

## ANTICIPAZIONI

---

### ARTURO CAPONE

#### La prova come atto processuale\*

Dopo aver dato conto delle coordinate di teoria generale del diritto che contraddistinguono l'opera di Franco Cordero, e aver inquadrato in tale prospettiva il fenomeno probatorio, il contributo, alla luce della complessiva produzione scientifica del Maestro, illustra la sua analisi del "diritto delle prove" con riferimento al codice del 1930 e al codice del 1988. In chiusura si individuano alcuni profili dogmatici suscettibili di revisione o approfondimento.

*Evidence as a procedural act*

*After outlining the coordinates of general theory of law that characterize Franco Cordero's work, and after framing in this perspective evidence as a procedural act, the paper, considering the Master's entire scholarly output, illustrates his analysis of the law of evidence, considering both the 1930 and the 1988 codes. In conclusion, some legal dogmatics aspects have been outlined, which are open to revision or further studies.*

**SOMMARIO:** 1. Franco Cordero nella cultura giuridica del Novecento. - 2. Le premesse teoriche. - 3. L'atto processuale. - 4. Il procedimento probatorio. - 5. Cordero e il diritto delle prove nel codice del 1988. - 6. Profili critici.

1. *Franco Cordero nella cultura giuridica del Novecento.* I meriti dell'opera di studioso del processo penale di Franco Cordero che costituiscono forse la sua più importante eredità per i giuristi di oggi sono essenzialmente due.

Il primo è quello di aver importato nella letteratura processualpenalistica gli esiti del dibattito giusfilosofico del Novecento e di averli magistralmente impiegati per l'analisi formale della disciplina del processo. L'aggettivo 'formale' indica uno studio del fenomeno giuridico concentrato sulla struttura della norma, che lascia sullo sfondo sia i suoi eventuali contenuti positivi sia ogni considerazione psicologica sulla sua funzione motivante della volontà (com'era tipico invece degli approcci imperativistici)<sup>1</sup>. Questo metodo ha caratterizzato l'opera di Cordero a partire dalla metà degli anni Cinquanta; forse è meno evidente nella *Procedura penale* post 1988, anche se resta sempre sottotraccia.

Il secondo, in qualche misura agli antipodi, è quello di aver guardato, in special modo a partire dai primi anni Ottanta, al processo come prodotto culturale, esaminandolo perciò non solo *sub specie iuris*, ma anche con gli stru-

---

\*Alcune delle tesi qui espone sono state presentate al convegno "Prova e ragionamento probatorio nel pensiero di Franco Cordero", svolto presso la *Sapienza* Università di Roma il 5 novembre 2024. Il presente saggio è in corso di pubblicazione anche nel volume che raccoglierà gli atti del convegno.

<sup>1</sup> Vedi DI LUCIA, *L'animale osservante. Frammenti di deontica corderiana*, in *Corderiana. Sulle orme di un maestro della procedura penale*, a cura di Catalano e Ferrua, Torino, 2023, 101-102 e ORLANDI, *Franco Cordero e le dottrine del processo penale*, in *Lo Stato*, IX, 2021, 1, 356.

menti della storia, della sociologia, dell'antropologia, della filosofia. Si tratta di una prospettiva fondamentale, se consideriamo che il processo consiste in una delle tecniche di controllo sociale, la cui caratteristica dovrebbe essere quella di saper "scoprire la verità" (come a volte impegnativamente si dice). Difficile essere giuristi, e non solo pratici, se non si conoscono questi sfondi. Il tema della prova intesa come atto processuale impone, naturalmente, di muoversi nel primo ambito. Prima di entrare in questo rarefatto ambiente discorsivo, servono alcune premesse, utili a tratteggiare sommariamente la posizione di Cordero nella cultura giuridica del Novecento.

Cordero si riconosce negli orientamenti riconducibili al positivismo giuridico che si sono dedicati alla costruzione di una teoria generale del diritto<sup>2</sup>. Tra gli autori di riferimento naturalmente va annoverato anzitutto Kelsen (tradotto in italiano nel 1952)<sup>3</sup>. Va ricordata, per la rilevanza che ha in Cordero, anche l'opera di un allievo di Kelsen, Adolf Merkl, studioso delle fonti di produzione del diritto e teorico, insieme al maestro, della c.d. costruzione a gradi dell'ordinamento giuridico<sup>4</sup>.

Nel pensiero di Cordero è poi fondamentale l'opera di Angelo Ermanno Cammarata, un allievo di Gentile, che tra gli anni Venti e gli anni Trenta del secolo scorso si è dedicato, condividendone prospettiva e intendimenti, a una rilettura critica di Kelsen<sup>5</sup>.

Coerente con l'attenzione alla struttura e alla peculiare logica della norma giuridica è la sostanziale adesione di Cordero agli orientamenti filosofici della metà del secolo scorso che spostarono l'attenzione dagli oggetti del pensiero al linguaggio, alla ricerca delle condizioni di empirica verificabilità di una proposizione (Carnap, il primo Wittgenstein). La c.d. "svolta linguistica" invase il campo anche della filosofia del diritto, in quanto forniva nuovi strumenti per lo studio della logica del linguaggio normativo. In Italia i pionieri di que-

---

<sup>2</sup> Un testo fondamentale per conoscere i principali temi dibattuti nell'ambito della teoria generale del diritto negli anni Cinquanta è opera di BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, che raccoglie i corsi universitari tenuti all'Università di Torino in quegli anni. Per un sintetico inquadramento storico vedi BARBERIS, *Introduzione allo studio della filosofia del diritto*, Bologna, 1993, 95 ss.; sulla distinzione tra teoria generale e filosofia del diritto vedi GUASTINI, *Teoria generale del diritto*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, XIX, Torino, 1993, 315 ss.

<sup>3</sup> Un vero e proprio tributo a Kelsen si trova in CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Roma-Bari, 1981, 147-153. Sul kelsenismo di Cordero vedi PINO, *Franco Cordero, filosofo del diritto*, in *Lo Stato*, XVI, 2021, 371.

<sup>4</sup> *Ibid.*, 372.

<sup>5</sup> I suoi più importanti contributi sono raccolti in CAMMARATA, *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, 1963. Per un riconoscimento dell'importanza del pensiero di Cammarata in Cordero vedi DI LUCIA, *L'animale osservante*, cit., nt. 12, 100.

sto orientamento - la filosofia analitica del diritto - furono Norberto Bobbio e Uberto Scarpelli, già conosciuti e citati da Cordero nelle *Situazioni soggettive* del 1956<sup>6</sup>.

Continuando a spigolare nella bibliografia di quella prima straordinaria monografia, tra i riferimenti di Cordero troviamo ancora tutti i giuristi positivi che, insieme a lui, in quegli anni, furono protagonisti di questa stagione - una sorta di movimento culturale - contraddistinta dall'integrazione tra studio delle varie branche del diritto e teoria generale. Tra questi un posto privilegiato, per l'influenza decisiva del suo pensiero sul lavoro di Cordero, è senza dubbio occupato dal processualcivilista, maestro e *dominus* nello studio legale milanese, Enrico Allorio<sup>7</sup>, ma vanno citati anche Carnelutti, Guarino, Esposito, Miele, Ago, Grispigni, i colleghi torinesi Giovanni Conso e Marcello Gallo, insieme a molti altri<sup>8</sup>.

Un saggio di Cammarata, che ha un valore metodologico cruciale per Cordero, mette in evidenza la necessità di distinguere, nell'approccio teorico generale, tra due opzioni metodologiche<sup>9</sup>. La dogmatica punta alla costruzione di categorie generali - i concetti giuridici - in virtù di un processo di progressiva astrazione dai contenuti del diritto positivo<sup>10</sup>. L'analisi formale, invece, pre-

<sup>6</sup> Si vedano in particolare BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, 344 ss. e SCARPELLI, *Filosofia analitica e giurisprudenza*, Milano, 1953, il cui quinto capitolo è significativamente intitolato «La filosofia analitica ed il ritorno a Kelsen». Sulla scuola analitica italiana di Bobbio e Scarpelli vedi BARBERIS, *Giuristi e filosofi. Una storia della filosofia del diritto*, Bologna, 2004, 207-2013; VILLA, *Storia della filosofia del diritto analitica*, Bologna, 2003, 81-103.

<sup>7</sup> Si veda, in particolare, lo straordinario saggio di ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, in *Problemi di diritto*, I, Milano, 1957, 3 ss.

<sup>8</sup> A proposito dell'«attualità» dell'opera di Franco Cordero, scrive ORLANDI, *Franco Cordero*, cit., 35, che «la sua monografia giovanile sulle *Situazioni soggettive* appare oggi superata, anche perché scritta in un linguaggio ricco di astrazioni, che sfida le capacità di comprensione delle generazioni di ricercatori ora in attività». Quando Cordero la scrisse, tuttavia, quel linguaggio era comune (e interdisciplinare); il suo carattere astratto derivava appunto dal desiderio di abbattere gli steccati tra teoria generale e studio del diritto positivo. La generazione successiva di studiosi del processo, compreso lo stesso Cordero, ha progressivamente accantonato questo filone d'indagine, anche perché complessivamente impegnata nell'arduo compito, politicamente e socialmente più urgente, di prendere le distanze dal codice Rocco e dalle sue incrostazioni inquisitorie e di progettare un nuovo tipo di processo. Le ultime generazioni di ricercatori, quindi, per lo più non si sono formate su quel tipo di testi, ma non vi è ragione di temere che, volendo dargli uno sguardo, non siano in grado di trarne profitto.

<sup>9</sup> CAMMARATA, *Limiti tra formalismo e dogmatica nelle figure di qualificazione giuridica* (1936), in *Formalismo e sapere giuridico*, cit., 347 ss.

<sup>10</sup> «Sottoposti a lettura disarticolata, i 675 articoli del codice compongono un flusso verbale caotico; spetta al giurista scioglierli in discorso coerente, nei limiti imposti dalle norme [...]. Individuate le figure elementari, rileviamo gli aspetti in cui risultano simili: questo discernimento evoca delle classi, dalle cui relazioni, variamente elaborate, escono i sistemi. Tali mosse combinatorie compongono una «dogmatica». Lo speculum perfetto è quello che inquadra subito un dato nel sistema, svelando le relazioni in cui sta col resto» (CORDERO, *Guida alla procedura penale*, Milano, 1986, 20).

scinde dai contenuti e mira a cogliere alla radice le caratteristiche essenziali del linguaggio normativo<sup>11</sup>. In molti dei giuristi che operano in quel periodo, appassionati di teoria generale, i due approcci tendono a tratti a essere confusi (ad es. spesso in Carnelutti e qualche volta in Conso). Cordero, in ogni passo della sua opera, bada sempre attentamente a separare i piani<sup>12</sup>.

2. *Le premesse teoriche.* Sul piano dell'analisi formale le coordinate del pensiero di Cordero sono tracciate nel volume del 1956 sulle *Situazioni soggettive*<sup>13</sup>. Qui si mette anzitutto a fuoco il concetto di norma, la cui caratteristica è quella di stabilire una connessione tra la previsione di una fattispecie<sup>14</sup>, un soggetto (uno dei c.d. 'destinatari' della norma) e un ipotetico comportamento, tale per cui, se gli elementi della fattispecie dovessero realizzarsi, quel

<sup>11</sup> Vedi CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Milano, 1956, 29: «Per ridurre a una dimensione comune gli atti processuali penali occorre rifarsi ad un criterio che costituisce il prodotto non tanto di una rilevazione empirica di singoli contenuti normativi, quanto di un'astratta deduzione; anziché aver riguardo al contenuto di questa o quella norma, al profilo di questa o quella fattispecie, si assume come punto di partenza la struttura logica della proposizione normativa, intesa come pura forma entro cui può essere calato qualsiasi contenuto».

<sup>12</sup> V. CORDERO, *Le situazioni soggettive*, cit., nt. 1, 29-30; CORDERO, *Riti e sapienza*, cit., 163.

<sup>13</sup> Cfr. in tema DI LUCIA, *L'animale osservante*, cit., 98-103, nonché VALENTINI, *Situazioni soggettive*, in *Corderiana*, cit., 135 ss.

<sup>14</sup> Sul concetto di fattispecie vedi CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1966, 180: «Fattispecie è la previsione del fatto al quale la legge ricollega una conseguenza giuridica». Dunque, «postulato [...] l'effetto giuridico A, la relativa fattispecie può essere individuata alla stregua di un'indagine diretta a verificare quali sono i fatti la cui presenza è necessaria e sufficiente perché si verifichi A» (CORDERO, *Le situazioni soggettive*, cit., 40). Contro l'opinione (sostenuta da SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, 331 ss.) che possa attribuirsi alla fattispecie una "rilevanza" giuridica" indipendente dalla previsione degli effetti che ad essa sono ricollegati, vedi CORDERO, *Le situazioni soggettive*, nt. 11, 34. Sulla natura e sulla funzione della fattispecie nella norma giuridica, vedi SCARPELLI, *Elementi di analisi della proposizione giuridica*, in *Jus*, 1953, 42 ss. Con «principio di relatività della fattispecie» si intende la possibilità che il legislatore ricollegli la produzione del medesimo effetto al verificarsi di due fattispecie alternative tra loro, fungibili a tali fini (vedi CORDERO, *Le situazioni soggettive*, cit., 40, che segue SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, 41 ss.); il meccanismo processuale della "sanatoria", contraddistinto da una fattispecie primaria e una fattispecie sussidiaria (composta da un atto imperfetto più un fatto sanante) i cui effetti sono identici, può essere spiegato in questo modo (CORDERO, *Le situazioni soggettive*, cit., 45). Sulla centralità del concetto di "fattispecie" nell'analisi del diritto vedi ancora CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1987, 369-370: «L'espressione "fattispecie" è recente ma l'idea è antica quanto il diritto, la cui funzione consiste nello stabilire che cosa avverrebbe (in linea di doveri e di poteri e, insomma, di effetti giuridici), se avvenissero certi fatti. Qual che i cinque postulati sono per la geometria euclidea questo concetto è per il diritto, la cui formula logica suona: "se avviene A, avverrà B": dove A designa un fatto, la cui previsione chiamiamo "fattispecie", e B un effetto giuridico. Uno può ragionare benissimo di cose giuridiche senza mai aver inteso la parola "fattispecie" o aver riflettuto sull'idea che essa designa, solo che possieda un poco d'istinto logico; ma ciò non toglie che sia utile sottoporre ad analisi gli elementi del discorso».

comportamento delineato in astratto diverrebbe il criterio di valutazione della condotta concreta del soggetto<sup>15</sup>.

Dal punto di vista del destinatario della norma, il realizzarsi della fattispecie (cioè l'effettivo accadere dei fatti in essa ipotizzati) determina come effetto una sua nuova "situazione" al cospetto del diritto, perché sono intervenuti nuovi criteri di valutazione della sua condotta<sup>16</sup>. Per Cordero, dunque, "effetto giuridico" è la vicenda costitutiva, modificativa o estintiva di una situazione soggettiva<sup>17</sup>.

Il concetto di situazione soggettiva era ben noto agli studiosi del diritto positivo, che avevano provveduto nel tempo a enucleare dalla legislazione vigente una molteplicità di costrutti aventi caratteristiche comuni (dovere, facoltà, diritto potestativo, interesse legittimo, etc.). Si trattava di uno degli esiti più importanti dell'approccio dogmatico, che riesce in tal modo a trarre dai dati positivi eterogenei e frammentari categorie di carattere generale che vanno a comporre alcune costanti del fenomeno giuridico. L'intenzione di Cordero però è inversa: non di costruire, ma di de-costruire, cioè di ricavare dall'analisi della struttura formale della norma le situazioni giuridiche soggettive di base, non ulteriormente riducibili. Tali situazioni giuridiche soggettive

---

<sup>15</sup> Cordero in apertura del volume sulle situazioni soggettive sembra sottrarsi alla definizione della particolare natura della norma, osservando che, sia concepita «come paradigma di una valutazione e cioè "criterio di normalità" secondo il linguaggio di Cammarata, ovvero come imperativo od ancora come giudizio ipotetico su una certa condotta degli organi statuali aventi ad oggetto la realizzazione di un atto coercitivo», essa, «pur nell'apparente varietà di formule», costituisce un criterio «al quale la struttura della proposizione ipotetica fornisce la veste stilistica più efficacemente espressiva» (CORDERO, *Le situazioni soggettive*, cit., 32). Nel prosieguo del lavoro, così come in tutti quelli successivi nei quali avrà occasione di tornare sul punto, Cordero però evidentemente - seguendo Allorio - intende la norma come criterio di valutazione; ad esempio poco oltre afferma che «la situazione soggettiva si risolve nel giudizio ipotetico in base al quale, sul presupposto dell'esistenza di certi estremi di fatto, si identifica la valutazione normativa a cui un eventuale comportamento sarebbe assoggettato qualora fosse realizzato» (*ibid.*, 78-79; cfr. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 14-15); vedi nel medesimo senso CORDERO, *Guida*, cit., 13 e CORDERO, *Procedura*, 1987, cit., 407-408: con l'espressione "situazioni giuridiche soggettive" intendiamo «un giudizio di valore giuridico, formulato ipoteticamente; infatti non predico il valore di un comportamento ma rilevo quanto varrebbe per il diritto il comportamento di qualcuno, se agisse a quel modo». Per una discussione critica sull'orientamento giusfilosofico italiano (Esposito - Perassi - Giuliano - Ago - Allorio) che riconduce la norma a un giudizio di valore vedi BOBBIO, N., *Teoria generale*, cit., 110-114.

<sup>16</sup> «La situazione esprime [...] il momento in cui si attua il processo di soggettivizzazione della norma; dizione riassuntiva intesa a significare che nei confronti di un dato soggetto si sono verificate tutte le condizioni normativamente richieste perché l'eventuale comportamento dello stesso sia fatto segno ad una valutazione positiva o negativa, a seconda della sua conformità o meno a un dato modello» (CORDERO, *Le situazioni soggettive*, cit., 71).

<sup>17</sup> CORDERO, *Le situazioni soggettive*, cit., 89. In termini analoghi vedi CAMMARATA, *Il significato e la funzione del fatto nell'esperienza giuridica (1929)*, in *Formalismo e sapere giuridico*, cit., 253.

corrispondono a quelle che, nell'analisi degli studiosi del linguaggio, corrispondono alle c.d. "modalità deontiche", cioè alle specifiche forme della proposizione normativa<sup>18</sup>.

Si arriva così - secondo Cordero - all'individuazione di due figure, il dovere e il potere<sup>19</sup>. La prima è definita - ricalcando Allorio - come «condizione del destinatario della norma, di non potersi esimere da un certo comportamento, per meritare alla sua azione una valutazione di conformità al diritto, e al tempo stesso, per non incappare, con l'attività opposta, in una valutazione di difformità dal diritto»<sup>20</sup>; naturalmente, oggetto del dovere potrebbe essere anche una condotta omissiva; si tratta dei casi nei quali il dovere di astensione si esprime più correntemente come 'divieto'<sup>21</sup>. La seconda figura è definita come la condizione in forza della quale il destinatario della norma «'può', qualora realizzi un comportamento conforme a quello descritto nel modello legale [...], determinare il sorgere di conseguenze giuridiche predefinite»<sup>22</sup> (cioè la costituzione, modificazione o estinzione di una situazione soggettiva di dovere o di potere in capo ad altri soggetti).

Si tratta - come si può ben vedere - di due situazioni molto diverse. Date, da un lato, una norma che, al verificarsi di certi elementi, ipotizza un comportamento e, dall'altro, una condotta concreta, il giudizio sulla loro conformità, se la qualificazione del primo è in termini di dovere, si traduce semplicemente in una valutazione positiva; se la qualificazione è in termini di potere, comporta anche un giudizio di validità, cioè di idoneità a porsi essa stessa come criterio di valutazione<sup>23</sup>; non a caso, secondo Cordero, la caratteristica formale

---

<sup>18</sup> Vedi CAMMARATA, *Limiti*, cit., 368, secondo cui «le figure di qualificazione giuridica», cioè le situazioni giuridiche soggettive, costituiscono «i 'modi' nei quali *si articola* la regolarità determinata dalla norma». Lo studio della logica deontica, che ha ad oggetto le specifiche regole che governano il linguaggio normativo, si sviluppa negli anni Cinquanta soprattutto grazie agli studi di von Wright; vedi MAZZARESE, *Georg Henrik von Wright, logica deontica e logica delle norme (giuridiche)*, in *Ragion pratica*, XLVIII, 2017, 251 ss.; per una sintesi vedi GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Torino, 2011, 57-62.

<sup>19</sup> Tali figure costituiscono, secondo Cordero, un numero chiuso, cioè esauriscono l'ambito delle possibili qualifiche normative elementari (salva la ricorrenza di combinazioni più complesse); v. CORDERO, *Le situazioni soggettive*, cit., 70. Cfr. altresì CORDERO, *Riti e sapienza*, cit., 204-214 e 252-258, una sorta di mini-trattato di logica deontica.

<sup>20</sup> CORDERO, *Le situazioni soggettive*, cit., 108; cfr. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 16. La riducibilità del fenomeno giuridico alle regole di condotta e alle regole sulla produzione giuridica è ribadita in CORDERO, *Guida*, cit., 13-14, dove però le situazioni soggettive, tenendo conto delle strutture disciplinari più frequenti, vengono ampliate all'obbligo, alla facoltà e all'onere.

<sup>21</sup> CORDERO, *Le situazioni soggettive*, cit., 184-188.

<sup>22</sup> CORDERO, *Le situazioni soggettive*, cit., 108.

<sup>23</sup> Poiché la valutazione di conformità del comportamento al dovere si esaurisce in sé stessa (e non postula necessariamente che tale comportamento sia previsto quale fattispecie di ulteriori effetti giuridici), Cordero denomina "statico-sostanziali" le norme che stabiliscono un dovere; quelle che stabiliscono un

dell'atto che costituisce l'esercizio di un potere sarebbe quella (tipica della legge, della sentenza o del contratto), di statuire espressamente i propri effetti<sup>24</sup>.

Questa rarefazione analitica consente a Cordero - contro Kelsen ma con Allorio - di collocare non sul piano della teoria, bensì sul quello della dogmatica, i concetti di illecito o sanzione<sup>25</sup>: non si tratterebbe di effetti normativi, bensì di strutture disciplinari complesse, ricavabili dall'esame congiunto di più disposizioni, legate dal fatto che la concreta realizzazione di un atto non conforme allo schema del comportamento doveroso indicato da una prima norma (quindi valutato negativamente) è prevista da altra norma quale fattispecie costitutiva del dovere dell'autorità di tenere un particolare comportamento che, sul piano empirico, sociologico o psicologico, sia definibile come "reazione" dell'ordinamento<sup>26</sup>.

3. *L'atto processuale*. Il piano della dogmatica è quello elettivo per lo studio degli atti processuali. In questo ambito vale perciò la logica induttiva secondo la correzione popperiana: si può dire che esista una regola generale, o forse addirittura un principio, che governa gli atti processuali finché il legislatore non ne introduca uno che contravviene a tale regola.

---

potere, invece, sarebbero strutturalmente caratterizzate dal fatto che la condotta in esse tipizzata, se effettivamente realizzata, produce *ipso facto* ulteriori situazioni effetti giuridici; perciò Cordero, riallacciandosi a un uso comune, le denomina "dinamico-strumentali" (CORDERO, *Le situazioni soggettive*, cit., 195-201).

<sup>24</sup> Vedi CORDERO, *Le situazioni soggettive*, cit., 53-55 e 58, che segue Merkl attraverso ALLORIO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 26-30; in ambito processuale, ad esempio, la dichiarazione di impugnazione reca ad espressione il dovere del giudice *ad quem* di decidere sull'oggetto della domanda» (CORDERO, *Le situazioni soggettive*, cit., 204). Sotto questo profilo Cordero si discosta da Cammarata, secondo cui ravvisare nei negozi giuridici delle vere e proprie norme giuridiche cancella la relatività della distinzione tra fatto e valore giuridico: gli atti con cui si manifesta la volontà dei privati, anche qualora «rivelino il paradigma delle conseguenze giuridiche di cui la norma li abbia riconosciuti presupposti tipici», figurano sempre quale «*quid facti*» (CAMMARATA, *Limiti*, cit., nt. 3, 393; cfr. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche soggettive e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956, 148). Cordero ha mantenuto ferma la sua posizione in tutte le opere successive; vedi ad es. CORDERO, *Procedura*, 1987, cit., 375, ove gli atti processuali conformi allo schema legale della norma strumentale sono denominati «dichiarazioni precettive», contraddistinte dalla circostanza che, grazie ad esse, «una persona costituisce a carico di un'altra l'obbligo o il dovere di una determinata condotta».

<sup>25</sup> CORDERO, *Le situazioni soggettive*, cit., nt. 1, 30. cfr. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 24-25 e CAMMARATA, *Limiti*, cit., 441-447.

<sup>26</sup> CORDERO, *Le situazioni soggettive*, cit., 117.

Cordero distingue gli atti, a seconda del loro nucleo fisico, in operazioni e dichiarazioni. Tra queste ultime figurano gli atti a valenza normativa, cioè quelli che sono estrinsecazione di un potere<sup>27</sup>.

L'aspetto più interessante della dogmatica degli atti è quello relativo al loro inserimento nella sequenza procedimentale. Secondo Cordero 'procedimento' è la «costellazione di atti almeno due dei quali, stiano in relazione da anteriore a successivo e costituiscano i termini di un'implicazione, nel senso che il primo imponga il dovere di compiere il secondo»<sup>28</sup>. Nella sequenza procedimentale, dall'azione penale alla sentenza irrevocabile, alcuni atti, definibili propulsivi, sono necessari; altri, come le prove, risultano solo eventuali<sup>29</sup>.

Il tema dell'invalidità si colloca all'incrocio tra analisi formale e dogmatica. Al grado zero, infatti, dato un effetto giuridico prescelto, imperfezione ed inefficacia dell'atto (ai fini di tale effetto) si implicano necessariamente. Lo impone il c.d. "principio di interezza" della fattispecie: quando si constata che in punto di fatto un certo comportamento non corrisponde alla fattispecie (nel senso che non tutti gli elementi ivi previsti si sono effettivamente realizzati) è impossibile una valutazione, perché l'effetto giuridico, cioè la situazione di dovere o di potere, non è sorta. Ci si trova perciò di fronte a un *quid facti* giuridicamente irrilevante<sup>30</sup>.

Una volta che si sia realizzata la fattispecie però – come abbiamo visto – gli atti che costituiscono l'esercizio di un potere sono valutati in termini di validità o invalidità<sup>31</sup>.

Il fenomeno dell'invalidità derivata si spiega, secondo Cordero, con la circostanza che, data una norma strumentale, la titolarità del potere, effetto del perfezionarsi della fattispecie, entra a far parte dello schema legale dell'atto normativo, produttivo di ulteriori conseguenze giuridiche<sup>32</sup>: mancando tale titolarità, per la difettosa integrazione della fattispecie, l'atto di esercizio del

---

<sup>27</sup> CORDERO, *Guida*, cit., 186; vedi anche CORDERO, *Procedura*, 1987, cit., 403: alcuni atti «statuiscono i propri effetti e quindi si presentano come una proposizione normativa. Tale configurazione ricorre tipicamente nell'esercizio dei poteri. Le relative condotte sono classici strumenti di produzione del diritto: se il potere è l'attitudine a porre una regola di condotta, la traduzione della potenza in atto deve passare attraverso un comportamento nel quale sia prefigurata la futura situazione giuridica».

<sup>28</sup> CORDERO, *Guida*, cit., 200; CORDERO, *Procedura*, 1987, cit., 619.

<sup>29</sup> CORDERO, *Guida*, cit., 193-194 e 200.

<sup>30</sup> Vedi CORDERO, *Le situazioni soggettive*, cit., 73-74.

<sup>31</sup> CORDERO, *Procedura*, 1987, cit., 859.

<sup>32</sup> Vedi CORDERO, *Le situazioni soggettive*, cit., 89, secondo cui la titolarità di una situazione giuridica soggettiva, sorta quale effetto giuridico di una prima norma, «può precipitare ad elemento di fatto di fronte ad un'altra norma, che la preveda come elemento di una fattispecie»; in tal senso vedi già CAMMARATA, *Limiti*, cit., 391.

potere, ancorché esteriormente conforme allo schema, non potrebbe determinare il sorgere di ulteriori effetti giuridici, rendendo così invalido anche l'atto conseguente<sup>33</sup>.

4. *Il procedimento probatorio.* Veniamo alla prova. Ci soffermiamo in particolare sulla dogmatica messa a punto da Cordero nel vigore del codice Rocco, in particolare tra le *Note sul procedimento probatorio* del 1963 e la *Procedura penale* del 1987.

Secondo Cordero ci sono tre possibili concetti indicati dal termine 'prova': 1) la "fonte" di prova, vale a dire la cosa, l'operazione o la dichiarazione da cui scaturisce la proposizione probatoria<sup>34</sup>; 2) la proposizione probatoria stessa; 3) il convincimento della realtà storica del fatto da accertare. Cordero sceglie il primo significato<sup>35</sup>.

La prova, intesa appunto come fonte, va acquisita nel processo. A tale scopo la legge prevede una serie di atti consecutivi e giuridicamente concatenati che costituiscono, nel loro insieme, un procedimento<sup>36</sup>.

I segmenti di tale procedimento sono due. Il primo è l'ammissione, veicolata dal provvedimento con cui il giudice autorizza l'atto istruttorio.

Ai fini del provvedimento di ammissione, il giudice deve tenere conto di una pluralità di «valutazioni d'inammissibilità»<sup>37</sup>. Tali valutazioni di regola sono previste dal legislatore, ma possono anche essere ricavate dal sistema. Se il

---

<sup>33</sup> In CORDERO, *Procedura* 1987, cit., 382, il fenomeno è ricondotto alla mancanza dei «presupposti» dell'atto: «Tra i presupposti segnaliamo in primo luogo i fatti costitutivi di alcune qualifiche soggettive. Così, rispetto agli atti recanti la statuizione di un effetto giuridico, la *legittimazione* o titolarità del potere: la decisione del falso giudice o il gravame della parte civile contro una disposizione penale della sentenza non integrano la fattispecie dell'atto per il difetto di un requisito soggettivo e cioè dell'investitura di un potere». Altrove la spiegazione ricorre più tradizionalmente alla metafora del «rapporto di dipendenza» tra gli atti necessari del procedimento (*ibid.*, 621).

<sup>34</sup> CORDERO, *Procedura*, 1987, cit., 343. «Operazioni» sono quelle condotte, ad es. l'ispezione o la perquisizione, «che non esprimono un contenuto di coscienza ma causano un mutamento nella realtà sensibile ed eventualmente nella psiche dell'operatore» (*ibid.*, 376).

<sup>35</sup> Vedi CORDERO, *Guida*, cit., 338, secondo cui è prova «ogni segno utile al lavoro storico-giudiziario».

<sup>36</sup> CORDERO, *Note sul procedimento probatorio*, in *Jus*, 1963, 39.

<sup>37</sup> *Ibid.*, 40. Anche se queste «valutazioni d'inammissibilità» in concreto consistono in divieti di ammissione, 'divieto probatorio' non è l'espressione prediletta da Cordero (anche se - riconosce - si tratta di sinonimi; vedi CORDERO, *Procedura*, 1987, cit., 921-922). Si arrende solo con il nuovo codice, perché è il legislatore stesso, nell'art. 191, che usa tale sintagma. Non è un capriccio: nell'analisi della norma, il termine "divieto" di regola si usa per designare una situazione giuridica (o, in altre parole, uno specifico effetto giuridico), cioè il dovere di astenersi da una certa condotta; impiegarlo per indicare alcuni requisiti della fattispecie, sia pure negativi, che condizionano l'ammissione, e dunque il presupposto di fatto di una situazione giuridica, risulta meno appropriato. In altri contesti si attiene all'espressione più diffusa, vale a dire «regole di esclusione» (CORDERO, *Guida*, cit., 337).

giudice ammette una prova in violazione di una valutazione di inammissibilità, il provvedimento è invalido.

Tale conseguenza, in verità, nel codice Rocco non era espressamente stabilita; Cordero la desume sul piano formale<sup>38</sup>; scrive lapidariamente: «La formazione della prova presuppone un potere istruttorio; dove il potere non c'è, perché la legge non lo accorda, l'atto non può non riuscire inefficace»<sup>39</sup> (cioè inidoneo a porsi quale presupposto di ulteriori situazioni giuridiche).

Ammessa validamente una prova, sorge a carico del giudice il dovere di acquisirla. Il secondo segmento del procedimento probatorio è dunque l'acquisizione, cioè l'atto istruttorio in senso stretto, costituito da una complessa operazione con cui la prova viene fisicamente introdotta (nel caso delle prove reali) oppure formata (nel caso delle prove dichiarative) nel processo.

Rispetto all'operazione acquisitiva, il codice Rocco aveva previsto alcune ipotesi di nullità. Trattandosi non dell'*an* ma del *quomodo* della prova, la scelta del rimedio era corretta: la prova ammissibile, ma acquisita senza osservare le prescrizioni di legge, non va esclusa, perché l'atto può essere oggetto di rinnovazione<sup>40</sup>.

Secondo Cordero, accanto alla nullità, andavano però ricavate dal sistema altre due possibili patologie relative all'acquisizione della prova. La prima era ricollegata alla dipendenza giuridica tra gli atti costitutivi del procedimento probatorio. Se la prova fosse ammessa malgrado un divieto di legge, e quindi in assenza del potere istruttorio, l'atto acquisitivo, per quanto conforme allo schema, sarebbe affetto da invalidità derivata<sup>41</sup>.

La seconda evocava il tema della c.d. inesistenza giuridica. Secondo Cordero, infatti, lo stesso regime della nullità può applicarsi solo se in concreto ricorre almeno un nucleo essenziale di elementi dello schema legale; se manca tale nucleo, mancano i presupposti persino per una valutazione in termini di difformità<sup>42</sup>. Alla luce di tali premesse Cordero affronta il tema della dichiarazione estorta. Ravvisando il *proprium* della prova rappresentativa nella libertà

<sup>38</sup> CORDERO, *Note*, cit., 53.

<sup>39</sup> *Ibid.*, 54.

<sup>40</sup> CORDERO, *Note*, cit., 51-52. Vedi anche CORDERO, *Guida*, cit., 340-341: «Quando una prova fosse ammissibile, è sintatticamente impeccabile qualificare validi o nulli gli atti con cui è stata costituita; bastava compierli nel modo stabilito».

<sup>41</sup> CORDERO, *Note*, cit., 40-41. Nel medesimo senso vedi CORDERO, *Guida*, cit., 340 e CORDERO, *Procedura*, 1987, cit., 930.

<sup>42</sup> Vedi CORDERO, *L'inesistenza della decisione giudiziaria (rilevi in merito ad un recente contributo giurisprudenziale all'inquadramento del problema)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1957, 607 e CORDERO, *Guida*, cit., 341.

morale, anche in assenza di una previsione di nullità l'atto risulterebbe comunque inefficace per carenza dei suoi requisiti minimi<sup>43</sup>.

La prova invalidamente acquisita, per una delle tre possibili ragioni appena indicate, va definita "irrilevante"<sup>44</sup>. Non lo diceva il codice Rocco, ma la conclusione si imponeva logicamente: il dovere di valutare la prova sorge per effetto della sua valida acquisizione; laddove l'atto acquisitivo risulti difforme dal suo schema legale, tale effetto non si produce.

La linearità formale del procedimento probatorio e delle sue patologie s'increspa quando si arriva all'ultima fase, cioè quella della valutazione della prova.

Posto infatti che una prova inammissibile, così come una prova male acquisita, non va valutata<sup>45</sup>, accertare se vi sia stata o meno violazione del divieto di valutazione (e quindi sia stata considerata rilevante una prova invalida) non è facile, perché occorrerebbero sonde psichiche<sup>46</sup>. Cordero, da buon neopositivista, è ostile alle proposizioni non verificabili: disquisire su ciò che è accaduto nella mente del giudice è inutile; si può solo controllare nella motivazione se si faccia menzione della prova tra le premesse della decisione<sup>47</sup>.

Ma anche quando il giudice avesse effettivamente motivato la condanna sulla base di quella prova, la sentenza non sarebbe *ipso facto* viziata; andrebbe prima verificato se, dopo aver idealmente rimosso il contributo conoscitivo apportato dal dato istruttorio invalidamente acquisito, la decisione non si giustifichi comunque alla stregua delle altre risultanze probatorie valide<sup>48</sup>. Per questa ragione, secondo Cordero, l'*error in procedendo* relativo al procedimento probatorio, una volta arrivati alla sentenza, si risolve in un *error in iudicando*: la decisione che abbia fatto uso di prove inutilizzabili non si annulla perché invalida, ma eventualmente si riforma, se non appare giustificata nel merito<sup>49</sup>.

5. *Cordero e il diritto delle prove nel codice del 1988.* È interessante a questo punto esaminare come Cordero affronta la disciplina della prova introdotta con il codice del 1988.

---

<sup>43</sup> CORDERO, *Procedura*, 1987, cit., 931.

<sup>44</sup> CORDERO, *Note*, cit., 40.

<sup>45</sup> CORDERO, *Procedura*, 1987, cit., 932.

<sup>46</sup> CORDERO, *Note*, cit., 106.

<sup>47</sup> CORDERO, *Procedura*, 1987, cit., 932.

<sup>48</sup> CORDERO, *Note*, cit., 106-107.

<sup>49</sup> *Ibid.*, 107.

A scanso di equivoci, bisogna subito dire che il giudizio di Cordero è decisamente positivo, sia in generale sul nuovo codice<sup>50</sup>, sia in particolare, sulla disciplina del fenomeno probatorio, salva qualche puntualizzazione, e la critica stilistica del vocabolo ‘inutilizzabilità’<sup>51</sup>. Non potrebbe essere diversamente visto che la sequenza ammissione, acquisizione, valutazione viene delineata in modo netto, in larga parte riprendendo proprio l’insegnamento di Cordero<sup>52</sup>, e si introduce una specifica patologia della prova, accanto a ipotesi residuali di nullità, che supera le molte lacune del codice Rocco<sup>53</sup>.

Senza dubbio, però, viene proposta una lettura in parte riduttiva e in parte correttiva dell’art. 191 c.p.p. Secondo Cordero, infatti, la previsione di inutilizzabilità, traducendosi nel divieto di valutare la prova, non integra una nuova specie di trattamento o una “sanzione”; si tratta dell’utile ma non indispensabile precisazione normativa dell’irrelevanza delle prove male acquisite; cioè, in altre parole, dell’inefficacia che consegue “naturalmente” (nel senso che sarebbe ricavabile già sul piano formale) alla difettosa integrazione dello schema legale.

---

<sup>50</sup> Vedi CORDERO, *Strutture d’un codice*, in *Ind. pen.*, 1989, 20: «Saltano all’occhio le differenze dal sistema italiano tramandato: tanto monotono il codice Rocco [...] quanto appare mossa l’architettura del nuovo; né siamo davanti a una recezione; l’idea accusatoria vi risulta elaborata in una sintassi ignota alle pratiche anglosassoni. Non è pensabile una fedeltà dogmatica a tale modello, sotto qualche aspetto povero: l’inquisizione è la forma perversa d’una ricca cultura; amputare tutto sarebbe terapia vandalica. Non era un’equazione comodamente solubile e il legislatore vi ha lavorato seriamente». Ancora: «Eclittismo avventuroso, spregiudicato impegno terapeutico, talento meccanico connotano questo codice nuovo nel repertorio italiano, anzi europeo [...]. Sarebbe un monstrum questo codice, se non contenesse anche cose eccezionali: ne abbiamo colte alcune; ma l’importante era uscire dal riformismo sterile. Sotto questo aspetto assume un altissimo significato» (*ibid.*, 24-25).

<sup>51</sup> «Nel discorso sintatticamente corretto non è mai affetta da nullità l’acquisizione della prova inammissibile: doveva essere esclusa; l’atto nullo sarebbe nato perfetto se fosse stato compiuto nelle forme stabilite, ma qui era impossibile. Sotto il vecchio codice non aveva nome questo vizio specifico della prova, invalida perché vietata; l’art. 191, comma 2, lo definisce inutilizzabilità. Parola dal suono orripilante, ma qui contano poco le categorie estetiche; l’importante è che tutti capiscano: e, indubbiamente, questo neologismo riesce chiaro» (CORDERO, *Codice di procedura penale commentato*, Torino, 1990, 277).

<sup>52</sup> Vedi AMODIO, *Franco Cordero, il grande sacerdote del rito penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 418-420.

<sup>53</sup> In questo senso non sembra condivisibile l’osservazione di AMODIO, *La legalità probatoria*, cit., 8 e 10-11, secondo cui Cordero, criticando l’art. 191 c.p.p. intendeva rifiutare la tradizione anglosassone delle *exclusionary rules*. Come si cerca di argomentare nel testo, le osservazioni critiche sull’art. 191 c.p.p., oltre al profilo linguistico, riguardano il suo inquadramento dogmatico, ma non investono l’affermazione del principio di legalità in materia probatoria, come d’altra parte si evince chiaramente dalla sua *Procedura* nel capitolo dedicato al «diritto delle prove», dopo aver ricordato che «l’esperienza anglosassone sta agli antipodi delle tecniche inquisitorie legalmente amorfe», perché «l’*adversary system* implica severa disciplina istruttoria», si sofferma, senza alcuna riserva, sul «canone processuale dell’ammissibilità» e, in particolare sulle «regole di esclusione» (vedi CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1995, 613-619).

Cordero ritiene poi che la formula di cui all'art. 191, che evoca divieti di acquisizione della prova, sia da intendersi riferita piuttosto al momento antecedente dell'ammissione<sup>54</sup>. Tali divieti (quindi, in controtelaio, i requisiti necessari per il sorgere del dovere di valutare la prova) non sarebbero ricavabili dallo stesso art. 191 c.p.p.; andrebbero piuttosto rintracciati nelle disposizioni che disciplinano le singole prove, ogni qualvolta figurino una previsione espressa di inutilizzabilità<sup>55</sup>.

Una volta effettuata tale ricerca, delle regole di esclusione reperite nella trama codicistica viene proposta una casistica ragionata: assolute (dichiarazioni autoindizianti); relative alla fonte (informazioni confidenziali; documenti anonimi); relativi a singole prove (testimonianza sulle dichiarazioni rese dell'imputato nelle indagini); relative a singoli usi (dichiarazioni rese al giudice incompetente); relative alla persona (incidente probatorio su fatti relativi alla responsabilità di soggetti i cui difensori non sono presenti all'atto)<sup>56</sup>.

In questo elenco c'è qualcosa di strano perché alcune di tali regole, pur annoverate tra i divieti di ammissione, paiono piuttosto collocarsi nella fase dell'acquisizione<sup>57</sup>. Un conto insomma è il documento anonimo; un conto è la testimonianza già legittimamente ammessa, che risulta inutilizzabile se si sofferma su certi temi o investe la responsabilità di certe persone. C'è forse, anche in questo caso, una resistenza logico sintattica: parlare di "divieto di acquisizione" con riferimento a una prova ammissibile è incongruo se supponiamo che l'effetto dell'ammissione della prova sia proprio il dovere di acquisirla<sup>58</sup>. Ma, al di là di questo, è probabile che, per identificare il vizio, Cordero, più che alla fase in cui esso si colloca, guardi ai tratti distintivi del rimedio. Se la prova viene acquisita senza osservare lo schema prescritto dalla legge, in gioco è solo il *quomodo* della prova; dunque, di regola, occorre procedere nuovamente all'acquisizione. Se invece la prova viene acquisita in violazione

<sup>54</sup> CORDERO, *Procedura*, 1995, cit., 617

<sup>55</sup> CORDERO, *Procedura*, 1995, cit., 617. L'affermazione della necessità di un'espressa previsione di inutilizzabilità si discosta da quella che aveva contraddistinto la lettura del codice Rocco (in cui ammetteva la possibilità di ricavare un divieto probatorio dal sistema); si tratta di una lettura più formalista – se vogliamo – forse discutibile, ma comunque coerente con il principio di tassatività ricavabile dall'art. 606, lett. c), c.p.p., favorita dalla circostanza che nel nuovo codice la dichiarazione estorta cade sotto il divieto espresso di cui all'art. 188 c.p.p.

<sup>56</sup> CORDERO, *Procedura*, 1995, cit., 632-633.

<sup>57</sup> In questo senso vedi già CORDERO, *Note*, cit., 44, dove si afferma che le valutazioni d'inammissibilità possono riguardare anche il *quomodo* dell'operazione probatoria

<sup>58</sup> CORDERO, *Procedura*, 1995, cit., 615.

di un divieto, in gioco è l'*an* della prova: la rinnovazione dell'atto acquisitivo è impossibile, perché condurrebbe anche a una rinnovazione del vizio<sup>59</sup>.

Solo in due casi Cordero condivide la scelta codicistica di considerare inutilizzabile una prova in sé ammissibile, per vizi che riguardano esclusivamente l'operazione acquisitiva: si tratta della prova dichiarativa assunta ledendo la libertà morale del dichiarante e dell'intercettazione eseguita senza osservare i limiti indicati dall'art. 271 c.p.p.<sup>60</sup>. Probabilmente, la scelta di assoggettare tali patologie dell'acquisizione al regime dell'inutilizzabilità gli appare comunque coerente con la distinzione tra i vizi dell'*an* e del *quomodo* della prova: nel caso delle intercettazioni, perché si tratta di atti strutturalmente non ripetibili; nel caso della lesione della libertà morale, forse perché il pregiudizio ormai verificatosi contaminerebbe ogni eventuale futura deposizione, anche se condotta secondo le regole.

Se il termine 'inutilizzabilità' designa da un lato la condizione della prova che va esclusa e dall'altro il dovere del giudice di non valutarla, restano ancora da stabilire le qualifiche dei provvedimenti di ammissione e delle operazioni acquisitive che diano abusivamente ingresso di una prova vietata. Qui 'inutilizzabilità' appare effettivamente inadeguato. Ecco perché Cordero osserva che anche nel nuovo codice tali patologie continuano a essere innominate<sup>61</sup>.

Cordero ribadisce infine, anche con riferimento al codice del 1988, la dottrina della trasformazione dell'*error in procedendo* in *error in iudicando*: l'inosservanza del divieto di valutazione vizia la decisione solo se ne risulta un difetto di motivazione<sup>62</sup>.

6. *Profili critici*. Come risulta dall'esame fin qui condotto, il sistema corderiano, radicato nell'analisi formale messa a punto nel 1956 e mai più abbandonata, è molto compatto. Ci sono però tre aspetti che a mio avviso, proprio nella prospettiva metodologica del Maestro, potrebbero essere riconsiderati.

Il primo riguarda il piano dell'analisi formale. Mi riferisco in particolare alla centralità attribuita alla figura di qualificazione soggettiva del potere, che per Cordero ha un ruolo così importante nell'esame della fisiologia e della patologia della prova<sup>63</sup>.

<sup>59</sup> CORDERO, *Note*, cit., 53.

<sup>60</sup> CORDERO, *Procedura*, 1995, cit., 623-624 e 633.

<sup>61</sup> *Ibid.*, 622-623.

<sup>62</sup> *Ibid.*, 384, 633-634 e 658.

<sup>63</sup> «Che cosa significa "inammissibilità delle prove"? Significa che una regola del processo vieta al giudice di acquisire la prova [...]. Conviene risalire al concetto del potere istruttorio, la cui mancanza invalida l'atto»; così CORDERO, *Procedura*, 1987, cit., 929.

In primo luogo, va osservato che oggi molti teorici generali non annoverano tra le situazioni soggettive elementari il potere ma, piuttosto (tornando a un'opinione comune pre-kelseniana), il «permesso»<sup>64</sup>.

In secondo luogo, tutte le volte che si parla di 'potere', per riferirsi immediatamente anche agli ipotetici effetti della condotta conforme allo schema legale da parte del suo titolare (e cioè la costituzione ulteriori doveri o poteri), a ben guardare è possibile ravvisare un intreccio disciplinare (in verità assai comune), tale per cui la concreta realizzazione di una condotta indicata *in una prima norma* come facoltativa o anche doverosa, è prevista *in una seconda norma* quale fattispecie al ricorrere della quale sorge, quale effetto giuridico, in capo a un diverso soggetto una situazione giuridica riferita a un'ulteriore condotta<sup>65</sup>. Tale intreccio si differenzia da altri del tutto analoghi sul piano del contenuto, perché la prima condotta è caratterizzata dalla manifestazione di una pretesa; la seconda condotta dal fatto di corrispondere a tale pretesa<sup>66</sup>. Un esempio potrebbe essere proprio quello della sequenza tra richiesta di parte e provvedimento di ammissione della prova; invece di considerare la richiesta di prova alla stregua di un atto normativo idoneo a produrre l'effetto giuridico del dovere di ammissione del giudice, le esigenze dell'analisi formale potrebbero forse essere meglio soddisfatte sciogliendo l'intreccio e riconoscendo semplicemente due anelli di una sia pur peculiare catena procedimentale<sup>67</sup>.

<sup>64</sup> Vedi CONTE, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Torino, 1962, 10; FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. I. Teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007, 85-86 e 120-122; per una trattazione monografica tutta dedicata a sostenere l'autonomia rilevanza del permesso come modalità deontica, vedi POGGI, *Norme permissive*, Milano, 2004, *passim*.

<sup>65</sup> Vedi in questo senso già CAMMARATA, *Limiti*, cit., 414-415. secondo cui la *facultas agendi*, intesa come figura di qualificazione, sul piano dogmatico «costituisce il genere prossimo di una serie di tipi», ad es. facoltà, possibilità, potere, la cui classificazione «avviene sulla base di considerazioni attinenti all'elemento materiale», vale a dire ai presupposti e al contenuto; così si parla di "poteri", in relazione alle «facoltà in cui la situazione di fatto instaurata viene ipotizzata come situazione-presupposto di conseguenze giuridiche riferibili, prima che al soggetto facultato, ad altri soggetti». La possibilità di simili sequenze normative è ovviamente riconosciuta anche da Cordero, secondo cui nella fenomenologia del diritto «può accadere che quella stessa entità che fungeva da criterio di qualificazione, e quindi da norma, assuma il ruolo di fattispecie, e viceversa» (CORDERO, *Le situazioni soggettive*, cit., 53 e 61).

<sup>66</sup> In quest'ordine di idee vedi GUASTINI, *Norma giuridica (tipi e classificazioni)*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. civ.*, XII, Torino, 1995, 165-167.

<sup>67</sup> Cordero esemplifica la formula delle norme dinamico strumentali in questo modo: «Qualora Secundus realizzi un comportamento che risponda a questi ed a questi altri requisiti [...], si produrranno gli effetti x, y e z» (CORDERO, *Le situazioni soggettive*, cit., 198). In base a questa stessa rappresentazione, l'atto normativo - a ben guardare - compone la fattispecie al ricorrere della quale la norma ricollega taluni effetti (che in questo caso, sulla base di una considerazione psicologica, immaginiamo desiderati da Secundus). D'altra parte, un'esauriente comprensione di tale dinamica giuridica non potrebbe risultare dall'esclusiva considerazione di quella formula, degradando così tutti gli atti "propulsivi" a meri elementi di fatto, perché soltanto esaminando la norma concatenata antecedente possiamo sapere se il

Nell'edizione dell'87 della *Procedura* Cordero torna a interrogarsi sul punto, ma conferma la sua impostazione originaria, osservando che il concetto di 'potere' consente di cogliere alcuni aspetti importanti che diversamente, fermandosi al mero collegamento tra facoltà e dovere, si perderebbero<sup>68</sup>. Vanno però messi in evidenza due profili.

Sul piano della sua efficacia rappresentativa del dato positivo, il concetto di potere impone alcune inutili complicazioni. Ad es., dato che nel processo penale tutti gli atti del giudice e del pubblico ministero sono oggetto di una qualificazione giuridica in termini di dovere, Cordero è costretto ad affermare che, laddove tali atti siano per altro verso esercizio di un potere (riconoscibile dalla loro idoneità a porsi quale criterio di valutazione), ricorre il fenomeno della doppia qualificazione normativa, per cui ci sarebbero poteri-doveri (ad es. la richiesta di rinvio a giudizio) ed evidentemente, nell'ambito degli atti delle parti private, poteri il cui esercizio non è doveroso (ad es. la proposizione della querela)<sup>69</sup>. Forse la scomposizione del costrutto nella concatenazione tra due norme (di cui la prima ipotizza una condotta doverosa o facoltativa e la seconda preveda la sua concreta realizzazione quale fattispecie di un'ulteriore condotta doverosa) risulta più lineare<sup>70</sup>.

---

loro compimento sia ipotizzato quale effetto giuridico e dunque, nella specie, se l'atto di Secundus costituisca l'oggetto di un'ipotesi doverosa o facoltativa (o anche vietata).

<sup>68</sup> Vedi CORDERO, *Procedura*, 1987, cit., 409: «A prezzo di una certa fatica e con molte circonlocuzioni i poteri sono riducibili a frammenti di fenomeni più complessi descritti dal punto di vista del dovere: la formula "Mevio è titolare del potere d'impugnazione" equivale a "sono avvenuti fatti tali che, se Mevio proponesse un'impugnazione, il giudice dovrebbe decidere". Le obiezioni a tale riduzione secondo Cordero sono quattro: spostare il fuoco dell'attenzione sul dovere del giudice non toglie che Mevio sia comunque titolare di una situazione giuridica soggettiva; serve un maggior numero di parole per descrivere il meccanismo; non consente di distinguere nella vasta congerie di fatti che potrebbero essere previsti quali elementi di una fattispecie quelli costitutivi di un potere; vi sono dei casi nei quali il sorgere di un potere costituisce un effetto giuridico concluso (ad es. «quando Mevio conferisce a Filano una procura speciale per la proposizione di un gravame»). Tali obiezioni, del tutto condivisibili se si volesse semplicemente "degradare" l'esercizio del potere a mero presupposto di fatto dell'unica norma che statuisce un dovere, sarebbero superate - mi pare - se la formula iniziale fosse scomposta in due: 1 - Se avvengono alcuni fatti, Mevio può proporre impugnazione; 2 - Se Mevio propone un'impugnazione (conforme allo schema legale), il giudice deve decidere. La prima norma conferisce una facoltà; la seconda eleva il suo esercizio a elemento di una fattispecie costitutiva di un dovere. Anche in questa chiave di lettura Mevio è titolare di una situazione giuridica soggettiva, che può costituire un effetto concluso, ma può anche essere previsto (dalla norma consecutiva) quale elemento di fatto; e la descrizione in questi termini del fenomeno non è più "faticosa" dell'altra. Cordero, tuttavia, non può accogliere questa prospettiva perché, conformemente a un orientamento tradizionale tra i teorici generali, non riconosce alla "facoltà" il rango di situazione giuridica soggettiva (vedi ampiamente CORDERO, *Riti e sapienza*, cit., 209-210).

<sup>69</sup> CORDERO, *Le situazioni soggettive*, cit., 174.

<sup>70</sup> La teoria della doppia valutazione normativa risulta molto utile a Cordero per spiegare il fenomeno oggi ampiamente noto come irregolarità, in forza del quale non tutti i requisiti elencati nello schema

Inoltre, quanto all'asserita capacità del concetto di potere a rendere ragione del meccanismo dell'invalidità, va rilevato che in ambito procedimentale il fenomeno esorbita di gran lunga il ristretto ambito degli atti c.d. normativi, cioè quelli che contengono, recandola ad espressione, la statuizione dei propri effetti; consideriamo invalidi anche atti difformi dallo schema legale previsto da norme diverse da quelle che conferiscono un potere<sup>71</sup>. Serve una spiegazione più ampia.

Il secondo aspetto della sistematica corderiana che potrebbe essere riconsiderato riguarda la dogmatica dell'invalidità.

Contrariamente a quanto a volte si afferma, Cordero non risolve la nullità, intesa come istituto positivamente disciplinato dal codice di procedura penale, nella categoria teorico-generale dell'annullabilità. Questo vale solo per le invalidità della sentenza, la quale, se non impugnata, è efficace, cioè idonea al

---

legale dell'atto sono necessari per la produzione dei suoi effetti; secondo Cordero, infatti, spesso si registra uno scarto determinato dalla maggior complessità della norma statica-sostanziale, «che contiene una più estesa gamma di note individuatrici», rispetto allo schema dell'atto normativo: «il che spiega come si possa verificare il caso di un potere validamente esercitato, secondo modalità che configurano una condotta giuridicamente antidoverosa» (CORDERO, *Le situazioni soggettive*, cit., 177). Anche queste situazioni, però, possono essere (forse meglio) comprese, invece che postulando la sussistenza di due norme che (al ricorrere dei medesimi presupposti?) prefigurino due condotte parzialmente coincidenti come parametro per una valutazione in termini rispettivamente di dovere e di potere, riscontrando piuttosto una particolare concatenazione di due norme, tale per cui non tutti i requisiti della condotta doverosa o facoltativa descritta dalla prima sono previsti quali elementi della fattispecie dalla seconda.

<sup>71</sup> Ad es. predichiamo l'invalidità dell'atto compiuto in assenza del difensore nei casi in cui la sua partecipazione risulti necessaria (oggetto, perciò, di un dovere del difensore), ancorché tale partecipazione non costituisca certo un atto che rechi ad espressione i propri effetti. Per tenere conto anche di questo fenomeno, bisognerebbe allora scindere il fenomeno dell'invalidità in due: uno logicamente conseguente alla difformità del comportamento rispetto allo schema di un atto normativo; l'altro empiricamente conseguente alla difformità del comportamento rispetto allo schema di un atto soltanto doveroso, tale da non consentire l'integrazione della fattispecie prevista dalla norma consecutiva. Si tratterebbe però una ricostruzione piuttosto farraginoso (e perciò non conforme al criterio di economia logica noto come "rasoio di Occam", carissimo a Cordero, visto che la seconda ipotesi può ricomprendere anche la prima). Il problema, ovviamente, non è sfuggito allo stesso Cordero, il quale rileva che in alcune ipotesi di nullità codicistiche, ad es. quella comminata dall'art. 348 c.p.p. 1930 in caso di testimonianza dell'imputato, «manca il presupposto in riferimento a cui si parla di nullità in sede di teoria generale, giacché ci troviamo di fronte a un atto del tipo 'operazione', che non si presenta come la fattispecie di un autonomo effetto giuridico e meno che mai può essere ricondotto a quella matrice degli atti normativi rispetto ai quali si pone in tutta la sua portata il problema della valutazione in termini di validità-invalidità» (CORDERO, *L'inesistenza*, cit., 608). Il Maestro spiega il fenomeno rilevando che spesso la nomenclatura del codice, che ricorre all'uso del termine 'nullità', non corrisponde a quella che sarebbe corretta su un piano di teoria generale. Secondo lo stesso Cordero, tuttavia, l'acquisizione della prova costituisce un atto del tipo "operazione", la cui esecuzione in modo difforme dallo schema (ad esempio, nel caso delle intercettazioni, per l'inosservanza delle norme indicate dall'art. 271 c.p.p.), comporta l'inutilizzabilità, e perciò l'inefficacia dell'atto, proprio così come ci si aspetterebbe secondo i criteri della teoria generale.

giudicato. Con riferimento alle fasi del procedimento antecedenti alla sentenza, qual è la condizione dell'atto imperfetto? Nelle *Situazioni soggettive* si afferma che l'atto imperfetto è inefficace (ma idoneo a produrre i suoi effetti in caso di sopravvenienza di un fatto sanante che consenta l'integrazione di una fattispecie sussidiaria)<sup>72</sup>. Un anno dopo Cordero sembra ripiegare sull'idea dell'efficacia precaria, in quanto utile per descrivere empiricamente il «potere di invalidazione» che la legge processuale attribuisce al giudice<sup>73</sup>. Più tardi però si ritorna ad affermare che la difformità dallo schema legale, fino a che non venga pronunciata la sentenza, comporta sempre l'inefficacia dell'atto<sup>74</sup>. È forse una delle poche zone in cui il nitore tipico della rappresentazione corderiana sembra lasciare spazio a un poco di foschia.

Il punto è che quel «potere di invalidazione» attribuito al giudice al cospetto di un atto nullo è in effetti un dovere: nel processo penale il regime della nullità impone di provvedere alla rinnovazione dell'atto. Tale dovere che grava sul giudice costituisce una situazione soggettiva che non può non presupporre logicamente il perfezionamento di una propria fattispecie. L'atto individuato come «nullo», ovviamente inefficace rispetto alle fisiologiche conseguenze dell'atto perfetto (come impone la legge di interezza della fattispecie), costituisce dunque un *quid facti* previsto dalla legge (ed infatti a suo modo tipizzato), idoneo a costituire la premessa per l'applicazione di uno specifico trattamento terapeutico<sup>75</sup>.

Se si adotta questa chiave di lettura, tornando al tema della prova si fa fatica in effetti ad accostare il regime dell'inutilizzabilità a quello della nullità. Il divieto di valutazione conseguente al vizio dell'acquisizione esprime semplicemente la strutturale inefficacia dell'atto non conforme alla fattispecie, non costituisce un rimedio. D'altra parte, trattandosi di un vizio che non contamina la se-

<sup>72</sup> CORDERO, *Le situazioni soggettive*, nt. 32, 49.

<sup>73</sup> CORDERO, *L'inesistenza*, cit., 608. Sul concetto di efficacia precaria vedi CONSO, *Il concetto e le specie d'invalidità*, Milano, 1955, 49; *contra* vedi ampiamente CORDERO, *Le situazioni soggettive*, cit., 42-52.

<sup>74</sup> Vedi CORDERO, *Procedura*, 1987, cit., 863: «L'atto nullo per definizione *nullum producit effectum*; l'irrevocabilità del giudicato però ha trasformato il significato del termine: «certe nullità sono effettivamente tali - nel significato etimologico e comune della parola - ma soltanto tra il compimento dell'atto invalido e la pronuncia della sentenza; a questo punto sorge l'onere di impugnare, il cui inadempimento rende immutabile la decisione».

<sup>75</sup> In Cordero questa soluzione viene prospettata, ma respinta, seguendo Satta, con l'affermazione secondo cui «nessuno può permettersi di costruire accanto alla fattispecie dell'atto perfetto una fattispecie dell'atto imperfetto; perché nel momento stesso che la costruisce l'atto diventa perfetto» (SATTA, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, 258; CORDERO, *Le situazioni soggettive*, cit., nt. 32, 49). Per un approfondimento della prospettiva contraria, suggerita nel testo, con gli opportuni riferimenti bibliografici, vedi CAPONE, *L'invalidità nel processo penale. Tra teoria e dogmatica*, Assago, 2012, 160 ss.

quenza procedimentale, relativo ad atti che possono essere semplicemente ignorati, uno specifico trattamento terapeutico non è nemmeno indispensabile. Sotto questo profilo, la scelta del legislatore di limitarsi a indicare le ipotesi nelle quali la prova è inutilizzabile, cioè inefficace, senza attardarsi a predisporre un'apposita disciplina del vizio del provvedimento ammissivo o acquisitivo, risulta tutto sommato dogmaticamente felice<sup>76</sup>.

L'ultimo aspetto da riconsiderare è quello relativo all'invalidità derivata nel procedimento probatorio. Secondo Cordero - come abbiamo visto - i vizi dell'ammissione o dell'acquisizione della prova non si propagano alla sentenza<sup>77</sup>: l'uso della prova vietata in tanto rileva davanti al giudice dell'impugnazione «in quanto si ripercuota in un difetto di motivazione: il che avverrebbe se, estirpato il dato istruttorio invalidamente acquisito, la motivazione non si giustificasse sulla base delle altre risultanze»<sup>78</sup>.

Il meccanismo è correttamente descritto, ma l'inquadramento lascia perplessi. Un conto è affermare che l'inosservanza del divieto di valutazione è empiricamente rilevabile non nella mente del giudice, che è insondabile, ma soltanto dalla trama della motivazione; un conto è affermare, in punto di diritto, che l'*error in procedendo* si trasforma in *error in iudicando*. L'inefficacia della prova non scolora davanti al giudice, che è proprio colui che è chiamato a valutarla, né la violazione della regola può valere come sanatoria. Se il giudice decidesse sulla base della prova inutilizzabile, la sua condotta non sarebbe conforme allo schema legale della decisione, come ribadisce a scanso di equivoci l'art. 526 c.p.p.

Immaginando che il giudice, invece di tenerla fuori dal quadro decisorio, l'abbia invece considerata, una volta impugnata la sentenza, occorre senza dubbio «estirpare il dato istruttorio invalidamente acquisito»; ma questo significa proprio - fuor di metafora - riconoscere che il vizio ha contaminato la decisione. Poi, per arrivare in tempi rapidi a una nuova sentenza, intanto si verifica se le altre risultanze giustificano comunque il medesimo esito; questo però mi sembra piuttosto il primo punto di un giudizio rescissorio.

---

<sup>76</sup> In questo senso appare del tutto condivisibile la rivendicazione da parte di Amodio dell'utilità di una figura positiva idonea ad abbracciare tutte le ipotesi di divieto di valutazione, indipendentemente dalle diverse cause processuali di tale divieto, uniformandone il regime di rilevanza (vedi AMODIO, *La legittimità probatoria*, cit., 10).

<sup>77</sup> Vedi CORDERO, *Procedura*, 1995, cit., 384: con riferimento agli atti propulsivi «i vizi dell'antecedente passano ai conseguenti (art. 185)». Ad altri atti, eventuali, manca questa funzione dinamica e qui non è configurabile un'invalidità derivata o diffusa. Stiamo parlando delle prove».

<sup>78</sup> CORDERO, *Note*, cit., 106-107.