La dottrina, cioè, lungi dall'estendere l'onere di osservanza imposto al giudice di rinvio a qualsivoglia delibazione assunta dalla Corte di cassazione, ritiene che il vincolo imposto al giudice di rinvio discenda esclusivamente dalle questioni che hanno portato alla

⁵⁵ Per le intercettazioni e la c.d. presunzione di legittimità del decreto autorizzativo *infra*. Cap. IV p. 169.

⁵⁶ Cass. Sez. I, 18 novembre 2008, n. 44365 CED (rv.) 242205, per cui «*in tema di intercettazioni telefoniche, alle eventuali oggettive difficoltà della parte interessata nella produzione degli elementi attestanti l'inutilizzabilità dei risultati di intercettazioni disposte in altro procedimento [...] può porsi rimedio con l'attivazione dei poteri officiosi, oppure con l'accoglimento della richiesta di un congruo termine per dare modo alla cancelleria del giudice ad quem di provvedere sulla tempestiva richiesta di rilascio di copie degli atti*».

rimozione del provvedimento⁵⁷. Tra queste ultime non si può escludere vi rientrino quelle emesse in caso di *vitia in procedendo*. Si pensi alla pronuncia di accoglimento del ricorso fondato sulla censura *ex art. 606 lett. c) c.p.p.* per essere la prova affetta da nullità o inutilizzabilità, ovvero al caso di un vizio assoluto rilevabile *ex officio* dal giudice di legittimità.

La problematica, cioè, attiene all'ampiezza dei poteri del giudice di rinvio, o, sotto altro punto di vista, all'efficacia vincolante espressa dalla decisione sulla prova.

In via generale, si potrebbe affermare che se la Cassazione annulla con rinvio⁵⁸, dichiarando la prova nulla o inutilizzabile, il giudizio rescissorio dovrà escludere dalla piattaforma probatoria l'elemento già oggetto di valutazione del Supremo collegio.

Parte della dottrina, tuttavia, ha escluso che il limite derivante dall'art. 627 comma 3 c.p.p. operi in relazione agli *errores in procedendo*. La cognizione del giudice di rinvio sarebbe del tutto svincolata dalla decisione in diritto tanto nel caso di annullamento per violazione dell'art. 606 lett. e) c.p.p., quanto, appunto, nel caso di cui all'art. 606 lett. c) c.p.p.: si verificherebbe una coincidenza di effetti tra annullamento per vizio di motivazione ed annullamento per *errores in procedendo* quando gli stessi si concretano nella declaratoria di nullità di un atto probatorio⁵⁹. Lo stesso varrebbe dinnanzi alla prova inutilizzabile.

Le ragioni addotte a sostegno di tale conclusione si rinvergono nell'applicazione del principio di regressione del procedimento al momento in cui si è verificata l'invalidità. La regressione espressa dall'art. 185 c.p.p., corollario dell'invalidità derivata, condurrebbe alla rinnovazione dell'atto nullo; di qui la pienezza dei poteri del giudice di rinvio.

Non è chiaro però in che modo l'obbligo di rinnovare l'atto probatorio nullo smentisca la vincolatività del principio di diritto (nullità della prova) espresso dalla Cassazione. Anzi, a ben vedere, la rinnovazione della prova, se necessaria e possibile, non ne è che un effetto.

Inoltre, si può escludere la rinnovazione della prova inutilizzabile; sicché la

⁵⁷ G. CIANI, (sub) *Art. 627 c.p.p.* in AA. VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 318; secondo, G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Giappichelli, 7° ed., 2008, p. 740, l'obbligo non concerne solo le questioni di diritto decise in modo esplicito ma anche quelle che avrebbero potuto e dovuto venir esaminate d'ufficio dalla Cassazione. La mancata pronuncia dimostra che la Corte ha escluso la possibilità di emanare la decisione imposta dal legislatore.

⁵⁸ Ipotesi preferibile in questi casi al fine di preservare la funzione nomofilattica già compromessa nell'incursione nei fatti, incursione resasi necessaria per accertare la causa di invalidità; nello stesso senso N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., p. 280 ss.

⁵⁹ F. DINACCI, *Il Giudizio di rinvio nel processo penale*, CEDAM, 2002, p. 31.

declaratoria di invalidità contenuta nella sentenza della Corte di legittimità, opera come vero e proprio limite nella fase di rinvio all'uso processuale di quella conoscenza.

Del resto, la *ratio* della vincolatività del principio di diritto si sostanzia nell'assicurare (o meglio nel recuperare) la funzione di nomofilachia attribuita alla Suprema Corte.

Se le statuizioni in materia di sanzioni processuali non fossero vincolanti si vanificherebbe l'esigenza di assicurare l'uniformità dell'interpretazione del diritto processuale.

La tesi riportata, dunque, deriva da premesse argomentative errate che non paiono tenere in considerazione l'autonomia della violazione di norme processuali. È vero che la nullità della prova inficia la validità della sentenza, ma la suddetta invalidità si traduce nell'annullabilità della pronuncia e non è certo paragonabile al vizio di motivazione. Anzi, si è correttamente osservato che l'introduzione dell'art. 606 lett. c) c.p.p. muove dalla volontà di escludere commistioni tra vizio dell'atto e nullità della sentenza. In particolare, in relazione all'inutilizzabilità, si è valorizzata la dimensione autonoma della patologia, proprio al fine di evitare che l'inosservanza del divieto probatorio venisse eccepito come vizio di motivazione⁶⁰. Altro è pretendere, ai fini della declaratoria dell'invalidità, che la prova abbia influito sulla decisione⁶¹.

Una volta però che la dichiarazione vi sia, essa limita i poteri del giudice del rinvio. In altri termini si verifica un effetto preclusivo inteso come impossibilità di discostarsi dalla valutazione della Cassazione.

Ci si può, poi, chiedere se, nel caso di annullamento totale, mutando i presupposti di fatto, il giudice di rinvio possa discostarsi dalla decisione in diritto. Il caso è piuttosto peregrino; dovrebbero, cioè, emergere delle nuove circostanze che consentano di approdare alla conclusione opposta rispetto a quanto sancito dalla Corte di legittimità, poiché è escluso che il giudice, semplicemente rivalutando i medesimi fatti da cui dipende l'applicazione di norme processuali, possa concludere per la validità della prova. Così ragionando, infatti, la vincolatività della decisione sarebbe posta nel nulla.

Tendenzialmente, infatti, si ammette che l'efficacia vincolante venga meno là dove, nell'esercizio dei poteri istruttori, il giudice acquisisca nuovo materiale conoscitivo. Si è precisato, tuttavia, che ciò varrebbe solo nei casi in cui la Cassazione non abbia esaminato

⁶⁰ F. CAPRIOLI, (sub) *Art. 606 c.p.p.*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, cit., p. 2089, in cui si richiama la stessa relazione preliminare.

⁶¹ Per le questioni relative alla prova di resistenza vedi cap. I. nota 65 p. 24.

la *questio facti* se non come mera premessa logica dell'affermato principio⁶².

Nel caso degli *errores in procedendo*, allora, al questione perde rilevanza, posto che per pervenire alla dichiarazione del vizio, la Corte di legittimità esamina i fatti rilevanti: nei casi di cui alla lettera c) dell'art. 606 c.p.p. essa è giudice anche nel fatto.

La vincolatività della decisione sull'invalidità della prova, allora, dovrebbe acquisire un valore particolarmente pregnante.

7. Conclusioni provvisorie

Si è visto che solo il giudicato in senso stretto consente di estendere la decisione *in jure* nel procedimento *ad quem*.

La vincolatività, tuttavia, non deriva da un'inaccettabile valenza *erga omnes* della cosa giudicata bensì dal combinarsi dell'irrevocabilità della sentenza con la disciplina delle invalidità.

Il concetto di preclusione, di contro, non pare attagliarsi al fenomeno della circolazione probatoria: essa opera esclusivamente all'interno del procedimento in cui si è verificata.

Il discrimine, allora, al fine di verificare la circolazione della prova viziata diviene la distinzione tra procedimento definito con sentenza passata in giudicato e procedimento pendente.

Nel primo caso, la declaratoria di invalidità della prova dovrebbe assumere anch'essa i caratteri della definitività: se la prova è stata giudicata nulla o inutilizzabile essa non può trovare ingresso nel secondo processo.

Di contro, in assenza dell'autorità della cosa giudicata il provvedimento del giudice non parrebbe avere una forza espansiva tale da estendersi nel rito *ad quem*.

In altri termini la cognizione in materia di prove sarebbe ancora piena nel giudizio diverso.

Prima però di esaminare la circolazione della patologia della prove tra procedimenti pendenti, è necessario analizzare un'ipotesi di giudicato minore: il giudicato cautelare. L'esame delle preclusioni sviluppate in sede *de libertate*, infatti, è funzionale alla verifica di una recente tendenza che pare affacciarsi nella dottrina e nella giurisprudenza di legittimità: la creazione di vincoli preclusivi – anche in punto di rilevazione di invalidità – tra cautela e merito

⁶² M. BARGIS, *Le impugnazioni*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di CONSO-GREVI, CEDAM, 2010, p. 877.

CAP. III

LA CIRCOLAZIONE DEL VIZIO DELLA PROVA TRA PROCEDIMENTO INCIDENTALE E MERITO

Sommario: 1. Dalla genesi del giudicato cautelare al principio di preclusione: i tentativi di creare vincoli procedurali nei rapporti tra incidenti e merito. – 2. Giudicato cautelare e procedimento principale. – 3. L'esclusione della vincolatività delle decisioni sull'invalidità della prova assunte in sede incidentale.

1. Dalla genesi del giudicato cautelare al principio di preclusione: i tentativi di creare vincoli procedurali nei rapporti tra incidenti e merito.

Un ultimo tema resta da affrontare prima di passare al cuore della ricerca. Occorre, cioè, analizzare le possibili interferenze tra decisioni sulla validità della prova assunte in sede incidentale e il giudizio di merito.

Può accadere che di prova si discuta nel corso del procedimento incidentale, giungendo o ad una declaratoria di nullità o inutilizzabilità dell'atto probatorio, ovvero ad una conferma della sua validità. Quella stessa conoscenza – già valutata da un organo giurisdizionale ai fini della soluzione dell'incidente – potrebbe riemergere nel procedimento principale. La questione che si deve sviluppare, allora, attiene alla comunicabilità tra le due fasi (merito e cautela). Per meglio dire, ci si deve chiedere che valore assuma, nel procedimento principale, la statuizione adottata in sede *de libertate* sulla *quaestio iuris* e, quale corollario, che effetti la stessa produca sul potere delle parti di sollevare le eccezioni relative alla validità delle prove. La risoluzione della problematica, però, muove dalla natura delle pronunce che connotano il procedimento cautelare. L'essere queste ultime giudizi allo stato degli atti unitamente alla costruzione dottrinale di effetti preclusivi paragonabili, per certi aspetti, alla forza di giudicato, sono elementi la cui trattazione è preliminare rispetto alla domanda cui si intende offrire soluzione.

Come già accennato, si cominciò a discutere di preclusioni processuali in relazione ai vincoli interni al procedimento *de libertate*. In questo contesto, infatti, venne costruito il giudicato cautelare. La regola del *ne bis in idem* iniziò ad essere trapiantata nel procedimento *de libertate* allo scopo di valorizzare l'economia processuale. In un primo momento, cioè, si intese evitare la riproposizione potenzialmente illimitata di questioni, in fatto o in diritto, già oggetto di valutazione

La *ratio* giustificativa si basava sul rilievo per cui il sistema cautelare, al pari del procedimento principale, prevede, quale rimedio all'errore, due gradi di impugnazione; il mancato esperimento di uno di questi, così come la statuizione definitiva assunta dall'ultimo giudice donerebbero stabilità al provvedimento. Dando applicazione alle regole generali in materia di impugnazioni si finiva così per ricorrere al concetto di cosa giudicata. In altre parole, nella prima esegesi interpretativa, la decisione emessa in sede di riesame o appello e non impugnata, ovvero la pronuncia adottata dal Giudice di legittimità, spiegavano un effetto preclusivo, seppur condizionato alla immutabilità della situazione di fatto: la questione già decisa non avrebbe potuto essere oggetto di nuova prospettazione, salvo che non vi fossero fatti nuovi sopravvenuti. Il che significava altresì che il pubblico ministero non avrebbe più potuto richiedere l'adozione di una nuova ordinanza cautelare sulla base degli stessi elementi ritenuti insussistenti o irrilevanti in sede di gravame².

Il giudicato, dunque, si atteggiava in modo assai peculiare: la preclusione, infatti, non era definitiva poiché le statuizioni contenute nel provvedimento potevano cadere non appena fossero mutati i presupposti di fatto della decisione; tale mutamento comportava il riesandersi dei poteri delle parti processuali.

Diveniva fondamentale, allora, poiché limite dell'istituto di nuova creazione giurisprudenziale, dare una definizione di "fatto nuovo".

La classificazione, però, era complicata dalla formulazione letterale dell'art. 299 c.p.p. Qualora lo stesso fosse stato interpretato nel senso di attribuire rilevanza "anche" ai fatti sopravvenuti ai fini della revoca della misura, non era escluso che il giudice potesse procedere ad una rivalutazione di elementi già vagliati dal giudice dell'impugnazione e sui quali era sceso il giudicato cautelare. La giurisprudenza più risalente³ osteggiava questa lettura della disposizione, valorizzando la presenza di un articolato sistema di impugnazioni che già consentiva di porre in discussione le originarie condizioni di

¹ Cass. Sez. Un., 12 ottobre 1993, Durante in *Cass. pen.*, 1994, p. 283, Cass. Sez. Un. 18 giugno 1993 dell'Olmo, in *Giur. It.*, 1994, p. 551; Cass. Sez. Un. 1 luglio 1992, Grazioso, in *Cass. pen.*, 1992 p. 2990; M. BARGIS, *Procedimento de libertate e giudicato cautelare*, in *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, Atti del Convegno, Foggia-Mattinata 25-27 settembre 1998, Giuffrè, 2000, p. 174; A. GIANNONE, *Le impugnazioni delle misure cautelari personali*, in AA. VV. *Libertà e cautele nel processo penale*, coordinati da M. CHIAVARIO, Utet, 1996; E. MARZADURI, *Misure cautelari personali (principi generali e disciplina)*, in *Dig. pen.*, vol. VIII, Utet, p. 70.

² Cass. Sez. Un., 8 luglio 1994 in *Cass. pen.*, 1994, p. 2928.

³ Cass. Sez. Un. 18 giugno 1993, cit., p. 2637 per cui la revoca della misura cautelare può aver luogo solo in quanto acquisito successivamente alla definitività del titolo custodiale; invece già Cass. Sez. Un., 8 luglio 1994 cit., p. 2928 preciserà che sono fatti nuovi quelli che il G.i.p. non ha considerato e dunque i fatti anche preesistenti purché non già valutati.

applicabilità. Il fatto nuovo sopravvenuto, quindi, doveva essere inteso in senso stretto. Da ciò derivava che l'ambito applicativo dell'istituto era circoscritto esclusivamente dalla successiva presenza di fatti nuovi effettivamente sopravvenuti. Solo questi ultimi provocavano quel mutamento della situazione di fatto idoneo a far cadere il giudicato allo stato degli atti⁴. Le variegate posizioni dottrinali⁵ erano perlopiù critiche verso un effetto preclusivo così ampio, per ragioni sia formali sia sostanziali. Dal punto di vista tecnico appariva una forzatura ricorrere al concetto di *ne bis in idem* all'interno di un procedimento incidentale che si caratterizza anzitutto per la provvisorietà dei provvedimenti giurisdizionali⁶. Sotto il profilo sostanziale si osservava come la preclusione finisse per ridurre le *chances* dell'indagato di sindacare i presupposti di applicazione della misura, viste le limitazioni imposte in sede di revoca⁷.

La giurisprudenza successiva, a partire delle Sezioni Unite dei primi anni '90⁸, si impegnò nel tentativo di modellare maggiormente la forza di giudicato alle caratteristiche di provvisorietà del procedimento *de libertate*.

Gli approdi interpretativi cui sono pervenute le Sezioni Unite si riassumono nel riconoscimento di una preclusione con efficacia endoprocessuale riguardo alle sole

⁴ Cass. Sez. Un. 12 ottobre 1993, Durante in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994 nota di M. CERESA GASTALDO, *Sulla persistenza dell'interesse all'impugnazione dei provvedimenti cautelari revocati*, p. 1610; Cass. Sez. un., 18 giugno 1993 Dell'Omo, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995 p. 529 nota di B. LAVARINI, *Revoca e riesame delle misure coercitive*.

⁵ Vedi M. BARGIS, *Procedimento de libertate e giudicato cautelare*, cit., p. 178.

⁶ Sul rapporto tra provvisorietà e i provvedimenti allo stato degli atti, seppure in riferimento al codice abrogato, P. NUVOLONE, *Contributo alla teoria della sentenza istruttoria penale*, Vita e pensiero, 1943, *passim*, per cui si deve distinguere tra accertamento provvisorio e accertamento allo stato degli atti: il primo può essere inteso in due accezioni; generica, come accertamento incompleto della fattispecie, specifica, come provvedimento emanato in seguito ad un accertamento volutamente sommario. Nei provvedimenti assunti allo stato degli atti, invece, l'accertamento volutamente non è sommario ma incompleto rispetto alla possibilità del momento. Inoltre esso è ritenuto dal legislatore suscettibile di perfezionamento. Sullo specifico tema delle misure cautelari; M. CERESA GASTALDO, *Il riesame delle misure coercitive nel processo penale*, Giuffrè, 1993, p. 219 ss.; D. NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per la fattispecie cautelare*, cit., cap. I; P. SPAGNOLO, *Il tribunale della libertà: tra normativa nazionale e normativa internazionale*, Giuffrè, 2008, p. 191 ss; F. VIGGIANO, *Cautele personali e merito*, CEDAM, 2004 cap. I, p. 40 ss.

⁷ Per verità, il *ne bis in idem* aveva un risvolto di garanzia, là dove impediva, nel caso di annullamento dell'ordinanza applicativa per ragioni merito, l'adozione di una seconda ordinanza basata sugli stessi presupposti di fatti già valutati dal tribunale della libertà.

⁸ Cass. Sez. Un., 8 luglio 1994, cit., p. 2928.

questioni implicitamente o esplicitamente dedotte in sede di impugnazione⁹.

Parallelamente, si è offerta una più ampia interpretazione di fatto nuovo ai sensi dell'art. 299 c.p.p. per cui fatto nuovo è – semplicemente – fatto non valutato nella fase incidentale. Inoltre, si è creata una *summa divisio* fra mancata impugnazione dell'ordinanza cautelare e decisione che definisce il procedimento di impugnazione.

Nel primo caso, nessuna preclusione si verifica: la stabilità dell'ordinanza cautelare non può desumersi implicitamente dal decorso dei termini¹⁰. Viceversa, nell'ipotesi in cui il giudice dell'impugnazione si sia pronunciato, purché vi sia stato un effettivo apprezzamento, in fatto o in diritto, del materiale probatorio e dell'imputazione provvisoria, opera la preclusione processuale¹¹.

Alla luce del quadro giurisprudenziale si nota come vi sia una netta distanza con il principio espresso dall'art. 649 c.p.p. In particolare, appare evidente come la consumazione del potere sia ricollegata all'effettivo accertamento in sede *de libertate*; di contro, si è visto, l'autorità di cosa giudicata prescinde da quest'ultimo profilo. Non solo, l'adattamento più vistoso consta nella limitazione della preclusione alle sole questioni dedotte, mentre l'essenza del giudicato si esprime (anche) nell'impossibilità di sottoporre

⁹ La Cassazione, Sez. Un. 20 aprile 2004 n. 18339 in *Cass. pen.*, 2004, p. 2746 nota di P. SPAGNOLO, *I poteri cognitivi e decisorio del tribunale della libertà investito dell'appello de libertate del pubblico ministero: i confini tra devolutum e novum*, ha chiarito come «la decisione emessa sull'appello instaurato dal p.m. contro l'ordinanza di rigetto della richiesta di misura cautelare personale, una volta divenuta definitiva, ha efficacia preclusiva, "rebus sic stantibus", in ordine alle questioni in fatto o in diritto esplicitamente o implicitamente dedotte, non anche a quelle deducibili, in quel giudizio» con il corollario che l'accusa non potrà riproporre le medesime questioni in un secondo procedimento cautelare attivato contro lo stesso soggetto per il medesimo fatto. La pronuncia era considerata dalla dottrina un punto fermo nell'elaborazione di un generale principio di preclusione là dove imponeva al p.m. di dedurre il *novum* nell'appello cautelare. Nuovamente, però le Sezioni unite, Cass Sez. Un., 16 dicembre 2010, n.7931 in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 697 nota di C. CONTI, *Harmonized precedents: le Sezioni unite tornano sul principio di preclusione* sono intervenute sul tema esaminando un profilo attiguo, pur confermando la portata del giudicato cautelare: in sintesi, il pubblico ministero ha la possibilità di scelta tra la produzione dei *nova* in sede d'appello (purché ancora pendente) ovvero l'attivazione di un nuovo procedimento. Prescelta una via, l'altra però è preclusa; si veda anche Cass. Sez. Unite, 19 dicembre 2006, n. 14535 in *Cass. pen.*, 2007, p. 3229, nota di E. CALVANESE, *Osservazioni a Cass. pen., sez. un., 19 dicembre 2006 n. 14535*.

¹⁰ La giurisprudenza, seguendo il solco tracciato dalle Sezioni Unite, ha precisato altresì che «l'inammissibilità della rinuncia all'impugnazione non determina, al pari della mancata impugnazione, le preclusioni da giudicato cautelare» Cass. Sez. III, 1 dicembre 2010, n. 535 CED (rv.) 249128.

¹¹ Cass. Sez. VI, 27 ottobre 2010, n. 43213 CED (rv.) 248804 per cui l'effetto preclusivo non consegue a decisioni che definiscano l'incidente cautelare in relazione ad aspetti meramente procedurali.

questioni, di fatto o di diritto, non emerse nel corso del procedimento. Già solo questi rilievi conducono parte della dottrina a dubitare dell'utilità del concetto di giudicato *rebus sic stantibus*¹².

Eppure, se si critica il ricorso al concetto di giudicato, l'idea che l'esaurimento dei mezzi impugnazione provochi una preclusione circa le questioni già esaminate, trova terreno fertile sia in dottrina sia nella giurisprudenza di legittimità

Proprio muovendo dal concetto di giudicato allo stato degli atti si è inteso assegnare alla preclusione un ruolo di primo piano, tanto da essere valutato alla stregua di «un criterio ermeneutico di diffusa applicazione nel rito penale¹³».

Le Sezioni Unite da ultimo intervenute sulla portata della preclusione hanno sottolineato l'importanza di interpretare il fenomeno adattandolo alle peculiarità del contesto. Nel procedimento incidentale, cioè, occorre soppesare il principio di preclusione con le esigenze di adeguatezza: se nel procedimento principale la consumazione del potere deriva dalla necessità di evitare la duplicazione di iniziative per il medesimo fatto nei confronti dello stesso soggetto, in sede cautelare «il requisito indispensabile affinché si possa parlare in termini di preclusione è che le iniziative siano fondate sui medesimi elementi¹⁴».

Lo snodo diviene l'identità della piattaforma probatoria: se i fatti addotti a fondamento della questione sono uguali, la riproposizione della stessa nella medesima sede *de libertate* è preclusa. Non v'è distinzione tra questioni di fatto e di diritto sicché identica sorte, ossia la perdita del potere di sollevare nuovamente l'eccezione, potrebbe toccare alla questione sulla validità della prova. Ed in effetti, c'è un precedente giurisprudenziale in tal senso: nell'ambito del procedimento incidentale, le questioni di nullità e inutilizzabilità, vagliate in via definitiva dal giudice dell'impugnazione, non possono essere risollevate, salvo il mutamento della situazione di fatto¹⁵.

Un'ipotesi peculiare che merita di essere segnalata riguarda le più volte citate

¹² M. BARGIS, *Procedimento de libertate e giudicato cautelare*, cit. p. 186 ss., sottolinea come le stesse Sezioni Unite cadano in contraddizione cercando una «felix insula fra l'anelito ad una sorta di immutabilità e il fine, corrispondente alle intenzioni legislative, di un controllo costante»; già, S. LORUSSO, *Un'impropria utilizzazione del concetto di giudicato penale: il c.d. ne bis in idem cautelare*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 649.

¹³ C. CONTI, *Harmonized precedents: le sezioni unite tornano sul principio di preclusione*, cit., p. 697.

¹⁴ C. CONTI, *Harmonized precedents: le sezioni unite tornano sul principio di preclusione*, cit., p. 700.

¹⁵ Sull'inutilizzabilità, Cass. Sez. II, 6 novembre 2001, n. 3839 *Mass. Cass. pen.*, 2001, per il caso inverso in cui la questione non era stata dedotta in sede di riesame.

Sezioni Unite¹⁶ che, in tema di prove utilizzabili in sede cautelare, hanno creato una rinnovata forma di vizio sanabile o “a tempo”. La tematica acquista sfumature interessanti anche facendo applicazione dei principi elaborati in sede di giudicato cautelare. Il Supremo collegio ha giudicato nulle e dunque, si deve ritenere, inutilizzabili, le intercettazioni poste a fondamento del provvedimento limitativo della libertà personale qualora non siano accessibili alla difesa i *files* contenenti l’audio delle registrazioni. Il vizio, tuttavia, permane solo finché l’accusa non pone a disposizione il suddetto materiale audio. Può darsi il caso in cui la valutazione circa l’inutilizzabilità della prova sia cristallizzata nella pronuncia che chiude la fase delle impugnazioni *de liberate*, rendendo operanti così le preclusioni del giudicato cautelare: il p.m. non potrebbe porre a fondamento di una nuova richiesta gli elementi di prova giudicati viziati. Senonché il rimedio sta nel far conoscere alla difesa le registrazioni; questo fatto fa cadere il vizio (sia esso nullità o, come pare preferibile, inutilizzabilità).

Esaminando la questione sotto il profilo del giudicato allo stato degli atti, si potrebbe semplicemente ritenere che si sia verificato un mutamento della situazione di fatto. Nulla di diverso, dunque, dall’intervento di fatti sopravvenuti in grado, per espressa e (condivisibile) affermazione del Giudice di legittimità, di escludere ogni preclusione.

C’è però, un elemento che stona, elemento che evidenzia la fragilità dei connotati del giudicato *rebus sic stantibus*: il comportamento del p.m., in questo caso specifico, può rientrare nel mutamento dei presupposti di fatto idonei a far cadere il giudicato cautelare? Le interpretazioni possono atteggiarsi nei modi più diversi, tuttavia, il comportamento della parte pubblica pare essere ontologicamente diverso: qui più che di modifica del quadro fattuale si potrebbe ricondurre la (tardiva) *discovery* alla fattispecie delle sanatorie.

Tralasciando l’azzardata ricostruzione è possibile svolgere due notazioni; da un lato, il concetto di mutabilità della situazione di fatto è di difficile delimitazione¹⁷, asserzione su cui si tornerà; dall’altro, la soluzione ermeneutica accolta in merito all’ascolto dei *files* dimostra, anche sotto questo profilo, la sua eccentricità.

Ad ogni modo, resta aperta la questione sul valore delle decisioni sulla prova emesse nella fase incidentale, non solo, come sin qui esaminato, circa gli effetti nella medesima sede *de libertate* ma anche in merito all’eventuale forza vincolante che le stesse statuizioni possono produrre nella fase principale.

¹⁶ Cass. Sez. Un. 22 aprile 2010, n. 20300 CED (rv.) 246907.

¹⁷ Del resto, le stesse Sezioni Unite hanno escluso che il mero sopravvenire di una sentenza della Cassazione che accolga un’interpretazione diversa della questione di diritto coperta dal giudicato cautelare possa valere a rimuovere l’effetto preclusivo Cass, Sez, Un., 10 aprile 2007 in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 577.

2. Giudicato cautelare e procedimento principale

La ricostruzione del giudicato allo stato degli atti come preclusione endoprocessuale¹⁸ non esclude, in via di principio, che le decisioni assunte in sede *de libertate* possano spiegare effetti nel procedimento principale. Negli ultimi anni il problema si è posto con maggiore attenzione in dottrina valorizzando il principio della ragionevole durata del processo.

Inoltre, lo stesso legislatore ha manifestato la volontà di creare vincoli tra decisioni cautelari in materia di gravità indiziaria e decisione di merito mediante l'introduzione dell'art. 405 comma 1 *bis* c.p.p., censurato però dalla Consulta¹⁹.

Ancora, di recente, è stato inserito un nuovo rito che ancora i presupposti di ammissibilità alla vicenda cautelare: il c.d. giudizio immediato custodiale²⁰.

I sintomi, dunque, di un intreccio sempre più stretto tra cautele e merito non

¹⁸ L'efficacia endoprocessuale dovrebbe circoscrivere la preclusione al soggetto nei cui confronti opera la decisione definitiva, la Cassazione, però ha esteso la consumazione del potere di proporre questioni in fatto o in diritto già decise in sede di riesame attivato dal concorrente, Cass. Sez. III, 6 ottobre 2010, n. 37180 CED (rv.) 248490.

¹⁹ Corte cost. sen. 21 aprile 2009 n. 121 in *Giur. cost.* 2009, 2, 1131 nota di PANIZZA S., *Illegittimo il vincolo legale alle determinazioni del pubblico ministero in relazione all'esercizio dell'azione penale a seguito di pronuncia della Corte di cassazione in ordine alla insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza: ancora un intervento sulla l. n. 46 del 2006, questa volta in forza degli artt. 3 e 112 Cost.* e L.M. SCOMPARIN, *Incostituzionale l'archiviazione coatta: quali prospettive per il controllo giurisdizionale sul dovere di inazione del pubblico ministero?*; la norma era stata oggetto di numerosi dibattiti si veda ad esempio, F. VARONE, *Incidente cautelare e archiviazione: brevi riflessioni sul significato dell'art. 405 comma 1-bis c.p.p.*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, p. 1217.

²⁰ E. VALENTINI, *La poliedrica identità del nuovo giudizio immediato*, in AA.VV., *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, O. MAZZA- F. VIGANÒ, Giappichelli, 2008, p. 298.

È stato correttamente osservato che l'art. 453 comma 1 *bis* c.p.p. non incide sull'an dell'azione penale ma solo sui tempi e sul *quomodo*, F. CAPRIOLI, *Il modello sperimentale: l'incidenza della decisione cautelare sul processo penale*, relazione svolta nel corso dell'incontro internazionale di studio "Libertà e cautele nel processo penale. La dimensione incidentale e i rapporti tra procedimento penale e giudizio cautelare", Siracusa 15 maggio 2010, inedito.

mancano, tentando di invertire i presupposti del principio di assorbimento²¹.

La supposta vincolatività della statuizione assunta dal giudice in materia *de libertate* nel giudizio di merito si estende anche alle questioni di diritto; anzi, proprio queste ultime paiono essere il terreno privilegiato per costruire un sistema di preclusioni.

Se, infatti, le decisioni relative ai gravi indizi di colpevolezza, vale a dire, alla fattispecie cautelare, sono difficilmente esportabili nella sede principale vista la loro natura ontologicamente parziale e provvisoria, diverso sarebbe il caso della rilevazione di un'invalidità. Si è detto, ad esempio, che la decisione adottata dalla Corte di legittimità in sede cautelare in ordine all'inutilizzabilità della prova, dovrebbe valere, al fine di evitare inutili duplicazioni, nel procedimento principale²².

Queste ricostruzioni, tuttavia, sono criticabili sotto diversi aspetti, affrontati solo in parte dagli Autori che le sostengono. L'argomento che, si vedrà, consente di confutare tali teorie si riassume nella modificabilità dei fatti processuali posti a fondamento della declaratoria di invalidità. In sede cautelare, infatti, la piattaforma probatoria è eccessivamente parziale ed incompleta rispetto al procedimento principale e neppure la (limitata) stabilità derivante dal giudicato cautelare pare costituire una solida base per estendere le statuizioni in diritto al giudizio di merito.

3. L'esclusione della vincolatività delle decisioni sull'invalidità della prova assunte in sede incidentale

È la decisione sulla questione di diritto assunta in sede incidentale ad aver condotto parte della dottrina a creare, in assenza di risconti normativi, un meccanismo preclusivo o,

²¹ Il principio di assorbimento della valutazione dei gravi indizi di colpevolezza scatta nel momento in cui si giunga ad una valutazione, nel giudizio di merito, di fondatezza dell'imputazione, non c'era accordo, però sul grado di approfondimento del vaglio compiuto in sede principale; Cass. Sez. Un. 27 ottobre 1995, Liotta, in *A. n. proc. pen.*, 1996, p. 465; Cass. Sez. Un., 7 dicembre 1995, Rillo, in *Foro it.*, 1996, II, c. 352; Corte cost. sent., 15 marzo 1996 n. 71 Cass. Sez. V, 3 febbraio 1999, n. 579 in *Cass. pen.*, 2000, p. 1725; Cass. Sez. Un. 30 ottobre 2002 n. 39915 in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 175 per cui «anche dopo le modificazioni alla disciplina dell'udienza preliminare introdotte dalla L. 16 dicembre 1999, n. 479, «non è preclusa al giudice investito della richiesta di riesame di una misura cautelare personale la valutazione dei gravi indizi di colpevolezza, quando sia stato disposto il rinvio a giudizio dell'imputato per il reato in ordine al quale è stata applicata la misura cautelare personale», non risultando superata la portata della dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 309 c.p.p. intervenuta con la sentenza costituzionale n. 71 del 1996.»; D. NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, cit., p. 288; F. VARONE, *Gli epiloghi decisori dell'udienza preliminare e i loro rapporti con la verifica della gravità indiziaria nel procedimento de libertate*, cit., p. 1021.

²² F. M. IACOVIELLO, *Procedimento penale principale e procedimenti incidentali. Dal principio di minima interferenza al principio di preclusione*, cit., p. 2190.

per meglio dire, un inedito vincolo al potere delle parti di eccepire vizi assoluti nella sede di merito. Come si accennava, l'inutilizzabilità o la nullità assoluta della prova, dichiarate in *sede de libertate* spiegherebbero effetto nell'ambito del procedimento principale.

Il fondamento di tale ragionamento sarebbe da individuare nel fatto che «*per la quaestio iuris non può parlarsi di cognizione sommaria: non c'è il fumus del diritto*» o ancora «*la questione di diritto o la si affronta o non la si affronta*»; nel secondo caso lo "standard di profondità" è il medesimo in sede principale e in sede incidentale²³. In altre parole, si afferma che, a differenza dell'esame valutativo dei profili in fatto, le valutazioni in diritto si baserebbero sui medesimi presupposti sia in sede principale che in sede incidentale.

L'esempio prescelto sono le intercettazioni telefoniche: sarebbe del tutto incongruo che una volta esauriti i rimedi nel procedimento cautelare e pervenuti ad una declaratoria di inutilizzabilità delle captazione ad opera del giudice della nomofilachia le parti possano riproporre la medesima eccezione dinnanzi al giudice del merito. A differenza del vaglio sulla sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza di cui all'art. 273 c.p.p., vaglio allo stato degli atti, il *decisum* della Cassazione dovrebbe avere carattere definitivo; la preclusione, però, dovrebbe riguardare le sole questioni dedotte²⁴. In questo senso si recupererebbe, a sostegno delle conclusioni prospettate, il concetto di preclusione, simile ma distinta sia dal giudicato di cui all'art. 649 c.p.p. sia dal giudicato cautelare. Il primo, si è visto, ha talune caratteristiche lo distinguono dalla mera preclusione processuale²⁵; il secondo è destinato a spiegare effetti endoprocedimentali circoscritti alla fase incidentale.

La teoria, per quanto suggestiva mostra più di un punto debole difficilmente superabile. Innanzitutto una notazione di ordine pratico: anche qualora l'impostazione fosse accolta nella versione più radicale qui riassunta, in verità, essa avrebbe effetti limitati in tema di atti probatori.

Il terreno di elezione delle misure cautelari è la fase delle indagini preliminari;

²³ F. M. IACOVIELLO, *Procedimento penale principale e procedimenti incidentali. Dal principio di minima interferenza al principio di preclusione*, cit., p. 2195.

²⁴ Punto di non facile comprensione: visto che la statuizione emessa dalla Cassazione in sede cautelare dovrebbe impedire di controvertere sull'inesistenza del vizio, non è chiaro cosa debba intendersi per questione (ancora) deducibile: una volta che la patologia è stata dichiarata non avrebbe senso, se si intende attribuire coerenza alla ricostruzione, discuterne ancora. Invero, ammettendo che la preclusione copra solo le questioni dedotte si riconosce, seppure implicitamente, che potrebbe intervenire un mutamento degli elementi posti alla base della pronuncia, smentendo così la premessa che la questione di diritto si manifesta allo stesso modo in sede cautelare e in sede principale.

²⁵ Vedi sopra Cap. II, p. 43 ss.

allora, pur applicando l'ipotetica preclusione alle fonti dichiarative sulla cui validità si sia pronunciata la Suprema Corte, non si produrrebbe certo l'effetto di impedire alla parte la riproposizione del vizio, visto che quell'elemento probatorio è destinato ad acquistare nuova vita, divenendo solo a quel punto vera e propria prova, una volta introdotto il dibattimento²⁶. Esemplificando, se la Cassazione ha giudicato utilizzabili le dichiarazioni rese da persona informata sui fatti ai fini dell'applicazione della misura cautelare nonostante un'eccezione in tal senso, non pare che le parti non possano, al momento in cui si intenda introdurre la corrispondente prova testimoniale in dibattimento, sollevare la questione di inutilizzabilità della testimonianza, pure se basata sugli stessi rilievi: ad esempio, la qualità del dichiarante.

L'ambito applicativo della preclusione, dunque, lungi dall'offrire efficaci soluzioni verso la durata ragionevole del processo, si ridurrebbe ai mezzi di ricerca della prova, alle prove assunte in incidente probatorio e, più in generale, agli atti irripetibili.

Questa obiezione non è però dirimente: lo spettro del limite resterebbe comunque ampio. Un secondo argomento che conduce a dubitare della bontà della tesi interpretativa concerne una mancata classificazione, essenziale ai fini della comprensione del fenomeno preclusivo: non è chiaro se gli effetti limitativi in sede principale derivino dalla declaratoria del vizio o anche dalla sua esclusione. Un conto è discutere dell'efficacia vincolante della dichiarazione della patologia, altro è riconoscere effetti alla mera prospettazione dell'invalidità, non dichiarata o addirittura esclusa dal giudice della cautela. Nel primo caso la preclusione si tradurrebbe nell'attribuzione di effetti vincolanti ad un passaggio motivazionale del provvedimento allo stato degli atti; nel secondo, pur muovendo dalla medesime premesse (valore vincolante di una decisione sulla prova), si giungerebbe ad una violazione della disciplina delle invalidità che produce il dissolvimento del vizio: la patologia, non potendo più essere dichiarata, scompare.

Tenendo a mente questa precisazione, occorre innanzitutto chiedersi quali procedure e quale forma assume la decisione in sede incidentale. Nell'ambito del procedimento cautelare la questione sulla validità della prova può essere eccepita dalla parti unitamente alla ritenuta sussistenza/insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza ovvero ad ogni questione di fatto basata su elementi probatori. Il contesto in cui si discute dell'esistenza della patologia, quindi, soffre di tutti i limiti che connotano la fase cautelare. *In primis*, è assente il contraddittorio pieno tipico della fase dibattimentale, inoltre, le parti avranno a disposizione i soli atti di indagine depositati dall'accusa ai fini dell'applicazione

²⁶ Ovviamente l'argomentazione non vale in relazione ai riti speciali che elidono la fase dibattimentale consentendo l'uso probatorio degli atti delle indagini preliminari.

della misura. Da ciò deriva che pur nell'identità della questione in diritto, perlomeno se si prende a termine di confronto l'istruttoria dibattimentale, «*la dialettica tra le parti potrebbe evidenziare elementi che abbiano la capacità di mettere in discussione la valutazione sulla questione processuale operata al di fuori dell'ambito dialettico*»²⁷. Il rilievo rinvia all'analisi del metodo per addivenire ad un accertamento.

Senz'altro è condivisibile, argomentando *ex art. 526 comma 1 bis c.p.p.*, che il pieno contraddittorio come metodo di accertamento debba operare esclusivamente in relazione alla decisione sul merito dell'imputazione²⁸.

Nel nostro sistema, cioè, si ammettono decisioni semplificate in relazione ai fatti processuali ma proprio la semplificazione del metodo per pervenire all'accertamento può essere un valido argomento per escludere che da quella statuizione discendano effetti preclusivi. Del resto, l'assenza di contraddittorio nella formazione della prova è, unitamente alla carenza di un effettivo accertamento, la *ratio* che sorregge la mancata estensione degli effetti della sentenza di applicazione della pena passata in giudicato nei casi di cui agli artt.

²⁷ M. MENNA, *La ragionevole durata del processo in relazione ai sindacati incidentali ed ai processi cumulativi*, cit., p. 921-927; Del tutto diverso, a parere dell'Autore il caso in cui sia la nullità assoluta che l'inutilizzabilità siano rilevate d'ufficio nella fase incidentale perché la declaratoria spiegherebbe efficacia preclusiva nel giudizio principale: non vi sarebbe differenza tra le due sedi poiché la rilevazione d'ufficio prescinde dal rispetto delle garanzie in tema di formazione della prova offerte, di regola, solo dal procedimento principale. Secondo taluni, però, effettivamente l'accertamento dei fatti da cui dipende l'applicazione di norme processuali non è influenzato dal momento del processo in cui è espresso si veda G. UBERTIS, *La prova penale. Profili giuridici e epistemologici*, Giappichelli, p. 62.

²⁸ Secondo D. NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, cit., p. 138, l'art. 526 comma 1 *bis* c.p.p. mediante l'esplicito riferimento alla colpevolezza accoglie la distinzione tra i fatti che vanno «*ricostruiti nel processo secondo la tecnica dell'esame incrociato, consentanea ai principi di oralità e immediatezza, e quelli il cui accertamento non necessita del medesimo rigore metodologico, benché di compia durante il dibattimento*»; M. Busetto, *Il contraddittorio inquinato*, cit., p. 149; E. CATALANO, *L'accertamento dei fatti processuali*, cit., p. 534 ss.; R. ORLANDI, *Atti e informazioni dell'autorità amministrativa nel processo penale*, cit., p. 50. Il che, peraltro, non significa che questo regime semplificato d'accertamento consenta il superamento della disciplina delle invalidità.

651 e 652 c.p.p.²⁹.

Si potrebbe dunque tracciare una prima conclusione: il metodo che conduce alla statuizione sulla questione di diritto in sede cautelare, in quanto semplificato, non consente di attribuirle efficacia preclusiva nel giudizio di merito.

Insuperabile, poi, non solo l'assenza di una previsione normativa in tal senso quanto la presenza di una disciplina delle invalidità che pare muoversi in direzione opposta.

È proprio la disciplina delle invalidità che costituisce ostacolo maggiore all'accoglimento della tesi. Soprattutto se si intende far scattare una preclusione semplicemente perché le parti hanno sollevato un'eccezione, anche non accolta nella sede cautelare, si finisce, quantomeno in relazione ai vizi più gravi, per trasgredire alla regola della rilevabilità in ogni stato e grado del procedimento. Peraltro, anche guardando alle patologie sanabili, si potrebbe intravedere una violazione delle norme che sanciscono il regime di rilevabilità delle nullità intermedie e relative, che comunque restano legate a snodi del procedimento principale, basti pensare agli artt. 180 e 181 c.p.p.

Non pare, del resto, che il dettato normativo sia superabile semplicemente elevando la preclusione sancita all'art. 627 comma 4 c.p.p. a termine di paragone³⁰. Innanzitutto, in questo caso, si è dinnanzi ad una previsione espressa; in secondo luogo, i limiti alla rilevabilità del vizio, che peraltro secondo la legge toccano solo le nullità assolute, discendono dagli effetti del giudicato parziale, ossia dalla definitività della pronuncia della Cassazione. Effetti che non si producono in sede cautelare, visto che la decisione emessa

²⁹ Incidentalmente nel vigore del codice abrogato, F. CARNELUTTI, *Teoria del falso*, CEDAM, 1953, p. 102; E. AMODIO, *Giustizia penale negoziata e ragionevole durata del processo*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3406 per cui, se si guarda alla prassi, «senza dubbio manca l'accertamento del fatto»; si vedano sul punto, P. FERRUA, *Il giusto processo fra modelli, regole e principi*, cit., p. 401; A. GIARDA, *Patteggiamento sulla pena, accertamento del reato e requisiti soggettivi per le procedure di affidamento degli appalti*, in *Corr. merito*, 2006, p. 1028; E. MARZADURI, *Brevi considerazioni sui poteri del giudice nell'applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *Cass. pen.*, 1990, p. 727; ID, *Commento alla legge 12 giugno 2003, n. 134*, in *Leg. pen.*, 2003, p. 242; G. LOZZI, *Il patteggiamento e l'accertamento di responsabilità: un equivoco che persiste*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1998, p. 1396; ID, *Una sentenza sorprendente in tema di patteggiamento allargato*, *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2004, p. 671; R. ORLANDI, *Procedimenti speciali*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di G. CONSO-V.GREVI, cit., p. 605; D. VIGONI, *Patteggiamento allargato riflessi sul sistema e sull'identità della sentenza*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 710; di contrario avviso dopo la riforma del 2003, G. BETTIOL, *Riflessioni aperte dalla legge in materia di applicazione della pena su richiesta*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 228 per cui l'ammissibilità della revisione chiude la discussione sulla sussistenza o meno di un accertamento di colpevolezza.

³⁰ F. M. IACOVIELLO, *Procedimento penale principale e procedimenti incidentali. Dal principio di minima interferenza al principio di preclusione*, cit., p. 2209.

dalla Suprema Corte resta un provvedimento allo stato degli atti. Di qui discende che la mancanza di stabilità del provvedimento reca con sé le questioni già esaminate in relazione all'acquisizione – nel rito diverso – di una pronuncia irrevocabile. La dottrina, infatti, già notava come la modificabilità della sentenza pronunciata *aliunde* poteva incidere soprattutto sulla disciplina delle invalidità consentendo o vietando l'uso di prove ancora suscettibili di valutazione nella sede d'origine. Il rilievo varrebbe a maggior ragione nei rapporti tra cautela e merito: nella fase incidentale il provvedimento, come detto, sarebbe sempre suscettibile di modificazione in presenza di un cambiamento dei dati fattuali: si è visto come questa categoria, peraltro, sia di difficile delimitazione, potendo ricomprendere anche il comportamento delle parti³¹. Nulla esclude allora che un dato probatorio giudicato valido sia successivamente ritenuto invalido o viceversa nella stessa sede *de libertate*: se la prima decisione fosse stata esportata nel giudizio di merito si produrrebbe l'effetto paradossale per cui il giudice – che, a seconda della fase processuale, potrebbe avere a disposizione l'integrale materiale probatorio – sarebbe condizionato dagli organi della cautela. È chiaro che i “benefici” della preclusione, *in primis* la riduzione del tempo del processo, svanirebbero, posto che si assisterebbe ad una duplicazione delle valutazioni, a meno di non immaginare il giudice della sede principale come mero soggetto passivo che attende le conclusioni della fase incidentale. Ma, anche se così fosse, comunque nella sede principale il giudice sarebbe costretto a rivedere le proprie statuizioni, con l'effetto di giungere alla medesima conclusione che si intendeva evitare: una sovrapposizione di provvedimenti sulla *quaestio iuris*.

La preclusione, dunque, produce maggiori effetti distorsivi di quanto parrebbe ad una prima lettura. Un esempio emerge proprio dall'esame del mezzo di prova assunto a paradigma della duplicazione delle eccezioni: le intercettazioni telefoniche. Si pensi al caso, affatto peculiare, in cui la captazione sia autorizzata per una fattispecie di reato contemplata dall'art. 266 c.p.p., ipotesi frequente l'associazione a delinquere di cui all'art. 416 c.p., unico delitto a consentire, in astratto, l'esperimento del mezzo di ricerca della prova. Gli esiti dell'ascolto conducono all'applicazione di una misura cautelare in fase di indagine preliminare. La sussistenza di quello specifico illecito viene immediatamente contestata in sede di riesame e di legittimità, richiedendo al contempo la conseguente

³¹ Vedi pag. 91 e nota 88, N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., p. 201 in cui si osserva, in relazione all'art. 238 bis c.p.p. come «una volta ammessa una generica idoneità dei provvedimenti giudiziari a rappresentare aliunde i fatti che ne costituiscono il fondamento, indipendentemente della stabilità del decisum, non è strano che siano inserite nel catalogo delle statuizioni giurisdizionali passibili di circolazione probatoria anche le ordinanze cautelari personali, nonché di convalida dell'arresto o del fermo».

inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni. La Cassazione nega questa ricostruzione difensiva a favore dell'impostazione accusatoria: applicando il principio di preclusione la questione non potrebbe più essere ripresentata. Senonché, ben potrebbe accadere che all'esito dell'udienza preliminare il giudice proceda ad un riqualificazione del reato, ipotizzando la sola configurabilità dei reati scopo.

È evidente che sarebbe del tutto illogico mantenere in vita, quali fonti di prova, le intercettazioni: esse dovrebbero considerarsi *ab origine* vietate poiché al momento dell'autorizzazione già poteva dirsi che dagli atti emergeva una qualificazione giuridica, dolosamente o colposamente ignorata³². Si può davvero immaginare che la parti non possano ripresentare la questione al giudice dell'udienza preliminare ed esso non possa accoglierla? O addirittura che la decisione della Cassazione in sede cautelare inibisca al giudice di rilevare il vizio d'ufficio? La risposta deve essere negativa.

Certo si potrebbe sostenere che la preclusione cadrebbe perché è mutata la situazione di fatto; in effetti in base ad un precedente giurisprudenziale la modifica dell'imputazione costituirebbe elemento nuovo³³ capace di paralizzare gli effetti del giudicato cautelare.

Eppure per quanto ampia sia l'accezione di fatto nuovo non potrebbe rientrarvi la decisione giurisdizionale, che non è fatto bensì provvedimento; la Cassazione ha, in diverse occasioni, ricostruito la nozione di fatto nuovo come riservata ad «*eventi naturalistici, atti, documenti o prove o atti legislativi capaci di incidere sul fatto concreto addebitato all'imputato o indagato*»³⁴.

Ad ogni modo, resta il dato che la questione sulla qualificazione giuridica non potrebbe comunque essere classificata come nuovo elemento, neppure se il concetto fosse interpretato nell'accezione più ampia, ossia come elemento non valutato dal giudice della cautela: la doglianza ben potrebbe, come nell'esempio proposto, essere già stata esposta

³² La problematica rinvia all'altrettanto complessa questione relativa alla modifica dell'addebito nel corso delle indagini che provochi il venire meno dei presupposti dell'art. 266 c.p.p. sul punto C. CONTI, *Intercettazioni e inutilizzabilità: la giurisprudenza aspira al sistema*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 3638 ss.; A. CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Giuffrè, 1996, p. 263 ss. La Cassazione per verità offre interpretazioni più disinvolte finalizzate a salvare l'uso della captazione si veda, ad esempio, Cass. Sez. 19 maggio 2010 n. 24163 CED (rv.) 247943 per cui «*sono utilizzabili i risultati delle intercettazioni disposte in riferimento ad un titolo di reato per il quale le medesime sono consentite, anche quando l'imputazione venga successivamente modificata e il giudizio di colpevolezza venga conseguentemente emesso per una fattispecie di reato per cui non sarebbe stato possibile autorizzare le operazioni di intercettazione*».

³³ Cass. Sez. III, 09 febbraio 2012, n. 10972, in *Diritto & Giustizia*, 2012, 23 marzo 2012.

³⁴ Cass. Sez. Un., 19 dicembre 2006 n. 14535 CED (rv.) 235909; Cass. Sez. II, 26 novembre 2008, n. 1179.

dalle parti in sede di impugnazione *de libertate*.

A prescindere dalle ipotesi sin qui ricostruite si può osservare come la giurisprudenza di legittimità, che pure ha riconosciuto ampio spazio al principio di preclusione, non manifesti l'intenzione di validare ipotetici effetti preclusivi: fermo che la nullità o inutilizzabilità dichiarata in sede *de libertate* non può essere riproposta nel corso del procedimento incidentale³⁵, rientrando nei confini del giudicato cautelare, non pare riscontrarsi un orientamento pronto ad accogliere la tesi qui criticata.

Anzi, le pronunce sul tema colgono nel segno là dove affermano come «*l'inutilizzabilità dichiarata nel corso del procedimento incidentale de libertate svoltosi durante le indagini preliminari, anche se con il vaglio della Corte di cassazione, non ha alcun effetto preclusivo sulla sua utilizzazione in sede di giudizio*»³⁶.

O ancora, più di recente la Suprema Corte ha ribadito che qualsiasi decisione assunta in sede cautelare «*non può travalicarne i limiti fino a giungere a precludere al giudice del dibattimento il potere-dovere di un'autonoma ed indipendente valutazione della prova in forza di un presunto giudicato parziale sul punto*»³⁷.

Nessun effetto preclusivo, dunque, può derivare da un provvedimento, pur definitivo, adottato nel corso della vicenda cautelare poiché vi sarebbe un principio di autonomia assoluta tra giudizio cautelare e merito, che, a parere della Cassazione, resta fermo nonostante i tentativi del legislatore di creare intrecci tra le due fasi.

L'assenza di vincoli conseguenti alla decisione *de libertate* è confermata da un ulteriore precedente giurisprudenziale, avente ad oggetto una *questio* relativa al possibile valore preclusivo della declaratoria di inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni che si intendeva far valere, però, in altro procedimento, seppure ai fini dell'applicazione di una misura cautelare. La Cassazione ha escluso che l'inutilizzabilità dichiarata, pure in ultima

³⁵ Vedi nota n. 15.

³⁶ Cass. Sez. VI, 12 dicembre 1995, Falsone in *Riv. pen.* 1997, p. 243, a tale conclusione si pervenire sul rilievo per cui il problema della validità della prova si pone esclusivamente con riferimento al dibattimento; l'argomentazione, in realtà sarà poi superata dalla stessa giurisprudenza successiva valorizzando il principio dell'autonomia fra fase cautelare e giudizio si veda Cass. Sez. VI, 8 febbraio 2007, Firenze, CED (rv.) 236870 per cui «*il motivo dedotto è da ritenere infondato, non perché il problema incentrato sulla utilizzabilità del mezzo di ricerca della prova non ha ragione di porsi nella fase delle indagini preliminari (cfr Sez. Un. 20 novembre 2006, Glicora; Sez. Un. 27 marzo 1996, Monteleone), ma perché esiste un' assoluta autonomia tra giudizio cautelare e giudizio di merito*».

³⁷ Cass. Sez. V, 16 marzo 2010, n. 16285 CED (rv.) 247265; Cass. Sez. VI, 26 aprile 2007, CED (rv.) 237154; Cass. Sez. VI, 8 febbraio 2007, Firenze, CED (rv.) 236870; Cass. Sez. 4 dicembre 2006, in *Giust. pen.*, 2007, III; p. 647; Cass. Sez. VI, 12 dicembre 1995, Falsone, cit., 1997, p. 243.

istanza, «nell'ambito o del procedimento de libertate esplichì alcun effetto sulla legittimità di misure cautelari adottate nell'ambito di un di un diverso procedimento e fondate sui risultati delle medesime intercettazioni»³⁸. L'affermazione, anche in questo caso, è condivisibile poiché logico corollario dell'assenza di preclusioni tra cautela e merito, a condizione, però, che si riconosca alle parti del secondo giudizio il potere di porre in dubbio la validità delle intercettazioni in quanto atti di quel (diverso) rito. In altre parole, pare tecnicamente corretto escludere automatismi preclusivi per ciò che concerne le decisioni assunte nella vicenda cautelare: né la stabilità del provvedimento né la disciplina generale delle invalidità offrono sostegno alla preclusione.

Si deve però sin da ora considerare che alla negazione dell'effetto preclusivo deve seguire la possibilità per le parti e per il giudice di sindacare la sussistenza del vizio. L'affermazione è scontata in relazione ai rapporti tra merito e vicenda *de libertate*: caduta la possibilità di dare vita a limitazioni sulla base del principio di preclusione si riespande automaticamente la disciplina dei vizi probatori e del relativo regime di rilevabilità.

Non così nei rapporti tra procedimenti principali diversi, in cui, da un lato si tende a eliminare qualsivoglia effetto della decisione sulla prova assunta nella sede originaria; dall'altro, si nega al giudice e alle parti la facoltà di dubitare della validità di quello stesso atto probatorio.

³⁸ Cass. Sez. IV, 14 novembre 2008, n. 1753 CED (rv.) 242753.

CAPITOLO IV

LE RICADUTE DELL'INVALIDITÀ DELLA PROVA NEI PROCEDIMENTI DIVERSI.

SOMMARIO 1. Profili generali- Sezione I: 1. La nozione di procedimenti diversi e l'elaborazione giurisprudenziale- 2. La prima regola della circolazione probatoria -3. La necessità di riconoscere al giudice del procedimento diverso il potere di sindacare la legittimità della prove: dalla teoria all'applicazione pratica – 4. I poteri del giudice *ad quem* nell'ipotesi in cui la patologia sia stata dichiarata nella sede originaria – 5. Poteri delle parti e del giudice nel caso di mancata rilevazione del vizio nel giudizio *a quo* – 6. Le convergenze tra l'oggetto di prova nel procedimento a quo e procedimento *ad quem*: la prospettiva necessaria alla rivalutazione del vizio – 7. La diversa disciplina a seconda della natura del vizio – 7.1. Inutilizzabilità patologica, nullità assoluta – 7.2 Inutilizzabilità fisiologica e relativa, nullità intermedie e relative – 8 . Le sanatorie e il consenso delle parti – 8.1. Acquiescenza e parti processuali – 8.2 Il consenso come acquiescenza e come deroga al contraddittorio – 9. La prova viziata nel procedimento a quo non può essere utilizzata nel procedimento *ad quem*: *ratio* e conclusioni della prima sezione – Sezione II : 1. Le intercettazioni: l'art. 270 c.p.p. e la presunzione di legittimità del decreto autorizzativo – 2. La trasmigrazione delle captazioni viziate nel procedimento di riparazione per ingiusta detenzione e nel procedimento di prevenzione – 2.1. Efficacia della declaratoria di inutilizzabilità nel giudizio promosso per ottenere la riparazione per ingiusta detenzione – 2.2. Le regole in materia di inutilizzabilità delle captazioni nel procedimento di prevenzione.

1. Profili generali

Sino a questo punto si è cercato di esaminare i profili statici – invalidità e cognizione del giudice – tralasciando le regole in materia di circolazione probatoria; eppure, proprio attraverso le norme che consentono di acquisire prove formate *aliunde* si può verificare se il vizio si propaghi nel giudizio diverso.

In altri termini, occorre ora analizzare i meccanismi della trasmigrazione di prove da un rito pendente all'altro. Si vedrà che il codice dedica talune fattispecie alla circolazione probatoria senza tuttavia preoccuparsi di delimitare il concetto di procedimento diverso. Al contrario di quanto previsto nel passato sistema, cioè, la legge non subordina la trasmigrazione di elementi di prova a rapporti qualificati tra i procedimenti, ossia non pretende che vi sia a monte un rapporto di connessione tra i due riti. Si è preferito, invero, prevedere alcuni requisiti specifici che variano a seconda della prova da acquisire, sia essa un verbale o la trascrizione di un'intercettazione telefonica. Il rapporto tra le due regiudicande, però, non deve essere trascurato perché la validità delle prove assunte nella sede *a qua* è parametrata su un ben definito oggetto di prova (*thema probandum*), che presuppone l'altrettanto chiara individuazione delle parti processuali.

Diviene necessario, quindi, operare talune classificazioni sulla base, da un lato, del tipo di rapporto tra due o più riti; dall'altro, in relazione alle caratteristiche del

procedimento in cui si intende recuperare l'elemento conoscitivo venuto ad esistenza in altra sede.

La prima distinzione è, forse, la più complessa perché impone la disamina, seppure per brevi cenni, del fenomeno della connessione e del collegamento probatorio. Inoltre, essa implica l'esame delle norme processuali che regolano i rapporti tra oggetto di prova e diritti delle parti, involgendo necessariamente le questioni attinenti alle deroghe al contraddittorio, consacrato dall'art. 111 cost.

A questi temi sarà dedicata la prima sezione.

La seconda operazione classificatoria, invece, si focalizzerà su ipotesi specifiche: la circolazione del risultato delle intercettazioni, la trasmigrazione della prova viziata nel procedimento di riparazione per ingiusta detenzione ed, infine, nel procedimento di prevenzione.

Sezione I

1. La nozione di procedimenti diversi e l'elaborazione giurisprudenziale

Il sistema processuale tracciato dal legislatore del 1930 privilegiava la trattazione congiunta dei procedimenti; per tale motivo la trasmigrazione di prove da un rito all'altro appariva superflua. Nella versione originaria del codice di procedura, cioè, le ipotesi di connessione e conseguente riunione erano assai ampie, in ossequio al principio, allora predominante, dell'unità della giurisdizione³⁹. L'unica norma, che, al tempo, si occupava dell'acquisizione di elementi formati *aliunde* – art. 466 c.p.p. abr. – consentiva la lettura di prove assunte in diverso giudizio, definito però con sentenza irrevocabile. Solo allorquando si intese limitare i casi e gli effetti della connessione, si scelse, coerentemente, di incentivare la circolazione probatoria anche tra procedimenti pendenti. Tale ultimo fenomeno trovò maggiore spazio a seguito dell'introduzione, con legge 8 agosto 1977 n. 534, dell'art. 144 *bis* c.p.p. La disposizione ammetteva la circolazione di prove, sempre attuata mediante lettura, nell'ipotesi di separazione di procedimenti aventi ad oggetto il medesimo reato, ovvero di procedimenti connessi. La dottrina del tempo già sottoponeva a critiche la scelta legislativa poiché la trasmigrazione non era legata né alla particolare

³⁹ R. ORLANDI, *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale*, cit., p. 10 ss.

gravità degli illeciti oggetto di accertamento né ad uno specifico mezzo di prova⁴⁰. Semplicemente, agli occhi del legislatore, appariva sufficiente il rapporto di connessione o l'unicità del reato⁴¹.

La scelta compiuta nel 1988 appare del tutto diversa. Il nuovo codice di rito non contiene un rinvio alla nozione di connessione o una definizione di procedimento diverso ma offre solo alcuni indizi interpretativi agli artt. 238 e 270 c.p.p. Ad esempio, leggendo l'art. 238 c.p.p., si può affermare che la nozione di procedimento diverso prescinde dalla connessione in senso tecnico⁴². Altri, infatti, sono gli elementi valorizzati dalla norma. Si vedrà che la circolazione probatoria avviene tra procedimenti penali, ovvero tra procedimenti penali e civili. Di recente, la Cassazione ha ritenuto legittima l'acquisizione di verbali di altro rito penale nel processo minorile, purché fossero rispettate le condizioni dell'art. 238 c.p.p.; dunque, addirittura a dispetto del divieto di connessione espresso dall'art. 14 c.p.p.⁴³. Ciò ad ulteriore riprova dell'irrelevanza dei rapporti di connessione⁴⁴.

Lo stesso vale per l'altra norma espressamente dedicata alla trasmigrazione di elementi probatori. L'art. 270 c.p.p. individua un presupposto – reati per i quali sia obbligatorio l'arresto in flagranza – che nulla ha a che fare con i fenomeni di connessione o di collegamento probatorio. Oggi, quindi, non opera l'equivalenza tra procedimento

⁴⁰ In generale sul codice abrogato, AA. VV. *Connessione di procedimenti e conflitti di competenza*, Giuffrè, 1976, *passim*; E. AMODIO- O. DOMINIONI- G. GALLI, *Nuove norme sul processo penale e l'ordine pubblico (le leggi dell'8-8-1977)*, Giuffrè, 1978, p. 20; M. BARGIS, *Incompatibilità a testimoniare e connessione di reati*, cit., p. 153 ss; M. NOBILI, *Commento all'art. 25, 1° cost., rapporti civili in Commentario alla Costituzione*, Scajola-Branca, 1981, p. 214; A. NAPPI, *Connessione dei procedimenti nel diritto processuale penale*, in *Dig. pen.*, vol. III, 1989, p. 61 ss.; F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 719; G. LOZZI, *I limiti all'acquisizione di atti processuali ex art. 144 bis c.p.p.* in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1988, p. 316.

⁴¹ Si riteneva, inoltre, che l'acquisizione non fosse limitata alla fase dell'istruzione dibattimentale, anzi, taluni osservavano come la circolazione di prove nel corso della fase istruttoria in senso stretto fosse più coerente con la *ratio* della modifica normativa D. GROSSO, *Trasmissione di atti informazioni e dati nel processo penale*, Giuffrè, 1987, p. 13.

⁴² G. BONINSEGNA, *Brevi note intorno al nuovo art. 238 del codice di procedura penale*, in *A. n. proc. pen.*, 1993, p. 361 ss; I. CALAMANDREI, *Verbali di prove documentali acquisibili da altri procedimenti dopo la riforma del 1992*, in *Giust. Pen.*, 1993, III, c. 88 ss.; ID; *Le nuove regole sulla circolazione probatoria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, p. 160; C. SQUASSONI, *Art. 238*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, M. CHIAVARIO, cit., vol. II, p. 656; R. CANTONE, *La circolazione probatoria tra procedimenti. Le modifiche introdotte dalla legge 63/2001*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2561; P. MOROSINI, *Il principio del giusto processo nei procedimenti in corso*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 334.

⁴³ Cass. Sez. III, 06 maggio 2010, n. 21627 CED (rv.) 247640.

⁴⁴ N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., p. 67 per cui l'operatività dell'art. 238 c.p.p. presuppone una pluralità di procedimenti ma non necessariamente la sussistenza di un rapporto di connessione rilevante per il diritto penale sostanziale.

diverso uguale procedimento (esclusivamente) connesso.

Si può, allora, tentare di esaminare il percorso interpretativo seguito negli anni dagli studiosi al fine di definire il procedimento diverso. La dottrina, in un primo momento, ricorreva all'art. 335 c.p.p., per cui si sarebbe dinnanzi ad un procedimento distinto a seguito dell'attribuzione di un diverso numero di iscrizione nel registro delle notizie di reato. Assumere quale punto di riferimento la norma che disciplina le iscrizioni significava legare la nascita del procedimento diverso alla scoperta di un reato diverso⁴⁵.

Secondo tale impostazione il procedimento diverso sarebbe «*un genus rispetto al quale le nozioni procedimento connesso o probatoriamente collegato non sono che una species*»; i procedimenti, poi, resterebbero distinti anche se trattati congiuntamente⁴⁶.

In seguito, però, si giunse a diverse conclusioni. Meglio osservando la disciplina delle iscrizioni nel registro delle notizie di reato, si intese escludere che la diversità procedimentale dipenda esclusivamente dall'annotazione della *notitia criminis* e dalla conseguente attribuzione di un numero identificativo. Vi sarebbero, da un lato, ragioni formali: nessuna norma attribuisce all'iscrizione tali effetti; dall'altro, rilievi più di sostanza. *In primis*, l'iscrizione è suscettibile di modifica anche all'interno dello stesso procedimento qualora, ad esempio, si ottenga la riapertura delle indagini *ex art. 414 c.p.p.*; in secondo luogo, proprio nell'ipotesi di connessione si potrebbe rilevare come sotto l'apparente unicità procedimentale, derivante dall'unica iscrizione, vi siano, in realtà molteplici procedimenti, ossia tanti quanti sono i reati attribuiti alle diverse persone⁴⁷. Alla luce di tale rilievi, il parametro dell'iscrizione della *notitia criminis* venne progressivamente abbandonato.

Sulla stessa scia interpretativa si pongono le considerazioni svolte dagli studiosi in relazione all'art. 270 c.p.p. Anche ai fini della trasmigrazione delle captazioni la dottrina

⁴⁵ R. APRATI, *I registri del pubblico ministero. Tra notizia di reato e effetti procedurali*, CEDAM, 2001, p. 492 per cui i concetti di "reato diverso" e "procedimento diverso" sono intercambiabili.

⁴⁶ E. DE GREGORIO, *Brevi considerazioni a margine dei concetti di "stesso procedimento" e di "procedimento diverso" ai fini dell'utilizzabilità dibattimentale del contenuto degli interrogatori*, in *Cass. pen.*, 1991, p. 1002; ID, *Diritti inviolabili dell'uomo e limiti probatori nel processo penale*, in *Foro it.*, 1992, I, c. 3257; R. APRATI, *I registri del pubblico ministero. Tra notizia di reato e effetti procedurali*, cit., p. 489 ss.; L. FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, Giuffrè, 1997, p. 182.

⁴⁷ L'unicità del procedimento, intesa come trattazione congiunta, però, non escluderebbe l'applicabilità dell'art. 238 c.p.p., perlomeno qualora si intenda utilizzare una prova nei confronti di un soggetto indagato o imputato per un diverso reato I. CALAMANDREI, *La prova documentale*, cit., p. 98-99.

ha giudicato ininfluenza l'iscrizione nel registro delle notizie di reato⁴⁸. Si è osservato, tuttavia, che l'art. 270 c.p.p. pretenderebbe la trattazione separata dei procedimenti⁴⁹. La scoperta di un nuovo reato, in ipotesi anche grazie alle captazioni, cioè, non darebbe vita ad un diverso procedimento finché le due fattispecie sono trattate cumulativamente⁵⁰. A ciò si è giunti valorizzando la portata complessiva dell'articolo in questione, ed in particolare i commi 2 e 3 della norma, i quali lascerebbero intendere che la condizione di circolazione probatoria non sarebbe applicabile qualora la *res iudicanda* venga modificata all'interno dello stesso procedimento⁵¹.

Procedimento diverso, allora, sarebbe procedimento separato. La Suprema Corte, accoglie questa impostazione, seppur solo in parte. Si esclude l'applicabilità dell'art. 270 c.p.p. in relazione a reati diversi trattati nel medesimo procedimento, precisando come allorquando «*d'intercettazione è legittimamente autorizzata all'interno di un procedimento per il quale si tratta di uno dei reati ex art. 266 c.p.p., i suoi esiti sono utilizzabili anche per tutti gli altri reati trattati nel medesimo procedimento, senza condizione alcuna*»⁵².

Al contempo, la Corte di legittimità non rimane ancorata a dati formali quali, ad esempio, la separazione o l'apparente autonomia tra i due procedimenti ovvero la

⁴⁸ R. CANTONE, *L'utilizzazione delle intercettazioni telefoniche in "procedimenti diversi"*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 1437; ID, *L'elaborazione giurisprudenziale sull'art. 270 c.p.p.: brevi riflessioni*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2043; G. SANTALUCIA, *Stesso procedimento e pluralità di reati nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, in *Giust. Pen.*, 1996, III; cc., 258 s.

⁴⁹ R. CANTONE, *L'utilizzazione delle intercettazioni telefoniche in "procedimenti diversi"*, cit., p. 1445, per cui diverso è sinonimo di separato; A. CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, cit., p. 281.

⁵⁰ P. BRUNO, (voce) *Intercettazioni di comunicazioni o conversazioni*, in *Dig. pen.*, vol. VII, Utet, 1993, p. 203, R. CANTONE, *L'elaborazione giurisprudenziale sull'art. 270 c.p.p.: brevi riflessioni*, *Cass. pen.*, 2000, p. 2043, G. DE LEO, *Vecchio e nuovo in materia di intercettazioni telefoniche riguardanti reati non previsti nel decreto di autorizzazione*, n *Foro it.*, 1986, II, c. 19; ritenevano invece che il concetto di "procedimento" coincida con "reato" D. ROSSI, *I presupposti delle intercettazioni telefoniche*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1987, p. 604; P. PISA, (voce), *Intercettazioni telegrafiche e telefoniche, diritto penale*, in *Enc. giur.*, vol. XVIII, p. 5. Nel vigore del codice abrogato già si evidenziava come fosse fondamentale delimitare l'area di utilizzabilità della captazione perché solo in tal modo si offriva sostanza alla necessaria motivazione del decreto autorizzativo V. GREVI, *La nuova disciplina delle intercettazioni telefoniche*, Giuffrè, 1979, p. 76; G. ILLUMINATI, *La disciplina processuale delle intercettazioni*, Giuffrè, 1983, p. 167 e ss.

⁵¹ A. CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, cit., p. 281; G. DE LEO, *Vecchio e nuovo in materia di intercettazioni*, cit., c.19.

⁵² Cass. Sez. VI, 14 giugno 2011, n. 34735 in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 1458 nota di F. PERONI, *All'interno del medesimo procedimento, intercettazioni utilizzabili anche rispetto a reati diversi da quelli per cui è stata concessa l'autorizzazione*.

manca di collegamento tra reati diversi⁵³. Semplicemente, giurisprudenza oramai dominante ritiene inoperanti le condizioni di circolazione della prova di cui all'art. 270 c.p.p. qualora il rito *ad quem* sia un procedimento connesso o meramente collegato ai sensi dell'art. 371 comma 2 lett. b) c.p.p. Testualmente si afferma che «*il concetto di diverso procedimento non equivale a diverso reato*»; in esso dunque «*non rientrano le indagini strettamente connesse e collegate, sotto il profilo oggettivo, probatorio e finalistico, al reato in ordine al quale il mezzo di ricerca della prova è stato disposto*⁵⁴». Nel caso di procedimenti connessi, l'unico limite di utilizzazione posto da talune pronunce della Suprema Corte si estrinseca nella necessità che – in astratto – sia possibile disporre l'intercettazione ai sensi dell'art. 266 c.p.p. anche nel giudizio *ad quem*⁵⁵. Accogliendo il ragionamento della Cassazione, però, da un lato, si creano, seppure in via di fatto, scambi di prove tra procedimenti connessi in ipotesi ulteriori rispetto ai casi in cui oggetto del giudizio *ad quem* sia un illecito per il quale è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza. Dall'altro, nonostante la giurisprudenza si ostini a non considerare i processi in questione come “diversi” si ripresentano le problematiche legate alla trasmigrazione della prova. Anche in questi casi, infatti, ci saranno due temi di prova, parti processuali non necessariamente coincidenti; insomma, in realtà, si è pienamente calati nel fenomeno della circolazione probatoria. Del resto, come si diceva, nel codice abrogato la trasmigrazione di atti era subordinata alla connessione tra i procedimenti.

Eppure, l'annunciata riduzione dell'ambito operativo del concetto di procedimento diverso produce, perlomeno in relazione alla patologia delle intercettazioni, una semplificazione: a rigore, se l'elemento probatorio può passare senza alcun limite nel procedimento connesso, la disciplina dei vizi dell'atto si riduce a quella, regolata, di un unico procedimento pendente. Di tale dato occorrerà tener conto, allora, nell'esaminare la circolazione dell'intercettazione inutilizzabile, posto che la questione della rilevanza del vizio nel giudizio diverso sfuma, essendo i due riti trattati come un unico procedimento,

⁵³ Cass. Sez. VI, 02 dicembre 2009, n. 11472 in *Dir. pen. proc.*, 2010 p. 688 nota di F. PERONI, *Sulla nozione di “procedimenti diversi” ai fini dell'utilizzabilità e i risultati delle intercettazioni telefoniche*.

⁵⁴ Cass., Sez. VI, 25 marzo 2010, n. 11472 CED (rv.) 246524; Cass. Sez. IV, 23 febbraio 2010, n. 7320 CED (rv.) 246697; Cass. Sez., IV, 28 gennaio 2009, n. 4199 CED (rv.) 242836; Cass. Sez. III, 8 gennaio 2008, n. 348, CED (rv.) 238779; Cass. Sez. II, 2 marzo 2004, n. 9570 CED (rv.) 228384.

⁵⁵ Cass. Sez. VI, 6 febbraio 2004, n. 4942 CED (rv.) 229999; già nel corso degli anni '90 la Cassazione aveva giudicato come pienamente utilizzabili le intercettazioni disposte in un procedimento solo probatoriamente collegato R. CANTONE, *L'elaborazione giurisprudenziale sull'art. 270 c.p.p.: brevi riflessioni* cit., p. 2041; G. ANGELONI, *Note in tema di intercettazioni inutilizzabili* in *Giur. It.*, 2010, p. 10.

seppure con una pluralità di imputazioni.

In definitiva, il procedimento penale diverso, tenuto conto delle ultime precisazioni, vevolevoli, come detto, per l'art. 270 c.p.p., si può definire come il giudizio attivato, nei confronti di altre o della stessa persona, per una imputazione distinta rispetto all'oggetto di accertamento del rito *a quo* in cui la prova viene ad esistenza. Procedimenti diversi sono poi da considerare il giudizio civile, il giudizio per la riparazione per ingiusta detenzione e il procedimento di prevenzione. L'ampia gamma di riti in cui possono entrare prove formate *aliunde* impone al giudice *ad quem* un attento vaglio di pertinenza e rilevanza della prova da acquisire.

La tematica, più volte affrontata dalla dottrina⁵⁶, esula dalla circolazione della prova viziata.

In altri termini, le questioni circa l'ammissibilità e la rilevanza della prova formata nel giudizio *a quo* dovrebbero presupporre la sua validità. Certo, si dovrà verificare la pertinenza della prova che si intende acquisire ma la valutazione dovrebbe essere successiva alla verifica di ritualità o utilizzabilità della prova. La questione già si era posta nel codice abrogato poiché la norma del tempo – art. 144 *bis* c.p.p. – non offriva indicazioni sulla necessaria regolarità del procedimento di acquisizione dell'atto probatorio nel procedimento originario. Il quadro, per verità, era più complesso perché il giudizio sull'invalidità si rifletteva esclusivamente sull'ammissibilità dell'elemento conoscitivo, tanto da affermare che «*l'altra direzione del giudizio di ammissibilità concerne la legittimità dell'atto da acquisire*⁵⁷». La dottrina del tempo, quindi, riteneva contestuale al giudizio di ammissibilità il vaglio di legalità della prova da assumere nella sede *ad quem*. Si costruiva, però, il procedimento acquisitivo nella sede diversa in modo assai peculiare.

Innanzitutto, il giudice del secondo rito avrebbe dovuto richiedere la trasmissione dell'atto da acquisire; unitamente alla prova sarebbe stata opportuna la consegna di tutta la documentazione del procedimento probatorio seguito nella sede originaria; inoltre, il giudice avrebbe dovuto essere informato circa eventuali eccezioni di nullità, anche se non dichiarate nella sede d'origine.

Di qui una prima conclusione: il vaglio sulla pertinenza, in realtà, precedeva il vaglio sulla legittimità della prova; il provvedimento ammissivo, poi, veniva definito come "provvedimento ammissivo condizionato". A questo punto si tracciava una distinzione che

⁵⁶ N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., p. 67; D. GROSSO, *Trasmissione di atti, informazioni e dati nel processo penale*, cit., p. 56.

⁵⁷ D. GROSSO, *Trasmissione di atti informazioni e dati nel processo penale*, cit., p. 33 nota 41.

resta utile anche nel sistema attuale: si distinguevano le ipotesi in cui nel primo giudizio fosse intervenuta la declaratoria del vizio dai casi in cui la patologia fosse stata solo prospettata dalle parti. Per meglio dire, l'intervenuta pronuncia di nullità della prova avrebbe inibito l'ammissione dell'elemento conoscitivo, senza che al giudice fosse riconosciuto il potere di sindacare la statuizione adottata nel primo processo. Per contro, qualora i vizi, pur effettivamente sussistenti, fossero sfuggiti al giudice *a quo*, ovvero l'eccezione fosse stata giudicata infondata, si attribuiva all'organo della sede diversa la legittimazione ad effettuare i controlli circa la validità della prova⁵⁸.

Questa ricostruzione è stata ribadita dalla dottrina più recente, con gli opportuni adattamenti, in relazione all'art. 238 c.p.p. Gli studiosi⁵⁹ si sono occupati del tema solo in via incidentale, assumendo come postulato che la circolazione presupponga la validità dell'elemento probatorio. La *ratio* dell'assunto merita di essere chiarita, anticipando che la giurisprudenza di legittimità, tendenzialmente, esclude che la dichiarazione giudiziale intervenuta nella sede *a quo* vincoli l'acquisizione nel secondo rito.

Alla luce dell'elaborazione giurisprudenziale, diviene, però, necessario conciliare il rispetto della disciplina delle invalidità con le possibili interferenze di competenza a dichiarare il vizio tra giudice del primo e del secondo procedimento.

Altro elemento non trascurabile è il frangente temporale in cui la patologia emerge nella sede originaria: si suole affermare che qualora la declaratoria di invalidità sia successiva all'acquisizione ai sensi dell'art. 238 c.p.p. essa divenga del tutto ininfluyente nel giudizio diverso⁶⁰.

Inoltre, a differenza di quanto sostenuto in relazione a giudizi conclusi con sentenza irrevocabile, è opportuno tenere a mente che i fatti processuali posti alla base della prima rilevazione del vizio possono essere oggetto di discussione negli eventuali gradi di impugnazione. Circostanza che parrebbe indebolire la tesi della necessaria validità, ai fini della circolazione, della prova.

In realtà, vi sono soluzioni alternative che passano attraverso la valorizzazione della disciplina delle invalidità nel secondo processo, mediante il riconoscimento al giudice *ad*

⁵⁸ D. GROSSO, *Trasmissione di atti informazioni e dati nel processo penale*, cit., p. 51 per cui la valutazione da compiersi ai fini dell'ammissione dell'atto esterno può effettuarsi dopo la trasmissione dello stesso e della documentazione del procedimento di prova osservato per la formazione dell'atto; il giudizio prognostico di pertinenza e rilevanza starebbe, quindi, a monte, prima della richiesta di trasmissione.

⁵⁹ N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., p. 68; I. CALAMANDREI, *La prova documentale*, CEDAM, 1995, p. 108.

⁶⁰ ancora N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., p. 70.

quem del potere di compiere un autonomo vaglio circa la legalità della prova. Le questioni da analizzare ricomprendono altresì l'esame della tipologia di vizio che viene ad esistenza nel primo rito, con il corollario della sanabilità o meno della patologia.

Se si vuole approfondire le problematiche brevemente riassunte, il primo passo è distinguere tra tipo di acquisizione nel giudizio diverso: si deve, cioè, guardare al canale di ingresso della prova. La prima norma, cui si è più volte fatto cenno, è l'art. 238 c.p.p.

2. *La prima regola della circolazione probatoria: l'art. 238 c.p.p.*

L'art. 238 c.p.p. pone numerose condizioni alla circolazione dei verbali di prova; nulla dice però in ordine alla validità della prova da assumere. Dalla lettura della norma emerge anzitutto la possibilità di acquisire verbali di prove di altri procedimenti penali, assunte in dibattimento o in sede di incidente probatorio. Regole specifiche disciplinano, poi, l'acquisizione di verbali di prove dichiarative; queste ultime possono trovare ingresso nel secondo giudizio solo se il difensore dell'attuale imputato era presente al momento della assunzione della prova, vale a dire, nel giudizio *a quo*. Fuori da questa ipotesi valgono le generali deroghe al principio del contraddittorio: i verbali trasmigrano nel rito *ad quem* o qualora la ripetizione dell'atto sia divenuta impossibile per cause o circostanze sopravvenute imprevedibili ovvero nel caso in cui l'imputato acconsenta all'utilizzazione del materiale nel secondo giudizio⁶¹.

La disposizione, collocata tra le regole in materia di prova documentale, crea un complesso sistema di acquisizione della prova formata *aliunde*, sistema teso al recupero,

⁶¹ Per completezza la norma in questione si occupa anche della c.d. circolazione eterogenea: le prove assunte in un giudizio civile possono essere utilizzate in sede penale solo se il rito è definito con sentenza passata in giudicato; se si tratta di verbali dichiarazioni, la sentenza civile deve fare stato nei confronti del soggetto imputato in sede penale, I. CALAMANDREI, *La prova documentale*, cit., p. 108

per quanto possibile, dei principi del contraddittorio e dell'oralità⁶². La volontà di far entrare verbali di prove di altri procedimenti, infatti, deve risultare dalle liste testimoniali, come indicato dal comma 4 *bis* dell'art. 468 c.p.p. Nel caso di prove dichiarative, l'adempimento è preliminare alla citazione e alla conseguente audizione del soggetto che ha reso le dichiarazioni nel procedimento *a quo*. Il comma 5 dell'art. 238 c.p.p., invero, fa sempre salvo il diritto delle parti di ottenere l'esame delle persone le cui dichiarazioni sono state acquisite ai sensi dei commi precedenti.

L'uso del verbaie, dunque, non esclude, anzi presuppone, in ossequio agli artt. 511 *bis* e 511 c.p.p., l'esame del dichiarante. La *ratio* è senza dubbio quella di recuperare nella sede *ad quem* il contraddittorio, l'oralità e l'immediatezza. Principi che, inevitabilmente, risultano compromessi dalla mera lettura del verbale di una prova parametrata su un diverso capo d'accusa ed inoltre formatasi, presumibilmente, innanzi a parti processuali non perfettamente coincidenti.

Il combinato disposto degli artt. 238 comma 5 e 511 *bis* c.p.p. consentirebbe una facile obiezione alla tesi che esclude la possibilità di dare ingresso alle dichiarazioni formate *aliunde* qualora siano affette da un vizio "oggettivo"⁶³. Si potrebbe sostenere, cioè, che il pericolo insito nell'utilizzo in una sede diversa di prove dichiarative viziate sia scongiurato dalla sostituzione della prova originaria con le dichiarazioni rese dal soggetto nel giudizio *ad quem*. In altri termini, il tentativo di costruire una teoria dell'invalidità che, perlomeno nei casi di vizi oggettivi, impedisca la propagazione della patologia, sarebbe inutile perché quella prova comunque entrerà mediante l'esame orale del dichiarante, superando così le eventuali invalidità originarie.

Al fine di superare tale obiezione – preliminare all'analisi della circolazione della prova viziata – occorre, da un lato, tracciare un parallelismo con la c.d. circolazione

⁶² Sul rapporto tra l'oralità e immediatezza e la circolazione probatoria si veda R. ORLANDI, *Atti e informazioni dell'autorità amministrativa nel processo penale*, cit., p. 13; in generale F. CORDERO, *Diatrìbe sul processo accusatorio*, in *Ideologie sul processo penale*, cit., p. 205; ID, *Scrittura e oralità*, in *Tre studi sulle prove penali*, cit., p. 203; O. DOMINIONI, *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), Giuffrè, 1998, p. 89; P. FERRUA, *Oralità nel giudizio e letture di deposizioni testimoniali*, Giuffrè, 1981, p. 282; G. ILLUMINATI, *La giurisprudenza costituzionale in tema di oralità e contraddittorio*, in AA. VV., *I nuovi binari del processo penale*, Atti del convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale (Napoli, 8-10 dicembre 1995), Giuffrè, 1996, p. 56; G. LOZZI, *I principi dell'oralità e del contraddittorio nel processo penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, p. 669; E. ZAPPALÀ, *L'oralità nel nuovo processo penale*, in AA. VV., *Studi in onore di G. Vassalli*, vol. II, Giuffrè, 1991, p. 289.

⁶³ Vedi Cap. I e II.

verticale delle prove (dalla fase delle indagini al dibattimento); dall'altro, esaminare i probabili rischi connessi a questa interpretazione. La circolazione verticale degli elementi probatori è retta dal principio di separazione delle fasi processuali, attuato mediante il sistema del doppio fascicolo⁶⁴. Ad esempio, le dichiarazioni rese da persone in grado di riferire circostanze utili devono essere acquisite in dibattimento attraverso il corrispondente mezzo di prova: la testimonianza. La ragione di quella che potrebbe apparire come una mera duplicazione dell'assunzione della prova si rinviene nella scelta di fondo del codice del 1988, ossia la piena attuazione del contraddittorio nella formazione dell'elemento conoscitivo.

Tale assunto, qui molto semplificato, è funzionale ad un ragionamento in tema di circolazione orizzontale – tra diversi procedimenti – delle prove dichiarative. *In primis*, la possibilità per le parti del secondo giudizio di richiedere l'esame del dichiarante nella sede *a qua* è, in qualche misura, paragonabile alla necessità di acquisire mediante la testimonianza le dichiarazioni rese, in indagine, dalla persona informata sui fatti. Anche nel caso dell'art. 238 c.p.p., nonostante la norma subordini l'assunzione dei verbali di prova dichiarativa alla partecipazione del difensore nel primo rito, il contraddittorio non può dirsi pienamente rispettato, per varie ragioni. La più vistosa attiene alla diversa imputazione: è noto che il contraddittorio inteso come discussione delle parti sulla formazione della prova è sempre relativo ad un capo di imputazione definito; la diversità dell'accusa porta con sé la diversità delle domande poste nel corso dell'esame incrociato,

⁶⁴ Sulla formazione del fascicolo dibattimentale e il principio di separazione delle fasi, T. PROCACCIANTI, *La formazione del fascicolo per il dibattimento in assenza del contraddittorio fra le parti*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 337; G. GARUTI, *La formazione del fascicolo per il dibattimento*, in *Le recenti modifiche al codice di procedura penale, commento alla Legge 16 dicembre 1999, n. 479 (c.d. Legge Carotti) integrata e corretta dal Decreto-legge 7 aprile 2000, n. 82 convertito, con modificazioni, in Legge 5 giugno 2000, n. 144*, a cura di L. KALB, Giuffrè, 2002, p. 537; M. FERRAIOLI, *La separazione delle fasi: limiti e proiezioni di uno schema*, in AA. VV., *Studi in memoria di G. Pisapia*, vol. II, Giuffrè, 2000, p. 268; G. UBERTIS, *Neutralità metodologica del giudice e principio di acquisizione processuale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, p. 16.

con esiti notevolmente differenziati anche qualora i soggetti coinvolti siano i medesimi⁶⁵. Proprio la mancata attuazione del contraddittorio fa sì che sia interesse delle parti richiedere nuovamente l'esame. Il minimo comune denominatore tra circolazione verticale ed orizzontale, allora, è il rapporto che si instaura con il principio consacrato nell'art. 111 cost.: se le eccezioni al canone generale si atteggiavano allo stesso modo nel rapporto tra la separazione tra le fasi e la trasmigrazione di prove da un rito ad un altro, non parrebbe peregrina un'estensione di quelle regole in materia di invalidità che in tema di interferenze tra indagini e dibattimento sono pacifiche. Non v'è dubbio, infatti, che le dichiarazioni rese nelle fasi preliminari affette, ad esempio, da nullità assoluta o inutilizzabilità patologica non siano suscettibili di recupero in dibattimento neppure nel caso in cui l'esame abbia luogo, vale a dire, qualora si effettui quella doverosa duplicazione dell'acquisizione di informazioni. Per meglio chiarire conviene avanzare un esempio concreto. Nel caso in cui la polizia giudiziaria, violando l'art. 370 c.p.p., proceda all'interrogatorio della persona sottoposta alle indagini in assenza del difensore, la nullità assoluta, indipendentemente dal momento in cui sia rilevata o eccepita, impedisce l'utilizzo di quanto detto in quella sede sia nel caso in cui si intenda recuperare l'atto viziato solo ai fini della contestazione *ex art.* 503 c.p.p.; sia nell'ipotesi in cui si intenda attribuirgli valore probatorio mediante l'inserimento nel fascicolo per il dibattimento nel caso di accordo delle parti. La nullità dell'atto e la conseguente inutilizzabilità delle dichiarazioni (effetto quest'ultimo della declaratoria di invalidità) non viene meno per il solo fatto che in dibattimento si procede all'esame sulle medesime circostanze; tanto è vero che neppure il consenso dello stesso imputato potrebbe superare il vizio assoluto. Del resto, se così non fosse, tutte le patologie che intaccano gli atti delle indagini con cui si assume un elemento dichiarativo dovrebbero

⁶⁵ Prima delle modifiche normative G. GIOSTRA, *Pubblico ministero e polizia giudiziaria nel processo di parti*, in *Pol. dir.*, 1994, P. 46; O. DOMINIONI, *Un nuovo idolum theatri: il principio di non dispersione dei mezzi di prova*, cit., p. 768; successivamente anche per un'analisi della giurisprudenza costituzionale sul tema, A. SCILLA, *Tutela del contraddittorio e utilizzazione di prove formate in altri procedimenti*, in *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, a cura di R. KOSTORIS, Giappichelli, 2002, p. 95; G. ILLUMINATI, *La giurisprudenza costituzionale in tema di oralità e contraddittorio*, in AA. VV., *I nuovi binari del processo penale: tra giurisprudenza costituzionale e riforme*, Atti del Convegno presso l'Università di Napoli, (Caserta- Napoli, 8-10 dicembre 1995), in ricordo di Gian Domenico Pisapia, Giuffrè, 1996; dopo la sentenza della Corte costituzionale 361/1998, v. GREVI, *Dichiarazioni dell'imputato su fatto altrui, diritto al silenzio e garanzie del contraddittorio (dagli insegnamenti della Corte costituzionale al progetto nuovo modello di giusto processo)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, p. 821; N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., p. 79 ss.

scompare perché nel giudizio si procede all'esame del medesimo soggetto⁶⁶. Alle stesse conclusioni si dovrebbe pervenire nel caso di circolazione di prove tra procedimenti: se la prova nel rito *a quo* è viziata, il fatto di procedere all'esame del dichiarante nella sede *ad quem* non potrà di per sé determinare l'eliminazione della patologia.

Analogamente a quanto detto in relazione all'ingresso (surrettizio) di prove mediante l'acquisizione della sentenza irrevocabile ai sensi dell'art. 238 *bis* c.p.p.⁶⁷ la circostanza che la parte chieda l'audizione del dichiarante non elide l'accertata invalidità.

Allo stesso modo, se la patologia non è stata ancora prospettata dalle parti, l'esame o, a monte, la richiesta di prova, pare essere la sede privilegiata in cui sollevare l'eccezione ovvero in cui il giudice possa prendere atto del vizio. Quanto detto sin qui vale a confutare l'obiezione prospettata. L'acquisizione della prova orale nel giudizio *ad quem* non fa cadere la necessità di escludere l'ingresso di verbali di prove originariamente affette da vizi oggettivi.

Un'ulteriore conferma all'assioma della necessaria validità della prova destinata a circolare emerge esaminando i commi 3 e 4 dello stesso articolo 238 c.p.p.: è ammessa l'acquisizione nel giudizio *ad quem* di verbali di prova non assunti in dibattimento o formati in presenza dell'attuale difensore esclusivamente in virtù dell'impossibilità di natura oggettiva o del consenso dell'imputato. Se, ragionando per assurdo, si ammettesse l'acquisizione di dati probatori invalidi, si dovrebbe contestualmente ritenere che le deroghe al principio del contraddittorio sono in grado di superare la patologia. Ebbene, in relazione al consenso dell'imputato la giurisprudenza di legittimità è chiara. Le più volte citate Sezioni unite⁶⁸ perentoriamente escludono che il consenso, seppur inteso come consenso dell'imputato ad essere giudicato allo stato degli atti, valga a sanare le inutilizzabilità patologiche che colpiscono gli atti investigativi. All'affermazione può

⁶⁶ Un'ulteriore conferma discende dal regime degli accertamenti tecnici irripetibili *ex art.* 360 c.p.p. In questo caso il discorso si fa più ampio poiché si tratta di atti compiuti nel corso delle indagini preliminari che fisiologicamente entrano nel fascicolo del dibattimento e divengono prova mediante lettura. La norma in questione prevede alcuni adempimenti a carico dell'accusa, pena il verificarsi di una nullità generale intermedia; la nullità provoca poi l'inutilizzabilità dei risultati dell'accertamento. A rigore, nonostante l'originaria irripetibilità, gli apporti conoscitivi sono persi se la patologia è rilevata nei termini. Nulla cambia se l'accusa intenda citare e procedere all'audizione del consulente tecnico quale testimone (esperto). Tali ultime affermazioni conducono a ritenere che se l'invalidità prevale in riferimento ad atti irripetibili *a fortiori* sarà del tutto irrilevante, nell'ambito dello stesso procedimento, l'assunzione del mezzo di prova corrispondente all'atto d'indagine: l'atto della fase preliminare se viziato resta tale, non escludono la patologia le vicende della successiva istruzione dibattimentale, eccettuate, ovviamente, le ipotesi di sanatoria.

⁶⁷ Vedi Cap. II.

⁶⁸ Sez. un 30 giugno 2000, Tammaro, in *Cass. pen.*, 2000, p. 1763.

riconoscersi portata generale ed allora non si vede perché nella circolazione di prove non debba operare la stessa regola. Le dichiarazioni rese nella sede *a quo* da un soggetto incompatibile ai sensi dell'art. 197 c.p.p., volendo introdurre un esempio di inutilizzabilità patologica – testimonianza acquisita in violazione dei divieti stabiliti dalla legge – non potranno entrare nel giudizio *ad quem* neppure se l'imputato presti il suo consenso.

La situazione, infatti, presenta una diversa sfumatura rispetto alla ipotesi fisiologica – presa in considerazione dall'art. 238 comma 4 c.p.p.⁶⁹: in tal caso il consenso funge da correttivo alla assenza del mero contraddittorio inteso nell'accezione forte, ossia come partecipazione delle parti alla genesi della prova. L'oggetto del consenso di cui all'art. 111 comma 5 cost. non può, invece, estendersi sino a superare il divieto di legge violato.

In relazione all'impossibilità di natura oggettiva valgono le medesime conclusioni. La sopravvenuta irripetibilità imprevedibile, permette, in generale, ai sensi dell'art. 512 c.p.p. di far transitare in dibattimento atti investigativi formati in difetto di contraddittorio, che, altrimenti, sarebbero confinati nel fascicolo del pubblico ministero. Il presupposto del “transito” è, però, sempre legato alla validità della prova. In altri termini, la deroga in questione rende possibile il superamento della sola inutilizzabilità fisiologica ovvero, in materia di nullità intermedie e relative, delle patologie già sanate. Il comma 3 dell'art. 238 c.p.p. ripropone la medesima *ratio*. Se l'atto di altro procedimento diviene irripetibile seppur per fatti o circostanze imprevedibili dovrà essere escluso dalla piattaforma probatoria del giudice *ad quem* se assunto originariamente in violazione dei divieti di legge

⁶⁹ Sull'ambito applicativo dell'art. 238 comma 4 c.p.p. sotto il profilo della portata da attribuirsi al consenso dell'imputato, A. SCELLA, *Tutela del contraddittorio e utilizzazione di prove formate in altri procedimenti*, cit., p. 92 ss.; N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., p. 96; F. CAPRIOLI, *Il processo penale dopo la legge Carotti*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 293; C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., p. 492; N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., p. 5; R. ORLANDI, *Le peculiarità di tipo probatorio nei processi di criminalità organizzata*, in *Crit. dir.*, 1999, p. 533; Sul punto, in particolare sui rapporti tra consenso e sanatoria vedi *infra*. Sull'oggetto del consenso ex art. 111 comma 5° si veda, ad esempio E. AMODIO, *Giustizia penale negoziata e durata ragionevole del processo*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3408; sul punto, V. GREVI, *Ancora su contraddittorio e garanzie difensive nel giudizio abbreviato*, cit., p. 1304; M. DI BITONTO, *Profili dispositivi dell'accertamento penale*, Giappichelli, 2004, p. 115; P. FERRUA, *Il giusto processo*, cit., p. 169; E. MARZADURI, *La prova negoziata e l'art. 111 Cost.: tra deroga al contraddittorio e profili dispositivi dell'accertamento penale*, in AA. VV., *Eccezioni al contraddittorio: un itinerario attraverso la giurisprudenza*, a cura di G. DI CHIARA, Giappichelli, 2009, p. 189 ss. In generale, T. PADOVANI, *Il consenso nel diritto e nella procedura penale*, in *Leg. Giust.*, 2004, p. 90; G. UBERTIS, *Giusto processo e contraddittorio in ambito penale*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 2104; ID, *Prova e contraddittorio*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1183.

ovvero se non conforme alla fattispecie legale di riferimento.

3. *La necessità di riconoscere al giudice del procedimento diverso il potere di sindacare la legittimità della prova: dalla teoria all'applicazione pratica*

Chiarito che in astratto la prova per circolare deve essere valida, occorre tuttavia chiedersi, ancora in relazione all'ipotesi di verbali di prova di altri procedimenti, chi debba appurare tale validità, o, da un altro punto di vista, se la declaratoria del vizio intervenuta nel giudizio *a quo* possa escludere ogni questione nel rito diverso, come in taluni passaggi pare prospettare la dottrina. Non si può trascurare, poi, un livello ulteriore: se nel procedimento in cui si intenda recuperare la prova mediante l'acquisizione del verbale le parti possano sollevare le eccezioni di invalidità. Per dare una risposta a questi quesiti diviene nuovamente necessario differenziare l'ipotesi di eccezione sollevata e non accolta da quella in cui il vizio non sia stato oggetto di alcuna discussione nella prima sede. Successivamente, sarà opportuno distinguere sia in base ai tipi di invalidità sia in relazione alla coincidenza o meno delle parti.

4. *I poteri del giudice ad quem nell'ipotesi in cui la patologia sia stata dichiarata nella sede originaria*

La tesi che pare più razionale attribuisce al giudice del secondo procedimento, quello in cui la prova dovrà essere utilizzata perché richiesta ai sensi dell'art. 238 c.p.p., il potere di verificare se l'atto sia affetto da vizi. Si assume, cioè, che la richiesta di parte avanzata secondo le scansioni procedurali degli artt. 238 e 468 c.p.p. trasformi la prova del primo giudizio in atto del secondo. Con il corollario che l'unico soggetto in grado di vagliarne l'utilizzabilità sia colui che dovrà porre la prova alla base del proprio convincimento.

L'affermazione può essere giustificata seguendo più strade. *In primis*, però, è bene specificare che l'assunto non si pone in contrasto con l'astratta validità della prova chiamata a circolare⁷⁰. L'elemento che compone la contraddizione sta proprio

⁷⁰ Conviene far notare che la prova dichiarata invalida non dovrebbe (più per ragioni di giustizia sostanziale che per reali argomentazioni giuridiche) circolare perché si tende a considerare esclusivamente le prove a carico. In verità, la difesa potrebbe essere interessata al recupero della prova nel secondo processo. Anche per tale ragione è più opportuno accogliere una tesi più neutra: sarà il giudice chiamato ad accertare il secondo fatto a sindacare la validità della prova da assumere, al pari degli altri elementi conoscitivi posti a sua disposizione. Così facendo, infatti, si evitano i rischi connessi all'esclusione di un elemento a discarico senza che le parti siano poste nella condizione di controvertere sulla sua utilizzabilità.

nell'attribuire al secondo giudice il dovere di testare il rispetto delle regole in materie di invalidità.

Un conto, infatti, è predicare la corretta formazione delle prova, esigenza soddisfatta dalla tesi prospettata, altro è riconoscere valore vincolante alla dichiarazione giudiziale avvenuta nel primo giudizio, si noti, tuttora pendente⁷¹.

Possiamo sin d'ora escludere che la decisione sulla prova attivi un meccanismo analogo alle questioni pregiudiziali. La pregiudizialità non opera neppure in relazione al giudicato penale⁷²; *a fortiori*, non può riconoscersi ad un provvedimento interlocutorio, quale è quello emesso nel corso dell'istruzione dibattimentale dal giudice del primo rito, efficacia limitativa della cognizione giudiziale.

Altre erano le conclusioni cui si perveniva nella vigenza dell'art. 144 *bis* c.p.p. abr. Si ammetteva che fosse il giudice del secondo processo a sindacare la legittimità della prova, con una precisazione, però, potenzialmente idonea a provocare interferenze tra i due giudizi. La validità della prova, come detto, era considerato requisito implicito nella trasmissione di atti; segnatamente, si pretendeva che la prova fosse pienamente conforme alla fattispecie legale di riferimento, secondo la definizione allora accolta in tema di nullità, unico vizio contemplato dal sistema⁷³. Il procedimento acquisitivo era così ricostruito, ripercorriamone i passaggi già accennati: il giudice del secondo giudizio, richiesto dalle parti o d'ufficio, avrebbe dovuto ottenere la trasmissione dell'atto e della documentazione del «*procedimento di prova osservato per la formazione dell'atto*⁷⁴». Contestualmente, avrebbe dovuto essere informato delle possibili eccezioni di nullità formulate dalle parti nel rito *a quo*.

Se nel primo rito fosse già intervenuta la declaratoria di nullità, l'utilizzazione della prova nel processo *ad quem* sarebbe stata inibita. Anzi, si prospettava, in tali casi, un vero e proprio divieto di ottemperare alla richiesta di trasmissione traendolo dall'art. 154 c.p.p. abr. (corrispondente all'attuale art. 124 c.p.p.), divieto la cui violazione poteva essere fonte di responsabilità disciplinari a carico del magistrato. Il provvedimento obbligato era, dunque, una pronuncia di inammissibilità dell'acquisizione dell'atto esterno.

⁷¹ Come si è già evidenziato nel precedente capitolo il discrimine è proprio costituito dall'irrevocabilità della pronuncia che ha definito il primo giudizio: solo in quel caso può immaginarsi un limite ai poteri del giudice *ad quem*.

⁷² Vedi sopra, cap. II., p. 44 ss.

⁷³ Vedi Cap. I per le necessarie definizioni.

⁷⁴ D. GROSSO, *Trasmissione di atti informazioni e dati nel processo penale*, cit., p. 51; mostrava di accogliere una tesi più cauta N. CARULLI, *Luci e ombre nella legislazione processuale d'agosto: in particolare la l. 8 agosto 1977 n. 532 e 534 in Giur. mer.*, 1977, parte IV, p. 1279.

Ora, se si ritenesse corretta tale ultima conclusione, ponendo l'accento sull'obbligatorietà della decisione del giudice *ad quem* si finirebbe per riconoscere forza vincolante alla decisione sulla prova assunta dal primo giudice. Si è già accennato alle ragioni teoriche che depongono contro tale conclusione. Basti ricordare che questa presunta "vis" non è prevista da alcuna norma nel sistema attuale. Le questioni pregiudiziali, infatti, si atteggiavano ad istituti del tutto diversi; senza contare che le norme *ad hoc* che fissano legami di pregiudizialità sono norme eccezionali e dunque non applicabili al di fuori dei casi tassativamente indicati. Si potrebbe aggiungere, inoltre, che nel caso di procedimenti entrambi pendenti manca la statuizione definitiva su quei fatti da cui dipende l'applicazione di norme processuali, posti alla base di qualsivoglia decisione sulla prova.

Sono molti, quindi, gli inconvenienti, non superabili, di questa impostazione. Il primo si lega proprio alla carenza di stabilità del provvedimento-ordinanza che dovrebbe vincolare il giudice del secondo procedimento. Alla confutazione della suddetta tesi si perviene mediante un espediente retorico: è sufficiente verificare che cosa accadrebbe accogliendo le premesse testé citate. Analogamente a quanto già affermato in relazione alle decisioni assunte in sede *de libertate*⁷⁵, potrebbe frequentemente accadere che la prova, dapprima dichiarata valida, sia, in una fase processuale successiva, valutata come nulla o inutilizzabile, e ancora, magari dinnanzi alla Corte di legittimità, nuovamente giudicata pienamente valida. Per sgombrare il campo da equivoci conviene prendere in considerazione un vizio forte: inutilizzabilità assoluta delle intercettazioni telefoniche ai sensi dell'art. 271 c.p.p. Poniamo che nel giudizio *a quo*, nel corso dell'istruttoria dibattimentale, la difesa dell'imputato abbia sollevato l'eccezione di inutilizzabilità delle trascrizioni peritali inserite nel fascicolo per il dibattimento e che il giudice abbia accolto tale prospettazione, escludendo così la prova vietata. Nello stesso frangente, l'accusa richiede la trasmigrazione della prova viziata in altro procedimento, nel rispetto delle condizioni dell'art. 270 c.p.p.

Secondo la ricostruzione avanzata dalla dottrina citata il secondo giudice, senza attivare nessuna forma di discussione e di valutazione personale, dovrebbe limitarsi a dichiarare la prova inammissibile perché viziata. Del tutto plausibile, però, che il primo pubblico ministero proponga appello avverso la sentenza del giudice *a quo*, criticando la statuizione dell'organo giudicante. Sia dia poi il caso, frequente nella prassi, che il giudice di secondo grado condivida l'analisi dell'accusa: quelle prove sono ora utilizzabili.

⁷⁵ Vedi cap. III, p. 100.

Orbene, che cosa accadrà nel secondo giudizio? A questo punto già si è giunti a delle conseguenze criticabili: il giudice *ad quem* dovrebbe revocare il precedente provvedimento e ammettere ora la prova poiché essa non è più viziata? Senza contare che non si potrebbe escludere che la Cassazione assuma una diversa determinazione, accogliendo l'impostazione del giudice di primo grado⁷⁶ e, dunque, il giudice del secondo procedimento dovrebbe tornare (ancora) sui suoi passi e modificare l'ordinanza? Così operando si finirebbe per creare una netta dipendenza dalle vicende del primo rito nel secondo, senza che vi siano a sostegno ragioni apprezzabili: né un risparmio di tempi processuali, poiché vi sarebbe comunque una duplicazione di provvedimenti; né la garanzia del rispetto della disciplina delle invalidità. Per meglio dire, le norme a presidio della validità della prova sono altrettanto rispettate attribuendo al giudice del secondo processo un autonomo e indipendente potere di vagliare la validità e, dunque, l'utilizzabilità della prova formatasi *aliunde* ma che diviene, come meglio si vedrà, atto di quel (diverso) rito. Del resto, parte della dottrina già nel vigore del codice abrogato giudicava equilibrato attribuire al giudice *ad quem* il potere di sindacare i requisiti di validità della prova: il giudice avrebbe dovuto dichiarare inammissibile il verbale di prova tutte le volte in cui dagli atti in suo possesso «risulti che l'operazione probatoria cui si riferisce è stata attuata *contra legem*»⁷⁷. Affermazione che, preservando la disciplina delle invalidità, negava effetto vincolante alla nullità dichiarata dal primo giudice. Sotto altro profilo, l'automatica espulsione della prova viziata contrasterebbe con il diritto delle parti del giudizio *ad quem* di controvertere autonomamente sulla validità della prova. Non si deve dimenticare, infatti, che anche la decisione sulla prova è regolata dal principio del contraddittorio. Si potrà discutere se il

⁷⁶ In riferimento alla passata codificazione M. BARGIS, *Incompatibilità a testimoniare e procedimenti connessi*, cit., p. 329, auspicava che si tenesse conto dei mutamenti intervenuti nella sede *a quo*, anche se ciò avrebbe appesantito i tempi procedurali, per evitare la creazione di un nuovo tipo di irrevocabilità. L'affermazione era giustificabile nel sistema del 1930, in cui la circolazione di prove era ammessa solo nel caso di un stretto legame di connessione tra i due procedimenti pendenti. I presupposti, e dunque, anche le conclusioni cui si perviene, mutano nel sistema attuale. L'interferenza tra i due riti, in ipotesi non connessi, non trova più argomenti razionali. La preoccupazione, giustificata, di evitare l'introduzione di un nuovo tipo di irrevocabilità del provvedimento del primo giudice può essere superata attribuendo al giudice *ad quem* il potere di sindacare la validità del provvedimento da acquisire.

⁷⁷ E. AMODIO, *Nuove norme sul processo penale e sull'ordine pubblico. Le leggi dell'8 agosto 1977* a cura di E. AMODIO-O. DOMINIONI- G. GALLI, Giuffrè, 1978, p. 47. Al contempo, l'Autore non nascondeva la singolarità di un controllo di validità svolto da un giudice che «*non ha competenza funzionale sul merito delle imputazione al cui accertamento l'atto era preordinato quando è stato compiuto*».

livello del contraddittorio sia paragonabile a quello richiesto per l'accertamento del fatto⁷⁸ ma è palese che la vincolatività del provvedimento del primo giudice elida *in toto* la possibilità per le parti di avanzare argomenti a sostegno della validità o meno della prova che si intende utilizzare in quella sede.

Il tema rimanda al metodo seguito per pervenire all'accertamento del vizio. Si è visto come in materia di nullità si tenda a dare per scontato che la patologia emerga facilmente dagli atti a disposizione delle parti e del giudice; ciò è indubbio se si tratta di vizi meramente formali che risultano dal verbale dell'atto⁷⁹. Non così in tema di inutilizzabilità; vi sono, infatti, ipotesi in cui la verifica di una causa di inutilizzabilità può comportare un elevato grado di complessità. Si pensi alla valutazione giudiziale nel caso dell'art. 63 c.p.p.: acclarare il momento in cui sono emersi indizi di reità a carico del soggetto interrogato richiede un'indagine che va oltre l'esame del mero verbale di interrogatorio. Le parti del processo, allora, dovranno avere la possibilità di fornire al giudice elementi a favore dell'una o dell'altra tesi⁸⁰.

Peraltro, non si potrebbe giustificare quest'ultima lesione del diritto al contraddittorio sulla base del supposto principio del *favor rei*⁸¹: non si può escludere che sia interesse della difesa recuperare il verbale di una prova dichiarata altrove invalida. Non si comprende dunque perché parte della dottrina continui a ritenere che l'eventuale declaratoria di nullità (o di inutilizzabilità) emessa nel procedimento *a quo* anteriormente all'acquisizione del verbale «*dovrebbe precludere l'attivazione stessa di ogni meccanismo*

⁷⁸ Vedi cap. I per ciò che attiene all'accertamento dei fatti processuali e cap. III, p. 79.

⁷⁹ In relazione al profilo formale si veda I. CALAMANDREI, *La prova documentale*, cit., p. 103, nota 22 per cui sarebbe importante, ai fini della circolazione della prova, il rispetto nel giudizio *a quo* dei soli aspetti formali, prescindendo dunque da quelli sostanziali che devono essere verificati nel solo giudizio *ad quem*. Per tale via, secondo l'Autrice, si risolverebbe la questione dell'esportabilità nel secondo giudizio di atti che nel processo di origine sono affetti da nullità. Premesso che il tema è trattato sommariamente, l'impostazione non è chiara. Non si comprende perché l'atto che trasmigra debba essere immune esclusivamente da vizi formali se con ciò ci si riferisce esclusivamente alle nullità: non si vede, infatti, perché le prove assunte in violazione di un divieto di legge non dovrebbero sottostare alla medesima disciplina.

⁸⁰ Secondo N. CARULLI, *Luci e ombre*, cit., p. 1279-1280, nella circolazione dell'atto viziato verrebbero in gioco i principi sanciti dagli artt. 3 e 27 cost. L'eguaglianza e la presunzione di non colpevolezza sarebbero cioè vulnerati potendo «*un imputato ancora contestare nella forma e nel merito un atto che altro (o altri) imputato, perché giudicato con procedimento a parte, non potrebbe contestare nella stessa ampiezza, trovandosi magari a proprio carico elementi pregiudizievoli già definiti*».

⁸¹ Per un'analisi del principio si veda G. LOZZI, *Favor rei e processo penale*, Giuffrè, 1968, p. 5; N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit. p. 74 ss.; in relazione all'art. 270 c.p.p. A. CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, cit., p. 279.

di circolazione»⁸². È condivisibile l'osservazione per cui la «migrazione in altra sede non vale a sopprimere le eventuali difformità dell'atto dalla fattispecie legale»⁸³; tuttavia, il necessario corollario non è la vincolatività della declaratoria del vizio. Così ragionando, infatti, si commette un errore di prospettiva: si legano le regole sulla validità della prova al vincolo alla cognizione del giudice *ad quem*.

In altri termini, occorre scindere tra premessa – il vizio si propaga tra diversi procedimenti – e deduzioni. La prima è corretta alla luce della disciplina e della *ratio* delle invalidità; le seconde sono forzate perché si può efficacemente tutelare i valori sottesi alla citata premessa semplicemente attribuendo al giudice *ad quem* il dovere di vagliare la legittimità dell'atto di cui si chiede l'assunzione.

Se la dottrina che si è occupata del tema, peraltro del tutto incidentalmente, accoglie in parte, come detto, le tesi qui riassunte, la giurisprudenza, invece, pare soprattutto preoccupata di evitare che le vicende del primo rito incidano sul secondo giudizio. Chiara in questo senso l'affermazione della Suprema corte per cui «è legittima l'acquisizione di verbali di prove (nella specie testimoniali) formati in altro procedimento penale, quando le prove sono state assunte in dibattimento, anche se successivamente all'acquisizione siano state dichiarate inutilizzabili in quel procedimento»⁸⁴. Sennonché, la giurisprudenza di legittimità si spinge oltre là dove asserisce che le vicende del primo procedimento (tra cui rientra l'inutilizzabilità della prova) «non sono verificabili né sindacabili da parte del giudice che ne dispone l'acquisizione». La conclusione è contraddittoria: se l'acquisizione del verbale di prova è legittima perché le vicende del primo giudizio sono irrilevanti – l'intervenuta dichiarazione di inutilizzabilità non vale nel giudizio *ad quem* – perché il secondo giudice non può autonomamente vagliare l'utilizzabilità dell'elemento probatorio nel suo procedimento? Il risultato interpretativo dovrebbe essere diametralmente opposto. In altre parole, la pretesa autonomia tra i due giudizi non può privare il giudice del secondo rito del potere di sindacare la legittimità

⁸² N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., p. 70. L'Autrice ritiene cioè che il giudice *ad quem* non sia legittimato a sindacare l'avvenuta dichiarazione di nullità nel rito *a quo*. A sostegno di tale ricostruzione si cita una sentenza della Suprema corte in cui si sostiene che non si potrebbe utilizzare in altra sede alcun atto assunto nel corso di un procedimento conclusosi con sentenza annullata per difetto della notifica del decreto di citazione a giudizio, perché nel primo rito non si sarebbe validamente costituito il rapporto processuale. Cass. Sez. V., 17 gennaio 1997, CED (rv) 206916; sennonché, la pronuncia richiamata coinvolge altre questioni legate alla irrevocabilità della sentenza, in questo caso di annullamento. Da ciò discende che il precedente giurisprudenziale non può essere richiamato se non con riferimento alle ipotesi di circolazione di prove esaminate nel capitolo II.

⁸³ N. ROMBI, *La circolazione di prove penali*, cit., p. 70.

⁸⁴ Cass. Sez. VI, 10 aprile 2007, n. 22700 in *Riv. pen.* 2008, p. 323.

della prova perché se egli non ha tale potere è, di fatto, condizionato da quanto accaduto nel procedimento principale⁸⁵.

Le due affermazioni, dunque, non sono conseguenti ma, se valutate all'interno del medesimo quadro interpretativo, contraddittorie. Ammettendo infatti che il giudice del giudizio *ad quem* non subisca alcun vincolo dalla decisione sulla prova assunta *aliunde* è immediato corollario che egli la possa valutare discrezionalmente non solo ai fini della prova del fatto ma anche in punto di validità.

Come in parte anticipato, il verbale acquisito ai sensi dell'art. 238 c.p.p. è atto probatorio nel secondo giudizio. È innegabile che il codice lo classifichi tra i documenti ma, allo stesso tempo, il legislatore è consapevole delle peculiarità di un "documento" che rappresenta l'acquisizione di un atto probatorio. Quella stessa prova, nata all'esterno del giudizio, concorre, una volta trasmigrata alle condizioni dell'art. 238 c.p.p., a formare il convincimento del giudice al pari degli elementi ammessi e acquisiti nella sede loro propria. Da ciò discende che essa, entrata nel rito *ad quem*, diviene un atto del procedimento dinnanzi al quale il giudice dispone di tutti i poteri che la legge, in tema di invalidità, gli accorda. Né potranno essere invocati limiti che, invece, sussistono nell'ipotesi di cui all'art. 238 *bis* c.p.p.: non si tratta di acquisire statuizioni passate in giudicato ma prove la cui validità si è esclusa, ma con un provvedimento ancora suscettibile di modifica. Il meccanismo di circolazione creato dall'art. 238 c.p.p., in sintesi, trasforma la prova nata nel primo giudizio in un atto del secondo. In quanto tale, essa potrà essere oggetto di autonome valutazioni da parte dell'organo a ciò deputato nonostante un altro giudice si sia già pronunciato sul punto.

⁸⁵ La giurisprudenza successiva si dimostra molto altalenante; ad esempio, si è affermato che «i verbali di dichiarazioni rese in un diverso procedimento sono legittimamente acquisiti anche quando, rispetto al procedimento "ad quem", siano stati formati dopo la pronuncia di archiviazione e prima del provvedimento di riapertura delle indagini» così Cass. Sez. I, 19 aprile 2007, n. 21073 CED (rv.) 236793. Considerato che gli atti formati dopo la pronuncia di archiviazione e prima della riapertura delle indagini sono inutilizzabili (si veda da ultimo Cass. Sez. Unite, 24 giugno 2010, n. 33885 in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 422 nota di R. APRATI, *Efficacia preclusiva locale del provvedimento di archiviazione e criteri di priorità "negativi"*, si potrebbe affermare che l'invalidità è del tutto irrilevante nel giudizio *ad quem*. Invece, una Corte di merito, Trib. Cagliari, Ord. 30 maggio 2006, in *Riv. giur. sarda*, 2007, p. 819 circoscrive l'utilizzabilità del verbale alle sole parti non intaccate della declaratoria di nullità parziale della citazione a giudizio, mostrano così di concepire un'estensione della nullità verificatasi nel primo giudizio al secondo rito.

5. *Poteri delle parti e del giudice nel caso di mancata rilevazione del vizio nel giudizio a quo.*

Chiarito che la declaratoria di invalidità nel primo giudizio non assume valore vincolante, occorre, come anticipato, meglio definire i poteri delle parti e dello stesso giudice nel caso in cui la patologia della prova, pur presente, non sia stata rilevata nella sede originaria. La soluzione della questione è preliminare alla classificazione delle tipologie di vizio perché, qualora si escludesse la possibilità di sollevare, nel giudizio *ad quem*, le eccezioni di validità, ogni ragionamento successivo diverrebbe superfluo. In realtà, la risposta alla domanda prospettata è piuttosto agevole. Non vi sono in dottrina contrasti interpretativi simili a quelli sin qui evidenziati in relazione all'avvenuta declaratoria di invalidità. In generale, cioè, si ammette che le parti del secondo giudizio possano sollevare le eccezioni di nullità o inutilizzabilità dell'elemento probatorio che si intende acquisire in quella sede⁸⁶. Nel caso in cui si richieda l'ammissione, ai sensi dell'art. 238 c.p.p., di una prova formalmente valida, le parti interessate alla rilevazione di un vizio – non sanato – potranno sottoporre al giudice la relativa eccezione. Le ragioni che conducono a tale affermazione sono essenzialmente sovrapponibili a quanto già sostenuto: la circolazione probatoria provoca la trasformazione della prova da atto del primo giudizio a elemento di prova (anche) del secondo. La differenza attiene esclusivamente al fatto che nella sede originaria la patologia non è stata oggetto di provvedimenti del giudice; dato che, però, da un punto di vista teorico semplifica la questione: è superfluo chiedersi se la decisione assuma o meno un valore vincolante nel procedimento *ad quem*, lasciando così piena libertà ai protagonisti del secondo rito.

La conclusione resterebbe ferma sia qualora nel procedimento principale non vi sia stata alcuna discussione sulla validità della prova sia nell'ipotesi in cui le parti legittimate alla deduzione del vizio avessero sollevato la questione, rigettata però dal primo giudice.

L'accoglimento di questa soluzione, lineare sotto il profilo sistematico, crea

⁸⁶ La dottrina nel vigore dell'art. 144 *bis* c.p.p. abr. ammetteva pacificamente che qualora l'atto pervenisse al giudice *ad quem* formalmente valido questi potrà pronunciarsi in piena autonomia sulla sua ammissione e riscontrati vizi non sanati, dichiararne l'inammissibilità così ad esempio D. GROSSO, *Trasmissioni di atti informazione e dati nel processo penale*, cit., p. 54; Per, M. BARGIS, *Incompatibilità a testimoniare e procedimenti connessi*, cit., p. 330, il sindacato di validità sarebbe possibile solo allorquando, nella sede d'origine, l'atto non fosse sottoposto a sindacato alcuno, perché, altrimenti, si avrebbe una sovrapposizione di competenze. La dottrina del tempo, poi, si concentrava sui poteri officiosi del giudice, ampi nel codice Rocco. Oggi, fermo restando che il giudice *ad quem* potrà intervenire d'ufficio nel caso di inutilizzabilità patologiche, nullità assolute e nullità intermedie, saranno le parti a sollecitare la dichiarazione del vizio. Accoglie la tesi prospettata N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., p. 70; I. CALAMANDREI, *La prova documentale*, cit., 103.

notevoli problemi pratici, non presenti, invero, vigente la abrogata codificazione. Come si ricorderà, l'art. 144 *bis* c.p.p. abr. consentiva la circolazione dei verbali di prova esclusivamente nel caso di procedimenti connessi. Le parti erano, almeno in parte, coincidenti e, tendenzialmente, i soggetti processuali del giudizio *ad quem* erano informati circa le possibili vicende del procedimento definito principale. Non così oggi perché la connessione non è più un presupposto della circolazione.

Diviene arduo, allora, immaginare che i difensori o l'accusa del giudizio *ad quem* possano avere contezza delle invalidità non dichiarate nell'altro procedimento⁸⁷. La situazione si semplifica allorché vi sia, di fatto, una sovrapposizione dei soggetti coinvolti; ipotesi questa implicitamente presa in considerazione dallo stesso art. 238 comma 2 *bis* c.p.p. là dove richiede che il difensore abbia partecipato all'assunzione della prova dichiarativa. Caso che si potrà verificare qualora l'imputato contro cui si intenda utilizzare i verbali di dichiarazioni sia a sua volta imputato per un diverso reato connesso con l'illecito per cui si procede nel rito *ad quem*, ai sensi dell'art. 12 lett. a) o c) c.p.p.⁸⁸. Senza dubbio il fatto che il difensore abbia partecipato alla formazione della prova che si intende assumere nella sede diversa agevola la conoscenza della patologia, sicché non vi sarebbero ostacoli alla prospettazione dell'eccezione. Senonché, la presenza del difensore allo svolgimento dell'atto è imposta esclusivamente con riguardo all'assunzione di

⁸⁷ Si può anticipare che l'unica strada possibile per accedere agli atti del diverso procedimento, secondo la giurisprudenza, sarebbe la presentazione di un'istanza di estrazione di copia ai sensi dell'art. 116 c.p.p. ma, oltre al fatto che l'accesso è rimesso alla discrezionalità dell'autorità procedente, appare di difficile attuazione l'esame della intera documentazione processuale alla ricerca dell'invalidità. Sul punto, in relazione alle intercettazioni telefoniche E. M. MANCUSO, *L'art. 270 c.p.p.: circolazione della prova e "memoria della sua genesi"* in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2005, p. 1212. Vedi anche par. 1 sez. II.

⁸⁸ N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., p. 83 in cui si considerano anche le ipotesi in cui si sia inizialmente proceduto nei confronti di più imputati congiuntamente e solo successivamente sia optato per la separazione ovvero i casi in cui la persona sia presente come parte eventuale in un rito e come imputato in un giudizio collegato.

dichiarazioni; resterebbero aperte le questioni relative agli altri mezzi di prova⁸⁹.

Sulla base di quali atti le parti del secondo giudizio potrebbero riconoscere un'invalidità che colpisce la prova trasmigrata in quella sede? Anche in tal caso, le macroscopiche violazioni di legge potrebbero risultare dal verbale dell'atto che si intende acquisire: la nullità derivante dall'essere la perizia effettuata da un esperto nominato consulente tecnico nello stesso o in altro processo, per portare solo un esempio, è facilmente riscontrabile dall'esame del verbale, poiché sarà sufficiente prendere visione del nominativo del perito incompatibile. Lo stesso potrebbe valere in relazione al mancato rispetto di prescrizioni formali in tema di ricognizioni, esperimenti giudiziari ovvero della violazione delle norme in materia di acquisizione di prove documentali, ad esempio in tema di anonimi. Si tratta però di situazioni limite poiché difficilmente la patologia emerge dalla semplice lettura del verbale dell'atto.

Nella prassi, è certo che la scoperta della patologia sarà più facile quando risulti dal verbale, in modo che le parti ne possano avere immediata percezione. Il rilievo consente di ritenere che sarà più frequente la rilevazione della nullità. Il mancato rispetto delle forme, infatti, potrà apparire direttamente dalla descrizione del compimento dell'atto.

Anche in tema di inutilizzabilità, invero, non possono escludersi casi in cui la violazione del divieto di legge appaia in misura palese, consentendo così una pronta rilevazione del vizio nella seconda sede. Si pensi, ad esempio, ad intercettazioni

⁸⁹ L'ipotesi prevista dall'art. 238 comma 1 c.p.p., stando al dato testuale, non impone la presenza del difensore al compimento dell'atto nella sede originaria. Per verità, con riferimento alle prove assunte in incidente probatorio si deve tener conto, oltre che della norma citata., delle regole previste dall'art. 403 comma 1 e 1 *bis* c.p.p.: ai fini dell'utilizzabilità "interna" si pretende, infatti, che il difensore abbia partecipato alla formazione della prova assunta in incidente probatorio, il rinvio è alla prova genericamente intesa, mentre la medesima condizione di utilizzo, ai fini della circolazione, è imposta solo se si tratti di prova dichiarativa. Sul punto era intervenuta la Consulta, seppure con riferimento alla formulazione antecedente alla legge di riforma n. 63/2001, chiarendo che il primo presupposto di circolazione, implicitamente ricavabile dallo stesso art. 238 c.p.p., è proprio il rispetto della procedura prevista dalle disposizioni in tema di incidente probatorio (Corte cost. 16-26 maggio 1994 n. 198). Il problema si spostò così sull'applicabilità dell'art. 403 comma 1 *bis* c.p.p.; ci si chiese, cioè, se la mancata partecipazione del difensore, dovuta al non essere ancora emersi indizi di reato a carico di un soggetto solo successivamente indagato, valesse anche nel caso in cui si intendesse acquisire quelle dichiarazioni in un diverso giudizio. La tesi più convincente si fonda sul concetto di irripetibilità: se gli indizi di reità dovessero emergere dopo che la ripetizione dell'incidente probatorio è divenuta impossibile le dichiarazioni potrebbero essere acquisite anche nel rito *ad quem* C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, Giuffrè, 1999, p. 491 ss; I. CALAMANDREI, *La prova documentale*, cit., p. 109. La giurisprudenza successiva è, tuttavia, giunta ad esiti discutibili, ossia si è sostenuto che «*in tema di prova, sono utilizzabili le dichiarazioni del teste divenuto successivamente irreperibile, in precedenza rese in un diverso procedimento nelle forme dell'incidente probatorio contro un imputato il cui difensore non aveva partecipato all'assunzione, in quanto la regola dell'utilizzabilità "condizionata" stabilita dall'art. 238, comma secondo bis, cod. proc. pen., deve essere coordinata con quella del comma terzo della predetta disposizione*» Cass. Sez. III Sent., 15 aprile 2008, n. 26166 CED (rv.) 240732.

telefoniche disposte per un ipotesi di reato non contemplato dall'art. 266 c.p.p. ovvero all'uso dei risultati dell'accertamento tecnico irripetibile nel primo dibattimento nonostante l'espressa (e risultante) riserva dell'indagato di proseguire nelle forme dell'incidente probatorio.

Questi casi tuttavia non esauriscono la questione. Nell'ipotesi in cui l'invalidità non emerga dal verbale della prova, permane l'esigenza di comprendere quali atti possono visionare i soggetti che operano nel giudizio *ad quem*, tracciando alcune differenziazioni.

Innanzitutto l'ipotesi più lineare: potrebbe darsi il caso in cui l'imputato nei cui confronti si intenda usare la prova viziata sia persona offesa o parte civile nel primigenio giudizio, di tal ch , egli, esercitando le facolt  che, nella sede originaria, la legge gli assegna come parte privata, sarebbe certamente in grado di individuare i vizi che potenzialmente affliggono la prova, posto che ha diritto di accedere agli atti processuali.

Si presenta come pi  ardua la consapevolezza delle invalidit  verificatesi *aliunde* nel caso di procedimenti connessi visto che semplicemente si consente l'ingresso di prove formate in dibattimento ovvero di atti irripetibili: la trattazione separata dei procedimenti impedisce la conoscenza delle attivit  processuali compiute nella sede in cui il soggetto non ha, formalmente, la qualifica di imputato ma, ad esempio, di imputato in procedimento connesso. Tali conclusioni valgono *a fortiori* quando non sia neppure presente un rapporto di connessione o collegamento tra i procedimenti.

Quest'ultimo   l'ostacolo pratico pi  difficile da aggirare. La problematica, per , non pu  giustificare una menomazione dei poteri del giudice e delle parti nella seconda sede, anche perch  non si potrebbe escludere che, ad esempio, il difensore fosse tale anche nel primo giudizio – seppur a tutela di altre parti processuali⁹⁰ – e quindi sia consapevole dei vizi emersi in quella sede⁹¹.

Certo, sarebbe pi  facile riscontrare l'invalidit  se l'ingresso del verbale di prova fosse accompagnato dalla documentazione che attesti la legalit  del procedimento

⁹⁰ Sebbene il rispetto del principio del contraddittorio imporrebbe che la prova possa essere utilizzata nella sede *ad quem* solo nei confronti di un soggetto che abbia partecipato alla sua assunzione, si   costretti a prendere atto che la dizione dell'art. 238 c.p.p. deroga al principio non solo nel caso di atti irripetibili – deroga giustificabile alla luce dell'art. 111 comma 5 cost. – ma anche nel caso di prova non dichiarativa, ad esempio consulenza tecnica o perizia disposta nel primo giudizio (cfr. Cass. pen. Sez. I, 17 gennaio 2001, n. 9536 CED (rv.) 218334) nonch , infine, seppur in parte, anche nell'ipotesi di prova dichiarativa posto che si reputa sufficiente che il difensore fosse presente allo svolgimento dell'atto anche se a tutela di un soggetto diverso rispetto all'imputato nel rito *ad quem* I. CALAMANDREI, *Le nuove regole sulla circolazione probatoria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, p. 171; G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 265.

⁹¹ Nella prassi   questa l'ipotesi pi  frequente soprattutto in caso di procedimenti connessi.

probatorio, soluzione, come visto, avanzata da parte della dottrina nel vigore della passata codificazione. Tuttavia, non pare che questa sia la strada che la giurisprudenza intende percorrere; le indicazioni offerte paiono, anzi, muoversi in senso contrario.

L'individuazione degli atti necessari alla rilevazione del vizio nato *aliunde* sarà oggetto di trattazione *ad hoc* muovendo dalla giurisprudenza in materia di intercettazioni telefoniche⁹².

6. Le convergenze tra l'oggetto di prova del procedimento a quo e procedimento ad quem: la prospettiva necessaria alla rivalutazione del vizio

Prima di entrare nel dettaglio delle divergenze che dipendono dal tipo di patologia verificatasi nel rito *a quo*, occorre porre l'attenzione sulle ricadute, in termini di operatività del vizio, derivanti dalla diversità del *thema probandum*.

Si è già accennato come dinnanzi a procedimenti diversi la prospettiva dell'acquisizione della prova muti. Il giudice del secondo rito, cioè, deve compiere un attento vaglio circa la pertinenza e rilevanza dell'atto probatorio in relazione all'imputazione. Non si può, cioè, non cogliere la distinzione, in punto di ammissibilità, rispetto ad un elemento conoscitivo formatosi *aliunde*. Ciò è tanto più vero in relazione alla prova viziata. Vi sono infatti delle ipotesi in cui l'atto potrebbe essere valido in una sede e non nell'altra. Il fenomeno si manifesta, *in primis*, allorquando la patologia sia relativa. Nel caso di inutilizzabilità soggettivamente relativa di cui all'art. 403 c.p.p. l'invalidità sarà destinata ad operare solo se il difensore dell'attuale imputato non abbia partecipato all'assunzione della prova nel procedimento *a quo*⁹³.

Vi sono, tuttavia, taluni casi in cui anche l'invalidità assoluta e oggettiva potrebbe emergere esclusivamente nel giudizio *ad quem*. Si pensi, ad esempio, alle dichiarazioni *de relato*: se nel primo giudizio sono state rese dall'imputato che ha contestualmente rifiutato di indicare la fonte, potranno essere utilizzate in questa sede in forza dell'art. 209 c.p.p., norma che esclude l'applicabilità dell'art. 195 c.p.p. Di contro, le medesime saranno inutilizzabili nel secondo procedimento «*dove acquistano una diversa natura a causa della*

⁹² Vedi *infra* sez. II

⁹³ Il problema è esaminato da I. CALAMANDREI, *La prova documentale*, cit., 107.

*differente qualifica del dichiarante*⁹⁴».

A prescindere dall'ipotesi specifica, si vuole dimostrare come il sindacato giudiziale acquisti notevole complessità dinnanzi una prova assunta nel primo procedimento poiché neppure la sua apparente validità esime il giudice dal verificare la presenza di vizi, dipendano essi dalla diversità delle imputazioni o meno. Centrale, dunque, diviene l'analisi della struttura dell'elemento che si intende utilizzare nel secondo giudizio approfondendo analogie e differenze tra i vizi delle prove. Si vedrà infatti che le conclusioni mutano a seconda della natura della patologia.

7. La diversa disciplina a seconda della natura del vizio

7.1. Inutilizzabilità patologica, nullità assoluta

A prima vista, parrebbe che i vizi assoluti – nullità di cui all'art. 179 c.p.p. e inutilizzabilità patologica – si estendano sempre al procedimento diverso. In verità, si è già accennato come più che al requisito dell'assolutezza sia indispensabile guardare alla natura oggettiva del vizio. Si pone come necessario presupposto, cioè, che l'invalidità prescindano dalla qualifica o dal comportamento delle parti.

Come già dimostrato, l'esempio tipico di nullità assoluta per violazione del diritto di difesa, ossia l'omessa citazione dell'imputato, non può trasmigrare nel diverso giudizio se non attraverso la regressione del procedimento e la contestuale caduta delle prove assunte sino a quel momento. Per meglio dire, il vizio – che non intacca direttamente la prova – riemergerebbe nella sede *ad quem* solo qualora si intenda acquisire verbali di prove assunte nel corso della istruzione dibattimentale posta nel nulla dalla declaratoria di invalidità attinente l'atto propulsivo. La giurisprudenza, infatti, ha affermato che i verbali di altri procedimenti dichiarati nulli in conseguenza della parziale nullità della citazione a giudizio possono essere acquisiti nella sede *ad quem* ma l'utilizzabilità è limitata ai soli

⁹⁴ I. CALAMANDREI, *La prova documentale*, cit., p. 105. L'Autrice indica un profilo ulteriore in tema di circolazione di prove: la classificazione tra norme che mirano a tutelare valori endo processuali e disposizioni che hanno lo scopo di proteggere valori *extra* processuali. Nella prima categoria rientrerebbero le fattispecie poste a tutela dell'attendibilità della prova, tra cui si fa rientrare l'esempio dell'art. 195 c.p.p.; nella seconda, tutte le regole poste a protezione dell'accusato, da cui si trarrebbe il divieto di utilizzare nella sede *ad quem* i verbali di dichiarazioni rese in veste di testimone da chi è attualmente imputato. In realtà, il riferimento all'art. 195 c.p.p. non è da legare all'attendibilità della prova quanto all'utilizzabilità delle dichiarazioni nel secondo procedimento. Se, infatti, nel giudizio *a quo* non valevano le regole di cui all'art. 195 c.p.p. la diversità del capo d'accusa e delle vesti processuali fa venire meno il regime derogatorio previsto dall'art. 209 c.p.p. facendo riespandere l'inutilizzabilità.

fatti dell'imputazione non intaccati dalla declaratoria⁹⁵. Solo per tale via, dunque, si potrebbe affermare che la specifica nullità assoluta si riflette, seppur indirettamente, sulle prove da far entrare nel secondo giudizio.

Si può immaginare, invece, l'immediata propagazione del vizio nei caso di interrogatorio delegato compiuto in assenza del difensore. Il caso, peraltro nella prassi di difficile verifica, richiede l'individuazione di un passaggio intermedio poiché, come detto, l'art. 238 c.p.p. consente l'acquisizione dei soli atti assunti in dibattimento o in incidente probatorio. Occorre, cioè, intrecciare le condizioni di utilizzabilità previste dall'art. 238 c.p.p. con le regole generali in tema di patologia delle prove. Le dichiarazioni rese alla polizia giudiziaria in assenza del difensore potrebbero trasmigrare nel secondo procedimento allorché si versi in un'ipotesi di sopravvenuta impossibilità imprevedibile⁹⁶ e si intenda dare applicazione all'art. 238 comma 3 c.p.p. La nullità assoluta che colpisce l'interrogatorio della polizia giudiziaria sarà, allora, rilevabile in ogni stato e grado del secondo giudizio. Il giudice del secondo rito, attivata una discussione sulla prova, su istanza di parte o d'ufficio, potrebbe pervenire ad una declaratoria di nullità. L'atto è nullo e le dichiarazioni sono inutilizzabili⁹⁷ anche nei confronti dell'accusato nel diverso procedimento, poiché ragionare altrimenti significherebbe riconoscere valenza sanante alla mera trasmigrazione nel giudizio *ad quem*. Conclusione più volte censurata.

A parte questi casi limite, non v'è dubbio che, nella prospettiva della circolazione probatoria, assuma una dimensione predominante l'inutilizzabilità patologica oggettiva.

Proprio in relazione alla prova acquisita in violazione dei divieti di legge si avverte più forte l'esigenza di evitare che l'elemento conoscitivo infetti altri giudizi. La *ratio* che ha condotto all'introduzione del vizio per le prove sarebbe seriamente compromessa se il divieto probatorio fosse circoscritto al solo procedimento in cui la prova si forma⁹⁸.

Prima di tentare una classificazione delle tipologie di inutilizzabilità che presentano le caratteristiche enunciate occorre richiamare quanto detto in relazione alla definizione

⁹⁵ Trib. Cagliari, 30 maggio 2006, cit.; con accenti in parte diversi, Cass. Sez. V, 7 febbraio 1997, n. 1151 cit. vedi cap. II, p. 51 ss.

⁹⁶ Si potrebbe addirittura immaginare la morte dell'imputato del primo giudizio: il fatto che il procedimento principale si concluda non esclude che una parte (l'accusa o la parte civile, ad esempio) abbia interesse a recuperare le dichiarazioni nel secondo giudizio.

⁹⁷ In tal caso l'inutilizzabilità è un effetto della nullità e non un vizio autonomo vedi cap. I, p. 14.

⁹⁸ Vedi sul punto cap. I.

della patologia⁹⁹. Nell'inutilizzabilità è predominante il momento dinamico, ossia il passaggio del vizio da un atto all'altro. Si dovrà, allora, anche dubitare della validità del provvedimento del giudice *ad quem* che ammette la prova viziata, appunto, "usandola" per la deliberazione della sentenza. Altro profilo, più marginale, attiene all'utilizzo di elementi di prova geneticamente viziati che, non essendovi i requisiti dell'art. 238 c.p.p., trovino ingresso ai soli fini delle contestazioni. La soluzione discende facilmente dalla natura del vizio: se la dichiarazione è affetta da nullità non sanata ovvero da inutilizzabilità patologica non potrà neppure essere utilizzata per le contestazioni. Non si deve, infatti, interpretare la deroga prevista dall'art. 238 c.p.p. come una sanatoria dei vizi originari. La possibilità di far entrare dichiarazioni che non rispettano i requisiti fissati nei precedenti commi della norma scatta solo se la prova o l'atto d'indagine è immune da vizi.

Veniamo ora all'esame di alcuni casi di trasmigrazione del vizio "forte". Senza dubbio è affetta da inutilizzabilità patologica oggettiva la testimonianza assunta in violazione dei divieti stabiliti dall'art. 197 c.p.p. Se nel primo giudizio sono state acquisite le dichiarazioni di un soggetto che non avrebbe dovuto essere sentito come testimone, nel secondo procedimento il giudice dovrà escludere la prova. Dinnanzi ad una richiesta di far entrare il verbale di dichiarazioni ai sensi dell'art. 238 c.p.p., il giudice, attivato il contraddittorio o d'ufficio e riscontrato il vizio genetico, procederà alla declaratoria di inutilizzabilità. Se, di contro, ciò non accada, il provvedimento che ammette quella prova sarà il riscontro di un uso probatorio viziato e la sentenza che ne tenga conto sarà essa stessa viziata e come tale censurabile ai sensi dell'art. 606 lett. c) c.p.p. Giungere a questa conclusione non sarà arduo per il giudice finché si tratti di incompatibilità ai sensi delle lettere c) e d) dell'art. 197 c.p.p.

Più complesso il vaglio giudiziale in ordine al rispetto delle prescrizioni previste per gli imputati in procedimenti connessi che diventano testimoni. Le invalidità potrebbero essere molteplici e solo talune sono di facile verificabilità. Se, infatti, il soggetto non doveva essere sentito come teste assistito perché sono carenti in radice le condizioni dell'art. 197 c.p.p., ossia, ad esempio, perché nei casi di connessione forte non sia ancora intervenuta sentenza irrevocabile, *nulla quaestio*. Qui ci si trova di fronte ad un divieto *tout court*, ossia ad un divieto di ammissione della prova¹⁰⁰.

L'inutilizzabilità, però, potrebbe scattare anche qualora si ometta di dare avviso

⁹⁹ Se si accoglie la teoria dei divieti probatori impliciti le possibilità di estensione della patologia si moltiplicano, sicché anche il verbale di sequestro che si intenda acquisire nel diverso procedimento come atto irripetibile dovrebbe essere escluso se frutto di un perquisizione illegittima, essendo la perquisizione il *modus* in cui la prova viene acquisita vedi Cap. I, p. 29.

¹⁰⁰ Vedi il Cap. I.

all'imputato nel suo procedimento che, se renderà dichiarazioni etero-accusatorie, assumerà l'ufficio di testimone¹⁰¹. La rilevazione del vizio, in questo caso, è complicata dal fatto che l'obbligo di dare il previo avviso postula la connessione probatoria *ex art. 12 lett. c) c.p.p.* ovvero il collegamento ai sensi dell'art. 371 comma 2 lett. b), accertati in concreto¹⁰². Posto che il profilo che ci interessa riguarda l'utilizzo della conoscenza in un diverso procedimento, spetta sempre al giudice *ad quem* compiere questo ultimo accertamento, poiché la risoluzione di tale aspetto è prodromica rispetto la verifica della sussistenza dell'inutilizzabilità.

Ancora diverso il caso della mancata partecipazione del difensore all'esame del teste assistito. In astratto, ciò dovrebbe dar vita ad una nullità generale intermedia per violazione dell'art. 178 lett. c) c.p.p.; le dichiarazioni però non dovrebbero essere utilizzabili nei confronti di altri: l'effetto della nullità è, appunto l'inutilizzabilità, diversa però dal vizio originario¹⁰³. In realtà, i termini della questione non dovrebbero mutare poiché la prova non si sarebbe formata validamente e dunque non potrebbe entrare nel secondo giudizio. C'è poi da considerare, in generale, che nel rito *ad quem* il soggetto che ha reso le dichiarazioni come teste assistito potrebbe aver cambiato veste ed essere, appunto, imputato. Se la testimonianza non avrebbe dovuto essere acquisita, le dichiarazioni rese in assenza del difensore non solo saranno inutilizzabili *contra alios* ma anche *contra se* qualora se ne volesse fare uso nel secondo processo¹⁰⁴.

Restando in tema di inutilizzabilità oggettiva si possono richiamare le invalidità

¹⁰¹ L'obbligo dell'avviso è stato esteso dalla Corte cost. con l'ord. 23 maggio-4 giugno 2003, n. 191; la giurisprudenza di legittimità ha in seguito specificato che l'avviso di cui all'art. 64 lett. c) c.p.p. in dibattimento non è necessario nei casi di connessione ai sensi dell'art. 12 lett. a) così Cass. 11 novembre 2005 n. 41052 CED (rv.) 232595.

¹⁰² Cass. Sez. II, 27 marzo 2009 n. 13725 CED (rv.) 244057; nella prassi il problema si è posto con riferimento ai delitti associativi. Nel caso citato, ad esempio, si discuteva della sussistenza del collegamento probatorio tra il delitto di associazione a delinquere, addebitato in altro procedimento alla persona offesa del delitto di estorsione, oggetto di accertamento nel procedimento principale. A parere della difesa, l'avviso di cui all'art. 64 lett. c) c.p.p. sarebbe stato doveroso nel momento in cui venne ammessa la testimonianza della persona offesa. La ricostruzione era stata accolta dai giudici di merito che avevano dichiarato l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese dall'offeso. La Cassazione, invece, ha escluso la presenza di qualsivoglia collegamento probatorio ritenendo superfluo l'avviso e, conseguentemente pienamente utilizzabili le affermazioni etero accusatorie rese dalla persona offesa.

¹⁰³ Vedi il Cap. I per la distinzione.

¹⁰⁴ Un uso distorto perché a monte le dichiarazioni rese dagli imputati in procedimenti connessi dovrebbero concernere la responsabilità di altri; nella prassi, tuttavia, non è infrequente che si finisca per sfiorare i temi di responsabilità propria. Per tale motivo il mancato rispetto della disciplina sulle incompatibilità a testimoniare provoca vizi assoluti che si estendono al diverso procedimento.

previste per le intercettazioni telefoniche. Il mezzo di ricerca della prova è interessante perché presenta delle peculiarità: anzitutto, per volontà legislativa, la sanzione processuale non opera solo allorquando vi sia un divieto di ammissione ma anche qualora il vizio concerna le modalità di acquisizione della captazione; in secondo luogo, la patologia è presidiata dalla distruzione della documentazione.

L'acquisizione delle trascrizioni delle intercettazioni disposte nel primo giudizio, dunque, sarà radicalmente vietata nel secondo processo sia quando il mezzo di ricerca della prova sia stato disposto violando un divieto di ammissione, ad esempio perché l'addebito non rientra nell'elencazione dell'art. 266 c.p.p., sia nel caso in cui siano state ignorate le norme relative al *quomodo* della prova¹⁰⁵, vale a dire qualora non siano rispettate le regole procedurali indicate negli art. 267 e 268 commi 1 e 3 c.p.p.

Come anticipato, poi, proprio la disciplina delle intercettazioni offre un indizio circa la non trasportabilità di prove viziata in un diverso giudizio. Si è di fronte, cioè, ad una inutilizzabilità rinforzata¹⁰⁶ che, come tale, impedirebbe sempre la trasmigrazione della prova viziata. Vediamo in che modo. Il comma 3 dell'art. 271 c.p.p. impone al giudice del primo rito di distruggere la documentazione delle intercettazioni previste dai commi 1 e 2, vale a dire, delle captazioni inutilizzabili; ciò a rimarcare come l'assunzione sia fisicamente impossibile in altri processi¹⁰⁷. In verità, la norma citata potrebbe sollevare alcune questioni nell'ottica della circolazione poiché, tendenzialmente, al giudice e alle parti del giudizio *ad quem* si è riconosciuto il potere di sindacare autonomamente sotto il profilo della validità la prova da acquisire. Il regime legale non parrebbe lasciare dubbi: una volta che il giudice del primo rito abbia ritenuto inutilizzabili le captazioni, di esse non potrà essere fatto alcun uso in nessuna sede, tant'è che saranno distrutte. In questo senso parrebbe riaffiorare un vincolo alla cognizione del giudice del secondo procedimento; egli cioè, non potrebbe discostarsi dalla decisione dell'organo *a quo*: anche se lo facesse il materiale sarebbe già distrutto¹⁰⁸. Sennonché, la giurisprudenza di legittimità, conscia delle

¹⁰⁵ Le intercettazioni, in realtà, sono un esempio di inutilizzabilità legislativamente prevista attinente non solo all'*an* ma anche al *quomodo*, dunque, in tal caso la natura assoluta del vizio è pacifica in forza dell'art. 271 c.p.p. comma 1.

¹⁰⁶ A. CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, cit., p. 259; F. PERONI, *Intercettazioni telefoniche contra ius ed usi eterodossi della documentazione fonografica*, in *Giur. it.*, 1994, II, c. 603 ss.

¹⁰⁷ F. M. GRIFANTINI, (voce) *Inutilizzabilità*, cit., p. 249.

¹⁰⁸ A. CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, cit., p. 277 per cui il brano distrutto potrebbe effettivamente contenere qualcosa di utile per la diversa accusa nel procedimento *ad quem* sicché le parti di quel processo subirebbero «irrimediabilmente le conseguenze di una scelta da cui erano escluse».

ricadute qui evidenziate, ha precisato, in talune occasioni, che la distruzione del materiale potrà avvenire solo a seguito di una declaratoria di inutilizzabilità insuscettibile di modificazione¹⁰⁹.

A rigore, la decisione processuale insuscettibile di modifiche è esclusivamente quella passata in giudicato. Sicché, il “vincolo” nel diverso giudizio deriverà da una pronuncia che si è già espressa in modo definitivo sull'utilizzabilità della prova¹¹⁰. Si ricade così nella particolare ipotesi esaminata in precedenza¹¹¹.

Un'analogia sanzione rafforzata dall'obbligo di distruzione dell'elemento probatorio inutilizzabile si rinviene nell'art. 240 c.p.p. La norma è stata modificata dal d.l. 22 settembre 2006 n. 59 al fine di disciplinare le modalità di conservazione e, appunto, di distruzione dei documenti relativi a traffico telefonico e telematico, illegalmente formati. La stesura originaria, sbilanciata verso la volontà di proteggere il diritto alla riservatezza dei soggetti illecitamente intercettati, non teneva nella giusta considerazione né il diritto di difesa dell'accusato dell'illegale captazione né le esigenze dell'accusa. In altri termini, l'art. 240 c.p.p. imponeva la distruzione dei documenti a seguito di un'udienza camerale, disciplinata dall'art. 127 c.p.p., innanzi al giudice per le indagini preliminari. Senza prevedere, però, che quegli stessi supporti potevano assumere, nel procedimento diverso, natura di corpo del reato, o, comunque, valore probatorio in ordine all'accertamento della responsabilità di chi si vede imputato dell'illecita intercettazione. La formulazione della fattispecie, a dir poco frettolosa, è stata censurata dalla Consulta¹¹². Le preoccupazioni della Corte costituzionale hanno seguito due direttrici; *in primis*, si è chiarito come l'udienza camerale modellata sull'art. 127 c.p.p. non assicuri il rispetto del

¹⁰⁹ Si è affermato, ad esempio, Cass. pen. Sez. VI, 29 gennaio 2009, n. 14461 CED (rv.) 243515 che «*la distruzione della documentazione delle intercettazioni inutilizzabili presuppone che l'inutilizzabilità sia dichiarata con decisione processualmente insuscettibile di modifiche e, pertanto, non può essere ordinata nel caso in cui detta decisione sia intervenuta nel giudizio abbreviato richiesto solo da alcuni dei coimputati*». La questione è stata esaminata in merito ai rapporti tra procedimento principale e incidentale, escludendo che la declaratoria del vizio emessa in sede *de libertate* fosse sufficiente a provocare la distruzione delle captazioni Cass. Sez. VI Sent., 26 aprile 2007, n. 33810 CED (rv.) 237155.

¹¹⁰ In altre parole, si ricade nella vincolatività della decisione sulla prova esaminata nel capitolo II.

¹¹¹ Vedi cap. II

¹¹² Corte cost. 11 giugno 2009 n. 173, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma nella parte in cui «*non esclude dal divieto di fare riferimento al contenuto dei documenti, supporti ed atti, nella redazione del verbale previsto dalla stessa norma, le circostanze inerenti l'attività di formazione, acquisizione e raccolta degli stessi documenti, supporti e atti*», mentre ha concluso per l'inammissibilità delle questioni relative ai commi 3, 4, 5, fornendo un'interpretazione costituzionalmente orientata.

contraddittorio¹¹³. Secondariamente, si è inteso rafforzare il contenuto del verbale di distruzione delle operazioni. La Consulta, non potendo spingersi oltre, pena un'invasione nella discrezionalità legislativa, ha costruito il verbale come un surrogato del corpo del reato (documentazione) distrutto¹¹⁴. Al contempo, il Giudice delle leggi si è mostrato consapevole del peso probatorio del verbale sostitutivo nel procedimento principale, perché ha ribadito che la decisione sulla distruzione della documentazione, nonché la verbalizzazione delle operazioni, non spiegano alcun effetto nel procedimento attivato contro il soggetto accusato dell'illecita raccolta di informazioni.

La soluzione della Corte dimostra come la distruzione della prova porti con sé corollari di difficile bilanciamento in rapporto alle interferenze tra procedimenti, in questo caso incidentale e principale¹¹⁵. Dato che conferma l'opportunità di escludere automatismi, attribuendo al giudice del secondo giudizio il potere di verificare se in relazione a quel *thema probandum* la prova possa ritenersi affetta da vizi. Se, a seguito di tale indagine, si accerta l'esistenza di patologie oggettive allora, solo a quel punto, si avrà un effettivo divieto all'uso dell'elemento viziato.

Occorre ora verificare che cosa accada, invece, allorquando nel secondo rito il vizio riscontrato sia relativo.

7.2 Inutilizzabilità fisiologica e relativa, nullità intermedie e relative.

Le già effettuate classificazioni in merito al diverso regime di deducibilità delle invalidità e alle ipotesi di sanatoria ci consente di esaminare agevolmente in che misura i vizi relativi si propaghino nel diverso procedimento.

In via generale, l'inutilizzabilità fisiologica, ossia posta a presidio del principio di separazione delle fasi all'interno del medesimo procedimento, stenta a trovare ingresso nel giudizio *ad quem*. Per comprendere la portata dell'affermazione è utile avanzare taluni esempi.

Le dichiarazioni rese da persona in grado di fornire elementi utili alle indagini non sono *ex se* utilizzabili in dibattimento. Il rispetto del principio del contraddittorio impone l'assunzione della testimonianza del dichiarante sulle medesime circostanze. Qualora si

¹¹³ Per tale ragione la Consulta ha ritenuto opportuno estendere analogicamente il modello dell'art. 401 c.p.p.

¹¹⁴ Senza tuttavia includervi il contenuto delle conversazioni intercettate, preservando per tale via il diritto alla riservatezza degli intercettati.

¹¹⁵ Riprende il concetto di preclusione, esaminato in relazione ai rapporti con il procedimento *de libertate*, C. CONTI, *Intercettazioni illegali: la corte costituzionale riequilibra un bilanciamento claudicante*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 195 ss.

intenda acquisirle in un procedimento diverso è necessario attendere la formazione della prova in sede dibattimentale. L'affermazione è confermata dall'art. 238 c.p.p., e ciò non è certo casuale. Nell'esempio citato, così come negli altri casi di inutilizzabilità fisiologica, non siamo tanto in presenza di un vizio quanto di una condizione di utilizzazione.

L'immediato corollario è la sovrapposizione delle regole di utilizzo in dibattimento con i presupposti della circolazione probatoria, fissati, nel caso, dallo stesso art. 238 c.p.p.

Più complessa la questione attinente le ipotesi di inutilizzabilità soggettivamente relativa. Il tema è stato già toccato incidentalmente muovendo dal prototipo di tale tipo di invalidità: l'inutilizzabilità della prova assunta in incidente probatorio o nei confronti del soggetto il cui difensore non abbia partecipato all'udienza o a carico di chi non fosse ancora raggiunto da indizi di colpevolezza, sempre che il suo difensore, a sua volta, non fosse presente alla formazione dell'atto.

Qui occorre distinguere. Potrebbe darsi il caso in cui il vizio, pur verificatosi per alcuni indagati, non si estenda ad altro procedimento. Ciò accade quando si intende utilizzare l'atto probatorio in un giudizio separato che vede imputato un soggetto che aveva, tramite il suo difensore, partecipato all'assunzione della prova: a nulla rileva che la patologia esista, perché i suoi effetti sono circoscritti ad altri e diversi accusati. L'emersione di un vizio nella sede *ad quem* è semplicemente subordinata alla verifica della partecipazione del difensore della persona indagata nel primo procedimento¹¹⁶, ossia non occorre tanto interrogarsi sulla circolazione della patologia quanto applicare le regole dell'art. 403 c.p.p.

Nell'ipotesi di nullità intermedie e relative tornano utili, invece, i concetti di limite di deducibilità e di sanatoria¹¹⁷. Se la nullità è intermedia, il regime di deducibilità in sede diversa non si discosta dai vizi assoluti finché la patologia non sia sanata.

Ci si potrebbe chiedere, però, se nel secondo giudizio sia esportabile il medesimo regime di rilevazione, ossia le regole dell'art. 180 c.p.p. In altri termini, se la nullità si è verificata nel corso del giudizio *a quo* potrà essere eccepita nel giudizio *ad quem* anche se, nella prima sede, non sia sollevata nel grado successivo? In questo caso occorrerebbe operare un differenziazione: se il grado d'appello è pendente nella prima sede, senz'altro le parti legittimate nel secondo rito potrebbero avanzare la relativa eccezione, poiché non preclusa nel procedimento "originario" e perciò ancora deducibile.

¹¹⁶ Peraltro, estendendo le regole elaborate dalla giurisprudenza in relazione all'art. 238 comma 2 *bis* c.p.p., sarebbe sufficiente che il difensore fosse presente anche se non a garanzia della persona sottoposta alle indagini nei cui confronti si intende utilizzare le dichiarazioni.

¹¹⁷ Ancora si rinvia al Cap. I, p. 34.

La situazione è più offuscata se il secondo grado sia concluso. Si potrebbe sostenere, dando applicazione alle regole dell'art. 180 c.p.p., che né le parti nel giudizio originario né il giudice potrebbero più intervenire: in quella sede gli effetti dell'atto probatorio, pur precari a causa del vizio, risultano consolidati; di qui l'indeducibilità anche nella seconda sede quale che sia la fase processuale.

Il problema è per certi versi analogo alla operatività nella sede diversa delle sanatorie, anche se tecnicamente si è di fronte ad un limite di deducibilità. Le regole di deducibilità, effettivamente sono le medesime in entrambi i giudizi anche perché non sarebbe possibile individuarne di diverse nel tessuto del codice. Ciò però non significa che i limiti operanti all'interno del singolo procedimento producano effetti nel diverso rito.

Si pensi ad esempio ad una perizia che richieda il compimento di atti idonei ad incidere sulla libertà personale. Ai sensi del comma 7 dell'art. 224 *bis* c.p.p., l'atto è nullo se la persona sottoposta al prelievo non è assistita dal difensore nominato. Il vizio è riconducibile ad una nullità intermedia per violazione del diritto di difesa. Qualora si intenda acquisire i risultati della perizia ai sensi dell'art. 238 comma 1 c.p.p. si potrà sostenere, nella sede *ad quem*, che l'atto è affetto da nullità e dunque impedirne l'utilizzo. Non si potrebbe però concludere altrimenti per il solo fatto che i limiti di rilevabilità siano già decorsi nella prima sede. Vediamo le ragioni. Se, infatti, si ammette che l'acquisizione mediante l'art. 238 c.p.p. trasformi la prova del primo giudizio in atto del secondo, sarà possibile rilevare il vizio dopo la deliberazione della sentenza del grado successivo. L'art. 180 c.p.p., cioè, opera esattamente come se la prova nulla fosse venuta ad esistenza nel rito *ad quem*. Ragionare diversamente implicherebbe dar corpo ad un effetto preclusivo dei limiti di deducibilità; senonché, il concetto di preclusione, si è visto¹¹⁸, non può essere utilmente evocato perché, nonostante le apparenze, la preclusione non opera al di fuori del rito in cui si è verificata.

L'equivalenza limite di deducibilità-effetti preclusivi, anche là dove accolta, non sarebbe idonea ad impedire alle parti e al giudice del procedimento diverso di rilevare la patologia¹¹⁹.

Tornando all'esempio proposto, le vicende del rito *a quo* saranno irrilevanti: la perizia sarà nulla qualora il secondo giudice pervenga a tale conclusione, constatando, dallo stesso verbale, l'assenza del difensore nominato.

¹¹⁸ Vedi Cap. II.

¹¹⁹ Nello stesso senso N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., p. 72 nota 16 per cui «non rileva il fatto che nel procedimento a quo sia decorso il termine per eccepire la nullità intermedia o relativa; nella sede *ad quem* l'eventuale invalidità dovrà essere dedotta nel rispetto dei termini del diverso procedimento».

Agli stessi approdi si può giungere volgendo lo sguardo alle nullità relative. I limiti di deducibilità sono più stringenti ma ciò non toglie che l'invalidità, alle condizioni precisate, si propaghi. Con due ulteriori chiarimenti. Visto il regime di circolazione stabilito dall'art. 238 c.p.p., ci si troverà di fronte a patologie nate in incidente probatorio, nel giudizio di primo grado o nei gradi successivi, ferme, al più, in casi limitati, le regole in materia di contestazioni e letture¹²⁰. Si potrebbe trattare, ad esempio di una ricognizione effettuata senza le formalità prescritte dall'art. 213 commi 1 e 2 c.p.p. L'esito della ricognizione non dovrebbe trasmigrare nel processo diverso qualora le parti del giudizio *ad quem* evidenzino l'inosservanza delle prescrizioni. In secondo luogo, rispetto alle nullità intermedie, l'eccezione sarà proponibile esclusivamente dalle parti legittimate.

Quanto detto sin qui in tema di vizi relativi non tiene ancora in considerazione il dato che li differenzia realmente dalle patologie assolute: l'operatività delle sanatorie codificate. Si è esaminato, cioè, solamente il profilo attinente i limiti di deducibilità. Occorre, ora, verificare se la sanatoria – intervenuta o meno – spieghi qualche effetto nel giudizio diverso.

Si ricorderà che taluni hanno prospettato un fenomeno simile alla sanatoria per l'inutilizzabilità, precisamente in relazione all'acquiescenza declinata come consenso delle parti. Anche questa teoria sarà oggetto di analisi.

¹²⁰ La precisazione si rende necessaria poiché risulta arduo immaginare un atto di indagine affetto da nullità relativa che trasmigri viziato dapprima nel dibattimento del medesimo rito e successivamente nel procedimento diverso. Un'ipotesi potrebbe darsi guardando ai rapporti tra ricognizione e individuazione di cose o persone. Ci si potrebbe chiedere se sia legittima la lettura ai sensi dell'art. 512 c.p.p. degli esiti dell'atto di indagine, visto che non è chiaro se valgano le cautele e le sanzioni previste dall'art. 214 c.p.p. (richiamato dall'art. 361 c.p.p. solo in relazione al comma secondo). La mancanza di particolari formalità, *in primis*, la verbalizzazione in forma riassuntiva, conduce a dubitare della trasportabilità in giudizio degli esiti dell'individuazione. La giurisprudenza, però, pare riconoscerle valore dichiarativo cosicché ben potrebbe essere utilizzata per le contestazioni Cass. Sez. IV, 30 marzo 2009 n. 13882 CED (rv.) 243212. Il problema si ripresenterebbe nei stessi termini nella circolazione orizzontale di prove. Posto, infatti, che dal tenore letterale della norma non si ricavano esplicitamente le medesime cautele previste per l'effettiva assunzione della prova, potrebbe verificarsi il caso in cui nel giudizio *a quo* entri l'individuazione mediante lettura come prova ai fini della decisione e, in un secondo momento, si intenda acquisire le stesse dichiarazioni nel giudizio *ad quem*. La questione sarebbe complessa poiché da un lato, occorrerebbe comprendere se è presente una nullità relativa analoga a quella indicata all'art. 213 c.p.p., fenomeno che appare poco probabile non essendo il vizio espressamente previsto. Si potrebbe, al più, individuare una nullità intermedia per violazione dell'art. 178 lett. c) c.p.p. (la Consulta ha però escluso che la mancata partecipazione del difensore dell'indagato all'atto investigativo comporti l'incostituzionalità dell'art. 361 c.p.p. Corte cost. 12 giugno 1991 n. 265). Dall'altro, si potrebbe ipotizzare che nella sede *ad quem* sia posta in discussione l'esatta applicazione dell'art. 512 c.p.p. che ha consentito nel giudizio *a quo* l'utilizzo di un elemento di prova effettuato in assenza di tutte le garanzie difensive.

8. *Le sanatorie e il consenso delle parti*

8.1 *Acquiescenza e parti processuali*

La descrizione delle sanatorie codificate già consente di focalizzare l'attenzione sulla c.d. acquiescenza. L'art. 183 c.p.p. menziona, quali soggetti idonei a completare la fattispecie imperfetta, le parti che hanno espressamente rinunciato ad eccepire il vizio ovvero ne hanno accettato gli effetti. L'acquiescenza, già stando alla lettera della norma, ha ricadute processuali esclusivamente all'interno del procedimento in cui si verifica: l'art. 183 c.p.p. costruisce la sanatoria come potere delle parti, ovviamente di quel rito. L'assunto, però, può essere confermato anche volgendo lo sguardo ad istituti affini, seppure distinti: la non contestazione del fatto e il consenso di cui all'art. 111 comma 5 cost. La non contestazione del fatto, tipica del processo civile, si estrinseca nel potere delle parti di determinare il *thema probandum* che è all'origine della controversia senza, tuttavia, che ciò abbia riflessi al di fuori del giudizio stesso¹²¹. Il consenso dell'imputato di cui all'art. 111 cost., correttamente ricostruito, non può che riferirsi alla sede in cui è prestato¹²². Del resto, se così non fosse, la rinuncia – espressa o implicita – al contraddittorio perderebbe il carattere di scelta consapevole assunta alla luce di uno specifico contesto processuale.

Questi esempi inducono a ritenere che la manifestazione di volontà, sia essa implicita o meno, non dovrebbe mai travalicare i confini del rito in cui è prestata.

¹²¹A. CARATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Giuffrè, 1995; M. TARUFFO, *La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti*, Laterza, 2009, in particolare pagg. 130 e ss. Secondo l'autore, addirittura, la non contestazione del fatto non ha alcun effetto vincolante né per le parti né per il giudice, neppure all'interno del rito civile; G. VERDE, *Domanda (principio della)*, in *Enc. giur.*, 1989, p. 8-9. In relazione al processo penale vedi da ultimo R. DEL COCO, *Disponibilità della prova e accordi tra le parti*, Giuffrè, 2004, p. 193-201 per cui non sarebbe possibile trasporre nel procedimento penale la nozione di non contestazione.

¹²²Il tema è stato di recente affrontato dalla Consulta, Corte cost. 18 dicembre 2009 n. 336, chiamata a descrivere gli effetti del consenso come volontà di accedere ad un rito speciale. Secondo la Corte l'istituto avrebbe ricadute immediate in altro giudizio, precisamente nel giudizio disciplinare; senonché così ragionando, il giudice delle leggi non ha risolto l'obiezione centrale avanzata dall'organo remittente: il consenso produce i suoi effetti nella sede in cui è prestato, dovendosi altrimenti ricorrere alla controversa figura del consenso implicito. A parere del giudice *a quo*, cioè, la rinuncia dell'art. 111 comma 5° cost. non può che configurarsi come atto espresso e consapevole, riferita esclusivamente al contesto in cui è compiuta. Non dovrebbe riconoscersi alcun effetto a quella che diviene, nel giudizio disciplinare, «un'abdicazione meramente implicita» desunta dall'accettazione o dalla richiesta di definizione dell'imputazione penale con rito semplificato. Il consenso implicito, così ricostruito dall'organo remittente, si configurerebbe come acquiescenza o come non contestazione del fatto di matrice civilistica. Tuttavia, come detto, anche in tali casi non si potrebbe esportare la manifestazione di volontà al di fuori del giudizio in cui è prestata.

L'affermazione consente di compiere un ulteriore passo, della stessa immediato corollario: la mancata deduzione del vizio nella prima sede processuale, per quanto potrà valere come accettazione, resta confinata in quel procedimento.

Saranno le parti del giudizio *ad quem* a decidere di accogliere l'atto probatorio viziato nel compendio conoscitivo.

In generale, in relazione alle sanatorie, il fatto successivo che elide l'imperfezione promana da soggetti che non necessariamente sono presenti nel giudizio *ad quem*. Se si assume che il difensore del primo processo ha sanato l'invalidità, non proponendo la relativa eccezione, non pare coerente ritenere che quella prova, il cui vizio è caduto solo per l'effetto di una manifestazione di volontà, possa riemergere nel giudizio *ad quem*¹²³. La propagazione dovrebbe essere esclusa se la prova è affetta da una patologia sanabile ma solo in quanto la sanatoria provenga dai soggetti nei cui confronti si producono gli effetti dell'atto, vale a dire, dalle parti del secondo rito. Se la *ratio* che sorregge la sanatoria, infatti, è la disponibilità dell'interesse sotteso alla norma violata¹²⁴, si deve valutare tale interesse in rapporto alle posizioni processuali del secondo giudizio. Non è condivisibile, allora, l'affermazione per cui gli atti del primo processo sono acquisibili nel rito *ad quem* «*fino a quando nel giudizio a quo la nullità (di qualunque tipo) non venga sanata*¹²⁵».

Si pensi, ancora, al caso della ricognizione affetta da nullità relativa ai sensi dell'art. 213 comma 3 c.p.p. Non v'è dubbio che se nel primo procedimento la parte non abbia sollevato l'eccezione di nullità, il vizio, in quella sede, potrà dirsi sanato per acquiescenza ai sensi dell'art. 183 c.p.p.; i risultati di quella prova – invalida ma sanata – tuttavia, non possano valere nella seconda sede.

Resta da vedere se è possibile pervenire ad altre e diverse conclusioni tracciando un parallelismo tra sanatorie e consenso, inglobando per tale via anche l'inutilizzabilità, vizio, in astratto non sanabile.

8.2 Il consenso come acquiescenza e come deroga al contraddittorio

Si è già chiarito come vi sia un filo rosso che lega l'acquiescenza dell'art. 183 c.p.p.

¹²³ Nello stesso senso già D. GROSSO, *Trasmissione di atti informazioni e dati nel processo penale*, cit., p. 56.

¹²⁴ Il concetto è ribadito, seppur in relazione ad altro tema dalle Sezioni Unite, Cass. Sez. Un., 29 marzo 2012, n. 27996 in *Di. pen. contemporaneo*, là dove esclude che la richiesta di giudizio abbreviato valga a sanare l'incompetenza del giudice adito.

¹²⁵ I. CALAMANDREI, *La prova documentale*, cit., p. 103. L'Autrice pone quale unica condizione di utilizzabilità il rispetto dell'art. 238 c.p.p.; così facendo, tuttavia, si crea una confusione di piani tra condizioni fisiologiche di utilizzazione in altri procedimenti e vizi degli atti.

al consenso delle parti, seppure nella forma implicita. Il vizio relativo, cioè, potrebbe svanire qualora le parti prestino il proprio consenso all'utilizzazione nel diverso procedimento dell'elemento probatorio. Ancora una volta ciò che accomuna consenso e sanatoria è la disponibilità dell'interesse protetto dalla fattispecie che fissa i requisiti minimi di validità. Nell'ottica della circolazione condizione imprescindibile, inoltre, è che il consenso promani dai protagonisti del secondo rito. Chiamando in causa il concetto di consenso non si deve, tuttavia, incorrere nell'errore, più volte denunciato, di attribuire valenza sanante al consenso citato all'art. 238 c.p.p. comma 4 c.p.p.¹²⁶. La norma, infatti, è tesa a disciplinare l'istituto inteso esclusivamente come deroga al contraddittorio, ammettendo l'uso di prove formate *aliunde*, ma non si spinge sino a sovrapporre consenso-deroga alla formazione della prova in contraddittorio al consenso-acquiescenza. L'oggetto è diverso. Nel primo caso si tratta far entrare elementi altrimenti non acquisibili e tuttavia perfettamente "sani", nel secondo di eliminare una patologia. La precisazione può apparire superflua eppure è utile nell'esaminare un'eventuale sanatoria dell'inutilizzabilità intesa come violazione di un divieto.

Il punto di partenza, come più volte ormai fatto notare, è il *dictum* delle Sezioni unite per cui deve escludersi ogni valenza sanante alla manifestazione dell'imputato di accedere al rito abbreviato¹²⁷. Di qui in poi non si può immaginare che il consenso o l'accordo delle parti valgano a sanare il più grave vizio della prova.

Calando l'assunto all'interno della circolazione probatoria si deve escludere che la prova ammessa violando un divieto di legge ovvero acquisita in modo difforme dalle prescrizioni (purché sia desumibile un divieto implicito) possa essere esportata nel rito *ad quem* per il solo fatto che l'imputato vi acconsenta¹²⁸.

La sanatoria dell'inutilizzabilità è esclusa. Si è detto, tuttavia, che in un'ipotesi particolare l'accordo delle parti comporta, se non proprio efficacia sanante, il superamento della possibile futura configurazione di un vizio¹²⁹. L'art. 195 c.p.p., infatti, legittima l'uso ai fini della decisione delle dichiarazioni *de relato*, allorquando non sia escussa la fonte, se le parti non manifestano la volontà di sentire il teste diretto. In tal caso il consenso

¹²⁶ Consenso che diverrebbe condizione di validità dell'atto secondo F. CORDERO, *Il procedimento probatorio in Tre studi sulle prove penali*, cit., p. 72 nota 190.

¹²⁷ Sez. Un., 30 giugno 2000 Tammaro, cit., p. 1763.

¹²⁸ L'affermazione è perentoria se riferita ad elementi probatori a sfavore dell'indagato, ci si potrebbe chiedere se il quadro muti in presenza di una prova sì inutilizzabile ma a discarico. Il problema si incardina in una questione più generale, ossia l'operatività del vizio nel caso di prova favorevole.

¹²⁹ Vedi cap. I, p. 38.

parrebbe, ad un'analisi superficiale, superare il divieto di legge. Senonché le dichiarazioni rilasciate in dibattimento dal teste *de relato* non sono propriamente affette da un vizio genetico, nonostante la legge stessa parli di inutilizzabilità. In realtà, l'inutilizzabilità assume una veste ibrida, cioè a mezza via tra inutilizzabilità assoluta e condizionata: assoluta poiché si è comunque in presenza di un divieto (implicito) di legge a presidio del contraddittorio; condizionata poiché le affermazioni del teste indiretto non danno vita ad una prova viziata ma piuttosto ad un atto probatorio sottoposto alla "condizione" che le parti non pretendano ovvero il giudice richieda l'escussione delle fonti.

Ma, al di là di questa ipotesi specifica, più in generale, si deve concludere che il consenso non è istituto idoneo ad elidere le nullità assolute e l'inutilizzabilità patologica. L'affermazione è stata ribadita di recente in relazione all'art. 270 c.p.p. La norma fissa una precisa regola di utilizzazione delle intercettazioni del diverso procedimento, regola stabilita a pena di inutilizzabilità. Non si tratta, però, di una sanzione processuale intesa in senso forte quanto, ancora una volta, di una condizione fisiologica di utilizzazione, non paragonabile ad un vizio insensibile, come detto, al consenso delle parti. Eppure, è interessante notare che questa netta distinzione viene affievolita dalla Cassazione. La Corte di legittimità, perlomeno in un'occasione, ha confuso i due piani. Per tale ragione la pronuncia merita di essere segnalata. Nel caso concreto si lamentava la violazione dell'art. 270 c.p.p. perché l'inutilizzabilità in esso prevista non sarebbe confinata nella disponibilità delle parti bensì sempre rilevabile *ex officio*. In particolare, si evidenziava come non valga a sanare il vizio la richiesta di trascrizione delle intercettazioni poiché essa non potrebbe essere interpretata come «*consenso prestato dalle parti all'ingresso delle intercettazioni nel processo ad quem*¹³⁰». La condizione di utilizzazione, in altre parole, non potrebbe essere superata dall'acquiescenza all'ingresso delle trascrizioni peritali poiché le due regole processuali operano su binari distinti, anzi la presenza della prima è condizione di operatività delle norme in materia di intercettazioni telefoniche. Secondo la Corte, infatti, «*la richiesta di trascrizione del contenuto delle conversazioni intercettate, non ancora effettuata dalla pubblica accusa né disposta dal giudice, costituisce una modalità di esercizio del diritto di difesa finalizzata alla conoscenza del materiale presente in atti, in vista delle scelte da effettuare circa la strategia difensiva e le determinazioni che la Difesa intende assumere in ordine all'acquisizione del materiale probatorio*».

Di qui nessuna possibile equazione; parrebbe che, semplicemente, la Cassazione escluda che la richiesta di trascrizione sia assimilabile al consenso all'utilizzo dell'atto in

¹³⁰ Cass. Sez. III, 06 maggio 2010, n. 32530 CED (rv.) 248220.

difetto della condizione di utilizzazione. Si potrebbe, però, leggere l'ambigua pronuncia in altro modo: la Corte potrebbe aver inteso negare che il consenso delle parti genericamente considerato sia in grado di superare lo sbarramento costruito dall'art. 270 c.p.p.¹³¹ poiché, nonostante si tratti di una condizione d'uso nel rito diverso, esso diviene equiparabile ad un requisito di validità della prova. In tale ultimo caso si avrebbe una ulteriore conferma della non sovrapposibilità di consenso e sanatorie.

9. La prova viziata nel procedimento a quo non può essere utilizzata nel procedimento ad quem: ratio e conclusioni della prima sezione

A questo punto è possibile individuare taluni punti fermi. L'operatività automatica del vizio nel diverso procedimento mediante il riconoscimento di effetti cogenti alla declaratoria eventualmente intervenuta nella sede originaria non trova alcun aggancio normativo. Ciò non contraddice l'assunto per cui la prova per circolare deve essere valida. La composizione dell'apparente discrasia avviene attribuendo al giudice *ad quem* il potere di sindacare, nel momento in cui si chiede l'acquisizione, la legalità della prova. A nulla rilevano, invece, le vicende del primo rito: si è visto che non è condivisibile la teoria che attribuisce valore vincolante alla declaratoria di invalidità intervenuta nel primo giudizio, a meno che, si intende, non sia contenuta in una sentenza irrevocabile.

I risultati dell'accertamento compiuto nella sede *ad quem* saranno condizionati dal tipo di vizio e dal comportamento delle parti. Dal tipo di vizio perché le nullità intermedie e relative potrebbero essere sanate nel secondo processo; dal comportamento delle parti poiché, sempre in relazione ai vizi relativi, ad esse è rimessa la scelta di sollevare o meno l'eccezione, senza che quanto accaduto nella sede *a quo* spieghi effetti nel secondo rito.

Nel caso di patologie assolute, di contro, l'estensione dell'invalidità si attua, in astratto, anche prescindendo dalle mosse dei protagonisti del secondo processo poiché il giudice, d'ufficio, è chiamato a rilevare la nullità assoluta o l'inutilizzabilità.

Resta ora da approfondire una questione cui si è solo fatto cenno, ossia come pervenire ad una declaratoria della patologia visto che gli atti del primo procedimento non necessariamente sono a disposizione delle parti o del giudice. Non è possibile fornire una risposta univoca al quesito, sicché conviene prendere le mosse da un istituto specifico su cui si è formata, negli anni, un'ampia elaborazione giurisprudenziale.

¹³¹ La soluzione non può essere netta perché la Cassazione è ambigua sul punto.

Sez. II

1. Le intercettazioni: l'art. 270 c.p.p. e la presunzione di legittimità del decreto autorizzativo.

La giurisprudenza più recente afferma che la decisione in ordine alle questioni sull'utilizzabilità delle intercettazioni disposte nel procedimento originario non vincola il giudice del diverso procedimento, che conserva perciò piena autonomia decisoria¹³². La Corte di legittimità accoglie appieno la tesi sin qui prospettata: è il giudice del secondo processo a valutare liberamente la validità della prova. La circolazione dei risultati della captazione postula, dunque, non solo le condizioni di cui all'art. 270 c.p.p., condizioni come detto "fisiologiche" della circolazione, ma anche la legittimità della fase genetica nel procedimento *a quo*¹³³.

La risposta giurisprudenziale era stata anticipata dalla dottrina che già evidenziava i pericoli insiti nella trasmigrazione di materiale fonico da un rito all'altro¹³⁴ qualora all'imputato nel procedimento *ad quem* non fosse riconosciuto il diritto di sollevare eccezioni relative alla fase di ammissione della prova nel procedimento principale. Appariva, cioè, in netto contrasto con l'art. 15 cost. l'utilizzo delle captazioni contro un soggetto non posto in grado di contestarne la regolarità¹³⁵. Ancor oggi quest'opzione riscuote consensi: il passaggio logico è condiviso da dottrina e giurisprudenza.

Chiarito, dunque, che nel procedimento in cui le captazioni trasmigrano il giudice e le parti conservano pieni poteri in ordine alla prova, permane, tuttavia, una divergenza di

¹³² Cass. Sez. I, 28 ottobre 2010, n. 42006 CED (rv.) 249109, Cass. Sez. VI, 14 novembre 2008 n. 1753 CED (rv.) 242753.

¹³³ Il rispetto delle regole relative alla prima fase di autorizzazione ed esecuzione delle operazioni, definita dalle Sezioni unite fase "affidata alla garanzia del giudice", è sindacabile nella sede *ad quem*; la fase successiva di selezione delle tracce foniche, sempre a parere della cassazione, invece, si dovrà ripetere nel secondo rito; di qui l'irrelevanza delle violazioni attinenti alla selezione e trascrizione del materiale Cass. Sez. Un., 17-23 novembre 2004, n. 45189 in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, p. 1204 nota di E. MANCUSO, *L'art. 270 c.p.p.: circolazione della prova e "memoria della sua genesi"*, cit., p. 1211.

¹³⁴ A. CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, cit., p. 296; L. PRIMICERIO, *Il deposito dei decreti autorizzativi delle intercettazioni telefoniche nel procedimento ad quem: una garanzia per l'indagato*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 352; L. KALB, *Un binomio inscindibile. Intercettazioni di comunicazioni e garanzie tra prassi e prospettive di riforma 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, Giuffrè, 2009, p. 322.

¹³⁵ La Consulta, peraltro, aveva lasciato intendere che l'art. 226 *quater* c.p.p. abr. importasse il deposito del decreto nel procedimento *ad quem* pena una violazione dell'art. 24 cost. Corte cost. 3 giugno 1987 n. 223, richiamata da A. CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, cit., p. 297.

opinioni sul presupposto necessario per rendere effettivi tali poteri del secondo giudizio. Si potrebbe infatti ritenere che condizione imprescindibile al fine di rilevare invalidità relative alla fase genetica della prova, avvenuta nella sede *a qua*, sia la lettura del decreto che quelle intercettazioni ha autorizzato ed eventualmente prorogato. Passaggio logicamente conseguente, allora, sarebbe la trasmissione del provvedimento autorizzatorio nella sede diversa, affinché i protagonisti del secondo rito ne possano agevolmente disporre, anche al fine di sollevare eccezioni circa il rispetto degli artt. 266 c.p.p. ss. Proprio su tale tema è più volte intervenuta la Corte di legittimità. Le Sezioni unite hanno cioè escluso che l'omesso deposito nel rito *ad quem* del decreto che ha autorizzato le intercettazioni nel procedimento originario produca effetti immediati in termini d'inutilizzabilità. Per meglio dire, l'inutilizzabilità delle captazioni nel giudizio diverso non può discendere esclusivamente dall'omessa trasmissione del decreto autorizzativo e ciò perché, a parere della Suprema Corte: «con riferimento alle intercettazioni disposte in altro procedimento non si può prescindere dalla chiara disposizione dell'art. 270 comma 2 c.p.p., che richiede il deposito solo dei verbali e delle registrazioni, ritenendoli documentazione sufficiente della prova desumibile da intercettazioni autorizzate per l'accertamento di una vicenda criminale certamente diversa da quella oggetto del procedimento ad quem. Sicché i decreti autorizzativi costituiscono atti del procedimento a quo (art. 238 c.p.p.), che vanno prodotti da chi vi abbia interesse, perché il controllo sulla legalità del procedimento di ammissione dell'intercettazione è demandato all'iniziativa delle parti, come del resto è ragionevole avvenga in un processo ispirato al principio dispositivo»¹³⁶.

La questione affrontata è solo in parte sovrapponibile alla verifica dei presupposti necessari alla rilevazione del vizio: esaminando il *dictum* della Corte si nota come la principale preoccupazione fosse quella di escludere l'automatica estensione della sanzione dell'art. 271 c.p.p. all'omesso deposito nel giudizio diverso. La Corte di legittimità, in ossequio al principio di tassatività delle sanzioni, ritiene che la mancata trasmissione del decreto non possa impedire l'utilizzazione delle intercettazioni nel procedimento *ad quem*; del resto, effettivamente si tratta di un *facere* non disciplinato né nell'art. 270 c.p.p. né nell'art. 271 c.p.p.

Sotto questo profilo il ragionamento della Cassazione non incide direttamente sul tema che ci occupa perché un conto è interrogarsi sulla sanzione processuale applicabile all'omesso deposito del provvedimento, altro è chiedersi come riconoscere la propagazione

¹³⁶ Cass. Sez. Un., 23 novembre 2004, n. 45189, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 565 nota di L. FILIPPI, *Le Sezioni Unite contraddicono la Consulta (e accentuano il monopolio del P.M. in materia di intercettazioni)*.

del vizio; fermo restando che, se si postula che la conoscenza del decreto sia indispensabile ai fini della rilevazione dell'invalidità nella sede diversa, le conseguenze pratiche cui si perviene sono le medesime.

La mancata – automatica – trasmissione dell'autorizzazione dal giudizio *a quo* al secondo rito rileva poiché le condizioni delle captazioni stabilite a pena di inutilizzabilità, primi fra tutti i gravi indizi di reato e l'indispensabilità ai fini della prosecuzione delle indagini, risultano esclusivamente dal decreto¹³⁷ e non dalla traccia fonica, dal verbale dell'atto o dalla trascrizione. Le parti del procedimento *ad quem*, allora, senza la disponibilità materiale dell'atto incontrano una serie di ostacoli più o meno superabili a seconda del vizio che si intenda far valere.

Se l'inutilizzabilità deriva, cioè, dal mancato rispetto dell'art. 266 c.p.p. la patologia è facilmente individuabile: è sufficiente essere a conoscenza del reato oggetto di accertamento nel giudizio *a quo*¹³⁸. Più complessa l'indagine circa il rispetto degli altri presupposti indicati negli artt. 267 c.p.p. e 268 c.p.p. Il profilo non è sfuggito alle più volte menzionate Sezioni unite che hanno risolto la questione costruendo un preciso onere di allegazione, nel giudizio *ad quem*, dell'atto dal quale si desume l'inutilizzabilità¹³⁹. Tale onere non sarebbe altro che un'applicazione del principio dispositivo di cui all'art. 190 c.p.p.: se la parte eccepisce la mancanza o l'illegittimità dell'autorizzazione sarà tenuta a produrre il relativo decreto, chiedendone copia ai sensi dell'art. 116 c.p.p.¹⁴⁰.

La soluzione delle Sezioni unite, sostanzialmente confermata dalla giurisprudenza

¹³⁷ Secondo L. PRIMICERIO, *Il deposito dei decreti autorizzativi delle intercettazioni telefoniche nel procedimento ad quem: una garanzia per l'indagato*, cit., p. 354 il controllo sulla sussistenza dei gravi indizi di reato dovrebbe essere precluso nel giudizio *ad quem* trattandosi di sindacato di natura sostanziale; a parere di A. CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, cit. p. 296, resterebbero confinati nel primo rito i vizi *ad personam* ad esempio il ritardo nel dare avviso ai difensori; ciò perché la procedura – dal deposito dei decreti alle trascrizioni – deve essere rinnovata.

¹³⁸ L'informazione è facilmente reperibile seppure la contestazione, nella prassi, non risulti né dal verbale né dalla trascrizioni delle registrazioni.

¹³⁹ Cass. Sez. Un., 17 novembre 2004, n. 45189, cit. Secondo la Suprema corte i decreti entrano nel giudizio *ad quem* come verbali di prova di altri procedimenti ai sensi dell'art. 238 comma 3 c.p.p., ossia come atti irripetibili, per una valutazione critica E. MANCUSO, *L'art. 270 c.p.p.: circolazione della prova e "memoria della sua genesi"*, cit., p. 1219. L'Autore giudica inappropriato il richiamo all'art. 238 c.p.p. sul rilievo che il comma 3 dell'art. 238 c.p.p. fa riferimento ad atti probatori e non a provvedimenti autorizzativi.

¹⁴⁰ Cass. Sez. I, 21 ottobre 2010, n. 38626 CED (rv) 248665; Cass. Sez. VI, 15 gennaio 2009 n, 6875 CED (rv.) 243671.

successiva¹⁴¹, è stata criticata dalla dottrina prima di tutto da un punto di vista sistematico. In sintesi si fa notare come non esista, neppure guardando all'art. 190 c.p.p., un onere della prova e di allegazione simile al rito civile¹⁴². Inoltre, la Cassazione non pare considerare un profilo fondamentale: il decreto non ha la funzione di "sostenere" o provare l'eccezione processuale, ma di consentire alle parti o allo stesso giudice di sondare la legalità della fase genetica della prova. La funzione della lettura del decreto si attua a monte dell'eccezione, quale suo presupposto. Solo una volta esaminato l'atto è possibile avanzare la questione e non viceversa, come pare lasciare intendere la il Giudice di legittimità là dove impone di allegare l'atto, appunto, a sostegno dell'eccezione.

Eppure, ai fini della rilevazione del vizio in altri procedimenti, la conclusione accolta dal Supremo collegio pare assurgere a principio generale. Infatti, secondo la stessa Cassazione, il veicolo all'ingresso del decreto autorizzativo sarebbe l'art. 238 comma 3 c.p.p.: di qui la necessità per le parti di seguire le scansioni procedurali imposte dall'art. 468 comma 4 *bis* c.p.p., ossia di avanzare richiesta di acquisizione unitamente al deposito delle liste testimoniali. Questa soluzione che, peraltro, travalica il dettato normativo visto che l'art. 238 c.p.p. menziona i verbali di prove e non i provvedimenti di altro procedimento, potrebbe condurre ad un passaggio successivo: poiché l'onere è formulato attraverso il rinvio alla disciplina generale dell'art. 238 c.p.p., si potrebbe ritenere che esso sia configurabile a prescindere dal tipo di prova di cui si contesta la legalità. La parte, quindi, dinnanzi ad una richiesta di acquisizione del verbale di prova ai sensi del combinato disposto degli artt. 238 e 468 comma 4 *bis* c.p.p. dovrebbe produrre gli atti dai quali emerge l'eccezione che intende proporre.

La conclusione dà per scontato che il vizio sia rilevabile esclusivamente su istanza di parte. Sennonché, si è già dimostrato come i vizi assoluti siano, per espressa disposizione di legge, rilevabili *ex officio*. Questo rilievo pare del tutto trascurato dall'impostazione della Corte di legittimità. O, per meglio dire, la rilevabilità d'ufficio

¹⁴¹ Con accenti in parte diversi configurano un onere in capo alla parte interessata alla rilevazione del vizio anche Cass. Sez. Un., 8 ottobre 2009, n. 39061, CED (rv.) 244327

¹⁴² E. M. MANCUSO, *L'art. 270 c.p.p. circolazione della prova e "memoria della sua genesi"*, cit., p. 1221; l'osservazione pare destinata ad essere ignorata dalla giurisprudenza di legittimità che, anzi, costruisce un medesimo onere in relazione alla rilevazione del vizio di motivazione secondo il principio, di matrice civilistica, di autosufficienza del ricorso si veda da ultimo, Cass. Sez. IV, 2 dicembre 2010, n. 2302 inedita; Cass. Sez. I, 16 giugno 2010 n. 33170 inedita per cui è imposto al ricorrente che lamenti l'omessa o travisata valutazione di specifici atti del processo penale, di suffragare la validità del suo assunto mediante esibizioni documentali. Con l'ulteriore precisazione che la *ratio* del suddetto principio si rinviene nel divieto per il giudice di legittimità di accedere agli atti del processo. Sull'onere della prova nel procedimento penale, in generale, E. ESPOSITO, *Onere della prova*, in *Dig. pen*, Utet, 2008, p. 744.

viene sì ammessa ma come una semplice petizione di principio¹⁴³.

Si ripresenta, così, il problema della conoscibilità degli atti necessari alla declaratoria di invalidità, problema che è stato perlopiù affrontato in relazione al principio di separazione delle fasi all'interno dello stesso rito. V'è però una differenza di non poco conto: nei rapporti tra diversi procedimenti, l'esigenza di preservare la verginità psicologica del giudice non sempre sussiste, quanto meno se essa è intesa come divieto di esaminare atti investigativi non garantiti poiché posti in essere da (o su delega di) una sola parte processuale.

Soprattutto quando si intenda dare applicazione all'art. 238 comma 1 c.p.p. si è dinnanzi ad atti probatori che hanno avuto origine in un contesto garantito – dibattimento o incidente probatorio –. Resta insuperabile l'obiezione relativa all'incompletezza del contraddittorio visto che la prova, pur assunta nel contraddittorio tra le parti, dovrà essere utilizzata contro altri soggetti, o comunque, ai fini dell'accertamento di altra imputazione.

In parte diversa la questione relativa alle intercettazioni telefoniche: l'acquisizione delle tracce foniche impone, come detto, la ripetizione della fase di selezione del materiale e in questo senso c'è un recupero del contraddittorio, non pochi problemi pratici derivano però, dal fatto che il materiale potrebbe essere distrutto ai sensi dell'art. 269 comma 2 c.p.p. In ogni caso, v'è una notazione che consente di escludere le possibili obiezioni derivanti dall'invocazione della "verginità psicologica" del giudice del secondo giudizio. Ciò che pare in grado di comprometterla, infatti, sono le norme che consentono la circolazione di prove tra diversi procedimenti e non certo la necessità di trasmettere gli atti indispensabili ai fini del vaglio di legalità di quelle stesse prove, ormai atti del giudizio *ad quem* per effetto dell'acquisizione. Altro è l'esigenza, a seconda della fase in cui si trovi il giudizio *a quo*, di mantenere il segreto investigativo. Tuttavia, è plausibile ritenere che nel momento in cui si attivi il meccanismo dell'art. 270 c.p.p. non si possa addurre esigenze di segretezza delle indagini esclusivamente con riferimento al decreto autorizzativo.

Come si accennava, è la trasmissione dell'atto probatorio a compromettere il segreto delle indagini ovvero la verginità del giudice dibattimentale, non il deposito dell'atto che consente di verificare che la prova si geneticamente immune da vizi.

In relazione alle prove in generale, si detto come già nel vigore del codice abrogato la dottrina riconoscesse l'obbligo di trasmettere alla cancelleria del secondo giudice l'atto

¹⁴³ La Cassazione si limita ad affermare che la sanzione processuale dell'inutilizzabilità non rientra tra le questioni lasciate nell'esclusiva disponibilità delle parti, essendo sempre rilevabile d'ufficio da ultimo, Cass. Sez. III, 06 maggio 2010, n. 32530, cit.

probatorio¹⁴⁴ al fine di vagliarne l'ammissibilità. Nel sistema attuale, vista la procedura scandita dagli art. 238 e 468 comma 4 *bis* c.p.p., la trasmissione del verbale è implicita. La questione, però, si è visto, non verte sulla conoscenza del verbale della prova, poiché la patologia potrebbe non risultare dallo stesso, formalmente corretto.

Il rilievo, ancora una volta, non risolve la *quaestio* della conoscibilità, ai fini della rilevazione del vizio, degli altri e diversi atti dai quali lo stesso potrebbe emergere¹⁴⁵.

Non si può ignorare come la Cassazione si mostri più che decisa nel pretendere che, nel caso in cui «una parte deduca il verificarsi di causa di nullità o inutilizzabilità collegate ad atti non rinvenibili nel fascicolo processuale perché appartenenti ad altro procedimento, al generale onere di precisa indicazione che incombe su chi solleva l'eccezione si accompagna l'ulteriore onere di formale produzione delle risultanze documentali – positive o negative – addotte a fondamento del vizio processuale»¹⁴⁶. Similmente a quanto statuito in relazione alla rilevazione dell'inutilizzabilità nel giudizio di Cassazione¹⁴⁷ si sostiene che la dichiarazione di invalidità sia configurabile solo allorquando la patologia sia positivamente dimostrata¹⁴⁸.

È evidente, tuttavia, che la dimostrazione dell'esistenza del vizio discende dalla conoscenza del procedimento probatorio, avvenuto, però, nel primo procedimento. La Cassazione non ignora questo rilievo, tant'è che indica quale soluzione il ricorso all'art.

¹⁴⁴ Seppur a seguito di specifica richiesta del giudice *ad quem* D. GROSSO, *Trasmissione di atti, informazione e dati nel processo penale*, cit. p. 51.

¹⁴⁵ Vedi sopra p. 114.

¹⁴⁶ Cass. Sez. Un., 17 novembre 2004, cit., «l'inutilizzabilità dei risultati di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni per violazione degli artt. 267 e 268, commi primo e terzo, c.p.p., è rilevata dal giudice del procedimento diverso da quello nel quale furono autorizzate solo quando essa risulti dagli atti di tale procedimento, non essendo tenuto il giudice a ricercarne d'ufficio la prova. Grava, infatti, sulla parte interessata a farla valere l'onere di allegare e provare il fatto dal quale dipende l'eccezione di inutilizzabilità, sulla base di copia degli atti rilevanti del procedimento originario che la parte stessa ha diritto di ottenere, a tal fine, in applicazione dell'art. 116 stesso codice».

¹⁴⁷ Cass. Sez. Un., 08 ottobre 2009, n. 39061, cit., «per i fatti processuali, a differenza di quanto avviene per i fatti penali, ciascuna parte ha l'onere di provare quelli che adduce, quando essi non risultino documentati nel fascicolo degli atti di cui il giudice dispone»; In caso di atti non rinvenibili nel fascicolo processuale (perché appartenenti ad altro procedimento o anche - qualora si proceda con le forme del dibattimento - al fascicolo del pubblico ministero) al generale onere di precisa indicazione deve accompagnarsi dunque quello di allegazione (nel senso di materiale produzione) della risultanza, positiva o negativa, che si adduce a fondamento del vizio processuale»; Cass. pen. Sez. I, 9 giugno 2009, n. 26492 CED (rv.) 244039 per cui «il potere del giudice di legittimità di rilevare d'ufficio le cause d'inutilizzabilità non comporta il dovere di ricercare gli elementi di fatto posti a fondamento delle medesime ed è dunque onere della parte interessata offrirne una compiuta rappresentazione e dimostrazione nel ricorso». vedi cap. I p. 24.

¹⁴⁸ Cass. Sez. IV, 2 marzo 2006, n. 15117 in *Arch. n. proc. pen.*, 2007, p. 227.

116 c.p.p. La norma invocata, tuttavia, non attribuisce un vero e proprio diritto di accesso al primo fascicolo: il rilascio di copia è, infatti, condizionato all'assenso dell'autorità procedente nel giudizio *a quo*¹⁴⁹. Un primo passo verso un'effettiva verifica della legalità della prova, dunque, potrebbe essere quello di introdurre un reale potere di accesso al fascicolo processuale, potere che scatta non appena vi sia la richiesta di acquisire prove formatesi *aliunde*.

I difensori avrebbero così diritto di conoscere il fascicolo del primo giudizio senza che sia necessario il vaglio dell'autorità procedente, preteso dall'art. 116 c.p.p. Del resto, al P.M. non sono posti limiti di conoscenza dei fascicoli processuali, se non derivanti dal segreto investigativo. Solo presupponendo tale diritto si può immaginare che le parti siano in grado di scoprire la patologia genetica e di conseguenza, di soddisfare, in un secondo momento, l'onere di allegazione della documentazione da cui emerge il vizio.

Il generale diritto di accesso al primo fascicolo, però, non soddisfa appieno poiché non consente la declaratoria della patologia *ex officio*. Si è costretti, allora, a superare l'impostazione delle Sezioni Unite: sarebbe, cioè, necessaria la trasmissione di un numero limitato di atti che accompagnino l'ingresso della prova nel secondo procedimento. Ad esempio, al fine di fornire indicazioni al giudice del procedimento *ad quem* anche in ipotesi complesse – si pensi all'inutilizzabilità *ex art. 63 c.p.p.* – si dovrebbe porre a disposizione delle parti del secondo procedimento gli atti da cui si desume l'*iter* procedurale seguito nell'attribuzione della qualità di persona sottoposta alle indagini e, successivamente, di imputato. Queste le ipotetiche scansioni procedurali: nel momento in cui, in ipotesi, un soggetto venga indicato nella lista testimoniale del giudizio *ad quem* come testimone o imputato in un procedimento connesso ai sensi dell'art. 238 comma 5 c.p.p., sarebbe opportuno dare ingresso a quegli atti che, nel primo rito, delineavano la sua storia processuale, vale a dire, l'iscrizione della notizia di reato, il capo di imputazione, le dichiarazioni eventualmente rese in quella sede. Si potrebbe immaginare infatti, che, in taluni casi, incrociando la cronologia delle attività investigative e l'imputazione, emerga l'inutilizzabilità per essere il soggetto stato sentito come persona informata sui fatti,

¹⁴⁹Peraltro, un solo precedente giurisprudenziale si occupa della sanzione in caso di mancato rilascio della copia, richiesta, in verità, nell'ambito dello stesso procedimento: Cass. Sez. III, 27 maggio 2010, n. 32950 in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1298 nota di F. PERONI, *Diniego di copia di un'audiocassetta alla difesa e conseguente inutilizzabilità della prova documentale*, per cui «l'ingiustificato rigetto della richiesta di rilascio di una copia, avanzata dall'imputato ai sensi dell'art. 116 c.p.p., si traduce in una violazione del diritto di difesa e, in definitiva, nell'inutilizzabilità del contenuto della stessa ai fini decisori».

anziché come indagato.

Questo incumbente sarebbe necessario a maggior ragione quando si intenda semplicemente acquisire verbali di prove non dichiarative, ad esempio, le consulenze tecniche disposte nella prima sede ovvero allorquando si tratti di atti irripetibili.

Tale tesi si espone ad una obiezione: chi sarebbe in grado di stabilire quali sono gli atti “connessi” alla prova che si vuole introdurre nella seconda sede? Il potere dovrebbe essere riconosciuto al secondo giudice in sede di ammissione delle prove provenienti da altri giudizi; con ciò non si vuol dire che il giudice dovrebbe bloccare l’ingresso di prove esterne recuperando la teoria prospettata nel vecchio codice dell’atto ammissivo condizionato¹⁵⁰ poiché tale impostazione era strettamente legata al concetto di ammissibilità e rilevanza della prova e non già di validità. Semplicemente, il giudice *ad quem* dovrebbe *de plano* operare una selezione ridotta del materiale che ai fini della verifica della validità della prova dovrebbe “accompagnare” l’ingresso della stessa¹⁵¹.

In definitiva, la trasmissione degli atti sarebbe la soluzione obbligata se si intende riconoscere – come pure la stessa Corte ammette – al giudice del secondo rito un effettivo potere di verifica delle invalidità anche a prescindere da un’eccezione di parte.

Peraltro, l’incumbente non produrrebbe sempre delle conseguenze pratiche ingestibili: proprio in relazione alle intercettazioni telefoniche, il secondo giudice, in sede di ammissione della prova, dovrebbe pretendere esclusivamente l’invio dei decreti di cui all’art. 267 c.p.p., senza che si pongano quei problemi di selezione del materiale “connesso” all’atto probatorio che si intende recuperare, cui si faceva cenno in relazione all’individuazione dei vizi in generale.

Eppure, nel caso di tale mezzo di ricerca della prova un *revirement* giurisprudenziale appare poco probabile lasciando, di fatto, privo di effettività il potere

¹⁵⁰ Vedi sopra par. 1

¹⁵¹ La giurisprudenza a sezioni semplici, come già segnalato, in un caso peculiare, ha ammesso l’esistenza di poteri officiosi in capo al Tribunale del riesame qualora la parte interessata alla produzione degli elementi attestanti l’inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni disposte in altro procedimento abbia oggettive difficoltà di accesso al materiale¹⁵¹. Sennonché, tali poteri, a parere del giudice di legittimità, scattano solo dopo la tempestiva richiesta di copia avanzata dall’interessato ai sensi dell’art. 116 c.p.p. cfr. Cass. Sez. I, 18 novembre 2008, n. 44365 CED (rv.) 242205, l’altro rimedio indicato dalla Suprema Corte sarebbe una tempestiva istanza al giudicante di un congruo termine accompagnata dalla possibilità di far valere anche successivamente alla deliberazione giudiziale, nullità comunque insorte in tempi anteriori alla decisione stessa.

officioso del giudice *ad quem*¹⁵².

Ad ogni modo, conviene ribadire che sarebbe opportuno quantomeno consentire alle parti del secondo rito di accedere al fascicolo senza i limiti di cui soffrono in virtù dell'applicazione dell'art. 116 c.p.p. Altrimenti, i protagonisti del secondo giudizio non sarebbero neppure in grado di soddisfare il – criticabile – onere di allegazione costruito dalle citate Sezioni Unite.

Realisticamente, alla luce della giurisprudenza qui riassunta, si è costretti a prendere atto del fatto che la declaratoria della patologia verrà a dipendere da fattori casuali, poiché casuale sarà la conoscenza del procedimento genetico della prova che si intende utilizzare nel secondo giudizio. Del resto, questa conclusione – censurabile – è in linea con le recenti tendenze in tema di invalidità per cui ciò che conta è restringere l'ambito di operatività dei vizi processuali¹⁵³.

2. La trasmigrazione delle captazioni viziate nel procedimento di riparazione per ingiusta detenzione e nel procedimento di prevenzione.

Le invalidità in materia di intercettazioni telefoniche offrono lo spunto per esaminare due recenti pronunce in tema di trasmigrazione della captazione inutilizzabile rispettivamente nel procedimento di riparazione per l'ingiusta detenzione e nel procedimento di prevenzione.

Ci si chiedeva, infatti, se l'apparato sanzionatorio previsto dall'art. 271 c.p.p. potesse operare anche nei procedimenti diversi e autonomi, o, per meglio dire, se la declaratoria del vizio valesse ad escludere l'uso della prova anche in quelle diverse sedi. La Corte di legittimità ha risposto positivamente a quest'ultimo quesito, seguendo però un percorso argomentativo discutibile, soprattutto nella prima pronuncia. Conviene analizzare separatamente gli approdi della Cassazione.

2.1 L'efficacia della declaratoria dell'inutilizzabilità nel giudizio promosso per ottenere la riparazione per l'ingiusta detenzione.

La vincolatività nel procedimento di riparazione per l'ingiusta detenzione della dichiarata inutilizzabilità delle captazioni era esclusa dall'orientamento dominante della giurisprudenza sul rilievo che il suddetto procedimento avesse natura civilistica.

¹⁵² E. M. MANCUSO, *L'art. 270 c.p.p.: circolazione della prova e "memoria della sua genesi"*, cit, p. 1126-1227, propone di imporre alla parte che intenda giovare della prova formata *aliunde* l'onere di dimostrarne la legittimità, capovolgendo la prospettiva accolta dalle Sezioni unite.

¹⁵³ Si veda sul punto Sez. Un. 29 settembre 2011, n. 155, cit. e cap. I nota 89.

L'autonomia rispetto al rito penale e la vicinanza alle regole del giudizio civile conducevano a ritenere inoperanti i limiti di utilizzazione previsti per addivenire all'accertamento della fattispecie penale. Semplicemente, si affermava, l'inutilizzabilità, quale sanzione delle prove penali, non potrebbe superare i confini di quel giudizio, sicché la verifica del dolo o della colpa grave del richiedente ben potrebbe basarsi su captazioni disposte in violazione dei divieti di legge¹⁵⁴.

L'impostazione è stata in parte sconfessata dalle Sezioni unite¹⁵⁵. La Cassazione, però, non si è soffermata sulla qualificazione del procedimento (penale o civile) ovvero sull'estensione dell'art. 271 c.p.p., bensì ha preferito costruire un limite di utilizzazione di portata generale, fondato sul concetto di prova illegale. Non si ammette sino in fondo¹⁵⁶, cioè, che l'art. 271 c.p.p. possa operare al di fuori del giudizio penale, ma si dà vita ad una patologia talmente forte – violazione dell'art. 15 cost. – da spiegare effetti a prescindere dalla natura del rito¹⁵⁷. Ciò significa che l'inutilizzabilità non deriva dall'applicazione dell'art. 271 c.p.p. ma dalla diretta operatività del divieto costituzionale. Questa conclusione ha lasciato perplessi i commentatori¹⁵⁸: di prova illegale v'è traccia esclusivamente nel disposto dell'art. 240 c.p.p., là dove si impone la distruzione del materiale telefonico o telematico ottenuto illecitamente. Il senso del termine illegale, tuttavia, è racchiuso nell'essere le captazioni avvenute a prescindere dal procedimento penale. Le intercettazioni, infatti, in quel caso, sono effettuate in violazione della legge sostanziale ad opera di soggetti tendenzialmente non incardinati negli organi inquirenti. Nonostante questa differenziazione, non certo priva di consistenza, la Suprema corte richiama proprio tale ultima norma, anche se, come osservato dalla dottrina, ciò sia del

¹⁵⁴ M. G. COPPETTA, (voce) *Riparazione per ingiusta detenzione*, in *Enc. Giur.*, Treccani, 2001, XXVII, p. 6; E. ZANETTI, *La riparazione dell'ingiusta custodia cautelare*, CEDAM, 2002, p. 196.

¹⁵⁵ Cass. Sez. Un., 13 gennaio 2009, n. 1153 in *Giur. It.*, 2010, p. 942.

¹⁵⁶ Secondo le Sezioni unite, comunque la sanzione di inutilizzabilità di cui all'art. 271 c.p.p. non può derubricarsi a mero connotato endo-processuale se non in termini costituzionalmente discutibili.

¹⁵⁷ Tanto è vero che le Sezioni unite citano altresì il processo tributario, in relazione al quale è già stato affermato un generale divieto di utilizzare la prova a "contra legem".

¹⁵⁸ M. PANZAVOLTA, *Un altro tassello della "giusta riparazione": no all'impiego delle intercettazioni dichiarate inutilizzabili nel giudizio di merito*, in *Giur. it.*, 2010, p. 4; si paventa cioè l'uso di un'accezione eccessivamente ampia di prova illegale con evidenti confusioni sistematiche. La Corte, infatti, sovrappone la nozione all'intercettazione inutilizzabile e alla prova incostituzionale.

tutto superfluo¹⁵⁹ poiché il corretto riferimento non è l'art. 240 c.p.p. ma semmai proprio l'art. 271 c.p.p. Inoltre, portando alle estreme conseguenze il ragionamento della Cassazione si finirebbe per affermare che l'intercettazione autorizzata ed eseguita fuori dai casi previsti dalla legge ovvero in violazione degli art. 267 e 268 commi 1 e 3 c.p.p. sia illegale e non meramente inutilizzabile. Conclusione in netto contrasto con le regole del codice di rito.

Eppure, è proprio "l'illegalità" della captazione a far sì che la prova non possa essere usata in nessuna sede, neppure nel procedimento di riparazione per l'ingiusta detenzione.

In realtà, oltre le questioni definitorie, i profili che interessano in questa sede sono due. *In primis*, la vincolatività della declaratoria di inutilizzabilità nel procedimento di riparazione potrebbe confermare la tesi dell'estensione automatica del vizio accertato con sentenza irrevocabile. Il procedimento di riparazione, per sua natura, si sviluppa come un'appendice del processo penale¹⁶⁰, concluso, salvi i casi contemplati dall'art. 314 comma 3 c.p.p., con una pronuncia non più suscettibile di modificazione, anche in relazione ai fatti da cui dipende l'applicazione di norme processuali. Da questo punto di vista, la pronuncia confermerebbe la vincolatività della statuizione sull'invalidità nel caso in cui sia sceso il giudicato sul procedimento *a quo*. Occorre però precisare che la forza espansiva della declaratoria di invalidità è legata ad un vizio particolare e rinforzato, quale è l'illegalità dell'atto probatorio. Di qui la difficoltà di assumere le statuizioni delle Sezioni Unite a paradigma generale della vincolatività della decisione definitiva sulla prova. In secondo luogo, è utile segnalare una particolarità rispetto ai rapporti tra procedimenti penali, peculiarità fatta emergere incidentalmente dalla dottrina. Si è sostenuto, infatti, che alla Corte d'appello sia inibito rilevare vizi della prova non dichiarati nel procedimento di merito¹⁶¹. Se così fosse, nella fase di riparazione per ingiusta detenzione non sarebbe possibile eccepire patologie afferenti a materiale conoscitivo già valutato nel procedimento di merito; emergerebbe, cioè, una differenziazione rispetto a quanto detto in relazione alla decisione irrevocabile che non contenga la declaratoria del vizio. In quel caso, infatti, si è

¹⁵⁹ Già l'art. 271 c.p.p., infatti, impone la distruzione delle intercettazioni inutilizzabili, sicché «il ricorso al concetto di illegalità è un'inutile duplicazione» per M. PANZAVOLTA, *Un altro tassello della "giusta riparazione": no all'impiego delle intercettazioni dichiarate inutilizzabili nel giudizio di merito*, cit., p. 4.

¹⁶⁰ In generale, M. G. COPPETTA, *La riparazione per ingiusta detenzione*, CEDAM, 1993.

¹⁶¹ M. G. COPPETTA, *Riflessioni sulla sussistenza dell'interesse ad impugnare, per fini riparatori, la misura custodiale revocata* in *Cass. pen.*, 1994, p. 2651; richiamata anche da M. PANZAVOLTA, *Un altro tassello della "giusta riparazione": no all'impiego delle intercettazioni dichiarate inutilizzabili nel giudizio di merito*, cit., p. 4.

sostenuto che i poteri delle parti sono pieni; invece, la limitazione prospettata dalla dottrina condurrebbe a tracciare un parallelismo con il giudizio di rinvio: anche in quella sede è preclusa al giudice la rilevazione di eventuali nullità assolute verificatesi nei gradi precedenti¹⁶².

Sul punto, da un lato, potrebbe apparire del tutto ragionevole, visto l'oggetto del procedimento di riparazione per ingiusta detenzione – autonomo rispetto al rito principale – escludere le regole di utilizzabilità probatoria necessarie per addivenire all'accertamento del fatto¹⁶³; dall'altro, nel momento in cui si estende l'efficacia delle declaratoria di inutilizzabilità delle intercettazioni “illegali”, potrebbe essere altrettanto fondato, nel caso in cui il giudice del merito non abbia individuato la patologia, riconoscere un autonomo potere alla Corte competente per il procedimento di riparazione.

La seconda opzione sarebbe tanto più accoglibile guardando al *dictum* delle Sezioni unite: più volte si citano i valori supremi dell'ordinamento posti in discussione dalle intercettazioni illegali, ed allora, lo stesso trattamento processuale dovrebbe applicarsi a tutte le trasgressioni di divieti posti a tutela di norme costituzionali. Se la *ratio* che sorregge la decisione della Cassazione è, infatti, quella di preservare la legalità della prova attraverso il pieno rispetto del catalogo dei diritti fondamentali, anche i giudici della Corte d'appello dovrebbero avere il potere di tutelarli attraverso la rilevazione di quel vizio che li comprometta.

2.2 Le regole in materia di utilizzabilità delle captazioni nel procedimento di prevenzione.

Minori problemi epistemologici crea la seconda pronuncia oggetto di analisi¹⁶⁴. Il quesito, in questo caso, riguardava l'estensione dell'inutilizzabilità delle captazioni dichiarata per carenza di motivazione dell'autorizzazione all'impiego di impianti diversi da quelli installati presso la procura della repubblica.

L'argomentazione utilizzata per escludere la vincolatività della decisione sulla prova nel procedimento di prevenzione faceva leva su una supposta distinzione tra

¹⁶² Vedi cap. II per ciò che attiene all'inutilizzabilità nel giudizio di rinvio.

¹⁶³ Questa, però, era l'argomentazione utilizzata dall'orientamento dominante per escludere l'efficacia vincolante della declaratoria del vizio: si affermava, cioè, che il giudice della riparazione opera su un piano completamente diverso essendo chiamato a valutare non gli elementi probatori a carico dell'imputato bensì la condotta del soggetto interessato.

¹⁶⁴ Cass. Sez. Un., 25 marzo 2010, n. 13426 in *Cass. pen.*, 2010, p. 3049 nota di S. BELTRANI, *Intercettazioni inutilizzabili e procedimento di prevenzione: la fine di un equivoco*; P. SECHI, *Intercettazioni e procedimento di prevenzione*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 102.

inutilizzabilità patologica (relativa esclusivamente alle intercettazioni disposte in violazione diretta dell'art. 15 cost.) sicuramente operante nel procedimento di prevenzione, e inutilizzabilità dipendente dalla mancanza di motivazione del decreto di cui all'art. 268 comma 3 c.p.p. Le Sezioni unite, allo scopo di escludere indebite distinzioni tra inutilizzabilità patologica e relativa, richiamano la pronuncia in materia di procedimento di riparazione, invocando – nuovamente – il concetto di prova illegale, con accenti in parte diversi. Vediamo in che modo. Correttamente si afferma che se la prova vietata ai sensi dell'art. 271 c.p.p. è inutilizzabile *tout court*, non è consentito alcun recupero neppure in «ambiti ed a fini diversi da quelli del processo penale». Ragionare altrimenti imporrebbe una sorta di degradazione dell'inutilizzabilità, non prevista dalla legge.

Attribuito il corretto significato alla sanzione processuale resta aperta la questione della rilevabilità del vizio nel giudizio *ad quem*. Il procedimento di prevenzione, infatti, si pone come attività giurisdizionale autonoma¹⁶⁵ rispetto al rito penale, il quale, peraltro, potrebbe essere o già concluso con sentenza irrevocabile ovvero ancora pendente. Nel primo caso, l'avvenuta dichiarazione dell'inutilizzabilità della prova porta con sé, ai sensi dell'art. 271 c.p.p., l'obbligo di distruzione del materiale fonico. Il fatto cioè che la validità della prova sia stata oggetto di approfondite valutazioni nel giudizio di cognizione induce a ritenere che la declaratoria provochi effetti diretti nel procedimento di prevenzione. Del resto, a rigore, le captazioni dovrebbero essere già distrutte. Se, invece, il procedimento penale è tuttora in corso la risposta non è così immediata. La legge riconosce al giudice della prevenzione il potere di trarre elementi di conoscenza dalla fase di cognizione al fine di elaborare il giudizio di pericolosità. Il passaggio di informazioni è, dunque, fisiologico. La dottrina¹⁶⁶, inoltre, estende alla procedura *extra* penale le norme in materia di prova, cosicché per tale via entrerebbero anche le regole generali in materia di invalidità dell'atto probatorio.

Le Sezioni unite tacciono sul punto specifico, preoccupandosi esclusivamente di sancire la vincolatività dell'avvenuta declaratoria di illegalità della prova.

Gli studiosi, invero, hanno tentato di rispondere alla *quaestio* interpretando

¹⁶⁵ Oltre all'affermata autonomia tra i due procedimenti è stato escluso qualsiasi rapporto di pregiudizialità tra i due riti vedi S. BELTRANI, *Intercettazioni inutilizzabili e procedimento di prevenzione: la fine di un equivoco*, cit., p. 3069; in generale G. FIANDACA, *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. pen.*, Utet, 1994, p. 108; G. MELILLO, *Misure di prevenzione (profili processuali)*, in *Dig. pen.*, cit., p. 125.

¹⁶⁶ L. FILIPPI, *Il procedimento di prevenzione: patrimoniale. Le misure antimafia tra sicurezza pubblica e garanzie individuali*, CEDAM, 2002; P. V. MOLINARI, (voce) *Misure di prevenzione*, in *Enc. dir.*, vol. II, Agg. Giuffrè, 1998, p. 551.

analogicamente la giurisprudenza relativa all'art. 270 c.p.p. ed in particolare le più volte citate Sezioni unite¹⁶⁷. Il passo suscettibile di applicazione riguarderebbe l'onere incombente su ciascuna parte di provare i fatti processuali che adduce. Anche nel procedimento di prevenzione, dunque, similmente alla circolazione probatoria tra procedimenti penali, le parti potrebbero sollevare le questioni di utilizzabilità delle intercettazioni, purché alleghino i fatti che intendono provare.

Qualora si intendesse accogliere questa tesi è possibile svolgere qualche considerazione ulteriore. Vi sarebbe, infatti, una differenziazione sotto il profilo della deducibilità del vizio tra procedimento promosso per ottenere la riparazione da ingiusta detenzione e procedura di prevenzione. Nella prima sede, si è visto, la dottrina nega alle parti il potere d'eccezione; non così nella seconda, riconoscendo, implicitamente, maggiore autonomia al procedimento di prevenzione.

Sotto altro profilo, nel procedimento di prevenzione, verrebbe meno la critica mossa al divieto di sollecitare la rilevazione della patologia nel giudizio promosso per ottenere la riparazione per ingiusta detenzione.

Infine, anche in relazione al procedimento di prevenzione si potrebbe recuperare quanto detto in generale in relazione all'operatività del vizio delle captazioni nella sede *ad quem*. Il ragionamento delle Sezioni Unite¹⁶⁸ assunto a principio generale, cioè, finirebbe con eliminare una caratteristica del vizio, ossia la rilevabilità *ex officio*, ristretta alle sole ipotesi in cui risulti dagli atti che si intende acquisire.

Ancora una volta l'invalidità sarebbe lasciata alla disponibilità delle parti, a loro volta condizionate dagli atti del primo procedimento che riusciranno (o meno) a conoscere.

¹⁶⁷ Cass. Sez. Un., 17 novembre 2004, n. 45189, cit., prese a modello da SECHI, *Intercettazioni e procedimento di prevenzione*, cit., p. 1091.

¹⁶⁸ Cass. Sez. Un., 17 novembre 2004, n. 45189, cit.

CONCLUSIONI

Al termine di questo percorso interpretativo si è visto come la circolazione dei vizi della prova, proprio perché materia non regolata dal codice, è fenomeno difficile da dominare. La sua natura di questione “trasversale”, infatti, ha imposto una catalogazione e una conseguente disciplina differenziata a seconda della natura del vizio o dell’atto che viene in gioco, del tipo di provvedimento con cui la patologia è stata – o meno – rilevata ovvero del procedimento in cui la prova nasce e poi trasmigra.

I punti fermi che si è in grado di indicare sono molteplici, pur se discutibili. *In primis*, in ossequio alla disciplina delle invalidità – sulla carta rigorosa – la prova per circolare deve essere valida. L’assunto implica soluzioni distinte. Se il vizio è sancito in un provvedimento dotato del crisma dell’irrevocabilità, l’eventuale tentativo di trasmigrazione dell’atto è impedito dalla forza cogente del punto della pronuncia che di esso si occupa. Ignorare la forza di giudicato a monte della specifica *quaestio iuris* produrrebbe l’effetto di travalicare le regole in materia di legalità della prova: essa potrebbe riemergere in altra sede nonostante sia stata – definitivamente – giudicata viziata. Del tutto diverso, o meglio speculare, il caso in cui la sentenza irrevocabile non si occupi delle patologie. Le parti del giudizio in cui l’atto probatorio potrebbe essere ri-utilizzato conservano il pieno diritto di sindacarne la validità in ordine all’ammissione e all’acquisizione: difettando la *vis* del giudicato non c’è ragione di derogare alla ordinaria disciplina delle invalidità.

Poste queste premesse – consapevoli dell’essere comunque frutto di una scelta sbilanciata verso l’espansione della norme in tema di vizi degli atti – due sono i corollari.

Nessun effetto preclusivo può essere riconosciuto alle decisioni suscettibili di modificazioni, tra cui rientrano senz’altro quelle assunte in sede *de libertate*: i limitati effetti vincolanti nascono e muoiono all’interno della fase incidentale.

Infine, i rapporti tra riti entrambi pendenti. La richiesta di dare ingresso a prove venute in essere in altro procedimento comporta una trasformazione giuridica delle stesse: l’atto probatorio del primo giudizio diviene a tutti gli effetti atto del secondo. Da ciò discende che i protagonisti di quest’ultimo non incontrano limite alcuno neppure se, in ipotesi, il difetto della prova fosse stato sanato nella prima sede. L’affermazione si spiega tendendo a mente che eventuali fatti successivi provenienti dalle parti del giudizio *a quo* sono irrilevanti nel rito *ad quem*. L’ambito di validità della prova, infatti, deve essere valutato esclusivamente alla luce dell’imputazione e dei soggetti del secondo giudizio.

Non si nasconde che queste conclusioni si scontrano con problematiche di carattere pratico, prima fra tutte, sulla base di quali atti individuare e conseguentemente eccepire o

rilevare *ex officio* la patologia. La questione, invero, potrebbe essere – solo in parte – superata aderendo alla giurisprudenza di legittimità che crea oneri in capo alla parte interessata alla rilevazione del vizio.

Senonché, non si può (né si vuole) dimenticare, da un lato, che i vizi destinati a circolare – perlomeno nullità diverse dalle relative e inutilizzabilità oggettiva patologica – sono rilevabili per espressa disposizione di legge anche d'ufficio; dall'altro, che riconoscere il potere delle parti di eccepire la patologia sorta *aliunde* in assenza di strumenti che permettano di venirne a conoscenza, significa attribuire un diritto, di fatto, monco.

La soluzione, tuttavia, non sta nell'affievolire il diritto riconosciuto, si noti, a garanzia della validità delle conoscenze su cui la decisione si fonda, ma nell'operare affinché la difesa e l'accusa abbiano gli strumenti per trattare realmente l'atto probatorio del primo rito come atto del secondo. Per far ciò basterebbe, ad esempio, prevedere, in via interpretativa, la trasmissione dei decreti che hanno autorizzato le captazioni nel primo procedimento, ovvero acquisire il verbale di prova unitamente a tutti gli atti che la stessa riguardano.

È certo un meccanismo dispendioso. Non pare però coerente con lo spirito del nuovo codice (o con quel che ne resta) elidere garanzie allo scopo di favorire la circolazione delle prove.

L'utilità – anche in termini di ragionevole durata – delle norme in tema di trasmigrazione delle prove non può prevaricare il sistema delle invalidità, sia che si tratti del giudizio in cui la prova nasce, sia di quello in cui viene successivamente utilizzata.

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *Criteri direttivi per una riforma del processo penale*, Giuffrè, 1965;
- AA. VV., *Connessione di procedimenti e conflitti di competenza*, Giuffrè, 1976, a cura di E. AMODIO-O. DOMINIONI-G. GALLI, *Nuove norme sul processo penale e l'ordine pubblico (le leggi dell'8-8-1977)*, Giuffrè, 1978;
- AA.VV., *Percorsi di procedura penale. Dal garantismo inquisitorio a un accusatorio non garantito*, a cura di V. PERCHINUNNO, Giuffrè, 1996;
- ALLORIO E., *Efficacia di prove ammesse ed esperite in contrasto con un divieto di legge?* in *Giur. it.* 1960, I, c. 871;
- AMODIO E., *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1973, p. 310 ss;
- , *Diritto al silenzio o dovere di collaborazione? A proposito dell'interrogatorio dell'imputato in un libro recente*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, p. 419;
- , voce *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, 1977, p. 243;
- , *Fascicolo processuale e utilizzabilità degli atti*, in AA. VV., *Lezioni sul nuovo processo penale*, Giuffrè, 1990, p. 172-173;
- , *Ragionevole durata del processo, abuse of process e nuove esigenze di tutela dell'imputato*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 797 ss;
- , *Giustizia penale negoziata e ragionevole durata del processo*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3406;
- , *Garanzie oggettive per la pubblica accusa? A proposito di garanzie difensive e giudizio abbreviato nel quadro costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 17;
- , *Il fascino ingannevole del pregiudizio effettivo (a proposito di abuso del processo)*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3596;
- ANGELETTI C., *Controlli dibattimentali sulla legalità delle intercettazioni*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2089;
- ANGELONI G., *Note in tema di intercettazioni inutilizzabili* in *Giur. It.*, 2010, p. 10;
- APRATI R., *I registri del pubblico ministero. Tra notizia di reato e effetti procedurali*, CEDAM, 2001;
- , *Prove contraddittorie e testimonianza indiretta*, CEDAM, 2007;
- , *Efficacia preclusiva locale del provvedimento di archiviazione e criteri di priorità "negativi"* in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 422;
- BARGIS M., *Incompatibilità a testimoniare e concorso di reati*, Giuffrè, 1980;
- , *Procedimento de libertate e giudicato cautelare*, in *Presunzione di non colpevolezza e*

- disciplina delle impugnazioni*, Atti del Convegno, Foggia-Mattinata 25-27 settembre 1998, Giuffrè, 2000, p. 174;
- , *Impugnazioni*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di Conso-Grevi, CEDAM, 2010 p. 1004;
- BELTRANI S., *Intercettazioni inutilizzabili e procedimento di prevenzione: la fine di un equivoco* in *Cass. pen.*, 2010, p. 3049;
- BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, 1994, ESI.
- BETTIOL G., *Riflessioni aperte dalla legge in materia di applicazione della pena su richiesta*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 228;
- BONETTO G. F., *L'introduzione della prova testimoniale nella fase degli atti predibattimentali*, in *Riv. it. dir e proc. pen.*, 1962, p. 43;
- BONINSEGNA G., *Brevi note intorno al nuovo art. 238 del codice di procedura penale*, in *A. n. proc. pen.*, 1993, p. 361 ss;
- BRUNO P., (voce) *Intercettazioni di comunicazioni o conversazioni*, in *Dig. pen.*, vol. VII, Utet, 1993, p. 203;
- BUSETTO M., *Giudice penale e sentenza dichiarativa di fallimento*, Giuffrè, 2000;
- , *Il contraddittorio inquinato*, CEDAM, 2009;
- CALAMANDREI P., *La sentenza civile come mezzo di prova*, in *Opere giuridiche*, Morano, 1965, p. 127;
- CALAMANDREI I., *Verbali di prove documenti acquisibili da altri procedimenti dopo la riforma del 1992*, in *Giust. Pen.*, 1993, III, c. 88 ss;
- , *La prova documentale*, CEDAM, 1995;
- , *Le nuove regole sulla circolazione probatoria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, p. 160
- CALVANESE E., *Osservazioni a Cass. pen., sez. un., 19 dicembre 2006 n. 14535* in *Cass. pen.*, 2007, p. 3229;
- CAMON A., *Le intercettazioni nel processo penale*, Giuffrè, 1996;
- , *Le riprese visive come mezzo di indagine: spunti per una riflessione sulle prove incostituzionali*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1188;
- CANTONE R., *L'utilizzazione delle intercettazioni telefoniche in "procedimenti diversi"*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 1437;
- , *L'elaborazione giurisprudenziale sull'art. 270 c.p.p.: brevi riflessioni*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2043;
- , *La circolazione probatoria tra procedimenti. Le modifiche introdotte dalla legge 63/2001*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2561;
- CANZIO G.- MARZADURI E. – SILVESTRI G., *Preclusioni processuali e ragionevole durata del*

processo. Opinioni a confronto in Criminalia, 2008, p. 241 ss.;

CAPONE A., *Il principio di decisività dei vizi della sentenza nel controllo della corte di cassazione*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1463;

CAPPELLETTI M., *Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, p. 556;

CARATTA A., *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Giuffrè, 1995;

CAPRIOLI F., *Colloqui riservati e prova penale*, Giappichelli, 2000;

-, *Il processo penale dopo la legge Carotti*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 293;

-, (sub) *Art. 606 c.p.p.*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. CONSO- V. GREVI, CEDAM, 2004, p. 2089;

-, *Il modello sperimentale: l'incidenza della decisione cautelare sul processo penale*, relazione svolta nel corso dell'incontro internazionale di studio "Libertà e cautele nel processo penale. La dimensione incidentale e i rapporti tra procedimento penale e giudizio cautelare", Siracusa 15 maggio 2010, inedito;

-, *Abuso del diritto di difesa e nullità inoffensive*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 2444;

CARNELUTTI F., *Teoria del falso*, CEDAM, 1953;

-, *Chiosa a Cordero*, in *Riv. dir. proc.* 1961, p. 624.;

CARULLI N., *Luci e ombre nella legislazione processuale d'agosto: in particolare la l. 8 agosto 1977 n. 532 e 534 in Giur. mer.*, 1977, parte IV, p. 1279;

CASIRAGHI S., *Prove vietate e processo penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, p. 1768;

CATALANO, *L'accertamento dei fatti processuali*, in *I. pen.*, 2002, p. 521;

CERESA GASTALDO M., *Il riesame delle misure coercitive nel processo penale*, Giuffrè, 1993;

-, *Sulla persistenza dell'interesse all'impugnazione dei provvedimenti cautelari revocati*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, p. 1610;

CERULLI IRELLI V., *Lineamenti del diritto amministrativo*, II° ed., Giappichelli, 2010;

CESARI C., *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, Giuffrè, 1999;

CIANI G., (sub) *Art. 627 c.p.p.* in AA. VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di CHIAVARIO M. , vol. VI, Utet, 1991, p. 317;

CONSO G., *Concetto e le specie di invalidità, Introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*, Giuffrè, 1955;

-, *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Giuffrè, 1955;

-, *La sanatoria delle nullità assolute nel processo penale*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1956, p. 550;

CONSO G. - GREVI V. -NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi*

- delega ai decreti delegati*, vol. I, *La legge delega del 1974 e il progetto preliminare del 1978*, CEDAM, 1989;.
- CONTIC., *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, CEDAM, 2007;
- , *Nullità e inutilizzabilità: problemi attuali e prospettive di riforma*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1653;
- , *Volto attuale dell'inutilizzabilità: derive sostanzialistiche e bussola della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 781;
- , *Intercettazioni illegali: la corte costituzionale riequilibra un bilanciamento claudicante*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 195;
- , *Harmonized precedents: le Sezioni unite tornano sul principio di preclusione*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 687;
- , *Intercettazioni e inutilizzabilità: la giurisprudenza aspira al sistema*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 3638;
- COPPETTA M. G., *La riparazione per ingiusta detenzione*, CEDAM, 1993;
- , *Riflessioni sulla sussistenza dell'interesse ad impugnare, per fini riparatori, la misura custodiale revocata* in *Cass. pen.*, 1994;
- , (voce) *Riparazione per ingiusta detenzione*, in *Enc. Giur.*, 2001, XXVII, p. 6
- CORDERO F., *Considerazioni sul principio di identità del fatto*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1958, p. 941
- , *Nullità per inosservanza del termine e «bisogno di tutela giuridica»* in *Scuola pos.*, 1961, oggi in *Ideologie del processo penale*, Giuffrè, 1966 p. 68;
- , *Nullità, sanatorie e vizi innocui*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1961, p. 684;
- , *Il procedimento probatorio*, in *Tre studi sulle prove penali*, Giuffrè, 1963, p. 74;
- , *Procedura penale*, II ed., Giuffrè, 1971;
- , *Procedura penale*, Giuffrè, 1987;
- , *Procedura penale*, Giuffrè, 9° ed., 2012;
- CORSO P.M., *Notizie anonime e processo penale*, CEDAM, Padova, 1977;
- CORVIP., *Questioni pregiudiziali e processo penale*, CEDAM, 2007;
- DEL COCO R., *Disponibilità della prova e accordi tra le parti*, Giuffrè, 2004;
- DE GREGORIO G. G., *Brevi considerazioni a margine dei concetti di "stesso procedimento" e di "procedimento diverso" ai fini dell'utilizzabilità dibattimentale del contenuto degli interrogatori*, in *Cass. pen.*, 1991, p. 1002;
- , *Diritti inviolabili dell'uomo e limiti probatori nel processo penale*, in *Foro it.*, 1992, I, c. 3257;
- , *L'inutilizzabilità*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, in

CHIAVARIO M.-MARZADURI E., *Le prove*, vol. I, Utet, 1999, p. 214;

DE LEO G., *Vecchio e nuovo in materia di intercettazioni telefoniche riguardanti reati non previsti nel decreto di autorizzazione*, n *Foro it.*, 1986, II, c. 19;

DE LUCA G., *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Giuffrè, 1963;

-, (voce) *Giudicato*, in *Enc. giur.*, vol. XV, Treccani, 1989, p. 4

DEL POZZO C. U., *Le impugnazioni penali*, CEDAM, 1951;

DE MATTEIS L., *Condanna da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo e revoca del giudicato* in *Cass. pen.*, 2009, p. 1474;

DI BITONTO M. L., *Profili dispositivi dell'accertamento penale*, Giappichelli, 2004;

DI CHIARA G., *Cestinazione, declaratoria di improponibilità dell'azione penale e notizie anonime*, in *Cass. pen.*, 1989, p. 88;

-, *Le nullità*, in *Atti del procedimento: forma e struttura*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, a cura di CHIAVARIO M.- MARZADURI E., Giappichelli, 1996, p. 231;

-, *Processo penale e pregiudizialità*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, a cura di CHIAVARIO M.- MARZADURI E., Utet, 2002, p. 3

-, *Revisione, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e violazione delle regole del giusto processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 537;

DINACCI F., *Il Giudizio di rinvio nel processo penale*, CEDAM, 2002;

-, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Giuffrè, 2008;

DOMINIONI O., *Artt. 117-185*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, vol. II, diretto da E. AMODIO, O. DOMINIONI, Giuffrè, 1989, p. 260;

-, *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), Giuffrè, 1998, p. 89;

ESPOSITO E., *Onere della prova*, in *Dig. pen.*, Utet, 2008, p. 744.

FERRAIOLI M., *Acquiescenza (dir. proc. pen.)* in *Enc. Giur.* I, 2007

-, *La separazione delle fasi: limiti e proiezioni di uno schema*, in AA.VV., *Studi in memoria di G. Pisapia*, vol. II, Giuffrè, 2000, p. 268;

FERRUA P., *Oralità nel giudizio e letture di deposizioni testimoniali*, Giuffrè, 1981;

-, *Il giudizio penale*, in *La prova nel dibattimento penale*, P. FERRUA- F.M. GRIFANTINI, G. ILLUMINATI, R. ORLANDI, Giappichelli, 2010;

-, *Il giusto processo*, 3° ed., Zanichelli 2012;

FIANDACA G., *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. pen.*, Utet, 1994, p. 108;

FILIPPI L., *L'intercettazione di comunicazioni*, Giuffrè, 1997;

- , *Ascolto e trascrizione di telefonate dell'inquisito: sommarie informazioni o prova incostituzionale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1395
- , *Il procedimento di prevenzione: patrimoniale. Le misure antimafia tra sicurezza pubblica e garanzie individuali*, CEDAM, 2002;
- FURGIUELE A., *Concetto e limiti dell'acquiescenza*, Jovene, 1998;
- GALANTINI N., *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, CEDAM, 1992;
- , *Considerazioni sul principio di legalità processuale*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1993;
- , *Inutilizzabilità della prova e diritto vivente*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, p. 83;
- GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, CEDAM, 4° ed, 2004;
- GALLI G., *L'inammissibilità dell'atto processuale penale*, Giuffrè, 1968;
- GARUTI G., *La formazione del fascicolo per il dibattimento*, in *Le recenti modifiche al codice di procedura penale, commento alla Legge 16 dicembre 1999, n. 479 (c.d. Legge Carotti) integrata e corretta dal Decreto-legge 7 aprile 2000, n. 82 convertito, con modificazioni, in Legge 5 giugno 2000, n. 144*, a cura di KALB L., Giuffrè, 2002, p. 537;
- GIARDA A., *Patteggiamento sulla pena, accertamento del reato e requisiti soggettivi per le procedure di affidamento degli appalti*, in *Corr. merito*, 2006, p. 102;
- GIANNONE A., *Le impugnazioni delle misure cautelari personali*, in AA. VV. *Libertà e cautele nel processo penale*, coordinati da CHIAVARIO M., Utet, 1996;
- GIOSTRA G., *Pubblico ministero e polizia giudiziaria nel processo di parti*, in *Pol. dir.*, 1994, p. 46;
- GIUNCHEDÈ F., *Fatto (dir. proc. pen.)*, in *Dig. pen.*, 2008, p. 321;
- GREVI V., *Nemo tenetur se detegere. Interrogatorio dell'imputato nel processo penale italiano*, Giuffrè, 1972;
- , *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche*, in *Giur. cost.*, 1973, p. 316;
- , *La nuova disciplina delle intercettazioni telefoniche*, Giuffrè, 1979;
- , *Dichiarazioni dell'imputato su fatto altrui, diritto al silenzio e garanzie del contraddittorio (dagli insegnamenti della Corte costituzionale al progetto nuovo modello di giusto processo)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, p. 821;
- , *Basta il solo consenso dell'imputato per utilizzare come prova le investigazioni difensive nel giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 3671;
- , *Ancora su contraddittorio e garanzie difensive nel giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1304;
- GRIFANTINI F. M., (voce) *Inutilizzabilità*, in *Dig. pen.*, vol. VII, Utet, 1990, p. 249;
- GROSSO D., *Trasmissione di atti informazioni e dati nel processo penale*, Giuffrè, 1987;

- IAFISCO L., *La sentenza penale come mezzo di prova*, Giappichelli, 2002;
- , *Acquisizione della prova sentenza ex art. 238 bis c.p.p. e contraddittorio nel momento di formazione della prova*, in *Giur. cost.*, 2009 p. 217;
- IASEVOLI C., *Le nullità nel sistema processuale penale*, CEDAM, 2008;
- , *La nullità nel processo partecipato: ovvero legalità e garanzie nell'etica della responsabilità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, p. 669;
- ILLUMINATI G., *La disciplina processuale delle intercettazioni*, Giuffrè, 1983;
- , *La giurisprudenza costituzionale in tema di oralità e contraddittorio*, in AA. VV., *I nuovi binari del processo penale: tra giurisprudenza costituzionale e riforme*, Atti del Convegno presso l'Università di Napoli, (Caserta- Napoli, 8-10 dicembre 1995), in ricordo di Gian Domenico Pisapia, Giuffrè, 1996;
- , *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010, p. 522;
- , *Il tema: abuso del processo, legalità processuale e pregiudizio effettivo*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3593;
- KALB L., *Il documento nel sistema probatorio*, Giappichelli, 2000;
- , *Un binomio inscindibile. Intercettazioni di comunicazioni e garanzie tra prassi e prospettive di riforma 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, Giuffrè, 2009, p. 322;
- KOSTORIS R., *Verso un processo non più stato-centrico*, in AA. VV., *Giurisprudenza europea: nuovi scenari dopo il caso Dorigo e gli interventi della Corte costituzionale*, a cura di BALSAMO E.-KOSTORIS R., Giappichelli, 2008, p. 3;
- , *Diversa qualificazione giuridica del fatto in Cassazione e obbligo di conformarsi alle decisioni della Corte europea dei diritti umani: considerazioni sul caso Drassich*, in *Giur. it.*, 2009, p. 11;
- LAVARINI B., *Revoca e riesame delle misure coercitive* in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995 p. 529;
- LEMMO E. , *Questioni pregiudiziali III) dir. pen. proc.* in *Enc. giur.*, Treccani, vol. XXV, 1991, p. 2;
- LEO G., *Ne bis in idem e principio di preclusione processuale* in *Corr. mer.*, 2006, p. 239;
- , *L'abuso del processo nella giurisprudenza di legittimità (I parte)* in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 509;
- LEONE G., *Il sistema delle impugnazioni penali*, Iovene, 1935;
- , *Trattato di diritto processuale penale*, vol. I, Napoli;

- LORUSSO S., *Un'impropria utilizzazione del concetto di giudicato penale: il c.d. ne bis in idem cautelare*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 649;
- LOZZI G., *Favor rei e processo penale*, Giuffrè, 1968;
- , *Prove invalide non utilizzate e declaratoria di nullità*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1978, p. 443
- , *I limiti all'acquisizione degli atti processuali ex art. 144-bis c.p.p.* in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1988, p. 316;
- , *I principi del dibattimento*, in *Riflessioni sul nuovo processo penale*, Giappichelli, 1992;
- , *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, in AA. VV., *I riti differenziati nel nuovo processo penale*, (Atti del convegno di Salerno 30 settembre 2 ottobre 1988), Giuffrè, 1990, p. 56;
- , *I principi dell'oralità e del contraddittorio nel processo penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, p. 669;
- , *Il patteggiamento e l'accertamento di responsabilità: un equivoco che persiste*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1998, p. 1396;
- , *Una sentenza sorprendente in tema di patteggiamento allargato*, *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2004, p. 671;
- , *Lezioni di procedura penale*, II° ed., Giappichelli, 2000;
- , *Lezioni di procedura penale*, VII° ed., Giappichelli, 2008;
- , *Lezioni di procedura penale*, VIII° ed., Giappichelli, 2010;
- LUPARIA L., *La maschera e il volto della preclusione nei delicati equilibri del rito penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, p. 135;
- MACCHIA A., *Nullità: quando una garanzia della difesa può diventare uno strumento di abuso. La scelta delle Sezioni unite imporrà nuovi accertamenti in fatto*, in *D&G Dir. e giust.* 2005, p. 38;
- MACRILLÒ A., *Nullità derivante dalla mancata citazione dell'imputato presso il domicilio eletto* in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 715.
- MANCUSO E.M., *L'art. 270 c.p.p.: circolazione della prova e "memoria della sua genesi"* in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2005, p. 1212;
- MANZINI V., *Trattato di diritto processuale italiano*, vol. III, Unione tipografico-editrice torinese, 1972;
- MARAFIOTI L., *Trasmigrazione di atti, prova "per sentenze" e libero convincimento del giudice*, in *Studi sul processo penale in ricordo di Assunta Mazzarra*, a cura di GAITO, CEDAM, 1996, p. 257;
- MARZADURI E., *Questioni pregiudiziali (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, vol.

XXXVIII, 1987, p. 81;

-, (sub) *Art. 2*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di CHIAVARIO M., vol. I, Utet, 1990, p. 79;

-, (sub) *Art. 3* in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cura di CHIAVARIO M., vol. I, Utet, 1990, vol. I, 1989, p. 84;

-, *Brevi considerazioni sui poteri del giudice nell'applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *Cass. pen.*, 1990, p. 727

-, *Misure cautelari personali (principi generali e disciplina)*, in *Dig. pen.*, vol. VIII, Utet, 1994, p. 70.

-, *Commento alla legge 12 giugno 2003, n. 134*, in *Leg. pen.*, 2003, p. 242

-, *La prova negoziata e l'art. 111 Cost.: tra deroga al contraddittorio e profili dispositivi dell'accertamento penale*, in AA. VV., *Eccezioni al contraddittorio: un itinerario attraverso la giurisprudenza*, a cura di DI CHIARA G., Giappichelli, 2009, p. 189;

MASSA C., *L'acquiescenza nel processo penale*, Jovene, 1942;

MAZZA O., *La procedura penale*, in *Gli speciali di Dir. pen. proc., Europa e giustizia penale*, 2011, a cura di VIGANÒ F.-MAZZA O., p. 46;

MELCHIONDA A., *Prove illegali e prove illecite nel futuro processo penale*, in *Riv. pen.*, 1977, p. 129;

MELILLO G., *Misure di prevenzione (profili processuali)*, in *Dig. pen.*, vol. VIII, Utet, 1994, p. 125;

MENNA M., *La ragionevole durata del processo in relazione a sindacati incidentali ed ai processi cumulativi*, in *Dir. pen. proc.* 2011, p. 921;

MILANI L., *Sul diritto del difensore alla piena conoscenza delle risultanze delle intercettazioni u*

utilizzate nel procedimento cautelare: le sezioni unite non sciolgono tutti i dubbi in *Cass. pen.*, 2011, p. 461;

MOLINARI P.V., (voce) *Misure di prevenzione*, in *Enc. dir.*, vol. II, Agg. Giuffrè, 1998, p. 551;

MONTAGNA A., *Ne bis in idem e sentenza non irrevocabile: si allarga l'ambito delle preclusioni* in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1349;

MORELLI F., *L'ammissibilità di nuovi elementi probatori a carico nell'appello de libertate*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 363;

MOROSINI, *Il principio del giusto processo nei procedimenti in corso*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 334;

NAPPI A., *Connessione dei procedimenti nel diritto processuale penale*, in *Dig. pen.*, vol.

III, Utet, 1989, p. 61;

NEGRI D., *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Giappichelli, 2004;

NEGRI D.-CARNEVALE S., *Corte europea e iniquità del giudicato penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 1229;

NOBILI M., *Il principio del libero convincimento del giudice*, Giuffrè, 1976;

-, *Commento all'art. 25, 1° cost., rapporti civili in Commentario alla costituzione*, Scajola-Branca, 1981, p. 214;

-, *Divieti probatori e sanzioni*, in *Foro it.*, 1989, p. 642;

-, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Clueb, 1989, p. 162;

-, *Il diritto delle prove e un rinnovato concetto di prova*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di CHIAVARIO M., vol. II, Utet, 1990, p. 381;

-, *Concetto di prova e regime di utilizzazione degli atti nel nuovo codice di procedura penale*, in *Giust. pen.* 1990, p. 286.

-, *L'accusatorio sulle labbra, l'inquisitorio nel cuore*, *Crit. dir.*, 1992, p.11

NUVOLONE P., *Contributo alla teoria della sentenza istruttoria penale*, Vita e pensiero, 1943;

ORLANDI R., *Atti e informazioni dell'autorità amministrativa nel processo penale*, Giuffrè, 1993;

-, *Le peculiarità di tipo probatorio nei processi di criminalità organizzata*, in *Crit. dir.*, 1999, p. 533;

-, *Nuove norme sui procedimenti speciali e altre modifiche al codice di procedura penale*, *Compendio di procedura penale App. agg.*, a cura di CONSO G- GREVI V., CEDAM, 2001, p. 92

-, *(sub) Art. 343*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di CONSO G.- GREVI V., CEDAM, 2004, p. 75;

-, *Procedimenti speciali*, in *Compendio di procedura penale*, cura di CONSO G.- GREVI V., CEDAM, 2004, p.

-, *Abuso del diritto o diritto all'abuso?* in *Cass. pen.*, 2012, p. 3599;

PADOVANI T., *Il consenso nel diritto e nella procedura penale*, in *Leg. Giust.*, 2004, p. 90;

-, *A.D.R. sul c.d. abuso del processo*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3605;

PALAZZO F., *L'abuso del processo e i suoi rimedi tra legalità processuale e legalità sostanziale*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3609;

PAOLA F., *Questioni pregiudiziali*, in *Dig. pen.*, Utet, 1995, 4° ed., p. 599;

PANIZZA S., *Illegittimo il vincolo legale alle determinazioni del pubblico ministero in*

relazione all'esercizio dell'azione penale a seguito di pronuncia della Corte di cassazione in ordine alla insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza: ancora un intervento sulla l. n. 46 del 2006, questa volta in forza degli artt. 3 e 112 Cost. in Giur. Cost. 2009, p.

PANZAVOLTA M., voce *Nullità*, *Enc. dir.*, vol. XXI, AGG. 2005, p. 2;

-, *Un altro tassello della "giusta riparazione": no all'impiego delle intercettazioni dichiarate inutilizzabili nel giudizio di merito*, in *Giur. it.*, 2010, p. 4;

-, *Contributo allo studio dell'invalidità derivata nel processo penale*, Aras, 2012;

PARLATO, *Revisione e processo iniquo: la Corte costituzionale "getta il cuore oltre l'ostacolo"* in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 833;

PERONI F., *Intercettazioni telefoniche contra ius ed usi eterodossi della documentazione fonografica*, in *Giur. it.*, 1994, II, c. 603;

-, *Sulla nozione di "procedimenti diversi" ai fini dell'utilizzabilità ei risultati delle intercettazioni telefoniche* in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 688;

-, *Diniego di copia di un'audiocassetta alla difesa e conseguente inutilizzabilità della prova documentale* in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1298;

-, *All'interno del medesimo procedimento, intercettazioni utilizzabili anche rispetto a reati diversi da quelli per cui è stata concessa l'autorizzazione* in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 1458;

PIERRO G., *L'inutilizzabilità nel processo penale, struttura e funzione del vizio*, ESI, 1992, p. 63;

PISANI M., *Le prove. Appunti sul titolo I, Libro III, del Progetto di un nuovo codice di procedura penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1976, p. 1178;

PISA P., (voce), *Intercettazioni telegrafiche e telefoniche*, diritto penale, in *Enc. giur.*, vol. XVIII, Giuffrè, p. 5;

PRESUTTI D., *Legalità discrezionalità nella disciplina della nullità processuali penali*, in *Riv. it. dir. pen. proc. pen.*, 1976, p. 1185;

PERCHINUNNO V., *I limiti soggettivi della testimonianza nel processo penale*, Giuffrè, 1972; *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale* in G.U., 24 ottobre 1988, n. 250, (suppl. ord. n. 2), p. 61;

PRIMICERIO L., *Il deposito dei decreti autorizzativi delle intercettazioni telefoniche nel procedimento ad quem: una garanzia per l'indagato*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 352;

PROCACCANTI T., *La formazione del fascicolo per il dibattimento in assenza del contraddittorio fra le parti*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 337;

Relazione al testo definitivo del codice di procedura penale, in G.U., 24 ottobre 1988, n. 250 (suppl. ord. n. 2), p. 181;

QUATTROCOLO S., *Giudicato interno e condanna della Corte Europea dei diritti dell'uomo:*

la Corte di cassazione "inaugura" la fase rescissoria in *Cass. pen.*, 2010, p. 2622;

RAFARACI T., *Le nuove contestazioni nel processo penale*, Giuffrè, 1996;

-, *Nullità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir., Agg.*, vol. II, Giuffrè, 1998, p. 600;

RICCIO G., *Note sulla ragionevole durata del processo penale*, in *Cass. pen.* 2011, p. 4524;

ROMBIN., *La circolazione delle prove penali*, CEDAM, 2003;

ROMEO E., *La continuazione ancora senza certezze* in *Cass. pen.*, 1994, p. 2027;

ROSSI D., *I presupposti delle intercettazioni telefoniche*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1987, p. 604;

RUGGERI S., *Il procedimento per decreto penale. Dalla logica dell'accertamento sommario alla dinamica del giudizio* Giappichelli, 2008;

SANTALUCIA G., *Stesso procedimento e pluralità di reati nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, in *Giust. Pen.*, 1996, III; cc., 258;

-, *La notificazione per mezzo del difensore di fiducia: ragioni ed ambito applicativo del nuovo strumento di semplificazione processuale*, in *Cass. pen.* 2008, p. 4014;

SCARCELLA A., *Domicilio dichiarato o eletto e nullità della notifica presso il difensore di fiducia* in *Cass. pen.*, 2009, p. 1581;

SCOMPARIN L. M., *Incostituzionale l'archiviazione coatta: quali prospettive per il controllo giurisdizionale sul dovere di inazione del pubblico ministero?* in *Giur. cost.* 2009, p. 1131;

SCELLA A., *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, Giappichelli, 2002;

-, *Tutela del contraddittorio e utilizzazione di prove formate in altri procedimenti*, in *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, a cura di KOSTORIS, Giappichelli, 2002, p. 95;

SECHI P., *Nullità assolute e durata ragionevole dei processi: prassi applicative e riflessioni de jure condendo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, p. 250;

SIRACUSANO D., *Le Prove*, in *Diritto processuale penale*, Giuffrè, 2011, p. 327;

SPAGNOLO P., *I poteri cognitivi e decisori del tribunale della libertà investito dell'appello de libertate del pubblico ministero: i confini tra devolutum e novum* in *Cass. pen.*, 2004, p. 2746;

-, *Il tribunale della libertà: tra normativa nazionale e normativa internazionale*, Giuffrè, 2008;

SQUASSONI C., *Commento all'art. 238*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di CHIAVARIO M., vol. II, 1990, p. 656;

TARUFFO M., *La prova dei fatti giuridici processuali*, Giuffrè, 1992;

-, *La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti*, Laterza, 2009;

TASSI A., (sub) *Art. 521 c.p.p.* in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura

di CONSO G.- GREVI V., CEDAM, 2004, p. 1837;

TONINI P., *Disciplina della prova e durata ragionevole del processo penale*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 332;

UBERTIS G., *Documenti e oralità nel nuovo processo penale*, in *Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale, Studi in onore di G. Vassalli*, vol. II, Giuffrè, 1991, p. 29;

-, *La prova penale. Profili giuridici e epistemologici*, Giappichelli, 1995, p. 62

-, *Prova e contraddittorio*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1183;

-, *Giusto processo e contraddittorio in ambito penale*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 2104;

-, *Azione penale contraddittorio e durata ragionevole del processo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, p. 130;

-, *Neutralità metodologica del giudice e principio di acquisizione processuale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, p. 16;

VALENTINI E., *La poliedrica identità del nuovo giudizio immediato*, in AA. VV., *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, MAZZA O. –VIGANÒ F., Giappichelli, 2008, p. 298;

VARONE F., *Incidente cautelare e archiviazione: brevi riflessioni sul significato dell'art. 405 comma 1-bis c.p.p.*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, p. 1217;

VERDE G., *Domanda (principio della)*, in *Enc. giur.*, 1989, p. 8;

VIGGIANO F., *Cautele personali e merito*, CEDAM, 2004;

VIGONI D., *Patteggiamento allargato riflessi sul sistema e sull'identità della sentenza*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 710;

VOENA P.P., *Attività investigativa e indagini preliminari*, in *Le nuove disposizioni sul processo penale*, GAITO A., CEDAM, 1989, p. 46;

-, *Atti in Compendio di procedura penale*, a cura di CONSO-GREVI, CEDAM, 2010, p. 282;

ZAPPALÀ E., *La deliberazione della sentenza e gli atti successivi*, in *Giust. pen.*, 1989, p. 662;

-, *L'oralità nel nuovo processo penale*, in AA. VV., *Studi in onore di G. Vassalli*, vol. II, Giuffrè, 1991, p. 289

-, *La difesa nei procedimenti speciali*, in AA. VV., *Il diritto di difesa dalle indagini preliminari ai riti alternativi*, in memoria di Gian Domenico Pisapia, Giuffrè, 1997, p. 155-156;

ZANETTI E., *La riparazione dell'ingiusta custodia cautelare*, CEDAM, 2002, p. 196;

ZAPPULLA E., (sub) *Art. 26 c.p.p.* in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di CONSO-GREVI, CEDAM, 2004, p. 64.