

# CONFRONTO DI IDEE

---

**CRISTIANA VALENTINI**

## **Chi ha paura dei custodi?**

SOMMARIO: 1. *Quis custodiet ipsos custodes?* - 2. Tutela dimenticata. - 3. Prove di resistenza... del sistema. - 4. Convergenze.

### **1. *Quis custodiet ipsos custodes?***

È uno degli interrogativi che paiono scandire la nostra esistenza, ad intervalli regolari attraverso questi tempi in cui il senso di disfacimento di ogni plausibile certezza domina l'immaginario quotidiano: chi custodisce i custodi? Ovvero, ancora e coerentemente, chi può garantire che coloro cui è affidato il controllo sul rispetto delle regole imposte al vivere sociale, svolgano il loro compito nei termini imposti dalla legge?

Il quesito è particolarmente idoneo a denotare il dibattito da tempo in corso sul ruolo della Corte di cassazione, per la quale - non per nulla - fu suggerita la definizione icastica di "giudice dei giudici"<sup>1</sup>.

Esaminiamo per un attimo il settore d'indagine proposto sotto un peculiare angolo prospettico; quello del controllo affidato alla Corte in materia di misure di prevenzione.

In base all'art. 10, co. 3, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, legittimati al ricorso sono il pubblico ministero, l'interessato e il suo difensore e, secondo la stessa disposizione, il ricorso è ammesso «per violazione di legge».

Un vasto panorama di pronunzie della Suprema Corte induce subito alla certezza che dal tenore testuale della norma in parola il giudice di legittimità trae la legittimazione normativa ad interpretare il proprio ruolo di controllo in termini quanto mai riduttivi, escludendo il vizio di motivazione dall'ambito delle censure deducibili, ex art. 606, lett. e), c.p.p.

La massima - costantemente riprodotta - è, in effetti, che «nel procedimento di prevenzione il ricorso per Cassazione è ammesso soltanto per violazione di legge in forza della generale disposizione dell'art. 4, co. 11, l. 27 dicembre 1956 1956, applicabile anche nei casi di pericolosità qualificata di cui alla l. 31 maggio 1965, n. 575. Ne consegue che non è deducibile il vizio di motivazione, a meno che questa non sia del tutto carente, o presenti difetti tali da renderla meramente apparente e in realtà inesistente, traducendosi perciò in vio-

---

<sup>1</sup> L'espressione - ormai divenuta d'uso comune, per designare la Corte di cassazione - è estratta dal Salmo n. 58, intitolato appunto "Il giudice dei giudici terrestri".

lazione di legge per mancata osservanza, da parte del giudice di merito, dell'obbligo, sancito dal co. 9 del citato art. 4, di provvedere con decreto motivato»<sup>2</sup>.

Il diverso avviso di numerose voci<sup>3</sup> risulta fondato sostanzialmente sull'idea che «la limitazione del ricorso in cassazione operata da una parte della giurisprudenza non ha senso, dal momento che, se si tratta di un ricorso per cassazione, deve trovare applicazione la disciplina di questo mezzo d'impugnazione»<sup>4</sup>.

Al giudizio di prevenzione risultano applicabili, in effetti, a termini dell'art. 10, co. 4, le norme del codice di procedura penale riguardanti la proposizione e la decisione dei ricorsi relativi all'applicazione delle misure di sicurezza, ovvero l'art. 678 c.p.p., il quale regola il procedimento in materia di applicazione delle misure di sicurezza tramite rinvio al procedimento in camera di consiglio di cui all'art. 666 c.p.p.

Premesso, dunque, che il richiamo deve essere inteso quale rimando alle regole del procedimento *in executivis*, è possibile dire che il primissimo esito di una ricognizione puramente testuale induce a pensare che i limiti del ricorso per cassazione avverso l'ordinanza emessa al termine del procedimento di cui all'art. 666 c.p.p., coincidano con quelli regolati dall'art. 606 c.p.p.

Il ricorso per cassazione avverso i provvedimenti del giudice dell'esecuzione non subisce infatti limitazioni di sorta e anche laddove si osserva che esso è ammissibile per «motivi di legittimità», trattasi di mera deduzione, originata dal fatto che alla cognizione dell'organo che decide *in executivis* appartengono, nella maggior parte dei casi, questioni di diritto<sup>5</sup>.

È importante notare subito come la questione esegetica che si va esaminando sia stata sottoposta al vaglio della Consulta con approdi tanto vaghi quanto interessanti<sup>6</sup>.

A seguito di ricorso avverso decreto della Corte d'appello palermitana, la Corte di cassazione<sup>7</sup> aveva sollevato, in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., que-

<sup>2</sup> Per una efficace e recente sintesi degli orientamenti giurisprudenziali sul punto, vedasi FILIPPI, *Il ricorso in Cassazione per violazione di legge*, in questa Rivista, 1, 2014.

<sup>3</sup> Così FILIPPI, *Il procedimento di prevenzione patrimoniale. Le misure "antimafia" tra sicurezza pubblica e garanzie individuali*, Padova, 2002, p. 581; e v. pure, in pari sensi, GUERRINI, MAZZA, RIONDATO, *Le misure di prevenzione. Aspetti sostanziali e processuali*, Padova, 2004, 237.

<sup>4</sup> Esattamente in questi termini FILIPPI, *Il procedimento di prevenzione*, cit., 581.

<sup>5</sup> CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, Torino, 1992, 238; PRESUTTI, *Procedure in camera di consiglio e regime del ricorso per cassazione (anche, ma non solo, in sede esecutiva)*, in *Cass. pen.*, 1997, 3476.

<sup>6</sup> Corte cost., sent. n. 321 del 2004.

<sup>7</sup> Cass., Sez. I, 24 ottobre 2003, Guttadauro, iscritta al n. 158 del registro ordinanze 2004 e pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 12, prima serie speciale, dell'anno 2004.

stione di legittimità costituzionale dell'art. 4, co. 11, legge n. 1423 del 1956 – identico all'odierno art. 10 d.lgs. n. 159 del 2011 – nella parte in cui, limitando alla sola violazione di legge il ricorso contro il decreto della Corte d'appello in materia di misure di prevenzione, esclude la ricorribilità in cassazione per vizio di illogicità della parte motiva del provvedimento, ai sensi dell'art. 606, co. 1, lett. e), c.p.p.

Quanto alla fondatezza della *quaestio*, il giudice rimettente mette correttamente in evidenza il fatto che, nonostante i connotati, indiscutibilmente peculiari, del procedimento di prevenzione, esso risulta ormai «pervenuto ad una compiuta giurisdizionalizzazione e ad una piena assimilazione al processo ordinario di cognizione, essendo caratterizzato, al pari di quest'ultimo, dai principi coessenziali al giusto processo, identificati dal novellato art. 111 Cost. nella presenza di un giudice terzo e imparziale e nel contraddittorio delle parti in posizione di parità»; d'altro canto – rileva ancora la Corte – il procedimento di prevenzione conduce all'applicazione potenziale di misure indiscutibilmente limitative della libertà personale; donde, secondo la Corte, la necessità che sia assicurato, anche nel procedimento in parola, un «controllo effettivo e reale» di decisioni *de facto* limitative della libertà dell'individuo.

L'uso dei termini è netto e significativo: i limiti imposti al ricorso per cassazione in materia preventiva impediscono che la Corte svolga il proprio compito di controllo in modo “effettivo e reale”.

Ad aggravare il sospetto d'illegittimità costituzionale della disposizione censurata si porrebbero, ancora, secondo la S.C., un confronto più che logico.

Vigente il codice di rito del 1930, i vizi logici della motivazione non sfuggivano al sindacato della Cassazione, risultando inclusi tra le cause di nullità della sentenza e, dunque, tra i vizi *in procedendo*, di talché il testo dell'art. 4, co. 11, legge n. 1423 del 1956 non impediva il controllo della Suprema Corte sulla tenuta logica del decreto di prevenzione: le cause di nullità della sentenza erano, infatti, pacificamente incluse tra le violazioni di legge.

Per questo verso, dunque, l'esegesi invalsa avrebbe segnato addirittura un arretramento del livello di tutela offerto dal ricorso, in contrasto con l'*iter* di progressiva giurisdizionalizzazione del procedimento applicativo delle misure preventive, determinando l'«irragionevolezza sopravvenuta» della disciplina censurata.

D'altro canto, siffatta disciplina sarebbe irragionevolmente diversa e deteriore rispetto a quella dettata per l'impugnazione dei provvedimenti applicativi delle misure di sicurezza: nel nuovo codice, infatti, il ricorso per cassazione per le misure di sicurezza è esteso all'illogicità manifesta della motivazione alla stregua degli artt. 666 e 678 c.p.p., ed è escluso invece, senza alcuna plausibile

giustificazione, in tema di misure di prevenzione.

Rilievi puntuali, questi offerti all'attenzione del Giudice delle leggi, ma la risposta appare sconcertante: le censure non sarebbero fondate e il risultato perseguito dal rimettente non potrebbe essere ritenuto costituzionalmente obbligato per molteplici ragioni.

Anzitutto, rileva il Giudice costituzionale, come le discipline indicate quale *tertium comparationis* sarebbero impropriamente richiamate: il confronto sarebbe stato effettuato «tra settori direttamente non comparabili, posto che il procedimento di prevenzione, il processo penale e il procedimento per l'applicazione delle misure di sicurezza sono dotati di proprie peculiarità, sia sul terreno processuale che nei presupposti sostanziali».

Ma non solo: evocando un noto *refrain*, spesso adoperato dalla Corte costituzionale a respingere senza eccessivo approfondimento la questione proposta, si soggiunge come sia «giurisprudenza costante di questa Corte che le forme di esercizio del diritto di difesa possano essere diversamente modulate in relazione alle caratteristiche di ciascun procedimento, allorché di tale diritto siano comunque assicurati lo scopo e la funzione... Di conseguenza non può ritenersi lesivo dei parametri evocati che i vizi della motivazione siano variamente considerati a seconda del tipo di decisione a cui ineriscono»<sup>8</sup>.

Formula multiuso, questa, cui la Consulta ricorre senza risparmio, allorquando intende giustificare sommariamente un vuoto di tutela.

Alcune repliche vengono spontanee e persino ovvie: che il processo finalizzato all'applicazione delle misure di sicurezza non possa essere adoperato come *tertium comparationis* rispetto al procedimento di prevenzione, è assunto smentito già dal mero rilievo del fatto che l'art. 10 d.lgs. n. 159 del 2011 statuisce l'applicazione al processo di prevenzione delle regole processuali relative alle misure di sicurezza.

In altri termini: lungi dall'essere non comparabili, i due procedimenti erano e sono *oggetto di un rinvio normativo esplicito dell'uno all'altro*.

D'altro canto, che tra misure di sicurezza e misure di prevenzione vi sia assonanza anche dal punto di vista della disciplina sostanziale, è assunto non solo autorevolmente sostenuto, ma anche enunciato in termini di ovvietà speculativa<sup>9</sup>, trattandosi nell'un caso di prevenzione *post delictum*, nell'altro di prevenzione *ante* o *praeter delictum*, realizzate, in entrambe le ipotesi, sulla base dell'accertamento di uno stato complessivamente definito come "pericolosità sociale".

---

<sup>8</sup> In senso critico v. le note di MOLINARI, *Le misure di prevenzione ed il diritto di difesa in Cassazione dimezzato*, in *Cass. pen.*, 2005, n. 151.

<sup>9</sup> Per tutti MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2001, 903.

Risulta più grave che la Corte costituzionale taccia completamente su di un rilievo meno suggestivo dei precedenti, ma certamente anche più fondato e sostanziale, quello, cioè, attinente all'«arretramento di tutela» indirettamente provocato al processo di prevenzione dal vigente codice di procedura penale e, in particolare, dalla nuova disciplina dei casi di ricorso per cassazione.

È esattamente su questo profilo che conviene intrattenersi con maggior attenzione.

## 2. Tutela dimenticata

Si è visto come l'art. 4, co. 11, legge n. 1423 del 1956 – il cui contenuto risulta oggi trasfuso nell'art. 10 d.lgs. n. 159 del 2011 – consenta il ricorso in cassazione avverso il decreto emesso dalla Corte d'appello per motivi configuranti “violazione di legge”.

In effetti la formula in parola è assolutamente ovvia in considerazione dell'epoca d'emanazione della legge che la contiene, coeva al codice previgente.

Con mirabile semplicità espressiva si scriveva, infatti, sotto la vigenza del codice Rocco: «i motivi per i quali può proporsi ricorso per cassazione possono sinteticamente raggrupparsi in *un solo genere*: la violazione di legge»<sup>10</sup>; nel prosieguito dell'analisi si spiegava poi come, a causa delle finalità istituzionali della Corte di cassazione, essa potesse valutare l'eventuale ingiustizia della sentenza, provocata dall'insufficienza o dalla mancanza di prove sull'ipotesi storica o dalla fallace valutazione del materiale probatorio raccolto, solo ed esclusivamente in via mediata e cioè qualora detti vizi si traducessero «in un vizio di forma che importi la nullità del provvedimento impugnato e cioè se essi si siano manifestati anche come omissione di attività processuali condizionanti la validità del provvedimento impugnato o come carenza dei requisiti formali essenziali per il provvedimento e, in particolare, quale difetto o contraddittorietà della motivazione»<sup>11</sup>.

In altri termini, è ben noto che nel codice del 1930 il vizio afferente all'apparato giustificativo della sentenza passava attraverso la violazione di legge processuale, ovvero della norma che statuiva come, a pena di nullità, la sentenza dovesse essere motivata.

Logicamente, dunque, in giurisprudenza non si dubitava in alcun modo del fatto che, essendo il ricorso avverso il decreto di prevenzione proponibile per “violazione di legge” ed essendo, poi, prevista, a pena di nullità, la motivazione del decreto emesso nel procedimento di prevenzione, tramite il ricorso

---

<sup>10</sup> PETRELLA, *Le impugnazioni nel processo penale*, II, Milano, 1965, 398.

<sup>11</sup> Così ancora PETRELLA, *Le impugnazioni nel processo penale*, cit., 399.

disciplinato dall'art. 4, co. 11, legge n. 1423 del 1956 potessero essere denunciate tutte le varieghe ipotesi di difetti logici e motivazionali elaborati da dottrina e giurisprudenza con riferimento alla sentenza emessa all'esito del processo penale<sup>12</sup>.

In questo senso, sino al 1989, processo di prevenzione e processo penale fruivano dei medesimi spazi di controllo sul provvedimento di merito, evocabili attraverso il ricorso in Cassazione per violazione di legge.

Siffatta armonia dura, però, quanto il codice stesso: in ascolto delle voci che criticano la c.d. deriva della Suprema Corte verso un inappropriato ruolo di giudice di terza istanza<sup>13</sup>, il legislatore del nuovo codice di procedura penale tenta l'eliminazione del problema alla radice, riformando, in seno all'art. 606 c.p.p., il volto del ricorso per mancanza di motivazione.

Ecco descritto il mutamento in termini precisi: «volendo sentenze meno vulnerabili, i codificatori prevedono l'annullamento quando “manchi” o sia “manifestamente” illogica la motivazione, se consta dal “testo del provvedimento impugnato”. Formula infelice e i relatori aggravano l'effetto postulando una quasi impossibile “effettiva omissione” (sentenze ridotte al puro dispositivo) o, almeno, lacune relative a “singoli momenti esplicativi”, purché “ineliminabili nel rapporto tra i temi”; non bastano mere insufficienze. Chiose incomprensibili: nella patologia del discorso, niente distingue i lacunosi dai troppo esili... Dove le motivazioni siano vagliate solo *ab intra*, essendo interdetto alla Corte l'accesso agli atti, diventa possibile ogni travisamento: non importa cos'abbiano narrato i testimoni e nemmeno se esistano, purché il motivante li nomini, attribuendo a ciascuno un detto; *idem* quando tiri in ballo ricognizioni mai eseguite; ecco ridotto il terzo grado ad una fantasmagoria dove valgono anche pseudo-fatti processuali, mai accaduti, se l'estensore ne parla»<sup>14</sup>.

Insomma: l'aggancio normativo secco del controllo sulla motivazione al *vittum in procedendo* della sentenza nulla aveva consentito alla Corte, sino al 1989, di verificare in buona sostanza la fedeltà della motivazione rispetto agli atti processuali<sup>15</sup>; al contrario, l'estrapolazione del difetto motivazionale dalla congerie degli errori processuali ed il suo irrigidimento nelle forme dell'art. 606, 1° comma, lett. e), c.p.p., ha inibito per anni anche nel processo penale l'indispensabile verifica su quella che con un minimo di ironia si è indotti a

<sup>12</sup> V. per esempio Cass., Sez. I, 27 febbraio 1989, Castrogiovanni, in *Cass. pen.*, 1990, 942.

<sup>13</sup> V., per tutti, AMODIO, *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. Dir.*, XXVII, Milano, 1977, 181 ss.

<sup>14</sup> Così CORDERO, *Procedura penale*, Milano, ed. 2012, p. 1122. In pari termini, FERRUA, *Il sindacato di legittimità sul vizio di motivazione nel nuovo codice di procedura penale*, in *Studi sul processo penale*, Torino, 1990, 113.

<sup>15</sup> IACOVIELLO, *La motivazione del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Milano, 1997, p. 305.

chiamare “corrispondenza tra processo e sentenza”.

Gli ulteriori svolgimenti sono storia ben nota: con riforma operata con l. n. 46 del 2006, il legislatore ha posto rimedio al mal fatto del 1989<sup>16</sup>, ammettendo nuovamente la Suprema Corte ad un tipo di vaglio che le consenta di verificare che la sentenza corrisponda effettivamente agli accadimenti processuali e ai fatti storici ivi accertati.

Esito: ad oggi il processo penale e il processo di prevenzione camminano su due binari profondamente diversi, quanto a capacità del sistema di assicurare che un provvedimento attraverso cui si giunge a comminare misure gravemente limitative dei diritti costituzionali sia controllato in modo serio ed efficace dal controllore ultimo, ovvero la Corte di cassazione.

### 3. Prove di resistenza... del sistema

Ci consentiamo ora un percorso trasversale, sino ad esaminare un altro settore del controllo affidato alla Corte, ovvero quello dedicato alla verifica circa la capacità degli errori processuali d'incidere sulla tenuta del provvedimento oggetto di ricorso.

E' ormai cosa nota che, laddove l'errore processuale investa la fattispecie acquisitiva di una prova, la sentenza impugnata cadrà sotto la scure del controllo della Cassazione soltanto nel caso in cui la prova di cui si discute risulti ineliminabile dal ragionamento logico seguito dal giudice nel decidere il merito; è l'operazione nota come “prova di resistenza”, variamente criticata in dottrina<sup>17</sup> e certamente – diciamolo subito – poco tranquillizzante<sup>18</sup>, già a cagione della natura estremamente discrezionale del giudizio espresso dalla Corte nel momento in cui verifica se la struttura della motivazione resta inalterata anche sottraendo dal compendio probatorio il materiale viziato<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> In dottrina, per l'opinione – nettamente maggioritaria – favorevole alla riforma dell'art. 606, 1° comma, lett. e), c.p.p., cfr. per tutti SANTORIELLO, *Le nuove regole di giudizio in Cassazione*, in *La disciplina delle impugnazioni tra riforma e controriforma*, a cura di A. Gaito, Torino, 2007, 61.

<sup>17</sup> Per tutti v. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992, 279 e ss.

<sup>18</sup> Si leggano le riflessioni di MAZZA, *La Corte assediata e il “garantismo efficiente”*, in *Proc. pen. e giust.*, 5, 2014, 1: «Senza una plausibile spiegazione, è rimasto ai margini del dibattito, per non dire che è stato del tutto pretermesso, il tema delle invalidità. La giurisprudenza ha progressivamente eroso la mera rilevanza formale del vizio dell'atto processuale, in particolare delle nullità, per attribuirvi rilievo solo in caso di incidenza sostanziale, di pregiudizio effettivo o di lesività in concreto. Così facendo, tuttavia, la Cassazione ha abdicato al suo ruolo di giudice di legittimità per occuparsi sistematicamente del fatto, e non solo di quello processuale, come dimostra la prova di resistenza elaborata in tema di inutilizzabilità».

<sup>19</sup> Si veda, in tal senso, Cass., Sez. VI, 22 febbraio 2005, n. 10094, non quanto alla semplice massima, ma nel testo. Del resto si precisa pure – e diremmo correttamente – come sia «onere della parte che eccepisce l'inutilizzabilità di atti processuali indicare, a pena di inammissibilità del ricorso per genericità del motivo, gli atti specificamente affetti dal vizio e chiarirne altresì l'incidenza sul complessivo compen-

Insomma, è diffusa nella giurisprudenza della Corte l'idea che la rilevanza degli *errores in procedendo* elencati dall'art. 606, 1° comma, lett. c), c.p.p. sia dipendente dall'accertamento dell'esistenza di un "nesso causale tra l'errore e la sentenza" tutte le volte in cui il vizio di attività concerne un atto probatorio. Il ragionamento sotteso è stato espresso in termini di rara chiarezza: «Il giudizio di cassazione ha nel proprio codice genetico la *querela nullitatis* del diritto comune: non è un'azione di accertamento, ma un'azione di annullamento. Dunque, l'interesse ad agire è l'interesse ad ottenere un annullamento. Dunque, sono ammessi solo motivi decisivi, cioè *errores in procedendo* o *in iudicando* che, se accolti, portano all'annullamento della sentenza. Se il motivo non è decisivo, non ci può essere annullamento e, quindi, non ci può essere interesse ad agire. Di qui il principio della irrilevanza del motivo non decisivo. Del resto è una tradizione del diritto comune la rilevanza del solo *error causalis*. E questo principio non è un relitto storico...»<sup>20</sup>.

Si osservino, nel discorso, alcuni passaggi: l'esigenza che l'errore sia decisivo o causale vien fatta discendere dall'interesse ad agire, ovvero ad ottenere l'annullamento della sentenza; da ciò si deduce suggestivamente il valore "efficientistico" del canone di causalità/decisività; infine, una volta assicurata la denotazione in positivo del canone, se ne asserisce senz'altro la piena applicabilità non solo agli *errores in iudicando* ma anche agli *errores in procedendo*, il cui inserimento nello *spatium agendi* della condizione di causalità è tutt'altro che lineare.

Ma si proceda con ordine.

Il tenore dell'art. 185 c.p.p. è tale da legittimare effettivamente l'assunto che la nullità di un atto probatorio non comporti *mai* la regressione del procedimento allo stato e grado in cui è stato compiuto l'atto nullo: la lettera della norma risulta, in effetti, apparentemente inequivoca sotto siffatto profilo, ivi prevedendo, da un lato, al comma 3, che la dichiarazione di nullità di un atto «comporta la regressione del procedimento allo stato o al grado in cui è stato compiuto l'atto nullo», dall'altro che «la disposizione di cui al comma 3 non si applica alle nullità concernenti le prove».

Ad una esegesi puramente testuale si oppongono, però, argomenti di ordine logico: da subito si è notato, in effetti, che mentre il diniego di una derivazione delle nullità appare certamente razionale allorquando ad essere oggetto di osservazione sia il rapporto tra due consecutivi atti di acquisizione probatoria,

---

dio indiziario già valutato, si da potersene inferire la decisività in riferimento al provvedimento impugnato»: così Cass., Sez. VI, 29 settembre 2009, n. 41662.

<sup>20</sup> Cfr. IACOVIELLO, *La tela del ragno: ovvero la chiamata di correo nel giudizio di cassazione*, in *Cass. pen.*, 2004, 3452 e ss.



lo stesso diniego, espresso nei termini assoluti di cui all'art. 185, co. 4, conduce a conseguenze insostenibili laddove esso sia riferito ad un'attività istruttoria che «si ponga in un rapporto di diretta incidenza nei confronti di atti propulsivi»<sup>21</sup>; per converso, dalla lettera della norma si sarebbe indotti ad ipotizzare che giammai la nullità della sentenza – tipico atto propulsivo – potrebbe derivare dalla nullità di uno o più atti di acquisizione probatoria che ne hanno costituito il fondamento<sup>22</sup>.

Pare opportuno, allora, proporre un'ipotesi: è immaginabile che esattamente il *dictum* dell'art. 185, co. 4, unito al nome proprio con cui è stato battezzato il nuovo *genus* d'invalidità degli atti probatori – quell'"inutilizzabilità", cioè, che orienta tutta l'esegesi sull'idea di *uso* della prova nel luogo a ciò deputato, ossia nella parte motiva della sentenza<sup>23</sup> – abbiano progressivamente legittimato la giurisprudenza all'orientamento cui sopra si accennava, in base al quale l'invalidità della prova non produce l'annullamento della sentenza se non laddove si accerti che la medesima è frutto di una derivazione *causale* dalla prova erroneamente acquisita o non acquisibile.

Una riflessione però è d'obbligo: tanto la formula dell'articolo 185, co. 4, c.p.p., quanto la nuova categoria d'invalidità degli atti probatori, costituiscono il frutto di un'elaborazione dottrinale lunga e sostanziosa, originata *in primis* dall'esigenza di salvaguardare un'idea di fondo di qualità schiettamente garantistica, ovvero quella per cui la prova è «fenomeno giuridicamente rilevante» e non certo un «mero espediente retorico»<sup>24</sup>; si vuol dire con ciò che, da un lato, il regime di non regressione per le nullità degli atti a funzione probatoria, e la regola ulteriore della rinnovazione dell'atto nullo laddove necessaria e possibile, configurano (o dovrebbero configurare) un sostanziale incentivo a *valorizzare* le formalità di acquisizione della prova, laddove tutelate tramite nullità, posto che, per esse, non è previsto il costoso rimedio rappresentato dal refluire del processo allo stato e grado in cui è stato compiuto l'atto nullo.

D'altra parte, come immediatamente riconosciuto con chiarezza dalla dottrina<sup>25</sup>, la creazione dell'inutilizzabilità doveva avere il senso di una scelta di tutela forte nelle conseguenze e inequivocabile nelle modalità attuative, così da evitare le paradossali conseguenze prima connesse alla potenziale sanatoria

<sup>21</sup> La riflessione è svolta, in termini decisamente perspicui, da PERONI, *L'istruzione dibattimentale nel giudizio d'appello*, Padova, 1995, 242 e ss.

<sup>22</sup> È appunto il paradosso segnalato da PERONI, *L'istruzione dibattimentale*, cit., 243.

<sup>23</sup> Riprendiamo con ciò l'efficace espressione di GALANTINI, voce *Inutilizzabilità* (*dir. proc. pen.*), in *Enc. Dir.*, Agg. I, Milano, 1997, 690 e ss.

<sup>24</sup> La contrapposizione e le espressioni sono di SCILLA, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, Torino, 2000, p. 143.

<sup>25</sup> Cfr. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992, *passim*.

dell'atto acquisitivo nullo, ovvero quell'«effetto giuridico che non si sarebbe potuto ottenere se il giudice avesse operato in conformità alla legge»<sup>26</sup>.

In questa prospettiva, il diniego apposto al fenomeno di trasmissione delle eventuali nullità dell'atto acquisitivo e il divieto di utilizzazione della prova, implicavano che al giudice di merito – e sottolineiamo “di merito” – fosse lasciato il compito di assolvere «una funzione d'igiene processuale»<sup>27</sup>: rinnovare l'atto nullo o decidere senza di esso, nella prima situazione, escludere *tout court* la prova spuria dalle fondamenta logiche della decisione, nella seconda. In nessun caso, evidentemente, simili premesse normative potevano leggersi come il conferimento implicito, al *giudice del controllo di legittimità*, dell'autorizzazione ad effettuare una verifica che implicasse l'esclusione della prova nulla o inutilizzabile dalle premesse storiche di una decisione sul merito assunta dal giudice dei gradi precedenti senza aver ottemperato al dovere di elidere la prova in questione dal materiale legittimamente adoperabile.

In sostanza, la disciplina delle sanzioni processuali voluta dal nuovo codice poneva il giudice del merito e quello di cassazione in ruoli e posture essenzialmente (e ovviamente) differenti<sup>28</sup>: decidere senza la prova viziata, nel primo caso, annullare la decisione fondata sulla medesima, nel secondo.

Anzi: a fronte del rischio di salvare decisioni fondate su prove viziate in misura non sempre agevolmente percettibile dalla motivazione, con grande chiarezza si era detto che alla Cassazione spettava senz'altro il compito di annullare la sentenza impugnata tutte le volte in cui la reale irrilevanza della prova «non emergesse dagli stessi argomenti spesi» dal giudice a fondare la decisione<sup>29</sup>.

Del resto, ciò di cui qui si discute è, nella prospettiva nella Cassazione, un *error in procedendo*, il cui accertamento non postula in alcun modo che sia necessario verificare il suo immutarsi in *error in iudicando*<sup>30</sup>: rispetto ad esso

<sup>26</sup> Così CORDERO, *Il procedimento probatorio*, in *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, p. 74.

<sup>27</sup> Sono parole di SCILLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit., 197.

<sup>28</sup> Questa linea di pensiero appare ricostruita con particolare efficacia da GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova*, cit., 280 e ss., la quale osserva che «l'impostazione seguita è da collegare alla prospettiva della riconduzione della Cassazione al ruolo di giudice di legittimità»; rilievo, quest'ultimo, che coglie assolutamente nel segno quando si noti la confusione di piani e di valutazioni cui indulgeva in passato la dottrina, ad esempio, laddove sosteneva, giusto con riferimento agli *errores in procedendo*, che «l'allegazione dell'errore non può stare da sola e dev'essere sempre finalisticamente collegata ad una valutazione dell'ingiustizia della decisione»: così LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, Vol. III, cit., 43, ma v. anche 183 e ss. L'idea ricompare, invero, anche tra le pagine di CORDERO, *Procedura penale*, cit., 1161, che, a proposito della censura d'inutilizzabilità della prova ex art. 606, lett. c), c.p.p., osserva «alla resa dei conti, questo motivo concerne difetti della motivazione».

<sup>29</sup> Così SCILLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit., 203, sulla scia di GREVI, «Nemo tenetur se detegere». *Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972, 188.

<sup>30</sup> Tale è la limpida conclusione del ragionamento effettuato sul punto da GALANTINI, *L'inutilizzabilità*,

la motivazione è solo il piano di conduzione di un *test* finalizzato ad attestare l'entrata della prova del metabolismo decisorio, un uso effettivo, cioè, i cui termini d'influenza risultano *ex post* solo sommariamente controllabili.

Da tutta questa linea di pensiero, la Cassazione sembra essere rimasta completamente indenne: l'*error in procedendo* è oggi rilevante solo a patto che risulti la decisività della prova inutilizzabile, nulla o inammissibile, e il metodo di misurazione di siffatta decisività è dichiarato esplicitamente: si tratta, appunto, della c.d. prova di resistenza, la quale consta di una verifica assai simile, nella sua descrizione, ad un'operazione matematica; si elimina mentalmente la prova "viziata" e qualora, ad onta del buco cognitivo in tal modo cagionato, la motivazione non appaia deprivata delle sue basi logiche, la sentenza è destinata a resistere all'impatto del ricorso<sup>31</sup>.

Difficile non condividere la salda opposizione espressa in dottrina a siffatte evoluzioni giurisprudenziali: «ritenere necessario un apprezzamento discrezionale in ordine all'influenza determinante dell'acquisizione probatoria inutilizzabile significherebbe... aggiungere arbitrariamente al testo normativo un requisito che esso non contempla»<sup>32</sup> si osserva, e si aggiunge pure che l'esito finale, il costo gravissimo di simili operazioni corrisponde ad una progressiva deprivazione di significato imposta alla comminatoria della sanzione: in breve, la Cassazione autorizza, per così dire, il giudice del merito, in termini impliciti ma inesorabili, al mancato rispetto delle regole del procedere, concepite come vizi potenzialmente innocui ad onta dell'espressa valorizzazione del vizio effettuata dal legislatore<sup>33</sup>.

Ma vi è di più: è pure pensabile che la motivazione celi i motivi che hanno

---

cit., 279.

<sup>31</sup> Cfr., ad esempio, con l'autorevolezza delle Sezioni unite, Cass., Sez. un., 23 aprile 2009, n. 23868, la quale nel testo chiarisce: «l'obbligo di specificità dei motivi ...imponeva, evidentemente, al ricorrente di allegare e chiarire quali atti sarebbero stati posti in essere a termini scaduti, secondo tale propugnato criterio, e sarebbero, quindi, da considerare inutilizzabili; e se e quale incidenza essi abbiano avuto sul complessivo compendio indiziario valutato ed apprezzato dal giudice, sì da potersene inferire la loro decisività in riferimento al provvedimento impugnato (la c.d. prova di resistenza)... Quando si prospetta la sussistenza di atti invalidi o viziati, occorre dimostrare che essi abbiano effettivamente tenuto conto della attività illegittimamente espletata, apparendo indispensabile accertare se il giudice di merito, al fine di formare il proprio convincimento in relazione ad un provvedimento adottato, abbia concretamente fatto uso degli atti acquisiti al di fuori del codice di rito».

<sup>32</sup> La frase è di PIERRO, *Una nuova specie d'invalidità: l'inutilizzabilità degli atti processuali penali*, Napoli, 1992, 193 e ss.

<sup>33</sup> Per non parlare del fatto che simili esegesi contribuiscono a dimezzare il diritto di difesa; per questa notazione, con riferimento ad ulteriori ostacoli frapposti al rilievo dell'inutilizzabilità, v. FILIPPI, *Punti di frizione tra diritto di difesa ed invalidità degli atti processuali*, in *Dir. pen. proc., Gli speciali. Oneri e limiti del diritto di difesa*, 2012, 35 e ss., secondo il quale «altre volte non è la legge ma la giurisprudenza a disconoscere od ostacolare l'esercizio del diritto di difesa. Accade spesso allorché si richiedono al difensore, che eccipisce l'inutilizzabilità di una prova, specificazioni non previste dalla legge...».

realmente indotto il giudice a quel certo convincimento; in altre parole, appartiene all'esperienza empirica di ciascuno verificare che non è mai ricostruibile *ex post*, in termini neppure approssimativi, quale tra i molteplici elementi di una determinata esperienza percettiva l'abbia tracciata in una determinata maniera all'interno della mente che poi la rievoca.

Senza voler tornare all'idea<sup>34</sup> – per certi versi indelebile, nel suo vivido atteggiarsi alla realtà delle cose<sup>35</sup> – che la motivazione sia solo una giustificazione successiva e assolutamente inadeguata di ragioni del decidere destinate a rimanere imperscrutabili, va soggiunto poi che il problema dell'identificazione postuma delle reali cause di una data decisione è reso ancor più arduo dal fenomeno tutto moderno di quelle motivazioni che risultano sostanziate da una collazione di elementi conoscitivi realizzata con utili strumenti informatici, sì da enumerare compiutamente *tutto* l'enumerabile<sup>36</sup>, senza dar conto effettivo di quali siano le congetture che hanno indotto ad una certa scelta sul merito della causa.

È, ad esempio, tristemente ricorrente nell'esperienza empirica la situazione indotta dalla produzione di ordinanze cautelari costruite tutte attorno al copia/incolla delle ragioni che informano la richiesta del pubblico ministero, senza che appaia percettibile in alcun modo la presenza di una valutazione autonoma ed effettiva da parte del g.i.p. né del *fumus* né del *periculum*.

Da ultima, ma non meno importante, una riflessione ulteriore: la Cassazione che effettua la c.d. prova di resistenza, si trova in una postura assolutamente particolare rispetto all'oggetto del suo vaglio; escluso che essa possa limitarsi ad asportare *meccanicamente* il “pezzo” della motivazione che si riferisce al dato probatorio viziato, con la precisa finalità di verificare se essa zoppichi o meno in mancanza di quel *quid*, è evidente che quanto qui le si chiede – o per meglio dire: il potere che essa si arroga nel contesto in esame – è una rinnovata valutazione del materiale probatorio residuo, ma con un *gap* di paratenza: manca alla Corte il potere di effettuare quel compito che qui inesorabilmente andrebbe effettuato, ossia ricalibrare il convincimento *sul merito* senza il dato probatorio viziato.

#### 4. Convergenze

Il discorso trasversale appena compiuto ha un vantaggio significativo: espone in maniera vivida quella che potremmo ipotizzare come una doppia tendenza

<sup>34</sup> TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1976, 93 e ss.

<sup>35</sup> V. MASSA, *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, Milano, 1976 (rist.), 90.

<sup>36</sup> Il fenomeno delle motivazioni costruite col noto metodo del “copia e incolla” è intensamente descritto da AMODIO, *Mille e una toga. Il penalista tra cronaca e favola*, Milano, 2010, 175 e ss.

della Corte, emergente con chiarezza dalle sentenze e dalle massime, ovvero, per un verso e in certe materie – come il processo di prevenzione – un costante *self restraint*, avallato in termini ripetuti dalla Corte costituzionale; per altro verso, una virtù espansiva dei propri poteri, con cui la Cassazione consente a se stessa metodiche incursioni nel merito della causa, ad esempio tramite lo strumento della prova di resistenza sugli *errores in procedendo* afferenti alle prove.

I vincoli al controllo della parte motiva nei provvedimenti in materia di prevenzione, da un lato, e la c.d. prova di resistenza, con cui si vaglia il valore effettivo della nullità di un atto o dell'inutilizzabilità di una prova, dall'altro, paiono fenomeni differenti, ma risultano in realtà generati dalla stessa matrice: parrebbe che la Corte tenda a ridurre l'area del proprio controllo, al contempo espandendolo in profondità nell'area residua.

In poche parole, la Corte sembra rivendicare a se stessa quel famoso controllo «reale ed effettivo» solo per un'area ristretta di provvedimenti, al medesimo tempo mirando ad un controllo sulla “giustizia” della decisione, capace di diventare un terzo grado di giudizio sul merito.

L'idea di restringere quantitativamente l'area di controllo della Cassazione è comprensibilmente agganciata al carico di lavoro della Corte, sulla cui gravosità e sulle cui conseguenze in termini di pregiudizio circa le possibilità concrete di prestare reale ascolto alle istanze di verifica dei ricorrenti, ci si è intrattenuti a più voci<sup>37</sup>.

In sostanza, se il carico della Cassazione è tale da non consentirle di svolgere il lavoro ad essa affidato, occorre diminuirlo, non v'è dubbio.

Ciò su cui non si può essere d'accordo è il metodo: ad esempio limitare le possibilità di controllo sulla motivazione dei provvedimenti di prevenzione produce vasti spazi di incontrollabilità sostanziale di provvedimenti pur gravemente limitativi di diritti tutelati a livello costituzionale.

Il controllo della Cassazione non può e non deve essere lesinato, mentre il problema del carico di lavoro della Corte va risolto alla radice, limitando il carico complessivo del processo penale. Il concetto non potrebbe essere espresso meglio di quanto già fatto, rilevando l'esistenza di un «fenomeno che ancor oggi si subisce come inesorabile e, anzi, da vari fattori sembra che lo si voglia esasperare: un'enorme produzione originaria di procedimenti penali, che non può non determinare l'effetto di trascinare sino alla Suprema Corte un altrettanto enorme, fuori misura, quantità di casi. Questo è il primo problema da affrontare se si vogliono costruire soluzioni non distorsive del siste-

---

<sup>37</sup> V. ancora MAZZA, *La Corte assediata*, cit., 3.

ma»<sup>38</sup>.

In altre parole, l'attuale malfunzionamento della Corte di cassazione, null'altro pare essere se non la conseguenza inevitabile di un male posto alle radici del procedimento penale, che impronta di sé l'intera sequela successiva, sino appunto al giudizio di cassazione: la trascuratezza in cui versa il problema del numero di notizie di reato a fronte della capacità di gestire le medesime da parte di un sistema basato sull'obbligatorietà dell'azione penale.

Quale che sia il metodo che si sceglierà per intervenire sul problema della mole di ricorsi di cui la Cassazione è chiamata ad occuparsi, deve essere chiaro che non solo *non è pensabile* intervenire a ridurre i casi di controllo della Corte sulla motivazione della sentenza impugnata, come è accaduto per quindici anni sotto la vigenza dell'art. 606, co. 1, lett. e), *ante* riforma operata con la Legge Pecorella<sup>39</sup>, ma vanno, al contrario, restaurati gli spazi di controllo sulla motivazione cancellati da orientamenti restrittivi ben noti, come quello in materia di processo di prevenzione.

È stato detto con rara chiarezza: «la legale valutazione della prova è imposta dallo schema normativamente stabilito di una motivazione che per dirsi *giusta* va plasmata alla luce dei criteri di completezza e specificità di cui agli artt. 192, co. 1, e 546, co. 1, lett. e), c.p.p., a mente dei quali il Giudice deve dar conto, con argomentazioni che allo stesso tempo risultino convincenti e convincenti, degli elementi acquisiti e dei criteri adottati, valutando altresì con il medesimo rigore tanto gli elementi a sostegno dell'ipotesi accusatoria che quelli di favore offerti dalla difesa. Se così è, e non può dubitarsene, intanto il sindacato di legittimità sulla correttezza del procedimento probatorio si risolve in uno strumento utile alla bisogna in quanto... si concreti nel controllo logico e giuridico della struttura della motivazione»<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> DOMINIONI, *La Corte assediata*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 1385.

<sup>39</sup> E in proposito rileva giustamente DOMINICI, *...per colpa di qualcuno non si fa credito a nessuno (a proposito della c.d. Carta di Napoli)*, in questa *Rivista* online: «pur insistendo nell'accanimento sul vizio di motivazione e sul ragionamento probatorio (o meglio *giustificativo*), non può continuare a negarsi l'evidenza, e cioè che la "valanga dei ricorsi in fatto" non è certo fenomeno emerso a seguito della cosiddetta "legge Pecorella" (peraltro ritenuta responsabile di quell'*accesso agli atti* che piuttosto contraddittoriamente la Carta di Napoli – § 1.3. – intende regolamentare onde consentire "alla Corte (di) operare il raffronto, nei limiti consentiti dall'art. 606 c.p.p., tra motivazione e atti del processo"): in termini assoluti, i ricorsi erano stati 48.286 nel 2005 (vigente la formulazione dell'art. 606, 1° co., lett. e, che i promotori della "Carta" rimpiangono e propongono di reintrodurre), 48.103 nel 2006 (a "Legge Pecorella" non ancora *metabolizzata*), e 43.732 nel 2007, con la nuova disciplina ormai a pieno regime. Dal che potrebbe sbrigativamente concludersi che l'onere di specifica indicazione degli atti dai quali emerge(rebbe) il vizio di motivazione abbia prodotto una diminuzione dei ricorsi superiore al 10% del totale».

<sup>40</sup> Così A. GAITO, *Riformiamo le impugnazioni penali senza rinunciare al giusto processo*, in questa *Rivista*, 2012, 451 ss.

Sembra, insomma, francamente inconcepibile che possa ridursi l'area del controllo sulla motivazione, per il fatto stesso che l'obbligo di motivazione esiste e che la legge prescrive come la motivazione debba essere fatta<sup>41</sup>.

Altrettanto chiaramente va detto che la opposta tendenza della Corte ad approfondire i termini del suo controllo e ad inseguire il merito, per indagare sulla "giustizia" della decisione o rivedere il convincimento espresso dal giudice del merito in assenza della prova ritenuta nulla o inutilizzabile, non corrisponde e non può corrispondere alla funzione della Cassazione di giudice di legittimità, né ai poteri suoi propri.

La Cassazione non deve diventare il luogo di un terzo grado di giudizio sul merito, per di più effettuato su materiale meramente cartolare, come a voler raddoppiare le censure opponibili avverso un giudizio d'appello che, nella sua odierna configurazione, appare giustappunto esso pure come un giudizio sostanzialmente cartolare che si sovrappone a quello di prime cure, senza essersi giovato né dell'oralità, né dell'immediatezza che dovrebbero contraddistinguere il giusto processo<sup>42</sup>.

La Corte deve rimanere a svolgere e con pienezza le funzioni sue proprie, di garante della corrispondenza tra motivazione e processo – dell'effettività, insomma, dell'obbligo di motivare – e di garante della legalità del procedere.

---

<sup>41</sup> Sul punto v. pure FURFARO, *Tormentoni e tormenti: la "Carta di Napoli" e il vizio di motivazione*, in questa *Rivista* online.

<sup>42</sup> Per questi rilievi, v. incisivamente A. GAITO, *Riformiamo le impugnazioni penali*, cit., 3 e ss.