

## In tema di trasmigrazione probatoria tra procedimenti diversi

Raffaele De Matteo

Un discorso sulla trasmigrazione probatoria tra procedimenti diversi - cioè sulla possibilità che del materiale probatorio formato in un determinato procedimento trasmigri in un altro diverso procedimento, dove contribuirà alla formazione del convincimento giudiziale e, quindi, della deliberazione finale - non può prescindere dalla considerazione di quei principi, quali l'oralità, l'immediatezza e il contraddittorio nella formazione della prova, che il legislatore ha posto a base del nostro sistema processuale, segnando così il passaggio da un sistema marcatamente inquisitorio ad uno tendenzialmente accusatorio. Ed è proprio nella considerazione di tali principi, infatti, che il legislatore ha cercato di disegnare una disciplina della circolazione probatoria tra diversi procedimenti che fosse il più possibile aderente ad essi. Però è chiaro che una loro lesione non può dirsi a priori evitata, ove si ammetta che elementi probatori raccolti nell'ambito di un determinato contesto processuale possano utilizzarsi in un altro e diverso contesto, nei confronti di imputati diversi da quelli posti, nel procedimento *a quo*, nella condizione di poter partecipare attivamente alla formazione della prova che nei loro confronti verrà utilizzata, e di fronte ad un giudice diverso ed estraneo a quella stessa prova. Si pensi alla oralità e alla immediatezza. Il principio di oralità, espressione tipica del sistema accusatorio, vuole che il convincimento del giudice si basi esclusivamente su quanto da lui percepito dalla "viva voce" dei soggetti processuali: la prova, cioè, deve formarsi oralmente dinnanzi a lui. Naturalmente, ciò non significa che ogni attività debba essere svolta oralmente, ma solo che quanto forma il quadro gnoseologico sul quale si formerà il convincimento del giudice debba, in linea di massima, formarsi dinnanzi a lui<sup>1</sup>. Il principio di immediatezza poi, strettamente collegato a quello di oralità, tende ad assicurare un rapporto diretto tra giudice e soggetti della prova. Ebbene, è facilmente intuibile che, se tali principi venissero accolti nella loro accezione più forte o se rivestissero una valenza costituzionale, qualunque forma di circolazione probatoria tra procedimenti diversi sarebbe inammissibile<sup>2</sup>. Significative, proprio con riguardo ai rapporti tra oralità e immediatezza, le parole di Cordero: *"Se il dibattimento si riducesse di fatto ad una discussione sul conto di prove già formate, che il giudice conosce attraverso verbali, l'inconveniente sarebbe serio perché finirebbe sacrificata l'immediatezza senza la quale l'oralità diven-*

---

<sup>1</sup> In linea di massima, in quanto, com'è noto, il sistema prevede delle eccezioni a questo principio, quali, per esempio, la possibilità di far confluire nel dibattimento gli atti compiuti in sede di incidente probatorio.

<sup>2</sup> N. Rombi, *La circolazione delle prove penali*, Padova, 2003, pag. 19.

*ta larva di se stessa. L'unità di tempo e d'azione è canone della tragedia che vale anche per il processo*<sup>3</sup>. Veniamo al principio del contraddittorio nella formazione della prova. Tale principio, come è noto, è stato costituzionalizzato dal comma 4 dell'art. 111 Cost., il quale, recependo quei valori che la normativa sovranazionale pone a fondamento del c.d. "giusto processo", afferma espressamente che "il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova". La forza del contraddittorio non sta nell'idea che le parti collaborino ad un comune fine di ricerca della verità, ma si fonda sul presupposto che la verità si manifesti nel conflitto delle opposte prospettive che emergeranno dalla dinamica processuale realizzata dalle parti in sede di formazione della prova: dunque, il contraddittorio come metodo di conoscenza, che muove dal presupposto per cui solo il confronto delle varie rappresentazioni può portare ad una effettiva conoscenza<sup>4</sup>. Orbene, anche con riguardo a tale principio appare evidente come la possibilità di portare a fondamento di una decisione prove formatesi in un procedimento diverso possa con esso porsi in contrasto, proprio perché viene a mancare quella dinamica processuale su cui la formazione della prova deve fondarsi.

Il compito di attuare un bilanciamento tra l'esigenza di non disperdere elementi probatori, che è alla base del fenomeno trasmissivo, e quella di tener comunque salvi i principi suddetti, è stato assegnato dal legislatore all'art. 238 c.p.p., rubricato "Verballi di prove di altri procedimenti", ove vengono disciplinate modalità e limiti cui è sottoposto il trasferimento probatorio da una sede processuale ad un'altra. La formulazione originaria dell'articolo è stata oggetto di ripetuti interventi normativi, l'ultimo dei quali, operato dalla L. 63/2001, è dipeso proprio dalla avvenuta costituzionalizzazione del principio del contraddittorio nella formazione della prova e dal recepimento, insito nella nuova normativa costituzionale, dei principi fondanti il c.d. "giusto processo". La L. 63/2001 non ha modificato tutto l'art. 238 c.p.p., ma solo alcuni suoi commi, ponendosi nel solco dell'intervento operato dalla L. 267/1997, ma rafforzandone le garanzie ivi previste<sup>5</sup>.

Il comma 1 dell'articolo in esame, rimasto invariato, continua ad ammettere "... l'acquisizione di verbali di prove di altro procedimento penale se si tratta

---

<sup>3</sup> F. Cordero, *Diatribe sul processo accusatorio*, in *Ideologie del processo penale*, Torino, 1966, pag. 205.

<sup>4</sup> N. Rombi, *La circolazione*, cit., pag. 16.

<sup>5</sup> Prima ancora sull'art. 238 c.p.p. era intervenuto, ma in un'ottica non garantista, giustificata da una situazione di emergenza per la giustizia italiana, il d.l. 306/1992, convertito dalla L. 356/1992.

di prove assunte nell'incidente probatorio o nel dibattimento". Evidentemente, il riferimento della disposizione ai verbali di prove assunte nell'incidente probatorio o nel dibattimento ha come obiettivo, nell'intenzione del legislatore, di salvaguardare il contraddittorio, sul presupposto che le garanzie fornite dalla formazione dialettica della prova e dalla presenza di un giudice potessero tutelare quel principio. Ma si tratta probabilmente di una visione troppo ottimistica, poiché quelle garanzie si realizzano in un contesto processuale diverso da quello in cui la prova verrà utilizzata: "*un contraddittorio reale... presupporrebbe l'identità di atti processuali e di imputazioni poiché è sulla base di questi che vengono formulate le domande ed eventualmente mosse le contestazioni*"<sup>6</sup>.

Una importante novità introdotta dalla L. 63/2001 nel testo dell'art. 288 c.p.p. la troviamo invece nel comma *2bis*, ove è disposto che "nei casi previsti dai commi 1 e 2 i verbali di dichiarazioni possono essere utilizzati contro l'imputato soltanto se il suo difensore ha partecipato all'assunzione della prova o se nei suoi confronti fa stato la sentenza civile". La novità è nell'aver richiesto la partecipazione del difensore nei soli casi in cui si tratti di dichiarazioni che, nel procedimento *ad quem*, verranno utilizzate *contro* l'imputato e non più *nei suoi confronti*, come prevedeva la precedente disciplina. Tale modifica induce a ritenere che le prove dichiarative di cui trattasi debbano essere assistite dalla garanzia della presenza del difensore del soggetto nei cui confronti saranno utilizzate solo quando servono, nel procedimento *ad quem*, per provare la colpevolezza dell'imputato. Quando invece si tratti di prove dichiarative *pro reo*, la loro utilizzabilità nel procedimento c.d. ricevente sarebbe comunque ammessa, anche ove fosse mancata la presenza del difensore. Però questa interpretazione, condivisa dai più<sup>7</sup>, valorizza il contraddittorio solo nella sua dimensione soggettiva e mal si confà, come pure si è osservato<sup>8</sup>, ad un'idea di contraddittorio come metodo infungibile di conoscenza, di ricostruzione dei fatti.

La possibilità che del materiale probatorio trasmigri da un procedimento ad un altro non è limitata esclusivamente ai procedimenti rientranti nell'ambito della giurisdizione penale, ma è estesa dal legislatore anche a giurisdizioni diverse, *in primis* quella civile: tra un processo civile e un processo penale, in-

<sup>6</sup> G. Lozzi, *I principio dell'oralità e del contraddittorio nel processo penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1997, 03, 687.

<sup>7</sup> In questo senso R. Cantone, *La circolazione probatoria tra procedimenti. Le modifiche introdotte dalla L. 63/01*, in *Cass. Pen. 2002*, pag. 2561; F. Cardella, *La circolazione probatoria extraprocessuale*, in *Critica penale 2002*, 2, 145.

<sup>8</sup> N. Rombi, *La circolazione*, cit., pag. 82.

fatti, può risultare un qualche collegamento che la legge ritiene idoneo a giustificare dei passaggi di materiale probatorio dall'uno all'altro. La norma *ad hoc* predisposta dal legislatore è ancora contenuta nello stesso art. 238 c.p.p., cui è stata affidata la disciplina della circolazione probatoria tra procedimenti penali. Il comma 2, infatti, ammette "l'acquisizione di verbali di prove assunte in un giudizio civile definito con sentenza che abbia acquistato autorità di cosa giudicata". Dalla lettera della norma si ricava, quindi, che la possibilità di ammettere nel giudizio penale verbali di prove assunte nel giudizio civile è subordinata al passaggio in giudicato della sentenza che ha concluso il procedimento *a quo*, escludendosi, così, ogni tipo di interferenza fino a quando i due processi siano contestualmente pendenti. Però, ove si tratti di prove dichiarative, il passaggio in giudicato della sentenza civile, non è la sola condizione richiesta, in quanto il comma 2 *bis* condiziona l'utilizzazione *contra reum* dei verbali di dichiarazioni alla partecipazione del difensore all'assunzione della prova o, alternativamente, alla circostanza che la sentenza civile faccia stato nei confronti dell'imputato. Il "far stato" richiesto dalla norma rimanda alla definizione che di tale concetto dà la disciplina civilistica, in particolare l'art. 2909 c.c., secondo il quale "l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato ad ogni effetto tra le parti, i loro eredi e aventi causa". Ebbene, anche la previsione in esame non appare del tutto rispondente ad un sistema che vuole siano i soggetti processuali a interagire dialetticamente, contribuendo alla formazione degli elementi su cui deve fondarsi il convincimento giudiziale. Il pretendere che si tratti di sentenza che faccia stato nei confronti dell'imputato non offre sempre e comunque una garanzia, in quanto non è detto che ciò equivalga a permettere all'imputato stesso di partecipare alla formazione della prova destinata a confluire nel procedimento a suo carico: è chiaro, infatti, che l'imputato, qualora fosse erede o avente causa di una persona che è stata parte del giudizio civile, dovrà subire le risultanze di una prova alla cui formazione non ha partecipato<sup>9</sup>. In ogni caso poi, non può trascurarsi un aspetto fondamentale: i procedimenti in questione (penale e civile) interessati dai fenomeni migratori di cui qui si parla sono caratterizzati da notevoli differenze, che possono "tradursi nella immis-sione di elementi conoscitivi 'qualitativamente' differenti da quelli interni, in

---

<sup>9</sup> Sul punto vedi A. Scella, *Tutela del contraddittorio e utilizzazione di prove formate in altri procedimenti*, in R. E. Kostoris (a cura di), *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, Torino, 2002, pag. 101.

*quanto non necessariamente formati secondo il metodo dialettico*<sup>10</sup> e che possono comportare difficoltà e tensioni all'atto dell'acquisizione e valutazione del materiale probatorio. Per quanto riguarda l'aspetto acquisitivo, si pensi, ad esempio, alla testimonianza. Non si può non notare qui la diversità tra sistema penale e sistema civile: diversi i soggetti dichiaranti, diverso il regime delle compatibilità (con la conseguenza che testimoni ammessi in un giudizio potrebbero non esserlo in un altro), e poi casi di inutilizzabilità previsti per il rito penale (ad es., art. 63, art. 195 c.p.p.) non esistenti in quello civile. Disomogeneità, però, che sono equilibrate dal diritto delle parti di ottenere l'esame delle persone le cui dichiarazioni sono state acquisite. Quanto poi al profilo della valutazione dei verbali di prove acquisiti ex art. 238 c.p.p., anche qui i problemi possono insorgere perché mentre nel sistema civile al principio della libera valutazione delle prove si affianca la previsione di una serie di prove legali, il sistema penale è per lo più improntato al principio del libero convincimento. In ogni caso, però, le regole di valutazione utilizzabili per i verbali di prove civili saranno quelle del sistema penale. Come si è osservato, *“un conto è ... acquisire materiale probatorio aliunde formato, altro è ‘importare’ anche il criterio di valutazione dello stesso”*<sup>11</sup>.

Dall'analisi fin qui svolta in queste brevi note, che non hanno evidentemente alcuna pretesa di completezza nello studio della circolazione probatoria tra procedimenti diversi, emerge sicuramente lo sforzo compiuto dal legislatore nel tentativo di adeguare la procedura di acquisizione di verbali di prova di altri procedimenti ai postulati essenziali del sistema accusatorio. Così, si è voluto corredare la disciplina di cui all'art. 238 c.p.p., che è la norma fondamentale in materia, di elementi che in qualche modo fossero in grado di armonizzarla con quei postulati, e segnatamente con il principio del contraddittorio nella formazione della prova attesa la sua attuale valenza costituzionale, prevedendosi ad esempio - come si è visto - che si tratti di prove assunte in contesti garantiti, cioè nell'incidente probatorio o nel dibattimento, o ancora prevedendosi delle preclusioni all'utilizzo nei casi in cui fosse mancata la presenza del difensore dell'imputato contro il quale vuole utilizzarsi quella prova (nella specie dichiarativa). E però da un dato innegabile non sembra possa prescindere: lo si voglia o no, il prediligere le ragioni di economia processuale, quali quelle sottese al fenomeno trasmissivo, piuttosto che la salvaguardia dei valori fondanti dell'ordinamento processuale non può non provocare

<sup>10</sup> N. Rombi, *La circolazione*, cit., pag. 155.

<sup>11</sup> G. L. Fanuli, *Prove civili nel giudizio penale*, in *Archivio della nuova procedura penale*, 2008, 3, pag. 254.

ARCHIVIO PENALE 2011, n. 3

una frattura nel sistema, così come, d'altra parte il prediligere completamente questi ultimi a discapito di ogni forma di recupero probatorio non potrebbe non appesantire ancor di più il funzionamento di un sistema già di per sé poco fluido.