

**Cronaca di una morte annunciata:
l'incidente probatorio e il diritto alla prova
Cristiana Valentini**

**Giudizio di rinvio - Rinnovazione dell'istruzione dibattimentale - Limiti
(C.p.p., art. 627)**

Nel giudizio di rinvio che segue l'annullamento di una sentenza d'appello le parti non hanno un diritto incondizionato alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, perché il giudice dispone in merito degli stessi poteri di quello la cui sentenza è stata annullata e, quindi, è tenuto alla rinnovazione sempre che la prova sia indispensabile per la decisione, con l'ulteriore condizione che sia anche rilevante

CASSAZIONE PENALE, PRIMA SEZIONE, 1 agosto 2012, (ud. 24 aprile 2012),
BARDOVAGNI, *Presidente* - LA POSTA, *Relatore* - FRATICELLI, P.M. (*conf.*)-
Nigro ed altri, ricorrenti.

SOMMARIO: 1. Una vicenda processuale - 2. Intervento della Cassazione - 3. Premesse - 4. Contorsioni dialettiche - 5. Precisazioni - 6. Fenomenologia ovvero: descrizione ordinata di un fatto suscettibile di osservazione

1. Una vicenda processuale

E' delicata la temperie che stiamo vivendo: il processo penale si trova a vivere l'ennesimo momento di sconfortante deriva verso un continente in cui i diritti di cui ci confortava l'incrollabile certezza, appaiono rinnegati con somma *nonchalance*, attraversato com'è, questo nostro processo, da correnti di rinnovamento disvelatesi ogni volta più apparenti che reali, trasfigurato da fenomeni tanto ricorrenti da non essere più correttamente qualificabili sul piano della patologia -come i contrasti occulti ed espliciti tra Sezioni della Cassazione o la scoraggiante ribellione dei giudici del merito nei confronti delle esegesi persino cristallizzate della Suprema Corte-, infine trasfigurato dalla dimensione mediatica, che spesso appare prendere il posto dei reali accadimenti d'udienza.

La sentenza da cui traggono spunto le presenti considerazioni è -diremmo- quasi archetipica della situazione appena delineata.

Se ne riassume il sottofondo, identificato nei fatti processuali: in un processo per omicidio ed altri reati, esitato nell'annullamento con rinvio della sentenza emessa dalla Corte d'assise d'appello, il nuovo giudizio iniziava sotto i migliori auspici in termini di rispetto delle regole basilari in materia di diritto alla prova: tenendo conto delle indicazioni della sentenza di annullamento, la

Corte territoriale disponeva, in effetti, ai sensi dell'art. 627, co. 2, c.p.p., una perizia per la traduzione delle conversazioni intercettate dal dialetto siciliano all'italiano, al fine di renderne maggiormente comprensibile il contenuto, ma anche una perizia balistica volta ad accertare se i reperti disponibili in atti fossero compatibili con le lesioni riscontrate sul cadavere della vittima e se, ancora, i dati balistici e medico-legali fossero a loro volta compatibili con l'uso di quel fucile a canne mozze che, secondo le indicazioni di un collaboratore di giustizia, era stato nascosto la sera precedente nel luogo in cui poi sarebbe stato ritrovato il cadavere.

L'inizio brillante risultava, però, immediatamente smentito dal prosieguo: ottenuti i risultati -tali da porre quanto meno in discussione la credibilità dei *dicta* di quel collaboratore di giustizia, che aveva fornito nette dichiarazioni accusatorie nei confronti degli imputati- accusa e difesa effettuavano richiesta congiunta di procedere ad un riesame dell'uomo, sulla scorta dei risultati della nuova indagine balistica; all'iniziale ordinanza ammissiva seguiva, però, una revoca, sostanzialmente priva di motivazioni stringenti, ovvero ancorata al fatto che il collaboratore si sarebbe trovato all'estero, ma anche all'ormai consueto *refrain* rappresentato dalle esigenze di celerità che caratterizzano il processo penale; all'esito era giunta la reiterazione della condanna.

Situazione apparentemente chiara, sarebbe indotto a ritenere il giurista ancora ignaro degli esiti del successivo ricorso per cassazione: ma la lettura della sentenza che chiude definitivamente la complessa vicenda processuale, è tale da distruggere le speranze di chi ancora possa ritenere che nel nostro ordinamento esista una reale tutela del diritto alla prova.

2. Intervento della Cassazione

Merita ripercorrere le pagine e le parole tramite le quali la Cassazione suona il *de profundis* al diritto alla prova in una delle sue principali articolazioni.

Anzitutto, osserva la Corte - con una *excusatio non petita* su cui sarà il caso di tornare a breve - le dichiarazioni del collaboratore di giustizia «erano state assunte con incidente probatorio acquisito al fascicolo del dibattimento».

In secondo luogo, secondo i supremi giudici, occorre ribadire - si noti - «che nel giudizio di rinvio che segue l'annullamento di una sentenza d'appello le parti non hanno un diritto incondizionato alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, perché il giudice dispone in merito degli stessi poteri di quello la cui sentenza è stata annullata e, quindi, è tenuto alla rinnovazione sempre che la prova sia indispensabile per la decisione, con l'ulteriore condizione

che sia anche rilevante».

D'altra parte, non influiscono affatto sulla legittimità della decisione assunta i rilievi di quel ricorrente che «muovendo dalla premessa che la sentenza di annullamento con rinvio di questa Corte aveva espressamente posto la necessità di accertare la compatibilità dell'arma indicata [dal collaboratore] con quella che era stata usata per uccidere» affermava che all'esito della perizia balistica, disposta nel giudizio di rinvio, era emersa l' incompatibilità tra le due armi; sicché «pur avendo il perito affermato che l'arma usata per uccidere poteva essere un fucile a canne mozze come quello indicato [dal collaboratore]» sarebbe emerso dalla nuova perizia che l'arma era del tipo semiautomatico, ossia una che espelle i bossoli meccanicamente; quindi, per dirla in breve, un'arma con caratteristiche diverse da quelle del fucile descritto, sempre dal pentito, come a carica manuale.

Si osservi il percorso argomentativo che segue la Cassazione per rigettare siffatta censura: «Deve, invero, essere precisato che il perito non ha affermato che l'arma usata per uccidere il [omissis] era semiautomatica. Infatti, ha concluso affermando che la canna dell'arma impiegata per uccidere la vittima era mozzata (p. 24 perizia allegata al ricorso); quindi, esprimendosi in ordine al diverso quesito sulla compatibilità del bossolo rinvenuto sul posto con i reperti estratti dal corpo della vittima ha affermato che "l'esame del bossolo ha consentito di accertare la sua provenienza da un'arma non a canne basculanti, l'esclusione si ricava dalla presenza sul reperto di impronte di estrazione ed espulsione... il bossolo, pertanto, in alternativa d'ipotesi, è stato automaticamente espulso per effetto del cinematismo di un'arma semiautomatica, manualmente da un'arma se inceppatasi a seguito della mancata espulsione automatica del bossolo, ovvero manualmente se proveniente da arma a ripetizione manuale" (p. 17 perizia). Di tal che, all'evidenza -come è stato correttamente evidenziato nella sentenza impugnata- le conclusioni del perito sono *affatto* diverse da quanto assume il ricorrente».

Non deve sfuggire, qui, alla lettura, che la Corte, per respingere il motivo di ricorso si spinge a valutare la compatibilità dei *referata* del perito, con quelli del collaboratore.

Anche su ciò, si tornerà a breve.

3. Premesse

Come si accennava, la Cassazione sistema a presupposto del proprio ragionamento una palese *excusatio non petita*: tale dobbiamo qualificare il passag-

gio con cui la Corte rimarca -nonostante l'assenza di censure sul punto- che l'acquisizione processuale dei *dicta* del collaboratore di giustizia sarebbe avvenuta regolarmente, trattandosi di dichiarazioni assunte in incidente probatorio e di qui trasferite al fascicolo del dibattimento.

Il perché ci si attardi a giustificare un aspetto mai posto in discussione dai ricorrenti, è implicito, ma piuttosto evidente: quel che si censurava dinanzi alla Corte, in buona sostanza ed in via di estrema sintesi, era che le provalazioni accusatorie del collaboratore erano state vagliate e giudicate attendibili in assenza di un contraddittorio completo, tale cioè da includere i risultati di un accertamento balistico mai effettuato né durante le indagini preliminari e neppure nel successivo dibattimento.

Il pensiero occulto dei supremi giudici è dunque il seguente: cominciamo col dire che nessuna violazione reale del contraddittorio è pensabile, laddove le dichiarazioni siano state assunte in incidente probatorio e i relativi verbali risultino transitati nel fascicolo del dibattimento e di lì alla motivazione della sentenza.

Che le cose non stiano affatto così è, però, materia agevole da illustrare: l'*iter* acquisitivo della prova, nell'ipotesi in cui quest'ultima si trovi già all'interno del fascicolo del dibattimento - come accade per le dichiarazioni testimoniali assunte tramite incidente probatorio - è tracciato dall'art. 511 c.p.p.; ivi si legge, al primo comma, una regola generale secondo cui «Il giudice, anche di ufficio, dispone che sia data lettura, integrale o parziale, degli atti contenuti nel fascicolo per il dibattimento», mentre il secondo comma precisa che «la lettura di verbali di dichiarazioni è disposta solo dopo l'esame della persona che le ha rese, a meno che l'esame non abbia luogo».

Sin da tempi contigui all'entrata in vigore del codice sono state notate l'ovvia derivazione logica della regola dai principi di oralità e immediatezza, nonché la sua finalizzazione: impedire che la testimonianza si risolva in una mera conferma delle dichiarazioni racchiuse nei verbali resi durante la fase delle indagini, secondo abitudini sedimentate sotto la vigenza del codice Rocco¹.

Fatta eccezione per occasionali esegesi, secondo le quali la frase «a meno che l'esame non abbia luogo» implicherebbe il riferimento ad una situazione di ascolto del teste "variabile" ossia sostanzialmente rimessa alla discrezionalità del giudice², la formula è stata per lo più intesa³ nell'unico modo coerente con

¹ NOBILI, *Sub art. 511 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. da Chiavario, Vol. V, Torino, 1991, 423 e ss.; RIVELLO, voce *Letture consentite e vietate*, in *Dig. Disc. Pen.*, Vol. VII, Torino, 1993, 407 e ss.

² POTETTI, *Note brevi in tema di immutabilità del giudice dibattimentale dopo la sentenza n. 17 del*

il suo significato spicciolo oltreché con un'esegesi sistematica, ricollegandola, cioè, alle ipotesi di irripetibilità sopravvenuta dell'escussione testimoniale⁴. E, in effetti, occorre rammentare che la disciplina di cui all'art. 511 c.p.p. è riferita alla lettura di atti racchiusi nel fascicolo del dibattimento, il quale a sua volta è destinato a contenere materiale cognitivo rappresentato da dichiarazioni nelle sole congiunture tassativamente regolate dall'art. 392 c.p.p.⁵; di qui la logica stringente di un riferimento ai «casi in cui l'esame non abbia luogo» posto che l'istituto dell'incidente probatorio è, appunto, fisiologicamente destinato a cristallizzare la prova nelle ipotesi in cui essa appaia a rischio di dispersione⁶.

In questo senso, coglieva esattamente nel segno una decisione emessa dalla Corte di cassazione in tempi non più tanto recenti⁷, con la quale si dichiarava manifestamente infondata la questione di legittimità degli artt. 392, 393 398 co. 3bis, c.p.p. nella parte in cui non prevedono, per i reati diversi da quelli considerati dall'art. 392, co. 1bis, c.p.p. l'obbligo del pubblico ministero di depositare previamente tutti gli atti di indagine compiuti e non solo le dichia-

1994 della Corte costituzionale, in *Cass. Pen.*, 1995, 1733 e ss.

⁴ Netta la posizione di ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'escussione dibattimentale*, in AA.VV., *La prova nel dibattimento penale*, Torino, ed. 2005, 139, il quale, a proposito della formula normativa «a meno che l'esame non abbia luogo», osserva: «correttamente intesa, questa precisazione non attribuisce... al giudice un potere discrezionale di scelta tra la previa escussione orale e la semplice lettura, quando la prima è richiesta dalla parti».

⁵ PAULESU, *Mutamento del giudice dibattimentale e diritto alla prova testimoniale*, in *Cass. Pen.*, 1999, 2494 e ss., secondo il quale, peraltro, la fattispecie di cui all'art. 511, co. 2, c.p.p. corrisponderebbe ad una situazione «suscetibile di verificarsi in due soli casi: la sopravvenuta impossibilità di ripetere l'esame del testimone, e la scelta della parte interessata di non esercitare il proprio diritto all'ammissione (ed alla conseguente escussione) della prova orale, astenendosi dal formulare la relativa istanza ai sensi degli artt. 190 e 495 c.p.p. Nessun'altra valutazione dovrebbe entrare in gioco al fine di tracciare il *discrimen*, riguardo alla valenza operativa dell'art. 511, co. 2, c.p.p., tra l'area coperta dalla regola e quella relativa all'eccezione. A sostegno di tali affermazioni, peraltro, occorre sottolineare che risulterebbe esegeticamente scorretto isolare l'art. 511, co. 2, c.p.p. dal contesto normativo delle letture dibattimentali in cui s'inscrive. Il regime delle letture, com'è noto, è regolato dal principio di tassatività (art. 514, co. 1, c.p.p.), il quale non persegue solo l'obiettivo d'indicare gli atti suscettibili di lettura, ma altresì quello di predeterminare le condizioni in presenza delle quali la lettura diventa una forma di acquisizione probatoria legittima.»

⁶ Oltreché atti acquisiti per rogatoria internazionale, ma nei soli casi in cui quest'ultima sia stata assunta con modalità rispetto del contraddittorio nella formazione della prova.

⁷ Sull'istituto esiste una copiosa letteratura. V. BARGIS, voce *Incidente probatorio*, in *Dig. Disc. Pen.*, Vol. VI, Torino, 1992, 347 ss.; DI CHIARA, voce *Incidente probatorio*, in *Enc. Dir.*, Agg. VI, Milano, 2002, 546 e ss.; DI GERONIMO, *L'incidente probatorio*, Padova, 2000, *passim*; LA REGINA, *Incidente probatorio*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, Vol. III, a cura di Garuti, Torino, 2009, 557 e ss.; RENON, *L'incidente probatorio nel procedimento penale. Tra riforme ordinarie e riforme costituzionali*, Padova, 2000, *passim*; SAU, *L'incidente probatorio*, Padova, 2001, *passim*.

⁸ Si tratta di Cass., Sez. VI, 26 settembre 2008, Camber ed altri, in *Mass. Uff.*, n. 241623.

razioni precedentemente rese dalla persona esaminata in sede d'incidente probatorio. Con rimarchevole chiarezza, osservava la Corte in quella sede: «E' vero che di norma nell'incidente probatorio il pubblico ministero conosce delle indagini molto più dei difensori, ma la scelta di limitare la *discovery* alle sole dichiarazioni rese in precedenza dal soggetto esaminato appare ragionevolmente connessa alla esigenza di salvaguardare la segretezza delle indagini e sacrifica solo parzialmente e temporaneamente le esigenze difensive, che potranno avere piena tutela in sede dibattimentale. Va considerato infatti che seppure le dichiarazioni assunte in incidente probatorio hanno valore di prova ai fini della decisione di merito, di esse non può essere data lettura se non dopo l'esame dibattimentale della persona che le ha rese (art. 511, co. 2, c.p.p.), in un contesto cioè in cui la piena conoscenza da parte dei difensori degli atti di indagine rende a essi possibile ogni facoltà di contestazione e controdeduzione, venendosi dunque in tal modo a sanare il *deficit* di informazione che poteva caratterizzare il momento in cui l'incidente probatorio ebbe luogo».

La diversa scelta compiuta dal legislatore per i casi in cui l'incidente probatorio sia vocato a raccogliere le dichiarazioni del minore - ovvero l'imposizione di una piena *discovery* degli atti di indagine a termini dall'art. 393, co. 2 *bis* - risulta invece palesemente correlata alla regola eccezionale del pieno valore probatorio della testimonianza resa nell'incidente dal minore infrasedicenne⁸, testimonianza suscettibile di reiterazione in sede dibattimentale solo nei limitati casi di cui all'art. 190 *bis*, co. 1 *bis*, c.p.p.

Questa limpida esegesi appare mortificata da una prassi indulgente, sempre propensa a scorciatoie cognitive, come se la ricerca dell'accaduto storico consentisse sconti; vero è piuttosto che la c.d. lettura dei verbali assunti in incidente probatorio, non include «alcuna reale "parità delle armi", posto che agli orizzonti cognitivi ad ampio spettro del pubblico ministero si contrappone, a vantaggio della difesa, un sottile cono di luce avente ad oggetto le sole dichiarazioni della persona da esaminare, espianate dal contesto delle risultanze delle indagini»⁹.

⁸ Sul punto vi vedano, da ultimo, le limpide considerazioni di CAPONE, *Incidente probatorio e tutela della vittima del reato*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2012, 344 e ss. Nel contesto, merita di essere rammentata la Legge 1 ottobre 2012 n.172 (in *Gazz. Uff.*, 8 ottobre 2012, n. 235), intitolata "Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007, nonché norme di adeguamento dell'ordinamento interno", il cui art. 5, co. 1, lett. g), ha ampliato le ipotesi d'applicazione della peculiare fattispecie d'incidente probatorio di cui all'art. 392, co. 1 *bis*, c.p.p.

⁹ Così DI CHIARA, voce *Incidente probatorio*, cit., 554 e ss. Più di recente, in termini altrettanto netti, v.

4. Contorsioni dialettiche

Paradossalmente la vicenda processuale che si va esaminando costituisce plateale conferma di siffatte osservazioni: le dichiarazioni rese dal collaboratore di giustizia in una fase assolutamente prodromica del procedimento, erano state seguite da un'istruzione copiosamente arricchita di contenuti finanche nel corso del giudizio di rinvio¹⁰; perizie e consulenze tecniche sul materiale balistico reperito avevano fornito dati di tale pregnanza da invocare a gran voce il riascolto della persona tramite un contraddittorio reso finalmente completo dalle nuove cognizioni.

L'affaire è talmente chiaro, che la sentenza è costretta a manovre argomentative funamboliche per aggirarlo, così azzardate, invero, da spingerla con forza sul territorio precluso del giudizio di fatto.

In effetti, lungi dal confutare l'(inconfutabile) assunto dei ricorrenti, secondo cui l'esame del dichiarante doveva essere ripetuto sulla scorta dei *novi*, in sentenza leggiamo, con dovizia di citazioni di pagine della relazione peritale, che le dichiarazioni in atti erano tutt'altro che incompatibili con i *referata* dell'esposto: giudizio di fatto, se mai ve ne fu uno, con il quale la Corte si autodeclassa a terzo e ultimo giudice del merito sulla complessa vicenda: soluzione che - vien da dire - appare tanto sostanzialmente "inesatta", quanto formalmente "iniqua"¹¹.

5. Precisazioni

La Corte, invero, non disdegna simili passaggi nel giudizio di fatto; le appaio-

CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, Milano, 2005, 71.

¹⁰ Sull'estensione del diritto all'ammissione della prova nel giudizio di rinvio, si veda, da ultimo, GAITO, *La prova nel giudizio di rinvio*, in *La prova penale*, a cura di Gaito, Torino, 2008, il quale sottolinea, in perfetta armonia con la questione qui esaminata, che «a seguito di un annullamento che si sostanzia nella decisione di una questione di diritto, il Giudice del rinvio non può ritenersi privo di quei poteri di acquisizione probatoria in funzione rivalutativa riconosciutigli in via generale dall'art. 627, co. 2, c.p.p. Si tratta di un dato legislativo inequivoco laddove sancisce l'eventualità che, ove le parti ne facciano richiesta, il giudice dispone (*id est*: deve disporre) la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale per l'assunzione di prove rilevanti per la decisione».

¹¹ Si vuol qui parafrasare GAITO, *Il procedimento probatorio (tra vischiosità della tradizione e prospettive europee)*, in *La prova penale*, diretto da Gaito, Vol. I, Torino, 2008, 103, laddove osserva: «la perenne conflittualità tra autorità e libertà, e tra i disparati interessi coinvolti, trova adeguata composizione nella connotazione dialettica del procedimento, nel senso che l'osservanza di un ortodosso metodo processuale vale a rendere accettabile il prodotto, costituito da una decisione non solo sostanzialmente "esatta" ma anche formalmente "equa"».

no, anzi, addirittura congeniali laddove essi valgano ad espandere in senso discrezionale i poteri del giudice in materia di prova.

Si osservi la situazione attuale delle invalidità afferenti agli atti probatori: la relativa disciplina codicistica non è certo perfetta, ma di sicuro costituisce il frutto di un'elaborazione dottrinale tanto risalente quanto 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»¹².

Vistoso esempio di siffatto intento, appare essere la creazione dell'inutilizzabilità, che doveva avere il senso di una scelta di tutela forte nelle conseguenze e inequivocabile nelle modalità attuative¹³, 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»¹⁴.

In questa prospettiva, il diniego apposto al fenomeno di trasmissione delle eventuali nullità dell'atto acquisitivo dall'art. 185 c.p.p. e il divieto di utilizzazione della prova, paiono obbedire ad una logica identica, in base alla quale al giudice di merito dev' essere lasciato il compito di assolvere «una funzione d'igiene processuale»¹⁵: rinnovare l'atto nullo o decidere senza di esso, nella prima situazione, escludere *tout court* la prova spuria dalle fondamentali logiche della decisione nella seconda.

Tali essendo le indispensabili premesse normative è evidente che in alcun caso può trarsene il conferimento implicito, al giudice del controllo di legittimità, dell'autorizzazione ad effettuare una verifica identica a quella spettante al giudice del merito, che comporti, cioè, l'esclusione della prova nulla o inutilizzabile dalle premesse storiche di una decisione 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 pone il giudice del merito e quello di Cassazione in ruoli e posture essenzialmente differenti¹⁶: *decidere* senza la prova viziata, nel primo caso, *annulla-*

¹² La contrapposizione e le espressioni sono di SCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, Torino, 2000, 143.

¹³ Cfr. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992, *passim*.

¹⁴ Così CORDERO, *Il procedimento probatorio*, in *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, 74.

¹⁵ Sono parole di SCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit., 197.

¹⁶ Questa linea di pensiero appare ricostruita con particolare efficacia da GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova*, cit., 280 e ss., la quale rileva che «l'impostazione seguita è da collegare alla prospettiva della riconduzione della Cassazione al ruolo di giudice di legittimità». L'idea ricompare, invero, anche tra le

re la decisione fondata sulla medesima, nel secondo.

Anzi: a fronte del rischio di salvare decisioni fondate su prove viziate in misura non sempre agevolmente percettibile dalla motivazione, con grande chiarezza s'è detto che alla Cassazione spetta senz'altro il compito di annullare la sentenza impugnata tutte le volte in cui la reale irrilevanza della prova «non emergesse dagli stessi argomenti spesi» dal giudice a fondare la decisione¹⁷.

Del resto, ciò di cui qui si discute è, nella prospettiva nella Cassazione, un *error in procedendo*, il cui accertamento non postula in alcun modo che sia necessario verificare il suo immutarsi in *error in iudicando*¹⁸: rispetto ad esso la motivazione è solo il piano di conduzione di un *test* finalizzato ad attestare l'entrata della prova del metabolismo decisorio, un uso effettivo, cioè, i cui termini d'influenza risultano *ex post* solo sommariamente controllabili.

A siffatta esegesi – evidentemente provvista di solide fondamenta, nella lettera della legge, nella sistematica del codice, ma persino nella logica e nella storia dottrinale che ha accompagnato la riforma del 1989 - 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 ricorso.

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»¹⁹ 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

pagine di CORDERO, *Procedura penale*, Milano, ed. 2012, 1161, che, a proposito della censura d'inutilizzabilità della prova di cui all'art. 606, lett. c), c.p.p., osserva «alla resa dei conti, questo motivo concerne difetti della motivazione».

¹⁷ Così SCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit., 203.

¹⁸ Tale è la limpida conclusione del ragionamento effettuato sul punto da GALANTINI, *L'inutilizzabilità*, cit., 279.

¹⁹ La frase è di PIERRO, *Una nuova specie d'invalidità: l'inutilizzabilità degli atti processuali penali*, Napoli, 1992, 193 e ss.

ma inesorabili, *al mancato rispetto delle regole del procedere*, concepite come vizi potenzialmente innocui ad onta dell'espressa valorizzazione dei medesimi effettuata dal legislatore.

Ma vi è di più: se è senz'altro vero che i risultati di prova «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»²⁰; ed è altrettanto vero che il singolo giudice potrebbe essere persino inconsapevole dell'influenza effettiva che la data prova ha avuto sulla sua convinzione; mentre, del resto, è pure pensabile che «dietro lo schermo d'una motivazione formalmente ineccepibile, ma insincera, che dissimula le origini intuitive della decisione»²¹ vengano celati i motivi che hanno realmente indotto il giudice a quel certo convincimento; se tutto questo è condivisibile, allora occorre senz'altro concludere che non è mai ricostruibile *ex post*, in termini neppure approssimativi, quale tra i molteplici elementi di una determinata esperienza percettiva l'abbia tracciata in una determinata maniera all'interno della mente che poi la rievoca.

Senza voler tornare all'idea²² - per certi versi indelebile, nel suo vivido atteggiarsi alla realtà delle cose - 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'enumerabile²³, senza dar conto effettivo di quali siano le congetture che hanno indotto ad una certa scelta sul merito della causa²⁴.

²⁰ Così DANIELE, *Successione di norme concernenti l'utilizzabilità delle prove e principio tempus regit actum*, in *Cass. Pen.*, 2000, 712 e ss.

²¹ La frase è di CORDERO, *Scrittura e oralità*, cit., 180. Non dissimile, sul punto, il pensiero di REDENTI, voce *Atti processuali (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, Vol. IV, Milano, 1959, 105 e ss.

²² Sul punto si legga la trattazione di TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1976, 93 e ss.

²³ 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, 175 e ss. Da ultimo sul punto utili puntualizzazioni in APRILE, *La motivazione delle ordinanze cautelari e l'impiego della tecnica informatica del "copia e incolla": usi e abusi della prassi giudiziaria*, in *Proc. Pen. Giust.*, 2012, 105 e ss.

²⁴ 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

Ed eccoci al punto: da siffatte, ineludibili, premesse, si deduce che la Cassazione che effettua la c.d. prova di resistenza, si trova in una postura alquanto anomala 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 il potere che essa si arroga nel contesto in esame è una rinnovata valutazione del materiale probatorio residuo, ma con un *gap* di partenza²⁵: manca alla Corte la «percezione diretta dell'esperimento istruttorio»²⁶ e le manca senz'altro il potere di effettuare quel compito che inesorabilmente andrebbe effettuato, ossia *ricalibrare il convincimento senza il dato probatorio viziato*.

6. Fenomenologia ovvero: descrizione ordinata di un fatto suscettibile di osservazione

Mutatis mutandis il fenomeno in questione è esattamente quello cui si assiste alla lettura della sentenza di cui qui di va discutendo: il contraddittorio realizzato tra le parti mediante l'esame del collaboratore di giustizia in incidente probatorio, era stato un contraddittorio monco, deprivato di elementi conoscitivi indispensabili a rendere effettiva la capacità euristica della *cross examination*; la prova avrebbe dovuto essere rinnovata nel corso del dibattimento, alla luce del più compiuto panorama probatorio di cui l'accusa disponeva rispetto al momento dell'originaria cristallizzazione; di più: la prova avrebbe dovuto essere *comunque* rinnovata nel corso del giudizio di rinvio, in considerazione degli ulteriori elementi conoscitivi raggiunti in quella sede, con cui essa era destinata ad interagire logicamente, come pure in considerazione del fatto che la parola di quel collaboratore era stata l'alfa e l'omega della decisione di condanna.

Apparentemente ignara dei propri limiti, nella sentenza di cui si discute la Corte ha –come sopra si diceva– di fatto, rielaborato il merito della decisione, spiegando come e perché gli imputati erano meritevoli di condanna ad

problemi posti in relazione agli elementi della decisione e costituirebbero solamente dati strumentalizzati dal giudice a fini decisorii»: v. MENNA, *La motivazione del giudizio penale*, Napoli, 2000, 60.

²⁵ 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. Cfr. TAMINETTI, *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, 2991 e ss.

²⁶ Cfr. CAPONE, *Il principio di decisività dei vizi della sentenza*, cit., 1468.

onta della presenza in atti di un dato conoscitivo viziato da una sostanziale mancanza di contraddittorio nella formazione della prova.

Sovviene, qui, la riflessione di chi nota come, in materia di disciplina dell'assunzione della prova, l'attuale approccio giurisprudenziale sia «di diffidenza verso le regole sul *quomodo*, quasi a voler affermare la estraneità della inutilizzabilità alle violazioni di regole formali o di semplici modalità esecutive»²⁷.

Il tema indurrebbe a riflessioni più ampie, ma volendo limitare il fuoco dell'analisi alla peculiare fattispecie delle regole dedicate all'incidente probatorio, converrà quanto prima valutare sino a che punto l'esegesi diffusa – secondo cui la prova cristallizzata ai sensi degli artt. 392 e ss. c.p.p. può tranquillamente rimanere esente dall'acquisizione dibattimentale prevista dall'art. 511, co. 2, c.p.p. – risulti compatibile con la recente direttiva europea sul diritto all'informazione²⁸, cui l'ordinamento giuridico degli Stati membri dovrà adeguarsi entro il 2 giugno 2014.

Nel considerando 32 della citata direttiva, si legge, in effetti, che «l'accesso al materiale probatorio, a favore o contro l'indagato o imputato, detenuto dalle autorità competenti... può essere negato, conformemente al diritto nazionale, qualora tale accesso possa costituire una minaccia grave per la vita o per i diritti fondamentali di un'altra persona o qualora il rifiuto di tale accesso sia strettamente necessario per la salvaguardia di interessi pubblici importanti», tenendo conto altresì della precisazione per cui «queste restrizioni all'accesso dovrebbero essere interpretate rigorosamente e in conformità del principio del diritto ad un processo equo secondo la CEDU, come interpretato dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo».

Non occorrono soverchie riflessioni per notare come l'intensa aspirazione garantistica della direttiva possa essere compatibile con le limitazioni conoscitive, e i conseguenti limiti ad un reale contraddittorio nella formazione della prova, imposti alla difesa in sede di incidente probatorio, solo se e nella misura in cui l'interesse pubblico alla segretezza delle indagini, esistente al momento dell'incidente, sia controbilanciato dalla “nuova” acquisizione della prova nel momento in cui il panorama del materiale acquisito sia reso integro dalle esigenze e dai ritmi propri del dibattimento.

²⁷ Così GALANTINI, *Inutilizzabilità della prova e diritto vivente*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2012, 64 e ss.

²⁸ Si tratta della Direttiva 2012/13/UE del 22 maggio 2012, leggibile in *Dir. Pen. Proc.*, 2013, 15 e ss., con commento di CIAMPI, *Letter of Rights e Full Disclosure nella direttiva europea sul diritto all'informazione*.