

RIVISTA ITALIANA DI DIRITTO E PROCEDURA PENALE

Anno LIV Fasc. 4 - 2011

Oliviero Mazza

**LE INSIDIE AL PRIMATO DELLA PROVA
ORALE RAPPRESENTATIVA.
L'USO DIBATTIMENTALE DI
MATERIALE PROBATORIO
PRECOSTITUITO**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

LE INSIDIE AL PRIMATO DELLA PROVA ORALE RAPPRESENTATIVA. L'USO DIBATTIMENTALE DI MATERIALE PROBATORIO PRECOSTITUITO (*)

SOMMARIO: 1. Scrittura e oralità nell'originario disegno codicistico. — 2. La caduta dell'oralità. — 3. I nuovi scenari del giusto processo: il principio di legalità processuale. — 4. Il documento dichiarativo e il principio del contraddittorio.

1. *Scrittura e oralità nell'originario disegno codicistico.* — Per comprendere appieno lo stato attuale dei rapporti fra prova orale costituenda e prova scritta precostituita, e per tentare di tracciarne le possibili linee di sviluppo future, appare indispensabile un breve *excursus* storico sugli oltre vent'anni di vigenza del codice. La legge delega aveva espresso la netta preferenza in favore dell'oralità intesa chiovendianamente in senso forte (1), nella sua stretta compenetrazione con i principi di immediatezza e concentrazione. Secondo le direttive n. 2 e 66, il processo doveva dunque caratterizzarsi sia per l'« adozione del metodo orale » sia per l'« immediatezza e concentrazione del dibattimento ». A monte, la scelta dell'oralità, come principio ispiratore del procedimento probatorio, era il naturale portato della opzione, espressa sempre dalla legge-delega (art. 2), in favore di un processo che attuasse i caratteri del sistema accusatorio. Alla classica dicotomica tra processo accusatorio e processo inquisitorio è infatti associata la distinzione fra modelli probatori che pongono al centro dell'attività istruttoria la prova orale costituenda e quelli che prediligono la prova scritta precostituita (2).

(*) Testo della relazione svolta al XXIII Convegno annuale dell'Associazione fra gli studiosi del processo penale "Gian Domenico Pisapia", dedicato a Giovanni Tranchina e Vittorio Grevi, "La prova penale nello specchio del diritto vivente", Siracusa, 30 settembre-2 ottobre 2011.

(1) G. CHIOVENDA, *Relazione sul progetto di riforma del procedimento elaborato dalla Commissione per il dopo guerra* (1920), in Id., *Saggi di diritto processuale civile*, II, Milano, 1993, p. 27 ss.

(2) Sui tratti distintivi dei due modelli processuali, v., tra gli altri, E. AMODIO, *Il modello accusatorio statunitense e il nuovo processo penale italiano: miti e realtà della giustizia americana*, in *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, a cura di E. Amodio - M. Cherif Bassiouni, Milano, 1988, p. XXI ss.; G. CONSO, *Accusa e sistema accusatorio*: b) *diritto processuale penale*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 336-337; L. FULCI, *La istruttoria*

Il disegno del legislatore delegante risultava apprezzabile anche per il rigore definitorio. All'oralità, da sempre connotata da una « notevole carica polisemantica » (3), veniva attribuito il significato più ampio e preciso di garanzia del rapporto di immediatezza fra il giudice e la prova, scartando parimenti l'accezione debole, astrattamente riconducibile al principio, di semplice esposizione orale dell'elemento di prova formato *aliunde*, non al cospetto del soggetto chiamato a decidere ovvero come semplice prevalenza della parola quale mezzo d'espressione.

A sua volta, il legislatore delegato ha attuato coerentemente le direttive della delega, privilegiando il metodo orale di formazione della prova, pur senza giungere a bandire in assoluto la prova scritta e ciò tanto nei rapporti interni al processo, rendendo possibile il recupero dibattimentale degli atti scritti della fase preliminare, quanto con riguardo alle prove scritte precostituite formate al di fuori e indipendentemente dal procedimento penale (4). Soprattutto con riferimento al documento extraprocessuale era ben chiara l'impossibilità di rinunciare *tout court* a tale fonte di prova, e ciò non solo perché per sua stessa natura spesso non surrogabile da prove assumibili col metodo orale, ma anche per l'ulteriore caratteristica di strumento di convincimento tradizionalmente ritenuto altamente persuasivo in ragione della formazione coeva al fatto rappresentato e non condizionata dalla pendenza del procedimento penale. In altri termini, il documento formatosi in un contesto precedente e comunque esterno al procedimento viene considerato, a torto o a ragione, soprattutto in ambito giudiziario, una fonte di prova più attendibile rispetto a quella orale (5). Pur senza abbracciare la teoria carneluttiana della contestualità al fatto rappresentato (6), è dato di esperienza comune che la prova documentale sia capace di neutralizzare tanto i tempi della latenza mnestica, dovuti alla

dibattimentale, Milano, 1959, p. 93 ss.; G. ILLUMINATI, *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988, p. 1 ss.; G. D. PISAPIA, *Il segreto istruttorio nel processo penale*, Milano, 1960, p. 49 ss.

(3) S. BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, in *Trattato di Procedura penale*, diretto da G. Ubertis - G. P. Voena, XXXIII.2, Milano, 2000, p. 1.

(4) Secondo la definizione di F. CORDERO, *Scrittura e oralità*, in *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, p. 202, i documenti « sono cose che preesistevano nella realtà extraprocessuale ». Per un'interessante ricostruzione dei diversi significati storicamente attribuiti alla locuzione "prova precostituita", v. R. ORLANDI, *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extra costituite*, Milano, 1992, p. 41-42, nota 73.

(5) Cfr., ad esempio, C. SQUASSONI, sub *art. 254*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, II, Torino, 1990, p. 645, per la quale la prova documentale implica « un elemento di sicurezza che nessun altro mezzo è capace di fornire *a priori* ».

(6) F. CARNELUTTI, *La prova civile* (1947), Milano, 1992, p. 108-109 e 138. In analogo ordine di idee, v. M. BONTEPELLI, *L'accertamento amministrativo nel sistema processuale penale*, Milano, 2009, p. 246-247.

celebrazione necessariamente differita del processo, quanto la mancanza di spontaneità della prova assunta secondo le regole processuali e in vista dell'accertamento penale. Soprattutto la formazione in un contesto indifferente al possibile impiego processuale (eccettuati, ovviamente, i casi contemplati dagli artt. 238 e 238-bis c.p.p.), fa apparire neutra agli occhi del giudice questo tipo di conoscenza, non influenzata né influenzabile dagli interessi contrapposti nella dialettica dibattimentale.

Tenendo conto di tali caratteristiche, probabilmente enfatizzate dalle prassi giudiziarie, appare evidente che la scelta radicale di sacrificare la prova documentale sull'altare dell'oralità avrebbe comportato un prezzo troppo elevato per la stessa funzione cognitiva del processo.

Come tutte le decisioni di compromesso, anche quella di far convivere scrittura e oralità presta il fianco a critiche, ma bisogna convenire che un processo esclusivamente orale sarebbe una mera aspirazione astratta, così come storicamente non si è mai riscontrato un modello accusatorio puro (7). Partendo, dunque, dalla considerazione che non era nemmeno ipotizzabile la completa estromissione dal processo della prova documentale precostituita, ciò che realisticamente ci si poteva attendere dalla disciplina codicistica era il raggiungimento di un punto di equilibrio fra le contrapposte esigenze, quella cognitiva e quella legata all'indubbio valore garantistico dell'oralità intesa in senso forte.

Nell'architettura originaria del codice, tale equilibrio era stato certamente realizzato assicurando, in ossequio alla delega, la massima espansione al principio di oralità, e lasciando alla prova documentale solo un residuale spazio in chiave surrogatoria. Le specifiche scelte in materia si inquadravano nella più ampia cornice di un vero e proprio diritto delle prove fondato su un rinnovato concetto di prova (8). Un solido *corpus* normativo, edificato sul pilastro della legalità, volto a superare i gravi fraintendimenti del passato, dalla verità materiale alla prova libera fino all'uso dilatato e abnorme del libero convincimento del giudice. Le *rules of evidence* italiane erano uno degli aspetti più innovativi e apprezzabili della riforma del 1989.

Lo sforzo legislativo di regolare compiutamente la materia probatoria si apprezza anche con specifico riferimento alla prova documentale che, per la prima volta, è stata oggetto di una disciplina organica, imperniata sulla definizione di documento quale entità materiale intenzionalmente rappresentativa di fatti, persone o cose (9), formata al di fuori del proce-

(7) V., in particolare, G. ILLUMINATI, *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, cit., p. 1.

(8) M. NOBILI, *Il "diritto delle prove" e un rinnovato concetto di prova*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., II, cit., p. 381 ss.

(9) L'intento rappresentativo costituisce il tratto distintivo del documento rispetto al

dimento nel quale si chiede il suo ingresso e quindi nettamente distinta dall'atto processuale.

Si trattava di una costruzione dogmaticamente raffinata, che solo a un sguardo superficiale poteva sembrare incompleta o lacunosa. Il puro e semplice dato testuale, reso esplicito dagli artt. 234 ss. c.p.p., doveva, infatti, essere oggetto di interpretazione sistematica coerente con i principi ispiratori del diritto delle prove, primo fra tutti l'oralità. Pertanto, benché non vi fosse una norma che stabilisse espressamente la priorità delle prove orali su quelle documentali, era il valore precettivo superiore attribuito al principio dell'oralità in senso forte a fondare l'ordine gerarchico tra i mezzi di prova (10). E da tale principio si poteva agevolmente desumere l'eccezionalità della prova documentale e la sua funzione surrogatoria rispetto a quella orale, con la conseguenza di reputare ammesso l'impiego della prova preconstituita solo quando non fosse stata possibile, giuridicamente o di fatto, la formazione di una prova costituenda capace di fornire elementi conoscitivi contenutisticamente o strutturalmente uguali (11).

Il documento manteneva così un'autonoma e limitata funzione probatoria non solo quando era l'unico strumento capace di fornire un determinato contenuto rappresentativo, ma anche quando l'elemento di prova preconstituito aveva struttura diversa rispetto a quella della prova costituenda, ad esempio, rispettivamente, una fotografia e una testimonianza riguardanti il medesimo accadimento.

Secondo l'interpretazione dottrinale più rigorosa, la prova documentale non poteva comunque presentare un contenuto dichiarativo, o meglio, il documento contenente enunciati descrittivi o narrativi poteva essere utilizzato solo per dimostrare l'avvenuta dichiarazione, ma non per provare la veridicità di quanto dichiarato (12): dunque, un uso probatorio limitato alla documentazione del fatto costituito dall'intervenuta dichiarazione stragiudiziale, « in caso contrario, infatti, l'oggetto della prova documentale verterebbe su un'altra prova, la testimonianza, rispetto alla quale il rapporto del giudice non è più 'immediato', ma di secondo grado » (13).

Era ampiamente prevedibile che il tema dei limiti all'ammissibilità dei documenti dichiarativi extraprocessuali avrebbe rappresentato lo *stress test*

segno: v. G. UBERTIS, *Documenti e oralità nel nuovo processo penale*, in *Studi in onore di Giuliano Vassalli*, II, Milano, 1991, p. 301.

(10) Così L. IAFISCO, *La sentenza penale come mezzo di prova*, Torino, 2002, p. 195.

(11) G. UBERTIS, *Documenti e oralità nel nuovo processo penale*, cit., p. 312-313.

(12) V., tra gli altri, C. CESARI, *Atti del procedimento amministrativo e processo penale tra limiti del codice e urgenze della prassi*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 216; P. FERRUA, *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*, Milano, 1981, p. 290-291; A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, Milano, 2004, p. 459 ss.; C. SQUASSONI, sub art. 234, cit., p. 647 ss.

(13) P. FERRUA, *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*, cit., p. 291.

per la tenuta del sistema imperniato sul principio d'oralità. Aprire indiscriminatamente le porte del dibattimento alla "testimonianza scritta" extraprocessuale avrebbe infatti significato mandare in frantumi l'intera costruzione normativa, con intuibili riflessi anche sui limiti all'utilizzabilità degli atti processuali posti a presidio della separazione delle fasi. Del resto, la difesa dell'oralità dinanzi alla prova scritta è un'unica battaglia da condurre tanto sul fronte interno degli atti di indagine quanto su quello esterno dei documenti extraprocessuali.

2. *La caduta dell'oralità.* — Non è un caso, dunque, che proprio nel corso del 1992, l'anno della "controriforma" giurisprudenziale del codice, la Corte costituzionale sia giunta sostanzialmente al medesimo risultato interpretativo di far cadere i limiti alla piena utilizzabilità dibattimentale della testimonianza scritta, tanto con riferimento agli atti processuali predibattimentali quanto con riguardo ai documenti extraprocessuali. La sentenza n. 142 del 1992 può quindi essere considerata una sorta di preludio di quello che sarebbe poi accaduto con la sistematicamente ben più dannosa sentenza n. 255 sempre del 1992. Diverso è certamente l'*iter* argomentativo seguito, più denso e articolato quello sulle contestazioni nell'esame testimoniale, più semplice e apodittico quello sviluppato per il documento dichiarativo, ma la sostanza, ossia la demolizione del principio di oralità, non cambia.

Per la Corte costituzionale il documento si identifica solo con la sua attitudine a rappresentare « e ciò senza discriminare tra i diversi mezzi di rappresentazione e le differenti realtà "rappresentate" e, in particolare, senza operare una distinzione ... tra rappresentazione di fatti e rappresentazione di dichiarazioni » (14). Non esistono limiti sistematici ricavabili dal principio di oralità, non si pone nemmeno il problema della prevalenza della prova orale rispetto a quella precostituita. Non è quindi necessario scomodare il principio di non dispersione per superare limiti all'ammissibilità del documento dichiarativo extraprocessuale che, non essendo espressamente sanciti dal codice, ma solamente, si fa per dire, dettati dal rispetto dell'oralità, per il giudice delle leggi sono inesistenti.

La conclusione suona davvero paradossale se si pensa che il principio di oralità-immediatezza, imposto dalle direttive n. 2 e 66 della legge-delega, avrebbe dovuto fungere da norma interposta nel giudizio di legittimità del codice stesso.

A ben vedere, tuttavia, la sent. cost. n. 142 del 1992, nell'affermare che « in linea di principio, ... può costituire prova documentale e, come tale, può trovare ingresso nel processo penale il verbale di protesto dell'as-

(14) C. cost., sent. 30 marzo 1992 n. 142.

segno bancario, che riproduce, unitamente ad altri dati, la richiesta di pagamento del pubblico ufficiale e la risposta del trattario sulla insussistenza dei fondi necessari a soddisfare tale richiesta » (15), finiva inconsapevolmente per ribadire la funzione surrogatoria del documento. Nel caso specifico, infatti, « il verbale di protesto dell'assegno bancario è un documento redatto, anche se in via mediata, in funzione sostitutiva di un altro documento, e non di una deposizione testimoniale. Il suo contenuto si riferisce ... alla dichiarazione circa l'insussistenza dei fondi necessari per adempiere alla richiesta di pagamento rilasciata dal dipendente della banca trattaria, il quale però, a sua volta, si limita a riportare il contenuto rappresentativo di un altro documento, e precisamente il tenore letterale delle scritture contabili della banca stessa da cui risulta l'insussistenza della provvista. Se si volesse procedere all'audizione come testimone del dipendente della banca, egli sarebbe costretto a riferire circa il materiale contabile esistente presso il suo ufficio, e non quindi, in contrasto con l'art. 194 comma 1 c.p.p., sui fatti indicati dall'art. 187 c.p.p., essendo l'oggetto di prova individuabile nel contenuto della rappresentazione documentale ordinaria » (16).

Questa precisazione, indotta dalle peculiarità del caso di specie, non è tuttavia riuscita a mitigare la perentoria affermazione di principio secondo cui il documento, acquisibile ai sensi dell'art. 234 c.p.p., può anche essere di contenuto dichiarativo e può essere utilizzato processualmente anche per la prova del fatto in esso affermato.

Dopo la presa di posizione della Corte costituzionale, le interpretazioni eversive degli originari assetti si sono moltiplicate in tutte le direzioni: la prova documentale è ben presto divenuta un vaso d'espansione nel quale far rientrare ogni conoscenza utile per l'accertamento penale e non altrimenti acquisibile, senza distinzioni di sorta: dalle sentenze non definitive (17) alle ordinanze cautelari (18), dai verbali di constatazione degli

(15) In senso conforme, Cass., sez. V, 24 giugno 1994, p.m. in proc. Tancredi, CED 199241.

(16) O. MAZZA, *Formazione del fascicolo dibattimentale ed acquisizione di documenti dichiarativi*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 2634.

(17) Non va tuttavia dimenticata la ricostruzione offerta da Cass., sez. un., 12 luglio 2005, Mannino, CED 231677, per cui « le sentenze pronunciate in procedimenti penali diversi e non ancora divenute irrevocabili, legittimamente acquisite al fascicolo del dibattimento nel contraddittorio fra le parti, possono essere utilizzate come prova limitatamente alla esistenza della decisione e alle vicende processuali in esse rappresentate, ma non ai fini della valutazione delle prove e della ricostruzione dei fatti oggetto di accertamento in quei procedimenti ». Al di là di questa netta presa di posizione, gli orientamenti giurisprudenziali non sembrano poi così rigorosi: se, infatti, si ribadisce che le sentenze non definitive possono essere utilizzate come prova dei "fatti documentali" in esse rappresentati (ad, esempio, la stessa pendenza del diverso procedimento: Cass., sez. V, 22 gennaio 2010, D.R. e altri, CED 246550), non si esclude la possibilità per il giudice, « che si avvalga degli elementi di prova

illeciti tributari (19) alle dichiarazioni scritte etero accusatorie (20), dai disegni effettuati da un minorenne nel corso dell'assunzione di sommarie informazioni da parte della polizia giudiziaria (21) ai documenti amministrativi a carattere decisorio-valutativo, dalle relazioni del curatore fallimentare (22) fino alla prova informatica (23).

La casistica è sterminata, ma una volta rotti gli argini rappresentati dal rispetto dell'oralità, il documento extraprocessuale è stato sintomaticamente accostato ad altri concetti eversivi della legalità probatoria: libertà e atipicità della prova (24), libero convincimento del giudice, inteso come possibilità di valutare qualsivoglia elemento conoscitivo a prescindere dal relativo metodo di formazione (25), perseguimento della ricerca della verità, fine superiore che giustifica qualunque mezzo (26).

acquisiti al processo, di riprodurre i percorsi valutativi tracciati in quelle sentenze, fermo restando il dovere di sottoporre gli elementi di prova, di cui legittimamente dispone, ad autonoma valutazione critica, secondo la regola generale di cui all'art. 192 comma 1 c.p.p. » (Cass., sez. VI, 4 maggio 2006, Acampora e altro, CED 234400).

(18) Cass., sez. V, 26 ottobre 2004, P.G. in proc. Tripodi, CED 230457.

(19) Cass., sez. III, 18 novembre 2008, Ceragioli e altri, CED 242523; Cass., sez. III, 18 dicembre 2007, D'Amico, CED 238825.

(20) Cass., sez. V, 26 ottobre 2004, P.G. in proc. Tripodi, CED 230457.

(21) Cass., sez. 3, 15 gennaio 2004, Sevà, CED 227443.

(22) Cfr., fra le altre, Cass., sez. V, 9 giugno 2004, Canavini, CED 229330; Cass., sez. V, 3 febbraio 2004, Tebaldi, CED 228756; Cass., sez. V, 13 aprile 1999, Gianferrari, CED 213607.

(23) Cass., sez. V, 14 ottobre 2009, Virruso e altri, CED 246954.

(24) Cass., sez. I, 20 aprile 2010, D.G. e altro, CED 247065; Cass., sez. V, 14 ottobre 2009, Virruso e altri, CED 246954; Cass., sez. un., 28 marzo 2006, Prisco, CED 234267; Cass., sez. IV, 18 marzo 2004, Galluzzi, CED 229137; Cass., sez. VI, 10 novembre 1997, Greco, CED 210063.

(25) Cass., sez. V, 20 ottobre 2004, Held e altri, CED 230394; Cass., sez. VI, 20 maggio 1998, De Michelis G., CED 211999; Cass., sez. I, 2 maggio 1997, Dragone e altri, CED 208573; Cass., sez. III, 4 dicembre 1996, Eviani e altro, CED 207300; Cass., sez. II, 16 gennaio 1996, Romeo, CED 204767.

(26) V., ad esempio, l'affermazione di Cass., sez. V, 26 ottobre 2004, P.G. in proc. Tripodi, CED 230457, secondo cui « in tema di prova documentale, può essere acquisito *ex art. 234 c.p.p.* anche il verbale di un atto processuale quando questo sia stato formato al di fuori del procedimento nel quale poi si intenda acquisirlo ed afferisca al fatto oggetto di conoscenza giudiziale. Ne consegue che possono ritenersi documenti acquisibili il verbale di una deposizione testimoniale, il processo verbale di constatazione della polizia giudiziaria, la sentenza non irrevocabile, l'ordinanza di custodia cautelare, le ordinanze di convalida dell'arresto o del fermo; pur se con l'avvertenza che da tali atti non può trarsi la prova dei fatti in essi descritti ma possono ricavarci elementi di giudizio — solo relativi ai fatti documentali in essi rappresentati — che il giudice, in base al suo libero convincimento, può utilizzare anche in senso favorevole all'imputato e comunque nell'ottica del perseguimento del fine primario del processo penale e cioè l'accertamento della verità. (Da queste premesse, è stato ritenuto che legittimamente, nell'ambito di un procedimento per diffamazione, il giudice aveva consentita l'acquisizione del verbale delle dichiarazioni rese da un soggetto alla polizia giudiziaria, nell'ambito di diverso procedimento, quale prova del fatto che detto soggetto

Una completa rassegna delle degenerazioni giurisprudenziali sarebbe stucchevole. Il dato rilevante è che negli oltre vent'anni trascorsi dall'entrata in vigore del codice, lo specchio del diritto vivente ci ha restituito un'immagine profondamente modificata dell'edificio normativo, quasi irriconoscibile. Il difetto — e anticipo una delle mie conclusioni, ma credo che analoghe considerazioni verranno fornite dai lavori del Convegno — non va però ricercato tanto nel dettato codicistico, sicuramente perfettibile, bensì, molto più banalmente e proseguendo nella felice metafora che intitola il nostro incontro, nello specchio, la cui superficie risulta anacronisticamente ancora incrostata da stratificazioni culturali refrattarie all'idea di fondo che il conoscere giudiziale sia un'attività rigidamente e giuridicamente regolata. In proposito, torna alla mente il preoccupato avvertimento di chi, in occasione della riforma, preconizzava che « neppure un codice può bastare, di per sé, a realizzare nella prassi una nuova civiltà in simile materia » (27).

Ascrivere le degenerazioni del “diritto vivente” esclusivamente alla atavica mancanza, nel nostro Paese, di una cultura della prova e delle regole processuali in genere, sarebbe però un modo semplicistico per liquidare il problema, senza prima averne indagato ogni aspetto.

Appare invece opportuno mettere in evidenza anche i profili di debolezza dell'impianto normativo che probabilmente avrebbero retto in presenza di un'interpretazione conforme allo spirito della riforma, ma che hanno finito per cedere sotto la spinta di una giurisprudenza pregiudizialmente ostile ad ogni limitazione e regolamentazione in campo probatorio.

Il primo elemento strutturalmente cedevole era rappresentato proprio dal principio di oralità. Fortemente denotativa di un processo spiccatamente accusatorio da celebrarsi nella classica unità di azione, di tempo e di luogo (28), l'oralità non ha però una altrettanto forte carica precettiva (29), difettando di un solido e autonomo riferimento costituzionale. La scelta in favore dell'oralità era dunque un principio ispiratore della riforma, imposto dalla legge delega, anche come norma interposta nello scrutinio di

aveva ricostruito in determinati termini l'accaduto ed a prescindere dall'esito finale del processo nel cui ambito dette dichiarazioni erano state rese) ».

(27) M. NOBILI, *Il diritto delle prove e un rinnovato concetto di prova*, cit., p. 382.

(28) ... che connota la tragedia, secondo l'insegnamento di ARISTOTELE, *Poetica*, trad. it., Milano, 1999, p. 57 ss.

(29) Escludevano, infatti, che dall'ordinamento processuale penale fosse desumibile un principio di prevalenza della prova orale su quella documentale, fra gli altri, I. CALAMANDREI, *La prova documentale*, Padova, 1995, p. 48; L. KALB, *Il documento nel sistema probatorio*, Torino, 2000, p. 103-104; L. MARAFIOTI, *Trasmigrazione di atti, prova per “sentenze” e libero convincimento del giudice*, in AA.VV., *Studi sul processo penale in ricordo di Assunta Mazzarra*, Padova, 1996, p. 261.

legittimità ai sensi dell'art. 76 Cost., ma non in sé un'opzione costituzionalmente necessitata.

L'oralità non va, infatti, confusa con il contraddittorio che da sempre risulta invece imposto dalla Costituzione, dapprima attraverso la previsione dell'art. 24 comma 2 Cost. ed oggi, *expressis verbis*, dall'art. 111 comma 4 Cost. L'oralità « designa il rapporto di immediatezza fra il giudice e la prova (il giudice che la valuta è lo stesso che l'ha assunta) » (30), ma non implica necessariamente il metodo dialettico, l'intervento diretto della parti nella formazione della prova, ben potendo l'organo giudicante provvedere direttamente all'assunzione probatoria. Al tempo stesso, l'oralità potrebbe essere lesa nel rispetto del contraddittorio, si pensi alla prova formata dalle parti nell'incidente probatorio al cospetto di un giudice di regola diverso da quello chiamato a emettere la decisione di merito (31).

È altrettanto vero che oralità e contraddittorio normalmente procedono di pari passo, sono « spesso uniti l'una all'altro, come le due facce di uno stesso foglio » (32), ciò nondimeno rimangono, come detto, concettualmente distinti anche sotto il profilo dei vincoli costituzionali. L'oralità, perciò, finisce per essere ascritta al novero delle astratte modellistiche (33), delle opzioni politico-ideologiche del legislatore ordinario (34) esposte alle intemperie di una giurisprudenza costituzionale dissidente, capace di scardinare le linee guida del processo accusatorio dal suo interno, contrapponendo all'oralità la non dispersione della prova funzionale alla ricerca della verità, principio, quest'ultimo, paradossalmente estratto dalle deroghe codicistiche all'oralità.

E proprio le eccezioni originariamente previste all'oralità, al di là della seriamente contestabile operazione ermeneutica tesa a fondarvi un principio deviante di non dispersione probatoria, hanno rappresentato un secondo profilo di debolezza congenita del disegno riformatore. Come si è detto, una scelta compromissoria era inevitabile, nondimeno le eccezioni presenti fin dall'inizio nel testo del codice erano tali e tante da giustificare seri dubbi sulla reale portata del principio di oralità (35). Limitandosi al

(30) P. FERRUA, *Anamorfofi del processo accusatorio*, in *Id.*, *Studi sul processo penale*, II, *Anamorfofi del processo accusatorio*, Torino, 1992, p. 166.

(31) Cfr. GREVI, *Spunti problematici sul nuovo modello costituzionale di « giusto processo » penale (tra « ragionevole durata », diritti dell'imputato e garanzia del contraddittorio)*, in *Pol. dir.*, 2000, p. 439.

(32) P. FERRUA, *Anamorfofi del processo accusatorio*, cit., p. 166.

(33) A. GIARDA, « *Astratte modellistiche* » e principi costituzionali del processo penale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 900.

(34) G. ILLUMINATI, *I principi generali del sistema processuale penale italiano*, in *Pol. dir.*, 1999, p. 310, il quale, con riferimento all'oralità, parla di « scelta ideologica di fondo ».

(35) Cfr. I. CALAMANDREI, *La prova documentale*, cit., p. 48; L. KALB, *Il documento nel sistema probatorio*, cit., p. 103-104.

tema della prova documentale, si può ricordare, anzitutto, l'art. 238 c.p.p. che, già nella sua versione originaria, consentiva la trasmigrazione di prove formate in altri procedimenti, con evidente sacrificio dell'oralità-immediatezza. Vale forse la pena di precisare che il riferimento alla circolazione probatoria fra procedimenti non è eccentrico rispetto al tema della prova documentale: essendo la definizione di documento di tipo relativistico, anche gli atti compiuti in altri procedimenti finiscono per essere documenti extraprocessuali nel processo *ad quem* in cui vengono successivamente acquisiti (36).

Altre deroghe al principio sono state rinvenute in disposizioni che, sia pure implicitamente, avrebbero legittimato la piena e indiscriminata acquisibilità processuale del documento dichiarativo (37). Al di là del vizio che caratterizza l'interpretazione diretta a estrapolare norme derogatorie implicite da disposizioni ispirate a una ben diversa *ratio*, si è affermato che l'art. 240 c.p.p., vietando l'utilizzo di documenti contenenti dichiarazioni di fonte anonima, indirettamente consentirebbe la generalizzata acquisibilità di detti documenti provenienti da autore individuato. La medesima conclusione è stata tratta dagli artt. 254 e 255 c.p.p. che consentono il sequestro di corrispondenza o di documentazione bancaria, entrambe scritture ritenute di carattere dichiarativo. Allo stesso modo, i divieti posti dall'art. 234 comma 3 c.p.p. sembrerebbero sottendere l'ammissibilità di una testimonianza scritta che, al pari di quella orale, non dovrebbe però vertere sulle voci correnti nel pubblico in ordine ai fatti di causa ovvero sulla moralità dei protagonisti del processo.

In dottrina si è anche posto l'accento sulla mancanza di una espressa regola di esclusione che determinasse l'inutilizzabilità della dichiarazione scritta stragiudiziale, ritenendo insufficiente il solo riferimento al principio generale dell'oralità per fondare un divieto probatorio e la conseguente inutilizzabilità (38). Nell'assenza di tale espressa regola di esclusione altri hanno letto la smentita, da parte del legislatore delegato, dell'asserita prevalenza del metodo orale e la piena legittimazione della prova scritta dichiarativa a fianco della prova costituenda (39).

Discorso analogo è stato fatto per sostenere l'ammissibilità dei documenti contenenti dati e valutazioni, nonostante l'evidente rischio di una loro sovrapposizione con la prova tecnica costituenda. La giurisprudenza ha così avuto buon gioco nell'ammettere l'acquisizione e l'impiego proba-

(36) G. UBERTIS, *Documenti e oralità nel nuovo processo penale*, cit., p. 303.

(37) In proposito, cfr., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, A. CORBO, *I documenti*, in *Trattato di Procedura penale*, diretto da G. Spangher, II, *Prove e misure cautelari*, 1, *Le prove*, a cura di A. Scalfati, Torino, 2009, p. 346.

(38) P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2010, p. 352, nota 194.

(39) I. CALAMANDREI, *La prova documentale*, cit., p. 48 e 55 ss.; L. KALB, *Il documento nel sistema probatorio*, cit., p. 101 ss.

torio della relazione del curatore fallimentare e del verbale di constatazione degli illeciti tributari, comprese, per entrambi i documenti, le parti strettamente valutative; dei referti e dei certificati medici relativi alla persona del futuro indagato, delle risultanze di analisi condotte dall'ASL su scarichi industriali, della consulenza tecnica d'ufficio formata in un processo civile (40).

L'ulteriore deroga all'oralità determinata dall'acquisizione di tali documenti di carattere "tecnico-valutativo" è stata giustificata facendo leva su espresse disposizioni codicistiche, come l'art. 501 comma 2 c.p.p. e l'art. 223 norme att. c.p.p. Il ragionamento è il seguente: se il perito e il consulente tecnico hanno diritto di consultare nel corso dell'esame dibattimentale documenti, note scritte e pubblicazioni che possono essere acquisite d'ufficio dal giudice, è lo stesso codice a riconoscere l'utilizzabilità di documenti a carattere valutativo formati fuori del processo, magari dallo stesso soggetto che viene sottoposto ad esame (41), mentre dalla disciplina delle attività di analisi di campioni si ricava, *a contrario*, che fuori dei casi previsti dall'art. 223 norme att. c.p.p., le attività tecnico-scientifiche possono svolgersi senza il rispetto delle garanzie partecipative per l'interessato e ciò nondimeno rimangono acquisibili al processo quali prove documentali (42).

Un legislatore che avesse voluto rafforzare e proteggere l'opzione della delega in favore del principio dell'oralità avrebbe dovuto avere l'accortezza di dettare una espresa e precisa regola di esclusione di tutti quei materiali extra costituiti privi di funzione surrogatoria rispetto alla prova costituenda, non potendo confidare solo sugli esiti incerti dell'interpretazione sistematica per delineare una precisa gerarchia fra i diversi mezzi di prova. Al tempo stesso, avrebbe dovuto ragionevolmente restringere l'ambito di applicazione e, quindi, la portata delle deroghe al principio.

3. *I nuovi scenari del giusto processo: il principio di legalità processuale.* — La breve ricostruzione storica ha messo in luce l'incapacità del debole principio di oralità a opporsi alla bulimia istruttoria che da sempre vede nel documento una fonte di prova affidabile per definizione e, quindi, irrinunciabile. Tendenza ancor più accentuata con riferimento alle risul-

(40) Per la rassegna giurisprudenziale, v. A. CORBO, *I documenti*, cit., p. 350.

(41) A. CORBO, *I documenti*, cit., p. 351. Secondo Cass., sez. II, 23 aprile 2007, Gallerani e altro, CED 236783, « il consulente tecnico nominato dalla parte civile in occasione del deposito della lista testimoniale, e quindi solo per il dibattimento, può essere esaminato per riferire sugli accertamenti e valutazioni compiuti, e la relazione di consulenza dallo stesso redatta può essere legittimamente acquisita, a nulla rilevando che sia stata formata anni prima della nomina come consulente e che la documentazione presa in considerazione per la consulenza non sia stata inserita negli atti processuali ».

(42) V. ancora A. CORBO, *I documenti*, cit., p. 351.

tanze raccolte in sede amministrativa che il magistrato è portato inevitabilmente a sfruttare nella duplice consapevolezza che si tratta comunque di atti compiuti da organi pubblici e che la loro ripetizione nel processo penale comporterebbe una defatigante attività direttamente proporzionale alla complessità della materia trattata.

Senza trascurare un'altra considerazione di ordine meta-giuridico: i sentimenti di allarme sociale, cresciuti in stagioni di particolare pericolosità e recrudescenza del crimine organizzato, come nei primi anni '90 del secolo scorso, hanno fatto istintivamente ritenere che la miglior risposta statuale fosse il recupero di procedure scritte e segrete, modelli processuali ritenuti più efficaci nell'attività di "contrasto" (43), come dimostra ampiamente la "controriforma" del 1992. Inutile dire che la finalità del processo non dovrebbe mai essere quella di opporsi alla criminalità, avendo come unico obiettivo il raggiungimento del risultato conoscitivo che solo l'epistemologia accusatorio-garantista riesce ad assicurare (44).

L'introduzione nella Costituzione dei principi del giusto processo ha profondamente modificato lo scenario in cui inquadrare anche il tema di nostro specifico interesse. Oggi i delicati equilibri fra prova precostituita e prova costituenda devono essere completamente ripensati alla luce di due principi costituzionali sopravvenuti rispetto all'entrata in vigore del codice: quello di legalità processuale e il contraddittorio nella formazione della prova. Quest'ultimo, pur essendo già desumibile dalla più generale garanzia del diritto di difesa, e quindi non sopravvenuto in senso stretto, ha però ricevuto dai commi 4 e 5 dell'art. 111 Cost. una nuova disciplina che ne ha indubbiamente perfezionato i contorni e rafforzato la portata cogente, facendolo assurgere a sicuro riferimento per qualunque tipo di disciplina probatoria.

Fra i due principi, la legalità processuale è quello potenzialmente più dirompente e capace di incidere più a fondo sulle prassi applicative. Da quando l'art. 111 comma 1 Cost. ha stabilito che « la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge », nel nostro ordinamento costituzionale e processuale vige un principio simmetrico a quello espresso dall'art. 25 comma 2 Cost. in ambito penale sostanziale, da cui consegue la necessità che il processo, e quindi anche ogni esperimento probatorio, sia integralmente regolato da disposizioni di legge e si svolga nel rigoroso

(43) R. ORLANDI, *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extra costituite*, cit., p. 4.

(44) Cfr., volendo, O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, in *Trattato di Procedura penale*, diretto da G. Ubertis - G. P. Voena, VII.1, Milano, 2004, p. 19-21.

rispetto delle prescrizioni normative (45). Trattandosi di un principio di garanzia per l'accusato, ne discende anche che la disciplina codicistica, al pari delle fattispecie incriminatrici, non è suscettibile di interpretazioni analogiche *in malam partem*, ossia tese a limitare i diritti processuali riconosciuti all'imputato. Non va nemmeno dimenticato che la riserva di legge processuale non è solo stabilita dall'art. 111 comma 1 Cost, ma assume un preciso rilievo anche in seno alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Secondo l'interpretazione fornita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, infatti, il principio di legalità del diritto processuale penale e della procedura penale è un principio generale del diritto. Rappresenta il *pendant* della legalità del diritto penale ed è consacrato dall'adagio *nullum iudicium sine lege*. La Corte europea ricorda, inoltre, che la regolamentazione della procedura penale ha come scopo la protezione della persona inquisita contro i rischi degli abusi del potere ed è dunque la difesa maggiormente esposta a subire un pregiudizio dalle lacune e dalle imprecisioni di tale regolamentazione (46).

Occorre ammettere che sul tema della legalità processuale si registra un notevole ritardo delle elaborazioni tanto dottrinali — e ciò è francamente incomprensibile, ponendo mente alla rilevanza sistematica del principio — quanto giurisprudenziali — e ciò, invece, è più agevolmente spiegabile con l'innata ritrosia della magistratura al rispetto delle regole processuali —. La mancanza di adeguati approfondimenti non è tuttavia d'ostacolo alla piena operatività del principio. Se nel disegno riformatore del 1989 la legalità era solo un tratto saliente della disciplina codicistica e, in particolare, del diritto delle prove, oggi il principio investe la materia probatoria con ben altra forza vincolante, imponendosi come criterio inderogabile per il legislatore, chiamato a dettare una disciplina processuale compiutamente garantista (il giusto processo), per i giudici, anche costituzionali (47), e per gli interpreti in generale.

Portando il discorso alle estreme conseguenze, le prassi devianti che conducono a una limitazione delle prerogative della difesa non dovrebbero più trovare diritto di cittadinanza nel nostro ordinamento processuale complessivamente inteso. La stessa procedura penale di matrice giurispru-

(45) G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, Torino, 2007, p. 37. V. anche P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, Bologna, 2007, p. 40 ss.

(46) Cfr. Corte eur., 22 giugno 2000, Coëme e altri c. Belgio, § 102, secondo cui « le principe de la légalité du droit de la procédure pénale est un principe général de droit. Il fait pendant à la légalité du droit pénal et est consacré par l'adage *nullum iudicium sine lege* ... [La Cour] rappelle aussi que la réglementation de la procédure vise, d'abord, à protéger la personne poursuivie contre des risques d'abus de pouvoir et que c'est donc la défense qui est la plus susceptible de pâtir des lacunes et imprécisions de pareille réglementation ».

(47) P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 43-45.

denziale (48) dovrebbe rientrare nell'alveo delle ordinarie regole dell'ermeneutica, abbandonando la sempre più invalsa propensione a sostituire la disciplina codicistica con una diversa ricostruzione che si presenta, al tempo stesso, eversiva della *littera legis* e capace di snaturare principi e istituti implicati.

Tornando alla questione di più diretta rilevanza, la cura del principio di legalità sulla prova documentale conduce a risultati consistenti. Il documento extraprocessuale non può più essere utilizzato come grimaldello per scardinare e aggirare le regole probatorie processuali. Non può esistere uno spazio esterno al processo in cui formare liberamente la prova, senza vincoli legali, per poi importarla nel recinto processuale a fini decisori sotto le mentite spoglie del documento pre o extra costituito.

Il principio di legalità impone, anzitutto, una piena valorizzazione del criterio teleologico nella stessa definizione di documento. Occorre perciò precisare l'essenza della prova preconstituita che deve essere venuta in essere non solo in una sede diversa da quella del procedimento in cui si intende introdurre, ma anche senza l'intenzione di formare una prova irrituale successivamente spendibile nel processo (49). Il rischio che si corre altrimenti è quello di dare spazio a una sorta di preistruttoria extraprocessuale non regolamentata e capace di eludere la legalità probatoria processuale (50).

Il solo criterio teleologico potrebbe però rivelarsi in concreto un riferimento malfermo, opinabile, foriero di controversie spesso irresolubili. Andando più a fondo nella valorizzazione del principio di legalità processuale, si può allora ritenere che quando la conoscenza extraprocessuale non sia in senso stretto innominata, ma assuma i tratti di un succedaneo deformalizzato della prova legalmente disciplinata dalle regole processuali, siffatto documento non risulti importabile e spendibile nel processo, anche a prescindere dal movente, spesso incerto, del suo autore. Il ragionamento è molto stringente: se il legislatore impone determinate forme e garanzie alla prova processuale, questa disciplina legale non può essere facilmente aggirata semplicemente cambiando il contesto in cui si compie l'esperimento probatorio. Se il veicolo di una determinata conoscenza è stato regolamentato dal legi-

(48) Già efficacemente descritta da E. AMODIO, *Il processo penale tra disgregazione e recupero del sistema*, in *Ind. pen.*, 2003, p. 8.

(49) È ormai principio giurisprudenziale consolidato che « le norme sui documenti, contenute in detto codice [di procedura penale], si riferiscono esclusivamente ai documenti formati fuori (anche se non necessariamente prima) e comunque non in vista né tantomeno in funzione del procedimento nel quale si chiede o si dispone che facciano ingresso » (C. cost., sent. 4 dicembre 2009 n. 320, richiamando espressamente Cass., sez. un., 28 marzo 2006, Prisco, CED 234267).

(50) R. ORLANDI, *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extra costituite*, cit., p. 38-41.

slatore nella sede processuale, il rispetto di quelle regole di garanzia deve essere la preconditione per l'acquisizione processuale del documento. Il principio di legalità opera, pertanto, da criterio selettivo delle informazioni che possono legittimamente avere accesso nel contesto processuale.

Per essere ancora più chiari, non è consentito invocare la presunta atipicità della prova documentale se l'esperimento conoscitivo corrisponde a un mezzo di prova tipicamente disciplinato dal codice, pena la vanificazione e l'elusione del diritto delle prove. La prova extraprocessuale non è ovviamente regolata dal codice nel modo di formazione, con la conseguenza che « l'atipicità è un attributo di tutte le prove precostituite e, in specie, dei documenti » (51). Ciò nondimeno, spostando il punto di vista sulle condizioni di acquisibilità processuale, il carattere atipico della prova documentale corrispondente a un mezzo di prova tipico si trasforma in irrivalenza (52), da cui consegue l'impossibilità della sua acquisizione e, se comunque acquisita, l'inutilizzabilità.

La regola generale appena enunciata, ispirata al rigoroso rispetto del principio di legalità, può essere superata solo da un'espressa previsione derogatoria. Per alcuni tipi di documenti il legislatore stabilisce, infatti, la loro acquisibilità indipendentemente dal modo di formazione ed essenzialmente in ragione della loro peculiarità (i documenti corpo del reato) ovvero della loro provenienza (i documenti concernenti il giudizio sulla personalità provenienti dagli uffici dei servizi sociali e dal casellario giudiziale, i documenti provenienti dall'imputato, i verbali di prove e le sentenze irrevocabili provenienti da altri procedimenti).

Non deroga, invece, al principio di legalità probatoria la mera previsione della prova documentale quale fonte di prova acquisibile nel processo. L'art. 234 c.p.p. nulla dice sulle condizioni di acquisibilità, che, non a caso, sono specificate solo con riferimento ad alcuni tipi di documenti (articoli da 235 a 238-bis c.p.p.) ed escluse in radice per altri (art. 240 c.p.p.). Mancando, dunque, una disciplina generale sui criteri di ammissibilità della prova documentale, questi ultimi si ricavano dall'interpretazione sistematica ispirata al principio di legalità che postula la verifica del rispetto delle garanzie tipiche poste per la prova processuale (53).

(51) R. ORLANDI, *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extra costituite*, cit., p. 25, il quale opportunamente distingue, con specifico riferimento ai documenti, le prove atipiche, non regolate nel procedimento di formazione, da quelle innominate, ossia non previste né disciplinate dal legislatore in quanto imprevedibili, argomentando dall'art. 189 c.p.p. (*ibidem*, p. 24 ss.).

(52) È infatti necessario circoscrivere la portata dell'art. 189 c.p.p. « alle ipotesi nelle quali l'esperienza conoscitiva che si vuole porre in essere non trovi disciplina nel codice » (M. NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Bologna, 1989, p. 119).

(53) La giurisprudenza, al contrario, non si pone il problema del rispetto della legalità processuale quale canone di ammissibilità della prova documentale, affermando che « ai fini

Si tratta di una conclusione dettata dall'esigenza di garantire l'effettività del principio di legalità che risulterebbe altrimenti esposto a troppo facili elusioni qualora si consentisse l'indiscriminata acquisizione nel processo di prove spurie, pre-formate in spregio alle fondamentali garanzie del diritto probatorio processuale.

Questa impostazione ha trovato significativo riscontro in una delle più importanti prese di posizione delle sezioni unite della Cassazione in materia di prova documentale. La registrazione fonografica realizzata occultamente da appartenenti alla polizia giudiziaria durante colloqui intrattenuti con indagati, confidenti o persone informate sui fatti, è stata ritenuta non acquisibile al processo come prova documentale né, ove acquisita, utilizzabile, trattandosi di dichiarazioni indizianti raccolte senza le garanzie indicate all'art. 63 c.p.p.; di informazioni confidenziali inutilizzabili per il disposto dell'art. 203 c.p.p.; di dichiarazioni sulle quali è preclusa la testimonianza in applicazione degli artt. 62 e 195 comma 4 c.p.p. Il supremo Collegio ha quindi argomentato « che la registrazione di una comunicazione da parte di soggetto che ne sia stato partecipe, per quanto astrattamente suscettibile di produzione come documento, non può sostituirsi, in violazione dell'art. 191 c.p.p., a fonti di prova delle quali la legge vieta l'acquisizione » (54). È pur vero che la Cassazione non invoca espressamente il principio di cui all'art. 111 comma 1 Cost. e circoscrive volutamente il rispetto della legalità processuale ai casi limite in cui la prova extra costituita rappresenti un aggiramento di specifici divieti probatori espressi. Tale limitazione della portata del ragionamento, tuttavia, è più apparente che reale, se solo si pone mente al fatto che, disciplinando le modalità tipiche di acquisizione della prova processuale, il legislatore pone implicitamente il divieto di procedere in modi diversi. Si tratta dei cosiddetti divieti espressi in forma indiretta (55), per la dottrina desumibili quantomeno dalle previsioni che, dettando un certo *modus procedendi*, intendono tutelare valori costituzionalmente rilevanti (56), primo fra tutti il diritto di difesa dell'imputato.

dell'ammissione delle prove documentali sono necessarie due condizioni: *a*) che il documento risulti materialmente formato fuori, ma non necessariamente prima, del procedimento; *b*) che lo stesso oggetto della documentazione extra-processuale appartenga al fatto oggetto di conoscenza giudiziale e non al contesto del procedimento » (Cass., sez. V, 13 aprile 1999, Gianferrari, CED 213607).

(54) Cass., sez. un., 28 maggio 2003, Torcasio e altro, CED 225467.

(55) Al riguardo, cfr. M. NOBILI, sub *art. 191*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, II, Torino, 1990, p. 411; ID., *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, cit., p. 150; nonché N. GALANTINI, *Inutilizzabilità (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, I, Milano, 1997, p. 694; ID., *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992, p. 136.

(56) N. GALANTINI, *Inutilizzabilità (diritto processuale penale)*, cit., p. 694-695; ID., *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., p. 139 ss.

L'inosservanza della legalità processuale si salda così con il tema della prova incostituzionale e con l'affermazione, in più occasioni ribadita dal giudice delle leggi, che « non possono validamente ammettersi in giudizio mezzi di prova che siano stati acquisiti attraverso attività compiute in violazione delle garanzie costituzionali poste a tutela dei fondamentali diritti dell'uomo o del cittadino » (57). Oggi, tuttavia, tra i valori costituzionali da rispettare, vi è anche la garanzia della legalità del giusto procedimento probatorio, in sé considerata, senza necessità di fare riferimento agli ulteriori diritti fondamentali alla cui tutela è strumentale lo stesso principio di legalità. Interesse primario è quindi quello di evitare che venga attribuito « rilievo processuale — anche decisivo — ... ad atti [processuali] compiuti eludendo obblighi di legge », come recentemente affermato dalla Corte costituzionale nel ritenere « irragionevole e, nel contempo, indirettamente lesivo del diritto di difesa e dei principi del giusto processo ... che la testimonianza *de relato* possa essere utilizzata qualora si riferisca a dichiarazioni rese con modalità non rispettose delle disposizioni degli artt. 351 e 357, comma 2, lettere *a*) e *b*) », cod. proc. pen., pur sussistendo le condizioni per la loro applicazione, mentre non lo sia qualora la dichiarazione sia stata ritualmente assunta e verbalizzata » (58).

Il canone di ammissibilità della prova documentale rappresentato dal rispetto del principio di legalità probatoria permettere di risolvere agevolmente i casi più dibattuti in sede applicativa. Se risultasse che l'agente ha volutamente formato la prova in vista di un suo utilizzo processuale, senza rispettare le regole dell'omologo atto tipico, sarebbe agevole negarne la natura di documento acquisibile al processo.

La valutazione teleologica spesso si basa comodamente sul dato obiettivo della qualifica di soggetto del procedimento penale presente in capo a chi forma la prova documentale, come accade, ad esempio, quando l'attività venga compiuta dalla polizia giudiziaria. Ma anche qualora non vi fosse tale certezza sul "movente" o sulla qualità dell'agente, la fonte di prova documentale potrebbe avere accesso alla sede processuale solo a condizione che oggettivamente non rappresenti un surrogato della prova tipica e non comporti una violazione delle regole di garanzia imposte dal codice per l'omologo esperimento conoscitivo formalizzato.

Volendo esemplificare, la documentazione delle risposte fornite dal futuro imputato alle domande poste dall'autorità procedente, da intendersi estensivamente come qualsiasi soggetto che conduca in sede amministrativa, *rectius* extrapenale, un atto di assunzione di informazioni (59), magari

(57) C. cost., sent. 11 marzo 1993 n. 81. V. già C. cost., sent. 4 aprile 1973 n. 34.

(58) C. cost., sent. 30 luglio 2008 n. 305.

(59) Tale ampia nozione non trova accoglimento in giurisprudenza: v., ad esempio, Cass., sez. V, 18 aprile 2008, Mangano e altri, CED 242020, secondo cui « le dichiarazioni

accompagnato dall'obbligo di "collaborare", non sarebbe acquisibile in ragione dell'aggiramento della garanzia del *nemo tenetur se detegere*, in cui va ricompreso anche il profilo preliminare rappresentato dalla facoltà di astenersi dal rendere informazioni che possano aprire la strada alla (auto)incriminazione, e ciò ovviamente ancor prima che emergano indizi di reato (60). La casistica dei rapporti preprocessuali fra autorità (in senso lato) e individuo è amplissima, dall'esame condotto dal curatore fallimentare ai sensi dell'art. 49 r.d. 16 marzo 1942 n. 267 (61) alle dichiarazioni raccolte dalla polizia tributaria nel verbale di constatazione (62).

Al contrario, la confessione spontanea stragiudiziale, resa in forma documentale, ad esempio contenuta in una lettera o comunque consacrata in un documento, potrebbe avere accesso nel processo, risultando la stessa conforme alle regole che espressamente disciplinano le dichiarazioni spontanee dell'imputato. La medesima considerazione non varrebbe, invece, se lo scritto proveniente dall'imputato presentasse valenza etero-accusatoria, essendo in tal caso necessario garantire il diritto dell'accusato al confronto con l'accusatore (63).

Dubbio è il caso in cui il privato persona offesa dal reato registri "spontaneamente" il colloquio intercorso con l'interessato. Dal punto di vista oggettivo, non pare esservi elusione del modello legale di un corrispondente atto processuale, dato che le garanzie previste dal codice per gli atti di investigazione preventiva sembrano applicabili solo alle ipotesi in cui

rese dal fallito al curatore non sono soggette alla disciplina di cui all'art. 63 comma 2 c.p.p. che prevede l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese all'autorità giudiziaria o alla polizia giudiziaria da chi, sin dall'inizio, avrebbe dovuto essere sentito in qualità d'imputato, in quanto il curatore non rientra in queste categorie e la sua attività non può farsi rientrare nella previsione di cui all'art. 220 norme di coordinamento c.p.p., che concerne le attività ispettive e di vigilanza ».

(60) Per una più approfondita illustrazione del tema, si rinvia a O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., p. 382 ss.

(61) In proposito, cfr. però C. cost., sent. 27 aprile 1995 n. 136. Anche la giurisprudenza di legittimità si mostra poco sensibile alla tutela del *nemo tenetur se detegere*, affermando che « è utilizzabile, quale prova a carico dell'imputato, la testimonianza indiretta del curatore fallimentare sulle dichiarazioni accusatorie a lui rese da un coimputato non comparso al dibattimento, e trasfuse dallo stesso curatore nella relazione redatta ai sensi dell'art. 33 della legge fallimentare » (Cass., sez. V, 18 gennaio 2011, Consoloni, CED 249959).

(62) Sul punto, v. le considerazioni già svolte in O. MAZZA, *L'utilizzabilità processuale del verbale di constatazione redatto dalla Guardia di Finanza*, in *Corr. trib.*, 2000, p. 1280 ss.

(63) In termini analoghi, Cass., sez. VI, 24 aprile 2009, p.m. in proc. Leo, CED 244179, secondo cui « in tema di procedimento di riesame, le dichiarazioni accusatorie rese da un coindagato, contenute in un "block notes", possono essere acquisite ex artt. 234 e 237 c.p.p., ma non posseggono, quanto al contenuto, la valenza probatoria delle dichiarazioni "contra alios" disciplinate dall'ordinamento, se non accompagnate da alcuna illustrazione da parte del loro autore in sede di interrogatorio ».

proceda il difensore, unico soggetto legittimato allo svolgimento delle indagini parallele e preventive. D'altro canto, applicando il criterio teleologico, risulterebbe indubitabile l'intento della vittima di precostituire una prova che, in sede processuale, potrebbe non formarsi per effetto del legittimo esercizio della facoltà di non rispondere riconosciuta all'imputato.

Sicuramente inammissibile, invece, sarebbe la prova documentale quando all'atto atipico di investigazione preventiva avesse fattivamente collaborato la polizia giudiziaria, come nel caso di scuola in cui avesse fornito gli strumenti tecnici per la registrazione occulta del colloquio (64) o avesse proceduto direttamente alla formazione del documento fonico o all'ascolto a distanza (65). L'intervento diretto o indiretto della polizia giudiziaria testimonia inequivocabilmente il surrettizio aggiramento delle regole sulle intercettazioni, con la conseguenza che le registrazioni debbono considerarsi comunque inutilizzabili (66).

Diversamente, la registrazione, operata dalla persona offesa, di una dichiarazione integrante una fattispecie di reato, ad esempio una telefonata minatoria, molesta o ingiuriosa, potrebbe sempre avere legittimamente accesso al processo, rientrando nella specifica eccezione legislativa volta a garantire l'acquisizione dei documenti corpo del reato (67).

Il principio di legalità processuale non limita i suoi effetti alla definizione dei criteri di ammissibilità della prova documentale, ma si proietta su tutte le fasi del procedimento probatorio.

Spesso il documento viene materialmente scoperto e acquisito facendo ricorso a perquisizioni e sequestri. Il mezzo di ricerca della prova impiegato, di per sé un atto irripetibile, non permette, però, di destinare *de plano* al fascicolo per il dibattimento anche la fonte di prova documentale

(64) In questa direzione appare orientata anche la giurisprudenza più recente: « non sono utilizzabili, in assenza di un provvedimento motivato di autorizzazione del giudice o del p.m., le registrazioni fonografiche di conversazioni occultamente effettuate da uno degli interlocutori d'intesa con la polizia giudiziaria e attraverso strumenti di captazione dalla stessa forniti » (Cass., sez. VI, 7 aprile 2010, Angelini, CED 247384).

(65) Sul punto, v. Cass., sez. un., 28 maggio 2003, Torcasio e altro, CED 225467.

(66) Cass., sez. VI, 6 novembre 2008, Napolitano e altri, CED 241610.

(67) Sull'acquisibilità al fascicolo dibattimentale del documento-verbale corpo del reato, v. Cass., sez. VI, 29 ottobre 1996, Bontempo, CED 206509, laddove si afferma che « nel procedimento volto ad accertare il reato di favoreggiamento commesso mediante dichiarazioni fuorvianti rese alla polizia giudiziaria, il verbale in cui queste sono state raccolte ai sensi degli artt. 351 e 357 c.p.p. assume rilievo non già quale atto processuale, bensì quale documento che costituisce corpo di reato; esso invero è atto rappresentativo delle dichiarazioni per mezzo delle quali il reato è stato commesso, e poiché è stato formato nell'ambito di attività investigativa di altro procedimento, deve essere acquisito al fascicolo del dibattimento ai sensi del combinato disposto degli artt. 235 e 431, lett. f), c.p.p. ». Negli stessi termini, Cass., sez. I, 7 luglio 2004, Boccuni e altro, CED 229790; Cass., sez. VI, 6 giugno 1996, Di Mauro S., CED 206136.

assicurata al processo. L'acquisizione del documento dovrà sempre passare attraverso un ulteriore vaglio di ammissibilità improntato ai criteri appena descritti e, nel caso di documenti dichiarativi, come si dirà meglio tra poco, alla legittima possibilità di derogare alla regola d'esclusione imposta dal principio del contraddittorio nella formazione della prova.

L'ammissione della prova documentale nel dibattimento è regolata espressamente dagli artt. 493 e 495 c.p.p. La sequenza codicistica si ispira al principio del contraddittorio argomentativo e al ripudio delle prove introdotte a sorpresa nel corso del giudizio. Il *fair play* processuale impone di scoprire *in limine* tutte le carte. Superata la fase delle richieste e dell'ammissione delle prove, l'acquisizione di documenti dovrebbe necessariamente passare attraverso la sollecitazione dei poteri d'ufficio del giudice che sarà chiamato a valutare l'assoluta necessità della suggerita integrazione probatoria. Sono perciò da respingere le interpretazioni giurisprudenziali volte a consentire una acquisizione dibattimentale dei documenti temporalmente indiscriminata (68). È pur vero, come afferma la Cassazione, che al mancato rispetto del termine previsto dall'art. 493 c.p.p. non è associata un'espressa preclusione, ma è altrettanto vero che l'inammissibilità della tardiva produzione documentale potrebbe fondarsi sull'interpretazione del sistema dibattimentale improntato, come detto, al ripudio delle prove a sorpresa e al criterio dell'assoluta necessità di una tardiva integrazione probatoria.

4. *Il documento dichiarativo e il principio del contraddittorio.* — Le maggiori insidie al primato della prova orale rappresentativa sono portate dai documenti aventi contenuto dichiarativo. Per questa particolare cate-

(68) Secondo Cass., sez. II, 22 novembre 1994, Seminara e altri, CED 200987, « deve escludersi che l'art. 493 c.p.p., il quale disciplina l'esposizione introduttiva e le richieste di prova avanzate dalle parti, preveda una preclusione alla esibizione di documenti, ed all'ammissione di essi da parte del giudice, in un momento successivo a quello fissato dalla norma suddetta, essendo tale preclusione esplicitamente limitata alle prove che devono essere indicate nelle liste di cui all'art. 468 c.p.p.; in caso di esibizione di documenti successiva all'esposizione introduttiva, tuttavia, deve essere garantito alle altre parti il diritto di esaminarli, secondo quanto prescrive l'art. 495 comma 3 c.p.p. ». In termini analoghi, più di recente, Cass., sez. II, 18 novembre 2009, Della Cella e altri, CED 246472.

Per la giurisprudenza non valgono limiti preclusivi nemmeno nel corso del giudizio d'appello, di regola impermeabile a nuovi apporti probatori: v. Cass., sez. un., 12 luglio 2005, Mannino, CED 231676, che ha affermato il principio secondo cui « nel giudizio di appello l'acquisizione di documenti, pur non subordinata alla necessità di una ordinanza che disponga la rinnovazione parziale del dibattimento, dev'essere operata dopo che al riguardo sia stato assicurato il contraddittorio fra le parti, con la sanzione, in caso contrario, della inutilizzabilità dell'atto ai fini della deliberazione, ai sensi dell'art. 526 comma 1 c.p.p. ». Sulle modalità di acquisizione del documento in appello, in senso parzialmente difforme, Cass., sez. II, 17 maggio 2007, Manganaro e altro, CED 237316.

goria di documenti, il principio di legalità processuale si combina con l'imprescindibile esigenza di garantire il rispetto del contraddittorio nella formazione della prova. La disciplina costituzionale del giusto processo ha infatti elevato il metodo dialettico al rango di « statuto epistemologico » (69) della giurisdizionale penale (70), mettendolo così al riparo dalla ricorrente tentazione di forzare le regole di esclusione in nome della ricerca della verità e del servente principio di non dispersione della prova. Nella Costituzione è ora sancito « che solo il rispetto del metodo del contraddittorio nella formazione della prova è capace di garantire il raggiungimento del risultato rappresentato dalla ricostruzione dei fatti e delle eventuali responsabilità, così come ipotizzati dall'accusa. Senza contraddittorio non esiste una decisione valida che trovi nel rispetto della Carta fondamentale la legittimazione per essere comunemente accettata come giusta » (71). Sarebbe, dunque, anacronistico continuare a porsi il quesito se l'innegabile funzione cognitiva del processo possa tollerare una scrupolosa selezione dei materiali probatori che porti a estromettere dall'area del libero convincimento elementi spuri formati unilateralmente dalle parti, compresi i documenti dichiarativi che, sotto questo profilo, sono assimilabili alle dichiarazioni verbalizzate nel corso delle indagini.

Lo sbarramento un tempo rappresentato dalla scelta del legislatore ordinario in favore dell'oralità è oggi notevolmente rafforzato dalla virtuosa interazione dei principi costituzionali di legalità processuale e del contraddittorio poetico che dovrebbero rappresentare un argine sufficientemente robusto per contenere la deriva giurisprudenziale del diritto delle prove (72).

La premessa del ragionamento è che il documento dichiarativo non fornisce un elemento di prova per sua natura refrattario all'assunzione in forma dialettica, rispetto al quale l'unica tipologia di contraddittorio praticabile sarebbe quella debole, argomentativa, insufficiente però a integrare la fattispecie dell'art. 111 comma 4 Cost. Occorre infatti tener presente che tale particolare documento non è altro che la trasposizione scritta di una prova orale. Come è già stato ben evidenziato accostando la prova documentale dichiarativa alla testimonianza indiretta (73), l'elemento precosti-

(69) G. GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del): II diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, VIII, Roma, 2001, p. 6.

(70) Secondo Corte cost., sent. 26 febbraio 2002 n. 32, attraverso l'art. 111 comma 4 Cost. « il legislatore ha dato formale riconoscimento al contraddittorio come metodo di conoscenza dei fatti oggetto del giudizio ». Ancor prima, C. cost., sent. 25 ottobre 2000 n. 440, ha definito il contraddittorio « quale metodo di accertamento giudiziale dei fatti ».

(71) O. MAZZA, *Il garantismo al tempo del giusto processo*, Milano, 2011, p. 4.

(72) Parafrasando M. R. DAMASKA, *Il diritto delle prove alla deriva* (1997), trad. it., Bologna, 2003.

(73) F. PERONI, *Sul valore probatorio dei documenti a contenuto dichiarativo*, in *Ind. pen.*, 1992, p. 433.

tuito è indubbiamente una fonte di prova a sé ma, al tempo stesso, rappresenta il veicolo di elementi conoscitivi provenienti da una fonte di prova personale che potrebbe essere escussa con le forme del contraddittorio.

La conclusione è duplice: quando l'autore della dichiarazione consacrata nel documento può essere sottoposto a esame, le parti hanno diritto sia alla formazione dialettica della prova orale sia all'esclusione della prova precostituita dall'orizzonte conoscitivo del giudice (74). Il principio del contraddittorio forte per l'elemento di prova mantiene intatta la sua spiccata valenza epistemica solo se si garantisce al tempo stesso la regola di esclusione di ogni elemento conoscitivo non acquisito dialetticamente (75). Questo secondo aspetto è stato più volte ribadito dalla Corte costituzionale, sottolineando come « l'art. 111 Cost. abbia espressamente attribuito risalto costituzionale al principio del contraddittorio, anche nella prospettiva della impermeabilità del processo, quanto alla formazione della prova, rispetto al materiale raccolto in assenza della dialettica tra le parti » (76). La regola d'esclusione implicata dal contraddittorio forte per l'elemento di prova ha, dunque, come conseguenza, quella di togliere diritto di cittadinanza ad altre forme di contraddittorio debole o differito sull'elemento di prova, finendo anche per smentire teorie a quest'ultimo assimilabili, come

(74) In tal senso, Cass., sez. II, 4 ottobre 2007, Lattanzio, CED 238220, secondo cui « il documento rappresentativo di un atto descrittivo o narrativo può fungere da prova soltanto qualora la dichiarazione documentata rilevi di per sé come fatto storico, e non esclusivamente come rappresentazione di un fatto, poiché in tale ultima ipotesi, essa va acquisita e documentata nelle forme del processo, risultando altrimenti violato il principio del contraddittorio ». Non sembra invece cogliere la necessità della regola d'esclusione Cass., sez. IV, 9 marzo 2001, Barese, CED 219805, affermando che « in tema di prova documentale, la circostanza che un atto sia formato con il concorso di persone che, successivamente, sia[no] chiamat[e] a rendere dichiarazioni nel processo (come imputati, testimoni o in altra veste) non esclude la natura di documento dell'atto medesimo e non produce effetti sulla sua utilizzabilità in giudizio, salvo l'obbligo per il giudice di verificarne l'attendibilità con particolare rigore, qualora i contenuti del documento possono essere stati falsati in vista delle possibili conseguenze. (In applicazione di tale principio, la Corte ha disatteso l'eccezione di inutilizzabilità di annotazioni, contenute nella cartella clinica, redatta da persona sottoposta ad indagini in procedimento connesso) ». Analogamente, secondo P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 95-96, la regola d'esclusione insita nel principio del contraddittorio non impedisce l'acquisizione della prova documentale avente contenuto dichiarativo, mentre le parti mantengono il diritto alla corrispondente prova orale costituenda.

(75) Secondo il giudice delle leggi, dal « formale riconoscimento [del] contraddittorio come metodo di conoscenza dei fatti oggetto del giudizio, deriva quale corollario il divieto di attribuire valore di prova alle dichiarazioni raccolte unilateralmente dagli organi investigativi (ed evidentemente anche dal difensore) » (sent. cost. n. 32 del 2002).

(76) C. cost., ord. 26 febbraio 2002 n. 36; v. anche C. cost., ord. 22 novembre 2002 n. 473; C. cost., ord. 12 novembre 2002 n. 453; C. cost., ord. 25 luglio 2002 n. 396; C. cost., ord. 18 luglio 2002 n. 365.

quella della “prova complessa” (77). Quando ha luogo l’esame dibattimentale della fonte di prova orale, la prova documentale dichiarativa non può essere autonomamente acquisita. Il rispetto del contraddittorio ne consentirebbe solo un uso limitato a fini contestativi, secondo la disciplina dell’art. 500 c.p.p. (78). Resterebbe però da valutare se, alla luce del principio di legalità, il documento dichiarativo possa essere equiparato all’atto di indagine ai fini delle contestazioni. La testimonianza scritta, magari camuffata in forma epistolare, potrebbe sottendere l’intenzione dell’autore di sottrarsi non solo alla *cross examination*, ma anche alla responsabilità penale per la falsità delle dichiarazioni rese. Sotto quest’ultimo aspetto, l’atto di indagine compiuto dal pubblico ministero o dal difensore diverge significativamente, implicando la rilevanza penale dell’eventuale falsa informazione. Questa non trascurabile diversità della prova preconstituita rispetto all’atto di indagine potrebbe essere sufficiente a patrocinarne la completa estromissione dal processo, vietandone anche l’uso indiretto per le contestazioni. Dunque, e a maggior ragione, il documento dichiarativo non dovrebbe avere ingresso nel processo quando non fosse più assumibile in forma dialettica la corrispondente prova orale.

Volendo comunque ammettere, in ossequio alla prassi, l’impiego processuale della dichiarazione stragiudiziale, i residui spazi entro cui la prova preconstituita potrebbe oggi essere acquisita al processo rimarrebbero delimitati dalle deroghe al contraddittorio costituzionalmente ammesse e legislativamente disciplinate, o per meglio dire, dalla possibilità che la regola di esclusione connaturata al principio del contraddittorio forte nella

(77) Anche P. FERRUA, *Il ‘giusto processo’*, cit., p. 119, ritiene che dalla giurisprudenza costituzionale non venga «nessuna concessione ... alla stupefacente teoria della ‘prova complessa’ ... non basta il vaglio delle contestazioni a convertire un colloquio con gli organi inquirenti in prova formata nel contraddittorio». Analogamente, v. F. PERONI, *La testimonianza indiretta della polizia giudiziaria: verso una nozione di contraddittorio costituzionalmente orientata*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 297-299.

(78) Le regole d’esclusione opposte dal legislatore ordinario all’uso probatorio “pieno” delle dichiarazioni impiegate nelle contestazioni sono state giudicate coerenti con il sistema costituzionale da ord. cost. n. 36 del 2002, cit., p. 325. Risulta, infatti, prevalente «l’esigenza di impedire che l’istituto delle contestazioni — proprio perché configurato quale veicolo tecnico di utilizzazione processuale di dichiarazioni raccolte prima e al di fuori del contraddittorio — si atteggi alla stregua di meccanismo di acquisizione illimitato ed incondizionato di quelle dichiarazioni; esigenza, questa, che la composita disciplina dettata dall’art. 500 del codice di rito ha soddisfatto con la attuale formulazione, prevedendo ... un parametro di valutazione oggettivamente circoscritto delle dichiarazioni lette per le contestazioni» il cui ragionamento si conclude affermando perentoriamente «che il censurato regime di esclusione probatoria — frutto di una precisa scelta che il legislatore ha compiuto in attuazione dei principi sanciti dall’art. 111 Cost. — non determina alcuna lesione dei parametri costituzionali variamente richiamati dai giudici rimettenti». La piena compatibilità fra l’art. 500 comma 2 c.p.p. e l’art. 111 comma 4 Cost. è stata ribadita anche da ord. cost. n. 453 del 2002.

formazione dell'elemento di prova subisca un'attenuazione in presenza di determinate circostanze previste dall'art. 111 comma 5 Cost.

La deroga più rilevante è sicuramente rappresentata dalla "impossibilità oggettiva" di assumere la testimonianza dell'autore del documento con le forme dell'esame incrociato. Impossibilità legata dalla giurisprudenza a una causa oggettiva estranea alla struttura dell'atto dibattimentale e che lo rende irripetibile, e non alla natura del documento probatorio, il cui contenuto dichiarativo non sarebbe in sé oggettivamente irripetibile (79).

Non è questa la sede per ribadire le critiche già espresse alla presunta validità epistemologica delle "deroghe al contraddittorio" nel significato e con l'estensione loro riconosciuta in sede applicativa (80). Conviene però ricordare che l'acquisizione della dichiarazione extraprocessuale di tenore accusatorio, poi utilizzata quale prova unica o determinante per la condanna, sarebbe seriamente censurabile in sede europea (81). L'accusato risulterebbe infatti privato del diritto di interrogare o di far interrogare il testimone decisivo a suo carico (art. 6 commi 1 e 3 lett. *d* CEDU) che avrebbe reso dichiarazioni solo in un ambito, come quello preprocessuale, in cui la difesa è fisiologicamente assente.

I margini per risolvere sul piano interpretativo la vistosa, ma, come si dirà tra poco, solo apparente discrasia tra normativa interna e convenzionale appaiono piuttosto ristretti. La soluzione più razionale finora individuata sarebbe quella di enucleare dal sistema integrato e multilivello di protezione dei diritti dell'imputato una regola di valutazione (regola di prova legale) che impedisca al giudice, non tanto di utilizzare nella decisione tali elementi di prova (altrimenti sarebbe una regola di esclusione), ma di fondare in modo determinante sul documento dichiarativo una sentenza di condanna. Regola prudenziale di valutazione che il giudice potrebbe far discendere direttamente dalla CEDU in modo tale da ampliare e integrare interpretativamente l'art. 192 commi 2-4 c.p.p. (82).

L'obiezione che si può muovere a questa impostazione, tesa ad armonizzare l'art. 6 CEDU con l'art. 111 comma 5 Cost., è che le regole di prova legale dettate dall'art. 192 commi 2 e 3 c.p.p. sono, per un verso, eccezionali, e come tali non suscettibili di estensione analogica, per altro verso,

(79) Cfr. G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, cit., p. 173 ss.

(80) In proposito, si rinvia a O. MAZZA, *Il garantismo al tempo del giusto processo*, cit., p. 19 ss.

(81) C. eur. dir. uomo, 18 maggio 2010, Ogaristi c. Italia; C. eur. dir. uomo, 8 febbraio 2007, Kollcaku c. Italia; C. eur. dir. uomo, 20 aprile 2006, Carta c. Italia; C. eur. dir. uomo, 13 ottobre 2005, Bracci c. Italia; C. eur. dir. uomo, 5 dicembre 2002, Craxi c. Italia.

(82) Soluzione, quest'ultima, recentemente patrocinata da Cass., sez. un., 25 novembre 2010, De Francesco, CED 250197, senza però chiarire il fondamento teorico dell'applicazione diretta della norma convenzionale, anche alla luce della contraria giurisprudenza costituzionale.

non possono essere integrate mediante applicazione diretta della norma CEDU. È la stessa giurisprudenza costituzionale a ricordare che, a fronte di una discrasia non componibile ermeneuticamente, « il giudice comune, il quale non può procedere all'applicazione della norma della CEDU (allo stato, a differenza di quella comunitaria provvista di effetto diretto) in luogo di quella interna contrastante, tanto meno fare applicazione di una norma interna che egli stesso abbia ritenuto in contrasto con la CEDU, e pertanto con la Costituzione, deve sollevare la questione di costituzionalità, con riferimento al parametro dell'art. 117, primo comma, Cost. » (83).

Non appare risolutiva nemmeno « la tesi che vede nel disposto dell'art. 526 comma 1-*bis* c.p.p. una norma di chiusura, che impone una regola di valutazione della prova sempre applicabile anche con riferimento a dichiarazioni che risultino legittimamente acquisite alla stregua della disciplina sulle letture dibattimentali, le quali, quindi, non potrebbero di per sé sole, fondare la dichiarazione di colpevolezza dell'imputato » (84). L'art. 526 comma 1-*bis* c.p.p., invero, sembra utilmente invocabile solo con riferimento ai casi in cui il dichiarante, « per libera scelta », si sia « sempre volontariamente sottratto all'esame » della difesa (85), potendo addirittura attestare, *a contrario*, l'opposto criterio della piena persuasività probatoria quando non si versi nella situazione della libera sottrazione all'esame da parte del dichiarante.

Non si può nemmeno dimenticare che il problema stesso sembra accantonato da un recente indirizzo giurisprudenziale con cui la Cassazione ha abbandonato il difficile percorso di adeguamento delle regole processuali interne ai canoni europei per rifugiarsi nella mera constatazione della compatibilità costituzionale con l'art. 111 comma 5 Cost. (86).

Per tentare di trovare una soluzione che si imponga anche all'atteggiamento di chiusura mostrato da una parte della giurisprudenza, conviene riportare il discorso al livello costituzionale.

L'eccezione contemplata dall'art. 111 comma 5 Cost. non prescrive l'automatica utilizzabilità dei corrispondenti atti di indagine quando la prova non sia più formabile in contraddittorio per impossibilità di natura

(83) Sent. cost. 26 novembre 2009 n. 311.

(84) Cass., Sez. II, 18 ottobre 2007, Poltronieri, CED 238199.

(85) Cfr. Cass., sez. I, 6 maggio 2010, Mzoughia, CED 247618, secondo cui « la regola di cui all'art. 526, comma primo-*bis*, cod. proc. pen. impedisce al giudice di fondare la decisione su una prova dichiarativa acquisita mediante il meccanismo di recupero di cui all'art. 512 stesso codice: (a) soltanto ai fini dell'affermazione di colpevolezza dell'imputato; (b) soltanto se il dichiarante si sia sottratto all'esame per libera scelta; (c) soltanto nelle situazioni in cui detta prova costituisca il fondamento esclusivo o determinante dell'affermazione di colpevolezza »

(86) Cass., sez. V, 16 marzo 2010, Benea, CED 247258. Nei medesimi termini, recentissimamente, Cass., sez. VI, 25 febbraio 2011, Ventaloro e altri, CED 249594.

oggettiva, ma si limita a stabilire che « la legge regola i casi » in cui si può derogare alla regola d'esclusione connaturata alla formazione dialettica della prova (87). Sarebbe quindi costituzionalmente legittima la scelta del legislatore ordinario di introdurre una regola di valutazione dell'elemento di prova formato fuori del contraddittorio, e acquisito nei casi dell'art. 111 comma 5 Cost., in linea con la giurisprudenza europea (88). A ben vedere, tuttavia, una siffatta regola di valutazione, secondo cui la condanna non può fondarsi esclusivamente o principalmente su dichiarazioni di un soggetto che la difesa non ha mai potuto esaminare, è già direttamente desumibile dall'art. 111 comma 3 Cost. che recepisce quasi letteralmente il disposto dell'art. 6 comma 3 lett. *d* CEDU. Anzi, la previsione costituzionale sancisce, più rigorosamente di quella convenzionale, che il diritto dell'accusato « di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico » deve poter essere esercitato « davanti al giudice », dove quest'ultimo riferimento evoca il giudice dibattimentale chiamato a emettere la decisione sul merito dell'imputazione. La perfetta sovrapponibilità delle disposizioni in esame conduce all'agevole conclusione che, così come dall'art. 6 comma 3 lett. *d* CEDU la giurisprudenza europea ricava la ben nota regola di valutazione, altrettanto potrebbe fare la giurisprudenza interna, a tutti i livelli, interpretando l'art. 111 comma 3 Cost.

La lettura combinata dei commi 3 e 5 dell'art. 111 Cost. (89) dimostra, quindi, come il problema della presunta incompatibilità dei testi fondamentali sia solo apparente. Anche per la nostra Carta costituzionale la condanna non può mai trovare giustificazione in dichiarazioni assunte senza che l'imputato abbia potuto esercitare il contraddittorio forte per la prova, pena la violazione dell'art. 111 comma 3 Cost. Questa osservazione dovrebbe consentire di superare gli orientamenti giurisprudenziali restrittivi, che invocano l'art. 111 comma 5 c.p.p. per giustificare l'impiego probatorio determinante di atti di indagine assunti unilateralmente dall'accusa, ai quali possono essere assimilati i documenti dichiarativi, e fornisce, al tempo stesso, una preziosa chiave di lettura per ricostruire un sistema processuale che unifichi coerentemente i diversi livelli di tutela dell'imputato, quello convenzionale e quello costituzionale. Se il giudice non può invocare direttamente l'art. 6 comma 3 lett. *d* CEDU per introdurre nell'ordinamento interno una nuova regola di valutazione, gli sarebbe

(87) L'art. 111 comma 5 Cost. rappresenta, infatti, una deroga non tanto al contraddittorio, quanto alla regola d'esclusione implicata dal contraddittorio: v. O. MAZZA, *Il garantismo al tempo del giusto processo*, cit., p. 14 ss.

(88) In tal senso, F. CASSIBBA, *Il contraddittorio nella formazione della prova tra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. merito*, 2008, p.137 ss.

(89) Già suggerita da F. CASSIBBA, *Il contraddittorio nella formazione della prova tra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 135.

invece consentito, e anzi risulterebbe doveroso, applicare l'art. 111 comma 3 Cost. per giungere alla medesima conclusione, mettendo così al riparo il nostro Paese dalle condanne europee.

OLIVIERO MAZZA
Ordinario di Procedura penale
Università di Milano-Bicocca