

# Corderiana

Sulle orme di un maestro del rito penale

*a cura di*

Elena Maria Catalano e Paolo Ferrua



**Giappichelli**

## GLI AUTORI

- ROSSANO ADORNO, ordinario di procedura penale nell'Università del Salento
- ENNIO AMODIO, emerito di procedura penale nell'Università Statale di Milano
- GIAN MARCO BACCARI, associato di procedura penale nell'Università di Siena
- MICHELE CAIANIELLO, ordinario di procedura penale nell'Università di Bologna
- ELENA MARIA CATALANO, associato di procedura penale nell'Università dell'Insubria
- MARCELLO DANIELE, ordinario di procedura penale nell'Università di Padova
- AGOSTINO DE CARO, ordinario di procedura penale nell'Università del Molise
- PIERPAOLO DELL'ANNO, ordinario di procedura penale nell'Università di Roma "Tor Vergata"
- PAOLO DI LUCIA, ordinario di filosofia del diritto nell'Università Statale di Milano
- FILIPPO RAFFAELE DINACCI, ordinario di procedura penale nell'Università LUISS "Guido Carli" di Roma
- PAOLO FERRUA, emerito di procedura penale nell'Università di Torino
- ENRICO MARZADURI, ordinario di procedura penale nell'Università di Pisa
- PIER PAOLO PAULESU, ordinario di procedura penale nell'Università di Padova
- SERENA QUATTROCOLO, ordinario di procedura penale nell'Università del Piemonte Orientale
- CRISTIANA VALENTINI, ordinario di procedura penale nell'Università "G. d'Annunzio" di Chieti-Pescara
- GIANLUCA VARRASO, ordinario di procedura penale nell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano
- LORENZO ZILLETTI, avvocato penalista, responsabile del Centro Studi Aldo Marongiu dell'Unione delle Camere penali italiane



## QUESTA NON È UNA PREFAZIONE

Consapevoli che, come afferma Th. S. Eliot, “i rari libri che meritano una prefazione sono quelli che non ne hanno bisogno”, ringraziamo affettuosamente gli amici che hanno accettato, con i loro scritti, di confrontarsi con il pensiero del grande Franco Cordero.

L’auspicio è che a questa raccolta di scritti altre ne possano presto seguire in un proficuo dialogo con i più illustri maestri della procedura penale.

ELENA MARIA CATALANO  
PAOLO FERRUA



PARTE I  
IDEOLOGIE DEL PROCESSO  
ACCUSATORIO



CAPITOLO I

LA LEGALITÀ PROBATORIA: DAL PENSIERO  
DI CORDERO ALL'APPRODO  
NEL RITO ACCUSATORIO

di *Ennio Amodio*

SOMMARIO: 1. La rinascita degli studi sulle prove penali e il ruolo di Franco Cordero. – 2. Legalità e libertà della prova nel panorama storico-comparativo. Il «legalismo probatorio» di Cordero. – 3. Il diritto delle prove penali nel codice del 1988. L'ampliamento dell'area della disciplina normativa. – 4. Un ulteriore sviluppo sul piano extranormativo: la prospettiva delle regole probatorie giurisprudenziali.

1. *La rinascita degli studi sulle prove penali e il ruolo di Franco Cordero.*

È stato Giuliano Vassalli verso la fine degli anni '60 del secolo scorso a segnalare un fiorire di studi sulle prove penali che il Novecento non aveva mai prima di allora conosciuto<sup>1</sup>. Vassalli aveva segnalato i nuovi orizzonti del pensiero processualpenalistico in apertura del suo ben noto saggio sul diritto di difendersi provando<sup>2</sup>. E lasciava intendere di sentirsi pronto ad entrare, sia pure in punta di piedi secondo il suo costume, nella cerchia dei pionieri incamminati verso la riscoperta dei modi di articolazione del conoscere giudiziale.

Nella pattuglia dei fautori del nuovo corso evocata dal grande maestro romano, Franco Cordero occupava già fin da allora una posizione di primo piano. Nei suoi *Tre studi sulle prove penali*<sup>3</sup> aveva saputo rifondare la materia partendo dalle sue radici storico culturali, per tracciare poi la mappa delle questioni nota-

---

<sup>1</sup> Non va però dimenticato che, nei primi decenni del Novecento, un noto studioso di estrazione positivista aveva pubblicato un importante lavoro in due volumi, pregevole per accuratezza e originalità dell'approccio: E. FLORIAN, *Delle prove penali*, Giuffrè, Milano, 1924.

<sup>2</sup> V. G. VASSALLI, *Il diritto alla prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, p. 3.

<sup>3</sup> Il volume è stato pubblicato da Giuffrè, Milano, 1963.



li del fenomeno probatorio, dalle sequenze procedimentali alla tematica delle prove illecite.

Veniva così ad emergere il territorio dell'*evidence* come continente diverso da quello della procedura, anche se la sua autonomia non veniva particolarmente accentuata da Cordero, forse perché egli ragionava nel solco del pensiero antico e dava poi rilievo al dibattito francese sulla *intime conviction* e sulle riforme ottocentesche nell'Europa continentale, senza dare spazio alla *law of evidence* inglese che non era però tanto lontana dall'esperienza italiana perché aveva storicamente ereditato almeno una parte degli esiti degli studi tardo medievali condotti dai dottori dell'inquisizione che avevano elaborato il regime delle prove legali.

Tra gli innovatori che si erano impegnati a riaprire la strada delle tematiche probatorie, Giuliano Vassalli aveva indicato anche Giuseppe De Luca, giurista-filosofo e, al tempo stesso, profondo conoscitore del modo di formarsi della prova nelle udienze penali vissute tante volte nel ruolo di difensore<sup>4</sup>. Il rilancio da parte di De Luca dei temi di gnoseologia giudiziaria, che raccoglieva l'invito di Carnelutti di "tornare al giudizio", prendeva le mosse dalla Nuova retorica di Perelman e dalle riflessioni contenute nella bella monografia di Alessandro Giuliani sul concetto di prova<sup>5</sup>. E poiché l'insigne processualista romano era sempre stato refrattario ai soprusi e alle pratiche arbitrarie di certi magistrati, la sua lezione era anche un monito a combattere in prima fila, dalla trincea delle garanzie processuali, ogni deviazione nel percorso conoscitivo del giudice.

Da questi contributi e anche da altri studi non trascurati da Vassalli<sup>6</sup>, avrebbe potuto germogliare una nuova corrente di pensiero capace davvero di mettere la prova al primo posto nelle ricerche di procedura penale. Ma non è stato così. A dominare la nostra materia nella seconda metà del Novecento è stata la figura di Giovanni Conso che ha aperto la stagione degli splendori della dottrina pura del processo penale, spazzando via il c.d. «cenerentolismo», così da ridare la piena dignità alle indagini sulla giustizia penale condannando, peraltro, il tema della prova a rimanere rinchiuso in un angolo.

È vero che non sono mancati apporti di notevole livello sul fenomeno probatorio come la monografia sul libero convincimento di Massimo Nobili<sup>7</sup>, non a caso allievo di De Luca, e il lavoro di un altro brillante seguace del *new deal* probatorio, Paolo Ferrua, che aveva imparato ad amare i nuovi temi da Franco Cordero<sup>8</sup>.

<sup>4</sup>G. DE LUCA, *Logica e metodo probatorio giudiziario*, in *Scuola positiva*, 1965, p. 30 ss.

<sup>5</sup>A. GIULIANI, *Il concetto di prova*, Giuffrè, Milano, 1961.

<sup>6</sup>G. VASSALLI, *Il diritto alla prova nel processo penale*, cit., p. 4, nota 2, nella quale si richiamano gli scritti di Michele Massa, Giuseppe Sabatini, Pietro Nuvolone, cui si dovrebbe aggiungere l'articolo di G. GUARNERI, *L'altare e le vittime, a proposito del libero convincimento del giudice*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, p. 595.

<sup>7</sup>M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Giuffrè, Milano, 1974.

<sup>8</sup>P. FERRU, *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*, Giuffrè, Milano, 1981.

Alla vigilia della elaborazione del nuovo codice con l'impronta del rito accusatorio non si poteva certo ritenere che la materia delle prove avesse trovato una sostanziale emersione nelle direttive della legge delega. Eppure la Commissione Pisapia ha saputo recepire e mettere a frutto le acquisizioni raggiunte dalla nuova cultura sull'*evidence*, anche se essa era rimasta sempre in un luogo appartato e secondario. Così è stato creato il libro III, interamente dedicato alle prove, ed è stata codificata una parte generale della materia in cui figura la disciplina dell'ammissione, dell'assunzione e della valutazione degli strumenti di convincimento del giudice (artt. 187-193 c.p.p.).

Ciò conferma che l'insegnamento dei pionieri novecenteschi del ritorno alla gnoseologia giudiziaria, anche senza aver trovato una grande espansione nella letteratura sul processo penale, era però riuscito a far lievitare nella cultura degli estensori del Progetto un marcato interesse al punto da spingere ad un pieno sviluppo la disciplina probatoria, considerata ormai connaturale ad un sistema accusatorio in cui sono le parti a dominare la scena processuale.

## 2. *Legalità e libertà della prova nel panorama storico-comparativo. Il «legalismo probatorio» di Cordero.*

Quando si parla di legalità probatoria, si fa riferimento ad una disciplina normativa che investe uno o più aspetti del procedimento di ammissione, assunzione o valutazione dei mezzi destinati a formare il convincimento del giudice. All'opposto, *libertà della prova* è locuzione che designa un potere dell'organo giurisdizionale di autoregolare l'ingresso nel giudizio e l'uso delle prove, senza essere condotto per mano dal legislatore. Nella nostra cultura processuale, attualmente, anche a seguito dei principi accolti in materia dal codice di procedura penale vigente, alla nozione di legalità si accompagna un apprezzamento che le attribuisce valore fondante dell'accertamento giurisdizionale, mentre si guarda alla libertà della prova come ad un piano inclinato che può condurre all'arbitrio.

Questa contrapposizione un po' manichea non trova però sempre riscontro nella storia della giustizia penale e nel diritto comparato. Il regime delle prove legali, costruito nel processo dell'Europa continentale in età medioevale, era concepito come un baluardo garantistico nei confronti dello strapotere di giudici privi di indipendenza e di adeguata preparazione. Nella dottrina dell'Illuminismo questo valore positivo è stato invece disconosciuto, come è noto, sulla base del ripudio della mortificazione delle capacità cognitive dell'uomo razionale. Si rivendicava una libertà del conoscere che doveva restituire la dignità al giudice riabilitato a decidere senza i vincoli soffocanti della legge.

Dopo questo capovolgimento, e in seguito all'affermarsi dell'*intime convinc-*

---

Mi permetto di ricordare qui anche il mio saggio *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, p. 311.

*tion*, originata dal trapianto della giuria in Europa e intesa come operazione intuitiva e perciò irrazionale, ha cominciato a formarsi, in controtendenza, un orientamento propenso a depurare il libero convincimento dai suoi aspetti emotivi per concepirlo soltanto come chiave di accesso alla prova fuori da vincoli valutativi, fino ad approdare alla riscoperta del valore della legalità cui si è giunti ai nostri giorni.

Questa curiosa oscillazione del pendolo della storia che mette in scena una legalità «buona», per rifiutarla poi come «cattiva» in nome della riconquistata razionalità della conoscenza, per tornare infine ad una legalità ripristinata come valore nel sistema moderno, lascia intendere quanta cura si debba oggi adoperare per mettere a fuoco la valenza dei due concetti contrapposti nella cultura processuale del tempo presente.

C'è da aggiungere, per completare il quadro di assieme dei diversi modelli conosciuti dai fautori della rinascita del diritto probatorio, che anche gli echi del sistema di *common law* si erano fatti sentire dando rilievo ad una disciplina della legalità diversa da quella delle prove legali. In Inghilterra il rito accusatorio aveva sperimentato il regime delle *exclusionary rules*, sorto nel *jury trial* per prevenire errori di valutazione da parte dei giurati. Così era nata una legalità escludente, cioè un reticolo di norme sulla utilizzabilità della prova che esercitavano una funzione meno invadente delle regole di prova legale applicate nel processo continentale. Il *genus* delle regole di esclusione, nato per assicurare il corretto esercizio dell'accertamento del fatto, aveva indotto a costruire un filo spinato attorno alla giuria, in una direzione opposta a quella scaturita dal trapianto del *jury* in Europa che era sfociato invece nella versione irrazionale dell'*intime conviction*.

Di fronte a questa sorprendente altalena storica tra legalità e libertà, il contributo di Franco Cordero appare rivolto a demolire la degenerazione dell'arbitrio nella valutazione, strumento capace di consegnare al giudice il governo assoluto della prova. La versione irrazionalistica sorta in Europa che dipingeva l'*intime conviction* come luogo dell'intuizione e del sentimento era divenuta dominante anche nella prassi processuale del codice Rocco. E Cordero si era fatto portatore di un attacco frontale che mirava ad abbattere questo *idolum fori* così robusto da attribuire al giudice il potere assoluto di plasmare la prova a suo piacimento.

Con la sua prosa tagliente e colorita, il capofila del *new deal* probatorio si era impegnato a far scomparire quella anarchia conoscitiva che si rinnovava nei processi penali in tutto l'arco della attività diretta a ricostruire il fatto. Così il potere sulla prova desunto arbitrariamente dal libero convincimento gli appariva come «un grimaldello nelle mani di un giudice onnisciente»<sup>9</sup>. Da qui la consapevolezza che il libero convincimento non autorizza a pronunciarsi in base ad una prova illegittimamente ammessa o invalidamente assunta<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 602.

<sup>10</sup> F. CORDERO, *Pil procedimento probatorio*, in *Tre studi sulle prove penali*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 65.

È da questa patologia della attività conoscitiva che Cordero imbocca la strada del «legalismo delle prove»<sup>11</sup> che costituisce la parte costruttiva della sua teoria mirata a recuperare la razionalità di uno dei gangli vitali della procedura penale della seconda metà del Novecento. Il tasso di legalità che si impone in conseguenza del ripudio della prova libera è quello che si riassume in un programma di tutela delle forme tipiche dell'atto probatorio e nella garanzia della libertà morale con l'esclusione dei mezzi idonei ad influire sulla autodeterminazione del dichiarante<sup>12</sup>.

Come si vede, l'area della legalità corderiana è definita con riferimento alle fasi di ammissione e di assunzione della prova, con il rifiuto di ogni sviluppo sul terreno della valutazione.

Viene in tal modo ad affiorare una peculiarità del pensiero di Cordero che si sostanzia nella negazione di qualsiasi forma di legalità capace di investire il momento valutativo. Qui si rivela l'animo di pura marca illuminista dello studioso che più di ogni altro ha contribuito alla rinascita del diritto delle prove penali nel nostro Paese. Egli avvertiva che il vincolo derivante dalla valutazione predefinita del legislatore anche se «risparmia fatiche istruttorie», «ripugna all'etica giudiziaria» perché la sorte dell'imputato non può essere decisa dal calcolo statistico<sup>13</sup>. Evidente è l'eco del pensiero dei *philosophes* con la sua esaltazione del primato della ragione. Essa non può venire soffocata da comandi in punto di ricostruzione del fatto, magari sorretti da una aritmetica tutta astratta e lontana dalla conoscenza empirica.

La condanna del regime delle prove legali è per Cordero netta e globale. È un sistema che «implica orizzonti chiusi e conclusioni meccaniche»<sup>14</sup>. E aggiunge: «espulsa due secoli fa, la precettistica su come valutare la prova non è più riapparsa»<sup>15</sup>. Tenuto conto della «altissima posta in gioco», il processo penale «richiede una ricerca che dia fondo a tutte le possibilità logiche»<sup>16</sup>.

Per la verità, un simile atteggiamento di totale repulsione della *legalità probatoria vincolante* non era condiviso da altri processualpenalisti della seconda metà del Novecento. Essi facevano infatti rilevare come la ratio garantistica delle prove legali potesse rivestire ancora un ruolo non secondario anche nel processo penale moderno. E invitavano ad una più attenta riconsiderazione di alcune regole valutative che avrebbero potuto soddisfare ragioni di cautela nel valutare la prova<sup>17</sup>. Da altri si affermava più decisamente che «un totale ostracismo alle prove legali non appare giusto»<sup>18</sup>.

<sup>11</sup> F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 601.

<sup>12</sup> F. CORDERO, *Tre studi*, cit., p. 606.

<sup>13</sup> F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 593.

<sup>14</sup> F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 594.

<sup>15</sup> F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 601.

<sup>16</sup> F. CORDERO, *Diatribes sul processo accusatorio* (1964), in ID., *Ideologie del processo penale*, Giuffrè, Milano, 1966.

<sup>17</sup> Così, G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, vol. II, Jovene, Napoli, 1961, p. 156.

<sup>18</sup> G. GUARNERI, *L'altare e le vittime*, cit., p. 595.

Sembra, dunque, che l'approccio di Cordero alla costruzione di una legalità probatoria alternativa al modello arbitrario della prova libera debba essere definito come circoscritto e limitato, nonostante l'incisività dell'attacco portato allo stravolgimento generato dall'*intime conviction*. E ciò con riguardo all'area di estensione del legalismo verso cui è stata indirizzata la sua azione riformatrice e anche in relazione alla qualità della disciplina normativa da privilegiare. Ed invero, il maestro aveva, da un lato, espresso la sua avversione nei confronti della *legalità vincolante*, cioè dalla valutazione predeterminata dal legislatore, dall'altro, si era mostrato contrario anche alle *exclusionary rules* del sistema di *common law*, tanto da schierarsi nettamente contro l'adozione del vizio di inutilizzabilità della prova quando questa nuova sanzione è stata disciplinata nell'art. 191 c.p.p. Nel definire «tautologico e quindi vuoto» il nuovo disposto normativo che qualificava per la prima volta come «inutilizzabili» gli atti compiuti in violazione di un divieto probatorio<sup>19</sup>, Cordero aveva fatto capire apertamente di non credere alla *legalità escludente* forgiata dal rito accusatorio angloamericano.

Si può ipotizzare che a queste conclusioni egli sia giunto soprattutto per il peso della sua immensa cultura che lo aveva spinto a diffidare profondamente delle prove legali e a trascurare l'esperienza angloamericana perché, forse, gli appariva priva di adeguate radici storico-politiche a fronte della ricchezza rinvenibile nel dibattito apertosi tra fine Settecento e Ottocento nel mondo di lingua francese.

### 3. *Il diritto delle prove penali nel codice del 1988. L'ampliamento dell'area della disciplina normativa.*

Se si misura la *quantum* di legalità probatoria nel codice del 1988, se ne ricava l'immagine di un fiume in piena con un livello incredibilmente superiore a quello rapportabile alla massa d'acqua proveniente dai suoi affluenti. C'è insomma da constatare un *plus* rispetto agli orizzonti di riforma intravisti dagli studiosi che ho più sopra definito come i pionieri della riscoperta della gnoseologia giudiziaria, Cordero, De Luca e i più giovani protagonisti di quella stagione virtuosa. È accaduto qualcosa che non era prevedibile. La Commissione Pisapia si è trovata libera di disciplinare una materia che non era particolarmente imbrigliata dalle direttive della legge delega e, sul piano della progettualità, grazie alla lungimiranza del Presidente e del suo vice, Giovanni Conso, i «professorini» come me ed altri colleghi impegnati nel lavoro di redazione delle norme hanno avuto la possibilità di muoversi con sufficiente autonomia da mettere in cantiere soluzioni avanzate e fuori dagli schemi proposti dalla elaborazione della dottrina.

È stato così che è sorta e si è cristallizzata nel Progetto preliminare l'idea, pri-

---

<sup>19</sup> Per una riflessione sulle radici filosofiche dell'*evidence*, v. W. TWINING, *Theories of Evidence, Bentham & Wigmore*, Weidenfeld & Nicolson, Londra, 1985.

va di riscontri nella procedura penale europea continentale, della creazione di un intero libro dedicato alla prova. Era la risposta più forte e appropriata al prevalere delle forme degenerative del libero convincimento che avevano condotto a concepire gli strumenti del conoscere giudiziale come momenti di una fenomenologia destinata a dissolversi nella sfera psicologica del magistrato. La costruzione di una *sedes* del sistema processuale tutta incentrata sulla disciplina della prova costituiva il primo e più importante passo per rendere manifesto che l'accertamento del fatto si compone di atti direttamente osservabili e suscettibili di regolamentazione perfino sul piano più intimo della valutazione.

È fin troppo evidente il peso rivestito dalla felice suggestione del modello di *common law* con le sue due autonome categorie dell'*evidence* e della *procedure*.

Le origini storiche della dicotomia sono legate all'affermarsi del *jury* come giudice del fatto, bisognoso di esser condotto per mano nella valutazione della prova da regole dettate da pregresse esperienze conoscitive allo scopo di prevenire errori di valutazione<sup>20</sup>.

La funzione delle *rules* probatorie in un moderno ordinamento come il nostro tiene conto ovviamente che la preparazione e la cultura del giudice togato rendono meno necessario il ricorso a cautele nell'esercizio delle funzioni valutative. Resta però l'esigenza garantistica di prevenire l'anarchia conoscitiva e di rendere più sorvegliato il giudizio di fatto anche da parte del magistrato. Da qui la ragion d'essere del diritto delle prove penali che è espressione di una giuridicità generatrice dell'obbligo di uguaglianza nel trattamento dei diversi imputati anche nel giudizio di fatto e del rispetto della razionalità nella valutazione delle prove al fine di prevenire l'approssimazione decisoria.

Come si sa, il codice vigente ha introdotto, all'inizio del libro terzo, il titolo dedicato alle disposizioni generali. Qui si avverte il peso dell'insegnamento proveniente dal *new deal* dei processualisti di fine Novecento. Non solo c'è la scansione del procedimento probatorio nella sua articolazione triadica, secondo la ben radicata e risalente descrizione delle sue diverse fasi. Ci sono anche le norme sulla tutela processuale della libertà morale (art. 189) e la disciplina del diritto alla prova (art. 190) che rivelano l'eco della riflessione svolta dalla cultura processuale. Le disposizioni sulle prove illegittimamente acquisite (art. 191) e sulla valutazione (art. 192), pur recependo spunti già presenti in dottrina o in giurisprudenza, interpretano un bisogno di legalità dovuto alle proposte originali della Commissione redigente.

Va ricordata la forza innovativa che scaturisce dal principio secondo cui le prove sono ammesse a richiesta di parte (art. 190). Ne è venuto fuori un inedito aspetto della legalità che non sembra sia stato finora adeguatamente sottolineato. Il rito accusatorio attribuisce alle parti l'iniziativa nella introduzione e nella elaborazione della prova. E così le sequenze definite dalla istruzione dibattimentale con l'assunzione dei contributi dichiarativi a carico cui fa seguito la raccolta

---

<sup>20</sup> Sui rapporti tra *law of evidence* e *jury trial*, v., in particolare, W. TWINING, *Evidence and Legal Theory*, in 47 *Mod. Law. Rev.*, 1984, p. 261.

di quelli a discarico (art. 496) nonché i tempi normativamente scanditi per l'esame diretto, cui fanno seguito il controesame e il riesame con le eventuali domande del giudice (art. 506), tutti insieme questi atti concatenati delineano un ordine che nella sua fissità fa capire come il dato probatorio si forma in dibattimento in un susseguirsi di porzioni di rappresentazione del fatto riconoscibili come prodotto dell'una o dell'altra parte, in quanto manifestazione di due contrapposte verità.

La legalità dell'ordinato procedere alla assunzione della prova sta agli antipodi della libertà del giudice di programmare o improvvisare l'acquisizione dei mezzi di prova nel modo più funzionale alle sue esigenze conoscitive, sul presupposto che la conoscenza del fatto deve articolarsi al fine di soddisfare le necessità di ricostruzione avvertite dal giudice.

Tra gli imperativi della legalità che assumono rilievo primario, c'è indubbiamente la tutela della forma degli atti probatori. È un tema che, come si è visto più sopra, è stato affrontato anche da Franco Cordero con il mettere in luce che la prima garanzia di attendibilità di una prova è quella che deriva dal rispetto della tipicità dell'atto da cui nasce. Su questo fronte il sistema del 1988 ha costruito il perno della disciplina introducendo il concetto del divieto probatorio che investe in primo luogo la forma dell'atto. È questo sicuramente un aspetto della ammissibilità che trova poi il suo presidio sul piano sanzionatorio nella inutilizzabilità.

Sul punto, tuttavia, come si è anticipato più sopra (v. n. 2), Cordero si è pronunciato in modo assai critico. Egli sembra quasi mosso da un furore iconoclasta che lo ha spinto a vedere nella inutilizzabilità delle prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge (art. 191) un disposto vuoto, appesantito da «un'enfasi grossolana», dettata dall'idea di essere di fronte a «massime americane sull'albero avvelenato»<sup>21</sup>. È in sostanza una sonora bocciatura della nuova sanzione che l'autore di *Tre studi sulle prove penali* evita persino di evocare, mostrando di voler rimuovere persino il *nomen* "inutilizzabilità".

È lecito domandarsi cosa abbia provocato un simile terremoto nell'animo di un grande studioso che ha sempre combattuto per la legalità probatoria. A me sembra che ci siano state due cause scatenanti. In primo luogo, egli ha avvertito il neologismo pensando che non ci fosse bisogno di enfatizzare la nascita di un nuovo vizio, tenuto conto che poteva bastare ricondurre la prova illegittima sotto la categoria della inammissibilità o della inefficacia. È facile però osservare che chi ha tenuto a battesimo la nuova sanzione ha inteso dar vita ad un vizio del tutto inedito per evitare ambiguità sul piano del trattamento. La possibilità di rilevare l'inutilizzabilità anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento per l'inosservanza di un divieto probatorio genera una reazione sul piano processuale al più alto grado di forza repressiva, per denotare che la lesione è della massima gravità.

Inoltre, si può pensare che a Cordero non sia piaciuta l'eco del modello di

---

<sup>21</sup> F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., pp. 604-605.

*common law* che si percepisce nel *nomen* trovato per la nuova sanzione. È un pizzico di contrarietà per l'eterofilia, che peraltro non può far dimenticare l'incisività del riferimento alle *exclusionary rules* da cui la nostra inutilizzabilità ha preso proprio la capacità di esprimere lo sbarramento posto nei confronti dell'uso decisivo di materiale da escludere dall'ambito delle fonti di convincimento.

Sembra quindi che Cordero abbia voluto rimarcare un dissenso più per la forma verbale che per la sostanza, essendo anche per lui scontato che la prova *contra legem* deve restare fuori dal circuito degli elementi destinati a dar corpo al momento valutativo<sup>22</sup>.

È dunque inspiegabile lo svuotamento di portata prescrittiva dell'art. 191 c.p.p. perché, oltre a sanzionare l'inosservanza dei divieti espressi, la norma si riferisce, come è ormai da tutti riconosciuto, anche a quel fondamentale sbarramento relativo all'uso degli atti raccolti nella fase procedimentale, che non entrano nel fascicolo del dibattimento e sono quindi colpiti da una *inutilizzabilità fisiologica*, essendo privi di attitudine persuasiva a fungere da fonti di convincimento per l'accertamento del fatto.

Se il rifiuto della *legalità probatoria escludente*, di stampo angloamericano, è nettissimo nel pensiero di Cordero, ancor più rocciosa e irreversibile è la sua condanna dei vincoli derivanti dalle prove legali, come si è visto più sopra (v. n. 2). Anche l'art. 192 c.p.p. è divenuto il bersaglio di un'aspra critica che fa leva essenzialmente, come per l'art. 191, sul presunto vuoto prescrittivo della norma. La disciplina dell'obbligo di motivare stabilisce che il giudice dia conto nella sua esposizione dei motivi «dei risultati acquisiti e dei criteri adottati». Sarebbe dunque questa una massima puramente didascalica. Così ragionando, si dimentica però che la norma era necessaria al fine di ribadire la piena conferma del libero convincimento, configurato in una chiave del tutto razionale, attraverso la previsione di un discorso giustificativo in fatto e in diritto che esplicita le prove e i criteri di valutazione adottati dal giudice.

Stupisce pure che il grande maestro abbia bollato come priva di contenuto prescrittivo la doverosa pluralità, le convergenze, la precisione e la gravità degli indizi. Per la prima volta nel nostro ordinamento si è rimossa una stortura che rendeva vincolato il giudice civile nel decidere un fatto, ad esempio, l'esistenza di una responsabilità del conducente di automobile, lasciando invece l'organo giurisdizionale penale del tutto libero di soppesare a suo piacimento gli indizi per accertare un delitto di omicidio.

Infine, Franco Cordero qualifica come massima puramente didascalica anche quella dell'art. 192 comma 3 c.p.p. che introduce il regime della *corroboration*, già consolidato in sede giurisprudenziale, per le dichiarazioni eteroaccusatorie rese dal coimputato del medesimo reato o di un reato connesso a norma dell'art.

---

<sup>22</sup> Si può anche immaginare che il rifiuto della legalità escludente derivi dal fatto che il vizio fulmina perentoriamente l'uso della prova illegittimamente acquisita, mentre a lui premeva di far salvi i casi in cui, nonostante la violazione del *modus procedendi*, viene sequestrato materiale definibile come corpo del reato: v. F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 605.



12 c.p.p. Ed è davvero difficile comprendere come si possa ridurre al rango di un mero *flatus vocis* una disposizione da cui dipende l'accertamento della responsabilità di un individuo cui è addebitata una condotta criminosa.

La verità è che la norma sugli indizi e quella sulla *corroboration* riguardante le dichiarazioni del correo sono veri e propri canoni vincolanti in punto di valutazione della prova. Il codice vigente non ha seguito Cordero nel suo globale e granitico rifiuto delle prove legali. Non c'è dubbio infatti che le due disposizioni in esame siano forme di *legalità probatoria vincolante* che attestano come anche in un sistema processuale moderno, libero da regole valutative motivate da oscurantismo sociale o da obiettivi di mortificazione gnoseologica, le prove a valutazione legale predeterminata possono tuttora svolgere una funzione assai apprezzabile.

Resta un'ultima riflessione sull'uso della disciplina legale a così ampio raggio nella normativa processuale penale vigente. Nonostante l'apporto virtuoso della nuova legalità, coerente con il rito accusatorio, sopravvivono sacche di resistenza e tendenze regressive che frenano il pieno affermarsi della legalità della prova. Basterà qui ricordare, anzitutto, la persistente vitalità dello spirito inquisitorio in una parte di quella magistratura che non ha ancora metabolizzato interamente i valori del processo accusatorio. Da qui gli strappi in alcuni settori dell'attività probatoria, là dove si tende a forzare i confini della tipicità della prova<sup>23</sup> o a manifestare, da parte del giudice, un iperattivismo che finisce per interferire nell'esame condotto dalle parti, in violazione dell'art. 506 c.p.p.

Sono sintomi di una aspirazione a tornare alla gestione più elastica della prova come era consentito nel vecchio sistema. Al di sotto del piano normativo della legalità, sopravvive una cultura che vuole ripristinare il modello processuale in cui il giudice era il *dominus* della prova.

D'altra parte, a far deragliare il sistema fuori dal rigore del regime dettato dal legislatore, è stato lo stesso legislatore con la politica del doppio binario che ha introdotto un rito derogatorio per i reati in materia di criminalità organizzata. Esemplare la previsione dell'art. 190-*bis* c.p.p. che esclude l'esame quando il teste o il coimputato ha già reso dichiarazioni in un precedente rito in cui è stato esercitato il diritto al contraddittorio da parte dell'imputato. Questa amputazione del diritto alla prova è stata poi estesa, come è noto, ai processi per altri gravi reati indicati dal comma 1-*bis* dell'art. 190-*bis*.

Ciò che si può oggi auspicare, è che, per arginare ulteriori restrizioni al regime della legalità, la cultura processualpenalistica ritorni a coltivare gli studi sull'*evidence* nel processo penale, riannodando il filo della ricerca a quello dei pionieri novecentisti che tanto hanno influito sulla svolta del 1988.

---

<sup>23</sup> F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 604.

#### 4. Un ulteriore sviluppo sul piano extranormativo: la prospettiva delle regole probatorie giurisprudenziali.

Anche al di là del piano legislativo, l'esigenza di predeterminare regole di ammissione o canoni di valutazione relativi a certe prove è così forte da aver spinto più volte la giurisprudenza a confrontarsi con questo problema. È una riflessione che continua a manifestarsi pure nella attuale esperienza giudiziaria, così come è già avvenuto in passato, al punto da far pensare ad un parallelismo con il fenomeno della legalità probatoria.

Il punto di partenza per mettere a fuoco la tendenza a costruire un reticolo giurisprudenziale protettivo contro gli errori valutativi è rappresentato da quelle prove che potrebbero essere definite "ad attendibilità affievolita". Quando il giudice percepisce che le dichiarazioni rese da un testimone o da un imputato rivelano un basso titolo di persuasività, la reazione sul piano decisorio può essere quella di escluderne l'idoneità probatoria o di abbassarne il grado di credibilità. Se poi lo stesso *deficit* si ripropone frequentemente, i giudicanti possono ragionevolmente degradare il valore di quel tipo di mezzo di prova sul piano generale.

Illuminante è l'evoluzione dei parametri utilizzati per valutare la testimonianza della persona offesa dal reato. È scontato che il titolare del bene giuridico leso dalla condotta criminosa sia in una posizione quanto mai difficile sul piano della tenuta della oggettività delle sue dichiarazioni. Da qui un primo *caveat* tracciato in sede giurisprudenziale, che ne reclama un controllo particolarmente rigoroso della attendibilità intrinseca. Si richiede un vaglio particolarmente attento della narrazione dell'offeso, così da configurare l'obbligo di una valutazione penetrante da esplicitare in una motivazione rafforzata. Fin qui si rimane sul piano delle opzioni compatibili con il libero convincimento.

Diversa è invece l'argomentazione che conduce a rendere applicabile una *corroboration* facoltativa. Se la persona offesa si è costituita parte civile, si ravvisa il sorgere di un concreto interesse economico che provoca uno scossone sulla neutralità del teste e rende opportuna, ma non necessaria, la verifica dell'esistenza di riscontri esterni<sup>24</sup>. In questo modo però si genera un circolo vizioso che non giova certo al rigore della valutazione. Infatti, se il giudice di merito decide senza cercare il riscontro esterno, la Cassazione non potrà annullare per mancanza di motivazione perché la *corroboration* è facoltativa e se il giudice ha spiegato in sentenza che essa non è necessaria, il ricorso sarà respinto. Può anche accadere che il giudice di legittimità, come spesso accade, si convinca che la ricostruzione del fatto non è condivisibile ed allora ci sarà un annullamento frutto

---

<sup>24</sup> V., ad esempio, Cass., Sez. II, 24 marzo 2021, n. 15589, secondo cui la costituzione di parte civile rende opportuno, ma non necessario, procedere al riscontro delle dichiarazioni della persona offesa «perché, in tal caso, il teste è portatore di una specifica pretesa economica la cui soddisfazione discende dal riconoscimento della responsabilità dell'imputato». Analogamente, v. Cass., Sez. VI, 23 marzo 2011, n. 22281.

di una decisione in fatto che segnerà l'ennesimo sconfinamento della Corte dai limiti della sua competenza funzionale.

Sembra quindi auspicabile che la regola probatoria coniata dalla giurisprudenza venga riformulata come canone doveroso, proprio come fa l'art. 192 comma 3 c.p.p. in tema di chiamata di correo. L'applicazione analogica di questa norma non appare vietata ed evita il formarsi di sacche di apprezzamento probatorio libero che contribuiscono a sfaldare il principio di uguaglianza e quello della razionalità del conoscere giudiziale.

Ancor più complessa è la vicenda evolutiva della confessione. Dalla degradazione a mero indizio, tale da renderla bisognosa di un riscontro esterno, tesi in auge nel passato<sup>25</sup>, si è giunti più recentemente in giurisprudenza a riconoscerle un valore probatorio pieno, tale da sorreggere, da sola, la motivazione di una condanna, pur in mancanza, appunto, di qualsiasi conferma di attendibilità<sup>26</sup>. Che si tratti di una prova a persuasività affievolita è sempre stato riconosciuto fin dai tempi più risalenti, essendo noto che la *contra se pronuntiatio* può scaturire anche da un dolo di autocolunnia per proteggere il vero colpevole o da ragioni di convenienza dell'imputato che, ad esempio, può confessare al solo fine di guadagnarsi la libertà dalla custodia cautelare.

Nonostante le insidie che si traducono nello svilimento della sua efficacia probatoria, l'orientamento attuale della Cassazione ha rimosso la regola dei doverosi riscontri, probabilmente tenendo conto che nel codice vigente, la confessione funge da presupposto processuale di due riti speciali, il direttissimo e l'abbreviato. Far sopravvivere la figura della prova a valore affievolito avrebbe potuto quindi aprire lo spazio a questioni sulla efficacia probatoria della autoincriminazione, con il risultato di rendere meno agevoli i canali di accesso a procedimenti contrassegnati dall'imperativo della speditezza.

Resta però evidente il rischio che si corre ora, in mancanza della *corroboration*. Saranno più frequenti gli errori giudiziari perché la doverosa ricerca del riscontro sprona il giudice a muoversi in una ottica di sospetto verso la confessione. E ciò rende più sicuro e rigoroso il giudizio sulla individuazione del colpevole.

C'è poi un'area dell'accertamento penale in cui il contenuto della testimonianza risulta di così difficile decifrazione da indurre a pensare che le chances di scoperta della verità si riducano ad una percentuale vicina allo zero. Si pensi alle dichiarazioni dei minori vittime di abuso sessuale. Accade talvolta che il destino dell'imputato di un delitto di per sé estremamente odioso venga a dipendere da parole o segni provenienti da un bimbo di pochi anni. Il codice è corso ai ripari vietando l'esame diretto e il controesame condotti dalle parti e prevenendo che sia il presidente a rivolgere le domande avvalendosi del supporto di un familiare

---

<sup>25</sup> Cass., Sez. I, 21 marzo 1991, Arini, in *Cass. pen.*, 1992, p. 2159.

<sup>26</sup> V. Cass., Sez. VI, 3 ottobre 2013, n. 13085, che configura la confessione come prova sufficiente della responsabilità dell'imputato anche in mancanza di riscontri esterni.