

La circolazione delle prove e delle sentenze

Alfredo Gaito

SOMMARIO: 1. Prospettive d'indagine.- 2. Circolarità della prova e «giusto processo».- 3. Implicazioni nei processi per criminalità organizzata.- 4. Trasmigrazione probatoria e coordinamento investigativo.- 5. Le intercettazioni telefoniche: l'art. 270 c.p.p.- 6. La sentenza penale come prova: l'art. 238 bis c.p.p.- 7. Questioni vecchie e nuove.- 8. Un caso paradigmatico in tema di prova per sentenza aliena.- 9. Giudizio abbreviato e riunione in appello con altro processo: un'ipotesi di circolarità probatoria anomala.- 10. Ipotesi di razionalizzazione.

1. Prospettive d'indagine.

Costituisce principio cardine della cultura politica occidentale che, nel paese civile, senza verità non c'è democrazia; mentre non è ancora maturata la consapevolezza che, nella cultura processuale penale, senza chiarezza ed obbiettività ricostruttiva e critica alla stregua della conoscenza dell'evoluzione giurisprudenziale, si profila il pericolo di sprofondare 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. Il rischio c'è ed è particolarmente percettibile ogni qualvolta si praticano scorciatoie acceleratorie che comportano la compressione delle cadenze ordinarie del procedimento probatorio.

Chiarisco subito che non è mia intenzione quella di arroccarmi in una posizione che *a priori*-e con poco utile ostinazione- rifiuti ogni possibilità di adattamento delle forme. Al contrario.

Sta di fatto che, alla stregua dello spirito europeo che oggi impone, a tacer d'altro, correttezza processuale e pienezza del contraddittorio in ogni momento della vicenda giudiziaria, occorre stabilire caso per caso e volta per volta cosa rientri tra i formalismi inessenziali cedevoli e ciò che costituisce il minimo etico non comprimibile del giusto processo.

In specifico riferimento all'*escamotage* normativo della circolazione probatoria da un processo all'altro, si tratta di verificare senza infingimenti se l'aspirazione ad evitare le lungaggini conseguenti alla reiterazione delle medesime attività probatorie in una pluralità di processi ad analogo oggetto (ordigno operativo utile per i fatti associativi di criminalità organizzata) sia praticata davvero in maniera tale da non conculcare ingiustificatamente i sacrosanti diritti del singolo accusato.

Ovvio che, se e quando la parte abbia comunque già espletato con pienezza ed efficacia la propria difesa ed il proprio diritto a confutare gli elementi a suo carico ovvero abbia prestato consenso all'utilizzazione *contra se* del materiale proveniente da diverso processo, la questione non si pone neppure. Mentre il

Relazione al Convegno «La prova penale nello specchio del diritto vivente» organizzato dall'Associazione tra gli studiosi del processo penale, Siracusa, 30 settembre - 2 ottobre 2011.

Con il contributo della dott.ssa Silvia Astarita per la documentazione e la cura dei paragrafi 2-7.

malessere si acuisce se e quando la parte si trova a subire una compressione del diritto alla prova a confutazione, per natura di cose correlata alla non partecipazione nel procedimento d'origine ovvero negato di fatto nel processo di destinazione.

Insomma: il problema non è costituito dai presupposti, dai modi e dagli obiettivi sicuramente condivisibili della trasmigrazione probatoria in sé, così come legittimamente disciplinata dalla legge; quanto piuttosto dai modi e dai tempi riconosciuti nella legge processuale e nella prassi all'estrinsecazione del diritto all'effettività della difesa e segnatamente alla prova a confutazione.

C'è da considerare, oltretutto, che la circolazione della prova, oltre ad essere direttamente oggetto di espressa disciplina *ad hoc*, costituisce altresì l'effetto riflesso di ogni fenomeno di riunione di processi originariamente distinti o separati e rappresenta fenomeno quotidiano in tema di procedimento di prevenzione.

Ove la ricognizione della prassi ponesse in evidenza la sistematica elusione dei diritti dell'accusato, non ci si potrebbe esimere dal farne vibrata denuncia; con l'effetto di determinare una necessaria rimeditazione sull'ortodossia dell'assetto legislativo vigente.

2. Circolarità della prova e «giusto processo»

Con l'espressione «circolarità probatoria» si allude ad un fenomeno non infrequente nella prassi delle aule di giustizia in forza del quale “prove” -ovvero “atti a contenuto probatorio”, o piuttosto, per usare la terminologia prescelta dal legislatore nell'art. 238 c.p.p., “verbali di prove”- formatesi in un altro procedimento penale -o civile, ex art. 238, 2° co., c.p.p. (¹)- approdano dinanzi ad un giudice nuovo e diverso da quello che ne ha presieduto l'assunzione, per essere (ri)valutate unitamente a quelle assunte, invece, nel processo c.d. *ad quem* (²).

(¹) “Definito con sentenza che abbia acquistato autorità di cosa giudicata”.

(²) «Quando si parla di “circolazione probatoria tra procedimenti” si intende riferirsi alla possibilità di acquisire, e successivamente utilizzare, in altro procedimento le prove che si sono formate in una vicenda processuale diversa e/o autonoma»: così CANTONE, *La “circolazione probatoria tra procedimenti”*. Le modifiche introdotte dalla l. 63/01, in *Cass. pen.*, 2002, 2161.

L'*an* ed il *quomodo* della circolazione sono rimesse, evidentemente, alla volontà del legislatore che sconta, a sua volta, opposte scelte di fondo. Ma non è da trascurare il fenomeno della circolarità quale effetto derivato da operazioni di riunione di processi, sempre più frequenti nella prassi, ma non sempre effettuate in maniera convincente.

La varietà qualitativa e quantitativa di meccanismi acquisitivi, evitando la “ripetizione” di prove già assunte altrove [*id est*: evitando di provare fatti già “provati” altrove, ovvero già oggetto di accertamento processuale facendo confluire nel processo *ad quem* il relativo risultato probatorio], privilegia esigenze sempiterni di economia e celerità processuale. Al contempo, appare evidente che il ricorso a tali meccanismi determina la compromissione di principi che tradizionalmente connotano un sistema processuale di tipo accusatorio, nel cui solco il “giusto processo” naturalmente si inserisce.

Ad essere pregiudicati dalla trasmigrazione di atti ad efficacia probatoria sono evidentemente i contenuti essenziali dei principi della immediatezza, dell’oralità e, soprattutto, del contraddittorio *nella formazione* della prova: ovvio che se la prova si è formata già altrove, non potrà esservi dinanzi al giudice che decide alcuna altra attività se non quella diretta al contraddittorio *sulla* prova. Il fenomeno va distinto dalla circolazione c.d. endoprocedimentale, che ricorre qualora si veicolino a dibattimento atti assunti in fase investigativa: nel nostro caso, *un* qualche contraddittorio v’è stato, presumibilmente almeno, nel processo *a quo*: la “prova” così formata, tuttavia, è destinata ad esprimere la sua efficacia dimostrativa anche in un procedimento diverso con parti differenti, dinanzi ad un giudice *altro* che nella realtà effettuale si limita semplicemente a prendere atto di quanto altrove accaduto.

Economia e celerità processuale finiscono, insomma, per prevalere su oralità ed immediatezza, diretta emanazione del contraddittorio come metodo *per* la decisione. Invero, con la costituzionalizzazione del giusto processo, se ragioni di economia e celerità processuale possono trovare ancoraggio nella “ragionevole durata del processo”, deve ribadirsi che eccezioni al contraddittorio dibattimentale *per* la prova (c.d. contraddittorio in senso oggettivo), possono ricorrere solo ed esclusivamente in presenza delle condizioni pur nell’art. 111 Cost. indicate: provata condotta illecita; consenso della parte e impossibilità - sopravvenuta - di natura oggettiva.

Un contraddittorio “differito” ed asfittico, circoscritto alla sola discussione sulla prova *aliunde* acquisita non sembra in linea con i dettami costituzionali. L’istituto, dunque, si colloca nel sistema processuale in una posizione decisamente eccezionale, e come tale va inteso alla stregua delle norme civilistiche

che presiedono alla interpretazione della legge, in particolare, dell'art. 14 disp. prel. c.c. per cui le norme penali e quelle che fanno eccezione a regole generali “*non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati*”.

Con la conseguenza di inibire, oltre i casi tassativamente scanditi dalla norma, meccanismi di veicolazione di materiale probatorio, offrendo della disposizione una lettura necessariamente restrittiva.

Partendo da tale assunto, la nuova fisionomia che il processo penale ha faticosamente assunto da una decina d'anni a questa parte spiega solo in parte l'evoluzione normativa dell'istituto la cui norma cardine è rappresentata dall'art. 238 c.p.p. intitolato ai “*verbali di prove di altri procedimenti*”.

Il primo comma dell'art. 238 c.p.p. è frutto di un radicale intervento normativo sull'originale versione del legislatore ad opera del d.l. n. 306 del 1992 conv. nella legge n. 356 del 1992. L'impronta accusatoria che si intese dare al nuovo rito penale, infatti, era alla base di una disciplina estremamente restrittiva che subordinava la circolarità della prova al consenso delle parti, rendendo il fenomeno assai marginale nella prassi ⁽³⁾.

La legislazione d'emergenza dei primi anni '90 ha determinato, di contro, il venir meno di tale condizione che nemmeno il legislatore del 2001 ha ritenuto doveroso reinserire ⁽⁴⁾. Ogni riferimento al consenso delle parti è venuto meno, salvo ipotesi eccezionali. La regola, dunque, è che “*l'acquisizione di verbali di prove di altro procedimento penale*” è ammissibile alla sola condizione che “*si tratt[i] di prove assunte nell'incidente probatorio o nel dibattimento*”.

Il meccanismo acquisitivo scatta se -e solo se- le *prove*, diverse da quelle dichiarative (per le quali il successivo co. 2 *bis*), i cui verbali si intende acquisire, sono state *assunte* in un altro procedimento penale, limitatamente alle fasi del dibattimento e dell'incidente probatorio. Un -inappagante- contraddittorio differito, si diceva, rispetto a quello realizzatosi dinanzi a soggetti terzi e ad un giudice diverso. Un giudice estraneo a quel procedimento, di cui riceverà un

⁽³⁾ In estrema sintesi, in origine l'acquisizione di verbali di prove di altro procedimento penale e/o civile, salvo in tal caso il vincolo del giudicato, era consentita previo consenso delle parti e se si trattava di prove assunte nell'incidente probatorio e/o nel dibattimento ovvero di verbali di cui era stata data lettura in dibattimento. Era comunque consentita l'acquisizione di documentazione di atti irripetibili ed infine, i verbali non acquisibili potevano essere utilizzati per le contestazioni ex artt. 500 e 503 c.p.p. Il consenso delle parti, di norma, determinava la concreta marginalità del fenomeno. L'art. 238 c.p.p. è stato poi integralmente riscritto dal d.l. n. 306 del 1992 conv. nella legge n. 356 del 1992, non condizionando più l'acquisizione al consenso.

⁽⁴⁾ DELL'ANNO, *Prova documentale e circolarità della prova*, in *La prova penale*, Trattato diretto da A. Gaito, Torino, 2008, vol. II, 671.

frammento, con i limiti e le problematiche che la frammentarietà comporta, senza l'apporto dialettico delle parti attive nel nuovo processo e soprattutto dell'imputato nel processo di destinazione nei cui confronti la prova assunta altrove verrà utilizzata. In effetti, avendo riguardo al quadro costituzionale di riferimento, non sembra affatto sufficiente a preservare la norma da seri dubbi di legittimità la circostanza che *un* contraddittorio vi sia comunque stato, trattandosi di contraddittorio *inter alios* e decontestualizzato. La soluzione normativa, dunque, «*si caratterizza per quanto relativo alle prove diverse da quelle a contenuto dichiarativo, come sicuramente e gravemente affievolita rispetto al dictum costituzionale*» ⁽⁵⁾.

È però necessario, s'è detto, che le garanzie del contraddittorio *per* la prova, cui pure si rinuncia nel procedimento *ad quem*, siano state osservate nel procedimento dal quale essa proviene. Vanno esclusi, quindi, tutti quei casi in cui non può dirsi, se non con una evidente forzatura, che la prova si è “formata” dinanzi al giudice, e ciò perché *assumere* la prova implica lo svolgimento di un'attività processuale materialmente tesa alla formazione del materiale probatorio che a quella attività non preesiste. In altri termini, vanno esclusi tutti quei casi in cui la prova nel procedimento *a quo* non è frutto del contraddittorio dibattimentale davanti ad un giudice, instauratosi nella fase del giudizio ovvero in quella singolare parentesi probatoria rappresentata dall'incidente probatorio, bensì è stata a sua volta meramente “acquisita”, essendosi l'atto formato altrove, mediante i meccanismi veicolativi extraprocessuali ed endoprocedimentali più svariati.

La diversità lessicale (acquisizione dei verbali/assunzione della prova) sottende una profonda diversità sostanziale. Una cosa è “formare” o “assumere” la prova, ben altro è “acquisirla”, implicando tale attività una mera presa d'atto di ciò che altrove è avvenuto. Non è ammessa, quindi, l'acquisizione di verbali di prove meramente “acquisite” nel procedimento *a quo* ⁽⁶⁾. Il divieto probatorio [*id est*: la conseguente inutilizzabilità di quanto acquisito in violazione della legge processuale] si pone proprio in quei casi di traslazione endo-

⁽⁵⁾ DELL'ANNO, *Prova documentale*, cit., 672.

⁽⁶⁾ Il fatto che la norma faccia riferimento a prove “assunte” in dibattimento lascia ritenere che non sono acquisibili ex art. 238, 1° co., c.p.p. verbali di prove solo “acquisite” nel procedimento *a quo*. In tal senso, Cass., Sez. VI, 7 luglio 1999, Arcadi ed altri, in *Mass. Uff.*, n. 215.267, per cui, correttamente, «*le dichiarazioni rese nel corso delle indagini ed acquisite in altro dibattimento ex art. 513 c.p.p. (nel testo antecedente la legge n. 267 del 1997), stante il rifiuto di rispondere del soggetto rivestente la qualità di imputato di reato connesso, non sono state ivi assunte, e conservano, pertanto nel procedimento ad quem la natura di atti di indagine, utilizzabili per le contestazioni o eventualmente nuovamente acquisibili autonomamente ex art. 513 c.p.p., nei limiti in cui tale norma (interessata tra l'altro da vari rivolgimenti di disciplina) lo consenta*».

procedimentale di atti nel procedimento *a quo* ⁽⁷⁾, in cui elementi a contenuto probatorio, prevalentemente di natura dichiarativa, lungi dall'essersi "formati" dinanzi ad un giudice, sono stati meramente "acquisiti" al suo cospetto, in dibattimento, secondo i noti meccanismi delineati dagli artt. 500, 503 e 513 c.p.p. In generale, è l'intero sistema delle letture di atti non assunti in dibattimento, come delineato dall'art. 511 c.p.p., ad essere fatalmente escluso dall'ambito di operatività dell'art. 238, 1° co., c.p.p.

Il riferimento al dibattimento ed all'incidente probatorio, inoltre, determina l'esclusione di tutti quegli atti "formati" nel corso delle indagini preliminari del procedimento *a quo*.

Si pensi, ad esempio, ai documenti assunti all'estero mediante rogatoria internazionale ed agli atti, diversi dai primi, "*assunti all'estero a seguito di rogatoria internazionale ai quali i difensori sono stati posti in grado di assistere e di esercitare le facoltà loro consentite dalla legge italiana*", i cui verbali confluiscono nel fascicolo dibattimentale all'atto della separazione ex art. 431, lett. d ed f, c.p.p.

Tale fattispecie va tenuta ben distinta dall'altra, prevista dall'art. 78 disp. att. c.p.p. che, invece, estende espressamente il meccanismo di cui all'art. 238 c.p.p. alla "*documentazione di atti di un procedimento penale compiuti da autorità giudiziaria straniera*".

L'espressa previsione della applicabilità dell'art. 238 c.p.p. implica, *a contrario*, che di norma il procedimento *a quo*, penale o civile, deve essere celebrato dinanzi alla autorità giudiziaria italiana.

Non crea, invece, grandi problemi interpretativi la previsione contenuta nel secondo comma per cui "*è ammessa l'acquisizione di verbali di prove assunte in un giudizio civile definito con sentenza che abbia acquistato autorità di cosa giudicata*". Anche in questo caso, tuttavia, non può non appuntarsi l'attenzione sull'eterogeneità delle forme che presiedono il procedimento probatorio nel procedimento civile ed in quello penale. Quindi, potrà essere acquisita la prova assunta in un processo civile al quale, in ipotesi, l'imputato è rimasto totalmente estraneo, con il solo limite rappresentato dall'essersi il giudizio civile concluso con sentenza passata in giudicato: il che determina un ulteriore inconveniente rappresentato dal consolidato giudizio sulla prova offerto proprio dalla sentenza definitiva ⁽⁸⁾.

Da ultimo, può aggiungersi che è esclusa l'acquisizione di verbali di prove

(7) Per la distinzione fra atti e documenti, v. DELL'ANNO, *Prova documentale*, cit., 647 s.

(8) Critico sulla scelta normativa, CORDERO, *Procedura penale*, Milano, ediz. 2001, 784.

assunte in un procedimento amministrativo e/o disciplinare ovvero celebrato dinanzi all'autorità giudiziaria ecclesiastica ⁽⁹⁾.

Una disciplina peculiare è dettata per le prove c.d. dichiarative.

Alla legge n. 267 del 1997 si deve l'introduzione del comma 2 *bis* ⁽¹⁰⁾, poi modificato dalla legge n. 63 del 2001, attuativa del giusto processo.

Il nocciolo duro della materia che ci occupa è stato fin da subito rappresentato dalla necessità di disciplinare in modo puntuale l'acquisizione di verbali di apporti dichiarativi assunti in altro procedimento dalle persone imputate in un procedimento connesso o collegato ex art. 210 c.p.p. Dapprima, nei casi in cui ne era consentita l'acquisizione ai sensi del primo comma, si prevedeva fossero utilizzabili soltanto nei confronti degli imputati i cui difensori avevano partecipato alla loro assunzione.

Secondo l'attuale versione, invece, la speciale previsione è stata estesa più ampiamente alla prova c.d. dichiarativa.

Quindi: non solo dichiarazioni rese dai soggetti di cui all'art. 210 c.p.p. ma anche "comuni" testimoni, le cui dichiarazioni acquisite *"nei casi previsti dai commi 1 e 2... possono essere utilizzate contro l'imputato soltanto se il suo difensore ha partecipato all'assunzione della prova"*.

La statuizione legislativa, in effetti, contempla i *verbali di dichiarazioni*. Occorre dunque chiarirne l'ambito di applicabilità quanto all'oggetto: dichiarazioni di imputati in procedimenti connessi e/o collegati ex art. 210 c.p.p.; di testimoni e di testimoni assistiti ex art. 197 e 197 *bis* c.p.p.

Quid iuris per le dichiarazioni rese dal perito nel corso del dibattimento o dell'incidente probatorio? Sotto il profilo letterale, nessun ostacolo si frappone alla loro acquisizione. Vero è che le "dichiarazioni" peritali appaiono prive della forza dimostrativa che di norma le connota se non accompagnate dall'elaborato peritale, acquisibile secondo la regola generale di cui al primo comma ⁽¹¹⁾. Peraltro, la disposizione in discorso appare singolare nella misura in cui opera una distinzione fra acquisizione ed utilizzabilità. La prova dichiarativa acquisita, infatti, è utilizzabile *contro* l'imputato, solo se il suo difensore ha partecipato all'assunzione dell'atto.

In primo luogo, l'inutilizzabilità è regola di esclusione probatoria operante a

⁽⁹⁾ *Contra*, tuttavia, un caso in giurisprudenza, Cass., Sez. V, 12 marzo 2004, p.c. in proc. Trecco e altri, in *Mass. Uff.*, n. 228.820 per cui «Anche i verbali di prove assunte dinanzi al giudice ecclesiastico in un procedimento per la dichiarazione di nullità del vincolo matrimoniale (nella specie relativi a deposizioni testimoniali) possono essere acquisiti agli atti del processo».

⁽¹⁰⁾ Inserito dall'art. 3 legge n. 267 del 1997, il co. 2 *bis* prevedeva una speciale disciplina riguardante i verbali di dichiarazioni rese dalle persone indicate nell'art. 210 c.p.p.

⁽¹¹⁾ CANTONE, *La prova documentale*, Milano, 2004, 97.

salvaguardia dell'imputato. In altre parole, eventuali dichiarazioni favorevoli, certamente potrebbero essere acquisite ed utilizzate a favore dell'imputato: in casi del genere, la mancata presenza del difensore nel procedimento *a quo* non costituisce dato ostativo. Qualora si tratti, invece, di dichiarazioni sfavorevoli, condizione per l'utilizzabilità in concreto delle dichiarazioni pur legittimante acquisite è e rimane la presenza del difensore nel procedimento *a quo*.

Il momento acquisitivo precede da un punto di vista logico e cronologico quello valutativo: come di consueto accade, peraltro, dovendo sempre il giudice interrogarsi sulla valutabilità in concreto di atti utilizzabili in astratto per essere stati acquisiti al fascicolo dibattimentale. È evidente, tuttavia, che in tal caso il giudizio sulla utilizzabilità non è legato ad una patologia dell'atto o del procedimento volto alla sua acquisizione secondo la generale previsione contenuta nell'art. 191 c.p.p., bensì al suo tenore: all'essere o meno favorevole all'imputato. Di qui la previa conoscenza delle dichiarazioni da parte del giudicante che non poche conseguenze comporta. Si pensi, da un lato, all'intimo convincimento giudiziale dinanzi a dichiarazioni sfavorevoli, di cui in motivazione si ritenga di non dover dare atto, ma che non possono non arricchire il patrimonio conoscitivo del giudice finendo per condizionarlo. Ovvio che quelle dichiarazioni, sfavorevoli, non possono essere poste a base della decisione [*id est*: confluire in motivazione], ma non può negarsi loro una certa persuasività. Ma si pensi, altresì, a tutti quei casi, non infrequenti, in cui le dichiarazioni appaiono di tenore neutro, o in parte favorevoli ed in parte sfavorevoli, quindi "frazionabili". Le difficoltà legate a tale inutilizzabilità "condizionata" sono molteplici, anche considerando che l'effettiva portata di una dichiarazione può cogliersi talvolta solo ove le dichiarazioni stesse siano lette unitamente ad altri elementi di prova ed opportunamente contestualizzate, nel procedimento di provenienza ed, evidentemente, anche in quello *ad quem* ⁽¹³⁾.

La previsione normativa è sì frutto dell'esigenza di salvaguardare la posizione di colui che viene attinto da dichiarazioni accusatorie in un procedimento nel quale è rimasto totalmente estraneo, privo in quella sede della men che minima assistenza tecnica e quindi della possibilità di esaminare e/o controesaminare chi muove accuse a suo carico. In tal caso, la prova dichiarativa assunta altrove non è spendibile, con la conseguenza che nel procedimento *ad*

⁽¹³⁾ Per questa singolare forma di inutilizzabilità, v. APRATI, *Prove contraddittorie e testimonianza indiretta*, Padova, 2007, 81 e 82.

quem l'accusatore dovrà necessariamente essere riesaminato: epperò la singolare inutilizzabilità che sembra configurarsi rischia di creare più problemi di quanti in realtà non intenda risolverne.

Con riferimento alla acquisizione di verbali di prova assunta in un giudizio civile, invece, si è precisato che è ammessa *contro* l'imputato solo se "*nei suoi confronti fa stato la sentenza civile*"⁽¹³⁾.

Una speciale notazione riguardo agli atti irripetibili assunti in un altro procedimento, di cui l'acquisizione "*è comunque ammessa*" -quindi, par di ritenere, «*indipendentemente dalla fase procedimentale in cui si sono formati i verbali di prova o dalla intervenuta irrevocabilità della sentenza civile*»⁽¹⁴⁾, con la precisazione tuttavia, che "*se la ripetizione dell'atto è divenuta impossibile per fatti o circostanze sopravvenuti, l'acquisizione è ammessa se si tratta di fatti o circostanze imprevedibili*"⁽¹⁵⁾.

La previsione va letta, evidentemente, in ossequio all'art. 111, 5° co., Cost. che ammette deroghe al contraddittorio dibattimentale solo dinanzi ad impossibilità di natura oggettiva e, sotto il profilo anche lessicale, richiama evidentemente la previsione contenuta nell'art. 512 c.p.p. che tuttavia disciplina il diverso fenomeno della migrazione endoprocedimentale di atti a contenuto investigativo.

Sempre avuto riguardo alla prova dichiarativa, inoltre, altra eccezione al contraddittorio dibattimentale è subordinata al consenso dell'imputato. Ai sensi del comma 4, infatti, "*Al di fuori dei casi previsti dai commi 1, 2, 2 bis e 3, i verbali di dichiarazioni possono essere utilizzati nel dibattimento soltanto nei confronti dell'imputato che vi consenta; in mancanza di consenso, detti verbali possono essere utilizzati per le contestazioni previste dagli articoli 500 e 503*".

Quindi: il consenso rende acquisibile ciò che, in prospettiva di fondo, dovrebbe restar fuori. La mancanza di esso, tuttavia, non esclude l'acquisizione al di fuori dei casi indicati dalla legge bensì incide sul regime di utilizzabilità dell'atto: i verbali di dichiarazioni acquisite al di fuori dei casi descritti in precedenza, in mancanza di consenso, possono essere utilizzati per le sole contestazioni.

Il richiamo integrale agli artt. 500 e 503 c.p.p. determina che, ove ne ricorrano i presupposti nel procedimento *ad quem*, le dichiarazioni possano essere

⁽¹³⁾ Art. 9 legge n. 63 del 2001.

⁽¹⁴⁾ DOMINIONI, *I mezzi di prova*, in *Procedura penale*, Torino, 2010, 295.

⁽¹⁵⁾ Il testo del comma precedentemente in vigore era il seguente: «*È comunque ammessa l'acquisizione della documentazione di atti che anche per cause sopravvenute non sono ripetibili*».

comunque acquisite secondo i meccanismi ivi descritti.

In ogni caso, una volta acquisiti i verbali di prove assunte altrove nei limiti e con le precisazioni anzidette, l'ultimo comma dell'art. 238 c.p.p. fa salvo "*il diritto delle parti di ottenere a norma dell'art. 190 l'esame delle persone le cui dichiarazioni sono state acquisite*" a meno che non si proceda per reati di particolare allarme sociale indicati nell'art. 51, comma 3 *bis*, c.p.p.: il riferimento all'art. 190 *bis* c.p.p. determina, in tali ipotesi, per prevenire la c.d. usura del teste, che l'audizione dei dichiaranti può essere disposta solo se intesa ad ottenere informazioni diverse da quelle già raccolte o se ne risulti la necessità sulla base di particolari esigenze evidenziate dal giudice o da una parte.

In generale, la previsione va letta unitamente alle disposizioni di cui all'art. 495, 1° co., c.p.p. per cui "*Quando è stata ammessa l'acquisizione di verbali di prove di altri procedimenti, il giudice provvede in ordine alla richiesta di nuova assunzione della stessa prova solo dopo l'acquisizione della documentazione relativa alla prova dell'altro procedimento*"; ed all'art. 468, co. 4 *bis*, c.p.p. a mente del quale "*La parte che intende chiedere l'acquisizione di verbali di prove di altro procedimento penale deve farne espressa richiesta unitamente al deposito delle liste. Se si tratta di verbali di dichiarazioni di persone delle quali la stessa o altra parte chiede la citazione, questa è autorizzata dal presidente solo dopo che in dibattimento il giudice ha ammesso l'esame a norma dell'art. 495*".

3. Implicazioni nei processi per criminalità organizzata.

Il richiamo all'art. 190 *bis* c.p.p. conferma, se necessario, il c.d. doppio binario costruito dal legislatore ordinario per contrastare, dal punto di vista processuale, in maniera più o meno efficace taluni fenomeni criminali di particolare allarme sociale. La disposizione, non a caso intitolata "*Requisiti della prova in casi particolari*" getta le basi della risposta giudiziale a fenomeni criminali che il legislatore intende contrastare mediante una flessione verso il basso di talune garanzie. Senza alcuna copertura costituzionale, sia chiaro, perché l'art. 111 Cost. in maniera inequivoca dispone che la giurisdizione si attua *sempre* mediante il *giusto processo* regolato dalla legge; ne individua i cardini nella terzietà ed imparzialità del giudice -naturale e precostituito per legge ex art. 25 Cost.- nella parità delle parti -e delle armi- e nel metodo dialettico *per* l'accertamento della verità *processuale*. Eppure, in alcuni casi, la prova presenta "*requisiti particolari*": il contraddittorio, in altri termini, è rinunciabile o "diversamente garantito" e ciò indipendentemente dalle eccezio-

ni indicate nello stesso testo costituzionale ma per il solo trovarsi al cospetto di taluni reati: segnatamente quelli di cui all'art. 51, co. 3 *bis*, c.p.p. comunemente detti di criminalità organizzata ⁽¹⁶⁾.

Epperò, in tal modo -deve convenirsi- la salvaguardia di taluni irrinunciabili diritti processuali di rilievo costituzionale è rimessa alla incontrollata e incontrollabile (se non *ex post*, all'esito del giudizio sulla fondatezza dell'accusa) discrezionalità dell'organo d'accusa: è il p.m., *dominus* delle indagini preliminari, libero di condizionare con la sola formulazione del capo di imputazione, e già della provvisoria incolpazione cautelare laddove ritenga di dover chiedere l'applicazione di cautele preprocessuali, la sorte del procedimento -e dell'imputato- mediante la applicazione di talune "speciali" regole processuali anziché altre.

Non solo durante le indagini preliminari troveranno attuazione speciali disposizioni derogatorie (si pensi alla disciplina sulle intercettazioni telefoniche) ma anche nel giudizio: in fase, appunto, di formazione e assunzione della prova. È proprio rispetto a fenomeni criminali di una certa complessità, peraltro, che la migrazione probatoria ricorre più frequentemente. Di circolarità, infatti, ha senso parlare nella misura in cui il medesimo *thema probandum* rilevi in più procedimenti. Può accadere, cioè, che identico sia, in entrambi i dibattimenti, il fatto naturalistico o giuridico che si intende provare.

Può accadere, altresì, che medesima sia la fonte di prova alla quale attingere, con la conseguenza che la prova già assunta in un dibattimento appare in grado di esplicitare la propria efficacia dimostrativa anche in un processo diverso con il quale quello precedente presenta un collegamento, appunto, probatorio. I procedimenti, ancorché "diversi" da un punto di vista processuale, presentano cioè elementi che li accomunano.

Sul piano sostanziale, la circolazione probatoria è figlia di una criminalità spesso complessa, per il cui accertamento si è ritenuto necessario, tuttavia, procedere separatamente. Sul piano processuale, invece, è frutto delle scelte normative dettate in tema di connessione-separazione-riunione fra procedimenti.

L'opzione codicistica di fondo è quella di un generale sfavore verso il processo c.d. cumulativo inteso in senso soggettivo ed oggettivo, sia per ragioni di

⁽¹⁶⁾ Sul tema, v. BERNASCONI, voce *Criminalità organizzata*, in *Enc. Dir.*, IV Agg., Milano, 2000, 503; BORRELLI, *Processo penale e criminalità organizzata*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, vol. VII, I, *Modelli differenziati di accertamento*, a cura di Garuti, Torino, 2011, 265.

economia e celerità processuale sia per garantire il diritto di difesa ⁽¹⁷⁾ in senso più efficace.

Tale evenienza ricorre allorquando si decida di procedere nei confronti di più imputati per più capi di imputazione; ovvero nei confronti di più imputati per un solo capo di imputazione; ovvero nei confronti di un imputato per più capi di imputazione. Ovvio che l'accertamento di un solo accadimento ascritto ad unico imputato rappresenta, in termini di celerità processuale, la scelta auspicabile rispetto alla celebrazione di un processo unico nei confronti di più soggetti e/o per diversi fatti reato.

La tendenza verso la separazione è confermata da convergenti scelte legislative nel medesimo senso: si pensi, ad esempio, alla disciplina della connessione di cui all'art. 12 c.p.p. Il criterio attributivo della competenza ricorre, tassativamente, in caso di concorso materiale e/o cooperazione di più persone nel reato ed in ipotesi di verifica di unico evento a fronte di condotte indipendenti (lett. a); in caso di concorso formale e continuazione (lett. b) ed, infine, ove ricorra una situazione di c.d. collegamento teleologico (lett. c) ⁽¹⁸⁾.

Si pensi, altresì, alla disciplina della riunione (art. 17 c.p.p.), subordinata all'esistenza di determinate condizioni oggettive (pendenza dei procedimenti "*nello stesso stato e grado davanti al medesimo giudice*") e ad una valutazione discrezionale del giudice ("*può essere disposta...*"), il quale la disporrà quando essa non comporti "*un ritardo nella definizione dei processi*"; o, ancora, alla disciplina della separazione (art. 18 c.p.p.), in cui viene a mancare la discrezionalità del giudice in merito alla scelta di disporla o meno, facendo tuttavia salva l'ipotesi in cui sia "*assolutamente necessaria per l'accertamento dei fatti*" (art. 18, 1° co., c.p.p.). La separazione, di norma, è obbligatoria al verificarsi di determinati presupposti elencati nel 1° co., lett. a-e bis, mentre, al di fuori di essi, "*può essere... disposta, sull'accordo delle parti, qualora il giudice la ritenga utile ai fini della speditezza del processo*" (art. 18, 2° co., c.p.p.).

Tuttavia, la moltiplicazione processuale non può giungere ad elidere un nesso sostanziale fra le fattispecie oggetto di accertamento. Da tanto deriva, talvolta, la mancanza di autosufficienza dei giudizi e la conseguente necessità di veicolazione delle prove.

⁽¹⁷⁾ Analogamente ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, Padova, p. 11, individuando una ragione di *favor separationis* nell'art. 111, 3° co., Cost., per cui nel processo monosoggettivo l'imputato è davvero in grado di disporre "*del tempo e delle condizioni necessarie per preparare la difesa*".

⁽¹⁸⁾ Il collegamento c.d. occasionale determina, a seguito delle modifiche introdotte dalla legge n. 63 del 2001, il solo collegamento investigativo ex art. 370 c.p.p.

Acquisiti i verbali di dichiarazioni rese altrove ex art. 238 c.p.p., quindi, l'art. 190 *bis* c.p.p. ha lo scopo di impedire di rinnovare l'esame del teste sui medesimi fatti: il diritto di escutere direttamente il dichiarante dinanzi al *proprio* giudice, allora, spetterà all'accusato/imputato solo ove individui un diverso *thema probandum* ovvero se le parti lo ritengano necessario sulla base di specifiche esigenze. A ben vedere, tuttavia, individuare un diverso *thema probatorio*, equivale a recuperare il contraddittorio dibattimentale in maniera solo fittizia. Non potendo interrogare il dichiarante sul tema delle dichiarazioni già rese altrove equivale ad affidare la prova del fatto a quelle documentalmente acquisite. Resta la *chance* rappresentata dalle “*specifiche esigenze*”: fattispecie certamente ampia ed omnicomprensiva delle più varie ragioni e circostanze, la cui fondatezza andrà comunque vagliata dal giudice con un'ordinanza istruttoria ammissiva o di rigetto, impugnabile unitamente alla sentenza conclusiva del corrispondente grado di giudizio.

4. Trasmigrazione probatoria e coordinamento investigativo

Problema distinto da quello della circolarità della prova in senso stretto è l'altro relativo alla circolazione di atti a contenuto investigativo fra diversi uffici del p.m. In generale, il pubblico ministero può chiedere ed ottenere “*copie di atti relativi ad altri procedimenti penali e informazioni scritte sul loro contenuto*” ai sensi dell'art. 117 c.p.p., e ciò a prescindere dall'esistenza di un qualche rapporto tra i procedimenti.

In caso di indagini collegate ex art. 371 c.p.p. ⁽¹⁰⁾, “*gli uffici diversi del pubblico ministero... si coordinano tra loro per la speditezza, economia ed efficacia delle indagini medesime. A tali fini provvedono allo scambio di atti e di informazioni nonché alla comunicazione delle direttive rispettivamente impartite alla polizia giudiziaria. Possono altresì procedere, congiuntamente, al compimento di specifici atti*”.

L'accentuazione di forme di collaborazione o coordinamento investigativo è normativamente auspicata proprio in caso di delitti di particolare allarme sociale. In breve: l'art. 118 *bis* disp. att. c.p.p., introdotto dal d.lgs. n. 12 del 1991, prevede che il p.m. che proceda ad indagini per taluno dei delitti di cui all'art. 407, 2° co., lett. a, c.p.p. ne dia notizia al Procuratore Generale presso

⁽¹⁰⁾ Ai sensi dell'art. 371 c.p.p. “*Le indagini di uffici diversi del pubblico ministero si considerano collegate: a) se i procedimenti sono connessi a norma dell'art. 12; b) se si tratta di reati dei quali gli uni sono stati commessi in occasione degli altri, o per conseguirne o assicurarne al colpevole o ad altri il profitto, il prezzo, il prodotto o l'impunità, o che sono stati commessi da più persone in danno reciproco le une delle altre, ovvero se la prova di un reato o di una sua circostanza influisce sulla prova di un altro reato o di un'altra circostanza; c) se la prova di più reati deriva, anche in parte, dalla stessa fonte*”.

la Corte d'appello il quale, ove rilevi trattarsi di indagini collegate, lo segnala ai p.m. interessati al coordinamento ed ai Procuratori Generali in caso di p.m. di distretti diversi. Quando di propria iniziativa, o in seguito alla segnalazione, i p.m. interessati procedono a indagini collegate, essi devono darne notizia ai Procuratori Generali dei rispettivi distretti. Quando il coordinamento non è stato promosso o non risulta effettivo, il Procuratore Generale presso la Corte d'appello può riunire i Procuratori della Repubblica interessati appartenenti al medesimo distretto. Se appartengono a distretti diversi, la riunione è promossa dai Procuratori Generali dei distretti interessati. La disposizione va letta congiuntamente all'art. 372, co., 2 *bis*, c.p.p. relativa al potere di avocazione delle indagini spettante proprio al Procuratore Generale *“quando, trattandosi di indagini collegate, non risulta effettivo il coordinamento delle indagini previste dall'articolo 371 comma 1 e non hanno dato esito le riunioni per il coordinamento disposte o promosse dal procuratore generale anche d'intesa con altri procuratori generali interessati”*.

Forme di coordinamento investigativo, culminate con l'istituzione della Procura distrettuale antimafia di cui all'art. 371 *bis* c.p.p., rischiano di anticipare, in qualche misura, il fenomeno della circolazione probatoria laddove al coordinamento non segua l'instaurazione di un processo unitario bensì di singoli procedimenti, pur attinti da innegabili punti di contatto da un punto di vista investigativo e, quindi, seguendo l'ordinario sviluppo procedimentale, probatorio.

Occorre chiarire se ed in quale misura il coordinamento investigativo che non sfoci nell'espletamento di autonomi atti di indagine da parte del o dei p.m. coinvolti, possa rappresentare uno strumento insidioso per ovviare alla disciplina contenuta nell'art. 238 c.p.p., attribuendo all'atto investigativo altrui, inserito nel fascicolo delle indagini del p.m. “acquirente”, valenza tipicamente endoprocedurale. Senza trascurare, peraltro, la sempre possibile opzione verso riti alternativi su base consensuale come il rito abbreviato ed il patteggiamento in cui la piattaforma probatoria è proprio rappresentata dagli atti contenuti nel fascicolo per le indagini preliminari.

Il problema, è bene chiarirlo, non si pone laddove il coordinamento si limiti allo scambio di informazioni sul contenuto o sulle ragioni del compimento di taluni atti investigativi: in questo caso è evidente l'ininfluenza rappresentativa della mera “informazione” sul compimento o sulle ragioni che hanno presieduto il compimento di determinati atti; non si pone, invero, nemmeno nel caso in cui il coordinamento induca il p.m. richiedente a compiere in auto-

nomia il medesimo atto o un'attività investigativa consequenziale, trovando in tal caso applicazione le ordinarie regole processuali, o quando sbocchi nella più accentuata forma dello svolgimento di atti in collegialità: in tal caso, l'atto investigativo collegialmente assunto "appartiene" ad uno ed a tutti, congiuntamente, i fascicoli dei p.m. procedenti.

Il problema dell'attitudine "probatoria" di atti investigativi altrui si pone in tutti quei casi in cui si tratti, ad esempio, di verbali attestanti il compimento di un "attività" tipicamente investigativa: s.i.t., interrogatori, ispezioni, perquisizioni, sequestri, intercettazioni telefoniche ed ambientali.

Per le intercettazioni telefoniche v'è un espresso divieto: ai sensi dell'art. 270 c.p.p. non possono migrare in procedimenti diversi da quello nel quale sono state assunte a meno che non risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza.

Per i restanti mezzi di ricerca della prova, il silenzio normativo non può certo essere interpretato *a contrario* come utilizzabilità *tout court* degli atti investigativi formati altrove. Anzi: l'aver preso in esame le sole intercettazioni telefoniche, consentendone un uso *sub condicione* in procedimenti diversi, deve indurre a considerare la norma del tutto eccezionale, anche in ragione della singolarità del mezzo captativo. E ad escludere che atti d'indagine compiuti altrove possano assumere un'indiscriminata efficacia probatoria nel processo *ad quem*.

In primo luogo occorre chiarire se questi atti entrano a pieno titolo nel fascicolo del p.m. richiedente che, ai sensi dell'art. 416 c.p.p. andrà trasmesso unitamente alla richiesta di rinvio a giudizio.

Esclusa, perché non espressamente prevista, l'efficacia probatoria di tali atti, alcuna parte della dottrina dà al quesito risposta negativa sulla base di ragioni essenzialmente di ordine letterale.

In primo luogo, l'art. 117, 1° co., c.p.p. finalizza la richiesta di copie di atti e di informazioni da parte del p.m. quando è necessario per lo "*svolgimento delle proprie indagini*"; l'art. 416 c.p.p., del resto, prevede che unitamente alla richiesta di rinvio a giudizio sia trasmesso il fascicolo contenente la notizia di reato, la documentazione relativa alle indagini *espletate* e i verbali degli atti compiuti dinanzi al g.i.p. Se la scelta lessicale ha un senso, "espletare" indagini è cosa ben diversa che "acquisire atti investigativi compiuti da altri". Gli atti d'indagine assunti da un altro p.m., pur "circolanti", non sono nemmeno legittimati ad essere inseriti nel fascicolo delle indagini preliminari, rappresentando atti prodromici alle indagini che il p.m. richiedente, se vorrà, potrà compiere.

Se si prendono le mosse da tale presupposto, deve escludersi in maniera radicale l'utilizzabilità a qualsiasi fine degli atti d'indagine altrui che non hanno alcuna attitudine probatoria, ma solo informativa e di orientamento delle investigazioni nel processo *ad quem* ⁽²⁰⁾.

Invero, la tesi più estrema che esclude addirittura l'inserimento degli atti altrui nel fascicolo delle indagini del p.m. richiedente quale conseguenza o presupposto della indegnità probatoria dell'atto, è frutto verosimilmente di un'indebita confusione di piani.

Oververosia. L'inserimento dell'atto altrui nel fascicolo del p.m. non incide affatto ed in maniera per così dire "automatica" sul regime di utilizzabilità dell'atto. L'inserimento nel fascicolo delle indagini preliminari non determina alcuna "ratifica" dell'atto altrove compiuto, restando comunque l'art. 238 c.p.p. lo strumento normativamente previsto per qualsiasi forma di trasmigrazione probatoria ⁽²¹⁾.

E del resto, l'art. 238, 3° co., c.p.p. prevede *comunque* l'acquisizione di atti irripetibili; ed il 4° co., stabilisce, diversamente dal 1° co., che evoca verbali di "prova", che al di fuori dei casi indicati nei precedenti commi, i verbali di "dichiarazioni" assunte in altri procedimenti possono essere utilizzati in dibattimento solo nei confronti dell'imputato che vi consenta; in difetto di consenso, possono essere utilizzati per le sole contestazioni ex art. 500 e 503 c.p.p.

Due notazioni.

Non bisogna sottovalutare l'opzione verso riti differenziati a richiesta o su base consensuale: la richiesta di giudizio abbreviato ed il patteggiamento, in cui gli atti delle indagini preliminari rappresentano la piattaforma probatoria sulla cui base andrà a formarsi il convincimento del giudice.

La deroga al contraddittorio dibattimentale, tuttavia, in questi casi è frutto di una scelta precisa dell'imputato che, successivamente, non potrà dolersene. In altre parole, inseriti gli atti investigativi altrui nel fascicolo delle indagini preliminari del p.m. richiedente, non se ne potrà in seguito contestare l'utilizzabilità fondata sulla alterità del procedimento di provenienza.

Il consenso, peraltro, determina proprio l'operatività della previsione di cui all'art. 238, 4° co., c.p.p., rilevando, in maniera irrinunciabile, la sola inutiliz-

⁽²⁰⁾ Così D'AMBROSIO, sub art. 117, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. da Chiavario, II, 1990, 68-70; MENDOZA, sub art. 117, in *Codice di procedura penale, Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, a cura di Lattanzi-Lupo, Milano, II, 2008, 57; CORBI, sub art. 117, in *Commentario Amodio Dominioni*, II, Milano, 1989, 48.

⁽²¹⁾ CORDERO, *Procedura penale*, Milano, ediz. 2003, 357; opta per tale soluzione anche ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, Padova, 2003, 52 s.

zabilità c.d. patologica dell'atto.

Cioè: l'atto investigativo trasmigrato nel fascicolo del p.m. richiedente potrà essere utilizzato dal g.u.p. investito della richiesta di giudizio abbreviato, semplice o subordinata ad integrazione probatoria, diretta, in ipotesi, all'esame in aula del dichiarante, in ossequio alla previsione contenuta nell'art. 111, 5° co., Cost. salvo i casi di illegalità dell'atto o vizi del procedimento probatorio prescritti a pena di inutilizzabilità, denunciabili evidentemente anche nel procedimento di provenienza.

Per quanto concerne l'applicazione di misure cautelari ed in genere, l'opponibilità del segreto, il formale deposito non "desegreta" l'atto.

Il p.m. richiesto, che consenta alla trasmissione in deroga all'art. 329 c.p.p. non è costretto, cioè, a subire l'uso indiscriminato dell'atto coperto da segreto fintanto che lo stesso non venga meno nel procedimento *a quo*. Per cui, l'atto migrato, coperto da segreto, non potrà essere posto alla base di alcuna decisione cautelare, o fondare ad esempio una richiesta di intercettazione telefonica ovvero di perquisizione. Anche il rilascio della copia dell'atto segreto a terzi è per tale ragione preclusa ⁽²²⁾.

5. Le intercettazioni telefoniche: l'art. 270 c.p.p.

S'è già accennato: fra i mezzi di ricerca della prova, il legislatore ha ritenuto di dover espressamente disciplinare il fenomeno migratorio solo rispetto alle intercettazioni. La regola è che i risultati intercettativi non possono essere utilizzati in procedimenti diversi da quello nel quale sono state disposte. L'eccezione è rappresentata dalla indispensabilità del mezzo ai fini dell'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza.

Ai fini della utilizzazione, peraltro, è previsto che i verbali e le registrazioni delle intercettazioni siano depositati presso l'autorità competente per il diverso procedimento. Trovano altresì espressa applicazione le disposizioni dell'art. 268, commi 6, 7 e 8, c.p.p.

Il p.m. e i difensori delle parti hanno altresì facoltà di esaminare i verbali e le registrazioni in precedenza depositati nel procedimento in cui le intercettazioni furono autorizzate.

Alcune notazioni quanto all'oggetto.

Il generico richiamo alle "*intercettazioni*" estende l'operatività della previsione a quelle telefoniche ed a quelle ambientali; alle intercettazioni di flussi in-

⁽²²⁾ Per tali implicazioni, v. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, cit., p. 52, per cui «il segreto viene meno per assicurare incisività al momento investigativo, ma non rende utilizzabile a fini probatori, l'atto fino al venir meno del segreto nel procedimento di origine».

formatici e telematici ed a quelle c.d. “postali”: insidiosa prassi in uso presso alcune procure della Repubblica, che è bene precisare, si pone totalmente al di fuori del quadro costituzionale di riferimento ⁽²³⁾.

I risultati intercettativi non possono essere utilizzati in procedimenti diversi da quello nel quale sono state disposte: occorre quindi chiarire cosa debba intendersi per procedimento “diverso”.

La giurisprudenza, incline ad ampliare le maglie della circolazione probatoria in diverse pronunce ha fatto propria una nozione “sostanziale” di procedimento “diverso”.

Sul filo di tale impostazione, il divieto non opera -ed il procedimento non può dirsi diverso, quindi le intercettazioni disposte *aliunde* saranno utilizzabili altrove- in tutti quei casi in cui dall’intercettazione ritualmente disposta emergano nuove fattispecie delittuose connesse oggettivamente o collegate finalisticamente o probatoriamente alla prima, indipendentemente dalla circostanza che abbiano dato luogo ad una nuova iscrizione.

Senza addentrarsi nella complessa disciplina concernente le iscrizioni della *notitia criminis* nel registro di cui all’art. 335 c.p.p., può in estrema sintesi dirsi che la formale iscrizione non rileva ex art. 270 c.p.p. ogni qualvolta l’ulteriore illecito sia emerso nel contesto della medesima situazione penalmente rilevante che, *ab origine*, abbia legittimato l’attività di intercettazione ⁽²⁴⁾. Altrimenti detto: il concetto di procedimento diverso è inteso in senso

⁽²³⁾ Prassi insidiosa in uso presso talune procure consistente nell’ “intercettare” la corrispondenza in entrata ed in uscita di soggetti detenuti in assenza di un formale provvedimento di sequestro, ovvero del visto di cui all’art. 18 *ter* ord. penit., ovvero di un ordine di esibizione alla direzione penitenziaria, avvalendosi di un’inconsueta procedura: richiesta di intercettazione e autorizzazione del g.i.p. In giurisprudenza, v. Cass., Sez. V, 18 ottobre 2007, Costa, in *Mass. Uff.*, n. 238.902: «E’ legittimo il provvedimento del giudice per le indagini preliminari, emesso su richiesta del pubblico ministero, per la sottoposizione a controllo, e l’acquisizione a fini probatori, della corrispondenza in entrata ed in uscita dalla Casa circondariale ove il sottoposto ad indagine è ristretto in esecuzione pena per effetto di una sentenza di condanna passata in giudicato, trattandosi di provvedimento complesso che si compone di un ordine di sequestro della corrispondenza già eventualmente sottoposta a controllo, sempre che rilevante per le indagini, e di un provvedimento di intercettazione di comunicazioni con eventuale sequestro della corrispondenza ritenuta rilevante». Cfr. inoltre, Cass., Sez. V, 4 febbraio 2010, in *Mass. Uff.*, n. 246.870; Id., Sez. II, 23 maggio 2006, Rescigno e altri, *ivi*, n. 234.652, secondo cui «Il provvedimento, con cui il pubblico ministero ordina al direttore della Casa circondariale di esibire alla polizia giudiziaria tutta la corrispondenza relativa ad un detenuto e di consentirle l’estrazione di copia, dà luogo, in assenza di un precedente ordine di sottoposizione a visto di controllo disposto con le modalità e le garanzie della legge di ordinamento penitenziario, ad una forma atipica di intercettazione del contenuto della corrispondenza epistolare, con conseguente inutilizzabilità probatoria della corrispondenza per mancanza dell’autorizzazione del giudice».

⁽²⁴⁾ In giurisprudenza, v. Cass., Sez. VI, 16 marzo 2004, Morelli, in *Guida dir.*, 2004, n. 33, 81, per cui

lato. Tale non è quello strettamente connesso o collegato sul piano soggettivo probatorio e finalistico al procedimento in cui l'intercettazione è stata disposta.

Ai fini del divieto di utilizzazione previsto dall'art. 270, 1° co., c.p.p., pertanto, nel concetto di "diverso procedimento" *«non rientrano le indagini strettamente connesse e collegate sotto il profilo oggettivo, probatorio e finalistico al reato alla cui definizione il mezzo di ricerca della prova viene predisposto, nè tale nozione equivale a quella di "diverso reato", sicchè la diversità del procedimento deve essere intesa in senso sostanziale, non collegabile al dato puramente formale del numero di iscrizione nel registro delle notizie di reato, ma riferibile al contenuto della medesima notizia, vale a dire al fatto reato in relazione al quale sono in corso le indagini necessarie per l'esercizio dell'azione penale»* ⁽²⁵⁾.

Una nozione "sostanziale" di *diverso procedimento*, ha indotto la stessa giurisprudenza ad ammettere l'utilizzabilità delle intercettazioni anche quando il relativo decreto autorizzativo sia stato disposto per una fattispecie di reato e nel corso del procedimento vi sia stato un mutamento del titolo in uno per il quale le intercettazioni non sono ammesse ⁽²⁶⁾. Allo stesso modo, le intercettazioni ritualmente disposte per un reato di cui all'art. 266 c.p.p. sono comunque utilizzabili anche per reati "diversi" astrattamente non "intercettabili", a fronte dell'identità del procedimento ⁽²⁷⁾.

Tale fattispecie, tuttavia, va tenuta ben distinta da quella descritta dall'art. 270

«... la nozione di "diverso procedimento"... non si estende fino a escludere la possibilità di utilizzazione delle intercettazioni in procedimenti concernenti 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. Dovendosi anzi precisare che la diversità del procedimento di cui parla l'art. 270 deve assumere rilievo di carattere sostanziale e non può essere ricollegata a dati meramente formali, quali la materiale distinzione degli incartamenti relativi ai due procedimenti o il loro diverso numero di iscrizione nel registro delle notizie di reato».

⁽²⁵⁾ Cass., Sez. I, 4 novembre 2004, p.m. in proc. Kunsmonas, in *Mass. Uff.*, n. 230.505. Negli stessi termini, Cass., Sez. VI, 2 dicembre 2009, Paviglianiti, *ivi*, n. 246.524; Id., Sez. III, 13 novembre 2007, p.m. in proc. Ndoja, *ivi*, n. 238.799; Sez. II, 19 gennaio 2004, Amato, *ivi*, n. 228.384. Più recentemente, Cass., Sez. IV, 19 gennaio 2010, Verdoscia, in *Mass. Uff.*, n. 246.697.

⁽²⁶⁾ Cass., Sez. I, 27 novembre 2009, Pignalosa, in *Mass. Uff.*, n. 245.977 per cui *«Gli esiti di intercettazioni disposte per una fattispecie di reato che consente il ricorso a detto mezzo di ricerca della prova sono utilizzabili anche quando il fatto, nel corso del procedimento, sia inquadrato in altra ipotesi criminosa per la quale, in base all'art. 266 c.p.p., l'attività di intercettazione non sia invece consentita».*

⁽²⁷⁾ Cass., Sez. III, 22 settembre 2010, S., in *Mass. Uff.*, n. 248.557: *«I risultati delle intercettazioni telefoniche disposte per un reato rientrante tra quelli indicati nell'art. 266 c.p.p. sono utilizzabili anche relativamente ai restanti reati per i quali si procede nel medesimo procedimento, pur se per essi le intercettazioni non siano consentite».*

c.p.p.

Invero, può ragionevolmente registrarsi una divaricazione fra ammissibilità del mezzo investigativo ed utilizzabilità del risultato.

Vale a dire: l'individuazione dell'ipotesi delittuosa è rimessa alla discrezionalità dell'organo d'accusa il quale delinea sulla base delle risultanze investigative di cui è in possesso il tipo di reato astrattamente perseguibile che, se ricompreso fra quelli indicati nell'art. 266 c.p.p., consente il ricorso al più invasivo mezzo di ricerca della prova. Tuttavia può accadere che dalle stesse intercettazioni emergano nuove ipotesi criminose inizialmente non comprese nel genetico decreto autorizzativo; reati collegati -nell'ambito della medesima procedura, che abbiano dato luogo ad una novazione dell'iscrizione della notizia di reato mediante un suo aggiornamento- per i quali sebbene non autonomamente ammissibile, l'intercettazione disposta risulterà comunque *utilizzabile*.

Allo stesso modo, vicende modificative del titolo di reato nel prosieguo della procedura [*id est*: una diversa qualificazione giuridica del *fatto*] non incidono sulla utilizzabilità del mezzo captativo. Salvo che il reato non sia *diverso*: cioè il fatto storico preso in esame dal p.m. sia *diverso* da quello rappresentato.

In altre parole: se il p.m. chiede l'autorizzazione a disporre le intercettazioni telefoniche ipotizzando l'esistenza di una associazione di tipo mafioso ex art. 416 *bis* c.p.p. ed in seguito del procedimento il giudizio di cognizione accerta l'insussistenza del sodalizio bensì un'ipotesi di concorso di persone nella commissione di più reati in continuazione non inclusi nell'elenco di cui all'art. 266 c.p.p. le intercettazioni saranno verosimilmente utilizzabili.

Diversamente le intercettazioni saranno invece inutilizzabili laddove il quadro investigativo evidenzia *ab initio* una fattispecie di reato (ovvero un fatto naturalistico) diversa da quella descritta dal p.m.

Ma tale ipotesi si sovrappone solo in parte al caso disciplinato dall'art. 270 c.p.p.

Invero, una nozione *formale* di procedimento diverso sembra preferibile.

Ovverosia: è "diverso" il procedimento che, pur probatoriamente "collegato" a quello nel quale le intercettazioni sono state disposte, ha dato luogo alla iscrizione di un'autonoma notizia di reato nel registro di cui all'art. 335 c.p.p.

Diverse ragioni depongono per un'interpretazione restrittiva del dato normativo. In primo luogo, occorre tenere a mente la superiorità del diritto costituzionale alla segretezza ed alla inviolabilità della corrispondenza e di qualsiasi altra forma di comunicazione privata previsto dall'art. 15 Cost.; e la relativa

riserva di legge e di giurisdizione che non ammette compressione alcuna se non nei casi e nei modi stabiliti dalla legge e a fronte di un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria.

La motivazione del provvedimento assume quindi una valenza straordinaria essendo l'unico elemento in grado di collegare il *reato* al mezzo investigativo al quale solo eccezionalmente può ricorrersi.

Ne consegue che un'interpretazione oltremodo estensiva della nozione di "diverso procedimento" si presta a pericolose strumentalizzazioni, mal celando una inammissibile compressione di libertà fondamentali.

Peraltro, deve anche convenirsi -se le parole hanno un senso- che il riferimento normativo a "*procedimenti diversi*" appare inequivoco, non potendo in alcun modo ritenere che il legislatore abbia voluto riferirsi a "*reati diversi*".

Quanto alle condizioni di utilizzabilità, occorre chiedersi se sia necessario o meno il deposito del corredo di richieste, autorizzazioni e proroghe ad effettuare le intercettazioni secondo le scadenze di cui agli artt. 268 segg., posto che l'art. 270, 2° co., c.p.p. prevede il solo deposito presso il giudice *ad quem* dei verbali e delle registrazioni.

La soluzione offerta in giurisprudenza è negativa: la mancata *trasmissione* dei decreti autorizzativi nel diverso procedimento non rende per ciò solo inutilizzabili le captazioni poste in essere, sussistendo una sorta di presunzione di legalità dei decreti emessi nel procedimento *a quo*.

Tuttavia, la illegittimità dei decreti e la conseguente inutilizzabilità dei relativi risultati può evidentemente esser fatta valere anche nel procedimento *ad quem*. L'unica differenza rispetto alla rilevanza della invalidità starebbe quindi nel relativo regime. Di norma, l'inutilizzabilità è causa di esclusione probatoria rilevabile in ogni stato e grado, su iniziativa della parte o d'ufficio dal Giudice, financo nel giudizio di rinvio conseguente ad annullamento da parte della S.C. La circostanza che la trasmissione degli atti del *sub* procedimento probatorio teso alla captazione di conversazioni private non sia dovuta muta il regime di rilevanza del vizio sottraendo tale materiale alla cognizione del Giudice che quindi non potrà attivare d'ufficio il proprio controllo, rimesso alla iniziativa delle parti l'onere di eccepire ed eventualmente allegare la documentazione di cui si lamenta l'illegalità.

In una recente decisione sul tema è stato proprio ribadito come «*L'inutilizzabilità degli esiti di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni in procedimento diverso da quello nel quale esse furono disposte non può dipendere dalla mancata trasmissione dei decreti autorizzativi ma dalla illega-*

lità del complessivo procedimento di ammissione delle intercettazioni» ⁽²⁸⁾. Soluzione, questa, già resa dalle Sezioni Unite penali, riconducendo ad unità il contrasto giurisprudenziale sul punto.

In passato, invero, si registravano almeno due orientamenti: l'uno teso ad affermare che il principio secondo il quale al giudice che adotta una misura cautelare e, successivamente, al giudice del riesame debbono essere trasmessi gli atti autorizzativi delle intercettazioni trova applicazione anche nel caso di intercettazioni eseguite in altri procedimenti ai sensi dell'art. 270 c.p.p., stante la generale valenza dell'art. 271 c.p.p. e non essendovi ragione per ritenere inoperanti nel procedimento *ad quem* le garanzie normalmente spettanti all'indagato in quello di "provenienza", né potendosi ritenere le operazioni di captazione disposte in un dato procedimento assistite, in quello diverso, da una presunzione di legittimità e sottratte alla doverosa verifica giudiziale dei presupposti di utilizzabilità ⁽²⁹⁾.

L'opposta convinzione si fondava, invece, essenzialmente sul dato letterale rappresentato dall'art. 270, 2° co., c.p.p. che esige il deposito presso l'autorità competente per il diverso procedimento esclusivamente dei verbali e delle registrazioni ⁽³⁰⁾. Tra i due, un intermedio indirizzo secondo il quale la parte interessata alla verifica e della presenza e della legittimità dei decreti autorizzativi delle intercettazioni disposte in altro procedimento può sempre ottenerne copia ex art. 116 c.p.p. benché non sia previsto il deposito dei decreti stessi, essendo tale diritto giustificato dalla necessità di un controllo in presenza di specifica eccezione di inutilizzabilità dell'atto acquisito ⁽³¹⁾.

In realtà, la questione sottoposta all'attenzione della Corte è antica e fu addirittura risolta dalla Corte Costituzionale, vigente il codice del 1930: in relazione all'allora art. 226 *quater*, 7° co., c.p.p. -disciplinante l'utilizzabilità dei risul-

⁽²⁸⁾ Cass., Sez. I, 8 marzo 2011, Nishku, in corso di pubblicazione su *Giur. it.*, con nota critica di MANI, *Sull'utilizzabilità in diverso procedimento delle intercettazioni prive di decreti autorizzativi e sullo status del dichiarante in dibattimento: discrasia fra l'attuazione del principio di legalità dell'acquisizione probatoria in fase di indagini preliminari e in dibattimento*.

⁽²⁹⁾ Cass., Sez. I, 17 febbraio 2003, Gullo, in *Mass. Uff.*, n. 224.669; Id., Sez. I, 22 dicembre 2000, Caramazza, *ivi*, n. 218.190; Id., Sez. IV, 24 novembre 2000, Sadra, *ivi*, n. 218.292; Id., Sez. VI, 1 settembre 1992, Bruzzese, *ivi*, n. 193.896.

⁽³⁰⁾ Cass., Sez. II, 31 luglio 2003, Abbinante, in *Mass. Uff.*, n. 226.166; Id., Sez. I, 3 luglio 2003, De Felice, *ivi*, n. 225.121; Id., Sez. V, 2 maggio 2003, Lucani, *ivi*, n. 225.946; Id., Sez. I, 25 marzo 2003, Goga, *ivi*, n. 225.046; Id., Sez. I, 11 marzo 2003, Esposito, *ivi*, n. 225.266; Id., Sez. V, 7 marzo 2003, Oshafi, *ivi*, n. 224.199.

⁽³¹⁾ Cass., Sez. VI, 14 aprile 2003, Femia, in *Mass. Uff.*, n. 226.705; Id., Sez. I, 10 febbraio 2003, Torcasio, *ivi*, n. 224.667; Id., Sez. VI, 4 novembre 2003, Alushaj, *ivi*, n. 226.932.

tati delle intercettazioni sia nello stesso sia in altro procedimento- il Giudice delle leggi ebbe a sostenere in una sentenza interpretativa di rigetto che «*va anche depositato, insieme ai processi verbali e alle registrazioni delle intercettazioni telefoniche “altrove” eseguite, il decreto autorizzativo delle intercettazioni stesse... almeno per consentire che anche lo stesso decreto serva per escludere che nel “secondo” procedimento vengano utilizzate intercettazioni illecite od illegittimamente assunte; oltre che per il controllo di legittimità dello stesso decreto*»⁽³²⁾. Di fronte ad un tale rigore della Corte costituzionale⁽³³⁾, seppure in riferimento alla normativa previgente, riesce difficile considerare conforme al quadro costituzionale l’orientamento giurisprudenziale fatto proprio dalle Sezioni Unite.

La conclusione meno condivisibile, alla quale la Corte sembra aver aderito acriticamente, riguarda proprio il tacito riconoscimento di una sorta di “presunzione di legittimità”⁽³⁴⁾ dell’intercettazione, facendo ricadere l’onere di provare l’illegalità del procedimento di ammissione dell’intercettazione sulla parte che formuli l’eccezione di inutilizzabilità della prova, con tutto ciò che notoriamente ne deriva in tema di parità (disparità) di posizioni processuali tra la parte pubblica e la parte privata: mentre il p.m. ha sempre il diritto di chiedere copia del decreto di autorizzazione delle intercettazioni disposte in altro procedimento nel caso di indagini collegate a norma dell’art. 371 c.p.p., la parte privata non dispone di strumenti altrettanto efficaci nel caso concreto⁽³⁵⁾.

L’unica via percorribile pare, allora, quella di rispettare scrupolosamente le regole processuali e ciò, a maggior ragione, deve valere per quella giurisprudenza creativa che «*tende ad annichilire i principi fondamentali del giusto processo, in quanto il “giusto risultato” si ottiene solo col “giusto metodo”*»⁽³⁶⁾. Appare sufficientemente intuitivo e lineare, infatti, che «*ogni dato probatorio che risulti acquisito, formato o valutato in deroga al dettato più garanti-*

⁽³²⁾ Corte cost., sent. n. 223 del 1987.

⁽³³⁾ Tale rigore venne confermato dal Giudice delle leggi con sent. n. 63 del 1994 e ancor prima v. Corte cost., sent. n. 366 del 1991 ove la Corte individuò la *ratio* del divieto di utilizzazione dei risultati delle intercettazioni in un diverso procedimento nella considerazione che sul diverso fatto manca la garanzia del previo intervento del giudice, col rischio che l’autorizzazione diventi una «*inammissibile autorizzazione in bianco*» ad eseguire intercettazioni.

⁽³⁴⁾ Così FILIPPI, *Le Sezioni Unite contraddicono la Consulta (e accentuano il monopolio del p.m. in materia di intercettazioni)*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 571.

⁽³⁵⁾ Sul tema v. LA ROCCA, *Prova per intercettazione e tutela sostanziale del diritto di difesa*, in *Giur. it.*, 2011, 180.

⁽³⁶⁾ Così GIUNCHEDI, *La sanatoria dell’inutilizzabilità nel giudizio di rinvio*, in *Osservatorio del processo penale*, 2009, I, 50 e segg.

sta»⁽³⁷⁾ –o perché incostituzionalmente assunto o perché disposto in violazione dell'art. 191 c.p.p.– dovrebbe determinare *ex lege* «l'inutilizzabilità dei risultati conseguenti in quanto illegittimamente acquisiti, con riferimento al momento della loro formazione; ed a nulla vale il sopravvenire dell'atto tardivamente integrativo, confezionato quale interessato escamotage sanante»⁽³⁸⁾.

In proposito, appare ancora condivisibile e coerente con il principio di legalità in materia probatoria l'inserimento dei decreti autorizzativi delle intercettazioni tra le condizioni di procedibilità cosiddette “innominate”, in quanto «il vizio genetico in cui si risolve la mancanza (originaria o sopravvenuta) dei presupposti legittimativi incide in modo negativo sulla regolarità del procedimento acquisitivo e sulla sorte di tutto quanto proveniente dalla fonte conoscitiva arbitrariamente coltivata»⁽³⁹⁾.

Dalle considerazioni esposte discende la necessità di rinnovare le perplessità in ordine all'impostazione meno garantista «la quale rischia di creare un sempre più profondo vulnus al principio di legalità delle forme processuali, nella convinzione che la specifica eticità del diritto consiste proprio nella certezza, che è lotta contro l'arbitrio»⁽⁴⁰⁾.

6. La sentenza penale come prova: in particolare l'art. 238 bis c.p.p.

L'art. 238 c.p.p. non esaurisce la disciplina codicistica in tema di prova per documenti. D'obbligo è il riferimento all'art. 238 bis c.p.p. che prevede, “fermo quanto previsto dall'art. 236” l'acquisibilità delle sentenze divenute irrevocabili “ai fini della prova di fatto in esse accertato” che possono essere valutate a norma degli art. 187 e 192, 3° co., c.p.p.

La locuzione “fermo quanto disposto dall'art. 236 c.p.p.” rimanda alla disciplina dei “documenti relativi al giudizio sulla personalità” dell'imputato o della persona offesa dal reato, sempre acquisibili se il fatto per cui si procede deve essere valutato in relazione al comportamento o alle qualità morali di questa.

⁽³⁷⁾ Cfr. BOCCHINI, *Sui decreti autorizzativi delle intercettazioni*, in *Giur. it.*, 2007, 1500.

⁽³⁸⁾ GAITO, *L'integrazione successiva dei decreti di intercettazione telefonica non motivati*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 929.

⁽³⁹⁾ GAITO, *L'integrazione successiva dei decreti di intercettazione telefonica non motivati*, cit., 933. Nello stesso senso ID., voce «Procedibilità (Caratteri generali)», in *Enc. Dir.*, Agg., Milano, 1998, 734; ID., *Limiti all'utilizzabilità delle intercettazioni telefoniche nelle decisioni sulla libertà personale*, in *Giur. it.*, 1992, II, 513; SANTORIELLO, *Disorientamenti giurisprudenziali in tema di inutilizzabilità delle intercettazioni telefoniche e possibilità di sanatoria*, ivi, 2005, 1281; MONTAGNA, *Autorizzazione a procedere ed autorizzazione ad acta*, Padova, 1999.

⁽⁴⁰⁾ MANI, *Sull'utilizzabilità in diverso procedimento delle intercettazioni prive di decreti autorizzativi e sullo status del dichiarante in dibattimento*, cit.

Fra i “documenti” la norma annovera: certificati del casellario giudiziale; documentazione esistente presso gli uffici del servizio sociale degli enti pubblici e presso gli uffici di sorveglianza nonché sentenze irrevocabili di qualunque giudice italiano e sentenze straniere riconosciute. Le sentenze di cui al primo comma della norma in esame possono essere acquisite altresì per valutare la credibilità di un testimone.

Ferma restando la efficacia dimostrativa di tali “documenti”, limitata alla valutazione della personalità dell'imputato e/o dell'offeso, e/o alla credibilità di un teste, l'art. 238 *bis* c.p.p. disciplina il diverso fenomeno della acquisizione di sentenze irrevocabili valutate come “*prova di fatto* [sic!] *in esse accertato*” unitamente, giusto il rinvio all'art. 192, 3° co., c.p.p., ad altri elementi che ne confermino l'attendibilità.

Il tenore letterale della norma, appare a prima lettura assai infelice, già da un punto di vista lessicale. Prova *di fatto* sta, evidentemente, per prova *del fatto* o *dei fatti* in esse accertato/i ⁽⁴⁾.

Per comprendere la portata delle molteplici problematiche innescate dalla disposizione, non sembra sufficiente il riferimento alle circostanze che hanno indotto il legislatore ordinario all'introduzione della disposizione nel nostro ordinamento.

La norma è stata introdotta dall'art. 3 d.l. 8 giugno 1992, n. 306 conv. nella L. 7 agosto 1992, n. 356, negli anni della c.d. legislazione dell'emergenza, al precipuo scopo di semplificare, da un punto di vista probatorio, la dimostrazione dell'esistenza di una compagine associativa nei processi di criminalità organizzata a carico di soggetti accusati, di volta in volta, di farne parte.

La prova dell'esistenza della associazione mafiosa [*id est*: “Cosa Nostra”] fornita nell'ambito di un procedimento assumeva ed assume, pertanto, un singolare effetto moltiplicativo nei procedimenti instaurati parallelamente o successivamente a carico dei singoli sodali, esonerando la pubblica accusa e quindi il giudice dal gravoso compito di doverla provare tutte le volte. Tuttavia, la norma, si sa, vive di vita propria: e la *prova per sentenze* può essere fatta valere in ogni processo, indipendentemente dalla fattispecie oggetto di accertamento processuale.

In primo luogo, la disposizione, come l'articolo che la precede e che disciplina più in generale il fenomeno della trasmigrazione probatoria, si pone totalmente al di fuori della logica accusatoria. In chiave di metodo, deve guardarsi con sospetto ogni scorciatoia probatoria che miri a sollevare il giudice che

⁽⁴⁾ MARAFIOTI, *Trasmigrazione di atti, prova per sentenze e convincimento del giudice*, in *Studi sul processo penale in ricordo di Assunta Mazzarra*, a cura di Gaito, Padova, 1996, 253.

procede e, prima di lui, le parti -specie l'accusatore- dall'onere di provare in contraddittorio fatti attinenti il *thema probandum*. Di qui la necessità di un'esegesi della disposizione fedelmente ancorata al dato normativo, necessariamente restrittiva posto che ogni forzatura del dato letterale rappresenta un *vulnus* significativo a principi di portata costituzionale ⁽⁴²⁾.

La prova deve sempre formarsi davanti al giudice che in seguito sarà chiamato a valutarla, nel contraddittorio fra le parti, oralmente, e nel rispetto dell'immediatezza intesa come contatto diretto fra percezione e valutazione dell'organo giudicante. Le uniche deroghe al contraddittorio sono quelle che godono di una espressa copertura costituzionale: e certo l'art. 238 *bis* c.p.p. non sembra averne alcuna ⁽⁴³⁾.

Anzi. Può dirsi che i profili di dubbia ortodossia costituzionale delineati in riferimento alla generale disciplina della trasmigrazione di prove da altri procedimenti prevista dall'art. 238 c.p.p. siano vieppiù esasperati, non potendo esservi spazio alcuno nemmeno per un contraddittorio differito e non sussistendo alcuna "garanzia" della legalità del procedimento probatorio proprio del giudizio *a quo*.

L'imputato del giudizio di destinazione è inerme rispetto alla acquisizione: privo di strumenti per "confutare" la portata della decisione irrevocabile che finisce per incidere pesantemente sulla posizione di chi a quel processo è rimasto del tutto estraneo, non essendo previsto dal legislatore ordinario alcun presupposto o condizione, ad esempio una connessione oggettiva o soggettiva fra i procedimenti coinvolti, cui ancorare l'acquisizione.

Il soggetto subisce non solo la "prova" altrove formata ma anche "altrove" valutata, fornita della persuasività che inevitabilmente connota il giudicato ⁽⁴⁴⁾. Nella prassi, invero, ancorché la valutazione della sentenza come prova debba

⁽⁴²⁾ Analoga impostazione segue DELL'ANNO, *Prova documentale*, cit., 681.

⁽⁴³⁾ Nonostante la Corte costituzionale, con sent. n. 159 del 1996 abbia sottolineato come l'art. 238 *bis* c.p.p. non intacca il basilare principio per cui la prova deve formarsi nel contraddittorio delle parti né il principio del libero convincimento, non essendo riconosciuta alla sentenza irrevocabile acquisita alcun valore di prova legale. Più di recente, Sez. I, 8 maggio 2003, Rosmini, in *Mass. Uff.*, n. 225.323 ha ritenuto «manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 238 *bis* c.p.p., dedotta in relazione agli artt. 24 e 25 Cost., in quanto le modalità di acquisizione del materiale probatorio assicurano il rispetto del principio del contraddittorio, la difesa può far valere tutti i suoi diritti e non vi è pregiudizio per la terzietà ed il libero convincimento del giudice, in quanto l'acquisizione della decisione irrevocabile costituisce una possibilità non vincolante, rimessa alla scelta discrezionale del giudice».

⁽⁴⁴⁾ Non si può nemmeno sottovalutare l'intima esigenza di rifuggire un potenziale contrasto di giudicati che potrebbe dar luogo all'impugnazione straordinaria di una delle due decisioni.

seguire il criterio legale di cui all'art. 192, 3° co., c.p.p., dalla sentenza irrevocabile difficilmente il giudice del processo *ad quem* si discosta, risolvendosi il contraddittorio in una mera presa d'atto di quanto altrove deciso, senza alcuna possibilità di confutare le conclusioni cui il giudice di *quel* processo è giunto. Se non altro per il semplice, ma buon motivo, sovente, della non conoscenza degli atti della causa di provenienza ma solo della loro conclusiva valutazione.

Il giudice del processo di destinazione, quindi, nella maggior parte dei casi, aderisce supinamente ai contenuti della sentenza irrevocabile: sarà inevitabilmente influenzato da un giudizio espresso da chi in precedenza e con immediatezza (questo... nel migliore dei casi) ha assistito alla formazione delle prove poste alla base della decisione.

La lesione al modello processuale di riferimento si inasprisce laddove si consideri che non rilevano affatto le modalità attraverso le quali il giudice del processo *a quo* è giunto a determinate conclusioni. Si pensi all'ipotesi in cui il convincimento giudiziale si sia formato, a sua volta, sulla base di una sentenza altrove acquisita o sulla base di prove altrove formatesi. Si pensi, in buona sostanza, a quelle “*ordinarie deroghe*” al contraddittorio dibattimentale in grado di produrre, proprio mediante la circolazione dell'atto conclusivo del giudizio nel quale si sono verificate, una pericolosa reazione a catena. Perché, come anticipato, l'acquisizione non è condizionata ad alcun presupposto, lasciando libere le parti di richiedere ed il giudice di disporre, anche d'ufficio, l'acquisizione. Libero, cioè, di scegliere il *metodo* dell' accertamento: il che riflette, evidentemente, una precisa opzione culturale.

Tali osservazioni assumono maggior peso ove si consideri che, per giurisprudenza consolidata l'efficacia probatoria della decisione non si limita al solo dispositivo ma investe anche la parte narrativa o motivazionale del provvedimento. Quindi le singole componenti del fatto-imputazione: *i fatti* ritenuti “provati”, ed emergenti dalla motivazione: il che equivale a ritenere provati *i fatti* che la supportano.

7. Questioni vecchie e nuove.

La chiave di lettura dell'art. 238 *bis* c.p.p. non può che essere funzionalmente tesa a ridurre al minimo la compressione di principi di rango costituzionale. La disposizione si riferisce a tutte le *sentenze*: di assoluzione come di condanna; di merito come di rito ⁽⁴⁵⁾.

⁽⁴⁵⁾ Sebbene non sia agevole dibattere di *fatto in esse accertato* rispetto a sentenze conclusive del giudizio con formula in rito, la variabilità dei loro contenuti non può escludere che contengano, comunque, un

Sicuramente possono essere acquisite le sentenze del giudice italiano, penale e civile ⁽⁴⁶⁾. Sono escluse, almeno nei limiti di cui alla disposizione in discorso, le sentenze pronunciate dal giudice straniero ⁽⁴⁷⁾. Deve trattarsi di una *sentenza*, terminativa del giudizio, ordinario e/o speciale (abbreviato, immediato e direttissimo).

Se nulla deve registrarsi per quei riti speciali che si connotano per l'immediato approdo alla fase dibattimentale, nel caso del giudizio abbreviato non può farsi a meno di notare la singolarità dell'acquisizione di una decisione bensì irrevocabile, ma il cui banco di prova è stato rappresentato da atti assunti unilateralmente dalla pubblica accusa. L'acquisizione della decisione assunta in assenza di contraddittorio per interessata volontà del soggetto che in quel procedimento era imputato finisce quindi per incidere sulla sorte processuale del soggetto imputato nel giudizio *ad quem*, anche se e nonostante sia eventualmente portatore di interesse opposto.

Restano pertanto esclusi dalla disciplina codicistica in discorso il decreto penale di condanna e, in generale, quei provvedimenti diversi, sotto il profilo formale, dalla sentenza: il decreto e/o l'ordinanza di archiviazione emessa previa opposizione della p.o. secondo le scadenze di cui all'art. 409 c.p.p.; alla acquisizione, peraltro, osta anche la natura sempre revocabile di tali provvedimenti ⁽⁴⁸⁾.

accertamento in punto di fatto: si pensi, fra tutte, a quelle pronunce dichiarative della prescrizione che, talvolta, contengono una vera e propria affermazione di responsabilità dell'imputato. Proprio in tema di prescrizione, v. Cass., Sez. II, 11 dicembre 2007, Coletta, in *Mass. Uff.*, n. 239.430.

⁽⁴⁶⁾ Alcune aperture, invece, si registrano in giurisprudenza: per un caso di acquisizione ex art. 238 *bis* di sentenza irrevocabile del giudice tributario in un processo per reati tributari, Cass., Sez. III, 24 settembre 2008, Sciacchitano e altri, in *Mass. Uff.*, n. 241.038; per l'acquisizione di pronuncia ancorché definitiva del giudice amministrativo, escludendone l'efficacia vincolante, Cass., Sez. VI, 24 febbraio 2011, P.C. in proc. Musumeci e altro, in *Mass. Uff.*, n. 249.592. Esclude, invece, che possa essere acquisita ex art. 238 *bis* una sentenza del giudice civile, Cass., Sez. IV, 26 giugno 2008, Mezzera e altro, *ivi*, n. 240.316; v. altresì, Cass., Sez. II, 30 giugno 2010, Damiano, *ivi*, n. 248.136 secondo cui «*Il provvedimento adottato dal giudice civile all'esito di procedimento cautelare (nella specie, sequestro conservativo) non ha natura di prova documentale*». Peraltro, trattasi di «*precedente giurisdizionale del giudice civile notoriamente non suscettibile di acquistare l'autorità di cosa giudicata (avendo il cautelare, anche in sede civile, l'attitudine ad una mera stabilità rebus sic stantibus)*»; Cass., Sez. III, 20 maggio 2008, B., *ivi*, n. 240.263.

⁽⁴⁷⁾ La ragione di tale esclusione risiederebbe nella circostanza che l'art. 236 c.p.p. prevede sì l'acquisibilità delle sentenze del giudice straniero ma solo previo riconoscimento.

⁽⁴⁸⁾ Proprio perché «*non ha natura giurisdizionale penale e non contiene statuizioni o accertamenti processualmente certi*» è stata ritenuta manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 236 e 238 *bis* c.p.p. circa la omessa previsione del decreto di archiviazione tra gli atti suscettibili di acquisizione da Cass., Sez. I, 10 luglio 2000, Malcangi e altro, in *Mass. Uff.*, n. 216.919.

Quid iuris per la sentenza che applica la pena su richiesta delle parti? La giurisprudenza è definitivamente pervenuta ad una soluzione affermativa ⁽⁴⁹⁾ confortata dalla letteratura prevalente che, pur con diversità di argomentazioni, propende per il contenuto accertativo della responsabilità proprio anche della sentenza c.d. patteggiata.

È fuori dalla portata applicativa della norma il decreto penale di condanna: trattandosi, appunto, di decreto, ancorché suscettibile di irrevocabilità. Al proposito giova tuttavia precisare che, in ambito internazionale, l'art. 54 della Convenzione applicativa dell'Accordo di Schengen, così come interpretato dalla Corte di Giustizia CE ⁽⁵⁰⁾, riconosce l'operatività del divieto del *bis in idem* anche in caso di procedure estintive dell'azione penale quale che sia la forma del provvedimento ⁽⁵¹⁾.

Essendo l'irrevocabilità l'unico requisito normativo richiesto ai fini della acquisizione, deve escludersi radicalmente la possibilità di acquisire sentenze non definitive ed insuscettibili di divenire irrevocabili. In tale categoria deve annoverarsi il provvedimento conclusivo dell'udienza preliminare, ovvero la sentenza di non luogo a procedere, sempre revocabile ex art. 428 c.p.p.

Tuttavia, l'affermazione secondo la quale la disposizione di cui all'art. 238 *bis* c.p.p. legittima la acquisizione delle sole sentenze irrevocabili, esaurisce solo apparentemente la problematica posta dalla circolazione probatoria.

E ciò perché si scontra con una giurisprudenza maliziosamente incline ad ampliare le maglie della trasmutazione della prova documentale intesa in senso lato, comprensiva, in buona sostanza, di *documenti* non ricompresi nella successiva disposizione. Con la conseguenza di rendere acquisibili sentenze non coperte dall'autorità del giudicato, decreti ed ordinanze di archiviazione, ordinanze emesse in seno al procedimento incidentale cautelare ovvero provvedimenti emessi nell'ambito del giudizio di prevenzione.

⁽⁴⁹⁾ Cass., Sez. VI, 25 febbraio 2011, Pisicchio, in *Mass. Uff.*, n. 249.642; Id., Sez. I, 10 luglio 2000, Malcangi e altro, *ivi*, n. 216.920 secondo cui «la sentenza di patteggiamento, se non può essere considerata vera e propria sentenza di condanna, è tuttavia equiparata, salvo diversa disposizione di legge, a una "pronuncia di condanna", e pertanto il giudice può conoscere incidentalmente di essa, quanto meno come dato storico della sua esistenza».

⁽⁵⁰⁾ Cfr. Corte Giust. CE, 11 febbraio 2003, cause riunite C-187/01 e C-385/01, Gözütok e Brügge; Corte Giust. CE, Sez. V, 10 marzo 2005, C-469/03, Miraglia.

⁽⁵¹⁾ La Corte di Giustizia, muovendo dall'applicabilità del principio quale diretta conseguenza dell'accertamento "sostanziale" preclusivo del giudicato straniero secondo le norme di procedura dello stato *a quo* e superando la formulazione letterale dell'art. 54 Conv. applicativa che annovera le sole "sentenze" definitive, riconosce l'equiparazione del decreto penale di condanna alla sentenza in termini di piena efficacia preclusiva internazionale.

Trattasi più genericamente di “*documenti*” acquisibili ex art. 234 c.p.p., a mente del quale “*è consentita l’acquisizione di scritti o di altri documenti che rappresentano fatti, persone o cose mediante la fotografia, la cinematografia, la fonografia o qualsiasi altro mezzo*”.

L’acquisizione del documento-sentenza (decreto/ordinanza) non definitivo, nonostante isolate voci in contrario ⁽⁵²⁾ è quindi liberamente ammessa: a mutare sarebbe il valore che le si conferisce da un punto di vista probatorio.

Vale a dire: la sentenza irrevocabile è valutata come *principio* di prova, ex art. 187 c.p.p. ed alla luce del criterio di cui all’art. 192, 3° co., c.p.p.

Documenti diversi dalla sentenza irrevocabile, come le sentenze non definitive, invece, sarebbero *liberamente* valutati dal giudice, facendo ricorso al suo *libero* convincimento ⁽⁵³⁾. Con il paradossale effetto di attribuire alla sentenza non definitiva una efficacia dimostrativa vieppiù maggiore, non condizionata dalla ricorrenza di elementi esterni che ne confermino l’attendibilità. Appare chiaro come un’interpretazione simile finirebbe con lo stravolgere completamente la disciplina delineata dagli artt. 236, 238 e 238 *bis* c.p.p. includendo nell’omnicomprensiva categoria del documento tutto quanto è escluso dalle successive disposizioni. Una interpretazione sistematica coerente al dato normativo è, piuttosto, quella di ritenere sussistente un rapporto di specialità fra le disposizioni indicate.

La disciplina della prova documentale è diversamente articolata: dalla generica nozione di documento, enucleabile dall’art. 234 c.p.p., dovrebbero rimanere esclusi i verbali delle prove acquisite in altri procedimenti, espressamente disciplinati dall’art. 238 c.p.p. e le sentenze (tutte le sentenze, definitive o meno) la cui acquisizione è regolamentata dagli artt. 236 e 238 *bis* c.p.p. Non può essere sottovalutata, con eccesso di disinvoltura, che l’art. 238 *bis* c.p.p. attribuisce una efficacia probatoria entro certi limiti alle sole sentenze irrevocabili. Quelle prive dell’autorità del giudicato non solo non hanno alcuna efficacia dimostrativa ulteriore rispetto al loro essere “atto pubblico” ex art. 2700 c.c., ma non sono nemmeno acquisibili, proprio perché il legislatore ha limitato tale possibilità alle sole pronunce irrevocabili, modulandone fra l’altro la portata probatoria.

⁽⁵²⁾ Cfr. IAFISCO, *La sentenza penale come mezzo di prova*, Torino, 2002, 91 s.

⁽⁵³⁾ Cass., Sez. V, 22 gennaio 2010, D.R. e altri, in *Mass. Uff.*, n. 246.550; rispetto al decreto di archiviazione, v. Cass., Sez. III, 7 aprile 2006, De Pompa, *ivi*, n. 234.201, nel senso che possa essere «*acquisito ai sensi dell’art. 234 c.p.p. e liberamente valutato dal giudice alla stregua di un qualsiasi documento scritto assieme agli altri elementi di prova*».

Lo stesso discorso vale per le ordinanze cautelari, la cui acquisizione è stata talvolta ammessa ex art. 234 c.p.p.: peraltro, vale la pena sottolineare come la giurisprudenza di legittimità abbia escluso che il provvedimento giurisdizionale emesso in sede cautelare civile non possa essere acquisito per la natura provvisoria che contraddistingue il relativo accertamento.

Non si comprende allora per quale ragione una diversa disciplina debba valere per i provvedimenti cautelari emessi dal giudice penale ovvero dal giudice della prevenzione, che sempre danno luogo ad un instabile giudicato.

Tuttavia, se non si registrano decisioni dissonanti rispetto alla inclusione delle sentenze non definitive fra i “documenti” di cui all’art. 234 c.p.p., sul diverso tema dei limiti dell’efficacia dimostrativa e di utilizzabilità delle sentenze pronunciate in procedimenti penali diversi e non ancora divenute irrevocabili si registrano due distinti indirizzi, solo recentemente ricondotti ad un’unità dalle Sezioni Unite nella nota «sentenza Mannino» del 12 luglio 2005.

Da un lato, in alcune decisioni è stato asserito che esse costituiscono prova solo dei fatti documentali rappresentati - ad esempio, che un certo imputato sia stato sottoposto a procedimento penale e che la sua posizione sia stata definita in un certo modo - e non della ricostruzione dei fatti accertati nel giudizio e della valutazione probatoria degli stessi da parte di quel giudice, atteso che tale valore probatorio è riconosciuto dall’art. 238 *bis* c.p.p. solo alle sentenze irrevocabili ⁽⁵⁴⁾.

A tale orientamento se ne è contrapposto un altro nel senso che il giudice, in base al proprio libero convincimento, può comunque trarre dal provvedimento elementi di giudizio finalizzati all’accertamento della verità ⁽⁵⁵⁾. Le Sezioni Unite ⁽⁵⁶⁾ hanno condiviso l’impostazione più rigorosa, pur affermando decisamente che delle sentenze non irrevocabili «è certamente ammissibile la produzione e l’acquisizione al pari degli altri documenti ex artt. 234 comma 1 e 236» ⁽⁵⁷⁾, «le sentenze pronunciate in procedimenti penali diversi e non an-

⁽⁵⁴⁾ Cass., Sez. IV, 11 maggio 2004, Tahir, in *Mass. Uff.*, n. 228.936; Id., Sez. IV, 5 dicembre 2000, Reina, *ivi*, n. 218.315; Id., Sez. VI, 7 luglio 1999, Arcadi, *ivi*, n. 215.266; Id., Sez. II, 12 marzo 1996, Lento, in *Cass. pen.* 1997, 1762.

⁽⁵⁵⁾ Cass., Sez. V, 26 ottobre 2004, P.G. in proc. Tripodi, in *Mass. Uff.*, n. 230.457; Id., Sez. V, 22 ottobre 2003, Leoni, *ivi*, n. 226.839; Id., Sez. II, 5 maggio 2003, Passalacqua, *ivi*, n. 225.157.

⁽⁵⁶⁾ Cass., Sez. Un., 12 luglio 2005, Mannino, in *Mass. Uff.*, n. 231.677. V. pure Cass., Sez. III, 13 gennaio 2009, Cafarella, in *Mass. Uff.*, n. 242.767; Id., Sez. VI, 12 novembre 2009, Cento e altri, *ivi*, n. 245.483; Id., Sez. II, 28 febbraio 2007, Guarnieri, *ivi*, n. 236.650; Id., Sez. I, 16 novembre 1998, Hass, *ivi*, n. 211.768.

⁽⁵⁷⁾ Tuttavia, in quanto non ancora assistite dalla intangibilità del *decisum*, «sono idonee, in ragione dell’oggetto della rappresentazione incorporata nella scrittura, a documentare il (e ad essere utilizzate come prova extra- e pre-costituita limitatamente al) mero fatto storico dell’esistenza della decisione e le

cora 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».

Altro aspetto enigmatico è correlato alla legalità del procedimento probatorio nel processo *a quo* concluso con la sentenza irrevocabile acquisita.

Investendo la portata probatoria della sentenza irrevocabile non solo il *fatto* direttamente riferibile alla statuizione fissata nel dispositivo, ma ogni acquisizione fattuale evidenziata anche nel corpo della motivazione -il che, detto per inciso, pone non secondari interrogativi rispetto alla praticabilità di tale conclusione con riguardo al patteggiamento⁽³⁸⁾- occorre chiedersi se ed entro quali limiti talune "illegalità" in quella sede verificatisi possano essere fatte valere nel procedimento di destinazione.

Invero, tale possibilità sembra escludersi proprio in forza della capacità tipica del giudicato di coprire il dedotto ed il deducibile. L'osservazione pone in crisi seria, se ancora ne fosse bisogno, la prassi della acquisibilità di sentenze ancora *sub iudice*, non definitive perché in ipotesi gravate da un'impugnazione.

Si è ritenuto talvolta che, quand'anche si fossero verificate, eventuali invalidità *sub specie* della inutilizzabilità del materiale probatorio posto alla base della decisione, non potrebbero essere fatte valere autonomamente nel processo di destinazione⁽³⁹⁾. Ma, ciò non può voler significare che mediante

scansioni delle relative vicende processuali, ma non la ricostruzione, nè il ragionamento probatorio sui fatti oggetto di accertamento in quei procedimenti, inerenti più propriamente alla regiudicanda ancora in discussione, per la cui valutazione soccorre lo specifico modulo acquisitivo dei verbali di prove di altri procedimenti predisposto dall'art. 238 del codice di rito. A questa regola di indubbia ragionevolezza sistematica deroga infatti, limitatamente alle sentenze irrevocabili, la disposizione dell'art. 238 bis dettata da esigenze eminentemente pratiche di coordinamento probatorio fra processi. Norma, questa, sicuramente eccezionale nell'impianto codicistico ispirato ai principi di oralità e immediatezza, rispetto alla quale si sostiene peraltro nella giurisprudenza di legittimità che l'acquisizione agli atti del procedimento di sentenze divenute irrevocabili neppure comporta, per il giudice di detto procedimento, alcun automatismo nel recepimento e nell'utilizzazione a fini decisori dei fatti in esse accertati, ne' tanto meno dei giudizi di fatto contenuti nei passaggi argomentativi della motivazione delle suddette sentenze, dovendosi al contrario ritenere che quel giudice conservi integra l'autonomia critica e la libertà delle operazioni logiche di accertamento e di formulazione di giudizio a lui istituzionalmente riservate»

⁽³⁸⁾ V. DELL'ANNO, *Prova documentale e circolarità della prova*, cit., 683.

⁽³⁹⁾ Cass., Sez. V, 14 aprile 2000, Vera, in *Mass. Uff.*, n. 216.306, specificando che in tal senso nessuna eccezione di ordine processuale attinente alla prova - non solo quelle già dedotte ma anche quelle "*deducibili*" nel processo la cui sentenza è divenuta giudicato - può essere proposta al fine di porre in discussione la "*semplicità probativa*" conferita dall'art. 238 bis c.p.p.

l'acquisizione della decisione irrevocabile possa realizzarsi l'elusione mascherata dell'art. 238 c.p.p. che regola il fenomeno, parzialmente diverso, della circolazione della prova.

Il regime di utilizzabilità della prova pervenuta nel processo *ad quem* per il tramite della sentenza irrevocabile acquisita, resta quello delineato dall'art. 238 c.p.p.

Devono quindi essere apprezzate in maniera positiva quelle decisioni secondo cui «*Le sentenze divenute irrevocabili, acquisite ai sensi dell'art. 238-bis c.p.p., costituiscono prova dei fatti considerati come eventi storici, mentre le dichiarazioni in esse riportate restano soggette al regime di utilizzabilità previsto dall'art. 238, co. 2-bis, c.p.p., e possono quindi essere utilizzate, nel diverso procedimento, contro l'imputato soltanto se il suo difensore aveva partecipato all'assunzione della prova*»⁽⁶⁰⁾.

Allo stesso modo, ad esempio in tema di testimonianza indiretta, è stato detto che «*Le deposizioni testimoniali rese da ufficiali di polizia giudiziaria su quanto loro riferito dai testimoni o dalla persona offesa e contenute in una sentenza irrevocabile acquisita in altro processo, non possono essere utilizzate, senza il consenso dello stesso, nei confronti dell'imputato rimasto estraneo al giudizio irrevocabilmente definito*».⁽⁶¹⁾

E non si tratta, a ben vedere, di far valere nel processo di destinazione l'inutilizzabilità della prova assunta altrove, secondo le scadenze di quel procedimento, quanto di far valere nel procedimento *ad quem* le ordinarie regole che presiedono alla circolazione della prova.

Quanto ai criteri di apprezzamento della sentenza.

Pleonastico, invero, il richiamo all'art. 187 c.p.p.: la disposizione avrebbe comunque trovato applicazione anche ove non espressamente evocata trattando in generale dell'ambito oggettivo della prova⁽⁶²⁾.

Singolare, invece, il rinvio al criterio di apprezzamento della prova di cui all'art. 192, 3° co., c.p.p. La sentenza irrevocabile può essere valutata come prova dei fatti in essa accertati solo se riscontrata da elementi esterni che ne confermino l'attendibilità.

Il richiamo alla controversa norma, da un lato comporta una sorta di involon-

⁽⁶⁰⁾ Cass., Sez. I, 16 marzo 2010, Bisio, in *Mass. Uff.*, n. 246.778.

⁽⁶¹⁾ Cass., Sez. III, 13 gennaio 2009, Cafarella, in *Mass. Uff.*, n. 242.768, fattispecie di deposizioni rese antecedentemente al divieto introdotto dal novellato art. 195, 4° co., c.p.p.

⁽⁶²⁾ PONTIN, *C'era una volta il codice*, in *Crit. Dir.*, 1992, 18; CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1995, 603; IAFISCO, *La sentenza penale come mezzo di prova*, cit. 155; MARAFIOTI, *Trasmigrazione di atti, prova per sentenze e convincimento del giudice*, cit., 253 che, invece, cerca di darne un utile lettura.

taria irriverenza nei confronti del giudicato altrui ⁽⁶³⁾; dall'altro lato evoca le annose problematiche che la c.d. chiamata di correo pone circa la consistenza qualitativa e quantitativa degli elementi di prova indicati a riscontro della decisione ⁽⁶⁴⁾, nonché l'attitudine della sentenza irrevocabile acquisita a rappresentare essa stessa riscontro, talvolta, ad altra chiamata in correità ⁽⁶⁵⁾. Realizza tuttavia un punto di raccordo necessario fra la sentenza emessa al di fuori del processo ed il compendio probatorio che nella sua sede naturale andrà a formarsi.

Peraltro, nella prassi operativa, la sentenza irrevocabile acquisita non può essere posta in discussione alcuna dalle parti: semplicemente, il giudice del processo *ad quem* ne prende cognizione, non si discosta dalle conclusioni ivi contenute, non v'è alcun contraddittorio *sulla* sentenza stessa.

8. Un caso paradigmatico in tema di prova per sentenza aliena.

Come spesso accade, quando si passa dagli enunciati di principio all'applicazione pratica, alcune garanzie costituzionali e codicistiche, pacificamente riconosciute, vengono con disinvoltura sacrificate sull'altare della persistente idea inquisitoria della ricerca della verità ⁽⁶⁶⁾.

Una persona è stata condannata all'ergastolo dai giudici di Milano in quanto ritenuta mandante di un omicidio da altri commesso in danno di un educatore penitenziario, con sentenza oramai definitiva fondata pressoché esclusivamente su quanto in altra sede, davanti ad altro giudice ed a carico di altri imputati incidentalmente accertato: nella pronuncia emessa a carico degli esecutori materiali e degli organizzatori esecutivi del crimine (alcuni dei quali confessi e collaboranti) era emerso, ma non vi era stato accertamento alcuno in proposito, che le ragioni dell'omicidio avrebbero potuto essere riferibili an-

⁽⁶³⁾ RIVELLO, *Art. 238 bis*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di Chiavario, Torino, 1991, 91.

⁽⁶⁴⁾ Cass., Sez. III, 13 gennaio 2009, Cafarella, in *Mass. Uff.*, n. 242.767; Id., Sez. VI, 12 novembre 2009, Cento e altri, *ivi*, n. 245.483; Cass., Sez. VI, 30 settembre 2008, Campesan, *ivi*, n. 241.860.

⁽⁶⁵⁾ Cass., Sez. IV, 29 gennaio 2008, De Angioletti e altri, in *Mass. Uff.*, n. 239.299 secondo cui «Quando una sentenza irrevocabile viene acquisita nel processo ai sensi dell'art. 238 bis c.p.p., per fornire la prova diretta del fatto oggetto del suo accertamento, necessita di una conferma esterna, mentre, nell'ipotesi in cui la stessa sentenza venga utilizzata come mero riscontro di altre prove già acquisite, tale conferma non risulta necessaria».

⁽⁶⁶⁾ Sul superamento del mito della ricerca della verità reale, di recente GAITO, *Il procedimento probatorio nell'evoluzione della giurisprudenza europea*, in *Procedura penale e garanzie europee*, Torino, 2006, 45.

che al soggetto rimasto estraneo al primo processo ⁽⁶⁷⁾.

La Corte di assise: era stata chiara «*nel presente procedimento una indubbia rilevanza riveste la sentenza emessa per il medesimo episodio (omicidio M. U.) dalla Corte di Assise di Milano, con la quale venivano condannati i materiali esecutori dell'omicidio*».

Fin qui *nulla quaestio*: si trattava di un fatto di organizzazione ed esecuzione materiale di un omicidio accertato in procedimento già conclusosi con sentenza passata in giudicato ed, in quanto tale, legittimamente utilizzabile dai giudici del procedimento *a quem*, avente ad oggetto un fatto di concorso morale nell'omicidio da altri commesso, nei limiti di cui all'art. 238 *bis* c.p.p. ovvero, per dirla con le parole dei Giudici delle leggi, nel rispetto della disciplina che 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, tuttavia, non intacca il basilare principio 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*» ⁽⁶⁸⁾.

Ma la sentenza acquisita ex art. 238 *bis* c.p.p., ancor più di ogni altro indizio, non vale a far prova di un fatto-reato ove e quando non convalidata da altri elementi dimostrativi ai sensi dell'art. 192, co. 3, c.p.p. Invero, il rispetto della regola dettata dall'art. 192, 3° co., c.p.p. integra i connotati di un tentativo (necessario) di riequilibrio rispetto alla violazione del principio del contraddittorio *per* la prova, che trova applicazione “solo” fittizia se e quando viene acquisito un provvedimento che costituisce espressione ultima del divenire di molteplici attività, e nell'ipotesi che siano inglobati materiali probatori rispetto ai quali siano rimaste estranee le parti interessate al risultato del processo in cui è acquisita la sentenza irrevocabile. In altri termini, alla sentenza irrevocabile va attribuito il valore di “prova” imperfetta ed incompleta, bisognosa di riscontri; che potranno coagularsi in elementi idonei a confermare l'attendibilità di quanto già statuito con forza di giudicato in altro procedimento ovvero, alternativamente, in dati che ne possano efficacemente contrastare la valenza decisoria. Va escluso con forza, comunque, qualsiasi automatismo attributivo di efficacia vincolante al giudicato penale formatosi *inter alios* che potrà essere valutato come prova del fatto ivi affermato da un punto di vista storico-naturalistico, non già e non mai come *prova* di colpevolezza nei con-

⁽⁶⁷⁾ Cass., Sez. I, 25 febbraio 2011, D. Papalia, n. 31571/2010, non depositata.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. Corte cost., ord. n. 159 del 1996.

fronti di chi a quel processo concluso con sentenza irrevocabile non ha preso parte ⁽⁶⁹⁾.

Ove tali criteri direttivi non dovessero essere rispettati, il giudizio di colpevolezza risulterebbe essere stato già emesso in epilogo ad un processo che non vedeva il soggetto imputato nel procedimento *ad quem* in veste di imputato, ovvero un processo nel quale, evidentemente, egli non aveva avuto il potere di difendersi.

Ebbene. Nel caso in esame, sono stati ritenuti elementi idonei a riscontrare quanto affermato nella sentenza emessa *inter alios* ed acquisita ex art. 238 *bis* c.p.p. un coacervo confuso di dichiarazioni *de relato* rese da collaboratori di giustizia, a loro volta prive di riscontri esterni. L'impianto motivazionale della sentenza di condanna era stato il frutto di un ragionamento deduttivo che vedeva nella sentenza definitiva emessa *contra alios* non solo il parametro di riscontro e credibilità delle dichiarazioni *de relato* fornite da vari collaboratori di giustizia, ma soprattutto il dato fondante il giudizio di colpevolezza.

A fronte di che, ci si deve interrogare se possa ritenersi legittimo, o meglio ortodosso in epoca di giusto processo, che un racconto riportato, una voce di per sé processualmente insignificante, possa assurgere a rango di valido riscontro di una decisione formatasi altrove. Tanto più in un caso, in cui la stessa sentenza irrevocabile aveva ad oggetto il medesimo impianto "probatorio": propalazioni indirette sul fatto altrui, cristallizzate in una decisione di condanna, che a loro volta risultavano invocate quali elementi idonei a confermare quella statuizione.

In vicende come questa, il corto circuito logico-ricostruttivo appare palese, in quanto le dichiarazioni *de relato* sul coinvolgimento della persona giudicata nel secondo processo, in definitiva, sono finite per confermare se stesse tramite la mediazione (solo apparentemente neutrale) dell'autorità di giudicato della sentenza deliberata nel primo processo sulla base degli stessi identici materiali conoscitivi.

Non solo. Nel processo *ad quem*, tanto in primo grado quanto in appello, i giudici di merito avevano rigettato le istanze istruttorie avanzate dalla difesa a confutazione delle singole prove riciclate a carico ed a contrasto della rico-

⁽⁶⁹⁾ In tal senso sembrava essersi attestato l'orientamento prevalente della giurisprudenza di legittimità sui limiti della c.d. traslazione probatoria: cfr. Cass., Sez. VI, 12 novembre 2009, Cento e altri, in *Mass. Uff.*, n. 245.483; analogamente Cass., Sez. III, 13 gennaio 2009, Cafarella, *ivi*, n. 242.767: «La sentenza divenuta irrevocabile ed acquisita come documento non ha efficacia vincolante, ma va liberamente apprezzata dal giudice unitamente agli altri elementi di prova».

struzione recepita nella sentenza acquisita, così determinandosi il paradossale effetto per cui il nuovo imputato non solo non aveva potuto difendersi nel procedimento altrui dove, di fatto, era stata formata la prova che ne ha comportato l'affermazione di colpevolezza nel proprio separato e successivo processo, ma non ha neppure avuto modo di smentire nel corso del secondo giudizio i suoi accusatori e di dimostrare la plausibilità di una ricostruzione alternativa. Insomma, nell'unica sede che formalmente lo ha visto accusato è rimasto di fatto un testimone inerme, senza poteri e senza diritti.

Per l'effetto, ciò che doveva costituire non più che una legittima premessa del percorso argomentativo del giudice *ad quem* è divenuto piuttosto il nucleo essenziale di una condanna per così dire annunciata e soltanto differita, eludendo non solo, e non tanto, l'effettività di un contraddittorio *per* la prova, ma soprattutto mascherando, dietro la crosta esterna del meccanismo di cui all'art. 238 *bis* c.p.p., una lesione sostanziale del diritto di difesa nella dimensione coesistente al giusto processo: sia nella sua forma costituzionalmente garantita di contraddittorio *per* la prova, sia nella sua eccezionale forma limitata almeno al contraddittorio *ex post* su quanto *aliunde* accertato.

In nessuna considerazione è stato tenuto il richiamo della Corte Costituzionale ⁽⁹⁾ che nel 2009 aveva accuratamente rimarcato come «*la portata del principio del contraddittorio nella formazione della prova va individuata in considerazione della specificità dei singoli mezzi di prova*»; e correlativamente aveva chiarito che «*in relazione alla specifica natura della sentenza irrevocabile, il principio del contraddittorio trova il suo naturale momento di esplicazione non nell'atto dell'acquisizione..., ma in quello successivo della valutazione e utilizzazione*».

D'altra parte, ciò appare in linea con la circostanza già acutamente rilevata da Cordero, argomentando che «*i precedenti giudiziari servono a vari fini ma non provano niente: l'eventuale apporto viene dal materiale là raccolto, comunque l'abbiano usato, bene o male;... Niente a che spartire col fenomeno "prova": quest'ultima, ripetiamolo, sta nei materiali ad acta*» ⁽¹⁾.

In conclusione, l'avallo offerto dai giudici di Cassazione alla condanna in discorso coagula una duplice inaccettabile ingiustizia per l'accusato: condannato una prima volta *in pectore* nel processo a carico degli esecutori e poi condannato in concreto nel suo processo quale mandante, solo perché già intervenuta la sentenza di condanna nei confronti degli esecutori materiali, chiamanti in correità *de relato*.

⁽⁹⁾ Corte cost., sent. 29 del 2009.

⁽¹⁾ CORDERO, *Procedura penale*, Milano, ediz. 2006, 805 ss.

Sono trascorsi sette mesi dall'udienza di discussione e la sentenza di legittimità non è stata ancora depositata, ma pare potersi affermare che in spregio ai principi del giusto processo, si è deciso, consapevolmente, di sacrificare il diritto di difesa del presunto mandante sull'altare di un possibile contrasto di giudicati, da scongiurare a qualsiasi costo, elevando l'esigenza di certezza delle decisioni giudiziali, qualsiasi esse siano, a valore in ogni caso preponderante. Si impone l'adozione di correttivi adeguati volti a prevenire il diffondersi di scorciatoie probatorie inaccettabili.

9. Giudizio abbreviato e riunione in appello con altro processo: un'ipotesi di circolarità probatoria anomala.

In una vicenda fiorentina recente la difesa aveva correttamente denunciato come *«la riunione del procedimento abbreviato prescelto da P. F., con quello celebrato nei confronti del concorrente I. V., si [fosse] risolta in una arbitraria osmosi del materiale utilizzabile ai fini del decidere: sempre che si voglia ragionare del concreto e della realtà delle cose, è certo che al di là da ogni strumentale dichiarazione di intenti... la acquisizione anche solo della mera sentenza pronunciata nei confronti dell'I. V. (e, quindi, dell'impugnazione predisposta dai difensori di costui e degli atti a questa correlati) ha inevitabilmente contaminato la sfera cognitivo-intellettuale dei decisori, pregiudicato la loro imparzialità di giudizio e perciò azzerato ogni e qualsivoglia possibilità e tesi difensiva elaborata nell'interesse del ricorrente»* ⁽⁷⁹⁾.

In questi casi si tratta di stabilire se, nella progressione procedimentale, siano utilizzabili o meno in appello le prove acquisite dopo la celebrazione del giudizio abbreviato nonché la sentenza pronunciata a carico di un coimputato nell'ambito di un segmento successivo e separato del procedimento originariamente da un fatto di reato unitario. La questione si coniuga con quella dei limiti alla commistione di riti originariamente separati ed eterogenei che, a fronte di una sopravvenuta trattazione congiunta, siano approdati ad un'unica decisione, sulla base di acquisizioni probatorie spurie.

Di fatto, accade con crescente frequenza che nel corso del secondo grado di giudizio –previa riunione dei procedimenti che erano stati oggetto, in primo grado, di separazione obbligatoria– venga pronunciata sentenza cumulativa sulla base di *materialia iudicii* risultanti dalla sommatoria di quanto separatamente acquisito nei disparati tronconi. In casi del genere, non solo viene in-

⁽⁷⁹⁾ Cass., Sez. I, 25 maggio 2011, Preci ed altro, n. 46790/10, ancora non depositata.

debitamente revocata *per facta concludentia* quella separazione processuale necessitata in forza dell'*iter* prescelto ⁽⁷³⁾ ma è disinvoltamente superato lo sbarramento costituito dalla regola di esclusione degli atti assunti nel rito alieno celebrato senza la partecipazione dell'accusato di turno e dei suoi difensori.

A fondamento del percorso processuale unitario effettivamente praticato nel secondo grado di giudizio, i giudici del merito adducono acriticamente l'unicità del fatto. E così accade che tutti gli imputati vengano giudicati sulla base della medesima piattaforma probatoria, senza distinguere alcuno fra *prove assunte nel primo giudizio abbreviato*, che unitamente agli atti all'epoca contenuti nel fascicolo del p.m. dovrebbero valere per il giudizio nei confronti di chi aveva optato per il rito abbreviato, e *prove ulteriori* assunte nei successivi e separati procedimenti che dovrebbero essere utilizzate soltanto nel giudizio a carico degli altri imputati. Per l'effetto, nella prassi si pratica con disinvoltura una commistione inaccettabile tra riti processuali (ontologicamente o solo operativamente) diversi ⁽⁷⁴⁾.

Sappiamo che in un non lontano passato la giurisprudenza di legittimità era riuscita a determinare la coesistenza di oscillanti disorientamenti a proposito della cumulabilità di riti eterogenei. Al riguardo, non può tacersi, tuttavia, che nel mentre la soluzione favorevole al processo unitario cumulativo con pronuncia di una sola sentenza plurima è stata invero reiteratamente postulata come ammissibile, senza spiegazioni argomentate, al fine palese di salvare processi di criminalità organizzata altrimenti destinati all'annullamento ⁽⁷⁵⁾; nel senso più rispettoso delle forme di legge si era meditatamente espressa la Sesta Sezione della Corte di cassazione che aveva riconosciuto l'avverarsi di una situazione definibile quale **abnormità** nella circostanza processuale che si verifica allorquando «*uno stesso giudice, che ha contestualmente a disposizione*

⁽⁷³⁾ Se è vero che *entia non sunt multiplicanda sine necessitate*, è altrettanto vero che le reg Giudicande immediatamente decidibili non possono subire condizionamenti da quelle più complicate, donde sia l'obbligo di separare i procedimenti sia il dovere di smembrare le sentenze! Valgono gli artt. 1-5, inseriti nel Capo I, intitolato *Nuove disposizioni sulla separazione dei processi e in materia di custodia cautelare*, del d.l. 24 novembre 2000, n. 341, recante *Disposizioni urgenti per l'efficacia e l'efficienza dell'amministrazione della giustizia* -convertito con modificazioni nella l. 19 gennaio 2001, n. 4- non a caso introdotto contestualmente alla riforma del giudizio abbreviato transitorio.

⁽⁷⁴⁾ "Aggravata" dall'aver di fatto utilizzato nei confronti del primo imputato giudicato *singulatim* con l'abbreviato prove *ex lege* inutilizzabili nei confronti di chi aveva chiesto la definizione del processo "allo stato degli atti", con ciò vanificando -per non consentita normalizzazione operata dal giudicante sui materiali decisori- l'*in se* della scelta del rito premiale speciale.

⁽⁷⁵⁾ Purtroppo, anche nei tempi del dopo Giubileo si sono registrati atteggiamenti d'imperiosa arroganza giudiziale: *stat pro ratione voluntas*.

un materiale probatorio eterogeneo circa i modi della sua formazione (prove esistenti allo stato degli atti e prove raccolte in sede dibattimentale) al termine del giudizio operi una selezione all'interno di tale materiale, utilizzandolo diversamente a seconda del rito con cui ha ritenuto di procedere» ⁽⁷⁶⁾.

Se ciò vale per il giudizio di primo grado, non diversamente si atteggiavano le cose ogni qualvolta la commistione tra riti originariamente separati venga operata in appello. Invero, non rileva in alcun modo in termini discriminatori quale sia la fase di merito sulla quale si innesta la sovrapposizione: è escluso, più semplicemente, che lo stesso giudice possa decidere sulla base di «*un materiale probatorio eterogeneo circa i modi della sua formazione*» essendo impensabile che in sede decisoria, anche volendo, riesca ad operare una cernita tra il materiale acquisito, utilizzabile nei confronti di taluni e non di altri.

Nella vicenda specifica assunta quale caso di riferimento, ancor più singolare, si è giunti finanche ad escludere *ab origine* l'esigenza di «diversamente utilizzare» il materiale acquisito che ha finito per assumere il medesimo peso probatorio nei confronti di tutti.

Di contro, la trattazione e decisione congiunta di situazioni processuali eterogenee conduce, di necessità, alla invalidità del provvedimento terminativo del giudizio, a prescindere dal grado in cui il vizio matura, posto che «*si è in presenza di una situazione non soltanto non prevista dall'ordinamento, ma che si pone in contrasto con i criteri posti a base della differenziazione dei riti e della specialità di alcuni (nella specie il giudizio abbreviato) rispetto al procedimento ordinario*» ⁽⁷⁷⁾; vizio che si sarebbe determinato anche nel caso in cui l'organo giudicante avesse preteso di differenziare in sede decisoria, ammesso che sia possibile, il regime di utilizzabilità degli atti compresi nel fascicolo processuale confluito in unico contesto, e questo perché «*la possibilità in concreto da parte di un giudice di celebrare un processo cumulativo nei confronti di vari coimputati adottando una pluralità di riti, l'uno ordinario, l'altro "speciale" trova un ostacolo insormontabile nella stessa struttura del codice del processo, che ha nettamente differenziato i procedimenti speciali rispetto a quello ordinario*» ⁽⁷⁸⁾, specificandosi come sia «irrilevante la distinzione ope-

⁽⁷⁶⁾ Cass., Sez. VI, 25 ottobre 2001, Fallarino ed altri, integralmente leggibile in *Giur. it.*, 2002, 1247, con nota adesiva di INZERILLO, *Divieto di processo cumulativo in presenza di riti plurimi*; analogamente Cass., Sez. VI, 15 aprile 2002, Sparandeo ed altri, in *Mass. Uff.*, 222.234.

⁽⁷⁷⁾ Cass., Sez. VI, 25 ottobre 2001, Fallarino ed altri, cit.

⁽⁷⁸⁾ Ancora, Cass., Sez. VI, 25 ottobre 2001, Fallarino ed altri, cit. Non può negarsi, evidentemente, «*la struttura ontologicamente diversa del rito ordinario e del rito abbreviato*» tale, non solo, «*da non consentire il processo cumulativo nei confronti di più coimputati con l'abbinamento dei riti stessi*» a pre-

rata dal giudice delle prove utilizzabili per il giudizio abbreviato da quelle raccolte nel corso del dibattimento»⁽⁷⁹⁾.

Si tratta di approccio esegetico che è finito per diventare *jus receptum*, tanto che ancora nel 2005 si è avvertita l'esigenza di evidenziare finalmente come l'unico distinguo in funzione sanante per la contemporanea celebrazione di tipologie procedimentali differenziate fosse e dovesse restare circoscritto all'ipotesi del giudizio abbreviato transitorio del 2000⁽⁸⁰⁾.

Va da sé che l'opzione sistematica per il polimorfismo procedimentale impone di non unire ciò che volutamente il legislatore ha inteso mantenere distinto. E le ragioni di ciò sono intuitive: il giudizio abbreviato, sebbene abbia perduto l'originario connotato di "giudizio allo stato degli atti" a favore di più estesi orizzonti operativi, trova ancora oggi la propria ragion d'essere in una

scindere dalla considerazione che il giudice possa essere o meno influenzato, nelle diverse decisioni assunte con un'unica sentenza, da prove acquisite in un contesto unitario, ma anche da «esclud[ere] la compatibilità di una loro gestione congiunta» e da imporre «l'autonomia delle sentenze emesse al termine dei singoli procedimenti, non potendosi unificare in una sola sentenza procedimenti che devono avere un diverso svolgimento e che presentano caratterizzazioni obiettivamente diverse», osservandosi che «è abnorme la sentenza con la quale contemporaneamente sono giudicati più imputati nei confronti dei quali erano stati adottati riti diversi, l'uno ordinario e l'altro speciale, in quanto tale possibilità sebbene non espressamente vietata da specifiche norme processuali, trova un ostacolo insormontabile nella differente struttura di ciascuno dei procedimenti previsti dal Libro VI c.p.p., che ne rende incompatibile una gestione congiunta con quello ordinario» (Cass., Sez., VI, 25 ottobre 2001, Fallarino ed altri, cit.; negli stessi termini Cass., Sez. VI, 15 aprile 2002, Sparandeo ed altri, cit.).

⁽⁷⁹⁾ Così Cass., Sez. VI, 25 ottobre 2001, Fallarino ed altri, cit.; Id., Sez. VI, 15 aprile 2002, Sparandeo ed altri, cit.

⁽⁸⁰⁾ Cass., Sez. VI, 20 aprile 2005, Aglieri ed altri, in *Mass. Uff.*, n. 233.081, ribadendo a livello di enunciato fondamentale di base che «in tema di giudizio abbreviato, seppure ordinariamente la commistione col rito ordinario nell'ambito dello stesso processo determini l'abnormità della sentenza, la disciplina transitoria di cui all'art. 4-ter D.L. n. 82 del 2000, convertito dalla L. n. 144 del 2000, non implica la separazione dei procedimenti tra gli imputati che hanno chiesto di essere giudicati anche sulla base degli atti di indagine e quelli che non hanno avanzato tale richiesta ed il cui processo pertanto è proseguito nelle forme del rito ordinario, avendo il legislatore deciso, con scelta ragionevole e costituzionalmente non censurabile, di intervenire anche sui processi in corso, **consentendo transitoriamente la commistione dei riti**».

Gli itinerari legislativi del periodo 1999 - 2001, attraverso i quali l'ambito di operatività dei procedimenti speciali a carattere premiale è stato progressivamente potenziato, dovrebbero indurre i Giudicanti ad una complessiva rimediazione del rapporto tra giudizi, alla luce dell'accesso dibattito su taluni temi di fondo innescati dalla commistione procedurale, quali i meccanismi di selezione probatoria, il rapporto tra separazione e riunione delle reg Giudicande e la neutralità del giudice. La "specialità" disciplinata dal Libro VI del codice di rito offre alle parti processuali possibilità diversificate di operare scelte strategiche finalizzate ad acquisire una svariata serie di vantaggi: tralasciando la speditezza dei tempi processuali, il riferimento è alla premialità in punto di pena, al risparmio dei costi del processo, all'accesso limitato ai mezzi di impugnazione e alla formazione anticipata del giudicato, alla separazione delle reg Giudicande, alla accettazione di limiti legali al diritto alla prova ed alla precostituzione di mezzi di prova (leggi: testimoni assistiti) per i processi futuri.

limitata attività probatoria *contra reum*. Al contrario, l'imputato che accede al rito ordinario si prodiga affinché dalla sottile membrana che divide i due fascicoli trasmigri il minor numero possibile di atti conoscibili da parte del giudice dibattimentale.

Il ripristino del processo cumulativo vanifica tali scelte di fondo ⁽⁸¹⁾.

La riunione in casi del genere è un comodo *escamotage* per riattribuire forza decisoria a materiali probatori ed a sentenze per cui non è prevista, e quindi non deve essere consentita, la circolazione.

La decisione unica e cumulativa in appello nei confronti di imputati ammessi a separate forme procedurali comporta l'inaccettabile mescolanza di materiale probatorio acquisito, e limitatamente utilizzabile, in vicende giudiziarie che, in forza delle scelte operate dai singoli protagonisti e delle diverse decisioni in termini di recupero della diminuzione di pena ex art. 442 c.p.p. da parte dei giudici di primo grado, non possono essere definite con un unico provvedimento, adottato dallo stesso giudice ⁽⁸²⁾; in questa maniera, infatti,

⁽⁸¹⁾ È umanamente impensabile che il medesimo giudice possa dirsi immune dalla forza della prevenzione, allorquando in appello sia di fronte in unità di tempo a imputati giudicati sulla base di elementi conoscitivi differenti e con sentenze distinte e diverse. È pura finzione sostenere che «*l[la] coesistenza dei procedimenti comporta solo la necessità che, al momento della decisione, siano tenuti rigorosamente distinti i regimi probatori rispettivamente previsti per ciascuno di essi*» (così tassativamente Cass., Sez. V, 10 aprile 2002, Condello ed altri, cit.). Sebbene la motivazione possa, in astratto, essere ineccepibile, ci troviamo pur sempre dinanzi a sterili formule di stile che non salvano dal pregiudizio.

⁽⁸²⁾ Esaurita, come si accennava, la stagione del giudizio abbreviato transitorio, si è posta la ben diversa questione della possibile contemporanea celebrazione con trattazione unitaria cumulativa in caso di giudizio abbreviato condizionato e giudizio abbreviato non condizionato. La soluzione giurisprudenziale è nel senso di ritenere «*legittima la trattazione cumulativa del rito abbreviato condizionato e di quello non condizionato richiesti da imputati in un medesimo processo, purché il giudice selezioni per ciascun imputato le prove utilizzabili in base alle regole proprie del rito dallo stesso prescelto*»: Cass., Sez. IV, 18 novembre 2008, Franca e altro, in *Mass. Uff.*, n. 242.858.

Alla stregua dell'insegnamento meditatamente espresso dalla Sesta Sezione della Corte di cassazione, la contestuale valutazione di reg Giudicande tra loro eterogenee, consacrata in una sentenza cumulativa unica per tutti gli imputati, vizierebbe di abnormità il provvedimento terminativo del giudizio, in quanto la situazione che si viene a creare, giudicando congiuntamente alcuni imputati con il rito ordinario ed altri con il rito abbreviato, non solo «*non è prevista dall'ordinamento, ma... si pone in contrasto con i criteri posti a base delle differenziazione dei riti e delle specialità di alcuni (nella specie il giudizio abbreviato) rispetto al procedimento ordinario*»: Cass., Sez. VI, 25 ottobre 2001, Fallarino ed altri, cit. In particolare, il vizio estremo rappresentato dall'abnormità, che si integra qualora uno stesso giudice abbia «*contestualmente a disposizione un materiale probatorio eterogeneo circa i modi della sua formazione (prove esistenti allo stato degli atti e prove raccolte in sede dibattimentali)*», non viene meno neanche nel caso in cui «*al termine del giudizio*» il giudicante «*operi una selezione all'interno di tale materiale, utilizzando diversamente a seconda del rito con cui ha ritenuto di procedere*». Invero, lo sforzo «*di distinguere nell'ambito delle prove quelle esistenti allo stato degli atti che consentivano il giudizio abbreviato per alcuni imputati, da quelle raccolte nel dibattimento che venivano utilizzate per la decisione con il rito*

verrebbe scardinato ogni meccanismo posto istituzionalmente a tutela del sistema del doppio fascicolo, provocando l'indebita trasmigrazione nel giudizio abbreviato di appello di materiali estranei a quelli "allo stato degli atti", assunti senza contraddittorio con l'imputato.

La prassi che cancella la separazione processuale in questi casi ignora e mortifica una scelta sottesa da ragioni che alle volte vanno ben oltre l'utilitaristico fine, di certo non trascurabile, di uno "sconto" sulla pena.

Ma la Cassazione ha deciso diversamente (sentenza non depositata), fornendo il proprio avallo ad una prassi deviante che, invece, dovrebbe essere contrastata con fermezza.

10. Ipotesi di razionalizzazione.

La impossibilità di ribaltare la verità aprioristicamente consacrata in prove altrove costituite ed in decisioni *inter alios* è il vero tributo che oggi paghiamo all'irresponsabile (mi si passi questa aggettivazione gergale oramai abusata nella quotidiana politica urlata e d'accatto) opera di normalizzazione che la cultura dell'antimafia ha acceso in questi anni nella giurisprudenza.

Vero è che la circolarità delle prove e delle sentenze ha consentito di semplificare l'accertamento in numerosissimi processi (non soltanto di criminalità organizzata) e, per l'effetto, di dare supporto a sentenze di condanna altrimenti di ardua giustificazione razionale; ma è vero altresì che bisogna guardare in faccia la realtà; perché non ci si può sottrarre dall'ammettere che siamo sprofondata in un girone infernale di prove [il]legali avulse dal metodo dell'elaborazione in contraddittorio e refrattarie alla controprova.

Nelle pagine forbite dell'elaborazione della Corte di cassazione fioccano le solite letture furbescamente edulcorate sul punto; così stemperandosi ogni sussulto di cultura del giusto processo nella gestione attiva della crisi del mate-

ordinario per altri imputati, non appare tale da poter sanare il vizio di fondo» che inficia una sentenza come questa impugnata. La *quaestio* attiene, infatti, alla «possibilità in concreto da parte di un giudice di celebrare un processo cumulativo nei confronti di vari coimputati adottando una pluralità di riti, l'uno ordinario, l'altro "speciale"» e tale possibilità rinvia «un ostacolo insormontabile nella stessa struttura del codice del processo, che ha nettamente differenziato i procedimenti speciali rispetto a quello ordinario».

Nell'ipotesi in cui per uno o più imputati sia da celebrare il giudizio abbreviato, è fatto obbligo al giudice di disporre la separazione del processo: Cass., Sez. I, 18 febbraio 1995, Genga ed altri, in *Mass. Uff.*, n. 200.235, secondo cui «è ammissibile l'impugnazione dei provvedimenti in tema di riunione o separazione dei processi, allorché la situazione di riferimento è assumibile nella tipologia propria dell'atto *abnorme*». L'emissione di simile provvedimento, oltre a favorire quella speditezza cui è istituzionalmente preordinato, si impone altresì quale strumento idoneo a prevenire l'incompatibilità, evitando il ricorso ai più macchinosi meccanismi disciplinati agli artt. 36 e 37 c.p.p.

riale probatorio sfuggito alla effettività ed alla pienezza del contraddittorio nel processo di destinazione.

Suscita una sensazione di malessere e di sconcerto la constatazione che la cultura del giusto processo viene ostinatamente negata dall'unica istituzione che ha il dovere giuridico e politico di praticarla in funzione di modello di riferimento per tutti gli altri giudici ⁽⁸³⁾.

Come il Capo dello Stato ha opportunamente ammonito durante l'estate a proposito della crisi economica, «*non si da fiducia minimizzando o sdrammatizzando i nodi*». Eppure è quello che, in prevalenza, la letteratura e la giurisprudenza continuano a fare.

Come in ogni altro settore in difficoltà, occorrono scelte coraggiose. Ma è arduo ipotizzare che a compierle siano di propria iniziativa gli stessi protagonisti che hanno alimentato lo sconquasso.

Passata l'urgenza contro la mafia, iniziata con il periodo emergenziale del 1992, occorrono più apertura e meno insofferenza verso le voci garantiste, serve un confronto aperto nell'accademia come nelle sedi istituzionali, trattandosi di portare a regime per davvero in ogni tipologia di procedimento penale (anche di criminalità organizzata e in quello di prevenzione) il metodo dell'accertamento in contraddittorio con il diritto automatico alla prova a confutazione.

Basta con la comoda storia dei formalismi cedevoli e della elasticità delle forme: contraddittorio e difesa pretendono di essere annoverati tra i diritti fondamentali, anche se e quando si tratti di fatti gravi e riconducibili alla criminalità organizzata.

⁽⁸³⁾ V. FURFARO, voce *Nomofilachia*, in *Dig. Disc. Pen.*, VI Agg., Torino, in corso di pubblicazione.