

— Teorie della prova: dialogo con Franco Cordero*

Theories of proof: dialogue with Franco Cordero

di Paolo Ferrua

*Contributo pubblicato sulla Rivista [disCrimen](#) in data 16 dicembre 2020 e contestualmente ripubblicato, in considerazione della sua rilevanza scientifica, sulla Rivista **Diritto Penale e Uomo (DPU) – Criminal Law and Human Condition**. Il contributo è soggetto ai criteri redazionali e di valutazione della Rivista [disCrimen](#).*

Abstract. *In costante dialogo con il folgorante pensiero di Franco Cordero, lo scritto si sofferma sui principali aspetti dell'attività probatoria nel processo penale: la separazione tra fatto e diritto, i concetti di prova dichiarativa e di prova critico-indiziaria, le regole di giudizio da seguire per la decisione sui fatti incerti, il fenomeno, spesso frainteso, dell'invalidità 'derivata'. Il progressivo declino del principio di oralità-immediatezza offre lo spunto per un'analisi del rapporto tra legge e giurisprudenza, tra diritto vigente e diritto vivente: il fondamentale principio di soggezione del giudice alla legge appare oggi in grave crisi per le disfunzioni del potere legislativo e per il proliferare in giurisprudenza delle interpretazioni creative.*

Abstract. *In constant dialogue with the dazzling thinking of Franco Cordero, the paper focuses on the main aspects of the evidentiary process in the criminal trial: the separation between fact and law, the concepts of declarative evidence and critical-circumstantial evidence, the rules of judgment to be follow for the decision on uncertain facts, the phenomenon, often misunderstood, of 'derivated' invalidity. The progressive decline of the principle of orality-immediacy offers the starting point for an analysis of the relationship between law and jurisprudence, between current law and*

* Intervento svolto, in ricordo di Franco Cordero, al XXXIV Convegno dell'Associazione tra gli Studiosi del processo penale su «Immediatezza nel processo penale», 27-28 novembre 2020.

living law: the fundamental principle of the judge's subjection to the law appears today in serious crisis due to the dysfunctions of the legislative power and for the proliferation of creative interpretations in the case-law.

SOMMARIO: 1. Il tagliente pensiero di Franco Cordero. – 2. La separazione tra fatto e diritto. – 3. Prove dichiarative e prove critico-indiziarie. – 4. Onere della prova e regole di giudizio. – 5. Regole di giudizio e *standard* probatorio. – 6. Equivoci in tema di invalidità derivata. – 7. L'immediatezza tra legge e giurisprudenza.

SUMMARY: 1. The sharp thinking of Franco Cordero. – 2. The separation between fact and law. – 3. Declarative evidence and critical-circumstantial evidence. – 4. Burden of proof and rules of judgment. – 5. Rules of judgment and standard of proof. – 6. Misunderstandings regarding derivative invalidity. – 7. The immediacy between law and jurisprudence.

1. Il tagliente pensiero di Franco Cordero.

L'apporto di Cordero nel diritto delle prove penali è di tale importanza che chiunque intenda approfondire la materia deve necessariamente confrontarsi con i suoi scritti¹. Avendo in precedenti articoli analizzato il pensiero di Cordero sui temi del contraddittorio nel processo accusatorio e della prova illecita², mi soffermerò su altri argomenti, non meno importanti, che coinvolgono la prova nel processo penale.

Inizierò con una brevissima premessa. Cordero è, per lo più, ritenuto un autore di difficile lettura, poco accessibile allo studente che per la prima volta si accosti alla procedura penale. Vi è del vero in questo luogo comune, se con esso si vuole alludere al suo ricchissimo vocabolario, alla sua propensione ad esprimere ogni concetto senza ripetizioni e con il minor numero possibile di parole; e, ancora, alla sua immensa cultura, davanti alla quale l'interlocutore si trova spesso nell'alternativa fra confessarsi ignorante o fingere di conoscere le fonti, i riferimenti storici e i testi citati; espediente tanto frequente quanto inutile perché, alla sua attenta osservazione, l'atonia dello sguardo e la fissità della pupilla svelerebbero immediatamente la finzione di chi esibisse familiarità con autori di cui ignora persino il nome.

In realtà, uno dei grandi meriti di Cordero è costituito proprio dalla semplicità, dalla chiarezza, dai contorni netti delle sue categorie e delle sue distinzioni, nelle quali il lettore non troverà mai alcuna incertezza né vaghezza o accomodamento che lasci incerto l'ambito della loro applicazione. A reperire una sola riga nei suoi scritti in cui, per riguardo a questa o quella autorità, affiori qualche compromesso o minimamente sia attenuato il

¹ I principali scritti di Franco Cordero in materia probatoria, oltre alle varie edizioni della *Procedura penale* (dalla prima del 1966 all'ultima del 2012), sono raccolti nel volume *Tre studi sulle prove penali*, Giuffrè, Milano, 1963.

² *L'artista della procedura penale. Ricordando Franco Cordero*, in *Cass. pen.*, 2020, 2167 s.; *Prove illegittimamente acquisite: passato ed avvenire di un'illustre teoria*, in *Diritto penale e processo*, 2020, 1249 s.

rigore delle sue opinioni, ebbene, quella sola riga sarebbe distruttiva per il tagliente pensiero di Cordero.

Il XXXIV Convegno dell'Associazione tra gli Studiosi del processo penale, dedicato all'«*Immediatezza nel processo penale*», vede convergere il pensiero dei due grandi autori scomparsi, così diversi nella personalità e nel modello di scrittura, ma uniti dall'incrollabile fede nelle regole del giusto processo: il pensiero di Cordero, nel saggio *Scrittura e oralità nel rito probatorio*³ e quello di Siracusano, nella relazione *La testimonianza dall'istruzione al giudizio: scrittura, oralità, lettura*⁴. In entrambi gli scritti domina il medesimo ideale, brilla la luce anticipata della riforma accusatoria che si realizzerà nel 1988. In base al compito che mi è assegnato ricorderò quanto sessant'anni or sono Cordero affermava, in una sublime sfida al regno del processo inquisitorio: «La parola è uno degli spiragli per cui si guarda nella psiche dell'interrogato; il che lascia intendere quale prezzo si paghi, in moneta di veridicità della prova, ogni qualvolta l'oralità è sacrificata al gusto inquisitorio dei verbali» o – forse aggiungerebbe oggi – alla finta oralità del processo 'a distanza'.

Ciò che Cordero seppe mettere limpidamente in luce è l'ipocrisia di un sistema che, dopo avere formalmente eretto l'oralità a regola di assunzione delle prove dibattimentali, la subissava di eccezioni, per effetto delle quali la regola trovava concreta applicazione in un solo, derisorio caso: quando il testimone ripetesse tale e quale la dichiarazione precedentemente resa in istruzione. Discorso di grande attualità rispetto a quel che accade oggi. Dove sono le regole del giusto processo, faticosamente elaborate nel 1988 e costituzionalizzate nel 1999? Ahimè, originariamente ispirato al modello accusatorio, il nostro processo si è lentamente convertito in un arnese che non si sa più – o non si sa ancora – come chiamare, ma che sicuramente è ben lontano dal rispetto dei principi dell'oralità e del contraddittorio⁵.

2. La separazione tra fatto e diritto.

Il primo tema, che mi accingo ad affrontare, è rappresentato dalla distinzione tra fatto e diritto. È da tempo che si indulge a contestare la distinzione, mettendo in risalto la compenetrazione delle due sfere. Una propensione che oggi si è intensificata sotto la spinta del c.d. diritto *post-moderno*. Implacabili distruttori delle tradizionali distinzioni, i suoi cultori si sono spinti a confutare persino la fondamentale distinzione tra giurisdizione e legislazione, rivendicando alla prima funzioni para-legislative, attraverso la sostanziale equiparazione del diritto giurisprudenziale, ossia del diritto vivente, alla legge, ossia al diritto vigente. Non c'è allora da meravigliarsi se anche la distinzione fra fatto e diritto può apparire ai loro occhi come un'ingombrante anticaglia del passato.

Eppure, se salta la separazione tra fatto e diritto – che, lungi dall'essere un feticcio, costituisce un prezioso strumento a livello operativo – salta la stessa possibilità di difesa. Se il pubblico ministero afferma che 'Tizio ha corrotto Caio', senza distinguere ciò che

³ In *Tre studi*, cit., 211 s.

⁴ In *La testimonianza nel processo penale*. Atti del convegno di studio svoltosi a Foggia-Vieste, 13-15 ottobre 1972, Giuffrè, Milano, 1974.

⁵ Sul tema, da ultimo, O. Mazza, *Tradimenti di un codice. La Procedura penale a trent'anni dalla grande riforma*, Giappichelli, Torino, 2020, *passim*.

dipende dal fatto (la condotta dell'imputato) e ciò che dipende dal diritto (il significato e quindi l'interpretazione della legge), l'imputato non è posto in grado di confutare efficacemente l'accusa, data l'impossibilità di individuare ciò che deriva da una erronea ricostruzione dei fatti o da una erronea interpretazione della legge; e altrettanto vale per l'impugnazione della sentenza che abbia condannato l'imputato.

Cordero lo ha detto molto bene: un giudizio può essere predicato in fatto o in diritto; e nel processo ogni accusa e ogni sentenza deve formulare i due enunciati, quello storico e quello di valore giuridico, nettamente distinti fra loro. Affermare che 'Tizio ha pugnalato Caio il giorno x nel luogo y, è un giudizio di fatto'. Affermare che tale condotta costituisce omicidio o lesioni, è un giudizio di diritto.

Ecco il passo in cui l'illustre autore scolpisce limpidamente la distinzione tra fatto e diritto: «La distinzione tra fatto e diritto nell'economia della decisione è uno dei bersagli preferiti dai cultori del non ragionamento: ne parlano sdegnosamente come del prodotto di una cultura positivista. Positivismo o meno, il problema consiste nello stabilire se i giudizi differiscano nel senso che alcuni predicano l'esistenza o la inesistenza di un fatto e altri il valore giuridico di un fatto affermato o supposto come esistente. Se i seguaci della moda irrazionalistica fossero usciti dal solito repertorio e avessero impostato il problema in tali termini, chissà forse avrebbero scoperto che i giudizi di valore giuridico non sono storici e che i giudizi storici non sono giuridici, o forse la distinzione sarebbe stata messa stizzosamente da parte perché troppo elementare e quindi pericolosa: a loro piacciono i chiaroscuri ermetici, perché lì non rischiano di essere confutati»⁶.

Possiamo aggiungere che, se il giudizio di fatto può essere nettamente distinto dal giudizio di diritto, purtroppo in ogni giudizio di fatto si confondono due componenti, la lingua e il mondo, dato che ogni fatto viene ritagliato ed estratto dal reale attraverso la lingua. Se qualcuno dice che 'Bruto ha pugnalato Giulio Cesare', e un altro lo nega, non è facile capire se il disaccordo deriva da una diversa visione di ciò che è accaduto nel passato o dal diverso significato che gli interlocutori attribuiscono alle parole della medesima frase; nel primo caso, il dissenso è empirico, nel secondo, linguistico. Talvolta, alla base di interminabili discussioni sta proprio la difficoltà di separare le due componenti.

3. Prove dichiarative e prove critico-indiziarie.

Il secondo tema è rappresentato dall'individuazione della prova critico-indiziaria. Cordero, rettificando un'idea di Carnelutti, che aveva distinto tra prove storiche o rappresentative e prove critico-indiziarie⁷, ha riformulato la distinzione, contrapponendo le prove critico-indiziarie alle dichiarazioni di prova, altrimenti dette 'funzioni narrative'⁸. È

⁶ F. Cordero, *Procedura penale*, IX ed., Giuffrè, Milano, 1987, 981. Per una nitida distinzione tra giudizio di fatto e giudizio di diritto v., in precedenza, F. Carnelutti, *Lezioni sul processo penale*, vol. I, Edizioni dell'Ateneo, Roma, 1946, 37 s.

⁷ F. Carnelutti, *Lezioni*, cit., 213 s.; ID., *La prova civile* [1015], ristampa, Giuffrè, Milano, 1992, 92 s.; ID., *Principi del processo penale*, Morano, Napoli, 1960, 162 s.; ID., *Diritto e processo*, Morano, Napoli, 1958, 129 s.

⁸ F. Cordero, *Procedura*, cit., 960 s.; ID., *Guida alla procedura penale*, Utet, Torino, 1986, 329 s.; e, in rapporto al codice vigente, ID., *Procedura penale*, IX ed., Giuffrè, Milano, 2012, 576 s.

questa l'unica distinzione che riesce a dividere con un taglio netto le due tipologie di prova⁹. Leggendo i manuali diversi dalla *Procedura penale* di Cordero, si nota una grande confusione su questo tema; ma, soprattutto, si constata il sostanziale fallimento delle definizioni alternative a quella proposta da Cordero, in quanto o non riescono ad individuare con precisione i contorni della prova critico-indiziaria o la confondono con la c.d. prova indiretta.

La ragione del fallimento sta, a mio avviso, in questa semplice circostanza: si muove dal presupposto, anzi dal pregiudizio alimentato senza dubbio dall'art. 192 comma 2 c.p.p.¹⁰, che la prova indiziaria debba necessariamente avere un valore minore rispetto alle altre prove¹¹ o, addirittura – tesi estrema – costituire un'entità non appartenente al genere delle prove (nell'errore è caduta anche la Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale quando afferma che con gli indizi ex art. 192 c.p.p. ci si intende riferire ad elementi «ai quali, sul piano logico, non è riconosciuta la stessa efficacia persuasiva delle prove»¹²).

Accade così che alcuni identifichino la prova indiziaria in una prova basata su massime di esperienza anziché su leggi scientifiche, in altri termini in una prova fondata sulla *doxa* anziché sull'*episteme*¹³. Ma, impostata in questi termini, la distinzione, pur

⁹ Alle origini della distinzione sta la classificazione aristotelica – poi ripresa da Cicerone e da Quintiliano – delle prove in *atechnoi* (ossia inartificiali) e in *entechnoi* (o artificiali): le prime, costituite da documenti, testimonianze e confessioni, e così chiamate perché sottratte agli artifici persuasivi dell'oratore; le seconde, rappresentate dagli entimemi e dall'*exemplum*, e così chiamate perché soggette all'elaborazione retorica e all'*inventio* dell'oratore (Aristotele, *Retorica*, in *Opere*, vol. 10, Laterza, Roma-Bari, 1984, 7 s.).

¹⁰ Cordero definisce l'art. 192 comma 2 c.p.p. «un tentativo velleitario d'imporre regole alla clinica giudiziaria», una «inutile» disposizione destinata ad alimentare «confusione» (*Procedura* [2012], cit., 626, 623).

¹¹ Il pregiudizio sul minor valore della prova indiziaria è retaggio del processo inquisitorio che pone al vertice della gerarchia probatoria la confessione dell'imputato e le testimonianze, forse anche per l'assenza di mezzi di prova ad alta attendibilità, come le attuali prove scientifiche. Per un memorabile, fantasmagorico atto d'accusa contro la prova indiziaria e l'intima convinzione del giudice, v., tra i sostenitori di un processo inquisitorio temperato da adeguate garanzie, G. Carmignani, *Teorica delle leggi della sicurezza sociale*, Fratelli Nistri, Pisa, 1831, p. 179: «Se tutte le prove ammesse nel giudizio penale potessero essere citate dinanzi al tribunale della ragione, a rendere conto del modo con cui soddisfecero al voto dell'umana giustizia, la indiziaria vi comparirebbe lorda e grondante di umano innocente sangue; né altra escusazione avrebbe da allegare a sua discolpa che la propria malaugurata temerità. Ed interrogata sui motivi di tante stragi ammutirebbe, né altro potrebbe addurre, se non il cupo ed inarticolato fiotto dell'intima convinzione, specie di latomia, nelle cui tenebre il cadavere dell'innocente steso per terra, è appena visibile da un barlume di falsa luce uscente da un'ingannata coscienza».

¹² *Relazione al progetto preliminare* del 1978, 167 s. (l'articolo di riferimento del progetto era il 183). Che gli indizi menzionati nell'art. 192 comma 2 c.p.p. costituiscano 'prove' è di tutta evidenza, altrimenti non potrebbero provare alcunché, fossero pure mille, gravi, precisi e concordanti.

'Prova' è tutto ciò che può essere valutato dal giudice in ordine ad una determinata proposizione da provare. Non esistono entità intermedie tra ciò che è prova e ciò che non è prova (della seconda categoria fanno parte gli scritti anonimi, le voci correnti nel pubblico, le dichiarazioni estorte, le dichiarazioni raccolte fuori dal contraddittorio, salvi i casi in cui ne è consentita l'utilizzazione, ecc.). Nulla può essere provato senza 'prove', ma non tutte le prove 'provano' la proposizione da provare, ossia raggiungono l'effetto a cui sono preordinate: una prova può essere vaga, irrilevante o persino falsa, ma non per questo cessa di essere 'prova' (ovviamente, in quanto legittimamente acquisita). Non bisogna confondere il concetto di prova, che esprime una mera potenzialità, con l'esito probatorio positivo (F. Cordero, *Procedura* [2012], cit., 569 s.).

¹³ In tal senso, v., fra gli altri, A. Nappi, *Guida al codice di procedura penale*, IX ed., Giuffrè, Milano, 2004, 210; G. Ubertis, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Giuffrè, Milano, 1979, 112 s.; ID., *Documenti e oralità nel nuovo processo penale*, in *Studi in onore di G. Vassalli*, II, Giuffrè, Milano, 1991, 304 s., e, più di recente, del

riflettendo il preconconcetto che traspare dall'art. 192 c.p.p., risulta incerta, posto che nell'ambito del settore induttivo è impossibile distinguere con un taglio netto le inferenze basate sulla scienza da quelle fondate sulle massime di esperienza; ad esempio, la psicologia è senza dubbio una scienza, ma le inferenze sul comportamento umano sono ben lungi dall'avere la solidità delle scienze così dette dure come la fisica o la chimica. La scienza, ovvero l'*episteme* sfuma nell'esperienza corrente e nella *doxa* senza una netta soluzione di qualità¹⁴.

Tanto meno si potrebbe contrapporre la prova indiziaria alle prove dalle quali la proposizione da provare discenderebbe per 'necessità logica'. Nel processo, dove si ricostruiscono fatti del passato, nessuna prova è in grado di provare in modo 'indubitabile', vale a dire nel senso propriamente deduttivo, tipico delle scienze formali; il massimo che si può pretendere per provare una qualsiasi proposizione – ma, al tempo stesso, il 'minimo', come diremo tra breve – è la prova oltre ogni ragionevole dubbio, dove l'aggettivo 'ragionevole' tempera e riduce la pretesa di assoluta certezza.

Altri autori identificano la prova indiziaria con la prova 'indiretta', ossia con una prova che ha ad oggetto un fatto secondario, dal quale poi si risale al fatto principale¹⁵. Ma, a ben vedere, in questi casi non si è in presenza di una sola prova 'indiziaria', ma di due prove (dichiarative o critico-indiziarie), disposte in sequenza l'una rispetto all'altra; la proposizione che viene provata dalla prima prova diventa la prova di una nuova proposizione con un meccanismo che potenzialmente potrebbe andare avanti all'infinito.

Se un teste dichiara di avere visto l'imputato aggirarsi nel luogo del delitto e si utilizza questa dichiarazione per provare la responsabilità dell'imputato, le prove sono due. La prima è rappresentata dalla testimonianza (prova dichiarativa) che prova la presenza dell'imputato nel luogo del delitto; e la seconda da questa presenza, la quale, a sua volta, funge da prova (critico-indiziaria) rispetto alla commissione del fatto da parte dell'imputato: la proposizione provata nella prima inferenza si converte in proposizione probatoria per una seconda inferenza. Altrettanto accade nella c.d. testimonianza indiretta che, in realtà, è costituita da due prove dichiarative poste in sequenza, quella del teste diretto e quella del teste indiretto che riferisce quanto appreso.

La divisione dell'universo delle prove in prove dichiarative e prove critico-indiziarie è l'unica che consente di delimitare con precisione le due sfere; tutto ciò che non è prova

medesimo autore, *Processo indiziario e valutazione probatoria*, in *Diritto&Questioni pubbliche*, 2020/1, giugno, 317 s., dove si afferma che «un processo può denominarsi indiziario (in sostanziale corrispondenza con il già rammentato uso comune della terminologia) quando la conclusione inferenziale della sequenza probatoria si basa non su prove in senso stretto (rappresentative o critiche), ma su indizi (evitando di adoperare l'ambigua e fuorviante espressione "prove indiziarie"), caratterizzandosi quindi per la modalità logica non della necessità, ma della semplice possibilità». Perché definire 'ambigua' e 'fuorviante' l'espressione «prove indiziarie»? Se gli indizi non fossero prove, non potrebbero provare un bel nulla, neppure se gravi, precisi e concordanti (cfr. la nota precedente).

¹⁴ Nella stessa testimonianza, anche quella sul fatto principale, l'inferenza, che dalla dichiarazione consente di passare al fatto dichiarato, non si può certo definire fondata 'scientificamente'; e, da un certo punto di vista, se c'è una prova debole, è proprio quella dichiarativa.

¹⁵ In questa prospettiva v., ad esempio, G. Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, 8 ed., Giappichelli, Torino, 2013, 210; M. Scaparone, *Procedura penale*, vol. I, 2 ed., Giappichelli, Torino, 2010, 301 s.; D. Siracusano – A. Galati – G. Tranchina – E. Zappalà, *Diritto processuale penale*, Giuffrè, Milano, 2018, 280.

dichiarativa appartiene al *genus* delle prove critico-indiziariae che sono così individuate per differenza o sottrazione dalla prova dichiarativa. È assai difficile definire la prova critico-indiziaria sulla base di una sua nota peculiare (come si è visto, le definizioni correnti o soffrono di nebulosità ai confini o confondono la prova indiziaria con quella indiretta); conviene, dunque, definirla per esclusione rispetto alla prova dichiarativa i cui connotati sono facilmente identificabili.

La prova dichiarativa contiene, già espressa al suo interno, la proposizione di cui si rende garante, ossia la proposizione da provare: 'Tizio afferma che x' è la proposizione o premessa probatoria, 'x' è la proposizione da provare. All'osservatore resta solo da stabilire se 'x' sia vero o falso, essendo già individuato il tema della prova. La prova critico-indiziaria è, per così dire, 'muta', nel senso che tocca all'interprete accertare quale proposizione essa possa provare; la qualifica 'critico-indiziaria' sta, appunto, ad indicare questa attività di decifrazione del tema oggetto della prova.

Così impostata, la distinzione non ha nulla a che vedere con la maggiore o minore affidabilità dell'uno o dell'altro tipo di prova: la professione di innocenza dell'imputato è una prova dichiarativa, ma non vale certo di più della sua impronta digitale sull'arma del delitto o della fotografia che lo coglie nell'atto di commettere il delitto. L'efficacia persuasiva delle prove va accertata in concreto, nel singolo processo e alla luce dell'intera evidenza disponibile; è illusorio pensare di definirla in astratto, isolando questa o quella tipologia di prova, come accadeva nel processo inquisitorio; categorie del genere riescono inutili, quando non sono dannose.

La definizione di Carnelutti, che contrapponeva le prove 'rappresentative' (o storiche) a quelle critico-indiziariae, aveva l'effetto di includere nelle prime anche la fotografia e la videoregistrazione che certamente riproducono e rappresentano fatti del passato¹⁶; tuttavia, sono prove critico-indiziariae, dato che la proposizione da provare (la realtà della cosa fotografata o della scena registrata) non è 'espressa' ma indotta dall'osservatore sulla base di leggi ottiche ed acustiche. Si aggiunga che, propriamente parlando, il linguaggio non 'rappresenta' nulla, ma si limita a trasmettere significati. Opportunamente Cordero riduce la classe carneluttiana delle prove rappresentative o storiche alle sole prove dichiarative o funzioni narrative¹⁷.

Resta da determinare – tema non affrontato da Cordero – quando la prova possa definirsi dichiarativa. I connotati, necessari e sufficienti, sono due. Il primo è un atto comunicativo, ossia un atto volto intenzionalmente a trasmettere significati: il che avviene, per lo più, attraverso il linguaggio, ossia parlando; ma può realizzarsi anche con gesti, quando questi funzionano come un linguaggio, ossia sono codificati come equivalenti di parole (come accade nel dialogo tra sordomuti).

Mentre l'uso del linguaggio rappresenta già di per sé un atto comunicativo, salvo situazioni eccezionali (come le parole pronunciate in stato di incoscienza), non è facile

¹⁶ Roland Barthes identifica il noema della fotografia in «È stato» (*La camera chiara. Note sulla fotografia*, Einaudi, Torino, 1980, 78). Anche l'impronta digitale rientra nella categoria carneluttiana delle prove rappresentative.

¹⁷ F. Cordero, *Procedura* [2012], cit., 581 s.

stabilire in concreto quando un comportamento non verbale costituisca un atto comunicativo; indagine che nel nostro ordinamento assume rilievo, ad esempio, al fine di disporre una videoregistrazione nel domicilio privato, ammissibile secondo la giurisprudenza solo per i comportamenti comunicativi, rispetto ai quali è equiparabile ad un'intercettazione. Il criterio di demarcazione, chiaro a livello teorico, ma di non semplice applicazione pratica, può essere così sintetizzato: un comportamento è comunicativo quando l'emittente si propone di trasmettere un'informazione, attraverso il riconoscimento della sua intenzione di trasmetterla¹⁸. Come si nota, il criterio s'incentra sulle intenzioni, non sempre facilmente decifrabili, dell'emittente, indipendentemente dalla circostanza, di per sé irrilevante, che l'informazione sia recepita dal destinatario¹⁹.

Il secondo connotato è il carattere apofantico della dichiarazione, ossia la circostanza che l'enunciato sia vero o falso. Se l'enunciato non è né vero né falso – come gli ordini, i consigli, le preghiere ecc. – la prova non è dichiarativa, ma critico-indiziaria; infatti, la proposizione, oggetto di prova, non è contenuta nell'enunciato stesso, ma va, di volta in volta, individuata. Mi spiego con un esempio. Se qualcuno ha detto 'la porta è aperta', si è in presenza di una prova dichiarativa nella quale viene enunciata la proposizione di cui vuole rendersi garante. Ma, se ha detto 'apri la porta', si è in presenza di una prova critico-indiziaria, nella quale occorre individuare la proposizione di cui può essere la prova (ad esempio, che la porta era chiusa, che l'emittente intendeva avviare un dialogo riservato con l'interlocutore, il rapporto confidenziale segnalato dal verbo in seconda persona, ecc.)²⁰.

¹⁸ Cfr. P. Grice, *Logica e conversazione* (1989), trad. it., Il Mulino, Bologna, 1993, 58 secondo cui «S ha voluto dire qualcosa con x quando S ha avuto l'intenzione che x producesse un certo effetto sull'ipotetico destinatario attraverso il riconoscimento di questa intenzione»; ma v. anche L. J. Prieto, *Saggi di semiotica*, II, *Sull'arte e sul soggetto*, Pratiche, Parma, 1991, 104; D. Sperber-D. Wilson, *La pertinenza* (1986), trad. it., Anabasi, Milano, 1993. Per lo sviluppo del tema nel processo penale, v. P. Ferrua, *La prova nel processo penale*, vol. I, *Struttura e procedimento*, Giappichelli, Torino, 2017, 68 s.

¹⁹ Chiarisco il concetto con un esempio, immaginando che Tizio, seduto al tavolo di un ristorante, agiti il bicchiere vuoto. Possiamo distinguere le seguenti situazioni. Nella prima il soggetto, utilizzando il gesto come un linguaggio, intende apertamente trasmettere al personale l'invito a servirgli da bere; in tal caso si realizzano tutte le componenti della comunicazione, anche se, come vedremo, questa non è di tipo propriamente dichiarativo, trattandosi di un ordine che in sé non è né vero né falso.

Nella seconda Tizio, senza palesare le sue intenzioni, vuole indurre il personale a servirgli da bere, con il proposito che il suo gesto non sia recepito come una richiesta, ma sia decifrato come un segno naturale (quindi, critico-indiziario) di sete: qui l'informazione viene intenzionalmente trasmessa, ma, a differenza del primo caso, il gesto non realizza un atto comunicativo, perché manca la volontà che sia riconosciuto l'intento informativo.

Nella terza, infine, il soggetto agita il bicchiere perché assetato o, semplicemente, perché nervoso, ma senza alcuna intenzione informativa: il gesto può senza dubbio trasmettere varie informazioni in chiave critico-indiziaria, ma risulta slegato da qualsiasi proposito informativo. È evidente che solo nel primo caso il gesto funziona propriamente come un linguaggio, ossia trasmette significati nel senso non naturalistico della parola.

²⁰ Naturalmente, nel processo, che qualcuno abbia detto 'apri la porta' risulterà o dall'affermazione di un testimone o da una registrazione. In entrambi i casi si è in presenza di due prove disposte in sequenza. Nel primo caso, una prova dichiarativa (la testimonianza) su una prova critico-indiziaria (l'ordine di aprire la porta); nel secondo, una prova critico-indiziaria (la registrazione) su una prova critico-indiziaria (l'ordine impartito).

4. Onere della prova e regole di giudizio.

Il terzo tema è rappresentato dall'onere della prova e dalla regola di giudizio da seguire in ogni alternativa decisoria, quando il quadro probatorio appaia incerto o dubbio. La confusione che qui regna deriva dalla circostanza che si cerca, di volta in volta, un'espressa indicazione della regola di giudizio e, quando non la si trova puntualmente formulata, iniziano interminabili discussioni.

La realtà è che non occorre affatto una espressa enunciazione della regola di giudizio da seguire in ogni alternativa decisoria. Come ha chiarito Cordero, la regola di giudizio è implicita nella stessa costruzione della fattispecie – sostanziale o processuale, a seconda del tema oggetto di prova – che sta a base dell'alternativa decisoria, senza alcuna necessità di ulteriori precisazioni; quindi, per quanto riguarda l'accertamento dei reati, la regola appartiene al diritto penale sostanziale. Se il codice penale afferma che 'chiunque commette il fatto x, è punito con la pena y', è del tutto evidente che la pena y in tanto può essere applicata, in quanto sia provato sino all'ultima molecola il fatto x. Identificare la regola di giudizio equivale ad identificare la proposizione da provare.

Da questo punto di vista, superflualmente il codice di rito afferma che, per pronunciare la condanna, occorre la prova oltre ogni ragionevole dubbio del fatto x; nulla muterebbe nel silenzio della legge processuale, e neanche se non esistesse l'art. 27 comma 2 Cost. relativo alla non presunzione di colpevolezza, per la semplice ragione che la disposizione penale è costruita sulla punibilità per la commissione del fatto e non sull'esenzione dalla pena per chi non lo abbia commesso²¹.

L'alternativa tra condanna e proscioglimento vede la condanna come il termine che chiamo *marcato*, perché contiene la proposizione da provare, rappresentata dalla colpevolezza, mentre il proscioglimento costituisce il termine *conseguenziale*, perché la sua affermazione da parte del giudice è puramente consequenziale all'assenza di una piena prova della colpevolezza²². In ogni alternativa decisoria il termine *marcato* è quello di cui la legge definisce i presupposti, mentre *conseguenziale* è quello che opera in loro assenza. Il codice penale dice in quali casi si è puniti, individuando così la condanna come termine *marcato*.

Immaginiamo ora che, alla disposizione che punisce il fatto x, se ne aggiunga – come accade nel codice penale per le scriminanti – una seconda, in base alla quale 'non è punibile chi abbia commesso il fatto x in presenza del fatto z'. È altrettanto evidente che, secondo il tenore della formula, l'autore del fatto x può invocare la non punibilità solo in quanto sia pienamente provato il fatto z (che costituisce, per l'appunto, un fatto 'impeditivo' della punibilità).

²¹ Cfr., con riguardo al codice abrogato, F. Cordero, *Stilus curiae (analisi della sentenza penale)* [1985], in *Ideologie del processo penale*, Edizione integrata da *appendice*, Università degli Studi di Roma "La Sapienza", Roma, 1998, 234: «a parte le formule assolutorie, la conclusione resterebbe tale e quale se l'art. 479 non esistesse: dove le pene siano legate a figure legali, ovvio che nessuno venga punito finché non emergano fatti definibili con un nome penalistico».

²² Sul binomio termine 'marcato'/ termine 'conseguenziale' v. P. Ferrua, *La prova*, cit., 107 s.

Ne deriva che, stando al codice penale, la piena prova delle cause di non punibilità, in quanto fatti impeditivi, dovrebbe sempre essere offerta dalla difesa, o, detto più correttamente, il rischio per la mancata prova delle cause di non punibilità graverebbe interamente sulla difesa. Qui, tuttavia – e questa volta non superfluamente interviene la legge processuale (art. 530 comma 3 c.p.p.) che generosamente corregge parzialmente le conseguenze che deriverebbero dalla legge penale sostanziale, in ossequio ad un *favor innocentiae* propiziato dall'art. 27 comma 2 Cost.

La proposizione da provare resta la medesima, ossia la non punibilità per le cause ivi indicate, in rapporto alle quali il termine *marcato* è la sentenza di proscioglimento; il che implica la condanna quando nessuna prova sia data sulla loro esistenza; ma si sposta a vantaggio dell'imputato la rilevanza del dubbio, sino a ritenere sussistente, con una evidente finzione, la causa di non punibilità anche quando la prova sia incompleta. Nel dubbio sulla causa di non punibilità l'imputato, che secondo le regole del diritto sostanziale dovrebbe essere condannato, viene prosciolto. Le cause di non punibilità, che il codice penale configura come fatti impeditivi, vengono così ad occupare, nella disciplina processuale, uno spazio per così dire intermedio tra i fatti costitutivi negativi e i fatti impeditivi²³.

5. Regole di giudizio e *standard* probatorio.

Qualcuno si chiede con sgomento quale sia la regola di giudizio da seguire nell'udienza preliminare; vale a dire, se, in assenza di un'esplicita indicazione del codice di procedura penale, in caso di dubbio, si debba rinviare a giudizio o pronunciare il non luogo a procedere.

In realtà, per capire quale sia la regola da seguire basta esaminare la fattispecie dell'udienza preliminare e individuare la proposizione da provare. Il codice definisce i presupposti della sentenza di non luogo a procedere, che, infatti, deve essere adeguatamente motivata, mentre il rinvio a giudizio, provvedimento non motivato, va disposto in ogni altro caso. Il termine *marcato* è, dunque, la sentenza di non luogo, che contiene la proposizione da provare, mentre il rinvio a giudizio è il termine *conseguenziale*; ne deriva che, nel dubbio, è il rinvio a giudizio a prevalere (*in dubio pro actione*). La medesima regola vale per l'archiviazione che rappresenta il termine *marcato*, dato che la legge ne definisce i presupposti, mentre la richiesta di rinvio a giudizio è il termine *conseguenziale* verso cui deve orientarsi il pubblico ministero ogni qualvolta non sussistano i presupposti per chiedere l'archiviazione²⁴.

²³ F. Cordero, *Procedura* [1987], cit., 1010 s.; v. anche F. Carnelutti, *Principi*, cit., 244 s.; D. Siracusano, *Studio sulla prova delle esimenti*, Giuffrè, Milano, 1959.

²⁴ L'art. 3 comma 1 lettere a) e i) della c.d. riforma Bonafede invita il legislatore delegato a «modificare la regola di giudizio» ai fini dell'archiviazione e della sentenza di non luogo a procedere nell'udienza preliminare (ddl 13 marzo 2020 n. 2435, Camera dei deputati). In realtà, a ben vedere, ciò che la riforma si propone di modificare non è la regola di giudizio, ma semplicemente i presupposti per la pronuncia dell'archiviazione e della sentenza di non luogo a procedere, con la conseguenza che l'una e l'altra restano termini 'marcati'. La regola di giudizio, propriamente intesa, riguarda la scelta, in caso di incertezza, fra i due termini di un'alternativa decisoria; e, quindi, l'individuazione del termine che veicola la proposizione da provare (il termine *marcato*). Per modificarla,

Purtroppo, non sempre il legislatore tiene conto di questi semplici rilievi. Ad esempio, la riforma costituzionale del giusto processo, che sancisce la regola del contraddittorio nella formazione della prova, prevede un'eccezione per il caso di «accertata impossibilità di natura oggettiva» (art. 111 comma 5 Cost.). In base a quanto detto l'onere della prova grava su chi intende invocare l'eccezione e, in particolare, sul pubblico ministero che voglia acquisire al processo una dichiarazione da lui raccolta nelle indagini. Senonché, convinti di tutelare meglio la difesa, gli artefici della riforma hanno aggiunto, nella seconda parte dell'art. 111 comma 4 Cost., che «la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base delle dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore». Disposizione superflua, perché, se vi è sottrazione per libera scelta, non vi è impossibilità di natura oggettiva, e, quindi, si ricade nel dominio della regola. Ma la disposizione si rivela addirittura dannosa per l'imputato, in quanto, per la sua stessa formulazione, inverte l'onere della prova, costringendo la difesa, che intenda opporsi alla richiesta del pubblico ministero di acquisire la dichiarazione di un teste non presente al dibattimento, a provare la libera scelta nella sottrazione al contraddittorio²⁵.

Ancora un rilievo. Ogni proposizione in tanto può dirsi 'provata' in quanto lo sia 'oltre ogni ragionevole dubbio', formula preziosamente indeterminata, non essendo possibile quantificare la probabilità necessaria per ritenere raggiunta la prova (della condanna, come di qualsiasi altro tema)²⁶. L'oltre ogni ragionevole dubbio costituisce il livello massimo di prova che si può ottenere nel processo penale; ma rappresenta, al tempo stesso, anche il livello minimo perché, se si scende sotto quella soglia, si entra inevitabilmente nella zona dei sospetti e delle illazioni; sarebbe contraddittorio ritenere alcunché 'provato' quando sussistano ragionevoli dubbi sulla sua sussistenza.

Qualche autore obietta che esistono contesti in cui si segue uno *standard* inferiore, come nei provvedimenti cautelari dove varrebbe il criterio del 'più probabile che non'. È facile replicare che nei provvedimenti cautelari a mutare non è lo *standard* probatorio che resta sempre il medesimo, ma la proposizione da provare: anziché provare la colpevolezza, si prova (oltre ogni ragionevole dubbio) la probabile colpevolezza. Come si vede, 'il più probabile che non' appartiene alla proposizione da provare e non allo *standard* probatorio.

nel caso di specie, bisognerebbe convertire l'archiviazione e la sentenza di non luogo a procedere in termini 'conseguenziali' rispetto al rinvio a giudizio che diverrebbe così il termine 'marcato' e, come tale, motivato. Ma vi è dubitare sull'opportunità di una simile riforma, dato il pregiudizio che, in tal caso, il rinvio a giudizio rischierebbe di produrre per l'imputato. Occorre, semmai, riflettere se, nell'ottica di un recupero della centralità del dibattimento, non sia preferibile abolire il vaglio preliminare sull'accusa: in questo senso v. M. Daniele, *L'abolizione dell'udienza preliminare per rilanciare il sistema accusatorio*, in *sistemapenale.it*, 27 gennaio 2020, 131 s.

²⁵ F. Cordero, *Procedura* [2012], cit., 747 s.

²⁶ Trattandosi di una regola che è già implicita nel concetto stesso di 'provare', non stupisce che Cordero, *Procedura* [2012], cit., 995, così commenti l'introduzione della formula nel nostro processo ad opera dell'art. 5 l. 20 febbraio 2006 n. 46: «Ai fini della condanna l'art. 533 comma 1 [...] richiede enfaticamente che l'imputato risulti colpevole 'al di là d'ogni ragionevole dubbio': banale americanismo e verità ovvia; chi la proclama con l'aria di avere scoperto *mirabilia* cade nel discorso cosiddetto lapalissiano».

La conclusione del discorso è chiara. L'espressa formulazione di regole di giudizio e di *standard* probatori in sede processuale ha un senso solo se si intende derogare a quanto discende dalla fattispecie che contiene la proposizione da provare.

6. Equivoci in tema di invalidità derivata.

Un ultimo tema è offerto dall'invalidità derivata, disciplinata nel nostro codice dall'art. 185 c.p.p., secondo cui «la nullità di un atto rende invalidi gli atti consecutivi che dipendono da quello dichiarato nullo». Un luogo comune, tuttora presente in diversi manuali, identifica la dipendenza che determina l'invalidità derivata in una connessione causale, che si realizza quando l'atto nullo abbia esercitato un'influenza su quello successivo. Ad esempio, è nulla in via derivata la sentenza che abbia tenuto conto di una prova nulla; e, naturalmente, il vizio che si trasmette all'atto dipendente è della stessa specie di cui è affetto l'atto originario (quindi, a seconda dei casi, nullità assoluta, relativa o di genere intermedio). Dopodiché resta da chiedersi come si debba qualificare una sentenza che tenga conto di una prova 'inutilizzabile'. Parlare di sentenza inutilizzabile sarebbe assurdo; per lo più la si considera nulla, ma così non si spiega come il vizio originario possa, trasmettendosi, mutare natura.

Cordero ha giustamente demolito il luogo comune, mostrando come la 'dipendenza' a cui allude l'art. 185 c.p.p. non sia la dipendenza 'causale', ma quella 'giuridica' di tipo 'meccanico' che si profila quando un atto, nella previsione legislativa, costituisce il presupposto, la *condicio sine qua non* per il compimento di un altro atto (ad esempio, sono nulli gli atti del dibattimento quando è invalida la citazione)²⁷.

Come tale, l'invalidità derivata non può coinvolgere le prove – he, sia tra loro sia rispetto alla sentenza, non sono legate da vincoli legislativi di connessione obbligatoria – ma riguarda solo gli atti che si inseriscono come necessari nella serie procedimentale, ossia i c.d. atti propulsivi. La sentenza, che tenga conto di una prova invalida o persino inesistente, non è nulla, ma viziata nella motivazione, la quale collassa escludendo quella prova.

Contrariamente a quanto asserito recentemente dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 219 del 2019 sui rapporti tra perquisizione illegittima e sequestro²⁸, la circostanza che una prova sia nulla o inutilizzabile non ha alcun riflesso sul regime dell'invalidità derivata, che rimane sempre inapplicabile sul terreno delle prove, dato che il concetto di 'dipendenza', correttamente inteso, riguarda la disposizione degli atti nella previsione legislativa e non la loro successione occasionale nel singolo processo. Naturalmente, niente impedisce al legislatore di modificare la disciplina vigente, qualificando come 'nulla' ogni sentenza viziata nella motivazione, ma resta fermo che in tal caso la nullità opera in via originaria e non derivata.

²⁷ F. Cordero, *Procedura* [2012], cit., 1192 s., ma v., anche, in analogo senso A. Scella, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, Giappichelli, Torino, 2000, 199.

²⁸ Sulla sentenza costituzionale n. 219 del 2019, secondo cui l'invalidità derivata si applicherebbe alle nullità anche sul terreno probatorio, v., criticamente, di chi scrive, *Perquisizioni illegittime e sequestro: una singolare decisione di inammissibilità con effetti dissuasivi*, in *Giur. cost.*, 2019, 2589 s.

7. L'immediatezza tra legge e giurisprudenza.

Ho ricordato le parole di Cordero sul valore dell'oralità che, intesa come immediatezza – ossia come identità tra il giudice che assume la prova e quello che decide – costituisce il tema del convegno.

Immediatezza e contraddittorio assumono la doppia veste di *regole* o *principi* a seconda della chiave in cui li si analizza, con la differenza che il contraddittorio è costituzionalizzato, l'immediatezza no (come vedremo tra breve, si può solo, in via interpretativa, ritenere garantito il diritto al rinnovo della prova assunta *aliunde*)²⁹. Sono principi, soggetti a bilanciamento, nella parte in cui possono essere realizzati in una forma più o meno intensa. Sono regole, soggette eventualmente ad eccezioni, se espresse nella forma della fattispecie chiusa, ossia del 'se ... allora', in base alla quale implicano, rispettivamente, il divieto di utilizzare dichiarazioni raccolte unilateralmente (regola del contraddittorio) o assunte da un giudice diverso da quello che decide (regola dell'immediatezza).

L'incidente probatorio e l'art. 190-bis c.p.p. costituiscono eccezioni alla regola dell'immediatezza; ma, mentre l'incidente probatorio di per sé non esclude il diritto delle parti di ottenere la rinnovazione della prova in dibattimento, l'art. 190-bis c.p.p. comprime tale diritto in una nutrita serie di casi. Quanto al processo 'a distanza', introdotto dall'emergenza sanitaria, rappresenta un'attenuazione del principio dell'immediatezza, che viene bilanciato con il diritto alla salute.

Sul terreno dell'immediatezza si è assistito di recente ad una singolare vicenda che ha visto tre organi in sinergica azione: la Corte costituzionale, la magistratura con le Sezioni unite, il governo con la riforma Bonafede; e un grande assente, l'autonomia del potere legislativo. Raccontiamo questa istruttiva storia.

La Corte costituzionale, nel dichiarare inammissibile una questione di legittimità relativa agli artt. 525, 526 e 511 c.p.p.³⁰, ha ritenuto opportuno, con un gigantesco *obiter dictum*, dispensare una serie di consigli al legislatore e, principalmente, quello di introdurre eccezioni alla regola dell'immediatezza, limitando il diritto delle parti di ottenere la

²⁹Sulla distinzione tra regole e principi v. R. Dworkin, *I diritti presi sul serio* [1977], trad. it., Il Mulino, Bologna, 1982, 93 s.; nel nostro processo, la distinzione è ripresa, con riguardo ai rapporti tra diritto di difesa ed efficienza del processo, da R. Orlandi, *Garanzie individuali ed esigenze repressive (ragionando intorno al diritto di difesa nei procedimenti di criminalità organizzata)*, in *Studi in memoria di Gian Domenico Pisapia*, II, Giuffrè, Milano, 2000, 558 s.

³⁰ Corte cost. n. 132 del 2019: al riguardo v. i contributi 'a prima lettura' di P. Ferrua - O. Mazza - D. Negri - L. Zilletti, nel *Confronto di idee su: La post immediatezza nella nuova giurisprudenza costituzionale (a margine della sentenza n. 132 del 2019)*, in *Arch. pen.* (on line), 2019. In termini più analitici v., criticamente, M. Daniele, *Le "ragionevoli deroghe" all'oralità in caso di mutamento del collegio giudicante: l'arduo compito assegnato dalla Corte costituzionale al legislatore*, in *Giur. cost.*, 2019, 1551 s., nonché, in senso adesivo, R. Germano, *L'immediatezza e le sue contraddizioni: perché i principi non sono dogmi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 151 s. Da ultimo, v. l'approfondito studio di M. Bargis, *Il principio di immediatezza nel caso di mutata composizione del giudice: dai responsi di Corte costituzionale, Sezioni unite e Corti europee alle prospettive de iure condendo*, in *Sistema penale* (on-line), 2020, n. 4, 41 s.

rinnovazione dell'attività probatoria in caso di mutamento del collegio giudicante (art. 525 c.p.p.); secondo la Corte, i lunghi tempi di svolgimento del processo avrebbero in gran parte privato della sua ragion d'essere quel valore, strettamente legato alla speditezza del modello accusatorio.

Sorvoliamo qui sulle critiche che si possono rivolgere a un discorso che si risolve nella rassegnata accettazione dell'ordine esistente, senza impegnarsi nella ricerca dei possibili rimedi³¹. Quello che stupisce sul piano metodologico è che i consigli dispensati dalla Corte costituzionale prescindano da qualsiasi rilievo di legittimità costituzionale: nulla, infatti, viene imputato alle disposizioni oggetto del giudizio e, in particolare, all'art. 525 c.p.p. in termini di conformità ai precetti della Costituzione. Che la Corte costituzionale possa suggerire riforme al legislatore è accettabile nella stretta misura in cui ciò avvenga nel quadro delle sue competenze, vale a dire, attraverso rilievi di legittimità costituzionale; come accade, ad esempio, con le 'sentenze monito' che esortano il legislatore a modificare una disciplina ritenuta eccezionale costituzionalmente, ma la cui immediata declaratoria di illegittimità rischierebbe di creare vuoti legislativi (così, di recente, la sentenza n. 242 del 2019 relativa al c.d. suicidio assistito).

Non rientra, invece, a mio avviso, nelle competenze della Corte, organo privo di iniziativa legislativa, suggerire modifiche ad una disciplina che non offra il destro ad alcun rilievo di incostituzionalità. Suggestioni del genere, infatti, eserciterebbero, per l'autorità da cui promanano, un fortissimo condizionamento sugli organi legislativi, pari a quello che ne deriverebbe ove, per assurdo, la stessa Corte costituzionale fosse legittimata a presentare disegni di legge. Infatti, sebbene la Corte costituzionale si astenga formalmente e prudentemente da ogni rilievo di illegittimità, sul piano dei sottintesi e della ricezione collettiva del suo messaggio, è come se quei rilievi vi fossero.

Si aggiunga l'imbarazzo in cui verserebbe la Corte costituzionale quando fosse chiamata a giudicare sulla legittimità di disposizioni elaborate in conformità a quanto da lei stessa suggerito. Ipotesi tutt'altro che teorica nel caso di specie, dato che, secondo diversi autori, le limitazioni del diritto alla prova già contemplate nell'art. 190-bis c.p.p. sarebbero costituzionalmente eccezionali; e, ancor più, quelle eventualmente aggiunte. L'art. 111 comma 3 Cost. garantisce il diritto all'assunzione della prova «davanti al giudice»: è ragionevole supporre, in forza della preposizione articolata «al»³², che non si alluda ad un qualsiasi giudice, ma al giudice chiamato a pronunciare la sentenza di assoluzione o di condanna³³.

La conseguenza è chiara. Le testimonianze assunte in incidente probatorio restano pienamente valide e utilizzabili a fini decisori, perché formate in contraddittorio e, quindi,

³¹ In molti casi il mutamento del collegio giudicante potrebbe essere prevenuto, subordinando il trasferimento dei giudici alla conclusione dei processi in corso.

³² In antitesi a quanto previsto nel comma 2 della medesima disposizione (davanti «a» giudice terzo e imparziale).

³³ In tal senso v. P. Ferrua, *Il giusto processo*, 3 ed., Zanichelli, Bologna, 2012, 124 s.; O. Mazza, *Il sarto costituzionale e la veste stracciata del codice di procedura penale*, in *Confronto di idee*, cit.; D. Negri, *La Corte costituzionale mira a squilibrare il "giusto processo" sulla giostra dei bilanciamenti*, *ivi*.

in regola con i precetti costituzionali³⁴. Ma, salvo il caso di sopravvenuta irripetibilità, la difesa può chiedere che siano rinnovate nel dibattimento, beninteso in quanto non manifestamente superflue o irrilevanti (art. 190 comma 1 c.p.p.); dopodiché, le une e le altre saranno oggetto di libera valutazione da parte del giudice. Analoghi rilievi valgono per il rinvio del dibattimento davanti ad un collegio diversamente costituito; valide le prove già assunte, ma permane il diritto a chiedere la rinnovazione delle testimonianze di cui non appaia manifesta l'inutilità³⁵.

All'attacco diretto contro il contraddittorio subentra oggi un indirizzo meno appariscente e più discreto, quello dei gratuiti suggerimenti al legislatore perché introduca eccezioni alle regole del processo accusatorio. Dove sono le sentenze costituzionali del 1992 sulla svolta inquisitoria? Preferivo quasi il loro incedere magistrale e minaccioso, il loro sincero ardore inquisitorio.

L'inchiostro della sentenza costituzionale non era ancora asciutto che già si assisteva ad una sorta di gara tra governo e magistratura per restringere l'ambito operativo dell'immediatezza. Con un'interpretazione 'creativa' dell'art. 525 comma 2 c.p.p.³⁶, le Sezioni unite hanno subordinato, in caso di mutamento del collegio giudicante, il diritto alla rinnovazione della prova testimoniale a due condizioni di cui non vi è traccia nella legge: a) il diritto di chiedere il riascolto del teste compete solo alla parte che ne abbia chiesto l'ammissione; b) la parte deve indicare le specifiche circostanze che rendono necessaria la rinnovazione della testimonianza al fine di evitare che questa si risolva nella mera ripetizione di quanto già deposto³⁷.

In altri tempi, ci si sarebbe attesi che il legislatore intervenisse, in sede di interpretazione autentica, a ristabilire il rispetto della legge. Come dice Cordero (ancora Lui!), «sarebbe poco serio un legislatore che lasciasse manomettere i suoi testi»³⁸. Non così oggi, perché la reazione è stata di segno diametralmente opposto. Il governo ha prontamente aggiunto alla riforma Bonafede un codicillo per effetto del quale la deroga all'immediatezza, prevista nell'art. 190-bis c.p.p., viene estesa all'ipotesi di mutamento del collegio giudicante³⁹. Aniché vigilare sul rispetto dei suoi comandi, il legislatore, davanti alle sentenze creative della giurisprudenza di vertice, provvede, su iniziativa del governo, a

³⁴ Non essendo stato costituzionalizzato il principio dell'oralità, deve ritenersi del tutto legittimo il ricorso all'incidente probatorio che potrebbe anzi assumere maggiore rilevanza, proprio per la radicale inutilizzabilità delle dichiarazioni raccolte unilateralmente.

³⁵ Con ordinanza n. 399 del 2001 la Corte aveva affermato che, in caso di mutamento del giudice, la rinnovazione della prova ex art. 525 c.p.p. «non contrasta con gli artt. 25 e 101 Cost. in quanto imposta solo nell'ipotesi in cui sia possibile disporre l'esame e la parte ne abbia fatto espressa richiesta, mentre la prova medesima potrà comunque essere recuperata, attraverso il meccanismo della lettura, qualora il nuovo esame non abbia luogo per sopravvenuta impossibilità o per mancata richiesta delle parti».

³⁶ Sentenza 30 maggio 2019 n. 41736 (sentenza c.d. *Bajrami*).

³⁷ V., fra gli altri, A. De Caro, *La Corte Costituzionale chiama, le Sezioni Unite rispondono: il triste declino del principio di immediatezza*, in *Diritto penale e processo*, 2020, 293 s.

³⁸ F. Cordero, *Procedura penale* [2012], 533 con riguardo all'art. 1 del d.l. 1° marzo 1991 n. 60 che ha interpretato autenticamente l'art. 297 comma 4 c.p.p., disapplicato da una sentenza della Cassazione.

³⁹ Art. 5 comma 1 lettera e) ddl 13 marzo 2020 n. 2435 (Camera dei deputati).

ratificarle, mostrando così, se ancora occorresse, il loro carattere innovativo rispetto al diritto vigente. La confusione dei poteri non potrebbe essere più evidente⁴⁰.

Le cause di questa grave alterazione dei rapporti tra legge e giurisprudenza, per effetto della quale è la prima ad inseguire e a recepire la seconda, sono molteplici: la decadenza del linguaggio legislativo, sempre più incoerente, spesso contraddittorio o indecifrabile⁴¹; la progressiva conversione delle Corti europee in giudici-legislatori, a ciò incoraggiate anche dalle sentenze costituzionali che hanno affermato il carattere vincolante delle interpretazioni espresse in motivazione dai giudici di Strasburgo⁴²; le teorie del c.d. diritto post-moderno che, svalutando la soggezione del giudice alla legge, esaltano la creatività giurisprudenziale, come fonte di diritto al di là del caso deciso⁴³.

Non è un quadro consolante, ma sarebbe un grave errore ritenerlo irreversibile. In un ordinamento di magistrati reclutati per concorso, che godono delle più ampie garanzie di indipendenza da ogni altro potere, la sola protezione contro gli abusi della funzione giudiziaria – specie dopo la caduta delle immunità parlamentari – sta nella soggezione del giudice alla legge, nella centralità democratica della legislazione⁴⁴; la legge, certo, può essere ingiusta, ma il rimedio è la denuncia di illegittimità costituzionale e non la sua eversione in sede interpretativa, che ne lascerebbe intatta la potenziale nocività.

I tre poteri dello Stato, come i tre protagonisti del processo, costituiscono un campo di forze, in cui ogni singola alterazione si ripercuote sull'intero quadro. Declino del primato democratico della legislazione, dispotismo governativo e dispotismo giudiziario sono fenomeni, malattie che si attraggono reciprocamente, una conseguente all'altra. Se vacilla la centralità della legge, la domanda pertinente è: quale sarà la prossima tirannide? Il dispotismo governativo, quello giudiziario o l'uno e l'altro, come oggi rischia di accadere? Ecco perché sarebbe suicida rassegnarsi alla disfunzione del potere legislativo.

⁴⁰ Del fenomeno si sono già avuti diversi esempi, tra i quali spicca la c. d. riforma Orlando che – in modo alquanto maldestro – ha recepito gli ultimi indirizzi giurisprudenziali in tema di inammissibilità dei motivi di appello, di intercettazioni tramite il c.d. captatore informatico, di limiti alla rilevabilità dei vizi nel giudizio abbreviato; indirizzi che nessuno avrebbe avvertito la necessità di tradurre in una legge di riforma, se fedeli al diritto vigente. *Cedant leges togae*: in queste parole si potrebbe riassumere il capovolgimento di rapporti tra legislazione e giurisdizione, tra diritto vigente e diritto vivente.

⁴¹ Ad aggravare la disfunzione del potere legislativo è sopraggiunta l'emergenza sanitaria, per effetto della quale si sono introdotti limiti alla libertà di circolazione con decreti governativi, anziché con legge, come vuole la Costituzione.

⁴² Sentenze c.d. gemelle (nn. 348 e 349 del 2007) sulle quali v., in termini critici, P. Ferrua, *La prova*, cit., 291 s. La stessa Corte costituzionale ha provveduto, in seguito, a ridimensionare l'originario assunto, verosimilmente preoccupata delle sue negative conseguenze. Prima, riconoscendo un 'margine di apprezzamento' sulle interpretazioni dei giudici europei (sentenze n. 317 del 2009 e n. 15 del 2012); poi limitando il vincolo ai soli indirizzi 'consolidati' (sentenza n. 49 del 2015).

⁴³ Per un quadro delle teorie del diritto post-moderno v. gli scritti raccolti nel volume *Percorsi giuridici della post-modernità*, a cura di Roberto E. Kostoris, Il Mulino, Bologna, 2016.

⁴⁴ Per il richiamo alla legalità, intesa con centralità della legge, v. F. Caprioli, *Il giudice e la legge processuale: il paradigma rovesciato*, in *Indice penale*, 2017, 967; M. L. Di Bitonto, *Giudici e bugie*, in *Cass. pen.*, 2018, 543.4, 4062 s.; P. Ferrua, *Il giusto processo tra governo della legge ed egemonia del potere giudiziario*, in *Diritto penale e processo*, 2020, 5 s.; D. Negri, *Splendori e miserie della legalità processuale*, in *Aa.Vv.*, *Legge e potere nel processo penale. Pensando a Massimo Nobile*, Cedam, 2017, 54 s.; O. Mazza, *Tradimenti di un codice*, cit., 95 s.