

1. L'INTERLOCUTORE - 2. IL PROBLEMA - 3. LA MANUS INIECTIO E LE PROVE - 4. ATTO ACQUISITIVO NULLO? - 5. QUESTIONI DI PAROLE.

## IV - DIALOGO SULLE PROVE

### 1. L'INTERLOCUTORE.

Il dialogo si è svolto con Carnelutti, che è un interlocutore d'eccezione a cui spettano in questa materia tre titoli di prestigio: il gusto dell'analisi e un forte istinto logico, senza i quali la teoria delle prove scade a discorso piatto e incoerente, come l'esperienza in qualche caso ha dimostrato; assiduo interesse per la ricerca linguistica, che è ricerca logica nella misura in cui, fissato il valore delle parole, se ne studiano le combinazioni (alcune regole stabiliscono come una proposizione debba essere costruita ed altre determinano i criteri per trasformarla: l'asserto A è risolubile nell'asserto B; tale la risaputa distinzione di Carnap fra *Formation* e *Transformation Rules*); infine, un talento sistematico che ha prodotto frutti mirabili nell'elaborazione dell'argomento, sebbene qualche enunciato non tocchi il fondo e altri siano passibili di critica. Con un contraddittore di questa forza, il dialogo è sempre proficuo. Aristotele diceva che non si può discutere con chiunque, «nè ... esercitarsi con il primo venuto», perché «quando si discute con certe persone, le argomentazioni diventano necessariamente scadenti»<sup>1</sup>. Ma quando si ha la fortuna di trovare un interlocutore forte, la discussione o risolve il problema o ne rileva l'insolubilità, e allora si scopre che era uno pseudoproblema quello di cui si disputava, sicché ogni discorso al riguardo diviene *meaningless*, come dicono i cultori di positivismo logico.

<sup>1</sup> *Top.*, VIII, 14, 164-b 8 s.

«Acquisizione delle prove» è una formula con cui si designano fenomeni diversi: se la prova si forma nel processo, il vocabolo denota gli atti con i quali la si costruisce; ma può darsi che essa sia una cosa preesistente e allora acquisirla vuol dire immetterla nel processo: ciò che si fa, ad esempio, con il corpo del reato. Occupiamoci della seconda ipotesi. Eccettuato il caso dell'esibizione spontanea ad opera della parte o di un terzo, le prove reali sono acquisibili di fatto, in quanto siano state prima scoperte e poi apprese; la ricerca e l'apprensione, se avvengono contro l'altrui volontà, implicano una *manus iniectio*, a eseguire la quale sono intesi gli strumenti coercitivi che la legge denomina «perquisizione» e «sequestro». Ora la questione si complica, perché la perquisizione e il sequestro in alcuni casi sono consentiti ai funzionari di polizia, prima che il processo sia instaurato. Ci si chiede: se una cosa (la cui ispezione appare utile, ai fini della decisione, per le conoscenze che potrebbe procurare) è stata rinvenuta nel corso d'una perquisizione eseguita arbitrariamente dalla *longa manus* del pubblico ministero, la prova è o meno ammissibile? In parole semplici, la legge consente o no d'acquisirla? Il problema, per quanto la precisazione appaia banale, va risolto secondo le regole del nostro ordinamento. Di qui due facili corollari:

(a) Carrara diceva: «il principio che proscrive l'immoralità dei mezzi è preambolo e quasi pregiudiziale al principio che vorrebbe il perfetto trionfo del vero»; dal che si deduce: «non è consentito valersi di una prova, di cui gli ausiliari del pubblico ministero si siano impossessati illecitamente»; la premessa è: «se un atto è valutato come illecito, quell'atto e gli altri che ne dipendono, sono inefficaci ai fini del processo». L'osservatore attento nota subito che l'argomento è scorretto, in linea logica, finché non si dimostri che la valutazione d'illecità dell'atto implica quella di inammissibilità della prova; una appartiene al diritto sostanziale e l'altra si risolve in un fenomeno processuale. Bisogna dunque cercare una norma *processuale* che dica: «l'atto illecito e le conseguenze che di fatto ne derivano sono processualmente irrilevanti e cioè inefficaci». Fuori di una simile ricerca, l'argomento è apodittico, mentre appare falso se una norma di quel contenuto non esiste.

(b) Incorrerebbe in un errore analogo chi, formulando la conclusione esattamente opposta, dicesse: «le prove sono valutabili dal giudice, quale che ne sia l'origine; l'accertamento positivo o negativo del reato è il fine per cui si procede; ogni conoscenza utile a risolvere tale questione è mezzo adeguato per un fine giusto», e simili. Il difetto sta nel dimenticare che la prova è un ente giuridico oltre che logico, ossia qualcosa di giuridicamente regolato; e alcune di tali regole stabiliscono appunto i limiti di ammissibilità. Fissati i termini del problema, riferirò le battute del dialogo.

## 3. LA MANUS INIECTIO E LE PROVE.

Nel mio approccio<sup>2</sup> ho ragionato così: l'ammissibilità delle prove si giudica secondo la legge del processo; gli artt. 341 e 342<sup>2</sup>, ad esempio, vietano in assoluto il sequestro delle «carte o dei documenti che i difensori ed i consulenti tecnici hanno ricevuto in consegna per l'adempimento del loro ufficio», nonché degli «atti e dei documenti» e di ogni altra cosa custodita da un pubblico ufficiale, in quanto quest'ultimo dichiara «per iscritto anche senza motivazione che si tratta di segreto politico o militare». In tali casi il legislatore nega il potere di sequestro e perciò statuisce l'inammissibilità della prova che sia stata sequestrata arbitrariamente: il criterio della diagnosi è fornito dai poteri di apprensione coattiva dell'organo giudiziario. A questo punto è facilmente risolvibile il caso delle *prove reali* illecitamente ottenute dai funzionari di polizia: la chiave sta nel vedere se il giudice avrebbe potuto ordinare il sequestro della *res*; nell'ipotesi affermativa, la prova è ammissibile, non essendosi ottenuto nulla più di quanto si sarebbe potuto conseguire *jure*; nelle situazioni invece (artt. 341 e 342<sup>2</sup>) in cui il potere di sequestro non compete neppure al giudice, si cade nella conclusione esattamente contraria. In ogni caso, la condotta illecita dell'ufficiale di polizia costituisce un precedente storico irrilevante (ai fini del nostro problema); chi ha operato *contra jus* deve essere punito, ma la prova è validamente

<sup>2</sup> *Prove illecite*, in *Jus*, 1961, 68 s., e poi in *Tre studi sulle prove penali*, 1963, 147 s.

acquisibile ogniqualvolta il giudice avrebbe potuto apprenderla coattivamente; e se poi è inammissibile, ciò non dipende dall'illecito del funzionario ma dalla circostanza che nessuno avrebbe potuto ordinare ed eseguire il sequestro.

Insomma, bisogna guardare ai poteri dell'organo giudiziario, che sono più estesi di quelli della polizia in materia di apprensione coattiva delle « cose pertinenti al reato ». Ammesso che l'ausiliare si sia impossessato illecitamente della prova, e che il possesso quindi sia illecito, l'acquisizione da parte del giudice (che avrebbe potuto disporre il sequestro) interrompe la sequenza: l'atto del funzionario era e resta illecito, ma si può disporre validamente della prova, perché il giudice, nell'istante in cui la acquisisce, agisce secondo la misura dei suoi poteri: il qual concetto si suol esprimere immaginosamente con la formula « *male captum, bene retentum* ».

#### 4. ATTO ACQUISITIVO NULLO?

Carnelutti<sup>3</sup> non è soddisfatto del mio procedimento dimostrativo, al quale muove qualche resistibile obiezione. Gli argomenti, nell'essenziale, sono questi: « ... Il discorso del Cordero si doveva imperniare, per essere rigoroso, e pertanto scientifico, sugli artt. 184 s. cod. proc. pen., e sarebbe diventato facile oltre che rigoroso. Noi italiani, a questo proposito, abbiamo una legge la quale, sebbene tutt'altro che in modo perfetto, detta norme apposite per l'ipotesi d'irregolarità degli atti processuali; sono queste le norme, sulle quali deve essere impostato l'interessante discorso, che il Cordero, assai abilmente, ha imbastito. Il primo aspetto del problema è, dunque, se la cosiddetta illiceità, *rectius* irregolarità dell'atto di acquisizione delle prove ne cagiona la nullità ». Insomma, per Carnelutti, tutto si riduce a un'interpretazione degli artt. 184 s. c.p.p.: o si scova la previsione di nullità dell'atto acquisitivo delle prove ottenute illecitamente oppure l'acquisizione è valida. Tale, secondo il lessico giuridico, il significato delle proposizioni appena riferite. Quello del giurista è un

<sup>3</sup> In *Riv. dir. proc.*, 1961, 624.

linguaggio tecnico. La formula « nullità », in specie, soggiace a una convenzione assai precisa: la sede naturale del vocabolo appartiene ai contesti per cui valgono gli artt. 184 s. (principio di tassatività, nullità assolute e relative, disciplina delle sanatorie); altrimenti si cade in una tautologia di questo genere: « la prova è efficace nel processo in quanto l'atto acquisitivo non sia nullo; e l'atto è nullo, in quanto sia nullo ».

Carnelutti mi ha ricordato che il nostro codice contiene alcuni articoli in tema di nullità. Debbo quindi presumere che abbia usato la parola nel significato tecnico fissato dagli artt. 184 s. Stando le cose in tali termini, la replica non costa molta fatica; quando si sia definita la figura geometrica « triangolo », e vi sia l'accordo sulla definizione, è facile dimostrare che l'ellissi non è un triangolo. La risposta, in sintesi, è questa<sup>4</sup>. Carnelutti crede d'aver trovato l'impostazione rigorosa del problema? E discende, quest'impostazione, dagli artt. 184 s.? Poiché il metodo migliore per saggiare le opinioni consiste nello svolgerne le conseguenze, sottoponiamo l'opinione di Carnelutti a questo esperimento. Non occorre andare oltre l'art. 184, nel quale è enunciato il cosiddetto principio di tassatività: la trasgressione di una regola processuale causa la nullità dell'atto, in quanto la legge lo disponga (caso per caso ovvero con una formula generica sul tipo delle tre enunciate nell'art. 185). Il che significa: nel mondo del processo penale non esistono le nullità « tacite » o « virtuali » di cui parlano, ad esempio, gli scrittori francesi; un atto è nullo, se il legislatore lo definisce tale; altrimenti siamo di fronte ad una « irregolarità », che può anche importare una sanzione a carico dell'autore ma in nessun caso pregiudica l'efficacia dell'atto (per l'ovvia ragione che la fattispecie di quest'ultimo risulta dalle prescrizioni, la cui osservanza è imposta sotto pena di nullità).

Ora dovremmo cercare una norma che stabilisca la nullità dell'acquisizione d'ogni prova ottenuta illecitamente, ma le probabilità di successo d'una simile impresa sono minori di quelle su cui può contare lo zoologo che muova alla ricerca dell'ippogrifo; nella *rerum natura* del giurista e dello zoologo, infatti, non esistono

<sup>4</sup> *Tre studi*, cit., 73 s., 119 s.

l'una nè l'altro; senonché, la lettura dei 675 articoli del codice riesce meno faticosa di un inventario delle cose situate in questo mondo, le quali sono più numerose di quanto sospetti la nostra filosofia. Ciascuno può immaginarsi una simile norma, ma tra i puri oggetti di pensiero e le disposizioni di una legge vigente in un certo luogo e in un dato momento intercorrono apprezzabili differenze. In ogni modo bisogna concludere, e le possibili conclusioni sono soltanto due:

(a) il documento sequestrato al difensore può essere usato nel processo, perché nessuna norma commina la nullità dell'atto acquisitivo, il quale pertanto, non essendo nullo, è valido;

(b) il documento sequestrato al difensore non può essere usato nel processo, perché l'atto acquisitivo è nullo, sebbene il codice non commini la nullità.

Delle due proposizioni la prima è logicamente valida e cioè coerente alla premessa, ma di fatto falsa (dal che è facile arguire la falsità della premessa); la seconda è contraddittoria e quindi logicamente invalida (se postulo che un problema sia risolubile in base all'art. 184, e nell'art. 184 è precisato che gli atti processuali sono nulli in quanto la nullità sia comminata *ex professo*, non posso concludere che l'atto *x* sia nullo di una nullità non prevista dalla legge, sempre che voglia rispettare il canone del terzo escluso; in caso contrario, il mio sarebbe un sermone senza costruito).

Per uscire dalla contraddizione, bisogna muovere da un'altra premessa, e allora il discorso riesce semplice. Che cosa significa «inammissibilità delle prove»? Si vuol dire, manifestamente, che una regola del processo vieta al giudice di acquisire la prova. Talvolta il canone è enunciato a tutte lettere (nell'art. 450<sup>2</sup> si legge: «i giudici ... i quali hanno avuto parte per ragione del loro ufficio negli atti del procedimento, non possono essere assunti come testimoni»); in altri casi è implicito, ma non tanto che non lo si possa discernere con un poco d'attenzione (quando la legge vieta incondizionatamente al giudice di sequestrare l'oggetto *x*, nella proibizione è implicito il divieto di usare ai fini decisori *x*, che sia stato sequestrato illegittimamente). Conviene rifarsi al concetto del potere istruttorio: se questo potere non c'è, perché la legge non lo accorda, l'atto è invalido e perciò non si può tener

conto della prova. L'analisi tuttavia va condotta a fondo, per evitare altri equivoci. Si è detto che l'atto è invalido; ma quale il *nomen* dell'invalidità? Diremo che l'atto è nullo? Non ho nulla in contrario a questa denominazione, purché sia chiaro che si attribuisce all'aggettivo un significato conforme all'etimo ed all'uso comune ma divergente da quello tecnico, che risulta dagli artt. 184 s.: le regole contenute in tali articoli (principio di tassatività, distinzione delle nullità in assolute e relative, regime di sanatoria) non sono infatti applicabili al nostro caso. Per certo si sa che siamo di fronte a un atto invalido; il quale, peraltro, non è definibile come nullo *stricto sensu*, anzitutto perché una previsione di nullità non è formulata e poi perché, se usassimo codesta definizione (nel significato in cui ricorre nel codice), ci troveremmo in un labirinto d'interrogativi insolubili, come tutti gli interrogativi costruiti su una falsa premessa: è una nullità relativa o assoluta? Quale il regime di sanatoria (e così seguitando)? Meglio limitarsi alla constatazione che il paradigma della nullità, nei termini in cui emerge dagli artt. 184 s., non esaurisce tutte le possibili imperfezioni degli atti d'acquisizione probatoria. In alcuni casi l'atto è invalido, perché la legge non accorda al giudice il potere di compierlo, sebbene non commini al riguardo alcuna nullità; qui non valgono le regole di diritto positivo, il cui contesto si designa con la formula «nullità».

Si vuole qualche esempio? L'art. 450<sup>2</sup>, che ho ricordato poco fa, vieta d'assumere la testimonianza dei magistrati, cancellieri e segretari che «hanno avuto parte per ragione del loro ufficio negli atti del procedimento». Sebbene la legge non soggiunga «sotto pena di nullità», nessuno dubita che non si debba tener conto della testimonianza assunta malgrado il divieto, nè ci si chiede se il vizio sia sanabile, chi abbia l'onere di dedurlo e in quale termine; interrogativi che sorgerebbero immediatamente di fronte a una nullità nel significato tecnico della parola. Consideriamo ora l'art. 348<sup>3</sup>: «non possono essere assunti, a pena di nullità, come testimoni gli imputati dello stesso reato». La prova è inammissibile, ma la legge soggiunge che l'atto acquisitivo è nullo: di qui la conseguenza che la nullità, essendo relativa, sia sanata, solo che nessuna delle parti l'abbia dedotta nel termine prescritto. Paradossale o meno,

questa è la situazione: il divieto puro e semplice d'acquisire la prova spiega effetti più intensi di quello imposto «sotto pena di nullità»; tale clausola attenua il divieto anziché rafforzarlo, in quanto apre uno spiraglio alle varie cause di sanatoria, e così accorda rilevanza al fatto compiuto<sup>5</sup>. Contraddizione deplorabile, in cui un legislatore attento non dovrebbe incorrere; ma il lavoro del giurista consiste nell'operare sulle norme, buone o cattive che siano. Ora è manifesta la differenza fra la prova *tout court* inammissibile e quella la cui acquisizione è assoggettata alla disciplina delle nullità relative.

5. QUESTIONI DI PAROLE.

Nella risposta alle mie obiezioni Carnelutti<sup>6</sup> abbandona la sua prima opinione<sup>7</sup>. Egli infatti scrive: «d'accordo con Cordero che «per giudicare la validità dell'acquisizione bisogna sapere se la prova sia annoverata tra quelle, di cui è permessa ed anzi imposta l'apprensione coattiva ad opera del giudice; in breve, le norme processuali, quando proibiscono (in assoluto) il sequestro, dettano una correlativa valutazione d'inammissibilità»». Con l'accordo su questo punto cessa la materia del contendere, secondo la formula curialesca. Resta un motivo apparente di dissenso, che in larga misura dipende dalle parole. Carnelutti mi ricorda che «anche in tema di nullità esistono quei principi di diritto, che si ricavano dalle viscere della legge». I quali principi, convenientemente sviluppati, condurrebbero alle seguenti conclusioni: l'atto illecito per definizione non produce gli effetti dell'atto lecito; l'atto illecito e perciò inefficace è nullo, «perché non può produrre un effetto giuridico»; insomma, contrariamente a quanto io ritengo, la nozione di nullità del provvedimento acquisitivo sarebbe implicata in quella d'inammissibilità della prova.

<sup>5</sup> *Tre studi*, cit., 74.

<sup>6</sup> In *Riv. dir. proc.*, 1963, 620 s.

<sup>7</sup> *Supra*, § 4.

Se dovessi esprimere la mia opinione, esordirei con una riserva sulla prima premessa: «l'atto illecito implica logicamente l'esclusione degli effetti dell'atto lecito». Ecco una affermazione che in più di un caso si rivela falsa. Per certo si sa che l'atto illecito produce almeno un effetto in più del corrispondente atto lecito ovvero sia il dovere del giudice di applicare una sanzione a chi ha agito illecitamente; ma non è vero - o almeno non è vero per definizione - che non produca anche gli effetti ricollegati all'atto lecito del medesimo stampo; la querela calunniosa espone il calunniatore a una condanna ma, quanto al dovere del pubblico ministero di esercitare l'azione, produce i medesimi effetti d'una querela proposta lecitamente (si potrebbe obiettare, in linea di senso comune, che quando la querela è proposta, non si sa ancora se il reato esista o meno; ma l'esempio basta a screditare la premessa e, in ogni modo, se ne potrebbero trovare altri non eccezionabili). La categoria delle *leges minus quam perfectae* è stata costruita dai Romani; e a giudicare dalla frequenza con cui ricorre nella storia e negli ordinamenti vigenti, non si direbbe che il fenomeno appartenga alla sfera dell'impossibile logico.

Le obiezioni rimarrebbero tali e quali, se per illecito si intendesse semplicemente l'atto che viola un dovere, anziché quello a cui la legge ricollega una sanzione penale, civile o disciplinare (quest'ultima mi sembra la convenzione preferibile: il dovere giuridico non è necessariamente «sanzionato»; ma l'illecito implica quanto meno il dovere di un organo dello Stato di applicare una sanzione a chi ha agito illecitamente). In tal caso sarebbe agevole addurre *ad exemplum* un'intera flora di poteri efficacemente esercitati, sebbene siano stati violati certi doveri relativi al modo di esercitarli. Il paradosso si risolve, quando ci si accorge che i requisiti di un efficace esercizio del potere talvolta non coincidono con quelli, da cui dipende che la condotta sia valutata come conforme al dovere. Le rispettive fattispecie, come si suol dire, sono costruite in modo diverso: la sentenza non impugnata è efficace, anche quando contiene errori triviali sul tema giuridico o quello storico (e non si vorrà negare che, decidendo in tal modo, il giudice abbia violato un dovere). Insomma, si ha l'impressione che la premessa sia discutibile e, soprattutto, superflua: per risolvere il problema,

è sufficiente chiedersi se, nel caso singolo, compete al giudice il potere d'acquisire la prova; e la risposta riesce negativa quando è in gioco l'acquisizione di una prova (non spontaneamente esibita), che il nostro ordinamento sottrae a ogni possibile forma di coercizione reale. Il discorso in chiave d'illecito introduce nel problema termini sovrabbondanti, mentre nulla è così utile al giurista come il rasoio di Occam.

Quanto alla conclusione (se l'atto è inefficace, non lo si può definire altrimenti che nullo; *ergo*, la nullità del provvedimento acquisitivo è implicata nell'inammissibilità della prova), il lettore che ha seguito il filo del dialogo, noterà come le obiezioni siano state formulate *ante litteram*<sup>8</sup>. In fondo, tutto sta nell'accordarsi sul significato della parola «nullità». L'intenditore di lessico converrebbe probabilmente con Carnelutti e anch'io, ma sul piano di un discorso un po' meno tecnico di quello che si usa nel processo penale. Qui «nullità» significa: situazioni in cui siano applicabili gli artt. 184 s. Poiché nessuna di tali norme riceve applicazione rispetto al documento arbitrariamente sequestrato presso il difensore o alla testimonianza resa dal magistrato, che «ha avuto parte per ragione del suo ufficio negli atti del procedimento», risulta chiaro come simili casi non appartenano alla classe delle nullità, *secondo la convenzione terminologica fissata negli artt. 184 s.*

Se si vuol parlare di nullità, poco male (in altra sede ho osservato che tali vizi potrebbero essere definiti secondo il paradigma della nullità insanabile, a parte un'eccezione)<sup>9</sup>; ma c'è il pericolo che qualcuno si lasci abbagliare dalla carica evocativa della parola, e cada in un errore nient'affatto innocuo, dicendo ad esempio: «questa è una nullità e le nullità che non siano assolute, sono sanabili; il vizio non è stato eccepito o non è stato eccepito tempestivamente, e perciò, essendosi verificata una sanatoria, il giudice può valutare la prova». L'uso di un linguaggio «privato» in contrapposto a quello comune o tecnico può creare problemi artificiosi e anche spiacevoli conseguenze pratiche, quando il

<sup>8</sup> *Supra*, § 4.

<sup>9</sup> *Tre studi*, 74.

linguaggio è giuridico: le nostre formule designano regole poste dalla legge. La cosa è nota ai filosofi. Nelle sue *Philosophical Investigations* Wittgenstein ha scritto pagine memorabili sugli inganni esercitati dalle parole ogniqualvolta ci permettiamo di usarle arbitrariamente.