

QUESTIONI APERTE

Inutilizzabilità prove a favore

La decisione

Principio di effettività - Principio di tassatività - Invalidità - Inutilizzabilità funzionale - Inutilizzabilità in *malam* e in *bonam partem* - Contraddittorio - Prova a favore dell'imputato (CEDU, art. 6; Cost., artt. 27, 111; C.p.p. artt. 187, 190, 191).

Le norme processuali relative all'utilizzabilità (oltre che all'ammissibilità) degli elementi di prova hanno l'obiettivo, anche in ragione del principio di effettività, di evitare non solo che elementi di prova raccolti in modo illegittimo (o illecito) possano pregiudicare la posizione dell'imputato, ma anche di escludere che l'ammissibilità di informazioni provenienti da altre fasi del procedimento possa comportare una lesione del principio del contraddittorio e, dunque, dell'equo processo. Non ricade tra gli obiettivi ora citati l'estromissione di elementi di prova che, al contrario, siano favorevoli all'imputato, non contrastando - questi ultimi - con il principio del contraddittorio, parte integrante del giusto processo.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE TERZA, 1° aprile 2022, DI NICOLA - Presidente - Giordano, P.M.

Disorientamenti applicativi in tema di inutilizzabilità e tutela sostanziale del contraddittorio

La Corte di cassazione con un *obiter dictum* ha affermato che è sempre possibile l'utilizzabilità in *bonam partem* data la tutela che l'ordinamento offre ai diritti fondamentali, tra cui la presunzione di innocenza fino a sentenza definitiva. Dunque, la prova dell'innocenza o della minore responsabilità dell'imputato deve poter essere sempre accertata e non deve - per poter essere considerata dall'organo decidente - necessariamente essere conforme al modello legislativo, non potendo, quindi, essere dichiarata inutilizzabile.

Application disorientations in the area of unusability and substantive adversarial protection

The Court of Cassation in an obiter dictum affirmed that expendability in bonam partem is always possible given the protection that the legal system provides for fundamental rights, including the presumption of innocence until final judgment. Therefore, evidence of the defendant's innocence or diminished responsibility must always be possible to establish and does not have to - in order to be considered by the deciding body - necessarily conform to the legislative model, thus not being able to be declared unusable.

SOMMARIO: 1. La sentenza - 2. Brevi osservazioni sull'inutilizzabilità - 3. La *ratio* dell'inutilizzabilità - 4. Ultime considerazioni e riscontri - 5. Conclusioni.

1. *La sentenza.* La pronuncia della Cassazione¹ è interessante più che per la vicenda in sé per l'*obiter* di cui si è dato conto.

Il fatto analizzato concerne un'imputazione per una violenza sessuale (in concorso) aggravata dalla violenza, minaccia e dall'abuso di condizioni di inferiorità psichica della vittima (minorenne).

Tralasciando quanto accaduto nei gradi di merito e quanto, più nello specifico ha considerato inammissibile la Suprema Corte, dati i diversi motivi di ricorso presentati, è importante soffermarsi sulla motivazione relativa al primo motivo di ricorso proposto. Pur non essendo rilevante il mezzo di ricerca della prova in sé e la relativa modifica normativa, oltre che l'interpretazione data dalla stessa Corte nella sentenza in commento, è necessario comprendere quanto sia stato scritto circa l'utilizzabilità o meno dell'elemento di prova².

Infatti, la Cassazione in tema di inutilizzabilità ha, innanzitutto, ricordato – coerentemente con quanto richiamato dall'oggetto del processo e dal motivo di ricorso – tre dati rilevanti: il primo, ricollegando l'istituto al principio di tassatività, dominante in tema di invalidità; il secondo richiamando l'art. 187 c. 2 c.p.p., nel quale si legge che oggetto della prova sono anche i fatti da cui dipende l'applicazione delle norme processuali penali; il terzo relativo all'onere della prova, che è a carico di chi invoca in giudizio l'inutilizzabilità – in coerenza anche con la specificità delle impugnazioni ex art. 581 c.p.p.

Dopo aver analizzato la compatibilità della normativa interna con gli approdi europei in tema di "*data retention*", la Suprema Corte riprendendo il concetto di inutilizzabilità ha chiarito che le norme concernenti l'ammissibilità e l'utilizzazione – sorrette dal principio di effettività – hanno lo scopo di esclu-

¹ Cass., Sez. III, 1 aprile 2022, n. 11993, non massimata.

² Per approfondire le questioni relative ai tabulati telefonici, alla recente modifica normativa e alle istanze europee, DINACCI, *L'acquisizione dei tabulati telefonici tra anamnesi, diagnosi e terapia: luci europee e ombre legislative*, in *Proc. pen. e giust.*, 2022, 2, *passim*; TAVASSI, *Acquisizione di tabulati, tutela della privacy e rispetto del principio di proporzionalità*, in questa *Rivista (web)*, 2022, 1, *passim*; CIPRANDI, *La Cassazione si pronuncia sull'utilizzabilità nei processi pendenti delle "acquisizioni telefoniche e telematiche" precedenti all'entrata in vigore dell'art. 1 D.L. 132/2021*, in *Sist. pen. (web)*, 22 febbraio 2022; FILIPPI, *La nuova disciplina dei tabulati: il commento "a caldo" del Prof. Filippi*, in *Dir. pen. e proc.*, 1 ottobre 2021; RINALDINI, *La nuova disciplina del regime di acquisizione dei tabulati telefonici e telematici: scenari e prospettive*, in *Giurisp. pen. (web)*, 2021, 10, *passim*; BUFFA, *"Data retention" e diritto transitorio: un possibile punto fermo giurisprudenziale*, in www.questionegiustizia.it, 4 luglio 2022; DEREVIŽIS, *Le intercettazioni telefoniche alla luce della normativa e della giurisprudenza più recente*, in www.iusinitinere.it, 14 marzo 2022.

dere che elementi di prova ottenuti in maniera illegittima possano produrre conseguenze negative in capo all'imputato.

Evitare questo pregiudizio è possibile proprio grazie all'esistenza del divieto di utilizzare i predetti elementi di prova (o informazioni) e, dunque, all'esistenza di norme che disciplinino la valutazione degli stessi, imponendo ai giudici di tenere conto del carattere illegittimo, anche in sede di determinazione della pena.

Inoltre, la Corte ha esplicitato che a dover essere escluse dal compendio probatorio utilizzato ai fini della decisione debbano essere anche quelle stesse informazioni (o elementi di prova) sottratte al principio del contraddittorio e, quindi, acquisite in violazione del diritto a un equo processo.

Ancora, in un passaggio, la Corte ha sottolineato che i tabulati telefonici, di cui la sentenza tratta, sono sempre utilizzabili – anche se acquisiti prima delle modifiche apportate, eventualmente altresì in violazione della Direttiva relativa – quando a favore dell'imputato, senza che questo violi alcuna delle norme che disciplinano la valutazione e la ponderazione degli elementi di prova. Le limitazioni all'utilizzabilità sorgerebbero, allora, solo nel caso in cui le informazioni (o gli elementi di prova) e – nel caso di specie, i tabulati telefonici – non fossero a favore dell'imputato.

2. Brevi osservazioni sull'inutilizzabilità. L'inutilizzabilità è una ipotesi di invalidità codificata dal legislatore³, nel codice di rito, nell'art. 191 c.p.p.⁴; come le nullità e l'ammissibilità, anche l'inutilizzabilità è sottoposta al principio di tassatività – di cui all'art. 177 c.p.p. – per cui tutte le violazioni che non comportano espressamente la sanzione dell'invalidità di cui si tratta, non possono essere analogicamente sottoposte al regime dell'inutilizzabilità⁵.

Sul tema, in realtà, vi è anche un'opinione più moderata.

³ Per approfondire la nascita e l'evoluzione storica dell'invalidità in questione, che ha superato l'attrazione nel regime delle nullità, SCILLA, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, Torino, 2000, *passim*. Inoltre, GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova del processo penale*, Padova, 1992, *passim*.

⁴ Tra tutti, sull'inutilizzabilità nel processo penale, DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008, *passim*; sul concetto di prova e sul regime di utilizzazione, NOBILI, *Concetto di prova e regime di utilizzazione degli atti nel nuovo codice di procedura penale*, in *Foro it.*, 112, V, *passim*.

⁵ TONINI, CONTI, *Manuale breve di diritto processuale penale*, Milano, 2022, 143; sulla relazione tra inutilizzabilità e nullità, sulle differenze e nel rapporto tra le due tipologie di invalidità con il principio di tassatività, GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova del processo penale*, cit., 46 ss.

Parte della dottrina, infatti, non ritiene l'inutilizzabilità sottoposta al principio di tassatività, in ragione della mancanza di un riferimento preciso al suddetto principio nelle norme che disciplinano l'invalidità. Tale carenza, secondo questo orientamento, non sarebbe una scelta esplicativa della volontà legislativa di non sottoporre l'inutilizzabilità alla tassatività, ma dipenderebbe "semplicemente" dalla difficoltà di individuare e selezionare preventivamente i casi di inutilizzabilità in numero determinato, tanto da poter – poi – escluderne l'applicazione analogica. La dottrina, perciò, alla luce delle diverse differenze con il regime di tassatività applicato alle nullità, ritiene che per l'inutilizzabilità si debba parlare di una tassatività fondata sulla tipicità dei procedimenti probatori. Ciò comporta che la ricerca di eventuali casi di inutilizzabilità deve esser effettuata volgendo lo sguardo non al dato letterale che – nella singola norma – commina l'invalidità, bensì all'obiettivo che l'acquisizione della prova vuole raggiungere: l'eventuale violazione di un bene giuridico comporta l'inutilizzabilità della prova⁶. Dunque, una eventuale "ultrattività" potrebbe essere ammessa anche nei confronti di una fattispecie diversa (da quella che formalmente la prevede) che rimarrebbe priva del divieto – non contemplando, in sé, la regola di esclusione – pur tutelando un interesse giuridico rilevante – cui il legislatore ha conferito importanza comminando l'invalidità in altra norma⁷.

Questa "peculiarità funzionale" dell'inutilizzabilità è stata recentemente sottolineata anche dalla Corte costituzionale che ha ribadito, appunto, la particolarità dell'invalidità in relazione ai divieti probatori che derivano proprio dai valori che la stessa sanzione vuole tutelare. È per questo che, nel codice, sono presenti differenti regole di esclusione cui corrispondono diversi livelli di tutela dei beni giuridici che quelle regole vogliono garantire⁸.

Volendo meglio specificare il funzionamento processuale dell'inutilizzabilità, si devono approfondire alcune caratteristiche peculiari.

Intanto, è rilevante soffermarsi sulla lettura da dare a questa invalidità che è duplice; infatti, essa può essere descritta come due facce della stessa medaglia:

⁶ A.A. V.V., *Commento all'art. 191 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, Gaito (a cura di), in *www.onelegale.it*. Sul tema, anche GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova del processo penale*, cit., 159 ss.; TONINI, *Il valore probatorio dei documenti contenenti dichiarazioni scritte*, in *Cass. pen.*, 1990, 2217.

⁷ GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova del processo penale*, cit., 165.

⁸ Corte cost., 3 ottobre 2019, n. 219; GALANTINI, *Alla ricerca della inutilizzabilità derivata*, in *Sist. pen.*, 2021, 3, 154.

indica tanto il vizio che affligge l'atto quanto il regime giuridico cui lo stesso atto viziato è sottoposto⁹. Poi, rapidamente, occorre dire che essa si riversa sugli atti aventi valenza probatoria – impedendo che gli stessi realizzino il loro scopo principale – negando all'autorità giudiziaria di considerare quegli atti al fine di emettere la propria decisione¹⁰.

Per comprendere il meccanismo dell'istituto, dottrina e giurisprudenza hanno operato alcune classificazioni giuridiche, pur dovendo rilevare che l'inutilizzabilità è un concetto unitario¹¹. Essa può essere, in primo luogo, sia assoluta sia relativa: è assoluta quanto l'organo decidente non può considerare per l'emissione della decisione – nei confronti di nessuno – l'atto viziato; è relativa quando è la legge a individuare i soggetti nei cui confronti l'atto può essere utilizzato.

In secondo luogo, può essere considerata generale o speciale: è generale quando si riferisce a delle categorie di inosservanze indicate solo nel genere; è speciale quando il codice esplicitamente commina la sanzione in caso di violazione di una delle condizioni scelte per poter acquisire validamente la prova.

In terzo luogo – distinzione più importante ai fini della comprensione della sentenza in questione, in relazione al suo *obiter* – può essere patologica o fisiologica: è patologica quando il vizio sorge a seguito di altri vizi prodotti nel procedimento probatorio; è fisiologica quando è l'effetto diretto dell'applicazione del principio di separazione delle fasi nel procedimento¹². Dunque, esistono prove che nascono inutilizzabili e prove che, al contrario, sarebbero legittime e, quindi, sono utilizzate in alcuni momenti del procedimento, ma che per il momento di acquisizione non possono essere utilizzate dal giudice per la decisione finale.

Un breve accenno all'inutilizzabilità patologica. Essa è disciplinata nell'art. 191 c.p.p.: questa è immanente nella prova e, perciò, l'utilizzazione della stessa è vietata in modo categorico, a prescindere da quale sia la fase del proce-

⁹ TONINI, CONTI, *Manuale breve di diritto processuale penale*, cit., 143. In dottrina, a rilevare il rapporto tra concetto di utilizzabilità e il vizio dell'inutilizzabilità, GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova del processo penale*, cit., 4.

¹⁰ VARRASO, *Gli atti*, in A.A. V.V., *Procedura penale*, Gaito (a cura di), Torino, 2022, VII, 236.

¹¹ GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova del processo penale*, cit., 20.

¹² Sulla distinzione tra le due tipologie, tra gli altri, AMODIO, *Fascicolo processuale e utilizzabilità degli atti*, in A.A. V.V., *Lezioni sul nuovo processo penale*, 1989, 172 s.; SIRACUSANO, *Diritto di difesa e formazione della prova nella fase dibattimentale*, in *Cass. pen.*, 1989, 1591.

dimento in cui è acquisita¹³. Il legislatore ha voluto individuare una specifica invalidità sia per le prove oggettivamente vietate (ad esempio, le prove atipiche), sia per i casi di acquisizione di prove avvenuta in violazione di norme processuali penali. Le violazioni possono avere a oggetto sia divieti relativi all'*an*, ossia all'esercizio di un potere istruttorio non concesso da legge sia divieti relativi al *quomodo*, quando sono violate norme circa la modalità di assunzione della specifica prova¹⁴. L'inutilizzabilità, perciò – come si legge anche dalla rubrica del predetto articolo – colpisce tutte le ipotesi di prove illegittimamente acquisite, cioè, appunto, acquisite in violazione di alcune prescrizioni¹⁵.

In realtà, la norma è stata interpretata estensivamente, considerando inutilizzabili anche le prove illecitamente acquisite, ossia quelle prove acquisite in violazione di una norma di diritto penale sostanziale¹⁶.

Nel comma 2 *bis* dell'art. 191 c.p.p. è, poi, individuata l'inutilizzabilità – questa volta relativa – delle dichiarazioni o informazioni ottenute a seguito di tortura. Infatti, queste sono utilizzabili solo nei procedimenti a carico dei soggetti che hanno operato la tortura e non nei confronti di coloro che l'hanno subita. Proseguendo, più approfonditamente, con l'inutilizzabilità fisiologica – operante tra le diverse fasi del procedimento – essa può essere definita come il

¹³ Per specificare e concludere sul punto, l'inutilizzabilità patologica è rilevabile d'ufficio e non è un'invalidità sanabile; tanto che qualora una prova sia affetta da questa tipologia di invalidità, non è mai possibile che il vizio venga superato per accordo tra le parti – neanche qualora ci si trovasse di fronte alla scelta di riti speciali che comportano una rinuncia al dibattimento. In giurisprudenza, Cass., Sez. un., 21 giugno 2000, Tammaro, in *Mass. Uff.*, n. 216246; Id., Sez. III, 25 maggio 2007, Panozzo, in *Mass. Uff.*, n. 237412.

¹⁴ Un esempio del primo tipo è l'art. 234 c. 3 c.p.p. nella parte in cui il sancisce l'inutilizzabilità dei documenti che riguardano voci correnti sui fatti oggetto del processo che lo stesso giudice sta svolgendo, qualora il giudice dovesse acquisirli; il secondo tipo si riferisce all'inutilizzabilità speciale e, come esempio, può essere citato l'art. 391 *bis* c. 6 c.p.p.

¹⁵ Tra tutti, sull'inutilizzabilità (in particolare sull'inutilizzabilità patologica), GALANTINI, *Inutilizzabilità della prova e diritto vivente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1, *passim*.

¹⁶ Volendo specificare meglio, esemplificando, un'ipotesi di inutilizzabilità relativa alle modalità di acquisizione, ma che non può essere considerata speciale, è quella dell'art. 188 c.p.p. che ricorre quando vengono utilizzati metodi o tecniche in grado di influire sulla libertà di autodeterminazione o di alterare la capacità di ricordare o valutare i fatti.

Sulla prova illecita, tra gli altri, DELLA TORRE, *Ritratto di un'archiviazione come atto di (cripto) accusa*, in *Arch. pen.*, 2021, 2, *passim*. Nella dottrina maggioritaria, CORDERO, *Prove illecite*, in *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, *passim*; GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova del processo penale*, cit., 202 ss.

«sistema e [il] modo di concepire la prova»¹⁷. Questa invalidità è comminata nei confronti di dati conoscitivi che sono *ab origine* inadatti a divenire fondamento della decisione del giudice dibattimentale, perché l'atto che li contiene è stato compiuto fuori dalla predetta fase¹⁸. In sostanza, il legislatore ha previsto particolari garanzie che, se non rispettate, conferiscono una valenza negativa alla prova, analoga a quella prevista per le prove illegittime¹⁹.

Si deve considerare, più specificamente, che la fisiologica inutilizzabilità di un elemento probatorio è posta a presidio della corretta applicazione del principio del contraddittorio nella formazione della prova; perciò, è volta a evitare che gli atti provenienti dalle indagini preliminari – fase classicamente priva di contraddittorio, salvi i casi di incidente probatorio – possano essere il fondamento della decisione finale e, quindi, la base su cui il giudice costruisce il proprio libero convincimento (art. 526 c.p.p.)²⁰.

L'invalidità – così come descritta – non ha immediatamente trovato riscontro nell'ordinamento italiano, perché inizialmente, prima della riforma costituzionale degli anni 2000, l'ordinamento – oltre alla stessa Corte costituzionale che si è pronunciata sul tema – permetteva l'utilizzo delle dichiarazioni (o più in generale di elementi probatori) acquisiti durante le indagini preliminari – appunto, in assenza di contraddittorio.

Ciò perché il principio prevalente era quello della non dispersione della prova raccolta prima del dibattimento²¹.

¹⁷ GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova del processo penale*, cit., 118. L'autrice parla di inutilizzabilità fisiologica impiegando il termine "imperfezione".

¹⁸ SCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, cit. 151. L'autore sostiene che questi divieti che sono individuati al fine di supportare la separazione funzionale del processo (la divisione in fasi dello stesso) sono identici ai divieti probatori intesi "tradizionalmente". Se mancassero i divieti in questione, sarebbe vanificata la previsione secondo cui la prova deve essere formata in dibattimento – momento caratterizzato dalla particolare garanzia giurisdizionale. In particolare, tra le varie questioni sorte in tema di inutilizzabilità, ha avuto un particolare rilievo quella concernente il rapporto tra l'inutilizzabilità funzionale e, quindi, la relativa esclusione degli elementi probatorio dal fondamento della decisione del giudice e la disciplina di cui all'art. 431 c.p.p. Sul tema, non è sempre stata concorde la dottrina nell'affermare che quest'ultimo articolo individua la disciplina di conoscibilità degli atti nella fase dibattimentale e non la disciplina di ammissibilità che è ben diversa. Sul tema, GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova del processo penale*, cit., 119 ss.

¹⁹ GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova del processo penale*, cit., 8.

²⁰ VARRASO, *Gli atti*, cit., 236 ss.; TONINI, CONTI, *Manuale breve di diritto processuale penale*, cit., 144 s.

²¹ Sul tema si è, appunto, pronunciata la Corte costituzionale con le sentenze n. 254 e 255 del 1992, nel quale si legge proprio dell'ampio spazio da conferire alle prove già acquisite.

Solo successivamente²² la Corte ha scelto di applicare – quantomeno in parte – una sorta di principio del contraddittorio sulla prova piuttosto che per la prova, permettendo l'utilizzazione di dichiarazioni – provenienti da soggetti non presenti in dibattimento – che potevano, comunque, essere oggetto di contestazioni da parte dell'imputato.

Dopo la Riforma costituzionale sopra citata e l'introduzione dell'art. 111 della Costituzione il principio del contraddittorio ha ampliato la sua portata, assumendo a principio cardine del processo penale, potendo essere raramente limitato. Infatti, la regola generale, oggi, vuole che le prove dichiarative precostituite non siano utilizzabili, salvi i casi eccezionali espressamente previsti da legge, non sottoponibili a interpretazione analogica²³. La regola emerge proprio dalla lettura del codice di rito, precisamente dagli artt. 526 e 514 c.p.p., dove si individua il rapporto regola-eccezione: l'art. 526 c.p.p. norma che il giudice non può utilizzare prove ulteriori (o diverse) da quelle acquisite in dibattimento per pronunciare la propria decisione; l'art. 514 c.p.p. stabilisce che non è legittima l'acquisizione di verbali e conseguente lettura degli stessi in dibattimento, salvi i casi espressamente previsti²⁴.

Si deve concludere, quindi, che l'inutilizzabilità è un vizio – autonomamente deducibile perché rilevante a prescindere dalla scelta del giudice di fondare la propria decisione su quella prova – che opera non solo nel momento di acquisizione della prova, ma anche in quello della valutazione della stessa – cioè nell'uso della prova che durante il processo viene effettuato²⁵. Sul tema, in

²² Corte cost., 2 novembre 1998, n. 361.

²³ TONINI, CONTI, *Manuale breve di diritto processuale penale*, cit., 564 ss. Le eccezioni di cui si tratta sono: 1) il consenso dell'imputato; 2) l'impossibilità oggettiva; 3) la provata condotta illecita.

Per fare un esempio di prove dichiarative precostituite, non utilizzabili, piuttosto classico – anticipando un rilievo che verrà proposto successivamente – gli artt. 351 e 362 c.p.p. prevedono che non siano utilizzabili le sommarie informazioni testimoniali assunte da coloro che possono riferire sul fatto.

Sul tema, GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova del processo penale*, cit., 126 ss. A supporto della qualificazione dell'inutilizzabilità fisiologica e dell'esistenza di divieti imposti dal legislatore che, se violati, comportano l'insorgenza della sanzione, possono essere individuate, in primo luogo, le norme che individuano un regime di utilizzazione solo *endo*-investigativa dell'elemento probatorio (ne sono un esempio, gli artt. 361 c. 1 c.p.p. oltre quelli dei già citati artt. 35 e 362 c.p.p.). In secondo luogo, l'art. 430 del codice di rito che prevede l'attività integrativa del P.M., a seguito dell'emissione del decreto che dispone il giudizio, limitando l'utilizzazione di quanto acquisito al fine di meditare sulle richieste da fare in dibattimento. In terzo luogo, il riferimento inevitabile è alla disciplina delle letture, che appaiono, già a un primo sguardo, una eccezione al normale svolgimento dibattimentale.

²⁴ Tra gli altri, SCILLA, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, cit., 136.

²⁵ Analogamente alla inutilizzabilità patologica, neanche quella fisiologica può essere sanata; a differenza dell'inutilizzabilità patologica, però, l'inutilizzabilità fisiologica può essere “rinunciata”. L'imputato

realtà, non solo alla luce della legge del 2006, la Cassazione, *ex art.* 606 lett. c. c.p.p., ha sostenuto di poter procedere all'annullamento di sentenze in cui veniva rilevato questo vizio, solo qualora la prova inutilizzabile avesse concretamente influenzato la motivazione dell'organo decidente²⁶.

3.*La ratio dell'inutilizzabilità.* Per comprendere la portata dell'*obiter* emesso dalla Corte di cassazione, appare necessario soffermarsi più che sulle classificazioni dell'inutilizzabilità – pur essendo fondamentali per capirne il funzionamento – sulla *ratio* della invalidità e sull'interpretazione sistematica della stessa.

La Suprema Corte ha sostenuto, nella sentenza in commento, che possono sempre essere ammesse le prove a favore dell'imputato a prescindere dall'eventuale divieto imposto dalla sanzione dell'inutilizzabilità. In particolare, ha affermato che i tabulati telefonici sono sempre utilizzabili quando a favore dell'imputato e, al contrario, ha ribadito a quale disciplina (a seconda del momento di acquisizione del dato, viste le recenti modifiche sul tema) debbano essere sottoposti per poter essere considerati utilizzabili a sfavore dell'imputato.

In questo senso, appare utile, innanzitutto, comprendere quale sia stato il ragionamento della Corte e secondariamente capire se questa scelta sia isolata o se, proprio alla luce del percorso argomentativo, dovrebbe essere la regola.

Secondo autorevole dottrina l'inutilizzabilità è un limite alla conoscenza giudiziale; è un divieto di acquisizione probatoria, imposto da legge, talmente importante che lo stesso legislatore, come detto, ne ha prescritto la rilevanza in ogni stato e grado e ha escluso di poter introdurre cause di sanatoria. In questo senso, l'inutilizzabilità può essere considerata come un divieto di uso di alcune "esperienze conoscitive", non solo quando diventi necessario in ragione di una patologica acquisizione dell'esperienza (quindi, nei casi in cui a essere violate sono le norme che definiscono quali prove sono utilizzabili a seconda della natura o delle modalità di assunzione), ma anche quando non può essere funzionalmente acquisita l'esperienza, cioè, quando la stessa non è

espressamente rinuncia a questo tipo di invalidità, a riprova dello stesso e valido collegamento con il contraddittorio, quando sceglie dei riti alternativi che prevedono una decisione allo stato degli atti. Tra gli atti vengono comprese anche tutti quegli elementi di prova che non diverranno mai prove (intese in senso tecnico) perché non saranno mai sottoposti al vaglio dibattimentale.

²⁶ Cass., Sez. un., 13 luglio 1998, Citaristi, in *Cass. pen.* 1999, 112.

stata sottoposta e non è sottoponibile al metodo del contraddittorio. Nell'ordinamento interno, infatti, il contraddittorio è considerato l'unico mezzo idoneo all'accertamento del fatto storico, il miglior metodo di ricostruzione del fatto in grado non solo e non tanto di accertare il fatto storico, ma anche e soprattutto di falsificare l'ipotesi accusatoria.

Così ragionando, la conoscenza giudiziale certamente non è senza limiti, anzi è sottoposta – e non potrebbe essere altrimenti – a precisi confini che scaturiscono da altrettanti diritti tutelati dallo stesso ordinamento e che circoscrivono, di conseguenza, il fondamento dello spazio di arbitrio del giudice nella valutazione delle prove²⁷.

Pur permanendo la distinzione tra inutilizzabilità patologica e fisiologica, appare opportuno, in questa sede, soffermarsi sulla seconda.

Partendo dalla considerazione per cui l'inutilizzabilità è un limite alla conoscenza giudiziale e il fine del divieto di utilizzazione è quello di indicare al giudice quali, tra le varie prove assunte, possono essere poste a fondamento della sua decisione, bisogna chiedersi se sia logico escludere l'utilizzazione tanto delle prove a sfavore quanto delle prove a favore in caso di vizio fisiologico²⁸.

Per capirlo, occorre pensare in primo luogo a quanto detto circa l'inutilizzabilità fisiologica: limitare l'ingresso, in dibattimento, di elementi probatori che non sono stati sottoposti al contraddittorio è funzionale alla corretta formazione della prova e, dunque, alla corretta formazione del convincimento del giudice²⁹. Per il legislatore interno – così come per quello europeo – il giusto processo, per dirsi soddisfatto, deve conoscere un adeguato

²⁷ DINACCI, *Il contraddittorio per la prova: anàbasi e catàbasi*, in *Cass. pen.*, 2019, 4, 1716.

²⁸ E la stessa domanda – anche se forse in maniera differente – era già stata posta dalla dottrina quando, poco dopo l'introduzione dell'invalidità in questione, si era resa conto che il valore della prova non poteva più essere considerato come un concetto "aritmetico", ma che sarebbe dovuto diventare, a tutti gli effetti, un concetto relativo, dipendente dal contesto in cui viene acquisita e dall'uso che ne deve essere fatto, dunque, anche a seconda della relazione che ha con le parti processuali. In questo senso è ben possibile, dunque, che un dato elemento conoscitivo possa essere utilizzato secondo in funzione di alcuni scopi e non in funzione di altri, sul tema SCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, cit., 121.

²⁹ Non è un caso che alcune delle questioni più rilevanti in tema di utilizzabilità siano relative a quella che, per definizione, è l'inutilizzabilità fisiologica. Come scrisse NOBILI, *Concetto di prova e regime di utilizzazione degli atti nel nuovo codice di procedura penale*, in *Foro it.*, 1989, 112, V, 276, «il rapporto tra fase preliminare e dibattimento costituisce, esattamente da due secoli, il centro di ogni discorso sui nostri modelli processuali», come citato da SCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, cit., 120.

iter di assunzione della prova. Il luogo deputato alla formazione della prova è il dibattimento, davanti a un giudice terzo e imparziale, chiamato a decidere la causa sulla base delle prove davanti a lui formatesi. Sarebbe incoerente non sottolineare – in questo processo – la rilevanza che il contraddittorio ha acquisito proprio al fine di realizzare adeguatamente il giusto processo, il quale pretende che la legalità della prova sia indissolubilmente connessa a questo principio³⁰.

Proprio alla luce di quanto ora detto, in secondo luogo, continuando rispetto alle considerazioni rapidamente esposte, occorre riflettere più accuratamente sul contraddittorio³¹.

Il principio è espressamente previsto tanto a livello europeo, come si legge nell'art. 6 CEDU, nella parte in cui norma il diritto dell'imputato di esaminare o far esaminare i testi a carico e il diritto di ottenere la convocazione dei testi a discarico – in maniera conforme a quanto accade per quelli a carico – quanto a livello nazionale nell'art. 111 cc. 3 e 4 Cost.³². Al contraddittorio sono stati dati due significati: uno oggettivo e uno soggettivo.

Il primo (oggettivo) – di cui al c. 4 del predetto articolo – concerne il contraddittorio inteso in senso forte, nella formazione della prova; attiene, dunque, al momento della formazione della prova e al metodo di conoscenza utilizzato nel processo di formazione. Pur se, in alcuni casi, limitato perché sottoposto al bilanciamento con altri principi processuali rilevanti – risultando recessivo – il contraddittorio inteso in senso forte è l'unico metodo idoneo a garantire che il giudice riesca tanto a “toccare con mano” la prova testimoniale quanto a saggiarla sulla base delle domande poste dalle parti³³. La prova per poter essere adeguatamente valutata, infatti, deve essere ottenuta attraverso il metodo dialettico, concretamente, con l'esame incrociato, che garantisce

³⁰ Sul contraddittorio e sulle recenti metamorfosi, GIUNCHEDI, *Procès équitable e giusto processo verso nuovi (e allarmanti) assetti*, in A.A. V.V., *Giusto processo*, Gaito (a cura di), Milano, 2022, *passim*; GERARDI, *Controlli effettivi sulla discrezionalità del decidente*, in A.A. V.V., *Giusto processo*, Gaito (a cura di), 250 ss.

³¹ Sul tema, per un'analisi approfondita, tra gli altri, MAFFEO, *L'esame incrociato tra legge e prassi*, Padova, 2012, *passim*; l'autore, a sua volta, per completezza richiama integralmente a FERRUA, *Il “giusto processo”*, Bologna, 2012, *passim*; ancora, tra gli altri, GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 2001, VIII, *passim*.

³² Sul contraddittorio, VALENTINI, *Contraddittorio, immediatezza, oralità nella giurisprudenza della Corte EDU*, in questa *Rivista (web)*, 2016, 2, *passim*.

³³ Corte EDU, 27 marzo 2014, Matystina c. Russia sul tema e sull'importanza della *cross examination* come attività idonea a garantire un processo giusto.

«l'alternanza delle ragioni delle parti contrapposte, che devono avere, in ogni caso, pari opportunità»³⁴. È grazie a questa alternanza che il contraddittorio attiva il dubbio metodico che consente di “considerare l'opposto” e, ancor meglio, di considerare tutte le ipotesi alternative, oltre a quella opposta per giungere a risultati scientificamente più validi³⁵. Ne consegue che la formazione della prova – direttamente davanti al giudice – definisce la “portata euristica” del contraddittorio quale «tecnica della disputa per prova ed errore» mediante i profili di falsificazione propri del metodo scientifico³⁶.

Il secondo (soggettivo) – di cui al c. 3 e seconda parte del c. 4 dell'art. 111 Cost. – concerne il diritto dell'imputato di confrontarsi con il proprio accusatore e, in particolare, norma l'esclusione della dichiarazione di colpevolezza nel caso in cui la stessa venga provata solo sulla base di dichiarazioni rese da soggetti che volontariamente e liberamente, si sono sottratti al confronto con l'imputato o con il suo difensore³⁷.

Il principio, come fin ora descritto, pur sembrando a un primo sguardo assoluto, trova delle eccezioni, in particolare, nel comma 5 del predetto articolo, nella parte in cui tratta della prova consensuale. Apparentemente, proprio in ragione dell'eccezionalità, la previsione appare contrastante con il principio generale, ma a una lettura più attenta e complessiva si comprende la peculiarità della situazione descritta: il consenso fornito per l'assunzione della prova, in mancanza del contraddittorio, è esclusivamente quello dell'imputato e non anche quello delle altre parti (come, invece, viene previsto in alcuni articoli del codice, si pensi agli artt. 431 c. 2; 493 c. 3; 500 c. 7 c.p.p.). La compressione del contraddittorio, perciò, a fronte della sola interpretazione letterale della norma costituzionale, non sarebbe mai possibile, salvi i casi in cui,

³⁴GATTO, *Introduzione allo studio del diritto processuale penale alla luce dei principi costituzionali*, in *Procedura penale*, Torino, 2019, VII, 21; LONATI, *Il diritto dell'accusato a “interrogare o far interrogare” le fonti di prova a carico*, Torino, 2008, 308 ss.; DALIA, FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 2016, 137-145. Non si può considerare attendibile una prova dichiarativa che sia unilaterale, che non venga stressata dalle domande poste non tanto in esame, quanto in sede di controesame, così da garantire una ricostruzione del fatto più completa, tale da far emergere anche eventuali contraddizioni.

³⁵HIRT, MARKMAN, *Multiple explanation: a consider -an alternative strategy for debias in judgments*, in *Journal of personality and social psychology*, 1995, 69, 1069-1086.

³⁶FERRAIOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma, 1989, 200.

³⁷TONINI, CONTI, *Manuale breve diritto processuale penale*, cit., 12 s.; LONATI, *Le garanzie della persona accusata di fronte alle dichiarazioni dei testimoni a carico*, in *Il diritto dell'accusato a “interrogare o far interrogare” le fonti di prova a carico*, cit., 303-306.

espressamente, a negare o a limitare il principio è la volontà (o meglio, il consenso) del solo imputato o quando le prove di cui si discorre sono prodotte dalla difesa e, quindi, quando l'imputato non ha necessità di contraddire. A conferma di ciò, come già richiamato, vi è il comma 4 dell'art. 111 Cost. che specifica: «la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi per libera scelta si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore».

La condanna dell'imputato, perciò, non può essere fondata sulle dichiarazioni rese durante le indagini preliminari – in assenza di contraddittorio – poi ritratte o non ripetute in dibattimento, salvi i casi in cui la difesa abbia davvero avuto la possibilità di esaminare il dichiarante in contraddittorio³⁸. Lo stesso restrittivo vaglio, al contrario, non è imposto quando deve essere pronunciata una sentenza di assoluzione, in ragione della regola di giudizio di cui all'art. 530 c.p.p., l'oltre ogni ragionevole dubbio.

Il contraddittorio, perciò, pur essendo il metodo più performante per una ricostruzione più “veritiera” del fatto storico sulla base dell'incontro della conoscenza di entrambe le parti, ha non solo e non tanto il fine di accertare oggettivamente la serie causale degli eventi e la colpevolezza dell'imputato, ma anche e soprattutto l'obiettivo di corroborare o confutare l'affermazione della colpevolezza.

Allora, la funzione del metodo è verificare se l'ipotesi prodotta dall'accusa – l'imputazione – sia in grado di sopportare la “falsificazione” determinata dal potere di confutazione delle parti. Volendo ribadire, il contraddittorio non può essere definito una mera “garanzia epistemica”, ma è rivolto verso una precisa tutela del diritto di difesa, perché, se così non fosse e se, al contrario, fosse considerato solo oggettivamente, sarebbe priva di logica la scelta legislativa di renderlo rinunciabile dal solo imputato³⁹.

³⁸ VALENTINI, *Contraddittorio, immediatezza, oralità nella giurisprudenza della Corte EDU*, cit., 13.

³⁹ IACOVELLO, *Giusto processo? Alcune domande ...*, in *Cass. pen.*, 2003, 43, 5, 1460, l'autore contesta proprio la tesi del contraddittorio come garanzia epistemica. Sul tema, Corte cost., ord., n. 205 del 2010; GALANTINI, *Giusto processo e garanzia costituzionale del contraddittorio nella formazione della prova*, in *Dir. pen. cont. web*, 7 settembre 2011. Sul tema anche MUSCELLA, *Diritti probatori dell'imputato, effettività del contraddittorio*, in *Il giusto processo*, a cura di Gaito, Milano, 2022, 154, in cui l'autrice considera «l'assetto del contraddittorio come espressione di un diritto di difesa attivo nella fase di assunzione del procedimento probatorio e non relegato ad una forma di intervento circoscritto nei tempi e passivo nei modi – come era invece inteso nel sistema previgente – che non crea problemi di compatibilità con il modello europeo, ritenendosi pressoché inesistenti divaricazioni di rilievo». Sul

A conferma di quanto appena rilevato, vi è l'art. 63 c.p.p. Dalla lettura dell'articolo emerge, infatti, l'operatività proprio del principio che dovrebbe condurre a ritenere illogica l'applicazione della sanzione dell'inutilizzabilità fisiologica alle prove a favore. L'art. 63 del codice di rito, infatti, norma le regole relative all'avviso destinato al soggetto dichiarante che – in ragione delle informazioni rese, contenenti indizi a suo carico – potrebbero essere iniziate attività investigative a suo carico. Quanto detto prima dell'avviso predetto deve considerarsi inutilizzabile. Ancora, se il dichiarante avrebbe dovuto – fin dall'inizio – essere sentito direttamente con le formalità e garanzie che assistono la qualifica di indagato, le dichiarazioni non possono essere utilizzate. Dalla sola lettera della norma emerge che a essere inutilizzabili sono esclusivamente le dichiarazioni a carico del soggetto che le rende; le dichiarazioni, quindi, che contengono indizi di reità a carico. Al contrario, tutte le altre, tutte quelle che, invece, sono favorevoli al deponente rimangono escluse.

Ciò è coerente con il diritto tutelato dalla norma in questione: il diritto al corretto e tempestivo esercizio del diritto di difesa. L'assenza di un richiamo alle dichiarazioni favorevoli è tutt'altro che una dimenticanza; la *ratio* è evidente: tutelando – l'art. 63 c.p.p. – il diritto di difesa, le dichiarazioni che non sono idonee a gravare sulla posizione del soggetto da cui provengono, non si scontrano con l'esercizio del diritto specificamente tutelato dalla norma, appunto, il diritto di difesa⁴⁰.

Anche qui, pur non volendo in alcun modo negare che le regole probatorie (così come il contraddittorio) abbiano una dimensione oggettiva, è chiaro che

rapporto tra contraddittorio e diritto di difesa, UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, Torino, 2007, 145.

⁴⁰ Sul tema si è pronunciata la Cassazione a Sezioni unite, Cass., Sez. un., 9 ottobre 1996, Carpanelli, in *Mass. Uff.*, n. 206846, che ha sottolineato che per comprendere il significato dell'inutilizzabilità *erga omnes* delle dichiarazioni rese dall'indagato (anche se in relazione a un reato connesso o collegato) si deve guardare alla *ratio* cui è ispirata la norma, cioè il rispetto del diritto di difesa. Le dichiarazioni inutilizzabili sono, infatti, solo quelle da cui potrebbero emergere elementi a carico del soggetto dichiarante o di altri individui che si trovino in una posizione analoga, anche se in altro procedimento, ma non anche quelle che hanno un contenuto favorevole, tanto all'indagato dichiarante, quanto agli altri soggetti già citati, nei confronti dei quali il dichiarante potrebbe assumere la veste di teste. Nello stesso senso anche Cass., Sez. VI, 26 novembre 1996, Usai, in *Mass. Uff.*, n. 207332; in questo senso, in dottrina, CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, *passim*; GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., 76 ss.; DOMINIONI, *sub art. 63*, in Amodio-Dominioni, *Commentario*, Milano, 1989, I, 400. In senso contrario, BARGIS, *Non utilizzabili contro terzi le dichiarazioni rese in interrogatorio non documentato*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 82; MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, in *Trattato di Procedura penale*, Milano, 2004 168.

il fine delle stesse regole è quello di verificare che ci sia una corrispondenza tra i fatti e quanto sostenuto dall'accusa.⁴¹

La considerazione per cui l'ipotesi da confutare è quella presentata dell'accusa - con lo svolgimento del processo e la soddisfazione di tutte le garanzie che lo rendono giusto - dipende, chiaramente, dall'esistenza nell'ordinamento, della presunzione di non colpevolezza (di cui all'art. 6 c. 2 CEDU e all'art. 27 della Costituzione) che esplica i suoi effetti fino all'emanazione della sentenza definitiva di condanna⁴².

È il P.M. che deve dimostrare, stando alla regola di giudizio odierna, la responsabilità dell'imputato oltre ogni ragionevole dubbio; dunque, la presunzione sorregge la sola innocenza, proprio in aderenza con il fine del processo di cui la prima garanzia è quella di assicurare al cittadino di essere considerato innocente, fino a prova contraria⁴³.

4. Ultime considerazioni e riscontri. La Corte di cassazione, come più volte ripetuto, ha sostenuto che l'inutilizzabilità fisiologica delle prove a favore non possa essere fatta valere.

Nell'ottica del ragionamento fin ora seguito, la questione attiene proprio alla logicità o compatibilità tra la prova a favore e il diritto tutelato dall'invalidità in questione. Il diritto di difesa - appunto garantito - non necessita di protezione di fronte alla presenza o all'introduzione nel processo di prove a scarico, che, quindi, l'imputato non ha alcun interesse a contraddire.

Per fare un esempio, si potrebbe pensare a una sommaria informazione assunta dal P.M. e da un ufficiale della P.G., resa durante le indagini preliminari, avente contenuto esclusivamente favorevole all'imputato. Qualora il dichia-

⁴¹ DINACCI, *Il contraddittorio per la prova: anàbasi e catàbasi*, cit., 1725.

⁴² In realtà sussiste una differenza tra la dicitura letterale della presunzione data l'ordinamento interno e quello europeo. In relazione al momento fino al quale la presunzione rimane in vigore, la prima fa espresso riferimento alla sentenza definitiva di condanna, la seconda, invece, al momento in cui la colpevolezza sia stata legalmente accertata. La dottrina ha da tempo interpretato le due espressioni lessicali in maniera identica: sentenza definitiva di condanna e legale accertamento della colpevolezza sono entrambi indicatori dell'irrevocabilità della sentenza, della chiusura processuale finale e non del superamento della sola prima pronuncia. Sul tema, CHIAVARIO, *La presunzione d'innocenza nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. it.*, 2000, 1091; PASTA, *Lo scopo del processo e la tutela dell'innocente: la presunzione di non colpevolezza*, in questa *Rivista (web)*, 2018, 1, 10. Più specificamente, tra tutti, sulla presunzione di innocenza, ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, *passim*.

⁴³ LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, Firenze, 1985, 15, come citato da DINACCI, *Il contraddittorio per la prova: anàbasi e catàbasi*, cit., 1725.

rante non dovesse essere citato in dibattimento e la difesa dovesse venire a conoscenza della sommaria informazione resa, presentandola in dibattimento, avrebbe senso non ammetterla in quella sede, considerandola inutilizzabile?

In linea teorica, sì, perché la sommaria informazione è stata resa esclusivamente davanti all'organo dell'accusa e davanti a un ufficiale a lui sottoposto, senza alcuna garanzia per l'imputato che potrebbe non aver mai visto il soggetto che rende le dichiarazioni, senza che possa aver contraddetto circa le affermazioni sostenute. È anche vero, però, che difficilmente si può rinvenire – in questo caso – un *vulnus* al diritto di difesa, visto che il dichiarante non ha fornito alcuna informazione idonea a inficiare la posizione dell'imputato. Se le dichiarazioni fossero state a carico del soggetto sottoposto a processo, non sarebbero sorti dubbi: il teste sarebbe stato da citare e quelle dichiarazioni non sarebbero state utilizzabili, senza un regolare contraddittorio. In coerenza con la giurisprudenza europea, nell'ipotesi più estrema – qualora il processo fosse risultato complessivamente equo (perché compensato da adeguate garanzie procedurali) e l'assenza del teste fosse stata inevitabile e giustificata da un evento non imputabile all'autorità giudiziaria – pur senza controesaminare il teste, si sarebbero acquisite le dichiarazioni, svolgendo un mero contraddittorio sulla prova⁴⁴.

D'altronde, la stessa cosa potrebbe accadere anche in caso di testimonianza *de relato*⁴⁵. L'art. 195 c.p.p. impone che la testimonianza indiretta – riferibile a quanto non direttamente percepito – sia utilizzabile esclusivamente in caso di citazione (obbligatoria) del giudice del teste (o testi) di riscontro. Questa cautela, come rilevato per l'esempio precedente, è visibilmente rapportata alla pregnanza del diritto al contraddittorio. L'imputato deve avere il diritto di controinterrogare chi direttamente ha percepito l'informazione che viene presentata a suo carico; in sostanza, il legislatore ha scelto di limitare l'ingresso – nel processo – di conoscenze che non possono essere controllate dal principio del contraddittorio. Ma qualora la testimonianza *de relato* fosse a favore, sarebbero davvero necessari i crismi di cui ai commi 2 e 7 dell'art. 195 c.p.p.?

⁴⁴ ZACCHE', *Il diritto al confronto nella giurisprudenza europea*, in A.A. V.V., *Regole europee e processo penale*, Padova, 2016, 214. Corte EDU, Gr. Ch., 15 dicembre 2011, Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito; Id., Gr. Ch., 15 dicembre 2015, Schatschascwili c. Germania.

⁴⁵ Sulla testimonianza *de relato* e sui limiti all'utilizzabilità, GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova del processo penale*, cit., 313 ss.

Perché, volendo ragionare in questa direzione, sembra inevitabile che il testimone di riscontro, se citato, sia a favore. In questo caso, dunque, sarebbe davvero leso il diritto tutelato dalla norma giuridica in questione o, piuttosto, citando il teste o limitando la citazione dei testi (dichiarando inutilizzabile la testimonianza *de relato*) si allungherebbero i tempi del processo, violando il diritto di difesa?⁴⁶

In entrambi i casi, la domanda da porsi – come già rapidamente fatto – è se tutto questo avrebbe senso in caso di dichiarazioni favorevoli⁴⁷.

Perché se, come detto, il contraddittorio – quale metodo dialogico – è l'unico a garantire che la prova sia al massimo delle sue potenzialità performante, è anche vero che non ha una connotazione esclusivamente oggettiva. Il suo significato soggettivo ha il fine di tutelare il diritto di difesa che, in dibattimento, luogo deputato alla acquisizione della prova, deve avere la massima espansione. L'imputato deve poter contraddire sulla prova e non solo per la prova.

Negli esempi sopra riportati, quindi, avrebbe senso escludere le dichiarazioni favorevoli all'imputato perché non sono state acquisite nel rispetto del contraddittorio? Evidentemente, anche a parere della Corte del 2022, la risposta deve essere negativa. Viene meno, appunto, la “sfera soggettiva” del contraddittorio, per cui l'imputato non ha alcun interesse a contraddire su delle dichiarazioni a lui favorevoli, rese davanti al P.M., con le formalità dovute, senza, peraltro, alcun vizio patologico⁴⁸.

Non dovrebbe meravigliare, quindi, che in altre occasioni la giurisprudenza si sia pronunciata in questo senso. Sul tema, infatti, si era già pronunciata la Cassazione che, nel lontano 2002⁴⁹, accogliendo alcuni motivi di ricorso presentati dalla difesa, avallava la tesi secondo cui sia sempre possibile presentare nuove prove a discarico, anche qualora si siano già concluse le arringhe difensive. La Suprema Corte, infatti, in quel caso, aveva annullato con rinvio la sentenza della Corte d'Appello che aveva dichiarato inutilizzabile una prova a

⁴⁶ Bisogna dire, però, che oggi nelle aule di udienza il corso della “storia” è ben diverso, quantomeno in tema di giudizio abbreviato. Ciò cui si assiste, a volte, è che a seguito dell'introduzione di una testimonianza *de relato* da parte del P.M. e di successiva richiesta di giudizio abbreviato, il giudice ritiene sanata l'invalidità determinata dalla testimonianza *de relato*, quando il difensore, espressamente, prima di chiedere il rito alternativo, non ha chiesto la citazione del teste di riscontro.

⁴⁷ Sul tema, Cass., Sez. un. 29 novembre 2012, Aquilina, Rv, n. 255141.

⁴⁸ Oltre agli autori già citati sul tema, si aggiunge, per completezza, OBERTO, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, in *www.iusinitinere*, 7 maggio 2019.

⁴⁹ Cass., Sez. V, 20 dicembre 2002, Pinto.

discarico, decisiva, che avrebbe “smontato” il movente dell’imputato, per il sol fatto che fosse stata presentata tardivamente⁵⁰. La Cassazione, pur concordando sull’intempestività della richiesta proposta dai difensori, non ha, appunto, condiviso la spiegazione fornita sulla mancanza di acquisizione della prova. La Corte, infatti, ha sostenuto che nella motivazione del giudice di secondo grado era esplicita la rilevanza data al movente, cioè, alla pessima condizione finanziaria dell’imputato. Affermare che non fosse necessario acquisire la prova addotta dai difensori (nel caso di specie l’appartenenza, all’imputato, di un conto all’estero con una somma di denaro più che consistente) non fosse logico⁵¹. Secondo la Suprema Corte, quindi, l’acquisizione della prova a favore non può trovare limiti temporali; l’unico ostacolo che incontra l’ingresso di prove a favore nel processo è il momento in cui il giudicante non è più in aula, cioè, quando si sia ritirato per decidere.

Analogamente, la Corte costituzionale⁵² si era già pronunciata, in un *obiter dictum*, sostenendo, anche se in maniera piuttosto defilata, la stretta connessione tra divieti probatori e inutilizzabilità. La Corte, ha sottolineato, che l’inutilizzabilità «opera a garanzia dell’interesse presidiato dal divieto, a prescindere dalla responsabilità dell’inquirente per la violazione di regole procedurali nell’attività di acquisizione». Dunque, concretamente, pone l’accento sulla funzione e sulla *ratio* dell’inutilizzabilità, piuttosto che sul criterio formale di individuazione della stessa alla luce di una sua oggettività.

Ancora, la Corte di cassazione, in una pronuncia relativamente recente⁵³, ha già espressamente sostenuto questo orientamento, confermando che l’art. 191 c.p.p., nella parte in cui individua il divieto di acquisizione di prove illegittime, è posto a garanzia del diritto di difesa; non deve, quindi, essere applicato per ignorare elementi che, al contrario, sarebbero favorevoli all’imputato, anche qualora l’atto che li contiene sia viziato dall’inutilizzabilità, proprio in ragione dello scopo della funzione giurisdizionale.

La Corte, nel suo ragionamento, ha, in primo luogo, richiamato una risalente sentenza⁵⁴ della Corte costituzionale nella quale si legge del rischio che avrebbero corso i principi costituzionali se a carico dell’interessato fosse stato pos-

⁵⁰ Gioverà sapere che nel processo di cui si tratta, l’imputato nel giudizio di rinvio è stato assolto.

⁵¹ Cass., Sez. V, 20 dicembre 2002, Pinto, cit., 51.

⁵² Corte cost., n. 1 del 2013.

⁵³ Cass., Sez. II, 19 aprile 2018, n. 17694, Rv, n. 272894.

⁵⁴ Corte cost., n. 34 del 1973.

sibile far valere anche indizi, elementi probatori o attività compiute in violazione dei suoi principi fondamentali.

In secondo luogo, ha riflettuto sulla scelta del legislatore del 1988 che, con l'introduzione dell'art. 191 c.p.p., ha disposto l'inutilizzabilità delle prove acquisite in violazione dei divieti previsti da legge, così da creare un sistema più accurato di tutela dei diritti dell'imputato. La volontà legislativa emerge dalla relazione al progetto preliminare del codice che esplicitamente indica la scelta di comminare la sanzione in questione per colmare il vuoto di tutela rinvenuto nell'ordinamento precedente, che – limitato alla sola previsione di nullità – determinava la possibilità di sanare le ipotesi di utilizzazione di prove vietate⁵⁵.

In terzo luogo, ha posto l'accento su una precedente sentenza, emessa a Sezioni unite⁵⁶, che – alla luce di questa interpretazione della *voluntas legis* – ha distinto le nullità dall'inutilizzabilità; ha specificamente sostenuto che l'invalidità in questione attiene alla presenza di prove vietate perché intrinsecamente illegittime o perché illegittime come conseguenza del procedimento acquisitivo scelto e ha evidenziato che la tutela dall'art. 191 c.p.p. è approntata specificamente al diritto di difesa, colpendo quelle prove che illegittimamente vengono acquisite, evitando che possano formare prove a carico.

In ragione di quanto appena detto, non solo la sentenza in commento, ma un intero filone giurisprudenziale, pur se limitato, ha sostenuto che l'istituto non può essere applicato per ignorare elementi probatori che sono favorevoli alla difesa. Anche qualora ci si dovesse trovare di fronte a un atto affetto da inutilizzabilità, il contenuto probatorio dello stesso deve poter essere utilizzato – ovviamente quando a favore – secondo la *ratio* propria della funzione giurisdizionale, cioè, l'accertamento, oltre ogni ragionevole dubbio, della responsabilità dell'imputato⁵⁷.

⁵⁵ Sul tema, come già più volte citata, GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., *passim*.

⁵⁶ Cass., Sez. un., 27 marzo 1996, Sala, Rv n. 204644.

⁵⁷ Sez. I, 26 novembre 1996, Usai, Rv n. 207332, la sentenza concerne l'applicazione dell'inutilizzabilità prevista dall'art. 195 c. 1 c.p.p.; Id., Sez. V, 25 giugno 2001, Graziano, Rv n. 219705, riguardante l'inutilizzabilità di alcune dichiarazioni, rese dal curatore fallimentare, su fatti appresi dall'imputato, acquisite in violazione del divieto di cui all'art. 62 c.p.p.; Id., Sez. III, 24 settembre 2015, Carambia e altri, Rv n. 266782, sentenza relativa all'acquisizione di corrispondenza epistolare del detenuto, considerata inutilizzabile perché intercettata ex artt. 266 e ss. c.p.p. a sua insaputa.

5. Conclusioni. La questione circa l'ammissibilità delle prove viziate da inutilizzabilità quando a favore, in realtà, traduce (o meglio, specifica) una questione più complessa: qual è il fine del processo penale? Qual è l'obiettivo della funzione giurisdizionale?

La domanda non è di poco conto e la risposta dipende anche da quale valore viene dato al diritto alla prova, come strumento di realizzazione del giusto processo.

Due sono le tesi che si contendono il campo: una "oggettivista" e una "soggettivista". Se si sceglie la prima, il diritto alla prova e l'assunzione della prova, secondo il metodo del contraddittorio, sono funzionali al raggiungimento della verità – pur se, inevitabilmente, processuale – e, dunque, tutelano la mera correttezza del metodo accertativo del fatto, al fine di raggiungere il miglior risultato conoscitivo possibile. In questo senso, anche in applicazione del principio di parità delle parti, allora, l'inutilizzabilità dovrebbe essere fatta valere, come vizio e come sanzione, per tutte le prove, senza fare distinzioni tra prove a favore e a carico.

In sostanza, quindi, le conseguenze della violazione di un divieto sono obiettive e non variano dall'oggetto dimostrativo della prova.

Al contrario, scegliendo la seconda, tanto il diritto alla prova, quanto il contraddittorio e, inevitabilmente, l'inutilizzabilità sono posti a presidio di specifici interessi tutelati, in particolare, in questo caso, a presidio del diritto di difesa e del relativo corretto esercizio e, quindi, assume rilievo la distinzione tra prove a carico e a discarico⁵⁸.

Queste ultime, infatti, non dovrebbero conoscere gli stessi limiti che vengono imposti alle prime, perché manca, come più volte specificato, il pericolo della lesione del bene giuridico tutelato. Rendere inutilizzabili prove a discarico non risponde alla funzione della norma che vieta l'acquisizione di prove illegittime, perché l'assunzione non contrasterebbe con alcuna delle declinazioni del diritto di difesa.

Ovviamente questa differenza si riversa sull'obiettivo del processo che può essere considerato, da un lato, come l'approdo alla verità processuale più vicina possibile a quella fattuale, e dall'altro, come la confutazione della tesi accusatoria, in linea con la presunzione di innocenza, che formata con la prima

⁵⁸ In relazione alle due tesi, anche SCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, cit., 156 ss.

imputazione scritta dal P.M. deve essere – durante l'intero arco processuale – dimostrata secondo la regola di giudizio dell'oltre ogni ragionevole dubbio. Nella sentenza in commento, la scelta della Suprema Corte – in linea con altre pronunce – è stata quella di aderire alla tesi soggettivistica, escludendo che sulle prove a favore possa essere fatto valere il vizio dell'inutilizzabilità, considerato che non ci sono ragioni per escludere quel materiale probatorio, visto che non collide con il diritto di difesa.

GIULIA FIORUCCI