

CRISTIANA VALENTINI, *La prova decisiva*.

PROBLEMI ATTUALI DELLA GIUSTIZIA PENALE
Studi raccolti da ANGELO GIARDA – GIORGIO SPANGHER – PAOLO TONINI

CRISTIANA VALENTINI

LA PROVA DECISIVA



CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI

2012

QUESTO VOLUME È ANCHE ONLINE

Consultalo gratuitamente ne "La Mia Biblioteca", la prima biblioteca professionale in the cloud con le pubblicazioni di **CEDAM**, **UTET Giuridica**, **IPSOA**. Grazie al suo evoluto sistema di ricerca puoi accedere ai tuoi scaffali virtuali e ritrovare tra i tuoi libri la soluzione che cerchi da PC, iPad o altri tablet. Ovunque tu sia.

Per conoscere le modalità di accesso al servizio e consultare il volume online collegati a www.lamiabiblioteca.com e clicca su "Richiedi la tua password".

La consultazione online viene offerta all'acquirente del presente volume a titolo completamente gratuito ed a fini promozionali del servizio "La Mia Biblioteca" e potrebbe essere soggetta a revoca da parte dell'Editore.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

Copyright 2012 Wolters Kluwer Italia S.r.l.

ISBN 978-88-13-31493-4

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento totale o parziale, con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche), sono riservati per tutti i Paesi.

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5 della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le riproduzioni diverse da quelle sopra indicate (per uso non personale – cioè, a titolo esemplificativo, commerciale, economico o professionale – e/o oltre il limite del 15%) potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da EDISER Srl, società di servizi dell'Associazione Italiana Editori, attraverso il marchio CLEARedi Centro Licenze e Autorizzazioni Riproduzioni Editoriali. Informazioni: www.clearedi.org.

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali involontari errori o inesattezze.

Stampato in Italia - Printed in Italy

Stampato da L.E.G.O. S.p.A. - Lavis (TN)

*Ad Alessandro e ad Emanuele,
perché sono il futuro
e per esso siamo qui che ragioniamo.*

INDICE-SOMMARIO

CAPITOLO I EMERSIONE DEL CONCETTO

1.	Linguaggio	1
2.	Lessico legislativo	2
3.	Antecedenti	8
4.	Conseguenze	12
5.	La prova decisiva nel codice di rito civile	18
6.	... e nel vocabolario europeo	24

CAPITOLO II EVOLUZIONI GIURISPRUDENZIALI

1.	Manifestazioni <i>ante</i> riforma.....	35
2.	Vent'anni di massime	41
3.	Sei mesi di sentenze: a) orientamento restrittivo	48
4.	...b) orientamento "garantista"	58
5.	...c) forme sfuggenti.....	61

CAPITOLO III AMMISSIONE DELLA PROVA

1.	Elementi accidentali del <i>sub</i> procedimento d'ammissione della prova	65
2.	Elementi essenziali: la prova "rilevante" (e non superflua)	78
3.	Fattispecie ammissive problematiche: a) la perizia	88
4.	...b) l'esperimento giudiziale.....	107
5.	...c) l'esame dell'imputato.....	118

6.	Provvisorie conclusioni.....	127
----	------------------------------	-----

CAPITOLO IV ANALISI LOGICA

1.	Norma in evoluzione.....	133
2.	I tratti caratteristici dell' <i>error in procedendo</i> previsto dall'art. 606, 1° comma, lett. d), c.p.p.: a) la «mancata assunzione» della prova.....	141
3.	Violazioni processuali in corso di assunzione della prova: casi in cui il vizio si trasforma in un'ipotesi di mancata assunzione della prova decisiva.....	145
4.	... b) mancata assunzione di una prova richiesta nei «casi previsti dall'art. 495, 2° comma, c.p.p.» ...	167

CAPITOLO V PROVA DECISIVA ED INFLUENZE CONCETTUALI

1.	Errore “causale” o “essenziale” ed errore “decisivo”.....	183
2.	La causalità/decisività come nesso tra motivazione e dispositivo.....	193
3.	Universi contigui: gli errori <i>in procedendo</i> di cui all'art. 606, 1° comma, lett. c), c.p.p.	210
4.	Decisività della prova negata: una conclusione inevitabile.....	232

	<i>Bibliografia</i>	251
--	---------------------------	-----

CAPITOLO I

EMERSIONE DEL CONCETTO

SOMMARIO: 1. Linguaggio – 2. Lessico legislativo – 3. Antecedenti – 4. Conseguenze – 5. La prova decisiva nel codice di rito civile – 6. ...e nel vocabolario europeo

1. LINGUAGGIO

Decisivo: l'attributo circola scorrevole nel lessico quotidiano; «il processo di pace in Darfur si trova a vivere un momento decisivo» secondo le testuali parole del rappresentante speciale congiunto della missione di pace dell'Unione Africana e dell'Unamid¹ e «omofobia: la legge al voto decisivo» titola la rassegna stampa del Partito Democratico²; ma leggiamo ancora che «l'Emilia Romagna dice no al nucleare; decisivo il Movimento 5 Stelle»³.

È tale l'apparente univocità di significato dell'aggettivo che esso appare adoperato con encomiabile *nonchalance* nei contesti più disparati, ma sempre ad indicare l'elemento determinante in una particolare contingenza.

Piano risulta, in effetti, anche il relativo significato alla ricerca su vocabolario: decisivo è ciò che conclude un

¹ Articolo del 29 luglio 2010 su www.unimondo.org

² Rassegna stampa del 26 luglio 2011 su www.partitodemocratico.it

³ Articolo del 6 novembre 2010, su www.openjournalist.com

confronto, una riflessione⁴ o anche ciò che ha capacità e forza di decidere, che vale a decidere, secondo altro noto lessico⁵, il quale, a mo' di uso esemplare, riporta le seguenti frasi: «il potere decisivo del giudice; prove decisive contro l'accusato».

Un autorevole dizionario etimologico⁶ indica, sulla scorta della provenienza latina, il significato primevo ossia «tagliar via, mozzare» e aggiunge poi «risolvere, definire; riferito a lite, controversia, questione e simile [assimilando di cotal guisa la questione da risolvere al nodo gordiano reciso da Alessandro il Macedone]...».

L'interessante spunto colto dall'esperto di etimologia nel paragone con il taglio mitologico, ci rimanda ad un'immagine diremmo emotivamente coerente con l'uso spicciolo.

L'interrogativo prossimo conduce senza mediazioni al tema dell'indagine, ovvero cos'è la prova decisiva; e ancora: l'uso del termine nell'universo processual-penalistico è, a sua volta, coerente con l'uso comune e l'etimo?

2. LESSICO LEGISLATIVO

L'aggettivo non compare affatto – unito al sostantivo “prova”, o in contesti immediatamente comparabili – nel testo del codice di procedura penale pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 48 del 27 febbraio 1913 e neppure all'interno del codice di procedura penale di Alfredo Rocco⁷. Non appare, a dire il vero, nel primo codice di rito

⁴ Cfr. SABATINI COLLETTI, *Dizionario della lingua italiana*, Rizzoli LaRousse, ed. 2007, voce “Decisivo”.

⁵ V. GABRIELLI, *Grande dizionario italiano*, Hoepli, ed. 2011, voce “Decisivo”.

⁶ PIANIGIANI, *Vocabolario etimologico della lingua italiana*, Vol. I, Società editrice Dante Alighieri, ed. 1907, lemma “Decidere”.

⁷ È il caso di anticipare sin d'ora che il termine “decisivo” si trova adoperato all'interno del codice di procedura penale 1930 nel contesto dell'art. 538, denominato “Rettificazione d'errori non determinanti

dell'Italia Unita⁸ e neppure – per quanto verificabile ad una ricerca che, in tal direzione, dovrebbe più opportunamente essere condotta da uno storico – in quelli pre-unitari⁹.

La sua manifestazione, tra le scelte linguistiche del legislatore, è, in realtà, agevolmente databile: nel testo dell'art. 599, 1° comma, lett. d) del Progetto preliminare 1988, risulta inserito, tra i casi di ricorso per cassazione, quello cagionato da «*mancata assunzione di una prova*

annullamento”, il cui primo comma recitava: «gli errori di diritto nella motivazione e le erronee indicazioni di testi di legge non producono l'annullamento della sentenza impugnata, se non hanno avuto influenza *decisiva* sul dispositivo». Merita d'essere pure notato come la disposizione in parola costituisca sostanziale riproduzione dell'art. 531, 1° comma, c.p.p. 1913, ai cui sensi «gli errori di diritto nella motivazione e le erronee indicazioni di testi di legge non danno causa all'annullamento della sentenza se non abbiano avuto influenza sul dispositivo»; testo identico, come si nota, ad eccezione, appunto, della giunta dell'aggettivo di cui si discute. Sulle vicissitudini della norma nel passaggio dal codice del 1913 a quello del 1930, si veda BARGIS, *Rettificazione e merito nel giudizio di cassazione penale*, Milano, 1989, p. 24 e ss.

⁸ Del resto, non solo nulla si trova nel testo del *Codice di procedura penale del Regno d'Italia*, ma neanche esaminando il BORSANI-CASORATI, *Codice di procedura penale italiano commentato*, Vol. VI, Milano, 1884, *passim*. Indichiamo, per completezza, che nel coevo testo del CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Lucca, ed. 1867, p. 36, si rintraccia l'espressione «prova completa del delitto», in particolare laddove si parla della prova documentale e di come sia «difficile concepire un documento che possa, *di per sé solo*, bastare al processo e porgere prova completa del delitto» (corsivo dell'autore).

⁹ Tra i quali si segnala la peculiare esperienza del codice c.d. Romagnosi, datato 1807, su cui v. DEZZA, *Il codice di procedura penale del Regno Italico (1807)*, Padova, 1983, p. 151 e ss. Neppure pare rintracciabile un concetto analogo a quello di “prova decisiva” nel bel volume di PAGANO, *Principi del codice penale e logica de' probabili*, Napoli, 1828, e ciò nonostante lo spirito evoluto dell'autore sia tale da indurlo a scrivere, tra l'altro, «codesta legge medesima n'indica qual conto debbas tenere della confessione de' rei. Ella forma un indizio, e non già una dimostrazione. Forza è, che per altra prova venga appoggiata» (p. 102).

decisiva, quando la parte ne abbia fatto richiesta ai sensi dell'art. 489 comma 2».

Si tratta, in tutta evidenza, di un fraseggio identico a quello destinato a contraddistinguere il tenore dell'art. 606 del nuovo codice di procedura penale, e la Relazione al Progetto 1988 ne spiega il senso: «anche la lettera d) corrisponde ad una logica di depurazione del vizio di motivazione da possibili deviazioni della decisione che traggono origine dalla violazione di norme processuali. Perciò costituisce autonomo motivo di ricorso la lesione del diritto alla prova che gli artt. 190 e 489 del Progetto riconoscono alla parti in attuazione dell'art. 6 lett. d) Convenzione europea dei diritti dell'uomo (richiamato dal comma 1 dell'art. 2 legge-delega) e delle direttive 3, 69 e 75 della stessa legge-delega».

Spiegando poi la distanza del testo da quello risultante nel Progetto preliminare 1978, la Relazione chiarisce che «non è l'omesso esame dell'istanza, bensì la mancata assunzione di una prova richiesta dalle parti ai sensi dell'art. 489 comma 2 (diritto alla controprova) a costituire un autonomo *error in procedendo*, sebbene esso rilevi solo quando quella prova, confrontata con le ragioni addotte a sostegno della sentenza (motivazione), risulti essere “decisiva” nel senso che avrebbe potuto determinare una decisione diversa. E la valutazione di decisività sarà, evidentemente, compiuta accertando se i fatti indicati dalla parte nella richiesta di prova... siano tali da inficiare le argomentazioni poste a base della decisione di merito»; insomma, conclude sul punto la Relazione, «si è stabilito che la violazione del contraddittorio non valga in astratto e in ogni caso, ma solo quando abbia inciso effettivamente sul convincimento del giudice»¹⁰.

Alla lettura, l'interprete nota immediatamente alcuni dati di fatto: il testo viene spiegato come forma di tutela di

¹⁰ Così la Relazione al Progetto preliminare del 1988 in CONSO-GREVI-NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, Vol. IV, *Il progetto preliminare del 1988*, Padova, 1990, p. 1322.

un diritto alla prova cui, in omaggio alla CEDU e in contrasto con la giurisprudenza dominante¹¹, la legge-delega intendeva dare finalmente compiuto sviluppo e, proprio al fine di offrire più completa protezione al diritto, le modalità della medesima non dovevano passare attraverso il vizio di motivazione, inteso, nel particolare contesto, come omessa o carente pronunzia sulle istanze di parte; all'apparente ampiezza e perfezione tecnica della garanzia segue, però, l'esplicitazione di un limite, configurato tramite l'attributo di decisività chiamato ad assistere la prova omessa.

Lo scarso approfondimento della chiosa al punto in parola è un dato ulteriore di cui tener conto nell'analisi: poiché la violazione del contraddittorio «non vale in astratto e in ogni caso, ma solo quando abbia inciso effettivamente sul convincimento del giudice», ne deriverebbe che la prova omessa dev'esser stata prospettata dalla parte come una recante fatti «tali da inficiare le argomentazioni poste a base della decisione di merito»; il primo assunto è una petizione di principio o, per meglio dire, una precisa scelta del legislatore delle cui ragioni non si dà contezza alcuna; la conseguenza di quell'assunto corrisponde ad un'altra opzione legislativa tanto grave, quando priva di qualsivoglia sostrato motivazionale: in poche battute, dunque, il legislatore del Progetto preliminare ha limitato l'estensione del diritto al

¹¹ Il senso della contrapposizione agli orientamenti giurisprudenziali dell'epoca è reso palese dalla stessa Relazione e nel medesimo contesto esplicativo, laddove, in particolare, enuncia: «nel sistema attuale, secondo la prevalente giurisprudenza, il potere del giudice di decidere circa la rilevanza e l'ammissibilità delle prove non contrasta con l'art. 6 lett. d della citata Convenzione (diritto di ottenere la convocazione e l'interrogazione dei testimoni a discarico), sicché la mancata assunzione di una prova non costituisce, di per sé, violazione della legge processuale e può essere dedotta come motivo di ricorso per cassazione solo quando abbia dato luogo ad un vizio di motivazione, in genere ravvisato in affermazioni apodittiche o in travisamento dei fatti»; cfr. CONSO-GREVI-NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, Vol. IV, cit., p. 1322.

contraddittorio per la prova e, contestualmente, ne ha agganciato la tutela a quella ricostruzione postuma degli accadimenti processuali che è la motivazione del giudice.

La norma passa indenne e senza spiegazioni ulteriori al testo definitivo del codice, ma, d'altronde, neppure tra i pareri rilasciati sul Progetto preliminare si trova traccia di una reale critica alle scelte legislative che concretamente segnano significativi limiti tanto al canone del contraddittorio, quanto al diritto alla prova; di fatto solo il parere rilasciato dal Consiglio Nazionale Forense fa mostra di una lieve censura, allorquando nota: «da accogliersi favorevolmente è la disposizione espressa alla lettera d), dove si riconosce come motivo autonomo di ricorso la mancata assunzione di una prova decisiva. Si apprezza la volontà di volgere nel concreto di una trasgressione ciò che, nel sistema vigente, è rimasto confinato nella indeterminatezza dell'obbligo specifico della motivazione. È ben vero che, laddove è scritto che la prova non assunta debba essere “decisiva” per dar corpo al motivo d'impugnazione, s'è aperto un varco al ripresentarsi dell'inconveniente lamentato, ma la novità va ugualmente accolta con favore come nobile espediente per riaffermare un principio valido»¹².

Critica sommessa, come si diceva, in un contesto che di fatto plaude alla novità molto più di quanto ne noti i difetti: forse l'abitudine all'irrelevanza del contraddittorio in punto di prova e l'assuefazione al monopolio del giudice nella ricostruzione del fatto, nuocevano alla serenità del vaglio sul *novum*.

Occorrerà naturalmente tornare *funditus* sul punto – analizzarlo è anzi lo scopo del presente lavoro – ma sin d'ora merita rilevare quanto quegli esigui margini al controllo sull'esercizio del diritto alla prova, configurati dal testo e confortati dalla relazione, appaiono oggi e apparissero già allora profondamente (e curiosamente)

¹² Così il parere del Consiglio Nazionale Forense in CONSO-GREVI-NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, Vol. IV, cit., p. 1329.

contrastanti con le parole spese proprio dal Guardasigilli del nuovo codice, Giuliano VASSALLI, nel corso dell'*iter* legislativo sulle direttive; durante una discussione in senato, in epoca assai vicina alla futura produzione codicistica – seduta del 21 novembre 1986 – così si esprimeva il sen. Vassalli: «per mio convincimento personale, ritengo che non sia possibile mai sapere prima se un mezzo di prova sia irrilevante, manifestamente o meno, o sia estraneo. Penso che la valutazione si possa fare solo dopo che lo si è espletato e penso altresì che lo spirito della Convenzione europea sui diritti dell'uomo, quando dice che devono essere ammesse tutte le prove a discarico, nei casi in cui ci sono prove a carico, sia quello di non permettere nessuna preclusione previa da parte del magistrato. Di una prova, infatti, se sia rilevante o estranea, si può sapere solo quando questa prova sia stata espletata. Questi apriorismi che danno un'enorme potestà, quale hanno sempre avuta i nostri magistrati, non mi sembrano conformi né ad un retto processo né alla Convenzione sui diritti dell'uomo»¹³. Parole limpide, insuscettibili di fraintendimenti, che colgono già per intero l'apice del problema cagionato dal futuro testo dell'art. 606, 1° comma, lett. d), c.p.p.: è impossibile valutare l'effettiva rilevanza di una prova in un momento anteriore alla sua assunzione; donde una prima, pesante, ipoteca sulla sostenibilità di un testo che conduce a valutare la decisività di una prova mai acquisita con il panorama delle altre, assunte, valutate e chiamate a fondare la decisione impugnata.

¹³ Tale l'intervento del sen. Vassalli, nella seduta sopra indicata, in sede di esame degli emendamenti alla direttiva n. 69 (disciplina della materia della prova in modo idoneo a garantire il diritto del pubblico ministero e delle parti private ad ottenere l'ammissione e l'acquisizione dei mezzi di prova richiesti, salvi casi manifesti di estraneità e irrilevanza), leggibile in CONSO-GREVI-NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura*, cit., Vol. III, *Le direttive della delega per l'emanazione del nuovo codice*, Padova, 1990, p. 623.

3. ANTECEDENTI

Come si accennava, il Progetto preliminare 1978 non contiene segno alcuno del concetto di prova decisiva, seppur nell'ambito di un'auspicata riforma del ricorso per cassazione; ivi si parlava, peraltro, di «omesso esame delle richieste delle parti ovvero delle prove contrarie a quelle poste a base della decisione»: tale era il testo dell'art. 569, 1° comma, n. 4, consacrato ai motivi di ricorso attingenti la motivazione, nel dichiarato intento generale di restituire alla Corte il suo compito nomofilattico¹⁴.

In quella parte della Relazione al Progetto preliminare 1978, dedicata ad esplicitare le ragioni che avevano indotto il legislatore a configurare nei termini accennati il ricorso per vizi afferenti alla parte motiva della sentenza, si legge in effetti che «per contenere la spinta dei ricorsi senza giungere ad una drastica esclusione dei difetti di motivazione dall'ambito dei motivi di ricorso... la Commissione ha ritenuto di limitare la deducibilità del vizio ai soli casi in cui questo sia deducibile dal testo della sentenza o dell'ordinanza impugnata... Non potrà quindi avere ingresso in cassazione l'intera fascia dei vizi come l'omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio, il travisamento del fatto ed il vizio logico, che sono oggi dedotti dal ricorrente, ed accertati dalla corte, facendo leva sul confronto tra sentenza e verbale di dibattimento o verbali istruttori. Questa regola subisce due eccezioni, con riguardo all'omesso esame di richieste delle parti, che potrà essere dedotto allegando il contenuto del verbale di dibattimento o dei motivi di appello, nonché all'omesso esame di prove contrarie a quelle poste a base della decisione»¹⁵.

¹⁴ Così, esplicitamente, la Relazione al Progetto 1978, in CONSO-GREVI-NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura*, cit., Vol. I, *La legge delega del 1974 e il progetto preliminare del 1978*, Padova, 1989, p. 1299.

¹⁵ Relazione al Progetto preliminare 1978, in CONSO-GREVI-NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, Vol. I, cit., p. 1303.

La versione del Progetto preliminare 1978 tentava, dunque, di rendere giustizia a due contestuali esigenze: da un lato, s'intendeva addivenire al contenimento del numero dei ricorsi e, soprattutto, ovviare alla denunziata deriva della Corte verso un ruolo di terza istanza sul merito, promanante – secondo autorevoli voci¹⁶ – dall'inevitabile approccio al fatto, realizzato in quel riesame del fascicolo processuale indispensabile per il vaglio su dati difetti della motivazione; dall'altro, appariva fondamentale predisporre un baluardo tale da evitare che la motivazione medesima divenisse uno schermo idoneo ad occultare gravi pecche del contraddittorio, cagionate da omissioni nella valutazione o, prima ancora, nell'ammissione ed acquisizione delle prove.

Lo strumento appariva, in effetti, semplice: se verbale e/o atto d'impugnazione costituivano prova indelebile del fatto configurato dall'avvenuta presentazione dell'istanza di parte, alla Corte sarebbe rimasto affidato esclusivamente il vaglio sulla realizzazione della richiesta di parte – dunque su un fatto puramente processuale – e quello sulla rilevanza della medesima; d'altra parte con il ricorso per «omesso esame di prove contrarie» rispetto a quelle poste a base della decisione, si proponeva alla Corte di censurare i casi in cui la prova risultava ammessa e acquisita, ma poi dimenticata nel disegno ricostruttivo della sentenza.

La configurazione non era perfetta e, di primo acchito, esponeva un buco logico che rischiava di essere colmato da una giurisprudenza troppo spesso autodidatta in senso retrivo: posto che, ovviamente, non ogni richiesta di parte – anche la più divagante o platealmente superflua, purché realmente proposta – poteva risultare idonea a cagionare l'annullamento della sentenza, risultava sottinteso nella disposizione che la Corte adita fosse chiamata a verificare pure la rilevanza dell'istanza negletta; essendo, però, implicito il requisito, esso avrebbe offerto il destro a

¹⁶ Per tutti v. AMODIO, voce *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. Dir.*, Vol. XXVII, Milano, 1977, p. 181 e ss.

qualsivoglia esegesi: irrilevante o manifestamente irrilevante? E rilevante rispetto al materiale probatorio dedotto nelle iniziali richieste di parte o a quello successivamente acquisito? O non piuttosto rispetto al materiale cognitivo concretamente adoperato dal giudice ai fini del decidere?

Insomma: un prodotto normativo perfettibile, ma che esprimeva chiara la sua esigenza principale ovvero quella di consentire un serio controllo sull'ottemperanza dei giudici del merito alle regole del contraddittorio in materia di prova.

Sul testo si riversano commenti variegati: vi è chi plaude alla novità, ravvisando in essa un equilibrato punto d'incontro tra l'esigenza di contenere le funzioni della Corte e quella di non castrarne il ruolo di tutela dello *jus litigatoris*¹⁷; altrove si lamenta che il nuovo tenore normativo possa finire con l'apporre limiti eccessivi al ricorso per vizi afferenti alla motivazione¹⁸.

Una sola voce reca critiche decisamente aspre: «la condizione che la mancanza o la contraddittorietà della motivazione dipenda dall'omesso esame delle richieste delle parti ovvero delle prove contrarie a quelle poste a base della decisione, pur nella sua obiettiva determinatezza, riapre la via a quel "riesame" che si sarebbe voluto evitare» tuona senza mezzi termini proprio il parere del Supremo Consesso destinato ad applicare il potenziale *novum*; essa «determina per la Corte l'onere di un meticoloso controllo degli atti (in particolare, dell'estremamente complesso nuovo verbale d'udienza) in cui tali elementi (richieste e prove) devono essere contenuti, con l'obbligo di effettuare una valutazione circa

¹⁷ Così i Consigli giudiziari presso le Corti d'appello di Roma, Perugia e Napoli, in CONSO-GREVI-NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati*, Vol. I, cit., p. 1306-1307.

¹⁸ In questi termini i pareri della Commissione consultiva e del Consiglio nazionale forense in CONSO-GREVI-NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, Vol. I, cit., rispettivamente p. 1304 e p. 1308.

la rispondenza della motivazione censurata in rapporto agli elementi medesimi, valutazione che – attesa la dichiarata rilevanza della “contraddittorietà” – non può non estendersi all’esame del vizio logico. Da ciò può derivare, da un lato, la temuta propensione ad attribuire alla Corte un ruolo di giudice di terza istanza, deplorata dalla stessa Commissione ministeriale, attraverso una valutazione tendenziale di merito sulla logicità e adeguatezza della motivazione in rapporto alle risultanze processuali, dall’altro la pregiudizievole conseguenza che debba annullarsi la decisione impugnata per mancanza di motivazione ogni qualvolta risulti in essa omesso lo specifico esame di ogni singola richiesta o prova, laddove attualmente la giurisprudenza esclude la nullità ogni qualvolta, dal complesso delle argomentazioni addotte, l’esame delle richieste o prove disattese possa ritenersi implicitamente effettuato dai giudici di merito»¹⁹.

Dove mirino gli estensori del pensiero è abbastanza evidente; certo, si parla della «temuta propensione» della Corte ad assumere un ruolo di terza istanza, ma quel che preme evitare è l’ipotesi delineata, con ampio profluvio di parole, nel passaggio successivo: si tratta della «pregiudizievole conseguenza» derivante dal fatto che la Corte si trovi costretta ad annullare tutte le volte in cui il giudice del merito abbia ignorato istanze o richieste di parte, senza darne esplicito e ragionevole conto; *questa* è l’ipotesi inaccettabile, non altra; che al giudice venga sottratto il potere di tacere su ciò che, nell’esercizio del suo sovrano discernimento, abbia trovato soverchio o inopportuno²⁰.

¹⁹ Così il Parere della Corte di cassazione in CONSO-GREVI-NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, Vol. I, cit., p. 1305.

²⁰ Sovvengono, qui, inevitabilmente le parole di TARUFFO, voce *Motivazione della sentenza civile (controllo della)*, in *Enc. Dir.*, Agg. III, Milano, 1999, p. 785, dove, senza mezzi termini, si rileva: «la giurisprudenza della Corte di cassazione sembra assai corriva nel consentire motivazioni assenti o largamente incomplete dell’accertamento dei fatti. Infrequenti sono infatti le decisioni in cui si

In poche parole, quel che appare criticabile è esattamente l'auspicio del Ministro Guardasigilli, ovvero il contenimento di quella «enorme potestà, quale hanno sempre avuta i nostri magistrati»²¹: appunto decidere, tagliare il famoso nodo gordiano, senza rendere (verificabile) conto delle ragioni della scelta.

4. CONSEGUENZE

Vale la pena di tirare le fila del discorso: nel Progetto preliminare del 1978, i casi di ricorso per cassazione non erano stati oggetto di direttiva alcuna, così come doveva accadere con la successiva legge-delega²²; lumeggiava, peraltro, nella Relazione dell'epoca l'idea di una riforma che fosse idonea a contenere il numero vieppiù ingombrante delle impugnazioni innanzi al Supremo Consesso, come pure a restituire la Corte al suo ruolo –

richiede che il giudice indichi specificamente le prove su cui ha fondato la sua decisione e i relativi criteri di valutazione».

²¹ Sono le parole, già riportate *supra*, pronunziate da Vassalli in sede di discussione sugli emendamenti proposti alla legge-delega in materia di diritto alla prova.

²² Come noto, il testo del codice di procedura penale vigente è stato oggetto di critiche autorevoli e significative proprio per l'assenza di un'organica disciplina delle impugnazioni, che lasciasse seguire al “nuovo” giudizio di prime cure fasi successive coerenti con gli intenti riformatori. Cfr., con varietà di accenti e di tempi, CHIAVARIO, *Nel nuovo regime delle impugnazioni i limiti ed i mancati equilibri di una riforma*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. da Chiavario, Vol. VI, Torino, 1991, p. 3 e ss.; MENNA, *Il giudizio d'appello*, Napoli, 1995, *passim*; PERONI, *L'istruzione dibattimentale nel giudizio d'appello*, Padova, 1995, p. 67; SPANGHER, voce *Appello*, in *Enc. Giur.*, Vol. II, Roma, Agg. 1991, p. 1 e ss.; TRANCHINA e DI CHIARA, voce *Appello (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, Agg. III, 1999, p. 200 e ss.; da ultimo, sul punto, in peculiare prospettiva, v. CARNEVALE, *Il filtro in cassazione: verso una selezione innaturale dei ricorsi penali*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2011, p. 859 e ss., nonché MAFFEO, *Riflessioni sul rapporto tra domanda di parte e poteri di cognizione nel giudizio di appello*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2012, p. 95 e ss.

assunto come tipico²³ – di giudice della pura legittimità: il tutto al contempo prestando dovuta tutela ad un diritto alla prova che doveva essere destinato a diventare il fulcro del nuovo rito²⁴.

Al centro di questo ambizioso programma stava la convinzione che il diritto alla prova dovesse e potesse essere difeso da eventuali abusi commessi nel giudizio di merito e che la difesa fosse costretta a servirsi dello *speculum* della motivazione; di qui l'approntamento di un motivo di ricorso che proprio sulle violazioni del diritto alla prova giocava, tutta intera, la partita dell'unico vizio motivazionale che consentisse alla Corte l'accesso al fascicolo: decisiva doveva essere l'allegazione di un difetto cagionato dall'omesso esame delle richieste di parte ovvero delle prove contrarie rispetto a quelle poste a base del *decisum*.

Si è visto come a quel Progetto si fossero opposti timori di una restrizione eccessiva delle possibilità di ricorso e di tutela dello *jus litigatoris*, mentre l'unica critica serrata era contenuta nel parere espresso dalla Corte

²³ È implicito, nella frase, il riferimento a quelle significative correnti di pensiero che, da tempi anteriori a quelli della redazione del primo codice di rito penale dell'Italia unita, proponevano – con accenti ora solo politicamente connotati, ora densi di rilievi tecnici di pregevole fattura – l'idea che la Corte di cassazione non fosse ineluttabilmente organo di pura legittimità e che, al contrario, nulla ostasse all'ipotesi che essa assumesse i tratti della “terza istanza”. Sul punto merita accorta riflessione il recente studio di PANZAROLA, *La Cassazione civile giudice del merito*, Torino, 2005, in particolare Tomo I, *passim*. Ma non vanno trascurate neppure le sempre recenti e provocatorie considerazioni di VERDE, *In difesa dello jus litigatoris (sulla cassazione come è e come si vorrebbe che fosse)*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2008, p. 1 e ss. Per una decisa negazione dell'idea che la Corte abbia effettivamente posseduto – nelle sue lontane origini – la funzione c.d. nomofilattica, v. poi, di nuovo in un contributo assai recente, RICCI, *La suprema corte tra funzione nomofilattica e tutela dello jus litigatoris. Il problema alla luce del controllo della motivazione*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2009, p. 571 e ss.

²⁴ Diritto calpestato in variegata natura, come reso evidente nelle dense e note pagine di VASSALLI, *Il diritto alla prova nel processo penale*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1968, p. 3 e ss.

di cassazione, secondo cui la riforma avrebbe costretto la Corte medesima ad annullare la sentenza impugnata tutte le volte in cui i ricorrenti fossero riusciti a dimostrare che il giudice del merito aveva ommesso lo specifico esame di ogni singola richiesta o prova, «laddove attualmente la giurisprudenza esclude la nullità ogniqualvolta, dal complesso delle argomentazioni addotte, l'esame delle richieste o prove disattese possa ritenersi implicitamente effettuato dai giudici di merito»²⁵.

Lo “stato dell'arte” con cui si trova confrontato il legislatore del nuovo codice, appare, in breve, piuttosto chiaro: esigenza di contenere il numero di ricorsi, da un lato, timore di restringere eccessivamente l'importante grimaldello del ricorso per vizio di motivazione, dall'altro; l'unica nota diversificata da questo coro pressoché unanime – o comunque concorde – era rappresentata dalla Corte di cassazione, netta nell'invocazione di una sostanziale libertà del giudice nel “non motivare” le proprie opzioni.

Dinanzi a siffatte premesse, la scelta appare fatta con un colpo d'accetta: *in primis* si limita drasticamente la *chance* di controllo sulla parte motiva della sentenza, riducendola ai soli casi in cui il vizio emerga dal testo del provvedimento impugnato; per converso, la specifica esigenza di tutela del diritto alla prova viene escissa dal novero dei vizi afferenti alla motivazione: «Nel sistema attuale, secondo la prevalente giurisprudenza, il potere del giudice di decidere circa la rilevanza ed ammissibilità delle prove non contrasta con l'art. 6, lett. d) della citata Convenzione (diritto di ottenere la convocazione e l'interrogazione dei testimoni a discarico), sicché la mancata assunzione di una prova non costituisce di per sé violazione della legge processuale e può essere dedotta come motivo di ricorso per cassazione solo quando abbia

²⁵ Rammentiamo qui il Parere della Corte di cassazione sul Progetto preliminare 1978 in CONSO-GREVI-NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, Vol. I, cit., p. 1305.

dato luogo ad un vizio di motivazione, in genere ravvisato in affermazioni apodittiche o in travisamento dei fatti. In questa direzione si era mosso anche il Progetto del 1978, che aveva ritenuto di poter risolvere il problema prevedendo tra i vizi di motivazione l'omesso esame delle richieste delle parti. Era però rimasta elusa la questione principale: quella dell'ammissibilità di una motivazione implicita sul rigetto della richiesta di ammissione della prova (e, tra queste, di quella per la rinnovazione del dibattimento in appello). E, infatti, sinché la violazione del diritto alla prova rimane nell'ambito dei vizi di completezza della motivazione, non può escludersi la legittimità, anche per la decisione delle richieste delle parti, di quel modo implicito di motivare che si riconosce ammissibile per tutti i punti della decisione, mentre è proprio con riferimento all'ammissibilità di una motivazione implicita delle decisioni sulle istanze di prova delle parti che si manifesta oggi un contrasto nell'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale. Nel nuovo Progetto si è adottata una soluzione del tutto diversa»²⁶.

Ancora una volta, dunque, la Relazione mostra di dar conto delle proprie scelte con singolare inversione logica: ai timori, palesati già a fronte del Progetto 1978, di un eccessivo restringimento dell'area del ricorso per vizio di motivazione, risponde diminuendo quell'area sino alla sostanziale inesistenza²⁷; allo stesso tempo il diritto alla prova – nucleo centrale della riforma – viene tutelato tramite un apposito motivo di ricorso, la cui apparente funzione di garanzia risulta inibita sul nascere dall'inequivoco testo della norma, che offre protezione alle sole prove *decisive* e ai soli casi in cui la prova stessa

²⁶ CONSO-GREVI-NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, Vol. IV, cit., p. 1322.

²⁷ Le critiche addotte dalla dottrina nei confronti del testo dell'art. 606, 1° comma, lett. e), c.p.p. furono espresse già all'indomani della riforma; indimenticabili le pagine scritte sul punto da FERRUA, *Il sindacato di legittimità sul vizio di motivazione nel nuovo codice di procedura penale*, in *Cass. Pen.*, 1990, p. 964 e ss.

sia stata richiesta, ma non ammessa, saltando a piè pari tutte le ipotesi in cui la prova, regolarmente acquisita, sia stata poi ignorata nell'*iter* argomentativo della sentenza.

Il ragionamento esibito al fine di giustificare la soluzione adottata è, poi, quasi irridente: la presunta «questione principale» è diventata *ex abrupto* «quella dell'ammissibilità di una motivazione implicita sul rigetto della richiesta di ammissione della prova» e la questione in parola parrebbe potersi risolvere solo in un modo: non già vietando siffatto modulo motivazionale, ma espungendo il diritto alla prova dal novero dei fenomeni che debbano essere oggetto di argomentazione giudiziale.

Si esaminino in dettaglio i passaggi.

Nei lavori preparatori risulta un intenso dibattito sul diritto alla prova, dibattito che, peraltro, giammai aveva attinto l'aspetto della motivazione implicita in punto di richieste d'ammissione della prova; viceversa, nella Relazione l'aspetto in parola è inopinatamente divenuto la «questione principale»; è ben noto, ancora, come la motivazione implicita fosse – all'epoca come oggi – modulo giustificativo tanto diffuso quanto vivamente deprecato in dottrina²⁸; sappiamo, ancora, che a fronte del testo dell'art. 569 del Progetto preliminare del 1978, la

²⁸ Sulla c.d. motivazione implicita si leggano le equilibrate considerazioni di EVANGELISTA, voce *Motivazione della sentenza civile*, in *Enc. Dir.*, Vol. XXVII, Milano, 1977, p. 146 e ss., ma anche le forti critiche di TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, p. 430 e ss., di cui merita riportare un passaggio in particolare: «a prima vista si tratta di un criterio sensato e sostanzialmente accettabile, in quanto mira a fare oggetto dell'obbligo di motivazione espressa soltanto ciò che occorre per una giustificazione adeguata della decisione; a ben vedere, viceversa, esso è caratterizzato da una forte ambiguità, che ne rende alquanto dubbia la coerenza rispetto alla funzione che la motivazione è chiamata a svolgere... Se certamente non è configurabile un diritto della parte ad ottenere una risposta esplicita su *ogni* argomento difensivo, non si può neppure ritenere che la parte non abbia *mai* un diritto di questo genere; quanto meno il problema va visto alla luce del rapporto tra garanzia della motivazione e garanzia della difesa» (pp. 431-432). Parole quanto mai incisive ed attuali.

Corte di cassazione aveva opposto un rifiuto basato proprio sulla difesa della motivazione c.d. implicita, la quale, a suo dire, sarebbe stata resa inammissibile da quel testo, con riferimento alle istanze di prova.

Risulta – crediamo – evidente dalla sequenza dei passaggi quella che si è definita come un'inversione logica, commessa dai Relatori al fine di giustificare il testo del futuro art. 606, 1° comma, lett. d), c.p.p.: il modulo motivazionale implicito appare divenuto un valore o, comunque, un dato di realtà *non evitabile e non censurabile*; di qui l'obbligatoria trasformazione del vizio relativo all'omesso esame della richiesta di prova in un difetto la cui esistenza non può essere verificata dando conto della carenza di motivazione sul punto, perché la mancata ammissione potrebbe essere stata motivata per implicito, ma solo dimostrando che la *complessiva* struttura della decisione impugnata non regge a fronte del (*presumibile*) contenuto della prova richiesta e non ammessa.

Ma vi è di più: si è visto come – sempre a mente della Relazione al Progetto preliminare del 1988 – *l'error in procedendo*, configurato dall'omessa assunzione della prova regolarmente richiesta, sia destinato a rilevare solo quando la prova, confrontata con le ragioni addotte a sostegno della sentenza, risulti essere “decisiva” *nel senso che avrebbe potuto determinare una decisione diversa*; e che, ancora, siffatta valutazione di decisività «sarà, evidentemente, compiuta accertando se i fatti indicati dalla parte nella richiesta di prova... siano tali da inficiare le argomentazioni poste a base della decisione di merito»; sottolineate simili premesse, diventa, però, manifesto un dato ulteriore: l'asserita irrilevanza della motivazione sul rigetto dell'istanza probatoria è un assunto che vale solo *in malam partem*; la motivazione della sentenza impugnata riemerge inattesa, quale necessario snodo di comparazione tra l'istanza effettuata nel momento in cui il convincimento del giudice di merito non s'è ancora formato e il giudizio finale sulle prove (assunte) cristallizzato nella motivazione.

5. LA PROVA DECISIVA NEL CODICE DI RITO CIVILE

La sostanziale vacuità dei passaggi logici che hanno accompagnato la comparsa nel codice di procedura penale del concetto di prova decisiva, nel contesto dell'art. 606, 1° comma, lett. d), c.p.p., non può che indurre ad una verifica extracontestuale, ossia realizzata nell'universo legislativo del rito civile, in cui un concetto comparabile trova cittadinanza da tempo risalente.

Il testo attuale dell'art. 360, 1° comma, c.p.c., intitolato «Sentenze impugnabili e motivi di ricorso», recita: «Le sentenze pronunciate in grado d'appello o in unico grado possono essere impugnate con ricorso per cassazione:

- 1) per motivi attinenti alla giurisdizione;
- 2) per violazione delle norme sulla competenza, quando non è prescritto il regolamento di competenza;
- 3) per violazione o falsa applicazione di norme di diritto e dei contratti e accordi collettivi nazionali di lavoro;
- 4) per nullità della sentenza o del procedimento;
- 5) per omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un *fatto controverso e decisivo per il giudizio*».

Percorrendo a ritroso la storia della norma, risulta che il suo tenore attuale è frutto di interpolazione operata tramite l'art. 2 D.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, a far data dal 2 marzo 2006; il testo precedente, nella parte qui di rilievo, recava, a sua volta, al n. 5) del comma 1, la seguente dizione: «omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un *punto decisivo della controversia*, prospettato dalle parti o rilevabile d'ufficio».

Infine, il testo originario del codice, sostituito nei termini ora descritti dall'art. 42, L. 14 luglio 1950, n. 581, prevedeva la ricorribilità delle sentenze a causa dell'«omesso esame di un *fatto decisivo*».

Notiamo immediatamente come il tenore testuale, poi destinato ad essere immutato con legge del 2006, venisse autorevolmente considerato come «il documento più

impressionante... del continuo premere delle esigenze di giustizia per superare le barriere istituzionali del giudizio di diritto e inserire la Cassazione nel giudizio di fatto»²⁹; secondo l'illustre commentatore, il passaggio dal concetto previgente di "fatto decisivo" a quello di "punto decisivo", implicava una «specie di compromesso tra l'illimitata rilevanza del vizio di motivazione e l'irrelevanza sostanziale ritenuta dal codice, o almeno dalla interpretazione giurisprudenziale»³⁰.

L'affermazione meriterebbe interessanti chiose, laddove si rifletta che la recente riforma del 2006 ha rappresentato, in tutta evidenza, un ritorno alla vecchia formula del "fatto decisivo", ma sarebbe chiaramente un fuor d'opera rispetto ai fini del presente lavoro, nonché un compito pienamente operabile solo dagli studiosi del settore³¹; qui mette conto giusto porre in chiaro come il

²⁹ Così SATTA-PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, ed. 2000, p. 506.

³⁰ SATTA-PUNZI, *Diritto processuale civile*, cit., *ibidem*; sminuisce, invece, l'importanza della novella degli anni '50 FAZZALARI, *Il giudizio civile di cassazione*, Milano, 1960, p. 88: si sarebbe trattato di modifica terminologica che «non implica una modifica di sostanza».

³¹ Il significato effettivo della riforma del 2006 è stato comunque svalutato, nella sua sostanza, da insistenti quanto autorevoli voci dottrinali. Ad esempio TARUFFO, *Una riforma della Cassazione civile?*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2006, p. 755 e ss., scrive in proposito: «La circostanza che ora si parli di un "fatto" decisivo invece che di un "punto" decisivo non è particolarmente rilevante, dato che da sempre la norma è stata interpretata con riferimento alla motivazione inerente al giudizio di fatto. Quanto alla "decisività" del fatto, è chiaro che si tratta ora come in passato sia dei fatti principali, sia dei fatti secondari determinanti per l'accertamento di un fatto principale». Ma si vedano anche le intense pagine di VERDE, *In difesa dello jus litigatoris*, cit., p. 1 e ss.; e ancora DE CRISTOFARO M., *Sub Art. 360 c.p.c.*, in *Codice di procedura civile commentato*, Tomo II, Artt. 287-632, a cura di Consolo, Milano, 2010, pp. 809-810, che nota: «Modifica... dalla portata assai dubbia, tanto che la Commissione Vaccarella – il cui d.d.l. costituisce la matrice dell'art. 1, c. 3, lett. a), l. n. 80/05, ossia della norma delegante, dal quale è stato interpolato unicamente in un paio di punti – con franchezza riconosceva come a tal riguardo si fosse voluto "mandare un segnale" alla Corte, nella consapevolezza che spetta unicamente a questa mantenere tale

rilievo del grande maestro liberi una luce diretta sull'aspetto fondamentale del discorso, ovvero sulla circostanza per cui l'omesso esame del "punto" o del "fatto" decisivo sia considerato problema direttamente afferente alla motivazione e affatto estraneo ad essa, come apparentemente preteso – lo si osservava poc'anzi – dalla Relazione al Progetto preliminare del codice di procedura penale datato 1988.

Il concetto di "decisività" risulta ben spiegato in dottrina, sulla scorta della giurisprudenza e solo talora in conflitto con essa³²: tramite l'uso del concetto di fatto o punto decisivo della controversia, il legislatore avrebbe preteso che si giungesse all'annullamento della sentenza per vizio di motivazione solo allorquando l'elemento obliterato dal giudice del merito fosse stato tale da incidere sul giudizio di fatto (ovvero sulla ricostruzione della fattispecie concreta dedotta nella lite), in sintesi «inficiando la ricostruzione della *quaestio facti*»³³.

La qualifica di decisività – viene spiegato con sobria efficacia descrittiva – si attaglia al *fatto costitutivo della fattispecie* o fatto principale, ma decisivo può essere anche un fatto secondario, ossia quello che risulta dedotto «perché se ne induca l'esistenza del fatto principale», con

sindacato (sulla adeguatezza della motivazione) nei limiti compatibili con la propria funzione nomofilattica». In termini sostanzialmente analoghi e osservando il fenomeno con lo sguardo del processualpenalista cfr. anche CANZIO, *Le due riforme processuali del 2006 a confronto: vizio di motivazione, autosufficienza del ricorso e accesso agli atti nei giudizi civili e penali di legittimità*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2007, p. 135 e ss.

³² Il riferimento corre a TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, cit., p. 430 e ss. Ma anche, dello stesso autore, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile*, Bologna, 1991, p. 140 e ss.

³³ Sono parole di FAZZALARI, *Il giudizio civile*, cit., p. 90, il quale, peraltro, come già notato *supra*, svaluta la distinzione terminologica tra "fatto decisivo" e "punto decisivo". Per un'impostazione ancora diversa cfr. TARUFFO, *La motivazione*, cit., p. 530. Più di recente, sul punto, con cospicue citazioni di giurisprudenza v. CARTUSO, *Art. 360, I: Sentenze impugnabili e motivi di ricorso*, in *La riforma del giudizio di Cassazione*, a cura di Cipriani, Padova, 2009, p. 39 e ss.

l'unica precisazione che «mentre l'errore interno all'esistenza del fatto principale coinvolge l'esistenza stessa della fattispecie sostanziale presupposto della sentenza, quello relativo al fatto secondario non si traduce necessariamente in carenza della fattispecie sostanziale, data la possibilità che il fatto principale sia stato indotto anche da altri fatti»³⁴; lo dimostra, del resto, esemplarmente l'ipotetica situazione processuale che veda un singolo indizio porsi come risolutivo per l'accertamento del fatto principale; in un contesto siffatto «l'esistenza dell'indizio è, sia pure in modo indiretto e mediato, determinante ai fine della decisione, in quanto venendo meno l'indizio, verrebbe a mancare la prova di un fatto costitutivo»³⁵.

Indispensabili precisazioni concettuali risultano poi spese da chi nota come solo in apparenza l'art. 360, n. 5, abbia ad oggetto l'errore della motivazione in fatto, posto che, se a termini della disposizione appena citata l'errore deve cadere su di un punto decisivo, allora va soggiunto che «un punto decisivo è tale perché è assunto come già costituente esso stesso diritto»³⁶; rilievo importante, come si diceva, nella misura in cui conduce a riflettere sul come solo erroneamente possa dirsi che la stima di decisività di una prova debba essere compiuta avendo come parametro di riferimento la giustificazione realizzata dal giudice nella parte motiva della sentenza, tutt'altro, in effetti, parendo essere qui lo *spatium agendi* della decisività, ossia la fattispecie dedotta in giudizio; donde, ancora, l'idea che la

³⁴ Sono ancora parole di FAZZALARI, *Il giudizio civile di cassazione*, cit., p. 89. La limpida descrizione della fattispecie processuale meriterà più attenta analisi nel prosieguo del lavoro. Sin d'ora può dirsi come essa contenga *in nuce* nozioni fondamentali ai fini di una corretta esegesi del concetto di "prova decisiva".

³⁵ TARUFFO, *La motivazione*, cit., p. 536.

³⁶ Così MAZZARELLA, «Fatto e diritto» in *Cassazione*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1974, p. 82, ma in particolare p. 115 e ss. È bene precisare come le considerazioni dell'autore s'innestino nel contesto di una piena adesione alla nota teoria per la quale fatto e diritto non sarebbero realmente separabili nel contesto del giudizio.

decisività del fatto possa essere sostanzialmente individuata nella sua medesima rilevanza giuridica³⁷.

Qualora si dubiti che i concetti di fatto o punto decisivo possano essere imparagonabili con quello di “prova decisiva” contenuto nel codice di procedura penale, occorre poi por mente al dato per cui, sulla scorta di un’esegesi condivisa, si osserva che la censura di cui all’art. 360, n. 4, c.p.c. può concentrarsi sui risultati di prova ignorati dal giudice del merito³⁸, o comunque su di un «fatto risultante dagli atti»³⁹ oppure, ancora, sull’omessa o insufficiente pronunzia del giudice su richieste d’ammissione della prova⁴⁰: per dirla in altre parole, sulla mancata ammissione di una prova, sulla mancata o insufficiente valutazione del risultato di una singola prova ovvero, addirittura, sulla mancata o insufficiente considerazione del fatto emergente dalla congiunta considerazione di più prove.

È interessante osservare quanto emerge evidente dalla categorizzazione appena effettuata e risulta del pari chiaro pure dall’elaborazione dottrinale: qui di vizi emergenti nel confronto tra motivazione ed atti si parla, non d’altro⁴¹, e i vizi in parola, nelle loro variegate forme, appaiono tutti vincolati alla condizione della decisività, connotato a sua volta identificato in ciò, che la prova richiesta e non ammessa, il risultato probatorio ignorato, il fatto sfuggito all’esame del merito siano *rilevanti* – direttamente o indirettamente – per la *ricostruzione della fattispecie* dedotta in causa.

³⁷ Così TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, cit., p. 532. Peraltro, secondo l’autore la formula in parola vale solo a patto che si aggiunga come il controllo «sulla motivazione inerente all’accertamento di un fatto principale implichi il sindacato del ragionamento del giudice sui fatti secondari» (p. 535 e ss.).

³⁸ V. FAZZALARI, *Il giudizio civile*, cit., p. 88.

³⁹ SATTA-PUNZI, *Diritto processuale civile*, cit., p. 507.

⁴⁰ MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Vol. II, Torino, ed. 2006, p. 496, n. 58.

⁴¹ La considerazione è esplicita in SATTA-PUNZI, *Diritto processuale civile*, cit., p. 506.

Alla luce di siffatte premesse, non stupisce che un'interessante critica⁴² condotta avverso l'esegesi dottrinale diffusa dell'art. 360, n. 5, c.p.c., passi attraverso l'istanza di riconduzione del vaglio operato dalla Corte di legittimità nel contesto *esclusivo* della motivazione giudiziale; il discorso prende abbrivio da un rilievo di fondo: dall'idea che i vizi della giustificazione sul punto decisivo addurrebbero «alla cassazione *illico et immediate*» – ovvero «senza che sia necessaria o possibile l'indagine sulla loro "causalità"»⁴³ – deriverebbe una ambiguità di fondo della giurisprudenza «che talora richiede la certezza, tal altra solo la verosimiglianza o la potenzialità di una decisione diversa, quale condizione di rilevanza del vizio di motivazione in fatto»⁴⁴; insomma, l'assunto dottrinale sarebbe di tale impatto da incidere sull'esegesi di matrice giurisprudenziale per cui il legame causale tra il dato decisivo omesso – istanza di prova, risultato di prova o fatto provato – e la tal sentenza dovrebbe essere caratterizzato dalla certezza; si giungerebbe così a pronunzie asseritamente divaganti per le quali il citato legame causale potrebbe essere anche di taglio meramente probabilistico.

A siffatte ambiguità si taglierebbe la strada – secondo l'opinione di cui qui si va discutendo – laddove, lungi dal proporsi qualsiasi indagine sul rapporto tra decisione assunta e argomentazione della medesima, si limitasse il vaglio della Cassazione allo stretto ambito del discorso giustificativo prodotto dal giudice del merito; sicché si conclude: «non è... la possibilità di una decisione diversa a rendere rilevante il vizio di motivazione in fatto, bensì

⁴² NAPPI, *Limiti di sindacabilità e limiti di rilevanza del vizio di motivazione*, in *Giust. Civ.*, 2008, p. 419 e ss.

⁴³ NAPPI cita qui un passaggio dell'opera di FAZZALARI, *Il giudizio civile di cassazione*, cit., p. 88, di cui già *supra* si notava la rimarchevole chiarezza.

⁴⁴ Queste sono invece parole dello stesso NAPPI, *Limiti di sindacabilità*, cit., p. 425.

l'inidoneità della giustificazione a sorreggere la decisione effettivamente assunta»⁴⁵.

Non sfugge come siffatto discorso – realizzato non per caso da un noto magistrato di cassazione – costituisca significativa eco del parere offerto dalla Corte sulla Relazione all'art. 569, 1° comma, n. 4 del Progetto preliminare 1978: l'esigenza ventilata è quella di ricondurre il controllo agli angusti limiti della motivazione, sottraendo al medesimo ogni accadimento sotteso, auspicando quasi che tutto si riduca a ciò, ovvero che «il giudice abbia il convincimento» pur quando esso sia «il prodotto di una generale impressione, o di un certo qual senso del vero»⁴⁶.

6. ...E NEL VOCABOLARIO EUROPEO

Qui va posta una premessa: la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà

⁴⁵ NAPPI, *Limiti di sindacabilità*, cit., p. 425.

⁴⁶ La citazione è frutto del ritorno, irresistibile, di un ricordo: MITTERMAIER, *La teoria della prova nel processo penale*, a cura di Ambrosoli, Milano, 1858 (ed. italiana), in particolare laddove si legge: «La quistione sulla teoria legale del valore delle prove, si connette con l'altra, se i giudici debbano manifestare i motivi della loro decisione, circa la quistione di fatto. Fu affermato da taluno che mal si conciliano tra di loro la motivazione della sentenza e la procedura orale senza regole di prova, per la ragione che, in ultima analisi, tutto consiste in ciò, se il giudice abbia il convincimento; e questo può essere il prodotto di una generale impressione, o di un certo qual senso del vero, impossibile a tradursi in una motivazione; *idea che ci sembra erronea e pericolosa*.... Una ben ragionata motivazione è la miglior *guarentigia che il Tribunale possa dare d'aver scrupolosamente ponderati e vagliati tutti i mezzi di prova*; la sentenza apparisce allora come il prodotto d'una operazione logica; durante la quale non raramente avviene che i giudici, considerando attentamente, ad una ad una, tutte le ragioni che stanno pro e contro la reità, e notomizzando perfino ogni argomento di dubbio, finiscono per dover riconoscere, quando son per votare, che realmente la prova, che sarebbe necessaria, non sussiste» (p. 112, corsivo nostro).

fondamentali – aperta alla firma il 4 novembre 1950⁴⁷ – non solo non manifesta in alcuna guisa l’uso di termini o perifrasi che alludano al concetto di decisività della prova, ma, più in genere, appare priva di qualsiasi indicazione relativa a criteri che guidino i giudici nazionali nell’opera di ammissione delle fonti conoscitive.

Il testo dell’art. 6 – dedicato all’equo processo – è, del resto, ben noto: «1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l’accesso alla sala d’udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell’interesse della morale, dell’ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia.

2. Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata.

3. In particolare, ogni accusato ha diritto di: a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell’accusa formulata a suo carico; b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa; c) difendersi personalmente o avere l’assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d’ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia; d) esaminare o far esaminare i testimoni a

⁴⁷ Per lo stato aggiornato delle firme e delle ratifiche si consulti l’indirizzo <http://conventions.coe.int>

carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico; e farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza».

Come appare evidente, il testo è concepito nella forma non già delle regole, ma delle disposizioni di principio, da cui la Corte di Strasburgo trae le *guidelines* sulla cui scorta decide, creando una giurisprudenza «casistica, legatissima al caso concreto»⁴⁸.

Ma non basta: nonostante l'ormai risalente data di entrata in vigore della Convenzione europea, l'attività della Corte ha avuto un avvio assai lento, progressivamente accelerato a partire dagli anni '80 in poi⁴⁹: di fatto – e per quanto risultante dalle sentenze edite – la prima sentenza in cui si trovi adoperata e contestualizzata l'espressione di prova decisiva (o determinante) pare essere una risalente all'anno 1989⁵⁰.

Di qui una conclusione abbastanza ovvia: non è casuale che i lavori preparatori del nuovo codice di procedura penale siano privi di riferimenti espliciti ad una adozione del concetto di prova decisiva che risulti influenzata, in qualche modo, dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo; di fatto non esisteva elaborazione di sorta.

E, peraltro, va subito soggiunto che il successivo e invero esponenziale aumento del carico di questioni devolute all'attenzione dei giudici di Strasburgo, ha prodotto risultati di notevole interesse: il concetto di prova “determinante” risulta, in effetti, adoperato con costanza

⁴⁸ Così ZAGREBELSKY, *Corte europea dei diritti dell'uomo e “processo equo”*, in *Processo penale e giustizia europea*, Atti del Convegno, Torino, 26-27 settembre 2008, Milano, 2010, p. 14.

⁴⁹ Il rilievo appartiene ad un profondo conoscitore della materia quale CHIAVARIO, *La “lunga marcia” dei diritti dell'uomo nel processo penale*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di Balsamo e Kostoris, Torino, 2008, p. 11 e ss.

⁵⁰ Si tratta di Corte e.d.u., 20 novembre 1989, n. 166, Kostovsky c. Paesi Bassi.

d'intendimenti, a partire, come si accennava, da quella prima decisione datata 1989.

Vale la pena di esaminarne i seguenti passaggi: il ricorso del sig. Kostovsky contro i Paesi Bassi appariva fondato su fatti processuali non messi in discussione neppure dal Governo resistente: accusato del delitto di rapina a mano armata sulla scorta di deposizioni rilasciate da due testimoni anonimi, dapprima innanzi al tribunale di Utrecht e poi davanti alla Corte d'appello di Amsterdam, il ricorrente era stato posto in condizione d'interrogare uno solo dei due testimoni, rimasti entrambi anonimi, e i due giudici istruttori che avevano registrato i rispettivi *dicta*.

La Corte e.d.u. rilevava, *in primis*, come tutte le volte in cui la difesa ignori l'identità dell'individuo da sottoporre a controesame, può vedersi privata delle delucidazioni che le consentirebbero di provare che il testimone è parziale, ostile o non degno di fiducia; nel caso specifico, dunque, la difesa si era, di fatto, trovata nella situazione di chi non possiede le informazioni che le avrebbero fornito il mezzo per controllare la credibilità del teste o per metterla in dubbio.

Ma non solo: secondo la Corte, l'assenza in aula dei testimoni anonimi aveva certamente impedito ai giudici del merito di analizzare il loro comportamento durante l'interrogatorio e dunque di formarsi un'opinione affidabile sulla loro credibilità; l'altro teste anonimo risultava, peraltro, sentito solo ed esclusivamente dalla polizia.

Come può notarsi – secondo un modulo divenuto successivamente costante nell'opera della Corte – i giudici di Strasburgo hanno operato una verifica sulla complessiva equità del procedimento⁵¹, decidendo, poi,

⁵¹ Si tratta di notazione diffusa; v. di recente, CHIAVARIO, *La lunga marcia*, cit., p. 18; LA ROCCA, *La prova nell'ottica della giurisprudenza europea*, in *La prova penale*, diretto da Gaito, Vol. I, Torino, 2008, p. 161 e ss.; SELVAGGI, *Il valore probatorio delle dichiarazioni irripetibili*, in *Giurisprudenza europea*, cit., p. 373 e ss.; ZAGREBELSKY, *Il regime della prova dichiarativa nell'ambito della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Prova*

che effettivamente vi era stata, nel caso specifico, violazione dell'art. 6, par. 3, lett. d), CEDU, sulla scorta del pacifico assunto che le dichiarazioni dei due testi anonimi avevano costituito "prova determinante" ai fini dell'emissione di una sentenza di condanna.

Ora, il concetto in parola – prova determinante, ma anche decisiva o essenziale⁵² – ha conosciuto costante fortuna nella giurisprudenza successiva della Corte: esso appare adoperato tutte le volte in cui i ricorrenti invochino la violazione delle regole dell'equo processo afferenti alla prova: in particolare, il diritto di difendersi personalmente o ad avere l'assistenza di un difensore di propria scelta, ovvero, ancora, il diritto di esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni avversari.

In via di estrema sintesi può dirsi che, secondo una giurisprudenza europea ormai ventennale, la Corte dichiara l'esistenza di una violazione dell'art. 6 qualora un esame *globale* dei fatti processuali riveli che la condanna è stata fondata in misura esclusiva o anche solo decisiva su

penale e Unione Europea, Atti del Convegno "L'armonizzazione della prova penale nell'Unione Europea", Bologna, 18-19 aprile 2008, a cura di Illuminati, Bologna, 2009, p. 113 e ss.

Analoga consapevolezza si rivela oltralpe. V., ad esempio, sempre in tempi recenti, RUEDIN, *L'exécution des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme: procédure, obligations des Etats, pratique et réforme*, Bruylant, 2009, p. 278 «*Le fait que la cour considère la procédure «dans son ensemble» pour juger de son caractère équitable signifie, a contrario, que, lorsque la cour admet une violation de l'article 6 CEDH, les irrégularités constatées revêtent une certaine importance et peuvent être de nature à jeter un doute sur le bien-fondé du résultat de la procédure inéquitable. En cas de violation de l'article 6 CEDH, il y a donc des chances que l'issue du procès autrati été plus favorable au requérant, si la CEDH avait été respectée.*

⁵² Nella lingua originale delle decisioni le espressioni usate sono: «*uniquement ou dans une mesure déterminante*» (così in Corte e.d.u., 18 maggio 2010, ric. n. 231/07, Ogaristi c. Italia) ovvero «*la preuve essentielle justifiant la condamnation*» (così, ad esempio, in Corte e.d.u., 27 novembre 2008, ric. n. 36391/02, *Salduz c. Turchia*).

prove assunte in violazione (di uno o più) dei canoni dell'equo processo.

Il linguaggio estremamente semplice delle sentenze e la natura casuistica della giurisprudenza tradiscono solo talvolta l'approfondimento concettuale e il metodo sottostante alle decisioni della Corte, ma alcuni passaggi appaiono concretamente rivelatori.

In linea di massima, sulla scorta dell'idea che il compito della Corte consiste unicamente nell'appurare se il procedimento, considerato nel suo insieme, incluse le modalità di presentazione dei mezzi di prova, sia stato equo e se siano stati rispettati i diritti della difesa, i giudici di Strasburgo parrebbero effettuare tale vaglio d'insieme attraverso lo *speculum* delle motivazioni delle sentenze di merito pronunziate nel procedimento sottoposto a controllo; in altri termini, apparentemente la Corte non scende ad esaminare i fatti processuali come emergenti dal fascicolo, limitandosi a recepirli così come assunti a fondamento della sentenza emessa dai giudici nazionali.

Questo *modus procedendi* talora appare conclamato; è il caso, ad esempio, della decisione emessa in data 18 maggio 2010 nell'*affaire* Ogaristi c. Italia (ric. n. 231/07), di cui si considerino, in particolare, i seguenti passaggi: «nella presente causa, non è stato possibile procedere ad un confronto diretto tra il ricorrente ed il suo accusatore né durante il processo pubblico, né durante le indagini preliminari. In particolare, nel corso di queste ultime, le autorità giudiziarie interne hanno rigettato la domanda del ricorrente, volta ad ottenere la fissazione di una udienza *ad hoc* dinanzi al giudice per le indagini preliminari («il GIP»), in presenza degli avvocati della difesa (incidente probatorio), al fine di interrogare Y e di procedere ad una ricognizione personale... D'altronde, poiché la Convenzione impone di concedere all'imputato occasione adeguata e sufficiente di contestare una testimonianza a carico e di interrogarne l'autore, la Corte non può formulare *a priori* ipotesi sull'esito dell'eventuale confronto».

Posta questa premessa, da cui non emerge affatto se i dati esaminati dalla Corte siano estrapolati da atti processuali o dalla ricostruzione del processo effettuata in sentenza, si legge poi: «la Corte rileva che le autorità giudiziarie nazionali, oltre che sulle dichiarazioni in questione, hanno basato la condanna del ricorrente sul verbale di ispezione dei luoghi redatto dai carabinieri, nonché sul fatto che le testimonianze a discarico e l'alibi fornito dall'interessato apparivano contraddittori. Tuttavia, è giocoforza constatare che, *come risulta dalla motivazione della sentenza d'appello*, tali elementi appaiono idonei più che altro a corroborare le dichiarazioni di Y, le quali hanno avuto *un peso decisivo* nella condanna del ricorrente.

Inoltre, *la stessa corte d'assise di Santa Maria Capua Vetere, in occasione della sentenza di assoluzione di primo grado*, ha osservato che, oltre alle dichiarazioni di Y, il fascicolo non conteneva nessun altro elemento atto a dimostrare la responsabilità penale degli imputati.

In queste condizioni, la Corte ritiene che i giudici nazionali abbiano basato la condanna del ricorrente *esclusivamente o almeno in misura determinante sulle dichiarazioni rese da Y prima del processo*⁵³.

Orbene, risulta visibile, già a prima lettura, come la Corte abbia fondato l'assunto di una condanna giustificata in modo decisivo da dichiarazioni assunte fuori dal contraddittorio, sulla ricostruzione e relativa valutazione delle prove effettuata nelle sentenze sottoposte a disamina: nulla qui induce a convalidare l'idea che il controllo della Corte e.d.u. possa aver avuto ad oggetto materiale estratto dal fascicolo e valutato in modo autonomo dai giudici di Strasburgo.

Si consideri ora, invece, altra sentenza, ovvero Corte e.d.u. 19 ottobre 2006, ric. n. 62094/00, Majadallah c. Italia; leggendo immediatamente i passaggi fondamentali si apprende anzitutto che, nel caso di specie, il ricorrente

⁵³ Punti 63-65 della sentenza di Corte e.d.u., 18 maggio 2010, ric. n. 231/07, Ogaristi c. Italia. Nel testo il corsivo è nostro.

era stato condannato per i reati di atti di libidine violenti, lesioni personali, atti osceni in luogo pubblico e stato di ubriachezza. I suoi accusatori non si erano presentati in dibattimento e le testimonianze da loro rese alla polizia al momento dei fatti erano state lette ed utilizzate a termini dell'articolo 512 c.p.p., con conseguente impossibilità per la difesa di porre domande alle persone che accusavano l'imputato.

A fronte di siffatta ricostruzione, «la Corte osserva che gli organi giurisdizionali nazionali hanno basato la condanna del ricorrente, oltre che sulle dichiarazioni controverse, sulle testimonianze dell'agente di polizia e del proprietario del bar. Tuttavia, *non si può non constatare che durante il dibattimento è stato sentito solo il poliziotto che è intervenuto sul posto ed ha raccolto le dichiarazioni di X e Y al momento dei fatti.* Ora, questi, non essendo stato testimone diretto dei fatti contestati al ricorrente, non ha potuto fare altro che riferire le dichiarazioni rese dalle due presunte vittime. *Quanto al proprietario del bar, la Corte constata che la difesa non ha avuto la possibilità di porgli domande durante il dibattimento, in quanto egli non si è presentato in udienza.* Pertanto, non si può concludere che le dichiarazioni di X e Y siano state corroborate da altre prove a carico prodotte nel corso di un dibattimento pubblico e in contraddittorio... Al contrario, la Corte ritiene che i giudici nazionali abbiano basato la condanna del ricorrente, in particolare per quanto riguarda i reati di atti di libidine violenti, lesioni personali ed atti osceni in luogo pubblico, esclusivamente sulle dichiarazioni rese alla polizia dai due accusatori...».

La sentenza Majadallah rivela l'adozione, da parte della Corte, di una diversa modalità operativa, secondo cui il controllo è effettuato previa disamina di atti processuali, che rivelano l'effettività del materiale conoscitivo adoperato dai giudici del merito: questo tipo di vaglio ha consentito alla Corte di notare come l'apparente coacervo di testimonianze addotte dall'accusa si riduceva a due testi oculari mai comparsi in dibattimento in quanto irreperibili, ad un agente di p.g., che si era limitato a riportare i *dicta*

dei due soggetti in questione, e ad altro teste esso pure mai comparso innanzi ai giudici. Di qui la conclusione secondo cui prove decisive per la decisione di condanna erano state effettivamente quelle assunte fuori dal contraddittorio dibattimentale ed introdotte a conoscenza del giudice tramite lettura ai sensi dell'art. 512 c.p.p., con inevitabile violazione del canone dell'equo processo.

La disamina potrebbe continuare, seguendo le tracce di una giurisprudenza che si attiene con apprezzabile costanza ai canoni sopra individuati⁵⁴; di fatto è senz'altro da condividersi l'opinione di chi nota come, in assenza di un'esplicita indicazione di criteri adoperati dalla Corte ad individuare la natura decisiva o determinante della prova "incriminata", essa pare compiere «un'operazione di sottrazione, testando la resistenza del materiale probatorio restante»⁵⁵.

Fondamentale resta il rilievo per cui il *test* di resistenza in questione non è sempre condotto analizzando il valore conferito alle varie prove nella peculiare prospettiva della motivazione offerta dalle sentenze di condanna; laddove occorra, la Corte esamina gli atti processuali indispensabili a verificare il peso effettivo delle prove adoperate ai fini del decidere, senza fermarsi alla motivazione, anzi di più: senza consentire che la motivazione provochi l'"oscuro scrutare"⁵⁶ del motto

⁵⁴ Tra le più interessanti, nell'indicata prospettiva, possono segnalarsi: Corte e.d.u., 27 settembre 1990, ric. n. 12489/86, Windisch c. Austria; Id., 19 dicembre 1990, ric. n. 11444/85, Delta c. Francia; Id., 23 aprile 1997, n. 21363, Van Mechelen c. Paesi Bassi; Id., 27 febbraio 2001, ric. n. 33354/96, Lucà c. Italia; Id., 21 marzo 2002, ric. n. 62676/00, Raniolo c. Italia; Id., 24 marzo 2003, ric. n. 37235/97, Sofri ed altri c. Italia (decisione particolarmente rilevante per l'approfondimento condotto sugli atti processuali); Id., 7 aprile 2005, ric. n. 27549/02, Jerinò c. Italia; Id., 13 ottobre 2005, ric. n. 36822/02, Bracci c. Italia; Id., 27 novembre 2008, ric. n. 36391/02, Salduz c. Turchia; Id., 8 dicembre 2009, ric. n. 45291/06, Previti c. Italia; Id., 1° giugno 2010, ric. n. 22978/05, Gäfgen c. Germania.

⁵⁵ Così SELVAGGI, *Il valore probatorio*, cit., p. 378.

⁵⁶ La frase "un oscuro scrutare" è la traduzione italiana dell'opera forse più bella e inquietante di P. H. DICK, altrimenti intitolata in

evangelico, quel *videmus nunc per speculum in aenigmate*, che lamenta come del mondo si conosca null'altro che immagini deformate in uno specchio buio.

modo pressoché intraducibile "*A scanner darkly*". All'interno della postfazione, resa da FRASCA nella pubblicazione datata 1993 della casa editrice Cronopio, si rileva come il titolo del romanzo alluda in modo scoperto esattamente alla frase dell'apostolo Paolo (Prima Lettera ai Corinzi, 13, 12) secondo cui durante il loro tempo sulla terra gli esseri umani non possono che vedere le cose *per speculum in aenigmate*, ossia come ombre distorte della reale comprensione, riservata al regno dei cieli.

CAPITOLO II

EVOLUZIONI GIURISPRUDENZIALI

SOMMARIO: 1. Manifestazioni *ante* riforma – 2. Vent'anni di massime – 3. Sei mesi di sentenze: a) orientamento restrittivo – 4. ...b) orientamento “garantista” – 5. ...c) forme sfuggenti

1. MANIFESTAZIONI *ANTE* RIFORMA

Nel precedente capitolo s'è visto come l'emersione del concetto di decisività della prova, all'interno del nuovo codice di procedura penale, costituisca evento apparentemente privo di radici storicamente individuabili in prodotti legislativi anteriori, come pure di qualsivoglia anticipazione in sede di dibattito relativo ai lavori preparatori, inclusi quelli concernenti il Progetto preliminare del 1978.

Si è anche notato, però, come una formula paragonabile risultasse adottata dal codice di procedura civile attualmente vigente, il quale, sino alla recente riforma del 2006, prevedeva tra i casi di ricorso per cassazione quello per «omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un *punto decisivo della controversia*, prospettato dalle parti o rilevabile d'ufficio».

È tempo, ora, di rilevare pure come l'accertata inesistenza della formula nel lessico del legislatore del rito penale, non escluda affatto che essa vivesse di quella vita autonoma che è conferita alle astrazioni ad opera

dell'elaborazione giurisprudenziale¹. Dall'ipotesi alla conferma, il passo è inevitabile e reca risultati forniti di un certo interesse.

Nei massimari della Cassazione, di fatto, il concetto di decisività fa significativa apparizione attorno agli anni '60, riferito indifferentemente – si noti – tanto alla *prova* decisiva, quanto agli elementi conoscitivi insistenti su di un *punto* decisivo della regiudicanda.

Vale la pena di leggere qualche esempio: «nel caso di assoluzione con formula dubitativa, quando gli elementi posti a fondamento della decisione contrastino con altri positivi elementi di controllo e si sia omesso *il doveroso esame critico di molti altri dati di pari innegabile decisività*, ben può dirsi che il giudice non abbia completamente assolto all'obbligo della motivazione»²; altra massima afferente alla stessa sentenza, precisa

¹ Cercando tra i tanti contributi che hanno analizzato il fenomeno, mi pare particolarmente idoneo al contesto l'argomento estratto da un articolo di FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Cass. Pen.*, 2005, p. 1722: «Il punto d'avvio non può che essere costituito da una abbastanza pacifica presa d'atto, che qui ribadisco: e cioè che la giurisprudenza è andata esercitando un crescente ruolo protagonista (sia di fatto, sia nella "autorappresentazione" dei magistrati culturalmente più consapevoli), con conseguente potenziamento della funzione *lato sensu* creativa dei giudici anche nell'ambito del diritto penale... Da qui l'esigenza – che da qualche tempo sempre più avverto e non mi stanco di sottolineare anche in forma di sollecitazione rivolta agli studiosi più giovani – di assumere a oggetto di analisi scientifica, pure nell'ambito degli studi accademici, i materiali giurisprudenziali. Ma ciò in una prospettiva nuova rispetto al modo tradizionale con cui noi studiosi siamo soliti fare riferimento alla giurisprudenza nelle nostre monografie o nei nostri saggi. "Nuova" perché non dovremmo più limitarci a prendere in considerazione, per accettarli o più spesso per criticarli, i risultati applicativi dell'interpretazione giudiziale, contrapponendo – come spesso avviene – una più raffinata dogmatica di fonte professorale a una più grezza o ingenua dogmatica giurisprudenziale. Piuttosto, l'interesse scientifico di noi professori dovrebbe estendersi – appunto – alla *verifica critica delle tecniche di ragionamento utilizzate per giustificare le soluzioni interpretativo-applicative adottate nei diversi casi concreti*» (Corsivo nostro).

² Così Cass., Sez. III, 20 aprile 1966, n. 1271.

ancora: «la valutazione delle prove spetta al giudice di merito e non alla Cassazione: tale principio, però, soffre eccezione ogni qualvolta *nella valutazione si sia omissa di tener presenti circostanze di decisivo rilievo*, le quali abbiano una *rilevante influenza nella concreta qualificazione del fatto* ascritto all'imputato».

Non si tratta di massime isolate e, in effetti, concettualizzazioni analoghe si ripetono nel tempo; «in tanto la formula dubitativa è consentita» – leggiamo – «in quanto il giudice si trovi in presenza di due ipotesi, una delle quali porti alla condanna e l'altra alla totale discriminazione dell'imputato, ed il giudice stesso, nel contrasto insanabile delle prove, non riesca ad operare una scelta tra le due ipotesi alternative, *non riesca cioè a dare rilevanza decisiva alle sole prove di accusa od alle sole prove di difesa*, vale a dire non svaluta completamente le une o le altre»³; ecco, poi, comparire con chiarezza l'idea che «il giudice non può valutare negativamente una prova prima di assumerla, quando la prova, offerta e da assumere, possa avere *una influenza decisiva, mirando all'accertamento dei fatti, oggetto del processo*»⁴, e ancora che «in tanto una o più peculiari circostanze o moventi possono esser qualificati come causale di un determinato reato ed essere così compresi nel *novero degli indizi effettivamente decisivi* a carico dell'imputato, in quanto si presentino come idonei a determinare l'imputato stesso a porre in essere la contestata attività criminosa, ed inoltre siano riferibili a lui esclusivamente»⁵.

L'aggettivo non è riservato solo alla qualifica degli elementi conoscitivi, ovvero indizi, prove, circostanze; come poc'anzi accennato, troviamo pure alquanto comune l'uso del concetto di “punto decisivo”: «il travisamento del fatto in tanto può inficiare di nullità la sentenza in quanto concorrano due condizioni e cioè l'ammissione da parte del giudice di merito di un fatto manifestamente escluso

³ Cass., Sez. III del 03 maggio 1966, n. 1383.

⁴ Cass., Sez. II, 17 marzo 1969, n. 633.

⁵ Cass., Sez. I, 26 gennaio 1971, n. 67.

dagli atti del processo o, viceversa e in secondo luogo, *l'incidenza di esso su di un punto decisivo per il giudizio*: onde non è a parlarsi di travisamento del fatto quando si sia in presenza di un processo di scelta, di interpretazione e di apprezzamento delle prove⁶; e ancora: «per adempiere all'obbligo della motivazione il giudice di merito non è tenuto a compiere un'analisi di tutte le deduzioni delle parti e di tutti gli elementi probatori emersi nel dibattimento, essendo sufficiente che egli, attraverso una valutazione globale di tutte le risultanze di causa, spieghi le ragioni che hanno determinato il suo convincimento. Il giudice di appello, in particolare, è tenuto a rispondere a tutti i quesiti prospettati dalla difesa, *sempre che riguardino punti decisivi*, ma non ha l'obbligo di controbattere ogni esercitazione dialettica e di confutare, una ad una, tutte le argomentazioni proposte»⁷.

⁶ Cass., Sez. VI, 17 maggio 1967, n. 953. Quest'uso del termine "decisivo" come riferito ad un coacervo di elementi conoscitivi – o meglio a tutti quelli adoperati ai fini del decidere – è piuttosto frequente: «il giudice di merito non è tenuto a fare una analisi particolareggiata di tutti gli elementi di prova acquisiti al processo e di tutte le deduzioni delle parti, ma assolve all'obbligo della motivazione allorché prende in esame le risultanze processuali che ritiene sufficienti per la formazione del suo convincimento ed indica le ragioni per cui ritiene logico attribuire loro efficacia decisiva» (Cass., Sez. V, 05 luglio 1974, n. 9554); e v. pure Cass., Sez. II, 18 febbraio 1976, n. 509: «avendo la motivazione del mandato di cattura la funzione di garantire che esso sia stato emesso a seguito della valutazione degli elementi di prova acquisiti, è sufficiente che siano indicate specificamente le fonti da cui sono stati tratti gli elementi considerati decisivi, mentre non è necessario che sia riprodotto nella motivazione il contenuto delle prove, sia perché ciò contrasterebbe con l'esigenza di non pregiudicare del tutto il segreto istruttorio e con il carattere sommario della delibazione, sia perché la valutazione, necessariamente discrezionale degli indizi, non potrebbe comunque essere oggetto di controllo in sede di legittimità».

⁷ Cass., Sez. V, 22 gennaio 1968, n. 38. Massima assai simile è quella seguente, che riferisce, peraltro, l'attributo di decisività alle prove anziché ai "punti" della regiudicanda: «Il giudice di appello non ha l'obbligo di controbattere ogni esercitazione dialettica difensiva e di confutare, una per una, tutte le argomentazioni e tutte le doglianze che sono state proposte con i motivi di impugnazione. L'obbligo di

Si riscontra, nelle massime sopra indicate, ed in tutte quelle omologhe, un *file rouge* ben preciso, ovvero un uso del termine “decisivo” assai diverso da quello atecnico o meramente colloquiale, che era ed è riscontrabile nel discorso comune: le massime rivelano, anzi, che la scelta dell’aggettivo è spesso spiegata e sinteticamente chiarita nel suo valore.

È quanto accade, ad esempio, laddove si parla di «incidenza» del fatto asseritamente travisato «*su di un punto decisivo per il giudizio*»⁸; o ancora quando si censura la sentenza impugnata tutte le volte in cui nella valutazione si sia omesso di tener presenti circostanze fornite di «una *rilevante influenza nella concreta qualificazione del fatto ascritto all'imputato*»⁹ o, ancora, quando si identificano i fatti decisivi in «*quegli elementi giuridicamente rilevanti a dimostrare l'esistenza dei requisiti essenziali del fatto, e a qualificare questi sotto il profilo giuridico*»¹⁰.

In tutti questi contesti, appunto, l’aggettivazione nel senso della decisività viene riferita, in modo tecnicamente consapevole, *all’ossatura descrittiva che definisce il fatto e lo sussume sotto una certa norma sostanziale*, operando, in questo senso, una netta parificazione concettuale tra

motivazione può considerarsi adempiuto allorché il giudice di secondo grado, senza diffondersi nella confutazione particolareggiata di un motivo di gravame, involgente la critica di un elemento di prova, dimostri, mediante l’enunciazione delle ragioni che hanno determinato la sua decisione, *di aver tenuto conto di tutte le principali e decisive risultanze acquisite nel processo*» (Cass., Sez. II, 08 giugno 1976, n. 1612).

⁸ Cass., Sez. VI, 17 maggio 1967, n. 953, cit.

⁹ Cass., Sez. III, 20 aprile 1966, n. 1271, cit.

¹⁰ Cass. Sez. II, 07 novembre 1973, n. 1770, la cui massima per intero è quella che segue: «Nella ricostruzione del fatto, come nella determinazione del movente, non sempre è possibile e necessario ricostruire tutti i particolari degli eventi accaduti e dei relativi atteggiamenti psicologici; necessario è, invece, ai fini della prova, cogliere e avvalorare quegli elementi giuridicamente rilevanti a dimostrare l'esistenza dei requisiti essenziali del fatto, e a qualificare questi sotto il profilo giuridico».

“rilevanza” e “decisività”, a cagione della quale sono prove afferenti a punti decisivi tutte quelle che, in sostanza, si riferiscono al capo d'imputazione¹¹.

Ora, appare abbastanza chiaro che la giurisprudenza di cui qui si discute echeggia moduli espressivi che abbiamo visto essere caratteristici dell'universo processual-civilistico ed elaborati sulla scorta di una norma ben precisa, ovvero l'art. 360, 1° comma, n. 5), c.p.c.

Si rammenta di certo come, secondo una diffusa ricostruzione, tramite l'uso del concetto di fatto o punto decisivo della controversia il legislatore del codice di rito civile avrebbe preteso che si giungesse all'annullamento della sentenza tutte le volte in cui l'elemento obliterato dal giudice del merito fosse stato tale da incidere sul *giudizio pertinente alla fattispecie concreta dedotta nella lite*, attagliandosi ad un fatto costitutivo della fattispecie medesima, oppure anche ad un fatto secondario, in tutti i

¹¹ Passaggio evidente anche in questa più recente massima: «La libertà del giudice nell'accertamento della verità si svolge nell'osservanza delle regole del processo, tra le quali rientra l'esame delle deduzioni dell'imputato, esposte nelle memorie o nelle istanze o prospettate nei motivi di appello, dato che il procedimento penale qual è strutturato nel nostro sistema deve consentire all'imputato di intervenire nel processo ricostruttivo e valutativo effettuato dal giudice in ordine al fatto-reato prospettato dall'accusa e cristallizzato nell'imputazione. L'omessa valutazione della concreta rilevanza di tali deduzioni ai fini della decisione si risolve nella violazione del diritto riconosciuto dalla legge all'imputato di difendersi provando; violazione che determina la nullità della decisione, da far valere, in sede di legittimità, sotto l'aspetto dell'omesso esame di punti decisivi per la ricostruzione o la valutazione del fatto, ovvero della mancanza o della contraddittorietà della motivazione» (Cass., Sez. I, 22 giugno 1987, n. 12915); come pure in quest'altra: «Il procedimento penale, qual è strutturato nel nostro ordinamento, consente all'imputato di intervenire nel processo ricostruttivo dei fatti effettuato dal giudice e solo nell'ipotesi in cui lo stesso non sia stato posto in grado di esercitare concretamente tale facoltà da parte del giudice, che disattese le sue richieste si è limitato a provare il contenuto dell'accusa e non già ad accertare i fatti, sussiste violazione del diritto dell'imputato ad un processo giusto, che, in sede di Cassazione, può esser fatta valere sotto l'aspetto dell'omesso esame di punti decisivi per la ricostruzione del fatto» (Cass., Sez. I, 12 maggio 1984, n. 8870).

casi in cui non ve ne fossero di altrettanto significativi da cui indurre l'esistenza del fatto principale¹².

La constatazione di questo rimbalzo concettuale dall'area processualcivilistica a quella propria ed esclusiva dell'accertamento del reato, può essere un dato accessorio, ai fini della presente analisi, determinato dalla frequente contaminazione tra discipline fornite di substrati comuni, ma di certo serve ad illuminare di luce ancor più limpida una prima, modesta, conclusione: la giurisprudenza formatasi sotto la vigenza del codice Rocco e, dunque, anteriore rispetto alla riforma datata 1989, conosceva e adoperava un concetto di decisività della prova *innegabilmente caratterizzato dalla sua sostanziale assimilazione con quello di rilevanza*, così finendo coll'identificare come decisivi tutti quegli elementi conoscitivi e tutte quelle circostanze che valessero a dimostrare l'esistenza o l'inesistenza dei fatti asseriti nel capo d'imputazione e il loro corretto inquadramento giuridico.

2. VENT'ANNI DI MASSIME

Ricostruire la giurisprudenza di un dato periodo storico è lavoro delicato, che teme sempre una potenziale incompletezza della ricerca, cagionata dall'inaffidabilità delle raccolte, ma anche dalla natura delle massime, che circolano come dotate di vita propria, talora occultando i tratti reali della sentenza da cui scaturiscono.

Di qui la scelta del presente lavoro, che ambisce a stagliare, all'interno delle più perspicue tra le sentenze sottostanti alle massime edite, il ragionamento seguito dalla Corte sulla scorta dei dati processuali di volta in

¹² V. *infra* Cap. I, Par. 5, e comunque FAZZALARI, *Il giudizio civile di cassazione*, Milano, 1960, p. 88 e ss.

volta disponibili, ovvero uno schema all'interno della casistica¹³.

Sul punto si dovrà venire a breve; per il momento è possibile rilevare come alcuni risultati mostrino i tratti dell'inequivocabilità già sulla scorta del puro e semplice *screening* delle massime: alle soglie dell'entrata in vigore del codice *il concetto di prova decisiva pare aver subito un mutamento improvviso, un cambiamento di rotta concettuale alquanto netto.*

La mancata acquisizione di una prova – leggiamo – può essere dedotta in sede di legittimità a norma dell'art. 606, lett. d), c.p.p. «quando si tratta di prova decisiva, quando cioè la mancanza di tale elemento probatorio *abbia inciso a tal punto da portare ad una motivazione basata su affermazioni apodittiche o congetturali*»¹⁴: la

¹³ L'idea è esposta con chiarezza di nuovo da FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale*, cit., p. 1734: «la vera specificità dell'attività interpretativa della Corte... dovrebbe essere per il futuro meglio ricercata in un programma di lavoro, sistematicamente volto a congiungere l'elaborazione di principi e massime generali al contemporaneo studio della casistica: casistica però concepita non già come massa di casi concreti considerati soltanto nella loro specifica irripetibilità storica, bensì innanzitutto come insieme di casi generici o tipologici, vale a dire, come ipotesi paradigmatiche ricostruite sulla base di elementi specifici comuni ma suscettibili di generalizzazione, in quanto tali idonee ad abbracciare tutti i casi singoli che posseggono le medesime proprietà. Da questo punto di vista, sarebbe il caso generico o tipologico a costituire punto di riferimento della *ratio decidendi* in termini di elaborazione del precedente giudiziario, e non già il singolo caso individuale oggetto di giudizio suscettibile di essere ricondotto alla già individuata ipotesi paradigmatica».

¹⁴ Cass., Sez. I, 05 maggio 1992, n. 7399. In termini analoghi v. Id., Sez. I, 22 novembre 1994, n. 560; Id., Sez. I, 17 gennaio 1995, n. 3182. Il significato è assolutamente eguale, al di là dello stilema espressivo, nella seguente massima: «Il vizio di cui all'art. 606, comma primo, lett. d) cod. proc. pen. (mancata assunzione di prova decisiva) rileva solo quando la prova richiesta e non ammessa, confrontata con le argomentazioni a sostegno della decisione adottata, risulti "decisiva", cioè tale che, se esperita, avrebbe potuto determinare una diversa soluzione. La valutazione di siffatta decisività deve quindi essere compiuta accertando se i fatti indicati dal ricorrente nella relativa richiesta siano tali da potere inficiare *tutte* le

prova negata rileva, secondo siffatta massima, solo qualora essa sia tale da inficiare la motivazione della sentenza nella sua interezza e non solo; occorre, altresì, che il grado di influenza sulla tenuta logica della parte motiva sia tale da romperne il nesso col materiale probatorio acquisito.

Ancora: «L'art. 606 comma primo lett. d) cod. proc. pen. prevede, fra i motivi di ricorso per cassazione, la denuncia di mancata assunzione di una prova decisiva richiesta dalla parte a norma dell'art. 495, comma secondo, dello stesso codice, che consacra il cosiddetto "diritto alla controprova". L'*error in procedendo*, in cui si sostanzia il vizio in questione, rileva solo quando la prova richiesta e non ammessa, confrontata con le argomentazioni in motivazione addotte a sostegno della sentenza, risulti "decisiva", cioè *tale che, se esperita, avrebbe potuto determinare una diversa decisione*. La valutazione in ordine alla decisività della prova dev'essere quindi compiuta *accertando se i fatti dalla parte indicati nella relativa richiesta siano tali da poter inficiare le argomentazioni poste a base del convincimento del giudice*»¹⁵.

argomentazioni *poste a fondamento del convincimento del Giudice*» (Cass., Sez. I, 21 ottobre 1994, n. 12584).

¹⁵ Cass., Sez. I, 23 marzo 1992, n. 1251. Il riferimento alla motivazione della sentenza è continuo: in senso analogo v. pure Id., Sez. VI, 14 ottobre 1993, n. 11411, secondo cui «il diritto della parte a vedersi ammettere prove contrastanti con l'accusa, la cui mancata assunzione è denunciabile con ricorso per cassazione ex art. 606 lett. d) in relazione all'art. 495, comma secondo cod. proc. pen., *va rapportato, per verificarne il fondamento, alla motivazione della sentenza impugnata*. Viene, infatti, ad essere priva di fondamento la censura che denunci il rigetto, sul punto, della istanza difensiva, se tale rigetto risulti sorretto da argomentazioni logiche, idonee a dimostrare che le cosiddette controprove, dedotte dalla parte, non possono modificare il peso delle prove di accusa»; Id., Sez. I, 20 ottobre 1993, n. 1293: «L'art. 606 comma primo, lett. d), nuovo cod. proc. pen. prevede tra i motivi di ricorso per Cassazione la denuncia di mancata assunzione di una prova decisiva richiesta dalla parte a norma dell'art. 495 stesso codice. L' "*error in procedendo*" in cui si sostanzia il vizio in questione rileva solo quando la prova richiesta e non

Siffatte massime – invero paradigmatiche e configuranti uno schema riprodotto con costanza e per lo più in termini pedissequi sino all’oggi – denunciano con chiarezza come lo spostamento logico del concetto di prova decisiva sia stato duplice: da un lato il termine di riferimento non è più la *res in iudicium deducta* – insomma il capo d’imputazione con il fatto storico e la relativa qualificazione giuridica – ma *la motivazione della sentenza*; dall’altro si assume che il fatto, l’elemento di prova, la circostanza, per essere decisivi debbano essere *capaci di rovesciare la visuale prospettica adottata in sentenza o addirittura di farla apparire come priva di riferimento alle prove in atti, ovvero apodittica*.

ammessa, *confrontata con le argomentazioni in motivazione addotte a sostegno della sentenza, risulti decisiva, cioè tale che, se esperita, avrebbe potuto determinare una diversa decisione*. La valutazione in ordine alla decisività della prova deve essere quindi compiuta accertando se i fatti dalla parte indicati o, nel caso, le eventuali risultanze di perizia, siano tali da poter inficiare le argomentazioni poste a base del convincimento del giudice. (La Suprema Corte ha enunciato il principio in massima in un caso in cui, vertendosi in materia di esalazioni maleodoranti, ha affermato che la perizia non rivestiva carattere di decisività, non sussistendo parametri oggettivi cui rapportare le esalazioni stesse)»; Id., Sez. I, 12 novembre 1993, n. 2774: «In tema di motivi di ricorso per Cassazione, l' "error in procedendo" in cui si sostanzia il vizio relativo alla lesione del diritto alla controprova, previsto dall'art. 606 comma primo lett. d) cod. proc. pen., è utilmente dedotto come vizio di legittimità della sentenza solo quando la prova sollecitata, ma negata, *confrontata con le argomentazioni addotte in motivazione a sostegno della sentenza, sarebbe risultata decisiva, nel senso che se quella fosse stata ammessa avrebbe potuto determinare una diversa decisione del giudice*»; Id., Sez. I, 5 aprile 1994, n. 4386: «Per prova, la cui mancata assunzione può costituire motivo di ricorso per cassazione, deve intendersi solo quella che, *confrontata con le ragioni poste a sostegno della decisione, risulti determinante per un esito diverso del processo, e non anche quella che possa incidere solamente su aspetti secondari della motivazione* ovvero sulla valutazione di affermazioni testimoniali da sole non considerate fondanti della decisione prescelta»; tal quali anche Id., Sez., VI, 12 gennaio 1994, n. 4036; Id., Sez. II, 27 gennaio 1995, n. 2380; Id., Sez. II, 27 aprile 1995, n. 5890; Id., Sez., VI, 26 giugno 1997, n. 10109.

Quelle sopra riportate sono massime risalenti ad un periodo immediatamente adiacente all'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale, ma, qualora si rivolga l'attenzione verso un panorama più attuale, il discorso non muta in alcuna misura; il *refrain* diffuso è quello che segue: «il vizio di mancata assunzione di prova decisiva rileva quando la prova richiesta e non ammessa, confrontata con le argomentazioni addotte in motivazione a sostegno della decisione, risulti "decisiva", cioè tale che, se esperita, avrebbe potuto determinare una diversa decisione»¹⁶; massime più generose in virtù esplicativa notano, poi, che «l'error in procedendo rilevante ex art. 606, comma primo, lett. d), cod. proc. pen., è configurabile soltanto quando la prova richiesta e non ammessa, *confrontata con le motivazioni addotte a sostegno della sentenza impugnata*, risulti decisiva, cioè tale che, se esperita, avrebbe potuto determinare una decisione diversa; la valutazione in ordine alla decisività della prova deve essere compiuta *accertando se i fatti indicati dalla parte nella relativa richiesta fossero tali da poter inficiare le argomentazioni poste a base del convincimento del giudice di merito*»¹⁷; oppure, argomentando *a contrario* lo stesso concetto, aggiungono che «la mancata acquisizione di una prova può essere

¹⁶ Cass., Sez. IV, 08 maggio 2007, n. 27738. Rigorosamente uguale, ma più recente Id., Sez. VI, 25 marzo 2010, n. 14916.

¹⁷ Cass., Sez. IV, 14 marzo 2008, n. 23505; sostanzialmente analoga la massima di Id., Sez. III, 15 giugno 2010, n. 2758, secondo cui «è prova decisiva, la cui mancata assunzione è deducibile come motivo di ricorso per cassazione, solo quella prova che, non assunta o non valutata, vizia la sentenza intaccandone la struttura portante»; o anche quella di Id., Sez. II, 21 settembre 2010, n. 36276: «per prova decisiva, la cui mancata assunzione può costituire motivo di ricorso per cassazione, deve intendersi solo quella che, confrontata con le argomentazioni addotte in motivazione a sostegno della decisione, risulti "determinante" per un esito diverso del processo. Per l'effetto, tale vizio è ravvisabile solamente quando la prova richiesta e non ammessa, confrontata con le argomentazioni formulate in motivazione a sostegno e illustrazione della decisione, risulti tale che, se esperita, avrebbe sicuramente determinato una diversa pronuncia».

dedotta in sede di legittimità, a norma dell'art. 606, comma primo, lett. d), cod. proc. pen., quando si tratta di una "prova decisiva", ossia di un elemento probatorio suscettibile di determinare una decisione del tutto diversa da quella assunta, *ma non quando i risultati che la parte si propone di ottenere possono condurre – confrontati con le altre ragioni poste a sostegno della decisione – solo ad una diversa valutazione degli elementi legittimamente acquisiti nell'ambito dell'istruttoria dibattimentale*»¹⁸.

Va detto, peraltro, che questo scenario ormai ultraventennale risulta solo apparentemente monocromatico, punteggiato com'è da episodiche emersioni di massime sgargianti per *esprit* garantistico; la prima risale al 1992 e senza remore espone passaggi di rara chiarezza: prova decisiva – si nota qui – è quella che «con giudizio "ex ante", appaia idonea a contrastare, nell'ambito dell'oggetto del processo, circostanze altrimenti acquisite, elidendone l'efficacia probatoria, ovvero capace di introdurre ulteriori elementi di valutazione, così da rendere possibile, nell'uno e nell'altro caso, una pronuncia diversa»¹⁹.

Come si accennava, si tratta di una linea argomentativa destinata a sporadiche apparizioni, nell'arco degli anni²⁰, anche in termini variegati; così quando si

¹⁸ Cass., Sez. VI, 11 giugno 2008, n. 37173.

¹⁹ Cass., Sez. VI, 19 dicembre 1991, n. 2516; di segno comparabile anche una massima piuttosto recente emessa da Cass., Sez. I, 20 gennaio 2009, n. 5611: «La ricognizione di persona può risultare prova decisiva, e cioè determinare, se assunta, una diversa decisione del giudice, consentendo il superamento di eventuali contrasti o dubbi emergenti dal quadro probatorio acquisito ovvero inficiando l'efficacia dimostrativa di prove di segno contrario. (Nella specie, l'imputato, condannato in primo grado anche grazie a un riconoscimento fotografico, era stato assolto dal giudice di appello che, pur sollecitato dal p.m., non aveva ammesso la ricognizione di persona, sul rilievo del lungo lasso di tempo trascorso dal fatto, della probabile metamorfosi fisionomica dell'imputato frattanto intervenuta e della non decisività di tale mezzo di prova; argomenti ritenuti illogici dalla Corte suprema che ha annullato con rinvio la sentenza impugnata)».

²⁰ V., ad esempio, pedissequa, Cass., Sez. VI, 20 aprile 1995, n. 9303.

osserva che è «priva di fondamento la censura che denunzi il rigetto... della istanza difensiva, se tale rigetto risulta sorretto da argomentazioni logiche, idonee a dimostrare che le cosiddette controprove, dedotte dalla parte, non possono modificare il peso delle prove di accusa»²¹ oppure che «il giudice di legittimità, nel porsi il problema della decisività della prova, ai sensi dell'art. 606, comma primo, lett. d), cod. proc. pen., deve condurre l'indagine sull'effettiva incidenza della richiesta sui fatti già indicati come oggetto delle prove a carico e sulla possibilità che l'esito della prova, correttamente dedotta, possa modificare sostanzialmente l'esito del processo»²².

La distanza di siffatte massime dall'orientamento dominante non può essere sottovalutata; anzitutto si esige che la prospettiva del giudizio sia analoga a quella propria del giudice di merito al momento dell'ammissione della prova, con giudizio *ex ante* sui fatti prospettati quale oggetto delle prove a carico; in secondo luogo, si condiziona l'annullamento della sentenza ad un doppio *test*, verificandone la capacità di agire quale prova contraria *diretta* – tale, dunque, da elidere l'efficacia delle prove addotte *ex adverso* – ovvero, in alternativa, quale prova contraria *indiretta*, capace d'introdurre all'attenzione del giudice fatti diversi da quelli descritti nel capo d'imputazione o nella lista testimoniale dell'accusa e incompatibili con i medesimi.

Ma non basta: siffatte massime, soprattutto, collocano con chiarezza il fulcro del controllo non già sulla motivazione della sentenza, quale contenitore della ricostruzione storica operata dal giudice del merito, ma sulla *capacità della prova omessa di indurre un esito diverso*; semmai si considera degna di verifica l'ordinanza giudiziale che eventualmente chiarisca come e perché l'istanza difensiva in materia di prova sia stata rigettata.

²¹ Cass., Sez. VI, 14 ottobre 1993, n. 11411, ma anche Id., Sez. VI, 20 aprile 1995, n. 9303.

²² Cass., Sez. IV, 29 gennaio 1993, n. 6212.

Se questo è quel che emerge dalla massime, il passaggio successivo esige una verifica tanto onerosa, quanto indispensabile, volta ad accertare se e fino a qual punto le massime stesse costituiscano specchio affidabile dell'orientamento della Cassazione.

Ora, una ricerca di tal genere esige che s'indulga ad una premessa di carattere metodologico: è evidente come non solo e non tanto la disamina di *tutte* le singole sentenze, quanto la medesima possibilità di sintetizzare e riprodurre nella presente sede i risultati della ricerca, non consentono di espandere cronologicamente la verifica oltre determinati limiti, pena la sostanziale assenza di concreta fruibilità dei risultati del lavoro.

Si è dunque deciso di concentrare il *focus* dell'attenzione su di un determinato periodo di tempo, esaminando le sentenze emesse in tema dalla Cassazione nell'arco di un semestre, e si è altresì scelto come periodo di riferimento uno sufficientemente vicino all'oggi da risultare indicativo dello stato dell'arte: in breve, l'analisi che segue sottopone ad indagine tutte le sentenze emesse dalla Corte – e rese disponibili su banche dati – nel periodo che corre dal 1° gennaio al 30 giugno 2011.

Nei capitoli che seguono vi sarà poi occasione di esaminare singole sentenze colte nell'arco del ventennio dall'entrata in vigore del codice di procedura penale, considerate maggiormente significative degli orientamenti della Corte in materia.

3. SEI MESI DI SENTENZE: a) ORIENTAMENTO RESTRITTIVO

Sin d'ora va detto, per ragioni di maggior perspicuità del discorso, come dal numero complessivo di decisioni esaminate – ottantatré pronunzie emesse dal gennaio al giugno 2011, su ricorsi che includevano il vizio di mancata ammissione della prova decisiva²³ – sono state

²³ Per la ricerca è stato adoperato il *database* DeJure della casa editrice Giuffrè.

estromesse tutte quelle in cui la Corte ha ritenuto la censura assorbita dal riconoscimento di altro vizio, con conseguente annullamento della sentenza; quelle in cui la Sezione decidente ha ignorato la censura *tamquam non erabat*, rigettando comunque il ricorso sulla scorta di argomenti diversi²⁴; ma soprattutto la ricerca ha dovuto escludere l'alto numero di casi in cui la Corte non è giunta ad esaminare la censura proposta ai sensi dell'art. 606, 1° comma, lett. d), c.p.p. a cagione di palesi difetti nell'impostazione difensiva dei ricorrenti.

Vale la pena di soffermarsi momentaneamente a chiarire tale ultimo aspetto: per lo più si tratta di impugnazioni in cui si lamenta la mancata ammissione della prova decisiva senza indicare – oppure indicando in modo generico – le ragioni della ritenuta decisività della prova in seno all'atto di ricorso, ma talvolta si tratta pure di casi in cui l'errore difensivo alligna a monte, ossia nella carente indicazione del risultato probatorio auspicato *al momento della richiesta durante il giudizio di merito*.

Taluni esempi chiariscono meglio il problema: in una ipotesi in cui il ricorrente – condannato per danneggiamento volontario di un auto della polizia stradale – lamentava la mancata assunzione di prova documentale finalizzata a dimostrare, da un lato, l'avvenuta riparazione dei danni arrecati, dall'altro l'illegittima revoca dell'ordinanza ammissiva di tutti i testi della difesa, a causa della mancata citazione dei medesimi, il ricorso è stato respinto per la banale ragione che non risultava mai effettuata, a verbale, la richiesta d'ammissione dei documenti e neppure indicate, né in fase

²⁴ Ad esempio, tale, in tutta evidenza, è il caso della sentenza emessa da Cass., Sez. VI, 07 giugno 2011, n. 25382, in cui il ricorrente – condannato per resistenza a pubblico ufficiale – lamentava la mancata ammissione della prova configurata dalla testimonianza dell'unico individuo presente ai fatti oltre alla persona offesa; la Corte ha ritenuto inammissibile il ricorso asseritamente finalizzato a riproporre «una rivisitazione del "meritum causae", preclusa, come tale, in sede di scrutinio di legittimità», senza prendere in alcuna considerazione la doglianza di carattere schiettamente processuale.

di merito, né all'interno del ricorso, le circostanze su cui i testimoni avrebbero dovuto deporre²⁵.

In un caso di condanna per il reato di cui all'art. 633 c.p. (invasione di terreni o edifici), il ricorrente lamentava che non fosse mai stata ammessa alla valutazione del giudice di merito un'ordinanza pronunciata fra le medesime parti in esito a giudizio civile possessorio; secondo la verifica effettuata dalla Corte, però, dal fascicolo processuale risultava che il ricorrente era rimasto contumace durante il giudizio di prime cure, non coltivando alcuna attività difensiva, sì da consentire ai giudici di legittimità di rammentare che il vizio di cui all'art. 606, lett. d), c.p.p. «è prospettabile solo quando della prova indicata come decisiva la parte ne abbia fatto ritualmente richiesta già nel corso dell'istruttoria dibattimentale, avendone quindi diritto all'ammissione, come si evince dall'espresso richiamo all'art. 495 c.p.p., comma 2»²⁶.

Ancora: condannato per truffa finalizzata al conseguimento di erogazioni pubbliche e falso ideologico, il ricorrente aveva lamentato dapprima dinanzi alla Corte d'appello e poi in sede di ricorso, l'illegittima riduzione della propria lista testi, durante la fase di prime cure, e il rigetto della richiesta di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, in secondo grado: la Cassazione ha correttamente rilevato come le circostanze sulle quali i testimoni avrebbero dovuto deporre apparivano marginali e, del resto, «nell'atto d'appello non era contenuta alcuna specificazione circa la decisività delle prove»²⁷.

Infine, in un caso di condanna per truffa, il ricorrente lamentava la mancata ammissione della ricognizione da parte della persona offesa, che avrebbe riconosciuto l'imputato soltanto in effigie fotografica: la Corte ha rilevato come la rinuncia all'esame della parte lesa, avvenuta nel corso del giudizio di primo grado, non

²⁵ Cass., Sez. II, 10 giugno 2011, n. 25947.

²⁶ Cass., Sez. II, 24 maggio 2011, n. 23759.

²⁷ Cass., Sez. II, 04 febbraio 2011, n. 20012.

consentisse alla difesa di dolersi poi, con l'atto d'appello, dell'assenza di un contributo dichiarativo cui aveva espressamente rinunciato²⁸.

L'elenco potrebbe continuare e, forse, meriterebbe analisi più accurata, sulla scorta di una prospettiva d'indagine che miri a scoprire quanta parte del carico della Corte sia formata da ricorsi puramente dilatori o comunque effettuati senza il necessario bagaglio di formazione tecnica da parte degli impugnanti, ma tant'è: nella presente sede il dato merita di essere evocato al fine di depurare l'analisi da casi in cui la verifica sull'effettiva decisività della prova è interdetta dalla mancata allegazione dei dati indispensabili al controllo.

Lo *screening* sulle sentenze residue produce risultati d'indiscutibile attrattiva²⁹, che meritano d'essere anticipati; se ne deduce l'esistenza di due orientamenti opposti, i quali appaiono – si noti – egualmente rappresentati all'interno delle varie sezioni: secondo il primo, in via d'estrema sintesi può dirsi che il controllo affidato alla Corte di cassazione sulla decisività della prova omessa deve essere condotto comparando il risultato probatorio auspicato dai ricorrenti con la motivazione della sentenza impugnata e l'annullamento è reso dipendente dal fatto che il dato conoscitivo sia di tal natura da inficiare la struttura portante della decisione³⁰.

²⁸ Cass., Sez. II, 16 febbraio 2011, n. 13361.

²⁹ Nella disamina che segue non sono state prese in considerazione tutte quelle decisioni che hanno avuto ad oggetto questioni sulla decisività della prova *peritale* richiesta e non ammessa; la particolare natura dei canoni decisorii assunti in tali casi esige che ad essi si dedichi, nel prosieguo, apposita e separata analisi (v. Cap. III, Par. 3).

³⁰ Appartengono a questa categoria: Cass., Sez. VI, 28 giugno 2011, n. 27157; Id., Sez. II, 08 giugno 2011, n. 25738; Id., Sez. VI, 19 maggio 2011, n. 27989; Id., Sez. III, 11 maggio 2011, n. 24827; Id., Sez. III, 05 maggio 2011, n. 24825; Id., Sez. I, 06 aprile 2011, n. 22054; Id., Sez. II, 08 marzo 2011, n. 12371; Id., Sez. V, 02 marzo 2011, n. 14501; Id., Sez. V, 27 gennaio 2011, n. 7463; Id., Sez. V, 21 gennaio 2011, n. 18547; Id., Sez. III, 20 gennaio 2011, n. 11986; Id., Sez. VI, 10 gennaio 2011, n. 3391. Come si nota dall'elencazione, nell'orientamento in discorso sono parimenti rappresentate tutte le

Secondo l'opposto indirizzo, il controllo dev'essere effettuato verificando se la prova omessa fosse rilevante, a termini della fattispecie concreta dedotta in giudizio, e non superflua: merita precisare, peraltro, come, mentre il primo *test* risulta essere operato con valutazione *ex ante*, quello relativo alla superfluità della prova include, invece, un riscontro relativo al se la circostanza di cui si assume la decisività risulti o meno *aliunde* provata e quindi già affidata, tramite altri risultati conoscitivi, al vaglio del giudice di merito³¹.

È bene aggiungere, ancora, come la *summa divisio* appena realizzata, risulti, in parte, meno evidente a cagione del fatto che talora la Corte, pur applicando canoni appartenenti palesemente al secondo orientamento, cita a conforto della propria decisione precedenti massime (o comunque argomenti) di segno opposto³².

E dunque si avvii l'analisi, cominciando da una sentenza³³ che conclude tramite poche, rapide battute una

Sezioni della Corte. Analogo discorso vale per le sentenze di segno opposto indicate nella nota successiva.

³¹ Sono state prese in analisi le seguenti sentenze: Cass., Sez. III, 25 maggio 2011, n. 25047; Id., Sez. IV, 28 aprile 2011, n. 23300; Id., Sez. III, 13 aprile 2011, n. 18522; Id., Sez. III, 31 marzo 2011, n. 25192; Id., Sez. II, 29 marzo 2011, n. 17339; Id., Sez. V, 25 marzo 2011, n. 29212; Id., Sez. V, 18 marzo 2011, n. 16382; Id., Sez. III, 09 marzo 2011, n. 13685; Id., Sez. V, 09 marzo 2011, n. 24879; Id., Sez. V, 02 marzo 2011, n. 14512; Id., Sez. IV, 01 marzo 2011, n. 24109; Id., Sez. VI, 15 febbraio 2011, n. 10764; Id., Sez. II, 26 gennaio 2011, n. 6938; Id., Sez. I, 13 gennaio 2011, n. 4698; Id., Sez. VI, 11 gennaio 2011, n. 2238.

³² È il caso delle seguenti sentenze: Cass., Sez. II, 23 giugno 2011, n. 27939 (di lettura particolarmente utile per la comprensione del fenomeno, posto che la motivazione consta in via quasi esclusiva di un vero e proprio *collage* di massime di segno opposto rispetto al canone di superfluità della prova omessa, di fatto concretamente applicato); Id., Sez. V, 29 aprile 2011, n. 24904; Id., Sez. IV, 25 marzo 2011, n. 16766; Id., Sez. III, 09 marzo 2011, n. 13333; Id., Sez. I, 18 febbraio 2011, n. 12174; Id., Sez. VI, 04 febbraio 2011, n. 22246; Id., Sez. VI, 14 gennaio 2011, n. 4402; Id., Sez. II, 11 gennaio 2011, n. 4802; Id., Sez. V, 11 gennaio 2011, n. 7419.

³³ Cass., Sez. VI, 28 giugno 2011, n. 27157, cit.

vicenda processuale complessa, tanto da esigere anche l'intervento della Corte di Giustizia UE³⁴: in sede di ricorso per cassazione avverso la sentenza di condanna di un'insegnante per abuso di mezzi di disciplina nei confronti di minori, i difensori censuravano la decisione impugnata (anche) per «mancata assunzione di prova decisiva e vizio "logico giuridico", perché la Corte distrettuale avrebbe prima condiviso l'esigenza di una consulenza tecnica per valutare l'affidabilità delle deposizioni di minori» e poi, disattendendo il primo assunto, avrebbe proceduto a tale valutazione senza alcun contributo tecnico, applicando criteri usuali delle deposizioni di adulti e comunque «impedendo l'assunzione della richiesta consulenza tecnica di parte»; ebbene, il vizio derivato dalla mancata ammissione della consulenza di parte non avrebbe natura determinante, secondo la Corte, poiché il suo esame presupporrebbe la decisività delle citate dichiarazioni ai fini dell'opzione di condanna, dato, questo, inesistente a detta della Corte: *dalla motivazione della sentenza d'appello* emergerebbe come il nucleo portante della convinzione giudiziale sarebbe stato costituito dalle testimonianze addotte dai genitori, *de relato* e *de visu*, dichiarazioni ritenute *così credibili da rendere soverchia l'indagine sulla credibilità dei bambini*.

È evidente come l'argomentazione sia rappresentativa dell'orientamento in base al quale la verifica relativa alla decisività della prova non ammessa deve essere compiuta sulla scorta della complessiva motivazione della sentenza e non piuttosto su di una rilevanza della prova verificata con giudizio *ex ante*: di fatto, se il vaglio della Corte fosse stato condotto sulla scorta di quest'ultimo criterio, la decisione non avrebbe potuto essere che di annullamento della sentenza, posto che le dichiarazioni dei minori erano state ritenute in origine tanto rilevanti da indurre il giudice del merito ad ammettere incidente probatorio finalizzato

³⁴ Il riferimento corre alla nota decisione, conosciuta come “sentenza Pupino”, ovvero Corte di Giustizia delle Comunità Europee (Grande Sezione), 16 giugno 2005, proc. C-105/03, Pupino M.

alla cristallizzazione delle medesime in un'ipotesi addirittura non prevista nel catalogo tassativo dell'art. 392 c.p.p.

Nel caso deciso da Cass., Sez. I, 6 aprile 2011, n. 22054, l'imputato aveva proposto ricorso avverso una sentenza di condanna pronunciata per detenzione di pistola clandestina e ricettazione. Secondo la ricostruzione dei fatti operata nella sentenza di prime cure, l'arma sarebbe stata trovata dagli operanti, in pezzi, sotto la finestra dell'abitazione dell'imputato, che se ne sarebbe liberato nell'imminenza della perquisizione.

Risultava, peraltro, che il difensore dell'imputato aveva chiesto al primo giudice, in fase di ammissione della prova, l'escussione di due testi e di un consulente tecnico, chiamato a deporre sullo stato dei luoghi, ma il Tribunale non aveva ammesso i testi, in quanto il capitolato avrebbe avuto tratti troppo generici per rendere ammissibili le prove; in particolare, il Tribunale aveva considerato irrilevante l'ascolto del consulente tecnico, dopo aver ritenuto esaustivi i dati acquisiti attraverso le testimonianze dei Carabinieri operanti *in loco*. *De facto* la condanna a sei anni di reclusione risultava come l'esito di un giudizio *privo di qualunque prova a discarico*.

La difesa aveva eccepito, già nei motivi d'appello e poi in sede di ricorso, la mancata assunzione di prove decisive rilevando, appunto, come il giudice di prime cure avesse assunto la propria determinazione sulla scorta dei *dicta* dei soli ufficiali di polizia giudiziaria.

Già da siffatta succinta ricostruzione risulta piana la gravità della violazione del diritto alla prova subita dall'imputato, cui sostanzialmente risultava negata non solo l'ammissione di prove decisive, ma di qualsivoglia elemento conoscitivo a proprio favore.

Ebbene: secondo la Cassazione adita, le doglianze sarebbero inconsistenti, attesa da un lato l'effettiva genericità delle circostanze su cui avrebbero dovuto essere sentiti i testi (l'«esatta dinamica dei fatti»), posto che nel capo d'imputazione era contestata la sola detenzione dell'arma, senza che fosse citato il lancio della medesima

dalla finestra, mentre anche la mancata escussione del consulente tecnico geometra – del quale era stato chiesto l'esame per descrivere lo stato dei luoghi – sarebbe prova carente dei caratteri della decisività, «una volta accertato tramite le testimonianze degli operanti che la finestra dalla quale erano stati lanciati i pezzi della pistola non era ubicata alle spalle dell'appartamento»³⁵.

Orbene: se l'oggetto della presente disamina impedisce di dare contezza in merito ai criteri adoperati dalla Corte per respingere la doglianza relativa all'illegittima qualifica di genericità attribuita alla capitolazione della prova che avrebbe potuto essere fornita dai due testi, merita, invece, rilevare come il rigetto della ulteriore censura concernente la mancata ammissione della consulenza tecnica, mostri, con ineccepibile chiarezza, come la Corte abbia non solo confrontato il risultato di prova derivante dalla consulenza con la motivazione della sentenza di condanna, ma per di più l'abbia fatto *operando una rilevante confusione tra decisività della prova e affidabilità della medesima*: la consulenza – si legge tra le righe – non avrebbe *comunque* potuto confutare l'elemento conoscitivo proveniente dagli ufficiali di polizia giudiziaria.

Del pari significativa la sentenza emessa dalla Corte, Sez. V, 27 gennaio 2011, n. 7643: il ricorrente – condannato per sequestro di persona a scopo d'estorsione – aveva censurato la sentenza di prime cure per il vizio di cui all'art. 606, 1° comma, lett. d), in relazione all'art. 495, 2° comma, c.p.p., in quanto la difesa aveva a suo tempo chiesto, tempestivamente quanto inutilmente, che venisse effettuata una ricognizione di persona nei confronti del ricorrente, richiesta rigettata a motivo della mancata previsione codicistica, trattandosi di imputato collegato in videoconferenza; a prescindere dalla sostenibilità della ragione addotta per escludere la fattibilità della ricognizione, non v'è dubbio che il rifiuto avesse

³⁵ Così dal testo della sentenza emessa da Cass., Sez. I, 06 aprile 2011, n. 22054, cit.

comunque avuto quale conseguenza la mancata ammissione di una prova decisiva, in considerazione del fatto che i collaboratori di giustizia risultavano aver sostenuto la presenza dell'imputato tra coloro che materialmente avevano provveduto al sequestro della vittima: di qui la necessità di sottoporre l'imputato medesimo a ricognizione ad opera di tutti coloro che quel giorno viaggiavano a bordo dell'auto assieme alla p.o.; rimarcava ancora il difensore nell'atto di ricorso come la significatività dell'elemento cognitivo mai assunto era sottolineata dal fatto che, a suo tempo, nessuno dei presenti era riuscito a riconoscere l'imputato negli album fotografici predisposti dalla Squadra Mobile.

Nel rigettare il ricorso, la Corte rileva testualmente che, «ai fini della configurazione del vizio previsto dall'art. 606 c.p.p., lett. d), è indispensabile che la prova decisiva di cui si deduce la mancata assunzione abbia in ogni caso ad oggetto un fatto certo nel suo accadimento, essendo la certezza elemento condizionante della decisività... ed inoltre deve ritenersi decisiva solo la prova la cui mancata acquisizione abbia inciso a tal punto sulla decisione da portare ad una motivazione basata su affermazioni apodittiche o congetturali, ma non quella che, in presenza di motivazione fondata su prove acquisite agli atti del processo, ipoteticamente può essere indicativa di elementi fattuali non contrastanti con quelli probatoriamente accertati».

Nel caso di specie, la prova omessa sarebbe priva dei caratteri indicati, poiché con motivazione adeguata, i giudici del merito hanno ritenuto che «in pochi istanti la vettura della finta pattuglia di agenti avesse raggiunto e sorpassato quella a bordo della quale si trovava il F., che era stato poi costretto a scendere dall'auto, mentre veniva simulata la sua perquisizione, e simultaneamente gli altri occupanti erano stati fatti sdraiare in terra, il tutto in una unità di tempo misurabile in secondi, che non aveva consentito alcuna valida memorizzazione dei connotati dell'imputato», la cui partecipazione al fatto delittuoso

sarebbe comunque comprovata dalle dichiarazioni di collaboratori di giustizia ritenuti credibili.

Ma non basta: la ricognizione personale non rientrerebbe in ogni caso nella categoria della prova decisiva, trattandosi, al pari della perizia, di prova aperta ad ogni esito, insuscettibile, dunque, di assumere efficacia decisiva e carente della capacità di contrastare le acquisizioni processuali contrarie.

Sentenza significativa, come già osservato; ne emergono principi scolpiti in astratto con mano salda e applicati in concreto senza sbavature di dubbio: anzitutto la prova richiesta e non ammessa sarebbe decisiva solo qualora il relativo oggetto sia *un fatto certo nella sua esistenza*; detta certezza esistenziale, poi, parrebbe essere arguibile non solo (ed anzi non tanto) dalla prospettazione emergente dalla richiesta, ma dal residuo compendio probatorio, con la conseguenza che le prove avversarie già acquisite – quelle stesse, si noti, che la prova richiesta sarebbe chiamata a contrastare – *sono evocate a fornire dimostrazione della (potenziale) inesistenza del dato non ancora provato*; nel caso specifico, premessa come certa la breve durata dell'accadimento delittuoso, se n'è dedotta l'impossibilità di visualizzazione dell'agente da parte della vittima e dei testimoni oculari tutti e, dunque, l'inutilità della proposta ricognizione personale.

Ma non basta: a chiudere il cerchio, risulta invocato il noto canone per cui il carattere di prova contraria sarebbe predicabile solo con riferimento a determinati tipi di strumenti conoscitivi – sostanzialmente prove documentali, testimoniali, consulenze tecniche – in quanto riservati esclusivamente all'iniziativa di parte; il medesimo carattere sarebbe, invece, escluso *a priori* per tutte quelle prove suscettibili (anche) di acquisizione *ex officio iudicis*, ovvero perizie, confronti, esperimenti e, appunto, ricognizioni.

Le sentenze partitamente esaminate denotano con chiarezza i caratteri di un orientamento inequivoco nel restringere *ai minimi termini* i confini del diritto all'ammissione della prova.

4. ...b) ORIENTAMENTO “GARANTISTA”

Come si accennava, nello stesso arco di tempo oggetto di analisi, appare chiara l'esistenza di un orientamento giurisprudenziale esattamente opposto al primo e rappresentato da un comparabile numero di sentenze.

Anche in questo caso ovviamente sono stati scelti – tra quelli già *supra* elencati³⁶ – tutti i provvedimenti la cui motivazione dia conto, in maniera maggiormente perspicua, dei criteri valutativi adottati.

In un caso in cui l'imputato – legale rappresentante di una S.r.l. – era stato condannato per realizzazione di discarica abusiva, ove erano stati sversati rifiuti pericolosi e non, l'atto di ricorso era stato fondato essenzialmente proprio sull'asserita ricorrenza del vizio di cui all'art. 606, 1° comma, lett. d), c.p.p., per mancata ammissione della prova costituita dalla deposizione di chi avrebbe potuto dimostrare che, ad onta della qualifica dell'imputato, la gestione fattuale della società trovavasi tutta nelle mani di altri.

Secondo la Suprema Corte, «correttamente la sentenza ha escluso la rilevanza dell'eventuale prova di una gestione di fatto della società da parte del coimputato L.R., stante il preciso obbligo giuridico inerente alla qualità di amministratore unico di controllare la gestione della società, del cui operato è direttamente responsabile *ex lege*»³⁷.

Della sentenza si colgono con evidente linearità ragionamento seguito e criterio adottato: la questione da sciogliere è afferente al se la prova *temporibus illis* richiesta fosse o meno *rilevante a termini della fattispecie dedotta in giudizio*; la risposta negativa deriva, secondo la Corte, già dalla pura e semplice esegesi della norma sostanziale applicata, la quale esclude, a monte, qualsiasi

³⁶ V. *sub* nota n. 31.

³⁷ Cass., Sez. III, 25 maggio 2011, n. 25047.

rilevanza ad un'investitura puramente formale nelle cariche sociali.

Sostanzialmente sovrapponibile lo schema logico-giuridico adoperato da Cass., Sez. III, 31 marzo 2011, n. 25192: condannato per aver posto in commercio una serie di opere pittoriche contraffatte, l'imputato aveva proposto ricorso lamentando, oltre al resto, la mancata assunzione di prove decisive, configurate da due perizie, una sull'autenticità di un dipinto a firma di De Chirico, l'altra sull'autenticità della firma apposta da notaio a garanzia della provenienza dell'opera dall'autore apparente.

Nell'accogliere il ricorso *in parte qua*, la Corte ha sottolineato come i giudici del merito avessero ritenuto appagante la verifica effettuata sul quadro dal consulente tecnico del pubblico ministero, ritenuto persona sufficientemente autorevole da poter fondare sulla sua opinione il giudizio di colpevolezza; la pronuncia risulta, però, inficiata da un salto logico cui ha fatto seguito l'errore nella mancata ammissione della prova: secondo la Corte, a fronte di un elemento probatorio direttamente rilevante sull'elemento psicologico del delitto, quale indiscutibilmente rappresentato dall'autentica notarile del dipinto, i giudici del merito avrebbero dovuto o ritenere vera l'autentica, traendone le dovute conseguenze in termini di pronuncia assolutoria, oppure, in presenza di eventuali dati conoscitivi forieri di dubbio sull'autenticità del sigillo notarile, avrebbero dovuto disporre il supplemento istruttorio richiesto, giammai rigettarne la richiesta d'ammissione fondandosi sulla necessità di aver riguardo ad esigenze di economia processuale e ad una pretesa completezza globale della fase istruttoria.

Anche in questo caso, dunque – com'è agevole notare – la Cassazione, lungi dal porsi nella prospettiva della motivazione adottata dalle sentenze di merito, ha valutato la natura determinante della prova omessa fondandosi sul criterio di rilevanza della medesima alla luce della fattispecie astratta *sub iudice*.

Altrove il canone applicato dalla Corte appare essere quello della “superfluità” del mezzo istruttorio richiesto,

ritenendo *aliunde* provati i fatti che esso era destinato a dimostrare: così nel caso deciso da Cass., Sez. III, 13 aprile 2011, n. 18522.

Condannato per aver indotto, favorito e sfruttato, con violenza e minaccia, la prostituzione di una minore, il ricorrente censurava la decisione di merito per non aver disposto l'assunzione di prova decisiva, rappresentata dal passaporto della ragazza, tramite il quale avrebbe potuto aversi contezza in merito all'età effettiva della medesima; prova superflua – rilevano i giudici di legittimità nel rigettare l'impugnazione – posto che risultavano acquisiti in atti due ulteriori documenti, ovvero carta d'identità e codice fiscale, la cui veridicità non era mai stata contestata dalla difesa.

Ancora, talune decisioni mostrano come il vaglio sulla rilevanza della prova si estenda a considerare non solo quegli elementi probatori che appaiono rilevanti sulla scorta della norma giuridica oggetto di contestazione, ma anche *i tratti della fattispecie concreta descritta nel capo d'imputazione*: così in un caso di condanna dell'imputato per aver cagionato colposamente lesioni personali, omettendo la dovuta cura manutentiva delle travi di abbellimento della propria attività commerciale, la Corte disattende il ricorso che lamentava l'omessa assunzione dei documenti attestanti l'avvenuto collaudo statico dell'immobile: «è del tutto evidente» – si legge in sentenza³⁸ – «che nulla ha a che vedere l'accertato difetto di adeguata manutenzione di un pannello ornamentale distaccatosi dal soffitto interno del locale, con la verifica del collaudo statico della struttura che ricopre (ovviamente dall'esterno) l'esercizio o con le asseverazioni sulla statica dello stesso, a conoscenza del tecnico che della stessa si era occupato»; qui, con chiarezza, il parametro di riferimento del vaglio condotto dalla Cassazione è stato il tipo di condotta colposa addebitata all'imputato.

³⁸ Cass., Sez. IV, 01 marzo 2011, n. 24109.

5. ...c) FORME SFUGGENTI

Si è notato poc' anzi come nel contesto di verifica trovi spazio anche un tipo di sentenza caratterizzato da forti elementi di ambiguità, ovvero dalla scelta di soluzioni esegetiche sostanzialmente iscrivibili nel filone più garantista, ma apparentemente votate all'applicazione del canone interpretativo opposto.

Rientra, ad esempio, platealmente nel *genus* la decisione di Cass., Sez. II, 23 giugno 2011, n. 27939: il ricorrente aveva impugnato la decisione di condanna per il reato di cui all'art. 640*bis* c.p. allegando una serie di vizi che avrebbero afflitto la decisione di primo grado per passare indenni al vaglio della Corte d'appello; in particolare veniva denunciata la riduzione della lista testimoniale per sovrabbondanza, con conseguente ascolto di soli cinque testi sui complessivi venticinque adottati.

Il rigetto della censura, ad opera della Cassazione, si fonda di fatto su di una ragione condivisibile anche nella più garantista delle prospettive, esposta nell'*incipit* della sentenza: l'impugnante non ha chiarito né all'interno dell'atto d'appello e neppure nell'atto di ricorso le ragioni per cui la lista sarebbe stata adeguata piuttosto che sovrabbondante, né indicato quale risultato dimostrativo sarebbe derivato dalle prove escluse.

Questo lineare esito del controllo appare però giustificato dalla Corte tramite allegazione di un'estenuante serie di massime estrapolate dall'orientamento giurisprudenziale più restrittivo e il rigetto del motivo di ricorso viene fatto derivare dai seguenti argomenti, meritevoli di riproduzione per esteso: «Questa Corte ha affermato (ed il Collegio condivide l'assunto) che "per prova, la cui mancata assunzione può costituire motivo di ricorso per cassazione, deve intendersi solo quella che, confrontata con le ragioni poste a sostegno della decisione, risulti determinante per un esito diverso del processo, e non anche quella che possa incidere solamente su aspetti secondari della motivazione ovvero sulla valutazione di affermazioni testimoniali da sole non

considerate fondanti della decisione prescelta"... In altri termini "il vizio della sentenza di cui all'art. 606 c.p.p., lett. d) (mancata assunzione di una prova decisiva quando la parte ne ha fatto richiesta a norma dell'art. 495 c.p.p., comma 2) consiste in una sorta di "error in procedendo", ravvisabile solamente quando la prova richiesta e non ammessa, confrontata con le argomentazioni formulate in motivazione a sostegno ed illustrazione della decisione, risulti tale che, se esperita, avrebbe sicuramente determinato una diversa pronuncia; perché si configuri il vizio "de quo" deve cioè necessariamente sussistere la certezza della decisività della prova ai fini del giudizio e dell'idoneità dei fatti che ne sono oggetto ad inficiare le ragioni poste a base del convincimento manifestato dal giudice". Inoltre "il vizio di cui all'art. 606 c.p.p., comma 1, lett. d) (mancata assunzione di prova decisiva) rileva solo quando la prova richiesta e non ammessa, confrontata con le argomentazioni a sostegno della decisione adottata, risulti "decisiva", cioè tale che, se esperita, avrebbe potuto determinare una diversa soluzione. La valutazione di siffatta decisività deve quindi essere compiuta accertando se i fatti indicati dal ricorrente nella relativa richiesta siano tali da potere inficiare tutte le argomentazioni poste a fondamento del convincimento del Giudice". Pertanto il diritto della parte a vedersi ammettere prove contrastanti con l'accusa, la cui mancata assunzione è denunciabile con ricorso per cassazione ex art. 606 c.p.p., lett. d) in relazione all'art. 495 c.p.p., comma 2, va rapportato, per verificarne il fondamento, alla motivazione della sentenza impugnata. Viene, infatti, ad essere priva di fondamento la censura che denunci il rigetto, sul punto, della istanza difensiva, se tale rigetto risulti sorretto da argomentazioni logiche, idonee a dimostrare che le cosiddette controprove, dedotte dalla parte, non possono modificare il peso delle prove di accusa».

Come si accennava, la motivazione della sentenza consta di una verificabile giustapposizione di massime caratterizzate dalla palese appartenenza all'orientamento che si è qualificato come "restrittivo", e, per di più, le

massime in parola appaiono tutte chiaramente inconferenti rispetto all'oggetto del concreto *decisum*.

Trattasi di un meccanismo applicato in situazioni variegata: nella sentenza di Cass., Sez. IV, 25 marzo 2011, n. 16766, le ragioni del rigetto del ricorso si radicano nella pura e semplice irrilevanza della prova non ammessa; a fronte della condanna, per violazione dell'art. 186 C.d.S., dell'autista che trasportava in vettura boccioni di mosto, è certo ininfluenza il contributo conoscitivo del consulente tecnico chiamato a dimostrare l'efficacia sull'alcooltest dei fumi provenienti dai contenitori, laddove risulti *provato dall'accusa e non confutato dalla difesa* che i contenitori erano rimasti sigillati. Secondo la Cassazione, però, altre sarebbero le ragioni del rigetto: la ricostruzione difensiva, a suo tempo proposta con richiesta d'ammissione della consulenza tecnica, sarebbe «opinabile» e comunque «come è noto, il vizio di mancata assunzione di prova decisiva rileva solo quando la prova richiesta e non ammessa, confrontata con le argomentazioni addotte in motivazione a sostegno della decisione, risulti "decisiva", cioè tale che, se esperita, avrebbe potuto determinare una diversa decisione. In questa prospettiva, il diritto della parte a vedersi ammettere una prova contrastante con l'accusa, la cui mancata assunzione è denunciabile in sede di legittimità, va rapportato, per verificarne il fondamento, alla motivazione della sentenza impugnata ed in tale quadro viene ad essere priva di fondamento la censura che denunci il rigetto, sul punto, dell'istanza difensiva, allorquando tale rigetto risulti sorretto da argomentazioni logiche (come nel caso di specie, per quanto detto), idonee a dimostrare che la controprova dedotta dalla parte non avrebbe potuto modificare il peso delle prove dell'accusa».

Il fenomeno è tanto significativo, quanto curiosamente frequente³⁹: la Cassazione assume la decisione giusta,

³⁹ Oltre alle sentenze esaminate nel testo, appartengono al tipo, nell'arco del semestre di riferimento: Cass., Sez. V, 29 aprile 2011, n.

fondandola su assunti esegetici diversi da quelli concretamente applicati.

24904; Id., Sez. III, 09 marzo 2011, n. 13333; Id., Sez. I, 18 febbraio 2011, n. 12174; Id., Sez. VI, 04 febbraio 2011, n. 22246; Id., Sez. VI, 14 gennaio 2011, n. 4402; Id., Sez. II, 11 gennaio 2011, n. 4802; Id., Sez. V, 11 gennaio 2011, n. 7419.

CAPITOLO III

AMMISSIONE DELLA PROVA

SOMMARIO: 1. Elementi accidentali del *sub*procedimento d'ammissione della prova – 2. Elementi essenziali: la prova rilevante (e non superflua) – 3. Fattispecie ammissive problematiche: a) la perizia – 4. ...b) l'esperimento giudiziale – 5. ...c) l'esame dell'imputato – 6. Provvisorie conclusioni

«... possiamo quindi concludere che la complessità del giudizio di fatto non ci consente una graduazione numerica delle probabilità, ma una grossolana graduazione (più che aritmetica, grammaticale) che si può esprimere o al superlativo (certezza) o al comparativo (probabilità maggiore)».

SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, Milano, 1940, p. 106.

1. ELEMENTI ACCIDENTALI DEL *SUB*PROCEDIMENTO D'AMMISSIONE DELLA PROVA

La disamina appena compiuta ha fornito dimostrazione – crediamo – del come si sia verificato un significativo distacco tra la giurisprudenza formatasi sotto la vigenza del codice Rocco e quella posteriore alla riforma del 1989: la prima mostra di adoperare un concetto di decisività della prova *sostanzialmente coincidente con quello di rilevanza*, ovvero tale da assumere come decisivi *tutti* quegli elementi conoscitivi e quelle circostanze che valgano a dimostrare l'esistenza o

l'inesistenza dei fatti asseriti nel capo d'imputazione ed il loro corretto inquadramento giuridico.

S'è visto pure come, di contro, la giurisprudenza successiva all'entrata in vigore del codice Vassalli, ad onta – o forse proprio a causa – della cristallizzazione del concetto di decisività della prova in linguaggio legislativo esplicito, sia stata sin qui caratterizzata da una significativa contrapposizione di orientamenti, di cui uno palesemente incline a trasformare il concetto di prova decisiva in *species* minimalista del *genus* “prova rilevante”, con una conseguente limitazione del diritto alla prova i cui reali margini d'azione saranno appresso esaminati.

Ora, è chiaro che comprendere le ragioni di siffatto mutamento e validare/confutare efficacemente l'uno o l'altro dei due indirizzi, implica che la presente analisi si sposti dal momento del controllo postumo sulle ragioni del diniego d'ammissione della prova – quello prefigurato dall'art. 606, 1° comma, lett. d), c.p.p. – al momento dell'emissione dell'ordinanza con cui il giudice decide sull'ammissione della prova medesima.

Le ragioni di siffatta esigenza paiono evidenti: da un lato, al fine di comprendere i termini di una fattispecie di controllo occorre comprendere la struttura legislativamente imposta all'*oggetto* del controllo medesimo, ovvero, appunto, l'ordinanza ammissiva della prova; d'altro lato, è proprio una parte della citata giurisprudenza ad esigere che la verifica effettuata ai sensi dell'art. 606, lett. d), includa la motivazione dell'ordinanza di cui si parla¹.

Ebbene: una ricostruzione in termini minimalisti dell'intero procedimento probatorio² – una, cioè, che, per

¹ V. *supra* Cap. II.

² Tra i tanti, in tema di procedimento probatorio si veda anzitutto, inevitabilmente, CORDERO, *Il procedimento probatorio*, in *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, p. 3 e ss.; in tempi più vicini all'oggi e in peculiare e dettagliata prospettiva sul punto, si veda BARGI, *Procedimento probatorio e giusto processo*, Napoli, 1990, *passim*, come pure l'intero volume di FERRUA-GRIFANTINI-ILLUMINATI-

così dire, osservi il fenomeno da lungi, eliminando i particolari che distraggono uno sguardo ravvicinato – ne evidenzia lo scheletro: la decisione giudiziale in cui si risolve il provvedimento ammissivo appare seguita da un'operazione, variabilmente complessa³, nella quale risulta focalizzato il momento dell'acquisizione.

Già in termini puramente logici il secondo momento presuppone il primo, anche nell'ipotesi in cui essi appaiano fusi in unica sequenza dalla natura elementare dell'operazione acquisitiva, consistente – come per i documenti – solo nella materiale apprensione dell'oggetto da parte del giudice, il quale acconsenta alla relativa ammissione come prova.

L'osservatore che scenda al dettaglio codicistico nota, però, immediatamente, nella progressiva messa a fuoco dei particolari, come anche il momento ammissivo, culminante nell'ordinanza giudiziale di cui all'art. 495, 1° comma, c.p.p., risulti frazionato in una *pluralità* di atti, operazioni e valutazioni; come esso si risolva a sua volta, per dirla con altri termini, in un *subprocedimento*, enucleabile dal più vasto contesto del procedimento probatorio⁴.

ORLANDI, *La prova nel dibattimento penale*, Torino, ed. 2005, *passim*, e anche GAITO, *Il procedimento probatorio (tra vischiosità della tradizione e prospettive europee)*, in *La prova penale*, diretto da Gaito, Vol. I, Torino, 2008, p. 95, nonché RICCIO, *Premesse di metodo al tema della prova penale*, in *Il procedimento probatorio nel processo penale*, a cura di Maffeo, Napoli, 2006, p. 45 e ss.

³ Così CORDERO, *Il procedimento probatorio*, cit., p. 53. Si leggano sul punto le pagine di UBERTIS, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Torino, 1995, p. 52 e ss.

⁴ Descrive bene il fenomeno MANNARINO, *La prova nel processo*, Padova, 2007, p. 227 allorquando rileva: «trattasi di procedimento nel più rigoroso senso giuridico, poiché le attività da svolgersi in sequenza integrano nella previsione normativa una fattispecie complessa a formazione successiva nella quale i singoli atti sono causalmente collegati l'uno all'altro in vista di un effetto conclusivo e normalmente connessi fra loro in modo che ciascuno di essi viene compiuto in adempimento di un obbligo nascente dall'atto che lo precede».

Le norme dedicate al giudizio dal libro VII del codice, manifestano l'esistenza di fattispecie processuali aventi ad oggetto esplicito la disciplina della fase di ammissione delle prove: il riferimento immediato – quello percettibile *ictu oculi* – non può che essere agli artt. 468, 493 e 495 c.p.p., descrivendo un segmento di atti e attività concatenate che prende l'abbrivio dal deposito della lista testimoniale nella tempistica imposta a pena di decadenza, trova il suo fulcro dialettico nella richiesta d'ammissione delle prove che ciascuna parte effettua con il contraltare delle eventuali eccezioni proposte dall'altra e, infine, si conclude con l'ordinanza giudiziale che decide sull'una e, se del caso, sulle altre.

Il quadro sarebbe, però, solo abbozzato qualora non si tenesse conto di molto altro: nel contesto logico del *sub*procedimento ammissivo, trovano posto disposizioni che regolano evenienze casuali del processo, come l'impossibilità di tempestivo deposito della lista, disciplinata dall'art. 493, 2° comma, c.p.p.; l'eventuale modifica dell'originaria ordinanza giudiziale, con la revoca di prove già ammesse e l'introduzione di altre escluse, delineata dall'art. 495, 4° comma, c.p.p.; la possibile rinuncia a prove già ammesse, concordata tra le parti a termini dell'art. 495, comma 4^{bis}, c.p.p.

Nel medesimo contesto, poi, si collocano anche disposizioni testualmente residuali, quali quelle prefigurate dagli artt. 506, 507 e 523, 6° comma, c.p.p.⁵.

Di più: un'immagine dettagliata del momento d'ammissione della prova sarebbe gravemente incompleta se non accettasse di tener conto di tutte quelle norme che valgono a regolamentare peculiari condizioni

⁵ L'argomento ha conosciuto un notevole approfondimento dottrinale. Da ultimo, v. le dense considerazioni di MENNA, *Poteri probatori d'ufficio e terzietà del giudice tra attività deduttiva o sintetica a priori dell'organo giudicante e salvaguardia delle esigenze accertative del processo*, in *Proc. Pen. Giust.*, 2011, n. 6, p. 1. Per uno sguardo da una prospettiva più ampia di quella offerta dal solo angolo d'osservazione dell'art. 507 c.p.p., si veda FIORIO, *La prova nuova nel processo penale*, Padova, 2008, in particolare p. 87 e ss.

d'ammissione della prova medesima, ovvero condizioni dipendenti dalla configurazione data dal legislatore al *singolo mezzo di prova*, come accade in tema di confronto, esperimento giudiziale, perizia e consulenza tecnica, ma anche, e prima ancora, in materia di testimonianza e prova documentale, secondo un'elencazione che di certo non mira ad essere esaustiva⁶.

Si consideri qualche semplice esempio: la richiesta d'ammissione della prova peritale può includere, a termini dell'art. 220 c.p.p. e se ne ricorra il caso, una porzione di attività finalizzata a dimostrare la natura specifica – ovvero sottratta al comune sapere – delle cognizioni tecniche, scientifiche o artistiche di cui si chiede l'introduzione nel processo; è addirittura concepibile che le parti chiedano l'ammissione di una consulenza tecnica esclusivamente dedicata a dimostrare come quel particolare tipo di nozioni di cui si discute sia inseribile nei canoni che rendono doverosa, a sua volta, l'ammissione della perizia.

Ma il momento ammissivo – quel *sequitur* di richiesta e decisione – può diventare, all'occasione, incredibilmente complesso, come accade qualora la richiesta d'ammissione coinvolga un tipo di cognizioni definibili come nuova prova scientifica⁷, visto che essa postula in ogni caso una previa e articolata attività di parti e giudice, finalizzata a verificare l'idoneità del nuovo strumento ad assicurare l'accertamento dei fatti.

⁶ In tal senso cfr. ADORNO, *Ammissione delle prove*, in *Trattato di procedura penale*, a cura di Spangher, Vol. IV, Tomo II, Torino, 2009, p. 141 e ss.

⁷ Sulla complessa tematica si veda anzitutto DOMINIONI, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Milano, 2005, p. 15 e ss. e, in posizione diversificata, giusto con riferimento ai problemi suscitati dall'ammissione della prova scientifica nuova o controversa, CAPRIOLI, *La scienza "cattiva maestra": le insidie della prova scientifica nel processo penale*, in *Cass. Pen.*, 2008, p. 3520 e ss. nonché, da ultimo, UBERTIS, *Il giudice, la scienza e la prova*, in *Cass. Pen.*, 2011, p. 4111 e ss.

Ancora: la richiesta di confronto include un'attività delle parti contraddistinta dal fine di convincere il giudice dell'esistenza di un contrasto tra precedenti dichiarazioni, ovvero la materiale produzione al giudice dei verbali da cui risulti il contrasto medesimo.

Il discorso merita ulteriore approfondimento; per il momento è sufficiente rilevare come l'avvicinarsi dello sguardo dell'osservatore induca una crescente, seppur potenziale, complessità di quel momento processuale apparentemente semplice che è l'ammissione⁸, i cui tratti finiscono col dipendere (anche) dal *mezzo di prova* che le parti ambiscono ad introdurre nel processo.

Ma non basta.

L'art. 190, 1° comma, secondo periodo, disegna con una certa semplicità i termini in cui il codice di rito recepisce quel peculiare segmento del diritto alla prova che è il diritto alla sua ammissione: qui, in via generale, il potere delle parti d'introdurre i mezzi istruttori si concreta nel dovere del giudice d'ammettere tutte le prove che non risultino vietate dalla legge, manifestamente superflue o irrilevanti.

S'è detto che la fattispecie di cui si discute iscrive in capo al giudice non già un dovere di verifica sulla positiva ricorrenza di rilevanza, necessità, legittimità della prova, bensì quello che, più correttamente, deve definirsi come dovere di controllo sull'*eventuale* irrilevanza, superfluità, o natura vietata della prova, sulla scorta di un modulo descrittivo che traccia una presunzione d'ammissibilità⁹ delle prove elencate nella richiesta d'ammissione effettuata dalle parti.

Del resto, che il giudice non sia tenuto ad esplicitare in motivazione le ragioni che l'hanno indotto ad ammettere i

⁸ In tal senso DE CARO, *Ammissione e formazione della prova nel dibattimento*, in *La prova penale*, cit., Vol. II, p. 374: «il profilo apparentemente semplice è, invece, il condensato di una molteplicità di versanti problematici».

⁹ L'espressione è nota: cfr. CHIAVARIO, *Considerazioni sul diritto alla prova nel processo penale*, in *Cass. Pen.*, 1996, p. 2009 e ss. (in particolare p. 2019).

mezzi richiesti, non è soltanto una prassi dei giudici di merito, la cui consistenza è riscontrata dalla mancanza di pronunzie sul punto del giudice di legittimità, ma l'esito coerente del fatto che i requisiti della prova, di cui all'art. 190 c.p.p., sono descritti solo *in negativo*, nei termini dell'assenza di date caratteristiche.

In effetti, però, come si diceva, il codice delinea l'ordinanza ammissiva della prova come una emessa al termine del potenziale contraddittorio tra le parti cui fanno cenno gli artt. 493 e 495 c.p.p. e che può assumere connotati assai differenti, a seconda delle varie emergenze concrete, tra le quali la nativa diversità dei mezzi di prova richiesti – cui prima si faceva cenno – è invero *solo una* delle variabili.

A ben osservare il fenomeno, si nota che, se nel fluire quotidiano dei processi, l'istante cristallizzato nel disegno delle disposizioni appena citate si risolve giusto in una richiesta d'ammissione delle prove orali precedentemente indicate nella lista di cui all'art. 468 c.p.p. e, magari, nella richiesta d'esame dell'imputato, addotta da uno solo o da entrambi i contraddittori principali¹⁰, nulla esclude che imputazioni tali da esigere un accertamento appena più complesso dell'ordinario, inducano le parti ad istanze variegata: è possibile che vengano depositati uno o più documenti, a loro volta di contenuto immediatamente percepibile – una lettera, un diario, un atto proveniente dalla pubblica amministrazione – oppure tali, per natura, da esigere un controllo maggiormente sofisticato rispetto a quello offerto dalla semplice visione, come accade

¹⁰ È bene rilevare sin d'ora come la richiesta d'esame dell'imputato, accennata in questa sede appena *in nuce*, come una tra le possibili fonti d'arricchimento del panorama conoscitivo che vuolsi sottoporre alla futura valutazione del giudice dibattimentale, sia evenienza estremamente complessa e densa d'implicazioni. Sul tema, vastissimo e assai arato, v., per tutti, MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Milano, 2004, *passim*, nonché, per una osservazione resa in tempi più recenti, FRIONI, *L'esame dell'imputato*, Milano, 2011, *passim*.

esemplarmente quando vengano prodotti *files* audio o video: nel caso in discorso, la possibile complessità delle questioni sottostanti all'*an* dell'ammissione dipende non più dalla natura del mezzo di prova, ma dalla *consistenza fisica del supporto materiale* su cui sta iscritta la conoscenza che si vuole addurre al giudice.

Non per caso, il codice prevede, *sub* art. 495, 3° comma, che prima dell'emissione dell'ordinanza giudiziale «le parti hanno facoltà di esaminare i documenti di cui è chiesta l'ammissione».

Sempre una sintetica regola della stessa costellazione normativa, rivela come sia possibile pure che, nel momento in esame, le parti chiedano quella peculiare forma di restituzione nel termine¹¹ di cui consta la fattispecie descritta dall'art. 493, 2° comma, magari allegando *altre* prove il cui unico scopo è quello di fornire dimostrazione di un fatto processuale, ovvero che valgano ad attestare l'impossibilità di rispetto del termine indicato a pena di decadenza dall'art. 468 c.p.p.

E ancora l'art. 495 c.p.p. induce, poi, ad immaginare scenografie ancor più complesse, la cui ricorrenza dipende, stavolta, da evenienze del *nomen iuris* ascritto all'imputazione: ai sensi del primo comma dell'art. 495, infatti, il giudice provvede all'ammissione valutando le richieste a termini degli artt. 190 e 190*bis*, richiamo, quest'ultimo, che lascia supporre una serie di variabili; laddove la contestazione dell'accusa coinvolga le fattispecie delittuose, definite “particolari” dal legislatore

¹¹ Così UBERTIS, voce *Giudizio di primo grado (disciplina del) nel diritto processuale penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, Vol. V, Torino, 1991, p. 521 e ss. Da ultimo sul tema v. IAFISCO, *Gli atti preliminari al dibattimento penale di primo grado*, Torino, 2009, p. 116, che legge nell'istituto la conferma del fatto che «l'attività predibattimentale di ostensione delle prove non costituisce un presupposto insopprimibile della successiva richiesta di ammissione». In senso critico sulla diffusa esegesi dell'art. 493, 2° comma, vista quale potenziale fonte di strumentalizzazioni, si leggano, peraltro, le pagine di GARUTI, *La restituzione nel termine*, Padova, 2000, p. 162 e ss.

e tassativamente indicate nei due commi di cui consta ad oggi l'art. 190^{bis} c.p.p., l'ammissione dell'esame dei testimoni o dei personaggi di cui all'art. 210 c.p.p. costringe la parte che intenda ottenerla ad uno sforzo argomentativo superiore al consueto, anzi decisamente paragonabile ad un *tour de force*; se i dichiaranti hanno già reso il proprio contributo in contesti caratterizzati dal contraddittorio con il richiedente – ovvero incidente probatorio o dibattimento – l'esame è ammesso solo quando concerne «fatti o circostanze diversi da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni» oppure quando «specifiche esigenze», ritenute dal giudice o dalle parti, rendano necessario l'esame medesimo¹².

¹² Assente dal codice in versione originaria, l'articolo è frutto di un'interpolazione operata dal D.L. 8 giugno 1992, n. 306, poi convertito in L. 7 agosto 1992 n. 356 e successivamente modificato dalla L. 1° marzo 2001 n. 63. La nuova disciplina ha comportato una notevole limitazione del diritto alla prova delle parti. Nei procedimenti per taluno dei delitti indicati nell'art. 51 comma 3^{bis} – ovvero per quelli comunemente denominati delitti di criminalità organizzata – vengono mutati i parametri cui il giudice deve ispirarsi per decidere sull'ammissione delle prove: laddove sia richiesto l'esame di un testimone o di un imputato di reato connesso o collegato ex art. 210 c.p.p. e costui abbia già reso dichiarazioni in apposito incidente probatorio ovvero in dibattimento, nel contraddittorio con le stesse persone nei cui confronti le dichiarazioni dovrebbero essere utilizzate, ovvero, ancora, in verbali acquisiti ai sensi dell'art. 238 c.p.p., *il vaglio giudiziale sulla richiesta d'ammissione della prova non è limitato ai criteri risultanti dal combinato disposto degli artt. 190 e 187 c.p.p.*, ma si estende a valutare il "se" l'esame riguardi fatti o circostanze diversi da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni ovvero risulti comunque necessario sulla scorta di esigenze definite come «specifiche». La L. 3 agosto 1998, n. 269, introducendo il comma 1^{bis}, ha poi esteso siffatta disciplina ai procedimenti per i reati ivi partitamente indicati, ovvero ad una serie di ipotesi in cui il dichiarante sia minore di sedici anni: qui appare dominante l'esigenza di salvaguardare la riservatezza, ma anche il recupero psichico del minore coinvolto in episodi di violenza o sfruttamento sessuale, evitando l'evocazione reiterata delle esperienze subite; sul tema, da ultimo, in originale prospettiva, v. CAPONE, *Incidente probatorio e tutela della vittima del reato*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2012, p. 344, che utilmente precisa: «con riferimento ai minori ultrasedicenni e agli adulti vittime del reato, l'art. 190^{bis} non consente mai di evitare, se

È chiaro che qui il momento ammissivo appare destinato ad arricchirsi di attività non solo schiettamente argomentative¹³, ma anche di un potenziale *subprocedimento* probatorio, destinato a dimostrare, ad

richiesta dalle parti, la testimonianza dibattimentale; con riferimento ai minori di età infantile, i reati che, ai sensi dell'art. 190*bis*, consentono di limitare al massimo i casi di deposizione dibattimentale non coincidono con quelli elencati nell'art. 392, comma 1*bis*, ma si riducono ulteriormente ai reati sessuali in senso stretto» (p. 353).

Si tratta di una disciplina che, derogando ai principi di oralità e di immediatezza cui è ispirato l'ordinamento processuale, ha carattere eccezionale e non può essere estesa oltre i casi espressamente previsti. Lo scopo della particolare regolamentazione è palese: evitare che il dichiarante debba presentarsi a deporre in dibattimento in tutti i processi in cui le sue dichiarazioni siano rilevanti, prevenendo altresì rischi di intimidazione, violenza o subornazione. Il nocumento arrecato al diritto all'ammissione della prova, realizzato dalla fattispecie in esame, appare particolarmente eclatante laddove si osservi come il giudice decida sulle istanze delle parti in materia di prova in un momento in cui *proprio* il complessivo tessuto codicistico esige che egli sia *sostanzialmente all'oscuro dell'intero oggetto dell'accertamento*, conosciuto solo nel delineamento sintetico dell'imputazione e nelle tracce eventualmente esistenti all'interno del fascicolo dibattimentale. In ultima analisi, dunque, risulta oscuro comprendere *sulla scorta di quale materiale e di quali argomentazioni il giudice potrebbe concedere spazio all'esame del dichiarante*, tenendo conto, oltretutto, della genericità estrema del criterio decisorio configurato dalle «specifiche esigenze». La disciplina in discorso meriterebbe ben altro spazio di quello consentito dai limiti intrinseci alla presente trattazione. Si vedano sul punto, nel tempo, i significativi rilievi spesi da BARGIS, *Le dichiarazioni di persone imputate in un procedimento connesso*, Milano, 1994, p. 189; CHIAVARIO, *Considerazioni sul diritto alla prova*, cit., p. 2022; ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in *La prova nel dibattimento penale*, cit., p. 73 e ss.; MELCHIONDA, voce *Prova in generale (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, Agg. I, Milano, 1997, p. 838; UBERTIS, *La prova penale*, cit., p. 69 e ss. Di recente, sul tema, v. ADORNO, *Ammissione delle prove*, cit., p. 193 e DE CARO, *Ammissione*, cit., p. 380.

¹³ Il rilievo dell'argomentazione – ad onta della ritornante tentativo di collocarla nel novero di quelle forme di attività di parte da cui il giudice può prescindere – è delineato con immediata percettibilità da ORLANDI, *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, in *La prova nel dibattimento penale*, cit., p. 3 e ss.

esempio, la ricorrenza di quella quanto mai vaga condizione d'ammissibilità sintetizzata nella formula delle «specifiche esigenze».

Ma si esamini ancora l'art. 495 c.p.p.: il secondo comma regola il diritto all'ammissione della c.d. prova contraria, stabilendo che l'imputato ha diritto all'ammissione delle prove a discarico sui fatti costituenti oggetto delle prove a carico, mentre identico diritto spetta al pubblico ministero «in ordine alle prove a carico dell'imputato sui fatti costituenti oggetto delle prove a discarico»; la disciplina appare collegata al disposto dell'art. 468, 4° comma, c.p.p., ove si prevede il potere, in capo a ciascuna parte ed in relazione alle circostanze indicate nella lista dell'altra, di «chiedere la citazione *a prova contraria* di testimoni, periti e consulenti tecnici non compresi nella propria lista» o di presentarli direttamente in dibattimento.

Sarà inevitabile tornare sul concetto¹⁴ nel prosieguo del lavoro, legato com'è a quell'astrazione configurata dalla “prova decisiva”, la cui mancata ammissione, a termini dell'art. 606, 1° comma, lett. d), c.p.p., costituisce motivo di ricorso purché se ne fosse fatta richiesta a prova contraria.

Per il momento basti dire che la natura di *prova contraria* è un dato oggettivo¹⁵, dipendente dal rapporto tra prove richieste e *thema probandum* tracciato dalla controparte in relazione ai fatti sostanziali o meglio alle proposizioni fattuali dedotte nel processo, tramite il capo d'imputazione per l'accusa, tramite i fatti che s'intendono provare a termini dell'art. 493, 1° comma, per la difesa, e

¹⁴ Non foss'altro che a causa di un'idea, chiaramente esposta in dottrina, in virtù della quale giustamente si nota che «il diritto alla prova si esprime principalmente nel diritto alla prospettazione della prova contraria»: così GAITO, *Il procedimento probatorio*, cit., p. 105.

¹⁵ Sulla prova contraria esistono, allo stato, contributi vari, di cui si darà conto a suo tempo. Una trattazione completa e approfondita dell'istituto trovasi, peraltro, nel volume di RAFARACI, *La prova contraria*, Torino, 2004, *passim*.

infine mediante le circostanze indicate da entrambe nella lista testimoniale.

Volendo sintetizzare il concetto lungo le matrici fondamentali che lo compongono, diremo che l'istituto conferisce alle parti principali anzitutto il diritto all'ammissione di tutte quelle prove che neghino l'esistenza del fatto che la prova diretta afferma essere avvenuto, scegliendo ad oggetto della dimostrazione proposta «un giudizio di fatto di segno opposto a quello espresso sul medesimo tema dalla prova diretta»¹⁶, ma anche di quelle altre che, lungi dal limitarsi a negare l'esistenza del fatto affermato dalla prova avversaria, ne affermano *un altro, logicamente incompatibile con l'esistenza del primo*¹⁷; come pure di quelle ulteriori prove che non mirano in alcuna misura a dimostrare alcunché in merito all'esistenza del fatto *sub iudice*, ma solo al «controllo *ex adverso* dell'attendibilità della fonte di prova»¹⁸.

Alcuni scolastici esempi valgono d'ausilio: il teste che nega di aver visto l'imputato sulla scena del crimine all'atto del medesimo, appartiene alla prima categoria, trattandosi di un'affermazione che nega quella del teste avversario, chiamato a riferire esattamente il contrario; il testimone il quale, invece, sia addotto a dimostrare l'esistenza della c.d. prova d'alibi – ossia, in via d'estrema sintesi, la collocazione *altrove* dell'imputato al momento del fatto contestato¹⁹ – sostanzia un tipo di prova contraria

¹⁶ Sono parole di RAFARACI, *La prova contraria*, cit., p. 104.

¹⁷ È inevitabile qui il rinvio ai concetti di SARACENO, *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, Padova, 1940, p. 145: «la prova negativa di un fatto può essere data sia direttamente, col mostrare che il fatto nelle circostanze in cui doveva prodursi non si è prodotto, sia indirettamente col mostrare che si è verificato un altro fatto incompatibile col primo... ogni alibi non è che un fatto incompatibile col reato contestato. Due fatti sono reciprocamente incompatibili quando il verificarsi dell'uno esclude il verificarsi dell'altro».

¹⁸ Ancora RAFARACI, *La prova contraria*, cit., p. 115.

¹⁹ L'espressione "alibi" è efficacemente esplorata da CATALANO, *La prova d'alibi*, Milano, 1998, p. 10 e ss.: «Il termine denota... ora, in senso proprio, un tema di prova a scarico costituito dalla circostanza

appartenente alla seconda specie, quella, cioè, che mira all'affermazione di un fatto logicamente incompatibile con quello oggetto della prova diretta; infine, il testimone chiamato a dimostrare che *nessuno* poteva aver una visuale affidabile sulla scena del crimine o, ancora, che il teste addotto in prova diretta non si trovava affatto *in loco* al momento del delitto, sono prove inutili, di per sé, alla ricostruzione dell'avvenimento storico descritto nel capo d'imputazione, ma indispensabili a minare l'attendibilità delle prove dirette.

Il giudizio sull'ammissibilità della prova contraria si avvale, dunque, di una prospettiva parzialmente diversa e certo più complessa di quella sottostante alla valutazione effettuata con riferimento alla c.d. prova diretta: anzitutto, il giudizio sarà necessariamente successivo rispetto a quello speso sulla rilevanza della prova diretta avversaria; in secondo luogo esso sarà misurato sul rapporto che la richiesta di prova instaura tra prova contraria e diretta, nei differenti termini poco sopra illustrati²⁰.

La trasversale disamina appena effettuata consente di anticipare alcuni risultati evidentemente significativi

della presenza dell'imputato altrove al tempo del commesso reato o la deduzione difensiva dell'imputato che intende provarla, ora, in un'accezione più ampia, il mezzo di prova addotto per dimostrare tale circostanza».

²⁰ Sulla dipendenza del diritto alla prova contraria dall'ammissione della prova "diretta" v. SIRACUSANO, voce *Prova: III) nel nuovo codice di procedura penale*, in *Enc. Giur.*, Vol. XXV, Roma, 1991, p. 8, e, in pari sensi, UBERTIS, *Diritto alla prova nel processo penale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1994, p. 489 e ss., secondo cui per la prova contraria «non paiono discutibili né la verosimiglianza, né la pertinenza del suo oggetto, già repute sussistenti per la prova 'diretta', cosicché in tale prospettiva acquisirla è un dovere per il giudice che procede ed un diritto per la parte che ne ha fatto richiesta»; giustamente si aggiunge come resti sempre da valutarsi l'eventuale «non ridondanza: occorre infatti accertare che dall'eventuale acquisizione 'a prova contraria' delle fonti e/o mezzi di prova reclamati dalla parte possa ragionevolmente scaturire una smentita dell'ipotetico esito della prova diretta sia mantenere le attività istruttorie nell'ambito di quelle sufficienti a tale scopo».

nell'ottica di una verifica che abbia ad oggetto la valutazione di decisività della prova, ed è riducibile in questi termini: anticipando alcune conclusioni, può dirsi che se l'ordinanza con cui il giudice ammette o nega l'ammissione di una data prova dev'essere oggetto di controllo in Cassazione in sede di riscontro circa l'esistenza del vizio di cui all'art. 606, 1° comma, lett. d), c.p.p., allora quella medesima ordinanza dovrà avere una motivazione di ampiezza e profondità dipendenti dalle variabili che caratterizzano la richiesta d'ammissione, nei termini appena illustrati.

2. ELEMENTI ESSENZIALI: LA PROVA RILEVANTE (E NON SUPERFLUA)

S'è visto come la decisione con cui il giudice conclude il *sub*procedimento ammissivo della prova risulti suscettibile di contenere alcune variabili, dipendenti da fattori molteplici: il mezzo di prova richiesto, la sua struttura materiale, il reato contestato, la natura della prova, diretta o contraria, ma anche accidenti processuali come l'impossibilità di tempestivo approntamento della lista testimoniale.

Si tratta, appunto, di elementi fortuiti del controllo sull'ammissione della prova, i quali sottendono, così qualificati, l'esistenza di un vaglio d'altro tipo, ossia essenziale ed immancabile: il riferimento corre, evidentemente, ad una verifica relativa alla rilevanza della prova di cui si chiede l'introduzione nel processo.

Trattasi, a ben vedere, di un criterio di selezione del materiale conoscitivo dotato di carattere logico, prima ancora che giuridico²¹: nella propria richiesta di prova

²¹ Come sottolinea MANNARINO, *La prova nel processo*, cit., p. 238: «la rilevanza è criterio logico, peraltro normativamente stabilito, poiché porta ad escludere la prova nei casi in cui il fatto su cui essa verte non pare idoneo a costituire una ragione della decisione e comunque ad influire sulla stessa...».

ciascuna parte include una proposizione fattuale assunta come idonea a verificare, appunto, i fatti che la parte intende dimostrare come avvenuti; si tratta di controllare se la proposizione – ovvero il risultato di prova auspicato – sia o meno atta ad asserire come vero o, viceversa, smentire il *thema* descritto nel capo d'imputazione.

L'aggettivo "rilevante", in questa prospettiva, si ataglia al sostantivo "prova" solo nei limiti di accettabilità di un'espressione sintetica, vero essendo piuttosto che rilevante/non rilevante può essere esclusivamente la *proposizione* che enuncia il risultato cui la prova è chiamata a pervenire.

In uno studio sul tema, tanto risalente quanto fondamentale, si chiarisce, con parole d'immutata fruibilità, che il «telaio concettuale su cui deve fondarsi la definizione di rilevanza è... costituito da due gruppi di proposizioni fattuali: quelle che definiscono l'oggetto della prova e quelle che costituiscono il *thema probandum*»²².

Il concetto di rilevanza si mostra qui, con chiarezza, quale concetto di relazione²³, il cui contenuto è definito anzitutto dal tema di prova proposto dal capo d'imputazione quale ipotesi di fatto provvisto di rilievo giuridico²⁴.

Il vaglio che il giudice compie nel momento in cui esamina un problema di rilevanza della prova si

²² Così TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970, p. 54. Prima ancora vedasi, in termini sostanzialmente sovrapponibili, CORDERO, *Il procedimento probatorio*, cit., p. 19: «le prove si distinguono in rilevanti o irrilevanti, secondo che servano o meno a controllare l'affermazione del fatto. Il paradigma è semplice: si comparano due giudizi [*thema probandi* e prospettato risultato dell'esperimento probatorio]; se i rispettivi termini coincidono o risultano incompatibili, si dà ingresso all'esperimento probatorio; se il rapporto è di non esclusione, la prova appare irrilevante».

²³ In questi esatti termini si veda ancora TARUFFO, *Studi sulla rilevanza*, cit., p. 55.

²⁴ Precisa MANNARINO, *La prova nel processo*, cit., p. 234: «il giudizio di rilevanza non è propriamente giudizio di diritto, anche se implica e presuppone la giuridicità del fatto oggetto di prova».

scompone, dunque, in due termini, di cui il primo è rappresentato dall'esatta apprensione/comprendimento di quale sia il risultato probatorio prospettato dalla parte nella richiesta di prova, e il secondo consiste nell'instauramento di una relazione del medesimo con il *thema probandum*.

Osservando la *tranche* iniziale di questa fattispecie di controllo, occorre ribadire come l'argomentazione di parte sulla rilevanza della prova sia onere indispensabile²⁵ dell'istante processuale che si sta esaminando, tutte le volte in cui le ragioni di una data richiesta di prova non consistano in una immediata rappresentazione del fatto *sub iudice* ovvero qualora la medesima richiesta di prova sia contestata *ex adverso*²⁶.

A conforto dell'assunto, merita rammentare quanto già notato *supra* nell'esaminare la giurisprudenza spesa dalla Cassazione sul concetto di prova decisiva, in particolare laddove si è sottolineata l'esistenza di un cospicuo numero di casi in cui la Corte non è giunta ad esaminare la censura proposta ai sensi dell'art. 606, 1° comma, lett. d), c.p.p. a causa di significative carenze nell'impostazione difensiva dei ricorrenti, ovvero, in particolare, dell'insufficiente indicazione del risultato probatorio auspicato al momento della richiesta durante il giudizio di merito²⁷.

Alla corretta apprensione/comprendimento dell'assunto probatorio contenuto nell'istanza di parte segue, come si

²⁵ Si rammenta come il lavoro di ORLANDI, *L'attività argomentativa*, cit., p. 5, prenda l'abbrivio giusto dalla constatazione dell'importanza marginale attribuita all'attività argomentativa delle parti: «dal rilievo – in sé ovvio e certo meritevole di essere condiviso – che l'attività giudiziale di valutazione rientri nell'ambito della decisione, si è a lungo tratta la discutibile conclusione che le attività argomentative di parte sono elementi per così dire accidentali, accessori, non essenziali, del fenomeno probatorio. Facendone un correlato soltanto eventuale della motivazione giudiziale lì si è relegati in uno spazio pressoché privo di pregnanza giuridico-processuale: semplice aiuto offerto dalle parti all'attività valutativa del giudicante; non già elemento costitutivo ed indefettibile dell'accertamento penale».

²⁶ Sull'argomentazione relativa alle richieste di prova merita leggere ancora ORLANDI, *L'attività argomentativa delle parti*, cit., p. 34.

²⁷ V. Cap. II, Par. 3.

accennava, la sua *qualificazione*, ovvero il giudizio di corrispondenza del medesimo con l'insieme di proposizioni di cui è sostanziato, nello specifico, il *thema probandum*²⁸.

Qui è bene precisare immediatamente come la simmetria di cui si parla possa essere tanto diretta quanto indiretta, ossia mediata da un ulteriore giudizio, laddove il risultato probatorio prospettato dalla parte consenta di inferire l'esistenza del fatto principale fornendo prova dell'esistenza di altro fatto (secondario) che, assieme ad altri ancora, è finalizzato a dimostrare l'esistenza del primo.

Il giudizio di rilevanza, in effetti, assume tratti certo più complessi e meno intuitivamente apprensibili allorché la proposizione che ne è oggetto si ponga come rappresentativa non già di uno dei c.d. fatti principali, ma di un fatto secondario, di cui si prospetta, a sua volta, la rilevanza ai fini dell'accertamento dei fatti principali, come accade con gli indizi²⁹.

²⁸ Una compiuta analisi di quell'attività di parte, avente lo scopo di inserire nel processo proposizioni fattuali non incluse nel tema di prova posto dal pubblico ministero con la formulazione dell'accusa v. GAROFOLI, *L'introduzione della prova testimoniale nel nuovo processo penale*, Milano, 1992, p. 114 e ss.

²⁹ Cfr. CORDERO, *Il procedimento*, cit., p. 20, n. 45. Si leggano sul punto anche le pagine di TARUFFO, *Studi*, cit., p. 56: la prova, specifica l'illustre autore, può apparire «immediatamente rilevante, data l'identità tra l'oggetto della prova ed una delle proposizioni appartenenti al *probandum*. Peraltro, tale identità non esiste in sé, ma soltanto in quanto il giudice la rilevi, compiendo tra i suoi due possibili termini un raffronto che in senso lato può dirsi semantico, per stabilire se le due proposizioni si riferiscono effettivamente al medesimo fatto. Maggiori difficoltà sorgono, invece, quando il fatto posto ad oggetto della prova non appartiene immediatamente al *thema probandum*, trattandosi di un fatto secondario. A differenza delle prove vertenti su fatti principali, le prove vertenti su fatti secondari possono essere rilevanti, ma non appaiono necessariamente tali. Lo sono, infatti, se e nella misura in cui appaiano idonee, nella concreta situazione processuale in cui operano, all'accertamento dei fatti principali, consentendo al giudice di fondare su di esse un procedimento logico di carattere inferenziale, più o meno complesso,

Non meno fornita di rilevanza è poi anche quella prova che apparentemente sia priva di *qualunque* relazione logica con i fatti attinenti all'imputazione, valendo piuttosto a confutare l'attendibilità di una fonte di prova avversaria, secondo un parametro di significatività poc'anzi accennato in materia di controprova³⁰: si pensi a tutte le disposizioni contenute nel codice di rito in merito al mezzo di prova "testimonianza", come l'art. 194, 2° comma, secondo cui l'esame del teste è legittimamente in grado di includere tutte quelle circostanze che valgano a sondare la credibilità del dichiarante, ivi compresi (ed esemplificativamente considerati) gli eventuali «rapporti di parentela o di interesse che intercorrono tra il testimone e le parti o altri testimoni»³¹; ancor più si consideri, in tale prospettiva, il disposto di cui all'art. 196, 2° comma, c.p.p., che legittima accertamenti, disposti *ex officio* o su

la cui conclusione riguarda appunto (nel senso che afferma o nega) l'esistenza del fatto principale... La definizione di rilevanza, per quanto riguarda le prove vertenti su fatti secondari, può essere dunque così formulata: la prova è rilevante quando il suo oggetto può costituire la premessa di un'inferenza la cui conclusione riguarda l'esistenza di un fatto principale contestato». Ma si veda ancora, nell'indicata prospettiva, FAZZALARI, *Il giudizio civile di cassazione*, cit., p. 88 e ss. Discorso analogo conduce RAFARACI, *La prova contraria*, cit., pp. 110-111, osservando che «nel caso di prove antagoniste, attorno ai due poli di segno opposto si raccolgono tutte le prove rilevanti in ordine al medesimo fatto: non solo quelle che... lo affermano o lo negano ma anche quelle per le quali l'affermazione o la negazione di esso è la conclusione di un'inferenza meno stringente, e dunque rappresenta l'obiettivo della prova, più che il suo oggetto». Coerentemente, poi, e con riferimento precipuo alla possibilità di addurre prova contraria anche nei confronti dell'indizio, si rileva che il fatto c.d. secondario «è *factum probans* nel quadro dell'inferenza che vi poggia (e rispetto al fatto che di questa costituisce l'approdo) ma è *factum probandum* ove sia in se stesso problematizzato nell'ambito della dinamica probatoria».

³⁰ V. ancora le limpide argomentazioni sul punto di RAFARACI, *La prova contraria*, cit., p. 115.

³¹ Secondo UBERTIS, *Diritto alla prova nel processo penale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 492, in casi siffatti il rapporto tra affermazione probatoria e *thema probandum* sarebbe comunque mediato.

istanza di parte, sull'idoneità fisica o mentale del teste a rendere testimonianza; trattasi, in buona sostanza, di *prove*, ammissibili benché sornite di qualsivoglia verificabile rapporto con il *thema probandum* tracciato dal capo d'imputazione.

Si pensi ancora – e seguendo un esempio già accennato – all'indistinta e non preventivabile quantità di prove che possono essere addotte al fine di dimostrare l'*ubi consistam* di quelle «specifiche esigenze» che, a termini della norma, sono capaci di rendere doveroso l'esame nel contraddittorio dibattimentale delle persone indicate dall'art. 190*bis* c.p.p.

Nelle citate ipotesi, la rilevanza della prova è misurabile non solo e non tanto con riferimento alla fattispecie concreta *sub iudice*, quanto piuttosto ad una fattispecie processuale che prevede variabili separatamente identificate per l'ammissione o la confutazione di altre e diverse prove, esse sì attinenti al *thema probandum*³².

L'analisi esige, a questo punto, di affrontare un passaggio logico certo indispensabile al fine di una miglior comprensione del giudizio di rilevanza: occorre verificare, cioè, se quando il giudice controlla la rilevanza della prova, si trova ad affrontare una *quaestio facti* o una *quaestio iuris*.

Ora, è chiaro che nel momento in cui ricostruisce contenuto e senso delle proposizioni probatorie di cui constano le richieste di parte, il giudizio è *di fatto*, non solo perché verte sulla compiuta cognizione di proposizioni aventi, appunto, *in sé* carattere fattuale, ma, prima ancora, perché l'attività stessa tramite la quale il giudice prende cognizione del contenuto delle richieste di prova risponde ai canoni dell'accertamento, inteso,

³² Colgono nel segno le considerazioni di CATALANO, *L'accertamento dei fatti processuali*, in *Ind. Pen.*, 2002, p. 523, secondo la quale in ipotesi del genere la norma matrice dell'ammissibilità della prova è l'art. 187, 2° comma, c.p.p., ai cui sensi «sono altresì oggetto di prova i fatti da cui dipende l'applicazione di norme processuali».

quest'ultimo concetto, come «processo intellettuale... nel senso pregiuridico di acclaramento di fatti»³³ e non ai canoni della valutazione e della sussunzione.

Meno limpido appare il discorso allorquando tenti di qualificare in un senso o nell'altro la relazione che il giudice instaura tra la proposizione probatoria – la prova in ipotesi – e il *thema probandum* sintetizzato nel capo d'accusa.

Affrontando l'argomento, chi scrive ritenne, anni fa, di dover concludere³⁴ nel senso che l'operazione logica in cui si risolve la qualificazione dell'ipotesi probatoria come corrispondente o meno ai fatti che costituiscono il *thema probandum*, non può che essere una *quaestio iuris*, connotata in quanto tale dalla necessaria relazionalità del *thema* con una determinata fattispecie di diritto penale sostanziale, identificata nel capo d'imputazione³⁵.

Le ragioni di siffatta scelta venivano compendiate essenzialmente nel rilievo secondo cui la proposizione che sostanzia la richiesta di prova non è mai meramente

³³ Sono parole di GIANNINI, voce *Accertamento (diritto costituzionale e amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, Vol. I, Milano, 1958, p. 219 e ss. Rileva ancora l'illustre autore come in siffatto, generico significato, l'espressione "accertamento" venga adoperata ad indicare «l'attività interna che ha per oggetto la raccolta di informazioni, e che si estrinseca in mere azioni materiali e intellettuali, come il reperimento di dati, il compimento di calcoli, la collazione di notizie storiche, l'effettuazione di valutazioni tecniche» (p. 222) e che costituisce, poi, il *contenuto* di un atto fornito di rilievo giuridico.

Sul concetto di accertamento, ma anche sulla distinzione tra quella che si è definita nozione pregiuridica e quella che è la nozione tecnica di accertamento v. pure FALZEA, voce *Accertamento (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, Vol. I, Milano, 1958, p. 205 e ss. È interessante aggiungere che si tratta dell'attività cognitiva capace di fondare l'errore definito "protocollare" nella ricostruzione di GIALUZ, *Il ricorso straordinario per cassazione*, Milano, 2005, p. 215 e ss.

³⁴ Cfr., volendo, VALENTINI C., *Il potere del giudice nell'ammissione della prova*, Padova, 2004, p. 117.

³⁵ La determinazione del *thema probandum* comporta sempre, logicamente, un giudizio di diritto; cfr. TARUFFO, *Studi sulla rilevanza*, cit., p. 59 e *amplius* p. 39 e ss.

fattuale³⁶; *qualunque* richiesta di prova – si era notato – risulta rilevante/irrilevante solo ed esclusivamente in relazione al *thema probandum*, di cui si può dire che consista in una *mera* proposizione fattuale solo nel caso in cui si osservi il *thema* nelle sue caratteristiche esteriori – quale assieme di proposizioni fattuali – e non si consideri che quelle caratteristiche risultano a loro volta configurate *necessariamente* sulla base di una fattispecie astratta (risultante dal capo d'imputazione o dalla contrapposta configurazione difensiva) rispetto alla quale le proposizioni fattuali del *thema probandum* si pongono in rapporto di coincidenza o, all'opposto, d'incompatibilità.

Riflettendo oggi non tanto sulle implicazioni di un assunto siffatto – che sottende la sicura controllabilità del giudizio di rilevanza – quanto sulla sua effettiva sostanza, vien da dire, però, che esso pare considerare in termini scarsamente realistici l'attività svolta dal giudice al momento dell'ammissione della prova.

In effetti, sembra cogliere maggiormente la sostanza del fenomeno chi nota come il giudizio di rilevanza possa essere meglio compreso partendo dalla sua analogia con il giudizio di fatto che il giudice compie al termine dell'istruzione dibattimentale, allorquando cioè ogni proposizione probatoria è divenuta risultato di prova, corrispondente o meno all'ipotesi complessiva di cui consta il *thema probandum*; «nel giudizio di fatto» si osserva «è *in atto* il rapporto logico di implicazione fra l'ipotesi data dal tema di prova in cui è enunciato il fatto da provare e la conseguita evidenza che la conferma... per modo che la verità dell'evidenza comporta quella dell'ipotesi. Nel giudizio di rilevanza, invece, il ridetto rapporto logico è soltanto *congetturale*»³⁷.

In questo senso il giudizio di relazione tra oggetto della singola prova e *thema probandum* semplicemente *sottende* il giudizio di diritto, ovvero quello dato dalla

³⁶ Così TARUFFO, *Studi sulla rilevanza*, cit., p. 40.

³⁷ In questi termini MANNARINO, *La prova nel processo*, cit., p. 234.

valutazione della sussumibilità del *thema probandum* sotto una determinata fattispecie astratta³⁸.

È evidente, peraltro, che il giudizio di diritto implicito nell'affermazione di rilevanza di una data prova, sarà più o meno percettibile a seconda di quanto risulti tale la giuridicità del fatto contestato: per intendersi, in un processo per omicidio, la rilevanza della prova d'alibi è autoevidente, apparendo naturalisticamente collegata al fatto che l'imputato fosse o meno sul luogo del delitto.

Al contrario, in un processo per concussione o per corruzione, le prove addotte a dimostrare l'inesistenza di determinati poteri in capo al pubblico ufficiale, cui si contesta d'aver abusato dei medesimi per danaro o altra utilità, devono passare attraverso un giudizio di rilevanza mediato dalle norme amministrative che regolano la figura di quello specifico pubblico ufficiale.

In entrambi i casi, peraltro, il giudice chiamato ad esaminare la rilevanza delle proposizioni probatorie che accompagnano la richiesta d'ammissione, *non* compie un giudizio di sussunzione rispetto alla fattispecie astratta contestata, ma di corrispondenza/esclusione rispetto a quella concreta, delineata nel capo d'accusa.

³⁸ È significativo che TARUFFO, *Studi sulla rilevanza*, cit., p. 58, in buona sostanza ammetta la possibilità di due risposte, entrambe valide, al quesito circa la natura del giudizio di rilevanza. In effetti dalla constatazione per cui «il giudizio di rilevanza, che *stricto sensu* è di fatto, può essere formulato soltanto a condizione che una valutazione preliminare, integrante un giudizio di diritto, abbia fissato una delle sue premesse essenziali», sicché «è necessario, perché si giunga a decidere intorno all'ammissione della prova, stabilire preventivamente quali fatti costituiscano il *thema probandum*... operazione [che] richiede la valutazione degli aspetti prettamente giuridici della controversia, in quanto consiste nell'individuazione e applicazione della *regula juris* da cui discende l'effetto giuridico domandato», si giunge alla conclusione che «se nell'ambito del giudizio di rilevanza si fanno rientrare anche le operazioni logiche necessarie per fissare le premesse su cui esso si fonda, si può dire che si tratti di un giudizio di diritto... se invece lo si riferisce ad un rapporto logico tra proposizioni descrittive, si può correttamente parlare di giudizio di fatto».

Insomma pare potersi concludere effettivamente notando che «il giudizio di rilevanza non è propriamente giudizio di diritto, anche se implica e presuppone la giuridicità del fatto oggetto di prova»³⁹; si tratta di un concetto di relazione tra proposizioni fattuali, fornito di un referente logico chiaro nell'art. 187 c.p.p. e nel relativo perimetro dei fatti potenzialmente oggetto di prova.

Rilevante è la prova dei fatti principali, enunciati nell'imputazione e, dunque, la prova relativa a condotta, evento, nesso causale ed elemento soggettivo, come pure dei fatti secondari, da cui, attraverso una sequela più o meno ampia di inferenze, s'intende arrivare al fatto principale e di quei fatti processuali che siano serventi rispetto agli uni e agli altri; *non superflua*, poi, è la prova finalizzata a dimostrare quegli stessi fatti, nella misura in cui non già provati, ad esempio perché notori, oppure non già destinatari di ulteriori richieste di prova, contestualmente effettuate⁴⁰.

L'approfondimento dell'analisi strutturale del giudizio di rilevanza sembra importante sotto molteplici aspetti: in prospettiva finalistica potremmo dire che esso – primo di una sequela di giudizi che il giudice effettua nei segmenti procedurali che precedono la decisione – segna specularmente anche i primi e decisivi confini del diritto alla prova nel dibattimento, quale disegnato dalle norme ad opera del legislatore ordinario⁴¹.

³⁹ MANNARINO, *La prova nel processo*, cit., p. 234.

⁴⁰ UBERTIS, voce *Prova (in generale)*, in *Dig. Disc. Pen.*, Vol. X, Milano, 1995, p. 296 e ss., si esprime nei termini di «generatori di ridondanza, nel senso che la loro funzione non sarebbe diversa dal ribadire quanto già conseguito con prove precedenti (o conseguibile con successive, quando il giudizio di rilevanza venga operato sulla base di un analogo giudizio relativo ad altre fonti e/o mezzi di prova di cui almeno contestualmente sia decisa l'acquisizione» (p. 322).

⁴¹ Coglie ancora nel segno TARUFFO, *Il diritto alla prova nel diritto civile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1984, p. 74 e ss., laddove sintetizza il concetto nei seguenti termini: «se correttamente applicata tale regola [la rilevanza] non comporta alcuna restrizione del diritto alla prova. In effetti, il diritto alla prova non implica che le parti possano far assumere qualsiasi prova, ma solo le prove utili alla dimostrazione dei

3. FATTISPECIE AMMISSIVE PROBLEMATICHE: a) LA PERIZIA

Si notava, all'abbrivio del presente capitolo, che i canoni d'ammissione della prova sono capaci di assumere peculiarità strettamente dipendenti dal tipo di mezzo probatorio di cui si domanda l'ammissione.

Qualora l'indagine scenda ad un tipo di verifica siffatta, l'attenzione dell'interprete è destinata a cadere immediatamente – diremmo addirittura con prepotenza – sulla fattispecie ammissiva della prova peritale.

La ragione dell'assunto è presto detta e s'iscrive senz'altro nella tenacia⁴² con cui la giurisprudenza di Cassazione esclude che la perizia sia capace di rientrare nel novero delle prove la cui mancata ammissione possa essere censurata a termini dell'art. 606, 1° comma, lett. d), c.p.p.; giammai la perizia potrebbe definirsi prova decisiva, è il *refrain* costante, giustificato sulla scorta di argomenti sempre eguali: si tratta di un mezzo di prova c.d. neutro, sottratto alla disponibilità delle parti e rimesso, invece, alla discrezionalità del giudice; donde la sua incapacità d'attagliarsi al concetto di prova “a discarico” implicito nella fattispecie censoria di cui all'art. 606, 1° comma, lett. d), c.p.p.⁴³.

fatti rilevanti per la decisione. Si può anzi dire che la rilevanza della prova definisce e circoscrive esattamente l'oggetto del diritto alla prova» (p. 78).

⁴² Pervicacia, si noti, che appare completamente immune a ricorrenti e ragionati attacchi dottrinali. Da ultimo, v. le nette argomentazioni di TONINI, *Dalla perizia “prova neutra” al contraddittorio sulla scienza*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2011, p. 360 e ss.

⁴³ In via puramente esemplificativa si vedano, procedendo a ritroso nel tempo: Cass., Sez. II, 08 giugno 2011, n. 25731; Id., Sez. VI, 17 maggio 2011, n. 22795; Id., Sez. IV, 04 maggio 2011, n. 33734; Id., Sez. VI, 18 giugno 2009, n. 38112; Id., Sez. IV, 09 marzo 2009, n. 15026; Id., Sez. VI, 25 novembre 2008, n. 48379; Id., Sez. VI, 22 maggio 2007, n. 37081; Id., Sez. III, 07 marzo 2007, n. 16932; Id., Sez. IV, 22 gennaio 2007, n. 14130; Id., Sez. V, 10 febbraio 2005, n. 8826; Id., Sez. IV, 12 dicembre 2002, n. 9279; Id., Sez. V, 06 aprile

In sintesi, dunque, l'idea di fondo, palesata dall'esegesi giurisprudenziale, è che il diritto all'ammissione della prova riduca il proprio *spatium agendi* in termini significativi laddove il "mezzo" prescelto dalle parti al fine di introdurre determinate conoscenze a disposizione del giudice, sia quello peritale⁴⁴.

Ma il rilievo dell'argomento deriva da una constatazione che, una volta posta la premessa di cui sopra, apparirebbe tristemente ironica se non risultasse preoccupante⁴⁵: da oltre un decennio il tema della prova scientifica s'è imposto all'attenzione degli studiosi del processo penale⁴⁶, nell'eco di un dibattito alquanto vasto e risalente, insorto all'interno dell'universo statunitense⁴⁷; sicché ben presto l'assunto di un affidamento totalitario al giudice dell'universo del sapere scientifico – o meglio:

1999, n. 12027; Id., Sez. III, 28 ottobre 1998, n. 13086; Id., Sez. V, 30 aprile 1997, n. 6074; Id., Sez. VI, 26 novembre 1996, n. 275.

⁴⁴ Questa è la conclusione di TONINI, *Dalla perizia "prova neutra"*, cit., p. 364, che in effetti scrive: «In breve il codice del 1988 non garantisce un pieno riconoscimento del diritto alla prova rispetto alla perizia: il guado non è stato superato, anche se siamo oltre la metà». L'ideale di giusto processo, si sottolinea, non può che andare in senso contrario: «l'attività di ricostruzione fattuale deve essere compiuta garantendo a tutte le parti il diritto alla prova... ivi compresa quella scientifica»; così UBERTIS, *Il giudice, la scienza e la prova*, cit., p. 4112.

⁴⁵ In prospettiva di sintesi della vasta problematica, è opportuno rileggere le dense considerazioni spese da SCALFATI, *La deriva scienziata dell'accertamento penale*, in *Proc. Pen. Giust.*, 2011, p. 144 e ss., il quale avvia la trattazione scrivendo: «l'ammiccante novità nasconde molte insidie, più di quante se ne scorgano a prima vista».

⁴⁶ Sulla scorta di alcune fondamentali intuizioni di DOMINIONI, iniziando con lo scritto *In tema di nuova prova scientifica*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2001, p. 1061, sino alla compiuta enunciazione del pensiero in *La prova penale scientifica*, cit., *passim*.

⁴⁷ Una perfetta panoramica è reperibile appunto in DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, cit., p. 116 e ss. Da ultimo, peraltro, v. pure STERLOCCHI, *Gli standards di ammissibilità della prova penale scientifica nel processo statunitense*, in *Scienza e processo penale. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi*, a cura di Conti, Milano, 2011, p. 397.

dell'*an* e del *quomodo* della sua introduzione nel processo – è apparso semplicistico.

Da allora, l'interesse per il tema non ha conosciuto pause, generando pregevoli studi, tutti sostanzialmente concordi nel sottolineare l'enorme ritardo che pesa sull'ordinamento italiano, afflitto da un legislatore intempestivo, come pure da supplenze giurisprudenziali quanto mai pronte nel convertire il frutto di quel lassismo in esegesi solo eufemisticamente definibili come spigliate⁴⁸.

Di fatto, nel breve volgere di pochi anni s'è visto come innumerevoli problemi affliggano il processo penale laddove esso debba confrontarsi non solo con temi episodici come la c.d. nuova prova scientifica, con i risultati emergenti dalle banche dati del DNA o, per abbreviare un elenco che sarebbe davvero lungo, con prove dedotte, ad esempio, da tecniche applicate sulla scena del crimine quali la *Bloodstain Pattern Analysis*, divenuta assai nota con gli esiti di casi mediaticamente eclatanti⁴⁹; invero, il processo si confronta con la scienza persino nel quotidiano e banale contatto con la ricostruzione di un sinistro mortale⁵⁰.

Sarebbe forse un eccesso dire che il processo penale ormai è nulla senza la scienza, ma fino ad un certo punto: se esistessero statistiche in proposito, esse denuncerebbero con certezza che la ricostruzione dei fatti delittuosi si giova del contributo di esperti di varia natura in un numero incredibilmente alto di casi; non per nulla, già quasi quindici anni fa un noto studioso statunitense rilevava che

⁴⁸ Si vedano, esattamente in tal senso e in tempi recentissimi, con precipuo riferimento alla scena del crimine, CURTOTTI NAPPI-SARAVO, *L'approccio multidisciplinare nella gestione della scena del crimine*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2011, p. 623 e ss. e LORUSSO, *L'esame della scena del crimine nella contesa processuale*, *ibidem*, p. 261 e ss.

⁴⁹ Sul punto v. CAPRIOLI, *Scientific evidence e logiche del probabile nel processo per il "delitto di Cogne"*, in *Cass. Pen.*, 2009, p. 1867 e ss.

⁵⁰ Semplicemente per avere il polso della complessità del fenomeno, si consulti ESPERIDE, *La ricostruzione del sinistro*, Roma, 2005, *passim*.

«guardare al futuro significa soprattutto parlare della progressiva adozione di modelli scientifici nell'indagine sui fatti»⁵¹.

Dicevamo, dunque: alla *nonchalance* giurisprudenziale nella gestione di quel peculiare aspetto del diritto alla prova che è il diritto all'ammissione della prova peritale⁵², fa da contrappunto l'inarrestabile penetrazione nella scienza nel processo e il suo dominio⁵³ sui moduli conoscitivi della realtà⁵⁴; di qui l'obbligo non aggirabile di prestare particolare attenzione a questo profilo dell'indagine.

La vicenda dell'istituto/prova peritale è lunga e merita percorrerla con pazienza: nella struttura primeva del codice Rocco era indiscutibile che il giudice fosse in possesso di una autentica “facoltà” di disporre la perizia, tale essendo il portato esplicito di una formula normativa

⁵¹ Così DAMAŠKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, Bologna, 2003, p. 205 su edizione originale del 1997.

⁵² La scienza entra nel processo anche tramite i c.d. testimoni esperti; sul punto v. da ultimo e diffusamente MIUCCI, *La testimonianza tecnica nel processo penale*, Milano, 2011, *passim*.

⁵³ Il tema meriterebbe ben altro spazio: si leggano, in proposito, le pagine di PULITANÒ, *Il diritto penale tra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2006, p. 795 e ss.

⁵⁴ Ovviamente i limiti propri della presente indagine impediscono di approfondire altro aspetto a dir poco fondamentale del tema, afferente al “se” le attuali modalità d'introduzione del sapere scientifico nel processo penale siano in grado di assicurare la qualità di quel sapere che è così specialistico da rischiare l'impossibilità di verifica del giudice. Il problema è ben illustrato già da CENTONZE, *Scienza “spazzatura” e scienza “corrotta” nelle attestazioni dei consulenti tecnici nel processo penale*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2001, p. 1232 e ss. Gli esperti – vorremmo dire – sono la lente che permette alle parti ed al giudice di leggere realtà rispetto alle quali costoro sono afflitti, tutti, da una miopia di grado più o meno elevato, sicché assicurare la qualità della lente è questione di alto rilievo. Purtroppo il problema, per quanto risalente, è stato in buona parte ignorato dal legislatore e, per il resto, consapevolmente accantonato dalla giurisprudenza di merito e di legittimità, con accenti sorprendentemente lievi e superficiali: l'esito, doloroso e quotidiano, appare sotto gli occhi di ogni operatore della giustizia che sappia e voglia osservare.

che usava un lessico inequivocabile: «il giudice *può* disporre» la prova peritale, anche laddove sia posto dinanzi alla necessità di apprendere «particolari cognizioni di determinate scienze o arti», recitava l'art. 314 di quel codice.

La legge 18 giugno 1955, n. 517 elimina il verbo potestativo, senza che appaiano registrabili mutamenti di sorta in una giurisprudenza avvezza a considerare il mezzo di prova come ceduto al potere discrezionale del giudice⁵⁵.

La formula non muta all'interno dell'art. 220, 1° comma, del codice Vassalli e la dottrina correttamente reitera l'idea che il legislatore non intendesse lasciare spazio a valutazioni diverse da quelle incluse nel dovere di verificare l'esistenza di un tema di prova per la cui compiuta conoscenza occorra svolgere indagini o acquisire dati o valutazioni che richiedono specifiche competenze, ossia capacità conoscitive che esorbitano dal sapere comune⁵⁶. Del resto, si nota, applicando con mano sicura canoni ermeneutici indiscussi, da un lato la stessa legge delega prevedeva la tutela dei diritti delle parti nella prova peritale, mentre, d'altro canto, il legislatore costituzionale tutela il diritto all'ammissione della prova senza distinguere tra prova scientifica e non⁵⁷; tra l'altro – si

⁵⁵ Cfr. CORSO, voce *Perito e perizia (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, Vol. XXXIII, Milano, 1983, p. 89 e ss., che reca rilievi interessanti quando nota: «L'istituto della perizia, nel sistema delineato dal codice di rito penale del 1930, non raccoglie il favore del legislatore, il quale, anzi, si mostra piuttosto restio ad ammettere nel processo penale contributi di scienze non giuridiche. Alla base di questo atteggiamento vi è, da un canto, una sorta di diffidenza verso la pretesa delle scienze non «esatte» di fornire spiegazione o giustificazione di fatti costituenti reato; da un altro, una reazione agli eccessi veri o presunti cui ha dato luogo l'ampio ricorso alla perizia, consentito dal codice del 1913; da un altro ancora, il timore che – per il tramite delle conclusioni peritali – la forza precettiva della norma penale e soprattutto la sua applicazione in concreto possano conoscere una grave compromissione».

⁵⁶ Cfr. ADORNO, voce *Perizia (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, Annali III, Milano, 2010, p. 885 e ss.

⁵⁷ Scrive, infatti, TONINI, *Dalla perizia "prova neutra"*, cit., p. 364 che la legge delega imponeva "la tutela dei diritti delle parti rispetto

aggiunge – nella descrizione del presupposto di ammissibilità della perizia, e cioè della situazione in presenza della quale sorge l'obbligo del giudice di disporla, la frase "quando occorre" è sostituita a quella del previgente codice che esigeva l'ammissione della prova peritale "quando sia necessaria"⁵⁸.

Neppure giova l'assunto riassuntivo e stringente di chi autorevolmente osserva come la natura doverosa dell'ammissione della prova peritale, in presenza di questioni ignote all'uomo comune seppur giuridicamente edotto, sia l'inesorabile portato della metamorfosi di un sistema codicistico che ha scelto la via accusatoria: «il perito... è organo utile alle parti prima che al giudice; sugli argomenti esorbitanti dal consueto scibile apporta le premesse necessarie al contraddittorio»⁵⁹.

Nulla reca ausilio, insomma, ad un ripensamento giurisprudenziale: la perizia, s'insiste, è un mezzo di prova a tal punto discrezionale⁶⁰, che la valutazione della necessità di disporla è ceduta nelle mani del giudice «anche in presenza di pareri tecnici e documenti prodotti

alle perizie” e «questo vuol dire, nella lingua italiana, che anche nei confronti delle perizie devono essere riconosciuti i “diritti” delle parti; e tra i diritti delle parti vi è il diritto alla prova. Come è noto, la legge-delega ha un primo effetto, e cioè quello di vincolare il governo delegato a scrivere il codice. Ma ha anche un ulteriore effetto: quanto meno, costituisce un criterio per interpretare il codice. Del resto, la Costituzione, quando afferma il diritto alla prova negli artt. 24 e 111, non fa differenze tra prova ordinaria e prova scientifica. Di conseguenza, neppure l'interprete deve operare differenze. In positivo: il diritto alla prova ha una portata generale e la sua validità non può arrestarsi di fronte alla prova scientifica, che è diventata la più importante nel processo penale e la più insidiosa per il diritto di difesa».

⁵⁸ Cfr. CURTOTTI NAPPI, *La perizia*, in *La prova penale*, cit., Vol. II, p. 591 e ss.

⁵⁹ CORDERO, *Procedura penale*, Milano, ed. 2006, p. 789.

⁶⁰ Si noti, tra l'altro, che l'esegesi di cui si discute distrugge l'assunto della residualità del potere del giudice in materia di prova; così DI PALMA, *Art. 495 comma 2 c.p.p. e perizia quale presunto mezzo di prova "neutro"*, in *Cass. Pen.*, 1995, p. 2937 e ss.

dalla difesa»⁶¹ al fine di fondarne la doverosità dell'ammissione nel preciso rispetto dell'art. 220, 1° comma, c.p.p.

Vale la pena di domandarsi se esistano margini, sia pure esigui, di sostenibilità persistente per siffatta esegesi.

La perizia, si diceva, sarebbe *discrezionale* in quanto mezzo di prova *neutro*: l'aggettivo, a sua volta, alluderebbe ad una impossibilità di classificare la perizia secondo le categorie proprie dell'art. 495, 2° comma, c.p.p., di prova "a carico" e prova "a scarico".

Si noti, però, un primo e, diremmo, indiscutibile errore: i predicati "a carico/a scarico" risultano connessi dalla giurisprudenza di cui si parla al sostantivo "prova", e ciò in pieno contrasto con il rilievo – invero logico prima ancora che giuridico – per cui laddove ad essere oggetto d'osservazione e disamina sia il momento ammissivo della prova, *ogni qualificazione ad essa relativa non può che attagliarsi alle proposizioni probatorie* che le parti adducono nel giustificare implicitamente o esplicitamente la richiesta d'ammissione⁶².

Ma non basta: è altrettanto logicamente plausibile, nonché dimostrato dall'esperienza empirica, che la prospettazione che le parti effettuano in sede di richieste di prova, implicando un dato esito delle prove richieste, null'altro è se non un puro e semplice auspicio, suscettibile di smentita, all'esito dell'istruttoria dibattimentale e ad opera del concreto *risultato di prova*⁶³;

⁶¹ Così, tra le tante, Cass., Sez. VI, 8 agosto 2003, n. 34089.

⁶² Per tutti v. TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, cit., p. 54.

⁶³ In termini differenti, insistendo, però, sul medesimo punto, si è notato: «non è del tutto chiaro come di un mezzo di prova sia predicabile la neutralità. Bisogna anzitutto chiarire il significato relativo del termine, rapportato cioè alla materia delle prove penali. La risposta al quesito si può desumere dalla motivazione della decisione in commento: è neutra la prova che non è suscettibile di valutazione né contro né a favore dell'imputato. Ma in questo modo, se in astratto ogni mezzo di prova può essere considerato neutro, quando dalla descrizione normativa si passa all'utilizzazione dello strumento nel singolo procedimento, quel dato perde il carattere di absolutezza che pare attribuirgli la giurisprudenza, richiedendosi, di volta in volta, una

di guisa che può accadere – ed in effetti accade – che la singola prova produca un risultato diametralmente opposto rispetto alla prospettazione contenuta nella richiesta ammissiva⁶⁴.

valutazione del peso che la prova assume, in un senso o nell'altro, nella dialettica probatoria. È l'esito di conoscenza della prova, in altri termini, a non poter essere considerato *a priori* neutro, ma da calare nella singola realtà probatoria del processo»: così TRAVERSO, *Il diritto alla controprova nei rapporti con la perizia*, in *Dir. Pen. Proc.*, 1998, p. 596 e ss.

⁶⁴ Un'importante segnalazione della congruità di siffatta esegesi con le disposizioni costituzionali in materia di giusto processo, proviene da CHIAVARIO, *Diritto ad un processo equo*, in *Commentario alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali*, a cura di Bartole-Conforti-Raimondi, Padova, 2001, p. 153 e ss., il quale scrive «nel *case-law* della Corte europea, la natura – “a carico” o “a discarico” – delle dichiarazioni e dei pareri di cui trattasi va colta con riferimento alla sostanza delle cose, più che alle formali qualificazioni della posizione formale del soggetto da cui provengono» (p. 239). È interessante ancora notare come l'autore citi, a conforto del proprio assunto, una nota decisione della Corte in cui il discorso aveva avuto riguardo proprio al trattamento diseguale fatto al consulente di parte rispetto ad un perito, il quale in concreto si era rivelato assai più vicino ad un teste a carico piuttosto che ad un assistente neutrale dell'ufficio giudiziario da cui promanava la sua nomina; si tratta dell'*Affaire* deciso da Corte e.d.u., 6 maggio 1985, ric. n. 8658/79, *Bömisch c. Austria* di cui si riproducono i passaggi rilevanti nel caso specifico: «32. È facile comprendere che sorgano dei dubbi, in particolare da parte dell'«accusato» circa l'imparzialità di un perito la cui relazione ha per l'appunto cagionato l'esercizio dell'azione penale. *Nella fattispecie, le apparenze avvicinavano il direttore piuttosto alla figura di un testimone a carico.* La sua audizione, durante la fase dibattimentale, non era contraria, in sé, alla Convenzione, ma il principio di parità delle armi che discende dalla nozione di processo equo... richiedeva un equilibrio tra tale audizione e quella delle persone che, a qualunque titolo, erano o potevano essere sentite su richiesta della difesa. 33. La Corte ritiene, insieme alla Commissione, che non vi è stato un tale equilibrio nei due procedimenti in esame. In primo luogo, il direttore dell'Istituto era stato nominato «perito» dal tribunale in base della legge austriaca; secondo questa legge, *rivestiva formalmente una funzione di ausiliario neutro ed imparziale del giudice. Già per questo le sue dichiarazioni dovevano avere un peso maggiore rispetto a quelle di un «perito di parte» sentito in udienza, come nel primo caso, su richiesta*

In sintesi è evidente come i concetti di “prova a carico” e “prova a discarico” si attaglino, da un lato, alle *proposizioni probatorie* di cui constano le richieste d’ammissione della prova ad opera delle parti, dall’altro, ai *risultati di prova* emersi dalla fase d’acquisizione, sicché *tutte* le prove che il codice prevede e regola sono teoricamente suscettibili di essere qualificate come “a carico” o “a discarico” in un momento del processo ben individuato.

D’altro canto, se con il predicato di neutralità della perizia si allude, invece, ad una presunta natura dell’esperto, in quanto nominato dal giudice piuttosto che dalle parti, è ancor più agevole la replica e va condotta lungo le stesse matrici logiche cui sopra si accennava: se in caso di ammissione di prova *testimoniale* avvenuta ai sensi dell’art. 507 c.p.p., «l’iniziativa officiosa del giudice non esclude che quella prova sia valutata dallo stesso giudice in base al risultato che ha introdotto nel processo, e cioè, a carico o a discarico»⁶⁵ non si vede quale ragione debba indurre a prospettare un esito diverso per la prova peritale. In altri termini – e di nuovo – la promanazione dell’iniziativa finalizzata all’introduzione della prova⁶⁶

dell’«accusato», laddove la sua neutralità ed imparzialità poteva tuttavia, viste le circostanze della causa, apparire poco attendibile».

⁶⁵ Così TONINI, *Dalla perizia prova neutra*, cit., p. 365.

⁶⁶ In questa prospettiva, meriterebbero apposita considerazione pure le coordinate normative che guidano la scelta, la nomina e l’eventuale sostituzione del perito: ai sensi dell’art. 221, 1° comma, c.p.p., il giudice – una volta decisa l’ammissione della prova – conferisce incarico al perito dopo una scelta compiuta tra le persone iscritte negli appositi albi oppure tra altre che gli risultino fornite di particolare competenza nella specifica disciplina; la disposizione è evidentemente finalizzata ad assicurare tanto l’obiettività della scelta, quanto un livello di professionalità adeguato all’incarico, ma che l’*intentio legis* corrisponda alla realizzazione dello scopo è tutt’altra questione: l’albo di cui all’art. 67 disp. att. c.p.p. risulta, alla lettura, piuttosto parco nell’offerta: un albo dei periti, diviso in categorie, in cui debbono come minimo essere previste quelle degli esperti in «medicina legale, psichiatria, contabilità, ingegneria, infortunistica del traffico e della circolazione stradale, balistica, chimica, analisi e comparazione della grafia»; roba da poco, quando si consideri che, solo per limitarsi

all'accertamento dei reati derivanti da colpa professionale del medico, occorrerebbero tanti esperti quante le complesse e sempre più specializzate branche odierne dell'*ars medica*; per non parlare dell'insufficienza dell'esperto in pura e semplice psichiatria a fronte degli innumerevoli problemi suscitati, ad esempio, dai reati che coinvolgono minori. Se insoddisfatto dell'offerta presentata dagli albi, il giudice può avvalersi della *chance* proposta dal comma 2 dell'art. 67: gli è consentito nominare come perito un esperto non iscritto negli albi in parola, designando, se possibile, una persona che svolge la propria attività professionale presso un ente pubblico e indicando nell'ordinanza di nomina le ragioni della scelta. Peraltro si noti: la predilezione del dipendente da ente pubblico non solo non garantisce approfondite professionalità, ma è effettuata «se possibile», secondo l'esplicita dizione normativa con cui si restringe per modo di dire la discrezionalità giudiziale, fornendola, quanto al resto, dell'unico baluardo di una motivazione la cui scarsa sostanza è agevolmente immaginabile. Si aggiunga poi che, paradossalmente, crea maggiori perplessità una scelta di esperti effettuata all'interno dei famosi albi: a scorrearne qualcuno di quelli pubblicati sui siti *internet* dei Tribunali, è agevole notare come all'interno della generica indicazione professionale (medico, ingegnere, commercialista, *etc.*) la specializzazione che dovrebbe rendere affidabile il vaglio dell'esperto con l'esperienza e l'approfondimento di un determinato settore tecnico-scientifico è indicata in un numero incredibilmente basso di casi: consultando, a mero titolo d'esempio, l'albo dei periti del tribunale di Bari, si scopre che vi sono iscritti ben 1009 dottori commercialisti, *solo 11 dei quali forniti di conoscenze settoriali specifiche* ovvero diverse da quelle fornite *dalla pura e semplice laurea*. Nulla di sorprendente, a ben vedere, posto che i requisiti posti all'iscrizione del singolo individuo nell'albo dall'art. 69 disp. att. c.p.p., sono davvero tutt'altro che tali da garantire certezza di qualità professionale: la richiesta di iscrizione, diretta al presidente del tribunale, deve essere accompagnata da «estratto dell'atto di nascita, dal certificato generale del casellario giudiziale, dal certificato di residenza nella circoscrizione del tribunale e dai titoli e documenti attestanti la speciale competenza del richiedente»; non possono comunque iscriversi le persone condannate con sentenza irrevocabile alla pena della reclusione per delitto non colposo e coloro che si trovano in taluna delle situazioni di incapacità previste dall'articolo 222 c.p.p.; infine si esige che l'iscrivendo non sia stato cancellato o radiato dal rispettivo albo professionale a seguito di provvedimento disciplinare definitivo. Tirando le fila dei criteri, è evidente come il vaglio sia tutt'altro che censorio: tolta l'ovvia esclusione di minori, deboli di mente e individui colpiti da sanzioni di variegato carattere, ma tali da metterne in forse l'illibatezza, quel che resta è l'obbligo di

non è in grado di mutare la sostanza del fenomeno, per cui l'elemento conoscitivo sarà comunque qualificato "a carico" o "a discarico" nel momento in cui diviene palese il risultato probatorio ricavato⁶⁷.

Deprivato di basi argomentative, l'assunto della perizia quale prova neutra mostra tra le righe la sua natura effettiva, quale mimetizzazione del sotterraneo e persistente rimpianto per un perito che si offra non già quale fonte di prova, ma in quelle vesti di ausiliario del giudice⁶⁸ di cui lo abbigliava l'originaria versione del codice di rito del 1930⁶⁹: sicché la qualifica di neutralità finisce con l'apparire un travestimento terminologico che valga a sostenere con l'impatto evocativo delle parole, se non con i concetti, l'idea che il perito *appartenga* esclusivamente al giudice e in alcun modo alle parti⁷⁰.

allegare documenti che comprovino la «speciale competenza», ovvero e in concreto, diplomi, attestati di laurea ed esami di stato, i quali dimostrino... che il sedicente medico non sia un fattucchiere o che il presunto commercialista sia quantomeno laureato e non un ragioniere: decisamente poco, insomma – ripetiamo – per l'importanza della funzione.

⁶⁷ È inutile aggiungere che la razionalità intrinseca di siffatta argomentazione gode della medesima base empirica sulla cui scorta la Corte e.d.u. appare aver deciso l'*affaire Bömisch* citato nella nota 64.

⁶⁸ Sul punto si veda VIROTTA, *La perizia nel processo penale italiano*, Padova, 1968, p. 133 e ss., e ancora CORSO, voce *Periti e perizia*, cit., p. 90.

⁶⁹ Acutamente rileva SCALFATI, *La deriva scienziata*, cit., p. 147: «come se esistesse un risultato asettico, diverso da quello cui tendono i contendenti del processo, attingibile solo attraverso l'intervento, altrettanto neutro, del giudice. Si intuisce il predominio del principio autoritario, che tende a limitare il diritto alla prova e ad appannare le potenzialità del contraddittorio sulle questioni scientifiche».

⁷⁰ È interessante rilevare che la qualifica di prova neutra risulti talora applicata anche al mezzo di prova "confronto". Così Cass., Sez. IV, 06 dicembre 2001, n. 4699, nella cui massima si legge: «Il concetto di prova decisiva fatto proprio dall'art. 606, lett. d) c.p.p. non include tutte le prove astrattamente idonee a determinare un diverso esito del processo, ma – in base al richiamo dell'art. 495, comma 2, c.p.p. – solo le prove a discarico, fra le quali non rientra il confronto che ha invece carattere "neutro" e necessita di una sua comparazione con altri elementi acquisiti al processo».

Si giunge, così, a quel ricorrente e ulteriore assunto giurisprudenziale secondo cui la perizia sarebbe prova *sottratta alla disponibilità delle parti* e rimessa al potere discrezionale del giudice.

Se la qualifica di mezzo di prova “neutro” rivela facilmente un valore più che altro retorico, la sottrazione del mezzo di prova alla disponibilità delle parti assume, invece, pieno valore *denotativo*, implicando direttamente una vera e propria dichiarazione d’inapplicabilità alla perizia del canone iscritto nell’art. 190, 1° comma, c.p.p., per cui le prove sono ammesse a richiesta di parte ed il giudice provvede limitandosi ad escludere solo quelle vietate dalla legge, superflue, irrilevanti.

A fronte di un effetto così radicale dell’asserto, sarebbe da attendersi l’esposizione delle ragioni per cui un principio, definito generale dal codice e per di più configurante, allo stato, attuazione immediata del dettato costituzionale, viene *de facto* cancellato dal codice in un settore del diritto delle prove dotato di rilievo estremo: attesa vana, poiché né all’interno delle massime, ma neppure nelle motivazioni della giurisprudenza edita risultano chiarite le ragioni per cui la prova peritale sarebbe non solo affidata all’iniziativa officiosa del giudice, ma (anche) sottratta alla disponibilità delle parti.

Di fatto, a ben vedere, invece, il punto è esattamente questo: il conferimento in capo al giudice di un potere che di norma gli è precluso⁷¹ – quello d’introduzione della prova – viene inopinatamente tramutato nella deprivatione dello stesso potere con riferimento a quei soggetti – le parti – che ne sono i titolari, sulla scorta del rapporto regola/eccezione che disciplina la relazione tra giudice e parti rispetto all’ammissione della prova.

⁷¹ Il senso della perizia, quale forma di potere del giudice a carattere residuale, è espresso con limpidi passaggi da SPANGHER, *Brevi riflessioni, sparse, in tema di prova tecnica*, in *Scienza e processo penale. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi*, a cura di Conti, Milano, 2011, p. 27 e ss.

Una ricognizione puntigliosa delle disposizioni codicistiche coinvolte non regala all'interprete risultati idonei a comprendere quali siano le ragioni logico/giuridiche di una simile conclusione: da un lato gli artt. 220 e ss. c.p.p., dedicati alla perizia, non palesano traccia alcuna di una sola formula normativa in grado di convalidare l'assunto giurisprudenziale di cui qui si discute; d'altra parte, sia pure forzandone il testo, l'art. 190, 1° comma, c.p.p. reca, come noto, una *regola generale rispetto alla quale l'iniziativa del giudice è l'eccezione che ha da essere espressamente prevista*⁷².

Ma se l'esegesi testuale e quella sistematica inducono seri dubbi sulla sostenibilità dell'assunto che la perizia sia mezzo di prova strettamente riservato al giudice, un'interpretazione che risalga fino alla c.d. *intentio legis*, riesce ad asseverare l'assunto esattamente contrario: secondo la Relazione al Progetto preliminare del nuovo codice di procedura penale, l'art. 209 – rimasto immutato nel passaggio all'attuale art. 220 c.p.p. – aveva la precipua funzione di delineare i presupposti di ammissibilità della perizia; con la formula prescelta s'intendeva «sottolineare due aspetti: da un lato, l'obbligatorietà del ricorso allo strumento tecnico... dall'altro, e sempre in quest'ordine di idee, un ampliamento dell'ammissibilità della perizia rispetto ai confini piuttosto angusti che derivano con il vigente art. 314 primo comma, da un'enunciazione in termini di "necessarietà". La variante espressiva adottata («quando occorre svolgere indagini») è parsa idonea ad

⁷² Sul principio dispositivo sono leggibili contributi noti e di grande autorevolezza: v. AMODIO, *Il modello accusatorio nel nuovo codice di procedura penale*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, a cura di Amodio e Dominioni, Vol. I, Milano, 1989, p. XXXVI; AUGENTI, *L'onere della prova*, Roma, 1932, *passim* e in particolare p. 235 e ss.; LIEBMANN, *Fondamento del principio dispositivo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1960, p. 551 e ss.; VERDE, voce *Dispositivo (principio)*, in *Enc. Giur.*, Vol. IX, Roma, 1989, p. 1 e ss. Recentissimo è, poi, il lavoro di MENNA, *Poteri probatori d'ufficio e terzietà del giudice*, cit., p. 1 e ss. In peculiare e risalente prospettiva, si veda pure, sul punto, GIANTURCO, voce *Eccezione (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, Vol. XIV, Milano, 1965, p. 205 e ss.

attenuare il rigore imposto dalla dizione della norma attuale»⁷³.

In sintesi, sembrerebbe pacifico che la perizia non possa in alcun modo essere considerata oggetto di un potere discrezionale del giudice, sfornito di qualunque sfumatura di obbligatorietà, anche in presenza di una richiesta di parte, magari sostanziosamente argomentata.

Diverso discorso è dire che le parti hanno la *chance* di «attuare il diritto alla prova *anche* attraverso proprie consulenze»⁷⁴.

L'assunto – nuovamente di matrice giurisprudenziale – appare stavolta fornito di salde basi argomentative, prestate, peraltro, da autorevole dottrina: «non è naturale per la difesa» si osserva «consegnare la propria prova al giudice, cioè chiedere che il giudice soccorra la difesa»⁷⁵.

D'altra parte, che la consulenza tecnica sia stata concepita dal legislatore del codice non quale mero strumento di “dialogo” delle parti con il perito eventualmente nominato dal giudice, ma come mezzo di prova *potenzialmente autonomo*, finalizzato esattamente all'introduzione nel processo del medesimo tipo di conoscenze ottenibili mediante perizia, è risultato esegetico⁷⁶ fondato su quel dato normativo inequivoco che è rintracciabile nell'art. 233 c.p.p.⁷⁷.

⁷³ Sono parole della Relazione al Progetto preliminare, in CONSO-GREVI-NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, Vol. I, *La legge delega del 1974 e il progetto preliminare del 1978*, Padova, 1989, p. 581.

⁷⁴ Così, ad esempio, Cass., Sez. VI, 25 novembre 2008, n. 48379.

⁷⁵ Sono i lineari rilievi di SPANGHER, *Brevi riflessioni*, cit., p. 29.

⁷⁶ Notevole l'elaborazione dell'istituto. V., per una sintesi dei lineamenti fondamentali, CURTOTTI NAPPI, *La consulenza tecnica*, in *La prova penale*, cit., Vol. I, Torino, 2008, p. 615 e ss.; DEAN, voce *Consulenza tecnica*, in *Dig. Disc. Pen.*, Vol. IV, Torino, 1992, p. 515 e ss.; KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, Milano, 1993, *passim*; SCALFATI, voce *Consulenza tecnica (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Giur.*, Vol. VIII, Roma, 1997, p. 1 e ss.

⁷⁷ Indiretta, ma limpida conferma della correttezza di questa esegesi si rinviene nella sentenza n. 33 del 1999 della Corte costituzionale che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 4, 2° comma, L. 30

Per converso, all'autonoma configurazione come mezzo di prova fa da contrappunto una funzione definita nei termini di *sollecitazione* dell'ulteriore prova rappresentata dalla perizia, come risulta non solo dalla c.d. intenzione del legislatore, quale riprodotta nella Relazione al Progetto preliminare⁷⁸, ma appare altresì confermato da un dato logico/testuale che plaude pianamente in tal senso: a termini dell'art. 220, 1° comma, c.p.p. «la perizia è ammessa quando occorre svolgere indagini o acquisire

luglio 1990, n. 217 (Istituzione del patrocinio a spese dello stato per i non abbienti), nella parte in cui, per i consulenti tecnici, limita gli effetti dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato ai casi in cui è disposta perizia. Sollevata dal giudice rimettente questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, 2° comma, della L. 30 luglio 1990, n. 217, in relazione agli artt. 3 e 24 Cost., nella parte in cui, per i consulenti tecnici, limitava la facoltà per l'imputato di godere degli effetti del beneficio del patrocinio per i non abbienti ai soli casi in cui fosse disposta perizia, la Corte ha dichiarato la fondatezza della questione, ritenendo che la consulenza extraperitale sia suscettibile di assumere valore probatorio non differente da una testimonianza e che pertanto il giudice non è vincolato a nominare un perito qualora le conclusioni fornite dai consulenti gli appaiano oggettivamente fondate, esaustive e basate su argomenti convincenti; mentre, poi, le prestazioni del consulente di parte ineriscono all'esercizio del diritto di difesa, sicché privarne il non abbiente significa negargli il diritto di difendersi in un suo aspetto essenziale. Sull'argomento si veda, *amplius*, la trattazione di SECHI, *Il patrocinio per i non abbienti nei procedimenti penali*, Milano, 2006, p. 164 e ss.

⁷⁸ Ivi si legge, in effetti, sottolineando la novità della figura del consulente tecnico extraperitale, che essa «non presuppone la previa nomina del perito ed è intesa a realizzare l'esigenza che ciascuna delle parti – quindi anche il pubblico ministero – possa avvalersi di un contributo esterno per l'impostazione e la soluzione di quesiti tecnici: nella prospettiva, peraltro, di una proiezione di tale contributo nel processo, soprattutto per sottoporre al giudice pareri qualificati, idonei a indurlo a valutare la convenienza di disporre perizia. La rilevanza di tale esigenza e l'avvertita importanza di evitare che l'indagine tecnica sia troppo rigorosamente condizionata da iniziative *ex officio*, ha fatto superare dubbi circa un presunto appesantimento degli accertamenti, né la Commissione consultiva ha formulato rilievi critici al riguardo»: così la Relazione al Progetto preliminare, in CONSO-GREVI-NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, Vol. I, cit., p. 601.

dati o valutazioni che richiedono specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche» e ciò implica che la fattispecie subordina la decisione ammissiva al previo accertamento di un presupposto⁷⁹ – la *specificità* delle competenze occorrenti per la valutazione o l’acquisizione dei dati – la cui sussistenza può certo appartenere al notorio, ma anche essere potenzialmente verificabile mediante l’introduzione, ad opera delle parti, di una prova che abbia a proprio oggetto giusto la peculiarità della materia.

In sostanza, sembra potersi dire logica la deduzione per cui, nella sistematica del codice, alle parti è consegnata la scelta tra rimettere alla consulenza l’acquisizione e la valutazione dei dati ovvero servirsi di quest’ultima dapprima come strumento di rappresentazione al giudice di una proposizione probatoria il cui contenuto è l’acclaramento della necessità di disporre perizia e, successivamente, quale strumento di dialogo in pienezza di contraddittorio tecnico con il perito nominato dal giudice⁸⁰.

La scelta di cui si parla risulta essere tattica e il dato emerge da una riflessione: quella del consulente è opera professionale presupponente un rapporto *fiduciario* tra parte e consulente medesimo⁸¹, la cui essenza può rendersi tramite il rilievo, invero scontato, per cui giammai la parte, in quanto tale, conferirebbe l’incarico ad un consulente le cui valutazioni sappia *ab origine* destinate a ridondare a favore della tesi opposta.

Appare come un dato esperienziale non aggirabile il fatto che l’inesistenza del rapporto fiduciario – ovvero la

⁷⁹ Così, del resto, autorevolmente, GREVI, *Prove*, in *Profili del nuovo codice di procedura penale*, Padova, ed. 1998, p. 245 e ss.

⁸⁰ «Notavamo come la perizia fondi un sapere comune a parti e giudice sulle questioni esorbitanti dallo scibile consueto: ma un dialogo adeguato esige strumenti e chi li sappia usare; a tale funzione sono chiamati i consulenti tecnici, coadiutori degli antagonisti»: così CORDERO, *Procedura penale*, ed. 2006, cit., p. 791.

⁸¹ In questi termini con chiarezza, KOSTORIS, *I consulenti tecnici*, cit., p. 123.

scelta, essa si è neutrale, operata dal giudice – tenda a collocare, invero *pregiudizialmente*, il valore della perizia su di un piano privilegiato rispetto al contributo fornito dal consulente⁸².

Si tratta senz'altro di un rilievo difficilmente digeribile in una prospettiva attenta a non privare di sostanza il diritto delle parti all'ammissione della prova da esse medesime prescelta; pare impossibile, in effetti, dissentire da chi nota che «il perito è attendibile non in quanto figura neutra di nomina giudiziale; egli è attendibile in quanto la sua ricostruzione abbia resistito all'urto del contraddittorio. Non esiste, dunque, una gerarchia tra perito e consulente, tale da determinare in via presuntiva un minor credito dell'esperto di parte»⁸³.

⁸² Per altro verso, ma sempre con riferimento ad ovvi limiti di attendibilità del consulente tecnico, vedasi COSSIGNANI, *I consulenti tecnici del p.m. tra limiti normativi e distorsioni applicative*, in *Dir. Pen. Proc.*, 1997, p. 334 e ss., in particolare laddove sottolinea: «...prevedere che un soggetto che ha agito in forza di un incarico della parte possa assumere la veste di testimone sembra essere in contrasto con i principi sottesi a tale mezzo di prova. Se è vero che tra le dichiarazioni del testimone e quelle del consulente non ci sono grandi differenze, in quanto entrambe costituiscono rappresentazioni di fatti percepiti, eventualmente corredate dalla valutazione degli stessi, è altresì vero che, mentre il primo è tenuto a riferire fatti di cui ha avuto percezione casualmente al di fuori del processo, l'altro espone fatti di cui ha avuto conoscenza durante il processo in virtù di un incarico della parte che lo ha nominato» (pp. 339-340).

⁸³ Così TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, ed. 2009, p. 337. Il contraddittorio deve investire con la propria pregnanza tutto l'*iter* che corre dal momento dell'ammissione della prova peritale a quello della sua acquisizione tramite esame dibattimentale del perito. Utilissima sul punto la lettura della sentenza della Corte e.d.u., 18 marzo 1997, ric. n. 21497/93, Mantovanelli c. Francia: recependo integralmente l'*opinione* espressa sul caso dalla Commissione, la Corte ha stabilito, in buona sostanza, che il rispetto del contraddittorio all'interno di un procedimento implica, quando il tribunale disponga l'ammissione di una prova peritale, la possibilità per le parti di contestare *innanzi all'esperto e prima che questi abbia reso il suo parere* – ovvero nel corso delle operazioni peritali – gli elementi da lui considerati per lo svolgimento della sua funzione. Le ragioni di siffatta estensione piena del contraddittorio, anche in una fase che

L'assoluta correttezza del rilievo tocca le corde profonde dei problemi di un settore della prova in cui il contraddittorio appare l'unico antidoto ad un affidamento di marca autoritaria, se non fideistica, agli asserti di colui che, comunque, è portatore di conoscenze per definizione ignote a giudice e parti; di fatto, è solo grazie al contraddittorio tra esperti – perito e consulenti di parte – che può disvelarsi, e spesso si svela, la natura incompleta o perfino fallace delle conoscenze addotte dal perito.

Ciò nonostante il problema di fondo resta, ovvero la pregiudiziale – vorremmo dire, anzi, *umana* – convinzione che il perito, in quanto svincolato da nomine di parte, sia portatore di un sapere più affidabile ed è in questo senso esclusivo, ma anche nella prospettiva dichiaratamente agonistica del processo accusatorio, che la scelta della parte di chiedere l'ammissione della perizia dev'essere confermata come potere cui corrisponde un preciso dovere del giudice.

Insomma, l'opzione della parte che, introdotta o meno la propria consulenza tecnica, corra il rischio insito nella richiesta di una perizia dai risultati pronosticabili magari solo sul presupposto dell'affidabilità riposta nell'opinione del proprio consulente, appare esattamente come un vero e proprio *potere di scelta tattica relativo al tipo di prova di cui richiedere l'introduzione*, ovvero forma processuale del diritto alla prova⁸⁴.

precede l'ascolto del perito dinanzi al giudice, dipendono dal fatto che la perizia nel caso specifico era chiamata a sostanziare in modo essenziale il panorama probatorio del procedimento, da un lato, mentre, per converso, poiché un tribunale non è mai in grado di valutare direttamente tutte le questioni tecniche esaminate, «l'indagine svolta dall'esperto tende a sostituire l'inchiesta giudiziaria»; sicché «la sola possibilità di contestare la perizia davanti al tribunale non consente uno svolgimento efficace del contraddittorio, essendo il rapporto, a tale stadio, definitivo».

⁸⁴ Non disdice aggiungere che il diritto all'ammissione della prova peritale è esplicitamente considerato uno dei punti fondamentali delle *Linee Guida per l'acquisizione della Prova*, emesse dall'ISIS sulla scorta dell'elaborazione realizzata da un gruppo di esperti, di tipo

Sembra, dunque, potersi concludere osservando che l'asserita discrezionalità della decisione giudiziale sull'ammissione della perizia riposa non già su argomenti, ma solo ed esclusivamente sull'indimostrata petizione di principio, secondo la quale l'esistenza (anche) di poteri officiosi su questo mezzo di prova implica l'espropriazione di qualunque potere delle parti sul medesimo; ma la contestata esegesi finisce pure con il confortare, alla fine, l'autorevole assunto secondo cui i poteri officiosi del giudice «non soltanto non possono giustificarsi, come si credeva un tempo, con una presunta ispirazione sociale di questi processi (o con un intento protettivo verso la “parte più debole”, che sarebbe fatalmente incompatibile con l'imparzialità del giudice); ma nemmeno possono ricondursi *more* geometrico a una generica esigenza che le decisioni giudiziarie sul fatto siano quanto più possibile “veritiere” e dunque “giuste”,

interdisciplinare, nel corso del Seminario sul tema “La Prova Scientifica nel Processo Penale” promosso dall'Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali, in collaborazione con l'Osservatorio Permanente sulla Criminalità Organizzata (OPCO), che si è tenuto a Siracusa nei giorni 13-15 giugno 2008. In particolare, al punto 4 si legge: «Il giudice dovrebbe sempre disporre la perizia nei casi previsti dall'art. 220 comma 1 c.p.p. Le parti hanno un pieno diritto alla prova anche nei confronti della perizia, che non può essere considerata una prova “neutra”. Quando occorrono specifiche conoscenze extragiuridiche il giudice non può esimersi dal ricorrere ad esperti della relativa disciplina. La circostanza che il perito sia un tecnico imparziale scelto dal giudice non assicura di per sé la “neutralità” della perizia. Infatti, per un verso, la selezione dei dati, la scelta del metodo e l'applicazione del medesimo sono operazioni dotate di alta discrezionalità; per altro verso, la perizia è disponibile anche su richiesta di parte (art. 224 comma 1 e 508 comma 1 c.p.p.). In particolare, poiché la perizia deve essere ammessa sulla base dei criteri stabiliti dall'art. 190 c.p.p., il giudice deve motivare l'ordinanza che rigetta la richiesta di tale mezzo di prova. Il provvedimento può essere impugnato *ex art.* 586 c.p.p., come tutte le ordinanze emesse nel corso del dibattimento. Inoltre, se il giudice non ammette la perizia chiesta a titolo di prova contraria, le parti possono ricorrere per cassazione ai sensi dell'art. 606 lett. *d* c.p.p. I medesimi principi devono essere osservati quando le parti chiedono l'ammissione di una consulenza tecnica extraperitale».

assumendo quella esigenza e questa equazione come altrettanti dogmi»⁸⁵; di fatto, la giurisprudenza sin qui esaminata, traduce l'esistenza di poteri officiosi del giudice in materia di perizia esclusivamente nel compiacente avallo di un limite abusivo all'introduzione del mezzo di prova nel processo penale⁸⁶.

4. ...b) L'ESPERIMENTO GIUDIZIALE

Rimarcandosi efficacemente come la storia del processo penale sia tracciabile attraverso la storia delle prove⁸⁷ – in un percorso ideale che passa da quelle arcaiche, improntate ad una concezione mistica del mondo, per giungere a quelle odierne, inesorabilmente segnate dalla prepotente invasione della scienza nel processo – sorprende alquanto che il mezzo di prova denominato “esperimento giudiziale” sia *rara avis*, poco chiesto dalle parti e ancor più sporadicamente ammesso dal giudice⁸⁸.

⁸⁵ Sono parole di CAVALLONE, *Riflessioni sulla cultura della prova*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2008, p. 947 e ss.

⁸⁶ Come meglio si vedrà appresso, è difficile non notare la gravità dell'esautorazione quando si rifletta che «il dato tecnico-scientifico può incidere sulla possibilità... di consentire la prospettazione e l'accoglimento della c.d. “ipotesi alternativa” che non dovrebbe ritenersi, invero, inibita alla luce della regola di giudizio stabilita dall'art. 533 c.p.p., vale a dire, «al di là di ogni ragionevole dubbio». Poggiando sul concetto di “idoneità” – a sua volta presupposto da quello di “decisività” – si tratterebbe di ritenere tale non soltanto la prova idonea a disarticolare il ragionamento decisorio, ma anche quella capace di generare il ragionevole dubbio della responsabilità/innocenza dell'imputato»; così MARANDOLA, *Prova scientifica, sviluppo processuale e decorso temporale*, in *Scienza e processo penale*, cit., p. 91 e ss.

⁸⁷ Così LORUSSO, *La prova scientifica*, in *La prova penale*, cit., Vol. I, p. 295 e ss.

⁸⁸ Mancano dati statistici e a ciò si aggiunge la sostanziale impercettibilità delle dimensioni oggettive del fenomeno tramite un controllo che abbia a proprio oggetto le sentenze di merito, in considerazione dell'assenza di un *database* che ne includa un numero

La definizione codicistica ne descrive, in effetti, con chiarezza l'essenza: tramite l'esperimento il giudice ha la possibilità di accertare *de visu* se un fatto sia o anche solo possa essere accaduto in una determinata maniera; consiste, insomma, come ben si rilevava già in tempi alquanto lontani dalle odierne possibilità ricostruttive offerte da scienza e tecnologia, «nel controllo sperimentale di un dato accadimento, rilevante ai fini processuali, secondo la descrizione fattane dalle parti e dai testimoni, o secondo l'intuizione giudiziale, accusatoria, o difensiva»⁸⁹; sicché esso consta nella riproduzione di un determinato fatto nelle condizioni in cui esso «si afferma (dall'imputato, dalle parti lese, dai testimoni), o si ritiene (dal giudice, dall'accusatore, dal difensore), essere avvenuto»⁹⁰.

In questi “si afferma” o “si ritiene” risulta già efficacemente esplicitata la versatilità dello strumento, utilizzabile non solo al fine di sperimentare l'astratta configurabilità *in rerum natura* di un fatto idoneo a confermare o smentire direttamente quelli descritti nel capo d'imputazione, ma altresì al fine di mettere alla prova l'attendibilità dei *dicta* testimoniali o dell'imputato; di qui la sua rilevanza a fini di prova di fatti principali, secondari o anche meramente processuali⁹¹.

L'oggetto dell'esperimento – si osserva – è massimamente elastico e può consistere in ogni fenomeno

sufficientemente ampio. Resta però vero che è la stessa rarefazione di massime e sentenze della Suprema Corte a dare atto, sia pure indirettamente, del ricorso sporadico delle parti a questo mezzo di prova, mentre le condizioni ampiamente restrittive imposte all'ammissione da una risalente giurisprudenza, riducono ulteriormente i margini d'azione dell'istituto.

⁸⁹ In questi termini BELLAVISTA, voce *Esperimento giudiziale* (*dir. proc. pen.*), in *Enc. Dir.*, Vol. XV, Milano, 1966, p. 747 e ss.

⁹⁰ È ancora una citazione da BELLAVISTA, voce *Esperimento*, cit., p. 747.

⁹¹ Così già CALAMANDREI I., *Esperimento giudiziale "inutile" e diritto alla controprova*, in *Giur. It.*, 1996, II, p. 238 e ss.

percettibile dai sensi umani⁹², purché non si tratti della descrizione oggettiva di un dato statico, ma del «mettere in movimento»⁹³ assieme cose e persone in un determinato contesto o in una determinata maniera previamente ipotizzata o affermata.

In questa prospettiva, si sostiene in giurisprudenza che l'esperimento giudiziale può essere pacificamente sostituito da un accertamento informale compiuto dagli organi di polizia giudiziaria e riprodotto in dibattimento mediante testimonianza dei medesimi, che, ad esempio, narrino del ritrovamento di una chiave e della verifica effettuata in merito alla corrispondenza della stessa con la serratura di un lucchetto⁹⁴ oppure al confronto tra le parti mancanti dell'autovettura dell'imputato ed i frammenti rinvenuti sul luogo di un incidente, finalizzato a verificarne la sovrapponibilità o meno⁹⁵.

Il discernimento tra esperimento ammissibile e inammissibile sembra correre qui lungo un filo sottile: cosa distingue la verifica relativa alla corrispondenza tra chiave e lucchetto o tra parti di una vettura, da quella che

⁹² Cfr. LORUSSO, *Esperimenti giudiziali*, in *La prova penale*, cit., p. 637.

⁹³ È la suggestiva espressione di BELLAVISTA, voce *Esperimento*, cit., p. 748.

⁹⁴ «L'accertamento che non sia rivolto a stabilire lo svolgimento di un fatto e non sia diretto a richiedere il parere di un esperto, ma tenda semplicemente a ottenere la descrizione oggettiva e statica di una determinata cosa, non costituisce esperimento giudiziale né perizia né accertamento tecnico non ripetibile, comportante la necessità dell'intervento della difesa, ma un accertamento sulle cose e sui luoghi che può essere compiuto dalla p.g. (Nel caso di specie, la Corte d'appello, applicando tale principio ermeneutico, ha ritenuto utilizzabile ai fini della decisione un'informativa dei Carabinieri nella quale si dava atto dell'espletamento di un accertamento relativo al ritrovamento di una chiave e alla corrispondenza della stessa con la serratura di un lucchetto)»: così Corte d'appello Catanzaro, 09 marzo 2009, n. 208, in *Guida al diritto*, 2009, n. 29, p. 51.

⁹⁵ È il caso descritto da Cass., Sez. IV, 11 maggio 2010, n. 20066, in cui la Corte ha ritenuto che il suddetto confronto effettuato dalla p.g. fosse pienamente fruibile quale prova e che non fosse indispensabile il richiesto esperimento giudiziale.

abbia ad oggetto – come in un altro precedente giurisprudenziale⁹⁶ – il controllo in merito alla visibilità della dentatura di una persona che indossa una calzamaglia sul volto? È lecito chiedersi – data l'apparente staticità dei fenomeni in tutti i casi accennati – cosa renda inammissibile l'esperimento giudiziale nelle prime due ipotesi e ammissibile, invece, nella terza.

A differenza di quanto accade per la perizia, nel caso dell'esperimento la giurisprudenza non è avara di spiegazioni e accurati distinguo: il secondo mezzo di prova, si osserva, «costituisce un affinato strumento euristico tipico della logica ipotetico-deduttiva falsificazionista. Si riproduce il fatto in una situazione per quanto possibile controllata e tipica, al fine di verificare se la catena causale, che si assume in ipotesi essersi estrinsecata nel caso oggetto del giudizio, possa essersi effettivamente concretizzata nelle condizioni date nel processo... Si tratta, in breve, di uno strumento tipico della logica scientifica sperimentale che viene opportunamente utilizzato in ambito giudiziario. È di tutta evidenza che la logica sperimentale che caratterizza tale strumento d'indagine impone che il contesto in cui avviene la riproduzione degli accadimenti sia, per quanto possibile, rigidamente controllato; al fine di evitare che qualcuno dei numerosi fattori che solitamente interagiscono nel complesso iter causale, intervenendo in modo incontrollato, perturbi in un modo o in un altro l'andamento dell'indagine, confondendone il significato»; qualora manchi, si aggiunge, «il tratto di problematicità

⁹⁶ Ci riferiamo alla risalente massima di Cass., Sez. I, 20 novembre 1978, in *Cass. Pen.*, 1980, p. 491: «L'esperimento giudiziale consiste nel controllo della veridicità di un fatto attraverso la riproduzione meccanica di esso e la percezione che ne ricevono i sensi del giudice e di chi vi assiste. Pertanto, deve ritenersi rituale ed adeguato all'oggetto dell'indagine l'esperimento attuato per stabilire se attraverso una calzamaglia apposta sul viso di una persona sia possibile notare la mancanza di un dente da parte di chi lo guardi di fronte».

dell'operazione e di necessità di controllo del contesto» non vi è spazio né senso per l'esperimento giudiziale⁹⁷.

In effetti, è senz'altro possibile convenire sull'assunto: l'esperimento giudiziale fonda i tratti della propria morfologia giuridica sulla reiterazione di un fenomeno di cui si ipotizza l'accadimento; l'accento cade non tanto sulla natura statica o dinamica del fenomeno stesso, quanto piuttosto, esattamente, su di una "necessità di controllo del contesto" che è tipica della sperimentazione; in questo senso la visibilità dei tratti del volto di una persona mascherata esige un controllo del contesto che risulta invece del tutto assente nelle ipotesi della chiave e del lucchetto o in quella relativa alla corrispondenza tra parti di vettura.

Qualora si approfondisca, però, la disamina giurisprudenziale, il discorso diventa meno limpido: condizione essenziale d'ammissibilità del mezzo di prova, si legge in una giurisprudenza tanto costante quanto risalente, è che sia effettivamente possibile riprodurre il fatto oggetto della prova nelle condizioni in cui si afferma o si ritiene essere avvenuto; di tal ch  «l'impossibilit  di una sua ricostruzione in termini di sostanziale identit  rispetto ai dati di riferimento... rende del tutto inutile, se non addirittura fuorviante ai fini del giudizio, la verifica attuata, mediante controllo sperimentale»⁹⁸.

A leggerlo, parrebbe assunto fornito persino di una certa ovviet , quando non semplicemente costituito da una mera parafrasi del testo normativo; il nocciolo della questione traluce gi , per , a ben vedere, dall'idea per cui

⁹⁷ Cosi nel testo della sentenza di Cass., Sez. IV, 11 maggio 2010, n. 20066, poc'anzi citata.

⁹⁸ La massima – stereotipata –   tratta da Cass., Sez. II, 27 gennaio 1995, n. 2380. Identica giurisprudenza riferisce, in tempi assai risalenti, BELLAVISTA, voce *Esperimento giudiziale*, p. 748. Analoga opinione esprimono del resto BARONE, voce *Esperimento giudiziale*, in *Dig. Disc. Pen.*, Vol. IV, Torino, 1990, p. 336 e ss. e SICIGLIANO, voce *Esperimenti giudiziali*, in *Il Diritto. Enc. Giur. del Sole 24 ore*, Vol. 6, Milano, 2007, p. 208 e ss.

l'esperimento realizzato in date condizioni potrebbe risultare *fuorviante*.

Quando, poi, dalla massima si passi ad esaminare le fattispecie processuali concrete ivi sottese, diviene certezza il sospetto che si tratti di una giurisprudenza *diffidente* nei confronti di un mezzo di prova troppo capace di trasformarsi in dato fondante l'*in dubio pro reo*.

Si osservi: quando si nega spazio nel processo ad un esperimento giudiziale volto ad accertare se gli imputati sarebbero stati in grado di percorrere con un'autovettura quaranta chilometri di una certa strada in mezz'ora e si acquisisce, invece, come dato conoscitivo, la testimonianza di un agente che abbia effettuato la prova proposta come oggetto dell'esperimento giudiziale, asserendo che si tratta, in fondo, di una prova informale capace di «dare conforto a un dato della comune esperienza per il quale è sempre possibile che una autovettura percorra quaranta chilometri di strada a una velocità media di ottanta chilometri l'ora»; e si aggiunge poi che, in ogni caso, «non sarebbe stato possibile riprodurre in un momento successivo qualsiasi le stesse situazioni di traffico esistenti sulla strada in questione il giorno del reato, le medesime capacità tecniche, fisiche e psicologiche del guidatore, la combinazione degli stessi tempi di sosta in senso assoluto ed in senso relativo ai ben nove semafori che erano posti a regolamentare il traffico su quella strada, la velocità effettivamente tenuta dal guidatore lungo tutto il percorso»⁹⁹; ebbene, quando accade tutto questo, pare chiaro che si muti in *canone di ammissibilità della prova* quello che invero risulta essere il *pregiudizio circa la sua attendibilità* o, peggio, che si travesta di argomenti apparentemente forniti del crisma della giuridicità quello che, di fatto, è il rifiuto di un risultato probatorio capace di instillare una (scomoda) fonte di *dubbio* all'interno del materiale conoscitivo posto a disposizione del giudice.

⁹⁹ È il caso deciso da Cass., Sez. II, 18 gennaio 1984, s.n., in *Cass. Pen.*, 1985, pp. 2086-2087.

L'analisi merita di attardarsi su di una sentenza importante per la ricchezza dei passaggi logici che la contraddistinguono e che, come il caso vuole, costituisce pure la conclusione di un processo fornito a suo tempo di notevole rilievo mediatico¹⁰⁰.

Se ne esaminino i dettagli: condannato per l'omicidio del giudice Rosario Livatino, l'imputato ricorreva per cassazione denunciando *in primis* violazione dell'art. 606, 1° comma, lett. d), c.p.p., per essere stata rigettata la richiesta di esperimento giudiziale sul luogo del delitto, così omettendosi di assumere un mezzo di prova assolutamente decisivo al fine di dimostrare in modo *tranchante* l'inattendibilità dell'unico testimone oculare del fatto delittuoso. Secondo il ricorrente, la Corte del merito avrebbe «mal interpretato la formula dell'art. 218 c.p.p. laddove aveva affermato che l'esperimento giudiziale poteva essere disposto solo quando è possibile riprodurre il fatto nelle stesse condizioni in cui si afferma o si ritiene essere avvenuto, consistendo, invece, l'esperimento giudiziale, secondo il succitato disposto normativo, nella riproduzione, per quanto è possibile, della situazione in cui il fatto si afferma o si ritiene essere avvenuto e nella ripetizione delle modalità di svolgimento del fatto stesso».

Inoltre, si notava ancora nell'atto di ricorso, «contrariamente a quanto affermato dalla Corte doveva ritenersi la sussistenza a disposizione dei giudici d'appello dei dati necessari per espletare il richiesto esperimento e, in particolare, di quello concernente la velocità di marcia dell'auto del [teste], dallo stesso indicata in circa 70 Km/h e, quindi, del tempo dal predetto avuto a disposizione per notare la scena, descritta poi, con inammissibile abbondanza di dettagli».

Caso di scuola, potremmo dire, se non si trattasse di episodio reale, in cui la prova richiesta e non ammessa si colloca in una indiscutibile dimensione di decisività,

¹⁰⁰ Si tratta della già citata sentenza di Cass., Sez. II, 27 gennaio 1995, n. 2380.

laddove si rifletta sul fatto, assolutamente evidente dagli atti processuali, che il teste di cui si parla risultava essere stato effettivamente l'unico essere umano presente all'atto dell'agguato mortale.

Non così, invece, per la Cassazione adita, che adduce un cospicuo novero di motivi a giustificare il perché l'esperimento giudiziale richiesto non avrebbe potuto costituire cagione di annullamento della sentenza.

Anzitutto, la Corte evoca il noto *refrain* per cui la valutazione in ordine alla decisività della prova deve essere compiuta accertando se i fatti indicati dalla parte istante siano tali da inficiare le ragioni poste a base del convincimento del giudice. Un assunto del genere – leggiamo – postula «la necessaria sussistenza di una situazione di certezza che non è dato ravvisare nella specie»; anzi – si aggiunge – qui l'incertezza è tale da inficiare la medesima possibilità di ritenere in radice ammissibile e rilevante l'esperimento giudiziale, laddove si tenga nel giusto conto la *voluntas legis* emergente da un testo per cui l'esperimento consiste nella riproduzione “per quanto è possibile” della situazione in cui il fatto si afferma o si ritiene essere avvenuto.

L'inciso in parola configurerebbe «la stessa ragion d'essere dell'istituto, che solo nella ricorrenza della predetta condizione può offrire un contributo apprezzabile per l'accertamento della verità reale. Sicché l'impossibilità della ricostruzione del fatto o della circostanza in termini di sostanziale identità rispetto a quelli dei suindicati dati di riferimento, di per sé interdice la fattibilità del controllo sperimentale, non potendo disporsi un'operazione di cui preventivamente già si conosca l'inutilizzabilità del risultato come mezzo di prova. In sostanza l'inciso in oggetto è, di per sé, indicativo del limite naturalmente opposto in materia di acquisizione delle prove al potere discrezionale del magistrato procedente, che potrà ordinare l'esperimento giudiziale solo quando, con i dati a sua disposizione, gli sia possibile modellarlo con la massima fedeltà alle linee in cui il fatto si afferma o si ritiene essere avvenuto».

Consapevoli della marginalizzazione cui si riduce l'istituto con un'esegesi siffatta, i giudici di cassazione aggiungono una *excusatio non petita*: è chiaro che «si tratta... di eventualità di non facile accadimento e di non sicura affidabilità come già ritenuto dal legislatore del 1930, che nella Relazione al progetto di Codice di procedura penale, considerava l'esperimento giudiziale "come un mezzo di indagine che, se talvolta può essere utile, non è mai indispensabile", proprio per... quelle connaturali difficoltà che, rendendone problematico l'espletamento e non garantendone sul piano dell'attendibilità il risultato, impongono nell'attuarlo la massima cautela».

Sulla scorta di siffatte *guidelines*, risulta evidente alla Corte la correttezza della decisione assunta nel rifiutare l'esperimento in ben due gradi di giudizio di merito: quei giudici hanno «registrato la sussistenza di una condizione di obiettiva incertezza sulla base di sintomatici dati di valutazione, quali la generica indicazione della velocità dell'auto del [teste] che solo ad una approssimativa lettura delle di lui dichiarazioni può ritenersi determinata in un valore costante, essendosi, invece, il predetto richiamato ad una media calcolata in relazione al viaggio inteso nella sua interezza. Donde l'impossibilità di stabilire con esattezza la velocità di marcia... nel tratto di strada che qui interessa, isolandola dalla media dichiarata, tanto più che il predetto in quel momento non l'aveva di certo verificata "neanche con uno sguardo al tachimetro", perché intento a guardare – come puntualmente precisato in sentenza – quanto avveniva sulla strada, senza neppur rendersi conto delle effettive drammatiche connotazioni della vicenda, inizialmente scambiata per un incidente stradale, e pertanto per un evento che, come è dato di comune esperienza, induce l'occasionale spettatore che si trovi alla guida di un veicolo a rallentamenti piuttosto che ad accelerazioni. Una velocità non calcolabile con la necessaria precisione per costituire utile dato di riferimento ai fini di cui all'art. 218 c.p.p. in considerazione anche dello sviluppo altiplanimetrico

molto vario della statale n. 640 e di quello segnatamente curvilineo della strada stessa prima dell'imbocco del tratto relativo in cui era stata compiuta l'aggressione, che ha certamente imposto una modulazione della velocità di marcia».

Ma se tutto ciò non bastasse ad inficiare l'ammissibilità dell'esperimento, ad essa contribuiscono, secondo la Corte, ulteriori dati ignoti, «sconoscendosi la velocità di movimento dell'uomo armato che scavalcava il *guardrail* e non risultando apprezzati con assoluta esattezza i tempi di percezione del [teste], che di per sé, costituiscono valore non uniforme per tutti gli individui concorrendo per la loro eventuale determinazione una pluralità di variabili»¹⁰¹.

Interessanti ed, anzi, significativi i passaggi logici della sentenza, tranquillamente definibile come caso esemplare di riduzione a zero dei poteri delle parti in punto di prova.

L'abbrivio – lo si notava – è ben conosciuto: la prova, pur insistentemente richiesta dapprima in fase di prime cure e poi in appello, non è idonea a fondare i requisiti pretesi dall'art. 606, 1° comma, lett. d), c.p.p., mancando i relativi risultati di quel carattere di *certezza* che solo sarebbe indispensabile a ribaltare la decisione già assunta¹⁰².

D'altra parte, la prova in questione mancherebbe persino dei caratteri idonei a renderla ammissibile nel giudizio di merito e per fondare siffatta tesi i supremi giudici “rileggono” *in malam partem* un testo che, francamente, risulta insuscettibile di grandi variabili

¹⁰¹ Tutte le frasi sono tratte dal testo della sentenza.

¹⁰² Secondo SICIGLIANO, voce *Esperimenti giudiziali*, cit., p. 209, «qualora il giudice neghi l'esperimento per l'impossibilità di riprodurre le condizioni riferite in termini di sostanziale identità, tale diniego può essere oggetto di controllo di legittimità ai sensi dell'art. 606, lett. d), c.p.p., purché si tratti di una prova contraria avente il carattere della decisività». Egesi del genere di quella riprodotta nel testo, rendono, però, evidentemente inesistenti le possibilità di controllo.

esegetiche: la formula normativa disciplina una riproduzione dell'accadimento nei limiti del possibile, così mirando evidentemente a garantire che non si trasformi l'esperimento in *probatio diabolica*, esigendo un facsimile identico dell'accaduto storico. Questa piana comprensione della lingua italiana viene trasformata nel suo opposto: il significato sarebbe quello di pretendere «una ricostruzione del fatto o della circostanza in termini di sostanziale identità».

Alla rilettura del testo, segue poi un'elencazione di tutti i dati conosciuti, tale che, di primo acchito, parrebbe poter ragionevolmente fondare almeno l'opportunità di un tentativo di riproduzione: velocità media del veicolo su cui viaggiava l'osservatore, ora dell'accadimento, stato della strada in generale e nel punto specifico dell'agguato.

Purtroppo, soggiunge il relatore, i dati noti sono accompagnati da una quantità di altri dati destinati a restare insondabili, come la velocità dell'auto *nell'istante preciso della visione*, la velocità di *corsa a piedi* dell'individuo osservato e, addirittura, la *velocità percettiva* del teste; segue, come conclusione a questo punto inevitabile dell'argomentazione, l'inaffidabilità dello strumento a dirimere il caso specifico.

La sintesi appena effettuata vale a chiarire i termini dell'operazione: la soppressione del diritto alla prova ha preso l'abbrivio da una certa esegesi del concetto di prova decisiva, considerandosi tale solo quella che possieda i caratteri della *certezza*; è passata attraverso la rimodulazione dei tratti codicistici del peculiare mezzo di prova richiesto, trasformato in strumento applicabile solo in caso di *completa cognizione dei dati di partenza*; si è conclusa, infine, con la *svalutazione radicale dei dati noti* nel caso specifico, accompagnata dalla speculare valorizzazione in termini di indispensabilità di quelli non conosciuti e di fatto *non conoscibili in natura*.

L'esito è – come si accennava in partenza – una constatazione sconcertante: l'inammissibilità pregiudiziale di uno strumento probatorio capace di fondare il ragionevole dubbio.

5. ...c) L'ESAME DELL'IMPUTATO

Proseguendo nella disamina di fattispecie processuali in cui il diritto all'ammissione della prova si vena di complessità talvolta implicite nel mezzo prescelto, altre volte iscritte nei tratti di una giurisprudenza incline ad esegesi limitanti, occorre dar conto ora di quel mezzo di prova che risulta sostanziato di una cooperazione attiva dell'imputato.

Tale, evidentemente, l'esame di cui agli artt. 208 e 209 c.p.p.

Giova all'inquadramento, ripercorrere tracce esegetiche ben note: il diritto di difesa reca, come contenuto ineludibile, il diritto all'autodifesa, valorizzato dal codice di procedura penale del 1989 con tratti particolarmente visibili nel confronto con l'assetto affiorante dal sistema codicistico previgente, secondo un assunto che trova spunto in una quantità di disposizioni di variegata natura¹⁰³ e segnala il proprio naturale apice nel contributo conoscitivo addotto dall'imputato¹⁰⁴.

¹⁰³ Si vedano, in proposito, le puntuali osservazioni di PRESUTTI, voce *Autodifesa giudiziaria*, in *Enc. Dir.*, Agg. I, Milano, 1997, p. 236 e ss., in particolare laddove sottolinea: «Non meno rilevante, per intendere il senso che l'autodifesa dell'imputato viene ad assumere nel nuovo impianto codicistico, è la prevista sospensione del procedimento (art. 71 c.p.p.) ove se ne accerti l'infermità mentale. Nell'individuare a rovescio una nozione di capacità processuale dell'imputato attestata sul requisito della cosciente partecipazione al processo, già la norma dell'art. 70 c.p.p. consente di cogliere la ratio di garanzia postulata dall'autodifesa in un sistema di impronta accusatoria specie a raffronto con la corrispondente previsione (art. 88) contemplata dal sistema inquisitorio del 1930: questa, impernata sull'equivalenza tra capacità di intendere e di volere e capacità di stare in giudizio, lasciava efficacemente trasparire la posizione di soggetto passivo attribuita all'imputato di cui rendeva sufficiente la mera presenza «fisica». Della nuova connotazione assunta dall'autodifesa si è resa interprete la Corte costituzionale che ha esteso la regolamentazione stabilita dall'art. 70 c.p.p. ad ogni caso di infermità mentale sussistente al momento del processo, e quindi a prescindere dalla sua sopravvenienza al fatto, vale

Converrà tornare sui concetti, ma soggiungiamo immediatamente qualcos'altro: l'apporto dichiarativo dell'imputato compare nell'elenco dei mezzi di prova, all'interno del Titolo II del Libro III del codice di procedura penale, e questa pare una scelta chiara del legislatore, che assegna valenza probatoria al contegno dell'imputato in sede d'esame, una volta che l'abbia chiesto o vi abbia consentito¹⁰⁵.

Le premesse sono assai sintetiche, ma consentono già di cogliere con pienezza di significato alcuni approdi giurisprudenziali.

Il mancato svolgimento dell'esame dell'imputato che ne abbia fatto preventiva richiesta, non causa nullità alcuna, si legge, laddove non risulti che egli si sia "opposto" alla chiusura dell'istruzione dibattimentale senza preventivo compimento dell'incombente¹⁰⁶.

a dire dal tempo in cui la stessa sia sorta, significativamente contribuendo a mettere in risalto l'essenzialità dell'autodifesa anche e soprattutto sotto il profilo della partecipazione dell'imputato alla vicenda processuale non più solo formale ma attiva e consapevole».

¹⁰⁴ È significativo rievocare, in questa prospettiva, parole provenienti da un passato che percepiamo come ormai lontano, eppure definitivamente chiare nella direzione indicata per cui l'autodifesa «si risolve in una partecipazione dell'imputato al giudizio su se stesso in concorso con l'ufficio dell'accusa e con quello della decisione; in una parola, col contraddittorio. E questo consistendo in un complesso di opinioni, ragioni e conclusioni, conseguentemente l'autodifesa, intesa come personale partecipazione dell'imputato al contraddittorio, postula che l'imputato abbia la possibilità di presenziare al giudizio e di conoscere le altrui opinioni, argomentazioni, conclusioni, *con la conseguente manifestazione della opinione propria e della dimostrazione delle proprie ragioni in fatto e in diritto*»; così BELLAVISTA, voce *Difesa giudiziaria penale*, in *Enc. Dir.*, Vol. XII, Milano, 1964, p. 454 e ss. (per il testo citato v. p. 456).

¹⁰⁵ Sempre efficace sottolineata CORDERO, *Procedura penale*, ed. 2006, cit., p. 731: «l'esame sarebbe vacua messa in scena se non servisse alla decisione», riflessione di valore indiscutibile, specie laddove ad essa si faccia seguire quella ulteriore per cui «poteva star quieta; s'è avventurata nell'ordalia, non essendovi costretta, e subisce i relativi rischi».

¹⁰⁶ Così Cass., Sez. VI, 11 dicembre 2009, n. 1081.

Analogo destino di dimenticanza subisce il mezzo di prova allorquando la richiesta fosse provenuta dal p.m. e l'imputato avesse acconsentito alla sfida: «anche in mancanza di una rinuncia del p.m. all'espletamento dell'esame dell'imputato, ritualmente ammesso e fissato, è legittima la revoca dell'ordinanza di ammissione, allorché l'imputato stesso non sia comparso all'udienza stabilita per l'incombente, adducendo un impedimento ritenuto non legittimo dal giudice»¹⁰⁷.

La ragione di siffatti esiti è chiarita da altre massime – costituenti, si noti, pedissequa riproduzione dei contenuti della parte motiva della sentenza – in particolare laddove si afferma che il mancato esame dell'imputato, già oggetto di precedente provvedimento ammissivo, «non comporta alcuna limitazione alla facoltà di intervento, di assistenza e di rappresentanza dell'imputato medesimo», insomma non integra alcuna violazione del diritto di difesa «tanto più che in ogni momento l'imputato ha la facoltà di rendere le sue spontanee dichiarazioni»¹⁰⁸.

L'approdo ermeneutico muta di poco pur qualora la mancata assunzione del mezzo di prova sia censurata dai ricorrenti ai sensi dell'art. 606, 1° comma, lett. d), c.p.p.; in una occasionale ed isolata sentenza la critica appare liquidata in pochi e di fatto imperscrutabili passaggi: «è sufficiente rilevare che, pur costituendo l'esame dell'imputato un mezzo di prova a difesa, il motivo dedotto dal ricorrente deve considerarsi del tutto generico, atteso che non è stato specificato in alcun modo sotto quale

¹⁰⁷ La massima è di Cass., Sez. VI, 25 febbraio 2009, n. 14914. Identica Cass., Sez. I, 01 novembre 2006, n. 40317.

¹⁰⁸ Così Cass., Sez., Sez. VI, 11 dicembre 2009, n. 1081, ma anche Id., Sez. IV, 03 novembre 2005, n. 41146, e ancora Id., Sez. VI, 20 ottobre 2003, n. 42442; Id., Sez. I, 27 aprile 1998, n. 6515. In parziale controtendenza si assume pure, curiosamente, che «la mancata assunzione dell'esame dell'imputato, che ne ha fatto richiesta, determina una nullità assoluta, ma non insanabile e, pertanto, non è più deducibile nel giudizio d'impugnazione se la parte interessata non la eccepisce subito dopo l'assunzione dei testi di accusa, nel momento in cui l'esame deve essere eseguito»; così Cass., Sez. VI, 20 ottobre 2004, in *Cass. Pen.*, 2006, p. 1507.

profilo il mancato esame dell'imputato avrebbe integrato gli estremi di una prova decisiva per la sua assoluzione, tenuto conto che... la responsabilità dell'imputato è stata correttamente desunta dai giudici di merito sulla base di un quadro probatorio grave, preciso ed univoco»¹⁰⁹.

Vale a completare il quadro un assunto collaterale sì, ma dotato di non poco rilievo: il potere del giudice del dibattimento di disporre, d'ufficio o a richiesta di parte, l'acquisizione di nuovi mezzi di prova ai sensi dell'art. 507 c.p.p., in quanto subordinato al requisito dell'assoluta necessità, si tradurrebbe nell'impossibilità di avere a proprio oggetto l'esame dell'imputato; l'assoluta necessità, si osserva, deve risultare oggettivamente dimostrata sulla base dei risultati dell'istruzione dibattimentale e non è rimessa alla valutazione soggettiva delle parti; da tutto ciò conseguirebbe che l'esame dell'imputato «non può mai rientrare, per le sue peculiari caratteristiche, tra i mezzi di prova che il giudice può disporre a norma dell'art. 507 c.p.p.»¹¹⁰.

Insomma: massime e sentenze appaiono costanti nell'escludere valenza effettiva alla mancata assunzione del mezzo di prova; non ne deriva violazione del diritto di difesa, si dice, perché l'imputato ha diritto di esprimersi in altro luogo, tramite le spontanee dichiarazioni che ha la possibilità di rendere in ogni momento dell'istruzione dibattimentale a termini dell'art. 494 c.p.p.; e neppure ne deriva violazione del diritto all'ammissione della prova, laddove – sembra di capire – il compendio probatorio residuo convinca il giudice della sostanziale superfluità dell'incombente.

Tale la sommaria, ma non infedele formulazione del portato di una giurisprudenza alquanto parca di enunciazioni sul punto, accompagnata – va detto

¹⁰⁹ La frase è tratta dal testo della motivazione di Cass., Sez. I, 27 aprile 1998, n. 6515 appena citata nella nota che precede.

¹¹⁰ Così Tribunale Genova, 24 gennaio 1991, J.M., in *Foro It.*, 1992, II, p. 188 e ss.

altrettanto – da una rara censura delle parti in merito al mancato espletamento dell'incombente.

In questo senso, la sostanziale assonanza tra l'atteggiamento esegetico della giurisprudenza dominante e quello di coloro che sarebbero portatori di un chiaro interesse al mutamento – ovvero gli occasionali ricorrenti – lasciano presentire l'esistenza di un sottofondo culturale comune, il cui esito, percettibilissimo seppur tra le pieghe di un discorso condotto sottovoce, è lo scarso valore dimostrativo attribuito al mezzo di prova o, in altre parole, una sua emarginazione, realizzata sulla scorta dell'assunto non verbalizzato per cui giammai i *dicta* dell'imputato potrebbero assurgere al rango di *autentica* prova, paragonabile alle altre previste dal codice¹¹¹.

Il sottofondo culturale in questione è risalente e trova alimento e ragion d'essere nella natura espansiva del diritto al silenzio¹¹², inteso come prerogativa spettante all'imputato nell'arco intero del procedimento, anche laddove – una volta deciso di adire la scelta del confronto agonistico con l'accusa, implicito nella richiesta d'esame dibattimentale o nell'assenso all'omologa istanza presentata dal p.m. – vi sarebbero ampi motivi per ritenere

¹¹¹ Si rilegga, per esempio, il seguente passaggio: «Il contrasto tra la certezza che l'imputato, colpevole o innocente, conosca la verità, alla cui scoperta il processo penale tende, ed il dubbio che egli abbia interesse a tenerla celata, spiega perché dal legislatore sia stato sempre avvertito, e variamente risolto, il problema se sia opportuno ammettere l'interrogatorio di un tale soggetto»; così CAMPO, voce *Interrogatorio dell'imputato*, in *Enc. Dir.*, Vol. XXII, Milano, 1972, p. 334 e ss.

¹¹² Su cui si vedano ancor oggi le fondamentali riflessioni di GREVI, «Nemo tenetur se detegere». *Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972, *passim*. In tempi più vicini all'oggi, sottolinea PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Torino, 2006, p. 3: «il diritto al silenzio è stato e rimane uno dei capisaldi fondamentali nel novero delle garanzie operanti nel processo penale, in quanto – per lo meno sul piano dei principi – è teleologicamente proiettato a disincentivare la tendenza a pretendere ad ogni costo dall'accusato qualsiasi contributo dichiarativo, anche a valenza autoincriminante, utile alla ricostruzione del fatto storico e quindi necessario per pervenire ad una giusta decisione».

che quel diritto dovrebbe ridursi ai confini del differente diritto a non autoincriminarsi¹¹³.

È cosa nota, invero, che la scelta originaria del legislatore del nuovo codice era stata segnata dall'intento palese di riservare all'interrogatorio, reso dall'indagato durante le indagini preliminari, una schietta direzionalità difensiva, contrassegnando anche linguisticamente la differenza tra siffatto istituto e l'esame dibattimentale dell'imputato, esplicitamente denotato quale mezzo di prova¹¹⁴.

Di fatto, gli argomenti per cui funzionalità difensiva e destinazione probatoria risultano comunque inesorabilmente intricati all'interno dell'esame di cui all'art. 208 c.p.p., sono cospicui e potenti¹¹⁵ e possono essere sintetizzati nell'idea che sia inaccettabile «sul piano logico, prima ancora che su quello giuridico» la pretesa di ottenere dall'imputato «un contributo conoscitivo in ordine a circostanze che si devono ritenere da lui non

¹¹³ Per i compositi contenuti del canone *nemo tenetur se detegere*, inteso come principio fornito di «polivalenza semantica» v. ancora, sulla scia di lunga e autorevole tradizione dottrinale, PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, cit., p. 2.

¹¹⁴ Una recente indagine pone bene in luce tanto l'*intentio legis* del legislatore del codice Vassalli, quanto i difetti originari del costruito, sia pur sorretto da quell'intenzione, come pure le evoluzioni successive che hanno portato alla persistente ambiguità della figura, intesa sostanzialmente a tutt'oggi nel segno ambivalente della natura difensiva e del contributo probatorio; v. FRIONI, *L'esame dell'imputato*, Milano, 2011, p. 26 e ss.

¹¹⁵ Si veda, esemplarmente, la ricostruzione di MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Milano, 2004, p. 301, che infatti osserva: «le prerogative riservate all'accusato fonte di prova rendono... evidente come nella disciplina dell'esame coesistano tutte le garanzie tipiche degli strumenti finalizzati all'esercizio dell'autodifesa, addirittura accresciute dalla natura esclusivamente volontaria dell'atto, a fianco della connotazione probatoria espressamente sancita dal legislatore mediante l'inclusione dell'esame stesso tra i mezzi di prova...»; conclusione, questa, avvalorata dallo stesso autore anche nel più recente lavoro *Il garantismo al tempo del giusto processo*, Milano, 2011, p. 69 e ss.

conosciute, in quanto, appunto, presunto innocente estraneo ai fatti»¹¹⁶.

In questo punto fermo troviamo esaltati e compendiatissimi anni di studi e di appassionate ricerche volte a liberare l'imputato non solo dal pregiudizio, ma, prima ancora, dalla vaga prospettazione che egli abbia il compito di "discolparsi" e dal sospetto che se tace, in tutto o in parte, avrà certo qualcosa da nascondere; impegno importante, questo, tant'è vero che appena sei anni dopo l'entrata in vigore del nuovo codice, il legislatore aveva sentito il bisogno di aggiungere una sintomatica frase all'art. 274 c.p.p., rilevando come il pericolo d'inquinamento della prova non potesse giammai essere desunto dal «rifiuto della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato di rendere dichiarazioni o dalla mancata ammissione degli addebiti»¹¹⁷.

Sembra indubbio, però, che da questo sagace intento di protezione contro l'eterno ritorno dell'eredità inquisitoria, derivano effetti certo non voluti, ma nondimeno forniti di un riverbero intensamente negativo; lo scotto che si paga dalla denotazione dell'esame dell'imputato quale atto fornito di funzionalità sempre ancipite – probatoria, certo, ma anche difensiva – sembra essere la marginalizzazione del mezzo di prova ovvero il suo declassamento ad atto sempre e comunque latore di scarso, quando non inesistente, valore dimostrativo.

In sintesi, appare chiaro che nel sentire, verrebbe da dire "comune", di giudice e parti, la funzione difensiva inquina ogni pretesa di derivare dalla fonte di prova un

¹¹⁶ È l'efficace espressione di MAZZA, *Il garantismo al tempo del giusto processo*, cit., p. 72.

¹¹⁷ Trattasi della riforma operata con legge 8 agosto 1995, n. 332. Sulle prassi devianti che avevano indotto il legislatore alla giunta si rileggano le pagine di CERESA GASTALDO, *Diritto al silenzio, aspettative di "collaborazione" dell'imputato e controlli sull'impiego della custodia cautelare*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1993, p. 1161 e ss. e PERONI, *Precisazioni in tema di diritto al silenzio ed impiego delle misure cautelari per esigenze probatorie*, in *Cass. Pen.*, 1993, p. 1183 e ss.

contributo conoscitivo che possa realmente assurgere alla dignità di luogo e cagione del convincimento giudiziale.

È, questa, una deduzione che poggia, del resto, su dati inequivoci: la regressione di significato del mezzo di prova¹¹⁸ appare addirittura evidente allorquando si legge il costante ritornello giurisprudenziale secondo cui, seppur non ammesso o non assunto l'esame dell'imputato, non ne deriverebbero censure possibili alla decisione giudiziale, posto che all'imputato resta pur sempre la *chance* di comunicare quanto ha da dire tramite spontanee dichiarazioni; la massima, suggestiva e reiterata, parifica evidentemente entità certo inconfondibili, ovvero un *mezzo di prova* – per di più aleatorio, che espone l'imputato al coefficiente di rischio sempre implicito nella *cross examination*¹¹⁹ – con uno *strumento schiettamente autodifensivo*, idoneo a consentire all'imputato di esprimersi liberamente, entro l'ambito dell'imputazione,

¹¹⁸ Non per nulla, in prospettiva di riforma si ipotizza «un'assunzione volontaria di obblighi testimoniali dell'imputato rispetto al fatto proprio, nel proprio procedimento» la quale condurrebbe ad «accentuare il peso probatorio delle sue dichiarazioni»; così PATANÈ, *Il diritto al silenzio*, cit., pp. 362-363.

¹¹⁹ Si rifletta, ad esempio, sulla corretta osservazione per cui mentre il fallimento dell'alibi prospettato dalla difesa non potrebbe mai costituire né indizio né argomento atto a rafforzare l'*iter* motivazionale della sentenza di condanna, al contrario «la mancanza o il fallimento dell'alibi possono assumere valore di argomento di prova ex art. 209 comma 2 c.p.p., nell'ipotesi in cui il pubblico ministero ponga all'imputato domande specifiche circa il luogo in cui si trovava al tempo del reato oppure circa i particolari dell'alibi allegato. Il vigente sistema processuale, infatti, nel costruire l'istituto dell'esame quale opzione consapevole della parte, coerentemente attribuisce a quest'ultima, e in particolare all'imputato, la responsabilità relativa ai possibili effetti pregiudizievoli della scelta favorevole all'esame stesso». Parole di CATALANO, *La prova d'alibi*, cit., p. 144. V., però, nel senso che persino dalla menzogna non possano trarsi elementi di convincimento, DI CHIARA, *In tema di qualificazione giuridica del mendacio dell'imputato. Aspetti processuali*, in *Cass. Pen.*, 1988, p. 809. Quanto alla possibilità di trarre "argomenti di prova" dalla condotta dell'imputato si veda MARAFIOTI, *Scelte autodifensive dell'indagato e diritto al silenzio*, Torino, 2000, pp. 327-328, giustamente critico sull'uso dell'espressione "argomenti di prova".

senza che ciò implichi il successivo assoggettamento alle domande di parti e giudice¹²⁰.

Ma – si noti – la stessa idea che la mancata ammissione/assunzione del mezzo di prova di cui all'art. 208 c.p.p. possa essere potenzialmente censurabile quale fattispecie di nullità per violazione del diritto di difesa, cela analoga insidia, riassumibile nel declassamento di valore del contributo dichiarativo dell'imputato, e lascia percepire una certa confusione tra finalità soggettiva dell'atto e scopo oggettivo ad esso conferito dal legislatore¹²¹; non per caso, paiono invisibili tracce giurisprudenziali di censure formulate nei più opportuni termini di una violazione del diritto alla prova: entrambi i fenomeni – o, per meglio dire, la piana rilevabilità dell'uno e la constatata assenza dell'altro – segnano con chiarezza i termini di un panorama in cui il contributo dichiarativo dell'imputato, seppur valorizzato dal legislatore quale potenziale fonte di convincimento del giudice sul medesimo piano delle altre prove, diventa evenienza irrilevante, esattamente al punto tale da essere paragonata alle spontanee dichiarazioni.

L'idea inevitabilmente sottostante è che la *cross examination*, ad onta delle sue potenziali asperità e

¹²⁰ In poche parole «non rischia di essere messo in difficoltà»: così TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 611; si leggano sul punto le considerazioni di BUZZELLI, *Il contributo dell'imputato alla ricostruzione del fatto*, in *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di Uberris, Milano, 1992, p. 79 e ss. Sembra, peraltro, dotata d'innegabile valore l'opinione di ORLANDI, *L'attività argomentativa*, cit., p. 57, che sottolinea un dato empirico di agevole rilievo, per il quale nulla esclude che il giudice tragga elementi di convincimento da dichiarazioni spontanee intelligentemente calibrate e magari riferite alle cognizioni derivanti o derivabili da altre fonti di prova in corso di assunzione.

¹²¹ Condivisibilmente rileva FRIONI, *L'esame dell'imputato*, cit., p. 167: «è dunque indubbio che la richiesta dell'imputato sia soggettivamente valutabile come atto avente finalità difensive... ma è altrettanto indubbio che l'essenza dell'esame dell'imputato non è condizionata dallo scopo perseguito dal richiedente, ma da quello stabilito dall'ordinamento».

dell'alea che contraddistingue la scelta di sottoporvisi, non valga a riscattare il valore probatorio "minore" dell'esame dell'imputato; se questo, anzi, fosse il tempo e il luogo adatto ad una simile speculazione, varrebbe la pena di verificare se e fino a che punto un assunto del genere non celi altro e più grave fenomeno, sintetizzabile in una generale sfiducia nel valore euristico dell'esame incrociato.

6. PROVVISORIE CONCLUSIONI

L'indagine appena condotta potrebbe diramarsi in direzioni molteplici, dilungandosi a tracciare singole fattispecie ammissive e relativi problemi.

In effetti notavamo in partenza come il *sub*procedimento ammissivo sia ben lungi dall'aver una struttura sempre identica a se medesima, mostrando invece ampie capacità di adattarsi a seguire variabili anche significative, dipendenti da fattori compositi, capaci di spaziare dal tipo di mezzo di prova richiesto alla natura della prova, diretta o contraria, e si estendono a considerare evenienze processuali variegata, come l'incolpevole decadenza dal termine di deposito della lista testimoniale di cui all'art. 493, 2° comma, c.p.p. o il recupero *in extremis* di prove assolutamente necessarie, delineato dagli artt. 507 c.p.p. e 523, 6° comma, c.p.p.

Il concetto sotteso a questa mutevolezza del momento d'ammissione della prova risulta chiaro e si sintetizza nell'idea per cui il vaglio giudiziale – fondamentalmente definito attorno al concetto di rilevanza e non superfluità della prova – non è e non può mai essere identico, mutuando invece densità e contenuti dalle singole evenienze concrete; sicché, l'ordinanza ammissiva/reiettiva è chiamata a far mostra di una motivazione che dev'essere proporzionata rispetto alle variabili appena accennate.

Volendo ricostruirne meglio le caratteristiche, diremo anzi che il contenuto dell'ordinanza risulta condizionato

da un triplice ordine di fattori: dal tipo di mezzo di prova richiesto; dalla fattispecie processuale specifica evocata dalla parte che domanda l'ammissione; infine dall'argomentazione che le parti istanti e avversarie spendono al momento della richiesta e di cui possono dare atto, alternativamente, il verbale d'udienza, ai sensi dell'art. 481, 1° comma, c.p.p., la trascrizione integrale unita al fascicolo del dibattimento a termini dell'art. 483, 3° comma, c.p.p. ovvero, ancora, le memorie eventualmente depositate dalle parti a sostegno delle proprie richieste, che debbono essere allegate al verbale medesimo ai sensi dell'art. 482, 1° comma, c.p.p.

I fattori in questione possono ricorrere da soli, ma anche congiuntamente.

Nel caso più semplice, la parte effettua richiesta d'ammissione delle prove orali indicate nella lista di cui all'art. 468 c.p.p. e magari di prove documentali indicate in apposito indice, come pure dell'esame dell'imputato, mentre, per converso, non vengono poste dalle altre parti eccezioni di sorta in merito all'ammissibilità delle prove in questione.

In una situazione siffatta, il giudice emetterà un'ordinanza ammissiva sommariamente motivata mediante formule di stile, e la sua natura coincisa, nonché spesso parafrastica del testo normativo (come nel classico modulo espressivo del «considerata la rilevanza e non superfluità delle prove richieste dalle parti...»), non incide in alcuna misura sulla legittimità dell'ordinanza medesima, per motivi alquanto evidenti: da un lato, il fatto che la struttura della fattispecie di cui all'art. 190, 1° comma, c.p.p. contenga una presunzione d'ammissibilità delle prove richieste, implica che al giudice non sia imposta alcuna verifica e, per conseguenza, alcun obbligo di motivazione sulla rilevanza della prova, ma solo sull'eventuale ricorrenza della situazione opposta; d'altro lato, in assenza di eccezioni delle parti sull'ammissibilità della prova richiesta *ex adverso* e di uno sviluppo del contraddittorio sul punto, la motivazione giudiziale non è chiamata ad estendersi in funzione del contraddittorio stesso.

Il panorama muta sensibilmente, per cominciare, non appena il mezzo di prova richiesto possieda requisiti d'ammissibilità iscritti nella relativa previsione codicistica: dalla disamina dei paragrafi precedenti si è tratta la conclusione che siano molteplici gli strumenti d'introduzione di dati conoscitivi nel processo connotati in modo peculiare: mentre le prove dichiarative "pure" – testimonianza ed esame dell'imputato – ostentano un regime d'ammissibilità integralmente virato sulla *rilevanza del tema* della futura dichiarazione, e i documenti appaiono come semplici contenitori di dati conoscitivi rilevanti o meno, per converso mezzi di prova quali confronti, ricognizioni, esperimenti giudiziali, perizie e consulenze tecniche implicano la dimostrazione dell'esistenza di requisiti d'ammissibilità specificamente descritti nella rispettiva disciplina codicistica, la cui esistenza – postulata dalle parti in termini più o meno espliciti – obbliga il giudice a motivare di conseguenza l'ordinanza di cui all'art. 495, 1° comma, c.p.p.; con una precisazione: ancora una volta, mentre nulla esclude che, in assenza di contraddittorio sull'ammissibilità dei mezzi richiesti, l'ordinanza sia succintamente motivata nei termini sopra esposti – in virtù, ancora una volta, della presunzione d'ammissibilità di tutte le prove iscritta dal legislatore nell'art. 190 c.p.p. – in caso di rigetto della richiesta d'ammissione, invece, il giudice non potrà esimersi dal motivare le ragioni del proprio provvedimento in termini coerenti non solo con la ritenuta irrilevanza delle prove richieste, ma anche con i relativi requisiti di ammissibilità descritti dalle norme del codice che regolano i vari mezzi di prova.

Il giudice, in altri termini, sarà chiamato a motivare su di un oggetto esattamente parametrato alla fattispecie normativa del confronto, della ricognizione, dell'esperimento giudiziale, *et coetera*.

L'osservazione appena condotta può essere ripetuta tal quale, allorché il quadro delle richieste d'ammissione si arricchisca tramite prospettazione di prove contrarie, di cui si domanda l'introduzione nel processo *dopo* la

scadenza del termine di deposito della lista testimoniale, così come previsto dall'art. 468, 4° comma, c.p.p.

In un caso del genere, la natura della prova – chiamata a confutare il *thema* risultante dalla lista avversaria – esige senz'altro un'argomentazione della parte, idonea ad illustrare le ragioni che militano per la sua identificazione quale prova contraria: si rammenta, anzitutto, che il giudizio di ammissibilità di quest'ultima postula la rilevanza della prova diretta avversaria; inoltre, esso dovrà calibrarsi sul rapporto che s'intende instaurare tra prova contraria e diretta, a seconda che la prima sia chiamata a negare l'esistenza del fatto che la prova diretta afferma essere avvenuto, oppure ad affermare l'esistenza di un altro fatto, logicamente incompatibile con l'accadimento assunto ad oggetto della prova diretta, oppure ancora a fornire dimostrazione non già del fatto storico *sub iudice*, ma semplicemente dell'inattendibilità della fonte di prova diretta.

L'ordinanza giudiziale, qui, non potrà esimersi dall'essere articolata *sui dati e sugli argomenti spesi dalla parte a fondare la richiesta di prova contraria*, non solo perché la richiesta d'ammissione implica la decadenza della parte dal potere di addurre prove nel *timing* previsto dall'art. 468, 1° comma, c.p.p., ma perché il *thema* di prova dev'essere relazionato con precisione su quello assunto a fondamento delle prove c.d. dirette.

In via generale può allora concludersi che tutte le volte in cui l'ordinanza giudiziale risulti emessa al termine di un contraddittorio tra le parti dai contenuti variegati e non preventivabili, la motivazione potrà dirsi completa solo nel caso in cui essa rifletta i contenuti delle eccezioni sollevate dalle parti e delle relative (reciproche) argomentazioni; del pari può osservarsi che la motivazione dovrà sempre essere relazionata alla singola fattispecie processuale e al singolo mezzo di prova che le parti evocano nella richiesta.

L'interrogativo seguente conduce senza indugi al prosieguo dell'analisi; si dovrà dar conto, tra l'altro, del se l'eventuale insufficienza della motivazione spesa dal

giudice nel rigettare la richiesta d'ammissione della data prova, assuma rilievo a dimostrare l'esistenza dell'*error in procedendo* previsto dall'art. 606, 1° comma, lett. d), c.p.p. e se, ancora, siffatto rilievo possa esaurire l'indagine sulla ricorrenza dell'errore.

CAPITOLO IV

ANALISI LOGICA

SOMMARIO: 1. Norma in evoluzione – 2. I tratti caratteristici dell'*error in procedendo* previsto dall'art. 606, 1° comma, lett. d), c.p.p.: a) la «mancata assunzione» della prova – 3. Violazioni processuali in corso di assunzione della prova: casi in cui il vizio si trasforma in un'ipotesi di mancata assunzione della prova decisiva – 4. ...b) mancata assunzione di una prova richiesta nei «casi previsti dall'art. 495, 2° comma, c.p.p.»

1. NORMA IN EVOLUZIONE

Con una nota d'apertura al capitolo precedente si è rievocato un passo rimarchevole non tanto in senso tecnico-giuridico, quanto per il suo potere suggestivo; dire che «la complessità del giudizio di fatto non ci consente una graduazione numerica delle probabilità, ma una grossolana graduazione (più che aritmetica, grammaticale)...»¹ implica un *memento* al giudice: non esistono strumenti diversi dalla prova su cui compiere il giudizio di fatto, e nessun intuito, incluso per virtù esoterica nella formula del libero convincimento, può liberare il giudice stesso dal compito di zavorrare le sue scelte tramite i materiali cognitivi legittimamente acquisiti all'interno del processo².

¹ SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, Milano, 1940, p. 106.

² Rievocando l'insegnamento di Giuliano Vassalli, si scrive, in effetti: «Secondo Vassalli il libero convincimento del giudice deve estrinsecarsi sulle prove acquisite e non essere identificato con la

E, in effetti, la «graduazione» in cui si risolve il giudizio di fatto è, sempre, così inevitabilmente «grossolana», così foriera di dubbi relativi alle reali capacità del processo di ricostruire affidabilmente l'accaduto storico, mentre, per converso, tanto importante è la funzione esercitata, che siffatta duplice consapevolezza dovrebbe indurre il giudice ad estrema cautela nel rifiutare l'ingresso al materiale probatorio la cui esistenza e rilevanza gli venga prospettata nei dovuti termini.

In un certo senso, diremmo ancora che l'imperativo di matrice costituzionale, secondo cui l'imputato ha diritto all'acquisizione di ogni mezzo di prova potenzialmente ridondante a suo favore, costituisce la traduzione giuridica di questa persuasione inconscia che, in un silenzio assordante, dovrebbe sempre ammonire il giudice in merito alla difficoltà, all'approssimazione inevitabile di ogni giudizio sul fatto.

La prassi, invero, fa mostra di ben altro: si è visto nei capitoli precedenti quanto vasti siano, in concreto, i confini apposti dalla giurisprudenza di merito, confortata dagli esiti di legittimità, alle forme di esercizio del diritto all'ammissione della prova.

La natura dello strumento conoscitivo proposto, a carico o a discarico – si è notato – deve risultare evidente ancor prima della sua acquisizione: sotto questo aspetto,

libertà di restringere il diritto alla prova. Anzi, il diritto alla prova si pone come contrappeso ineliminabile al libero convincimento del giudice nella valutazione della prova acquisita che, invece, sotto questo profilo, deve essere lasciato in grado di svilupparsi pienamente nell'articolazione motivata della decisione»; così SPANGHER, *Giuliano Vassalli e l'evoluzione del processo penale*, in *Cass. Pen.*, 2011, p. 4535 e ss. Ma si veda pure il concetto che esprime FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, ed. 1996, p. 127, allorché osserva «se è vero che nessuna prova legalmente predeterminata può essere considerata da sola sufficiente a garantire la verità della conclusione in contrasto con il libero convincimento del giudice, neppure il libero convincimento può a tal fine essere considerato da solo sufficiente, essendo necessario che sia accompagnato da qualche prova legalmente predeterminata».

viene ritenuto legittimo il diniego d'ammissione della perizia, considerata mezzo di prova «per sua natura neutro, oltreché sottratto al potere dispositivo delle parti»³; e si noti come anche la cruciale perizia fonica, finalizzata all'identificazione dei *loquentes*, anzi persino il medesimo atto dell'ascolto in contraddittorio delle conversazioni intercettate, sarebbero «mezzi in sé neutri, di mera verifica ed interpretazione delle prove vere e proprie, rappresentate esclusivamente dalle conversazioni delle registrazioni»⁴, con conseguente incensurabilità in cassazione del relativo diniego; prova neutra sarebbero pure l'esperimento giudiziale⁵ e la ricognizione, quali prove aperte «ad ogni esito», alle quali, pertanto, non si potrebbe «riconoscere preventivamente efficacia decisiva, e cioè la capacità di contrastare le acquisizioni processuali contrarie, elidendone l'efficacia» e provocare, quindi, una decisione diversa da quella assunta⁶.

Incensurabile sarebbe anche il provvedimento reiettivo del confronto posto che «il concetto di prova decisiva fatto proprio dall'art. 606, lett. d) c.p.p. non include tutte le

³ Giurisprudenza assolutamente costante: *ex plurimis* e tra le ultime v. Cass., Sez. VI, 18 giugno 2009, n. 38112.

⁴ Cass., Sez. I, 8 giugno 1994, s.n., in www.dejure.giuffrè.it, di cui val la pena riprodurre qui la massima per intero: «In tema di intercettazioni di conversazioni telefoniche e ambientali, *qualora venga dall'imputato contestata l'attribuzione delle voci degli interlocutori compiuta dai giudici di merito*, in difetto di ascolto in contraddittorio delle registrazioni e di perizia fonica, *non disposto nonostante le richieste in tal senso formulate*, né l'invocata perizia né l'ascolto in contraddittorio delle registrazioni possono giuridicamente ricondursi al concetto di prove decisive richieste a norma dell'art. 495, comma 2 c.p.p. di cui all'art. 606 comma 1, lett. d) c.p.p., concernendo tale disposizione il diritto dell'imputato all'ammissione delle prove da lui dedotte a discarico sui fatti oggetto della prova a carico, mentre sia la perizia che il riascolto dei nastri costituirebbe non prove a discarico contrapposte a quelle di accusa, ma semplici mezzi, in sé neutri, di verifica ed interpretazione delle prove vere e proprie, rappresentate esclusivamente dalle registrazioni delle conversazioni» (corsivo nostro).

⁵ V. *supra* Cap. III, Par. 4.

⁶ Così Cass., Sez. II, 23 novembre 2006, n. 38883.

prove astrattamente idonee a determinare un diverso esito del processo, ma – in base al richiamo dell'art. 495, 2° comma, c.p.p. – solo le prove a discarico, fra le quali non rientra il confronto che... necessita di una sua comparazione con altri elementi acquisiti al processo»⁷; e incensurabili risultano, pure – sempre stando alla giurisprudenza di legittimità – il diniego o la revoca dell'ammissione dell'esame dell'imputato: in alcun caso potrebbero derivarne violazioni del diritto di difesa e neppure del diritto alla prova, posto che le conoscenze di cui egli dispone sarebbero ugualmente raggiungibili dal giudice tramite lo strumento delle spontanee dichiarazioni⁸.

Prima della riforma operata con L. n. 46 del 2006⁹, la censura risultava altresì improponibile, secondo la giurisprudenza¹⁰, con riferimento alla mancata ammissione

⁷ Così la massima di Cass., Sez. IV, 06 dicembre 2001, n. 4699, che nel testo argomenta: «È innanzitutto opinabile che il richiesto confronto possa farsi rientrare nel concetto di "prova decisiva" previsto dalla norma indicata. È noto infatti che il vizio in esame è configurabile quando non sia stato ammesso un mezzo di prova che, in astratto, poteva determinare una diversa valutazione da parte del giudice inficiando il giudizio formulato. Va però rilevato che non tutte le prove, anche se astrattamente idonee a determinare un diverso esito del processo, sono riconducibili al concetto di "prova decisiva" fatto proprio dall'art. 606. La lettera d) citata contiene infatti un esplicito riferimento all'art. 495 comma 2 c.p.p. e pertanto si riferisce esclusivamente alle prove a discarico mentre il confronto non può essere considerato tale, *stante il suo carattere per così dire "neutro", sottratto alla disponibilità delle parti e sostanzialmente rimesso alla discrezionalità del giudice* nei casi di disaccordo fra persone già esaminate o interrogate su fatti e circostanze importanti (art. 211 c.p.p.). *È stato inoltre escluso che possa definirsi decisiva la prova abbisognevole di comparazione con altri elementi acquisiti al processo* (cfr. Cass., Sez. I, 12 marzo 1998, n. 3148), come sembra avvenire nel caso del confronto» (corsivo nostro).

⁸ V. *supra* Cap. III, Par. 5.

⁹ Più esattamente trattasi di interpolazione realizzata a termini dell'art. 8, 1° comma, lett. a) della Legge 20 febbraio 2006, n. 46.

¹⁰ È bene rilevare come appaiano decisioni di segno contrario anche dopo la riforma. Cfr. Cass., Sez. I, 15 aprile 2010, n. 16772: «Il motivo di ricorso per cassazione consistente nella deduzione di

di un elemento probatorio di cui si fosse tentata l'introduzione nello scibile processuale a termini dell'art. 507 c.p.p., sulla scorta del rilievo per cui la disposizione in parola configurerebbe ipotesi estranea alla sfera d'azione del diritto delle parti alla prova¹¹.

L'art. 606, 1° comma, lett. d), c.p.p., mostra attualmente, rispetto al previgente testo, la giunta della frase «anche nel corso dell'istruzione dibattimentale»¹², così aspirando evidentemente ad includere nell'area delle ipotesi censurabili ogni richiesta di prova, seppure

mancata assunzione di una prova decisiva può essere proposto solo in relazione ai mezzi di prova di cui sia stata chiesta l'ammissione a norma dell'art. 495, comma secondo, cod. proc. pen., sicché esso non può essere validamente invocato quando il mezzo di prova, sollecitato dalla parte attraverso l'invito al giudice di merito ad avvalersi dei poteri discrezionali di integrazione probatoria di cui all'art. 507 stesso codice, non sia stato dal giudice ritenuto necessario ai fini della decisione».

¹¹ Ma non solo: v., ad esempio, Cass., Sez. I, 08 febbraio 1994, n. 3249: «L'art. 606 cod. proc. pen. prevede la deducibilità di questioni attinenti alla mancata assunzione di mezzi di prova solo nel caso di "prova decisiva", quando la parte ne ha fatto richiesta a norma dell'art. 495 comma secondo (art. 606 comma primo lett. d) cod. proc. pen.). Nel caso in cui la prova non sia stata tempestivamente dedotta, non è deducibile in Cassazione la mancata ammissione di essa con riferimento all'art. 507 cod. proc. pen., che fa riferimento all'assunzione anche d'ufficio di nuovi mezzi di prova ritenuti assolutamente necessari dal giudice, *la cui valutazione, strettamente di merito, non è censurabile in Cassazione*» (corsivo nostro).

¹² Correttamente, invero, si è rilevato in dottrina che «nel primo parametro di riferimento, attinente a una prova richiesta ai sensi dell'art. 495 comma 2 c.p.p., si è esplicitato ciò che già si poteva ricavare dalla precedente formulazione della disposizione. Nel passato, infatti, non risultava chiaro se tale mezzo di impugnazione riguardasse tutte le prove contraddittorie non ammesse, ovvero solo quelle su cui il giudice si fosse pronunciato prima dell'apertura dell'istruzione dibattimentale ai sensi dell'art. 495 c.p.p. L'art. 606 comma 1 lett. d) c.p.p., sembrava escludere da tale mezzo di impugnazione le prove contraddittorie la cui ammissione fosse stata invocata durante (*rectius* a conclusione) del dibattimento *ex* art. 507 c.p.p. A ben vedere si trattava di una soluzione solo apparente»: così APRATI, *Prove contraddittorie e testimonianza indiretta*, Padova, 2007, pp. 26-27.

effettuata dopo l'istante delineato nell'art. 493 c.p.p., e dunque anche la mancata ammissione di una prova contraria richiesta a termini dell'art. 507 c.p.p.¹³

Che questa sia l'esegesi più corretta del testo innovato, risulta, peraltro, pure dalla c.d. *intentio legis*, così come deducibile alla lettura della Relazione pronunciata sulla proposta di legge N. 4604-C; ivi si apprende che «la novità rispetto all'attuale normativa non è data dal parametro del giudizio, che continua ad essere la legittimità, quanto piuttosto dalla possibilità di eccepire il vizio di cui alla lettera d) dell'articolo 606 anche in relazione alle prove la cui ammissibilità è stata chiesta (e respinta) nel corso dell'istruttoria dibattimentale... La novità del testo è limitata all'allargamento della fase temporale nella quale la richiesta di ammissione di una prova diviene rilevante anche ai fini del giudizio in Cassazione»¹⁴.

L'evidente intento della riforma non ha peraltro toccato i limiti più consistenti alla concreta rilevanza del caso di ricorso di cui all'art. 606, 1° comma, lett. d), c.p.p., i quali appaiono estrapolati dalla formula normativa che evoca quale *condicio sine qua non* dell'annullamento la decisività della prova negata¹⁵.

¹³ Si vedano sul punto BARGI, *I nuovi ambiti oggettivi delle impugnazioni*, in *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la "Legge Pecorella"*, a cura di Gaito, p. 151 e ss.; DI CHIARA, *Le modifiche allo spettro della ricorribilità per cassazione*, in *Impugnazioni e regole di giudizio nella legge di riforma del 2006*, a cura di Bargis e Caprioli, Torino, 2007, p. 185 e ss.; IACOVIELLO, *A rischio il ruolo di legittimità della Corte*, in *Guida al Dir.*, 2006, n. 10, p. 88 e ss.; MARZADURI, *Così nell'assetto degli istituti il legislatore cerca nuovi equilibri*, *ibidem*, p. 51 e ss.; SCELLA, *Il vaglio d'inammissibilità dei ricorsi per cassazione*, Torino, 2006, p. 89 e ss.

¹⁴ Così il resoconto stenografico della seduta n. 739 del 30 gennaio 2006 su www.parlamento.it.

¹⁵ Sul punto si veda, BARGI, *Il ricorso per cassazione*, in *Le impugnazioni penali*, a cura di Gaito, Vol. II, Torino, 1998, p. 449 e ss., secondo il quale la verifica in materia di decisività della prova, condotta dall'esegesi giurisprudenziale dominante, contiene eccessive componenti di discrezionalità (p. 502).

La disamina giurisprudenziale compiuta in precedenza ha mostrato, in effetti, con chiarezza la vitalità di un orientamento giurisprudenziale persistente nell'assumere, da un lato, che il termine di riferimento della decisività non possa essere il capo d'imputazione – fatto storico e relativa qualificazione giuridica – quale referente normativo del giudizio di rilevanza, bensì la motivazione della sentenza impugnata, ossia la ricostruzione prescelta dal giudice del merito; e che, al contempo, l'elemento di prova per essere decisivo debba essere capace di capovolgere quella ricostruzione o finanche farla apparire come apoditticamente priva di riferimento agli elementi conoscitivi versati in atti¹⁶; emblematiche di siffatto indirizzo appaiono tutte quelle massime in cui si esige che «la mancanza di tale elemento probatorio abbia inciso a tal punto da portare ad una motivazione basata su affermazioni apodittiche o congetturali»¹⁷ oppure si asserisce che «l'*error in procedendo*, in cui si sostanzia il vizio in questione, rileva solo quando la prova richiesta e non ammessa, confrontata con le argomentazioni in motivazione addotte a sostegno della sentenza, risulti "decisiva", cioè tale che, se esperita, avrebbe potuto determinare una diversa decisione. La valutazione in ordine alla decisività della prova dev'essere quindi compiuta accertando se i fatti dalla parte indicati nella relativa richiesta siano tali da poter inficiare le argomentazioni poste a base del convincimento del giudice»¹⁸.

D'altro canto, s'è pure notato, a suo tempo, un dato idoneo a rendere più complesso il fenomeno esegetico: talvolta si legge che prova decisiva sarebbe, invece, quella che, valutata – si noti – con giudizio *ex ante*, appaia

¹⁶ Si veda la disamina effettuata nel Capitolo II, Par. 2 e ss.

¹⁷ Cfr. Cass., Sez. I, 17 gennaio 1995, n. 3182.

¹⁸ Così, tra le tante, Cass., Sez. I, 23 marzo 1992, n. 1251 e, più di recente, in termini analoghi, Id., Sez. IV, 08 maggio 2007, n. 27738; Id., Sez. IV, 14 marzo 2008, n. 23505; Id., Sez. VI, 25 marzo 2010, n. 14916; Id., Sez. III, 15 giugno 2010, n. 275; Id., Sez. VI, 28 giugno 2011, n. 27157.

idonea a contrastare circostanze altrimenti acquisite, elidendone l'efficacia probatoria, ovvero capace di introdurre ulteriori elementi di valutazione, sì da rendere ipotizzabile una pronuncia diversa¹⁹.

Sulla scorta di codesto indirizzo, il controllo che la Cassazione è chiamata ad effettuare, laddove sia sollevata una censura a termini dell'art. 606, 1° comma, lett. d), c.p.p., dev'essere compiuto verificando *se la prova omessa fosse rilevante a termini della fattispecie concreta dedotta in giudizio*²⁰.

A complicare vieppiù la perspicuità della situazione, deve rammentarsi poi come talvolta la Corte, pur applicando canoni appartenenti manifestamente al secondo orientamento, citi a conforto della propria decisione massime ed argomenti di segno opposto²¹.

¹⁹ Cass., Sez. VI, 19 dicembre 1991, n. 2516.

²⁰ Per siffatto indirizzo rammentiamo, ad esempio, le seguenti recenti sentenze: Cass., Sez. III, 25 maggio 2011, n. 25047; Id., Sez. IV, 28 aprile 2011, n. 23300; Id., Sez. III, 31 marzo 2011, n. 25192; Id., Sez. II, 29 marzo 2011, n. 17339; Id., Sez. VI, 15 febbraio 2011, n. 10764; Id., Sez. II, 26 gennaio 2011, n. 6938; Id., Sez. I, 13 gennaio 2011, n. 4698; Id., Sez. VI, 11 gennaio 2011, n. 2238.

²¹ È il caso, ad esempio, di Cass., Sez. II, 23 giugno 2011, n. 27939. Questa ricorrente ingannevolezza delle massime in materia, talora di segno opposto rispetto al contenuto delle sentenze, ma anche l'ambiguità di cui talune massime fanno *intrinsecamente* mostra, è efficacemente sottolineata da CAPONE, *Brevi note sul concetto di controprova decisiva*, in *Cass. Pen.*, 2007, p. 621 e ss., il quale rileva: «C'è da considerare anzitutto che le massime in questione risultano, a un'analisi linguistica più approfondita, assai ambivalenti. Ad esempio la massima in epigrafe, se ci si concentra sulla parte in cui si dice che la prova non è decisiva se richiede un "confronto dialettico" con gli altri elementi di prova acquisiti, pare esprimere abbastanza efficacemente il criterio decisivo fondato sul carattere dirimente della prova; se invece ci si concentra sulla parte in cui si dice che la prova non è decisiva se, confrontata con gli altri elementi di prova acquisiti, non è in grado di "eliderne l'efficacia probatoria", sembra poter esprimere anche l'idea che non basta che la prova sia rilevante ma deve porsi in relazione di contrarietà con il materiale acquisito... Sembra inoltre che ci sia una certa disattenzione dei giudici di legittimità, quando richiamano le massime a cui intendono ispirarsi, a valutarne l'effettiva portata e, quindi, a scegliere quella effettivamente

Giunti a questo punto dell'analisi, appare indispensabile por mano ad una verifica che miri a validare e, rispettivamente, confutare le due versioni tutt'ora invalse nella comune esegesi giurisprudenziale del concetto di "prova decisiva".

2. I TRATTI CARATTERISTICI DELL'*ERROR IN PROCEDENDO* PREVISTO DALL'ART. 606, 1° COMMA, LETT. D), C.P.P.: a) LA «MANCATA ASSUNZIONE» DELLA PROVA

Si esaminino, per cominciare, gli elementi della fattispecie processuale "contenitore" del concetto: l'art. 606, 1° comma, lett. d), c.p.p. prende l'abbrivio dalla descrizione di un potenziale vizio di attività²², configurato dalla mancata *assunzione* della prova, formula nella quale pacificamente si comprende non solo l'ipotesi della mancata acquisizione della prova regolarmente ammessa, ma anche quella della mancata *ammissione*, come pure l'altra configurata dall'illegittimo uso del potere di *revoca* dell'originario provvedimento ammissivo.

Prima della riforma compiuta con L. n. 46 del 2006, si era diffusamente congetturato se la fattispecie processuale in esame potesse fungere da contenitore idoneo alla proposizione del vizio rappresentato dallo stadio successivo e ultimo del procedimento probatorio, ovvero dalla mancata *valutazione* della prova acquisita.

I termini del problema sono ben noti: l'omesso esame di una prova decisiva non poteva essere censurato ai sensi dell'art. 606, 1° comma, lett. e), trattandosi di un vizio verificabile unicamente nel raffronto tra il testo della sentenza impugnata e il fascicolo processuale, sulla scorta di una disciplina del difetto di motivazione che divergeva

corrispondente alla *ratio decidendi*; quasi che, in materia, dicessero un po' tutte la stessa cosa» (p. 624).

²² Secondo una classificazione tra vizi di attività e vizi di giudizio di cui CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, a cura di Cappelletti, Vol. VII, Napoli, 1976, p. 168 e ss., riconosce il merito della diffusione al CHIOVENDA.

in termini tanto netti, quanto intensamente criticati²³ da quella previgente²⁴.

²³ Per tutti v. FERRUA, *Il sindacato di legittimità sul vizio di motivazione nel nuovo codice di procedura penale*, in *Cass. Pen.*, 1990, p. 964 e ss., il quale ineccepibilmente sottolineava: «rischia così di prodursi un meccanismo riflessivo: da un lato, la coerenza della motivazione sana, ai fini del ricorso, errori evidenziabili con l'esame del fascicolo processuale; dall'altro, la consapevolezza degli effetti catartici di una motivazione in sé ineccepibile spinge l'estensore, sia pure inconsciamente, a salvaguardarne al massimo la logicità, anche a costo di adattamenti e forzature delle acquisizioni probatorie: s'innalza il tasso di coerenza della motivazione, ma si abbassa quello di fedeltà ai risultati del processo» (p. 968).

²⁴ In senso critico verso l'assetto dell'istituto nel codice 1930, ritenuto tale da propiziare l'immutazione del ricorso per cassazione in giudizio di terza istanza, v. invece AMODIO, voce *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. Dir.*, Vol. XXVII, Milano, 1977, p. 181 e ss. Per uno studio approfondito e più recente della motivazione v. MENNA, *La motivazione del giudizio penale*, Napoli, 2000, *passim*. Nella struttura codicistica previgente, la mancanza di una regolamentazione espressa del difetto di motivazione ne aveva convogliato la deducibilità tra gli errori *in procedendo*, quale nullità derivante dalla violazione dell'art. 475 c.p.p. abr., ai cui sensi era invalida la sentenza che presentasse una motivazione mancante o contraddittoria. In via di evoluzione giurisprudenziale, poi, la mancanza di motivazione era stata ravvisata non soltanto nella carenza c.d. grafica, ma anche in tutta una serie di difetti del discorso giuridico, compiutamente identificabili nel raffronto tra materiale usato a fini della decisione e contesto motivazionale della medesima; è chiaro, poi, che lo studio sempre più approfondito della struttura della motivazione aveva portato a conseguenti specificazioni e aperture giurisprudenziali sul fronte della verifica richiesta alla Corte sulla sentenza impugnata. L'entrata in vigore del codice Vassalli, mostra un cambio di rotta significativo del legislatore, che opera un duplice passaggio, anzitutto enucleando il difetto motivazionale dai vizi *in procedendo* di cui alla lett. c) della disposizione, indi delineandolo, in seno all'art. 606, 1° comma, lett. e), c.p.p., negli angusti termini di una carenza emergente esclusivamente dal testo del provvedimento impugnato, senza possibilità di verifica *in actis*. Insomma: il nuovo sistema – si era rilevato – rendeva teoricamente possibile e sottratta a controllo ogni forma di travisamento degli atti, anche la più smaccata, purché resa mediante un'argomentazione plausibile. Severa la critica di CORDERO, *Procedura penale*, Milano, ed. 2006, p. 1162 e ss.; e, più di recente, cfr. KOSTORIS, *Le impugnazioni penali, travagliato terreno alla ricerca di nuovi equilibri*, in *Le impugnazioni penali: evoluzione o*

Con particolare riferimento all'ipotesi dell'omessa valutazione di prova decisiva, si era, poi, notato come la configurazione del ricorso per mancanza di motivazione, in versione *ante* riforma, rendesse persino concepibile che l'estensore fosse indotto a selezionare il materiale probatorio in funzione della tesi da dimostrare, costruendo motivazioni «di granitica coerenza»²⁵ seppure, in sostanza, gravemente manchevoli nel confronto con i fatti estraibili dal materiale probatorio non utilizzato.

Tale essendo lo stato dell'arte, s'era suggerito, in dottrina, di ricondurre il vizio di omessa valutazione della prova all'*error in procedendo* contemplato dalla lett. d), tenendo conto del fatto che trattasi, comunque, di disposizione finalizzata a tutelare il diritto alla prova²⁶, mentre altre voci²⁷ – pur rilevando la condivisibilità dell'intento – avevano posto in rilievo come, da un lato, la *littera legis* non consentisse siffatta esegesi, posto il riferimento tecnico ed inequivoco al concetto di assunzione della prova e, dall'altro, l'*error in procedendo* delineato dalla lettera d) mostrasse tratti sistematici non relazionabili a quel vizio del discorso giustificativo in cui si sostanziava l'omessa valutazione della prova²⁸.

involuzione?, Atti del Convegno di Palermo, 1-2 dicembre 2006, Milano, 2008, p. 29 e ss.

²⁵ IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Milano, 1997, p. 317.

²⁶ Per questa opzione cfr. DELL'ANNO, *Presupposti e limiti del sindacato della Corte di cassazione sul vizio di motivazione*, in *Giust. Pen.*, 1993, III, c. 697; SPANGHER, *Il giudizio di cassazione nel sistema delle impugnazioni*, *ivi*, 1991, III, c. 588 e ss.

²⁷ In tal senso v. IACOVIELLO, *La motivazione*, *cit.*, pp. 316-317; FERRUA, *Il sindacato di legittimità*, *cit.*, p. 122; RAFARACI, *La prova contraria*, *cit.*, pp. 260-261; RENON, *L'omesso esame di prova come vizio della motivazione tra limiti normativi e deviazioni giurisprudenziali*, in *Cass. Pen.*, 1995, p. 1251 e ss.

²⁸ Invero, se non fosse stato reso superfluo dalla riforma dell'art. 606, 1° comma, lett. e), c.p.p., il discorso meriterebbe di essere approfondito, tenendo conto di riflessioni ulteriori, capaci di confortare l'esegesi dottrinale minoritaria; in questa prospettiva si leggano i rilievi di chi nota come «ancora in sede di definizione dell'oggetto e dei limiti del controllo sulla motivazione, pare

La composizione della divergenza d'opinioni non è più attuale: se il presupposto indispensabile all'esercizio di una tangibile funzione di controllo sulla motivazione è la verificabilità dell'obbligo esistente in capo al giudice di indicare senza fallo gli elementi dimostrativi su cui ha basato la sua decisione, in ottemperanza al disposto dell'art. 546, 1° comma, lett. e), c.p.p.²⁹, allora la riforma realizzata dall'art. 8 L. n. 46 del 2006, si è mossa in direzione coerente con siffatto presupposto.

La versione attuale della lettera e) dell'art. 606 c.p.p. mostra oggi un testo che rende censurabile la sentenza per «mancanza, contraddittorietà o manifesta illogicità della motivazione, quando il vizio risulta dal testo del provvedimento impugnato ovvero da altri atti del processo specificamente indicati nei motivi di gravame», con il ché

opportuno introdurre una netta distinzione tra il cosiddetto "omesso esame di fatto decisivo" ed il vizio riferito – come recita l'art. 360 n. 5 c.p.c. – ad un «punto decisivo» della controversia. L'apparente sinonimia di queste espressioni non deve – infatti – trarre in inganno. Se il giudice del merito non ha preso in considerazione un fatto decisivo della causa (ossia un fatto "principale", "giuridicamente rilevante"), ciò che si verifica è un'omissione di pronuncia, non una carenza della motivazione. Non considerando un fatto decisivo, infatti, il giudice potrà aver indebitamente accolto una domanda che avrebbe dovuto respingere o respinto un'eccezione che avrebbe dovuto accogliere, o viceversa, ma questi sono errori *in iudicando* che possono comportare violazioni del principio sancito dall'art. 112 c.p.c., *sub specie*, appunto, di omissione di pronuncia o – in ogni caso – decisioni infondate per errata ricostruzione della fattispecie dedotta in causa. Peraltro, si tratta di vizi che si fanno valere in Cassazione sulla base dell'art. 360 n. 3 c.p.c. e che nulla hanno a che vedere con la correttezza della motivazione. Il vizio di motivazione su un "punto decisivo" della controversia presuppone, invece, che la decisione su quel punto vi sia (e quindi non sia stata omessa), ma che non sia stata giustificata dal giudice in modo adeguato. Ancora una volta: *il vizio di motivazione va tenuto distinto da quello di decisione consistente nell'aver trascurato un fatto che – se considerato – avrebbe portato ad una scelta diversa*: così TARUFFO, voce *Motivazione della sentenza civile (controllo della)*, in *Enc. Dir.*, Agg. III, Milano, 1999, p. 786 (corsivo nostro).

²⁹ Indispensabile, in proposito, la lettura di MENNA, *La motivazione del giudizio*, cit., p. 72 e ss.

anzitutto risulta inserito, quale autonomo tipo di vizio della motivazione, quello denominato “contraddittorietà”; in secondo luogo, l’area dei difetti afferenti alla motivazione non si limita a quelli emergenti dal testo del provvedimento impugnato; è divenuto censurabile anche il vizio che emerga dal raffronto tra la motivazione e atti processuali indicati in modo specifico dai ricorrenti; *ergo* anche la mancata valutazione della prova regolarmente ammessa.

3. VIOLAZIONI PROCESSUALI IN CORSO DI ASSUNZIONE DELLA PROVA: CASI IN CUI IL VIZIO SI TRASFORMA IN UN’IPOTESI DI MANCATA ASSUNZIONE DELLA PROVA DECISIVA

Sempre restando nell’area di una disamina che si proponga di esaminare il significato della formula che allude alla censurabilità dei casi di “mancata assunzione” della prova, vale la pena di tratteggiare un’ipotesi di lavoro; è sin troppo noto come “assunzione” sia termine dal significato limpido e condiviso, con cui si allude alla mancata formazione della prova nella sede a ciò deputata, ossia il dibattimento.

Come si vedrà meglio appresso, una costellazione di norme variegata è preposta dal legislatore ad assicurare che l’acquisizione della prova avvenga nel rispetto di canoni il cui nucleo essenziale è costituito dal diritto alla formazione della prova nel contraddittorio delle parti, mentre sanzioni che spaziano dalla nullità all’inutilizzabilità del risultato di prova “inquinato” in quanto acquisito in violazione di quelle regole, appaiono preposte ad assicurare l’ottemperanza.

Di qui la diffusa opinione che tutti i difetti che risultino collegati alla violazione delle regole in parola siano emendabili tramite ricorso estremo allo strumento previsto dall’art. 606, 1° comma, lett. c), c.p.p., finalizzato, evidentemente, a provocare l’annullamento

della decisione che ponga tra le sue premesse storiche una prova viziata per le ragioni di cui si discute.

Al di sotto di questa certezza, però – e al di là di tutte le perplessità sull'efficacia della censura a fronte di una giurisprudenza alquanto lassista in vagli di tal genere³⁰ – resta il sospetto, diremmo quasi il sentore, di uno scarso funzionamento del mezzo di controllo allorquando l'errore *in procedendo* tocchi sì uno dei momenti del *subprocedimento* di acquisizione della prova, ma esso si risolva in una forma di mancata assunzione della prova medesima.

Seguendo siffatta linea di pensiero, si ponga mente, esemplarmente, alla delicata disciplina riservata dal legislatore all'acquisizione della prova dichiarativa.

La violazione delle molteplici regole che compongono il raggruppamento precettistico in parola, può certamente tradursi nell'acquisizione di una prova i cui contenuti risultano concretamente inquinati dal vizio procedurale, ma, a ben vedere, la violazione può anche condurre, in ipotesi, all'acquisizione di una prova defedata dalla sua capacità dimostrativa, ovvero, addirittura, alla mancata acquisizione completa del contenuto dimostrativo auspicato dalla parte.

In ipotesi siffatte il meccanismo di censura sotteso all'art. 606, 1° comma, lett. c), c.p.p., si rivela fallace esattamente nella misura in cui esso postula l'acquisizione di uno strumento probatorio nullo o inutilizzabile o inammissibile, erroneamente non dichiarato tale nelle fasi di merito e, dunque, illegittimamente entrato nella piattaforma probatoria su cui la decisione è stata fondata; tale essendo la funzione cui lo strumento è preposto, esso risulta certo inutile alla censura di quei vizi del procedimento acquisitivo i quali si concretino sì nella violazione di norme processuali presidiate da sanzioni varie, ma lungi dal tradursi nell'acquisizione di una prova che non doveva essere acquisita, o non doveva esserlo in

³⁰ Argomento su cui si avrà modo di tornare nel successivo Cap. V, Par. 3.

quelle condizioni, provocano, invece, la *mancata acquisizione di elementi dimostrativi indispensabili* alla ricostruzione progettata dalla parte.

In questo senso, tutte quelle violazioni processuali che cagionano la mancata assunzione di una data prova, ovvero l'acquisizione di una prova dimidiata nel suo valore dimostrativo, appaiono strutturate quali fattispecie per molti versi maggiormente comparabili a quelle cui è dedicato lo strumento di censura di cui all'art. 606, 1° comma, lett. d), c.p.p.

Al fine di affrontare l'ipotesi di lavoro in termini più compiuti è utile ripercorrere alcuni passaggi normativi focalizzati sul tema dell'assunzione dibattimentale della prova dichiarativa, selezionando un settore ben individuato all'interno delle molteplici norme che il legislatore dedica alla formazione della prova in dibattimento.

Si prendano ad esame, dunque, gli artt. 496-499 c.p.p., i quali delineano – in termini, per vero, estremamente sintetici – le regole essenziali di quel complicato strumento euristico che è la *cross examination*.

I «turni istruttori»³¹ durante i quali ciascuna parte adduce i testimoni di cui ha chiesto ed ottenuto l'ammissione sono, invero, regole che attengono alla formazione della prova e, per converso, raffigurano l'esito di scelte tutt'altro che casuali del legislatore relative al metodo di ricostruzione del fatto oggetto di accertamento nel processo³², sicché, seguendo un ordine che corrisponde all'assunto di fondo per cui l'accusa è gravata dell'onere

³¹ L'espressione appartiene a MAMBRIANI, *Esame e controesame delle parti: spunti sistematici*, in *Arch. N. Proc. Pen.*, 1999, p. 453 e ss.

³² Cfr. DIDI, *Principio di disponibilità ed ordine nella formazione della prova dibattimentale*, in *Giust. Pen.* 1995, III, c. 489 e ss., il quale sottolinea in particolare che «in linea con i principi introdotti dal legislatore, il quale aveva disciplinato il procedimento formativo della prova secondo i canoni del principio dispositivo, è stata data regolamentazione al modo, che di quel principio... è un naturale e logico portato, di atteggiarsi in concreto dell'ordine di acquisizione delle prove» (c. 514).

della prova³³, l'istruzione dibattimentale prende l'abbrivio dall'acquisizione delle prove a carico; solo al termine può aver luogo l'assunzione delle prove dichiarative introdotte dalla difesa.

Nulla dispone il codice per la non infrequente ipotesi in cui una prova testimoniale sia stata ammessa su richiesta di più parti: premesso che, in un caso siffatto, effettivamente è indiscutibile che sarà la lista testimoniale a sceverare i temi di prova su cui ciascuna parte procede in via d'esame diretto o, viceversa, in controesame³⁴, il punto focale, però, parrebbe essere un altro, esattamente configurato dall'idea che, nell'ipotesi *de qua*, sia consentito alterare l'ordine previsto dall'art. 496 c.p.p. – ad esempio anticipando l'esame di un teste della difesa – in vista di palesi esigenze di celerità, ovvero al fine di evitare una nuova citazione del teste³⁵.

Più equilibrata e rispettosa del dettato codicistico appare la posizione di chi, in casi siffatti, osserva: «se le circostanze su cui deve vertere l'esame... sono diverse, non sembra possibile evitare, salvo contrario accordo, che l'escussione abbia luogo tante volte quante sono le parti richiedenti, perché ciascuna parte ha il diritto di collocare la prova nella posizione che ritiene più opportuna, fra quelle che intende introdurre. Se le circostanze... sono le

³³ Il riconoscimento dottrinale di siffatto fondamento è pressoché unanime; cfr. AVANZINI, *L'esame dibattimentale delle fonti di prova personali*, in *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di Ubertis, Milano 1992, p. 39 e ss.; MAMBRIANI, *Esame e controesame*, cit., p. 454, nonché, più di recente, ADORNO, *Assunzione delle prove*, in *Trattato di procedura penale*, a cura di Spangher, Vol. IV, Tomo II, Torino, 2009, p. 283 e ss.

³⁴ Sul punto cfr. ADORNO, *Assunzione delle prove*, cit., p. 286; AVANZINI, *L'esame dibattimentale*, cit., p. 53; KALB, *La «ricostruzione orale» del fatto tra «efficienza» ed «efficacia» del processo penale*, Torino, 2005, pp. 61-62; PAULESU, *Giudice e parti nella "dialettica" della prova testimoniale*, Torino, 2002, p. 187; UBERTIS, voce *Giudizio di primo grado (disciplina del) nel diritto processuale penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, Vol. V, Torino, 1991, p. 521 e ss.

³⁵ MAMBRIANI, *Esame e controesame*, cit., p. 461.

stesse, l'esame può invece essere unitario, perché la sua ripetizione sarebbe inutile ed antieconomica»³⁶.

Ad onta dell'importanza del canone costituzionale cui siffatta disciplina presta osservanza – quella presunzione di non colpevolezza che esige sia l'accusa ad essere onerata della prova – si tratta di una regola disponibile, come emerge con chiarezza dall'art. 493, 2° comma, c.p.p., il quale apre alle parti la possibilità di escogitare un ordine diverso, previamente concordandolo; disponibile, però, non nel senso che la violazione del disposto che esige la priorità acquisitiva delle prove d'accusa possa essere commessa *ad libitum*, come par di capire da una scarna giurisprudenza, peraltro saldamente orientata in senso contrario, sulla scorta dell'assunto per cui l'inottemperanza al disposto dell'art. 496 c.p.p. non sarebbe difetto capace di avverare la fattispecie di una nullità di ordine generale, né costituirebbe violazione di un divieto di legge da cui potrebbe discendere l'inutilizzabilità delle prove assunte: si tratterebbe di una disposizione di natura ordinatoria, non casualmente sprovvista di sanzione³⁷.

Fornire risposte discordanti dall'esegesi giurisprudenziale, appare, qui, in effetti, alquanto arduo: pur essendo senz'altro identificabile tanto l'interesse

³⁶ Così ILLUMINATI, *Ammissione e assunzione della prova*, cit., p. 102.

³⁷ Così, da ultimo, Cass., Sez. II, 25 gennaio 2011, n. 6914, che risolve la violazione in una «mera irregolarità»; in dottrina, analoga la posizione di ADORNO, *Assunzione delle prove*, cit., p. 285; *contra* GIANZI, voce *Esame diretto e controesame dei testimoni*, in *Enc. Dir.*, Agg. III, Milano, 1999, p. 592 e ss., che, in particolare, rileva: «La violazione delle norme concernenti l'ordine di assunzione della prova testimoniale, qualora non vi sia l'accordo o il consenso delle parti, determina a nostro avviso la nullità di ordine generale di cui alle lett. *b* e *c* dell'art. 178, potendo incidere sulla partecipazione al giudizio del pubblico ministero e sull'intervento e sull'assistenza dell'imputato e delle altre parti private. Tuttavia, in concreto, difficilmente configurabile è la lesione dei diritti di partecipazione del pubblico ministero e della parte civile, dato l'ordine di assunzione stabilito dalla legge, mentre diversa è la situazione per il diritto d'intervento e di assistenza dell'imputato e delle parti portatrici degli stessi interessi che si vedono pregiudicati dall'inversione dell'ordine di assunzione rispetto all'accusa».

tutelato³⁸, quanto la struttura della fattispecie, costruita in termini di norma finalizzata alla regolamentazione del *modus procedendi* nell'acquisizione della prova³⁹, il dato empirico dimostra come risulti in concreto assai disagiata, per non dire impossibile, l'individuazione del *quando* e del *come* il singolo risultato probatorio sia stato sconvolto dall'alterazione dell'*iter* acquisitivo, sicché si dovrebbe giungere di necessità all'idea che *ogni* violazione (non concordata) nell'ordine stabilito dal codice sia in grado di produrre l'inutilizzabilità della prova. Conclusione, questa, estrema non solo in linea di principio, che, in quanto tale, inevitabilmente condurrebbe al risultato opposto, ovvero ad una sostanziale sterilizzazione della regola da parte della giurisprudenza.

All'interno della turnazione disciplinata dall'art. 496, poi, l'ordine di presentazione delle singole prove è affidato alla scelta strategica prediletta dalla parte⁴⁰ ed anzi, in senso più preciso, alla possibilità che l'ordine

³⁸ Per l'importanza di questa *guideline* nell'individuazione delle norme stabilite a pena d'inutilizzabilità, v. GALANTINI, *L'inutilizzabilità*, cit., p. 134 e ss.

³⁹ CORDERO, *Il procedimento probatorio*, in *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, p. 53.

⁴⁰ Per il riferimento ad una precisa «progettualità» che deve investire la condotta delle parti nel momento dell'acquisizione delle prove orali v. diffusamente CARPONI SCHITTAR, *Esame e controesame. Teoria e tecnica*, Milano, ed. 2012, p. 253 e ss. Sul punto si vedano anche le interessanti notazioni, condotte in prospettiva non schiettamente giuridica, da parte di STERI, *La cross examination: occasione mancata o opportunità?*, in *Psicologia e giustizia*, 2004, su www.psicologiagiuridica.com: «Presentare le testimonianze senza ordinarle in una sequenza logica e senza fare attenzione ai rapporti tra quelle precedenti e quelle successive sarebbe poco produttivo, rischiando di ingenerare confusione. Questa considerazione intuitiva ha trovato conferma su basi più scientifiche, grazie ad accurati studi sulla comunicazione persuasiva, che hanno aiutato a capire i meccanismi che portano le persone a formarsi un'opinione»; l'autrice si premura anche di aggiungere che, però, ad onta della premessa «se è vero che tutti sembrano consapevoli dell'opportunità di studiare attentamente l'ordine con cui esaminare le persone citate, è anche vero che nessuno sembra andare oltre il semplice ordine logico-cronologico».

favorito offre di dipingere nel modo più accurato l'ipotesi che ciascuno si propone di dimostrare⁴¹.

Lo snodo centrale di questa costellazione probatoria è sicuramente quello dedicato alle regole che disciplinano la modalità delle domande nel corso dell'esame incrociato, inteso, quest'ultimo, quale metodo adottato dal legislatore in quanto epistemologicamente più affidabile nella complessa opera di ricostruzione del fatto⁴²; ma non solo: in esso si esprime, diremmo esemplarmente, il principio del contraddittorio nella formazione della prova⁴³, al tempo stesso in cui si presenta *pure* come privilegiato strumento di comunicazione con il giudice⁴⁴.

Ai sensi dell'art. 498, 1° comma, c.p.p., l'esame incrociato s'avvia con l'esame diretto condotto dalla parte che ha chiesto l'ammissione del teste e la funzione di questa *tranche* del momento acquisitivo della prova è sicuramente dimostrativa dell'ipotesi che la parte intende provare⁴⁵.

Segue il controesame, tale dovendo definirsi solo quello condotto dalla parte che non ha chiesto l'esame diretto, ma non anche quello realizzato da chi, pur non essendo autore della richiesta d'introduzione del teste, ha un interesse comune a quella che l'ha introdotto, come,

⁴¹ MAMBRIANI, *Esame e controesame*, cit., p. 462.

⁴² KALB, *La «ricostruzione orale» del fatto*, cit., pp. 58-59.

⁴³ Chiarissima sul punto BARGIS, voce *Testimonianza (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, Annali II-1, Milano, 2008, p. 1097 e ss.; ma v. pure CONTI, *Le due "anime" del contraddittorio nel nuovo art. 111 Cost.*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2000, p. 197 e ss.; TONINI, *Il contraddittorio: diritto individuale e metodo di accertamento*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2000, p. 1388 e ss. *Amplius* sull'argomento si veda, comunque, l'ampio studio di FANUELE, *Le contestazioni nell'esame testimoniale*, Padova, 2005, p. 88 e ss.

⁴⁴ In tal senso AMODIO, *L'esame incrociato tra gli insegnamenti della prassi angloamericana e le scelte del legislatore italiano*, in STONE, *La cross-examination. Strategie e tecniche*, Milano, 1990, p. XIII e ss.; ORLANDI, *L'attività argomentativa*, cit., p. 45.

⁴⁵ Cfr. CARPONI SCHITTAR, *Esame e controesame*, cit., p. 259 e ss.

tipicamente, nel caso della parte civile rispetto al testimone ammesso su richiesta del pubblico ministero⁴⁶.

La finalità del controesame risulta, per così dire, *in re ipsa*: è possibile che il suo scopo – e, con esso, la sua concreta conformazione – sia diretto a spiegare i termini esatti dei *dicta* resi nell'esame diretto, sì da deprivarli dell'efficacia negativa che essi possiederebbero in assenza di ulteriori chiarimenti; può essere rivolto, invece, ad estrarre dalle cognizioni del testimone dati idonei a screditare la sua capacità di essere latore delle cognizioni offerte, nei termini in cui l'art. 196, 2° comma, c.p.p. parla di idoneità fisica o mentale del teste; oppure è immaginabile che esso miri ad incrinare la sua credibilità, nella misura in cui ciò è ammesso dall'art. 194, 2° comma, c.p.p.; sicché l'esame «può estendersi anche ai rapporti di parentela e di interesse che intercorrono tra il testimone e le parti o altri testimoni» nonché, più in generale, a tutte quelle «circostanze il cui accertamento è necessario per valutarne la credibilità»: insomma, i temi di prova cui è capace di dilatarsi il controesame sono potenzialmente più ampi rispetto a quelli oggetto dell'esame diretto⁴⁷ e, a tal fine, sono ammissibili non solo tutte le domande che restino nell'ambito dei temi di prova indicati nella lista

⁴⁶ Giustamente chiarisce KALB, *La «ricostruzione orale» del fatto*, cit., p. 78 che «deve parlarsi di controesame, in senso stretto, quando la sua conduzione è affidata alla parte che ha un interesse contrario a quella che ha richiesto la deposizione».

⁴⁷ Chiarisce bene il punto ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione*, cit., p. 105; secondo BARGIS, voce *Testimonianza*, cit., p. 1123 «la giurisprudenza circoscrive il diritto al controesame alle circostanze indicate in lista da chi ha chiesto l'esame del teste: tuttavia, considerando che, con riguardo alle liste, prevale il discutibile orientamento che si accontenta di formule di stile riferite ai fatti oggetto dei capi d'imputazione, tra i due assunti s'innescano un corto circuito, che in concreto potrebbe consentire un controesame a largo raggio»; in pari sensi anche RIZZO, voce *Esame e controesame*, in *Dir. Disc. Pen.*, Agg. III, Torino, 2005, p. 428 e ss., ma si veda pure, sul punto, in prospettiva particolarmente approfondita, MENNA, *Gli interventi del giudice dibattimentale sull'acquisizione della prova*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2007, p. 705 e ss.

testimoniale, ma anche quelle indispensabili a stabilire la capacità a testimoniare, di cui all'art. 196, o la credibilità ai sensi dell'art. 194 c.p.p.

A mente del 3° comma dell'art. 498, la parte che ha condotto l'esame diretto può proporre nuove domande, al termine dell'ultimo controesame effettuato da parte avversa, ma la formula normativa non delimita i confini del *novum*: è implicito, ovviamente, che esso non possa estendersi a toccare temi esclusi dalla capitolazione della lista testimoniale, ma è altrettanto logico che il riesame possa tornare sulle tematiche eventualmente nuove toccate nel corso del controesame⁴⁸.

Fondamentali, nell'opera acquisitiva, appaiono i due divieti previsti nel 2° e nel 3° comma dell'art. 499 c.p.p. Il primo impedisce *sempre* – ovvero tanto nel corso dell'esame diretto, quanto nel corso del controesame – tutte quelle domande che siano in grado di nuocere alla sincerità delle risposte; tali sono senz'altro le domande che, nel contenuto o anche solo nel modo, risultino intimidatorie⁴⁹ oppure mirate ad agire sulla psiche del teste in modo da innervosirlo⁵⁰, ma non quelle classicamente denominate domande "trabocchetto", che danno, cioè, per scontato un presupposto falso, evidentemente ammissibili in sede di controesame in quanto *ex se* finalizzate, ed anzi assai idonee, a testare l'attendibilità del testimone, sulla scorta dell'idea che «anche una domanda che spinga il teste a mentire, ad esempio, per dissimulare una

⁴⁸ Sul riesame, risultano utili i rilievi di AVANZINI, *La reiterazione del controesame*, in *Dir. Pen. Proc.*, 1997, p. 1363 e ss.

⁴⁹ A proposito delle domande nocive alla sincerità delle risposte, scrive CORDERO, *Procedura penale*, ed. 2006, cit., p. 681: «l'escussore lavora su pazienti talvolta chiusi e li sprema, se vi riesce, purché non usi espedienti lesivi della libertà morale; ad esempio, minacce larvate, allettamenti, parole o mimiche violente...».

⁵⁰ SELVAGGI, voce *Esame diretto e controesame*, in *Dig. Disc. Pen.*, Vol. IV, Torino, 1990, p. 280 e ss.

precedente falsità, va ammessa in quanto consenta di smascherarlo come falso teste»⁵¹.

E, in effetti, ai sensi del comma 3 dell'art. 499 sono invece precluse al solo esaminatore diretto le domande *suggestive*, ossia quelle costruite in modo tale da contenere, in varia forma, una parte della risposta⁵².

In buona sostanza, illustra bene la differenza tra domande *nocive* e domande *suggestive* chi nota come «per cogliere le ragioni della diversa disciplina è utile riflettere sul fatto che la “nocività” della domanda attiene, più che al suo contenuto, alle modalità di proposizione della stessa, tali da determinare, anche facendo leva su meccanismi psicologici dell'interrogato, una riduzione della sua capacità di evocare o di esporre il fatto; il soggetto, cioè, a causa della valenza espressa o sottintesa della domanda, è in qualche modo impedito a rispondere con libertà e quindi con serenità»; di contro, la domanda suggestiva «più che influire sulla capacità astratta e sulla libertà dell'esaminando a rielaborare la propria

⁵¹ Così FERRUA, *La testimonianza nell'evoluzione del processo penale italiano*, in *Studi sul processo penale*, II, Torino, 1992, p. 85 e ss.

⁵² Sempre efficace CORDERO, *Procedura penale*, ed. 2006, cit., p. 681, così spiega le domande suggestive: «presuppongono cose non ancora dette, insinuandole all'escusso (ad esempio: “stava lì l'assassino?” quando deve dire se sia stato quel tale a uccidere); e l'attuale norma (comma 3) le vieta solo all'esaminante, nonché a chi abbia interessi comuni (come spesso capita a parte civile-pubblico ministero o a responsabile civile-imputato). Pour cause: è scorretto che l'istante o i suoi alleati imbecchino l'esaminato; ma i controescussori vogliono sopraffarlo e qui servono anche domande insidiose. Gli esami incrociati costano a chi li subisce: è nella logica impietosa del trial». Utilissime anche le precisazioni di DE CATALDO NEUBURGER, *Esame e controesame nel processo penale*, Padova, ed. 2000, p. 188: «occorre distinguere tra domanda *suggestiva* e domanda *implicativa* anche se in genere si tende a considerarle sinonimi... Il tratto comune ad entrambe queste due categorie di domande consiste nella loro *non neutralità strutturale* rispetto alla risposta attesa. Ma sotto altri aspetti presentano differenze sostanziali. Le domande *suggestive* mirano ad influenzare la risposta attraverso un meccanismo di evocazione suggestiva; le *implicative*, non sono domande, ma affermazioni di fatto che chiedono conferma».

conoscenza, mira invece ad incidere direttamente sul contenuto della dichiarazione, perché contiene in sé la risposta»⁵³.

Ora, a differenza di quanto accade per le regole concernenti l'ordine di assunzione della prova, è agevole rendersi conto che, da un lato, la lettera dell'art. 499, 2° e 3° comma, contiene alcuni divieti senz'altro espliciti – rispettivamente, divieto a chiunque di porre domande nocive e divieto all'esaminatore di porre domande suggestive – mentre, dall'altro, la funzione dei medesimi divieti è, palesemente, il presidio del contraddittorio⁵⁴, quale valore in sé imprescindibile, come pure il presidio della funzione epistemica specifica dell'esame incrociato⁵⁵; tutto ciò almeno nella misura in cui si condivide che «il maggior pregio dell'esame incrociato non è tanto di accertare la verità, quanto di scoprire la menzogna; funzione essenziale, dato che nel processo,

⁵³ È l'efficace distinguo proposto da SELVAGGI, voce *Esame diretto e controesame*, cit., p. 283.

⁵⁴ Quest'ultimo profilo è colto con efficacia in particolare da chi sottolinea quale sia la funzione effettiva del divieto di domande suggestive: «La vera *ratio* dell'accennato precetto... sta nel modello epistemologico di riferimento, che, come si è detto, è quello argomentativo e non l'altro positivistico fondato sull'attribuzione di automatica capacità dimostrativa alla risposta del dichiarante quale assoluto elemento di riscontro del dato oggetto della corrispondente domanda. Si vuole dire che la domanda suggestiva è vietata perché, chiudendo il discorso su una determinata circostanza, non permette al controesaminante di allargare i temi del mezzo di prova onde sindacare meglio la credibilità del dichiarante a partire proprio dalle risposte fornite in concreto dal deponente. Queste lasciano spazio ad una verifica *ex adverso* solamente se il contenuto delle asserzioni dell'esaminato non sia precostituito dall'esaminante, anche nei minimi particolari, attraverso ipotetiche domande suggestive, in modo che chi, poi, controesamina possa sfruttare l'impreparazione e, quindi, anche la mancata suggestione del dichiarante su taluni particolari della vicenda o su altre tematiche relative all'attendibilità del deponente al fine di sindacare la credibilità di quanto precedentemente asserito proprio grazie agli allargamenti tematici»: così MENNA, *Gli interventi del giudice dibattimentale*, cit., pp. 706-707.

⁵⁵ Cfr. CORDERO, *Procedura penale*, ed. 2006, cit., p. 678: «ad eruendam veritatem non esiste tecnica migliore».

come altrove, spesso è decifrando le menzogne che si raggiunge la verità»⁵⁶.

Insomma, tanto la tecnica di costruzione della fattispecie normativa, quanto gli interessi tutelati dalle regole di cui si parla, inducono ad un risultato inequivoco⁵⁷: seguendo siffatto tracciato logico, infatti, la dottrina è chiara sulle conseguenze di una eventuale trasgressione, collocando l'inottemperanza nella sfera d'azione dell'art. 191 c.p.p., il quale prevede l'inutilizzabilità di prove acquisite in violazione di uno specifico divieto, e ciò pure laddove la disposizione violata non contenga in sé alcuna sanzione⁵⁸; di contro – si osserva ancora – l'illegittima esclusione di domande ammissibili, è capace di determinare una lesione del

⁵⁶ In questi termini FERRUA, *Il 'giusto processo'*, Bologna, ed. 2012, p. 131.

⁵⁷ Sottolinea bene l'idea dell'inderogabilità della disciplina codicistica, in virtù degli interessi sottostanti, KALB, *La «ricostruzione orale» del fatto*, cit., p. 59: «Dalla lettura dell'assetto normativo non può sfuggire un segnale assai significativo anche per la prosecuzione dell'analisi in corso: la disciplina mira a stabilire le modalità di assunzione del mezzo di prova orale, in modo tale che l'esame incrociato sia strumento idoneo per il conseguimento di una corretta conoscenza, perché formatasi attraverso il rispetto del contraddittorio tra le parti, poste in condizioni di parità dinanzi all'organo terzo ed imparziale, nonché del principio naturale dell'oralità-immediatezza, determinante il contatto senza mediazioni tra il giudice e la fonte probatoria. In altre parole, non possono ammettersi eccezioni al principio secondo il quale il risultato probatorio determinante una conoscenza utilizzabile ai fini della decisione è solo quello conseguito attraverso l'assunzione «legale» del mezzo di prova, ossia quello formatosi nel rispetto totale delle regole del giuoco, previste dal legislatore e costituzionalmente protette...».

⁵⁸ Per questa conclusione cfr. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione*, cit., p. 115; MENNA, *Gli interventi del giudice dibattimentale*, cit., pp. 709-710; PAULESU, *Giudice e parti*, cit., pp. 212-213; VARRASO, *Violazione del divieto di domande suggestive: il ruolo delle parti ed i poteri del giudice*, in *Cass. Pen.*, 2006, p. 2868 e ss.

contraddittorio inquadrabile all'interno delle nullità di ordine generale, ai sensi dell'art. 178 c.p.p.⁵⁹

A questa limpida impostazione dottrinale fa eco, invece, una prassi dei giudici del merito – sostanzialmente convalidata dalla Cassazione, salvo rari esempi di segno contrario di cui appresso si dirà – invero corale⁶⁰ nel negare pregio e significato alla violazione delle principali regole di disciplina della *cross examination*, considerate quali orpelli formali ovvero ostacoli inaccettabili a fronte di una presunta capacità del giudice di afferrare la verità così come essa sgorga dalla bocca del testimone; con buona pace di chi sottolinea, rispetto ad un contiguo e precedente assunto giurisprudenziale, che «l'aspetto desolante del discorso non sta nel porre al centro del processo l'esperienza cognitiva; la ricerca del vero è una fondamentale condizione di giustizia... L'errore sta nel ritenere che l'ostacolo al perseguimento di quel fine sia il contraddittorio, nell'instaurare un'antitesi tra i due valori per effetto della quale destinato a soccombere è poi inevitabilmente il contraddittorio»⁶¹.

Si legga, a sintomatico esempio, il seguente passaggio, tratto da una sentenza della Cassazione: «la giurisprudenza costante di questa Corte ha rilevato... che l'assunzione della prova direttamente a cura del presidente, e mediante la semplice richiesta se il teste confermi o meno le dichiarazioni già rese in una precedente fase del dibattimento, pur non potendosi dire conforme alle regole che disciplinano la prova stessa, perché *non si articola con domande su fatti specifici* (art. 499 c.p.p., comma 1), *tende a suggerire la risposta* (art. 499 c.p.p., commi 1 e 2), e

⁵⁹ BARGIS, voce *Testimonianza*, cit., p. 1127 parla di «nullità di ordine generale ex art. 178 lett. b o c, a seconda della parte in concreto interessata alla violazione».

⁶⁰ Giustamente sottolinea CONTI, *Il volto attuale dell'inutilizzabilità: derive sostanzialistiche e bussola della legalità*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2010, p. 781 e ss., che «quotidianamente le violazioni delle norme sull'esame incrociato sono considerate pressoché prive di conseguenze sanzionatorie».

⁶¹ Sono ancora parole di FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 129.

comunque viola la disposizione per la quale – salvi alcuni casi particolari – le domande sono rivolte al testimone direttamente dalle parti processuali (art. 498 c.p.p., comma 1), tuttavia non dà luogo ad alcuna sanzione di nullità, posto che la deroga alle norme indicate non è riconducibile ad alcuna delle previsioni delineate dall'art. 178 c.p.p.; del pari non ricorre alcuna inutilizzabilità, posto che non si tratta di prova assunta in violazione di divieti posti dalla legge bensì di prova assunta con modalità diverse da quelle prescritte. In conclusione, si tratta di inosservanza di norma processuale non deducibile dinanzi alla Corte di Cassazione»⁶².

La formula finale racchiude il concetto chiave, che si identifica nell'idea per cui la sanzione dell'inutilizzabilità sarebbe stata riservata dal legislatore esclusivamente alle prove vietate in sé e per sé, *id est* inammissibili; esegesi, questa, forse condotta sulla scorta della percezione di una certa difficoltà nell'individuazione di quali siano effettivamente «i requisiti della legittima acquisizione della prova al giudizio»⁶³ o forse, piuttosto, cagionata da un'antica riluttanza del giudice a digerire con facilità tutte quelle norme che il legislatore escogita per porre argini all'espansività del libero convincimento⁶⁴.

⁶² Corsivo nostro. Così si esprime, tra le tante altre decisioni analoghe, citate peraltro espressamente nel corpo della medesima sentenza, Cass., Sez. V, 17 luglio 2008, n. 38271. Identica, ad esempio, nel testo e nella massima Cass., Sez. I, 14 luglio 2005, n. 39996; sull'irrelevanza di domande schiettamente suggestive poste dal p.m. al chiamante in correità, v. Cass., Sez. I, 06 maggio 2008, n. 32851.

⁶³ Così il pensiero di SCCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit., p. 168.

⁶⁴ Vale la pena di riportare qui le brillanti e ironiche pagine di AMODIO, *La cross examination all'italiana*, in *Mille e una toga. Il penalista tra cronaca e favola*, Milano, 2010, p. 183 e ss.: «la cultura inquisitoria continua a dominare e a frenare l'autonomia delle parti nell'esame diretto e incrociato. Il motore per l'accertamento della verità è il giudice che mal sopporta di conoscere poco gli atti del processo, in conseguenza dei filtri posti dal codice e di dover essere relegato in un ruolo di secondo piano nella elaborazione della prova. Da qui una vera *via crucis* per il difensore e, qualche volta, anche per il pubblico ministero che si avventura nell'esame dei testi. È un

E, in effetti, pure le rare sentenze che paiono valorizzare le regole preposte all'acquisizione della prova, si risolvono di fatto non già nel riconoscimento della sanzione e, dunque, nell'annullamento, accompagnato, dall'ordine d'estromissione del materiale spurio dalla futura decisione di rinvio, quanto piuttosto nell'affidamento al giudice del vaglio sull'effettività di un inquinamento del risultato probatorio, che invece risulta stabilita una volta per tutte dal legislatore; si osservi, ad esempio, la recente pronuncia che, in controtendenza rispetto ad un collettivo assunto di irrilevanza della proposizione al teste di domande suggestive, esprime quanto segue: «se si procede all'esame dell'art. 499 c.p.p. nella sua interezza, si perviene necessariamente alla conclusione che il divieto di porre domande suggestive, nel significato che il termine assume nel linguaggio giudiziario di domande che tendono a suggerire la risposta al teste, opera per tutti i soggetti che partecipano al processo... Il giudice, pertanto, deve vietare in modo assoluto le domande che possono nuocere alla sincerità delle risposte (comma 2); vietare alla parte che ha addotto il teste o che ha un interesse comune con lo stesso di formulare le domande in modo da suggerirgli le risposte (comma 3)... A maggior ragione tali divieti e precauzioni devono essere osservati allorché il giudice procede all'esame diretto di un testimone che sia minore, ai sensi dell'art. 498 c.p.p., comma 4... È stato, infatti, opportunamente sottolineato... che nell'esame dei minori devono osservarsi particolari cautele, soprattutto se si tratta di soggetti più piccoli, poiché se da un lato si può affermare che i bambini non tendono a mentire consapevolmente, dall'altro deve tenersi conto che gli stessi presentano modalità relazionali orientate in senso imitativo e adesivo e risultano, perciò, influenzabili dalle

percorso di sofferenza e di frustrazione che registra continui scontri con l'altare su cui è collocato il giudice. Poiché egli tutto vede e tutto sa, l'esaminatore deve sopportare interferenze e intromissioni di ogni tipo» (p. 192).

suggerzioni che possono essere insite nelle domande degli adulti e tendono a formulare risposte che ne assecondino le richieste»⁶⁵.

Come può osservarsi, la pronunzia parte da una ricognizione attenta alla *voluntas legis* e consapevole, altresì, dell'effetto *letteralmente devastante* che può avere un esame testimoniale condotto in violazione delle regole codicistiche sul valore cognitivo del risultato probatorio derivatone; la conclusione dell'incoraggiante premessa risulta, però, deludente: «ciò precisato, la Corte ritiene di non doversi discostare dall'indirizzo interpretativo assolutamente consolidato, secondo il quale la violazione delle regole da osservarsi nell'esame dei testimoni *non è sanzionata dal codice di rito*, riferendosi il divieto di utilizzazione della prova ex art. 191 c.p.p. alla prova vietata dalla legge nel suo complesso e non alla regolarità dell'assunzione di quelle consentite, e non determinando la violazione delle regole dettate in materia di assunzione della prova la sua nullità, stante il principio di tassatività. *È evidente, però, che l'inosservanza delle regole stabilite dal codice di rito per assicurare la sincerità e genuinità delle risposte del teste* e, trattandosi di minori, anche delle linee guida dettate dalla Carta di Noto, *rende la prova non genuina e poco attendibile*. In tal caso, perciò, il giudice di merito, di fronte a puntuali contestazioni riguardanti la violazione delle regole dettate dal codice di rito per assicurare la sincerità e genuinità delle risposte e delle raccomandazioni degli esperti relative all'esame dei minori, *nel valutare la prova già assunta da altri, non può trincerarsi dietro la generica affermazione della validità del mezzo istruttorio, ma deve tener particolarmente conto degli elementi che possono averne inficiato la genuinità da qualsiasi causa tale risultato sia stato determinato*»⁶⁶.

In sintesi, l'unico dato che effettivamente conduce a differenziare la pronunzia in questione dalle precedenti,

⁶⁵ È il testo di Cass., Sez. III, 18 gennaio 2012, n. 7373.

⁶⁶ Così ancora dal testo della sentenza citata nella nota precedente. Corsivo nostro.

sta nella valorizzazione *astratta* dell'importanza delle regole codicistiche, cui segue il riconoscimento del *concreto* effetto inquinante della metodologia errata; il punto d'arrivo che si fa derivare dalla premessa, immuta, però, il vizio processuale in un problema di attendibilità, ovvero in uno risolvibile all'interno dell'area della valutazione e della susseguente motivazione della sentenza.

Si tratta di un'esegesi particolarmente inappagante, per una pluralità di motivi: anzitutto essa, in buona sostanza e ad onta delle apparenze, nega *funditus* il valore epistemologico di un contraddittorio *reale* nell'assunzione della prova, dando conto *a contrario*, ma ineludibilmente, del fatto che in linea teorica una prova acquisita in violazione dei divieti statuiti dal legislatore *potrebbe tranquillamente essere assunta a fondare una decisione di condanna, purché se ne motivi l'attendibilità*; in secondo luogo, essa finisce col fornire ulteriore legittimazione alla tendenza dei giudici di merito ad ignorare le regole codicistiche preposte all'assunzione della prova, esattamente nella proporzione in cui trasforma l'obbligo di rispetto di quelle regole in un obbligo di motivare l'uso della prova *a dispetto dell'inadempienza al divieto*; da ultimo, la pronunzia trascura completamente di chiarire in qual modo mai potrebbe trasformarsi in controllore imparziale dell'attendibilità della prova *lo stesso giudice che ha consentito le domande suggestive o nocive oppure, peggio, lo stesso giudice che, per avventura, abbia violato in prima persona quelle regole* intervenendo nello svolgimento dell'esame incrociato.

Ma non basta: la decisione appena esaminata, come la congerie delle altre che la precedono sul tema, non tiene in conto alcuno un aspetto ulteriore e assai significativo del problema: è concepibile ed anzi ricorrente nell'esperienza empirica che la difesa non sia in possesso di prove tali da smentire l'accusa e che, quindi, la strategia difensiva si concreti in tutto o in parte nella prospettiva – magari ben ragionata e costruita – *dell'acquisizione di elementi cognitivi, idonei a distruggere l'attendibilità dell'ipotesi*

accusatoria, giusto tramite controesame dei testimoni addotti a carico.

Trattasi di evenienza invero tipica di tutte quelle fattispecie delittuose che si sostanzino nella prospettazione di un rapporto tra imputato e persona offesa privo di testimoni; caratteristiche, in tal senso, sono le fattispecie di violenza sessuale o di maltrattamenti, ma non solo: in questi termini possono atteggiarsi, in concreto, anche imputazioni assai diverse, come la concussione, la corruzione, l'estorsione e via di seguito discorrendo, secondo una capacità di variegatezza delle fattispecie concrete che è la caratura propria del mondo reale.

In tutte queste ipotesi, il *clou* dell'istruzione dibattimentale si appunta, evidentemente, sull'esame della persona offesa, e la tattica difensiva vira integralmente o in parte essenziale, non solo sulla garanzia della corretta conduzione dell'esame diretto, ma anche – ed anzi soprattutto – sull'efficacia del controesame.

Di fatto, in simili situazioni la violazione del metodo è non solo una violazione di norma processuale, ma diventa mancata acquisizione di una prova decisiva, laddove si rifletta che la decisività non può essere logicamente riferita al *mezzo* di prova, ma al *risultato* auspicato dalle parti.

È giusto in questa prospettiva, ad esempio, che correttamente si è rilevato, con riferimento alla peculiare situazione determinata dalla rinuncia all'esame diretto ad opera della parte che ha introdotto il testimone ovvero alla proposizione di domande parziali rispetto ai *themata* introdotti tramite la lista, come «il controesame in alcune evenienze possa svolgere una funzione fondativa della prova; ciò accade non solo nel caso in cui l'esame non si sia svolto, perché, appunto, la parte richiedente non abbia inteso fare domande, ma anche quando l'esame diretto

abbia avuto ad oggetto solo alcune delle circostanze indicate nella lista *ex art. 468 c.p.p.*»⁶⁷.

In casi siffatti, la rinuncia della parte che ha provocato l'introduzione del testimone a tutto l'esame diretto o anche solo a parte del medesimo, non cancella affatto il diritto della parte avversaria a controesame; insomma, ciò che si sottolinea, evidenziando quella che viene efficacemente definita, appunto, la «funzione fondativa» del controesame, è che determinate evenienze processuali sono in grado di mostrare più delle altre il fatto che il diritto a controesame risulta essere parte di un più ampio diritto alla confutazione, il quale può avverarsi tramite prova contraria fornita da fonti di prova autonomamente introdotte dalla parte, ma che può anche trovare esplicazione tramite una prova contraria fornita dalle medesime fonti introdotte dalla parte avversaria, come del resto regolarmente accade nel processo civile⁶⁸.

Non per caso, il problema era stato acutamente notato in tempi contigui all'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale, congetturando sull'«ipotesi del teste che rifiuti di sottoporsi al controesame o, comunque, vi si sottragga»; all'immaginazione era seguita una constatazione d'inefficienza del sistema al rimedio: «parrebbe corretto che le dichiarazioni rese nell'esame diretto fossero inutilizzabili a fini decisori, per lo meno a carico della parte che non ha potuto saggiarle con il controesame. Ma sulla base di quali norme? Nessuna

⁶⁷ Così SILVESTRI, *Controesame, potere del presidente di rivolgere domande e divieto di domande suggestive*, in *Cass. Pen.*, 2009, p. 1556 e ss.

⁶⁸ AVANZINI, *L'esame delle fonti di prova personali*, cit., p. 55 e n. 46 *ibidem*, affrontando la problematica suscitata dalla rinuncia al teste già ammesso, su cui la parte potenzialmente conti quale «prova contraria diretta su tutte le circostanze avversarie e per il tramite delle medesime fonti personali», rileva che «la prova contraria diretta, nell'ambito dell'esame, può avere una rilevanza autonoma solo se sono indicate fonti diverse da quelle introdotte dalla controparte, venendo, in caso contrario, assorbita dal controesame».

disposizione dice che sia inutilizzabile l'esame diretto quando all'antagonista sia mancato il controesame»⁶⁹.

Non giova in minima misura la soluzione oggi offerta dall'art. 500, 3° comma, c.p.p. – nella versione modificata con Legge n. 63 del 2001 – ai cui sensi se il teste rifiuta di sottoporsi al controesame, le dichiarazioni rese all'altra parte in via di esame diretto non possono essere utilizzate contro la parte che è stata privata della possibilità di confutazione.

La formula normativa, in effetti – già di per sé equivoca tanto nella collocazione, quanto nel contenuto⁷⁰ – suscita problemi più profondi di quanti avesse ambito a risolverne; ne sono prova *in primis* le molteplici esegesi dottrinali offerte a meglio comprendere il significato di una *littera legis* che ruota attorno al concetto di “rifiuto” di sottoposizione al fuoco delle domande di parte: secondo una lettura evidentemente intesa a valorizzare la tutela del contraddittorio nella formazione della prova «la

⁶⁹ Così FERRUA, *La testimonianza nell'evoluzione*, cit., p. 103; l'illustre autore prosegue ipotizzando il possibile avverarsi di una nullità dell'esame diretto per inosservanza di una disposizione concernente l'assistenza dell'imputato o la partecipazione del pubblico ministero al procedimento.

⁷⁰ È solo da condividere il rilievo di chi giudica la norma «confusa e poco coerente» in base ad una serie di notazioni che appaiono ineccepibili; così quando si osserva che «già la collocazione stessa dell'art. 500, dedicato alle contestazioni, contribuisce a creare equivoci. La specifica previsione del comma 3 non ha nulla a che vedere con il regime d'uso a fini contestativi delle precedenti dichiarazioni... Dal punto di vista sistematico, poi, è difficile spiegare perché soltanto il rifiuto di sottoporsi all'esame o al controesame, e non anche le altre cause che ne impediscano lo svolgimento, siano rilevanti ai fini dell'inutilizzabilità della prova. Sicuramente ha influito il divieto unilaterale contenuto nell'art. 111, comma 4 Cost.... concernente la volontaria sottrazione all'esame da parte della difesa, che però era stato introdotto pensando alla situazione del chiamante in correttezza...». Sono argomenti di ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione*, cit., p. 110. Anche CESARI, voce *Prova (acquisizione della)*, in *Dig. Disc. Pen.*, Agg. II, Torino, 2004, p. 694 e ss., parla di norma che «ospita sorprendentemente una previsione connessa alle evenienze dell'esame incrociato, più che alle contestazioni dibattimentali» (p. 701).

testimonianza può dirsi validamente formata solo sulle circostanze su cui le parti abbiano avuto modo di escutere efficacemente la fonte», sicché tutte le volte il cui il rifiuto sia parziale, ovvero riferito solo a singole domande all'interno di un più vasto oggetto dell'escussione, l'inutilizzabilità dovrebbe restare «circostritta alle risposte rese alle altre parti relative ai fatti sui quali si è manifestato l'ostruzionismo del dichiarante»⁷¹.

Altrove, sulla scorta di riflessioni altrettanto meditate, si osserva, invece, che il riferimento esclusivo al rifiuto di «sottoporsi» all'esame, non potrebbe che essere interpretato *ad litteram*; in questa prospettiva «né l'omessa risposta a singole domande, né la risposta evasiva o non pertinente» potrebbero equipararsi al rifiuto, con quanto ne deriva in termini di conseguenze sanzionatorie: «non si può dire, qui, che l'esame incrociato non si sia realizzato; anzi sembrerebbe aver assolto la sua specifica funzione di vagliare l'attendibilità della testimonianza», mentre, d'altra parte, si aggiunge, un'esegesi siffatta propone il vantaggio di «evitare che l'inutilizzabilità dipenda da una valutazione discrezionale circa l'effettiva esistenza del 'rifiuto'»⁷².

Si evidenzino, ora, le varie situazioni che possono manifestarsi in concreto: il teste che ha già reso felicemente l'esame diretto può rifiutarsi *ab imis* di sottostare al controesame; è possibile, ancora, che non risponda a singole domande oppure a tutte le domande

⁷¹ È l'opinione di CESARI, voce *Prova (acquisizione della)*, cit., p. 701. Analoga la posizione di PAULESU, *Giudice e parti*, cit., p. 237 e ss.

⁷² Così ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione*, cit., pp. 111-112. A metà via si colloca la soluzione esegetica di CONTI, *La formazione della prova in dibattimento*, in AA.VV., *Giusto processo e prove penali*, Milano, 2001, p. 191 e ss., che distingue il rifiuto completo e il rifiuto su un singolo capo d'accusa o su un determinato tema di prova, dal rifiuto su singole domande, collegando la sanzione d'inutilizzabilità delle risposte effettivamente date al primo e secondo caso, ma non al terzo. Secondo FANUELE, *Le contestazioni*, cit., p. 178, a fronte dell'intenso fronteggiarsi di esegesi contrapposte «pare difficile trovare una soluzione al quesito».

relative ad un determinato tema di prova e solo a quello; è possibile pure che presenti un atteggiamento in apparenza collaborativo, ma di fatto ostruzionistico e impediente, trincerandosi reiteratamente sotto la formula del “non ricordo” o quella del “l’ho già detto”.

Collocando l’analisi del fenomeno sotto questo peculiare angolo visuale, ci si avvede, in effetti, che mentre la violazione della norma processuale che prescrive le modalità di conduzione dell’esame diretto produce (almeno teoricamente) l’inutilizzabilità della prova e quindi la sua esclusione dal meccanismo decisorio, invece l’interdizione o la scorretta realizzazione del controesame generano l’effetto perverso di provocare l’acquisizione di cognizioni pienamente fruibili, ottenute tramite un esame diretto magari correttamente condotto, al tempo stesso in cui impediscono l’entrata nel mondo cognitivo del giudice di informazioni potenzialmente preziose derivanti dal controesame⁷³.

Si pensi non solo all’ipotesi, descritta *supra*, del testimone che rifiuti di rispondere alle domande in controesame, ma anche al caso – invero assai frequente – in cui la parte avversaria o, ancor più spesso, lo stesso giudice, intervengano nel corso del controesame, impedendo indebitamente la proposizione di domande o contestazioni essenziali⁷⁴ ovvero suggerendo la risposta al

⁷³ Argomento, questo, tanto più rilevante quando si pensi all’esistenza di due tipologie di controesame, ovvero quello *distruttivo* – mirato ad attaccare o la persona del teste o i suoi *dicta* – e quello *costruttivo*, dove, appunto, il testimone introdotto da una delle parti è concepito come prezioso strumento di prova a favore della parte avversaria. Cfr. DE CATALDO NEUBURGER, *Esame e controesame*, cit., p. 205 e ss.

⁷⁴ L’argomento è accennato anche da BELLUTA, *Imparzialità del giudice e poteri probatori ex officio in dibattimento*, Torino, 2003, p. 151, il quale riconosce «una violazione degna di tutela... in quel contegno che vedesse il presidente o il giudice monocratico interrompere, con effetto preclusivo su ogni successiva attività di parte, la relativa regolare attività di assunzione della prova».

teste⁷⁵: in situazioni del genere, di fatto la parte viene privata del diritto all'acquisizione di cognizioni che propriamente sono idonee a costituire prova contraria "decisiva"⁷⁶; di qui, la possibilità di proporre la censura del vizio ai sensi dell'art. 606, 1° comma, lett. d), c.p.p.

4. ...b) MANCATA ASSUNZIONE DI UNA PROVA RICHIESTA NEI «CASI PREVISTI DALL'ART. 495, 2° COMMA, C.P.P.»

La seconda condizione indispensabile alla diagnosi d'esistenza di un vizio del procedimento probatorio,

⁷⁵ Con buona pace degli avvertimenti spesi in dottrina in merito al ruolo del giudice durante il c.d. esame incrociato, definito come «un duello dialettico a battute brevi e ritmi serrati, in cui la figura del giudicante arretra discretamente, salvo governare la contesa, attraverso i poteri presidenziali di decisione sulle opposizioni delle parti (art. 504 c.p.p.) ad esempio relative all'ammissibilità delle domande...»; così CESARI, voce *Prova (acquisizione della)*, cit., p. 701.

⁷⁶ Nella giurisprudenza edita si riscontrano decisioni che hanno negato la possibilità che l'interdizione totale o parziale del controesame si risolva in "mancata assunzione di prova decisiva"; così Cass., Sez. III, 27 maggio 2010, n. 24256, in un caso in cui il ricorrente si doleva del fatto che, durante l'istruzione dibattimentale, gli sarebbe stato impedito dal presidente del collegio di porre domande al testimone sui suoi precedenti penali, onde valutarne l'attendibilità: «L'inosservanza delle modalità prescritte dalla legge per l'assunzione della prova non può essere denunciata sotto il profilo della mancata assunzione di una prova decisiva ex art. 606, comma 1, lett. d), c.p.p.». In pari termini, ma più perspicua, la massima di Cass., Sez. VI, 31 maggio 1995, n. 9324: «La violazione dell'art. 500 c.p.p. – per non essere stata consentita dal giudice alla difesa, nel corso dell'esame di un teste la contestazione della deposizione – non può essere denunciata sotto il profilo della mancata assunzione di prova decisiva richiesta ai sensi dell'art. 495 comma 2 c.p.p. Il richiamo a tale ultimo comma contenuto nell'art. 606 comma 1 lett. d) c.p.p., dimostra all'evidenza che il relativo vizio può essere dedotto solo con riferimento ad ipotesi di mancato esperimento del mezzo istruttorio invocato e non già per inosservanza delle prescritte modalità nel corso dell'esperimento stesso: l'autonomo motivo di ricorso di cui alla citata disposizione ha cioè riguardo ad una violazione in radice del diritto alla prova e non attiene invece all'esplicazione di tale diritto nella formazione del mezzo».

idoneo a fondare la censura di cui all'art. 606, 1° comma, lett. d), c.p.p., assume tratti meno immediatamente perspicui: la lettera del codice esige che non di una prova qualsiasi si tratti, ma esclusivamente di una che, nel corso del giudizio di merito, sia stata oggetto di richiesta formulata ai sensi dell'art. 495, 2° comma, c.p.p., ossia quale prova a discarico sui fatti costituenti oggetto delle prove a carico, e viceversa.

Si è già notato⁷⁷ come, in essenza, quello di prova contraria risulti essere un concetto di relazione, costruito nel rapporto tra prove richieste e *thema probandum* tracciato dalla controparte in riferimento ai fatti sostanziali o meglio alle proposizioni fattuali dedotte nel processo, tramite il capo d'imputazione per l'accusa, tramite i fatti che s'intendono provare a termini dell'art. 493, 1° comma, per la difesa, e infine mediante le circostanze indicate da entrambe nella lista testimoniale.

Si è pure notato come meritino la qualifica di prova contraria tanto quegli elementi conoscitivi che siano destinati a negare l'esistenza del fatto che la prova diretta afferma essere avvenuto, scegliendo ad oggetto della dimostrazione proposta un giudizio di fatto di segno opposto a quello espresso sul medesimo tema dalla prova diretta⁷⁸, ma anche quelli che, invece, mirano ad affermare l'esistenza di un fatto *altro*, caratterizzato dall'essere logicamente incompatibile con la realtà del primo⁷⁹; s'è

⁷⁷ V. *supra* Cap. III, Par. 1.

⁷⁸ Così RAFARACI, *La prova contraria*, cit., p. 104.

⁷⁹ Immediatamente a ridosso dell'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale scriveva SOTTANI, *Il regime della «controprova»*, in *Le nuove disposizioni sul processo penale*, Atti del Convegno di Perugia 14 e 15 aprile 1988, Padova, 1989, p. 245 e ss., che la direttiva risultante dall'art. 2 n. 75 della Legge 16 febbraio 1987, n. 81, contenente i principi ispiratori della delega legislativa, faceva riferimento alle «c.d. prove contrarie dirette o controprove, cioè quelle prove il cui oggetto verte sullo stesso argomento già ammesso come oggetto di prova» come pure alle «prove contrarie, cioè quelle prove che vertono su fatti la cui eventuale dimostrazione, od esclusione, contrasta in maniera irresolubile con uno dei punti costituenti oggetto delle prove» (p. 247).

infine notato come rientrino nel *genus* pure tutte le prove che, apparentemente irrelate rispetto al fatto *sub iudice*, abbiano la finalità di confutare, nei vari modi possibili, l'attendibilità della fonte di prova diretta.

Osservando ora la prova contraria attraverso il particolare *speculum* configurato dalla norma codicistica destinata a prestarle tutela, occorre chiedersi cosa renda concretamente individuabile una «prova richiesta ai sensi dell'art. 495, 2° comma, c.p.p.», posto che dall'identificazione discendono i confini operativi della garanzia.

È bene notare, anzitutto, che secondo diffusa opinione dottrinale la formula dell'art. 606, 1° comma, lett. d), c.p.p. – e, in particolare, esattamente il riferimento alla prova contraria – configurerebbe un'opzione legislativa criticabile, nella misura in cui tale da cagionare l'incensurabilità di tutte le ipotesi di denegata acquisizione di una prova richiesta a termini degli artt. 190, 1° comma, e 493, 1° comma, c.p.p., ovvero di una c.d. prova diretta⁸⁰.

Che si tratti di formula potenzialmente idonea ad indurre esegesi giurisprudenziali restrittive sembra fuor di dubbio: si è notato, in effetti, come esattamente il riferimento ad una censurabilità riservata ai provvedimenti

⁸⁰ Si veda in tal senso BARGI, *Controllo di legittimità ed errore di fatto nel giudizio di cassazione*, Padova, 2004, p. 47; CAPONE, *Il principio di decisività dei vizi della sentenza nel controllo della Corte di cassazione*, in *Cass. Pen.*, 2004, p. 1463 e ss.; RAFARACI, *La prova contraria*, cit., p. 274; RENON, *L'omesso esame di prova come vizio della motivazione*, cit., p. 1251. Sul punto apparentemente non prende posizione APRATI, *Le prove contraddittorie: id est il diritto al contraddittorio sul medesimo tema probatorio*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2006, p. 627 e ss., ma, invero, l'autrice implicitamente sembra non voler identificare una limitazione nella formula codicistica, in particolare laddove acutamente osserva che «il giudice... ammetterà tutte le prove legate dalla relazione di contraddittorietà, a prescindere dal momento in cui siano state richieste. L'art. 495 comma 2 c.p.p., infatti, presuppone che le prove contraddittorie vanno tutte ammesse se richieste tempestivamente, in quanto è consentito al giudice di ammetterle anche se sono state richieste tardivamente. Insomma: la possibilità di ammettere tali prove in replica presuppone che esse debbano essere comunque ammesse se tempestive».

riettivi di prove contrarie, abbia provocato la diffusione di un orientamento incline a negare il riscontro del vizio tutte le volte in cui la richiesta involga prove c.d. neutre, di cui non sarebbe predicabile la qualità di prova “a carico” o “a discarico” e che resterebbero comunque evocabili anche *ex officio iudicis*.

E però, si osservi.

La formula risulta di fatto poco felice, inducendo ragionevolmente il sospetto che le prove richieste «nei casi dell’art. 495, 2° comma, c.p.p.» siano quelle, e solo quelle, caratterizzate dall’essere, per requisito strutturale, libere dal termine di decadenza imposto dall’art. 468, 1° comma, c.p.p.

In altre parole, la frase sembra alludere ad una collocazione topografica della richiesta, sicché parrebbero esulare dal *genus* tutte quelle prove la cui introduzione è postulata tramite lista testimoniale.

Il potenziale fraintendimento è dovuto, però, a ben vedere, non solo alla *littera legis*, ma anche – e forse soprattutto – ad un equivoco sul concetto ivi evocato tramite il riferimento al fenomeno della prova contraria.

Rammentiamolo di nuovo: la natura di prova contraria non è certamente frutto di una scelta delle parti in merito alla collocazione della richiesta, risultando piuttosto da una caratteristica *strutturale* della singola prova, ovvero dalla relazione che essa è capace di instaurare con il *thema probandum* tracciato dalla controparte in relazione alle proposizioni fattuali dedotte nel processo e destinate ad essere ivi dimostrate o, rispettivamente, smentite⁸¹.

La denotazione dell’istituto in termini di siffatta chiarezza dev’essere collocata in tempi coevi all’entrata in vigore della Convenzione europea dei diritti dell’uomo.

⁸¹ Efficacemente rileva RAFARACI, *La prova contraria*, cit., p. 98: «conviene soffermarsi innanzitutto sulla partizione tra prova a carico e prova a discarico. Essa attiene all’oggetto del processo, poiché rispecchia la fondamentale alternativa se si debba o non si debba punire (ed, estensivamente, se sì, in qual misura), esteriorizzandola in un basilare criterio ordinatore dell’attività probatoria, di matrice teleologica».

Nelle riflessioni della dottrina italiana occasionate da una novità vissuta come portentosa nel contesto di un sistema processuale penale avvezzo al pensiero sostanzialmente inquisitorio del codice Rocco⁸², la disposizione dell'art. 6, par. 3, lett. d) e il relativo diritto ad «ottenere la citazione e l'interrogatorio dei testimoni a discarico a pari condizioni dei testimoni a carico» viene intesa esattamente quale garanzia di quel «diritto alla controprova»⁸³, che a sua volta è decifrato senz'altro – si noti – come «diritto di difendersi provando, e cioè... diritto di non veder menomata la propria possibilità di difesa attraverso una arbitraria restrizione dei mezzi di prova offerti al giudice o dell'oggetto della prova proposta»⁸⁴.

⁸² Si ritorni a CHIAVARIO, *Riverberi della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo sui poteri del giudice e delle parti in ordine all'assunzione dei testimoni nel processo penale*, in *Foro It.*, 1964, V, c. 49 e ss.; ID., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969, p. 339 e ss.; FOSCHINI, *La giustizia sotto l'albero e i diritti dell'uomo*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1963, p. 300 e ss.; GREVI, *Spunti sull'art. 6, § 3, lett. d, della convenzione europea dei diritti dell'uomo (in tema di citazione dei testimoni a discarico nella fase del giudizio)*, in *Ind. Pen.*, 1968, p. 403 e ss.; VASSALLI, *Il diritto alla prova nel processo penale*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1968, p. 3 e ss.

⁸³ V., in particolare, FOSCHINI, *Nuova prova e controprova testimoniale*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1950, p. 831 e ss., secondo cui «il principio del contraddittorio... in materia probatoria si traduce nel diritto alla controprova».

⁸⁴ Così VASSALLI, *Il diritto alla prova*, cit., p. 12, che aggiunge: «Al limite, una difesa senza possibilità di prova a discarico non sarebbe una difesa. Dunque il diritto alla difesa implica il diritto di prova a discarico». In tempi ben più recenti troviamo un'eco di questo spirito nell'idea per cui «Il giudice è una figura che ha sempre creato diffidenza, perché ha un potere che può facilmente diventare strapotere nei confronti del cittadino e un contropotere nei confronti del potere politico. Lo diceva Aristotele: "Bisogna rendere meno sovrano possibile il giudice". La storia dei sistemi processuali – di qualsiasi sistema, inquisitorio o accusatorio – è la storia dei tentativi di garantirsi contro l'arbitrio del giudice»; così IACOVIELLO, *Giusto processo? Alcune domande...*, in *Cass. Pen.*, 2003, p. 1458 e ss.

Per dirla con altre parole, il concetto di prova contraria appare adoperato in un senso ben preciso, che adduce alla formula contenuti limpidi, per i quali con essa s'intende il diritto dell'imputato di chiedere ed ottenere l'ammissione di tutte⁸⁵ le prove (rilevanti e non superflue) di cui egli intenda avvalersi a confutare l'assunto accusatorio, senza che all'opzione difensiva possano contrapporsi scelte discrezionali dell'organo giudicante⁸⁶.

⁸⁵ Bene si è sottolineato che «la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha ormai da tempo chiarito come il richiamo alla sola prova testimoniale contenuto nell'art. 6 comma 3 lett. *d* della Convenzione europea (riprodotto pressoché identicamente nell'art. 14 comma 3 lett. *e* del Patto internazionale) vada considerato alla stregua di un profilo particolare della più lata nozione di equità processuale applicabile *ad ogni tipo* di prova» (corsivo nostro); così UBERTIS, voce *Giusto processo (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, Annali II-1, Milano, 2008, p. 419 e ss.

⁸⁶ In questo senso non si dice nulla di nuovo, allineandoci ad opinioni decisamente autorevoli; scrive, ad esempio, CHIAVARIO, *Considerazioni sul diritto alla prova nel processo penale*, in *Cass. Pen.*, 1996, p. 2009 e ss.: «È il diritto alla “controprova” – specificazione essenziale del diritto alla prova – che, come già si è accennato, trova considerazione, a livello internazionale, in prescrizioni particolarmente precise quali quelle dell'art. 6.3. *d* della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dell'art. 14.3. *e* del Patto internazionale sui diritti civili e politici: l'uno e l'altro, assai espliciti nel conferire all'accusato il «diritto... a interrogare o far interrogare i testimoni a carico», cui si accompagna quello ad ottenere parità per l'ascolto dei testi a discarico rispetto ai testi a carico» (p. 2013).

Per l'identificazione tra diritto alla prova e alla prova contraria, v. pure, in tempi assai vicini, all'entrata in vigore del codice e della nuova formula, CORDERO, *Codice di procedura penale commentato*, Torino, ed. 1992, p. 599. In tempi più recenti, e con riferimento all'omologa disposizione costituzionale, si è osservato che «all'imputato è riconosciuto altresì il diritto di “ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore”. *La prima parte della norma riconosce il diritto alla prova contraria*. Nel sistema statunitense l'analoga disposizione, che ricorre nel VI Emendamento alla Costituzione federale americana, è nota in dottrina come *compulsory clause* e consiste nel diritto dell'imputato di ottenere la citazione e l'escussione dei testimoni a discarico» (corsivo nostro): così CONTI, voce *Giusto processo (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, Agg. V, Milano, 2001, p. 637 e ss.

Questo concetto risulta tradotto in termini lineari dapprima nell'art. 470 del Progetto datato 1978, poi nella direttiva risultante dall'art. 2 n. 75 della Legge 16 febbraio 1987, n. 81 e, infine, nell'art. 495, 2° comma, c.p.p., il cui tenore testuale, passato senza modifiche dal Progetto preliminare al Progetto definitivo del codice, evoca uno specifico diritto all'ammissione della prova che sorge, diremmo in termini automatici, dalla previa ammissione di prove avversarie.

Ebbene, se il diritto alla prova contraria si risolve, per la parte, nel diritto alla *confutazione tramite prove*⁸⁷, trovandosi, così, giustapposto a quella forma della

⁸⁷ Cfr. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 130, allorché, enumerando le tre garanzie processuali, a carattere epistemologico, della stretta giurisdizionalità, osserva: «Ancor più importante della necessità della prova è la garanzia del contraddittorio, ossia della possibilità della smentita o della controprova... La garanzia della difesa consiste precipuamente nell'istituzionalizzazione del potere di confutazione». Questa essenziale identificazione della difesa nel diritto a confutare le prove avversarie e ad offrirne di opposte, ha radici assolutamente risalenti. Si legga CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale*, Milano, 5^a ed., 1863, traduzione degli *Elementa juris criminalis* editi a Pisa nel 1833, p. 237: «la difesa, poi, propriamente detta, si riferisce unicamente alle prove ed è I° o *indiretta*, o II° *diretta*. La indiretta consiste nel ribattere tutte le *prove* addotte dall'accusatore contro il reo: la diretta nella *prova della innocenza*. Il reo prova la sua innocenza quando I° dimostra di avere a buon diritto operato ciò che come delitto gli si obietta; 2° o colle sue prove stabilisce dei fatti, coi quali la proposizione dell'accusatore riesce affatto incompatibile: p. es. che nel giorno della uccisione di Roscio accaduta in Roma nei bagni Palatini, l'imputato trovavasi in campagna. Questa prova chiamasi dai prammatici *negativa coartata di tempo e di luogo*» (corsivo dell'autore). L'ispirazione del Carmignani è assai risalente; in una dotta disamina casuistica e, in particolare discutendo delle presunzioni gravi del crimine di eresia, già FARINACCIO, *Decisiones criminales*, Duaci, 1616, p. 201 scriveva: «*Ut violenta praesumptio, seu suspicio non admittat probationem in contrarium, quia a iure putatur praesumptio iuris et de iure... Adverte tamen, quod licet violenta praesumptio in crimine haeresis, probationem in contrarium non admittat directam, indirectam tamen admittit, ut si inquisitus probare velit falsos esse testes contra ipsum examinatos, aut inditia, ex quibus violenta praesumptio ducitur, non esset vera*».

confutazione che si esplica nel diritto a controesaminare i testi avversi e, comunque, ad argomentare il senso e il valore della prova già assunta, allora va detto senz'altro che per la difesa, cui spetta solo – appunto – l'onere di confutazione e non già l'onere di addurre prove idonee a sostanziare il fondamento dell'atto con cui si dà abbrivio al processo penale, *tutte le prove a discarico sono prova contraria*, mentre, per l'accusa, *tutte le prove sono prove dirette*, ad eccezione di quelle richieste in relazione a specifiche circostanze fattuali che allarghino il *thema probandum* a seguito di un'iniziativa assunta in tal senso della difesa.

L'assunto – apparentemente scandaloso, foriero di (sempre apparente) discrasia di posizioni tra le parti processuali principali⁸⁸ – si rivela, invece, a più approfondita riflessione, come il portato inevitabile di una suddivisione dell'onere di prova che sta iscritta *in primis* nella presunzione di non colpevolezza⁸⁹ e, in secondo luogo, nell'attribuzione al pubblico ministero dell'atto di

⁸⁸ Ma non certo nella prospettiva di FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 134, il quale – estendendo la propria indagine ad identificare le garanzie strumentali rispetto a quelle di carattere epistemologico – evidenzia come la prima di esse sia proprio «l'onere della prova a carico dell'accusa, che non va confuso con l'onere o necessità della prova quale condizione della condanna e che invece designa una *regola di ripartizione funzionale dell'attività probatoria*» (corsivo nostro).

⁸⁹ In effetti, GAITO, *Procedura penale e garanzie europee*, Torino, 2006, p. 64, definisce il riferimento alla norma costituzionale come «punto di partenza obbligato e di fondo» che governa il tema della prova nel processo penale. E, sulla sua scia, nota PASTA, *Dall'epistème alla critica: il diritto alla prova dell'accusato*, in *Processo penale e Costituzione*, a cura di Dinacci, Milano, 2010, p. 389 e ss., che «se l'imputato è considerato non colpevole sino a condanna definitiva, dovrà essere l'accusa a fornire le prove della responsabilità dell'imputato» (p. 393). Sul tema si veda pure *amplius*, da ultimo, MARZADURI, *Considerazioni sul significato dell'art. 27, comma 2, Cost.: regola di trattamento e regola di giudizio*, ivi, p. 303 e ss.

evocazione della *iurisdictio* in cui si risolve l'azione penale⁹⁰.

Non solo: si tratta di assunto decisamente coerente con una complessiva struttura codicistica tutta virata sull'idea che il pubblico ministero debba esercitare l'azione penale *solo allorquando disponga di prove idonee a sostenere l'accusa in giudizio*, secondo l'evocativa immagine adoperata dall'art. 125 disp. att. c.p.p. nella «autentica prospettiva di un pubblico ministero, il quale, nel sistema, è la parte pubblica incaricata di instaurare il processo»⁹¹.

Di qui, quella che viene segnalata come significativa novità del sistema processuale vigente, il quale esige e conseguentemente delinea «la fisionomia di un'azione “concreta”, non già configurabile come mera domanda di verifica giurisdizionale discendente dall'emergere di una semplice *notitia criminis*, sibbene esercitabile, in termini assai più pregnanti... solo allorché l'attore pubblico, sulla scorta dell'intero compendio delle risultanze della fase investigativa, ritenga doverosa la prosecuzione dell'attività giudiziale, investendo perciò, del correlativo *thema decidendum*, il giudice di merito»⁹².

Azione penale concreta e onere della prova a carico dell'accusa appaiono, quindi, come le variabili dipendenti

⁹⁰ Coglie bene nel segno, nell'indicata prospettiva, chi osserva che «condanna e assoluzione dal punto di vista probatorio non sono esiti simmetrici. Mentre la condanna esige l'accertamento positivo della colpevolezza, l'assoluzione è puramente consequenziale alla mancata prova della colpevolezza e non richiede, quindi, la prova dell'innocenza... Il tema, il quesito cui deve rispondere il processo, è se l'imputato sia colpevole, non se sia innocente e neppure se sia colpevole o innocente»; così FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 20.

⁹¹ Così nel testo della nota sentenza costituzionale n. 88 del 1991 reperibile in *Cass. Pen.*, 1992, p. 249 e ss., con commento di GIULIANI, *La regola di giudizio in materia di archiviazione (art. 125 disp. att. c.p.p.)*. Sul punto si legga pure GREVI, *Archiviazione per “inidoneità probatoria” ed obbligatorietà dell'azione penale*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1990, p. 1274 e ss.

⁹² Così, con grande efficacia, DI CHIARA, *Il pubblico ministero e l'esercizio dell'azione penale*, in FIANDACA-DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, Napoli, 2003, p. 235 e ss.

che tracciano un *iter* ben preciso al fenomeno probatorio e che riducono l'onere della difesa a quello di confutazione tramite risultanze dimostrative contrarie, onere identificabile se e nella misura in cui ne sorgano gli estremi.

Ma anche la forma attuale dell'udienza preliminare vale a confortare l'idea che il pubblico ministero sia gravato da un onere della prova analogo a quello dell'attore nel processo civile; gli artt. 421**bis** e 422, 1° comma, c.p.p. consegnano nelle mani del giudice dell'udienza il potere e il dovere di scandagliare la consistenza dell'imputazione e del relativo basamento probatorio in termini coerenti con la supposizione di un onere effettivo, la cui inadempienza non consente il passaggio al dibattimento; mentre la regola decisoria preposta alla fase dall'art. 425 c.p.p. riformato, prevede l'emissione della sentenza di non luogo a procedere pure qualora gli elementi raccolti siano insufficienti, contraddittori o, di nuovo, «non idonei a sostenere l'accusa in giudizio».

E allora, laddove si tenga nel giusto conto l'onere che grava sull'accusa e al cui rispetto sono preposti significativi snodi del procedimento penale, non può più sorprendere che per l'accusa – e solo per essa – il diritto all'ammissione della prova contraria sorga in un momento ben preciso e non prima di esso, ma anche in relazione ad eventi processuali non necessariamente ricorrenti in ogni processo: per l'accusa – s'intende – il diritto alla prova contraria dipende dalla potenziale necessità di confutare l'esistenza della *diversa* ipotesi ricostruttiva dei fatti (eventualmente) proposta dalla difesa.

Insomma: qualora la tattica difensiva consista nell'introduzione di una serie di prove che si mantengono tutte nell'ambito del *thema probandum* tratteggiato nel capo d'imputazione, il diritto all'ammissione della prova contraria dell'accusa non viene affatto ad esistenza; sicché il diritto o potere d'ottenere l'ammissione di prove contrarie nascerà, per l'accusa, solo ed esclusivamente nel momento in cui la difesa *esuli dall'ipotesi ricostruttiva*

emergente dal capo d'imputazione e dalle prove a carico, non limitandosi a negarla, ma proponendone una diversa, incompatibile con la prima.

Opposta, in siffatta prospettiva, la posizione della difesa: per essa, come si diceva, *ogni prova a discarico è, invero, prova contraria*; del resto, l'anticipata *discovery* del fascicolo del p.m. consente alla difesa di configurare la propria tattica e, quindi, il contenuto delle proposizioni probatorie da introdurre nel processo, prima ancora del deposito della lista testimoniale del p.m.⁹³, sicché ad onta del fatto che la scadenza del termine di deposito delle liste sia comune ad entrambe le parti, in verità l'onere della prova a carico del p.m., da un lato, e la completa *disclosure* del fascicolo delle indagini, dall'altro, producono una – assolutamente fisiologica⁹⁴ – configurazione delle istanze di prova della difesa integralmente denotata dal carattere di prove contrarie; dirette o indirette, sostanziate o meno da mere negazioni delle prove avversarie oppure da allegazioni di fatti incompatibili con esse o anche semplicemente idonee a screditare le prove d'accusa, ma comunque contrarie, ossia teleologicamente indirizzate a proporsi quali prove “a discarico” su fatti costituenti oggetto delle prove a carico.

⁹³ Cfr. RAFARACI, *La prova contraria*, cit., p. 163, n. 28: «d'altronde occorre riconoscere che una certa previsione circa le prove che l'accusa introdurrà è operabile dalla difesa attraverso la consultazione del fascicolo delle indagini preliminari».

⁹⁴ Coglie assolutamente nel segno RAFARACI, *La prova contraria*, cit., p. 128, laddove nota che «il contraddittorio probatorio (inteso come disputa sull'*idem punctum*) non esprime un qualunque conflitto di prove, ma un conflitto scandito da un ordine. La prova che confuta è prova che distrugge, che vuole sancire l'inanità della concreta iniziativa avversaria sul punto... La priorità cronologica della prova “che dimostra” rispetto a quella “che confuta” è condizione di efficacia euristica del contraddittorio probatorio». A ben vedere siffatto argomento è assolutamente valido pure a dimostrare come la prova contraria non possa essere vincolata da termini di proposizione della richiesta che non siano strettamente dipendenti dalla compiuta conoscenza della prova da confutare, il ché, talora, non può che avvenire in un momento posteriore rispetto alla sua acquisizione.

Seguendo siffatta linea di pensiero, ne discende ancora che l'art. 468, 4° comma, c.p.p. e l'art. 495, 2° comma, hanno funzioni assai diverse: la seconda disposizione non descrive regole per le parti, configuranti un onere per le medesime, nel senso in cui esse debbano seguirle qualora vogliano ottenere dati effetti; al contrario essa contiene, anche letteralmente, una *regola per il giudice*, che è tenuto ad ammettere le prove richieste, qualora esse manifestino il carattere descritto dall'art. 495, 2° comma, c.p.p.: il giudice, insomma, non possiede discrezionalità alcuna nel decidere se ammettere o no date prove allorquando le medesime si trovino in una certa relazione reciproca, allorquando, cioè, esse costituiscano prove a discarico sui fatti che formano oggetto delle prove a carico e viceversa.

Poste simile premesse⁹⁵, par chiaro che il senso precipuo dell'art. 495, 2° comma, c.p.p. risiede in un *vincolo ulteriore e diverso* al potere/dovere del giudice d'ammettere le prove richieste dalle parti ai sensi dell'art. 190 c.p.p., vincolo derivante dal rapporto di prova diretta/prova contraria che tra le medesime venga ad instaurarsi, dimodoché non venga mai meno quella parità tra parti processuali, che consiste esattamente, e nella sua manifestazione ultima, nel diritto d'essere ammessi, a parità di condizioni, a fornire dimostrazione dei medesimi fatti storici.

⁹⁵ In questi termini v. SIRACUSANO, voce *Prova: III) nel nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 8, nonché UBERTIS, *Diritto alla prova nel processo penale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1994, p. 489 e ss., il quale segnala come per la prova contraria «non paiono discutibili né la verosimiglianza, né la pertinenza del suo oggetto, già reputate sussistenti per la prova 'diretta', cosicché in tale prospettiva acquisirla è un dovere per il giudice che procede ed un diritto per la parte che ne ha fatto richiesta»; restano, invece, da valutarsi così la sua «idoneità» come la sua «non ridondanza: occorre infatti accertare che dall'eventuale acquisizione 'a prova contraria' delle fonti e/o mezzi di prova reclamati dalla parte possa ragionevolmente scaturire una smentita dell'ipotetico esito della prova diretta, sia mantenere le attività istruttorie nell'ambito di quelle sufficienti a tale scopo».

Si noti che a siffatta impostazione offre sostanziale conferma la consultazione dei lavori preparatori del codice di procedura penale vigente, in particolare laddove si concentri il fulcro dell'attenzione sui mutamenti vissuti dalla formula dell'art. 495, 1° comma, c.p.p.: il primo comma della versione mostrata dal Progetto preliminare *sub* art. 489, recitava «Il giudice, sentite le parti, provvede con ordinanza all'ammissione delle prove, escludendo soltanto quelle vietate dalla legge e manifestamente irrilevanti»; il secondo comma della norma recava, invece, contenuto identico a quello attuale, sostanziandosi del riferimento al diritto all'ammissione della prova contraria.

Nel transito dal Progetto preliminare al definitivo, il comma 1 veniva mutato con un emendamento ritenuto di ordine «esclusivamente formale», giungendosi così all'attuale testo secondo cui «Il giudice, sentite le parti, provvede con ordinanza all'ammissione delle prove a norma dell'art. 190 comma 1»⁹⁶.

E dunque: se l'art. 495, 2° comma, c.p.p. occupa la medesima funzione dell'art. 190, 1° comma, costituendo solo un affinamento dei canoni di ammissibilità della prova, laddove essa possieda (per la difesa sempre, per l'accusa di volta in volta) i caratteri della *prova contraria*, di contro all'art. 468, 4° comma, c.p.p. spetta un diverso compito: ad esso resta l'incarico di dettare non già parametri d'ammissione, bensì di immutare *termini e forme* della medesima operazione⁹⁷ per i mezzi di prova

⁹⁶ Si legge nelle Osservazioni Governative che «è sembrato necessario e sufficiente fare rinvio alla disciplina dell'art. 190 comma 1». Così in CONSO-GREVI-NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, Vol. V, *Il progetto definitivo e il testo definitivo del codice*, Padova, 1990, p. 358.

⁹⁷ Ad una diversa funzione delle due disposizioni, sembrerebbe alludere già LEONE E., *Sull'ammissibilità del controesame o della controprova nell'ipotesi di rinuncia all'esame principale*, in *Cass. Pen.*, 1997, p. 1522 e ss., ma una perfetta distinzione funzionale tra le due norme è operata da RAFARACI, *La prova contraria*, cit., p. 164 che parla di «diversità funzionale» e anche di «possibile non coincidenza pratica» tra le nozioni di prova contraria sottostanti, rispettivamente, all'art. 468, 4° comma, c.p.p. e all'art. 495, 2° comma, c.p.p.

elencati nel 1° comma, nell'ipotesi in cui essi manifestino (appunto) i caratteri della prova contraria, consentendone l'ingresso anche laddove la richiesta sia effettuata oltre il termine di sette giorni prima del dibattimento.

Insomma, la disposizione vale a garantire che, qualora dalle circostanze indicate nelle liste – o dai concreti risultati di prova emersi nel corso dell'istruzione dibattimentale – emerga la necessità d'introduzione di una prova contraria, ed essa debba articolarsi mediante i peculiari mezzi di prova elencati dall'art. 468 c.p.p., cessi di avere efficacia costrittiva il termine a pena di decadenza ordinariamente previsto dal comma 1⁹⁸; in tal guisa,

⁹⁸ È bene rammentare, in questa sede, come nel linguaggio codicistico, il termine effettivamente adottato di “prova contraria” sia frutto di un'opzione ben precisa, posto che la dizione “controprova”, nel contesto dell'art. 468, risulta modificata nei sensi attuali durante il passaggio dal Progetto preliminare al testo definitivo, col dichiarato fine di evitare confusioni indotte dal lessico della procedura civile. Cfr. la Relazione al testo definitivo del codice di procedura penale, in CONSO-GREVI-NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, Vol. V, cit., p. 860, ove si legge che l'espressione “controprova” «appariva richiamare l'omologa e riduttiva nozione civilistica di prova contraria dipendente» o prova contraria diretta. Nella rara giurisprudenza della Cassazione civile in materia, si legge che «...l'onere della tempestiva deduzione della prova contraria – ispirato al principio della "unità" della prova – comporta preclusione per ogni successiva richiesta e che tale effetto pregiudizievole per la parte che non si attenga alla norma citata, riguarda sia la prova contraria diretta, vertente cioè sugli stessi fatti dedotti dall'istante, sia la prova contraria indiretta, relativa a fatti nuovi e diversi volti a dimostrare, in via congetturale, la insussistenza o la diversa configurazione dei fatti allegati dal deducente» (corsivo nostro): così Cass. civ., Sez. III, 4 febbraio 1994, n. 1163. In dottrina, esprime un concetto di “controprova” idoneo a segnalare la correttezza della scelta del legislatore del codice Vassalli nel sostituire la dizione in parola con quella di “prova contraria”, PATTI, voce *Prova: I) diritto processuale civile*, in *Enc. Giur.*, Vol. XXV, Roma, 1991, p. 1 e ss., secondo cui la formula indica la «prova del convenuto che si riferisce allo stesso fatto affermato dall'attore – contestandone l'esistenza – e rimane entro i limiti delle prove da lui addotte, tendendo – inevitabilmente – a dimostrare la falsità di queste prove o comunque la loro inidoneità a costituire il fondamento del convincimento del giudice»; fuoriesce dalla nozione, invece, l'ipotesi in cui «l'attore ha

nell'ipotesi in cui il deposito della lista testimoniale della difesa – o, di nuovo, l'ascolto dei testi – inducessero l'allargamento del *thema probandum* a fatti ulteriori e diversi rispetto a quelli allegati dall'accusa, quest'ultima potrà avvalersi di una richiesta d'ammissione di prova contraria “a carico”, svincolata dai termini di decadenza dell'art. 468, 1° comma, c.p.p.. Ancora, qualora il deposito della lista testimoniale dell'accusa, o i *dicta* dei testimoni, palesassero la necessità, per la difesa, di introdurre *ulteriori* prove contrarie “a discarico” rispetto a quelle inserite nella propria lista, nulla impedirà di chiederne l'ammissione «in relazione alle circostanze indicate» nella lista avversaria⁹⁹.

Paiono evidenti – ed altresì confortanti – le conseguenze che discendono da siffatta esegesi nell'ermeneutica dell'art. 606, 1° comma, lett. d), c.p.p.: la strutturazione di *tutte le prove a discarico come prove contrarie* fa sì che la possibilità di ricorso non sia limitata, ma si estenda coerentemente a tutti i casi di mancata ammissione di una prova (decisiva) richiesta dalla

fornito prova dei fatti costitutivi del diritto ed il convenuto non combatte direttamente il fatto (e la relativa prova) affermato dall'attore, ma allega e prova fatti aventi l'efficacia di impedire il verificarsi degli effetti di regola collegati ai fatti costitutivi, oppure di modificarli o farli venire meno. La prova di fatti impeditivi, modificativi, estintivi riguarda quindi fatti diversi da quelli (costitutivi) provati dall'attore» (p. 11).

⁹⁹ Merita qui rievocare – benché riferita in termini generali agli strumenti predisposti dal codice al fine di consentire ingresso ad un dato nuovo «durante lo svolgimento del processo, in deroga a taluni sbarramenti cronologici imposti alla deduzione probatoria» – un'osservazione di PERONI, *Nuove deduzioni probatorie in fase di discussione finale: tra logica dei gravami e diritto alla prova*, in *Cass. Pen.*, 1997, p. 2105 e ss.: «Accomuna peraltro tutti i congegni in esame un'intuibile logica di prevalenza delle esigenze di giustizia sostanziale: *ratio* in nome della quale, per l'appunto, passano in subordine, a seconda dei casi, vuoi le istanze di stabilità della decisione, vuoi quelle di economia dei tempi processuali e di concentrazione delle attività di formazione della prova, vuoi, ancora, di tutela del contraddittorio *sub specie* di reiezione di ogni forma di allegazione probatoria a sorpresa» (p. 2109).

difesa¹⁰⁰; di contro, all'organo del pubblico ministero sarà interdetto questo tipo di ricorso tutte le volte in cui non già di *prova contraria* si tratti, nei termini in cui sopra illustrati, ma di *prova a carico dedotta quale prova diretta*.

¹⁰⁰ Specifica, in effetti, ancora RAFARACI, *La prova contraria*, cit., p. 190: «non pare azzardato sostenere che la prova radicalmente contraria non tanto ad una specifica prova d'accusa, quanto alla stessa ipotesi formulata nell'imputazione... sia da inquadrare tra le prove "a suo favore" che la persona accusata ha comunque diritto ad avere ammesse ed acquisite».

CAPITOLO V

PROVA DECISIVA ED INFLUENZE CONCETTUALI

SOMMARIO: 1. Errore “causale” o “essenziale” ed errore “decisivo” – 2. La causalità/decisività come nesso tra motivazione e dispositivo – 3. Universi contigui: gli errori *in procedendo* di cui all’art. 606, 1° comma, lett. c), c.p.p. – 4. Decisività della prova negata: una conclusione inevitabile

1. ERRORE “CAUSALE” O “ESSENZIALE” ED ERRORE “DECISIVO”

Resta da comprendere quale sia l’esegesi più corretta dell’ultimo tratto distintivo idoneo a riconoscere il vizio censurabile ai sensi dell’art. 606, 1° comma, lett. d), c.p.p.

All’interno di una elaborazione dottrinale piuttosto recente, appare ventilata un’idea fornita di notevole interesse, che prende l’abbrivio dalla seguente notazione, qui riprodotta integralmente: «La regola che condiziona l’annullamento della sentenza impugnata alla decisività del vizio riscontrato dalla Corte di cassazione è dotata di una virtù espansiva che non può non colpire l’osservatore dei fenomeni processuali. In due casi tale regola è imposta dalla legge. Il primo costituisce l’esito di una lunga tradizione, oggi rinverdata dall’art. 619 comma 1 c.p.p.... Il secondo ha fatto la sua prima comparsa con il codice del 1989: a norma dell’art. 606 comma 1 lett. d) c.p.p., l’illegittimo rigetto della richiesta di ammissione *ex art.*

495 comma 2 c.p.p. non comporta l'accoglimento del ricorso a meno che la controprova non risulti decisiva».

A queste ipotesi di contiguità terminologica si accompagnerebbero tendenze giurisprudenziali fornite di una certa evidenza nell'intento di ampliare il campo d'azione della regola della "decisività": «La giurisprudenza, dal canto suo, ha esteso ad altre fattispecie l'operatività della regola. Nel controllo sul vizio di motivazione secondo l'orientamento già formatosi sotto l'impero del codice Rocco, la Corte di cassazione esclude l'annullamento quando gli argomenti impiegati dal giudice per giustificare la decisione, pur essendo parzialmente lacunosi o illogici, siano comunque idonei a sorreggere il dispositivo. Nel controllo sull'uso di prove inutilizzabili... la Corte di cassazione considera il vizio non decisivo se, accanto a quella vietata, nella sentenza impugnata vi siano altre prove – legittimamente acquisite e valutate – in grado di giustificare comunque la decisione...»¹.

L'ipotesi appare francamente seduttiva: essa risulta, almeno in astratto, capace di spiegare, da un lato, la comparsa della formula della decisività in seno ad una norma – l'art. 606, 1° comma, lett. d), c.p.p. – i cui lavori preparatori non recano traccia alcuna delle ragioni dell'emersione, pur in un contesto elaborativo travagliato²; d'altro canto, l'assunto di una natura espansiva del concetto e il suo trascinare in (o provenire da) altri e diversi settori del controllo affidato alla Corte, parrebbe idoneo a fornire spunti di unitarietà alla nozione, nonché a meglio comprenderne l'essenza.

Ampliando in tal guisa l'indagine, si rileva immediatamente come la formula della "decisività", riferita all'errore intercorso nella decisione del giudice di merito, risultasse adoperata in dottrina da tempi risalenti ed in modo sovrapponibile con quelle – decisamente

¹ Il riferimento corre al lavoro di CAPONE, *Il principio di decisività dei vizi della sentenza nel controllo della corte di cassazione*, in *Cass. Pen.*, 2004, p. 1463 e ss.

² V. *supra* Cap. I, Par. 2, 3 e 4.

preferite – della natura “causale” o “essenziale” dell’errore medesimo³, così come gli aggettivi in questione apparivano coniugati e condotti a creare espressioni quali quella di vizio che «*produce l’ingiustizia del dispositivo*»⁴, di «inesecuzione di legge processuale che si trovi in *nesso di causalità... col contenuto della sentenza*»⁵, di sentenza che sia *dipendente* dall’atto dichiarato nullo⁶, ovvero, ancora, di errore *in procedendo* che «*abbia condotto il giudice inferiore all’error in iudicando*»⁷.

Di “causalità” dell’errore processuale si parlava, ad esempio, in seno ad un interessante confronto instaurato tra la *Revision* del mondo germanico e il nostrano ricorso per cassazione, rilevando come una tra le essenziali differenze tra i due istituti attenesse esattamente al *diverso sistema di valorizzazione delle inosservanze dei precetti d’attività*, posto che il primo ordinamento processuale non enumerava tassativamente i vizi capaci di dar luogo ad annullamento della sentenza, limitandosi ad esigere il riscontro della violazione di legge processuale e l’accertamento del nesso causale che legava quest’ultima

³ Cfr. SIRACUSANO, *I rapporti tra «cassazione» e «rinvio» nel processo penale*, Milano, 1967, che adopera l’espressione “causalità dell’errore” (pp. 161-162), ma più spesso quella di “decisività” (ad es. v. pp. 77, 95, 99), sempre ad indicare il medesimo fenomeno.

⁴ V. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, a cura di Cappelletti, Vol. VII, Napoli, 1976, p. 153; ma v. pure ESCOBEDO, *La corte di cassazione penale nel suo odierno funzionamento e nelle progettate riforme*, Prato, 1901, p. 142: «Ove si tratti di nullità sostanziali, di violazioni di legge e di inosservanza di forme, specie se esse abbiano potuto avere influenza sull’esito della causa, risponde a giustizia ed equità, che la violazione di legge non rimanga irreparata, sol perché il difensore è stato negligente a rilevarla». Balzano all’occhio del lettore, peraltro, come appresso si noterà, i termini generici con cui il concetto risulta espresso.

⁵ Ancora CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, Vol. VII, cit., p. 253.

⁶ CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, Vol. VII, cit., p. 242.

⁷ Così CARNELUTTI, *Limiti del rilievo dell’«error in iudicando» in Cassazione*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1915, I, p. 798 e ss. Beninteso, come si vedrà meglio in seguito, di *error in procedendo* Carnelutti parla solo al fine di escludere che su di esso possa mai condursi un’indagine relativa alla sua causalità con la sentenza.

alla concreta decisione assunta; mentre il secondo sistema – quello italiano⁸ – indicava (ed indica) le inosservanze *in procedendo* censurabili in cassazione astringendole in un *numerus clausus* determinato dal fatto che il precetto processuale fosse statuito a pena di nullità⁹.

Ma è bene procedere con ordine: l'idea che talora sia indispensabile un "nesso causale" tra errore e sentenza, al fine di provocare esito favorevole al giudizio d'impugnazione, pare comparire tramite la disciplina di quello che potremmo definire un *error in iudicando* in germe nel c.d. diritto intermedio, vizio che doveva essere palesato dai motivi ed era inteso quale potenziale causa di

⁸ Occorre riferirsi, però, ai codici postunitari: come spiega NICOLINI, *Della procedura penale nel Regno delle Due Sicilie*, Vol. II, Livorno, 1843, p. 800 e ss. «È sempre essenziale ogni forma espressamente prevista a pena di nullità; ma non perciò tutte le forme non prescritte a pena di nullità non sono mai essenziali»; tutte le forme possono diventarlo, continua il giurista: «E che? Potrebbe domandarsi: tutte forse le forme sono essenziali? Io non esito a rispondere per l'affermativa. Se non che per quelle prescritte a pena di nullità non vi è bisogno di richiamare il magistrato con apposita domanda all'adempimento: ei doveva badarvi: commessa la violazione è caduto nella nullità. Ma sia da noi lungi l'idea che ogni altra forma rimanga abbandonata all'arbitrio. Solamente è a dirsi che se non è avvertita, la mancanza ne rientra tra quelle *quas aut incuria fudit, aut humana parum natura*» (p. 801). L'autore commenta così l'art. 330, § 3, del *Codice per lo Regno delle Due Sicilie*, Parte IV, *Leggi della procedura né giudizi penali*, del 26 marzo 1819, ai cui sensi «Tuttavia quando il ministero pubblico, la parte civile o l'imputato facciano domande tendenti ad esercitare un dritto o una facoltà loro concessuta dalla legge, e la gran corte criminale ometta o ricusi di deliberarvi, la omissione o il rifiuto portano a nullità, quantunque la pena di nullità non sia testualmente attaccata alla mancanza della forma di cui si è domandata l'esecuzione». L'eleganza della soluzione prescelta rievoca il pensiero di CORDERO, *Procedura penale*, Milano, ed. 2006, p. 73, il quale, giusto a proposito del codice napoletano, rileva: «sfortunatamente è rimasto sterile; le codificazioni postunitarie risalgono al ceppo subalpino».

⁹ Cfr. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, Vol. VII, cit., p. 240 e ss., ma v., in particolare, p. 240, n. 9.

nullità della sentenza laddove risultasse, appunto, *expressus*, ma anche *causalis*¹⁰.

Vale la pena di esaminare il dato, in considerazione della sua natura estremamente risalente¹¹: CALAMANDREI riferisce in particolare alla dottrina canonica l'idea che l'*error in iudicando* fosse cagione di invalidità della sentenza laddove esso risultasse espressamente intellegibile dai motivi ovvero da tutti quegli atti cui la motivazione facesse esplicito riferimento *per relationem*, come pure da quelli che dovevano ritenersi implicitamente, ma necessariamente richiamati nella sentenza.

È interessante ancora notare come venissero inclusi nella categoria del vizio in questione tanto l'*error in iudicando in iure* quanto l'*error in iudicando in facto*¹², censurandosi, così, l'ingiustizia della sentenza, a prescindere dal fatto che fosse stata cagionata da violazione di legge ovvero da errori commessi nella ricostruzione della fattispecie concreta *sub iudice*.

Fondamentale, nella prospettiva della presente indagine, appare la condizione ulteriore che viene fatta risalire sempre alla dottrina del c.d. diritto intermedio: «affinché il motivo erroneo potesse distruggere la validità della sentenza, occorre che il giudice nel decidere avesse fondato su di esso tutto il suo ragionamento, in modo che, dimostrandosi viziata la premessa, dovesse necessariamente cadere anche la decisione che ne era la

¹⁰ Così l'accurata ricostruzione di CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, a cura di Cappelletti, Vol. VI, Napoli, 1976, p. 161 e ss.

¹¹ Tanto più in ragione di ciò che afferma CALASSO, voce *Corte di cassazione (dir. interm.)*, in *Enc. Dir.*, Vol. X, Milano, 1962, p. 792 e ss. secondo il quale «La creazione dei mezzi d'impugnativa, e soprattutto il concetto della loro necessità, fu opera del diritto intermedio: è qui che vanno propriamente ricercati i germi del moderno giudizio di cassazione; ma è un processo evolutivo lentissimo, nel quale vedremo confluire principi ed esperienze di mondi diversi per le vie più indirette».

¹² Così CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, Vol. VI, cit., p. 162. Cenni alla categoria anche in CORDERO, *Procedura penale*, ed. 2006, cit., p. 1153.

conseguenza necessaria; questo principio, *incognitum legistis*, viene espresso... coll'insegnare che la nullità era prodotta soltanto dall'errore *causalis*, ossia che la causa erronea annullava il giudicato solo quand'essa fosse *totalis causa sententiae*¹³.

Il passaggio appare assai rilevante: è lo stesso CALAMANDREI a sottolineare come il *proprium* del diritto intermedio, con riferimento allo specifico tema dell'invalidità della sentenza, fosse costituito dalla dilatazione delle ipotesi capaci di provocare la nullità della medesima, in quanto passate a comprendere non più i soli difetti di costruzione del processo, cui apparivano contenute dal diritto romano, ma anche tutti quei casi di *errores in iudicando in iure* o *in facto* che risultavano sintetizzati nel concetto di *notoria iniustitia*¹⁴ della sentenza contenente un vizio che tutti i commentatori esigevano fosse *expressus* e solo alcuni anche *causalis*¹⁵;

¹³ CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, Vol. VI, cit., p. 163.

¹⁴ Tracce del concetto si trovano effettivamente, ad esempio, in GIULIO CLARO, *Opera omnia, sive practica civilis atque criminalis*, Genevae, ed. 1666, p. 888, n. 57, che parla di nullità della sentenza per «*notoria iniquitate & iniustitia*» senza peraltro chiarire in cosa consistessero i vizi in parola. Più ampia la trattazione, quasi coeva di CARPZOV, *Practica Nova Imperialis Saxonica Rerum Criminalium*, Wittebergae, ed. 1652, Parte III, p. 320 e ss. il quale, però, pur preferendo al concetto di «*notoria iniustitia*» quello di «*manifesta iniquitas*», si diffonde a chiarire come e perché «*appellatio est presidium innocentiae*» (p. 321), mentre, quanto alle nullità, accenna a quando «*nulliter in causa processum sit, contra captivum inauditum e indefensum*» (p. 322). È il caso di rammentare come, secondo CORDERO, *Procedura penale*, ed. 2006, cit., p. 92, Benedict Carpzov fosse «luminare della giurisprudenza sassone» che di procedura penale si occupava «in chiave insolitamente garantistica». L'importanza della formula della *notoria iniustitia* per la storia evolutiva delle impugnazioni trovasi sottolineata di recente anche in SANTORIELLO, *Il vizio di motivazione tra esame di legittimità e giudizio di fatto*, Torino, 2008, p. 11.

¹⁵ Sul fatto che l'errore capace d'invalidare la sentenza dovesse essere sia *expressus* che *causalis* insiste CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, Vol. VI, cit., p. 164, il quale attribuisce l'uso della formula a FELINO MARIA SANDEO, nell'opera *Ad V librum Decretalium commentaria*, ed. 1574. Si noti, peraltro: alla consultazione, ad esempio, della

così che la nullità della decisione – ovvero, per usare il linguaggio dell'epoca, la sua incapacità di passare in giudicato – pareva *derivare indistintamente tanto dai difetti d'attività quanto dai difetti di giudizio*¹⁶.

diffusa opera del VANZI, *Tractatus de nullitatibus processuum ac sententiarum*, Lugduni, 1566, pp. 690-699, nulla si dice in merito alla necessità che l'errore del giudice fosse stato "causale", mentre molto ci si dilunga a spiegare in che termini esso debba risultare *expressus*: «*ad effectum igitur ut sententia per expressum iuris errorem invalidari possit, requiritur quod sit lata pateter & manifeste contra tenorem & casum legis publicae & manifestae: & quod talis error oculo corporali in d. sent. habita relatione ad text. Legis cerni possit, no autem quod oculo mentis & per subauditus intellectus percipiatur; vel quod resultet per tacita relationem ad acta: quoniam si error in sententia non esset expressus, sed ex tacita relatione ad acta deprehenderetur, non vitiaretur sententia, secundum communem opinionem doctorum*».

¹⁶ Questo fenomeno di "confusione" tra nullità della sentenza per vizi *in procedendo* e *in iudicando* – sintetizzati, appunto, nel concetto omnicomprendivo di *notoria iniustitia* – è evidentissimo, ad esempio, in SCACCIA, *Tractatus de iudiciis causarum civilium, criminalium et haereticalium. Liber Secundus*, Coloniae Agrippinae, ed. 1738 (orig. 1618), p. 137, ad esempio laddove spiega che la sentenza «*si diceretur notorie iniusta, consequenter etiam diceretur nulla*». Ma in termini ancor più limpidi si veda, ancora, SCACCIA, *Tractatus de sententia et re iudicata*, Lugduni, 1628, in particolare alla p. 553 e ss. Qui l'autore, evidentemente sulla scorta di una riflessione più approfondita e specificamente dedicata al tema dei vizi capaci d'impedire l'esecuzione delle sentenze civili o penali, consentendo l'impugnazione delle medesime, chiarisce che «*sicut sententia, lata sine accusatore & sine accusatione in processu, in quo non procedatur sine inquisitione, est nulla, quia deficeret pars substantialis iudicij; ita etiam est nulla, si in processu ex officio sit lata sine diffamatione, seu sine indicij... & ideo sententia diceretur nulla, etiam ex iste capite, quod est lata non existente reo...: sunt ergo probationes in processu criminali per inquisitionem de ordine substantiali iudicij*» (p. 554). Netta la conclusione che viene tratta dalle riflessioni che l'autore conduce (queste ed altre, tutte di estremo interesse): «*Declara quarto, concludendo contra ea quae adduxi supra n. 2, ut sententia, lata sine probationibus, quamvis non sit nulla, tamen, quia continet manifesta iniquitatem, apparentem ex actis, numquam transeat in rem iudicatam, quamvis ab eam non fuerit appellatum in tempum debitum*», e aggiunge poi, quasi provocatoriamente: «*dico amplius, quod si sententia in causa*

Anche allorquando gli autori dell'epoca scindevano in termini netti le cause d'impugnabilità della sentenza, distinguendo «*duobis modis principaliter*», ovvero «*ratione nullitatis*» e «*ratione iniquitatis*»¹⁷, il fenomeno è più apparente che reale e una disamina appena più approfondita rivela l'esiguità del confine tra le categorie: le cause di nullità erano definite “multiformi” e spaziavano da fattispecie analoghe ad odierni difetti del rapporto processuale – come la sentenza pronunciata da «*iudex incompetens*» o «*si lata sit post recusationem e iudicis suspecti*» – sino a giungere a fattispecie che oggi definiremmo vizi di motivazione – come nel caso in cui la decisione «*fuerit dubia, vel obscura seu incerta*»¹⁸ – o per autentici casi di *errores in iudicando*, come «*si lata sit contra ius scriptu, expresso errore in sententia*» oppure «*praetextu falsorum testium*» ovvero ancora per «*falsa causa expressa in ipsa sententia*»¹⁹ o come accadeva allorquando la sentenza stessa «*non iustificatur ex actis*»²⁰.

È bene sottolinearlo: siffatta confusione di formule ed effetti tra errori *in iudicando* (*in facto* o *in iure*) e *in procedendo*, nuoceva ben poco, posto che il giudice dell'*appellatio* era fornito dei medesimi poteri del primo

criminali sit notorie iniusta, non debet exequi, etiam si esset sententia Principis» (p. 554).

¹⁷ Così FERRARI, *Aurea Practica*, Coloniae, 1576, p. 209.

¹⁸ Secondo VANZI, *Tractatus de nullitatibus processuum ac sententiarum*, cit., p. 678, questo tipo di sentenza «*non valet*».

¹⁹ I casi sono esemplificati tutti da FERRARI, *Aurea Practica*, cit., pp. 210-211.

²⁰ L'espressione è riportata in un interessantissimo passaggio di FARINACCIO, *Decisiones criminales*, Duaci, 1616, p. 237, il quale, vieppiù confortando l'idea della natura omnicomprensiva del concetto di *notoria iniustitia*, osserva con parole di valore immutato a quattro secoli di distanza: «*de notoria iniustitia constare eo ipso, quod sententia non iustificatur ex actis... nam pars non potest divinare ea quae sunt extra acta, & inde facere suas diligentias: unde vulgo dici solet, ea quae sunt extra acta, sunt extra mundum*».

ed aveva una cognizione estesa alle stesse questioni già dedotte in prime cure²¹.

D'altra parte è sempre il CALAMANDREI a notare come il particolarissimo istituto della *Revision* germanica – provvisto di caratteristiche piuttosto diverse dalla Cassazione – recasse tracce consistenti del concetto di *notoria iniustitia*²², evocato, non casualmente, come

²¹ Cfr. ancora FERRARI, *Aurea Practica*, cit., p. 209. Ma v. pure VANZI, *Tractatus*, cit., p. 696, secondo il quale la falsa causa o motivo renderebbe la sentenza «*ipso iure nulla*». Analizzando il periodo, scriverà, del resto, molto più tardi CALASSO, voce *Corte di Cassazione*, cit., p. 794 e ss., che «la prassi continuò a lungo a destinare una stessa magistratura *ad cognoscendam causam appellationis et nullitatis*» (p. 795), di tal ché, alla fine, anche per la dottrina «la *notoria iniustitia* e la *nullitas* sul terreno processuale finiscono per essere equiparate» (p. 796). Merita precisare che le pagine più limpide sul tema di cui *supra*, risultano scritte da giuristi che si occupavano esclusivamente o prevalentemente di giudizi civili. Per convincersene è sufficiente paragonare le pagine scritte sul tema dell'errore del giudice e della sentenza nulla o ingiusta da Felino, Scaccia, Ferrari, Vanzi, con quelle del giurista “*criminalium rerum peritissimus*” – citato anche da MANZONI come tale nella pagina 778 della *Storia della Colonna Infame*, all'interno dell'edizione datata 1840 dei *Promessi Sposi* – ovvero CASONI, *De indicis et tormentis. Tractatus duo*, Venetiis, 1557, *passim*, le cui osservazioni più “tecniche” si leggono alla p. 69 e ss. nel capitolo intitolato *De non torquendo nisi publicato processu et exhibita copia indiciorum & de errore iudicum*.

²² Si meditano, in questa prospettiva, le pagine di CALASSO, *Medioevo del diritto. Le fonti*, Milano, 1956, p. 622: «riavvicinati così al cuore dell'Europa, ci troviamo di fronte al grande paese dove il fenomeno del diritto comune ha la storia più drammatica e sorprendente e, diciamo pure, le manifestazioni più massicce, che si pongono al centro della civiltà giuridica europea: la Germania... Anche dalla Germania, sopra tutto dalla meridionale, studenti accorrevano a frotte verso le università italiane e tornando in patria erano i preferiti ai posti preminenti della magistratura e della avvocatura. Ma il momento decisivo fu segnato proprio al chiudersi del medio evo con la creazione del *Reichskammergericht* (Tribunale camerale dell'Impero) avvenuta nel 1495, i cui giudici e assessori dovevano decidere *nach des Reichs gemeinen Rechten*, cioè secondo i diritti comuni (romano e canonico), oltrechè secondo le ordinanze, gli statuti e le consuetudini dei Principati, delle Signorie e dei Tribunali che fin allora erano stati osservati. Si compì allora per volere imperiale, ufficialmente, il fatto

ragione di nullità della sentenza, da quel diritto comune che si era lentamente sviluppato dalla giustapposizione e dal *mix* di esperienze culturali provenienti dalle fonti romane, dal diritto germanico e, infine, dal diritto canonico, a partire dall'alto medioevo italico per poi gettare seme in tutto il territorio europeo²³.

Duole che il Maestro fiorentino non si sia soffermato ad esplorare *funditus* l'accento, perché la presenza costante, ed anzi denotativa, del concetto di *error causalis* nell'istituto della *Revision* e nelle sue elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali anche contemporanee²⁴, paiono lasciar intuire un tracciato di derivazione di quell'ordinamento processuale dall'esperienza del diritto

storico che la scienza tedesca chiama *die Rezeption*; questa recezione faceva sì che il diritto romano giustiniano venisse accolto *in complexu*, cioè come un tutto, un diritto comune del *Reich*. Esso però veniva accolto... non nelle sue nude norme, ma accompagnato dalla *interpretatio* italiana».

²³ CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, Vol. VI, cit., p. 583.

²⁴ Recita il § 337 della StPo: «(1) *Die Revision kann nur darauf gestützt werden, daß das Urteil auf einer Verletzung des Gesetzes beruhe.* (2) *Das Gesetz ist verletzt, wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist*». Sul punto, si veda, per un primo approccio, LUTZ-MEYER GOBNER, *Strafprozessordnung: StPO, §§ 337 ff.*, C.H. Beck, ed. 2007, p. 1193 e ss., in particolare laddove si legge che «*ein Gesetzesverstoß begründet die Revision nur, wenn das Urteil bei richtiger Anwendung des Gesetzes anders ausgefallen wäre. Dieser Ursächliche Zusammenhang... zwischen Gesetzesverstoß und Urteil braucht aber nicht erwiesen zu sein. Die bloße Möglichkeit, dass das Urteil auf dem Fehler beruht, reicht aus.... Nur wenn sie ausgeschlossen oder rein theoretisch ist, fehlt es an dem ursächlichen Zusammenhang... insoweit hat das Revisionsgericht eine "Beweislast"*». Ovvero: una violazione di legge giustifica la revisione solo se il verdetto sarebbe stato diverso in caso di corretta applicazione della legge medesima. Questo nesso di causalità tra la violazione di legge e il giudizio non è necessario che sia comprovato. Anche la mera possibilità che la decisione si fondi sull'errore è sufficiente... Solo qualora siffatta possibilità sia esclusa o esclusivamente teorica manca il nesso di causalità. In questo senso la Corte della Revisione ha una sorta di onere della prova (traduzione nostra). Sul punto si veda RAFARACI, voce *Processo penale tedesco*, in *Enc. Dir.*, Annali II-1, Milano, 2008, p. 831 e ss.

intermedio forse più intenso di quel che ebbe a descrivere lo stesso CALAMANDREI.

2. LA CAUSALITÀ/DECISIVITÀ COME NESSO TRA MOTIVAZIONE E DISPOSITIVO

Un'altra breve escursione, assolutamente estranea, in apparenza, al campo d'indagine prescelto merita d'essere fatta, tornando ancora una volta, al contiguo terreno del diritto processuale civile.

Vigente il codice di rito del 1865, di "causalità" dell'errore si parlava, invero, correntemente con riferimento ad una norma non scritta, seppure applicata dalla Corte di cassazione, la quale *non annullava* il provvedimento impugnato, ma si limitava a rettificare la motivazione della sentenza tutte le volte in cui essa presentasse *vizi della parte motiva privi di rapporto causale con il dispositivo*; procedimento, questo, legittimamente operabile – si argomentava – a patto che la Corte rimanesse all'interno dei confini della questione giuridica sollevata dai ricorrenti²⁵.

L'orientamento di cui si parla appariva peraltro intensamente avversato da quella parte della dottrina che rilevava come l'istituto della Cassazione nulla avesse a che fare con una valutazione in termini di "ingiustizia" o "giustizia" della sentenza, entrambe potenzialmente rivelate dal dispositivo, ad onta di una motivazione magari gravida di errori.

Il concetto basilare, applicato al ragionamento, era semplice: «la sentenza non è né dispositivo senza motivi, né motivi senza dispositivo, ma la fusione di questi con quello» e dal concetto si traeva l'assunto ulteriore per cui

²⁵ Cfr. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile (Le azioni. Il processo di cognizione)*, Napoli, 1923, p. 1026 e ss. Sul punto si veda pure DENTI, *L'interpretazione della sentenza civile*, Pavia, 1946, p. 105 e ss.

sarebbe inconcepibile *non* cassare un'ipotetica sentenza «mal motivata ma giusta»²⁶.

Ad onta di siffatte obiezioni, lo stato dell'arte al momento dell'entrata in vigore del codice del 1940, può efficacemente compendiarsi in questa frase: «gli autori italiani, pur mancando nel codice di rito del 1865 una norma che consacrasse la regola, concordemente riconoscevano che l'errore di diritto idoneo a costituire motivo di ricorso per cassazione non era l'errore di diritto di per se stesso, ma l'errore in quanto avesse determinato la decisione che il ricorrente *asseriva* ingiusta», di tal che la causalità dell'errore doveva essere verificata senza «alcuna indagine circa l'effettiva ingiustizia della sentenza»²⁷.

L'azzeccata sintesi concettuale mostra almeno due passaggi tanto densi, quanto significativi ai fini dell'analisi che si va conducendo: *in primis* da essa emerge l'idea che la causalità dell'errore dovesse verificarsi controllando la correttezza del giudizio prognostico formulato dal ricorrente nel postulare l'efficienza causale del dato errore sul concreto dispositivo emesso, senza attingere in alcun modo il «sindacato sui fatti di causa»²⁸, esattamente nella

²⁶ Le suggestive frasi – quasi degli assiomi – sono di CARNELUTTI, *Potere di rettifica della Corte di cassazione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1934, I, p. 121 e ss. (v., in particolare, p. 124, per le frasi citate *supra*).

²⁷ La ricostruzione storica è mirabilmente operata da PANZAROLA, *La cassazione civile giudice del merito*, Tomo II, Torino, 2005, p. 465 e ss. Corsivo dell'autore.

²⁸ Così PANZAROLA, *La cassazione civile giudice del merito*, cit., p. 493. Nettissimo in tal senso era del resto CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, Vol. VII, cit., p. 157: «la Corte di cassazione, se non vuole eccedere dai confini del suo ufficio si deve limitare a risolvere due questioni: 1° se esista la denunciata erronea interpretazione di legge; 2° se questa interpretazione sia stata causa della dichiarazione della concreta volontà di legge; ma non può spingersi ad esaminare altre questioni, cioè se, pur non esistendo la erronea interpretazione denunciata dal ricorrente, esistano altri errori di interpretazione che si ripercuotano sul dispositivo, o se, pur esistendo l'erronea interpretazione che il giudice di merito ha posto a base della sua sentenza, la sentenza come concreta dichiarazione di diritto può

stessa maniera in cui il giudice civile verifica la sussistenza della c.d. legittimazione attiva o passiva *ad causam* esclusivamente sulla scorta della prospettazione effettuata dall'attore²⁹.

In secondo luogo – e in termini assolutamente coerenti – appare fondamentale meditare sull'*origine* dell'idea che la causalità dell'errore non implicasse un riesame dei fatti di causa al fine di verificare la potenziale ingiustizia della sentenza, ma esclusivamente una disamina confinata all'interno della prospettazione dei ricorrenti: l'idea in questione, in effetti, risultava radicata nell'assunto che «il privato non si sente danneggiato dagli *errores in iudicando* in cui il giudice sia eventualmente incorso nella

tuttavia reggersi per cause diverse da quella presa in considerazione dal giudice».

²⁹ Si veda, ad esempio, la limpida spiegazione del concetto di *legitimitatio ad causam* contenuta in una recente sentenza di merito: «La *legitimitatio ad causam* in senso tecnico e proprio, quale condizione dell'azione, deve intendersi come il potere di ottenere dal giudice una decisione di merito – favorevole o contraria – e va riconosciuta all'attore od al convenuto per il sol fatto che il primo si affermi, ovvero il secondo è indicato, come titolare del diritto azionato o dell'obbligo ineseguito, *a prescindere da ogni questione relativa all'esattezza di tali affermazioni che attengono al merito della domanda*. In altri termini, fondandosi la legittimazione ad agire ed a contraddire sull'allegazione fatta nella domanda, una concreta ed autonoma questione intorno ad essa si delinea soltanto quando l'attore faccia valere un diritto altrui, prospettandolo come altrui, ovvero pretenda di ottenere una pronuncia contro il convenuto pur asserendo la di lui estraneità al rapporto sostanziale controverso, mentre sono del tutto irrilevanti, ai fini di tale legittimazione, i riscontri di verità o di fondatezza in ordine al rapporto sostanziale dedotto dall'attore, trattandosi di momenti propri del giudizio di merito. Il controllo del giudice sulla sussistenza della *legitimitatio ad causam*, nel duplice aspetto di legittimazione ad agire ed a contraddire, si risolve, nell'accertare se, *in base alla prospettazione dell'attore e del convenuto*, le parti assumano, rispettivamente, la veste di soggetto che ha il potere di chiedere la pronuncia giurisdizionale e di soggetto tenuto a subirla» (corsivo nostro): così Trib. Nola, Sez. II Civ., Sent. 29 marzo 2011. Ma si leggano, sul punto, con grande attenzione le bellissime pagine di SATTA-PUNZI, *Procedura civile*, Padova, ed. 2000, p. 126 e ss., dense di spunti preziosi.

motivazione della sentenza, se non in quanto questi errori si ripercuotano a suo svantaggio sul dispositivo; il litigante non aspira ad avere una sentenza correttamente motivata, ma una sentenza favorevole nella parte conclusiva»³⁰, ovvero e, in buona sostanza, su una certa idea di Cassazione per la quale il ricorso era basato su «una inscindibile cooperazione dell'interesse pubblico con l'interesse privato»³¹.

Insomma: la causalità dell'errore appariva derivare tutta dal concetto di interesse ad agire, *rectius* ad impugnare e, in prospettiva più ampia, dall'assunto per cui «sebbene l'ufficio della Cassazione sia non di statuire sul rapporto, ma solo di rivedere il giudizio fatto dal magistrato, tuttavia il suo è ufficio *pratico* e non meramente *teorico*»³².

D'altra parte, sempre in questa prospettiva il potere di emenda della sentenza appariva come fenomeno residuale, confinato ai casi di affermazioni della motivazione costituenti un mero *obiter dictum*³³.

La *quaestio* – il fulcro della quale evidentemente si collocava sulla linea di discriminare tra l'errore “causale”, cagione di annullamento e quello “non causale”, eventualmente emendabile tramite la procedura della correzione – era destinata ad acuirsi con l'entrata in vigore

³⁰ CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, Vol. VII, cit., p. 132.

³¹ È di nuovo CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, Vol. VII, cit., p. 155.

³² La frase appartiene a CHIOVENDA, *Principii*, cit., p. 1039, e merita riportarla con maggior completezza: «riguardo all'interesse per ricorrere, occorre che il ricorrente sia *gravato* dalla sentenza censurabile. Fu già osservato che non basta addurre un vizio di ragionamento o una *violazione di legge*; occorre che questa trovi in rapporto di *causalità* colla decisione, poiché sebbene l'ufficio della Cassazione sia non di statuire sul rapporto, ma solo di rivedere il giudizio fatto dal magistrato, tuttavia il suo è ufficio *pratico* e non meramente *teorico*; e se la decisione appare fondata anche su premesse incensurabili e diverse da quella che è affetta da errore, sarà tenuta ferma, perché l'errore non ha influito sulla decisione».

³³ PANZAROLA, *La cassazione civile*, cit., p. 495. Tale del resto era, chiaramente l'impostazione carneluttiana, schiettamente visibile nello scritto *Potere di rettifica della Corte di cassazione*, cit., *passim*.

del codice di procedura civile del 1940, il cui art. 384, 2° comma, stabiliva (e stabilisce oggi al 4° comma) che «non sono soggette a cassazione le sentenze erroneamente motivate in diritto quando il dispositivo sia conforme al diritto; in tal caso la Corte si limita a correggere la motivazione».

Tra le vaste discussioni emerse all'indomani dell'entrata in vigore del *novum*, merita rievocarne una in particolare, sulla quale si registrò, peraltro, in tempi brevi, un sostanziale accordo dottrinale: «da subito fu dominante la persuasione che fosse inibito alla Cassazione di usare del potere di cui al cpv. dell'art. 384 c.p.c. in relazione ai c.d. *errores in procedendo*»³⁴ e ciò non solo e non tanto in virtù della formula testualmente usata dalla norma tramite il riferimento alle sentenze erroneamente motivate in diritto, ma soprattutto in considerazione del fatto che il potere correttivo della motivazione si arrestava e si arresta sulle soglie della necessità di compiere nuovi accertamenti di fatto o nuove valutazione di fatti già acquisiti³⁵.

Si torni ora all'universo processualpenalistico, rimanendo nel medesimo spazio temporale che corre dalla prima codificazione unitaria del 1865 sino all'entrata in vigore del codice 1930.

A differenza di quanto accade nel contiguo settore del diritto processuale civile, qui di “causalità” o “decisività” dell'errore non si parla che piuttosto tardi ed in ogni caso con minor approfondimento³⁶, probabilmente per ragioni

³⁴ PANZAROLA, *La cassazione civile giudice del merito*, cit., p. 485 e ss.

³⁵ Chiarissimo sul punto ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979, p. 900. Ma si legga pure MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Vol. II, Torino, ed. 2006, p. 528, n. 146: «la correzione è possibile solo per gli *errores in iudicando* (quindi mai per errore di motivazione sui fatti) e in quanto non occorran indagini di fatto». Appresso si segnalano come «anomale» due sentenze della Cassazione che hanno ritenuto correggibile la motivazione anche quanto agli *errores in procedendo*.

³⁶ Diversa, sul punto, l'opinione di CAPONE, *Il principio di decisività*, cit., p. 1466 e ss., il quale, però, si riferisce all'emersione dell'istituto della rettificazione di errori non determinati annullamento nei progetti

ascrivibili a fattori molteplici: da un lato, la procedura penale scontava un ritardo nell'elaborazione scientifica dovuto alla sua percezione di materia meno "nobile", sì da restare ancora, sino a metà del secolo decimonono, «involuta nel diritto penale»³⁷; ma non basta: s'è notato come di errore causale si discutesse nel processo civile con riferimento all'*error in iudicando* emergente dalla motivazione; ebbene, nell'universo della "procedura criminale" il controllo sulla medesima motivazione era

di riforma del codice di procedura penale poi sfociati nel codice del 1913, non già all'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale.

³⁷ La frase è di CORDERO, *Procedura penale*, ed. 2006, cit., p. 3, il quale sottolinea come persino noti studiosi limitassero in termini significativi l'esposizione della procedura. In effetti, l'opera del CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Lucca, ed. 1863, tratta di procedura esclusivamente nella terza sezione, dedicandovi 16 capitoli che terminano con l'esplicazione dei c.d. "Limiti esterni del giure penale" e non trattano affatto d'impugnazioni. Più diffuso, PESCATORE, *Sposizione compendiosa della procedura civile e criminale*, Vol. II, Torino, 1865, dedica alla negletta procedura l'intero secondo volume, come pure NICOLINI, *Della procedura penale nel Regno delle due Sicilie*, cit., *passim*; ma resta l'afflato di chi scrive nella consapevolezza di dover recuperare un significativo svantaggio rispetto alla procedura civile, per di più nella (ulteriore) coscienza di dover fare i conti con una giurisprudenza quanto mai sommaria in materia "criminale". Si legga, ad esempio, quanto scrive, ancora nel secolo appena trascorso, ESCOBEDO, *La Corte di Cassazione penale*, cit., p. 5: «degnà di censura e di biasimo è quella continua oscillazione, che mai non posa in un pensiero maturo e che è frutto di un superficiale esame e di impressione momentanea, anziché di lungo studio e grande amore. Poiché, difatti, la causa della soverchia variabilità della giurisprudenza la si deve ricercare, non tanto nella imperfezione od oscurità delle leggi... quanto in ciò (sia detto con la maggiore franchezza, della quale altamente mi onoro) che nelle questioni giuridiche, spesso spesso, non è portato quel profondo esame, che esse richieggono... Ove si tratti di interpretazioni del Codice penale o delle leggi speciali, esse vengon date senza la scorta dei lavori preparatorii, i quali, se fosser sempre tenuti presenti, farebbero evitare molti errori. Ove si tratti di nullità di procedura, la tendenza è di riconoscerle ed ammetterle il meno che si possa».

assolutamente formale³⁸, posto che non si esigeva affatto che i motivi dovessero «essere adeguati alla sostanza»³⁹.

Un cenno alla problematica, si coglieva, invece, nella misura in cui il fulcro dell'attenzione veniva portato sul concetto di interesse: non si trattava certo delle forbite analisi con cui nel contiguo settore del processo civile si discuteva se ed in quali casi esattamente l'*error in iudicando in iure*, palesato dalla parte motiva della sentenza, fosse capace di porsi in rapporto di causalità con la decisione, così da fondare quell'interesse individuale all'annullamento del dispositivo che doveva accompagnare l'interesse dello Stato all'esatta osservanza del diritto⁴⁰; ma comunque si accennava al fatto che al fine di rendere *ammissibile* il motivo di ricorso proposto, da esso doveva derivare un «vantaggio» al ricorrente: «ciò consegue necessariamente dalla massima di ragione universale che chi non ha interesse non ha azione in giudizio, e dalla considerazione che i rimedi di legge sono

³⁸ In effetti, un riferimento all'istituto della rettificazione si trova in NICOLINI, *Della procedura penale*, cit., Vol. II, p. 964, laddove spiega che «affine all'annullamento senza rinvio è il rigettamento del ricorso con *disapprovazione de' motivi* della decisione impugnata. Spesse volte la disposizione è conforme alla legge; ma i *motivi* di essa non le sono conformi. Allora la Corte disapprova i motivi, mentre la sentenza o decisione non è soggetta ad annullamento» (corsivi dell'autore). L'importanza del riferimento effettuato *supra*, nel testo, alla difficoltà di concepire l'istituto della rettificazione in assenza di una disciplina completa dei vizi della motivazione e della loro rilevabilità, si percepisce bene nel passaggio successivo dello stesso Nicolini: «È dunque da distinguere *dispositiva* (o sia parte essenziale di essa) *non motivata*, da *dispositiva* (o sia parte essenziale di essa) *mal motivata*. Da ciò si rileva che l'error logico non è soggetto che a semplice disapprovazione».

³⁹ Il rilievo è effettuato, con uno sguardo sul passato, prima da CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Padova, ed. 1964 (orig. 1937), p. 173, quanto, successivamente, da SIRACUSANO, *I rapporti tra «Cassazione» e «rinvio»*, cit., p. 26.

⁴⁰ «In sede di Cassazione, dunque, l'interesse privato è riconosciuto e tutelato in quanto esso coincida con quello speciale interesse collettivo che sta alla base dell'istituto: *non oltre*» (corsivo dell'autore): così CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, Vol. VII, cit., p. 135, ma si vedano pure, sul punto, le riflessioni condotte da p. 152 a p. 155.

stabiliti per assicurare il trionfo della giustizia e riparare agli errori del giudice, non per servire di pretesto a trarre in lungo la definizione dei giudizi ed a soddisfare biechi o capricciosi intendimenti»⁴¹.

Sulla falsariga di siffatte considerazioni, non era ritenuto ammissibile il ricorso per correggere l'errata qualificazione giuridica del fatto, allorquando nessuna conseguenza dannosa potesse trarne il ricorrente, così come pure il ricorso presentato a favore di chi lamentasse la mancata presenza in udienza di un interprete, senza che si fosse data prova che ve ne fosse bisogno⁴²; casi variegati, com'è agevole notare, che mescolavano nell'unica valutazione d'inammissibilità situazioni prive di un minimo comune denominatore.

Norma di chiusura era l'art. 643 c.p.p. 1865, il quale anticipava in chiave minore il più ampio contenuto, in materia di "rettificazione" della sentenza, presentato dai successivi artt. 531, 1° comma, c.p.p. 1913 e 538, 1° comma, c.p.p. 1930, statuendo che «qualora la pena pronunciata fosse eguale a quella che la legge applica al crimine, niuno potrà chiedere l'annullazione della sentenza pel pretesto che sia occorso errore nella citazione dell'articolo della legge».

Nel complesso, è certo da condividere l'opinione di chi, con sguardo retrospettivo, segnalava la prevalente considerazione prestata dal codice del 1865 alla tutela dello *jus constitutionis*⁴³, con una duplice conseguenza: da un lato la concessione di uno *spatium agendi* al ricorso dell'imputato «nelle sole ipotesi in cui potesse effettivamente servire quale strumento per la realizzazione

⁴¹ Così BORSANI-CASORATI, *Codice di procedura penale italiano*, Vol. VI, Milano, 1884, p. 343.

⁴² Dovizia d'esempi tratti dalla giurisprudenza sempre in BORSANI-CASORATI, *Codice di procedura penale italiano*, Vol. VI, cit., pp. 344-345.

⁴³ SIRACUSANO, *I rapporti tra «cassazione» e «rinvio»*, cit., p. 136 e ss.

degli “scopi” della Cassazione»⁴⁴; dall’altro, e per conseguenza, la limitata rilevanza della ricerca di un nesso tra violazione e potenziale mutamento *in melius* del dispositivo e, quindi, della causalità dell’errore denunciato⁴⁵.

Con l’entrata in vigore del codice Finocchiaro-Aprile, datato 1913, si colgono tracce iniziali di un’espansione della disciplina dell’*error causalis*, quale nesso tra errore palesato dalla motivazione e dispositivo della sentenza.

Le cause d’emersione del concetto risultano identificate con chiarezza: ad una caratura maggiore conferita allo *jus litigatoris*, ovvero, per dirla in termini più chiari, ad una «inequivoca tendenza legislativa a rendere più efficiente la tutela della Corte»⁴⁶, si era legato, in modo assai significativo, il contemporaneo rilievo conferito alla ricerca di un effettivo interesse del ricorrente all’annullamento e, a questa stregua, alla causalità dell’errore sul dispositivo.

In sostanza, la disciplina dell’*error causalis* appariva, da un lato, come l’ovvio riflesso dell’interesse a ricorrere e dell’utilità del ricorso per il privato, dall’altro, quale strumento idoneo ad evitare, proprio a fronte degli ampliati confini della tutela offerta dalla Cassazione al c.d.

⁴⁴ Così, ancora, SIRACUSANO, *I rapporti tra «cassazione» e «rinvio»*, cit., p. 137.

⁴⁵ Ciò è tanto vero che persino i commenti all’art. 643 c.p.p. 1865 – che pur conteneva l’embrione di una norma condizionante l’esito del ricorso ai casi in cui un errore avesse prodotto conseguenze sul dispositivo – appaiono condotti nella prospettiva unica dell’interesse dello *jus constitutionis*, non certo dell’interesse del privato ricorrente: «La ragione della legge... è quella di accordare il ricorso per l’annullamento di una sentenza quando sia stata violata la legge; ma sarebbe contrario allo spirito della legge stessa che un materiale errore nella citazione di un articolo di legge dovesse produrre annullamento di una sentenza, quando la pronuncia di essa sia conforme alle disposizioni della legge»: così, sull’art. 643 c.p.p. 1865, VISMARA, *Codice di procedura penale del Regno d’Italia spiegato col mezzo analogico, coll’autorità del diritto romano e colle dottrine di sommi penalisti*, Napoli, ed. 1871, p. 275.

⁴⁶ SIRACUSANO, *I rapporti tra «cassazione» e «rinvio»*, cit., p. 162.

jus litigatoris, «inutili ripetizioni, quando la controversia fu decisa giustamente, sebbene non fossero legali i motivi che precedettero la pronunzia»⁴⁷.

All'interno del codice 1913, in effetti, l'embrione contenuto nell'art. 643 c.p.p. 1865 trova pieno sviluppo e dall'avvertimento per cui l'erronea citazione di un testo di legge non avrebbe potuto produrre l'annullamento della sentenza, si passa al concetto, ben più sostanzioso, per cui anche l'*error in iudicando in iure* non sarebbe stato sufficiente alla cassazione del provvedimento laddove fosse rimasto confinato alla parte motiva; ai sensi dell'art. 531, 1° comma, c.p.p. 1913 – si apprendeva – «gli errori di diritto nella motivazione e le erronee indicazioni di testi di legge non danno causa all'annullamento della sentenza se non abbiano avuto influenza sul dispositivo».

Nel ricostruire l'emersione della regola attraverso il passaggio dai progetti che avevano preceduto la stesura del codice del 1913, si è evidenziato con grande efficacia come la novità fosse stata accompagnata da critiche di non poco momento⁴⁸, tutte sostanzialmente virate sul timore che l'affidamento alla Corte di un siffatto tipo di controllo avrebbe potuto snaturarne il ruolo, conducendola a valutare *il fatto*, sia pure al solo fine di correggere la motivazione errata *in iure*⁴⁹.

Ma, evidentemente, la giustapposizione sopra evidenziata tra ampliamento delle forme di tutela offerte

⁴⁷ Così MOSCHINI, *L'art. 531 del nuovo cod. proc. pen.*, in *Riv. Dir. e Proc. Pen.*, 1913, I, p. 577 e ss.

⁴⁸ Fondamentale, sul punto, la lettura delle pagine di BARGIS, *Rettificazione e merito nel giudizio di cassazione penale*, Milano, 1989, p. 27 e ss.

⁴⁹ Nuovamente si leggano le considerazioni di MOSCHINI, *L'art. 531 del nuovo cod. proc. pen.*, cit., p. 583, il quale osservava: «è da evitare il pericolo altrettanto grave di tenere in vita un giudicato diverso da quello che il giudice poteva emettere se non cadeva nell'errore giuridico che si vuole ritenere come non avvenuto»; e ancora: «all'infuori di palese superfluità, l'influenza o meno della motivazione errata nel dispositivo riesce assai incerta e può fatalmente condurre il magistrato supremo a quegli apprezzamenti di merito che la legge assolutamente gli vieta».

dalla Cassazione e utilità effettiva del ricorso, evitando l'annullamento laddove l'*error iuris* fosse stato ininfluenza sul dispositivo, aveva prodotto un inserimento sostanzialmente indolore della regola⁵⁰.

Di fatto, per quanto accolta con perplessità, la disposizione «non aveva poi provocato problemi nella prassi, tant'è vero che il legislatore del 1930 aveva potuto»⁵¹ rieditarla senza problemi all'interno dell'art. 538, 1° comma del codice Rocco⁵², per di più con la

⁵⁰ Sostanzialmente priva di rilievi, ad esempio, la spiegazione dell'istituto effettuata, all'indomani dell'entrata in vigore del codice, da LANZA, *Principi di diritto processuale penale secondo il nuovo codice di procedura penale*, Roma, 1914, p. 477; analogamente vedasi pure CIVOLI, *Manuale di procedura penale italiana*, Torino, 1921, p. 618, secondo cui la norma avrebbe adempiuto ad un «compito direttivo, col ricordare alla Cassazione di non annullare le sentenze, nella motivazione delle quali si sia incorsi in errori di diritto ed in erronee indicazioni di testi di legge, quando non abbiano avuto influenza sul dispositivo». Come si conviene a uomini vicini al potere, MORTARA-ALOISI, *Commento al codice di procedura penale. Dei mezzi d'impugnazione*, Torino, 1924, p. 564, a mo' di commento dell'articolo, si limitano a riprodurre sul punto la relazione del guardasigilli al Re.

⁵¹ Così BARGIS, *Rettificazione e merito*, cit., p. 33.

⁵² Si vedano, quale epitome di siffatta sostanziale “leggerezza” con cui fu accolta la formula nel codice Rocco, le considerazioni di FLORIAN, *Diritto processuale penale*, Torino, ed. 1939, pp. 549-550, il quale, a breve distanza di tempo dall'entrata in vigore del codice di procedura del 1930, osservava: «una singolare potestà venne confermata alla Corte, che inferisce ad una funzione di più sostanziale giustizia e serve ad eludere la tirannide di un eccessivo formalismo. Venne opportunamente accolto il principio, d'altronde già qualche volta applicato dalla giurisprudenza del Supremo Collegio, anche prima del codice abrogato, il quale pure lo sanciva, che “gli errori di diritto nella motivazione e le erronee indicazioni di testi di legge, in quanto non abbiano avuto influenza decisiva sul dispositivo” (art. 538), rivelatosi di per sé legale e giusto, non producano annullamento. In tal caso l'errore diventa irrilevante e dà luogo solamente a sostituzione di motivi legali e a correzione, giusta il criterio che il difetto di pregiudizio salva gli effetti giuridici della sentenza, malgrado l'imperfezione della stessa. Facoltà cotesta della più alta importanza, che eleva la funzione autonoma della Suprema Corte e la trae sul terreno dei fatti; facoltà, quindi, oltre ogni dire, delicata e ardua, da

giunta della formula che esige un'influenza "decisiva" dell'errore di diritto sul dispositivo della sentenza.

Di fatto, con ogni probabilità, l'innovazione era stata metabolizzata alla fine quale riflesso speculare e sostanzialmente *inevitabile* dell'idea che la Cassazione non fosse concepibile come esclusivo organo di tutela dello *jus constitutionis*, ma dovesse porsi anche come strumento di protezione dello *jus litigatoris* e che, anzi, potesse funzionare solo nella fattiva coesistenza di entrambi gli elementi⁵³; onde per cui la Corte «non può pronunciare l'annullamento della sentenza denunciata, qualora questa sia ingiusta per un *error in iudicando* da cui l'interesse dello Stato alla uniforme interpretazione della legge non sia violato (errore di fatto); come, inversamente, essa non può pronunciare l'annullamento di una sentenza che contenga nella sua motivazione un errore di diritto, che lo Stato avrebbe interesse a riprovare, ma che non ha prodotto nel dispositivo quelle conseguenze pratiche dalle quali solamente l'interesse individuale può sentirsi ferito»⁵⁴.

usarsi con estrema cautela; ma tale, secondo noi, da plaudirsi pienamente».

⁵³ Si veda, sul punto, l'impostazione di SATTA, voce *Corte di cassazione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, Vol. X, Milano, 1962, p. 801 e ss., che argomenta: «il punto fondamentale è che il preteso interesse all'interpretazione della legge, così come quello all'uniformità del diritto, non esistono oggettivati ed astratti nel diritto positivo, ma sono sempre soggettivati, nel compiuto senso che sono interessi di un soggetto in relazione a un atto del giudice che lo grava, e che egli assume non rispondente alla legge» (p. 805).

⁵⁴ Così le indimenticabili parole di CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, Vol. VII, cit., p. 155. Segno di questa percezione della sostanziale inevitabilità dell'esigenza di un nesso causale tra l'errore nella motivazione e il dispositivo si colgono, del resto, anche in CORDERO, *Procedura penale*, Milano, ed. 1987, p. 796. Sul punto v. pure PETRELLA, *Le impugnazioni nel processo penale. Trattato teorico pratico*, Vol. II, Milano, 1965, p. 512, il quale segnala con la medesima naturalezza: «poiché, come è noto, le impugnazioni si dirigono contro il dispositivo della sentenza, è logico che gli errori di diritto che non si siano tradotti in provvedimento ingiusti o invalidi siano irrilevanti»; nonché LEONE, *Trattato di diritto processuale*

L'approfondimento dedicato ai tratti che doveva possedere l'errore di giudizio, affinché potesse dar luogo alla cassazione della sentenza, era destinato a crescere, però, a cagione di altra e diversa disposizione introdotta dal codice Rocco in funzione di sfoltimento del carico dei ricorsi⁵⁵; ai sensi dell'art. 476, n. 2, c.p.p. 1930, alla pura e semplice rettificazione della sentenza poteva procedersi anche qualora occorresse «completare la motivazione insufficiente»; regola, questa, ignota al codice previgente, il cui art. 434, 1° comma, prevedeva che i giudici *del merito* potessero provvedere alla «correzione degli errori materiali delle sentenze, delle ordinanze e dei decreti, quando tali errori non producano nullità...».

Dal riferimento esplicito al potere del «giudice *ad quem* in sostituzione del giudice *a quo*» di completare la motivazione insufficiente, si faceva discendere una conseguenza importante: la norma in parola finiva col conferire alla Suprema Corte il compito di identificare

penale, Vol. III, Napoli, 1961, pp. 34-35, ma anche p. 230. Con maggior cautela precisava GIANTURCO, *Erronea motivazione dei provvedimenti del giudice e sentenze di rettifica*, in *Temì*, 1969, p. 77 e ss., come nell'art. 538, 1° comma, c.p.p. si trattasse di «errori non determinanti della decisione che, secondo la nota formula conservatrice di valori giuridici, *vitiatur sed non vitiant*: errori, cioè, per sovrabbondanza o ridondanza di argomentazioni, non inficianti di invalidità la sentenza, sostenuta da altri argomenti fondamentali perfettamente esatti e immuni da qualsiasi vizio. Sennonché siffatti errori, pur potendo formare oggetto di censura e di epurazione, non essendo stati determinanti del dispositivo, dovrebbero esser considerati irrilevanti per la loro stessa natura, sì da dar luogo a una ordinaria sentenza di rigetto. Gli *errores causam dantes* che qui interessano sono, invece, quelli che pur avendo determinato il dispositivo, secondo il principio di causalità, non ne escludono, peraltro, l'esattezza, giacché il dispositivo si regge ugualmente, pur se esso debba ricollegarsi ad altre premesse, da cui validamente scaturisce».

⁵⁵ Così, AMODIO, voce *Motivazione della sentenza penale*, cit., p. 239: «Mediante l'insufficienza si voleva offrire alla Corte di cassazione lo strumento per sfoltire e prevenire il gran numero dei ricorsi per difetto di motivazione impostati sulla rilevazione di vizi consistenti nella "maggiore o minore completezza ed esattezza degli argomenti"».

eventuali motivi idonei a sorreggere il dispositivo, in tal guisa inevitabilmente condizionando «la rilevazione del vizio di motivazione all'accertamento dell'influenza decisiva di esso sul dispositivo»⁵⁶.

E in effetti, introducendo l'istituto del completamento della motivazione insufficiente, il legislatore del 1930 aveva accostato l'istituto in questione, in termini impliciti, ma agevolmente intuibili⁵⁷, all'altro più risalente, rappresentato dalla rettificazione degli errori di diritto non determinanti annullamento: appariva comune ad entrambi l'esito salvifico della sentenza affetta sì da vizi, ma non tali da esigere il rimedio dell'annullamento; comune ad entrambe le regole era, soprattutto, l'*input* alla Cassazione – esplicito nel caso della rettifica, implicito nel caso del completamento della motivazione insufficiente – a sondare l'esistenza o l'inesistenza di un nesso causale tra errore e dispositivo⁵⁸.

E qui non può sfuggire un dato, tra i molti esplorabili: lo *ius corrigendi* della Cassazione appariva vocato ad emendare quegli errori della motivazione che afferissero ad un tipo che intanto poteva ritenersi decisivo in quanto toccasse «un elemento di fatto rappresentato nella fattispecie astratta come essenziale»⁵⁹, con ciò palesemente intendendosi solo ed esclusivamente gli errori

⁵⁶ Entrambe le frasi del periodo sono di SIRACUSANO, *I rapporti tra «cassazione» e «rinvio»*, cit., p. 77.

⁵⁷ L'accostamento tra il dovere della Corte di completare la motivazione insufficiente e quello di rettificare la parte motiva della sentenza contenente errori in diritto ininfluenti sul dispositivo, è effettuato efficacemente da AMODIO, voce *Motivazione della sentenza penale*, cit., p. 239, n. 334, che aggiunge: «Da rilevare, tuttavia, che mentre la rettificazione della motivazione insufficiente può attuarsi solo nella forma del completamento (art. 476 n. 2), vale a dire mediante una integrazione, la rettificazione degli errori previsti dall'art. 538 può svolgersi anche attraverso una sostituzione delle parti viziate». Ma sul punto v. pure LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, Vol. III, cit., p. 231.

⁵⁸ Cfr., infatti, SIRACUSANO, *I rapporti tra «cassazione» e «rinvio»*, cit., p. 77.

⁵⁹ SIRACUSANO, *I rapporti tra «cassazione» e «rinvio»*, cit., p. 78.

in iudicando, commessi nell'interpretazione della norma sostanziale o nella sussunzione della fattispecie concreta sotto quella astratta.

Beninteso, si precisava comunque che in nessun caso il controllo sulla decisività dell'errore poteva comportare un riesame del merito⁶⁰.

A comprendere in modo più adeguato i termini complessivi della questione relativa al nesso causale tra errore e dispositivo – o per meglio dire, a comprendere i termini in cui veniva *concretamente discussa e compresa* all'indomani dell'entrata in vigore del codice 1930 – risulta preziosa la rievocazione degli approfondimenti occasionati da un vecchio caso giudiziario⁶¹.

La vicenda processuale era ben nota: prosciolto l'imputato dall'accusa di omicidio per insufficienza di prove, la vittoria della difesa rischiava di tramutarsi in amara sconfitta a seguito del deposito della motivazione della sentenza assolutoria; lungi dall'essere ivi enumerate le ragioni che avevano indotto la Corte d'Assise alla concreta decisione assunta, si leggeva con dovizia di particolari come e perché l'imputato dovesse essere considerato un omicida.

Ebbene, sulla scorta della plateale antinomia tra un dispositivo assolutorio e una motivazione idonea a dare contezza solo della condanna, il Procuratore Generale aveva impugnato con ricorso per cassazione la sentenza, chiedendone l'annullamento.

Sullo sfondo della storia aleggiava la disvelata percezione delle ragioni sottostanti alla vicenda processuale, ovvero l'intento dei giudici togati di quell'assise di invalidare la libera opinione espressa dalla giuria popolare sulla responsabilità dell'imputato; di qui

⁶⁰ Ancora SIRACUSANO, *I rapporti tra «cassazione» e «rinvio»*, cit., p. 78.

⁶¹ Ci riferiamo alla causa contro Giuseppe Mulas, consegnata alla storia dal suo difensore; v. ESCOBEDO, *Ancora sulle sentenze suicide. L'antimotivazione. Confutazione del ricorso del Procuratore Generale nella causa contro Mulas Giuseppe. Terza memoria defensionale*, Città di Castello, 1942, *passim*.

l'impegno dell'avvocato difensore, nonché direttore dell'autorevole rivista *La giustizia penale*, Gennaro ESCOBEDO, il quale – forte della stima che lo circondava in ambito giuridico – aveva domandato ad un cospicuo numero di illustri giuristi di scrivere un parere in merito.

Alcuni di siffatti scritti risultano particolarmente illuminanti nella peculiare prospettiva della presente indagine; così, ad esempio, allorquando si chiariva che, per risolvere la *quaestio* sollevata dall'ESCOBEDO – se fosse nulla o meno la sentenza che mostrasse un contrasto (voluto) tra dispositivo e motivazione – «bisogna risalire alla ragione per cui il nostro ordinamento giuridico sancisce la nullità della sentenza contraddittoria e riconosce alla Cassazione il potere di controllare la logicità delle pronuncie di merito. La ragione, senza possibilità di incertezza, è questa: la contraddizione palesa un errore nel giudizio, errore che è stato la causa determinante della decisione. Ciò è tanto vero che, come si rileva dall'art. 538 del codice, gli errori che non abbiano avuto influenza decisiva sul dispositivo, non producono nullità, ma sono soggetti alla più semplice procedura della rettifica. In linea teorica questo concetto si esprime dicendo che deve esistere un *nesso causale* fra l'errore e la pronuncia dell'organo giudicante».

Posta questa necessaria premessa di carattere generale, ecco la conseguenza per il caso specifico; la sentenza di proscioglimento emessa nei confronti del Mulas, non poteva dirsi nulla perché «la motivazione non esprime l'idea del collegio, non la traduce: anzi, per usare l'efficace espressione dell'Escobedo, la tradisce. Non avendo avuto alcuna influenza sulla deliberazione, perché mai tale errore dovrebbe determinare l'annullamento della sentenza e, per giunta, la rinnovazione del giudizio?»⁶².

Difficile esprimere in termini più concreti l'essenza del rapporto causale tra errore e dispositivo, come pure il radicamento del concetto di *error causalis* in quello di

⁶² Entrambe le frasi sono di ANTOLISEI, *La sentenza volutamente contraddittoria*, in *Ancora sulle sentenze suicide*, cit., p. 141 e ss.

interesse del ricorrente all'annullamento: nel caso Mulas, l'imputato mancava di qualsiasi interesse ad impugnare un dispositivo di proscioglimento, al contrario del rappresentante della pubblica accusa, ma non essendo riscontrabile dalla motivazione della sentenza alcun nesso causale tra un eventuale *error* e il dispositivo di proscioglimento, ne derivava l'inaccogliabilità del ricorso frapposto dal Procuratore Generale⁶³.

Ancor più chiara appare l'essenza del difetto – ovvero i tratti concreti che determinano la sua rilevanza – in uno scritto minore di epoca ancora alquanto lontana dall'oggi: «riteniamo che la individuazione del punto o dei punti decisivi sia, logicamente e giuridicamente, ricollegata alla essenza, alla struttura logica e psicologica dell'insieme del fatto ed alla sua configurazione giuridica nella sfera dell'illecito punibile. Ogni causa ha il suo punto decisivo o i suoi punti decisivi e questi punti si concretano in circostanze di fatto, generiche e specifiche, e nel loro inquadramento giuridico in relazione al reato contestato.

Senza l'esame e la valutazione di questi punti non si ha e non si può avere un giudizio, ma semplicemente un *simulacro* di giudizio, un'apparenza assolutamente insoddisfacente di giudizio. Un elemento probatorio, come la pratica giudiziaria quotidianamente insegna, che può apparire, ad un osservatore superficiale e frettoloso, di secondaria importanza, può essere, in realtà, la vera e luminosa fonte della verità processuale ed anche umana del fatto-reato su cui verte l'indagine del giudice. È per questo che, nello stabilire, alla stregua di tutta la delineazione logica e giuridica delle risultanze processuali,

⁶³ *Contra*, però, si veda LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, Vol. III, cit., p. 35, n. 18, secondo il quale nell'ipotesi in cui la motivazione contenga l'affermazione di responsabilità dell'imputato, mentre il dispositivo pronunzi l'assoluzione, in base al principio dell'interesse a ricorre l'imputato non potrebbe proporre ricorso per cassazione «se prosciolto con formula piena», mentre «il ricorso potrebbe, invece, essere sperimentato dal p.m. per ottenere l'annullamento della sentenza e la condanna dell'imputato in sede di rinvio».

se un punto sia decisivo, non si possono fissare e preconstituire graduatorie. Queste sarebbero contrarie al principio fondamentale del libero convincimento del giudice...»⁶⁴.

In siffatta prospettiva – di cui va colta la sostanziosa assonanza con altra autorevolmente espressa nel settore del diritto processuale civile⁶⁵ cui si è avuto già modo di accennare *supra*⁶⁶ – è decisivo l'errore, disvelato dalla motivazione, che cada, in via diretta o mediata, *su di uno degli elementi strutturali del fatto*, inteso come fatto giuridicamente qualificato o qualificabile all'interno della determinata fattispecie *sub iudice*.

Conviene sostare a questo punto per effettuare una nuova, momentanea deviazione.

3. UNIVERSI CONTIGUI: GLI ERRORI *IN PROCEDENDO* DI CUI ALL'ART. 606, 1° COMMA, LETT. C), C.P.P.

Poniamo, anzitutto, nella opportuna luce un dato di fatto: progressivamente, ma con certezza, si va diffondendo⁶⁷ in giurisprudenza l'idea che la rilevanza degli *errores in procedendo* elencati dall'art. 606, lett. c),

⁶⁴ Così GRANATA, *Il «punto decisivo» della causa e l'annullabilità delle sentenze in Corte di Cassazione*, in *Giust. Pen.*, 1958, II, c. 167 e ss.

⁶⁵ Il riferimento corre, naturalmente, a FAZZALARI, *Il giudizio civile di cassazione*, Milano, 1960, p. 90.

⁶⁶ Cfr. Cap. I, Par. 5.

⁶⁷ CAPONE, *Il principio di decisività*, cit., p. 1485 osserva, a proposito dell'art. 606, 1° comma, lett. c), c.p.p.: «Dall'entrata in vigore del codice nel 1989, questa previsione non è mai stata applicata in modo così rigoroso. La giurisprudenza ritiene inappropriato annullare una sentenza in base al mero rilievo dell'inutilizzabilità di una prova posta a base della decisione senza prima accertare se quella prova non sia per caso ininfluyente. La Corte di cassazione, di conseguenza, nei casi in cui la doglianza sia proposta ai sensi dell'art. 606 lett. c) c.p.p., normalmente verifica se la valutazione delle prove inutilizzabili da parte del giudice di merito abbia avuto un "peso reale" sulla decisione o se, anche in assenza di quell'elemento, la decisione sarebbe stata comunque la stessa».

c.p.p. – e dell'inutilizzabilità della prova in particolare – sia dipendente dall'accertamento dell'esistenza di un nesso causale tra l'errore e la sentenza tutte le volte in cui il vizio di attività concerne un atto probatorio.

In effetti, esattamente ad un magistrato di cassazione dobbiamo la seguente, efficace sintesi del concetto, che val la pena di leggere nel suo intero svolgimento, al fine di tentare di dipanarne i significati sottesi: «Un inciso sul requisito della decisività. Sebbene non espressamente indicato, lo si ricava agevolmente dalla natura del giudizio di cassazione e dall'interesse ad agire. Il giudizio di cassazione ha nel proprio codice genetico la *querela nullitatis* del diritto comune: non è un'azione di accertamento, ma un'azione di annullamento. Dunque, l'interesse ad agire è l'interesse ad ottenere un annullamento. Dunque, sono ammessi solo motivi decisivi, cioè *errores in procedendo* o *in iudicando* che, se accolti, portano all'annullamento della sentenza. Se il motivo non è decisivo, non ci può essere annullamento e, quindi, non ci può essere interesse ad agire. Di qui il principio della irrilevanza del motivo non decisivo. Del resto è una tradizione del diritto comune la rilevanza del solo *error causalis*. E questo principio non è un relitto storico. È una specie di postulato del diritto angloamericano, molto sensibile all'efficienza: l'*error harmless* (cioè che non ha prodotto danni) è irrilevante. Il giudice di legittimità non è il giudice della legalità del processo, ma è il giudice della legalità della sentenza. Il che significa che non qualsiasi vizio verificatosi nel processo, ancorché insanabile, può essere dedotto e discusso in cassazione, ma solo quel vizio del processo che si trasforma in un vizio fatale della sentenza. Pertanto, rispetto ad ogni motivo di ricorso il giudice deve procedere ad un duplice test: un test di rilevanza del motivo e – solo dopo che si è superato tale test – un test di fondatezza del motivo»⁶⁸.

⁶⁸ Cfr. IACOVIELLO, *La tela del ragno: ovvero la chiamata di correo nel giudizio di cassazione*, in *Cass. Pen.*, 2004, p. 3452 e ss.

Si osservino, nel discorso, alcuni passaggi cruciali: notando *en passant* l'esplicita equiparazione tra i concetti di "decisività" e "causalità", constatiamo come l'esigenza che l'errore sia decisivo o causale vien fatta discendere dall'interesse ad agire, ovvero ad ottenere l'annullamento della sentenza; da questa derivazione – che abbiamo visto essere obiettivamente constatabile nella storia del concetto all'interno del diritto processuale civile – se ne deduce suggestivamente il valore *efficientistico* del canone di causalità/decisività; infine, una volta assicurata la denotazione "in positivo" del canone, se ne asserisce senz'altro la piana applicabilità non solo agli *errores in iudicando*, cui la tradizione l'aveva confinato, ma anche agli *errores in procedendo*, il cui inserimento nello *spatium agendi* della condizione di causalità è tutt'altro che lineare.

Per convincersene basta por mente all'annosa controversia dedicata da autorevoli voci alla «diffusione delle nullità in ambito probatorio»⁶⁹.

Tracce decisamente significative di una posizione del problema si ravvisano, anzitutto, nei lavori preparatori del codice di procedura penale del 1913; nella Relazione al Progetto preliminare compariva, improvvisa e vistosamente contestata, l'idea di condizionare l'accoglimento del ricorso fondato su *error in procedendo*, non solo all'accertamento della nullità, ma anche ad una verifica avente ad oggetto *l'effettiva influenza dell'errore processuale sulla concreta decisione assunta dal giudice del merito*.

Le ragioni della riforma erano esposte in termini tali da far apparire i resistenti come uomini di scarsa scienza: «è noto anche ai meno esperti che il sistema delle nullità rappresenta uno dei problemi più ardui della tecnica processuale e uno degli scogli più pericolosi per il

⁶⁹ Così intitola un paragrafo del suo lavoro SCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, Torino, 2000, p. 82, paragrafo dedicato appunto ad un'accurata ed illuminante ricostruzione dei rapporti tra sanzione di nullità ed atto probatorio.

legislatore. Se così non fosse, non si sentirebbe il bisogno di temperare e integrare, coi moderati e cauti poteri del magistrato, la inevitabile imperfezione della norma generale che, razionale e plausibile in astratto, potrebbe poi apparire, in taluna inflessibile applicazione concreta, irragionevole fino al ridicolo e sconveniente fino all'«iniquità»⁷⁰.

Insomma: secondo i proponenti, il presidio della nullità rispetto agli atti del procedere sarebbe stato cosa giusta, ma solo in astratto; in concreto la buona volontà del legislatore nel tutelare gli interessi sottostanti a date formalità, avrebbe rischiato di apparire assurda ed anzi «ridicola».

Le obiezioni addotte, ad onta dell'avallo fornito all'intento riformatore dal Ministro in persona⁷¹, risultano a tutt'oggi di non poco momento: l'idea pareva anzitutto inconciliabile con un sistema che distinguesse il *quantum* di rispetto dovuto alle forme processuali proprio in base alla sanzione attribuita o meno dal legislatore all'ipotesi di inottemperanza; ma, più ancora, si temeva che un controllo relativo all'influenza del vizio di forma sulla decisione, potesse indurre la Corte ad incursioni nel merito della causa, ovvero ad un ruolo cui essa non era funzionalmente vocata⁷².

Minuzie, secondo gli autori del progetto: «non è luogo né tempo per una lezione di procedura penale e nemmeno è il caso di discutere con chi ostenta il

⁷⁰ Così la Relazione in MORTARA, STOPPATO ed altri, *Commento al codice di procedura penale*, Vol. III, *Lavori Parlamentari*, Torino, 1915, p. 72.

⁷¹ Dell'appoggio del Ministro Finocchiaro-Aprile si fa vanto Mortara nella discussione al Senato, che dovette essere aspra se dal testo risulta che Mortara stesso «vivamente» prega di non essere interrotto; «d'altronde» aggiunge «mi pare di tenere un discorso abbastanza sensato e chiaro». V. MORTARA, STOPPATO ed altri, *Commento al codice di procedura penale*, Vol. III, *Lavori Parlamentari*, cit., p. 170.

⁷² Tale, in particolare, la posizione di Luigi Lucchini; v. MORTARA, STOPPATO ed altri, *Commento al codice di procedura penale*, Vol. III, *Lavori Parlamentari*, cit., pp. 73-114-136 per le notazioni più significative.

superstizioso timore di una specie di violenza alla posizione costituzionale della corte di cassazione... con l'autorizzarla ad una simile indagine»⁷³.

Le pressioni e le implicite accuse d'ignoranza agli oppositori erano, però, destinate a riuscire vane; la versione definitiva del codice appare esente dal tentativo e la Relazione ne spiega i motivi in termini nient'affatto sommessi: «non si è creduto di dare adito, fuori dalla sede di merito, alla facoltà di discernere se la violazione di forma abbia recato pregiudizio alla causa di chi è interessato a dolersene, per quanta simpatia possa suscitare questo concetto che, richiedendo il pregiudizio concreto a ragione di ogni impugnazione, risponde al bisogno di evitare annullamenti non conformi agli intenti di legge»; insomma – si legge in controluce – avevano ragione da vendere i tenaci propugnatori, ma la resistenza di troppi stolti ha impedito il prezioso *novum*; in fondo, però – si concede con magnanimità – effettivamente il controllo che così sarebbe stato affidato alla Cassazione non è mestiere suo: «l'indagine circa l'influenza che un atto nullo ha avuto sulla decisione di merito deve essere per necessità indagine di apprezzamenti subiettivi, che assai di rado è possibile e che diventa causa di disuguaglianze e incertezze dannose alla giustizia assai più degli annullamenti che si vogliono evitare»⁷⁴.

Con l'entrata in vigore del codice Rocco, la discussione era destinata a riprender vita, benché in termini meno estremi⁷⁵; una norma in particolare era

⁷³ Così ancora le parole di Mortara al Senato del Regno in MORTARA, STOPPATO ed altri, *Commento al codice di procedura penale*, Vol. III, *Lavori Parlamentari*, cit., p. 170.

⁷⁴ Così le parole della Relazione al Re sulla redazione definitiva in MORTARA, STOPPATO ed altri, *Commento al codice di procedura penale*, Vol. III, *Lavori Parlamentari*, cit., p. 570.

⁷⁵ Di siffatta discussione – va detto – non si trova segno nella dottrina anteriore al codice Finocchiaro-Aprile: a leggere, ad esempio, le doviziose spiegazioni di Matteo Pescatore, par di comprendere che la nullità di un atto probatorio, laddove non assoggettata ad una possibile sanatoria, viziasse la sentenza senza indagine alcuna in merito alla sua causalità; cfr. PESCATORE, *Sposizione compendiosa della procedura*

divenuta oggetto di discussione⁷⁶, via via crescente nel corso degli anni, ovvero l'art. 189, 1° comma, c.p.p. il quale – in termini peraltro non sostanzialmente divergenti dai codici del 1865 e del 1913 – statuiva che «la nullità di un atto, quando è dichiarata, rende nulli quelli consecutivi che da esso dipendono».

Invero, la medesima lettera della disposizione pareva idonea a generare il dissidio; da un lato, fondandosi su di essa si riteneva «pacifico» che non bastasse «il rapporto di anteriorità cronologica»⁷⁷, mentre, per il resto, si discuteva

criminale, cit., Parte analitica, Torino-Napoli, 1871, p. 195 e ss., ma in particolare v., ad esempio, p. 206: «nel giudizio pubblico i testimoni sono esaminati separatamente, l'uno dopo l'altro, per modo che il secondo non sia presente all'esame del primo, e così successivamente; e ciò a pena di nullità (dice la legge), *la quale nullità (aggiungiamo noi) vizia l'intero procedimento, perché la sentenza che ne emana avrebbe ricevuto influsso e determinazione da testimonianze cui la legge non riconosce valore alcuno*». E ancora si veda p. 208 e ss., a proposito dell'esame dei prossimi congiunti: «se esse non consentono, la legge da loro il diritto di astenersi; non basta; temendo che queste persone, chiamate in giudizio, possano per avventura ignorare o scordare che loro compete libertà assoluta di parlare o tacere, la legge ingiunge al giudice presidente di avvertirnele prima d'incominciare l'interrogatorio e, scendendo sino all'estrema cautela, la legge impone espressamente (pel solo difetto di avvertimento e di menzione nel verbale) la pena di nullità, *che è nullità dell'intero dibattimento, e della sentenza*» (corsivo nostro).

⁷⁶ È corretto, peraltro, rilevare come la discussione vertesse più in generale sul fenomeno dell'invalidità derivata, ben descritto nella sua essenza in noti passaggi: «Lo stretto collegamento degli atti processuali fa sì che il fenomeno dell'invalidità derivata raggiunga qui le sue dimensioni più estese. Per invalidità derivata si intende, di solito, l'invalidità che “deriva” ad un atto dall'invalidità di un atto precedente. Naturalmente, deve trattarsi di una precedenza non soltanto occasionale, ma necessaria. L'invalidità può, cioè, trasmettersi da un atto all'altro, in quanto il primo si ponga come presupposto del secondo. E poiché nel processo penale le situazioni del genere sono frequenti, è niente affatto raro che il vizio di un atto si comunichi all'atto o agli atti successivi»; così CONSO, voce *Atti processuali (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, Vol. IV, Milano, 1959, p. 143 e ss.

⁷⁷ Così PEYRON, voce *Invalidità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, Vol. XXII, Milano, 1972, p. 615 e ss. che sottolinea: «il principio è affermato nell'art. 189 comma 1 c.p.p. in tema di nullità, ma ha

in che termini dovesse intendersi il concetto di “dipendenza” laddove l’atto viziato apparisse pertinente al *genus* degli atti eventuali, cui tipicamente appartenevano le prove, in quanto atti mai da considerarsi come meccanicamente indispensabili alla sequela processuale⁷⁸.

Nella prospettiva del giudice che, giunto sulle soglie della decisione, si trovasse dinanzi ad un atto probatorio nullo o comunque invalido, l’unico dovere derivante dall’art. 189 c.p.p. 1930, una volta dichiarata l’invalidità, era quello di rinnovare l’atto viziato ove possibile o, altrimenti, considerare il risultato probatorio derivatone come fatto «giuridicamente insignificante»⁷⁹.

Di qui la conclusione per cui, al di là delle ambiguità o imprecisioni normative, anche in grado d’appello la regressione del procedimento, in caso di declaratoria della nullità di un atto probatorio, «lungi dal risultare tecnicamente indispensabile» sarebbe risultata invece «sostanzialmente superflua»⁸⁰, posto che la possibilità di decidere sul merito poneva il giudice di seconde cure in una posizione di fatto analoga a quella del giudice di primo grado.

Si noti: lo stesso fenomeno, osservato, invece, dal ben diverso universo prospettico del controllo operato dalla Cassazione, conduceva ad una conclusione espressa in termini univoci, per i quali una sentenza che fosse risultata *ex post* «fondata, in tutto o in parte, su di una prova che non doveva introdursi nel processo» non avrebbe potuto

carattere generale per ogni specie di invalidità; anzi, esso trova la sua massima esplicazione con riferimento all’inammissibilità»; in termini analoghi cfr. GALATI, voce *Nullità* (*dir. proc. pen.*), *ivi*, Vol. XXVIII, Milano, 1978, p. 910 e ss.

⁷⁸ L’evoluzione della dottrina in materia trovasi efficacemente ricostruita in SCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit., p. 65 e ss.

⁷⁹ L’espressione è di CORDERO, *Scrittura e oralità*, in *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, p. 175 e ss. In termini pressoché identici deve esser letta la posizione di GALLI, *L’inammissibilità dell’atto processuale penale*, Milano, 1968, p. 172.

⁸⁰ Così, nello sguardo retrospettivo di SCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit., p. 70.

che dichiararsi nulla ai sensi dell'art. 475, n. 3 c.p.p. 1930⁸¹.

I risultati cui era giunta la dottrina sotto il vigore del codice di procedura penale 1930, sono efficacemente compendiati dal concetto per cui il fenomeno della nullità derivata si impernia, per un verso «sulla relazione che insiste tra taluni atti del procedimento e in virtù della quale un atto in tanto è validamente compiuto in quanto sia preceduto dal valido compimento di un altro», per altro e distinto aspetto «sulla relazione tra prova e decisione, per la quale la decisione è valida se è fondata su prove valide»; sicché, in sintesi, la diagnosi di una invalidità derivata esige, nel primo caso «un'analisi della relazione normativa fra atto originariamente nullo e il successivo», nel secondo, invece «un'indagine nel concreto della singola relazione prova-decisione»⁸².

Coronamento di siffatte riflessioni appare essere il tenore dell'art. 185, 4° comma, c.p.p., il quale, sensibilmente innovando le esigenze interpretative palesate dall'omologo art. 189 c.p.p. 1930, dispone in termini inequivoci che la dichiarazione di nullità di un atto probatorio non comporta *mai* la regressione del procedimento allo stato e grado in cui è stato compiuto l'atto nullo.

Orbene, è proprio siffatta inequivocità della formula normativa ad aprire, però, il varco a dubbi non configurabili a fronte del testo precedente: tempestivamente si è notato, in effetti, che mentre il diniego di una derivazione delle nullità appare certamente logico allorquando ad essere oggetto di osservazione sia il rapporto, ad esempio, tra due consecutivi atti di acquisizione probatoria, lo stesso diniego, espresso nei termini assoluti di cui all'art. 185, 4° comma, conduce a

⁸¹ Cfr. di nuovo GALLI, *L'inammissibilità*, cit., p. 173. Il corsivo nel testo è nostro.

⁸² Così DOMINIONI, *Art. 185 c.p.p.*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, a cura di Amodio e Dominioni, Vol. II, Milano, 1989, p. 302.

conseguenze insostenibili laddove esso sia riferito ad un'attività istruttoria che «venisse in gioco in chiave di vero e proprio presupposto logico necessario di un provvedimento»⁸³; per converso, dalla lettera della norma si sarebbe indotti ad ipotizzare che giammai la nullità della sentenza potrebbe derivare dalla nullità di uno o più atti di acquisizione probatoria che ne hanno costituito il fondamento⁸⁴.

Pare opportuno, allora, proporre un'ipotesi: è immaginabile che esattamente il *dictum* dell'art. 185, 4° comma, unito al nome proprio con cui è stato battezzato il nuovo *genus* d'invalidità degli atti probatori – quell'“inutilizzabilità”, cioè, che orienta tutta l'esegesi sull'idea di *uso* della prova nel luogo a ciò deputato, ossia nella parte motiva della sentenza⁸⁵ – abbiano progressivamente legittimato la giurisprudenza all'orientamento cui sopra si accennava, in base al quale l'invalidità della prova non produce l'annullamento della sentenza se non laddove si accerti che la medesima è frutto di una derivazione *causale* dalla prova erroneamente acquisita o non acquisibile.

⁸³ La riflessione è svolta, in termini decisamente perspicui, da PERONI, *L'istruzione dibattimentale nel giudizio d'appello*, Padova, 1995, p. 242 e ss. La conclusione dell'autore è chiara: «sembra ragionevole un tentativo di ortopedia ermeneutica che si proponga di circoscrivere il dettato della deroga in discorso agli atti di acquisizione probatoria esclusivamente intesi nella loro valenza – peraltro tipica – di operazioni ad efficacia meramente psicologica e orientativa. Correlativamente, ove l'atto probatorio venisse in gioco in chiave di vero e proprio presupposto logico necessario di un provvedimento, se ne giustificherebbe la sottoposizione alle regole collocate nei primi tre commi dell'art. 185» (p. 243).

⁸⁴ È appunto il paradosso segnalato da PERONI, *L'istruzione dibattimentale*, cit., p. 243.

⁸⁵ Riprendiamo con ciò l'efficace espressione di GALANTINI, voce *Inutilizzabilità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, Agg. I, Milano, 1997, p. 690 e ss., secondo cui sarebbe intrinseca al concetto di inutilizzabilità un'idea di relazione, la quale, a sua volta, allude al «rapporto obbligato intercorrente tra la prova irrituale e il provvedimento giudiziale».

Soffermandosi sul punto, occorre effettuare una precisazione: tanto la formula dell'articolo 185, 4° comma, c.p.p., quanto la nuova categoria d'invalidità degli atti probatori, costituiscono il frutto di un'elaborazione dottrinale lunga e sostanziosa, originata *in primis* dall'esigenza di salvaguardare un'idea di fondo di qualità schiettamente garantistica, ovvero quella per cui la prova è «fenomeno giuridicamente rilevante» piuttosto che un «mero espediente retorico»⁸⁶.

Si vuol dire con ciò che, anzitutto, il regime di non regressione per le nullità degli atti a funzione probatoria, come pure la regola ulteriore della rinnovazione dell'atto nullo laddove necessaria e possibile, configurano (o dovrebbero configurare) un sostanziale incentivo a valorizzare le formalità di acquisizione della prova, laddove tutelate tramite nullità; per esse, infatti, non è previsto il costoso rimedio rappresentato dal refluire del processo allo stato e grado in cui è stato compiuto l'atto nullo.

In secondo luogo, come immediatamente riconosciuto con chiarezza dalla dottrina⁸⁷, la creazione dell'inutilizzabilità doveva avere il senso di una scelta di tutela forte nelle conseguenze e inequivocabile nelle modalità attuative, così da evitare le paradossali conseguenze prima connesse alla potenziale sanatoria dell'atto acquisitivo nullo, ovvero quell'«effetto giuridico che non si sarebbe potuto ottenere se il giudice avesse operato in conformità alla legge»⁸⁸.

In questa prospettiva, il diniego apposto al fenomeno di trasmissione delle eventuali nullità dell'atto acquisitivo e il divieto di utilizzazione della prova, implicavano che al giudice di merito fosse lasciato il compito di assolvere «una funzione d'igiene processuale»⁸⁹: rinnovare l'atto

⁸⁶ La contrapposizione e le espressioni sono di SCCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit., p. 143.

⁸⁷ Cfr. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992, *passim*.

⁸⁸ Così CORDERO, *Il procedimento probatorio*, in *Tre studi*, cit., p. 74.

⁸⁹ Sono parole di SCCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit., p. 197.

nullo o decidere senza di esso, nel primo caso, escludere *tout court* la prova spuria dalle fondamenta logiche della decisione, nel secondo.

In nessun caso, evidentemente, simili premesse normative potevano leggersi come il conferimento implicito, al giudice del controllo di legittimità, dell'autorizzazione ad effettuare una verifica che implicasse l'esclusione della prova nulla o inutilizzabile dalle premesse storiche di una decisione sul merito assunta dal giudice dei gradi precedenti senza aver ottemperato al dovere di elidere la prova in questione dal materiale legittimamente adoperabile.

In sostanza, la disciplina delle sanzioni processuali voluta dal nuovo codice, sulla scorta di una sostanziosa discussione realizzata nei decenni precedenti, poneva il giudice del merito e quello di cassazione in ruoli e posture essenzialmente (e ovviamente) differenti⁹⁰: dovere di decidere senza la prova viziata, per il primo, dovere di annullare la decisione fondata sulla medesima, per il secondo.

Anzi: a fronte del rischio di salvare decisioni fondate su prove viziate in misura non sempre agevolmente percettibile dalla motivazione, con grande chiarezza si era detto che alla Cassazione spettava senz'altro il compito di annullare la sentenza impugnata tutte le volte in cui la

⁹⁰ Questa linea di pensiero appare ricostruita con particolare efficacia da GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova*, cit., p. 280 e ss., la quale osserva che «l'impostazione seguita è da collegare alla prospettiva della riconduzione della Cassazione al ruolo di giudice di legittimità»; rilievo, quest'ultimo, che coglie assolutamente nel segno quando si noti la confusione di piani e di valutazioni cui indulgeva in passato la dottrina, ad esempio, laddove sosteneva, giusto con riferimento agli *errores in procedendo*, che «l'allegazione dell'errore non può stare da sola e dev'essere sempre finalisticamente collegata ad una valutazione dell'ingiustizia della decisione»: così LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, Vol. III, cit., p. 43, ma v. anche p. 183 e ss. L'idea ricompare, invero, anche tra le pagine di CORDERO, *Procedura penale*, ed. 2006, cit., p. 1161, che, a proposito della censura d'inutilizzabilità della prova *ex art. 606, lett. c)*, c.p.p., osserva «alla resa dei conti, questo motivo concerne difetti della motivazione».

reale irrilevanza della prova «non emergesse dagli stessi argomenti spesi» dal giudice a fondare la decisione⁹¹.

Del resto, ciò di cui qui si discute è, nella prospettiva della Cassazione, un *error in procedendo*, il cui accertamento non postula in alcun modo che sia necessario verificare il suo immutarsi in *error in iudicando*⁹²: rispetto ad esso la motivazione è solo il piano di conduzione di un *test* finalizzato ad attestare l'entrata della prova nel metabolismo decisorio, un uso effettivo, cioè, i cui termini d'influenza risultano *ex post* solo sommariamente controllabili.

Da tutta questa linea di pensiero, la Cassazione sembra essere rimasta completamente indenne: l'*error in procedendo* è oggi rilevante solo a patto che risulti la decisività della prova inutilizzabile, nulla o inammissibile, e il metodo di misurazione di siffatta decisività è dichiarato esplicitamente: si tratta della c.d. prova di resistenza, la quale consta di una verifica assai simile, nella sua descrizione, ad un'operazione matematica; si elimina mentalmente la prova "viziata" e qualora, ad onta del buco cognitivo in tal modo cagionato, la motivazione non appaia deprivata delle sue basi logiche, la sentenza è destinata a resistere all'impatto del ricorso⁹³.

⁹¹ Così SCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit., p. 203, sulla scia di GREVI, «Nemo tenetur se detegere». *Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972, p. 188.

⁹² Tale è la limpida conclusione del ragionamento effettuato sul punto da GALANTINI, *L'inutilizzabilità*, cit., p. 279.

⁹³ Cfr., ad esempio, con l'autorevolezza delle Sezioni Unite, Cass., S.U., 23 aprile 2009, n. 23868, la quale nel testo chiarisce: «l'obbligo di specificità dei motivi (prescritto dal già citato art. 581 c.p.p.) imponeva, evidentemente, al ricorrente di allegare e chiarire quali atti sarebbero stati posti in essere a termini scaduti, secondo tale propugnato criterio, e sarebbero, quindi, da considerare inutilizzabili; e se e quale incidenza essi abbiano avuto sul complessivo compendio indiziario valutato ed apprezzato dal giudice, sì da potersene inferire la loro decisività in riferimento al provvedimento impugnato (la c.d. prova di resistenza)... Quando si prospetta la sussistenza di atti invalidi o viziati, occorre dimostrare che essi abbiano effettivamente tenuto conto della attività illegittimamente espletata, apparendo indispensabile accertare se il giudice di merito, al fine di formare il

Difficile non condividere la salda opposizione espressa in dottrina a siffatte evoluzioni giurisprudenziali: «ritenere necessario un apprezzamento discrezionale in ordine all'influenza determinante dell'acquisizione probatoria inutilizzabile significherebbe... aggiungere arbitrariamente al testo normativo un requisito che esso non contempla»⁹⁴ si osserva, e si aggiunge pure che l'esito finale, il costo gravissimo di simili operazioni corrisponde ad una progressiva deprivazione di significato imposta alla comminatoria della sanzione: in breve, la Cassazione autorizza, per così dire, il giudice del merito, in termini impliciti ma inesorabili, al mancato rispetto delle regole del procedere, concepite come vizi potenzialmente innocui ad onta dell'espressa valorizzazione del vizio effettuata dal legislatore⁹⁵.

Ma vi è di più: come si accennava, le inferenze probatorie «non sono dei calcoli algebrici o statistici, dal peso singolarmente individuabile; spesso, inferenze dello stesso segno si influenzano reciprocamente, e la conclusione ne esce rafforzata in un modo che non è esattamente quantificabile»⁹⁶; e non solo: la prova resta

proprio convincimento in relazione ad un provvedimento adottato, abbia concretamente fatto uso degli atti acquisiti al di fuori del codice di rito».

⁹⁴ La frase è di PIERRO, *Una nuova specie d'invalidità: l'inutilizzabilità degli atti processuali penali*, Napoli, 1992, p. 193 e ss.

⁹⁵ Per non parlare del fatto che simili esegesi contribuiscono a dimezzare il diritto di difesa; per questa notazione, con riferimento ad ulteriori ostacoli frapposti al rilievo dell'inutilizzabilità, v. FILIPPI, *Punti di frizione tra diritto di difesa ed invalidità degli atti processuali*, in *Dir. Pen. Proc., Gli speciali. Oneri e limiti del diritto di difesa*, 2012, p. 35 e ss., secondo il quale «altre volte non è la legge ma la giurisprudenza a disconoscere od ostacolare l'esercizio del diritto di difesa. Accade spesso allorché si richiedono al difensore, che eccipisce l'inutilizzabilità di una prova, specificazioni non previste dalla legge...» (p. 40).

⁹⁶ Così DANIELE, *Successione di norme concernenti l'utilizzabilità delle prove e principio tempus regit actum*, in *Cass. Pen.*, 2000, p. 712 e ss. Ben diversa l'impostazione lucida, ma forse eccessivamente meccanicistica, palesata da IACOVIELLO, voce *Motivazione della*

sentenza penale (controllo della), in *Enc. Dir.*, Agg. IV, Milano, 2000, p. 750 e ss., ove, non per caso, a proposito delle prove si legge che nel codice mancherebbe una autentica coincidenza d'oggetto tra il piano del dibattimento e quello della motivazione. Mentre, infatti, nel dibattimento vengono ammesse ed acquisite tutte le prove rilevanti rispetto all'oggetto della prova, definito dall'art. 187 c.p.p., nella motivazione, invece, *andrebbero discusse solo le prove decisive rispetto alle questioni controvertibili*. In particolare, leggiamo: «Che la "struttura minima" di motivazione concerne solo le prove decisive, lo si ricava non solo dal principio di concisione espositiva, ma anche da alcuni richiami testuali: l'art. 546 comma 1 *lett. e* e l'art. 606 comma 1 *lett. d*. Il primo articolo, richiedendo l'indicazione delle prove poste a base della decisione fa riferimento non a tutte le prove comunque rilevanti, ma solo a quelle poste "a base" della decisione, cioè delle prove fondamentali, appunto "decisive". A questo articolo si collega il secondo, che prevede come causa di nullità della sentenza la mancata assunzione di una "prova decisiva". Dunque, è la "prova decisiva" che, non assunta o non valutata, vizia la sentenza perché ne intacca la sua struttura portante». La ragione di questa differenza tra il perimetro delle prove ammesse ed acquisite e il perimetro delle prove esaminate in motivazione sarebbe semplice: «altro è giudicare, altro è motivare. In questo senso: il giudice non è tenuto a motivare su ciò che per le parti non è controverso e che a lui appare non controvertibile». L'implicito consenso alla selezione delle prove da parte del giudice di merito, come pure l'assunto che possano esistere prove rilevanti epperò non decisive, appartengono a quel medesimo abito mentale che induce l'autore a sostenere l'applicazione della condizione causale agli *errores in procedendo* dell'istruzione probatoria. Per quanto basata su un codice abissalmente diverso dall'attuale persino nello spirito di fondo, appariva senz'altro più garantista l'idea di AMODIO, voce *Motivazione della sentenza penale*, cit., p. 209 e ss. che difatti osserva: «Si è già accennato alla contraddittorietà dell'orientamento giurisprudenziale formatosi su questo punto: da un lato, si afferma che il giudice di merito non ha l'obbligo di esporre e valutare nella motivazione tutte le risultanze processuali, *essendo tenuto ad indicare i soli elementi su cui fonda il suo convincimento*; dall'altro, *si ritiene nulla per difetto di motivazione la sentenza in cui il giudice abbia trascurato di esaminare elementi decisivi la cui valutazione avrebbe portato ad una diversa conclusione*. L'antinomia di principio è evidente: se il giudice di merito non deve dar conto di tutte le risultanze ma ha un potere di selezionare il materiale probatorio che discende dal principio del libero convincimento, non è legittimo sindacare a posteriori la selezione operata, servendosi per il controllo di un parametro diverso di decisività che è negazione di quello adottato dal giudice di merito.

sempre e comunque espediente mirato a suggestionare, di tal ch     ben possibile che il giudice non sia consapevole affatto dell'influenza effettiva che la singola prova ha avuto sulla sua convinzione; ma, ancora,   pure pensabile che «dietro lo schermo d'una motivazione formalmente ineccepibile, ma insincera, che dissimula le origini intuitive della decisione»⁹⁷ vengano celati i motivi che hanno realmente indotto il giudice a quel certo convincimento; in altre parole, appartiene all'esperienza empirica di ciascuno verificare che non   mai ricostruibile *ex post*, in termini neppure approssimativi, quale tra i molteplici elementi di una determinata esperienza percettiva l'abbia tracciata in una determinata maniera all'interno della mente che poi la rievoca⁹⁸.

Le cose cambierebbero se si riconoscesse il dovere del giudice di esaminare e valutare criticamente nella motivazione tutte le prove raccolte; in tal caso l'omesso esame di anche uno solo degli elementi acquisiti nel processo darebbe luogo a difetto di motivazione...» (corsivo nostro). Nell'efficace *speculum* creato dalla giustapposizione degli argomenti dei due autori, verrebbe da dire che con il passaggio dal codice Rocco al codice Vassalli sia cambiato tutto... per non cambiare nulla.

⁹⁷ La frase   di CORDERO, *Scrittura e oralit  *, cit., p. 180.

⁹⁸ Vale la pena di rievocare, qui, il pensiero di REDENTI, voce *Atti processuali* (*dir. proc. civ.*), in *Enc. Dir.*, Vol. IV, Milano, 1959, p. 105 e ss.: «Quanto agli effetti processuali degli atti di parte, effetti di cui non si parla nel titolo sesto, c'  quanto meno una distinzione da segnalare in linea generale. C'  un ordine di effetti che si spiega sullo svolgimento meccanico progressivo (sequela) del processo. Sono effetti che la legge stessa prevede *a priori* e pone direttamente in relazione ai suoi moduli. Ergo quante volte un atto venga compiuto al momento opportuno in conformit   del modulo e con tutti i requisiti di forma e di contenuto-forma richiesti, produrr  o determiner  automaticamente *ipso iure et facto* quegli effetti (d'ordine meccanico), cos  e come gi  preveduti nella legge... Nella sequela dei vari schemi di processi vi   esempio di atti che producono soltanto effetti di questo ordine (meccanico legale automatico), come per l'appunto la iscrizione della causa a ruolo, oppure il deposito di un ricorso o di un fascicolo, ecc. Di solito per  gli atti possono produrre simultaneamente anche un altro ordine di effetti tutto diverso, spirituale o intellettuale e non solo meccanico, che si manifesta attraverso l'apprendimento e la valutazione del loro contenuto intrinseco. Potranno apportare infatti

Senza voler tornare all'idea⁹⁹ – per certi versi indelebile, nel suo vivido attagliarsi alla realtà delle cose¹⁰⁰ – che la motivazione sia solo una giustificazione successiva e assolutamente inadeguata di ragioni del decidere destinate a rimanere imperscrutabili, va soggiunto poi che il problema dell'identificazione postuma delle reali cause di una data decisione è reso ancor più arduo dal fenomeno tutto moderno di quelle motivazioni che risultano sostanziate da una collazione di elementi conoscitivi realizzata con provvidi strumenti informatici, sì da enumerare compiutamente *tutto* l'enumerabile¹⁰¹, senza dar conto effettivo di quali siano le congetture che hanno indotto ad una certa scelta sul merito della causa¹⁰².

proposizioni e conclusioni circa la materia del contendere e circa la prova dei fatti, notizie, argomentazioni, temi di discussione di esame e di meditazione e quant'altro può influire in concreto sul contraddittorio fra le parti e sulla formazione di una convinzione del giudice circa la necessità e il modo di provvedere e di decidere. Si può aggiungere per completezza, che vi è esempio (per quanto raro) anche di atti relativamente indifferenti per la meccanica del processo e che possono tuttavia produrre effetti del secondo ordine (per esempio discutere oralmente una causa). Comunque per tutto questo lato (d'ordine intellettuale) è chiaro che la legge non può determinare *a priori* in modo automatico quali saranno i risultati dell'atto».

⁹⁹ Sul punto si legga la trattazione di TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1976, p. 93 e ss.

¹⁰⁰ V. ancora CORDERO, *Scrittura e oralità*, cit., p. 180, n. 9. Ma vivissime, ancora, le parole di MASSA M., *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, Milano, 1976 (rist.), p. 90, il quale, a proposito della motivazione e della sua configurazione sillogistica, scrive: «essa rappresenta null'altro che una schematizzazione a posteriori – possibile proprio perché a posteriori –, escogitata per “tradurre” in termini di logica formale un ragionamento che, sebbene condizionato o influenzato dai più svariati fattori, quando fosse condizionato nella sua sostanza dalla logica formale non potrebbe approdare a nessun risultato di certezza».

¹⁰¹ Il fenomeno delle motivazioni costruite col noto metodo del “copia e incolla” è vividamente descritto da AMODIO, *Mille e una toga. Il penalista tra cronaca e favola*, Milano, 2010, p. 175 e ss.

¹⁰² Così avverando l'indelebile ammonimento per cui in casi siffatti la motivazione «assurgerebbe... ad un prodotto monologico in cui le prove, in ultima analisi, non sarebbero argomenti utilizzati per risolvere i problemi posti in relazione agli elementi della decisione e

Da ultima, ma non meno importante, una riflessione ulteriore: la Cassazione che effettua la c.d. prova di resistenza, si trova in una postura assolutamente particolare rispetto all'oggetto del suo vaglio; escluso che essa possa limitarsi ad asportare *meccanicamente* il "pezzo" della motivazione che si riferisce al dato probatorio viziato alla conclamata finalità di verificare se essa zoppichi o meno in mancanza di quel *quid*, è evidente che quanto qui le si chiede – o per meglio dire: il potere che essa si arroga nel contesto in esame – è una rinnovata valutazione del materiale probatorio residuo, ma con un *gap* di partenza¹⁰³: manca alla Corte la «percezione diretta

costituirebbero solamente dati strumentalizzati dal giudice a fini decisori»: sono parole di MENNA, *La motivazione del giudizio penale*, Napoli, 2000, p. 60.

¹⁰³ È interessante notare come analoghi rilievi vengano effettuati con riferimento alle decisioni spese dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, con riferimento a quegli *errores in procedendo* che si siano concretati in violazioni del diritto a controesame il proprio accusatore. Scrive TAMIETTI, *Il diritto ad esaminare i testimoni a carico: permangono contrasti tra l'ordinamento italiano e l'art. 6 § 3 d) della convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. Pen.*, 2006, p. 2991 e ss.: «al fine del rispetto delle garanzie stabilite dalla Convenzione rilevano non tanto le ragioni che hanno determinato l'impossibilità del contro-interrogatorio, quanto la valenza probatoria delle dichiarazioni del testimone assente o rinunciante. La determinazione del carattere «decisivo» di tali dichiarazioni ha, tuttavia, dato luogo a non pochi dubbi interpretativi. *Nulla quaestio* qualora la o le testimonianze in questione costituiscano l'unico elemento a carico ovvero, di converso, nelle ipotesi in cui vi siano numerose altre prove, da sole capaci di giustificare un'affermazione di penale responsabilità. Permangono, tuttavia, pericolose ed incerte zone grigie, in particolare nei casi in cui le testimonianze *de quibus agitur* siano riscontrate da uno o più elementi indiziari. In passato, avevamo sostenuto che per sapere se, a dispetto di questi ultimi, esse fossero «determinanti», sarebbe stato necessario *eliminare ipoteticamente le dichiarazioni sottratte al contraddittorio e valutare se, sulla base del rimanente materiale, la condanna avrebbe potuto essere confermata*» (corsivo nostro). Non sfugge, qui, al lettore come il procedimento che l'autore ipotizza sia esattamente quella famosa prova di resistenza, cui la nostrana Cassazione indulge con rimarchevole perseveranza. Ma si osservi il prosieguo del ragionamento: «La Corte europea avrebbe, in altri termini, dovuto

dell'esperimento istruttorio»¹⁰⁴ e le manca senz'altro il potere di effettuare quel compito che inesorabilmente andrebbe effettuato, ossia *ricalibrare il convincimento senza il dato probatorio viziato*.

Che esattamente di *questo* potere essa viceversa si appropri, è quanto appare evidente dalla lettura delle decisioni della Corte in cui ci si attarda a chiarire i termini dell'operazione denominata "prova di resistenza". Si leggano, a titolo d'esempio, i seguenti passaggi, in cui la Corte ha rigettato il ricorso, asserendo che la prova "viziata" non appariva indispensabile a fondare la decisione assunta: «Questa Corte ha già avuto modo di affermare che anche in sede di legittimità può procedersi alla cosiddetta prova di resistenza nel senso di valutare se gli elementi di prova acquisiti illegittimamente abbiano avuto un peso reale sulla decisione del giudice di merito,

procedere ad una complessa operazione ermeneutica, che presupponeva un giudizio circa la sufficienza degli elementi prodotti in dibattimento per fondare un'affermazione di penale responsabilità... La sua applicazione presentava, tuttavia, numerosi problemi pratici e teorici. In particolare, la Corte europea sarebbe stata costretta, alternativamente, a *procedere ad una propria valutazione delle prove e della colpevolezza del ricorrente*, ovvero ad ipotizzare quale sarebbe stata la reazione del giudice nazionale se non avesse avuto a propria disposizione l'elemento o gli elementi sottratti al contraddittorio... Nella realtà, l'elemento sottratto al contraddittorio era acquisito al fascicolo per il dibattimento; *nella determinazione della penale responsabilità dell'imputato esso non può non aver avuto un certo peso, che spesso trascende l'importanza che gli è, formalmente, attribuita nella motivazione della sentenza*. Sapere come il giudice interno avrebbe orientato il proprio libero convincimento in presenza di meri elementi indiziari di riscontro sfugge ad una determinazione oggettiva quale dovrebbe essere quella di un tribunale internazionale». In sostanza, l'autore giustamente – aggiungiamo – parte da un presupposto che pare, a dire il vero, scarsamente discutibile nella sua naturalezza: la c.d. prova di resistenza esigerebbe che la Corte *procedesse ad una rinnovata valutazione degli elementi dimostrativi posti a base della decisione; solo così potrebbe giungersi, in concreto, a valutare realmente il peso effettivo delle singole prove, ivi compresa quella di cui occorre postulare l'esclusione*.

¹⁰⁴ Così CAPONE, *Il principio di decisività dei vizi della sentenza*, cit., p. 1486.

controllando in particolare la struttura argomentativa della motivazione al fine di stabilire se la scelta di una determinata soluzione sarebbe stata la stessa senza l'utilizzo di quegli elementi, per la presenza di altre prove ritenute di per sé sufficienti a giustificare l'identico convincimento. Ora, come si è già accennato, nel caso in esame un siffatto controllo porta alla conclusione che la Corte di appello *ha passato in rassegna una serie di deposizioni testimoniali che hanno escluso l'esistenza di coltivazioni sul terreno in contestazione ed ha poi registrato la piena coincidenza tra tali deposizioni e la perizia esperita dal C. nella qualità di direttore tecnico della società di aerofotogrammetria siciliana*, il quale ha evidenziato che dalle riprese aeree... *risultava in maniera inequivocabile che il suddetto terreno appariva completamente incolto*... Ed è appunto su questi elementi di prova – legittimamente acquisiti – che il giudice di appello ha fondato il suo convincimento ed ha incentrato la sua motivazione richiamando nel corpo della motivazione stessa la perizia solo in termini aggiuntivi, come dato di ulteriore conferma di una prova già pienamente raggiunta e di una argomentazione già completa. Sulla base di queste considerazioni il motivo di ricorso dei ricorrenti non può essere accolto nella parte in cui pretende di collegare all'irritualità dell'acquisizione dell'elaborato peritale l'annullamento della sentenza impugnata che non risulta in alcun modo fondata sull'atto irritualmente acquisito»¹⁰⁵.

Si legga ora quest'altra sentenza, essa pure incentrata sulla critica di un vizio processuale rappresentato dall'inutilizzabilità di una certa prova dichiarativa, addotta in sentenza a conforto di *altra* prova dichiarativa pienamente utilizzabile: «la Corte territoriale dà atto che Di B. G. nel dibattimento di primo grado si è rifiutato di rispondere, sicché è stata data lettura dei verbali delle precedenti dichiarazioni dopo aver sentito le parti in

¹⁰⁵ Così nel testo della sentenza di Cass., Sez. VI, 22 febbraio 2005, n. 10094.

ossequio alla disposizione all'epoca vigente dell'art. 513 c.p.p. (antecedente quindi alla L. 7-8-1997 n. 267) e così in quello di secondo grado, in cui era stato sottoposto a nuovo esame su richiesta del difensore del S. Appare quindi evidente che non è stata espletata né la procedura, di cui alla normativa successivamente intervenuta, né quella ritenuta legittima dalla Corte Costituzionale, poiché non risulta alcuna contestazione specifica di quanto precedentemente affermato, sicché *allo stato dovrebbe prescindersi dalle dichiarazioni rese dal Di B. nel corso delle indagini preliminari*. Questo non appare però possibile in quanto *il complesso argomentativo della sentenza impugnata è tutto fondato sulla rispondenza delle accuse del S. con quelle dell'altro coimputato confessso e quindi non sarebbe in grado di superare la "prova di resistenza": privato dell'apporto datogli dai riscontri menzionati, si indebolirebbe al punto da apparire inidoneo a reggere validamente una pronuncia di condanna»¹⁰⁶.*

La giustapposizione delle due sentenze appare – crediamo – significativa¹⁰⁷: nella prima ipotesi, la decisione di condanna era stata raggiunta sulla scorta di alcune deposizioni testimoniali (utilizzabili), le quali, a detta dei giudici del merito, apparivano “pienamente coincidenti” con i dati conoscitivi risultanti «in maniera inequivocabile» da una perizia, giudicata, invece, alla fine dalla Suprema Corte quale prova irrualmente acquisita: se già le parole adoperate – ovvero l’assunto di una piana coincidenza tra i *dicta* testimoniali e il contributo tecnico dai risultati asseritamente “inequivoci” – adducono il sospetto che la perizia avesse avuto eccome un ruolo attivo nel convincimento dei giudici del merito, è

¹⁰⁶ Così Cass., Sez. I, 19 aprile 1999, n. 7277.

¹⁰⁷ Non sono poche le decisioni che adoperano esplicitamente o implicitamente lo strumento denominato “prova di resistenza”. Vedi, ad esempio, ancora Cass., Sez. fer., 19 agosto 2010, n. 32362; Id., Sez. IV, 08 aprile 2010, n. 15081; Id., Sez. IV, 27 marzo 2008, n. 22162; Id., Sez. VI, 10 maggio 2007, n. 542, solo tra le più recenti, che adoperano senza mezzi termini il parametro della “prova di resistenza”.

sufficiente un minimo di banale logica comune per comprendere che la prova scientifica ottenuta da un esperto presunto imparziale sia idonea a confortare il convincimento del giudice in termini certo più cospicui di una o più testimonianze, le quali risultano sempre e in ogni caso “questione di fede”¹⁰⁸.

La sostanza delle cose è che, nel caso di specie, la Cassazione ha sostituito la propria valutazione *sul merito* a quella espressa dai giudici dei gradi inferiori, salvando una decisione indiscutibilmente assunta sulla scorta di un certo compendio di prove, il quale – unitariamente considerato – aveva indotto il convincimento di colpevolezza dell'imputato.

Nella seconda sentenza sopra riprodotta nei passaggi salienti, la situazione tratteggiata nella parte motiva del provvedimento impugnato non era dissimile: i giudici del merito avevano espresso un convincimento di responsabilità fondandolo su di un complesso di prove dichiarative, una delle quali era risultata assunta in modi irrituali: qui la (tardivamente) riconosciuta inutilizzabilità di una parte del materiale cognitivo, ha indotto la Cassazione – forse resa più cauta dalla gravità delle imputazioni – all'annullamento della decisione fondata (anche) sulla prova spuria, rilevando come la c.d. prova di resistenza avrebbe dato esito negativo, posto che il complesso argomentativo della sentenza impugnata

¹⁰⁸ Val la pena qui di rievocare le parole di CORDERO, *Procedura penale*, ed. 2006, cit., p. 666: «L'obiettività della testimonianza, postulata dalle norme, appare illusoria a chi consideri l'interno neuropsichico; già l'apparato sensorio sceglie i possibili stimoli; codificate secondo modelli relativi agli individui, le impressioni compongono un'esperienza percettiva i cui fantasmi variano alquanto nel processo mnemonico, tanto più se la reminiscenza non fosse spontanea ma sollecitata, come capita ai testimoni; infine, convertito in parole, il manipolatissimo prodotto mentale emerge come enunciato “factual”. Questo labirinto cognitivo-semantic, esposto a mille variabili, induce a diffidare dei testimoni: come usarli è questione metodologica capitale nel lavoro storiografico». Insomma «ogni narrante può darsi che menta, ma, supponendolo sincero, è questione aperta fin dove racconti autentiche verità» (p. 671).

sarebbe «tutto fondato sulla rispondenza delle accuse del S. con quelle dell'altro coimputato confesso».

A ben vedere, in entrambi i casi esaminati appare ravvisabile una decisione assunta in base alla ritenuta coincidenza tra elementi conoscitivi di diversa origine e un diverso esito del vaglio operato dalla Cassazione, fondato tutto, in termini inequivoci e riscontrabili, su di una implicita, ma percettibile, rinnovazione del giudizio *di merito* da parte della Corte.

La percezione conclusiva è abbastanza semplice: la Cassazione, in siffatti contesti, applica rigidamente la regola per cui le peculiarità degli atti che nel contesto del procedere svolgono una funzione propulsiva, o comunque ineriscono al procedimento come segmenti indispensabili della serie procedurale, non sono «totalmente riferibili a quegli atti processuali che operano immediatamente nella sfera dei poteri decisori dell'organo giurisdizionale» ossia gli atti di acquisizione probatoria; in conseguenza dell'acritica ripetizione di siffatto concetto – slegato da ogni contesto applicativo e mascherato sotto l'idea dell'*error causalis* – la Cassazione si comporta paradossalmente come se fosse un giudice d'appello, calcolando quindi che «il vizio dell'atto si traduce... nella irrilevanza del dato probatorio rispetto alla decisione, ossia nel dovere del giudice di non tenerne conto»¹⁰⁹; conclusione paradossale, completamente dimentica del fatto che la Corte non possiede né i poteri né gli strumenti per condursi come un giudice di terza istanza¹¹⁰.

¹⁰⁹ Entrambe le frasi sono di DENTI, voce *Invalidità (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, Agg. I, Milano, 1997, p. 709 e ss.

¹¹⁰ Forse al fondo di siffatto atteggiamento sta anche quella che è stata definita “deformazione” del concetto di prova. Scrive MASSA M., *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, cit., pp. 65-67: «la deformazione è implicita nel sezionamento che viene attuato tra due supposte fasi del procedimento probatorio, ritenute completamente distinte tra loro: una fase iniziale, preliminare, in cui si acquisiscono le conoscenze particolari fornite dai singoli mezzi di prova, ed una fase successiva in cui, sulla base di un paradigma prefissato, che può essere la legge, se si tratta di una prova legale, o una massima d'esperienza, se non sono apprestate in anticipo

4. DECISIVITÀ DELLA PROVA NEGATA: UNA CONCLUSIONE INEVITABILE

Si torni, dunque, all'oggi e anche al tema centrale dell'indagine.

Anzitutto, parrebbe di poter dedurre, sulla scorta dell'*excursus* appena compiuto, che il legislatore del 1989 abbia effettivamente operato, in seno all'art. 606, 1° comma, lett. d), c.p.p., una scelta precisa, per quanto poco elaborata nelle sue ragioni all'interno dei lavori preparatori: l'opzione è stata quella di tracciare i termini di un controllo sul particolare tipo di *error in procedendo* costituito dalla mancata ammissione o assunzione della prova regolarmente richiesta, *che ne condizionasse la rilevabilità all'accertamento della sua efficienza causale sulla decisione assunta*.

Depone a favore dell'idea che tale potrebbe essere stata la scelta consapevole del legislatore, anzitutto il dato per cui la disposizione di fatto svincola la funzionalità del vizio da qualsiasi accenno a requisiti "formali" della richiesta d'ammissione della prova: non appaiono rilevanti, in particolare, né la tempestività della richiesta, né l'osservanza degli ulteriori e variegati requisiti d'ammissione delle prove pretesi da molteplici norme del codice.

Per esser più chiari, diremo che il legislatore avrebbe potuto conformare il vizio in termini speculari rispetto alla tradizionale¹¹¹ configurazione degli *errores in procedendo*

valutazioni normative, è possibile valutare gli elementi accertati»; sulla scorta di siffatta premessa, continua l'illustre autore, irrealmente la prova si riduce ad un accertamento tecnico dove «non vi sono giudizi di valore... e la problematicità della fase valutativa scompare nel supposto automatismo dell'operazione deduttiva». Parole che si attagliano perfettamente al metodo che applica la Cassazione allorquando applica la c.d. prova di resistenza.

¹¹¹ Per configurazione tradizionale ci riferiamo a quella elaborata con pienezza di dettagli da CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, Vol. VII, cit., p. 235 e ss.

tracciata dall'art. 606, lett. c), c.p.p., dove la capacità di provocare l'annullamento della sentenza è tassativamente collegata al ricorrere della violazione di una precisa norma del codice di rito, ossia al fatto che la disposizione processuale violata sia prevista a pena di nullità, inammissibilità, decadenza, inutilizzabilità.

Il legislatore avrebbe potuto, in altri termini, prescrivere che fosse idonea a cagionare l'annullamento della sentenza la mancata ammissione di tutte le prove che risultassero, al controllo successivo, richieste nel rispetto dei termini e delle forme dell'art. 468 c.p.p. oppure nella ricorrenza dei requisiti di cui all'art. 493, 2° comma, c.p.p. o dell'art. 507 c.p.p., ovvero, e in ogni caso, entro il termine configurato implicitamente dall'emissione dell'ordinanza di cui all'art. 495 c.p.p.

Al contrario, *nessuno* di codesti requisiti appare limitare i casi di annullamento della sentenza per mancata ammissione della prova contraria; esegesi, questa, tanto più legittima a seguito della riforma operata tramite Legge n. 46 del 2006, con la quale si è precisato che la critica può avere ad oggetto la mancata ammissione/assunzione “anche” delle prove richieste nel corso dell'istruzione dibattimentale¹¹² ovvero a prescindere dai termini di decadenza apposti alla sequenza ammissiva.

Unica condizione effettuale, inserita a condizionare la censurabilità del vizio, è quella della natura “decisiva” della prova richiesta, nel ché, appunto – tenendo conto, ripetiamo, del silenzio serbato in proposito dai lavori preparatori – pare di poter e dover leggere il segno di una scelta prescrittiva che collega la rilevanza del difetto processuale al ricorrere esclusivo di un nesso condizionalistico tra l'*error in procedendo* e la decisione emessa.

È legittimo porsi dubbi sull'opportunità di una simile opzione.

¹¹² Si vedano meglio, sul punto, le osservazioni formulate *supra* nel Cap. IV, Par. 2.

In effetti, esaminando le punte di emersione storica del concetto di errore causale o decisivo, s'è visto come esso sia stato concepito, alle lontanissime origini del concetto¹¹³, come uno che afferisce alla motivazione, o meglio – precisiamo subito – che *si disvela tramite* la motivazione ed ha carattere di *error in iudicando*; donde il concetto di *notoria iniustitia* della decisione: strutturalmente, dunque, il vizio causale si sostanzia, da principio, di un nesso di dipendenza tra motivazione e dispositivo, dove – va precisato – la motivazione risulta, però, come il contenitore mero di un errore *in iudicando* che abbia effettivamente cagionato l'emissione di un *dispositivo* che sarebbe stato diverso in assenza dell'errore medesimo.

Insomma: essenziale condizione d'esistenza del vizio e, quindi, d'efficacia della censura, è in ogni caso rappresentata dalla possibilità di denotare la decisione concretamente assunta come una basata su (o influenzata in modo essenziale da) errori di diritto oppure difetti del ragionamento giudiziale che possono identificarsi nei «trascurati argomenti difensivi... le prove travisate, le prove erroneamente valutate»¹¹⁴.

Fondamentale appare un rilievo: nel percorso storico compiuto, tentando di risalire all'origine e alle varie manifestazioni concrete del concetto di “causalità” o “decisività” dell'errore, appare costantemente escluso che l'indagine sull'influenza esercitata dal vizio sul dispositivo potesse avere ad oggetto un *error in procedendo*: «la Corte di cassazione colpisce l'*error in procedendo* in quanto tale, non in quanto abbia condotto il giudice inferiore all'*error in iudicando*»¹¹⁵, si osserva, sulla scorta di ragionamenti limpidi¹¹⁶.

¹¹³ Cfr. Par. 2 del presente capitolo.

¹¹⁴ SIRACUSANO, *I rapporti tra «cassazione» e «rinvio»*, cit., p. 78.

¹¹⁵ CARNELUTTI, *Limiti del rilievo*, cit., p. 801.

¹¹⁶ In un panorama sostanzialmente corale, fa eccezione CORDERO, *Procedura penale*, ed. 1987, cit., p. 797, il quale scrive – a proposito della rettificazione della sentenza e con riferimento alla disciplina del codice Rocco – che «parlavamo degli *errores in iudicando*,

Due le ragioni fondamentali che assistono siffatto assunto.

Da un lato, si è già precocemente notato come i sistemi di controllo dell'osservanza delle norme processuali possono ridursi, in essenza, a due: il primo, che considera potenziale causa di nullità della decisione *qualunque* difetto processuale, a patto che si trovi in rapporto di causalità con la sentenza; il secondo, che considera rilevanti *solo* quei difetti processuali che attengono a norme fornite di esplicita sanzione, la quale non sia stata sanata nel corso successivo del procedimento¹¹⁷.

Orbene, mentre il sistema prescelto dai codici di rito nostrani appare saldamente ancorato all'ultima opzione – almeno sino all'emersione della regola di cui all'art. 606, 1° comma, lett. d), c.p.p. – il primo modulo di verifica sugli *errores in procedendo* era ed è tutt'ora tipico della tedesca *Revision*, la quale, come già detto, differisce in termini sensibili dal ricorso per cassazione; di fatto, risultano ivi denunciabili *tutte* le violazioni di legge processuale, a prescindere dal fatto che la singola regola violata sia o meno accompagnata da esplicita sanzione, ma a patto che la sentenza risulti *causalmente* collegata alla violazione medesima¹¹⁸.

specificamente contemplati dalla formula dell'art. 538, ma non c'è la minima ragione per supporre che la regola della rilevanza causale non valga rispetto alla violazione delle regole del procedere. Quando ad esempio fosse proposta come motivo del ricorso la nullità di una testimonianza della quale non si fosse tenuto alcun conto nella motivazione e le ragioni addotte da quest'ultima apparissero ineccepibili, l'annullamento sarebbe escluso». L'autore spende il concetto, come si nota, con una certa *nonchalance* e purtroppo non chiarisce ulteriormente i termini dell'opzione esegetica prescelta, invero meno innocua di quanto appaia dall'argomentazione.

¹¹⁷ Così CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, Vol. VII, cit., p. 240, in particolare nota 9, il quale, peraltro, fraziona ulteriormente le due categorie di cui sopra.

¹¹⁸ Si veda, sul punto, CARNELUTTI, *Potere di rettifica*, cit., p. 125. Il discorso, qui, potrebbe dilungarsi: anzitutto andrebbe aggiunto che per una serie di motivi di ricorso partitamente indicati dalla legge e

Non per nulla, con la consueta chiarezza espositiva, si porgeva agli esegeti un avvertimento chiaro, specificando come l'esistenza di un errore processuale potesse condurre all'annullamento della sentenza solo a patto che essa fosse «in tutto o in parte dipendente dall'atto dichiarato nullo per violazione di forme», ma, si aggiungeva, «questa regola... non ha niente a che fare con quel principio, adottato da qualche legislazione, secondo il quale la inosservanza di norme processuali non produce nullità dell'atto se non quando da essa derivi a danno di una parte un pregiudizio nel merito...; qui si tratta di una *dipendenza meramente formale, non di un nesso di causalità tra l'inosservanza del precetto processuale e il contenuto della decisione*»¹¹⁹.

In secondo luogo, e soprattutto, si considera come pacifico che l'*error in procedendo* – particolarmente allorquando afferisca ad un atto probatorio – costringe inesorabilmente la Cassazione ad un viaggio nei territori del giudizio sul merito della causa, per il quale essa non possiede i mezzi, «occorrendo per il sindacato di non

denominati icasticamente “cause assolute di revisione”, l'indagine sulla causalità dell'errore è esclusa, in quanto *si presume* che l'errore medesimo sia tanto grave da aver comunque avuto influenza sulla concreta decisione assunta. Deve, poi, ulteriormente rimarcarsi ciò che ben specifica RAFARACI, voce *Processo penale tedesco*, cit., p. 857, n. 144, in merito alle caratteristiche dell'accertamento sulla causalità dell'errore: «Va però sottolineato che l'accertamento è più problematico per le violazioni di legge processuale, al qual riguardo il criterio da usare non è quello della prova positiva dell'efficienza causale diretta del vizio sull'esito del giudizio, quanto quello, più ragionevole, alla stregua del quale si possa dire che, se la violazione di legge non ci fosse stata, l'esito del processo "avrebbe potuto" essere diverso: un criterio, quindi, di possibilità di un esito diverso. Quanto alle violazioni di legge sostanziale, l'accertamento è più facile, posto che... di norma la violazione di legge sostanziale incide senz'altro sul contenuto della sentenza».

¹¹⁹ Così CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, Vol. VII, cit., p. 242. Corsivo nostro.

pochi degli *errores* cennati... la formulazione di giudizi (su fatti) storici (extraprocessuali)»¹²⁰.

E, in effetti, proprio questa essenziale obiezione risulta aver cagionato il naufragio del progetto, ventilato dal legislatore del codice di procedura penale del 1913, di condizionare l'accoglimento del ricorso fondato su *error in procedendo* non solo all'accertamento del vizio, ma anche ad una verifica avente ad oggetto l'effettiva influenza dell'errore processuale sulla decisione assunta dal giudice della sentenza impugnata.

Abbiamo visto *supra*¹²¹ quali furono le parole adoperate, alla fine, da quell'ormai antico legislatore, per giustificare la mancata introduzione del *novum*, ed esse appaiono ancor oggi assai significative: «l'indagine circa l'influenza che un atto nullo ha avuto sulla decisione di merito deve essere per necessità indagine di apprezzamenti subiettivi, che assai di rado è possibile e che diventa causa di disuguaglianze e incertezze dannose alla giustizia assai più degli annullamenti che si vogliono evitare»¹²².

Sempre nello stesso momento del tempo, del resto, coglieva ancora intensamente nel segno chi – avversando un'eccessiva estensione dell'accertamento affidato alla Cassazione dall'art. 531 c.p.p. 1913, in merito all'influenza sul dispositivo dell'errore di diritto contenuto nella motivazione – notava: «molte volte lo stesso giudicante sarebbe imbarazzato a graduare la virtù probatoria delle risultanze e degli argomenti, così che anche le solite frasi “a prescindere... senza rilevare...” o simili, son da prendersi con beneficio d'inventario»¹²³ e l'opera appare tanto più ardua, per non dire impossibile – si notava – qualora l'errore commesso attenesse alla

¹²⁰ Sono parole di PANZAROLA, *La Cassazione civile giudice del merito*, cit., p. 487.

¹²¹ Nel presente capitolo, Par. 3.

¹²² Così le parole della Relazione al Re sulla redazione definitiva in MORTARA, STOPPATO ed altri, *Commento al codice di procedura penale*, Vol. III, *Lavori Parlamentari*, cit., p. 570.

¹²³ Così MOSCHINI, *L'art. 531 del nuovo cod. proc. pen.*, cit., p. 581.

mancata ammissione di una prova, sicché giammai potrebbe verificarsi *ex post* «se i testi fossero necessari, utili o impertinenti... Lo ripeto: non sarà facile accertare l'incognita ed escludere ogni influenza dell'errore, fuori dai casi di equivoco materiale o di palese superfluità»¹²⁴.

Insomma: non è seriamente immaginabile che il legislatore del vigente codice di procedura penale ignorasse i vasti trascorsi di un concetto giuridico di causalità/decisività dell'errore che aveva vissuto alterne vicende tanto profonde e risalenti, senza mai emergere con chiarezza nel tessuto normativo.

In questa prospettiva, la scelta, come si accennava, è stata limpida ed emerge dalla lettera della legge: il nesso causale non esiste e non condiziona la sentenza di annullamento per gli errori processuali rientranti nella fattispecie di cui all'art. 606, 1° comma, lett. c), c.p.p.; al contrario, esso è evocato con certezza a sostanziare ammissibilità e fondatezza della censura con riferimento all'*error in procedendo* di cui all'art. 606, 1° comma, lett. d), c.p.p., ossia alla mancata ammissione/assunzione della prova.

Ed eccoci, di nuovo, al punto d'origine: postulata la consapevolezza della preferenza terminologica mostrata con riferimento alla disposizione che doveva porsi a baluardo estremo del diritto alla prova, quale significato deve dunque annettersi all'aggettivazione in termini di decisività, nella quale si risolve il controllo della Cassazione?

Rammentiamo ancora: s'è visto come, effettuando una scelta particolarmente distante dalle forme di tutela del diritto alla prova favorite dai precedenti disegni di riforma¹²⁵, la Relazione del Progetto preliminare del 1988 chiarisse che «non è l'omesso esame dell'istanza, bensì la mancata assunzione di una prova richiesta dalle parti ai sensi dell'art. 489 comma 2 (diritto alla controprova) a

¹²⁴ Così ancora MOSCHINI, *L'art. 531 del nuovo cod. proc. pen.*, cit., p. 581.

¹²⁵ Cfr. Cap. I del presente lavoro.

costituire un autonomo *error in procedendo*, sebbene esso rilevi solo quando quella prova, confrontata con le ragioni addotte a sostegno della sentenza (motivazione), risulti essere “decisiva” nel senso che avrebbe potuto determinare una decisione diversa. E la valutazione di decisività sarà, evidentemente, compiuta accertando se i fatti indicati dalla parte nella richiesta di prova... siano tali da inficiare le argomentazioni poste a base della decisione di merito»; sicché, conclude sul punto la Relazione, «si è stabilito che la violazione del contraddittorio non valga in astratto e in ogni caso, ma solo quando abbia inciso effettivamente sul convincimento del giudice»¹²⁶.

Ora, esaminando questi passaggi alla luce dei dati acquisiti nelle pagine precedenti, pare di poter chiarire meglio l'*intentio legis* espressa dalla Relazione: questa e non altra è stata la scelta del legislatore, ad onta dei rischi insiti in un accertamento dell'influenza dell'*error in procedendo* sul dispositivo che sia affidato ad un organo privo di poteri e strumenti per una decisione di merito, quale sicuramente la Cassazione, quantomeno nella sua forma attuale¹²⁷.

L'inevitabilità della conclusione, non esclude, però, un'esegesi consapevole dei significati reconditi del concetto, nonché delle sue estensioni sistematiche.

Evochiamo nuovamente un autorevole insegnamento: nel codice di procedura civile, tramite l'uso del concetto di fatto o punto decisivo della controversia, il legislatore esige che si pervenga all'annullamento della sentenza tutte le volte in cui l'elemento obliterato dal giudice del merito sia stato tale da incidere sulla ricostruzione della

¹²⁶ È la Relazione al Progetto preliminare del 1988 in CONSO-GREVI-NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, Vol. IV, *Il progetto preliminare del 1988*, Padova, 1990, p. 1322.

¹²⁷ Merita rievocare qui, in effetti, l'idea per cui lo scopo di un istituto – compresa la Cassazione – «è nella forma concreta ch'esso ha ricevuto, non è mai esterno ad esso, onde si può ben concludere, che un problema dello scopo neppure esiste»: così SATTA, voce *Corte di cassazione*, cit., p. 805.

fattispecie concreta *sub iudice*, «inficiando la ricostruzione della *quaestio facti*»¹²⁸.

Attenzione, però: a questo primo assunto, ne viene giustapposto un altro, per cui la qualifica di decisività appare attagliarsi al *fatto costitutivo della fattispecie* o fatto principale, mentre decisivo può essere anche un fatto secondario, ossia quello che risulta sottoposto all'attenzione del giudice al fine di indurne l'esistenza del fatto principale; a patto che, peraltro, «mentre l'errore interno all'esistenza del fatto principale coinvolge l'esistenza stessa della fattispecie sostanziale presupposto della sentenza, quello relativo al fatto secondario non si traduce necessariamente in carenza della fattispecie sostanziale, data la possibilità che il fatto principale sia stato indotto anche da altri fatti»¹²⁹. Avvalora quest'idea, del resto, in termini assolutamente esemplari, l'ipotetica situazione processuale che veda un singolo indizio porsi come risolutivo per l'accertamento del fatto principale; in un contesto siffatto «l'esistenza dell'indizio è, sia pure in modo indiretto e mediato, determinante ai fini della decisione, in quanto venendo meno l'indizio, verrebbe a mancare la prova di un fatto costitutivo»¹³⁰.

Sono rilievi importanti, che contengono un'allusione chiarissima: la stima di decisività di un *fatto probatorio in ipotesi* – ossia di una proposizione fattuale afferente ad una prova *mai* ammessa o *mai* acquisita – dev'essere compiuta avendo come parametro di riferimento non già e non certo la giustificazione conferita dal giudice alla propria ricostruzione dei fatti, palesata in motivazione, ma piuttosto *la fattispecie concreta dedotta in giudizio*.

Le ragioni dell'assunto paiono rintracciabili anche nel paragone *supra* effettuato con la disposizione di cui all'art. 606, 1° comma, lett. c), c.p.p.

¹²⁸ Così FAZZALARI, *Il giudizio civile di cassazione*, cit., p. 90.

¹²⁹ Sono ancora parole di FAZZALARI, *Il giudizio civile di cassazione*, cit., p. 89.

¹³⁰ TARUFFO, *La motivazione*, cit., p. 536.

Con riferimento ad essa s'è notato come, a fronte del non eludibile rischio di decretare la salvezza di sentenze fondate, in misura spesso ardua da appurare, su prove viziate, non resta che attribuire alla Cassazione il dovere di pronunciare l'annullamento della decisione impugnata tutte le volte in cui la concreta irrilevanza della prova «non emergesse dagli stessi argomenti spesi» dal giudice a giustificare la propria pronuncia¹³¹.

Ebbene, siffatto canone deve diventare – per necessità che vorremmo dire logica, prima ancora che giuridica – tanto più stringente laddove si tratti di un *error in procedendo* che abbia condotto non già all'acquisizione di una prova viziata, bensì alla *mancata* acquisizione di una prova, di cui risulta, quindi, assolutamente ignota la potenziale interazione con i risultati dimostrativi in atti e, in ultima analisi, l'efficacia ipotetica sul convincimento del giudice di merito.

In entrambi i casi, risulta fondamentale che non si confonda il piano della verifica relativa all'esistenza dell'*error in procedendo*, con quello della valutazione relativa ad un possibile errore di giudizio il quale, del resto, non riguarda il controllo affidato alla Cassazione, se non nella misura in cui il medesimo vizio si risolva in errore nella interpretazione o nell'applicazione della legge sostanziale al fatto concreto.

A ben vedere, infatti, con riferimento al caso della sentenza emessa *in assenza di una prova regolarmente richiesta* dalle parti, possiamo clonare le conclusioni cui è pervenuta la dottrina rispetto alla decisione *fondata su una prova illegittima*: essa «può essere impugnata per questo motivo, non essendo necessario far capo al vizio di motivazione nel quale incorra la pronuncia medesima. Si tratta, in sostanza, di denunciare con il ricorso un “difetto operativo” più che le “false conclusioni” cui il provvedimento è pervenuto»¹³².

¹³¹ Così SCCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit., p. 203.

¹³² Cfr. GALANTINI, *L'inutilizzabilità*, cit., p. 278.

Rispetto all'*error in procedendo*, insomma – che si tratti di prova illegittima o mancata assunzione della prova – la motivazione è *solo* una cartina di tornasole, idonea ad attestare nel primo caso l'uso, seppur non il peso effettivo, della prova, nel secondo, invece, le ragioni addotte dal giudice al fine di ritenere l'inammissibilità della prova ovvero i motivi della sua mancata acquisizione; dati questi, tutti, potenzialmente rilevanti ai fini di una verifica finale, che dev'essere, però, pur sempre condotta con riferimento al fatto *sub iudice*, non già al fatto ricostruito in sentenza, la cui alterità ipotetica non è razionalmente configurabile in assenza del risultato probatorio omesso e in mancanza di una valutazione complessiva di *tutti* i risultati probatori, *compiutamente operabile solo dal giudice chiamato a decidere sul merito*.

In questa prospettiva pare muoversi pure, del resto, chi nota che «bisognerebbe esaltare come frutto di una precisa scelta la mancata previsione della censurabilità dell'omesso *esame* di controprova decisiva, ritenendo che la stessa sia dovuta proprio all'indissolubilità di tale analisi da un rinnovato giudizio dei contenuti della pronunzia sindacata e, quindi, da un esame di merito... Lo spostamento della tutela del diritto alla prova dalla fase della valutazione a quella dell'assunzione della controprova decisiva si potrebbe, allora, spiegare in relazione all'intenzione di non riannodarvi un giudizio di merito»¹³³.

Occorre, insomma, ritornare all'idea che la Cassazione, oggi, non è una terza istanza di valutazione del merito e non lo è neppure allorquando le sia sottoposta una censura afferente ad un *error in procedendo*: in queste ipotesi la Corte è chiamata a valutare sì i fatti, ma i fatti *processuali*, non quelli *extraprocessuali* cui rimandano i risultati di prova e le relative conclusioni estraibili, in termini di sussistenza o meno del fatto contestato.

Sappiamo che la Corte tende con frequenza ad evitare questo limite: il dato è palese quando si osservi come essa

¹³³ Le frasi sono di MENNA, *La motivazione del giudizio*, cit., p. 192.

agisce in tema di causalità della prova inutilizzabile, nulla o inammissibile ovvero quando indulge alla c.d. prova di resistenza, eliminando mentalmente la prova “viziata” e verificando se, nonostante il buco cognitivo in tal modo cagionato, la motivazione non appaia deprivata delle sue basi logiche.

Quest’operazione è assolutamente inaccettabile quando si rifletta che la Corte *non è*, almeno allo stato attuale, una terza istanza di giudizio sul merito e, come si diceva, è tanto più inaccettabile allorquando essa si propone di ragionare in termini di efficienza sulla ricostruzione del fatto, operata nella sentenza impugnata, di un risultato probatorio *ipotetico*, in quanto mai ammesso o acquisito.

La conclusione del ragionamento, a questo punto, sembra limpida ed, anzi, quasi automatica: se la prova dev’essere definita “decisiva” quando l’elemento obliterato dal giudice del merito fosse tale da incidere *non già sul fatto ricostruito dal giudice medesimo sulla scorta dei risultati probatori acquisiti*, bensì sulla ricostruzione della fattispecie concreta ipotizzata nell’imputazione, allora la qualifica di decisività si attaglia al *risultato probatorio in ipotesi che si ponga come direttamente costitutivo della fattispecie* o fatto principale; ma anche alla proposizione probatoria che attenga al fatto secondario o al fatto processuale, qualora risultino sottoposti all’attenzione del giudice al fine di indurne l’esistenza del fatto principale.

È chiaro che in siffatta esegesi echeggia lo spirito della giurisprudenza anteriore all’entrata in vigore del vigente codice, secondo la quale l’aggettivazione nel senso della decisività era riferita *all’ossatura descrittiva che definisce il fatto e lo sussume sotto una certa norma sostanziale*; ed è altrettanto chiaro che, in tal guisa, si realizza una netta parificazione tra il concetto di “rilevanza” e quello di “decisività”.

Nulla osta, però, in fondo, al riconoscimento di una censurabilità dell’errore del giudice del merito, compiuto al momento in cui decide circa la rilevanza della data

prova. La differenza tra la fattispecie processuale preposta a dirigere i canoni del controllo all'istante dell'ammissione e quella dedicata al controllo sulla regolarità della prima, sta solo in questo: che *dopo* l'istruzione dibattimentale, esistono prove le quali, seppur astrattamente rilevanti all'atto della richiesta, non risultano decisive *ex post*, in quanto superflue a fronte delle ulteriori acquisizioni realizzate nel corso dell'istruzione dibattimentale, in quanto, cioè, già altrimenti introdotte all'attenzione del giudice del merito.

Prova decisiva, quindi, significa: risultato probatorio potenzialmente rilevante e non acquisito in atti.

Cogliendo il fenomeno sotto questo angolo visuale, il controllo della Corte sulla censura effettuata a termini dell'art. 606, 1° comma, lett. d), c.p.p. dovrà avere ad oggetto i seguenti *fatti processuali*:

- 1) la proposizione probatoria, ossia il risultato probatorio auspicato dalla parte all'atto della richiesta;
- 2) l'ordinanza emessa dal giudice nel respingere l'istanza in parola;
- 3) la virtuale efficacia condizionalistica della prova omessa non già rispetto alla motivazione, ma rispetto al dispositivo della sentenza impugnata.

Dell'importanza della proposizione probatoria, tramite la quale le parti sono chiamate a proiettare nel processo un risultato probatorio futuro e auspicato, s'è già detto¹³⁴: in particolare si è notato *supra* come l'incompiuta ottemperanza a questo onere di allegazione sia causa precisa e verificabile del rigetto di un rilevante numero di ricorsi presentati ai sensi dell'art. 606, 1° comma, lett. d), c.p.p.: sono tutti casi in cui si lamenta la mancata ammissione della prova decisiva senza indicare – oppure indicando in modo generico – le ragioni della ritenuta decisività della prova in seno all'atto di ricorso, ma soprattutto si tratta di casi in cui l'errore difensivo appare

¹³⁴ Il problema è stato esaminato, sotto vari aspetti, nel contesto dell'intero Cap. III e, in particolare, nei Paragrafi 1 e 2 del medesimo capitolo.

generato a monte, ossia nella carente indicazione del risultato probatorio auspicato al momento della richiesta effettuata nel corso del giudizio di merito¹³⁵.

In pratica, l'erronea o carente costruzione dell'istanza di prova fa sì che l'accertamento dedicato all'effettiva decisività della prova medesima risulta *interdetto dalla mancata allegazione dei dati indispensabili al riscontro*.

Il provvedimento emesso dal giudice a respingere l'istanza probatoria (o quello di revoca dell'originaria ordinanza ammissiva) è il secondo luogo di passaggio indispensabile della verifica imposta alla Cassazione.

Non si vuole con ciò sostenere che l'emissione di un'ordinanza per avventura immotivata o illogica sia fatto processuale capace di giustificare di per sé solo l'annullamento della sentenza impugnata.

Ad una simile esegesi ostano non poche considerazioni e, *in primis* tra esse, la constatazione di un autentico percorso evolutivo compiuto dal legislatore della riforma codicistica, certamente finalizzato ad escludere che l'esistenza di vizi processuali afferenti alla prova potesse essere avverata dal puro e semplice omesso esame delle istanze di parte¹³⁶.

Ma non solo: siffatta interpretazione conduce nuovamente su una rotta la cui praticabilità, non per caso, s'è ritenuto di dover escludere, ovvero a tramutare i difetti processuali in difetti della motivazione, con la duplice conseguenza di replicare gli infiniti problemi esegetici e applicativi del vizio motivazionale, nonché (e soprattutto) di sterilizzare gli errori operativi del giudice, che diverrebbero irrilevanti purché congruamente giustificati¹³⁷.

¹³⁵ Si vedano gli esempi riportati al Cap. II, Par. 3.

¹³⁶ V. Cap. I, Par. 2 del presente lavoro.

¹³⁷ Non s'insisterà mai a sufficienza su quanto sia realmente controproducente, *in termini di qualità del processo*, un atteggiamento lassista da parte della Cassazione in tema di *errores in procedendo*. Opera benissimo, dunque, chi con fermezza nota: «i principi di effettività e di non contraddizione impongono l'apprestamento di un meccanismo di controlli ove trovino adeguato riconoscimento i diritti

L'ordinanza reiettiva o di revoca della prova resta in altro e diverso senso oggetto di un controllo indispensabile alla verifica del vizio di mancata ammissione della prova decisiva: esattamente come accade (o dovrebbe accadere) con riferimento agli errori processuali di cui all'art. 606, 1° comma, lett. c), c.p.p., la parte motiva dell'ordinanza o della sentenza null'altro è se non il luogo e lo strumento di un *test* finalizzato ad accertare i termini effettivi del *vitium in procedendo* lamentato dai ricorrenti. È possibile, ad esempio, che l'ordinanza giudiziale riveli in termini dirimenti le ragioni dell'irrelevanza della prova richiesta rispetto alla fattispecie *sub iudice* o che ne argomenti la superfluità, a fronte delle ulteriori acquisizioni già in atti; così come è possibile che essa taccia completamente le ragioni del rigetto o della revoca.

In un caso come nell'altro, il controllo sulla parte motiva dell'ordinanza è di utile ausilio per la Corte chiamata a censurare l'errore, ma non è il termine finale di quel controllo, che è piuttosto costituito dal giudizio di relazione che dev'essere istituito dai ricorrenti e verificato dalla Cassazione, e che ha a proprio oggetto la *proiezione virtuale dell'efficienza del risultato probatorio acquisibile sul dispositivo della sentenza, ossia sulla concreta decisione emessa*.

Precisiamo bene, ancora una volta: non si tratta, qui, di istituire un raffronto tra la giustificazione fornita dal giudice al proprio *decisum* sulla regiudicanda e il risultato probatorio omesso: per ragioni che crediamo sufficientemente esplicate, una relazione di questo tipo equivale ad una *probatio diabolica*, condotta com'è tra un quadro completo, tratto da risultanze già acquisite, nonché logicamente coordinate, ed un fantasma di prova; una

attribuiti alle parti nei gradi pregressi del giudizio e, al contempo, trovi spazio la verifica sul rispetto da parte del giudice inferiore delle regole di procedura»; così GAITO, *Riformiamo le impugnazioni penali senza rinunciare al giusto processo*, in *Arch. Pen.*, 2012, n. 2, p. 1 e ss. Sul punto cfr. pure, volendo, VALENTINI C., voce *Ricorso per Cassazione*, in *Dig. Disc. Pen.*, Agg. VI, Torino, 2011, p. 526 e ss. e, in particolare, pp. 531-532.

relazione di questo tipo, inoltre, corrisponde senz'altro ad un giudizio sul merito, niente di più, ma anche niente di meno.

Si tratta, invero, unicamente di controllare se, nella prospettiva fornita dai ricorrenti, la decisione sulla fattispecie concreta a suo tempo condotta *sub iudice* avrebbe potuto essere diversa.

Non è strana o nuova l'idea di questa limitazione del controllo, da un lato, all'area della postulazione effettuata dai ricorrenti, dall'altro, all'area del dispositivo: s'è visto poco sopra come, nel contiguo universo del processo civile, l'errore di diritto idoneo a costituire motivo di ricorso per cassazione non è l'errore di diritto di per se stesso, ma l'errore in quanto cagione di una decisione che il ricorrente *asserisce* ingiusta, di guisa che la causalità dell'errore sia verificabile senza alcuna indagine in merito all'ingiustizia effettiva della sentenza¹³⁸, che, in effetti, non ha spazio alcuno nel novero dei vizi censurabili innanzi alla Cassazione.

Il paradosso dell'esegesi qui avversata sta, invero, esattamente in questo: che, per il tramite dell'accertamento sul vizio processuale, si consente invece alla Corte di compiere un'indagine sulla *giustizia* della sentenza; tale e non altro è il senso del rinvio ad una verifica che abbia ad oggetto la causalità/decisività della prova rispetto alla ricostruzione della fattispecie concreta operata dal giudice del merito; di fatto, e per logica, la Cassazione non può compiere siffatto tipo di analisi *senza porsi in una posizione identica al giudice del merito*, compiendo lo stesso percorso di giustapposizione e valutazione delle prove che esso compie.

Se è questo ciò che s'intende chiedere alla Corte, allora bisogna dirlo, senza infingimenti: occorre un ripensamento sul suo ruolo e sulla sua funzione; occorre rimeditarne i poteri in nuova prospettiva.

¹³⁸ Così PANZAROLA, *La cassazione civile giudice del merito*, Tomo II, cit., p. 492 e ss.

Ma finché tale mutamento non abbia luogo – a prescindere dalla sua opportunità o semplice condivisibilità da parte di chi scrive – va detto che poco conta la spiegazione del legislatore nel momento in cui osserva che «la valutazione di decisività sarà, evidentemente, compiuta accertando se i fatti indicati dalla parte nella richiesta di prova... siano tali da inficiare le argomentazioni poste a base della decisione di merito»¹³⁹.

A ben vedere, è proprio su questa frase della Relazione che si fonda quella vasta parte della giurisprudenza di Cassazione la quale, immediatamente dopo l'entrata in vigore del codice, ha fatto registrare un mutamento improvviso nel concetto di prova decisiva sino ad allora conosciuto ed applicato.

Il fenomeno è evidente, ad esempio, in tutte quelle decisioni della Corte nelle quali si osserva che «*l'error in procedendo*, in cui si sostanzia il vizio in questione, rileva solo quando la prova richiesta e non ammessa, *confrontata con le argomentazioni in motivazione addotte a sostegno della sentenza*, risulti "decisiva", cioè *tale che, se esperita, avrebbe potuto determinare una diversa decisione*. La valutazione in ordine alla decisività della prova dev'essere quindi compiuta *accertando se i fatti dalla parte indicati nella relativa richiesta siano tali da poter inficiare le argomentazioni poste a base del convincimento del giudice*»¹⁴⁰.

La coincidenza fraseologica con le parole della Relazione è evidente, il significato pedissequo altrettanto.

Rompere gli indugi con l'obiettivo propostosi col presente lavoro implica pure riconoscere come l'altra porzione della giurisprudenza della Corte – l'altra parte della luna, a dire il vero – di cui si è constatata la piana

¹³⁹ Relazione al Progetto preliminare del 1988 in CONSO-GREVI-NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, Vol. IV, cit., p. 1322.

¹⁴⁰ Così, tra le prime, Cass., Sez. I, 23 marzo 1992, n. 1251.

esistenza tra la giurisprudenza edita¹⁴¹, applica, invece, a perfezione il canone esegetico proposto da chi scrive.

Quando si osserva che «il giudice di legittimità, nel porsi il problema della decisività della prova, ai sensi dell'art. 606, comma primo, lett. d), cod. proc. pen., deve condurre l'indagine sull'effettiva incidenza della richiesta sui fatti già indicati come oggetto delle prove a carico e sulla possibilità che l'esito della prova, correttamente dedotta, possa modificare sostanzialmente l'esito del processo»¹⁴², si applica esattamente il canone ermeneutico suggerito.

Qui, lungi dal porsi nella prospettiva della motivazione adottata dalle sentenze di merito, la Corte valuta la natura determinante della prova non assunta basandosi sul criterio di rilevanza della medesima, valutato alla luce della fattispecie astratta *sub iudice* e della sua potenziale influenza sulla concreta decisione emessa.

Al di là del suo porsi in contrasto con le parole spese dal legislatore per giustificare l'innovazione e al di là di ogni ulteriore argomento in precedenza esplorato, il pregio finale di quest'orientamento giurisprudenziale e, in sintesi, di siffatta esegesi, sta nel suo essere fedele ad una tradizione annosa, che legge l'espressione decisività/causalità quale nesso del dato erroneo col dispositivo, ossia con la decisione emessa; così come sta nel suo rendere omaggio alla consapevolezza che la decisione giudiziale, appunto, è *nel dispositivo, non nella motivazione*, sicché sempre rispetto al primo, non certo alla seconda va calcolato l'interesse a ricorrere, ovvero quel dato che, come visto, sorregge e illumina l'odierna funzionalità della Cassazione e che ha dato origine al concetto di causalità dell'errore.

L'analisi sin qui svolta non può che concludersi, chiudendo il cerchio, laddove ha trovato origine l'*input* che ha informato di sé il nuovo codice di procedura penale

¹⁴¹ Cfr. Cap. II, Par. 4.

¹⁴² Cass., Sez. IV, 29 gennaio 1993, n. 6212.

e che ci pare riassunto nelle parole di colui che tanto intensamente ha tentato di incidere sulla riforma: «le istanze essenziali, quelle a cui meno che ad ogni altra dev'essere negato l'ingresso, sono le istanze concernenti la prova. Difficilmente si capisce, dunque, se non con riferimento al timore di domande defatigatorie e soprattutto con riferimento a presunzioni ispirate a concezioni autoritarie, come proprio alle istanze concernenti la prova sia dalla legge assicurata assai minor garanzia d'essere accolte che non ad istanze concernenti altri, sia pur fondamentali, interessi di parte...»¹⁴³.

¹⁴³ Parole di VASSALLI, *Il diritto alla prova nel processo penale*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1968, p. 3 e ss.

BIBLIOGRAFIA

ADORNO, *Ammissione delle prove*, in *Trattato di procedura penale*, a cura di Spangher, Vol. IV, Tomo II, Torino, 2009, p. 141 e ss.

ADORNO, *Assunzione delle prove*, in *Trattato di procedura penale*, a cura di Spangher, Vol. IV, Tomo II, Torino, 2009, p. 283 e ss.

ADORNO, voce *Perizia (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, Annali III, Milano, 2010, p. 885 e ss.

AMODIO, voce *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. Dir.*, Vol. XXVII, Milano, 1977, p. 181 e ss.

AMODIO, *Il modello accusatorio nel nuovo codice di procedura penale*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, a cura di Amodio e Dominioni, Vol. I, Milano, 1989.

AMODIO, *L'esame incrociato tra gli insegnamenti della prassi angloamericana e le scelte del legislatore italiano*, in STONE, *La cross-examination. Strategie e tecniche*, Milano, 1990.

AMODIO, *Mille e una toga. Il penalista tra cronaca e favola*, Milano, 2010.

ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979.

APRATI, *Le prove contraddittorie: id est il diritto al contraddittorio sul medesimo tema probatorio*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2006, p. 627 e ss.

APRATI, *Prove contraddittorie e testimonianza indiretta*, Padova, 2007.

AUGENTI, *L'onere della prova*, Roma, 1932.

AVANZINI, *L'esame dibattimentale delle fonti di prova personali*, in *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di Ubertis, Milano 1992, p. 39 e ss.

AVANZINI, *La reiterazione del controesame*, in *Dir. Pen. Proc.*, 1997, p. 1363 e ss.

BARGI, *Procedimento probatorio e giusto processo*, Napoli, 1990.

BARGI, *Il ricorso per cassazione*, in *Le impugnazioni penali*, a cura di Gaito, Vol. II, Torino, 1998, p. 449 e ss.

BARGI, *Controllo di legittimità ed errore di fatto nel giudizio di cassazione*, Padova, 2004.

BARGI, *I nuovi ambiti oggettivi delle impugnazioni*, in *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la "Legge Pecorella"*, a cura di Gaito, Torino, 2006, p. 151 e ss.

BARGIS, *Rettificazione e merito nel giudizio di cassazione penale*, Milano, 1989.

BARGIS, *Le dichiarazioni di persone imputate in un procedimento connesso*, Milano, 1994.

BARGIS, voce *Testimonianza (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, Annali II-1, Milano, 2008, p. 1097 e ss.

BARONE, voce *Esperimento giudiziale*, in *Dig. Disc. Pen.*, Vol. IV, Torino, 1990, p. 336 e ss.

BELLAVISTA, *Il principio dispositivo nel processo penale*, in *Studi sul processo penale*, II, Milano, 1960.

BELLAVISTA, voce *Difesa giudiziaria penale*, in *Enc. Dir.*, Vol. XII, Milano, 1964, p. 454 e ss.

BELLAVISTA, voce *Esperimento giudiziale (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, Vol. XV, Milano, 1966, p. 747 e ss.

BELLUTA, *Imparzialità del giudice e poteri probatori ex officio in dibattimento*, Torino, 2003.

BORSANI-CASORATI, *Codice di procedura penale italiano commentato*, Vol. VI, Milano, 1884.

BUZZELLI, *Il contributo dell'imputato alla ricostruzione del fatto*, in *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di Ubertis, Milano, 1992.

CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, a cura di Cappelletti, Vol. VI, Napoli, 1976.

CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, a cura di Cappelletti, Vol. VII, Napoli, 1976.

CALASSO, *Medioevo del diritto. Le fonti*, Milano, 1956.

CALASSO, voce *Corte di cassazione (dir. interm.)*, in *Enc. Dir.*, Vol. X, Milano, 1962, p. 792 e ss.

CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Padova, ed. 1964 (orig. 1937).

CAMPO, voce *Interrogatorio dell'imputato*, in *Enc. Dir.*, Vol. XXII, Milano, 1972, p. 334 e ss.

CANZIO, *Le due riforme processuali del 2006 a confronto: vizio di motivazione, autosufficienza del ricorso e accesso agli atti nei giudizi civili e penali di legittimità*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2007, p. 135 e ss.

CAPONE, *Brevi note sul concetto di controprova decisiva*, in *Cass. Pen.*, 2007, p. 621 e ss.

CAPONE, *Il principio di decisività dei vizi della sentenza nel controllo della Corte di cassazione*, in *Cass. Pen.*, 2004, p. 1463 e ss.

CAPONE, *Incidente probatorio e tutela della vittima del reato*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2012, p. 344 e ss.

CAPRIOLI, *La scienza "cattiva maestra": le insidie della prova scientifica nel processo penale*, in *Cass. Pen.*, 2008, p. 3520 e ss.

CAPRIOLI, *Scientific evidence e logiche del probabile nel processo per il "delitto di Cogne"*, in *Cass. Pen.*, 2009, p. 1867 e ss.

CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale*, Milano, 5^a ed., 1863.

CARNELUTTI, *Limiti del rilievo dell'«error in iudicando» in Cassazione*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1915, I, p. 798 e ss.

CARNELUTTI, *Potere di rettifica della Corte di cassazione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1934, I, p. 121 e ss.

CARNEVALE, *Il filtro in cassazione: verso una selezione innaturale dei ricorsi penali*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2011, p. 859 e ss.

CARPONI SCHITTAR, *Esame e controesame. Teoria e tecnica*, Milano, ed. 2012.

CARPZOV, *Practica Nova Imperialis Saxonica Rerum Criminalium*, Wittebergae, ed. 1652.

CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Lucca, ed. 1863.

CARTUSO, *Art. 360, I: Sentenze impugnabili e motivi di ricorso*, in *La riforma del giudizio di Cassazione*, a cura di Cipriani, Padova, 2009, p. 39 e ss.

CASONI, *De indiciis et tormentis. Tractatus duo*, Venetiis, 1557.

CATALANO, *La prova d'alibi*, Milano, 1998.

CATALANO, *L'accertamento dei fatti processuali*, in *Ind. Pen.*, 2002, p. 521 e ss.

CAVALLONE, *Riflessioni sulla cultura della prova*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2008, p. 947 e ss.

CENTONZE, *Scienza "spazzatura" e scienza "corrotta" nelle attestazioni dei consulenti tecnici nel processo penale*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2001, p. 1232 e ss.

CERESA GASTALDO, *Diritto al silenzio, aspettative di "collaborazione" dell'imputato e controlli sull'impiego della custodia cautelare*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1993, p. 1161 e ss.

CHIAVARIO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969.

CHIAVARIO, *Nel nuovo regime delle impugnazioni i limiti ed i mancati equilibri di una riforma*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. da Chiavario, Vol. VI, Torino, 1991.

CHIAVARIO, *Considerazioni sul diritto alla prova nel processo penale*, in *Cass. Pen.*, 1996, p. 2009 e ss.

CHIAVARIO, *Diritto ad un processo equo*, in *Commentario alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali*, a cura di Bartole-Conforti-Raimondi, Padova, 2001.

CHIAVARIO, *La "lunga marcia" dei diritti dell'uomo nel processo penale*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di Balsamo e Kostoris, Torino, 2008.

CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile (Le azioni. Il processo di cognizione)*, Napoli, 1923.

CIVOLI, *Manuale di procedura penale italiana*, Torino, 1921.

CONSO, voce *Atti processuali (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, Vol. IV, Milano, 1959, p. 143 e ss.

CONSO-GREVI-NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, Vol. I, *La legge delega del 1974 e il progetto preliminare del 1978*, 1989.

CONSO-GREVI-NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, Vol. III, *Le direttive della delega per l'emanazione del nuovo codice*, Padova, 1990.

CONSO-GREVI-NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, Vol. IV, *Il progetto preliminare del 1988*, Padova, 1990.

CONSO-GREVI-NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*,

Vol. V, *Il progetto definitivo e il testo definitivo del codice*, Padova, 1990.

CONTI, *Le due "anime" del contraddittorio nel nuovo art. 111 Cost.*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2000, p. 197 e ss.

CONTI, *La formazione della prova in dibattimento*, in AA.VV., *Giusto processo e prove penali*, Milano, 2001.

CONTI, voce *Giusto processo (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, Agg. V, Milano, 2001, p. 637 e ss.

CONTI, *Il volto attuale dell'inutilizzabilità: derive sostanzialistiche e bussola della legalità*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2010, p. 781 e ss.

CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963.

CORDERO, *Procedura penale*, Milano, ed. 1987.

CORDERO, *Codice di procedura penale commentato*, Torino, ed. 1992.

CORDERO, *Procedura penale*, Milano, ed. 2006.

CORSO, voce *Perito e perizia (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, Vol. XXXIII, Milano, 1983, p. 89 e ss.

CURTOTTI NAPPI, *La consulenza tecnica*, in *La prova penale*, diretto da Gaito, Vol. II, Torino, 2008, p. 615 e ss.

CURTOTTI NAPPI, *La perizia*, in *La prova penale*, diretto da Gaito, Vol. I, Torino, 2008, p. 591 e ss.

CURTOTTI NAPPI - SARAVO, *L'approccio multidisciplinare nella gestione della scena del crimine*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2011, p. 623 e ss.

DAMAŠKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, Bologna, 2003.

DANIELE, *Successione di norme concernenti l'utilizzabilità delle prove e principio tempus regit actum*, in *Cass. Pen.*, 2000, p. 712 e ss.

DEAN, voce *Consulenza tecnica*, in *Dig. Disc. Pen.*, Vol. IV, Torino, 1992, p. 515 e ss.

DE CARO, *Ammissione e formazione della prova nel dibattimento*, in *La prova penale*, diretto da Gaito, Vol. II, Torino, 2008, p. 353 e ss.

DE CATALDO NEUBURGER, *Esame e controesame nel processo penale*, Padova, ed. 2000.

DE CRISTOFARO M., *Sub. Art. 360 c.p.c.*, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di Consolo, Milano, 2010.

DELL'ANNO, *Presupposti e limiti del sindacato della Corte di cassazione sul vizio di motivazione*, in *Giust. Pen.*, 1993, III, c. 697 e ss.

DENTI, *L'interpretazione della sentenza civile*, Pavia, 1946.

DENTI, voce *Invalidità (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, Agg. I, Milano, 1997, p. 709 e ss.

DEZZA, *Il codice di procedura penale del Regno Italico (1807)*, Padova, 1983.

DI CHIARA, *In tema di qualificazione giuridica del mendacio dell'imputato. Aspetti processuali*, in *Cass. Pen.*, 1988, p. 809 e ss.

DI CHIARA, *Il pubblico ministero e l'esercizio dell'azione penale*, in FIANDACA-DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, Napoli, 2003, p. 235 e ss.

DI CHIARA, *Le modifiche allo spettro della ricorribilità per cassazione*, in *Impugnazioni e regole di giudizio nella legge di riforma del 2006*, a cura di Bargis e Caprioli, Torino, 2007, p. 185 e ss.

DIDDI, *Principio di disponibilità ed ordine nella formazione della prova dibattimentale*, in *Giust. Pen.* 1995, III, c. 489 e ss.

DI PALMA, *Art. 495 comma 2 c.p.p. e perizia quale presunto mezzo di prova "neutro"*, in *Cass. Pen.*, 1995, p. 2937 e ss.

DOMINIONI, *Art. 185 c.p.p.*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, a cura di Amodio e Dominioni, Vol. II, Milano, 1989.

DOMINIONI, *In tema di nuova prova scientifica*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2001, p. 1061 e ss.

DOMINIONI, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Milano, 2005.

ESCOBEDO, *La corte di cassazione penale nel suo odierno funzionamento e nelle progettate riforme*, Prato, 1901.

ESCOBEDO, *Ancora sulle sentenze suicide. L'antimotivazione. Confutazione del ricorso del Procuratore Generale nella causa contro Mulas Giuseppe. Terza memoria defensionale*, Città di Castello, 1942.

ESPERIDE, *La ricostruzione del sinistro*, Roma, 2005.

EVANGELISTA, voce *Motivazione della sentenza civile*, in *Enc. Dir.*, Vol. XXVII, Milano, 1977, p.146 e ss.

FALZEA, voce *Accertamento (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, Vol. I, Milano, 1958, p. 205 e ss.

FANUELE, *Le contestazioni nell'esame testimoniale*, Padova, 2005.

FARINACCIO, *Decisiones criminales*, Duaci, 1616.

FAZZALARI, *Il giudizio civile di cassazione*, Milano, 1960.

FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, ed. 1996.

FERRARI, *Aurea Practica*, Coloniae, 1576.

FERRUA, *Il sindacato di legittimità sul vizio di motivazione nel nuovo codice di procedura penale*, in *Cass. Pen.*, 1990, p. 964 e ss.

FERRUA, *Il 'giusto processo'*, Bologna, ed. 2012.

FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Cass. Pen.*, 2005, p. 1722 e ss.

FILIPPI, *Punti di frizione tra diritto di difesa ed invalidità degli atti processuali*, in *Dir. Pen. Proc., Gli speciali. Oneri e limiti del diritto di difesa*, 2012, p. 35 e ss.

FIORIO, *La prova nuova nel processo penale*, Padova, 2008.

FLORIAN, *Diritto processuale penale*, Torino, ed. 1939.

FOSCHINI, *Nuova prova e controprova testimoniale*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1950, p. 831 e ss.

FOSCHINI, *La giustizia sotto l'albero e i diritti dell'uomo*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen*, 1963, p. 300 e ss.

FRIONI, *L'esame dell'imputato*, Milano, 2011.

GAITO, *Procedura penale e garanzie europee*, Torino, 2006.

GAITO, *Il procedimento probatorio (tra vischiosità della tradizione e prospettive europee)*, in *La prova penale*, diretto da Gaito, Vol. I, Torino, 2008, p. 95 e ss.

GAITO, *Riformiamo le impugnazioni penali senza rinunciare al giusto processo*, in *Arch. Pen.*, 2012, n. 2, p. 1 e ss.

GALATI, voce *Nullità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, Vol. XXVIII, Milano, 1978, p. 910 e ss.

GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992.

GALANTINI, voce *Inutilizzabilità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, Agg. I, Milano, 1997, p. 690 e ss.

GALLI, *L'inammissibilità dell'atto processuale penale*, Milano, 1968.

GAROFOLI, *L'introduzione della prova testimoniale nel nuovo processo penale*, Milano, 1992.

GARUTI, *La restituzione nel termine*, Padova, 2000.

GIALUZ, *Il ricorso straordinario per cassazione*, Milano, 2005.

GIANNINI, voce *Accertamento (diritto costituzionale e amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, Vol. I, Milano, 1958, p. 222 e ss.

GIANTURCO, voce *Eccezione (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, Vol. XIV, Milano, 1965, p. 205 e ss.

GIANTURCO, *Erronea motivazione dei provvedimenti del giudice e sentenze di rettifica*, in *Temi*, 1969, p. 77 e ss.

GIANZI, voce *Esame diretto e controesame dei testimoni*, in *Enc. Dir.*, Agg. III, Milano, 1999, p. 592 e ss.

GIULIANI, *La regola di giudizio in materia di archiviazione (art. 125 disp. att. c.p.p.)*, in *Cass. Pen.*, 1992, p. 249 e ss.

GIULIO CLARO, *Opera omnia, sive practica civilis atque criminalis*, Genevae, ed. 1666.

GRANATA, *Il «punto decisivo» della causa e l'annullabilità delle sentenze in Corte di Cassazione*, in *Giust. Pen.*, 1958, II, c. 167 e ss.

GREVI, *Spunti sull'art. 6, § 3, lett. d, della convenzione europea dei diritti dell'uomo (in tema di citazione dei testimoni a discarico nella fase del giudizio)*, in *Ind. Pen.*, 1968, p. 403 e ss.

GREVI, «Nemo tenetur se detegere». *Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972.

GREVI, *Archiviazione per "inidoneità probatoria" ed obbligatorietà dell'azione penale*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1990, p. 1274 e ss.

GREVI, *Prove*, in AA.VV., *Profili del nuovo codice di procedura penale*, Padova, ed. 1998, p. 245 e ss.

IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Milano, 1997.

IACOVIELLO, voce *Motivazione della sentenza penale (controllo della)*, in *Enc. Dir.*, Agg. IV, Milano, 2000, p. 750 e ss.

IACOVIELLO, *Giusto processo? Alcune domande...*, in *Cass. Pen.*, 2003, p. 1458 e ss.

IACOVIELLO, *La tela del ragno: ovvero la chiamata di correo nel giudizio di cassazione*, in *Cass. Pen.*, 2004, p. 3452 e ss.

IACOVIELLO, *A rischio il ruolo di legittimità della Corte*, in *Guida al Dir.*, 2006, 10, p. 88 e ss.

IAFISCO, *Gli atti preliminari al dibattimento penale di primo grado*, Torino, 2009.

ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in FERRUA-GRIFANTINI-ILLUMINATI-ORLANDI, *La prova nel dibattimento penale*, Torino, ed. 2005.

KALB, *La «ricostruzione orale» del fatto tra «efficienza» ed «efficacia» del processo penale*, Torino, 2005.

KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, Milano, 1993.

KOSTORIS, *Le impugnazioni penali, travagliato terreno alla ricerca di nuovi equilibri*, in *Le impugnazioni penali: evoluzione o involuzione?*, Atti del Convegno di Palermo, 1-2 dicembre 2006, Milano, 2008, p. 29 e ss.

LANZA, *Principi di diritto processuale penale secondo il nuovo codice di procedura penale*, Roma, 1914.

LA ROCCA, *La prova nell'ottica della giurisprudenza europea*, in *La prova penale*, diretto da Gaito, Vol. I, Torino, 2008, p. 161 e ss.

LEONE G., *Trattato di diritto processuale penale*, Vol. III, Napoli, 1961.

LEONE E., *Sull'ammissibilità del controesame o della controprova nell'ipotesi di rinuncia all'esame principale*, in *Cass. Pen.*, 1997, p. 1522 e ss.

LIEBMANN, *Fondamento del principio dispositivo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1960, p. 531 e ss.

LORUSSO, *La prova scientifica*, in *La prova penale*, diretto da Gaito, Vol. I, Torino, 2008, p. 295 e ss.

LORUSSO, *L'esame della scena del crimine nella contesa processuale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2011, p. 261 e ss.

LUTZ-MEYER GOBNER, *Strafprozessordnung: StPO*, §§ 337 ff., C.H. Beck, ed. 2007.

MAFFEO, *Riflessioni sul rapporto tra domanda di parte e poteri di cognizione nel giudizio di appello*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2012, p. 95 e ss.

MAMBRIANI, *Esame e controesame delle parti: spunti sistematici*, in *Arch. N. Proc. Pen.*, 1999, c. 453 e ss.

MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Vol. II, Torino, ed. 2006.

MARANDOLA, *Prova scientifica, sviluppo processuale e decorso temporale*, in *Scienza e processo penale. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi*, a cura di Conti Milano, 2011, p. 91 e ss.

MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Vol. II, Torino, ed. 2006.

MANNARINO, *La prova nel processo*, Padova, 2007.

MARAFIOTI, *Scelte autodifensive dell'indagato e diritto al silenzio*, Torino, 2000.

MARZADURI, *Così nell'assetto degli istituti il legislatore cerca nuovi equilibri*, in *Guida al Diritto*, 2006, n. 10, p. 51 e ss.

MARZADURI, *Considerazioni sul significato dell'art. 27, comma 2, Cost.: regola di trattamento e regola di giudizio*, in *Processo penale e Costituzione*, a cura di Dinacci, Milano, 2010, p. 303 e ss.

MASSA M., *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, Milano, 1976 (rist.).

MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Milano, 2004.

MAZZA, *Il garantismo al tempo del giusto processo*, Milano, 2011.

MAZZARELLA, «Fatto e diritto» in *Cassazione*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1974, p. 82 e ss.

MELCHIONDA, voce *Prova in generale (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, Agg. I, Milano, 1997, p. 838 e ss.

MENNA, *Il giudizio d'appello*, Napoli, 1995.

MENNA, *La motivazione del giudizio penale*, Napoli, 2000.

MENNA, *Gli interventi del giudice dibattimentale sull'acquisizione della prova*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2007, p. 705 e ss.

MENNA, *Poteri probatori d'ufficio e terzietà del giudice tra attività deduttiva o sintetica a priori dell'organo*

giudicante e salvaguardia delle esigenze accertative del processo, in *Proc. Pen. Giust.*, 2011, n. 6, p. 1

MIUCCI, *La testimonianza tecnica nel processo penale*, Milano, 2011.

MITTERMAIER, *La teoria della prova nel processo penale*, a cura di Ambrosoli, Milano, ed. italiana 1858.

MORTARA, STOPPATO ed altri, *Commento al codice di procedura penale*, Vol. III, *Lavori Parlamentari*, Torino, 1915.

MORTARA-ALOISI, *Commento al codice di procedura penale. Dei mezzi d'impugnazione*, Torino, 1924.

MOSCHINI, *L'art. 531 del nuovo cod. proc. pen.*, in *Riv. Dir. e Proc. Pen.*, 1913, I, p. 577 e ss.

NAPPI, *Limiti di sindacabilità e limiti di rilevanza del vizio di motivazione*, in *Giust. Civ.*, 2008, p. 419 e ss.

NICOLINI, *Della procedura penale nel Regno delle Due Sicilie*, Vol. II, Livorno, 1843.

ORLANDI, *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, in FERRUA-GRIFANTINI-ILLUMINATI-ORLANDI *La prova nel dibattimento penale*, Torino, ed. 2005.

PAGANO, *Principi del codice penale e logica de' probabili*, Napoli, 1828.

PANZAROLA, *La Cassazione civile giudice del merito*, Torino, 2005.

PASTA, *Dall'epistème alla critica: il diritto alla prova dell'accusato*, in *Processo penale e Costituzione*, a cura di Dinacci, Milano, 2010, p. 389 e ss.

PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Torino, 2006.

PATTI, voce *Prova: I) diritto processuale civile*, in *Enc. Giur.*, Vol. XXV, Roma, 1991, p. 1 e ss.

PAULESU, *Giudice e parti nella "dialettica" della prova testimoniale*, Torino, 2002.

PEYRON, voce *Invalidità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, Vol. XXII, Milano, 1972, p. 615 e ss.

PERONI, *Precisazioni in tema di diritto al silenzio ed impiego delle misure cautelari per esigenze probatorie*, in *Cass. Pen.*, 1993, p. 1183 e ss.

PERONI, *L'istruzione dibattimentale nel giudizio d'appello*, Padova, 1995.

PERONI, *Nuove deduzioni probatorie in fase di discussione finale: tra logica dei gravami e diritto alla prova*, in *Cass. Pen.*, 1997, p. 2100 e ss.

PESCATORE, *Sposizione compendiosa della procedura civile e criminale*, Vol. II, Torino, 1865.

PETRELLA, *Le impugnazioni nel processo penale. Trattato teorico pratico*, Vol. II, Milano, 1965.

PIERRO, *Una nuova specie d'invalidità: l'inutilizzabilità degli atti processuali penali*, Napoli, 1992.

PRESUTTI, voce *Autodifesa giudiziaria*, in *Enc. Dir.*, Agg. I, Milano, 1997, p. 236 e ss.

PULITANÒ, *Il diritto penale tra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2006, p. 795 e ss.

RAFARACI, *La prova contraria*, Torino, 2004.

RAFARACI, voce *Processo penale tedesco*, in *Enc. Dir.*, Annali II-1, Milano, 2008, p. 831 e ss.

REDENTI, voce *Atti processuali (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, Vol. IV, Milano, 1959, p. 105 e ss.

RENON, *L'omesso esame di prova come vizio della motivazione tra limiti normativi e deviazioni giurisprudenziali*, in *Cass. Pen.*, 1995, p. 1251 e ss.

RICCI, *la suprema corte tra funzione nomofilattica e tutela dello ius litigatoris. il problema alla luce del controllo della motivazione*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2009, p. 571 e ss.

RICCIO, *Premesse di metodo al tema della prova penale, in Il procedimento probatorio nel processo penale*, a cura di Maffeo, Napoli, 2006.

RIZZO, voce *Esame e controesame*, in *Dig. Disc. Pen.*, Agg. III, Torino, 2005, p. 428 e ss.

RUEDIN, *L'exécution des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme: procédure, obligations des Etats, pratique et réforme*, Bruylant, 2009.

SANTORIELLO, *Il vizio di motivazione tra esame di legittimità e giudizio di fatto*, Torino, 2008.

SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, Milano, 1940.

SATTA, voce *Corte di cassazione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, Vol. X, Milano, 1962, p. 801 e ss.

SATTA-PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, ed. 2000.

SCACCIA, *Tractatus de iudiciis causarum civilium, criminalium et haereticalium. Liber Secundus*, Coloniae Agrippinae, ed. 1738 (orig. 1618).

SCACCIA, *Tractatus de sententia et re iudicata*, Lugduni, 1628.

SCALFATI, voce *Consulenza tecnica (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Giur*, Vol. VIII, Roma, 1997, p. 1 e ss.

SCALFATI, *La deriva scienista dell'accertamento penale*, in *Proc. Pen. Giust.*, 2011, p. 144 e ss.

SCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, Torino, 2000.

SCELLA, *Il vaglio d'inammissibilità dei ricorsi per cassazione*, Torino, 2006.

SECHI, *Il patrocinio per i non abbienti nei procedimenti penali*, Milano, 2006.

SELVAGGI, voce *Esame diretto e controesame*, in *Dig. Disc. Pen.*, Vol. IV, Torino, 1990, p. 280 e ss.

SELVAGGI, *Il valore probatorio delle dichiarazioni irripetibili*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di Balsamo e Kostoris, Torino, 2008, p. 373 e ss.

SICIGLIANO, voce *Esperimenti giudiziali*, in *Il Diritto. Enc. Giur. del Sole 24 ore*, Vol. 6, Milano, 2007, p. 208 e ss.

SILVESTRI, *Controesame, potere del presidente di rivolgere domande e divieto di domande suggestive*, in *Cass. Pen.*, 2009, p. 1556 e ss.

SIRACUSANO, *I rapporti tra «cassazione» e «rinvio» nel processo penale*, Milano, 1967.

SIRACUSANO, voce *Prova: III) nel nuovo codice di procedura penale*, in *Enc. Giur.*, Vol. XXV, Roma, 1991, p. 1 e ss.

SOTTANI, *Il regime della «controprova»*, in *Le nuove disposizioni sul processo penale. Atti del Convegno – Perugia 14 e 15 aprile 1988*, Padova, 1989, p. 245 e ss.

SPANGHER, voce *Appello*, in *Enc. Giur.*, Vol. II, Roma, Agg. 1991, p. 1 e ss.

SPANGHER, *Il giudizio di cassazione nel sistema delle impugnazioni*, in *Giust. Pen.*, 1991, III, c. 588 e ss.

SPANGHER, *Brevi riflessioni, sparse, in tema di prova tecnica*, in *Scienza e processo penale. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi*, a cura di Conti, Milano, 2011, p. 27 e ss.

SPANGHER, *Giuliano Vassalli e l'evoluzione del processo penale*, in *Cass. Pen.*, 2011, p. 4535 e ss.

STERI, *La cross examination: occasione mancata o opportunità?*, in *Psicologia e giustizia*, 2004, www.psicologiagiuridica.com

STERLOCCHI, *Gli standards di ammissibilità della prova penale scientifica nel processo statunitense*, in *Scienza e processo penale. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi*, a cura di Conti, Milano, 2011, p. 397 e ss.

TAMIETTI, *Il diritto ad esaminare i testimoni a carico: permangono contrasti tra l'ordinamento italiano e l'art. 6 § 3 d) della convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. Pen.*, 2006, p. 2991 e ss.

TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970.

TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975.

TARUFFO, *Il diritto alla prova nel diritto civile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1984, p. 74 e ss.

TARUFFO, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile*, Bologna, 1991.

TARUFFO, voce *Motivazione della sentenza civile (controllo della)*, in *Enc. Dir.*, Agg. III, Milano, 1999, p. 780 e ss.

TARUFFO, *Una riforma della Cassazione civile?*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2006, p. 755 e ss.

TONINI, *Il contraddittorio: diritto individuale e metodo di accertamento*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2000, p. 1388 e ss.

TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, ed. 2009.

TONINI, *Dalla perizia "prova neutra" al contraddittorio sulla scienza*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2011, p. 360 e ss.

TRANCHINA-DI CHIARA, voce *Appello (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, Agg. III, 1999, p. 200 e ss.

TRAVERSO, *Il diritto alla controprova nei rapporti con la perizia*, in *Dir. Pen. Proc.*, 1998, p. 596 e ss.

UBERTIS, voce *Giudizio di primo grado (disciplina del) nel diritto processuale penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, Vol. V, Torino, 1991, p. 521 e ss.

UBERTIS, *Diritto alla prova nel processo penale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1994, p. 489 e ss.

UBERTIS, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Torino, 1995.

UBERTIS, voce *Giusto processo (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, Annali II-1, Milano, 2008, p. 419 e ss.

UBERTIS, *Il giudice, la scienza e la prova*, in *Cass. Pen.*, 2011, p. 4111 e ss.

VALENTINI C., *Il potere del giudice nell'ammissione della prova*, Padova, 2004.

VALENTINI C., voce *Ricorso per Cassazione*, in *Dig. Disc. Pen.*, Agg. VI, Torino, 2011, p. 526 e ss.

VANZI, *Tractatus de nullitatibus processuum ac sententiarum*, Lugduni, 1566.

VARRASO, *Violazione del divieto di domande suggestive: il ruolo delle parti ed i poteri del giudice*, in *Cass. Pen.*, 2006, p. 2868 e ss.

VASSALLI, *Il diritto alla prova nel processo penale*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1968, p. 3 e ss.

VERDE, voce *Dispositivo (principio)*, in *Enc. Giur.*, Vol. IX, Roma, 1989, p. 1 e ss.

VERDE, *In difesa dello jus litigatoris (sulla cassazione come è e come si vorrebbe che fosse)*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2008, p. 1 e ss.

VIROTTA, *La perizia nel processo penale italiano*, Padova, 1968.

VISMARA, *Codice di procedura penale del Regno d'Italia spiegato col mezzo analogico, coll'autorità del diritto romano e colle dottrine di sommi penalisti*, Napoli, ed. 1871.

ZAGREBELSKY, *Il regime della prova dichiarativa nell'ambito della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Prova penale e Unione europea*, Atti del Convegno "L'armonizzazione della prova penale nell'Unione Europea", Bologna, 18-19 aprile 2008, a cura di Illuminati, Bologna, 2009.

ZAGREBELSKY, *Corte europea dei diritti dell'uomo e "processo equo"*, in *Processo penale e giustizia europea*, Atti del Convegno, Torino, 26-27 settembre 2008, Milano, 2010.

CONSULTABILE ANCHE ON LINE IN "LA MIA BIBLIOTECA"
www.lamiabiblioteca.com

L'acquisto di questo volume consente la consultazione gratuita del corrispondente formato digitale all'interno del servizio "LA MIA BIBLIOTECA": la prima biblioteca professionale on line con le pubblicazioni di Cedam, UTET Giuridica, Ipsoa.

Il servizio di consultazione on line del presente volume viene offerto al lettore a titolo completamente gratuito ed a fini promozionali del servizio "LA MIA BIBLIOTECA" e potrebbe essere soggetto a revoca dell'Editore.

ATTIVAZIONE DEL SERVIZIO PER GLI ACQUIRENTI IN LIBRERIA

Coloro che hanno acquistato il volume in libreria possono attivare la consultazione online semplicemente seguendo le indicazioni che troveranno collegandosi al sito www.lamiabiblioteca.com/registralibri

┌

┐

└

┘