

DALL'EUROPA

Presunzione di innocenza - Sentenze irrevocabili

La decisione

Presunzione di innocenza - Equo processo - Circolazione probatoria - Sentenze irrevocabili (C.e.d.u., art. 6).

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto non sussistente la violazione della presunzione di innocenza di cui all'art. 6, § 2, C.e.d.u. conseguente alla menzione del nome del ricorrente in sentenze concernenti i coimputati le cui posizioni erano state stralciate e definite precedentemente, sottolineando come i riferimenti si risolvessero nella mera descrizione neutrale dei fatti, senza alcuna efficacia vincolante per il procedimento penale ancora in corso, essendo invece unicamente funzionali all'accertamento in forma chiara e accurata dei fatti di causa rilevanti nel processo a quo.

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, SEZIONE QUINTA, 27 febbraio 2014 (c.c. 14 gennaio 2014) - VILLINGER *Presidente* - Karaman c. Germania.

Il commento

Circolazione delle sentenze irrevocabili e presunzione d'innocenza nell'interpretazione della Corte europea

1. Nella sentenza in commento la Corte di Strasburgo si imbatte nell'esegesi del diritto ad un'equa amministrazione della giustizia¹, contribuendo ancora una volta a tratteggiare «quel modello universale di procedura penale attenta ai diritti dell'imputato da importare in tutte le giurisdizioni nazionali»².

Il caso trae origine dal ricorso proposto nei confronti della Germania da parte di un cittadino turco facente parte del Consiglio d'amministrazione di una stazione televisiva tedesca, posto sotto processo per frode assieme ad altri imputati, per i quali, però, si era proceduto separatamente. All'interno delle sentenze concernenti tali soggetti il nome del ricorrente era stato più volte menzionato, ipotizzandosi la sua partecipazione al fatto di reato, nonostante il

¹ Il «*diritto a un equo processo*», di cui all'art. 6 C.e.d.u., rappresenta un conciso compendio di cosa significhi equa amministrazione della giustizia. Sul punto, MOLE, HARBY, *The right to a fair trial: a Guide to the implementation of Article 6 of the European Convention on Human Right*, in *Human Rights Handbook*, 2006, 3, 5 ss.

² L'espressione si deve a O. MAZZA, *La procedura penale in Europa e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 33.

processo a suo carico non fosse stato ancora definito. La vicenda aveva registrato una forte attenzione mediatica³, dalla quale – a detta dell'imputato – veniva altresì influenzata l'opinione pubblica, con irrimediabile compromissione del suo diritto fondamentale ad un equo processo⁴.

Adite inutilmente le sedi nazionali competenti⁵, veniva depositato un ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo, lamentando la violazione del diritto alla presunzione di innocenza garantito dall'art. 6, § 2, C.e.d.u. conseguente alla menzione del nome dell'imputato in sentenze concernenti altri soggetti.

La Corte riconosce l'astratta idoneità di queste dichiarazioni a violare il succitato principio, ma, nel caso di specie, rileva la necessità di contemperare la presunzione di innocenza con l'esigenza, altrettanto fondamentale, che le sentenze emesse nei confronti dei correi accertino in maniera chiara la verità dei fatti⁶.

Nell'intento di superare la dicotomia fra cogenza dell'accertamento e diritto ad un equo processo, la Corte segue una direzione “concretamente garantista”, non cedendo a sterili ortodossie esegetiche, ma valutando la sostanza delle affermazioni che riflettevano l'altrui colpevolezza⁷.

La decisione, *prima facie* risolutiva, in realtà cela non poche incertezze: la mancanza di unanimità⁸ riscontrata all'interno dello stesso collegio chiamato a

³ Diverse testate giornalistiche, sia tedesche che turche, avevano infatti pubblicato articoli che dipingevano il ricorrente come autore principale e *leader* di tutta l'organizzazione criminale. Le autorità giudiziarie, dal proprio canto, avevano pubblicato la sentenza sul *web*, omettendo i nomi degli accusati e processati separatamente, allegando alla pronuncia delle osservazioni introduttive, ove si specificava che le affermazioni contenute nei confronti di soggetti perseguiti separatamente e ancora in attesa di giudizio non erano in alcun modo vincolanti, ma meramente funzionali alla descrizione neutrale dei fatti.

⁴ Per un'analisi sui rapporti fra equità del processo e accesso all'informazione, per esigenze di brevità nella trattazione, si rinvia a FILIPPI, *La sentenza Dupais c. Francia: la stampa “watch dog” della democrazia tra esigenze di giustizia, presunzione di innocenza e privacy*, in *Cass. pen.*, 2008, 813 ss.; TAMIETTI, *Processo e mass media nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 377 ss.; CHIAVARIO, *I rapporti giustizia-“media” nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Foro it.*, 2000, 209 ss.

⁵ Il ricorrente, infatti, aveva precedentemente adito la Corte costituzionale federale, lamentando la violazione della presunzione di innocenza per i riferimenti contenuti nella sentenza della Corte regionale nei confronti dei correi. Il reclamo era stato ritenuto irricevibile: pur non escludendo la possibilità di impugnare una sentenza resa contro terzi, nel caso di specie la Corte costituzionale aveva ritenuto che le dichiarazioni rese non avessero in alcun modo pregiudicato la presunzione di innocenza del ricorrente, né condizionato il convincimento del giudice nel processo ancora in corso.

⁶ La tensione fra due poli opposti è stata efficacemente evidenziata anche da PAULESU, *La presunzione di innocenza, tra realtà processuale e dinamiche extraprocessuali*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di Balsamo, Kistoris, Torino, 2008, 129 ss.

⁷ La Corte europea ritiene doveroso un approccio sostanziale, valutando caso per caso le affermazioni colpevoliste, onde verificare se in concreto possano violare la presunzione di innocenza dell'imputato. In questi termini, CHENEL, TAMIETTI, *Sub art. 6*, in *Comm. breve C.e.d.u., Bartole, De Sena, Zagrebelsky*, Padova, 2012, 223.

⁸ I giudici Villiger e Yudkivska hanno, infatti, espresso una *joint dissenting opinion* secondo la quale le

pronunciarsi sul caso riflette inesorabilmente la delicatezza e la complessità della questione. Si tratta, dunque, di ripercorrere l'*iter* argomentativo della sentenza, analizzare le conclusioni tratte, per poi valutare eventuali discrasie fra i principi enunciati dalla Corte europea e la legislazione e la prassi italiana.

2. Per la Corte di Strasburgo il compito di interpretare il principio della presunzione di innocenza risulta nobile, ma impegnativo⁹, essendosi imposto fra gli studiosi del processo penale dalla Scuola Classica fino ai nostri giorni ed elevato a postulato etico di riferimento, a «corollario logico del fine razionalmente assegnato al processo»¹⁰. L'apparato motivazionale si sviluppa lungo sentieri già noti ed ampiamente battuti, giungendo a conclusioni tutto sommato prevedibili, poiché in linea con i propri precedenti in materia.

La Corte ricorda innanzitutto che il diritto di cui all'art. 6, § 2, C.e.d.u. costituisce specificazione della più generale nozione di equo processo¹¹, di cui al § 1 della medesima disposizione, sicché le doglianze relative alla presunzione di innocenza vanno valutate alla luce di entrambi i commi, prendendo in considerazione la procedura nella sua globalità¹². Assicurare che ogni persona accusata di un reato venga presunta innocente sino ad un accertamento legale definitivo non può essere ridotta ad una semplice garanzia procedurale in materia penale¹³; la sua portata è, invero, più estesa ed esige innanzitutto che nessun rappresentante dello Stato o di un'autorità pubblica dichiari una persona colpevole di un reato prima che la sua responsabilità sia stata appurata da parte di un Tribunale¹⁴. Tuttavia va operata una distinzione tra le decisioni o le dichiarazioni che riflettono un sentimento di colpevolezza della persona in questione e quelle che si limitano a descrivere uno stato di sospetto. Le prime

affermazioni in contestazione avrebbero violato in modo chiaro il diritto del ricorrente garantito dall'art. 6, § 2, C.e.d.u.

⁹ La presunzione di innocenza resta la proiezione giuridica di un canone etico-politico, come sostenuto da CHIAVARIO, *Presunzione d'innocenza e diritto di difesa nel pensiero di Francesco Carrara*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 356. Ben si comprendono, allora, le difficoltà a darvi attuazione concreta. Nel senso che l'art. 6 C.e.d.u. ponga a carico degli Stati un obbligo di risultato, ossia assicurare un'equa amministrazione della giustizia attraverso le garanzie del giusto processo, Corte eur. dir. uomo, 12 febbraio 1985, Colozza c. Italia, in *Foro it.*, 1985, IV, 221; Id., 13 maggio 1980, Artico c. Italia.

¹⁰ LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, II ed., Firenze, 1899, 15; in tema si veda anche ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, 5.

¹¹ In giurisprudenza, sul rapporto *genus/species* fra presunzione di innocenza e diritto ad un equo processo, ex *plurimis*, Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 24 maggio 2011, Konstas c. Grecia; Id., Sez. V, 22 aprile 2010, Fatullayev c. Azerbaijan; Id., Sez. III, 10 ottobre 2000, Daktaras c. Lituania.

¹² In tal senso, Corte eur. dir. uomo, Sez. III, 8 dicembre 2009, Previti c. Italia; Id., 19 dicembre 1989, Kamasinski c. Austria.

¹³ Sull'argomento, Corte eur. dir. uomo, Sez. V, 18 marzo 2010, Kouzmin c. Russia.

¹⁴ Da ultimo, Corte eur. dir. uomo, Gr. Cam., 12 luglio 2013, Allen c. Regno Unito; Id., Sez. III, 30 giugno 2009, Viorel Burzo c. Romania.

violano la presunzione d'innocenza, mentre le seconde sono state più volte considerate come conformi allo spirito dell'art. 6 C.e.d.u.¹⁵

Si aggiunga, però, che ridurre l'ambito di tale garanzia convenzionale a mera regola di trattamento contro affermazioni colpevoliste sarebbe oltremodo semplicistico, giacché la disposizione in commento non esige solo l'astensione dall'esprimersi in via anticipata rispetto alla decisione, ma impone anche all'autorità giudiziaria di non partire da idee preconcepite, formando il proprio convincimento sulla base degli elementi addotti dalle parti¹⁶. L'imparzialità del giudice è, infatti, una delle possibili declinazioni¹⁷ del principio di innocenza, e – come già detto – più in generale del diritto di ogni imputato ad un processo equo.

La stessa Corte, nell'accogliere il ricorso, ha ammesso che le dichiarazioni *de quibus*, siano potenzialmente idonee¹⁸ a “interferire nei lavori in corso”, nel senso di pregiudicare il convincimento dell'autorità giudiziaria impegnata nel diverso procedimento penale; ma rileva che le esigenze garantiste astrattamente tutelate devono convivere con altre forze di segno opposto. È il caso dei procedimenti penali con più imputati verso cui si procede separatamente; i riferimenti del giudice alla partecipazione dei terzi talvolta risultano indispensabili per accertare i fatti di causa in maniera puntuale e accurata.

In buona sostanza, i giudici europei si mostrano consapevoli dell'impossibilità di immaginare i vari procedimenti penali come «sistemi autoreferenziali ed impermeabili rispetto a qualsiasi influenza esterna»¹⁹, dovendosi bilanciare, caso per caso, le istanze garantiste con la necessità che l'autorità giudiziaria possieda gli strumenti processuali idonei al raggiungimento della decisione²⁰.

¹⁵ La distinzione è pacifica nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Per tutti, si veda Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 25 aprile 2006, Lorenzetti c. Italia. È stato inoltre precisato come una violazione della presunzione d'innocenza possa provenire non solo da un giudice o da un tribunale, ma anche da altri agenti dello Stato (Id., 10 febbraio 1995, Allenet de Ribemont c. Francia) e da personalità pubbliche (Id., Sez. IV, 8 ottobre 2013, Mulosmani c. Albania, ove la Corte europea ha sottolineato come una violazione della presunzione d'innocenza possa provenire solo da dichiarazioni rese prima della condanna da soggetti che non solo rivestano un ruolo pubblico, ma si esprimano altresì nella loro qualità di pubblici ufficiali).

¹⁶ Nella giurisprudenza europea, v. Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 30 marzo 2010, Poncelet c. Belgio; Id., Sez. I, 23 luglio 2002, Janosevic c. Svezia.

¹⁷ Corte eur. dir. uomo, Sez. IV, 25 luglio 2002, Perote Pellon c. Spagna; Id., 10 settembre 1996, Pullar c. Regno Unito.

¹⁸ Nel senso che l'oggetto e lo scopo della Convenzione è interpretare e applicare le sue disposizioni in modo da rendere concrete le sue garanzie, Corte eur. dir. uomo, Gr. Cam., 12 luglio 2013, Allen c. Regno Unito, cit.

¹⁹ L'espressione appartiene a CORDERO, *Procedura penale*, XII ed., Milano, 2012, 633.

²⁰ La doverosità di tale approccio risulta, peraltro, confermata dalla necessità che il procedimento si concluda entro un termine ragionevole, come disposto dall'art. 6, § 1, C.e.d.u., nonché dall'art. 111, co. 2, Cost. Sulla ragionevole durata del processo si registra una produzione scientifica sterminata. Per tutti

Pur dimostrando piena contezza delle ampie potenzialità operative della presunzione di innocenza, tanto da non esitare a valorizzare il principio in tutte le sue possibili sfaccettature, non rimangono indifferenti alle esigenze contingenti²¹. Di qui, valutano il caso sottoposto alla loro attenzione, addivenendo ad una dichiarazione di non sussistenza della violazione della presunzione di innocenza di cui all'art. 6, § 2, C.e.d.u., sottolineando come i riferimenti al ricorrente si risolvessero nella mera descrizione neutrale dei fatti, senza alcuna efficacia vincolante per il procedimento penale in corso a suo carico, essendo invece unicamente funzionali all'accertamento in maniera chiara della verità dei fatti.

3. A questo punto sembra che possano rilevarsi alcuni problemi di “conformazione” del nostro sistema rispetto ai parametri dettati a livello sovranazionale²².

Può ormai considerarsi dato acquisito dalla scienza giuridica e dalla logica comune che l'enunciazione costituzionale della presunzione di non colpevolezza rappresenti un vero e proprio principio epistemologico²³. Accoglierlo in un dato ordinamento significa non solo definire la posizione dell'imputato rispetto all'accusa, ma spostare l'asse del processo penale dalla verità al rigore, elevando le regole procedurali da mere condizioni di validità delle decisioni, a condizione di verità delle stesse²⁴. Solo ragionando in questa prospettiva è possibile cogliere lo stretto legame fra la presunzione di innocenza e le regole probatorie che presiedono al metodo della giurisdizione²⁵.

si vedano FERRUA, *Il giusto processo*, III ed., Bologna, 2012, 56 ss.; CHIAVARIO, voce *Giusto processo*, in *Enc. Giur. Treccani*, X, 2001, II, 9 ss.

²¹ Cfr., PAULESU, *La presunzione di innocenza, tra realtà processuale e dinamiche extraprocessuali*, cit., p. 125.

²² Che la Convenzione europea sia ormai chiamata ad interagire profondamente con il nostro diritto interno è dato acquisito, nonché costituzionalmente imposto, secondo quanto stabilito da Corte cost., nn. 348 e 349 del 2007. Sull'argomento, KOSTORIS, *Verso un processo penale non più statocentrico*, in *Giurisprudenza europea e processo italiano*, cit., 7 ss.

²³ Per un'ampia trattazione dell'argomento si rinvia ai contributi di ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, cit., 33; MALINVERNI, *Principi del processo penale*, Torino, 1972, 474 ss. Sulla discrasia terminologica fra «presunzione di innocenza», di cui all'art. 6, § 2, C.e.d.u., e «presunzione di non colpevolezza» ex art. 27, co. 2, Cost., V. GAROFOLI, *Presunzione di innocenza e considerazione di non colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, pp. 1169 ss. L'Autore ritiene che la formula convenzionale rappresenti il principio nella sua sfera etica, mentre l'espressione utilizzata dal legislatore costituzionale espliciti i suoi effetti sul piano esegetico. Nonostante la diversa scelta lessicale, le due norme condividono i medesimi principi ideologici. In argomento, parla di «falso problema semantico» PAULESU, *Presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, II ed., Torino, 2009, 51.

²⁴ Cfr. V. GAROFOLI, *Presunzione di innocenza e considerazione di non colpevolezza*, cit., 1171.

²⁵ Sulla correlazione fra presunzione di non colpevolezza e regole probatorie BOBBIO, *Prefazione*, in FERRAIOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, III ed., Roma-Bari, 1996, VIII.

La sentenza della Corte europea conferisce, così, nuova linfa vitale ad una riflessione inerente un principio cardine della cultura processuale penale, ossia la circolazione probatoria²⁶ nell'ambito di diversi procedimenti. Il dibattito, invero assai antico, è reso attuale dal riconoscimento della prevalenza del diritto di difesa – in tutte le sue possibili declinazioni – sulle esigenze dell'accertamento²⁷.

Parlare di circolazione probatoria²⁸ significa riferirsi a quel fenomeno, ormai invalso nella prassi giudiziaria, in forza del quale gli strumenti gnoseologici formati in altri procedimenti approdano dinanzi ad un giudice nuovo e diverso rispetto a quello che ne ha presieduto l'assunzione, affinché dispieghino efficacia dimostrativa anche nel processo *ad quem*, unitamente alle prove già raccolte²⁹.

Il recupero di materiale *ab externo* risponde a chiare esigenze di operatività del sistema³⁰: sussiste, infatti, la necessità che l'autorità giudiziaria possieda strumenti cognitivi agili e snelli, che rendano possibile un efficace e celere accertamento di ogni fenomeno di criminalità³¹.

L'aspirazione ad evitare la paralisi processuale e la dispersione delle prove deve, però, fare i conti con la scelta adottata dal nostro legislatore³², che ha assunto il contraddittorio per la prova quale elemento caratterizzante del nuovo sistema processuale³³.

Ne è derivata certamente un'attenuazione del sistema di interscambio proba-

²⁶ L'espressione si deve a NOBILI, *La nuova procedura penale*, Bologna, 1989, 301.

²⁷ Per questa riflessione si rinvia a ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, Padova, 2003, 2.

²⁸ Per un'ampia panoramica sull'argomento si rinvia a A. GAITO, *La circolazione delle prove e delle sentenze*, testo redatto con note della Relazione illustrata al Convegno *La prova penale nello specchio del diritto vivente*, organizzato dall'Associazione tra gli studiosi del diritto penale, (Siracusa, 30 settembre-2 ottobre 2011), in *questa Rivista online, passim*; ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., *passim*.

²⁹ Secondo CANTONE, *La circolazione probatoria tra procedimenti. Le modifiche introdotte dalla l. n. 63/01*, in *Cass. pen.*, 2002, 2561, quando si parla di circolazione probatoria si intende riferirsi alla possibilità di acquisire, e successivamente utilizzare, in altro procedimento le prove che si sono formate in una vicenda processuale autonoma.

³⁰ ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., 3.

³¹ Nel senso che la circolazione probatoria privilegi «*esigenze sempreverni di economia e celerità processuale*» A. GAITO, *La circolazione delle prove e delle sentenze*, cit., 2.

³² Il legislatore del nuovo codice ha scelto di disciplinare il fenomeno dell'interscambio probatorio propendendo per una «*circolabilità temperata da sbarramenti di garanzia*», come efficacemente osservato da DI CHIARA, *Note in tema di circolazione di atti investigativi e probatori tra procedimenti diversi*, in *Foro it.*, 1992, II, 78.

³³ Ad essere pregiudicati dalla migrazione di atti ad efficacia probatoria sono i principi del contraddittorio e i suoi diretti corollari, ossia l'oralità e l'immediatezza. Sul punto, D. SIRACUSANO, *Vecchi schemi e nuovi modelli per l'attuazione di un processo di parti*, in *Introduzione allo studio del nuovo processo penale*, Milano, 1989, 11 ss.

torio³⁴ che, però, non si è tradotta in una netta amputazione legislativa di tutti gli strumenti di veicolazione del materiale esterno, essendo sopravvissuti quei «meccanismi di auto-preservazione della funzionalità del sistema»³⁵. Una scelta così radicale avrebbe di certo peccato di utopia, l'autonomia dei giudizi non si traduce nella autosufficienza degli stessi³⁶.

Il legislatore ha optato allora per una disciplina di compromesso³⁷, cercando di inibire, oltre i casi tassativamente previsti, l'interscambio probatorio fra procedimenti diversi.

Alle interferenze tra procedimenti penali il codice dedica diverse disposizioni (artt. 190-*bis*, 238, 238-*bis*, 270, 468, co. 4-*bis*, 511-*bis* c.p.p. e 78 disp. att. c.p.p.). Non potendo affrontare l'analisi puntuale delle singole disposizioni testé richiamate³⁸ per ragioni di economia espositiva, preme, però, mettere in evidenza la pendolarità del legislatore, intervenuto più volte³⁹ in materia di

³⁴ Il Codice Rocco, fedele alle proprie premesse inquisitorie e improntato ad esigenze di difesa sociale, prevedeva, infatti, un uso disinvoltato degli atti *aliunde* acquisiti. Cfr., per tutti, D. SIRACUSANO, voce *Dibattimento*, in *Enc. Giur. Treccani*, X, 1988, 16 ss.

³⁵ La formula appartiene a ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., 5.

³⁶ Sull'oggettiva impossibilità di realizzare in concreto il modello accusatorio puro, ed ammettendo, a certe condizioni, il recupero di materiale formato unilateralmente fuori dal dibattimento, si rinvia a MARAFIOTI, *Trasmigrazione di atti, prove "per sentenze" e libero convincimento del giudice*, in *Studi sul processo penale in ricordo di Assunta Mazzarra*, coord. da A. Gaito, Padova, 1996, 270.

³⁷ Cfr. *Relazione al progetto preliminare*, in *Le leggi*, 1988, 2474, ove si legge che una indiscriminata utilizzazione delle prove raccolte in altri processi avrebbe finito per operare una breccia non indifferente nel sistema congegnato al fine di garantire l'oralità e l'immediatezza del dibattimento.

³⁸ Per un'analisi dei singoli meccanismi di circolazione probatoria all'interno del codice di rito si rinvia a ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., *passim*; MARAFIOTI, *Trasmigrazione di atti, prove "per sentenze" e libero convincimento del giudice*, cit., 247 ss.

³⁹ All'indomani dell'entrata in vigore del nuovo codice, infatti, la riforma divenne ben presto terreno di scontro, anche politico, tra quanti l'avevano fortemente sostenuta, coltivando l'ambizione di completarla in senso garantistico e, quanti, invece, l'avevano avversata ritenendola poca efficace nella lotta contro il crimine. In tale contesto, e sotto la spinta della magistratura inquirente, ebbero origine i numerosi tentativi, disorganici e dettati da logiche emergenziali, di attuare una "controriforma", che rendesse il sistema più efficiente.

Di queste istanze si fece innanzitutto portavoce la Corte costituzionale che, con le note sentenze nn. 24, 254 e 255 del 1992, corresse l'impianto originario del codice, consacrando il principio di non dispersione della prova e potenziando l'utilizzo di elementi formati unilateralmente fuori dal dibattimento. In chiave critica, *ex multis*, DOMINIONI, *Un nuovo idolum theatri: il principio di non dispersione probatoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, pp. 736 ss.; NOBILI, *L'accusatorio sulle labbra, l'inquisitorio nel cuore*, in *Critica dir.*, 1992, 11; PONTIN, *C'era una volta il codice*, *ibidem*, 21.

Recependo l'insegnamento del Giudice delle leggi, venne alla luce il d. l. 8 giugno 1992, n. 306 convertito in L. 7 agosto 1992, n. 356, che modificò la previgente disciplina della circolazione probatoria (in particolare, sulle modifiche all'art. 238 c.p.p., norma cardine in materia di interscambio di strumenti gnoseologici, si veda DELL'ANNO, *Prova documentale e circolarità della prova*, in *La prova penale*, diretto da A. Gaito, Torino, 2008, II, 672) e ne ampliò le ipotesi. In argomento, VIOLANTE, *La formazione della prova nei processi di criminalità organizzata. Relazione della Commissione parlamentare antimafia*, in *Cass. pen.*, 1992, 484. In chiave critica si veda FRIGO, *La formazione della prova nel dibattimento: dal modello originario al modello deformato*, in *Giur. it.*, 1993, IV, 312.

acquisizione ed utilizzazione delle prove *aliunde* formate, con il costante obiettivo di implementarne il ricorso⁴⁰.

All'interprete viene offerta una "nuova" disciplina, che tradisce le intenzioni dei compilatori del 1988. La circolabilità attenuata degli strumenti gnoseologici si è trasformata in bulimia probatoria, le maglie della circolazione si sono allargate, introducendo nel giusto processo scorie e formalismi di matrice inquisitoria⁴¹.

Inutile precisare che la celerità e l'efficientismo siano obiettivi nobili, ma la storia del processo penale insegna che le scorciatoie acceleratorie, quasi sempre, fanno sì che la cultura processuale sprofondi in «una palude di giustizia a bassa intensità, una giustizia normalizzante che, sull'altare dell'efficientismo contro ogni forma (vera o falsa) di criminalità, tende a smarrire l'etica del giusto processo»⁴². Qualcuno potrebbe obiettare che anche un ostinato garantismo, indifferente alle esigenze concrete di accertamento, sia potenzialmente – e altrettanto – improduttivo. Tuttavia, occorre stabilire in relazione al caso concreto a quali formalismi si possa rinunciare, e cosa, invece, rientri nello *standard* minimo di garanzie della persona in rapporto all'esercizio della giurisdizione.

La necessità di un simile approccio è resa ancor più stringente dalla rotta tracciata dai giudici europei nella sentenza in commento: la correttezza processuale, la pienezza del contraddittorio e i diritti di difesa dell'imputato devono ispirare ogni momento della vicenda processuale, senza il rispetto delle regole procedurali non vi è giustizia nel risultato, né efficienza nell'accertamento.

Il rinnovato contesto normativo introdotto dalla "controriforma" determinò uno squilibrio fra accusa e difesa, che divenne ben presto una contrapposizione istituzionale fra magistratura e Camere penali. Per porre un argine allo scontro ideologico fra "efficientisti" e "garantisti" venne emanata la l. 7 agosto 1997, n. 267, atta a recuperare il diritto dell'accusato al confronto dibattimentale con i testimoni a carico. L'effetto fu "dirompente", la magistratura insorse, sollevando molteplici eccezioni d'illegittimità costituzionale, a cui il Giudice delle leggi diede seguito (Corte cost., n. 361 del 1998), paralizzando la portata garantista della legge n. 267 del 1997 e ponendo le basi per un conflitto tra Parlamento e Corte Costituzionale che condusse successivamente alla revisione dell'art. 111 Cost. attuata, a distanza di un anno, ad opera della l. cost. 23 novembre 1999, n. 2. Ricostruisce in questi termini l'*iter* che ha condotto alla c.d. "legge sul giusto processo" FERRUA, *Carenze ed eccessi di garanzia nel diritto di difesa dell'imputato*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 3, 541 ss.

⁴⁰ Cfr. CANTONE, *La circolazione probatoria tra procedimenti. Le modifiche introdotte dalla l. n. 63/01*, cit., 2562. L'Autore, nell'analizzare gli interventi normativi in materia di acquisizione e utilizzazione delle prove, ha evidenziato come la scelta del legislatore sia sempre ricaduta sul potenziamento dei meccanismi di circolazione trasversale.

⁴¹ Secondo FERRUA, *Carenze ed eccessi di garanzia nel diritto di difesa dell'imputato*, cit., 541, il *punctum dolens* della disciplina della circolazione probatoria risiede proprio nella «nefasta sovrapposizione di istituti e garanzie improntati agli opposti modelli».

⁴² A. GAITO, *La circolazione delle prove e delle sentenze*, cit., 1.

4. Il meccanismo di “recupero” di materiale *aliunde* assunto che meno si conforma ai parametri dettati in sede sovranazionale va sicuramente rintracciato nell’art. 238-bis c.p.p.⁴³, che permette l’acquisizione di una sentenza dotata di autorità di giudicato⁴⁴ nell’ambito di un diverso procedimento penale, conferendole efficacia dimostrativa dei fatti in essa accertati⁴⁵.

Come ogni ipotesi di traslazione probatoria, anche la disposizione *de qua* si pone quale “corpo estraneo”⁴⁶ all’interno di un sistema che si proclama ac-

⁴³ Per un’analisi approfondita della norma si veda CALAMANDREI, *Prova documentale*, Padova, 1995, 129 e *passim*; ROMBI, Sub art. 238-bis, in *Comm. C.p.p.*, Giarda, Spangher, IV ed., Milano, 2010, I, 2390 ss. La mera lettura della disposizione svela l’incertezza del linguaggio adoperato dal legislatore: secondo CORDERO, *Procedura penale*, cit., 802, infatti, «gli interpolatori violano la sintassi, confondendo dato istruttorio, decisioni, argomenti addotti dal motivante, cosa giudicata». La formulazione è, invece, il risultato di un chiaro difetto terminologico: «prova di fatto» sta, evidentemente, per prova “del fatto” o “dei fatti” in esse accertati. Sulla corretta interpretazione insiste MARAFIOTI, *Trasmigrazione di atti, prove “per sentenze” e libero convincimento del giudice*, cit., 253.

⁴⁴ È la stessa rubrica dell’art. 238-bis c.p.p. a fornire le prime coordinate interpretative: è necessario innanzitutto che si tratti di una sentenza, in secondo luogo che tale atto abbia il valore di *res iudicata*. In termini, IAFISCO, *La sentenza penale come mezzo di prova*, Torino, 2002, 87. In prima battuta bisogna chiedersi se la norma permetta l’acquisizione delle sole sentenze di merito o anche di quelle di merito: stante la generica formula utilizzata, si ritiene che la disposizione attribuisca efficacia probatoria alle sentenze penali e civili, emesse da giudici italiani (cfr., P. CALAMANDREI, *La prova documentale*, cit., 125), siano esse di merito o di rito (ben potendo queste ultime contenere un accertamento sul piano sostanziale, come sostenuto da CORVI, *L’udienza preliminare: sempre più udienza, sempre meno preliminare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 1081, in riferimento alla sentenza di non luogo a procedere) di condanna o di assoluzione (cfr., Cass., Sez. un., 23 novembre 1995, Franchini, in *Cass. pen.*, 1996, 2132, secondo cui «è legittimo assumere come elemento di giudizio autonomo, circostanze di fatto raccolte nel corso di altri procedimenti penali, pur quando questi si sono conclusi con sentenze irrevocabili di assoluzione»). Inoltre, sul presupposto che il termine «giudizio» sia riferibile anche ai riti alternativi, la giurisprudenza conferisce valore probatorio alle sentenze emesse all’esito di riti speciali. *Ex multis*, Cass., Sez. I, 29 marzo 2001, Piccioni, in *Guida dir.*, 2001, 30, 59; Id., Sez. I, 8 agosto 2000, Malcangi e altro, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2000, 63.

⁴⁵ Invero, l’individuazione dei fatti che la sentenza è idonea a rappresentare costituisce momento essenziale nella difficile esegesi di questa disposizione. A chiarire le idee in un panorama un po’ confuso, è intervenuta Cass., Sez. un., 12 luglio 2005, Mannino, in *Cass. pen.*, 2005, 3732, secondo cui «le sentenze pronunciate in procedimenti penali diversi e non ancora divenute irrevocabili, legittimamente acquisite al fascicolo del dibattimento nel contraddittorio fra le parti, possono essere utilizzate come prova limitatamente alla esistenza della decisione e alle vicende processuali in esse rappresentate, ma non ai fini della valutazione delle prove e della ricostruzione dei fatti oggetto di accertamento in quei procedimenti». In dottrina, nel senso che la sentenza fornisca la prova dell’esistenza dei giudizi in essa contenuti, ma non della loro efficacia dimostrativa, DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Milano, 1963, 65. Un’autorevole voce, tuttavia disconosce *tout court* il valore dell’art. 238-bis c.p.p.: secondo CORDERO, *Procedura penale*, cit., 802, i precedenti giudiziari, pur essendo utilizzabili per una molteplicità di fini, non hanno «niente da spartire col fenomeno della prova: quest’ultima, ripetiamolo, sta nei materiali *ad acta*».

⁴⁶ Secondo ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., 181, la norma, accrescendo l’ambito delle possibili acquisizioni *ultra sedem*, asseconda evidentemente finalità di ricerca di elementi decisivi del giudizio, privilegiando la celerità dell’accertamento rispetto ai principi ispiratori del nuovo codice.

cusatorio e pretende di essere “giusto”⁴⁷, di talché si rende necessaria un’interpretazione della norma strettamente aderente alla *littera legis*⁴⁸. Sin dalla sua introduzione, datata 1992⁴⁹, la disposizione è stata oggetto feroci critiche da parte dottrina, tanto in riferimento al singolare procedimento di acquisizione della sentenza-documento, quanto ai criteri giurisdizionali di valutazione della stessa⁵⁰.

Il primo – nonché più evidente – profilo dubbio della disciplina attiene all’effetto derogatorio esercitato sui principi del contraddittorio⁵¹, nonché sui suoi diretti corollari, quali l’immediatezza e l’oralità; le perplessità, oltre che prevedibili, appaiono, invero, legittime.

Che la prova precostituita, valorizzando la componente cartacea, determini una svalutazione della prova orale e del contraddittorio che su di essa normalmente si svolge è dato acquisito⁵²; questa considerazione spiega non solo la inferiorità epistemologica generalmente attribuita al documento, ma, altresì, la necessità di predisporre un regime di ammissibilità a maglie più strette⁵³.

Alla luce di queste argomentazioni, emerge *ictu oculi* come il meccanismo di circolazione probatoria frustra grandemente i principi del giusto processo: estranea alla vicenda giudiziaria conclusasi con la sentenza oggetto di acquisi-

⁴⁷ Cfr. CANTONE, L’art. 238-bis c.p.p.: strumento probatorio e mezzo per la risoluzione preventiva del contrasto tra giudicati, in *Cass. pen.*, 1999, 2896.

⁴⁸ La dottrina unanime invita ad una interpretazione restrittiva della disciplina. Per tutti, DELL’ANNO, *Prova documentale e circolarità della prova*, cit., 681. In netta antitesi si pone la giurisprudenza, incline ad allargare le maglie della circolazione probatoria, sul presupposto che questi meccanismi permettano di giungere più agevolmente all’accertamento dei fatti. Analizza le posizioni della magistratura FERRUA, *Carenze ed eccessi di garanzia nel diritto di difesa dell’imputato*, cit., 542.

⁴⁹ La norma è il frutto di quelle manipolazioni legislative intervenute nel corso degli anni ’90, volte ad accrescere la circolazione trasversale di strumenti gnoseologici. Introdotta dalla legge n. 356 del 1992, come tentativo di «semplificazione probatoria» per i processi di criminalità organizzata, l’art. 238-bis c.p.p. è stato, però, esteso ad ogni tipo di procedimento. Sulla generalizzazione della disciplina, nonostante la specificità della *ratio* che ne ha giustificato l’introduzione si rinvia a TRIGGIANI, *Sulla impossibilità di acquisire come documenti le sentenze penali non irrevocabili*, in *Cass. pen.*, 1997, 1766.

⁵⁰ Invita ad un’interpretazione che tenga conto di entrambe le questioni A. GAITO, *La circolazione delle prove e delle sentenze*, cit., 26.

⁵¹ Il principio del contraddittorio è considerato «un metodo infungibile di elaborazione probatoria» in base al quale si dovrebbe pervenire all’accertamento del fatto contestato solo attraverso la contrapposizione dialettica delle parti. Per tutti si veda D. SIRACUSANO, F. SIRACUSANO, *Le prove*, in *Il diritto processuale penale e il processo penale: linee introduttive*, Tranchina, Di Chiara, Milano, 2013, 255.

⁵² Il legislatore costituzionale nel modificare l’art. 111 Cost. ha consapevolmente omesso qualsiasi riferimento al principio di oralità nella formazione della prova. In proposito, parla di «addio all’oralità pienamente intesa» CONSO, *Conclusioni*, in *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Atti del convegno dell’Associazione tra gli studiosi del processo penale (Bari, 23-25 settembre 1994), Milano, 1996, 269.

⁵³ Cfr. MARAFIOTI, *Trasmigrazione di atti, prove “per sentenze” e libero convincimento del giudice*, cit., 261. L’Autore, nonostante questa affermazione, precisa come non viga alcuna gerarchia fra i diversi mezzi di prova.

zione, la parte si vede estromessa dalle dinamiche dialettiche che si innescano nel momento della formazione della prova⁵⁴.

La giurisprudenza⁵⁵ tenta di celare il *vulnus* arrecato dalla disciplina in commento con argomentazioni, invero, assai poco convincenti: si ritiene, infatti, possibile recuperare il contraddittorio, se pur in chiave differita, residuando in capo alle parti il diritto di partecipare alla discussione “sulla prova”⁵⁶.

Questa argomentazione, invero, non appare risolutiva poiché non tiene conto delle particolarità della sentenza rispetto alle altre prove precostituite: essa, infatti, non rappresenta il fatto oggetto dell'accertamento, bensì solo una sua valutazione⁵⁷, su cui le parti avrebbero ben poco di cui discutere.

Le perplessità circa l'ortodossia costituzionale del meccanismo di interscambio probatorio in esame aumentano ove si consideri che l'art. 238-bis c.p.p. stabilisce genericamente che le sentenze irrevocabili «possano» essere acquisite senza alcun presupposto aggiuntivo⁵⁸, rimettendo, dunque, al giudice un'ampia discrezionalità in ordine al tipo di accertamento da porre in essere⁵⁹:

⁵⁴ Certo, per le prove precostituite è previsto un contraddittorio “sulla” prova, non la partecipazione diretta delle parti alla sua formazione, ma questa constatazione non può valere per la sentenza irrevocabile, documento “*sui generis*”. Cfr., KALB, *Il documento nel sistema probatorio*, Torino, 2000, 172.

⁵⁵ Così, Cass., Sez. I, 8 maggio 2003, Rosmini, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 479, con nota di ROMBI, *Acquisizione della sentenza come mezzo di prova: presupposti e limiti*; Id., Sez. I, 16 novembre 1998, Hass e Priebke, in *Cass. pen.*, 1999, 2177; Id., Sez. IV, 4 marzo 1996, Barletta, in *Cass. pen.*, 1997, 2132. In senso conforme Id., Sez. I, 26 maggio 1995, Ronch, in *Cass. pen.*, 1996, 3356, secondo cui «il giudice, perché tali sentenze assurgano a dignità di prova nel diverso processo penale al quale vengono acquisite, deve, in primo luogo, nel contraddittorio delle parti, accertare la veridicità dei fatti ritenuti come dimostrati dalle dette sentenze e rilevanti ex art. 187 c.p.p., salva la facoltà dell'imputato di essere ammesso a provare il contrario; del pari, su richiesta dell'accusa, il giudice dovrà acquisire al dibattimento, nel contraddittorio delle parti, gli elementi di prova – costituiti da riscontri esterni individualizzanti – che confermino la veridicità dei fatti, accertati nelle sentenze irrevocabili acquisite e che divengano, in tal modo, fonti di prova del reato, per cui si procede, sicché sulla base delle esposte premesse non è ipotizzabile alcuna violazione del principio della terzietà del giudice né di quello del diritto di difesa». In dottrina, CANTONE, *La circolazione probatoria tra procedimenti. Le modifiche introdotte dalla l. n. 63/01*, cit., 2563, secondo cui una prudente interpretazione della norma potrebbe assicurarne la «tenuta costituzionale». Concorde con queste conclusioni, IAFISCO, *La sentenza penale come mezzo di prova*, cit., 212.

⁵⁶ Su questa *summa divisio* D. SIRACUSANO, F. SIRACUSANO, *Le prove*, cit., 255 ss., secondo cui il contraddittorio “sulla” prova si risolva in quell'attività che si innesca dopo la fase di ammissione-acquisizione e che ha lo scopo di interpretare la prova e orientare la valutazione del giudice. Nel caso della prova documentale, che fisiologicamente preesiste al processo, si estrinsecherà non nel momento della formazione, bensì in quello della comunicazione orale del documento prodotto o acquisito. Cfr. CORDERO, *Scrittura e oralità*, in *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, 237.

⁵⁷ Sulla differenza fra il documento *strictu sensu* e la sentenza irrevocabile insiste KALB, *Il documento nel sistema probatorio*, cit., 172. In senso conforme, PERONI, *Disorientamenti giurisprudenziali in tema di acquisizione di sentenze irrevocabili*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 1383.

⁵⁸ La norma, infatti, non richiede neanche la sussistenza di ipotesi di connessione, né impone limiti soggettivi. In argomento, MARAFIOTI, *Trasmigrazione di atti, prove “per sentenze” e libero convincimento del giudice*, cit., 251.

⁵⁹ Il giudice può scegliere se accertare la responsabilità dell'imputato elaborando le prove nel contraddittorio.

egli, infatti, potrà scegliere se acquisire la prova in contraddittorio ovvero in via semplificata, mediante la sentenza irrevocabile. E la prassi svela ogni ingenuità: l'autorità giudiziaria, mossa da esigenze di celerità e semplificazione nell'accertamento quasi sempre sacrifica i principi del giusto processo, immettendo nella piattaforma probatoria la sentenza altrove resa e recependo passivamente le valutazioni del giudice *a quo*.

La gravità della deroga contenuta nell'art. 238-bis c.p.p. è acuita dalla sua stessa *vis expansiva*, che obbliga l'imputato a "subire" non solo la prova altrove formata, ma anche altrove valutata, fornita della persuasività che inevitabilmente connota il giudicato⁶⁰.

Si giunge, così, al secondo ordine di critiche mosse dalla dottrina al meccanismo in esame.

Presupposto irrinunciabile per l'utilizzo *ultra sedem* di una sentenza, infatti, è la sua irrevocabilità⁶¹.

A questo punto si impone una premessa metodologica.

L'apparente attiguità dell'art. 238-bis c.p.p. con il tema dell'efficacia positiva del giudicato ha portato taluni a confondere i due piani, introducendo «un'anomala forma di giudicato parziale sui fatti anziché, come di regola, sugli effetti giuridici»⁶².

Ove all'interprete non fossero sufficienti argomentazioni di ordine sistematico⁶³, è possibile ricorrere a rassicuranti *dicta* della Corte Costituzionale⁶⁴, che,

torio delle parti, o, viceversa, recepire la "valutazione altrui" contenuta nella sentenza irrevocabile. Di qui l'affermazione di CAVALLONE, *Critica della teoria delle prove atipiche*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, 694, per cui «la sentenza emessa nel processo precedente non è che uno strumento sbrigativo offerto al nuovo giudice(...) per valutare elementi su cui si è già espresso "il suo collega"».

⁶⁰ Guarda al problema secondo questa duplice prospettiva A. GAITO, *La circolazione delle prove e delle sentenze*, cit., 26.

⁶¹ Sul requisito dell'irrevocabilità e sulla sua interpretazione si veda ampiamente il contributo di IAFISCO, *La sentenza penale come mezzo di prova*, cit., 1 ss.

⁶² MARAFIOTI, *Trasmigrazione di atti, prove "per sentenze" e libero convincimento del giudice*, cit., 263. Conf. KALB, *Il documento nel sistema probatorio*, cit., 178. Secondo una parte minoritaria della dottrina, tuttavia, la disciplina dell'art. 238-bis c.p.p. andrebbe ricondotta al tema della pregiudizialità. Sostiene questa "suggestiva" tesi CANTONE, *L'art. 238-bis c.p.p.: strumento probatorio e mezzo per la risoluzione preventiva del contrasto tra giudicati*, cit., 2894. Altri ancora ritengono il richiamo al requisito dell'irrevocabilità del tutto «inutile». In tal senso, TONINI, *La prova penale*, II ed., Padova, 2000, 192; G. F. RICCI, *Le prove atipiche*, Milano, 1999, 606.

⁶³ Il nostro ordinamento, infatti, disconosce qualsiasi fenomeno espansivo dell'efficacia della *res iudicata* nell'ambito di altri procedimenti penali, disciplinando tale fenomeno solo in relazione ai processi civili, amministrativi e disciplinari, nei casi e nelle forme stabilite dagli artt. 75, 651 e 654 c.p.p. Come mirabilmente osservato da DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata*, cit., 169, i compilatori del codice del 1988 hanno eliminato ogni forma di pregiudizialità fra procedimenti penali, omettendo di inserire una disposizione che «ripetesse» il contenuto dell'art. 18 c.p.p. abr., rubricato «Questioni penali pregiudiziali a un procedimento penale», ove si disponeva che «quando la definizione di un procedimento penale dipende dalla definizione di un altro procedimento penale e non si può o non si ritiene oppor-

chiamata a pronunciarsi sulla legittimità della disposizione, ha evidenziato come la sentenza venga acquisita nel giudizio *ad quem* «non in quanto contenente un accertamento ormai indiscutibile destinato a fare stato nel processo ricevente, bensì come documento», idoneo a provare il fatto in sé rappresentato⁶⁵. Ne consegue che, una volta che la sentenza sia stata acquisita, le parti rimangono libere di indirizzare la critica che si andrà a svolgere, in contraddittorio, in funzione delle rispettive esigenze. Al giudice, dal proprio canto, sarà permesso di apprezzare liberamente l'apporto probatorio scaturente dagli esiti di un altro processo.

L'irrevocabilità della sentenza deve, dunque, considerarsi requisito imprescindibile non per l'attitudine probatoria "rafforzata" dall'intangibilità della statuizione⁶⁶, ma più semplicemente⁶⁷ perché il legislatore ha ritenuto di porre un filtro all'ingresso di materiale formatosi *ab externo*, nel tentativo di bilanciare il grave *vulnus* inferto ai principi del giusto processo⁶⁸.

Accogliere questa prospettiva significa "liberare" il giudice da ogni automatismo valutativo connesso alle statuizioni *alimunde* elaborate⁶⁹; tale impostazione sembra confermata dalla clausola che subordina l'impiego della sentenza al

tuno provvedere all'unione dei medesimi, il primo procedimento è rinviato fino a che sia pronunciata la sentenza indicata nel 1° capoverso dell'art. 3» e cioè «fino a che sia pronunciata nell'istruzione la sentenza di proscioglimento non più soggetta a impugnazione o nel giudizio la sentenza irrevocabile, ovvero sia divenuto esecutivo il decreto di condanna». Sulla disciplina della «pregiudizialità omogenea» si veda il contributo di FOSCHINI, *La pregiudizialità nel processo penale*, Milano, 1942, 1 ss.

⁶⁴ Si fa riferimento a Corte cost., n. 29 del 2009, che a sua volta richiama Id., n. 159 del 1996, ove si precisa che l'art. 238-bis c.p.p. «si limita a regolare il modo di valutazione della pronuncia irrevocabile resa in separato giudizio, in una logica di economia nella raccolta del materiale utile alla decisione che non intacca il basilare principio, già operante nel vigore dell'art. 18 del precedente codice, per cui ogni giudice è tenuto a formarsi il proprio convincimento in base alle prove di cui dispone e che sono utilizzabili, senza che ad una di tali prove possa essere attribuita efficacia cogente e risolutiva dell'obbligo di apprezzamento e motivazione da parte del giudicante».

⁶⁵ In linea con le pronunce della Corte costituzionale anche la giurisprudenza di legittimità, Cass., Sez. VI, 12 novembre 2009, Cento e altri, in *Mass. Uff.*, n. 245483; analogamente Id., Sez. III, 13 gennaio 2009, Cafarella, *ivi*, n. 242767: «la sentenza divenuta irrevocabile ed acquisita come documento non ha efficacia vincolante, ma va liberamente apprezzata dal giudice unitamente agli altri elementi di prova».

⁶⁶ Cfr. Cass., Sez. VI, 30 settembre 2008, Campesan, in *Mass. Uff.*, n. 241860, che rifiuta qualsiasi automatismo nel recepimento e nella utilizzazione della sentenza irrevocabile, non potendosi ad esse riconoscere il valore di prova legale, estranea al nostro ordinamento.

⁶⁷ Secondo ZUMANO, *Rapporti fra processo civile e processo penale*, Torino, 2000, 505, «ai fini dell'efficacia di prova, l'irrevocabilità non è indispensabile: gli ostacoli alla generalizzazione non sono logici ma normativi»; in altre parole il passaggio in giudicato è presupposto di acquisizione solo perché così dispone la norma. Ritene che l'irrevocabilità sia un mero presupposto, che limita i casi di circolazione delle sentenze, PERONI, *Disorientamenti giurisprudenziali in tema di acquisizione di sentenze irrevocabili*, cit., 1384.

⁶⁸ Vede nel giudicato una forma di garanzia ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., 205.

⁶⁹ Cfr. IAFISCO, *La sentenza penale come mezzo di prova*, cit., 4.

rispetto dei criteri stabiliti negli artt. 187 e 192, co. 3, c.p.p.⁷⁰

Il riferimento all'art. 187 c.p.p., invero, appare pleonastico⁷¹; più interessante il rinvio alla disciplina dei riscontri estrinseci⁷². Si ritiene che il richiamo *de quo* abbia il pregio di rendere palese la non autosufficienza probatoria della sola sentenza in ordine alla sussistenza del fatto da provare, rendendosi necessario un «utile raccordo tra il provvedimento conclusivo di un determinato procedimento e la diversa realtà processuale in cui esso va ad inserirsi»⁷³. D'altronde, anche in sede di legittimità costituzionale, è stato postulato come sia da escludersi che nel processo ricevente possano essere considerati provati fatti sulla base della sola decisione emessa in altro processo⁷⁴.

Orbene, indagando più a fondo, non sfuggirà come il richiamo alla disciplina dei riscontri si presti alle medesime critiche relative al rinvio all'art. 187 c.p.p.: esso, infatti, nulla aggiunge rispetto a quanto previsto per ogni prova⁷⁵.

È forse più plausibile ritenere che il richiamo all'art. 192, co. 3, c.p.p. costituisca piuttosto un disperato tentativo di riequilibrare la disciplina, compensando la violazione del contraddittorio in sede acquisitiva nel momento del giudizio⁷⁶, come se un "rafforzato" regime valutativo potesse sanare l'illegittima acquisizione⁷⁷.

È quanto è stato sostenuto da Giudice delle leggi nella citata sentenza n. 29 del 2009⁷⁸, ove si è precisato come acquisizione e valutazione della prova, pur costituendo momenti distinti, rimangano intimamente correlati e che l'art. 238-bis c.p.p. delinei regole adeguate alla consistenza ed alla natura della sen-

⁷⁰ Come evidenziato da MARAFIOTI, *Trasmigrazione di atti, prove "per sentenze" e libero convincimento del giudice*, cit., 251, originariamente il testo dell'art. 238-bis c.p.p. prevedeva il solo richiamo all'art. 187 c.p.p.; successivamente, in sede di conversione del decreto legge, si affiancò a tale previsione il riferimento all'art. 192, co. 3, c.p.p.

⁷¹ La norma impone un principio generale in materia probatoria, di talché la sua applicazione alla sentenza- documento avviene in maniera automatica. *Ex multis*, LORUSSO, *Acquisizione di sentenze irrevocabili ex art. 238-bis c.p.p. e pregiudizialità penale: una norma controversa*, in *Urb. e app.*, 1999, 338. *Contra*, nel senso che si tratterebbe di un «riferimento a proposito», M. CURTOTTI, *Una faticosa ricostruzione del contenuto dell'art. 238-bis tra incrinatura sistematiche ed esigenze contingenti in chiave emergenziale*, in *Cass. pen.*, 1996, 3360.

⁷² Approfondisce questo aspetto LORUSSO, *Acquisizione di sentenze irrevocabili ex art. 238-bis c.p.p. e pregiudizialità penale: una norma controversa*, cit., 339.

⁷³ PARLATO, *Acquisizione a fini di prova di sentenze irrevocabili e utilizzazione delle risultanze di fatti emergenti dalle motivazioni*, in *Cass. pen.*, 1996, 12, 3673.

⁷⁴ Si fa riferimento nuovamente a Corte cost., n. 29 del 2009.

⁷⁵ Cfr. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., 209.

⁷⁶ In termini, C. CONTI, *Le sentenze irrevocabili*, in TONINI, CONTI, *Il diritto delle prove penali*, Milano, 2012, 367.

⁷⁷ Cfr. FERRUA, *Il contraddittorio nel processo penale e il doppio volto della Corte Costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1461.

⁷⁸ Analizza la pronuncia DELL'ANNO, *"Contraddittorio limitato" per l'acquisizione delle sentenze passate in giudicato*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1115 ss.

tenza irrevocabile. La Consulta ha, infatti, affermato che il contraddittorio nella formazione della prova si atteggi diversamente in considerazione della specificità dei singoli mezzi di prova: la sentenza irrevocabile non può essere considerata un documento in senso proprio, poiché si caratterizza per il fatto di contenere un insieme di valutazioni di un materiale probatorio acquisito in un diverso giudizio; tuttavia, neppure può essere equiparata alla prova orale. «Ne consegue che, in relazione alla sua specifica natura, il principio del contraddittorio si esplica non nell'atto dell'acquisizione – nel quale, del resto, non sarebbe ipotizzabile alcun contraddittorio, se non in ordine all'an dell'acquisizione – ma in quello successivo della valutazione e utilizzazione».

La tesi, pur dotata di autorevolezza, non convince⁷⁹: nessun limite alla valutazione della prova può compensare il vizio relativo alla sua illegittima acquisizione, men che mai i criteri di cui all'art. 192, co. 3, c.p.p., «evanescenti come il senno di Orlando paladino»⁸⁰.

Ed è proprio l'individuazione degli elementi di prova utilizzabili ai fini della *corroboration* un ulteriore punto debole dell'art. 238-bis c.p.p.⁸¹

La presunzione di inattendibilità della sentenza irrevocabile altrove resa è, infatti, facilmente superabile, non essendo imposto neanche di utilizzare elementi di riscontro eterogenei rispetto a quelli di cui si cerca la conferma⁸². Potrebbe, dunque, accadere che il giudice, anziché cercare conferme *ab externo*, supplisca alla carenza della piattaforma probatoria rivalutando le prove provenienti dal procedimento *a quo*⁸³.

Così impostati i termini della questione assumono concretezza i dubbi di coloro che vedono nella valutazione della sentenza acquisita ex art. 238-bis c.p.p. «un mortificante cerimoniale tautologico»⁸⁴, fondato esclusivamente su elementi di prova *extra* costituiti, a cui il giudice aderisce asetticamente, mosso dall'intento di addivenire celermente – e assai più facilmente –

⁷⁹ Di questo avviso FERRUA, *Il contraddittorio nel processo penale e il doppio volto della Corte Costituzionale*, cit., 1460, che ritiene la pronuncia «confusa e disarticolata».

⁸⁰ FERRUA, *Giusto processo*, cit., 266.

⁸¹ ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., 209., parla di «falso limite in quanto non mancano mai le conferme ad una fonte di prova cui si vuole attribuire rilevanza».

⁸² Cfr. Cass., Sez. I, 26 maggio 1995, Ronch, cit., 3356.

⁸³ Gran parte della dottrina ha posto in luce «la conclamata esigenza che il riscontro di attendibilità della prova-sentenza venga fornito da elementi acquisiti nel corso del processo *ad quem*». La genericità del rinvio all'art. 192, co. 3, c.p.p., tuttavia, autorizza il giudice ad utilizzare qualunque elemento o indizio. Sul punto, CANTONE, *L'art. 238-bis c.p.p.: strumento probatorio e mezzo per la risoluzione preventiva del contrasto tra giudicati*, cit., 2897; KALB, *Il documento nel sistema probatorio*, cit., 176; MARAFIOTI, *Trasmigrazione di atti, prove "per sentenze" e libero convincimento del giudice*, cit., 262.

⁸⁴ UBERTIS, *Sisifo e Penelope. Il nuovo codice di procedura penale dal progetto preliminare alla ricostruzione del sistema*, Torino, 1993, 251.

all'accertamento della responsabilità dell'imputato.

5. La disciplina circolatoria testé ricostruita pone inesorabilmente l'interprete dinanzi ad un interrogativo: può ritenersi legittimo nell'epoca del giusto processo un simile meccanismo di interscambio probatorio?

Fondati i sospetti, quanto mai opportune le critiche.

La chiara direzione garantista intrapresa dalla Corte europea nella sentenza in commento impone che il processo non sia solo preordinato alla ricerca della verità in relazione ad un fatto di reato, ma che questo accertamento sia condotto secondo regole procedurali tali da tutelare l'innocenza e la libertà dell'imputato⁸⁵.

Il carattere essenziale del *due process of law*, è opportuno ribadirlo, sta nel concetto di verità che esso fa proprio: si tratta della verità che emerge dalle forme del procedimento probatorio⁸⁶.

In quest'ottica il metodo della conoscenza giudiziale diviene il contraddittorio, ossia lo scontro dialettico fra le parti in ordine alla formazione della prova, dinanzi ad un giudice terzo e imparziale, che formerà il proprio convincimento scevro da qualsiasi automatismo valutativo.

Un simile meccanismo epistemologico valorizza le garanzie di difesa dell'imputato, nonché il suo diritto ad essere presunto innocente, «che si deve considerare il bene della vita costituente l'ultimo vero oggetto della difesa, rispetto al quale le altre pretese al giusto procedimento assumono funzione strumentale»⁸⁷.

La Corte di Strasburgo, pur proclamando la superiorità assiologica di questi principi, non si sottrae ad un'osservazione a tutto tondo della questione sottoposta alla sua attenzione, e rileva come talvolta le esigenze contingenti dell'accertamento giustifichino un'attenuazione del diritto di difesa dell'imputato, purché tali limitazioni rimangano nell'alveo della ragionevolezza e siano limitate al necessario. Nonostante i tentennamenti, i giudici sovranazionali cercano di offrire una tutela concreta, rifuggendo astratte proclamazioni di principio e facendo i conti con le istanze di difesa della collettività, senza per questo sovvertire il modello garantista recepito.

Le determinazioni che promanano dal contesto sovranazionale rendono ancor più traballante la tenuta costituzionale dell'art. 238-bis c.p.p.

⁸⁵ Secondo C. CONTI, *Il vizio d'origine del processo: il last fact e il volto di Medusa*, in TONINI, C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., 2, «il rito penale guarda all'indietro ed è perennemente esposto al rischio di imbattersi nel volto di Medusa: l'errore ricostruttivo pietrifica l'istanza accertativa e può rivelarsi esiziale» di talché si rende necessario il rispetto delle regole processuali.

⁸⁶ Cfr. V. GAROFOLI, *Presunzione di innocenza e considerazione di non colpevolezza*, cit., 1171.

⁸⁷ Corte cost., n. 171 del 1971.

Invero, questo meccanismo di interscambio probatorio realizza una duplice ingiustizia⁸⁸: in superficie comporta la grave violazione del principio del contraddittorio, più a fondo un'intollerabile compressione dei diritti di difesa dell'imputato, condannato due volte. Prima, in un giudizio a cui neanche prende parte, poi in un processo che lo vede direttamente coinvolto (quanto agli effetti), ma sostanzialmente escluso (in relazione al contributo da offrire). La disciplina risulta, così, dotata di una forza espansiva tale da rompere gli argini rigorosamente tracciati dalla Corte europea, travolgendo le garanzie di difesa, spostando irragionevolmente il baricentro del processo a favore delle esigenze di difesa sociale, e relegando sullo sfondo l'imputato, declassato da protagonista sulla scena a mero figurante.

La norma, invero, invitando alla cautela e alla prudenza nella valutazione della prova-sentenza, cerca di approdare al difficile punto di equilibrio fra giusto processo ed efficientismo⁸⁹, ma è un tentativo destinato a fallire.

Taluni hanno visto in questa scelta la «cattiva coscienza»⁹⁰ del legislatore, che, consapevole del grave *vulnus* inferto al principio di legalità delle forme processuali, ha imposto il rispetto della sfuggente disciplina dei riscontri estrinseci.

Prendendo le distanze da accuse così gravi, è forse più plausibile ritenere che l'*intentio legis* in origine fosse nobile, ma che il risultato applicativo si sia dimostrato del tutto insoddisfacente⁹¹.

Il legislatore ha creduto di potersi liberare dall'effigie di un giudicato quale «prodigioso congegno dotato della virtù taumaturgica di far sprigionare la verità nel mondo del diritto»⁹², ma ha peccato di ingenuità.

Il fascino di un accertamento che è divenuto stabile e immutabile è inesorabilmente destinato a condizionare il libero apprezzamento del giudice *ad quem*, e introduce *de facto* automatismi legali a livello decisorio, che frustrano grandemente la presunzione di innocenza dell'imputato⁹³.

L'unica garanzia che rimane è rappresentata dall'obbligo di motivazione, che delinea il *discrimen* fra una decisione consapevole, presa sulla base di tutte le prove formate nel processo, e una passiva adesione ai giudizi colpevolisti al-

⁸⁸ Riflette in questi termini A. GAITO, *La circolazione delle prove e delle sentenze*, cit., 26.

⁸⁹ In argomento, PARLATO, *Acquisizione a fini di prova di sentenze irrevocabili e utilizzazione delle risultanze di fatti emergenti dalle motivazioni*, cit., 3673.

⁹⁰ ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., 209, che assume posizioni fortemente critiche rispetto alla scelta legislativa.

⁹¹ Ritiene che la scelta del legislatore sia assolutamente chiara sul piano teorico, ma assai più dubbiosa nella sua applicazione pratica ZUMPANO, *Rapporti fra processo civile e processo penale*, cit., 408.

⁹² DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata*, cit., 6.

⁹³ Sul libero convincimento del giudice in contrapposizione al valore legale delle prove, AMODIO, *Dalla intime conviction alla legalità della prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1, 21 ss.

trove formulati⁹⁴.

I costanti moniti della dottrina, nonché i richiami sovranazionali, dovrebbero allora indurre il legislatore ad un integrale ripensamento della disciplina⁹⁵, che tenda a ripristinare l'equilibrio violato, nella consapevolezza che la Giustizia – alla cui ricerca il processo è teso – sta nel “percorso”, prima ancora che nella “meta”⁹⁶.

FRANCESCA DELVECCHIO

⁹⁴ Nel senso di ritenere questa garanzia insufficiente ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., 211.

⁹⁵ Ritiene doveroso adottare «correttivi volti a prevenire il diffondersi di scorciatoie probatorie inaccettabili» A. GAITO, *La circolazione delle prove e delle sentenze*, cit., 38.

⁹⁶ Secondo CORDERO, *Procedura penale*, cit., 99, in un sistema accusatorio vige la supremazia delle «regole del gioco. Qui sono tutto, mentre nell'affare inquisitorio conta l'esito comunque ottenuto».