

Osservatorio sulla Corte di cassazione

Giudizio di cassazione

La decisione

Giudizio di cassazione - Prova di resistenza - Prova inutilizzabile - Annullamento senza rinvio (C.p.p., artt. 189, 234, co. 2, 619, co. 1 e 2).

La Corte di cassazione ha il potere di effettuare la c.d. prova di resistenza per stabilire se l'affermazione della penale responsabilità sulla base del residuo corredo probatorio "resista" alla elisione della prova inutilizzabile.

CASSAZIONE, SEZIONE SECONDA, 8 maggio 2015 (ud. 20 marzo 2015) - FIANDANESE, *Presidente* - RECCHIONE, *Estensore* - CEDRANGOLO, *P.G.* (diff.) - Pitzulu, ricorrente.

Prova inutilizzabile e annullamento senza rinvio: un nuovo modello di cassazione giudice del fatto?

La frequente adozione dell'annullamento senza rinvio in tema di riconosciuta inutilizzabilità della prova, pur se in astratto conforme alla definizione dei poteri di cognizione del giudice di legittimità, spesso, in concreto, si traduce nell'indebita invasione del terreno del fatto, la cui ricostruzione è assegnata in maniera esclusiva al giudice di merito.

Ne è significativo esempio la recente decisione che, ritenuta l'inutilizzabilità della registrazione delle conversazioni tra presenti da parte di un privato su indicazione della polizia giudiziaria ed avvalendosi di strumenti predisposti da questa, ha disposto l'annullamento senza rinvio all'esito della verifica alla luce della c.d. "prova di resistenza".

A tenore della decisione rescindente, l'inutilizzabilità della registrazione non inciderebbe «sulla tenuta dell'impianto motivazionale della affermazione di responsabilità che "resiste" alla elisione dell'elemento di prova inutilizzabile», in quanto «l'accertamento di responsabilità riposa sulle dichiarazioni della persona offesa nonché sulle dichiarazioni testimoniali "a conferma", oltre che sulle dichiarazioni dell'indagato e sulla provata esistenza del procedimento penale connesso per spaccio di stupefacenti a carico del Pitzulu».

La premessa del ragionamento argomentativo è ineccepibile; non è tale, però, la disamina del richiamato criterio della c.d. "prova di resistenza", in ordine

alle conseguenze sul *dictum* del provvedimento impugnato a seguito della ritenuta elisione dell'elemento di prova inutilizzabile.

Su tale specifico punto, infatti, la motivazione, benché apprezzabile per la valorizzazione dei canoni del giusto processo con riguardo alla dichiarazione di inutilizzabilità della registrazione delle conversazioni tra presenti, è poco persuasiva, anche perché non corredata dalle ragioni che sorreggono il giudizio di sufficienza del convincimento del giudice di merito dopo l'espunzione dell'elemento di prova inutilizzabile.

Anche se la sommaria conoscenza della sentenza impugnata e del motivo di ricorso sulla specifica questione inerente all'incidenza dell'inutilizzabilità della registrazione in parola, rendono incerto il giudizio sui criteri posti a fondamento dell'annullamento senza rinvio, pur tuttavia a rigore di logica, non appare condivisibile il giudizio di irrilevanza probatoria di una registrazione di conversazione tra presenti, addirittura suggerita dalla polizia giudiziaria ed eseguita con speciali apparecchi forniti dagli inquirenti; tanto più che il residuo compendio probatorio è costituito da prove dichiarative che, per loro natura sono prive delle caratteristiche della prova "mimetica", come appunto la registrazione fonografica, in grado di riprodurre con fedeltà il fatto storico, sì da riflettersi con sufficiente affidabilità nella soluzione del *thema probandum*.

Sarebbe stato opportuno, quindi, rinviare al giudice di merito, quale giudice naturale della prova e della ricostruzione del fatto, la delibazione della portata della ritenuta inutilizzabilità del mezzo di prova, per verificare la sussistenza e il grado di potenzialità probatoria di altri o diversi elementi utilizzabili per l'eventuale affermazione di responsabilità alla luce della cd. "prova di resistenza".

L'opposta scelta sembra spiegabile nell'ambito di una discutibile politica del diritto, incline a privilegiare l'economia dei giudizi volta a dissuadere in maniera surrettizia i frequenti ricorsi per cassazione, anche a costo di sacrificare il diritto fondamentale alla giusta decisione, che non può prescindere dalla competenza funzionale del giudice di merito in ordine alla ricostruzione del fatto, quale garanzia di effettività del contraddittorio e dell'oralità nella formazione della prova per la decisione.

Il sempre più frequente annullamento senza rinvio a seguito dell'espletamento della c.d. "prova di resistenza"¹ si risolve, cioè nella violazione delle garanzie del giusto processo.

¹ *Ex multis*: Cass., Sez. VI, 28 novembre 2013, P., in *Mass. uff.*, n. 258007; nonché Id., Sez. III, 2 ottobre 2014, C., in *Mass. uff.*, n. 3207.

Né può essere appagante, in senso contrario, l'affermazione che «la Corte di cassazione che rilevi la fondatezza del ricorso con cui si lamenti l'illegale assunzione di una prova non deve procedere all'automatico annullamento della sentenza ma, invece, effettuare la cd. "prova di resistenza" e cioè valutare se gli elementi di prova acquisiti illegittimamente abbiano avuto un peso reale sulla decisione del giudice di merito, mediante il controllo della struttura della motivazione, al fine di stabilire se la scelta di una certa soluzione sarebbe stata la stessa senza l'utilizzazione di quegli elementi, per la presenza di altre prove ritenute sufficienti».

Invero, in caso di ritenuta inutilizzabilità della prova la verifica non può essere ancorata alla struttura della motivazione, poiché il controllo della c.d. "prova di resistenza" attiene ad un momento pregresso, vale a dire alla solidità dell'impianto probatorio, quale risulta dal concreto raffronto con gli altri elementi di prova nel contraddittorio tra le parti, che può essere assicurato solo dalla rinnovazione del dibattimento in sede di giudizio di rinvio.

In altri termini l'annullamento senza rinvio in caso di ritenuta inutilizzabilità della prova, dovrebbe essere un'opzione residuale, ammissibile solo quando l'irrelevanza dell'elemento probatorio espunto dal ragionamento decisorio, sia evidente, quasi *ictu oculi*, sì da non richiedere alcuna valutazione (o rivalutazione) in punto di fatto, come suggerito dalla *ratio* del principio di superfluità del rinvio di cui all'art. 620, co. 1., lett. l), c.p.p. e la distinzione dei poteri di cognizione del giudice di merito e di quello di legittimità.

Opinando in senso opposto la scelta del tipo di annullamento in sede di giudizio per cassazione sarebbe rimessa all'esercizio di poteri potestativi del giudice di legittimità con conseguente *vulnus* della prevedibilità delle decisioni.

D'altronde, in linea con tali premesse teoriche, anche recentemente è stato ribadito in giurisprudenza² che la ricognizione della c.d. "prova di resistenza" è propriamente di merito e, quindi, preclusa alla corte di cassazione, atteso che al giudice di legittimità in questi casi spetta unicamente verificare, «senza possibilità di accesso agli atti, [ma] semplicemente attraverso il raffronto tra gli esiti intercettativi inutilizzabili e il provvedimento impugnato, se l'inutilizzabilità dichiarata sia idonea a inficiare la decisione di merito», anche con riferimento alla valutazione di idoneità del restante quadro probatorio a sostenere l'accertamento della responsabilità penale per il reato contestato.

Orientamento, questo, conforme alla più risalente giurisprudenza³, secondo cui la valutazione della c.d. prova di resistenza, in caso di ritenuta inutilizzabi-

² Cass., Sez. III, 24 febbraio 2015, Targia ed altri, in *ItaljureWeb* 2015.

³ Cass., Sez. un., 25 febbraio 1998, Gerina, in *Cass. pen.* 1998, 1951.

lità di un elemento di prova, comporta, in generale, «l'annullamento della sentenza impugnata con rinvio per nuovo giudizio ad altro giudice, che, su richiesta della parte interessata, dovrà provvedere alla rinnovazione parziale del dibattimento per poi rivalutare tutte le risultanze probatorie».

Il giudizio, invero, è un'operazione complessa, che investe profili gnoseologici che, a differenza dei parametri normativi, non sono classificabili in astratto ed hanno una variegata flessibilità nella formazione del libero convincimento del giudice di merito nell'ambito della valutazione di un compendio probatorio in cui confluiscono più elementi di prova con diverso grado di potenzialità rappresentativa del fatto storico, valutabili solo nel contraddittorio delle parti e dal giudice naturale del fatto.

La frequenza di decisioni rescindenti senza rinvio sembra riflettere l'inclinazione del giudice di legittimità verso una pericolosa invasione del terreno della cognizione del giudice di merito, con l'indicazione didascalica al giudice del rinvio dei criteri di ricerca della prova e di ricostruzione del fatto, mediante incursioni sul metodo di formazione della prova, ma non inerenti alla sua correttezza ma alla sua conformità a scelte metodologiche privilegiate dal giudice di legittimità, come in tema di prova scientifica⁴.

Il fenomeno oltre a suscitare perplessità, impone una seria riflessione nel momento in cui si dibatte da più parti sulla riforma delle impugnazioni e si denuncia l'ipertrofia dei ricorsi per cassazione, il cui rimedio sarebbe il ritorno al modello "puro" di cassazione, che viceversa è derogato nella prassi dal giudice di legittimità, con aggiramento dei principi fondamentali, salvo che non si versi in tema di controllo del vizio di logicità della motivazione, di travisamento della prova di violazione del diritto alla prova.

In tali ipotesi, cioè, ricompare puntualmente la scrupolosa ed esasperata attenzione ai tradizionali confini della cognizione del giudice di legittimità, quale schermo all'effettività del controllo di cassazione, con riguardo alla tutela dei diritti fondamentali della difesa, nei termini garantiti dai canoni della cultura della giusta decisione

ALFREDO BARGI

⁴ Ad es. Cass., Sez. I., 18 aprile 2013, Stasi, in *Mass. uff.*, n. 258321.