

**Le prove assunte dal giudice incompetente
tra inutilizzabilità e sanatoria in cassazione**

Roberta Aprati

La decisione

Competenza per materia - Modificazione in corso di causa - Sanatoria dell'originaria incompetenza (d.l. 12 febbraio 2010 conv. in l. 6 aprile 2010, n. 52, att. 1, 2).

Impugnazioni - Cassazione - Eccezione di inutilizzabilità delle prove assunte dal giudice incompetente - Onere di indicazione specifica (C.p.p., artt. 26, co. 2).

L'originaria incompetenza per materia del tribunale per i reati di associazione mafiosa comunque aggravati è sanata dalla norma transitoria che -anche nei processi in corso- ha attribuito al tribunale la competenza per i suddetti reati. In cassazione, è onere della parte che eccepisce l'inutilizzabilità delle prove assunte dal giudice incompetente indicare, pena l'inammissibilità del ricorso per genericità del motivo, gli atti specificamente affetti dal vizio.

CASSAZIONE PENALE, II SEZIONE, 16 febbraio 2011 (ud. 4 febbraio 2011) - ESPOSITO *Presidente* - DAVIGO *Relatore* - GALASSO *P.M.* (diff.). - Giammona, ricorrente.

Il commento

1. La complessa vicenda trattata dalla sentenza in commento, offre l'occasione per riflettere sulla valenza dell'inutilizzabilità delle prove assunte dal giudice incompetente per materia, ai sensi dell'art. 26, co. 2, c.p.p.

In via generale, tale forma di inutilizzabilità potrebbe essere inquadrata fra i legalismi probatori negativi: il giudice competente non può usare nella decisione le dichiarazioni precedentemente assunte dal giudice incompetente. Non si è in presenza qui di prove inammissibili o male acquisite, ma solo di una regola decisoria. Non a caso il legislatore autorizza l'uso ai fine delle contestazioni ai sensi degli artt. 500 e 503 c.p.p.: l'inutilizzabilità ex art. 26 co. 2 c.p.p. è dunque a carattere parziale e non già assoluto.¹

¹ Cfr. APRATI, *Prove contraddittorie e testimonianza indiretta*, Padova, 2007, 91 e segg.: «A volte il legislatore inibisce qualsivoglia impiego della prova inutilizzabile, altre volte, invece, il divieto è solo parziale perché il giudice non ha l'obbligo di ignorare del tutto la prova, ma al contrario se ne può servire, sebbene solo a certi fini e non ad altri. Nella seconda evenienza menzionata si è in presenza, oltre che di una regola decisoria, anche di un legalismo probatorio negativo: il giudice può liberamente valutare la prova, ma poi può spenderla in sentenza solo a certi fini perché il legislatore gli proibisce di fondare su di essa alcune decisioni. La legge non predetermina l'esito valutativo, come invece accade per le prove

La regola decisoria è volta a garantire il principio di oralità-immediatezza. Infatti «oralità è un'espressione sintetica adoperata per indicare un sistema di principi inseparabili, all'insieme dei quali bisogna riferirsi, se si vuole intendere il vero contenuto di questa espressione. Oralità significa:

- a) prevalenza del discorso parlato, rispetto quello scritto;
- b) dialogo diretto fra l'organo giudicante e le persone di cui esso deve raccogliere e valutare le dichiarazioni;
- c) concentrazione della trattazione della causa in un unico periodo, in un'unica udienza o in poche udienze successive, in particolare significa pronuncia della sentenza immediatamente dopo la chiusura del dibattimento orale;
- d) identità delle persone fisiche che costituiscono l'organo giudicante durante la trattazione della causa, là dove il processo si svolge quasi in forma dialogata e la convinzione del giudice si forma progressivamente attraverso il contatto personale che egli ha colle parti e coi testimoni, ogni mutazione che avvenisse nelle persone dei giudicanti durante il corso del processo, distruggerebbe i vantaggi dell'immediatezza e interromperebbe nella istruttoria quella continuità psicologica, in forza della quale essa funziona nel processo orale come un'acquisizione continuata e progressiva fino alla decisione finale».²

Per questo motivo, appare in parte irragionevole l'art. 26 co. 2 c.p.p., laddove limita l'inutilizzabilità al solo caso di incompetenza per materia: un'identica esigenza di tutela dell'oralità-immediatezza andrebbe perseguita anche in caso di difetto territoriale. Né va trascurato che una nullità assoluta è prevista dall'art. 525 c.p.p., nell'analogo caso della sentenza emessa da un giudice diverso da quello che ha partecipato all'istruzione dibattimentale.

Rispetto a tale forma di inutilizzabilità, allora, ci si deve chiedere se valgano le condizioni di ammissibilità di un eventuale ricorso per cassazione, sintetizza-

legali, ma, più semplicemente, vieta parzialmente l'uso della prova: inutilizzabilità parziale quindi. Legalismo probatorio, dunque, perché c'è un intervento normativo sulla efficacia della prova; legalismo negativo, poi, perché viene impedito, se pur parzialmente, l'impiego della prova, è limitata la potenzialità probatoria del dato istruttorio. Infatti la caratteristica saliente di tali legalismi consiste nel fatto che essi consentono l'uso del dato probatorio, sebbene con un'efficacia limitata: solo per assolvere ma non per condannare; solo per avvalorare una prova ma non per provare un fatto; solo nei confronti di alcune parti e non nei confronti di tutte; solo a favore di una parte e non contro. Il giudice, allora, deve prima liberamente valutare la prova e poi verificare se può adoperarla per il fine coerente con gli esiti della sua valutazione. Si è in presenza, poi, di 'legalismi probatori' particolarmente rilevanti: la loro inosservanza non determina un *error in iudicando* ma un *error in procedendo*; non è prospettabile un vizio della motivazione, ma una violazione di legge processuale; non si può usare meglio la prova a quel fine, perché non bisogna usarla proprio a quel fine».

² CARNELUTTI, voce "Oralità nel processo", in *Nuovo Dig. It.*, IX, Torino, 1939, 179.

bili nella formula giurisprudenziale del “ricorso autosufficiente”³: secondo la Corte di cassazione quando si fa valere l’inutilizzabilità ai sensi dell’art. 606, co. 1, lett. c), c.p.p., è necessario sia allegare i verbali delle prove inutilizzabili, sia indicare la loro decisività sulla pronuncia⁴; solo così la Corte di legittimità è messa nelle condizioni di effettuare il giudizio di resistenza sulla decisione adottata⁵.

Ma nel caso in cui si invochi la riapertura dell’istruzione dibattimentale, affinché vengano riacquisite tutte le prove dichiarative, ha ancora senso imporre – a pena d’inammissibilità – gli oneri in parola? In fondo quello che in questa ipotesi si chiede è solo che l’istruzione dibattimentale sia svolta dal giudice individuato come competente, in ossequio al principio di oralità – immediatezza.

Con l’inutilizzabilità in parola, in effetti, non si mira ad eliminare dal quadro probatorio una o più prove inammissibili o male acquisite; piuttosto si chiede che l’istruzione nella sua parte fondamentale sia tenuta dal giudice chiamato a

³ Cfr. Cass. Sez. un., 25 febbraio 1998, Gerina, in *Cass. pen.*, 1998, 1968; Id., Sez. Un., 21 giugno 2000, Tammaro, *ivi*, 2000, 3269; Id., Sez. un., 23 novembre 2004, Esposito, *ivi*, 2005, 348; Id., Sez. un., 23 aprile 2009 Fruci, *ivi*, 2009, 4142; Id., Sez. un., 16 luglio 2009, Di Iorio, *ivi*, 2010, 887.

⁴ Per una critica sulle modalità interpretative di tali oneri da parte della Suprema Corte, cfr. in dottrina BARGI, *Quis custodit custodem? Stravaganze argomentative e sviste percettive della Corte di cassazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 563 e segg.; CASTELLUCCI, *Ricorso per Cassazione de libertate ed onere di allegazione della parte ricorrente*, in *Giur. it.*, 2011, 1175 e segg.; FURFARO, *Contenuto del decreto esecutivo e presunzioni inammissibili in tema di regolarità delle operazioni di intercettazioni*, *ibidem*, 177 e segg.

⁵ Per l’annullamento di una decisione in Cassazione è necessario che la prova sia decisiva: essa deve essere stata usata e non già solo valutata. Le prove usate, infatti, non sono tutte le prove ritenute coerenti ai fatti primari o secondari accolti dalla decisione, ma, più limitatamente, solo quelle che il giudice direttamente o indirettamente ha qualificato nella motivazione come decisive a tal fine. Le prove valutate, invece, sono di due specie. Sono quelle che avvalorano la decisione e che dunque hanno la medesima direzione probatoria delle prove che fondano il dispositivo, ma che tuttavia sono menzionate nella motivazione al solo fine di corroborare la determinazione adottata dal giudice. Sono valutate, inoltre, le prove contraddittorie alla decisione adottata: di esse si dà conto in motivazione per escludere la plausibilità delle tesi contraddittorie al dispositivo assunto. La bipartizione tratteggiata non è oziosa: l’annullamento della decisione per inutilizzabilità presuppone che le prove siano state usate e non già solo valutate. Per qualificare la prova come decisiva bisogna compiere il c.d. giudizio di resistenza: eliminare mentalmente la prova illegittimamente usata per vedere se la decisione adottata sia o meno giustificata senza di essa. Ma il giudizio di resistenza non autorizza un nuova ponderazione del quadro probatorio residuante a seguito della eliminazione mentale. Si tratta invece di un giudizio meccanico: appurare in concreto se nella motivazione vi siano o meno altre prove sullo stesso “tema probatorio” considerate dal giudice di merito (e non dalla Corte di legittimità) decisive di per sé e non già in combinazione con la prova che si assume illegittima. E siffatta valutazione deve fin da subito prospettarla la parte nei motivi del ricorso. Per la Cassazione, infatti, il ricorso è inammissibile per genericità dei motivi: se la parte non indica la prova inutilizzabile; se non trascrive o allega il relativo verbale; se non spiega per quale motivo la prova è decisiva, vale a dire se non indica il percorso argomentativo che porta ad esito negativo il giudizio di resistenza.

pronunciarsi. Allora non hanno più ragione di essere gli oneri del ricorso autosufficiente: qui non si chiede una nuova decisione, ma una regressione del procedimento.

In ogni caso, poi, appare irragionevole il giudizio di resistenza quando il numero delle prove da considerare - come nel caso in cui si invochi il rispetto dell'art. 26, co. 2, c.p.p. - sia di una certa consistenza. Ebbene, come si può valutare la "resistenza" di una decisione, quando la quantità di prove da "eliminare mentalmente" oltrepassa una certa soglia, che non quantificabile in assoluto, è tuttavia calcolabile nell'ordine di almeno tre unità? A ben vedere in questi casi si impone necessariamente l'annullamento della sentenza.

2. Ora, va tuttavia segnalato che ben difficilmente il giudice violerà la regola decisoria di cui all'art. 26, co. 2, c.p.p., usando in decisione tutte le prove dichiarative assunte in precedenza: la norma, infatti, impone di ripetere l'istruzione dibattimentale propria al fine di riacquisirle. Né, poi, sarebbe materialmente possibile trasgredire il precetto: gli atti ripetibili non sono nemmeno inseriti nel fascicolo del nuovo dibattimento, ma rimangono in quello delle parti⁶. Anzi, proprio in virtù del combinato disposto degli artt. 23 e 24 c.p.p.⁷, si deve ritenere che le parti siano chiamate ad un nuovo adempimento: selezionare, fra le prove già assunte nella sede incompetente, quelle che il nuovo giudice potrà conoscere e quelle invece che rimarranno nella disponibilità delle parti.

Ciò nonostante nel caso di specie è accaduto qualcosa di inconsueto: il Tribunale e la Corte d'appello, in effetti, durante lo svolgimento del processo erano giudici incompetenti; sono diventati competenti solo successivamente, dopo la sentenza d'appello, in virtù della nuova disciplina intervenuta in corso di causa⁸.

A rigore, quindi, le prove usate nel giudizio di primo e secondo grado sono prove assunte da un giudice incompetente e dunque inutilizzabili ai sensi dell'art. 26, co. 2, c.p.p.

In pratica il processo avrebbe dovuto svolgersi di fronte alla Corte d'assise, e

⁶ CASSIBA, Sub art. 26, *Comm. C.P.P.* a cura di Giarda, Spangher, Milano, 2010, I, 367 e segg.

⁷ Articoli ambedue dichiarati incostituzionali nella parte in cui non prevedevano che il giudice incompetente dovesse ordinare la trasmissione degli atti al p.m. presso il giudice competente (Corte Cost. 11 marzo 1993, n. 76; Corte Cost. 15 marzo 1996, n. 76; Corte Cost., 5 maggio 1993, n. 214)

⁸ D.l. 12 febbraio 2010, n. 10, conv. con modificazioni in L. 6 aprile 2010, n. 52, con il quale il reato di associazione di tipo mafioso anche aggravato è stato trasferito dalla competenza della Corte d'assise alla competenza del Tribunale. Sul punto si rinvia al testo della decisione in commento.

avrebbe dovuto concludersi di fronte a tale giudice, perché (applicando qui una sorta di giudizio di resistenza) il dibattimento –se non si fosse erroneamente dichiarata l'incompetenza– sarebbe stato aperto prima dell'entrata in vigore della nuova legge⁹.

In definitiva qui la Corte di cassazione si è trovata di fronte un bivio:

a) sanare *ex post* l'originaria incompetenza del Tribunale, come poi è accaduto, sulla base di un'interpretazione estensiva della norma transitoria (art. 2 d.l. 12 febbraio 2010, n. 10) che consentiva di attribuire al Tribunale i processi pendenti relativi ai reati di cui all'art. 416 *bis* c.p. anche aggravati a condizione che non si fosse già aperto il dibattimento in Corte d'assise;

b) annullare il processo, e rinviarlo alla Corte d'assise.

Certo è che la seconda soluzione sarebbe stata più rispettosa del parametro costituzionale del giudice precostituito per legge: le norme transitorie che modificano la competenza in corso di causa sono incompatibili con il principio costituzionale: infatti «l'art. 25 Cost. esclude varianti alla competenza *post factum*, anche se l'organo *de quo* corrisponde agli archetipi preesistenti. [...] Sarebbe non precostituito se fosse competente secondo norme posteriori al fatto, quando modificchino i criteri della competenza [...]: è ipotesi gratuitamente riduttiva che siano vietati solo interventi *ad personam*, niente ostando all'indiscriminata applicazione delle nuove norme formulate in via generale [...]. *Pro veritate habetur* la lettura riduttiva dell'art. 25 imposta dalla Corte (13 giugno 1995, n. 257): niente da obiettare quando l'ufficio giudiziario preesista e il lavoro risulti diviso secondo «criteri fissati in anticipo», tali da escludere ogni arbitrio sulla sorte del singolo caso; e questo paralogismo implica competenza indefinitamente ridisegnabili, come se l'art. 25 fosse muto in materia»¹⁰.

E nel caso di specie non solo si è attribuita una nuova competenza in corso di causa, ma si è anche sanata un'originaria incompetenza dopo che era stata già emessa la decisione di merito.

⁹ Sul punto v. DANIELE, *Sub artt. 5 e 6*, in *Comm. C.P.P.* a cura di Giarda, Spangher, Milano, 2010, I, 256 e segg. e 260; PISTORELLI, *Non applicabile la novella differita al 30 giugno ai procedimenti già in fase processuale*, in *Guida dir.*, 2010, n. 9, 17 e segg.

¹⁰ CORDERO, *Procedura penale*, 8^a ed., Milano, 2006, 114 segg.