

**ISSN 1127-8579**

**Pubblicato dal 01/03/2013**

**All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/34712-l-art-238-bis-c-p-p-brevi-cenni-sui-profili-di-criticita-applicativa>**

**Autore: Antonio Di Tullio D'Elisiis**

## **L'art. 238 bis c.p.p.: brevi cenni sui profili di criticità applicativa**

## L'art. 238 *bis* c.p.p.: brevi cenni sui profili di criticità applicativa.

**Antonio Di Tullio D'Elisiis**

Come è noto, l'art. **238 *bis* c.p.p.**, inserito nel codice di rito (“*nel catalogo di quei particolari mezzi di prova che sono i documenti (capo VII, titolo II del libro delle prove)*”<sup>1</sup>) dalla **l. n. 356 del 7 agosto 1992**<sup>2</sup> “*per intenti di “semplificazione probatoria”*”<sup>3</sup>, disciplina il valore dimostrativo da attribuire alle decisioni divenute definitive in un altro procedimento.

Questa norma giuridica, difatti, prevede che, fermo “*quanto previsto dall'articolo 236, le sentenze divenute irrevocabili possono essere acquisite ai fini della prova del fatto in esse accertato e sono valutate a norma degli articoli 187 e 192, comma 3*” **c.p.p.** .

Invece, per dovere di completezza espositiva, giova ricordare che, nell'originaria tessitura del **codice del 1989**, ove pure, nel libro delle prove è stato inserito, nel **titolo II**, un apposito capo dedicato ai “*documenti*”, l'acquisizione delle sentenze irrevocabili era consentita solo “*“ai fini del giudizio sulla personalità dell'imputato o della persona offesa dal reato, se il fatto per cui si procede deve essere valutato in relazione al comportamento o alle qualità morali di questa” (art. 236, 1 comma) ovvero “al fine di valutare la qualità di un testimone” (art. 236, 2 comma)*”<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup>**Luca Iafisco**, “*Ennesimo intervento della Corte di cassazione in tema di formazione progressiva del giudicato penale : acquisibili ex art.238-bis c.p.p. anche le sentenze parzialmente irrevocabili*”, *Riv. It. dir. e proc. pen.* 2001, 2, 338.

<sup>2</sup>Il quale, a sua volta, ha convertito con modifiche il **d.l. 8 giugno 1992, n. 306**.

<sup>3</sup>**Oreste Dominioni**, “*I mezzi di prova*”, in A.A.V.V., “*Procedura penale*”, Torino, Giappichelli editore, 2010, pag. 296.

<sup>4</sup>**Cass. pen., sez. VI, 2/03/98, n. 3396**.

Orbene, la vigente disposizione legislativa è stata oggetto di diverse considerazioni sia a livello scientifico, sia a livello dottrinale.

Innanzitutto, tale regola normativa, risalendo alla *voluntas legislatoris*, è stata concepita in questo modo allo scopo di “evitare che ogni giudice sia continuamente costretto a ripercorrere le tappe di altri processi, precedentemente celebrati, per dimostrare fatti già assodati in sentenze divenute irrevocabili”<sup>55</sup> posto che la ragione della sua emanazione è sicuramente da collegarsi alla volontà di colpire la mafia nelle sue diverse articolazioni e, segnatamente, “di acquisire sentenze che ricostruivano l'esistenza e le caratteristiche organizzative delle associazioni criminali, agevolando il compito di chi doveva provarli in ogni procedimento”<sup>56</sup> “avendo l'esperienza evidenziato la particolare onerosità di dimostrare ogni volta l'esistenza di un'associazione mafiosa in più procedimenti a carico di più soggetti accusati di farvici parte”<sup>57</sup>.

Inoltre, la regola *de qua* è stata elaborata “anche in conseguenza delle preoccupazioni espresse nella Relazione della Commissione parlamentare antimafia del 24 dicembre 1990, che avevano messo in luce come risultasse estremamente oneroso, sia dal punto di vista temporale che dal punto di vista delle risorse umane, e di conseguenza inutile, dimostrare la sussistenza di una associazione mafiosa in una serie distinta di processi a carico di più imputati tutti accusati di appartenervi”<sup>58</sup>.

Tuttavia, rispetto al progetto originario, la norma giuridica in commento è stata emendata in un duplice senso.

---

**5**Osservazioni del Ministro di grazia e giustizia sul d.l. 8 giugno 1992, n. 306, in *Sole 24 Ore* del 10 giugno 1992, inserto, pag. 12.

**6**Rosa Anna Ruggiero, “I limiti dell'art. 238 bis c.p.p. alla luce dell'art. 111 Cost.”; *Cass. pen.*, 2004, 10, 3170.

**7**Raffaele Cantone, “L'art. 238-bis c.p.p.: strumento probatorio e mezzo per la risoluzione preventiva del contrasto tra giudicati”, *Cass. pen.*, 1999, 10, 2890.

**8**L. Violante, “La formazione della prova nei processi di criminalità organizzata. Relazione della Commissione parlamentare antimafia”, *Cass. pen.*, 1992, pag.484 e ss. .

Da un lato, la norma approvata ha mantenuto una efficacia generale<sup>9</sup> sebbene, come risulta dall'esame dei lavori preparatori della **l. 7 agosto 1992, n. 356**, "*per venire incontro alle esigenze già segnalate nella citata Relazione della Commissione parlamentare antimafia, era stata avanzata da più parti la proposta di introdurre una norma ad hoc per i processi riguardanti i delitti indicati dall'art. 407 comma 2 lett. a) c.p.p., prevedendo l'utilizzabilità delle sentenze rese in un diverso processo ai soli fini della prova del fatto dell'esistenza dell'associazione criminosa, salvo il diritto delle parti alla prova diretta e alla prova contraria sullo stesso fatto*"<sup>10</sup>.

Dall'altro lato, il testo originario prevedeva che "*fermo restando quanto previsto dall'art. 236, le sentenze divenute irrevocabili possono in ogni caso essere acquisite e sono liberamente valutate ai fini stabiliti dall'art. 187*" **c.p.p.** mentre, al contrario, la sua versione definitiva, come su illustrato<sup>11</sup>, statuisce che le decisioni acquisite devono "*essere valutate a norma degli articoli 187 e 192, comma 3*" **c.p.p.** .

La Cassazione, dal canto suo, ha ravvisato la *ratio* di questa norma giuridica in quella di "*non disperdere elementi conoscitivi acquisiti in provvedimenti che hanno comunque acquistato autorità di cosa giudicata, fermo restando il principio del libero convincimento del giudice*" (Cass., Sez. 2<sup>^</sup>, 19 maggio 1994, RM in Arch. n. proc. pen., 1994, p. 886), ovvero quella di evitare di dover provare di volta in volta un fatto già accertato" (Cass., Sez. 6<sup>^</sup>, 18 marzo 1998, C, in Cass. pen. mass. ann., 1999, n. 1445, p. 2890)<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup>Sul punto, cfr. **M. Bargis**, "*Le dichiarazioni di persone imputate in un procedimento connesso. Ipotesi tipiche e modi di utilizzabilità*", Giuffrè, 1994, pag. 173 e ss. e nota n. 75.

<sup>10</sup>**Nicola Triggiani**, "*Sulla impossibilità di acquisire come documenti le sentenze penali non irrevocabili*", Cass. pen., 1997, 6, 1762.

<sup>11</sup>Cfr., *supra*, pag. 1.

<sup>12</sup>Cass. pen., sez. II, 28/02/07, n. 16626.

Ciò posto, come su indicato<sup>13</sup>, sono diversi i profili di criticità applicativa affrontati sia in sede scientifica che in quella giudiziale.

Innanzitutto, un primo problema analizzato è stato quello di stabilire se, per “*sentenze divenute irrevocabili?*”, si dovessero intendere solo quelle penali o anche quelle civili fermo restando che, secondo la Cassazione, la irrevocabilità “*non opera con riguardo ai procedimenti incidentali "de libertate", nel corso dei quali deve quindi ritenersi consentita la produzione, ad opera delle parti, anche di sentenze non ancora irrevocabili?*”<sup>14</sup>.

Sul punto, la dottrina o, almeno una parte autorevole di essa, ha sostenuto come debbano ritenersi ricomprese, nell’alveo di quella norma procedurale, non soltanto le sentenze emesse in sede penale ma anche quelle conseguenti ai giudizi civili stante la genericità della dizione usata dalla norma<sup>15</sup>.

All’opposto, sul versante nomofilattico, è stato affermato che l’ “*utilizzazione delle sentenze irrevocabili, acquisite ai fini della prova dei fatti in esse accertati ai sensi dell'art. 238 bis cod. proc. pen., riguarda esclusivamente le sentenze pronunziate in altro procedimento penale e non anche quelle pronunziate in un procedimento civile?*”<sup>16</sup> siccome:

---

<sup>13</sup>Cfr., *supra*, pag. 1.

<sup>14</sup>**Cass. pen., sez. II, 17/10/96, n. 3932.** Orientamento questo, ad umile avviso di chi scrive, non condivisibile visto che, anche per la verifica dei gravi indizi di colpevolezza, è applicabile l’art. **192, co. III, c.p.p.** .

<sup>15</sup>**Nicola Triggiani** il quale, nell’opera “*Sulla impossibilità di acquisire come documenti le sentenze penali non irrevocabili?*” edita su *Cass. pen.*, 1997, 6, 1762, richiama a sua volta, i seguenti autori: **A. Bracaglia**, in **AA.VV.**, “*Ragionevolezza, doppio binario e altre invenzioni?*”, in *Crit. dir.*, 1992, n. 4-5, pag. 57; **I. Calamandrei**, op.cit., pag. 125 e nota 50; **AA. Dalia - M. Ferraioli**, “*Corso di diritto processuale penale. Appendice aggiornata?*”, *Cedam*, 1992, pag. 15; **M. D'Andria**, “*La formazione della prova. Metamorfosi del nuovo codice di procedura penale?*”, *Nuove Ricerche*, 1996, pag. 59; **E. Fortuna - S. Dragone**, “*Le prove?*”, *Manuale pratico del nuovo processo penale*, 4<sup>a</sup> ed., *Cedam*, 1995, pag. 387; **L. Kalb**, “*Il documento nel sistema probatorio?*”, *Torino* 2000, pag. 130.

<sup>16</sup>**Cass. pen., sez. IV, 26/06/08, n. 28529.**

- il codice di rito penale prevede che il giudicato penale può in alcuni casi dispiegare degli effetti in altri giudizi (es. art. **651 c.p.p.**) “*ma non il contrario*”<sup>17</sup>;
- la revisione della sentenza penale è “*prevista a seguito di un giudicato civile ma solo nel caso (art. 630, lett. b del codice di rito) di condanna pronunciata a seguito di sentenza - riguardante le questioni di cui agli artt. 3 e 479 c.p.p. - che sia stata successivamente revocata*”<sup>18</sup>;
- la “*collocazione della norma e la sua formulazione non consentono di attribuire alla norma un significato più esteso (riferito cioè anche alla sentenza civile) anche perchè la medesima norma costituisce un sistema inscindibile con il precedente art. 238 che disciplina espressamente anche i verbali delle prove assunte in un giudizio civile*”<sup>19</sup>.

Ebbene, tale approdo argomentativo non è condivisibile perchè:

- le norme giuridiche, che disciplinano l'efficacia del giudizio penale in altri giudizi, sono collocate nella parte del codice di procedura dedicata al giudicato ossia una fase procedimentale ben distinta e separata da quella inerente l'assunzione delle prove (che, come è manifesto, di regola, avviene nell'istruttoria dibattimentale);
- il riferimento alla revisione concerne una fase non inerente il giudizio ordinario proprio perché la revisione, come è risaputo, è un mezzo di impugnazione straordinario<sup>20</sup>;
- anche a volere “*leggere*” unitariamente l'art. **238, co. II, c.p.p.**<sup>21</sup> con quello in commento, sarebbe irragionevole consentire, da un lato, l'acquisizione di un verbale di

---

<sup>17</sup>*Ibidem.*

<sup>18</sup>*Ibidem.*

<sup>19</sup>*Ibidem.*

<sup>20</sup>Cfr. **Cass. pen., sez. II, 19/10/05, n. 762**: “*L'istituto della revisione è un mezzo straordinario di impugnazione*”.

<sup>21</sup>Secondo cui, come è notorio, è “*ammessa l'acquisizione di verbali di prove assunte in un giudizio civile con sentenza che abbia acquistato autorità di cosa giudicata*”.

prove assunto in un giudizio civile e negare, al contempo, l'acquisizione della sentenza emessa in relazione a quelle prove;

- dal momento che l'art. **464, co. II, del Codice "Rocco"** vietava l'utilizzazione delle sentenze irrevocabili non solo penali ma quelle emesse da "*qualunque giudice, italiano o straniero*" e preso altresì atto di come sia evidente che tale norma giuridica dispiegava una portata prescrittiva perfettamente antitetica rispetto a quanto previsto dal vigente codice di procedura (nel senso di essere inidonea, così come concepita, a conferire valore probatorio a quelle adottate dal giudice civile), va da sé che la norma attualmente in vigore, essendo perfettamente contraria a quella previgente, esercita una portata prescrittiva perfettamente opposta a quella precedente e, dunque, proprio per questo motivo, deve essere interpretata nel senso di potere consentire l'utilizzazione di tutte le sentenze, nessuna esclusa.

Altro problema esaminato, per quanto concerne le sole sentenze penali, è stato quello di appurare se, per tali decisioni, siano utilizzabili soltanto quelle emesse in sede dibattimentali ovvero possano stimarsi adoperabili anche quelle adottate con i riti speciali.

A tal proposito, la letteratura scientifica è stata *in bonam partem* propensa per una interpretazione estensiva della regola in commento visto che "*il dato letterale non prevedendo alcun aggettivo che qualifica la sentenza - quale ad esempio «dibattimentale» - può ricomprendere gli epiloghi decisori anche conseguenti i riti speciali del patteggiamento e del giudizio abbreviato*"<sup>22</sup>.

Del resto, in sede nomofilattica, è stato rilevato non solo che la "*sentenza di patteggiamento pronunciata in altro procedimento penale, stante l'equiparazione legislativa ad una sentenza di*

---

<sup>22</sup>Raffaele Cantone, "L'art. 238-bis c.p.p.: strumento probatorio e mezzo per la risoluzione preventiva del contrasto tra giudicati", *Cass. pen.*, 1999, 10, 2890.

*condanna, ben può essere acquisita e valutata ai sensi dell'art. 238 bis c.p.p.*<sup>23</sup> (così come “*quelle emesse a seguito di giudizio abbreviato*”<sup>24</sup>), ma è stata inoltre dichiarata acquisibile:

- “*la sentenza di proscioglimento per prescrizione*”<sup>25</sup>;

- la “*sentenza contenente una statuizione di condanna, poi annullata, e riformata nel giudizio di rinvio con una assoluzione, quando venga dato atto di tale esito, e la sentenza annullata venga utilizzata limitatamente agli elementi di fatto accertati che, insieme ad altri elementi emersi nel nuovo procedimento, costituiscano prova della sussistenza del delitto*”<sup>26</sup>;

- la decisione assolutoria emessa nei confronti di un coimputato “*onde evitare che si determini una situazione tale da giustificare una futura richiesta di revisione, a verificare la possibile incidenza della decisione irrevocabile, e degli elementi di fatto da essa risultanti, sulla posizione dell'imputato*”<sup>27</sup>;

- il provvedimento adottato in relazione a procedimenti da cui sono scaturiti giudizi in cui “*hanno trovato applicazione norme processuali successivamente dichiarate incostituzionali o non più attualmente in vigore*”<sup>28</sup>.

---

<sup>23</sup>Cass. pen., sez. VI, 25/02/11, n. 10094.

<sup>24</sup>Cass. pen., sez. II, 19/05/94, fonti: Giust. pen. 1995, III, 312 (s.m.).

<sup>25</sup>Cass. pen., sez. II, 11/12/07, n. 1397.

<sup>26</sup>Cass. pen., sez. I, 20/02/06, n. 14483.

<sup>27</sup>Cass. pen., sez. V, 24/10/05, n. 81.

<sup>28</sup>Corte di Appello di Milano, 1/10/99, fonti: Foro ambrosiano, 1999, 410.



Da tale casistica è evidente come la giurisprudenza, sia di legittimità che di merito, abbia ampliato al massimo le tipologie di sentenze penali che possono rilevare in questa sede.

Inoltre, un altro aspetto critico esaminato è stato quello di stabilire se, per “*sentenza irrevocabile*”, si dovesse intendere il solo dispositivo o anche la motivazione.

Ebbene, una parte autorevole della dottrina si è schierata per la seconda opzione ermeneutica sicchè è stato osservato che la disposizione, contenuta nell'art. **238-bis c.p.p.**, è “*finalizzata a mettere in risalto il ruolo della motivazione della sentenza quale veicolo di rappresentazione dei fatti in essa documentati a prescindere dal dispositivo*”<sup>29</sup> sicchè, “*una volta sganciati dal singolo contesto in cui si trovano inseriti e da ogni rapporto funzionale con il comando - di cui fungono normalmente da supporto esplicativo, consentendone la giustificazione - i giudizi contenuti nella motivazione della sentenza possano, così, venire «utilizzati in se stessi, per nient'altro che per il loro valore di giudizi storici, in un processo diverso»*”<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup>**Luca Iafisco** il quale, nell'opera “*Acquisizione della prova-sentenza ex art. 238-bis c.p.p. e contraddittorio nel momento di formazione della prova*”, edita in *Giur. Cost.*, 2009, 1, 217, richiama, a sua volta, **FOSCHINI**, “*La sentenza quale fase del postdibattimento*”, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1967, 1220, secondo il quale la motivazione possiede «*un valore generale per cui può essere generalizzata e astrattizzata e tradotta in massima*», e «*questo spiega il perché della pubblicazione delle sentenze (motivazioni) in riviste specializzate, la loro utilizzazione come fonti giuridiche in casi diversi da quelli per cui furono emanate*». Nello stesso senso, **Marafioti**, “*Trasmigrazione di atti, prova per sentenze e libero convincimento del giudice*”, in **AA.VV.**, “*Studi sul processo penale in ricordo di Assunta Mazzarra*”, Cedam, 1996, pag. 258; **Bottaro**, in *Arch.n.proc.pen.*, 1998, pag. 122, secondo il quale: «*la locuzione codicistica 'fatto accertato' con sentenza irrevocabile va riferita non solo alla statuizione contenuta nel dispositivo, ma anche alle acquisizioni di fatto risultanti dalla motivazione del provvedimento*».

<sup>30</sup>**Luca Iafisco** il quale, nell'opera “*Acquisizione della prova-sentenza ex art. 238-bis c.p.p. e contraddittorio nel momento di formazione della prova*”, edita in *Giur. Cost.*, 2009, 1, 217, richiama, a sua volta, **I. Calamandrei**, “*La prova documentale*”, Cedam, 1995, pag.109.

Di contrario avviso è l'opinione di chi interpreta quella parte della norma, in cui si fa riferimento alla “*prova del fatto accertato*”, nel senso che essa includa il solo fatto “*contenuto in imputazione e riportato nel dispositivo, a seguito della valutazione compiuta dall'autorità giudicante*”<sup>31</sup>.

Le ragioni addotte a fronte di questa seconda soluzione sono state molteplici.

La prima è stata di ordine logico sistematico visto che il legislatore, quando in altre occasioni ha fatto riferimento alle sentenze irrevocabili, per esempio in materia di revisione<sup>32</sup> e di efficacia della sentenza penale nei giudizi civili o amministrativi<sup>33</sup>, ha adoperato la locuzione “*fatti*” e non “*fatto*” (come, al contrario, accade per questa regola)<sup>34</sup>.

La seconda è stata di ordine logico giuridico posto che, partendo dal presupposto secondo il quale l'art. **238 c.p.p.** (argomento estensibile all'art. **238-bis c.p.p.**) non rientrerebbe tra le prove documentali, nonostante l'inserimento della norma nel capo ad esse dedicato<sup>35</sup>, si è addivenuti alla conclusione secondo cui questo documento è rilevante ai fini del giudizio *de quo* solo nella parte dispositiva poiché il documento -sentenza, anche se circoscritto

---

**31I. Calamandrei**, “*La prova documentale*”, *Cedam*, 1995, p. 127.

**32Art. 630 lett. a) c.p.p.** .

**33Art. 654 c.p.p.** .

**34**In tal senso, **V. De Luca**, “*voce Giudicato, II) diritto processuale penale*”, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XV, 1988, pag. 2.

**35**A tal proposito, **Nappi**, “*La prova documentale e i limiti del contraddittorio*”, *Cass. pen.*, 2002, p. 1187, n. 359.

al dispositivo, non proverebbe solo la sua esistenza ma anche “l'accertamento in esso contenuto (cioè il rapporto di rappresentazione tra l'atto e ciò che eventualmente descriva)”<sup>36</sup>.

Il Supremo Consesso, a tal proposito, ha viceversa stabilito che “la locuzione “fatto accertato” con sentenza irrevocabile va riferita, non solo alla statuizione contenuta in dispositivo, ma anche alle acquisizioni di fatto risultanti dalla motivazione del provvedimento (cfr. Cass. Pen. sez. 6<sup>^</sup>, 14096/2007, Iaculano; sez. 6<sup>^</sup> Sez. 1<sup>^</sup>, 20 maggio 1997, Bottaro)”<sup>37</sup> implicando, una tale estensione valutativa, “l'accertamento della rilevanza di dette risultanze in relazione all'oggetto della prova e poi una verifica in ordine alla sussistenza o meno degli indispensabili elementi esterni di riscontro individualizzanti, di qualsiasi natura, da acquisire nel contraddittorio delle parti, che ne confermino la valenza di elemento di prova, per legge non autosufficiente (Cass., sez. I, 20.5.1997, Bottaro, rv. 207930; 257930; 25.5.1995, Ronch, rv. 202624)”<sup>38</sup> dovendosi intendere, per prova del “fatto” in essa accertato, “ogni elemento fattuale, ossia non valutativo, in essa ritenuto per avvenuto ovvero negato nella sua fenomenica esistenza, che abbia concorso con il suo accertamento giudiziale a fondare il convincimento del giudice e la pronuncia conclusiva”<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup>Rosa Anna Ruggiero che nell'opera “I limiti dell'art. 238-bis c.p.p. alla luce dell'art. 111 Cost.”, edita in Cass. pen., 2004, 10, 3170, richiama, a sua volta, Nappi, “La prova documentale e i limiti del contraddittorio”, Cass. pen., 2002, pag. 1187, n. 359.

<sup>37</sup>Cass. pen., sez. VI, 12/11/09, n. 47314. In senso conforme, Cass. pen., sez. I, 26/05/95, n. 727: “L'art. 238 bis c.p.p. consente l'acquisizione di sentenze divenute irrevocabili in vista della utilizzazione, ai fini del decidere, di risultanze di fatto emergenti anche dalla loro motivazione, e non dal solo dispositivo”.

<sup>38</sup>Cass. pen., sez. I, 16/11/98, n. 12595.

<sup>39</sup>Ibidem.

D'altronde, anche la Corte Costituzionale, nel rilevare che la “*sentenza irrevocabile non può essere considerata un documento in senso proprio, poiché si caratterizza per il fatto di contenere un insieme di valutazioni di un materiale probatorio acquisito in un diverso giudizio*”<sup>40</sup>, ha lasciato chiaramente intendere che la decisione, valutabile ai sensi dell’art. **238 bis c.p.p.**, non può essere limitata all’esame del solo dispositivo.

Per giunta, è lo stesso tenore testuale dell’art. **546 c.p.p.** che milita per la prima soluzione ermeneutica visto che questa disposizione legislativa indica, tra i requisiti della sentenza, non solo il dispositivo ma anche “*la concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui la decisione è fondata*” (che altro non è che la motivazione).

Tra l’altro, secondo quanto rilevato dagli Ermellini, il “*dispositivo non può essere letto ed interpretato disgiuntamente dalla motivazione, che rappresenta un imprescindibile elemento di integrazione, concorrendo ad illustrare e chiarire i termini del "devolutum" e a specificare i capi ed i punti della sentenza su cui si è formato il giudicato*”<sup>41</sup>.

Di conseguenza, la decisione passata in giudicato, utilizzabile come prova documentale, ricomprende necessariamente anche la motivazione fermo restando che, per la sua utilizzabilità, a fronte del tenore letterale di tale disposizione legislativa, sono richiesti particolari vincoli probatori.

Difatti, come evidenziato nell’*incipit* di questo libello<sup>42</sup>, le sentenze divenute irrevocabili possono essere acquisite ai fini della prova del fatto in esse accertato unicamente se ricorrono le condizioni previste dal combinato

---

<sup>40</sup>Corte Cost., sent. n. 29/09.

<sup>41</sup>Cass. pen., sez. fer., 11/09/12, n. 45002.

<sup>42</sup>Cfr., *supra*, pag. 1.

disposto *ex artt.* 187 e 192, comma 3, c.p.p. .

Al di là delle critiche sollevate in merito alla stesura di questo dettato normativo e, in particolare modo, alla locuzione “*ai fini di prova di fatto in esse accertato*”<sup>43</sup>, giova in questa sede sottolineare che, per quanto concerne gli elementi aggiuntivi previsti dalla norma in argomento, “*dottrina e giurisprudenza sembrano sostanzialmente d'accordo nel non ritenere particolarmente importante il riferimento operato all'art. 187 c.p.p.*”<sup>44</sup> posto che “*si tratterebbe di un richiamo al principio generale di rilevanza della prova e quindi di un'indicazione pleonastica, perché «essendo norma di carattere generale in tema di prove avrebbe comunque trovato applicazione, al di là di ogni specifico richiamo»*”<sup>45</sup>.

---

43Sulle obiezioni mosse puranco sotto il profilo formale, si rinvia integralmente alle osservazioni svolte, tra i tanti autori, dai seguenti: **P. Bruno**, “voce Prova documentale”, in *Dig.disc.pen.*, vol. X, Utet, 1995, pag. 395, n. 104; **A. Giarda**, “Sub art. 238-bis, in Codice di procedura penale - Commentario, coord.”, *A. Giarda*, vol. II, Ipsoa, 1993; **M. Bargis**, “Le dichiarazioni di persone imputate in un procedimento connesso. Ipotesi tipiche e modi di utilizzabilità”, *Giuffrè*, 1994, pag. 173; **L. Marafioti**, “Trasmigrazione di atti, prova per «sentenze» e libero convincimento del giudice, in *Studi sul processo penale in ricordo di Assunta Mazzarra*”, coord. da **A. Gaito**, *Cedam*, 1996, pag. 252.

44**Raffaele Cantone**, “L'art. 238-bis c.p.p.: strumento probatorio e mezzo per la risoluzione preventiva del contrasto tra giudicati”, *Cass. pen.*, 1999, 10, 2890.

45**Raffaele Cantone** che, nell'opera “L'art. 238-bis c.p.p.: strumento probatorio e mezzo per la risoluzione preventiva del contrasto tra giudicati”, edita su *Cass. pen.*, 1999, 10, 2890, cita, a sua volta, “*M. Pontin, C'era una volta il codice, in Crit.dir.*, 1992, n. 4/5, p. 18. In termini, *F. Cordero, Procedura penale*, 3<sup>a</sup> ed., *Giuffrè*, 1995, p. 674. *Contra*, invece, nel senso che si tratta di un riferimento «a proposito» *M. Curtotti, Una faticosa ricostruzione, cit.*, p. 3360”.

Sulla stessa linea argomentativa, **Nicola Triggiani** il quale, nello scritto “*Sulla impossibilità di acquisire come documenti le sentenze penali non irrevocabili*” edito su *Cass. pen.*, 1997, 6, 1762, richiama i seguenti autori nonché i relativi commenti: “*F. Cordero, Procedura*, 3<sup>a</sup> ed., *Giuffrè*, 1995, p. 693, il quale parla di «riferimento vuoto»; *G. Frigo, La formazione della prova nel dibattimento: dal modello originario al modello deformato*, in *Dif.pen.*, 1992, n. 37, p. 39; *L. Marafioti, op. cit.*, p. 253; *M. Pontin, C'era una volta il codice, in Crit. dir.*, 1992, n. 4-5, p. 21, il quale rileva che detto articolo

Invece, diverse “e più numerose osservazioni discendono dalla considerazione del riferimento all'art. 192 comma 3 c.p.p.”<sup>46</sup> posto che, se è vero che tale “rinvio, riconducendo sotto un identico criterio di valutazione due situazioni del tutto differenti, rischia, infatti, di apparire «quanto meno irriverente nei confronti dell'autorità giudiziaria» i cui provvedimenti irrevocabili sarebbero soggetti alla stessa regola di corroboration prevista con riguardo alle dichiarazioni dei chiamanti in correità”<sup>47</sup>, è altrettanto vero che la sussistenza di «ulteriori elementi di prova» è necessaria affinché vi sia un “utile raccordo tra il provvedimento conclusivo di un determinato procedimento e la diversa realtà processuale in cui esso va ad inserirsi, ai sensi dell'art. 238- bis c.p.p.”<sup>48</sup>.

Per un verso, come già accennato in precedenza<sup>49</sup>, il “richiamo all'art. 192 comma 3 c.p.p. è stato introdotto dalla citata legge di conversione in modo da attenuare l'originaria portata dell'art. 238- bis in base alla quale le sentenze divenute irrevocabili avrebbero dovuto

---

«essendo norma di carattere generale in tema di prove avrebbe comunque trovato applicazione, al di là di ogni specifico richiamo»; C. Zaza, *La predeterminazione legale del valore probatorio nella l. n. 356 del 1992*, in *Giust.pen.*, 1993, III, c. 441”.

**46 Lucia Parlato**, “Acquisizione a fini di prova di sentenze irrevocabili e utilizzazione delle risultanze di fatti emergenti dalle motivazioni?”, *Cass. pen.*, 1996, 12, 3673.

<sup>47</sup>In tal senso, v. **P.P. Rivello**, in “*Commento al codice di procedura penale*”, coordinato da **M. Chiavario**, II agg., *Utet*, 1993, sub art. 238- bis, p. 90 s. e **G. Conti**, “Esteso, forse troppo, il «doppio binario»”, in *Guida normativa de Il Sole-24 Ore*, n. 196, 1992, pag. 54.

**48 Lucia Parlato**, “Acquisizione a fini di prova di sentenze irrevocabili e utilizzazione delle risultanze di fatti emergenti dalle motivazioni?”, *Cass. pen.*, 1996, 12, 3673.

<sup>49</sup>Cfr., *supra*, pag. 3.

*essere «liberamente valutate ai fini stabiliti dall'art. 187 c.p.p.»*<sup>50</sup>.

Per altro verso, tale approfondimento probatorio discende anche “*dal rilievo che la sentenza irrevocabile ha valore di prova non solo per quanto concerne la fattispecie giudiziale oggetto della imputazione ma più in generale per qualsiasi circostanza di fatto che sia oggetto di specifico accertamento nel processo penale conclusosi con sentenza irrevocabile*”<sup>51</sup>.

Da tali premesse teoriche, ne consegue, come logico corollario, che il giudice, una volta appurata “*la veridicità dei fatti ritenuti come dimostrati dalle dette sentenze e rilevanti ex art. 187 c.p.p., salva la facoltà dell'imputato di essere ammesso a provare il contrario*» dovrebbe, «*su richiesta dell'accusa, ... acquisire al dibattimento, nel contraddittorio delle parti, gli elementi di prova - costituiti da riscontri esterni individualizzanti - che confermino la veridicità dei fatti accertati nelle sentenze irrevocabili acquisite e che divengono, in tal modo, fonti di prova del reato per cui si procede*”<sup>52</sup>.

I Giudici di “*Piazza Cavour*” hanno infatti stimato che, affinché una sentenza definitiva inerente un altro procedimento possa essere “*ritualmente*” acquisita in quello per cui si procede, occorre che:

- venga accertata, nel contraddittorio tra le parti, “*la veridicità dei fatti ritenuti come dimostrati dalle dette sentenze e rilevanti ex art. 187 c.p.p., salva la facoltà dell'imputato di essere ammesso a provare il contrario*”<sup>53</sup>;

---

<sup>50</sup>Michele Curtotti, “Una faticosa ricostruzione del contenuto dell'art. 238-bis tra incrinature sistematiche ed esigenze contingenti in chiave «emergenziale»”, *Cass. pen.*, 1996, 11, 3356.

<sup>51</sup>Gilberto Lozzi, “*Lineamenti di procedura penale*”, II ed., Torino, Giappichelli editore, 2009, pag. 144.

<sup>52</sup>Cass. pen., sez. I, 26/05/95, n. 727.

<sup>53</sup>Cass. pen., sez. VI, 12/11/09, n. 47314. In senso conforme, Cass. pen., sez. I, 8/05/03, n. 23460.

- siano acquisiti nel dibattimento, su richiesta della pubblica accusa e sempre nel contraddittorio tra le parti, *“gli elementi di prova - costituiti da riscontri esterni individualizzanti - che confermino la veridicità dei fatti, accertati nelle sentenze irrevocabili acquisite e che divengano, in tal modo, fonti di prova del reato, per cui si procede”*<sup>54</sup>;
- tali elementi, una volta valutati *“al pari delle dichiarazioni dei coimputati del medesimo procedimento o in procedimento connesso”*<sup>55</sup>, possano consistere *“in qualsiasi elemento o dato probatorio, non predeterminato nella specie e qualità”*<sup>56</sup> e quindi, anche *“in elementi di prova sia rappresentativa che logica”*<sup>57</sup> sempreché siano idonei a confermare l’attendibilità del narrato decisivo<sup>58</sup>.

Difatti, solo in tal guisa, secondo quanto rilevato in sede di legittimità, viene evitato il rischio che vi sia un *“automatismo nel recepimento e nella utilizzazione a fini decisori dei fatti”*<sup>59</sup> ovvero *“dei giudizi di fatto contenuti nei passaggi argomentativi della*

---

<sup>54</sup>*Ibidem.*

<sup>55</sup>Cass. pen., sez. VI, 12/11/09, n. 47314.

<sup>56</sup>Cass. pen., sez. VI, 30/09/08, n. 42799.

<sup>57</sup>Cass. pen., sez. VI, 12/11/09, n. 47314. In senso conforme, Cass. pen., sez. I, 8/05/03, n. 23460.

<sup>58</sup>Cass. pen., sez. I, 16/11/98, n. 12595.

<sup>59</sup>Cass. pen., sez. II, 28/02/07, n. 16626.



*motivazione delle suddette sentenze*<sup>60</sup> oppure, che la norma in esame, possa essere interpretata nel senso di permettere “*un ingresso improprio nel procedimento delle componenti a suo tempo impiegate dalle sentenze irrevocabili per addivenire all'accertamento*”<sup>61</sup> attraverso, ad esempio, il richiamo a formule di stile o la mera citazione dell'art. **238 bis c.p.p.**<sup>62</sup>.

I Giudici di legittimità ordinaria, pertanto, correttamente declinando tali principi di diritto ai casi sottoposti al loro scrutinio giurisdizionale, hanno annullato i provvedimenti decisori, emessi in sede di merito, nelle susseguenti occasioni:

- quando l'affermazione di responsabilità si fonda sulle deposizioni rese dai testimoni riportate nella sentenza acquisita *ex art. 238 bis c.p.p.*<sup>63</sup>;
- allorquando il giudice di cognizione si avvalga di clausole di stile o mediante il mero richiamo dell'art. **238 bis c.p.p.**<sup>64</sup>;
- se la prova dell'associazione a delinquere venga fatta risalire “*sulla scorta di una precedente sentenza passata in giudicato*”<sup>65</sup>;

---

<sup>60</sup>Cass. pen., sez. I, 16/11/98, n. 12595.

<sup>61</sup>Cass. pen., sez. VI, 4/12/03, n. 1269.

<sup>62</sup>Cass. pen., sez. VI, 2/03/98, n. 3396.

<sup>63</sup>Cass. pen., sez. III, 13/01/09, n. 8823.

<sup>64</sup>Cass. pen., sez. II, 28/02/07, n. 16626.

<sup>65</sup>Cass. pen., sez. IV, 29/03/06, n. 13542.

- qualora un imputato invochi e produca una sentenza passata in giudicato con la quale un concorrente nel medesimo reato a lui addebitato sia stato assolto e questa decisione venga ignorata dal giudice di cognizione<sup>66</sup>;
- allorchè non vengano indicati gli elementi dimostrativi idonei a confermare *“la verifica compiuta dalla sentenza acquisita”*<sup>67</sup>.

D'altronde, in sede di legittimità costituzionale, è stato parimenti postulato come sia da escludersi che *“nel processo ricevente possano essere considerati provati vicende e fatti sulla base soltanto delle risultanze della decisione emessa in altro processo, o che l'[art. 238-bis](#) possa consentire l'ingresso di elementi probatori la cui acquisizione non sarebbe consentita per altre vie”*<sup>68</sup> non potendosi considerare equiparabile la sentenza irrevocabile *“alla prova orale”*<sup>69</sup>.

D'altro canto, sempre secondo quanto sostenuto dal *“Giudice delle leggi”*, il principio del *“contraddittorio nella formazione della prova”* potrà considerarsi osservato, in casi di questo tipo, allorquando, una volta che la sentenza sia acquisita, le parti siano *“libere di indirizzare la critica che si andrà a svolgere, in contraddittorio, in funzione delle rispettive esigenze”*<sup>70</sup> in merito alla sua *“valutazione e*

---

<sup>66</sup>Cass. pen., sez. V, 24/10/05, n. 81.

<sup>67</sup>Cass. pen., sez. VI, 4/03/96, n. 5513.

<sup>68</sup>Corte Cost., sent. n. 29/09.

<sup>69</sup>*Ibidem.*

<sup>70</sup>*Ibidem.*

*utilizzazione*<sup>71</sup> tenuto conto sia “del tipo di procedimento (ordinario, abbreviato, con accettazione della pena) in cui la sentenza acquisita è stata pronunciata e, quindi, anche del contraddittorio in esso svoltosi”<sup>72</sup> sia del fatto che “[l'art. 238-bis](#) «si limita a regolare il modo di valutazione della pronuncia irrevocabile resa in separato giudizio».”<sup>73</sup>.

Per di più, un tema particolarmente delicato trattato è stato quello volto a comprendere quali riscontri esterni possono essere utilizzati ai fini del giudizio *de quo*.

In sostanza, il nodo gordiano da dirimere nel caso di specie è stato quello di capire se il giudice possa avvalersi, per corroborare la prova cristallizzata in un *decisum* irrevocabile, dei soli elementi probatori afferenti il procedimento in corso ovvero anche di quelli concernenti il processo definitosi con la sentenza passata in giudicato posto che l' art. **192 comma 3 c.p.p.** non specifica “*che gli «elementi di riscontro» debbano essere di diversa natura rispetto a quelli di cui si ricerca la conferma*”<sup>74</sup>.

Sul punto, corre l'obbligo di evidenziare come la Suprema Corte di Cassazione abbia di recente stabilito che i “*riscontri esterni necessari alla valutazione probatoria delle sentenze irrevocabili pronunziate in altri procedimenti possono essere individuati anche in elementi già utilizzati nell'altro giudizio, sempre che gli stessi non vengano recepiti*

---

<sup>71</sup>*Ibidem.*

<sup>72</sup>*Ibidem.*

<sup>73</sup>*Ibidem.*

<sup>74</sup>**Lucia Parlato**, “*Acquisizione a fini di prova di sentenze irrevocabili e utilizzazione delle risultanze di fatti emergenti dalle motivazioni*”, *Cass. pen.*, 1996, 12, 3673.

*acriticamente, ma siano sottoposti a nuova ed autonoma valutazione da parte del giudice*<sup>75</sup>.

La Corte è addivenuta a siffatta conclusione decisoria in virtù della *ratio* che connota la norma in discorso ossia quella di “*non disperdere elementi conoscitivi acquisiti in provvedimenti che hanno acquistato autorità di cosa giudicata*”<sup>76</sup> nonché in virtù del principio di circolazione della prova sancito dall’art. 238 c.p.p. alla stregua della quale possono essere utilizzati i verbali di prove di altri procedimenti “*purchè sia preservata l'autonomia delle valutazioni giudiziali*”<sup>77</sup> e fermo restando che “*le dichiarazioni in esse riportate restano soggette al regime di utilizzabilità previsto dall'art. 238 comma 2 bis c.p.p., e possono quindi essere utilizzate, nel diverso procedimento, contro l'imputato soltanto se il suo difensore aveva partecipato all'assunzione della prova*”<sup>78</sup> se si tratta di “*prove assunte nell'incidente probatorio*”<sup>79</sup> ovvero “*nel dibattimento*”<sup>80</sup> o ancora, di “*verbali di prove assunte in un giudizio civile definito con*

---

75Cass. pen., sez. VI, 19/04/11, n. 23478. In senso eguale, Cass. pen., sez. VI, 30/09/08, n. 42799. In senso analogo, Cass. pen., sez. I, 2/12/98, n. 1495: “*È legittima la valutazione, con autonomo giudizio, di circostanze di fatto raccolte in altro procedimento conclusosi con una sentenza irrevocabile di assoluzione, in quanto la preclusione di un nuovo giudizio impedisce soltanto l'esercizio dell'azione penale in ordine al reato che è stato oggetto del giudicato, mentre non riguarda la rinnovata valutazione di dette circostanze, una volta stabilito che le stesse possano essere rilevanti per l'accertamento di reati diversi da quelli già giudicati*”.

76Cass. pen., sez. VI, 19/04/11, n. 23478.

77Ibidem.

78Cass. pen., sez. I, 16/03/10, n. 11488.

79Art. 238, co. I, c.p.p. .

80Ibidem.

*sentenza che abbia acquistato autorità di cosa giudicata*<sup>81</sup>.

Tuttavia, per quanto concerne il valore probatorio da conferire alla sentenza definitiva, gli Ermellini hanno precisato come il limite preclusivo sancito dall'art. 238, comma 2 *bis*, c.p.p. non ricorra giacchè, proprio “*per la funzione corroborante e non di piena prova della sentenza definitiva l'art. 238 bis c.p.p. non richiede che la sentenza sia stata pronunziata nei confronti delle persone imputate nel diverso procedimento in cui viene utilizzata*”<sup>82</sup>.

In effetti, in casi di questo tipo, è stato sottolineato che “*l'elemento probatorio utilizzato ai fini della corroboration è stato oggetto di un contraddittorio «sulla prova» e non «per la prova», ossia di un intervento delle parti finalizzato semplicemente ad un «dibattito» su un prova già formata nell'ambito di un altro processo*”<sup>83</sup>.

Secondo un diverso approdo ermeneutico, i riscontri esterni richiesti devono viceversa riguardare gli “*altri elementi emersi nel nuovo procedimento*”<sup>84</sup>.

Orbene, questo secondo filone interpretativo si appalesa maggiormente

---

81Art. 238, co. II, c.p.p. .

82Cass. pen., sez. IV, 29/01/08, n. 12349. Sulla stessa linea, si colloca una parte della letteratura scientifica secondo la quale “*non vi è alcun limite soggettivo all'impiego della sentenza, che potrà essere utilizzata anche contro chi non ha partecipato o non avrebbe potuto partecipare al processo a quo*” (Rombi, “*Acquisizione della sentenza come mezzo di prova: presupposti e limiti*”, in *Dir. pen. proc.*, 2004, pag. 482).

83Lucia Parlato che, nell'opera “*Acquisizione a fini di prova di sentenze irrevocabili e utilizzazione delle risultanze di fatti emergenti dalle motivazioni*”, edita *Cass. pen.*, 1996, 12, 3673, cita, a sua volta, D. Siracusano, “*Le prove*”, in *AA.VV.*, “*Diritto processuale penale*”, I, Giuffrè, 1996, pag. 365.

84Cass. pen., sez. I, 20/02/06, n. 14483. In senso conforme, Cass., Sez. II, sent. n. 3932 del 11-11-1996; Sez. I, sent. n. 4807 del 11-01-1993.

condivisibile rispetto al primo poiché, solo condizionando la valenza probatoria di una decisione all'emersione di elementi durante l'istruttoria dibattimentale inerente il procedimento "in corso", viene salvaguardato il principio del contraddittorio.

Invero, alla luce di questo approdo ermeneutico, la norma giuridica in commento "non autorizza un ingresso improprio nel procedimento delle componenti a suo tempo impiegate nelle sentenze irrevocabili per addivenire all'accertamento"<sup>85</sup> e dunque, "l'ingresso nel procedimento "ad quem" dell'elemento, che preluderebbe ad una sua utilizzazione ulteriore, costituirebbe una vistosa deroga a tutte le altre norme sull'acquisizione e si porrebbe in tale contrasto con il principio del contraddittorio"<sup>86</sup> atteso che "una volta identificato il "fatto" accertato, rimane esclusa la possibilità di un controllo della sua fonte probatoria, anche sotto il profilo della rituale acquisizione in quel processo concluso con sentenza irrevocabile"<sup>87</sup>.

Tra l'altro, argomentare in diverso modo potrebbe produrre, come aberrante conseguenza, che un imputato possa essere condannato sulla scorta di una sentenza irrevocabile:

- assunta senza contraddittorio;
- corroborata da atti che, seppur inutilizzabili, siano stati comunque acquisiti perché non dichiarati tali nell'altro procedimento e rispetto ai quali, colui che ha preso parte del processo pendente, non ha mai potuto contestarne l'inutilizzabilità, non avendo partecipato all'altro procedimento.

---

<sup>85</sup>Cass. pen., sez. VI, 4/12/03, fonti: Foro ambrosiano, 2004, 28.

<sup>86</sup>Ibidem.

<sup>87</sup>Cass. pen., sez. V, 14/04/00, n. 5618.

E' evidente che una interpretazione dell'art. **238 bis c.p.p.** che consenta un riscontro probatorio sulla scorta di atti rispetto ai quali l'imputato non ha potuto previamente difendersi, è in palese contrasto con il principio del contraddittorio nella formazione della prova sancito dall'art. **111, co. IV, Cost.** . Difatti, nel caso di specie, non è applicabile l'art. **111, co. V, Cost.**, a mente del quale, la *“legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita”* posto che tale norma giuridica non annovera nessuno di questi casi.

Invero, non ricorrono le ultime due condizioni richiamate dalla regola costituzionale appena citata atteso che *“l'impossibilità o l'inquinamento debbono riguardare una o più prove determinate”*<sup>88</sup>; non ricorre nemmeno la seconda ipotesi ivi prevista giacchè risulta *“difficilmente immaginabile che le prove che sarebbe necessario assumere per accertare un dato fatto siano tutte ormai contaminate o non più acquisibili, e rendano necessario l'uso del precedente provvedimento”*<sup>89</sup>, nè la prima, *“dal momento che la norma, diversamente dall'art. 238 c.p.p., non è stata in tal senso riformata”*<sup>90</sup>.

Posto ciò, corre l'obbligo di rilevare che, a onor del vero, si potrebbe evitare tale *vulnus* processuale, mediante l'esame della persona che ha reso le dichiarazioni ai sensi del combinato disposto *ex* artt. **511 bis – 511, co. II, c.p.p.** ma questa è una condizione ipotetica legata al concreto svolgersi di

---

<sup>88</sup>Rosa Anna Ruggiero, *“I limiti dell'art. 238 bis c.p.p. alla luce dell'art. 111 Cost.”*; *Cass. pen.*, 2004, 10, 3170.

<sup>89</sup>*Ibidem.*

<sup>90</sup>*Ibidem.* In senso eguale, **Rombi**, *“Acquisizione della sentenza come mezzo di prova: presupposti e limiti”*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 483 per il quale *“l'art. 238-bis c.p.p. non potrebbe farsi rientrare in nessuna delle eccezioni disciplinate nel comma 5 dell'art. 111 Cost.”*.

ciascun procedimento penale.

Invero, un testimone potrebbe non essere sentito perché resosi irreperibile o per altre ragioni (caso fortuito o forza maggiore che impossibilita il teste a rendere deposizione); del resto, lo stesso art. **511, co. II, c.p.p.** nell'ammettere la lettura di verbali di dichiarazioni qualora "*l'esame non abbia luogo*", consente per l'appunto che ciò avvenga senza che il dichiarante venga sentito.

D'altronde, anche qualora si presentasse colui che deve rendere la deposizione, l'art. **238, co. 2 bis, c.p.p.**, nell'imporre, come suesposto, che, per le prove assunte in sede dibattimentale e nell'incidente probatorio, la loro utilizzabilità sia ammessa *contra* l'imputato solo allorché "*il suo difensore ha partecipato all'assunzione della prova*", impedirebbe che il suo esame possa sanare l'assenza di tale presupposto preclusivo.

E' quindi condivisibile l'opinione di chi ravvisa un evidente profilo di criticità costituzionale che connota la norma giuridica in commento posto che, "*dalle istanze di tutela del contraddittorio attribuite al disposto normativo doveva, in primo luogo, escludersi espressamente che i riscontri possano provenire dallo stesso processo in cui la sentenza è stata emessa*"<sup>91</sup> anche memori dell'autorevole opinione di chi, nel relegare la sentenza al rango di pseudo prova, rileva che «*l'eventuale apporto viene dal materiale là raccolto*» ovvero dai verbali di prova ivi formati<sup>92</sup>.

A tal proposito è stato rilevato come la stessa Cassazione abbia "*affermato che l'art. 238-bis c.p.p. «pone una limitazione al principio della formazione privilegiata della prova in sede dibattimentale nel contraddittorio delle parti interessate», nonostante abbia poi*

---

<sup>91</sup>Luca Iafisco, "Ennesimo intervento della Corte di cassazione in tema di formazione progressiva del giudicato penale : acquisibili ex art.238-bis c.p.p. anche le sentenze parzialmente irrevocabili?", Riv. It. dir. e proc. pen. 2001, 2, 338.

<sup>92</sup>Cordero, "Procedura penale", 3<sup>a</sup> ed., Giuffrè, 1995, pag. 693.



*ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 238-bis c.p.p. rispetto agli artt. 24 e 25 Cost.*<sup>93</sup>, (...) *tanto più alla luce del riformato art. 111 Cost., con il quale tale principio ha ricevuto copertura costituzionale*<sup>94</sup> così come la stessa Corte Costituzionale, pur dichiarando *“non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 238-bis del codice di procedura penale sollevata, in riferimento all'art. 111, quarto e quinto comma, della Costituzione*<sup>95</sup>, ha tuttavia avuto modo di rilevare che la *“mancanza di interventi legislativi sulla disposizione ora in scrutinio, nel mutato contesto costituzionale, non è certamente decisiva per negarne l'illegittimità*<sup>96</sup> e quindi, pur mantenendo la vigenza di questa norma giuridica attraverso una lettura costituzionalmente orientata di tale regola, la Consulta non mancò però di *“adombrare”* la possibilità che siffatta previsione legislativa potesse essere dichiarata costituzionalmente illegittima in un'altra occasione.

Inoltre, è stato sostenuto in dottrina che la *“necessità che i riscontri provengano dal processo di acquisizione si basa, altresì, sull'esigenza di sopperire alla sua non perfetta coincidenza con la res iudicanda del processo d'origine, determinata dal fatto che l'art. 238-bis c.p.p. sottende una generica esigenza di congiunzione probatoria tra processi diversi non collegata all'operatività di alcuna ipotesi di connessione”*<sup>97</sup> siccome *“solo se gli elementi di supporto alla sentenza irrevocabile traggono origine da prove formate nel contraddittorio del giudizio ad quem si potrà, pertanto, «verificare in che senso quel risultato probatorio rilevi e*

---

**93**Cass. pen., sez. I, 28 maggio 2003, Rosmini, in *Dir. pen. proc.*, 2004, pag. 481.

**94**Rosa Anna Ruggiero, *“I limiti dell'art. 238 bis c.p.p. alla luce dell'art. 111 Cost.”*; Cass. pen., 2004, 10, 3170.

**95**Corte Cost., sent. n. 29/09.

**96***Ibidem.*

*come si rinsaldi con l'oggetto del giudizio in corso»*<sup>98</sup>.

Tale orientamento ermeneutico è quindi preferibile siccome fondamentale per garantire il contraddittorio in maniera effettiva dato che tale principio potrà reputarsi osservato solo nella misura in cui vengano adottate “*metodologie acquisitive caratterizzate «dal più elevato grado possibile di partecipazione dei contendenti al momento di estrazione delle conoscenze dalla fonte di prova»*”<sup>99</sup>; difatti, solo in tal guisa, «*i soggetti allora esclusi dal procedimento di formazione possono ricevere garanzie e ottenere - nella nuova sede - l'assunzione di prove nuove o la rinnovazione di quelle già costituite*”<sup>100</sup>.

Ad ogni modo, sarebbe auspicabile un intervento del legislatore che in qualche modo parametri l'articolo in esame alla luce della prescrizione legislativa prevista dall'art. 111, co. V, Cost. e, segnatamente, come suggerito da insigne dottrina, sarebbe opportuno riformare questo precetto normativo nel senso di

---

97**Luca Iafisco** il quale nell'opera, “*Ennesimo intervento della Corte di cassazione in tema di formazione progressiva del giudicato penale : acquisibili ex art.238-bis c.p.p. anche le sentenze parzialmente irrevocabili?*”, edita in *Riv. It. dir. e proc. pen.* 2001, 2, 338, richiama, a sua volta, “*MARAFIOTI, Trasmigrazione di atti, prova per sentenze e libero convincimento del giudice, AA.VV., Studi sul processo penale in ricordo di Assunta Mazzarra, Cedam, 1996, 252*”.

98**Luca Iafisco** che nel saggio, “*Ennesimo intervento della Corte di cassazione in tema di formazione progressiva del giudicato penale : acquisibili ex art.238-bis c.p.p. anche le sentenze parzialmente irrevocabili?*”, edita in *Riv. It. dir. e proc. pen.* 2001, 2, 338, cita, dal canto suo, “*BUSETTO, Giudice penale e sentenza dichiarativa di fallimento, Milano 2000, 238*”.

99**Luca Iafisco** il quale nell'opera, “*Ennesimo intervento della Corte di cassazione in tema di formazione progressiva del giudicato penale : acquisibili ex art.238-bis c.p.p. anche le sentenze parzialmente irrevocabili?*”, edita in *Riv. It. dir. e proc. pen.* 2001, 2, 338, richiama, a sua volta, **CESARI**, voce *Prova (acquisizione della)*, *Dig. pen.*, agg. II, Torino 2004, 697.

100**BUSETTO**, “*Giudice penale e sentenza dichiarativa di fallimento*”, Milano 2000, 235.

condizionare l'acquisizione della sentenza al consenso delle parti visto che *“il contraddittorio non è solo una garanzia soggettiva, cioè un'opzione del legislatore per tutelare l'imputato (che potrebbe così disporre, rinunciandovi), ma è il metodo ritenuto più efficace per accertare i fatti, condizionarne la deroga alla decisione di una sola parte sembra poco coerente”*<sup>101</sup> pure perché, secondo quanto rilevato dalla Corte Costituzionale, *“l'acquisizione della sentenza irrevocabile pronunciata in altro processo può essere chiesta non soltanto dal pubblico ministero, ma anche dall'imputato”*<sup>102</sup>.

E' chiaro che, un intervento legislativo di siffatto tenore, implicherebbe necessariamente la emenda di altre regole giuridiche e, prima fra tutte, quella prevista dall'art. **238, co. 2, bis, c.p.p.** parimenti subordinando l'acquisizione del verbale di altro procedimento penale nei casi previsti dall'art. **238, co. 1 e co. 2, c.p.p.** al consenso di ambedue le parti.

Al contrario, modificare l'art. **238 bis c.p.p.** nel senso appena esposto e lasciare contestualmente immutata l'altra norma giuridica, determinerebbe un trattamento del tutto irragionevole trattandosi, in ambedue le ipotesi, di atti processuali provenienti da un altro procedimento.

Altra soluzione potrebbe essere invece quella di modificare l'art. **238 bis c.p.p.** introducendo una statuizione normativa analoga a quella contemplata dall'art. **238, co. 2 bis, c.p.p.** ma, secondo alcuni autori, permarrebbe in tale maniera la violazione del principio del contraddittorio sicchè *“la identità delle parti processuali non è sufficiente quando le regiodicande sono difformi e quando diverse sono le autorità*

---

<sup>101</sup>Giostra, *“Indagine e prova: dalla non dispersione a nuovi scenari cognitivi, in Verso la riscoperta di un modello processuale”*, Giuffrè, 2003, pag. 59. Così anche Di Bitonto, *“Profili dispositivi dell'accertamento penale”*, Giappichelli, 2004, pag. 210.

<sup>102</sup>Corte Cost., sent. n. 29/09.

*giudiziarie chiamate a pronunciarsi*<sup>103</sup>.

Da ultimo, nel caso in cui non vi siano interventi legislativi di questo tenore, potrebbe proporsi una questione di legittimità costituzionale dell'art. **238 bis c.p.p.**:

- per violazione dell'art. **3 Cost.** (per irragionevolezza della disciplina ivi stabilita rispetto a quanto previsto dall'art. **238, co. 2 bis, c.p.p.**), dell'art. **111, co. IV, Cost.** (per infrazione del principio del “*contraddittorio nella formazione della prova*”) e dell'art. **24, co. II, Cost.** (per lesione del diritto di difesa), nella parte in cui non prevede che la sentenza può essere utilizzata contro l'imputato soltanto se il suo difensore ha partecipato al processo in cui è stata emessa questa decisione;
- per violazione dell'art. **111, co. IV, Cost.** (per lesione del principio del “*contraddittorio nella formazione della prova*”), dell'art. **24, co. II, Cost.** (per compromissione del diritto di difesa), nonché degli artt. **11 e 117, co. I, Cost.** in relazione all'art. **6 della CEDU**<sup>104</sup>, nella parte in cui non prevede

---

<sup>103</sup>Rosa Anna Ruggiero, “*I limiti dell'art. 238 bis c.p.p. alla luce dell'art. 111 Cost.*”; **Cass. pen.**, 2004, 10, 3170 che, a sua volta, richiama le seguenti posizioni critiche: “*Giostra, voce Contraddittorio (principio del), II diritto processuale penale, in Enc. giur. Treccani, vol. VII, 2001, p. 7, secondo cui «anche la partecipazione all'atto non è sufficiente, se l'interesse di cui il soggetto era portatore al momento della sua formazione non è lo stesso al momento del suo utilizzo». In termini molto critici della norma in discussione proprio sotto il profilo del vulnus al contraddittorio, Peroni, Disorientamenti giurisprudenziali in tema di acquisizione di sentenze non irrevocabili, in Dir. pen. proc., 1996, p. 1383*”.

<sup>104</sup>Alla stregua di quell'orientamento giurisprudenziale secondo il quale ove “*il giudice dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale «interposta», egli deve sollevare una questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, comma 1, cost.*”(Corte Cost., sent. n. 349/07) posto che “*tale disposizione ha colmato la lacuna della mancata copertura costituzionale per le norme internazionali convenzionali, ivi compresa la Convenzione di Roma dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), escluse dalla previsione dell'art. 10, primo comma, Cost.*”(Corte Cost., sent. n. 227/10).

che, ai fini della prova di fatto in esse accertato, si debba tener conto unicamente degli elementi emersi nel corso del processo per cui si procede visto che, in tale modo, verrebbe garantita in tale modo una ricostruzione di questo dettato normativo più confacente non solo al nostro ordinamento costituzionale ma pure a quello comunitario.

In effetti, a sostegno di quanto appena esposto, milita la considerazione secondo cui la giurisprudenza comunitaria ha postulato che gli “*elementi di prova devono essere prodotti in presenza dell'imputato in pubblica udienza, ai fini del contraddittorio*”<sup>105</sup> e, pur stimando tale principio derogabile, ne ha ammesso le eccezioni “*solo sotto riserva dei diritti della difesa*”<sup>106</sup> posto che tale criterio ermeneutico costituisce, a sua volta, “*un aspetto fondamentale del diritto ad un equo processo*”<sup>107</sup>.

In conclusione, la norma giuridica qui esaminata deve essere necessariamente modificata posto che, solo in tale modo verranno risolte, una volta per tutte, le problematiche (esposte succintamente in questo libello) sollevate in sede scientifica ed affrontate in sede giudiziale.

---

105CEDU, sez. I, 20/04/06, n. 4548.

106Ibidem.

107CEDU, 18/12/03, Skondrianos C. Grecia, fonti: Legisl. pen. 2004, 362 (s.m.) .